



جامعة باتنة 1 الحاج لخضر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



# حَرَكَية التشريعات العقارية في ضوء أبجديات الأمن القانوني

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل م د في الحقوق

تخصص قانون عقاري

إشراف الدكتور:

أحمد بولقصيبات

إعداد الطالب الباحث:

نبيل خادم

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
فهيمه قسوري	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة 1	رئيسا
أحمد بولقصيبات	أستاذ محاضر _أ_	جامعة باتنة 1	مشرفا ومقررا
نظيرة عتيق	أستاذ محاضرة _أ_	جامعة سكيكدة	عضوا مناقشا
ناصر دبة	أستاذ محاضر _أ_	جامعة باتنة 1	عضوا مناقشا
كريمة فردي	أستاذ محاضر _أ_	جامعة قسنطينة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022 م



# إهداء

إلى العزيز أبي رحمه الله...إني أحس منذ رحيلك بفقدانٍ لأمنيّ القلبِي، أذكر أنك قد سألتني يوما هل سيكون شهر مارس تاريخا لإنهاء الأطروحة لكنه كان شهرا توفاك الله فيه، وأني أسبل هذه الأطروحة صدقة جارية لك لترفعك في عليين.

إلى العزيزة أمي حفظها الله...وإنك لثقتي المشروعة، والممتدة زمانا ومكانا أجابه بها تحديات الحياة أسأله تعالى أن يرزقك تاجا من الصحة، ويبسط لك في العُمر وأنت في تمام العافية.

إلى سندي في الحياة إخوتي: يزيد، وسارة، وصلاح الدين وسلمى، وعبد الغني فإنكم مرتكز للقلب، وسند لا يميل حفظكم الله وحقق أمانيتكم.

إلى أصدقائي كل باسمه وصفته، وأخص بالذكر الصديق الصدوق: د/طارق بن حدة.

إلى فقهاء المسلمين الأربعة وإلى تلامذتهم الذين أوقفوا أعمارهم بحثا وتنقيا في الأصول لاشتقاق الفروع لجعلها تنبسط على مناحي الحياة، لبيتنا تقينا أتركهم ولم نخضع للاستيراد التشريعي.

إلى قهوتي: كل الأضرار التي تسببت بها كُيفت أنها مألوفة في سبيل إنهاء هذه الأطروحة؛ فبك يُستحضرُ المنطق وتحلُّ الصياغة.

خادم نبيل

## شكر وتقدير

﴿وَقَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ  
وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾ [النمل: 19]

فالحمد لله مُسبِغِ النعم، مُغْدِقِ الآلاء، خالقِ القلم، معلمِ الإنسان البيان، وجاعلِ له العزم حتى يسعى لتحقيق الأحلام، فالحمد له يترأ، حمدا يليق بكريم وجهه وعظيم سلطانه أن أمدني بالصبر الجميل، وهيء لي الأسباب ليخرج هذا العمل بهذه الصورة، وأسأله أن يكون علما نافعا ينتفع به وصدقة جارية لوالدي؛ أبي رحمه الله برحمته الواسعة، وأمي حفظها الله.

كما لا يفوتني أن أرفع أسمى آيات الشكر لمُشْرِفِي هذه الأطروحة الأستاذ علاوة هوام عليه رحمات الرحمن، الذي شهد ميلاد الفكرة ولم يُكْتَبْ له أن يشهد تحققها، والدكتور أحمد بولقصيبات، أستاذي الذي لن يفديه الحرف حقه، وقد كانا كلاهما خير دعم لهندسة الأطروحة، وتقديمها بهذا الشكل من خلال دعمهما الدائم، وتوجيههما الأمين، والذي أثرى جوانب كبيرة من الأطروحة.

كما أشكر لجنة المناقشة على تخصيص وقت لتقييم هذه الأطروحة بغية تقويم ما فيها من خلل بغية تجويد الطرح العلمي الذي بمنتها، كما أشكر كل من ساهم في صناعة هذه الأطروحة من قريب أو من بعيد، و لاسيما الأستاذ جمال نحالي رحمه الله، وموظفي مكتبة كلية الحقوق باتتة، ومكتبة التميز لبيع الكتب بالعاصمة.



## قائمة المختصرات

ق م ج: القانون المدني الجزائري.

ق م ف: القانون المدني الفرنسي.

ق م م: القانون المدني المصري.

ق م م ع: قانون المعاملات المدنية العماني.

ق م م إ: قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

م ح ع م: مدونة الحقوق العينية المغربية.

ص: صفحة

ص\_ص: من الصفحة..إلى الصفحة..

ص، ص: الصفحة..والصفحة..

ج ر: الجريدة الرسمية

ب س: بدون سنة

*CCF: Conseil Constitutionnel Française.*

*CEF: Conseil d'Etat Français*

*CCFA: Cour Constitutionnelle Fédéral Allemande*

*DC: Décision Constitutionnelle*

*JORF : Journal Officiel de la République Française.*

*LGDJ: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*

*Vol: Volume.*

*N°: Numéro.*

*CCaF: Cour de Cassation Française*

*Para: paragraphe*

*c.: contre*

*W.Y: without a year*

**op.cit:** ouvrage déjà  *cité*

*sp: sans page.*

*SA: sans année*

*O.J.E.U: Official Journal of the European Union*

*E.U: European Union.*

# المقدمة



## (أولا) الإطار الحيوي للدراسة:

تُجسّد الملكية العقارية تمظهرًا للسيادة الوطنية، وعاملاً حاسماً في معادلة التنمية الشاملة، والتي تصبو لإحلال الاقتصاد المُتنوّع المَصَادِر مكان الاقتصاد النفطي؛ وهو ما يحتاج لتوظيف كل الموارد المتاحة لا سيما العقار، والذي يعد منطلقاً أساسياً لكل أنواع الاستثمار (العقاري، الفلاحي، الصناعي..)، غير أن هذه الغاية لا تتحقق ما لم تُعالج الوضعية العقارية لتصبح دالة على الحقيقة الخاصة بهذه الثروة، المتميزة بتنوع أصنافها، والمتمثلة في العقار العام (الأملك الوطنية، والوقف الخيري)، والعقار الخاص (الأملك الخاصة بنوعيتها الشائع والمُفَرَز، وكذلك الأملك الوقفية الأهلية).

وترتيباً على هذا التنوع فقد كان لازماً إفراد كل عقار بالقواعد المستجيبة لخصائصه، والضابطة لحسن استغلاله، حتى تكون تُرجُماً معيارياً لها، وهو ما أنشأ ثنائية للاستمداد المصدري؛ إذ أن الوقف وما يتصل به من الوضعيات المتعلقة بالأحوال الشخصية (مرض الموت، الوفاة، التصرفات التبرعية..) تشتق تنظيمها من الفقه الإسلامي؛ لسيما من القواعد الفقهية المستمدة من قواعد المالكية والحنفية، واللذان يختلفان في مواضع كثيرة تبعاً لتفسير النص، وتحليل المقصد وتحقيق الغاية، أما غيرها من الوضعيات فهي مجال لإعمال القواعد الوضعية المزروعة في النظام القانوني الجزائري، سواء كنتيجة للاستمداد اللإرادي نتيجة الاستعمار الفرنسي أو كنتيجة للاستمداد الإرادي من خلال الاستيراد التشريعي للنظم القانونية وزرعها في النظام القانوني الجزائري كالشهر العقاري، وذلك دون العمل على تكييفها نظراً لاحتوائها على قواعد متعارضة.

وإضافة إلى هذه الثنائية المصدرية نجد الثنائية اللغوية؛ إذ يشكل صياغة القوانين باللغتين العربية والفرنسية عرفاً مستقراً في الصناعة التشريعية الجزائرية رغم فساده لانطوائه على مخالفة للأحكام الدستورية ذات الصلة، ومن أجل تطبيق هذه القوانين ارتأى المؤسس الدستوري تبني الثنائية الهيكلية على المستوى القضائي من خلال تفريعه للقضاء الإداري والقضاء العادي، أين تخضع المنازعات القضائية لهذا التقسيم، إذ تخضع في شطر منها للقضاء العادي، وتخضع في شطر آخر للقضاء الإداري.

وكنتيجة لهذه الثنائيات المُندرجة في تصميم النظام القانوني، فقد أثر ذلك على مستوى الجودة التشريعية من خلال الإخلال بفنائها، ويدل على ذلك عدم وضوحه وتضخمه، وكذا تعارض بعض

أحكامه في بعض المسائل، وهو ما انعكس على تطبيقه، إذ يجد القاضي نفسه بين نصوص كثيرة متضاربة، مما يستهلك منه وقتا للوصول إلى الحلول المعيارية الضامنة لنقل المراكز القانونية من حالتها المضطربة إلى حالتها الساكنة، مما يسمح باستثمارها، ويتدخل القاضي في ذلك مستعينا بالمكناات المباشرة المتمثلة في مجموع العمليات الذهنية غير المرئية الممارسة على مستواه (التقدير، التكييف)، وكذلك المكناات غير المباشرة، وهي مرئية تتجلى في: الخبرة القضائية والتحقيق القضائي، والتي تشكل في مجملها منطلقا لمساعدته على الوصول إلى الحقيقة القضائية.

غير أنه وجب القول أن القاضي يصطدم في ذلك بصعوبات كثيرة حولت صفته من مساهم في الحل إلى مَصَدَر للمشكل، لا سيما في ظل الانتقاد للتخصص الوظيفي الذي يمكنه من الوقوف على دقائق المنازعات، والممايزة بين سندات الإستدلال عليها، إذ أنها تتنوع تبعا لثنائية أخرى تتجلى في الجمع بين نظام الشهر العيني ونظام الشهر الشخصي، مما رتب تضاربا في هذه الأدلة لا يزيله إلا قاض متخصص مدرك لفتيات العمل القضائي، ومستوعب لآليات الترجيح فيه وفق مسار مضبوط يحقق دور القاضي في استقرار الأوضاع الاجتماعية.

ونظرا لتخلف ذلك فقد ساهمت القرارات القضائية في عدم استقرار المراكز القانونية، ويتمظهر ذلك بشكل أساسي في تناقضها في المسألة الواحدة، بل يمتد الأمر للاجتهاد في معرض النص مما يجعل اللجوء إلى القضاء ينطوي على نوع من الغرر نتيجة لهذا التضارب، ونتيجة عدم تحديد الموقف القضائي بشكل مستقر، وهو ما شكل في مجموعه مصدرا لانعدام الأمن على هذه المراكز، وهو ما من شأنه إفقاد الثقة في المرفق القضائي.

وردا على ذلك نشأت مجموعة من الأفكار المنادية بتكليف عدم التزام المشرع والقضاة بضمان أمن هذه المراكز على أنها إخلال بسيادة القانون، ولكن نظرا لشمولية هذا المصطلح فقد تم اشتقاق فكرة جزئية منه، والمتمثلة في مراعاة الأمن القانوني كالتزام ذاتي لهم عند مباشرة أعمالهم، ويرجع الفضل للكشف عنه إلى القضاء الدستوري الألماني، وتحت تأثير القضاء الأوربي انتقل إلى الدول الأخرى، وأصبح جزءا من نظامها القانوني.

ولم يتخلف القضاء الجزائري عن ذلك؛ إذ أن تتبع قراراته يحيلنا إلى تبنيه لبعض جوانب الفكرة منذ الثمانينات تحت مسمى مبدأ استقرار المعاملات، غير أنه لم يعترف به رسميا إلا خلال عام 2012 عن

طريق محكمة التنازع، ليعقبها اعتراف رسمي من مجلس الدولة سنة 2014، ليتم إصباح الصفة الدستورية عليه من خلال تبنيه في المادة (04/34) من التعديل الدستوري لسنة 2020.

### (ثانيا) الاشكالية:

وبناء على ما تم بيانه أعلاه؛ فإن الاشكالية المراد معالجتها في هذا المقام يمكن رسم صياغتها على النحو التالي:

كيف يمكن الموازنة بين ديناميكية القواعد القانونية وبين متطلبات الأمن القانوني الخادمة للمصلحة العامة والتوازنات الاجتماعية في سياق التشريع العقاري الجزائري؟

وتسهيلا لمسار الإجابة عنها فقد تم اشتقاق بعض الإشكاليات الفرعية، وهي:

- 1) فيما يتمثل الأمن القانوني؟ وما هي أهم المساهمات في إنضاجه؟
- 2) فيما تتمثل أهم السمات التي يَصْطَبِحُ بها التشريع العقاري؟
- 3) كيف يمكن لتناقض القرارات القضائية أن يمس الثقة بالقضاء باعتباره المرفق القائم على نقل القوانين من إطارها التجريدي (الساكن) إلى إطارها التطبيقي (المتحرك)؟
- 4) هل يمكن لسياسة عقارية مُنسجمة قوامها دراسة أثر التشريع وتوقع مآله أن تُساهم في تحقيق الأمن القانوني؟

### (ثالثا) أهمية الموضوع:

يكتسي الموضوع أهمية بارزة تجعل وضعه على بساط البحث ضرورة قصوى؛ إذ أنه يجمع بين مراحل متعددة من مراحل صناعة التشريع والقرارات القضائية بعضها مرئي يمكن تلمسه، وبعضها غير مرئي وجب البحث الجدي فيها للوقوف على حالها، خلفياتها ومآلها، لما في ذلك من إرساء للضمانات الواجب احترامها على المستويين، التشريعي والقضائي، للوصول إلى خطاب دقيق اللغة، واضح الصياغة، متناسق البنيان، ومتجانس يخدم الاستثمار العقاري، ويحفظ الحقوق العقارية باعتبار أن حمايتها مكفولة دستوريا.

### (رابعا) أهداف الموضوع:

يستهدف هذا الموضوع تحقيق مجموعة من الأهداف، والمتمثلة في:

(01)\_ تشريح الأمن القانوني باعتباره موضوعا من الموضوعات التي لا زالت محل إنضاج متعدد، ويكتسي هذا الهدف حيوية مركزية بعد تبني المشرع لفكرة الأمن القانوني من خلال التعديل الدستوري لسنة 2020.

(02)\_ الوصول إلى مقارنة استشرافية لاقتراح حلول واقعية تناسب البيئة الجزائرية بغية تجويد النسق التشريعي العقاري، لاسيما في ظل منظومة تسعى للابتكار الاقتصادي للخروج من التبعية النفطية.

(03)\_ تبيان مواقع التناقض التشريعي والقضائي الناتجة عن تداخل الأنساق القانونية نتيجة الاستيراد القانوني، والعمل على تكييفها وفق نسق خادم للمصالح الاجتماعية.

(04)\_ تحديد أهم الفواعل المتدخلة في رسم السياسة العقارية.

#### (خامسا) الدراسات السابقة:

لدراسة هذا الموضوع اعتمدنا على بعض الدراسات السابقة ذات الصلة بموضوع البحث أبرزها:

(01)\_ قاسي فوزية، متطلبات تكريس دولة القانون: دسترة مبدأ الأمن القانوني (دراسة مقارنة بين التجربة الأوروبية والجزائرية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2018/2017.

(02)\_ أوراك حرية، مبادئ الأمن القانوني في القانون الجزائري وإجراءاته، رسالة دكتوراه، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2018.

ومما يلاحظ على هاتين الرسالتين طابعهما التأسيسي العام؛ إذ اهتمتا بدراسة الأمن القانوني في مجال القانون بشكل عام دون تخصيص فرع معين على عكس دراستنا، والتي جاءت بهدف البحث في الأمن القانوني في المجال العقاري، كما يلاحظ عليهما الافتقار للتأصيل التاريخي لفكرة الأمن القانوني، وكذا عدم النص على الوسائط التي تُفعل الأمن القانوني مثل السياسة القانونية، وقياس الأثر التشريعي، وهو الذي حاولنا التطرق إليه باعتباره مسألة من المسائل الحيوية المساهمة في إزالة الغموض عن الوضعية العقارية.

(03)\_ كتاب لبلخير محمد آيت عودية، الأمن القانوني ومقوماته في القانون الإداري، دار الخلدونية، الجزائر، 2018، ويحسب له اهتمامه بالتأصيل التاريخي من خلال البحث عن الجذور التاريخية للفكرة، وكذا نصه على مجموعة من الحلول التي تؤسس لحماية الأمن القانوني، غير أن دراسته قاصرة في نطاقها على الميدان الإداري، والذي يعتبر شقا من المجال العقاري.

#### (سادسا) دوافع اختيار الموضوع:

يقف خلف اختيار العنوان البحثي مجموعة من الأسباب، فأما **الموضوعية** منها فتكمن في: جدة الموضوع، وهو ما يجعله متناثرا بين مراجع شتى، مما يجعل هذه الدراسة مساهمة في إثراء المكتبة القانونية بمرجع يحاول الإحاطة بمختلف جوانب الموضوع، لاسيما دسترة المشرع الجزائري للأمن القانوني بموجب المادة 04/34 من التعديل الدستوري الجديد، كما أن تناقض القرارات القضائية في المسألة الواحدة سبب وجيه للبحث فيه لمساس التناقض بسمعة الأجهزة القضائية.

وأما **الذاتية** فتتجلى في: المجال **البيئي** الذي تشمله الدراسة؛ إذ تعد ساحة للبحث في القانون وتطويع العلوم الأخرى بغية تحقيق غاياته لا سيما فلسفة القانون، والعلوم الاجتماعية، وكذلك حيوية الموضوع؛ إذ ينبسط ويتراخى ليشمل كل الاجتهادات مما يتعين معه التنقيب في التراث الاجتهادي الوطني طيلة أكثر من ثلاثين سنة، مما يمكن من خلاله الوقوف على مواطن الجدة ومواضع الابتكار، وتحديد أماكن الخلل والقصور بغية محاولة علاجها، كما أن النقائص التي سجلناها في الدراسات السابقة تجعل من الواجب البحث بغية سدها لتحقيق التراكمية المعرفية.

#### (سابعا) المناهج :

إن طبيعة الدراسة التي بين أيدينا والمتعلقة بحركية التشريعات العقارية في ضوء أجديات الأمن القانوني تقتضي منا الممازجة بين مجموعة من المناهج، وهي **المنهج الوصفي** باعتباره الأمثل لتحديد أهم التعاريف المتعلقة بالموضوع مثل الأمن القانوني والاجتهاد القضائي والسياسة القانونية وغيرها، كما يستوجب أعمال **المنهج الاستدلالي**؛ لكونه الأنسب في تحليل النصوص القانونية والقرارات القضائية المتصلة بالموضوع، وتحديد العلاقة الارتباطية بينها، كما يستلزم توظيف **مكنة المقارنة** كأداة من أدوات المنهج الاستدلالي، للاستفادة من أهم الحلول المتواجدة في ثنايا الفقه الإسلامي أو القانون والقضاء المقارن لتوظيفها في محاولة لبناء أنموذج جزائري خالص.

## (ثامنا) تصميم الخطة

وبغية الإجابة عن الإشكالية المثارة أعلاه، وتحقيقاً للأهداف المرسومة تم تقريع خطتنا ضمن قوام ثنائي نعالج في **بابه الأول**: وظيفة الأمن القانوني في سياق حيوية التشريع العقاري باشماله على فصلين، فأما **الفصل الأول** فيبحث فكرة الأمن القانوني من خلال رصد مساراتها وتجليه مفاهيمها، وأما **الفصل الثاني** فندرس من خلاله حيوية التشريع العقاري بكشف خصوصية هذا الأخير وبيان الأثر المترتب على ذلك.

بعد تبيان الجانب النظري للموضوع والإشكالات التطبيقية التي يتسبب فيها كان لزاماً علينا منطقياً أن نبحث في **الباب الثاني** الوسائط التي تنتقل الأمن القانون من جانبه التصوري المجرد إلى جانبه العملي، وذلك من خلال **الفصل الأول** الذي ينظر في الوسائط التشريعية القائمة على نهج علمي واعٍ تكفله المؤسسات المشاركة في رسم السياسة القانونية المعبر عنها بواسطة الصياغة التشريعية، وأما **الفصل الثاني** فسنتقف من خلاله على الوسائط القضائية التي تركز الاجتهاد كعملية إبداعية غائية لمعالجة النقص التشريعي وفق رؤية تكاملية تسمح بتجسيد الأمن القانوني.

الباب الأول:

وظيفية الأمن القانوني في سياق

حيوية التشريع العقاري

## الباب الأول: وظيفة الأمن القانوني في سياق حيوية التشريع العقاري

يمثل القانون انعكاسا للإرادة الاجتماعية لضبط المراكز والعلاقات القانونية المختلفة، غير أنه قد يتخلف عن ذلك مما يولد أفكار لحتة على أداء الدور المنوط به، ومن هنا جاءت فكرة الأمن القانوني كردة فعل على تراجع المعيارية القانونية، وحتى يحقق الأمن القانوني وظيفته فإنه يركز لمجموعة من المرتكزات التي أصبحت تشكل معيار قياس له، وهو ما يسمح بقياس هذه الوظيفة في سياق الديناميكية التشريعية في المجال العقاري.

وعلى أساس ذلك سيتم معالجة هذا الباب على النحو التالي:

❖ الفصل الأول: فكرة الأمن القانوني

❖ الفصل الثاني: حيوية التشريع العقاري



## الفصل الأول: فكرة الأمن القانوني

يجسد الأمن القانوني أحد الأفكار المعيارية التي لا تزال في مرحلة النقاش الفقهي، فهي لا تزال بمرحلة البناء ولم تصل للتصور النهائي، والمفهوم رغم حداثة الاصطلاحية إلا أن مضمونه يمتد للقوانين الحضارية القديمة، وهو ما يستوجب تحليل التراث القانوني وتتبع مسار تطور الفكرة، للوقوف على حقيقته المفاهيمية، ومكانته في القوانين المقارنة، والنظام القانوني الجزائري الذي تفاعل مع هذا النقاش العالمي فتبنى المبدأ في إحدى أحكامه القضائية ابتداءً ثم تبناه كمعيار دستوري في التعديل الدستوري لسنة 2020

ولعلاج هذه المسائل سنخصص لها مبحثين على النحو التالي:

❖ المبحث الأول: مسارات تطور فكرة الأمن القانوني

❖ المبحث الثاني: التأصيل المفاهيمي لفكرة الأمن القانوني

## المبحث الأول: مسارات تطور فكرة الأمن القانوني

إن فكرة الأمن القانوني رغم حداثة الاصطلاح إلا أن لها جذور قديمة تمتد للفكر القانوني القديم ببعديه الفلسفي والتشريعي (**المطلب الأول**)، ووصولاً للفكر القانوني الحديث الذي ساهم في إنضاج الفكرة (**المطلب الثاني**)، وهو ما يستلزم العودة لهذه الجذور لأن من شأن ذلك أن يسمح ببناء منظور مفصل لهذه الفكرة.

### المطلب الأول: تحليلات الفكرة في المنظومة القانونية القديمة

إن استقراء الحقيقة المفاهيمية لفكرة الأمن القانوني ضمن المنظومة القانونية القديمة يقتضي من البحث عنها ضمن نسق مزدوج يجمع بين المسار الفلسفي (**الفرع الأول**)، والمسار الفقهي (**الفرع الثاني**)، وعلّة ذلك أنهما كانا متلازمان، ويمثلان معاً الإطار الناظم للحياة الاجتماعية في تلك الفترة الزمنية.

#### الفرع الأول: المسار الفلسفي

تمثل الفلسفة اليونانية مرجعية لا مناص من العودة إليها بغية البحث في جوهر الأشياء وفهمها<sup>1</sup>، فرغم التقدم والثورات في شتى ضروب العلم والمعرفة لا تزال هذه الفلسفة تحتل مكانة بارزة، ولذلك سننقضي في مآثر اثنين من أقطابها عن الأمن القانوني، وهما الفيلسوفين: أفلاطون، وأرسطو طاليس:

#### (أولاً) أفلاطون:

أولى أهمية كبيرة للسياسة التشريعية، فاشتراط في الحاكم ليكون مشرعاً جيداً أن يكون فيلسوفاً، لما قد غمر به الفلاسفة من المعرفة والعدالة، وأوجب على الحكام، ومساعدتهم حتى ينالوا هذه التسميات عن جدارة أن يطيعوا القوانين، وأن يؤلّوها الرعاية والعناية اللازمة بكل تفاصيلها<sup>2</sup>، ولتحقيق ذلك فقد جعل هذا الفيلسوف حياة القانون تمر بثلاثة مراحل، يمكن تلخيصها فيما يلي:

<sup>1</sup> إن فهم مصطلح معين رهين بفهم دلالة الكلمات التي يتم التعبير بها عنه، وتبيان التحولات اللغوية له عبر الأزمنة والأمكنة، وهذا ما يعني على الأقل تتبع القواعد والمؤسسات التي تحدد معاني واستعمالات هذه الكلمات، ومن ثم الإمساك بالدور الذي يلعبه المصطلح في اللغة اليومية والحياة الاجتماعية، وليس لنا في ذلك أعظم من مدرسة التاريخ، ولا برهان أقوى من الاستقراء، إذ أن تتبعهما يمكن لنا أن نجد ظهور وأقول مصطلحات وغايات معينة، والتي قد لا تتشابه مقاصدها في مساراتها الزمنية والمكانية، ينظر في ذلك: حسن مصدق، **بورغن هايرماس ومدرسة فرانكفورت: النظرية النقدية التواصلية**، ط 01، المركز الثقافي العربي، المغرب، 2005، ص 72.

<sup>2</sup> أفلاطون، ترجمة شوقي داوود تمارز، **المحاورات الكاملة**، المجلد الأول، الجمهورية، الأهلية للنشر والتوزيع، لبنان، 1994، ص 236، 262، 328.

**(01) المرحلة السابقة للتشريع:** وهي مرحلة تخطيطية يتم فيها الإعداد لتشريع معين، والذي يكون تجسيدا للعقل والمنطق والراهن الاجتماعي من خلال جعل المواطن مساهما أساسيا في وضعه، ومصالحته والظروف المستجدة هي أساس تغييره، وأن تكون مقبولة من طرف العامة والجمهور، وهو ما يسمح بتطبيقها ونجاح الغايات المسطرة فيها، فالعلاقة بين المشرع والمواطن يجب أن تكون كعلاقة الطبيب والمريض<sup>1</sup> حيث يعتبر كلاهما طرفا في إنجاح الوصفة الطبية.

وفهم هذا التمثيل يستوجب منا معرفة المسار الطبي الذي ينتهجه الطبيب عند تعامله مع مريضه، إذ أنه يفحصه ليعلم مواطن الخلل، ولكن ذلك لا يكفي مما يستدعي تحاليل طبية، وإحاطة بالتاريخ المرضي، ثم يقرر بعدها سلوك المسلك العلاج بالأدوية فقط أو التدخل الجراحي، وفي جميع الحالات فلا بد من متابعتها لمعرفة مدى استقرار حالته، وقياسا على ذلك فالمشرع يجب أن يجيد وقت تدخله، ومكانه، وأداته، وآثار ذلك ليحقق غايته القصوى من سن القوانين.

**(02) مرحلة بناء التشريع:** وهي مرحلة تجسيدية يتم فيها وضع القانون حيث يجب أن تكون مطابقة للدستور، وتعمل على تأمينه من الفساد والعفن<sup>2</sup>، وهو ما يوازي قاعدة تدرج القوانين بالمفهوم الحديث، كما يجب ومن أجل تجسيد الدولة الحقة أن يكون هناك "كيان من التشريع المنسق والمنهجي"<sup>3</sup>، وذلك باحتوائها على مقدمات دقيقة تعتبر المدخل المنهجي لفهم وتوضيح القواعد التي تليها.

**(03) المرحلة اللاحقة للتشريع:** وهي مرحلة تقييمية لما بعد تطبيق القانون، فأفلاطون يرى أن مجرد وجود قوانين صالحة غير كاف للجماعة، ولكن يجب بالتوازي مع ذلك وجود جهاز يتصف باليقظة التي لا تقدر لتخليد هذه القوانين، وذلك من خلال تتبع مدى تحقيق غاياته التشريعية، وهو ما يسمح له بفحص تشريعاته وتحديد المقبول منها وتدعيمه، وتغيير القوانين التي يرى صعوبة في تطبيقها وتحقيقها للفعالية المطلوبة منها<sup>4</sup>.

**(ثانيا) أرسطو:** وهو تلميذ أفلاطون فهو يرى أن نواميس الطبيعة تقتضي وجود نظاما تجري بمقتضاه، ولا يستثنى من هذه القاعدة علاقة الناس حيث تسير وفقا لهذا النظام، وبه يتعين مركز كل

<sup>1</sup> أفلاطون، ترجمة محمد حسن ظاظا، **القوانين**، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص 42، (لأمانة العلمية فإن الترجمة كانت من النسخة الانجليزية لتايلور، وليس من النسخة اللاتينية لأفلاطون).

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص ص 221، 222.

<sup>3</sup> أفلاطون، المرجع السابق، ص 42

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص ص، 72، 233-234.

شخص في النسق الاجتماعي، وبواسطته تتحقق العدالة التي تختل أركانها بإتيان كل ما يهدد توازن واستقرار العلاقات، ولذلك فهو يجعل القانون الطبيعي هو الضمانة لجعل هذا النظام موضع تنفيذ حقيقي<sup>1</sup>.

ولكن نظرا لعدم سهولة الوصول للمعاني الكامنة في القانون الطبيعي، ولصعوبة إدراك بعض جزئياته وغموضها، فقد أولى (أسند) للحكام وذوي المعرفة لجلاء غموضه، وكذلك إصدار تشريعات واضحة له، وبسط سيادتها فيقول: "أن السيادة يجب أن تكون للقوانين المبنية على العقل، ويعتبرها معيار لقياس الحكومات الصالحة والحكومات السيئة"<sup>2</sup>.

ونتيجة لذلك فقد أوجب على المشرع تحسين العناصر القانونية القائمة، وأن تعمل الحكومة على أن يكون الدستور ترجمة لإرادة الشعوب، وأن يرافقه بالأنظمة التي تكفل له الحياة أطول مدة بعد وضعه، وأن يكون دستورا قابلا للتجسيد، يسيرا للتنفيذ، عاما، سهلا، وغير معقد، وتحقيق هذا الأمر يستدعي وجود نوع من الاستشارة عند سن القوانين، والابتعاد عن الاستبداد والتفرد بوضعها<sup>3</sup>، فالمشرع لا يضع القانون باعتباره إنسانا، ولكن باعتباره عقلا مجردا ومنزها من الأهواء والمصالح<sup>4</sup>.

وهذه الشروط ستسحب بعد ذلك لإعمالها على القوانين التي يجب أن تكون متألّفة مع الدستور، باعتباره يمثل القانون الأعلى الذي تُستلهم منه القوانين الأقل درجة، ونتيجة لهذا فإن القابلية للتجسيد، والعمومية، وعدم التعقيد تشمل كل القوانين ولا تقتصر على الدستور، كما أن هذه القوانين يشترط فيها الاستقرار، وعدم ممارسة العبث التشريعي، والتغيير الدائم للقوانين.

ونظرا لاستحالة الكمال فإن النقص التشريعي الذي قد يتخلل بعض القوانين أمر وارد، وكحل لذلك يمنح أرسطو القاضي صلاحيات الفصل عند غياب النص القانوني، وقد عبر عن ذلك بقوله "عندما يكون القانون عبر بوضوح عن قصده فإنه يترك بعد ذلك لرشادة القضاة أن يحكموا وأن ينظموا الباقي،

<sup>1</sup> سليمان مرقس، فلسفة القانون: دراسة مقارنة، المنشورات الحقوقية، مكتبة صادر، لبنان، 1999، ص 75-77، للمزيد عن نظرية

أرسطو في القانون الطبيعي انظر: سمير تناغو، جوهر القانون، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2014، ص ص 23-72.

<sup>2</sup> أرسطو طاليس، ترجمة أحمد لطفي السيد، السياسة، ط 01، منشورات الجمل، لبنان، 2009، ص 219.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 326-327، 340.

<sup>4</sup> سمير تناغو، جوهر القانون، مرجع سابق، ص 34.

وهو يجيز لهم أن يكملوا ما فيه من سكوت"، وذلك وفقا لقواعد الإنصاف<sup>1</sup> والذي يمثل: "إصلاحا للقانون في الحدود التي يبدو فيها ناقصا بسبب صياغته العامة"<sup>2</sup>، ووفقا لقواعد الملائمة التي تقتضي الموازنة بين النص الموجود والوقائع المعروضة، وهو ما يسمح بمرونة العمل القضائي والخروج عن التطبيق الحرفي إلى تطبيق روح النص ناشدا تحقيق العدالة في ذلك.

ومما سبق يتضح لنا أن الفيلسوفين أفلاطون، وأرسطو قد صمّنا مؤلفاتهم مضمون الأمن القانوني من خلال اشتراط الصبغة الاجتماعية للقوانين، واتساقها، ووضوحها، والرغبة في أن تعمر هذه القوانين أطول مدة ممكنة للحفاظ على استقرار الإطار القانوني الذي تخضع له العلاقات.

### الفرع الثاني: المسار القانوني

تُشكّل الحضارات القديمة إرثا قانونيا مرجعيا، وتراثا فكريا وجب تمحيصه لاستخراج أهم المبادئ المرتبطة بالأمن القانوني، وذلك من منطلق الاستفادة من التقنيات التي وصلت لها هذه الحضارات بغية العمل على تكييفها وفق روح العصر الحالي، ومن أهم هذه الحضارات نجد:

#### (أولا) في بلاد الرافدين:

لقد كان الشرق القديم ثريا بالشرائع المكتوبة، ومن بينها: قوانين أوركا جينا (2360 ق.م)، وسرجون الأكادي (2300 ق.م)، وأورنامو (2100 ق.م)، وقوانين عشتار (1930 ق.م)، وكلها شكلت مقدمة ومصادر مهمة لمدونة حمورابي الذي حكم بابل بين 1792 و 1750 ق.م، والتي شكلت بعد ذلك مرآة لقياس الأداء التشريعي في تلك الفترة<sup>3</sup>.

ولعل الإجراءات المتبعة في بناء المدونة تعد شاهد إثبات على تجلي الأمن القانوني، إذ كانت نسخة منقحة لما كان قبلها من خلال سلسلة من التقويمات، والتبديلات، والإضافات، والإلغاءات اقتضتها

<sup>1</sup> يفرق أرسطو بين نوعين من العدل أحدهما عام justice، وهو الناتج عن تطبيق القاضي للقواعد القانونية الموجودة، والآخر خاص équité، وهو الحكم الذي يصدره القاضي في الحالات التي لا يكون فيها نص قانوني.

<sup>2</sup> سمير تتاغو، جوهر القانون، مرجع سابق، ص 57.

<sup>3</sup> مجموعة من المؤلفين، ترجمة أسامة سراس، شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم: دراسة مقارنة مع النصوص الكاملة، ط 02، سوريا، 1993، ص 09.

ضرورة الحياة من خلال إلغاء ما لم يعد مواكبا للظواهر القانونية، واستحداث ما يساهم في ضبط العلاقات بغية توطيد العدل و إحقاق الحق وهو ما تبناه هذا الملك في ديباجة مدونته<sup>1</sup>.

ولعل المادة الخامسة<sup>2</sup>، والتي تنص على: "إذا أعطى قاض حكما، وأصدر قرارا، وثبت على رقيم مختوم، ثم غير حكمه بعدئذ فعليهم أن يثبتوا أن ذلك القاضي قد غير الحكم الذي أعطاه، وعليه أن يدفع اثنا عشر مثل الشكوى التي رفعت تلك الدعوى، وزيادة على ذلك عليهم أن يطردوه أمام الجميع من فوق كرسيه للقضاء، وعليه أن لا يجلس ثانية أبدا مع القضاة في دعوى" فيها شاهد إثبات على تبني حمورابي للأمن القضائي، فترجع قاض عن حكم ثبت على رقيم مختوم والذي يمثل حكما نهائيا، لاسيما إن كان فيه شبهة فساد وقرينة ذلك أن يتراجع في نفس القضية، ودونما تقديم أدلة إثبات جديدة يشكل مساسا باستقرار الحقوق، والمراكز التي كشفت أو أنشأت بموجب القرار الأول.

### (ثانيا) عند اليونانيين:

تميزت القوانين اليونانية في مراحلها الأولى بكونها عملا سياسيا محضا، وهو ما جعلها تخرج عن الرقابة الشعبية، كما تميزت بطابعها الشفوي مما حال دون القدرة على الإطلاع عليها، وبالتالي الجهل بمقتضياتها، وقد كان أول إصلاح متعلق بها هو تبني كتابة القوانين<sup>3</sup>، وقد تبنا في ذلك أسلوبا واضحا ليفهمها الجمهور الذي يريد قراءتها، وقد كتبت على جدران المعابد لتضفي عليها نوعا من القوة، ولتعطي انطباعا أن الله وافق عليها، وسيراقب مدى تطبيقها، وهو ما يعزز الموثوقية بها، ويحقق المصلحة العامة في النفاذ لها، ولذلك أصبحت القوانين الدستورية تعرض في مكان عام، ولا يتم الاحتفاظ بها في مكان

<sup>1</sup> حمورابي، شريعة حمورابي، ترجمة: محمود الأمين، ط 01، دار الوراق، بريطانيا، 2007، ص 08.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 14، وهناك من يترجم هذه الفقرة بالعارة التالية: " إذا أصدر القاضي حكما وثبته في وثيقة رسمية، ثم رغب في نقض حكمه...."، انظر هورست كلينكل، ترجمة: محمد وحيد خياطة، حمورابي النابلي وعصره، ط 01، دار المنارة، سوريا، 1990، ص 193.

<sup>3</sup> لقد وقع تباين في تفسير سبب اللجوء للكتابة فبينما يرى فريق أن مرد ذلك هو فكرة الديمقراطية إذ أن احتكار الحاكم للمعرفة بالقوانين سيجعل ذلك هادما لرابط المساواة، من خلال استغلال القوانين لصالحهم، وبالتالي فإن كتابتها ستحقق المساواة بينهم، بينما ينتقد الفريق الثاني هذه القراءة مستلذين على توجههم في كون الجذور الأولى للتدوين هي المدن الارستقراطية وهدفهم من ذلك هو سيطرة الحكام على الشعب فالكتابة إذا تمثل ردة فعل من قبل قلة بهدف الحفاظ على نفوذهم السياسي على أكمل وجه، ينظر في ذلك:

*Michael GAGARIN, writing Greek laws, Cambridge University Press, USA, 2008, p 73.*

خاص بالكهنة فقط، ثم انسحب ذلك ليشمل القوانين العادية التي تتعلق بالأفراد مباشرة ومثالها: قواعد الميراث، والحيوانات، والإصابات<sup>1</sup>.

والكتابة هنا حتمية لاسيما في ظل تعدد الأعراق المكونة للعنصر البشري في أثينا، والذي ساهم في ازدهار النشاط الإنساني، وهو ما يتطلب تدوين القوانين للحفاظ على التفاصيل، واتساق القواعد التي تنظم هذه العلاقات، والتي قد تكون خاضعة لقواعد عرفية متضاربة، وهو ما يؤدي لتحقيق اليقين بشأنها لأن العبرة بمضمون القانون في حال اختلاف الأفراد.

وبغية تحقيق الفاعلية القانونية فقد تم مأسسة<sup>2</sup> الصناعة التشريعية وفق مسار بنائي لا يجوز الخروج عن مقتضياته، فالقانون عندهم يمر بأربعة مراحل، وتتمثل في<sup>3</sup>:

### (01) قانون التشريع القديم:

والذي كان يتضمن كيفية التشريع، ومن أبرز مميزاته هو تبنيه للتفاعلية التشريعية، وذلك بتمكين الأفراد من اقتراح قوانين، ومناقشتها على مستوى مجلس الاكليزيا باعتباره المختص في مناقشة هذه القوانين، كما يسمح بحضور أي شخص من شأنه أن يقدم إضافة للقانون.

### (02) قانون المراجعة:

ومحله هو تنظيم إجراءات مراجعة القوانين السارية، وإجراءات سن قوانين جديدة لتتوافق مع المتغيرات الاجتماعية، ونظرا لخطورة هذا الإجراء فقد تم التأكيد على فكرة وجوب تمتع القواعد القانونية بالوضوح، والاستقرار لدرجة أنه كان بإمكان كل مواطن رفع دعوى قضائية ضد واضع القانون المصادق عليه من قبل الجمعية الوطنية (الاكليزيا) إذا كان هذا القانون ينطوي على عيوب جسيمة، ومخالفات كلية للقوانين القديمة، وجزء ذلك يشمل تغريم صاحب النص وصولا إلى إعدامه<sup>4</sup>، ويتولى فحص الاقتراحات

<sup>1</sup> Op. Cite, p13, 81.

<sup>2</sup> المقصود بها وجود مؤسسات تختص بالعملية التشريعية.

<sup>3</sup> Michael GAGARIN, Op. Cit, p187.

<sup>4</sup> Bronislav Totskyi, "legal certainty as a basic principal of the land law of Ukraine", *journal of jurisprudence*, Vol : 21, N° 01, 2014, (pp: 204\_222), p 206.

والقوانين المقدمة هيئة مختصة هي الأريوباغوس areopagus، والذي يختص كذلك في مراقبة مدى خضوع الحكام لهذه القوانين باعتباره من الجرائم الكبرى في المجتمع الاثيني<sup>1</sup>.

وتعقبا على هذه الفكرة أرى أن المخالفة الكلية للقوانين القديمة تعد انتهاكا للأمن القانوني، لاسيما في شقه الخاص بالتوقعات المشروعة لأن تغييرها كلية دفعة واحدة بشأنه أن يعصف بالتوقعات التي بناها الأفراد وتجعلها بلا قيمة تذكر.

### (03) قانون التفتيش:

ويهدف هذا القانون لمراقبة سنوية للقوانين تتولاه لجنة تسمى **Thesmotheta**، وقوامها مفوضون من **eklesia** يقومون بفحص القوانين لضمان عدم تضاربها من جهة، ولضمان عدم وجود أكثر من قانون يحكم نفس الموضوع، وهو ما يمكنهم من تحقيق اتساق التشريعات وتجنب تضخمها<sup>2</sup>، ثم تتولى الاكليزيا بعد ذلك المصادقة على هذه القوانين لتدخل حيز النفاذ<sup>3</sup>.

### (04) قانون إلغاء القوانين:

والإلغاء نتيجة منطقية في حال كشف تعارض قانونين، أو وجود أكثر من قانون لنفس المسألة المعالجة من قبل المشرع، فتعتبر بذلك حلا وقائيا للتعدد التشريعي، والذي يشكل القاعدة المرجعية لنشوء التضخم التشريعي، والذي سنناقشه في موضع لاحق من هذا العمل البحثي.

أما على المستوى التطبيقي فنجد أن مدونة صولون (Law of Solon) تمثل النموذج الأبرز للقوانين الاثينية، وتقوم فلسفته على اعتبار أن القانون يشكل طريقة لخلق العلاقة الصحيحة بين القادة والشعب، وأن سيادة القانون هي الضامن لكبح جماح قادة الشعب، وقد أتاح للغير إمكانية تقديم مقترحات قوانين تخدم المجتمع الاثيني، سواء باستحداثها أو بتعديل ما كان ساريا منها متبنيا في ذلك نهج التصويت على الثقة في القوانين<sup>4</sup> بين القائم منها وبين المقترح، وهو ما يسمح بالترجيح وانتقاء الذي تتوفر فيه الصلاحية والفعالية، كما حظر سن القوانين الفئوية التي تشمل فئة دون أخرى، واستوجب خضوع

<sup>1</sup> Most people say that it was Solon who instituted the council of the Areopagus, see article fr 02 of Solon law in: Delfim F. LEAO and P. J. RHODES, **The laws of Solon: A new edition with introduction, translation and commentary**, I.B.Tauris & Co. Ltd, London• New York, 2016, sp.

<sup>2</sup> Douglas M. MacDowell, "Law-Making at Athens in the Fourth Century B.C", **The Journal of Hellenic Studies**, Vol: 95, 1975, (pp: 62-74), p 70.

<sup>3</sup> Michael GAGARIN, *Op. Cite*, p184.

<sup>4</sup> Vote confidence in the Law



الكافة لها بشكل مجرد، مصبغا عليها صفة الديمومة والبساطة والوضوح مبتعدا عن الشكلية المفرطة التي تضيع الحقوق<sup>1</sup>.

أما من الناحية الإجرائية فقد مُنِع تطبيق القانون بأثر رجعي لما في ذلك من مساس بالمراكز، وقد سجلت الشواهد على الحكم بعدم مشروعية قانون لكونه نص على تطبيقه بأثر رجعي<sup>2</sup>، كما نجد أن صولون حظر على القضاة استعمال قوانين غير مكتوبة مهما كانت مادة النزاع، كما نص على سرعة تطبيق العقوبات الخاصة بالحكام لتلافي تهريبهم منها على عكس الأفراد العاديين الذين كان تطبيق الأحكام بهم يتسم بالبطء<sup>3</sup>.

وبغية استقرار أحكام هذه المدونة فقد نص هذا المشرع على عدم جواز تغييرها لمدة مئة (100) سنة (شرط الترسخ)، وهو ما عمد الأثينيون لتحقيقه اعترافا منهم بدور سولون ودور إرثه القانوني في ضبط المعاملات الاجتماعية، ولذلك فقد وضعوا عقوبات قانونية ودينية (اللغات) لمن يحاول تغييرها، ولعل الخلفيات المفسرة لذلك هو خوفهم من خطر الفوضى الناشئة عن العبث بالقوانين، وتحقيقا لهذا المسعى فقد غادر سولون أثينا تقاديا منه لتغيير هذه القوانين، مما يخالف استقرارها<sup>4</sup>.

### (ثالثا) في الحضارة الرومانية:

تعتبر الحضارة الرومانية الخلفية التاريخية للعديد من الأنظمة القانونية القائمة اليوم، كما أن الكثير من القواعد القانونية عامة، والعقارية خاصة<sup>5</sup> تعود نشأتها للفقهاء الروماني، فكان لزاما علينا إذا العود لها للوصول لروح الأمن القانوني.

ففي جذوره الأولى كان القانون حكرا على طائفة النبلاء والكهنة، والذين كانوا يمارسون احتكارا للمعرفة القانونية سمحت للقضاة الخاضعين لهم بممارسة التعسف في الأحكام التي يصدرونها ضد عامة

<sup>1</sup> Fr 100, 101 in: Delfim F. LEAO and P. J. RHODES, op. cit, p p 272,273.

<sup>2</sup> Virgilio Zapatero Gómez, "Language and Rule of Law in Classical Athens", *Studies on the Theory and Practice of Legislation*, Vol: 05, 2019, (pp: 03\_23), p 14.

<sup>3</sup> Michael GAGARIN, op. cit, p185.

<sup>4</sup> Fr. 93b in: Delfim F. LEAO and P. J. RHODES, op. cite p 248.

<sup>5</sup> للإطلاع على بعض المسائل العقارية، ومثالها: الملكية وقيودها وأصنافها والحيازة بأنواعها، والضمان العقاري، وقواعد العثور على كنز، ينظر في ذلك:

George Mousourakis, **Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition**, Springer International Publishing, Switzerland, 2015, pp 113\_126

الناس، والذين كانوا وكننتيجة منطقية لجهلهم بالقانون بعيدين عن الاستفادة من قواعد العدالة<sup>1</sup>، مما يجعل حقوقهم محل تهديد دائم.

ورفضا لهذه الوضعية فقد ترك الرومان مدينتهم، ورفضوا الخدمة في الجيش، وحينها اضطرت الطبقة الحاكمة لمفاوضتهم، وقد نتج عن ذلك منح العامة الحق في انتخاب مسئولين عنهم يتمتعون بالحصانة بغية حمايتهم من القرارات التعسفية، ووضع لجنة لتدوين القوانين العرفية التي كان يسترشد القضاة بها في إصدار أحكامها، وقد لاقى ذلك معارضة غير منتجة من النبلاء كونه يحرمهم من التطبيق الانتقائي، والتفسير الضيق الخادم لمصالحهم الذاتية<sup>2</sup>.

وتفريغا لهذا الاتفاق \_وفي سنة 450 ق.م\_ نشأ أول قانون يعلم به المجتمع، ونشر على اثني عشر لوحا خشبيا، وهو ما يفسر تسميته بقانون الألواح الاثنا عشر<sup>3</sup>، والذي استلهم من قانون صولون الأثيني<sup>4</sup>، فشكل بذلك أولى متطلبات الأمن القانوني، وهي القدرة على النفاذ المادي إلى القانون، والذي عَزَزَ بحصولهم على الصيغ الإجرائية، والأشكال الفنية التي تتيح لهم الدفاع عن أنفسهم من خلال اللجوء إلى القواعد والإجراءات الصريحة إذ أن القضاة كانوا ملزمين بإصدار قراراتهم وفقا للقوانين المكتوبة.

كما تجسد هذه القوانين الاعتراف الأول بفكرة المساواة أمام القانون، وكذلك المرأة العاكسة للمجتمع نظرا لمساهمة القوى الاجتماعية المختلفة في سنه، فهي تمثل بذلك ابتعادا عن السلطة التعسفية التي تمارسها الطبقة الارستقراطية وانتقالا للسلطة المجردة غير الشخصية للدولة<sup>5</sup>.

ومن أجل إعطاء البعد الحيوي لها، وتماشيا مع التغيرات الاجتماعية فقد عمل الفقهاء على التطوير الدائم لها لكن التغيير كان بدرجة حذرة إذ يقول الفقيه (غايوس) في ذلك: "لا ينبغي لأحد أن يمس القانون بأيدي غير مغسولة"<sup>6</sup>، كما تميزت هذه الفترة بإنشاء منصب البريتور الذي يتولى النظر في المنازعات، ونميز منهم نوعين، وهما: البريتور الحضري والبريتور الخاص بالزائرين والأجانب 125 ق.م، والذي كان يتميز بسلطة تقديرية أتاحت له تجاوز صرامة النص إلى أعمال روحه وفق قواعد العدل والإنصاف، أما في حالة غياب النص فإنه يمكن له اقتراح إجراءات جديدة للتعامل مع المستجدات، ويمكنه طلب مشورة

<sup>1</sup> Mousourakis George, *The historical and institutional context of Roman law*, First published, Routledge, USA, 2003, p 62.

<sup>2</sup> Ibid, pp 62, 125.

<sup>3</sup> بالإنجليزية *law of twelve tables* وباللاتينية *lex duodecim tabularum*.

<sup>4</sup> Mousourakis George, *The historical and institutional context of Roman law*, op, cit, pp 63, 119.

<sup>5</sup> Ibid.124.

<sup>6</sup> Fritz Schulz, *history of roman legal science*, Oxford University Press, London, 1946, p134.

الفقهاء، وهو ما يجعل قرار والمراسيم الصادرة عنه تمثل عصارة للآراء القانونية المؤهلة، ويجعله في منطقة وسطى بين الهيئة التشريعية والفقهاء، ولذلك نجد من يصفه بأنه: "حافظ الفطرة السليمة للشعب الروماني"<sup>1</sup>.

ولقد انعكست تسوية المنازعات باعتبارها عملية فنية على جودة النظام القانوني من خلال إدخال التحليل المنطقي الذي يسمح بالتمييز بين المفاهيم القانونية المختلفة، وتصنيفها ضمن عناوين مشتركة متى كانت تحمل خصائص متشابهة، وهو ما يسمح بتحويل المؤسسات القانونية المتناثرة إلى مؤسسات مترابطة ضمن مخطط منطقي شامل، يسهل عليهم بناء المفاهيم الجديدة، ومواكبة للواقع<sup>2</sup>، وهو ما جعل القانون الروماني من القوانين لتي تصطبغ بصبغة علمية بارزة، فغاية فقهاءه، ومشريعيه هو استنباط القواعد التي تنظم علاقات الناس، وإخضاعها للصيانة والتطوير لتلائم والظروف المستجدة، وهو ما يجعل القوانين حية ومواكبة للتغيرات الاجتماعية<sup>3</sup>.

ويرى البعض أن الأمن القانوني في هذه الفترة لم يكن سوى الدعوى القضائية، وإن لم يتبناها المحامون الرومان كمبدأ مستقل للقانون الروماني، وعلّة التتابع بينهما ينشدان غاية واحدة هي إضفاء نوع من الاستقرار على المراكز القانونية للأفراد<sup>4</sup>، فالفصل في المنازعات القضائية من شأنه إزالة حالة الارتباب، وعدم الاستقرار التي تحدثها هذه المنازعات، ولذلك فمناط الدعوى هو تثبيت هذه المراكز واستقرارها.

ويمكن استنباط دلائل أكثر عن الأمن القانوني بالعودة للمدونة التي وضعها الإمبراطور جوستيان، فتحقيق الحكم الصالح للدولة يقوم على الجمع بين ركنين، وهما: **الأسلحة** وبها يقهر الأعداء، ومن يتناول على الدولة بسوء، **والقوانين** التي يقطع بها دابر المظالم، وتبنى في وضع مدونته منهاجاً تجسّأ فيه المتاعب، وبذل العناية من خلال تنسيق الشرائع القديمة، وإصدار أخرى جديدة محكمة الانسجام بعدما كانت شديدة الاختلاط والارتباك، واتبع في ذلك حفظ آثار السلف من الفقهاء، والتي تمثل إرثاً لا

<sup>1</sup> Mousourakis George, *The historical and institutional context of Roman law*, Op.cit, p p 185\_188.

<sup>2</sup> Ibid. pp 191, 192.

<sup>3</sup> سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 31.

<sup>4</sup> Bronislav Totskyi, op, cit, p 206.

يحصى ولا يحصر، فحفظ بذلك لفقهِ مكانته، ووجد التشريع لما في ذلك من فوائد عظيمة<sup>1</sup>، ويستنتج من ذلك أن التجديد لا يعني أبداً قطع الصلة بالماضي إنما يعني الملائمة والموائمة مع المستجدات بالاستفادة من التجارب وتنقيحها.

ومقارنة بهذه المدونة فإن القوانين قبلها كانت قاسية في أحكامها، ضيقة في إجراءاتها لدرجة إمكانية سقوط الحق بهفوة شكلية<sup>2</sup>، وتطورت تدريجياً بفعل تطور البيئة الاجتماعية والاقتصادية، حيث تعدلت نظمها، واتسعت أحكامها، وتطورت قواعدها حتى وصلت درجة من الكمال والتهذيب قلما نجده في مكان آخر من القوانين الوضعية، فهو في وجوده، وتغيره يشكل ثمرة لتطور المجتمع وليس مجرد نزعة عرضية من نزعات المشرع، وهو ما يعني أن التشريع الذي تقيمه عوامل المجتمع هو الصالح للبقاء، أما التشريع الذي تخلقه عوامل مصطنعة، أو نزوة من نزوات المشرع سيكون فاسداً مصيره الزوال<sup>3</sup>.

ولهذا الإمبراطور الفقيه ضوابطه في وضع التشريع لتحقيق الغاية منها، وتتمثل أهم هذه الضوابط فيما يلي<sup>4</sup>:

- 1) سن القوانين بدافع الفطرة، ومن أجل تحقيق العدل، وليس للقوانين أي أثر رجعي.
- 2) سهولة العبارة خير من الوعورة فلا شيء أليق بالقوانين من الوضوح، مع إعطاء الحق لواقع القانون في تفسيره كلما دعت الحاجة لذلك.
- 3) خير القوانين هي التي لا تدع للقاضي إلا التعليل، واعتبار العرف خير مفسر للقوانين، والعادة ترجمان لها.

وتأسيساً على ما قد بيناه أعلاه يمكن القول أن للأمن القانوني تجليات تعود جذورها للأنظمة القانونية، والفلسفة القديمة، فما دامت العبرة بالمضامين لا بالمسميات فإن ذلك موجود في هذه الأنظمة إذ أنها تبنت النزعة العلمية للقوانين، وربطها بالحيز الاجتماعي الذي وجدت به، كما أنها عملت على توحيدها تسهيلاً للوصول لها، كما أنها سعت لضبطها منطقاً وصياغة.

<sup>1</sup> جوستينيان، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، ترجمة: عبد العزيز فهمي، سلسلة ميراث الترجمة، المجلس الأعلى للثقافة، مصر، 2005، ص 33-35.

<sup>2</sup> وأهم القوانين التي اتسمت بذلك هي قانون الألواح الاثني عشر التي جاءت في سنتي 449-450 ق.م، ودمرت في حريق روما 390 ق.م، وهي بذلك اسبق من مدونة جوستينيان التي دونت في الفترة 527-565 م، انظر عمر ممدوح، القانون الروماني، ج 01، ط 03، مطابع البصير، مصر، 1954، ص 4، 42-43.

<sup>3</sup> عمر ممدوح، مرجع سابق، ص 05.

<sup>4</sup> ينظر في ذلك قائمة " إرشادات وأصول خاصة بنصوص القوانين، جوستينيان، مرجع سابق، ص 409-411.

**المطلب الثاني: تحليلات الفكرة في المنظومة القانونية الحديثة**

إن لفكرة الأمن القانوني تجلياتها الحديثة، والتي تأسست هي الأخرى وفق قوام مزدوج، يقوم الأول على آراء الفقهاء باعتبار أن إسهاماتهم مرتكز أساسي للبناء السليم للمفاهيم، ولرسم هويات الأفكار (الفرع الأول)، وأما الثاني فإنه يكتسي طابعا رسميا لتعلقه بمؤسسات الدولة بشقيها التشريعي والقضائي، حيث كان للقضاء دور في ظهور الأمن القانوني قبل أي تبني تشريعي له (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: المسار الفقهي**

لقد ساهم العديد من الفقهاء في رسم معالم فكرة الأمن القانوني سواء بطريقة مباشرة أو ضمنية، ومن بينهم نجد:

**(أولا) بنائية (مونتسكيو) في صياغة التشريعات:**

يرى مونتسكيو أن القوانين تشكل مجموع العلاقات الضرورية المشتقة من طبيعة الأشياء، وهي تنقسم لقوانين ثابتة ومستقرة يضعها الله، وقوانين وضعية يضعها الإنسان، وهي عرضة للجهل والخطأ نتيجة محدودية إدراكه<sup>1</sup>، وقد وضع صاحب مبدأ الفصل بين السلطات شروطا أساسية في عملية بناء التشريعات، والتي يمكن إيجازها فيما يلي:

ضرورة اعتناء المشرعين بالبناء التشريعي وتنزيهه من العبث إذ يصفه بالعمل العبقري، وأداة نفع للأمم التي سيسري عليها<sup>2</sup>، وبالفعل فالقانون الجيد يصون الثروات الوطنية، ويوفر أفضل الطرق لصيانتها وتمييزها، وأما القوانين التي تصدر ضمن سياق عبثي دونما اهتمام بها فإن آثارها الوخيمة قد تصل لرهن السيادة الوطنية.

وكذلك اشتراطه لصفات معينة في القانون لتجسيد الدور الخاص به كأن يكون واضحا وبسيطا، وغير مبهم عند رسم قواعده العامة، وأن تحمل تفسيرات متقاربة لدى المخاطبين بها، كما وجب الابتعاد عن الفخامة القانونية فذلك مدعاة للافتخار بالصياغة أكثر من الاهتمام بتطبيق القانون، وذلك تجسده الأنظمة الدكتاتورية فقد نجد أنظمتها في غاية الفخامة في صياغتها، ودقيقة في تناسقها لكن التطبيق الواقعي لها غير موجود.

<sup>1</sup> مونتسكيو، ترجمة: عادل زعيتر، **روح الشرائع**، مؤسسة هنداي سي سي أي سي، المملكة المتحدة، 2017، ص ص، 49-51.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 998.

كما يجب أن تكون موجزة، وبعيدة عن الإسهاب، وأن يخاطب بالقانون متوسطي الإدراك مادام موجها للعامة، ففهمه حق للجميع بغية تطبيقه، فهو ليس بفن منطوق مطلق، بل إن الغاية من وضعها هو جعلها قابلة للإدراك، قابلة للتنفيذ<sup>1</sup>.

وتتويجا لذلك فهو يرى أن القوانين لا بد أن تكون عملية، وأن تشرع عند الحاجة فقط<sup>2</sup> "القوانين غير المجدية تضعف القوانين الضرورية"، فلا بد من اجتنابها لتبقى روح القانون وصرامته، ولا بد من عدم تغيير القانون وتحويل المبادئ التي يحتويها إلا إذا دعت الضرورة لذلك، وتحت أسباب كافية، ومسوغات حقيقة.

### (ثانيا) معيارية كلسن في وضع القواعد القانونية:

يعتبر كلسن زعيم المدرسة الواقعية، وقد نادى لبسط نفوذ سيادة القانون الذي يتوافق مع قيم كالديمقراطية، والأمن القانوني<sup>3</sup>، فهو يجعل من القانون نظاما معياريا للسلوك البشري، مما يستوجب خضوع الجميع له للحفاظ على استقرار الأوضاع القائمة، وهو يشترط تراتبية هذه المعايير إذا يجب أن تكون المعايير الدنيا لا تخالف المعايير العليا لتتميز بالصلاحية<sup>4</sup>.

وموازاة مع ذلك فإن القانون لا يكتمل بمجرد صلاحيته بل لا بد أن يكون مقترنا بالفعالية، ويتحقق ذلك من خلال علاج القوانين للظواهر الموجودة فعلا وغير منفصلة عنها، وهو ما يجعل المعيار في حركية دائمة للاستجابة لهذه المتطلبات.

وتحقيقا للصلاحية والفعالية فهو يدعو لمساهمة الأفراد في وضع المعايير والقوانين، ويقول في ذلك: "إن عقد القانون الخاص يمثل طريقة نموذجية لصناعة القانون، أما القواعد التي تفرضها النظم الإدارية فإنها حالة نموذجية لإنشاء القواعد الاستبدادية"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص ص، 999، 1000.

<sup>2</sup> فهو يرى بوجوب الابتعاد عن تقنين المسائل الديناميكية ومثاله الأسعار فهي في تغير دائم، وهذا ما يجعل تقنينها سببا في تغيير دائم للقوانين، ويرى أنه يجب الدقة في اختيار الوسيلة المناسبة فما يحتاج قانونا بسيطا لداعي أن نضمه في الدستور وهكذا، وهو استمرار لرؤية أفلاطون القائمة على اختيار أداة التدخل التشريعي المناسبة.

<sup>3</sup> Hans Kelsen, translated by: Max Knight from the second German edition, pure theory of law, university of California., USA, 1967, p 319.

<sup>4</sup> Ibid, pp, 45, 50 and Hans Kelsen, translated by Michal Harteny, general theory of norms, claredom press, oxford, USA, 1991, pp 46, 279.

<sup>5</sup> Hans Kelsen, pure theory of law, op. cit, p281.

**(ثالثاً) الأمن القانوني عند أصحاب العقد الاجتماعي:**

تقوم مدرسة العقد الاجتماعي على فكرة مناطها أن العقد يمثل اللبنة الأساسية في بناء المجتمعات، ونقلها من الحالة البدائية التي كانت عليها إلى حالة أكثر تنظيماً واستقراراً، ولكنهم وإن اتفقوا في تحديد المنطق، فقد اختلفوا في تحديد النتائج، والمخرجات على النحو التالي:

**(01) توماس هوبز:** يرى هذا الفقيه أن المجتمعات كانت تعيش في فوضى كبيرة، دونما امتثال للقواعد القانونية، وتحت اعتداءات دورية على الحقوق، وهو ما يحول دون استثمارها واستغلالها الفعلي، وبغية الخروج من هذه الوضعية لأبد من اتفاق يكون موضوعه منح تفويض لشخص منهم يتولى شؤون الحكم متمتعاً بسلطة مطلقة ويعفى من أي التزام وهو جعله يشبه الحاكم بالليفياثان ( Leviathan ) وهو وحش أسطوري ذو قوة مطلقة) لاسيما أن الحاكم لا يعد طرفاً بهذا العقد بل أحد آثاره<sup>1</sup>.

ويتمثل دور الحاكم في المحافظة على الحياة الإنسانية، من خلال تكريس الأمن بأبعاده المختلفة من خلال سن القوانين التي تبين النطاق الذي يمكن لكل شخص ممارسة حقوقه المالية دون مخاصمة من أبناء جنسه.

وأما مضمون الأمن<sup>2</sup> القانوني فيمثل في اختصاص الحاكم دون سواه في وضع التشريعات، لأن تشتت الهيئات المشرعة يؤدي لنوع من التناقض بين تشريعاتها، وهو ما سيخلق ارتباكاً في طاعتها، ولذلك أوجب وضوح النصوص، وتفسير الغامض منها وفقاً لقواعد الإنصاف باعتبارها نية المشرع، ويشترط نشر القوانين والإعلان عنها، وأما على مستوى مرفق القضاء فقد دعا هوبز لسرعة الفصل في المنازعات لتقادي تراكمها لما في ذلك من إشاعة لعدم استقرار الحقوق المتنازع فيها، وبالتالي عدم تحقيق القوانين للقيم والأهداف التي سطرها.

**(02) جون لوك:** على خلاف هوبز يرى لوك أن الحاكم طرف أساسي في العقد الاجتماعي الذي يقوم على سيادة الشعب، الذي يتنازل عن جزء من حقوقه مقابل حماية الجزء الآخر وقوامه الحقوق الحريات الأساسية، ولذلك فقد كفل له استعمال سيادته في إصدار القوانين المتضمنة هذه الحقوق والحريات، أو التي تسعى للانقاص منها.

<sup>1</sup> توماس هوبز، الليفياثان: الأصول الطبيعية والسياسة لسلطة الدولة، ترجمة: ديانا حرب وبشرى صعب، ط 01، هيئة أبو ظبي للثقافة والتراث (كلمة)، الإمارات، ودار الفارابي، لبنان، 2011، ص ص، 182، 14.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص ص 187-188، ص ص 272-275.

وتحقيقاً لهذا فللوك فلسفته في وضع التشريعات<sup>1</sup>، التي يكفل من خلالها الملكيات ويحافظ عليها باعتبارها ثروة تسعى لتحقيق الصالح العام، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال وضع قانون ثابت ينال موافقة الجميع، مع تدعيمه بسلطة عليا تتشكل من قضاة يتسمون بالعدالة والإنصاف يسهرون على تطبيق قوانين موجودة سلفاً وهذا ما يجسد مبدأ الشرعية، ومعروفة مقدماً لمتلقيها وهو ما يجسد الأمن القانوني<sup>2</sup>، وكذلك الفصل في المنازعات، وغياب هذه السلطة يبقى المجتمع في حالة ما قبل التعاقد والتميزة بعدم الاستقرار، ولذا ففعالية هذه السلطة تقتضي وجود قوة حقيقية تكفل تنفيذ الأحكام القضائية وتحمي الحقوق من أي محاولة للاعتداء عليها.

**(03) جون جاك روسو: ركز روسو عمله على الدائرة التشريعية، ويتجلى لنا ذلك من خلال:**

- \_ إصباح الدستور بالقدسية، ولذلك يرى أنه لا بد أن يتسم بالاستقرار، ولا يغير إلا إذا طرأ حدث داخلي أو خارجي يدعو لذلك، فهو يرى أن الدساتير دائمة التغيير تنتفي عليها تسمية الدستور.<sup>3</sup>
- \_ ضرورة جمع القوانين بين كلية الإرادة ( القصد)، وكلية الموضوع، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال الوصول "للشعب المشرع" أي أن الشعب هو من يتولى وضع القوانين، باعتباره هو من سيطبقها.
- \_ انعكاسية القوانين وتعبيرها عن الواقع الاجتماعي، وذلك من خلال عدم صياغتها إلا لتكون نازمة للعلاقات من خلال ترسيخها، ومعاضدتها، وتصحيحها، كما لا تصاغ إلا بعد تفحص قدرة الشعب على تحمل هذه القوانين، ومدى إمكانية تنفيذه لها.<sup>4</sup>
- \_ ترقية دور السلطة التشريعية فهو يمثل الدولة بأنها كيان سياسي قلبه هو السلطة التشريعية، وعقله هو السلطة التنفيذية، ويقول في ذلك: "يمكن للدماغ أن يتهاوى مشلولاً، ويظل الفرد على قيد الحياة، ولكن حالماً يكف القلب عن عمله ووظائفه، يموت هذا الجسم"، ويرى كذلك أن القوانين قد يتخللها هرم أو

<sup>1</sup> جون لوك، الحكومة المدنية وصلتها بنظرية العقد الاجتماعي لجان جاك روسو، ترجمة: محمد شوقي الكيال، مطابع شركة الإعلانات الشريفة، سوريا، ب س، ص ص11،75.

<sup>2</sup> Jérémie van meerbeeck, De la certitude à la confiance ( le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la cour de justice de l'Union européenne, presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles (Belgique), 2014, pp, 28-29.

<sup>3</sup> جان جاك روسو، في العقد الاجتماعي أو مبادئ القانون السياسي، ترجمة: عبد العزيز لبيب، ط 01، المنظمة العربية للترجمة، لبنان، 2011، ص ص، 23، 24.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص ص، 122، 130.



تخدم شعلتها لذلك يستوجب تفعيل دور الأعراف، والأخلاق، والآراء الفقهية، وتواجدها طبي أفئدة المواطنين، لأنها متجددة العنفوان، وهو ما يسمح لها بمعالجة الشغور أو الاختلالات القانونية<sup>1</sup>.

ونظرا لكون الأمن القانوني غاية جوهرية تحقق الاستقرار للعلاقات القانونية، باعتباره قيمة قيمية وليست مثلية<sup>2</sup>، بمعنى أن غيابها لا يمكن أن تعوضه أي قيمة قانونية أخرى مهما كانت أهميتها، ولذلك نجد الفقيه (Henri Mazeaud) يقول: " أكثر من العدل نحتاج إلى الأمن لكي نعيش"<sup>3</sup>، وأما (Démougue) فيرى أن "المحرك المركزي للرغبات الاجتماعية والاقتصادية والقانونية هي الحاجة للأمن"<sup>4</sup>.

ولذلك فالأمن القانوني عند ديموج يشكل إعطاء صبغة الاستمرار للأوضاع القانونية، وحماتها من الأخطار التي قد تهددها مثل المخاطر الاجتماعية، والاقتصادية، وتهديدات القوانين الجديدة، والتي يجب أن تشكل المنطلق الذي يجب مراعاته من طرف المشرعين وهم بصدد التشريع، وهو ما يكفل للإنسان بتطوير أوضاعه القانونية بدل التفكير في الأخطار التي قد تهدده بفعل القانون.

وفي ترتيبه للقيم الاجتماعية يصنف Roubier الأمن القانوني بأنه "القيمة الاجتماعية الأولى التي يجب الوصول إليها"<sup>5</sup>، وأما Carbounier فهو يصفه بالقيمة الفطرية، حينما قال: "الأمن القانوني هو الحاجة القانونية الأساسية إذا كانت لنا الجرأة أن نقول الحاجة الفطرية"<sup>6</sup>، فالثروة والحقوق الشخصية لا معني لها \_حسب اهرنج\_ إن لم تكن مصانة بقيمة الأمن<sup>7</sup>.

### الفرع الثاني: المسار القانوني

إن تتبع مسار تطور الأمن القانوني يقتضي دراستها على مستويين، وهما المستوى القضائي باعتباره الكاشف عن الفكرة ومحتضنها الأول، وكذلك المستوى التشريعي لتحديد موقف الدول منه بين إدراجه ضمن بنائها القانوني أو رفضه.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص ص، 28، 144.

<sup>2</sup> تنقسم الحقوق لنوعين قيمية ومثلية، وهي التي يقوم بعضها مقام بعض، ومنه استعنا هذا التشبيه، ينظر: م 686 ق.م.ج.

<sup>3</sup> صبرينة بوزيد، الأمن القانوني لأحكام قانون المنافسة، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2018، ص 21.

<sup>4</sup> René Demougue, les notion fondamentales du droit privé essai critique, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, France, 1991, p63

<sup>5</sup> C'est le besoin juridique élémentaire, et si l'on ose dire animal.

<sup>6</sup> La sécurité juridique est le premier valeur social à attendre.

<sup>7</sup> René Demougue, *op, cit*, pp, 84-87.

## (أولا) المسار القضائي:

وحتى يتحقق لنا جودة الإطلاع فلا بد من عملية استقرائية للقرارات القضائية على مستوى الأنظمة المقارنة، ثم الوقوف عن القرارات الجزائرية لتحديد مدى اعتراف المشرع الجزائري بهذه الفكرة.

## (01) الأنظمة القضائية المقارنة:

لقد كان القضاء هو المصدر الكاشف للأمن القانوني، حيث كانت ألمانيا هي صاحبة السبق في ذلك، وهو ما يمكن لنا تحصيله من خلال البحث في الإرث الدستوري للمحكمة الدستورية الألمانية إذ جاء في أحد قراراتها الذي يعود لسنة 1953<sup>1</sup>: "لا يتألف القانون الدستوري من البنود الفردية للدستور المكتوب فحسب، بل يشمل إضافة لذلك بعض المبادئ العامة الموحدة والتماسكة داخليا والأفكار المركزية التي وضعها التشريع الدستوري، باعتبارها المُشكِّلة للصورة العامة لما قبل الدستور الذي استند إليها، ومن هذه المبادئ مبدأ سيادة القانون الذي يشكل أحد المبادئ التوجيهية للقانون الأساسي، والمُلزِمة بشكل مباشر للهيئة التشريعية للولاية، ويقوم هذا المبدأ على ضمان اليقين (الأمن) القانوني كعنصر أساسي، وهو ما لا يتطلب مسارا منظما للإجراءات القانونية فحسب بل يحتاج لنتائج مضمونة"<sup>2</sup>: وبتحليل هذا التوجه نوجد أن المحكمة الدستورية أضفت على سيادة القانون وصفان، فهو ما قبل دستوري بمعنى أنه أسبق في وجوده من الدستور بل أن هذا الأخير لا يبنى إلا على أساسه، وهو فوق دستوري بمعنى أنه لا يُتَحَيَّل للقوانين بما فيه الدستور أن تخالفه، وبما أن الأمر كذلك فإن الأمن القانوني باعتباره منبثقا عن سيادة القانون فإنه يكتسي مكانة بارزة في القضاء الدستوري الألماني.

وفي قرار آخر لنفس هذه الهيئة جاء فيه: "أن الأمن القانوني عنصر أساسي لسيادة القانون، وهو أحد القرارات الأساسية التي تم اتخاذها في القانون الأساسي والتي تسعى لتحقيق العدالة مما يستوجب حظر إهمال اليقين القانوني من قبل الهيئات الدستورية إلا ضمن حدود ضيقة، وذلك لعدم المساس بوظيفة الحفاظ على السلام التي تشكل ميزة وغاية جوهرية في القانون"<sup>3</sup>، وجوهر هذا القرار

<sup>1</sup> وتجدر الإشارة هنا إلى أن كثير من الأبحاث التي وقفنا عليها في الموضوع تُرجع الكشف عن الأمن القانوني لسنة 1961، والذي يمثل الكشف عنه على مستوى القضاء الأوروبي، لكن نتبعنا لقرارات المحكمة الدستورية الألمانية وصل بنا للقول أن تاريخ الكشف عنه هو 1953، والذي يعتبر تاريخا مركزيا في التأريخ لهذا المصطلح.

<sup>2</sup> CCFA, 1 BvL 23/51, 01.07.1953.

<sup>3</sup> CCFA, 1BvL 106/53, 18.12.1953

هو ابراز وظيفية الأمن القانوني، والمتمثل في تحقيق العدالة والتجانس والتعايش بين مختلف الحاجات الاجتماعية.

بل إن الأمن القانوني له مكانة خاصة لا يستهان بها ضمن التاريخ القانوني الألماني ككل، إذ أنها أعطت لها تطبيقاً لا يختلف عن ما جاء في مدونة الملكين حمورابي وجوستينيان بجعله عاملاً للوحدة، فهو من الأسس التي قامت عليها فكرة توحيد الألمانيتين، وقد جاء في بيان صحفي لهذه المحكمة ما يلي: "أنه واستناداً للمادة 19 من معاهدة التوحيد، ومن أجل ضمان اليقين القانوني، تم اتخاذ قرار لصالح الصلاحية القانونية للقرارات الإدارية لجمهورية ألمانيا الديمقراطية، ووفقاً لهذا، فإن هذه الإجراءات تبقى سارية المفعول إذا تم اعتبارها فعالة وصادرة وفقاً لممارسات الدولة والإجراءات الإدارية لجمهورية ألمانيا الديمقراطية في ذلك الوقت، وذلك بغض النظر عن أي عيوب قانوني يتخللها باستثناء القرارات الإدارية التي تخالف المبادئ الأساسية لسيادة القانون، والتي يمكن إلغاؤها إذا كانت تتعارض بطريقة تجعل استمرار وجودها في النظام الدستوري والإداري للجمهورية الاتحادية لا يمكن قبوله"<sup>1</sup>، ومن هنا يتجلى الدور المحوري للأمن القانوني، ويتجلى سر إبداع هذه المحكمة لهذا المصطلح، ومساهمتها الدائمة في تحقيق هويته المفاهيمية، وإبراز جوانبه الوظيفية.

ثم تم تكريسه من قبل محكمة العدل التابعة للجماعات الأوروبية<sup>2</sup>: (SJCE) حينما كرسه رسمياً سنة 1961 في حكم S.N.U.P.A.T<sup>3</sup>، كما جاء في قرار لها: "أن مبدأ اليقين القانوني يتطلب بشكل خاص أن تكون أي لائحة عواقبها غير مواتية للأفراد واضحة ودقيقة وأن يكون تطبيقها متوقفاً بالنسبة للمتقاضين"<sup>4</sup>، وتبعته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (CEDH) في حكم ماركس<sup>5</sup> (Marckx) الشهير بتاريخ 13 جوان 1979.

<sup>1</sup> CCFA, Communiqué de presse n° 40/2007 du 4 avril 2007 (Pressemitteilung Nr. 40/2007 vom 4. April 2007), <https://2u.pw/oOIGT>, 04/12/2021.

<sup>2</sup> تم تغيير اسمها إلى محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي، وذلك بموجب المادة الأولى الفقرة ب من معاهدة لشبونة التي تنص على وجوب حلول الاتحاد محل الجماعة الأوروبية واستخلافها، والمادة 13 التي عدت هيئات الاتحاد ومنها محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي، والمادة 19 التي بينت تشكيلة هذه المحكمة.

For more information see: consolidated version of the treaty on E.U, O.J.E.U, 26/10/2012, treaty of Lisbon (amending the treaty on E.U and the treaty establishing the European community), signed at Lisbon 13/12/2007, O.J.E.U, Vol 50, 17/12/2007.

<sup>3</sup> C.J.U.E, 22mars 1961, S.N.U.P.A.T, affaire jointes N° 42 et 49-59.

<sup>4</sup> C.J.U.E, 7 juin 2005, l'affaire C-17/03, para 80.

<sup>5</sup> C.E.D.H, 13 juin 1979, Marckx c Belgique, affaire N° 6833/74.

ونظرا لتأثير هذه المحاكم على الدول فقد نَفَذَتِ الفكرة للقضاء الدول الأوربية فعرفتة محكمة التحكيم البلجيكية في أحد أحكامها لسنة 1990 بأنه: "الحالة التي يكون فيها محتوى القانون قابلا للتنبؤ، حيث يمكن للشخص أن يتوقع بدرجة معقولة عواقب فعل محدد في الوقت الذي يتم فيه تنفيذ هذا العمل"<sup>1</sup>، وهو ما أكدته في قرار جاء فيه: "أن الأمن القانوني مطبق على الجميع، وأن الإخلال به من شأنه تضليل التوقعات المشروعة للأفراد"<sup>2</sup>، وحظرت تبعا لذلك "تقويض هذا المبدأ المكرس في اجتهادات المحكمة (لا سيما الحكمان رقم 10\_93، ورقم 59\_93) من طرف المشرع إلا إذا دعت المصلحة الموضوعية والمعقولة نظرا لمساسه بمصلحة الأشخاص القانونيين في القدرة على التنبؤ بنتائج أفعالهم"<sup>3</sup>.

ونظرا للمكانة المعيارية التي أصبح يتسم بها فقد جعلته الحكومة البلجيكية لاسيما فيما تعلق بالوضوح القانوني مبررا للإجراءات التي اتخذتها، والمتمثلة في تفسير القوانين الغامضة، وذلك بغية تقادي النزاعات الناشئة بسبب غموض هذه المواد<sup>4</sup>، وهو ما جعل محكمة النقض البلجيكية<sup>5</sup> تعتبره أحد المبادئ الممتازة التي يجب على المشرع الالتزام بها، وهو بصدد ممارسة الوظيفة التشريعية، كونها تنبع من سيادة القانون.

ورغم تغير التسمية إلى المحكمة الدستورية<sup>6</sup> إلا أن موقفها بقي ثابتا من الأمن القانوني إذ جاء في قرار لها سنة 2016: "أن الأمن القانوني يتمثل في جعل محتوى القانون قابلا للتنبؤ والتوقع، وهو ما يتيح للمتقاضى التوقع إلى حد معقول عواقب فعل معين وقت تنفيذ الفعل"<sup>7</sup>.

وهو نفس ما سار عليه القضاء الفرنسي الذي استشعر غياب جودة التشريعات، وتضخمها في تقرير مجلس الدولة الفرنسي لسنة 1991، ولكن عدم تحسن هذه الجودة جعله يصدر تقريرا ثانيا في

<sup>1</sup> Delpérée Francis, Rasson-Roland Anne, Verdussen Marc. "Belgique et sécurité juridique". In *annuaire international de justice constitutionnelle* 15. Constitution et sécurité juridique- Droit constitutionnel, droit communautaire et droit européen, 1999/2000, p 120.

<sup>2</sup> La Cour d'arbitrage de Belgique, arrêt n° 59/99 du 26 mai 1999.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> La Cour d'arbitrage de Belgique, arrêt n° 36/2000 du 29 mars 2000, p 06.

<sup>5</sup> Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique, 2002-2003, p141.

<sup>6</sup> مصدر تغيير التسمية

<sup>7</sup> La Cour constitutionnelle de Belgique, arrêt n° 48/2016 du 24 mars 2016.

2006، وهو التقرير الذي حمل تعريفا للأمن القانوني بكونه: "حالة يعرف فيها المواطنون دون جهد أو عناء أوامر القانون ونواهيه، وذلك يقتضي وجود معايير واضحة ومفهومة، ومستقرة نسبيا، وقابلة للتنبؤ"<sup>1</sup>. ثم تبنى الأمن القانوني في العلاقات التي تخضع لقوانين الجماعة الأوربية في حكمه الشهير المتعلق ب: **SOCIETE KPMG** سنة 2006،<sup>2</sup> كما تبنته محكمة النقض الفرنسية من خلا قرارات حديثة جاء فيها أن: "مبدأ اليقين القانوني يعني ضمناً أن القواعد الجديدة، ككل، يمكن الوصول إليها ويمكن التنبؤ بها، ويمثل في جوهره الحق في الوصول الفعلي إلى القاضي"<sup>3</sup>، واعتبرته في حكم آخر "أحد مكونات المحاكمة العادلة"<sup>4</sup>، وهذه الأخيرة لا يمكن أن تتحقق إلا في ظل قواعد معيارية يمكن التنبؤ بها من خلال تمكين الوصول المادي والفكري لها.

أما على **المستوى العربي** فنجد أن القضاء التونسي أوجد مستندا لفكرة الأمن القانوني، ويتمثل في نظرية الأمر الظاهر إذ جاء في قرار لمحكمة التعقيب "إن نظرية الأمر الظاهر ضرورية لتعديل تطبيق القواعد القانونية والأثر الأساسي لها هو تصحيح الإجراء متى اتضح أنه كان مختلا، وإنقاذه من الإبطال، وهي تستجيب لتوفير الأمن في العلاقات القانونية..."<sup>5</sup>، وهو ما سمح بالاستناد لها في عديد الحالات لتحقيق أمن العلاقات القانونية، ومن بينها السماح للقاضي الاستعجالي أن يبني استنتاجاته وفق ظاهر الأمور ومنها الأمر بصفة مستعجلة بتوفير ممر واسع لكونه محدود العرض ظاهريا دون أن يعتبر ذلك مساسا بأصل الحق وقابل للنفي أو الإثبات عند النظر من طرف قاضي الأصل<sup>6</sup>، كما اعتبر "تسلم العاملة في الشركة نظيرا من المحضر مصحوب بنسخة من سند الدين دون ذكر الوفاة ودون إشعار المعقب بزوال أهليته و صفته مما يثبت جهله لحقيقة أمر الوفاة و يعزز اعتقاده كونه حي إبان مباشرة إجراءات التقاضي اعتمادا على صحة الأمر الظاهر"<sup>7</sup>.

وبالبحث في القرارات **القضائية للعراق** سنجد مجموعة من القرارات التي تشير للفكرة ضمنا من خلال استقرار المراكز القانونية باعتباره تمظها للأمن القانوني فجاء في قرار لها: "إن قرار سحب القطعة

<sup>1</sup> Conseil d'Etat Française, sécurité juridique et complexité du droit, France, la documentation française, 2006, p 281.

<sup>2</sup> CEF, société KPMG et autre décision n° 288460 du 24/03/2006.

<sup>3</sup> CCaF, Chambre civile 2, 19 mars 2020, N° 19-12.990.

<sup>4</sup> CCaF, Chambre civile 2, 19 mars 2020, N° 18-23.923.

<sup>5</sup> محكمة التعقيب التونسية، القرار عدد: 27632، المؤرخ: 1997/04/24.

<sup>6</sup> محكمة التعقيب التونسية، القرار عدد: 81767.2019، المؤرخ: 2020/09/25.

<sup>7</sup> محكمة التعقيب التونسية، القرار عدد: 80121، المؤرخ: 2021/02/01.

من الشخص الذي مُلِكت أو خُصِصت له من قبل البلدية المختصة خلافاً لأحكام المادة (139) من قانون التسجيل لا يمنع المحكمة من التصدي لأسباب صحة السحب من عدمه، ويترتب على ذلك: إذا كان سبب السحب للقطعة صحيح فتكون دعوى المدعي واجبة الرد؛ أما إذا كان سبب السحب غير صحيح وإن التخصيص للمدعي قد تم وفقاً للقانون فله الحق بالمطالبة بإبطال قيد التسجيل العقاري للقطعة، وإعادتها إليه إذا كانت البلدية المختصة لم تتصرف بالقطعة، وبخلاف ذلك وتصرفها للغير فإن للمدعي حق المطالبة بقيمة تلك القطعة، وليس بإبطال قيدها، وذلك حماية للغير حسن النية ومبدأ استقرار المعاملات<sup>1</sup>.

وهو ما أكدته في قرارات لاحقة أين رفضت استناداً له دعوى لإبطال قسمة عقار للخروج من الشيوخ بسبب ظهور وارث كان غائباً عن قسمة قضائية أُجريت سنة 1990، ومما يدعم مسلكها أنه تم بيع العقار الشائع تم عن طريق المزادة العلنية؛ مما قد يهدم الثقة بهذه البيوع في حال إبطاله<sup>2</sup>، كما رفضت في ذات الإطار إبطال قيد عقار نظراً لإخفاء الورثة أحد الورثة، وحملتهم مسؤولية الوارث الغائب<sup>3</sup>، ورفضت في قرار آخر المساس بالحقوق المقيدة في السجل العقاري لانطواء ذلك "تهديداً لمبدأ استقرار المعاملات وتعريضاً لحقوق الأغيار حسني النية الثابتة بإجراءات قانونية صحيحة ووفقاً للقانون للخطر"<sup>4</sup>، وبتحليل القرار نجد أنه اعتراف شبه صريح نستنتج بمفهوم المخالفة؛ ذلك أن درء الخطر ما هو إلا استجلاب للأمن، ولكن هذه الهيئة في مقابل ذلك، وحتى لا يُفسر المبدأ على غير منطوق سليم فقد حظرت التعكز (الاستناد) عليه متى كان مصدر التملك إذ الثابت عندها أن ما بني على باطل فهو باطل<sup>5</sup>.

## (02) النظام القضائي الجزائري:

- <sup>1</sup> محكمة التمييز الاتحادية العراقية، الهيئة الموسعة المدنية، قرار مدني رقم 335، المؤرخ: 2019/12/23، <https://www.hjc.iq/qview.2496>، تم الإطلاع بتاريخ: 2022/08/31.
- <sup>2</sup> رئاسة محكمة استئناف الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية، قرار مدني رقم 412، المؤرخ: 2015/07/26، <https://www.hjc.iq/qview.2179>، تم الإطلاع بتاريخ: 2022/08/31.
- <sup>3</sup> محكمة التمييز الاتحادية العراقية، الهيئة الموسعة المدنية، قرار مدني رقم 61، المؤرخ: 2016/12/27، <https://www.hjc.iq/qview.2355>، تم الإطلاع بتاريخ: 2022/08/31.
- <sup>4</sup> محكمة التمييز الاتحادية العراقية، الهيئة الموسعة المدنية، قرار مدني رقم 277، المؤرخ: 2017/09/25، <https://www.hjc.iq/qview.2395>، تم الإطلاع بتاريخ: 2022/08/31.
- <sup>5</sup> محكمة التمييز الاتحادية العراقية، الهيئة الموسعة المدنية، قرار مدني رقم 492، المؤرخ: 2017/02/20، <https://www.hjc.iq/qview.2424>، تم الإطلاع بتاريخ: 2022/08/31.

لم يجد القضاء الجزائري عن المسار الذي سلكه النظام القضائي المقارن، إذ يعتبر السباق في الكشف عن فكرة الأمن القانوني، سواء بتبيان تجلياتها المضامينية، ومرتكزاتها التي تقوم عليها أو بالتصريح عنها.

فقد كانت الغرفة الإدارية هي الكاشفة عن ذلك في حكم يعود لسنة 1985 جاء فيه<sup>1</sup>: "أن منح الوالي للغير بموجب مقرر المحل التجاري الذي آل قضاء [ وبصفة نهائية إلى شخص معين هو منح لا يستند في مضمونه إلى أي أساس قانوني بل ويتعارض ومبدأ حجية الشيء المقضي فيه للأحكام القضائية ويصطدم من ثمة مع فكرة استقرار المراكز القانونية للأفراد، الأمر الذي يتعين معه القول بأن المقرر المتخذ بهذه الصورة يشوبه عيب البطلان المستوجب للقضاء"، ثم تلاه قرار آخر لغرفة الأحوال الشخصية رفض فيه إبطال عقد بعد 50 سنة استنادا لمبدأ استقرار المعاملات، وهو أحد جوانب الأمن القانوني<sup>2</sup>.

ولعل قرار محكمة التنازع<sup>3</sup> قد بين في تبنيه الصريح للأمن القانوني عن علاقة بين الأمن والاستقرار القانوني بنصه على: "حيث لئن كانت القاعدة المنصوص عليها في المادة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أن أحكامه تطبق فور سريانه، واستثنت منها ما تعلق بالأجال التي بدأ سريانها في ظل القانون القديم فإن لهذه القاعدة استثناءات أخرى لم تتضمنها المادة 02 سالفة الذكر، وتدخل في تطبيق مبدأ عدم رجعية القوانين إذا ما كانت تهدد الاستقرار والأمن القانونيين أو تمس الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة للمتقاضي ما يجعله يفقد الثقة في النظام القانوني والقضائي"، وتبعاً لذلك فهذه الهيئة ترى أن المساس بالأمن القانوني هو تهديد للثقة التي يضعها الأفراد في نظامهم القانوني والقضائي، وهو ما يستوجب التصدي لهذا الإخلال حفاظاً على استمرار هذه الثقة.

وفي نفس السياق أصدر مجلس الدولة قرار بتاريخ 2014/01/09 نص فيه على: "أن الحفاظ على الأمن القانوني للمقررات الإدارية وتفاذي منازعة مشروعيتها في وقت جد متأخر يستدعي وجود آجال

<sup>1</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 37578، قرار بتاريخ: 1985/11/23، المجلة القضائية، العدد: 02، 1989، ص 199.

<sup>2</sup> المجلس الأعلى، غرفة شؤون الأحوال الشخصية، ملف رقم: 43.301، قرار بتاريخ: 1986/09/22، المجلة القضائية، العدد: 02، 1992، ص ص 63\_65.

<sup>3</sup> محكمة التنازع، ملف رقم: 000114، قرار بتاريخ: 2012/01/09، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2012، ص ص 468-475.

معقولة للطعن فيها"<sup>1</sup>، وخلص إلى رفض طعن سجل بأمانة ضبط الغرفة الإدارية لمجلس قضاء تيارت بتاريخ 2009/11/08، والذي كان يرمي لإبطال مقرر إداري أُتخذ في 1992/10/21 أي بعد أكثر من سبعة عشرة (17) سنة كاملة<sup>2</sup>.

وهو ما أكدته في قرار آخر جاء فيه: "لا تسري النصوص القانونية بأثر رجعي، إلا إذا نص القانون صراحة أو ضمنا على ذلك، وبالتالي لا يلغي القانون رقم 90\_25 الحقوق العقارية الناشئة في ظل الأمر رقم 74\_26 لمجرد تأخر إجراءات نقل الملكية، وذلك احتراما للحقوق المكتسبة، وضمنا لاستقرار الأوضاع القانونية القائمة"<sup>3</sup>، واستقرار المراكز القانونية إحدى الغايات التي ينشدها الأمن القانوني.

(ثانيا) **المسار التشريعي**: بعد تسلسل فكرة الأمن القانوني للأنظمة القانونية المقارنة، وإنضاجه عبر الممارسة القضائية، والنقاش الفقهي يأتي دور القانون كانعكاس لذلك، فمن الدول التي ترى أنه حان الوقت لإضفاء الطابع الدستوري، ومنها من تنكر عليه هذه الصفة، ولكل حججه التي يستند لها فيما ذهب إليه.

### (01) المسار المؤيد:

فمن الدول التي جسدهت حرفيا نجد: الدستور البرتغالي<sup>4</sup> نص في المادة 4/282 على: إمكانية التخفيف من آثار عدم الدستورية أو الشرعية متى كان ذلك لازما لمتطلبات **الأمن القانوني** والإنصاف مع تضمين القرار المبررات التي دعت لذلك".

أما الدول التي جسدهت من خلال مبادئه الفرعية: فنجد سويسرا التي نصت في المادة 05 من دستورها<sup>1</sup> بأن "القانون هو أساس وحد كافة تصرفات الدولة"، وأوجبت على الهيئات والأفراد التصرف وفقا

<sup>1</sup> مجلس الدولة، القرار رقم 072133، بتاريخ 2014/01/09، (م.ي) ضد والي ولاية تيارت، متاح على الموقع: <https://www.conseildetat.dz>

<sup>2</sup> وصدر قرار يعطي نفس القراءة للأمن القانوني من خلال وجوب الطعن في آجال معقولة لاستقرار الأوضاع القانونية وعدم جعلها في حركية دائمة من طرف مجلس العدل الأوروبي، للاستزادة أكثر انظر:

*C.J.U.E, 13 January 2004, Case C-435/00, Kühn & Heitz NV and Productschap voor Pluimvee en Eieren, para 24.*

<sup>3</sup> مجلس الدولة ملف رقم، 122328، قرار بتاريخ: 2018/06/28، مجلة مجلس الدولة، العدد: 16، 2018، ص ص 193\_198.

<sup>4</sup> *L'article 282/04 de la Constitution portugaise dit: "Quand la sécurité juridique, des raisons d'équité ou un intérêt public d'importance exceptionnelle dûment motivé l'exigeront, la Cour constitutionnelle pourra attribuer aux effets de l'inconstitutionnalité ou de l'illégalité une portée plus réduite que celle prévue aux paragraphes 1 et 2". Voir: <https://dre.pt/part-iv-fr>.*



لحسن النية، ومن أجل تحقيق المصلحة العامة كما نصت في المادتين 29 و 29 أ على ضمان الوصول للقضاء، وكذلك اسبانيا حيث نصت المادة 09 من الدستور<sup>2</sup> على ضمان الشرعية، والتسلسل الهرمي للقوانين، ونشر القوانين وعدم رجعية القوانين الجنائية، وضمان سيادة القانون، وهي مبادئ ضرورية لتحقيق الأمن القانوني.

أما على مستوى الدول العربية فليس هناك على حد ما توصلت إليه دول ضمننت دساتيرها أو قوانينها هذه الفكرة صراحة أو ضمنا باستثناء المملكة المغربية في دستورها لسنة 2011 حينما بوأتم الأمن القضائي لمصاف المبادئ الدستورية، وهو ما يشير لإمكانية تبني الأمن القانوني مستقبلا، وكذلك الجزائر بموجب التعديل الدستوري الأخير<sup>3</sup>، والذي قد جاء في ديباجته<sup>4</sup>: "يكفل الدستور الفصل بين السلطات والتوازن بينها واستقلال العدالة والحماية القانونية، ورقابة عمل السلطات العمومية وضمان **الأمن القانوني** والديمقراطي"، وكذلك نصت المادة 04/34 منه: "تحقيقا للأمن القانوني، تسهر الدولة عند وضع التشريع المتعلق بالحقوق والحريات على ضمان الوصول إليه ووضوحه واستقراره".

## (02) المسار الرافض:

إن وجود اعتراف وترحيب بفكرة الأمن القانوني لا يعني انتقاء المناهضين له كمفهوم وكحقيقة، ومناوئين تبعاً لذلك لإضفاء أي قيمة قانونية له، ولعل علة الرفض الأساسية ترجع لعدم اتضاح البناء المفاهيمي للأمن القانوني، وعدم النضج التصوري له، ولذلك يرى البعض أن الأمن القانوني مجرد "وهم مفاهيمي"<sup>5</sup> (illusion conceptuelle)، ويستدلون على ذلك أن التعريفات التي تميزه هي تعريفات

<sup>1</sup> Article 05 of the Swiss Constitution say: "The law is the basis and limitation for all activities of the state", see:

[http://www.concourt.am/armenian/legal\\_resources/world\\_constitutions/constit/swiss/swiss--e-old.htm](http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/swiss/swiss--e-old.htm)

<sup>2</sup> Article 09 of the Spanish Constitution say: "3. The Constitution guarantees the principle of legality, the hierarchy of legal provisions, the publicity of legal enactments, the nonretroactivity of punitive measures that are unfavourable to or restrict individual rights, the certainty that the rule of law will prevail, the accountability of the public authorities, and the prohibition against arbitrary action on the part of the latter", see:

<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionINGLES.pdf>

<sup>3</sup> المرسوم الرئاسي رقم 20\_442 المؤرخ 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد: 82 لسنة 2020.

<sup>4</sup> وتجدر الإشارة هنا أن للديباجة نفس القيمة القانونية لمواد الدستور إذ أنها جزء لا يتجزأ منه.

<sup>5</sup> Serge MORARD, "la sécurité juridique en droit public française, une illusion conceptuelle", *Revue du notariat, Canada, Vol: 110, N° 2, 2008, (pp: 409\_427), p 412.*

وظيفية تبرز الدور الذي يقوم به، ولا تحدد معناه الدقيق، ويقولون أنه لا يوجد شيء يسمح لنا بتأكيد أو نفي أن هذه المبادئ الفرعية تنتمي كلها للأمن القانوني أو هناك ما يتعارض معه.

وفي نفس السياق يرى فقيه آخر أن الأمن القانوني لا يتحقق بالتركيز على الجانب القانوني البحت (الصراف) بل لابد أن يُنظر له على مستوى كلي يشمل تفاعلا للسياقات الاجتماعية والقانونية والاقتصادية، وهو ما يعني أن تحقيقه لا بد أن يركز على الواقع لئلا يبقى مجرد وهم تجريدي دون تجسيد ملموس<sup>1</sup>، فالأمن القانوني ليس بتلك البساطة التي نتوقعها، لأن تبسيط الأشياء قد يجعل منا ننحرف عن الدقة المفاهيمية الواجب مراعاتها في هكذا مواقف، وهو ما جعل الكثير من المؤلفين يطلقون عليه كثيرا من الأوصاف من قبيل: أنه غير مؤكد: **incertain**، غامض: **gazeux**، جيد لكل شيء: **bonne à tout faire**، خطير: **dangereux**، فارغ: **vide de contenu**، ضبابي: **nébuleux**، وهو ما جعل جانبا من الفقه يميل لإنكار وجوده ويقترح إلغاءه<sup>2</sup>.

وفي نفس السياق النقدي انتقد بسبب عدم تمتعه بمفهوم دقيق، إذ يعاني تضخما معياريا في المبادئ المشكلة له، فهو لا يزال غامضا في محتواه، ومتعدد في معانيه غير محدد في نطاقه<sup>3</sup>، ولذلك كتب مارتين أولديج سنة 1970 أن معيارية هذه الفكرة لا يمكن استيعابها بشكل دائم<sup>4</sup>، وقد كتب **wode** مستشرفا واقعنا الحالي: "سيصبح السعي وراء اليقين أكثر صعوبة مع تكاثر القوانين وتعقيدها، مما يجعل اليقين التام في القانون غير متاح<sup>5</sup>، فهناك من ينظر للمبدأ على أساس عملي وموضوعي، وهناك من يؤسس لتعامله معه استنادا لاحتياجات وهمية وذاتية<sup>6</sup>، لذلك هناك من يفسره بأنه حالة ذهنية غير

<sup>1</sup> A. A. FATOUBOS, "International Economic Development and the Illusion of Legal Certainty", *Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting (1921-1969)*, Vol: 57, 1963, (pp: 117\_125), pp 121, 125.

<sup>2</sup> Helène Hardy, *Le principe de sécurité juridique au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit. Université Montpellier Français, 2019, pp 1-2.

<sup>3</sup> Francesco Martucci, "Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne", *Revue de Titre 07*, V02, N°05, 2020, (pp: 70\_78), p72.

<sup>4</sup> Sylvia BRUNET, "La conception originelle de la sécurité juridique : l'Allemagne", *Titre VII*, V02, N° 5, 2020, (pp: 79\_90), p 81.

<sup>5</sup> H.W.R. Wod, "the concept of legal certainty: a preliminary skirmish", *Modern Law Review*, Vol: 04, N° 03, 1941, (pp: 183\_199), p 197, 199.

<sup>6</sup> Frank, Jerome with a new introduction by Brain H. Bix, *Law and the modern mind*, Rutledge, 2017, p318.

صحية مردها الموانع والقمع والبدايل المفروضة التي لا تستجيب لتطلعات الفرد<sup>1</sup>، لا سيما لاختلاف المنظور الشخصي إذ ما يراه البعض انتهاكا لأمنه القانون يراه البعض الآخر قمة التنظيم القانوني.

وهي كلها مصوغات حالت دون الموافقة على مقترح إضفاء أي قيمة دستورية عليه بمناسبة الإحالة التي قدمها ستون نائبا من الجمعية الوطنية الفرنسية<sup>2</sup>، إذا رافعوا من خلالها لضرورة جعل الأمن القانوني من المتطلبات الدستورية الواجب مراعاتها عند سن القانون باعتباره يشكل انعكاسا لسيادة القانون، كما يجد أساسه في المادة 02 من إعلان 1789، والذي تنص مادته الثانية على: «هدف التنظيمات السياسية هو ضمان الحقوق الطبيعية التي لا يمكن انتزاعها بحكم القانون أو العادة للإنسان (الحقوق الأساسية) وهذه الحقوق هي الحرية والملكية والأمن ومقاومة الجور»، غير أن المجلس رفض هذا التفسير وقصر معناها على الأمن المادي دون القانوني.

كما تم رفض مادة دستورية تهدف لدسترة الأمن القانوني في فرنسا، كانت صياغتها على النحو التالي<sup>3</sup>: قبل الفقرة الأولى من المادة 34 من الدستور تضاف فقرتان على النحو التالي:

"- يجب أن يكون القانون مؤكداً وأن يكون تطبيقه متوقفاً من قبل المواطنين.

- ينص القانون فقط على المستقبل، ولا يمكن أن يكون له أثر رجعي إلا عندما يتطلب ذلك الهدف المراد تحقيقه ذلك بشكل استثنائي، وعندما تُحترم الثقة المشروعة للمواطنين على النحو الواجب".

ونظرا لهذا التردد فإنه يستوجب بيان الحقيقة المفاهيمية للأمن القانوني، ورفع اللبس عليه، وهو ما سنعمل عليه فيما يأتي من أجزاء البحث.

### المبحث الثاني: التأسيس المفاهيمي لفكرة الأمن القانوني

<sup>1</sup> H.W.R. Wod, *op. cite*, 199.

<sup>2</sup> Saisine du Conseil constitutionnel en date du 23 octobre 1997, présentée par plus de soixante députés, en application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, et visée dans la décision n° 97-391 DC, *JORF* n° 0262 du 11 novembre 1997.

<sup>3</sup> Avant le premier alinéa de l'article 34 de la Constitution, ajouter deux alinéas ainsi rédigés: " - La loi doit être certaine et son application prévisible par les citoyens.

- La loi ne dispose que pour l'avenir. Elle ne peut avoir d'effet rétroactif que lorsque, à titre exceptionnel, le but à atteindre l'exige, et lorsque la confiance légitime des citoyens est dûment respectée", voir: Charles MILLON et Michel MEYLAN, *Assemblée nationale, 11 législateur, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 mars 2000, proposition de loi constitutionnelle portant reconnaissance du principe de sécurité juridique dans la Constitution, Disponible au lien suivant: <https://www.assemblee-nationale.fr/11/propositions/pion2251.asp> , consultation:01/02/2022.*

يعتبر الأمن القانوني من الأفكار التي لم يُستقر لها على مفهوم واضح لا سيما أن ثمة جانبا من الفقه لا يزال يرفض الاعتراف به، وهو ما يستوجب علينا التطرق لأهم المحاولات الفقهية الساعية لتأصيل مفهوم هذه الفكرة (**المطلب الأول**)، والتي لا يمكن لنا استيعابها إلا من خلال فهم المرتكزات التي تقوم عليها (**المطلب الثاني**).

### المطلب الأول: ماهية الأمن القانوني

إن تحديد ماهية الأمن القانوني رغم صعوبته إلا أنه يشكل ضرورة أولية لتحقيق وظيفية هذه الفكرة، ولذلك سنسعى لبناء أمن مفاهيمي للفكرة من خلال تحديد مفهوم الفكرة بعرض مختلف التعريفات وتقديرها بغية استنباط الخصائص التي يقوم عليها (**الفرع الأول**)، وهو ما يسمح لنا ببيان خصوصيته ببحث تفاعلاته مع النظم المفاهيمية المقاربة له (**الفرع الثاني**).

### الفرع الأول: مفهوم الأمن القانوني

تعتبر التعاريف الأداة الحيوية لتنظيم المعارف العلمية والكشف عن حقيقتها، ولذلك كان لزاما علينا أن نُفصل في مختلف التعاريف التي جاءت بغرض المساهمة في تحقيق الأمن المفاهيمي لفكرة الأمن القانوني، وذلك على النحو التالي:

#### (أولا) تعريف<sup>1</sup> الأمن القانوني:

ولا يتحقق الوصول له إلا من خلال التطرق لتعريف مختلف الفقهاء ثم محاولة إنتاج تعريف شخصي له.

#### (01) التعاريف الفقهية:

<sup>1</sup> يعتبر الأمن القانوني من الناحية اللغوية من المصطلحات المركبة التي يتشكل قوامها من مصطلحين هما: الأمن: والذي يعني عدم توقع مكروه في الزمن الآتي، وأصله طمأنينة النفس، وزوال الخوف، ونقيضه اللا أمن، وهو: حالة من الخوف والفرع تسيطر على الأفراد بسبب الفوضى والاضطراب، ينظر: عبد الرؤوف بن المناوي، **التوقيف على مهمات التعاريف**، ط 01، عالم الكتب، مصر، 1990، ص 63، أحمد مختار عمر، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، المجلد الأول، ط 01، عالم الكتب، مصر 2008، ص 123، والمصطلح الثاني هو القانون: ويطلق على كل قاعدة مطردة، بحيث يفيد استمرار أمر معين وفقا لنظام ثابت، وتعني مقياس كل شيء وطريقه، وأما القاعدة فهي ما يقعد عليه الشيء أي يستقر ويثبت، ينظر: أحمد مختار عمر، المرجع نفسه، ص. 1865، و عبد الرؤوف بن المناوي، المرجع نفسه، ص. 266، فالأمن القانوني لغة يمثل تلك الحالة التي يكون فيها الفرد مطمئنا تجاه القوانين (وتشمل كل التشريعات على اختلاف ترانبيتها في الهرم القانوني) نظرا لما تتصف به من الثبات والاستقرار، أو هو طمأنينة المخاطب بالقانون وقوامه استقرار القواعد القانونية، وعدم احتوائها على اضطرابات قد تهدم هذه الطمأنينة، وتهدد أوضاعه القانونية.

حاول الفقهاء إيجاد تعريف دقيق للأمن القانوني لكن الطابع الهلامي<sup>1</sup> للفكرة تبين نوع من الاستحالة في ذلك فعمدوا لتعددا الأفكار الفرعية المُكونة له من أجل الدلالة عليه، فانقسموا بذلك لاتجاهين فعرّفها الأول من خلال تعدادها فقط، وأما الثاني فقد عمل على تصنيفها وفق مجالات محددة لتسهيل التعريف بالفكرة.

فمن التعاريف التي قد ساهم فيها الفريق الأول نجد تعريفا للفقير **Bentham** بأنه: "مبدأ يهدف لحماية وتوقع المستقبل، ومقتضاه أن يقوم القانون بقدر الإمكان بتأمين هذا التوقع"<sup>2</sup>، فهو حسب هذا الفقيه أداة لضمان التوقعات المستقبلية بالشكل الأقصى من خلال كبح جماح المشرع من سلك أي مسلك قانوني يقوض هذا التوقع، بينما يرى **Eric Capron** أن الأمن القانوني يمثل "جودة نظام قانوني معين يضمن للمواطن فهما وثقة للقانون في وقت معين، فهو يمثل ترجمة للمتطلبات اللازمة لجودة القانون، وقابلية التوقع"<sup>3</sup>، وهناك من يحاول تعريفه استنادا للظروف التي ساهمت في ظهوره بقولهم أنه "ترياق لحالة عدم الأمان القانوني، وأنه رد فعل على الشعور بعدم الأمن القانوني الذي يشعر به الأفراد تجاه القوانين"<sup>4</sup>.

أما على مستوى الفقه العربي فنجد مجموعة من التعريفات، ومنها من يرى أن الأمن القانوني يمثل "تحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية سواء كانت عامة أو خاصة مما يتيح لها التصرف باطمئنان على هدى من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها وترتيب أوضاعها على ضوءها دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغته صادرة من السلطات العامة، والتي من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> لدرجة أنه يمكن القول أن الأمن القانوني قد وقع في الذي جاء لمحاربه، وهو التعقيد.

<sup>2</sup> Francois Tulkens, "la sécurité juridique: un idéal à reconsidérer", in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, France, Vol: 24, N° 01, 1990, (pp 25\_42), p27.

<sup>3</sup> أورك حورية، مبادئ الأمن القانوني في القانون الجزائري وإجراءاته، (أطروحة دكتوراة)، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، الجزائر، 2018، ص 47.

<sup>4</sup> "Un antidote révélé par le poison de l'insécurité juridique", Fabien Grech, "*le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel Français*", *Revue française de droit constitutionnel*, France, Vol: 02, N°102, 2015, (pp: 405\_428), p 406.

<sup>5</sup> رفعت عيد السيد، مبدأ الأمن القانوني: دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، دار النهضة العربية، مصر، د س، ص 11.

ويرى البعض أنه بمثابة التزام من السلطات الثلاثة في الدولة بعدم سلك أي مسلك من شأنه هدم ركن الاستقرار أو زعزعة روح الثقة والاطمئنان، والذي قد يزعزع روح الثقة والاطمئنان بالدولة وقوانينها<sup>1</sup>، ومن بين التعريفات كذلك نجد من يجعل منه إحدى غايات القانون، وأهم قيمه المعيارية، وتتجلى وظيفته في تأمين النظام القانوني من الاختلالات والعيوب التشريعية الشكلية منها والموضوعية، مما يتحقق معه جودة القانون ليكون أداة تحقيق فعلية ودائمة لأهداف الخاضعين له<sup>2</sup>، وهناك من يجعل الأمن القانوني بمعنى الاستقرار فيعرفه بأنه: " يمثل وجود قواعد قانونية مؤكدة، وواضحة، في تنظيمها للمراكز القانونية، وأن تضمن تأمين النتائج، بحيث يستطيع كل فرد أن يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها"<sup>3</sup>

وأما الفريق الثاني ونظرا لصعوبة الركون لتعريف اتفاقي له فقد لجؤوا إلى مسار آخر من خلال جعل الأمن القانوني جذعا مشتركا لمجموعة من المبادئ الفرعية (sous-principes) ، ومن بينها: عدم رجعية القوانين، احترام الحقوق المكتسبة، سهولة الولوج المادي والمعنوي للقانون، جودة الصياغة التشريعية، اتساق المعايير القانونية وعدم تضاربها، استقرار القوانين وثباتها، عدم تضخم النصوص القانونية... الخ، وبالتالي محاولة تعريف الأمن القانون من خلال الوظيفة التي يسعى لتطبيقها، والتي تتقارب مع وظيفة مبادئ أخرى،

فنجد أن **Rémy CABRILLAC** قد عرفه بأنه الحالة المثالية التي ينبغي أن يكون عليها القانون، وذلك بتضمنه لنصوص متناسقة ومستقرة نسبيا، وقابلة للوصول مما يتيح للأفراد بناء توقعاتهم<sup>4</sup>، وغير بعيد عن ذلك عرف **Thomas Piazzon** فيعرفه بأنه: "المثال الأعلى للموثوقية من خلال إمكانية الوصول للحقوق، والقدرة على التنبؤ بالعواقب القانونية للتصرفات، وتجسيد احترام التوقعات المشروعة للمخاطبين بالقانون"<sup>5</sup>، فعرفه **"Mathieu"** بأنه: "مبدأ مرتبط بمبادئ أخرى هي عدم الرجعية، وحماية الحقوق المكتسبة، والتوقعات المشروعة، والشرعية فالأمن القانوني مبدأ كلي يشمل

<sup>1</sup> علي مجيد العكيلي، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، ط01، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، مصر، 2019، ص 15.

<sup>2</sup> الطيب بلواضح، الأمن القانوني ومقتضياته، ضمن كتاب جماعي بعنوان: "الأمن القانوني وتحقيق التنمية، مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، الجزائر، 2019، ص ص 05-17، ص ص 7، 8.

<sup>3</sup> أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون: دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001، ص 180.

<sup>4</sup> **Thomas Piazzon**, La sécurité juridique, doctorat et notariat, Collection de Thèses, Tome 35, Edition Alpha, Defrénois Lextenso éditions, Paris, 2010, p 61.

<sup>5</sup> **Thomas PIAZZON**, *op. cite*, 62.

المبادئ الفرعية سالفة الذكر<sup>1</sup>، في حين يراه "Moderne" أنه: "مصفوفة من المبادئ تشمل مجموع المبادئ الجزئية التي تتوخى تحقيق أهداف متماثلة، ومن بينها: التوقع المشروع، عدم رجعية القوانين والإجراءات الإدارية، ومبدأ استقرار العلاقات التعاقدية، ومبدأ إمكانية الوصول للقانون"<sup>2</sup>، ووفقاً لذلك فإن هذه المبادئ تُشكل مؤشرات تسمح بقياس مدى توفر الأمن القانوني من عدمه في أي نظام قانوني.

ولكن أمام تعدد المبادئ الفرعية وصعوبة تعدادها كلها، فقد تم اللجوء لعملية التصنيف من خلال تصنيف هذه الفكرة وفق ثلاثة مستويات، وهي:

**الأمن القانوني الشكلي<sup>3</sup>:** وهو الذي يتيح جعل القوانين، والأحكام القضائية قابلة للتنبؤ، مع اتسامها بالوضوح وقابلية الإدراك من قبل متلقيها، وهو ما يؤدي لإمكانية معرفة مآل التصرفات القانونية عند القيام بها، وكذا الأحكام القضائية<sup>4</sup>، وهو ما يساهم في تحقيق استقرارها.

**الأمن القانوني الموضوعي<sup>5</sup>:** يمثل القبول العقلاني للقواعد القانونية، كونها تأتي في سياق توقع المكلفين بتطبيقها، وكذلك قبول الأحكام القضائية الصادرة<sup>6</sup> لاتفاقها مع روح القانون، وعدم مخالفته.

**الأمن القانوني الواقعي<sup>7</sup>:** وهو جانب يقوم على عنصر الكفاءة، والفعالية<sup>8</sup>، ولا بد من القول أنه لا يمكن الحديث عن الأمن القانوني ضمن أحد السياقات سالفة الذكر، وإهمال جانب آخر بل إن هذه الأبعاد تتشابك فيما بينها، فالجانب الواقعي يمثل الجانب القبلي والبعدي للأمن القانوني، فاختيار الشكل المناسب من طرف المشرع لمعالجة مسألة معينة، مع جدة تنظيمه الموضوعي، يسهل للقاضي فيما بعد إسقاط القوانين على النوازل (الوقائع) والمستجدات القضائية دون مخالفة للتوقعات التي يبني عليها الأفراد أوضاعهم القانونية.

<sup>1</sup> Brahim DALIL, *Le droit administratif face au principe de la sécurité juridique*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris-Ouest Nanterre la Défense Ecole doctorale Droit et Sciences Politiques, 2015, p 121.

<sup>2</sup> Ibid, p 122.

<sup>3</sup> Formal legal certainty.

<sup>4</sup> Raitio Juha, *the principle of legal certainty in EC Law*, Springer Science + Business Media Kluwer Academic Published, 2003, p 378.

<sup>5</sup> Substantive legal certainty.

<sup>6</sup> Elina Paunio, *legal certainty un multilingual EU Law: language, discourse and reasoning at the European Court Justice*, Ashgate Publishing Limited, England, 2013, pp, 51\_52.

<sup>7</sup> Factual legal certainty.

<sup>8</sup> Raitio Juha, *op.cit*, p 379.

كما نجد الفقيه **Michel Fromont** قد عرفه على أساس تضمنه على نوعين من القواعد؛ فالأولى تهدف لضمان ثبات المراكز القانونية أي استمرارها النسبي زمنياً<sup>1</sup>، أما الثانية فتقتضي توفير اليقين في القواعد والقرارات الصادرة عن الدولة، مما يستوجب اصطبغها بنوع من الجودة عند صياغتها<sup>2</sup>، وهو ما يعني أن الأمن القانوني يتحقق بالاستقرار النسبي للقانون، وعدم خروج الدولة عن واجبها في الاستجابة لتوقعات الأفراد.

## (02) التعريفي الشخصي:

إن مسألة بناء التعريفات من أعقد الأمور التي تواجه الباحث باعتبارها أداة لتنظيم المعارف القانونية ومقياساً لاستيعاب الموضوع المنظور، والمتمثل في الأمن القانوني، الذي كشف عنه القضاء، وساهم الفقه في إنضاجه، ولذلك وجب التمييز عند التعريف بين حالتي السكون والحركة، ففي حالة السكون لا يثير الأمر إشكالا إذ أن المجتمعات المستقرة لا تحتاج للكثير من القوانين لضبطها باعتبار القانون مرآة عاكسة للأوضاع الاجتماعية.

أما في حالة الحركة، والتي تعني مجموع التغيرات الحاصلة على المستوى الاجتماعي، وفي كل المجالات، والتي تحتاج لقانون يتفاعل معها ويضبطها باعتباره كائنا حيا يخضع لقانون الحياة من ميلاد، وتكيف، وتطور ووفاة<sup>3</sup>، وهو تقرير لصيغة أفلاطون الخالدة في المسار البنائي للتشريع، فهذا الفيلسوف يرى أن مجرد وجود قوانين صالحة غير كاف للجماعة، ولكن يجب بالتوازي مع ذلك وجود جهاز يتصف باليقظة التي لا تقتر لتخليد هذه القوانين، وذلك من خلال تتبع مدى تحقيق غاياته التشريعية، وهو ما يسمح له بفحص تشريعاته وتحديد المقبول منها وتدعيمه، وتغيير القوانين التي يرى صعوبة في تطبيقها وتحقيقها للفعالية المطلوبة منها<sup>4</sup>، فالتغيير إذا عملية حيوية لضمان فاعلية دائمة، ومواكبة للمستجدات التشريعية.

<sup>1</sup> لذلك ترى الباحثة سيلفيا كالمس، أن المقاربة الأكثر اتفاقاً مع الأمن القانوني هي مقاربة ديناميكية من نوع زمني، إذ أن الزمن عنصر جوهري في استقرار المراكز والحقوق، ينظر في ذلك:

*Sylvia Calmes, Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, Dalloz, France, 2001, p158.*

<sup>2</sup> آيت عودية، المرجع السابق، ص 21، 22.

<sup>3</sup> *Jean Carbonnier, flexible de droit: pour une sociologie du droit sans rigueur 10<sup>e</sup>, L.G.D.J, France, 2001, p 14.*

<sup>4</sup> أفلاطون، ترجمة محمد حسن ظاظا، القوانين، مرجع سابق، ص 72، 233-234.



فالحديث حينئذ عن الاستقرار كتطبيق وحيد للأمن القانوني\_ كما يرى بعض الباحثين\_ يضحى مجرد يوتوبيا (مشروع تخيلي)<sup>1</sup> يفقد القانون خاصيته الاجتماعية التي تجعله يستجيب للتحويلات الاجتماعية، وتطوراتها والتي تشكل منطلقاً أولياً له؛ لأن الإبقاء على قوانين عتيقة بحجة الاستقرار هو إخضاع مستجدات فتية لقواعد مصابة بالشيخوخة على حد تعبير الفقيه الفرنسي ريبير<sup>2</sup>، كما أن عدم مواكبتها للواقع من شأنه أن يهدم الرابطة الإلزامية للقانون متى أصبح لا يعكس الحقيقة الاجتماعية.

كما يمكن لنا أن نستعير بعض مبادئ نيوتن الميكانيكية في نقد الأمن القانوني القائم حصراً على الاستقرار إذ أنه يجعل من القانون كجملته ميكانيكية معزولة مجموع القوى الخارجية المؤثرة عليها يساوى الصفر، كما يجعل منه بدون ردة فعل رغم أن الأمر يقتضي أن لكل فعل ردة فعل تساويها وتعاكسها في الاتجاه، فالتغيير القانوني إذا عندما يستجيب للقوى المؤثرة سواء كانت اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية فإنها تخدم الأمن القانوني ولا تتعارض معه مطلقاً، فالقانون ما هو إلا\_ كما يقول الفقيه الألماني سافيني\_ مؤشر للتعبير عن تطور المجتمع بدلالة الزمن<sup>3</sup>.

فالأمن القانوني مجرد أمل ذاتي يعبر عن حالة نفسية للمطالبين به<sup>4</sup>، والذي يشكل ردة فعل على الهستيريا التشريعية المتسمة بالغموض والتعقيد، وذلك لمستويات كبيرة غير مسبوقه تصل لحد وصفها بالفوضى التشريعية<sup>5</sup>، وذلك ما يجعل القانون ينسحب عن وظيفته الإرشادية كونه المنطلق الذي يبني عليه الأفراد تنبؤهم بتصرفاتهم، وهو ما يشكل خدشاً للموثوقية بالقانون، ومنبع ذلك الخوف من نشوء علاقة ضمن سرعان قانون معين، وتنتهي تحت رعاية قانون ثان<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> وهو تشبيه استعراه من الباحث الفرنسي فيليب مالوري إذ يقول: "أن تاريخ القوانين يوضح بسهولة أن تبسيط لغتها ووضوحها هو مشروع يوتوبي"، راجع في ذلك مقاله:

"L'histoire des lois démontre ainsi facilement que la simplification et l'intelligibilité de leur langage sont une entreprise utopique"; Philippe Malaurie, "L'intelligibilité des lois", *Revue du Pouvoirs*, Vol: 03, N° 114, 2005, (pp: 131\_137), p 135.

<sup>2</sup> George Ripert, **Les forces créatrices du droit**, LGDJ, France, 1955, p 04, 20.

<sup>3</sup> M. F. C. de Savigny, **Traité de droit romain**, Librairie de Didot Frères, France, 1855, p16.

<sup>4</sup> وهو تشبيه استعراه من الفقيه الألماني (جولد شميث) عند حديثه عن الدعوى القضائية باعتبارها: "تعبير عن الحق الذي يتمسك به الخصم، فهو مجرد أمل أو توقع لا يصل لمرتبة الحق الكامل، ولا يمكن تثبيته إلا بقرار قضائي نهائي"، ينظر: ووجدي راغب، "دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني"، *مجلة العلوم القانونية والاقتصادية*، المجلد: 18، العدد: 01، 1976، (ص ص: 71\_235)، ص 102.

<sup>5</sup> H. Avila, *Certainty in law*, **law and philosophy library** 114, Springer international published Switzerland, 2016, p 06.

<sup>6</sup> *Ibid*, pp, 20,22.

وتقريباً لما سبق يمكن القول أن الأمن القانوني هو مصطلح يستعمل للتعبير عن متناقضين، فبينما يرى فريق أنه يتجلى في الثبات القانوني باعتباره مصدراً للموثوقية، وأساساً للتوقعية، يرى فريق آخر أن الأمن القانوني يسكن في الإصلاحات التشريعية باعتباره انعكاساً للواقع الاجتماعي وتعبيراً عنه، ولذلك فالأمن القانوني هو مازجة بينهما فمن جهة لا يمكن ضرب حجر على المشرع في مباشرة صلاحياته تحت ذريعة المحافظة على الاستقرار<sup>1</sup>، لما في ذلك من تعطيل وعرقلة للتنمية<sup>2</sup>، كما لا يمكن من جهة أخرى إجراء تغييرات سريعة للقوانين لما في ذلك من إخلال في فهم الوظيفة التشريعية الواجب عليها ضبط الحوادث الجارية والمستقبلية لا أن تقتصر على إشباع الحاجات المؤقتة.

وتبعاً لذلك نعترف للمشرع بصلاحياته الكاملة في التشريع متى دعت الحاجة لذلك، لما في ذلك من مواكبة للديناميكية الاجتماعية، إذ لا يمكن دائماً إنشاء مواقف قانونية لا رجعة فيها<sup>3</sup>، سواء تعلق الأمر بالحركية العادية القائمة على الاستثمار إذ على التشريع الجديد أن يكون محترماً لما قد تم من توقعات تمت سلطان القانون القديم دون أن يتنكر له دفعة واحدة لما في ذلك من مباغته بل لا بد من صياغة أحكام انتقالية، وعلى أن يلتزم في ذلك أيضاً بوضوح التوجه الجديد، والذي يجب أن يكون خادماً للمصلحة العامة في التغيير لرحانها على المصلحة الخاصة في الاستقرار.

كما يمتد الأمر للحركية الطارئة (العارضة)، والتي تقوم عند المنازعة القضائية، فالمباغته ليست حكراً على المشرع فقط بل تمتد لتجد تطبيقاً لها في القضاء؛ فعدم التزام القضاة بالنصوص القضائية من خلال الاجتهاد في مورد النص أو وجود تناقض جلي بين القرارات القضائية من شأنه أن يعصف بالأمن القانوني الذي يجب أن يشمل الصناعة التشريعية من خلال التزام المعايير المتعلقة بها، كما يشمل القرارات باعتبارها تجسيداً للتفسير القانوني، وتجسيداً للحماية التي قد تمس باستقرار المراكز القانونية إذ لا يعقل أن لا يتم الأمن من دونهما (وجهان لعملة واحدة)، وحينها فقط يتحقق توصيف الفقيه *Démouge* للأمن القانوني بأنه المحرك المركزي لل رغبات الاجتماعية والاقتصادية والقانونية<sup>4</sup>، كما يسمح بتجسيد حقيقة القانون في كونه آلية للتعبير عن المجتمع لا آلية للهيمنة عليه<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> مثلما لا يمكن أن نحجر على القضاء لعدم تغيير قضائه بحجة الاستقرار، عبد الرحمن اللمتوني، "الاجتهاد القضائي والأمن القانوني"، مجلة الملحق القضائي، العدد: 46، 2014، (ص ص: 03\_26)، ص 16.

<sup>2</sup> George Ripert, *op. cit*, p 133.

<sup>3</sup> CCFA, 2 BvE 10/21, 25. Mai 2022, para 13.

<sup>4</sup> René DEMOUGE, *op. cit*, p63.

<sup>5</sup> François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Tome: 02, L.G.D.J, France, 1919, p 242.

## (ثانيا) خصائص فكرة الأمن القانوني:

إن تحقيق الأمن المفاهيمي للأمن القانوني لن يكتمل إلا من خلال رسم خصائصه حتى يمكن توظيفه فعليا بشكل يراعي هذه الخصائص، والتي يمكن تقسيمها على النحو التالي:

## (01) الخصائص الموضوعية: وتتجلى هذه الخصائص من خلال:

## (أ) المصدرية القضائية:

فقد سبق لنا الإشارة عند التطرق للجزور التاريخية لفكرة الأمن القانوني أن القضاء الألماني هو الكاشف عن الفكرة لتعقبه مؤسسات قضائية أخرى، والطبيعة القضائية لهذا المبدأ تؤكدتها الكثير من السوابق القضائية سواء على صعيد الهيئات القضائية الإقليمية للاتحاد الأوروبي، أو على مستوى الهيئات القضائية لبعض الدول، وهو ما جعل أحد الباحثين يصف الأمن القانوني بأنه "الأفيون الجديد للقضاة"<sup>1</sup>، والذي يسعون من خلال تطبيقه للسيطرة على الفوضى التي أصبحت تنتم بها الأنظمة القانونية، وهو ما تبينه هذه الإحصائيات:

**الشكل (01):** جدول يبين إحصاء استعمال مصطلح الأمن القانوني.

السنوات	عدد المرات المستعملة
1982-1967	64 مرة
1990-1988	حوالي 50 مرة
2002-1998	303 مرة
سنة 2012	162 من أصل 687، وهو ما يشكل 25% من مجموع الأحكام
2012-1962	2500 حكم يحتوي على هذا التعبير.

**المصدر:** من إعداد الباحث اعتمادا على إحصائيات

Jérémie van meerbeek, *De la certitude à la confiance*, op.cit, p 19.

## (ب) الحيوية الطبيعية:

<sup>1</sup> Pierre Brunet, *La sécurité juridique. nouvel opium des juges*. Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak, sous la dir. de V. Champeil-Desplats et N. Ferré, LGDJ, pp.247-250, 2007.

إن فكرة الحيوية تتأسس انطلاقاً من فواعل متعددة تتمثل في اختلاف النظرة الفقهية والقانونية لطبيعة الأمن القانوني، إذ أن هناك اختلافاً كبيراً في تحديدها فبينما يرى جانب من هؤلاء أن الأمن القانوني يشكل أحد المبادئ العامة للقانون<sup>1</sup>، والتي يمكن تعريفها بأنها: "مجموعة القواعد القانونية التي يستنبطها القضاء من بين القواعد القانونية المعمول بها في الدولة سواء كانت نصوصاً تشريعية، أو قواعد عامة موجودة في مقدمات الدساتير وإعلانات الحقوق أو من خلال القيم العليا المستقرة في ضمير الجماعة وحاجاتها الجوهرية، وتشكل في مجملها أحد مصادر المشروعية"<sup>2</sup>، والتي تدل على استقرار واعي للقاضي للنظام القانوني مما يصل به لصياغة مبادئ عامة تكون ملهمة لمختلف التطبيقات<sup>3</sup>.

ولذلك نجد العميد عبد الرزاق السنهوري (رحمه الله) يعرفها بأنها: "فكرة عامة منبثقة عن مجموعة من القواعد المرتبطة ببعضها البعض برابط منطقي، ويتم استخلاصها من خلال استقراء منطقي خالص للقواعد القانونية بإزالة خصوصية كل قاعدة للاحتفاظ بمفهوم مثالي لجعله حقيقة دائمة"<sup>4</sup>، ويعرفها الفقيه روبرت ألكسي بأنها: "خطاب كلي توجيهي يفيد الاحتمالية ويتسم بالتنبؤية إذ يمكن له استيعاب المستجدات على مستوى الوقائع، وهو ما يصبغ النص نوعاً من المرونة"<sup>5</sup>، مما يجعلها متى تمت صياغتها بعناية توفر أقصى درجات الراحة، إذ أنها ستصبح الأصل الذي تُشتق منه الحلول للوقائع الجديدة<sup>6</sup>.

وعلى هذا الأساس ترى **Patricia Popelier** أن الأمن القانوني مبدأ عام لسن القوانين المناسبة، فهو بذلك أداة لتنسيق السياسات عبر القطاعات مما يجعل منه المطلق التشريعي في التصميم القانوني<sup>7</sup>، ومما يدعم هذا الاتجاه أن القضاء كان هو الكاشف عن الأمن القانوني فعلاً من خلال

<sup>1</sup> تعرف لغة : بأنها الأمور التي لا تحتاج إلى برهان بخلاف المسائل فإنها تثبت بالبرهان القاطع، الجرجاني، التعريفات، مرجع سابق، ص 165.

<sup>2</sup> عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع : دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010، ص 367 وما بعدها.

<sup>3</sup> قاسي فوزية، قاسي فوزية، متطلبات تكريس دولة القانون: دسترة مبدأ الأمن القانوني (دراسة مقارنة بين التجربة الأوروبية والجزائرية)، (أطروحة دكتوراه)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2018/2017، ص ص 84\_86.

<sup>4</sup> A.-A. AL-SANHOURY, (*Le Standard Juridique*), *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Tom: 02, les sources général des systèmes juridique actuels*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, SA, pp: 144\_156, p 146.

<sup>5</sup> Robert ALEXY, Rights, "*Legal Reasoning and Rational Discourse*", *Ratio Juris*. Vol : 5, N° 02, 1992, (pp:143-52), p 146.

<sup>6</sup> Roscoe Pound, "*Mechanical Jurisprudence*", *Columbia Law Review*, Vol: 8, N° 8, 1908, (pp: 605-623), p 622.

<sup>7</sup> Nupur Chowdhury, *European Regulation of Medical Devices and Pharmaceuticals: Regulate Expectations of Legal Certainty*, Springer International Publishing, Switzerland, 2014, p 52.

استقراء المواد القانونية المختلفة؛ وذلك سواء ما تعلق بالقضاء الدستوري الألماني، أو مجلس الدولة الفرنسية، أو محكمة التنازع والقضاء الإداري في الجزائر.

غير أنه وجب القول أن إصباح الأمن القانوني بوصف المبدأ لا يعني تمتعه بنفس المكانة في الأنظمة القانونية المختلفة، إذ أن هناك تسلسلا هرميا للمبادئ يماثل التدرج الهرمي للتشريعات، فيمكن بذلك تمييز المبادئ التي لها قيمة دستورية والمبادئ التي تقتقر لهذا التوصيف، ففي **بلجيكا** مثلا يعتبر الأمن القانوني من بين المبادئ العامة للقانون التي لها قيمة دستورية<sup>1</sup> والتي تتفوق على القانون من حيث التسلسل الهرمي<sup>1</sup>، وهو نفس المكانة التي يحظى بها في النظام القانوني **الجزائري** بعد ترسيمه بموجب المادة 34 من التعديل الدستوري لسنة 2020<sup>2</sup>، على خلاف فرنسا التي ترفض إصباحه بأي قوة دستورية، وإن كانت تعترف به كمبدأ قانوني مستقى من القانون الأوروبي.

كما نجد من تعامل معه على أساس أنه **معياري** (*norm, standard*) ، والذي يمثل المقياس المتوسط للسلوك الاجتماعي، وهو ما يسمح بتكيفه مع مختلف الفرضيات باعتباره يتضمن الخطوط العريضة للسلوك، والذي يحتاج تطبيقه لسلطة تقديرية تقوم على مهارة الحرفي الماهر، وعدم التطبيق الآلي الأعمى لها<sup>3</sup>، فلو تأملنا تعريف الفقيه **Eric Carpon** لوجدناه يشير لكون الأمن القانوني معيارا لجودة النظام القانوني، كما يشكل معيار للمحاكمة العادلة حسب محكمة النقض الفرنسية<sup>4</sup>، ومعيارا لسيادة القانون حسب القضاء الدستوري الألماني<sup>5</sup>، ومعيار للثقة في النظام القانوني والقضائي حسب محكمة عدم التنازع الجزائرية<sup>6</sup>.

كما نجد إضافة لذلك مجموعة من الفقهاء قد تعاملوا معه على أساس أنه يشكل **غاية للقانون**، أو **قيمة** له (*finalité ou valeur*)، كما نجد من تعامل معه على أساس أنه **حاجة** أو **متطلب** (*besoin ou exigence*) فنجد أن الفقيه (**Henri Mazeau**) يرى أن الأمن أكثر ضرورية من العدل لكي نستطيع العيش<sup>7</sup>، وأما (**Démougue**) فيرى أن "المحرك المركزي للترغبات الاجتماعية والاقتصادية والقانونية

<sup>1</sup> Rapport de cour cassation belge 2002-2003, pp. 141-142

<sup>2</sup> المرسوم الرئاسي رقم 442\_20 المؤرخ 30 ديسمبر المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، سبق ذكره.

<sup>3</sup> A.-A. AL-SANHOURY, *op.cit*, p 145.

<sup>4</sup> Cour de cassation Française, civile, Chambre civile 2, 19 mars 2020, N° 18-23.923, *op.cit*.

<sup>5</sup> CC FA, BVerfG, Urteil vom 01.07.1953 - 1 BvL 23/51, *op.cit*.

<sup>6</sup> محكمة التنازع، ملف رقم 000114، سبق ذكره.

<sup>7</sup> صبرينة بوزيد، المرجع السابق، ص 21.

هي الحاجة للأمن<sup>1</sup>، أما **Roubier** ففي تصنيفه للقيم الاجتماعية يرى أن الأمن القانوني يمثل "القيمة الاجتماعية الأولى التي يجب الوصول إليها"، وأما **Carbounier** فهو يصفه بالقيمة الفطرية، حينما قال: "الأمن القانوني هو الحاجة القانونية الأساسية إذا كانت لنا الجرأة أن نقول الحاجة الفطرية"، فالثروة والحقوق الشخصية لا معني لها \_حسب اهرنج\_ إن لم تكن مصانة بقيمة الأمن<sup>2</sup>.

كما نجد توصيفا آخر له من خلال جعله **حقا**، وهو المسلك الذي تبنته محكمة النقض البلجيكية في حكم مشهور بتاريخ 27 مارس 1992، والذي جاء فيه: "تشمل المبادئ العامة للإدارة الجيدة **الحق** في اليقين القانوني... وهذا **الحق** يعني على وجه الخصوص أن المواطن يجب أن يكون قادرا على أن يثق في الخدمات العامة وأن يتوقع أنه يراعي القواعد وأن يتبع سياسة راسخة لا يمكنه تصورها بطريقة أخرى"<sup>3</sup>، وهو ما تبنته المحكمة الأوروبية التي رأت أنه يجب كفالة الحق في الأمن القانوني للمعاملات<sup>4</sup>.

## (02) الخصائص الشكلية: تتمثل الخصائص الشكلية للأمن القانوني في:

(أ) **الهندسة المتحركة**: يمثل اليقين القانوني أحد المصطلحات الشاملة التي تجمع بين مجموعة من المتطلبات والمفاهيم والمبادئ<sup>5</sup>، والتي تختلف من فقيه لآخر إذ أنه ليس هناك إجماع لتحديد ما ينضوي تحته وما يخرج عنه، وهو ما يجعله ذو هندسة متغيرة نظرا<sup>6</sup> لتعدد معانيه<sup>7</sup>، إذ أن المبادئ الفرعية المشكلة للأمن القانوني، فهي تذكر \_عادة\_ على سبيل الاستدلال وليس على سبيل الحصر مما يجعله في حالة متحركة زيادة ونقصانا، إذ أن لكل فقيه ونظام قانوني وجهة نظر في المبادئ التي تدخل في تشكيلة الأمن القانوني، فمن العناصر المشكلة له:

✓ **المحاكمة العادلة**: وقوامها "الحق في الوصول للمحكمة وإصدار حكم ضمن أجل معقول، مع ضمان عدم إلغاء القرارات القضائية متى صارت نهائية لئلا تصبح هذه الأحكام وهمية ولا فائدة منها"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> René Demougue, op.cit, p63.

<sup>2</sup> Ibid. pp, 84-87, et George Ripert, op.cit, p 133.

, Cour de cassation belge, Arrêt du 27 mars 1992 (Belgique). RG 6891 <https://cutt.us/qdNNM><sup>3</sup>

12/09/2021.:consulté

<sup>4</sup> T.U.E, 27/10/1994, Fiatagri UK Limited et New Holland Ford Limited contre Commission des Communautés européennes, aff T-34/92, para, 39.

<sup>5</sup> Jérémie Van Meerbeeck, "relation et confiance légitime ou la face cachée du contrat", Revue interdisciplinaire d'études juridiques, Vol.: 76, N° 01, 2016,( pp 97\_118), p 98.

<sup>6</sup> بلخير محمد آيت عودية، المرجع السابق، ص 19.

<sup>7</sup> Sylvia Calmes, op.cit., p 156.

<sup>8</sup> C.E.D.H, case of Brumărescu v. Romania Application no. 28342/95 du 28/10/1999.

✓ **المبادئ المتعلقة بالجانب الشكلي:** الصياغة الواضحة، القابلية للوصول المادي والشكلي، المقروئية..

✓ **المبادئ المتعلقة بالجانب الموضوعي:** القدرة على التنبؤ، التناسق بين النصوص القانونية، منطقية المعالجة...

✓ **عدم رجعية القوانين والقرارات الإدارية، الحقوق المكتسبة، الاستقرار القانوني..**

✓ **الآجال المعقولة** سواء في سن النصوص القانونية أو في قابلية بقاء النصوص قابلة للطعن<sup>1</sup>.

كما أن حركية هذه الهندسة تجد أساسها في الموقع الوسيط لفكرة الأمن القانوني فمتلما تمثل جذعا مشتركا للمبادئ السابق بيانها فإنه يشكل مبدأ فرعيا لسيادة القانون<sup>2</sup>، وللمحاكمة العادلة بحسب محكمة النقض الفرنسية<sup>3</sup>، وهنا قرينة أساسية نحاجج بها على هذه الحركية فبينما يرى البعض أنه أساس المحاكمة العادلة يرى البعض العكس أي أن الأخيرة هي أساسه، وحتى نخرج من هذا التناقض الظاهر يمكن القول أن الأمن القانوني معيار للمحاكمة العادلة حينما يتعلق الأمر بالشق الجنائي الذي يطلب دقة في صياغة الأحكام لكون التفسير محظورا فيه، وتصبح مكونا للأمن القانوني من خلال ضرورة إمكانية التنبؤ بالتفسيرات القضائية وعدم تناقضها في الشق المدني.

### (ب) المرونة:

إن المرونة تمثل القدرة على الاستجابة للمتغيرات، والتكيف مع المستجدات، وتشكل منطلقا للتطور الشامل<sup>4</sup>، ومرونة الأمن القانوني تنطلق من كونه عباءة تظل تحتها مجموعة من المبادئ الفرعية، وغير المحددة، وهو ما يمكن القاضي من استغلالها لموائمة العديد من النصوص التي لا تستجيب للأمن القانوني في أي بعد من أبعاده، ويتجلى ذلك لا سيما إن تم تكيفه على أساس كونه مبدأ أو معيار، وذلك لاصطباغ هذين الوصفين بالعمومية التي تجعل من الأمن القانوني مبدأ قابل للحياة، والتكيف مع مختلف المستجدات.

### الفرع الثاني: خصوصية الأمن القانوني

<sup>1</sup> C.J.U.E, 13 January 2004, Case C-435/00, Kühan & Heitz NV and Productschap voor Pluimvee en Eieren, para 24.

<sup>2</sup> CEF, *sécurité juridique et c complexité du droit*, op.cite.

<sup>3</sup> Cour de cassation Française, civile, Chambre civile 2, 19 mars 2020, N° 18-23.923, op.cit.

<sup>4</sup> A.-A. AL-SANHOURY, op.cit, p 146.

إن فكرة الأمن القانوني لم تنشئ بمعزل عن نظم مفاهيمية مشابهة لها، ومتفاعلة معها ضمن سياق النظام القانوني المطبق على العلاقات والروابط الاجتماعية، ولذلك لا بد من فصله عن المصطلحات القريبة منه تحقيقاً لخصوصيته لا سيما مع مصطلحي التوقعات المشروعة والأمل المشروع.

### (أولاً) التوقعات (الثقة) المشروعة:

تمثل التوقعات (الثقة) المشروعة أحد المصطلحات التي لا زالت محل إنضاج قانوني، والبحث عن جذور الفكرة سيحيلنا للفقير *Emmanuel Lévy* باعتباره الفقيه الأول<sup>1</sup> الذي أشار للفكرة مقترحاً القانون الخاص كنطاق لتطبيقها، معتبراً أن انتهاك الثقة المشروعة يتحقق عند مخالفة المعتقدات الراسخة، والتي تجد أساسها في أحد مصادر الالتزام كالعهد والقانون، لما ذلك مساس بالوظيفة الائتمانية لهذا الأخير باعتباره يشكل ضماناً للتوقعات<sup>2</sup>، غير أن الفكرة لم تحظى بالحاضنة الفقهية ولا القانونية التي من شأنها أن تدافع عنها مما جعلها فكرة مهملّة.

ولكن ذلك لم يستمر إذ تم طرح الفكرة من جديد<sup>3</sup> من خلال تحويل نطاقها من القانون الخاص<sup>4</sup> إلى القانون العام على يد القضاء الدستوري الألماني سنة 1961<sup>5</sup>، وقد جاء في قرارها: "يمثل الأمن القانوني أحد العناصر الأساسية لسيادة القانون، والذي يجب أن يكون المواطن قادراً فيه على توقع التدخلات الحكومية المحتملة والتكيف وفقاً لذلك؛ كما يجب أن يكون قادراً على الوثوق في أن أفعاله وفقاً للقانون المعمول به ستظل معترفاً بها من قبل النظام القانوني مع جميع التبعات القانونية

<sup>1</sup> أثار الفقيه ليفي هذه الفكرة بمناسبة النقاش الذي كان دائراً حول قضية تم إقرار الميراث فيه لوارث ظاهر، وبعد مدة معينة ظهر الوارث الحقيقي مطالباً بحقه، والذي لم يجده بفعل انتقال الأملاك للورث الظاهر، وهنا استوجب الفقيه تعويض الوارث الظاهر من طرف الثقة استناداً لتوقعه بأنه سيرث، والذي يستند لأساس قانوني قوي، ينظر في ذلك:

*Emmanuel Lévy, "la confiance légitime", Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1910, (pp: 717\_722).*

<sup>2</sup> *Le droit apparaît ainsi comme une sécurisation des attentes, Jérémie van meerbeeck, De la certitude à la confiance, op.cit, p 530, Emmanuel Lévy, op.cit, pp 719, 721.*

<sup>3</sup> اعتبر انتقاماً لأفكاره التي لم تحظى بالقبول في حياته، ينظر في ذلك:

*Fabrice Melleray, "La revanche d'Emmanuel Lévy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français", Revue Droit et société, Vol: 01, N° 56-57, (pp: 143\_149), p 145.*

<sup>4</sup> ومن تطبيقاتها في القانون المدني الجزائري نجد المادة 02/107، والتي تنص على: "غير أنه إذا طرأت حوادث عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق للحد المعقول"، وكذا المادة 02/182، إذ تنص على: "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

<sup>5</sup> *CCFA, BVerfGE, 19. Dezember 1961.*



المرتبطة بها في الأصل، ومع ذلك ، يُنتهك المواطن في هذه الثقة إذا أرفق المشرع عواقب غير مواتية للوقائع التي يحق للمواطن أن يتخذها في تصرفاته".

وتأسيسا على ذلك تمثل توقعية القانون آلية دفاعية للحق المادي في مواجهة تغيرات القانون، والتعهدات غير الملتزم بها، ويتحقق هذا المبدأ عندما يكتسب الشخص ثقة مشروعة من القواعد القانونية السارية، فيجب أن لا تصطدم معها بغتة قواعد قانونية جديدة لم تكن في الحسبان دون اتخاذ تدابير انتقالية لعدم المساس بتوقعاته المشروعة<sup>1</sup>، فأساسه هو وجود تدابير انتقالية بين القوانين الملغاة والقوانين الجديدة<sup>2</sup>، بل إن القضاء الألماني جعل من حماية الثقة المشروعة أحد التطبيقات الجديرة بالحماية بإعمال الأثر الرجعي للقواعد القانونية باعتبار ذلك يحق مصلحة عامة في ديمومة الثقة بالقانون<sup>3</sup>.

لتعرف<sup>4</sup> بناء على ذلك بأنها: "فكرة مفادها وجوب التزام السلطات عند مباشرتها لأعمالها أن تراعي التوقعات المعقولة للأفراد، والتي تجد أساسها في القوانين على اختلاف تدرجاتها"<sup>5</sup>، مما يجعلها تمثل ردة فعل لترشيد دور الدولة في المجال التشريعي<sup>6</sup>، لدرجة أصبح الحفاظ على الثقة الناشئة عن استقرار الأوضاع القانونية يفوق مصالح الإدارة التي ترغب إعادة النظر في قرارها، إذ أن تغليبها لمصالحها على حساب الثقة يعد فشلا منها اتجاه التزاماتها<sup>7</sup>، وفي هذا الصدد ترى للمحكمة الدستورية الألمانية: أن الملاك الذين تحصلوا على ملكياتهم بطريقة قانونية ونزيهة يتمتعون بالتزام مقابل للدولة والنظام القانوني والاجتماعي مفاده توفير الحماية لهذه الملكية، وعدم مصادرتها منهم على أساس تغير غير متوقع في التشريعات لما في ذلك من مساس بثقتهم المشروعة<sup>8</sup>.

وقد حاجج الفقهاء المؤيدون لفكرة التوقعات المشروعة عن صلاحيتها من خلال تحديد مجموع المصادر التي تستقي منها الفكرة كينونتها، وجعلها صالحة في نطاق القانون ككل، فالمصدر الأول يتمثل في الأخلاق والتي تفترض أن المشرع ملتزم أدبيا بعدم مخالفة توقعات مواطنيه من جهة، كما تفترض

<sup>1</sup> مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، ط 01، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، مصر، 2020، ص ص، 193، 195.

<sup>2</sup> *Le principe du respect de la confiance légitime fait partie des principes de base de la société, et sa base est l'existence de mesures transitoires entre les lois* Les lois sont abrogées et les nouvelles lois, voir : CJCE, arrêt du 5 mai 1981, Dürbeck, 112/80.

<sup>3</sup> CCFA 1 BvR 382/01, Urteil vom 03. Juli 2001, para 07.

<sup>4</sup> ينظر في تعريفها: بلخير محمد آيت عودية، المرجع السابق، ص ص 25\_27، وقاسي فوزية، المرجع السابق، ص ص 94\_96.

<sup>5</sup> Fabrice Melleray, op.cit. p 146.

<sup>6</sup> Sylvia Calmes, op.cit, p 09.

<sup>7</sup> C.J.U.E, 12 juillet 1957, Algera e.a., aff. jtes 7/56 et 3/57 à 7/57.

<sup>8</sup> CCFA, 1 BvR 875/92 , Urteil vom 08. Oktober 1996, para 34.

على المتعاقد أن لا يخرق ثقة الطرف المتعاقد منه، وتدعيماً لذلك اقترحوا أن تستقي وجودها من حسن النية<sup>1</sup>، والتي تقضي بعدم الإضرار بالغير من خلال مخالفة توقعاتهم، وفي ذلك يرى الفقيه كانت أن "احترام إنسانية الشخص تقتضي احترام توقعاته المعقولة"<sup>2</sup>.

أما المصدر الثاني<sup>3</sup> فأساسه فكرة المساواة من خلال أخذ جميع التوقعات بعين الاعتبار لكون ذلك يشكل بعداً هاماً ضمن أبعاد الحق في المساواة، إذ أن إهمال توقعات الأفراد من شأنه أن يولد حالة من الاغتراب الاجتماعي التي من شأنها كردة فعل\_ أن تشكل عامل تثبيط للمشاركة الفردية في المبادرات المستقبلية بل من شأنه أن يعيقها مما يجعله عاملاً تأثير على فعاليتها، أما المصدر الثالث<sup>4</sup> فهو أنها تشكل عامل تقييد وترشيد للسلطة التقديرية للمؤسسات، والتي يجب أن تكون مبنية على أسس معقولة تراعي مختلف التوقعات

وتأسيساً على ذلك كله، وحتى يعترف للتوقع المشروع بالأثر فلا بد من مراعاة مجموعة من الشروط<sup>5</sup>، لاسيما أنه قائم على الموازنة<sup>6</sup> بين المصالح العامة، ومصالح المجموعة المتضررة على أساس انتهاك ثقتها المشروعة، إذ يجب أن يكون التوقع مبنياً على تصرف إداري سابق، سواء كان قانوناً أو تأكيدات من جهة إدارية، وهو ما يجعل التوقع معقولاً ومستنداً لأسس سليمة<sup>7</sup> وهذه المعقولة لا يمكن لها التقييد المطلق للسلطة التقديرية للمشرع، والذي وإن كان ملزماً بمراعاة جميع التوقعات لكن ذلك لا يعني ضرورة الحفاظ عليها كلها لاستحالة ذلك منطقياً في مجال الأعمال مثلاً لا يمكن الحفاظ على مكاسب الاقتصاديين مقابل الأضرار بمالية الدولة<sup>8</sup>،

<sup>1</sup> شول بن شهرة، (التأصيل القانوني لمبدأ حماية التوقعات المشروعة)، مداخلة في إطار الملتقى الوطني: احترام التوقعات المشروعة، جامعة ورقلة يومي 24 و25 فبراير 2016، ص 40.

<sup>2</sup> Daphne Barak-Erez, "The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests", *European Public Law*, Vol: 11, N° 04, 2005, (pp: 583\_602), p 588.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p592.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p 593.

<sup>5</sup> مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص ص 211-216، و علي مجيد العكلي، ولمى علي الظاهري، فكرة التوقع المشروع: دراسة في القضاء الدستوري والإداري، ط 01، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، مصر، 2020، ص ص ، 31-38، وفي نفس النقطة ينظر:

Jérémie van meerbeek, *De la certitude à la confiance*, op.cit, pp 54\_57.

<sup>6</sup> CCFA, 1 BvL 6/92, Urteil vom 24. März 1998, para 34 et 35.

<sup>7</sup> C.J.U.E., 22/04/2015, l'affaire T-290/12, para 54 et 56.

<sup>8</sup> C.J.U.E., 15/12/2016 l'affaire T-169/08 RENV, para 223 et C.J.U.E., 24/10/1997 Affaire T-243/94.

كما يجب تكملة لذلك أن يكون المركز الأول قد نشئ عن أعمال مشروعة للإدارة، وأن المخالفة التي أتتها تمثل مخالفة صريحة لتوقع الأفراد بشكل مفاجئ دونما مرحلة انتقالية، ولذلك فإن وورود هذه الأخيرة في قرار الإدارة أو في التشريعات من شأنه أن يجنب الإدارة أي مسؤولية لاحترامها إيجاد فاصل زمني بين هدم المراكز القديمة وتأسيس المراكز المستحدثة، وهو ما يعني مراعاتها للفلسفة الحديثة لعدم رجعية القوانين.

وقد كان هذا المبدأ مجرداً من أي قيمة دستورية في فرنسا؛ حيث جاء في قرار لمجلس الدستوري الفرنسي: "لا يوجد معيار ذو قيمة دستورية<sup>1</sup> يضمن مبدأ يسمى التوقعات المشروعة"<sup>2</sup>، وقد أرجع الأستاذ *Fraisseix* ذلك للهندسة الكلاسيكية للقانون الفرنسي، والتي تقوم على تدخل القاضي الإداري في الأعمال والأفعال المنشأة لا في الآمال والتوقعات<sup>3</sup>، ولكن أمام مساهمة القضاء الأوربي في التأسيس لهذا المبدأ فاعتبره جزء من النظام القانوني للمجتمع<sup>4</sup> وأحد المبادئ الأساسية الواجب مراعاتها<sup>5</sup> باعتبارها ذات مرتبة عليا<sup>6</sup>، نجد أنه قد عدل عن رأيه عند نظره في دستورية قانون الضمان الاجتماعي<sup>7</sup>، وليؤكد ذلك بموجب قرار له في ديسمبر 2019 على<sup>8</sup>: "يجوز للمشرع في أي وقت، وفي مجال اختصاصه تعديل النصوص السابقة أو إلغائها أو استبدالها، ولكن ذلك لا يصوغ له انتهاك الضمانات الدستورية لا سيما المساس بالحالات والوضعيات المكتسبة قانوناً، أو المساس بالآثار المبنية على التوقعات المشروعة المستندة للنصوص السارية قبل الإلغاء أو التعديل".

ولفهم العلاقة الارتباطية بينهما لا بد من البحث في التطبيقات القضائية باعتبارها المجال الأبرز لذلك، ففي نظر القضاء الدستوري الألماني وهو المؤسس الأول للفكرة فاليقين القانوني يعني في المقام

<sup>1</sup> لقد كان ظهور المبدأ على أساس أن فرض ضريبة مفاجئة بنسبة 40% من شأنه أن يمس بالتوقع المشروع والثقة بالنظام المالي الفرنسي، كما أنه سيربك الشركات في مفاوضاتها ويخل بتوازنها الاقتصادي فرفض الاعتراف له بأي قيمة دستورية، ينظر: *CCF, DC, Décision no 96-385 DC du 30 décembre 1996, JORF n°304 du 31 décembre 1996 para 14 et 18*

<sup>2</sup> *CCF, DC n° 97-391 du 07/11/1997, JORF n° 0262 du 11 novembre 1997 paragraphe 06, il dit: « qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit un principe dit de "confiance légitime"».*

<sup>3</sup> محمد منير حساني، (احترام الثقة المشروعة كمبدأ عام للقانون)، مداخلة في إطار الملتقى الوطني: احترام التوقعات المشروعة، جامعة ورقلة يومي 24 و25 فبراير 2016، ص 30.

<sup>4</sup> *C.J.U.E., 3 mai 1978, Toepfer, aff. 112/77, para 18 et 19.*

<sup>5</sup> *C.J.U.E., 14 octobre 1999, Atlanta, C-104/97P, para 55, C.J.U.E. 4 octobre 2001, Italie/Commission, C-403/99, para 35.*

<sup>6</sup> *C.J.U.E., 22 juin 2006, C-182/03 et C-217/03, para 149.*

<sup>7</sup> *CCF, DC n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, JORF n°0298 du 24 décembre 2013.*

<sup>8</sup> *CCF, DC n° 2019-796 du 27/12/2019 JORF n°0302 du 29 décembre 2019, para 29.*

الأول حماية الثقة<sup>1</sup>، أما في نظر مجلس العدل الأوربي نتيجة طبيعية للأمن القانوني<sup>2</sup>، أما المجلس الدستوري البلجيكي فإنه يرى أن ثمة ارتباطا وثيقا لمبدأ التوقعات المشروعة بمبدأ الأمن القانوني الذي يحظر على المشرع تقييـض مصلحة الأشخاص القانونيين في القدرة على التنبؤ بالعواقب القانونية لأفعالهم دون مبرر موضوعي ومعقول<sup>3</sup>.

أما تحليل قرار المحكمة الدستورية الألمانية<sup>4</sup> فسيحينا للوقوف على علاقة تكاملية بينهما لا سيما أن كليهما مشتق من سيادة القانون، إذ تثار مسألة الأمن القانوني متى تبين أن ثمة قصور في الصناعة التشريعية المعيارية، على أن تثار مسألة الإخلال بالثقة المشروعة كردة فعل على الجهة المصدرة للتشريع أو اللوائح أو حتى القائمة بالشؤون القضائية إذ أن عدم التزامها بالضوابط التي تحكم عملها يجعله مخلة بالثقة الموضوعية فيها من الأفراد، وهو ما يمس مصداقية النظام القانوني ككل<sup>5</sup> ففائدة القول في ذلك أن الأمن القانوني يقوم عند الإخلال بالضوابط المعيارية للتشريع، أما الثقة فتثار عند وجود أعمال غير معيارية للسلطة العامة بمعناها الواسع<sup>6</sup>.

وانطلاقا من ذلك لا بد أن نشير إلى مسألة في غاية الأهمية، وهي الثقة في تفسيرات القانون، لا سيما بمناسبة نظر المجلس الدستوري (المحكمة الدستورية) في تفسير المادة 165 من الدستور التي تعالج موضوع التقاضي على درجتين، والتي تنص حرفيا على: "يضمن القانون التقاضي على درجتين، ويحدد شروط وإجراءات تطبيقه"، إذ أن عملية مسح لقراراته الصادرة في هذا المجال تنص على: "أنه وإن كان من اختصاص المشرع تحديد هذه الكيفيات فإنه في مقابل ذلك يعود للمجلس الدستوري -وله

<sup>1</sup> CCFA, BVerfGE, 19. Dezember 1961, CCFA, BvR 2194/21, 07. April 2022, para 72

<sup>2</sup> "Certes, ainsi que le souligne Arkopharma, le principe de la protection de la confiance légitime est le corollaire du principe de sécurité juridique, qui exige que les règles de droit soient claires et précises, et vise à garantir la prévisibilité des situations et des relations juridiques relevant du droit communautaire ", C.J.U.E., 15 février 1996, Duff e.a., C-63/93, para 20), C.J.U.E, 18 mai 2000, Rombi, C-107/97, para 66, C.J.U.E, 10 septembre 2009, Plantanol, C-201/08, para 46.

<sup>3</sup> Cour constitutionnelle belge, arrêt n° 48/2017, 27 avril 2017, B.41.1.

<sup>4</sup> CCFA, 2 BvR 900/22, 14. Juli 2022, para 56.

<sup>5</sup> CCFA, 2 BvR 882/97, 03. Dezember 1997, para 34.

<sup>6</sup> والمتأمل للاجتهاد الدستوري الألماني سيجد بعض هذه الحالات، ومنها:

\_ حالة عدم فصل الجهة القضائية في الوقت المناسب أو تغييرها لسوابقها القضائية بشكل مفاجئ، ينظر:

CCFA, 1 BvR 1138/06 -, Urteil vom 15. Oktober 2008, para 14.

\_ حالة الثقة في المحامي الذي يعين في إطار المساعدة القضائية لأن تخلف ذلك من شأنه المساس بالمحاكمة العادلة، ينظر:

CCFA, 2 BvR 1392/96, Urteil vom 28. März 2000, para 16.

وحده\_ تقدير مدى دستوريته بالنظر إلى الحقوق والحريات المضمونة دستوريا<sup>1</sup>، والتحقق من توافق هذه الكيفيات مع المعايير الموضوعية والعقلانية المتناسبة مع الأهداف المرسومة من قبل المشرع<sup>2</sup> لضمان عدم المساس بحق التقاضي أو إفراغه من جوهره من خلال تقييده ووضع استثناءات تمييزية لمباشرته، نظرا لارتباطه بقواعد المحاكمة وحق الدفاع التي تشكل أساسا لإنصاف المتقاضين<sup>3</sup>، ورغم هذه المبادئ نجد أنه قد تفرع عن تفسيره لأحكام هذه المادة لاتجاهين.

**فالاتجاه الأول** لا يحيط هذه المادة بقيد بل يستوجب إطلاقها، وذلك بنصه على: "عدم إعاقة أي طرفا سواء من خلال القانون أو بفعل الإجراءات من اللجوء لجهات قضائية عليا"<sup>4</sup>، مستندا في ذلك لمقتضيات المادة 34 من الدستور التي "لا تجيز تقييد ممارسة أي حق من الحقوق بما يمس جوهره إلا لأسباب مرتبطة بحفظ النظام العام والأمن، وحماية الثوابت الوطنية وكذا تلك الضرورية لحماية حقوق وحريات أخرى يكرسها الدستور فلا يمكن للمشرع تقييد حق التقاضي على درجتين"<sup>5</sup>، وقد نتج عن ذلك حكمه بعدم دستورية المادة 416 من قانون العقوبات، والمادة 33 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتعارضهما مع هذا المبدأ.

أما **الاتجاه الثاني** فهو الذي يقيد فيه نطاق مبدأ التقاضي على درجتين، فقد جاء في قرار له بمناسبة نظره في دستورية المادة 06/496<sup>6</sup> من قانون الإجراءات الجزائية أين رفض الحكم بعدم دستوريته بحجة: "أن المحكمة العليا لا تمثل درجة من درجات التقاضي؛ مما يجعلها لا تشكل امتدادا للخصومة الأصلية لافتقار الخصوم فيها للمزايا المكفولة أما قاضي الموضوع لا سيما ما تعلق بتقديم

<sup>1</sup> المجلس الدستوري الجزائري، قرار رقم 01/ق.م.د/د ع د/19، المؤرخ 20 نوفمبر 2019، ج ر عدد 77، الصادر 15 ديسمبر 2019.

<sup>2</sup> المجلس الدستوري الجزائري، قرار رقم 02/ق.م.د/د ع د/20، المؤرخ 23 ديسمبر 2020، ج ر عدد 06، الصادر 24 جانفي 2021.

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية الجزائرية، قرار رقم 02/ق.م.د/د ع د/21، المؤرخ 05 ديسمبر 2021، ج ر عدد 04، الصادر 15 جانفي 2021.

<sup>4</sup> المجلس الدستوري الجزائري، قرار رقم 01/ق.م.د/د ع د/19، سبق ذكره.

<sup>5</sup> المحكمة الدستورية الجزائرية، قرار رقم 01/ق.م.د/د ع د/21، المؤرخ 10 فبراير 2021، ج ر عدد 16، الصادر 04 مارس 2021.

<sup>6</sup> تنص على: "لا يجوز الطعن بالنقض فيما يأتي:

06/ الأحكام والقرارات الفاصلة في الموضوع الصادرة في آخر درجة في مواد الجرح القاضية بعقوبة غرامة تساوي 50.000 دج أو تقل عنها بالنسبة للشخص الطبيعي، و 200.000 دج بالنسبة للشخص المعنوي مع التعويض المدني أو بدونه إلا إذا كانت الإدانة تتعلق بحقوق مدنية باستثناء الجرائم العسكرية أو الجمركية".

طلبات أو أوجه دفاع جديدة لم يسبق عرضها"<sup>1</sup>، وهو قول ينطوي على عدم تلازم منطقي بين المقدمة التي لا تناقش منطقيتها باعتبار أنه من المستقر عليه فقها، وقضاء، وقانونا أن المحاكم العليا هي محاكم قانون لا محاكم موضوع، وهو الأمر الذي نهدم به رأي المجلس الدستوري إذ أنه من المقر به دستوريا أيضا أن المحكمة العليا هي الهيئة المقومة لأعمال الجهات الدنيا، وهو ما يتيح لها بسط رقابتها على هذه القرارات، وبعملية مسح لقرارات المحكمة العليا نجد أنها قد نقضت العديد من قرارات الجهات الدنيا للعديد من الأسباب منها عدم التزامها بالرد على طلبات الخصوم، عدم وجود تسبب مقنع لنتائجها، وهو ما يعني أنها تمثل ضمانا لجودة مبدأ التقاضي على درجتين، وعدم جعله مجرد مبدأ شكلي يشجع على القرارات الميكانيكية للقضاة في هذه المسائل.

وقد ترسخ هذا الاتجاه عند بسط نظره في المادة 04/73 من القانون المتعلق بعلاقات العمل<sup>2</sup> والتي تقيد التقاضي على درجتين في بعض المسائل، والذي أعلن من خلاله: "أن المادة 165 من الدستور تؤكد على تولى القانون ضمان التقاضي على درجتين، مما يجعلها تمنح هذا الاختصاص للقانون؛ بمعنى أنه يعود الاختصاص للمشرع في تحديد شروط وكيفيات تطبيقه، وبالتالي فهي تمنح مبدأ التقاضي على درجتين قيمة تشريعية، وتمنح المشرع ضمنا صلاحية فرض القيود والاستثناءات اللازمة، ومن ثمة يشكل الطعن بالاستئناف مبدأ عاما للإجراءات التي يمكن القانون وحده أن يفرض عليه استثناء، ومن ثمة فالتقاضي على درجتين له قيمة تشريعية في التسلسل الهرمي للقواعد؛ بمعنى أن استثناء إحدى درجات التقاضي في بعض المنازعات لا يعد في حد ذاته مساسا بالدستور"<sup>3</sup>، مبررا ذلك بإحاطة المشرع للقضاء الاجتماعي<sup>4</sup> بقواعد إجرائية خاصة قوامها السرعة والمحافظة على المصالح الاجتماعية والمهنية لفئة العمال لعدم قدرتهم على خوض المسار الإجرائي المعقد والمكلف، فأقرار عدم

<sup>1</sup> المجلس الدستوري الجزائري، قرار رقم 01/ق.م.د/د ع د/20، المؤرخ 06 مايو 2020، ج ر عدد 34، الصادر 07 يونيو 2020.

<sup>2</sup> والتي تنص على: "إذا وقع تسريح العامل مخالفا للإجراءات و/أو الاتفاقية الملزمة، تلغي المحكمة المختصة ابتدائيا ونهائيا قرار التسريح بسبب عدم احترام الإجراءات، وتلزم المستخدم بالإجراء المعمول به، وتمنح العامل تعويضا ماليا على نفقة المستخدم لا يقل عن الأجر الذي يتقاضاه كما لو استمر في عمله".

<sup>3</sup> المحكمة الدستورية الجزائرية، قرار رقم 01/ق.م.د/د ع د/22، المؤرخ 26 جانفي 2022، ج ر عدد 06، الصادر 19 ماي 2022.

<sup>4</sup> وقد عبر النائب العام في ملاحظاته المكتوبة أن هذه المادة غير دستورية لورودها بشكل مخالف لقواعد العدالة والإنصاف، ولمخالفتها قاعدة المساواة، ينظر: المحكمة الدستورية الجزائرية، قرار رقم 24/ق.م.د/د ع د/22، المؤرخ 23 مارس 2022، ج ر عدد 54، الصادر 10 غشت 2022.

التقاضي على درجتين في بعض المسائل هو ضمانته لهم من جهة، وتكريس للسير الحسن للقضاء من جهة ثانية<sup>1</sup>، وهو تبرير تعوزه القوة فالمشرع ليس أعرف بمصلحة العامل أكثر منه، إذ كان يمكن إباحة الاستئناف في هذه المسائل على أن يقدر الشخص مباشرته لهذا الحق من عدمه.

وهو ما يستلزم منا تقدير الاتجاهين، والذي لن يحقق فعاليتها ما لم نشر إلا أن القضاء الدستوري قد وقع في **تناقض ذاتي** عند تفسيره لمقتضيات المادة 165 من الدستور رغم أن المفترض فيه أنه من **جهة أولى** هو المكلف باحترام المقتضيات الدستورية، كما أن قراراته ملزمة لجميع المؤسسات الدستورية، ولا يجوز مخالفتها من قبلها، فمن **باب أولى** يجب على هذه الهيئة أن تحترم قراراتها، ولا تناقضها لما في ذلك بإخلال بين بدورها، وهو ما يشكل **إخلالا في الثقة** الموضوعة بها في مجال الحماية الدستورية للمواطن؛ إذ لا يعقل أن ينص في رأي على عدم إمكانية إفراغ المشرع لمبدأ التقاضي على درجتين من جوهره وحظر تقييده قانونيا أو إجرائيا ثم ينص في قرار آخر على أنه ذو قيمة تشريعية ويجوز للمشرع تقييده لما في ذلك من إفراغ له من محتواه، وهو ما يتعارض من **جهة ثانية** مع مبدأ المساواة ذي القيمة الدستورية، والذي جاء في قرار للجهة نفسها أنه واستنادا إليه "يستوجب تمكين كل الأطراف من استئناف الأحكام الصادرة في المجال الجزائي دون قيود أو استثناءات"<sup>2</sup>.

كما أنه يستوجب عليه من **جهة ثالثة ضمان مراعاة الالتزامات الدولية** التي التزمت الجزائر تجاهها إذ تنص ديباجة الدستور وهي جزء لا ينفصم عنه على: "يُعبّر الشعب عن تمسكه بحقوق الإنسان المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر"، والتي يشكل العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية<sup>3</sup> جزء منها، والذي تنص المادة 05/14 منه على: "لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء ووفقا للقانون إلى محكمة أعلى كي

<sup>1</sup> وهو نفس الرأي الذي عبرت عنه الحكومة في ملاحظاتها المكتوبة عن المادة 416 من قانون الإجراءات الجزائية، إذ اعتبرت أن هذه المادة جاءت لدواعي عملية لتأطير حق الاستئناف في المادة الجزائية، كما أجاب الوزير الأول حول المادة 04/73 من القانون المتعلق بعلاقات العمل أن المؤسس الدستوري لم يقر مبدأ التقاضي على درجتين بشكل مطلق بل أحال للمشرع تنظيمه، وهو الذي فعله من خلال المادة 04/73 سالفه الذكر من خلال صياغتها بشكل يضع حد للتعسف الذي يلجأ له بعض المستخدمين فهي تفرض حالة من التوازن بينهم وبين عمالهم.

<sup>2</sup> المجلس الدستوري الجزائري، قرار رقم 01/ق.م.د/د ع د/19، سبق ذكره.

<sup>3</sup> المرسوم الرئاسي رقم 89\_67 المؤرخ 16 ماي 1989 المتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر 1966، ج ر عدد 20، الصادر 17 ماي 1989.

تعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حكم به عليه"، وهو ما يتنافى مع توصل له القضاء الدستوري الذي مس بهذا الحق.

### (ثانيا) الأمل المشروع:

وهو مصطلح تبدو صياغته أدبية<sup>1</sup> تقيد التمني لدى الشخص<sup>2</sup>، والذي قد يتحقق أو لا يتحقق<sup>3</sup>، لكنه في حقيقته مصطلح استحدثته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان كنتيجة لتأثرها بالقضاء الدستوري الألماني، ولتوسعها في تفسير المادة الأولى ففي فقرتها الأولى من البروتوكول الإضافي الأول للاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، والتي تنص على: "لكل شخص طبيعي أو اعتباري الحق في التمتع السلمي بممتلكات، ولا يجوز حرمان أي شخص من ممتلكاته إلا للصالح العام، ووفقاً للشروط المنصوص عليها في القانون والمبادئ العامة للقانون الدولي"<sup>4</sup>.

وقد كان أول إقرار بهذا المصطلح من هذه المحكمة بتاريخ 1991/11/29، من خلال نظرها في طعن ضد قرار المحكمة العليا الأيرلندية، والتي طبقت قانون بأثر رجعي مما أثر على التمتع السلمي بالملكية لمساس ذلك بخطط تنمية الشركة العقارية، والتي بنيت على القانون القديم، ومما جاء في هذا القرار: "قبل قرار المحكمة العليا، كان لدى المتقدمين على الأقل الأمل المشروع بالقدرة على تنفيذ خطة التنمية الخاصة بهم؛ يجب أن يُنظر إليه على أنه عنصر ملكية، يمكن الادعاء بأن قانون 1982 صادق بأثر رجعي على شهادة التخطيط المسبق -، ولذلك فإن إلغاء شهادة التخطيط يشكل تقويضاً للتمتع السلمي بالممتلكات لكنه لا يرق إلى درجة الحرمان من الملكية"<sup>5</sup>، وهو ما جعلها نتيجة

<sup>1</sup> بلخير محمد آيت عودية، المرجع السابق، ص 27.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري و أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، مصر، 1950، ص 225، عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، ج 01، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1965، ص 196، سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، مصر، 1974، ص 659\_661.

<sup>3</sup> ومثاله الوصية التي قد تتحقق وقد لا تتحقق.

<sup>4</sup> Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

<sup>5</sup> Avant la décision de la Cour suprême, les requérants avaient pour le moins **l'espérance légitime** de pouvoir réaliser leur plan d'aménagement; il faut y voir un élément de la propriété - dans les circonstances de l'espèce, on ne saurait prétendre que la loi de 1982 ait rétroactivement validé le certificat préalable d'urbanisme - l'annulation de celui-ci a donc porté atteinte au droit des deuxième et troisième requérants au respect de leurs biens (mais non, au vu des faits, de la première); cette ingérence ne s'analysait pas en une privation de propriété, mais en une réglementation de l'usage des biens (second alinéa de l'article 1), CEDH, Arrêt 29.11.1991 Pine Valley Developments Ltd et autres



تتقنها من انتهاك الأمل المشروع تحكم بتعويض وجب على أيرلندا أن تدفعه في غضون ثلاثة أشهر مليون ومائتي ألف (1,200,000) جنيه إسترليني للأضرار المالية، ومبلغ اثنان وأربعون ألف وستمئة وخمسة وخمسون وأحدى عشر بنسا (42,655.11) جنيها إسترلينيا للتكاليف والنفقات المحلية، ومبلغ سبعون ألف (70,000,00) جنيه إسترليني<sup>1</sup>.

وقد كان للمحكمة الإدارية لمنظمة العمل الدولية نصيب من المساهمة في التطرق لحالات التعويض عن الإخلال بالأمل المشروع ففي حكم لها جاء فيه: "ويحق للمدعي الحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة لإحباط المنظمة لأمله المشروع بأن حكم المحكمة سينفذ على وجه السرعة وبشكل صح"<sup>2</sup>، كما نصت على أنه: "لا يمكن أن يتولد أمل مشروع مخالف لقواعد مكتوبة"<sup>3</sup>، وعلى أساس ذلك فالأمل المشروع يجد أساسه في القواعد المكتوبة، كما رفضت المحكمة في عديد المرات الحكم بالتعويض على أساس عدم تجديد العقود محددة المدة لأنها ما دامت محددة فلا يمكن بناء أمل في تجديدها لخضوع ذلك للسلطة التقديرية للجهة الموظفة<sup>4</sup>، وعلى خلاف ذلك يمكن أن نستنتج بمفهوم المخالفة\_ أنه إذا كان الزمن عنصرا جوهريا لتحقيق واقعة معينة أو اكتساب صفة ما فإنه يجب تحقق ذلك متى تحقق الشرط الزمني، وأبسط مثال على ذلك هو مسألة التقادم فالذي يمارس الحياة وفق شروطها فإن يأمل أن يصبح مالكا بمجرد تحقق مدة الخمسة عشر (15) سنة، مما يتيح له طلب التعويض متى أنتهك هذا الأمل.

c. Irlande, consulter: 17/08/2022, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22002-10261%22> .

<sup>1</sup> CEDH, Arrêt 29.11.1991, op.cit,

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22tabview%22:%22document%22,%22itemid%22:%22001-57816%22> .

<sup>2</sup> "Le requérant a droit à des dommages-intérêts pour le préjudice subi du fait que l'Organisation a déçu son **espoir légitime** de voir le jugement du Tribunal rapidement et correctement exécuté.", Tribunal administratif de Organisation internationale du Travail, Jugement n° 1427 du 06.07.1995, para 10.

<sup>3</sup> "aucun **espoir légitime** ne peut naître s'il contrevient à une règle écrite", Tribunal administratif de Organisation internationale du Travail, Jugement 3776 du 08.02.2017

<sup>4</sup> Tribunal administratif de Organisation internationale du Travail, Jugement n° 1362 du 13/07/1994, para 9.

كما انتقل هذا المصطلح إلى فرنسا سنة 2012 عند نظر مجلس الدولة الفرنسي في طعن ضد قرار صادر عن محكمة نانسي الاستئنافية<sup>1</sup>، وذلك في الدعوى التي باشرتها شركة EPI، والتي استطاعت توظيف 30 عامل على أساس المادة 81 من قانون المالية، والمعدلة للمادة 2020 من قانون الضرائب استحدثت ائتمان ضريبي قدره 10% على الشركات التي يلاحظ عليها تحسين في طاقتها التوظيفية لسنوات 1998\_2000، غير أن القانون غير، وعند تقدم الشركة للإدارة للاستفادة من هذه المزايا رفضت الإدارة ذلك بحجة تغيير القانون، وهو ما جعل الشركة ترفع دعاواها للقضاء الإداري مؤسسة إياها على المادة 01 من البروتوكول الإضافي الأول للاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية المذكورة أعلاه، وقد رفضت المحكمة الإدارية في مدينة ستراسبورغ الطلب، بينما أيدته المحكمة الاستئنافية في نيس، مما جعل وزير الميزانية والحسابات العامة والخدمة العامة يطعن في ذلك.

وتأسيساً على ذلك انعقد الاختصاص لمجلس الدولة الفرنسي، والذي جاء في حكمه: " أنه لا يمكن لأي شخص أن يدعي الاستفادة من هذه الشروط إلا إذا كان بإمكانه أن يصرح بملكية سلعة كانت تهدف إلى الحماية، والتي كان من الممكن انتهاكها، إذ يجب اعتبار الأمل المشروع بالحصول على مبلغ من المال بمثابة ملكية بالمعنى المقصود في هذه الشروط<sup>2</sup>؛ وبالنظر لما سبق يتبين أن المحكمة قد أعطت أسباباً كافية لحكمها دونما خطأ في القانون، كما أنها صنفت الوقائع بشكل دقيق، في الحكم على أن برنامج التحصين الموسع يمكن أن يكون مفيداً في التدرع بأمل مشروع يُنظر إليه على أنه ملكية بالمعنى المقصود أحكام المادة 1 من البروتوكول الإضافي الأول للاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية<sup>3</sup>، وتبعاً للاعتراف بهذا المبدأ فقد حكم المجلس بتعويض قدره 3000 يورو تدفعه الدولة للشركة المعنية.

كما نجد لمحكمة النقض المصرية قراراً يقضي بجعل الأمل متى كان مبنياً على أسباب مستساغة\_ معياراً للتعويض، فجاء في قرار لها: "أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة\_ أن

<sup>1</sup> CEF - 3ème - 8ème - 9ème - 10ème SSR, arrêt de EPI de 05/09/2012, consulter: 18/08/2022, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000025833567/>.

<sup>2</sup> "qu'une personne ne peut prétendre au bénéfice de ces stipulations que si elle peut faire état de la propriété d'un bien qu'elles ont pour objet de protéger et à laquelle il aurait été porté atteinte ; qu'à défaut de créance certaine, l'espérance légitime d'obtenir une somme d'argent doit être regardée comme un bien au sens de ces stipulations". Ibid.

<sup>3</sup> "Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt, n'a pas commis d'erreur de droit, ni inexactement qualifié les faits en jugeant que la société EPI pouvait utilement invoquer une espérance légitime devant être regardée comme un bien au sens des stipulations de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales". Ibid.

التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، ويدخل في الكسب الفائت ما يأمل المضرور في الحصول عليه من كسب، متى كان لهذا الأمل أسباب مقبولة، وكان أمل الأبوين في بر ابنهما لهما رعايةً وانتفاعاً بإحسانه إليهما أمراً قد جُبِلت عليه النفس البشرية منذ ولادته حياً دون انتظار بلوغه سنّاً معيناً، و أياً كان عمر الابن، أو كان له شقيق آخر من عدمه يكون قائماً على أسباب مقبولة، وأن تفويته بفعل ضار غير مشروع يوجب المساءلة بالتعويض، وأن تفويت الفرصة أمر محقق يجب التعويض عنه<sup>1</sup>، وتحليل هذا القرار نجد أن محكمة النقض المصرية لم تختلف عن مجلس الدولة الفرنسي إذ أن الأمل عندها يتحقق متى وجد أسباب مستساغة ترجح تحسين الملاءة المالية للشخص المتضرر، فوافقه في المعنى، ولم توافقه في المبنى من خلال الاكتفاء بتسمية الأمل دونما أن تقرنه بالمشروع، رغما تعبيرهما عن ذات الغاية.

وتجميعاً لهذه الفروع تتضح لنا العلاقة التفاعلية بين الأمل المشروع والتوقع المشروع، فنطاق الأول هو الملكية بمعناها العامة سواء كانت أصولاً أو محض احتمال يستند لأسباب قوية، فهي تطبيق ضيق لفكرة التوقع بينما يرى البعض أن المصطلح الأول هو مصطلح خاص بالمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والثاني تعبير لمحكمة العدل الأوروبية<sup>2</sup>، وكلاهما نابع من فكرة الأمن القانوني، إذ أن القرار المستحدث للأمل المشروع أحال صراحة لقرار ماركس الذي يمثل أول قرار كاشف عن الأمن القانوني في سوابق هذه المحكمة، وكلها نابعة من سيادة القانون باعتبارها المبدأ الأم الذي تشتق منها الكثير من المبادئ الفرعية، وفق تراتبية معينة تشكل "تسلسلاً في المعايير القانونية".

### المطلب الثاني: مرتكزات نشوء فكرة الأمن القانوني

تمثل سيادة القانون المبدأ الأساسي لدولة القانون، والذي يمثل مبدأً خصباً إذ اشتق منه العديد من الأفكار، التي شكلت في مجموعها تسلسلاً عاماً للمعايير، وهو الذي جعل الأمن القانوني يحمل هذه الصفة إذ لا يستقيم له بنيان إلا بارتكازه على مجموعة من المرتكزات؛ منها ما هو كُليّ (الفرع الأول)، ومنها ما هو جزئي (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: المرتكزات الكلية

#### (أولاً) عدم رجعية القوانين:

<sup>1</sup> لها، دائرة الأحد (ج) المدنية، الطعن رقم 9943 لسنة 80 قضائية، بتاريخ: 17 يناير 2021.

<sup>2</sup> بلخير محمد آيت عودية، المرجع السابق، ص 30.

إن الباحث في حقيقة عدم رجعية القوانين سيجد أن ثمة كلاسيكية لها، وأخرى حديثة جاءت لتعزز مكانة هذا المبدأ ضمن قوام الدولة القانونية.

### (01) الفلسفة الكلاسيكية لعدم رجعية القوانين:

والتي تجد جذورها في القوانين القديمة<sup>1</sup>، و تنظر هذه الفلسفة لهذا المبدأ على أنه: "عدم انسحاب القوانين الجديدة على الماضي، واقتصارها على حكم الوقائع والتصرفات التي تحدث في المستقبل منذ صيرورتها نافذة إلى أن تلغى صراحة أو ضمنا"<sup>2</sup>، وذلك يعني أيضا "عدم انصراف القانون على الماضي، إذ يحكم ما يجد من علاقات ووقائع قانونية بعد العمل به، ولا ينطبق على ما سبق حدوثه من وقائع قبل العمل بأحكامه"<sup>3</sup>، كما يعرف بأنه: "مبدأ يترتب عليه حكم القانون الجديد للمواقف القانونية اللاحقة من دخوله حيز التنفيذ، مما يترتب عن ذلك إفلات الأفعال والوقائع التي تمت قبل نفاذه من سيطرته القانونية"<sup>4</sup>، وهذا يمثل أبسط أسس القانون فالعبرة بضبط العلاقات المبرمة إنما هي بالتطبيق، فلا تخضع إلا لما كان سائدا ويمكن بناء هذه العلاقات على أساسه.

وللمبدأ مبرراته المنطقية المؤسسة له، والتي تجمع بين فكريتي العدالة والنظام؛ فبالنسبة للعدالة نجد أنه من المسلم به أن الأفراد يباشرون أعمالهم وفق القوانين السارية فعلا، وهي التي تمكنهم من التصرف على أساس توقع المال، أما القوانين المستقبلية فلا يستقيم عدلا أن نطالبهم بالإمام بمضامينها، لأننا نطالبهم بمستحيل من خلال طلب إخضاع علاقاتهم لقوانين يستحيل عليهم العلم بها، وهذا ما يفسر وجود علاقة بين هذا المبدأ، وبين مبدأ افتراض العلم بالقانون، إذ أنه لا يتحقق العلم إلا بالقوانين المنشورة والمطبقة فعلا، وليس تلك المفترض صدورها في المستقبل، وهنا إذا لا يتحقق العلم إلا بحظر كل عطف

<sup>1</sup> يعود هذا المبدأ للقانون الروماني، ثم للقوانين الصادرة عن الثورة الفرنسية التي طبقت قوانينها بأثر رجعي، وهو ما سبب اضطرابا في المراكز القانونية، ومرد ذلك هو تضمنها لأحكام جديدة تعارض تماما الأحكام التي تضمنتها القوانين القديمة التي أبرمت في ظلها التصرفات، وهو ما جعل رجال يتبنون عدم الرجعية لحفظ استقرار المراكز القانونية، وتبنوا هذا المبدأ من خلال المادة 14 من إعلان حقوق الإنسان، ثم المادة الثانية من تعنين نابليون، والتي نصت على: "التشريع لا يسري إلا بالنسبة للمستقبل فليس له مطلقا أثر رجعي"، للمزيد انظر: سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص 653-654، وكذلك جوستيان، المرجع السابق، ص 409.

<sup>2</sup> إسماعيل عبد النبي شاهين، مبدأ عدم رجعية القوانين: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط 01، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص 07.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 08.

<sup>4</sup> Ibrahim Moumouni, "Le principe de la rétroactivité des lois pénales plus douces : une rupture de l'égalité devant la loi entre délinquants ?" *Revue internationale de droit pénal*, Vol: 83, N° 1, 2012, (pp: 173\_194), pp, 173, 174.

لآثار القانون على الماضي، كما أن مبدأ عدم الاعتذار بجهل القانون لا يمكن تطبيقه إلا بتحقيق التزام مقابل للدولة مناطه كفالة العلم بهذا القانون<sup>1</sup>.

كما أن إعمال الأثر الرجعي للقانون على الماضي، بدل قصر آثاره يمثل جفاء لقيمة العدالة، لأنه يشبه عقابا على اللذين التزموا بالنظام السابق وأطاعوه<sup>2</sup>، وذلك من خلال فرض إعادة تكييف كل علاقاتهم بناء على القانون الجديد.

ولو تأملنا شروط الالتزام بصفة عامة، لوجدنا أن الالتزام يجب أن يكون مشروعاً، وممكناً، وهو ما يعني عدم استحالته المطلقة لتطبيقه، لكن العلم بقانون مستقبلي هو من قبيل الاستحالة المطلقة، وهو ما يبرر اقتصار اثر القانون على الحاضر والمستقبل دون امتداد آثاره للماضي لأن في ذلك إمكانية للعلم به، وإخضاع العلاقات لمقتضياته.

وأما من حيث النظام: فإن تطبيق هذا المبدأ يعد ضماناً لاستقرار المعاملات وأماناً لها من التغيير الدائم لها في حالة تفعيل الأثر الرجعي، إذ يصبح كل قانون مبطل للتصرفات التي قامت في ظل النظام القانوني القديم، كزنها مخالفة له، ونظراً لخطورة هذه المسألة نجد الفقيه بلانيول يقول: "لن يكون هناك أمان للأفراد إذا كانت حقوقهم، وثروتهم، وحالتهم الشخصية، والآثار التي ترتبت على تصرفاتهم وحقوقهم الشخصية يمكن في أي لحظة أن تتأثر أو تعدل أو تزول بسبب تغيير في إرادة المشرع"<sup>3</sup>، فالأثر الرجعي إذا تقيض للاستقرار القانوني<sup>4</sup>.

ونظراً لخطورة تقرير الأثر الرجعي نجد أن الفقيه **Benjamin Constant** يقرر أن "الرجعية هي أكبر اعتداء يمكن أن يرتكبه التشريع"، وهناك من يجعل من عدم احترامه مساوياً للا قانون، نظراً لما

<sup>1</sup> سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، ص 655.

<sup>2</sup> إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع نفسه، ص 09.

<sup>3</sup> سمير تناغو، المرجع نفسه، ص 655، وأنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ص 178\_179، عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 192، 202.

<sup>4</sup> إن هذا المبدأ، وإن كان يشكل أحد المبادئ الهامة نتيجة لتبني الفلسفة الإنسانية القانونية، فإنه غير مطلق ففيه بعض الاستثناءات، ومن بينها حالة القانون الأصلح للمتهم الذي يلتزم القاضي بتطبيقه في حالة عدم إصدار حكم قضائي، وهذا هو التوجه الجديد في السوابق القضائية لمحكمة العدل الأوروبية التي " تحظر رجعية قوانين العقوبات الأكثر صرامة، وتستوجب ضمناً وجوب رجعية قانون العقوبات الأكثر ليونة".

في مخالفته من تحطيم لفكرة القانون"<sup>1</sup>، ولذلك يعتبرها **Ripert** من "قواعد الصياغة الجوهرية" نظرا لصعوبة رسم الخط الفاصل بين السیادات المختلفة للقوانين<sup>2</sup>، واعتبرها دستور فرنسا لسنة 1793 طغيانا وجريمة يعاقب عليها القانون<sup>3</sup>.

وتبعاً لذلك فقد جعل المشرع الجزائري هذا المبدأ يندرج ضمن الأحكام العامة للقانون، ونص عليه في المادة الثانية من قانون المدني، والتي نصت على: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي"<sup>4</sup>، ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لا حق ينص صراحة على هذا الإلغاء"، ثم دستره في المجال الضريبي بالنص في المادة 02/78 على: "لا يجوز إحداث أي ضريبة أو جباية أو رسم أو أي حق بأثر رجعي"<sup>5</sup>.

وبالعودة للقرارات القضائية نجد أنها أعلت هذا المبدأ وأرخته لينبسط على كل المجالات ففي المجال المالي رفض المجلس الأعلى تطبيق المادة 49 من قانون المالية لسنة 1983 على نشاط تجاري تمت ممارسته في سنة 1989<sup>6</sup>، وعدّ ذلك خرقاً للقانون، ورفض في الشق الأسري تطبيق قانون الأسرة الصادر بتاريخ 19 جوان 1984 على دعوى رفعت قبل صدوره<sup>7</sup>، كما رفضت المحكمة العليا التطبيق الرجعي للمادة من القانون 11\_90 المعدلة والمتممة بالأمر 21\_96 على تسريح واقع سنة 1986<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> سمير تاغو، النظرية العامة للقانون، ص 656.

<sup>2</sup> George Ripert, op. cite, p 322.

<sup>3</sup> Article 14 de constitution Française de 24 juin 1793 dit: La loi qui punirait les délits commis avant qu'elle existât serait une tyrannie ; l'effet rétroactif donné à la loi serait un crime, voir <https://cutt.us/YO5bB>, consulté 23/08/2020, 15:29.

<sup>4</sup> رغم أن هذا القانون طبق بأثر رجعي بموجب المادة 1003 التي جعلت 05 جويلية 1975 تاريخاً مرجعياً لسريانه، ونفس الملاحظة للمادة 28 من الأمر 74\_75 المتعلق بالمسح العقاري، إذ صدر القانون في نوفمبر 1975، وطبق بأثر رجعي من 05 جويلية 1975.

<sup>5</sup> أمر رقم 97\_76 المؤرخ 22 نوفمبر 1976، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 94، الصادر 24 نوفمبر 1976.

<sup>6</sup> المجلس الأعلى، غ أ ش ، ملف رقم: 54717، قرار بتاريخ: 1987/11/21، مجلة المحكمة العليا، العدد: 04، 1990، ص 182.

<sup>7</sup> المجلس الأعلى، غرفة شؤون الأحوال الشخصية، ملف رقم: 44507، قرار بتاريخ: 1987/02/23، مجلة المحكمة العليا العدد: 03، 1992، ص 69-71.

<sup>8</sup> المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم: 457378، قرار بتاريخ: 2008/04/09، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2008.

ولم يَجِدْ مجلس الدولة عن هذا المسار إذ جاء في قرار له "لا تأثير لنص قانوني جديد على رخصة بناء مسلمة وفق مقتضيات نص قانوني سليم"<sup>1</sup>، كما جاء في قرار آخر للغرفة الإدارية أن "القرارات الإدارية لا يمكن أن يكون لها أثر رجعي ولا تمحي الآثار الناتجة عما سبقها من قرارات موازية"<sup>2</sup>، وتصدى في قرار آخر للأثر الرجعي للتعليمية رقم 01 الصادرة عن رئيس الحكومة المؤرخة 2005/05/18 والتي جمد فيها القانون المتعلق بحق الانتفاع والتعليمية المنظمة له إذ تم إعمالها بأثر رجعي على عقود توثيقية تتضمن تنازلاً عن حق الانتفاع محررة بتاريخ 20 ماي و20 جويلية 2002، وجاء في هذا القرار:

"حيث أن مجلس الدولة يرى أنه طبقاً للمبدأ العام العالمي الذي كرسه المشرع في نص المادة 02 من القانون المدني الصادر بالأمر... والتي جاءت صريحة بقولها لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي، ولا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء.

وحيث أن عقد التنازل عن حق الانتفاع المتنازع في عدم إشهاره حرره الموثق (سوالي عبد الرحمن) بتاريخ 20 ماي و20 جويلية من سنة 2002، وقام الموثق بتسجيله بإرادة التسجيل والطابع بتاريخ 2002/08/06 تحت رقم 09268، وذلك في ظل سريان قانون التنازل عن حق الانتفاع رقم 19/87، وفي ظل سريان كذلك التعليمية الوزارية رقم 07 المؤرخة في 2002/01/15 المتضمنة كيفية تطبيق أحكام القانون رقم 19/87 ومن ثم فإن اعتراض مدير الحفظ العقاري لولاية البلدية عن إشهار عقد التنازل عن حق الانتفاع الصادر بتاريخ 20 ماي و20 جويلية هو امتناع تعسفي مما يجعل دعوى المستأنف مؤسسة".

والمأمل لهذا القرار سيجد أن التعليمية الصادرة عن رئيس الحكومة مارست انتهاكا مزدوجا الأول يتعلق بتجميد قانون بتعليمية مما يخرق المعيارية التراتبية لأنواع القانون، والثاني هو إعمالها بأثر رجعي لرفض إشهار حقوق انتفاع، وهو ما جعل مجلس الدولة يتصدى لها مستحضرا مبدأ عدم رجعية القوانين

<sup>1</sup> مجلس الدولة، القرار رقم 078902 المؤرخ 2013/01/31، متاح على الرابط:

<sup>2</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 53721، قرار بتاريخ: 1989/09/20، مجلة المحكمة العليا العدد: 03، 1990، ص

الذي وصفه بالعالمي<sup>1</sup>، وأوجب تأسيساً على ذلك وجوبية شهر هذا الحق من طرف المحافظ العقاري وإلا أُعتبرَ متعسفاً.

## (02) الفلسفة الحديثة لعدم رجعية القوانين:

تقوم هذه الفلسفة على معالجة القصور الذي يشوب الفلسفة القديمة، فهي ترى أن عدم رجعية القوانين لا يقتصر على إعدام آثار القانون الجديد على الماضي بل تقتضي إيجاد فترة زمنية بين نشر القوانين وبين دخولها حيز النفاذ، وسميت هذه الفترة بالفترة الانتقالية، والتي تخضع للأحكام الانتقالية للقوانين.

وتعرف هذه الأحكام بأنها مجموعة القواعد القانونية المؤقتة التي تعمل على ضمان الانتقال من إطار قانوني إلى آخر، ومن نظام قانوني إلى آخر في أحسن الظروف الممكنة مما يجعلها بمثابة الجسر بينهما<sup>2</sup>، متوخية في ذلك تطبيق المُستجَدِّ والمُستَحْدَثِ دون المساس أو التصادم مع المُستَقَرِّ والمُكْتَسَبِ، ويمكن تمييز نوعين من هذه الأحكام:

(أ) **الأحكام الانتقالية المحددة:** والتي تحدد بشكل دقيق الإطار الزمني الذي تدخل فيه القوانين الجديدة حيز النفاذ، على أن تكون مدة معقولة فلا هي قصيرة تنتفي معها غاية توسيع العلم به، ولا هي طويلة ينتفي معها الأثر الفوري له، وتحدد المدة تبعاً لمدى جذرية التغيير فمثلاً في الاتحاد الأوروبي هناك فترة 20 يوم لتدخل القاعدة حيز التنفيذ<sup>3</sup>، أما في الجزائر فقد وصلت هذه المدة لسنة كاملة عند استحداث قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذلك في التعديل الدستوري لسنة 2020.

(ب) **الأحكام الانتقالية المفتوحة:** وهي التي تعوزها الدقة في تحديد النقطة الزمنية التي يطبق فيها القانون الجديد، وتجعله واقفاً على شرط إصدار النصوص التطبيقية أو آليات معينة، مما يخرج هذه

<sup>1</sup> ومما يؤكد الصبغة العالمية للمبدأ: الفصل 06 من الدستور المغربي التي تنص: "تعتبر دستورية القواعد القانونية، وتراتبيتها، ووجوب نشرها مبادئ ملزمة، وليس للقانون أثر رجعي" ينظر: ظهير شريف رقم 91.11.1 الصادر 29 يوليو 2011، ج ر م عدد 5964 مكرر، الصادرة 30 يوليو 2011، كما تنص المادة 56 من الدستور السوري "لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يكون لها أثر رجعي"، وكذلك المادة الأولى الفقرة التاسعة من دستور الولايات المتحدة.  
<sup>2</sup> محمد مخلوفي، "الأحكام الدستورية الانتقالية لاستمرارية السلطة التشريعية في النظام الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد: 03، العدد 03، 2018، (ص ص: 323\_340)، ص 324، 325.

<sup>3</sup> The Article 297 TFEU say: "Legislative acts shall be published in the Official Journal of the European Union. They shall enter into force on the **date specified** in them or, in the absence thereof, on **the twentieth** day following that of their publication." <https://cutt.us/OJH1n>



الأحكام عن مبتغاها إذ تتحول هذه النصوص التطبيقية إلى آلية تعطيلية تحول دون التطبيق الفعلي للنص، وقد كان لمجلس الدولة الجزائري موقف صريح من هذا الأمر إذ جاء في أحد قراراته: "إن كل قانون أو نص تنظيمي يطبق وجوباً من حيث المبدأ عند نشره إذا كانت مقتضياته كافية التحديد والوضوح بحيث يكون في إمكان السلطات المختصة اتخاذ تدابير هذا القانون فوراً، ولا يكون التأخر في دخوله حيز التطبيق مبرراً إلا في حالة صدور النصوص التطبيقية في أجل معقول"<sup>1</sup>، بل ورتبت مسؤولية عدم الالتزام بإصدار المراسيم التطبيقية في وقت معقول، إذ جاء في نفس القرار "متى نص القانون على إصدار النصوص التنظيمية لتطبيقها تتحمل الإدارة مسؤولية عدم إصدارها في آجال معقولة"<sup>2</sup>

وتكمن العلاقة بين الأمن القانون وبين عدم رجعية القوانين في أن رجعية القوانين تحول دون إمكانية التنبؤ، والذي يقوم عادة على تقييم العواقب المترتبة عن تقييم إجراء معين في ظل القوانين السارية، ولهذا فحظر رجعية القوانين، والقرارات، والتوجيهات، وتطبيقها بأثر فوري يساهم في ضمان تحقق التوقعات المشروعة، والأمن القانوني وعدم إرباكها بإخضاعها لقوانين لم تكن سارية أثناء مباشرة هذه الأنشطة<sup>3</sup>، ولذلك يرى الفقيه لاسال (Lassalle) "أن الأثر الرجعي هو بمثابة موت للأمن القانوني"<sup>4</sup>.

وقد كرس قرار للمحكمة الدستورية البلجيكية العلاقة بينهما حينما نص على أن: "عدم رجعية القوانين هو ضمان يهدف إلى منع عدم اليقين القانوني [...] ولا يمكن تبرير الأثر الرجعي إلا عندما يكون ضرورياً لتحقيق هدف المصلحة العامة"<sup>5</sup>، وهو ما يبرر تدخل المشرع لإعمال هذا الأثر<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> مجلس الدولة، قرار رقم 110437، بتاريخ 2016/07/21، مجلة مجلس الدولة، العدد 14، 2016، ص 117.

<sup>2</sup> ولابد من القول هنا أن المسودة الأولية لدستور 2020، والتي عرضت للنقاش كانت تحتوي بين ثناياها حلولاً لهذا الأمر إذ نصت في المادة 03/148 على: "ترفق عند الاقتضاء مشاريع القوانين لتسجيلها في جدول أعمال الدورة بمشاريع النصوص التنظيمية التطبيقية، ينظر: المشروع التمهيدي لتعديل الدستور، ماي 2020.

<sup>3</sup> Judgment of the court (grand chamber), 25 juin 2005, Dansk Rørindustri and all v commission of the European Communities, EU 2005/408, para 202,213,219,220, and Judgment of the court of First Instance (Third Chamber) of 27 September 2006, Avcher Daniels Midland Co v commission of the European Communities, EU 2006/272, para 41.

<sup>4</sup> Arrigo CAVAGLIERI, "La notion des Droits acquis et son application en droit international public", Traduit de l'italien par Raoul Genêt, *la Revue générale de Droit international*, 1931, (pp: 257\_296), p 257.

<sup>5</sup> Cour constitutionnelle belge, l'arrêt n° 16/2016 du 3 février 2016, b12/01, [https://www.etaamb.be/fr/document\\_n2016200866.html](https://www.etaamb.be/fr/document_n2016200866.html), consulté: 10/09/2021.

(ثانياً): احترام الحقوق المكتسبة: والذي سنوضحه من خلال بيان مفهومه وتحديد أسسه.

### (01) مفهوم الحقوق المكتسبة:

يعتبر مبدأ احترام الحقوق المكتسبة من أهم المبادئ التي يتشكل منها الأمن القانوني، والذي ينسجم مع مبادئ العقل العام والخاص، ويجسد قاعدة أساسية لقانون الأمم<sup>2</sup>، والذي تعود أصوله للقانون الروماني الذي يمايز بين ثلاثة أنواع من الحقائق<sup>3</sup>، وهي الحقائق المستقبلية التي تعد الإطار الحيوي الذي يُطبَّق عليه القانون، والحقائق السابقة والحقائق المعقدة (الحالية)، والتي تخرج من إطار القانون الجديد، ونحتفظ بكل مكتسب من القوانين القديمة.

وقد كانت محاولات لضبط تعريف دقيق لهذا المفهوم الذي جاء به الفقيه الفرنسي Pillet، وقد عرفه هذا الأخير بأنه: "الحق المُستَنَفَّذ لتأثيره، وذلك لكونه نشئ مراعيًا لشروطه القانونية، ولذلك يصفه بأنه الحق الكامل المرتب لآثاره"، كما يعرفه في موضع آخر بأنه "الآلية التي تعزز المواقف الرهنة تقادياً لتضارب الأنظمة القانونية"<sup>4</sup>، كما تعرف أيضاً بأنها: "الحقوق الناتجة وفقاً للمعايير القانونية ومبادئ العدالة مما يجعلها وسيلة لحماية الفرد من التدخل التعسفي للدولة، والذي قد ينتج عنه تغيير سلبي في وضعه القانوني، وبالتالي تقويض حقوقه"<sup>5</sup>

وهي المواصفات التي أوجدت نفسها في تعريف مجلس الدولة الفرنسي بأنه: "الحق الذي ينشأ عن طريق قرارات إدارية فردية نهائية، ومشروعة"<sup>6</sup>، وبأنه: "الحق الناشئ عن التصرف القانوني الذي ينشئ مراكز قانونية"<sup>7</sup>، فالحق كي يكون مكتسباً لا بد من أن ينشئ وفق طريقة مشروعة تراعى فيها جميع الشروط الموضوعية والشكلية، ويستلزم أن تكون الطريقة التي تشكل منها نهائية غير قابلة لأي شكل من أشكال الطعن أو الاستئناف.

<sup>1</sup> Cour constitutionnelle belge, l'arrêt n° 49/2010 du 29 avril 2010, b 07, [https://www.etaamb.be/fr/loi\\_n2010202901.html](https://www.etaamb.be/fr/loi_n2010202901.html), consulté: 10/09/2021.

<sup>2</sup> Arrigo CAVAGLIERI, op. cite, p 259.

<sup>3</sup> Pierre-André Côté, "le juge et les droits acquis en droit public canadien", *Les Cahiers de droit*, Vol: 30, N°02, 1989, (pp: 359\_439), p 367.

<sup>4</sup> Pataut ETIENNE, *le renouveau de la théorie des droit acquis*, in: *Droit international privé, travaux du comité française de droit international privé, 18e année, 2006-2008. 2009*, p 72,75.

<sup>5</sup> Tuleja PIOTR, Wojtycek KRZYSTOF, "la protection des droits acquis élément constitutif de l'État de droit? Remarques sur la jurisprudence constitutionnelle polonaise", *Revue internationale de droit comparé*, Vol: 47 N°3, 1995, (pp: 737\_762), p 744-745, 754.

<sup>6</sup> حمدي عويس، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في القانون الإداري، ط 01، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص 11.

<sup>7</sup> المرجع نفسه، ص 12.

وبناء على ما سلف بيانه يمكن القول إن إعمال المبدأ يحتاج لتوفر شروط معينة يمكن إجمالها في:

### (أ) المشروعية:

ونعني به أن يكون الحق المكتسب نتيجة لعمل شرعي وقانوني، ولذلك فإن القرارات غير الشرعية التي تنشأ حقوقاً هي قرارات قابلة للسحب، وهو ما تضمنته قرارات القضاء الإداري فقد جاء في قرار: "متى أصدرت السلطة الإدارية قراراً فردياً، أكسب المعنى حقوقاً بمجرد التوقيع عليه (ولا يهم إن كانت منشورة أم لا، مبلغة أو منفذة)، فإن سحب هذا القرار لا يجوز إلا إذا كان مشوباً بعيب عدم الشرعية، ومن ثم فإن القرار الإداري الذي أبطل القرار الفردي الصحيح المكتسب للحقوق يعد مشوباً بعيب تجاوز السلطة"<sup>1</sup>، وفي قرار آخر جاء فيه: "من المستقر عليه قضاء أن القرار الإداري الذي ينشأ حقوقاً يستوجب لسحبه أن يتم ذلك قبل انقضاء مهلة الطعن القضائي، ويعد بعد ذلك إجراء غير قانونياً، إلا أن الاجتهاد القضائي يجيز استثناء من هذه القاعدة الخاصة بالقرارات غير الشرعية"<sup>2</sup>.

ولكن اشتراط المشروعية يعني أن أي حق كان نتيجة لقرار غير مشروع سيبقى قابلاً للطعن مدى الحياة، وهو ما يتنافى وقاعدة استقرار المراكز القانونية<sup>3</sup>، ولذلك فإن احترام المكتسبة لا يقتصر على الحقوق المشروعة بل يمتد ليصل إلى حماية المواقف القانونية الفردية الراسخة بمنع الطعن أو الإلغاء إلى أجل غير مسمى، فلا بد من توفير حماية قانونية نهائية لها بمجرد انتهاء صلاحية سبل الانتصاف القانونية أو استنفادها، فهو إذا يرتبط بتحديد فترات التقادم المعقولة، والاحترام الصارم للأمر المقضي فيه، والقرارات القانونية النهائية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم 51535، قرار بتاريخ 16/05/1987، المجلة القضائية، العدد 03، 1990، ص 191.

<sup>2</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم 104779، قرار بتاريخ 19/12/1993، المجلة القضائية، العدد 03، 1993، ص 206.

<sup>3</sup> ولذلك ميز مجلس الدولة الفرنسي بين حالتين فإذا كان القرار مشروعاً فإنه يجب سحبه في غضون أربعة أشهر، وإن كان غير مشروع وجب سحبه خلال مدة أقصاها عشر سنوات، ينظر:

*CEF, Sect. 6 mars 2009, Coulibaly, n° 306084*

<sup>4</sup>*Pablo Martín RODRÍGUEZ, the principle of legal certainty and the limits to the applicability of EU Law, Colloque 10 Septembre 2015, les principes généraux du droit de l' Union européenne 50<sup>e</sup> anniversaire, in CDE, N° 01, 2016, p 119.*

وهو ما تبنته المحكمة الأوروبية بنصها على: " إن الأمن القانوني وباعتباره أحد المبادئ العامة التي يعترف بها قانون المجتمع، فإن نهائية القرار بمجرد الحصول عليه سواء بانتهاء المهل الزمنية المعقولة لسبل الانتصاف القانونية، أو عن طريق استنفاد سبل الانتصاف يساهم في تحقيق الأمن القانوني، وهو ما يترتب عليه عدم وضع الهيئات الإدارية تحت التزام مفاده إعادة قرار إداري أصبح نهائياً وفقاً لهذه الطريقة"<sup>1</sup>.

ولم يحد مجلس الدولة الجزائرية عن هذا المسلك إذ جاء في أحد قراراته: "متى كانت صحة مقرر إلغاء المقرر الإداري الفردي المنشئ للحقوق تتوقف على إصداره خلال أربعة أشهر المفتوح للطعن القضائي ضده وتأسيسه على أسباب جدية، فإن المقرر المتضمن إلغاء مقرر إعانة الدولة لفائدة مواطن والصادر بعد مرور مهلة الطعن القضائي المحددة قانوناً ودون أي تسبب يمس بالحقوق المكتسبة، ولذا يعد مشوب بعيب التعسف ومعرض للإبطال"<sup>2</sup>.

وهو ما أكد عليه في قرار آخر جاء فيه: "من المبادئ العامة للقانون أن نظام قابلية الطعون الرامية إلى إبطال العقود المنشئة للحقوق يخضع لرفعها في الآجال المعقولة، فإن الطعن بإلغاء عقد توثيقي مسجل ومشهر بعد فوات أكثر من خمسة وأربعين سنة أي بعد مرور مدة تجاوزت أقصى آجال التقادم المحدد في القوانين السارية حالياً، وكذا في تلك التي كانت تطبق وقت انعقاد البيع وشهره يعد غير مقبول لوروده بعد انقضاء الآجال المعقولة"<sup>3</sup>، وذلك في رفضه لدعوى رفعت في 29 جوان 2009 طلبت إبطال عقد مسجل ومشهر بتاريخ 15 و 23 جوان 1964 معللاً ذلك بعدم معقولية إعادة الخوض في وضعية مستقرة، وحقوقا مكتسبة للمشتري منذ 45 سنة لا سيما أن الجهة الطاعنة (إدارة أملاك الدولة) لم تقدم أي سبب مشروع يبرر سكوتها وعدم إثارتها مخالفة العقد للقانون المحتج به، وهو ما يتوافق مع مقتضيات المنطق القانوني إذ من غير المعقول إبقاء مدة الطعن مفتوحة لأن في ذلك تمحض للإضرار بالوضعيات المستقرة.

<sup>1</sup> C.J.U.E, 13 January 2004, *Kühn & Heitz NV and Productschap voor Pluimvee en Eieren*, Case C-435/00, para 24, C.J.U.E, 16 Décembre 1976, *op. cit.*

<sup>2</sup> مجلس الدولة، قرار رقم 056947 المؤرخ: 2010/10/28، مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012، ص ص 105\_106.

<sup>3</sup> مجلس الدولة، قرار رقم 063457 المؤرخ: 2012/07/30، مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012، ص ص 80\_82.

(ب) وجود ممارسة فعلية للحق<sup>1</sup>:

تعتبر الممارسة الفعلية للحق قرينة على وجوده، ووجب القول هنا أن الفعل قد يجد مصدره في التصرفات القانونية، كما قد يجدها في الوقائع المادية، وكلاهما جدير بالحماية:

فبالنسبة للتصرفات القانونية: فتتمثل في الأوضاع المترتبة عن القانون والقرارات الإدارية والقضائية، ولذلك يذهب مجلس الدولة إلى حماية هذه الأوضاع فقد جاء في قرار له: "متى ثبت أن التصرف القانوني المنشئ للحق ما يزال قائماً، ومنتجا لآثاره القانونية، ولم يطعن فيه بالإلغاء فإن الحقوق الناتجة عنه جديرة بالحماية القانونية"<sup>2</sup>، وذلك رداً على رفض المحافظة العقارية بغرداية لتسليم دفتر عقاري للمستأنف عليهم الذين يملكون عقد شهرة مؤرخ في 1989/11/06، ومشهر بالمحافظة العقارية بغرداية بتاريخ 1990/10/13، ومرد الرفض هنا هو أن عقد الشهرة وارد على ملكية للدولة، والتي يحظر فيها التقادم، غير أن مجلس الدولة رفض هذا الطرح لكون المحافظة أبدت موافقتها برفقة البلدية دون اعتراض منهما، مما يتعين معه استحالة استعادتها من خطئها، كما أن عدم وجود أي منازعة في هذا العقد يجعل معه هذا الأخير عقداً قائماً ومنتجا لآثاره القانونية، ورتب على ذلك جعل طلبهم في تسليمهم دفترًا عقارياً طلباً مؤسساً وجديراً بالحماية.

وتبعاً لذلك يحظر إبطال قرارات الإدارية التي رتبت حقوقاً للأفراد وتحويلها للغير، فقد جاء قرار للقضاء الإداري ينص على: "من المقرر قانوناً أن القرار الإداري الذي يبطل قرار إداري سابق أكسب حقوقاً لشخص ما يعد مخالفاً لمبدأ أسبقية القرارات الإدارية والحقوق المكتسبة"<sup>3</sup>.

وهو نفس ما كرسه المجلس الأعلى (المحكمة العليا سابقاً) مع القرارات الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه، ومما جاء في قراره: "إن صيرورة الحكم القضائي نهائياً وحيازته لقوة الشيء المقضي به تكسب من صدر لصالحه حقوقاً تصبح ثابتة، ويكرسها القانون بحمايته لها، ولا يجوز للإدارة اتخاذ أي إجراء

<sup>1</sup> Francis ROY, "du certificat de localisation et de la reconnaissance des droits acquis en matière d'urbanisme: la portée professionnelle de l'arpenteur-géomètre", *Revue du notariat*, 108(2), Vol: 108, N°02, 2006, (pp: 225\_271), p 236.

<sup>2</sup> مجلس الدولة، قرار رقم: 065728 المؤرخ: 2012/01/26، وزارة المالية ضد (غ.إ)، متاح على موقع مجلس الدولة:

<sup>3</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 55061، قرار بتاريخ: 1988/11/05، المجلة القضائية، العدد: 04، 1991، ص

من شأنه المساس بها أو التقليل منها"<sup>1</sup>، وهو نفس ما ذهبت له غرفة الأحوال الشخصية لنفس المجلس إذ جاء في أحد قراراتها: "من المقرر قانوناً أن الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت من حقوق، ومن ثمة فالحكم بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون"<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للوقائع المادية: فهي كذلك مصدر للحقوق المكتسبة من خلال إتاحة مكناات تتيح حمايتها من أي اعتداء، ومثاله الحيابة، ، ولذلك نجد المحكمة العليا قد نصت في أحد قراراتها على: "والثابت من اجتهاد المحكمة العليا أن الحيابة الهادئة تمنح حقوقاً مكتسبة للطرف المتواجد على الأرض محل النزاع، وبالتالي فإن القضاة عندما استبعدوا جرم التعدي على الملكية العقارية على أساس عدم وجود ما يثبت أن الشاكي هو المالك الحقيقي لهذا العقار \_وهي مسألة يرجع الفصل فيها إلى الجهات القضائية المختصة\_ يكونون قد خالفوا مقتضيات المادة 386 من قانون العقوبات مما يعرض القرار المطعون فيه إلى البطلان"، وهو ما يبين بوضوح أنه لا يجب إقامة أي مميابة في احترام الحقوق المكتسبة سواء كان مصدرها القانون أو الواقع، والغاية من ذلك هي تفعيل المحافظة على الأوضاع القانونية والواقعية<sup>3</sup>.

## (02) أساس لفكرة الحقوق المكتسبة: تقوم هذه الفكرة على مجموعة من الأسس، ومنها:

(أ) احترام التنبؤات المتعلقة بالقانون: تجد فكرة الحقوق المكتسبة أساسها في احترام التنبؤات الخاصة بالأفراد؛ لأنهم وهم يباشرون أعمالاً محددة فإن توقعاتهم تكون استناداً لقانون ساري المفعول أو قرار موقع أو وقائع مادية كما أسلفنا أعلاه، ولذلك يجب عدم المساس بهذه التنبؤات<sup>4</sup>، لعدم تضليل التوقعات التي تشكلت على أساس القوانين السابقة، وبالتالي عدم المساس بأمان هذه الحقوق<sup>5</sup>.

(ب) صيانة الحقوق: إذ تتوخى هذه الآلية ممارسة أثر حمائي للحقوق، ولكنها صيانة معلقة على ضوابط تخضعها لعملية تقييم لصلاحيتها في الحماية من عدمها، كما أنها قد ترفع عنها هذه الحماية في

<sup>1</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 37578، قرار بتاريخ: 1985/11/23، المجلة القضائية، العدد: 02، 1989، ص 199.

<sup>2</sup> المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 52269، قرار بتاريخ: 1988/12/19، المجلة القضائية، العدد: 01، 1991، ص 68.

<sup>3</sup> Pataut ETIENNE, *op. cit*, p 79.

<sup>4</sup> يمثل القانون أحد أهم العناصر التقديرية التي يراعيها المستثمر في اتخاذ قراره الاستثماري، وهو ما يعني وعياً إدراكياً يكون القانون يمثل قيمة يجب مراعاتها في النشاطات الاقتصادية مثل تكاليف اليد العاملة أو الضرائب، ولذلك تسعى العديد من الدول للحفاظ على استقرارها القانوني لتحسين جاذبيتها الاقتصادية، للمزيد ينظر: بلخير محمد آيت عودية، مرجع سابق، ص ص 48-61.

<sup>5</sup> Pierre-André Côté, *op. cit*, p 376.

حال تعارضها مع مصلحة دستورية عامة<sup>1</sup>، ومثال ذلك الملكية فرغم كونها حقوق مكتسبة جديرة بالحماية إلا أنه يمكن ممارسات آليات عديدة لنزعها من مالكيها عن طريق الاستيلاء أو عن طريق نزع الملكية.

(ج) **عدم انتهاك ثقة المواطنين بالدولة:** إذ أن الحفاظ على الحقوق التي أُكْتُسِبَت في ظل نظام قانوني قائم يجسد صورة لمصادقية الدولة والسلطات العامة في علاقتها مع الأفراد، وأي انتهاك لهذه الحالة سيكون له تأثير سلبي على الضمير القانوني للمواطنين، والذين سيكفون عن احترام القوانين مادامت لا تشكل مصدرا أكيدا لحقوقهم<sup>2</sup>.

ولاحترام الحقوق المكتسبة علاقة تفاعلية مع الأمن القانوني يمكن لنا أن نستنتجها بممارسة عملية استقرائية للقرارات القضائية الجزائية والمقارنة، فقد جاء في قرار للقضاء الإداري: أن المساس بالحقوق الثابتة (المكتسبة) يتصادم مع فكرة استقرار المراكز القانونية<sup>3</sup>، وهو ما أكده في قرار آخر جاء في فحواه: "تتحصن القرارات الإدارية المرتبة حقوقا للغير، وغير صادرة بناء على غش أو تدليس في مواجهة الإدارة بعد مرور آجال الطعن القانونية إعمالا لقاعدة حماية الحقوق المكتسبة، والمحافظة على استقرار المعاملات الخاصة والعامة"<sup>4</sup>، وتتجلى العلاقة في قرار ثالث نص منته على: "ولكن حيث أنه من المبادئ العامة للقانون، ومن المستقر عليه فقها وقضاء أن قاعدة سريان آجال الطعن بإبطال المقرر الإداري الفردي انطلقا من تاريخ تبليغه الشخصي الضامنة لحقوق المواطن اتجاه الإدارة لا تنطبق بعد فوات الآجال المعقولة بالنظر إلى أن توازن المصالح يدعو أيضا إلى الحفاظ على الأمن القانوني للمقررات الإدارية وتفادي منازعة مدى مشروعيتها في وقت جد متأخر"<sup>5</sup>، وذلك في إطار تأييده لقرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء تيارت الراضة لدعوى رامية إلى إبطال مقرر إداري صادر في 1992/10/21.

<sup>1</sup> Francis ROY, op. cite, p 356 Pierre-André Côté, op. cit, 378, 392. Arrigo CAVAGLIERI, op. cite, p267, Tuleja PIOTR, Wojtycek KRZYSTOF, op. cit, p 745

<sup>2</sup> Tuleja PIOTR, Wojtycek KRZYSTOF, p 750.

<sup>3</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم 37578، سبق ذكره، ص 199.

<sup>4</sup> مجلس الدولة، قرار رقم 072515 المؤرخ: 2012/12/27، التعاونية العقارية المسماة (ل) ضد والي ولاية الجزائر ومن معه، متاح على موقع مجلس الدولة:

<sup>5</sup> مجلس الدولة، قرار رقم 072133 المؤرخ: 2014/01/09، (م.ي) ضد والي ولاية تيارت، سبق ذكره.

وهو نفس مسار المجلس الدستوري الفرنسي إذ نص في قرار له على أنه: "يجوز للمشرع في أي وقت، وفي مجال اختصاصه تعديل النصوص السابقة أو إلغائها أو استبدالها، ولكن ذلك لا يصوغ له انتهاك الضمانات الدستورية لا سيما المساس بالحالات والوضعيات المكتسبة قانوناً، أو المساس بالآثار المبنية على التوقعات المشروعة المستندة للنصوص السارية قبل الإلغاء أو التعديل"<sup>1</sup>، وذلك لكون على حد تعبير المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان فكرة الحقوق المكتسبة تخدم مصالح الأمن القانوني<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: المرتكزات الحزئية

تتمثل المرتكزات الحزئية للأمن القانوني في كل من البناء المنطقي سواء تعلق الأمر بالقواعد القانونية أو القرارات القضائية باعتبارهما خطاباً للمكلف بالخضوع لهما فلا بد أن يكون البناء منطقياً ليكون مستساغ التنفيذ، وأما الركيزة الثانية فهي الصياغة القانونية كإحدى التظاهرات التي يمكن أن يتجلى المنطق فيها.

#### (أولاً) البناء المنطقي:

إن القانون يمثل المؤسسة الكلية التي تتدرج تحتها العلاقات القانونية<sup>3</sup>، إذ يشكل استجابة منطقية لها، وذلك على المستوى الإنشائي إذ أن أولى الدلالات المنطقية للقاعدة القانونية أن تتشكل عند الحاجة لها فقط، باعتبارها سلسلة من التحولات المستمرة، والتي تخضع لقاعدة الضرورة المرتبطة بالظروف المجتمعية<sup>4</sup>، والمعبرة عن روح الشعب، وأي خروج عن هذا التصور سيجعل منها قانوناً مصطنعاً، وهو الذي تنبئ به جوستينيان إذ تقوم فلسفته على أن: "التشريع الذي تقيمه عوامل المجتمع هو الصالح للبقاء، أما التشريع الذي تخلقه عوامل مصطنعة، أو نزوة من نزوات المشرع فسيعتبره الفساد، ويكون مآله الزوال"<sup>5</sup>.

وقوام البناء المنطقي للقانون هو مجموع الحقائق الواجب استيعابها<sup>6</sup> على المستويين الشبكي والتراتبى، إذ أنه يجب أن تكون ثمة رباط منطقي بين قواعد القانون الواحد، وبين مجموع القوانين التي

<sup>1</sup> CCF, DC n° 2019-796 du 27/12/2019, (JORF) n° 296, de 2019, paragraphe 29.

<sup>2</sup> <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/cedh-7-fevrier-2013-fabris-contre-france-req-n16574-08/>

<sup>3</sup> مونتسكيو، المرجع السابق، ص 50، جان جاك روسو، المرجع السابق، ص 58.

<sup>4</sup> M. F. C. de Savigny, op. cite, p 17.

<sup>5</sup> عمر ممدوح، مرجع سابق، ص 05، مونتسكيو، ترجمة: عادل زعيتير، روح الشرائع، ص 999.

<sup>6</sup> Jaap Hage, "The (Onto)logical Structure of Law: A Conceptual Toolkit for Legislators", *Studies on the Theory and Practice of Legislation*, Vol: 02, 2015, (pp: 03\_48), p 5, 9.



يتشكل منها النظام القانوني لئلا يقع تصادم فيما بينها يحول دون تطبيقها، ولذلك ترى محكمة الدستورية العليا المصرية "وحيث إن السياسة الجنائية الرشيدة يتعين أن تقوم على عناصر متجانسة، فإن قامت على عناصر متنافرة نجم عن ذلك افتقاد الصلة بين النصوص ومراميها، بحيث لا تكون مؤدية إلى تحقيق الغاية المقصودة منها لإعدام الرابطة المنطقية بينها؛ تقديراً بأن الأصل في النصوص التشريعية - في الدولة القانونية - هو ارتباطها عقلاً بأهدافها، باعتبار أن أي تنظيم تشريعي ليس مقصوداً لذاته، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق تلك الأهداف"<sup>1</sup>، فتحليل هذا القرار يُمكننا من القول أن الرابطة المنطقية بين القوانين هي أساس تحقيق الأهداف التشريعية التي جاءت هذه القوانين لتحقيقها.

ولعل السبب المباشر لاختلال البنيان المنطقي هي ظاهرة الاستيراد التشريعي كمقدمة للزرع القانوني، وذلك دونما تكييف للقوانين المُستوردة مع البيئة القانونية المراد تضمينه فيها<sup>2</sup>؛ مما يجعل القانون يتشكل منفرداً عن صبغته الاجتماعية فيكون بذلك منفصلاً عن الحوادث والمستجدات التي يعالجها، فيتحول إلى مصدر لعدم اليقين لافتقاد رابطة المقبولية المفترض وجودها بينه وبين المجتمع، فيدخل في مجموعة من التعديلات المتتالية، والتي قد تأتي دون إنضاج حقيقي مما يعمق الهوة بين القانون والمجتمع.

وتفادياً لذلك اقترح الفقيه الفرنسي فرانسوا جيني<sup>3</sup> مجموعة من الحقائق الواجب مراعاتها، وتسهيلاً لذلك صنفها لحقائق واقعية تعبر عن حال المجتمع الذي تنشأ فيه، كما يشمل الحقائق التاريخية بشقيها<sup>4</sup> المتصل بالتشريع كالقوانين القديمة والأعمال التحضيرية، وكذلك الحقائق التاريخية المنفصلة عنه والمتمثلة في مجموع الظروف والمبررات السياسية والاقتصادية التي ساهمت في بلورة التشريع، والحقيقة التاريخية محل اعتبار عند تفسير القضاة للنص أثناء تطبيقه على النزاع، وقد تبنت المحكمة العليا ذلك صراحة في قرار لها جاء فيه: "

1 المحكمة الدستورية العليا "المصرية"، الدعوى رقم 114 لسنة 21 قضائية، جلسة 02 يونيو 2001.

<sup>2</sup> M. F. C. de Savigny, *op. cit*, p 40.

<sup>3</sup> راجع في ذلك: عبد الرزاق السنهوري و أحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق، ص ص71\_74، سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ص292\_294.

<sup>4</sup> وهو تقسيم للفقيه الفرنسي هوريو، ينظر في تفصيل ذلك:

Maurice Hauriou, "L'Histoire externe du droit", *revue critique de l'élégislation et de jurisprudence*, 1884, (pp: 05\_15), p 06, 10.

"ممتابعة التطور التاريخي للمادة 423 ق.ع يثبت باليقين أن كلمة (صك) دخلت على النص العربي خطأ وأن الأصوب هو كلمة (ملحق) كما وردت في النص الفرنسي بدليل أن أصل المادة كما شرعت لأول مرة بالأمر 47/75 المؤرخ في 17/06/1975 يتحدث عن إبرام صفقة أو اتفاقية، وعند تعديل المادة بالقانون 04/82 المؤرخ 13/02/1982 تسربت كلمة (صك) خطأ لنص المادة بالعربية، وهي كلمة لا تعطي معنى (الملحق) المنسجمة مع ما قبلها، وما يؤكد هذا المعنى هو المادة 02/423 ق.ع التي أضيفت لأول مرة بنفس القانون، وجاءت صياغتها متطابقة بالفرنسية والعربية من حيث الترجمة باستعمال كلمة (ملحق)، وهو ما يجعل كلمة (الصك) الواردة في المادة 423 الفقرة الأولى ق.ع في غير محلها والصحيح قراءة الكلمة كما وردت في النص باللغة الفرنسية وهو (الملحق)<sup>1</sup>.

فرغم ورود النص أعلاه في سياق المفاضلة بين النص العربي والنص الفرنسي إلا أن إيراد مصطلح التطور التاريخي قرينة على استحضار المحكمة العليا للحقائق التاريخية للنص عند تفسيره، ولكن جودة البناء القانوني في شقيه الإنشائي والتفسيري لا تبلغ الجودة إلا من خلال إدماج الحقائق العقلية باعتبارها الأسس الثابتة التي ينبنى عليها القانون، ويخضع مجموع هذه الحقائق للحقيقة المثالية باعتبارها الموجه للمشرع لكونها تمثل المثل التي يخضع لها المخاطب والمخاطب بالقانون.

وبناء على ذلك فالقانون يتولى بناء الهياكل التجريدية العامة على أن يتولى القاضي تطبيقها وتطويعها مع المستجدات استناداً للمنطق القضائي باعتباره يمثل الاستنتاجات العقلية التي يصل لها القاضي<sup>2</sup> حين ينقل القاعدة القانونية من إطارها الساكن إلى إطارها الحي<sup>3</sup>، فإن حادت عن ذلك حق للمتضرر طلب إلغاء القرار؛ وهو ما جعل علة الافتقار لمنطق سليم منطلقاً لإلغاء العديد من القرارات القضائية، فقد ألغى **القضاء العراقي** قرار أقر بتحقيق ملكية شخص لعقار منح له على أساس أنه معتقل سياسي، وذلك لعدم تحقق هذه الصفة إلا بعد عشرة سنوات<sup>4</sup>، والمتأمل لهذا القرار سيجد مصيباً إذ لا يعقل تحقق الأثر قبل تحقق الشرط، وهو ما جعل القضاء الإداري يحرك العديد من النظريات التي تحول دون تعسف السلطة التقديرية للإدارة من بينها نظرية الخطأ الظاهر، والذي يمثل وجود خطأ بين في

<sup>1</sup> المحكمة العليا، ملف رقم: 238463، قرار بتاريخ: 14/03/2000، المجلة القضائية، العدد 01، 2001، ص 309-313.

<sup>2</sup> François Gény, *op. cit*, pp 83, 84.

<sup>3</sup> Jaap Hage, *op. cit*, p13, 14 et Maurice Hauriou, *op.cit*, p 12.

<sup>4</sup> محكمة التمييز الاتحادية العراقية، الهيئة الاستئنافية عقار، قرار مدني رقم 3735، المؤرخ: 28/08/2019، <https://www.hjc.iq/qview.2467>، تم الإطلاع بتاريخ: 2022/08/31.

التقدير يتسم بالوضوح الجلي حتى لغير المتخصصين، أو هو الخطأ الفاحش حتى في تقدير الجهلاء أو الإنكار الخطير للمنطق وحسن الإدارة للإدارة عند مباشرتها لمهامها<sup>1</sup>.

كما ألغى القضاء المصري بدوره مجموعة من القرارات التي أثبتت فيها الافتقاد لرابط تلازم منطقي بين النتيجة والعناصر المبنية عليها بسبب عدم صلاحيتها أو بسبب خلل في الاستخلاص السليم<sup>2</sup>، كما جاء في مبدأ صريح لها: "إن أسباب الحكم تعتبر مشوبة بالفساد في الاستدلال إذا انطوت على عيب يمس سلامة الاستنباط ويكشف عن الانحراف عن المنطق السليم في الاستدلال أو بالمخالفة لأصوله وضوابطه ويتحقق ذلك إذا بنت حكمها على واقعة استخلصتها من دليل غير صالح للاستدلال به سواء من الناحية القانونية لبطلانه أو من الناحية الموضوعية لأنه لا يؤدي إلى ما استخلصته منه"<sup>3</sup>.

أما القضاء الدستوري الألماني فقد جعل من المنطق مرتكزا حقيقيا للبناء القانوني والقضائي، ففي الشق الأول يرى أن الحكومة قد اتخذت لنفسها نظاما منطقيًا لا ينتهك مبدأ المساواة في المجال الضريبي<sup>4</sup>، كما بينت أن المنطق التشاركي يخدم تسيير المرافق العامة حينما أجازت فرض رسوم على طلاب الجامعات لتكون موردا يثبت مساهمتهم في هذا التسيير<sup>5</sup>.

أما في الشق الثاني فقد أسس لمبدأ عام قوامه أن تحقيق الانتصاف القضائي المعياري لا يقوم إلا على هُدى منطق سليم<sup>6</sup>، فتوصلت في قرار لها على رفض الاستنتاج الذي توصلت له إحدى المحاكم، والمتمثل في أن صفة الأصم للشخص لم تكن لتمنعه من تعلم اللغة الألمانية إذ رأت المحكمة الدستورية أن هذا الاستنتاج غير واقعي ومفتقر للمنطق، لتحكم له في نهاية المطاف بتعويض قدره 25.000 يورو تعويضا عن النفقات المبذولة في دعاويه المنظورة على مستوى القضاء<sup>7</sup>.

وتأسيسا على هذا المنطلق فقد كان انحراف القرارات عن المنطق أساسا لدفع المعارضين عليه، ففي قرار أول دفع صاحبه أن رفض الصندوق العقاري لعملية شراءه لبرج عقاري بجوار مطار برلين رغم

<sup>1</sup> سامي جمال الدين، مرجع سابق، ص 338.

<sup>2</sup> ينظر: محكمة النقض المصرية: دوائر الإيجارات، الطعن رقم 1157 لسنة: 76 قضائية، جلسة 2021/03/20، الدوائر المدنية، الطعن رقم 6002 لسنة: 70 قضائية، جلسة: 2020/06/20، الدوائر التجارية، الطعن رقم 4384 لسنة: 80 قضائية، جلسة: 2020/02/05.

<sup>3</sup> محكمة النقض المصرية: الدوائر المدنية، الطعن رقم 4384 لسنة: 70 قضائية، جلسة: 2021/01/24.

<sup>4</sup> CCFA, 2 BvR 2683/11, 29. September 2015, para 12.

<sup>5</sup> CCFA, 2 BvL 51/06, 06. November 2012, para 39.

<sup>6</sup> CCFA, 1 BvR 864/03, 08. Januar 2004, para 08.

<sup>7</sup> CCFA, 1 BvR 444/13, 24. Juli 2013, para 04.

عدم وجود مشتري آخر هو مجافاة للمنطق التجاري<sup>1</sup>، أما في الثاني فقد دفع صاحبه بعدم منطقية التي توصل لها الحكم النهائي لمحكمة هيرسبروك (*Hersbruck*) المحلية (مقاطعة بافاريا)، والمتمثلة في عدم جواز الجمع بين دعويي الإخلاء وطلب دفع المستحقات الناتجة عن بدل الإيجار غير المسدد أين رأت هذه المحكمة أن الحكم المتضمن لهذه النتيجة تعوزه المقبولية المنطقية لخروجه عن القواعد القانونية المقررة، والسوابق القضائية المستقرة في هذه المسألة<sup>2</sup>.

### (ثانيا) الصياغة القانونية:

تمثل اللغة الأداة التي يُعبر بها الشخص عن أفكاره وبنائه المنطقية<sup>3</sup>، مما يجعلها تُشكّل في مجموعها خطاباً يُعبر عن نية أصحابه، وتشكل القابلية لاستيعاب المفاهيم والاتفاق على معانيها مؤشراً لقياس وضوح الخطاب، وصمام أمان لتسيير المنازعات وفق إطارها السليم، ولا يتجلى ذلك إلا من خلال الصناعة التشريعية القائمة على الصياغة، وتأسيساً على ذلك يمكن معالجة هذه الجزئية على النحو التالي:

### (01) مفهوم الصياغة القانونية:

تعرف بأنها: "مجموعة الإجراءات والوسائل والقواعد المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية بطريقة تسمح باستيعاب وقائع الحياة في قوالب تشريعية لتحقيق الغرض الذي تنشده السياسة القانونية"<sup>4</sup>، مما يجعل منها الأداة الوسيطة بين الصانع والمتلقي، وهناك من يعرفها بكونها الآلية التي تسمح ببلورة الحلول الوقائية السامحة بضبط المراكز القانونية، ومنع المنازعات لكونها تمارس عملية استقرائية للواقع مما يسمح بالتنبؤ بهذه المشاكل، وإيجاد القواعد التي تحال دون وقوعها، والمطبقة في حال وقوعها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> CCFA, 1 BvR 1081/15, 21. Dezember 2016, para 04, 05.

<sup>2</sup> CCFA, 1 BvR 2874/04, 14. Dezember 2005, para 16, 28.

<sup>3</sup> فالتفكير القانوني بشكل عام (تشريعي، قضائي، فقهي) إنما يقوم على جانبيين فالأول تحليلي قائم على المنطق، والثاني بلاغي (خطابي) قائم على اللغة فلا يستقيم حينئذ أي تفكير ما لم يحقق جودة هذين الجانبين معاً، ينظر في ذلك:

*Fadila Taleb, L'argumentation judiciaire à travers le prisme des scénarios modaux: application pour une aide à l'interprétation des décisions de justice, Spécialité: Sciences du Langage - Linguistique. Normandie Université, France, 2019, p 92.*

<sup>4</sup> ليث كمال نصرأوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة أثرها على الإصلاح القانوني، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون...أداة للإصلاح والتطوير)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة: 05، العدد: 02، ج: 01، 2017، (ص ص: 381\_442)، ص 386.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص 386، و أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، المرجع السابق، ص 67.

كما يمكن تعريفها بأنها: "أداة للتعبير عن الأفكار التشريعية لتصبح واقعا يتم التعامل معه بصورة مكتوبة، مما يجعل منها عنصرا جوهريا لتشكيل القاعدة القانونية"<sup>1</sup>، وهو ما يعني أن الصياغة تقوم على ثلاثية المشرع باعتباره الفاعل القانوني الذي يملك صلاحية وضع التشريع<sup>2</sup>، وكذلك المخاطب بالتشريع باعتباره المعني بتطبيقه، ويمثل الفعل القانوني هو الرابطة الممتدة بينهما باعتبارها تحمل شحنة خطابية تفيد دلالات خطابية معينة<sup>3</sup>.

**والفاعل القانوني** يشمل المشرع كما يشمل كل الهيئات التي يمكن لها المساهمة في ترقية الخطاب التشريعي، ففي الجزائر مثلا تتعاقد مجموعة من المؤسسات لتحقيق جودة الصياغة التشريعية فنجد **المجلس الدستوري**، والذي ينص على النقل الأمين للمصطلحات<sup>4</sup> وتقادي المصطلحات الغامضة لما في ذلك من تأثير على تطبيق النصوص<sup>5</sup>، كما نجده ينص على أن تحقيق القابلية للوصول الذي يعتبر أولى موجبات الأمن القانوني عند المحكمة الدستورية الجزائرية<sup>6</sup>.

كما نجد **مجلس الدولة**: فالمادة 136<sup>7</sup> من نظامه الداخلي تنص صراحة على أن الرأي الذي يعده المجلس بمناسبة نظره في مشاريع القوانين والأوامر يتيح له اقتراح جميع التعديلات التي يراها ضرورية لا سيما ما تعلق منها بمطابقتها للدستور والاتفاقيات الدولية المصادق عليها والنصوص السارية المفعول، وكذا ملائمة النص، وصياغته من خلال التأكد من انسجامه وصحة المصطلحات المستعملة فيه، فتأكد من مطابقة النصوص هو درء للتناقض بينها، وبسط نظره في المصطلحات، هو تجسيد وضمن فعلي لقابلية الوصول التي أقرها الدستور والمجلس الدستوري.

<sup>1</sup> أوراك حورية، المرجع السابق، ص 126.

<sup>2</sup> محمد أحمد شحاتة حسين، **الصياغة القانونية لغة وفن**، ط 02، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2017، ص 241

<sup>3</sup> وهو مصطلح للفقير الفرنسي جبرار كورني، ينظر، عز الدين الناجح، **الحجاج في الخطاب القانوني**، سلسلة أضواء، دار بوجميل للنشر، تونس، 2012، ص 44.

<sup>4</sup> وهو الذي جعل المجلس الدستوري يرفض بسط الرأي الاستشاري لمجلس الدولة على المراسيم الرئاسية والتنفيذية لكون ذلك تعد على مقتضى النص الدستوري رأي رقم 06/ ر ق د/ م.د/ 98 المؤرخ في 19 مايو المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي رقم 01\_98 المؤرخ 30 ماي 1998، **والمعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه**، ج ر عدد 37، الصادر 01 جوان 1998

<sup>5</sup> نفسه

<sup>6</sup> قرار رقم 02/ق.م.د/ ر م ج/ المؤرخ 10 ماي 2022 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 01\_98 المؤرخ 30 ماي 1998، **والمعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور**، ج ر عدد 41، الصادر 16 جوان 2022.

<sup>7</sup> **النظام الداخلي لمجلس الدولة المصادق عليه من طرف مكتب مجلس الدولة بتاريخ 19 سبتمبر 2019**، الجريدة الرسمية عدد 66 لسنة 2019.

ويدعمهم في ذلك اللجنة الوطنية للتشريع، والتي أسند المرسوم المستحدث لها مجموعة من الصلاحيات، ومنها إبداء رأيها في<sup>1</sup>:

- ✓ التقنين، والتنظيم الصوابي للعمل فيما يخص وضع النصوص ودراساتها.
  - ✓ ضبط النصوص والنشر الدوري للوثائق التي يجري ضبطها.
  - ✓ تكييف النصوص التنظيمية مع التشريع الجديد وكذا التشريع القديم مع أهداف التنمية الوطنية، والمصالح الوطنية.
  - ✓ البت في كل مشكل من حيث الموضوع والشكل بقصد إنجاز تشريع وتنظيم منسقين.
- وهذه الفواعل المتدخلة في عملية الصياغة تؤسس لإيجاد فعل قانوني<sup>2</sup> ضمن التشريع، والذي يمثل الغاية التي يسعى المشرع من النص تطبيقها، وهو ما يستوجب الوعي الكامل بذلك لئلا يختل بناء النص<sup>3</sup>، وهذا الفعل قد يكون أمر، ويتم التعبير عنه بالمصطلحات التالية (يجب، ينبغي، يستلزم..)، كما قد يكون نفياً، أو امتيازاً مثل الصياغة الواردة في نص المادة 827 ق م، والتي تقضي أن كل من حاز عقاراً أو منقولاً لمدة 15 سنة أصبح مالكا له، وغيرها من الأدلة التي يستعصي حصرها.
- وتأسيساً على ذلك فهذه الأفعال تحمل لشحنة الخطابية ذات دلالة قانونية<sup>4</sup>، والتي يجب أن تتسم بالدقة المتناهية، فلا يمكن للقانون أن يتخلى عن هذه الصبغة إذ "يشكل ميداناً لتجسيد الانضباط الخطابي"<sup>5</sup>، فلا يجب للمصطلح أن يحمل أكثر من دلالة لما في ذلك من تأثير على تلقي الخطاب واستيعابه، وهو ما يمكن الاصطلاح عليه بالصياغة الجامدة<sup>6</sup>، والتي تتبنى حلولاً ثابتة لجميع الوقائع مهما اختلفت الظروف والمناسبات، ومثالها عدم إعمال التقادم في الأملاك العامة، وأما إذا كانت تتضمن حلولاً متحركة تسمح بالاستجابة لمختلف الفرضيات فتصبح حينها الصياغة مرنة، ومثاله القواعد المتعلقة بالضرر وتحديد التعويض الناتج عنه، ومكمن الفرق بينهما أن الأول يطبقه القاضي دونما إعمال منه لسلطته التقديرية على خلاف الثاني، والذي يعد فضاء خصباً لإعمال هذه السلطة.

<sup>1</sup> المرسوم رقم 147\_73 المؤرخ 10 غشت 1973، المتضمن لإحداث اللجنة الوطنية للتشريع، ج ر عدد 71، الصادر 31 غشت 1973.

<sup>2</sup> ليث كمال نصرأوين، المرجع السابق، ص 398.

<sup>3</sup> محمد أحمد شحاتة حسين، المرجع السابق، ص 244.

<sup>4</sup> *La charge juridique.*

<sup>5</sup> *le droit est la discipline rhétorique par excellence Fadila Taleb, op. cit, p 78.*

<sup>6</sup> ليث كمال نصرأوين، المرجع السابق، ص 393-395.

## (02) ضوابط الصياغة:

إن الصياغة باعتبارها أداة التواصل بين الجهة التشريعية ومجموع المكلفين بتطبيقه يستوجب إخضاعه لمجموعة من الفنيات، والتي تتفرع على النحو التالي:

## (أ) الوصول للقوانين:

والذي يشكل الجانب المادي للولوج للقانون، وذلك بإتاحة الوصول للقانون<sup>1</sup> من خلال تحديد موقع نشره، إذ أنه لا مجال للحديث عن سيادة القوانين في بيئة يتعذر فيها الوصول لقوانينها<sup>2</sup>، والإطلاع عليها، فسهولة الوصول تبعاً لذلك تشكل ضماناً لفعالية ممارسة الحقوق، وأداء الالتزامات، القابلية للوصول والتي يمكن أن تشمل القانون وكذا خلفية إصدار القانون<sup>3</sup>، والذي لا يتحقق إلا من خلال تقديم المذكرة الإيضاحية، والتي يستلزم شمولها للمعلومات العامة للقانون، كما يجب أن تحدد ارتباطه مع غيره من القوانين، وتحديد الهدف المراد تحقيقه.. كما يجب أن تكون ثمة مذكرة تفسيرية لشرح مختلف المواد لا سيما إن كان يحتوي القانون على تغييرات جذرية.

وتدعيماً لهذا الاتجاه، وتحقيقاً لفكرة الصدق في النقاش البرلماني<sup>4</sup>، فقد تم اقتراح مشروع قانون دستوري في فرنسا من خلال استكمال المادة 20 من الدستور بهدف إتاحة نشر الآراء الممنوحة للحكومة في سبيل إعداد قوانينها، والتي تشمل آراء مجلس الدولة باعتبار ذلك من الضوابط الإجرائية التي تحكم سن التشريعات (مشاريع القوانين والأوامر) باعتباره مستشاراً للحكومة، وكذلك آراء الهيئات الأخرى، على أن تنشر فقط ما لم يعلن أن نشرها من شأنه أن يقوض الأمن العام أو يمس المصالح الإستراتيجية للدفاع<sup>5</sup>.

## (ب) وضوح القوانين:

<sup>1</sup> توماس هوبز، المرجع السابق، ص 187.

<sup>2</sup> Roseline MARILLER, "la sécurité juridique un concept européen multiforme", *revue du notariat, Canada*, vol: 110, N°02, 2008, p 471.

<sup>3</sup> ليث نصرأوين، المرجع السابق، ص 405\_409.

<sup>4</sup> "Des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire", CCF, *Décision n° 2021-823 DC du 13 août 2021*.

<sup>5</sup> L'article 20 de la Constitution est complété par un alinéa ainsi rédigé : *Sauf lorsque leur publication est susceptible de porter atteinte à la sécurité ou à la défense nationale, les avis que le Gouvernement est tenu de solliciter préalablement au dépôt d'un projet de loi ou d'ordonnance ou à l'adoption d'un texte à valeur réglementaire sont rendus publics dans des conditions fixées par une loi organique, Sénat, session ordinaire de 2020-2021, Jean Louis MASSON Proposition de loi constitutionnelle N° 570 Enregistré à la Présidence du Sénat le 12 mai 2021 tendant à rendre publics les avis donnés au Gouvernement sur les projets de loi, d'ordonnance et de décret, voir: <http://www.senat.fr/leg/ppl20-570.html>.*

وأما وضوح القوانين فهي الشق المعنوي للولوج<sup>1</sup>، والركيزة الأساسية للأمن القانونية، من خلال وجوب تبني لغة قانونية كاملة، ومؤكدة، وبسيطة، وجيدة الصياغة<sup>2</sup>، لإدراك مرادها، وفهم مقتضاها<sup>3</sup>، وقد ذهبت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في أحد أحكامها<sup>4</sup> إلى رفض إطلاق صفة القانون على تلك القواعد الغامضة، وغير المتسمة بالوضوح، والتي تحول دون إمكانية ترتيب المخاطبين بها لأوضاعهم وفقاً لأحكامها، واعتبرت في ذلك مساساً بالأمن القانوني<sup>5</sup>.

ويجدر التنويه أن الوضوح والوصول للقانون هي أهداف ذات قيمة دستورية في اجتهاد المجلس الدستوري الفرنسي<sup>6</sup> من خلال اعتماد أحكام دقيقة بما فيه الكفاية وصيغ لا لبس فيها<sup>7</sup>، مما يكفل حماية المخاطبين بالقانون من أي تفسير مخالف للدستور أو من خطر التعسف، دون أن تحيل للسلطات الإدارية أو القضائية مهمة تحديد القواعد التي أوكل الدستور تحديدها إلى القانون فقط<sup>8</sup>، وقد كان الوضوح محل محاولة دسترة في سويسرا من خلال جمع التوقيعات بغية استحداث مادة تجعل من لكل مواطن الحق في قوانين مفهومة وتطبيقها البسيط وغير البيروقراطي والفعال، وكذا المعالجة السريعة والبسيطة وغير البيروقراطية لقضاياها من قبل الإدارات والمحاكم<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> ينظر في ذلك: مونتيكيو، ترجمة: عادل زعيتير، **روح الشرائع**، المرجع السابق، ص 999.

<sup>2</sup> Francois Tulkens, *"la sécurité juridique: un idéal à reconsidérer"*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol 24, N° 01, 1990, pp25-42,

<sup>3</sup> للمزيد انظر رفعت عيد السيد، المرجع السابق، ص ص 155-184،

<sup>4</sup> CED, 26 Avril 1979, case of Sunday Times V. the United Kingdom, n° 6538/74.

<sup>5</sup> CED.H., arrêt Baranowski c. Pologne, 28 mars 2000, n° 28358/95, para 52.

<sup>6</sup> وهي تستمد قوتها الدستورية لاستمدادها من المواد 04 و 05 و 06 و 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن التي تنص على:

**المادة 4:** كل الناس أحرار والحرية هي إباحة كل عمل لا يضر أحداً، ووضع هذه الحدود منوطاً بالقانون دون سواه.

**المادة 5:** ليس للقانون حق في أن يحرم شيئاً إلا إذا كان من شأنه أن يلحق ضرراً بالمجتمع، وكل ما لا يجرمه القانون يكون مباحاً.

**المادة 6:** يشكل القانون إرادة الجمهور، فلكل واحد من الجمهور أن يشترك في وضعه سواء كان ذلك الاشتراك بنفسه أو بواسطة نائب عنه، ويجب أن يكون هذا القانون واحداً للجميع، أي أن الجميع متساوون لديه، ولكل واحد منهم الحق في الوظائف والرتب بحسب استعداده ومقدرته ولا يجوز أن يُفضل رجل على رجل في هذا الصدد إلا بفضيلته ومعارفه.

**المادة 16:** كل هيئة لا تكون فيها حقوق الأفراد مضمونة ضماناً فعلية بواسطة السلطة العمومية ولا تكون فيها السلطة التشريعية (أي البرلمان) والسلطة التنفيذية (أي الحكومة) منفصلتين الواحدة عن الأخرى انفصلاً تاماً تكون هيئة غير دستورية.

<sup>7</sup> CCF, Décision n° 2022-840 DC du 30 juillet 2022, para 03 et 05, CCF, Décision n° 2022-992 QPC du 13 mai 2022, para 02, CCF, Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, para 13, CCF, Décision n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, para 27, CCF, Décision n° 2011-645 DC du 28 décembre 2011, para 07.

<sup>8</sup> CCF, Décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021, para 16.

<sup>9</sup> "La Constitution est modifiée comme suit:



وتأسيسا على ما سبق فالأمن القانوني يستند لمجموعة من المرتكزات التي تتبع من سيادة القانون باعتباره أهم المبادئ المشكّلة لدولة القانون، وهذه المرتكزات تحولت لمؤشرات فرعية تسمح بقياس مدى الخضوع للأمن القانوني، وهو ما يستوجب قياسه من خلال دراسته من إطاره التجريدي العام إلى إطاره التطبيقي الخاص، وهو ما سنتناوله في الفصل الثاني على مستوى التشريع العقاري.

---

*Art. 9a Exécution non bureaucratique de la législation (nouveau)*

*Toute personne a droit:*

*a/ à des lois compréhensibles et à leur application simple, non bureaucratique et efficace.*

*b/ au traitement rapide, simple et non bureaucratique de ses affaires par les administrations et les tribunaux". Consulter: 20/08/2022 <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis394t.html>.*

## الفصل الثاني: حيوية التشريعات العقارية

تقوم الأوطان على الإنسان والعمران، وعلى التفاعل الدائم بينهما، مما يجعل التشريعات العقارية في حيوية دائمة بغية إيجاد قواعد تحقق مقاصد البشر في توظيف العقارات واستثمارها، وهو ما يحتم تدخل العديد من الهيئات في ذلك سواء على المستوى التشريعي أو الإداري أو القضائي لتفعيل الحقوق وحمايتها، لكن ذلك يرتب آثارا تجعل الهدف ينحرف عن مساره لا سيما من خلال التضخم التشريعي والتناقض القضائي الذي يجعل الحقوق في دينامية دائمة مما يفوت استثمارها في صناعة التنمية الشاملة.

وبغية الإحاطة بمظاهر حيوية التشريعات العقارية سنتناول هذا

الفصل وفق التفريع التالي:

- ❖ المبحث الأول: خصوصية التشريع العقاري
- ❖ المبحث الثاني: أثر حيوية التشريع العقاري

## المبحث الأول: خصوصية التشريعات العقارية

إن تشعب الأمور والميادين التي يحكمها التشريع جعل هذا الأخير يسير نحو التخصص من خلال تقسيمه على أساس معيار المواضيع المُعالَجة، والتي يجسد العقار أهمها، ومن هنا جاء التشريع العقاري ليتشكل من مجموع القواعد القانونية التي تختص بضبط المسائل العقارية سواء تعلق الأمر بجانبها الموضوعي أو الإجرائي، وهو ما يُكسبها طابعاً يميزها عن غيرها من القوانين لا سيما من حيث تعقيدها (المطلب الأول)، أو من حيث تداخلها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: التعقيد

يمثل التعقيد<sup>1</sup> سمة جوهرية للتشريعات العقارية، وتتجلى في صورتين أساسيتين هما التعقيد المصدري نظراً لتنوع المصادر التي يستقي منه المشرع تشريعه (الفرع الأول)، وفي التعقيد اللغوي الناتج عن ثنائية اللغة التحريرية للقانون (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: التعقيد المصدري

إن من المميزات التي تصطبغ بها التشريعات الجزائرية ومثيلاتها من تشريعات الأمم الإسلامية\_ التي رزأت بنير الاستعمار، هو ازدواجيتها من حيث المصادر التي تستقي منها وجودها، فمنها ما استلهم من الشريعة الإسلامية الغراء، باعتبارها دين الدولة، ومنبعا لتشريعاتها، ومنها ما أُخذَ من التشريعات الوضعية، وذلك كنتيجة طبيعية لامتداد الاستعماري، وللاستمداد الذاتي الناتج عن استيراد التشريعات الجاهزة وزرعها ضمن منظومتها الوطنية.

### (أولاً) المصدرية الشرعية:

ويقصد بها مجموع الأحكام والقواعد التي استنبطت وأُخذت من الشريعة الإسلامية، سواء بطريقة صريح النصوص القانونية، أو التي توصل لها القضاء من خلال تطبيق القواعد العامة التي تحيل القضاء لمبادئ أو أحكام الشريعة عند تعذر إيجاد الحل في النصوص القانونية، وهو ما يقتضي تقدير فعلية هذا المصدر، والوقوف على عوائق تكريسه بشكل موسع في المنظومة القانونية.

### (01) تقدير فعلية الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع العقاري:

<sup>1</sup> وتعقيد القوانين هو المنطلق الأول لصدور تقارير مجلس الدولة الفرنسي بل أن تقرير 2006 أشار صراحة في عنوانه "الأمن القانوني وتعقيدات القانون"، كما أشار لنقيضه وهو التبسيط سنة 2016، وقواعد المنطق تقتضي أن خلف التبسيط تعقيداً.

مما يتميز به القاضي في المدرسة اللاتينية أنه مُلزم بإعمال النص كأصل عام على أن يعمل المصادر الاحتياطية متى افتقر النص لحل، ومن هذه المصادر مبادئ (أحكام) الشريعة الإسلامية مما يستوجب معه توضيح ذلك.

### (أ) النصوص المُفَعَّلة:

إن النصوص المُفَعَّلة للفقهاء الإسلامي في المسائل العقارية نجدها بشكل أساسي في القانون المدني، وقانون الأسرة نتيجة الإحالة الدائمة له من القانون المدني، فأما في **القانون المدني** فنجد فيه إشارة لمسائل التركة والتصرفات التبرعية إذ تنص المادتان 774، و775 ق م تباعا على: "تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة، وتحديد أنصبتهم في الميراث، وعلى انتقال أموال التركة"<sup>1</sup>، و"يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها"، وكذلك الأحكام المتعلقة بمرض الموت، والتي كيفها المشرع على أساس أنها وصية وبالتالي يخضع لنفس أحكامها<sup>2</sup>.

ولكن حري بنا القول أن المشرع قد نقل مضامين الأحكام المتعلقة بمرض الموت نقلا مُحَوَّرًا<sup>3</sup>، وذلك يستدعي وضع الأمور ضمن مسارها الصحيح، وتبيان مكان الخلل فيها، فالمشرع قد وافق السادة الحنفية في غاية إقرارهم لهذه الأحكام وهي حماية الورثة من إهدار التركة، ولكنه خالفهم التكليف إذ أنهم يوصفونها على أنها من حالات عوارض الأهلية، ويصنفونه تبعا لذلك ضمن العوارض السماوية، فيصبح المريض مرض الموت عليه في حكم المحجور عليه، وهو ما لا نجد له أثرا في سياق القانون المدني، ولا قانون الأسرة إذ أن تعدادهم لعوارض الأهلية قد حصروها ضمن أربعة حالات لا يمكن الخروج عنها، وهي الجنون والسفه، والعتة، وذو الغفلة.

أما بالنسبة للتصرفات التبرعية فتجد أنها مستنبطة من الفقه الإسلامي ومضمنة في **قانون الأسرة** ففي الوقف قد أقر القضاء للواقف "بالأخذ في وقفه بالشروط المعمول بها في أي مذهب من المذاهب

<sup>1</sup> بينت محكمة النقض المصرية أن هذه القاعدة متطابقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما يجعلها تخرج عن القواعد العامة المقررة في الشهر العقاري، ينظر في ذلك: محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 13603 لسنة 84 قضائية، جلسة: 2018/06/13، طعن رقم 6511 لسنة 85 قضائية، جلسة: 2018/08/05.

<sup>2</sup> تنص المادة 776 من القانون المدني على: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت هذه التسمية التي تعطى لهذا التصرف".

<sup>3</sup> يعتبر الأستاذ شوقي بناسي أن أحكام مرض الموت تمثل نظاما غريبا عن مبادئ القانون المدني، ينظر مقاله، "الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني: شعار دون أثر قانوني (الالتزامات نموذجاً)"، حوليات جامعة الجزائر 01، العدد 31، ج 02، 2017، (ص ص: 304\_342)، ص 314-315.

الإسلامية<sup>1</sup>، لأن المشرع الجزائري عند نظمه للوقف لم يتبنى الوقف المالكى السائد في الجزائر إنما أخذ بكل المذاهب المعتمدة، وهو ما سيؤثر على استقرار الاجتهاد القضائي في المادة الوقفية.

كما تعتبر الهبة أيضا من المسائل المستلهمة من الشريعة الإسلامية فتعريفها بأنها: "تمليك بلا عوض"<sup>2</sup>، واشتراط الحوز فيها من الأحكام التي أقرها الفقه الإسلامي، وهو نفس ما نصت عليه المادة 206 من قانون الأسرة: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا أختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"<sup>3</sup>، وأكد عليها التوجه القضائي<sup>4</sup> بنصه على أن عدم إثبات الحيازة باعتبارها شرط لإتمام عقد الهبة فيه مخالفة للشريعة الإسلامية، غير أن ذلك لا يمنع من وجود استثناءات أقرتها المادة 208 أسرة، وهي في حال كون الواهب ولي الموهوب له<sup>5</sup> أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا إذ أن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة". وتكتملة لبنيان أحكام الهبة فقد نظم الفقه حالات اعتصار (استرجاع) الهبة<sup>6</sup>، وقصرها على الأب والأم دون أن يتعدى ذلك للغير، وحدد موانعها، وهي تقويت المال الموهوب من خلال التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات المادية أو القانونية بعوض كانت أو بغير عوض، وتتمثل الحالة الثانية في أن الهبة كانت لأجل النكاح، أما الحالة الثالثة فهي استغلالها في المداينة ضمانا وقضاء، وأما الحالة الرابعة

<sup>1</sup> المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 40589، قرار بتاريخ: 1986/02/24، المجلة القضائية، العدد: 01، 1989، ص 119.

<sup>2</sup> ينظر تعريف الشيخ خليل: "الهبة تمليك بلا عوض، ولثواب الآخرة"، خليل بن إسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل، تحقيق: عماد قدوري، دار قصر البخاري، الجزائر، 2012، ص 201،

<sup>3</sup> وقد حدد الفقهاء مجموعة من الموانع التي تبطل الهبة قبل الحوز، وهي: إحاطة الدين أي استغراقه لزمة الواهب، وكذلك الجنون أو مرض الموت لأن ذلك يجعلها في حكم الوصية، وكذلك في حال وهبها لشخص ثان قام بحيازتها فعلا مما ينقل الملك له، ينظر في ذلك: أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، منار السالك على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، دار الفضيحة، مصر 2012، ص 202، وكذلك خليل بن إسحاق المالكي، مرجع سابق، ص 201.

<sup>4</sup> المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 40457، قرار بتاريخ: 1986/04/21، المجلة القضائية العدد: 02، 1989، ص ص 72-74.

<sup>5</sup> وبالعودة للفقه الإسلامي نجد أن حيازة الأب عن ابنه القاصر تجوز بشرط أن يدفعها إليه عند بلوغه فإن لم يقبض حتى الموت فلا شيء له، وبالتالي يقسم الشيء الموهوب كجزء من التركة، ينظر: أبي عبد الله بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتقان والإحكام: شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لأبي بكر بن عاصم الأندلسي، تحقيق: محمد عبد السلام محمد سالم، ج 02، دار الحديث، القاهرة، 2011، ص 300.

<sup>6</sup> ينظر في ذلك: أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، مرجع سابق، ص 202، وكذلك: خليل بن إسحاق المالكي، مرجع سابق، ص 202-203، وكذلك: أبي عبد الله بن أحمد بن محمد الفاسي، المرجع السابق، ص ص 308-314.

هي عدم رجوع الأم عن الهبة لأبنتها في حال تيممه، والحالات الثلاث الأولى مجسدة في المادة 211 أسرة، أما الحالة الأخيرة فغير منصوص عليها.

وفي نفس السياق هناك العديد من النظريات ذات الخلفية الإسلامية، المتفرعة عن حديث للنبي صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"<sup>1</sup> ومنها التعسف في استعمال الحق التي استوى بنيانها، وضُبطت أركانها، وبُيّنَت صورها ومعاييرها في شتى مذاهب التشريع الإسلامي، مما يجسد القيمة المحورية التي يوليها الإسلام للموازنة بين الحقوق الذاتية للفرد، والحقوق الاجتماعية للمجتمع ووجوب الانتهاء عندها، وعدم تخطيها، وهو ما جعلها منبسطة الظل على كافة الحقوق والمجالات<sup>2</sup>، وهو ما نبهت له محكمة النقض المصرية بقولها أنه: "من المقرر في - قضاء محكمة النقض - أن النص في المادة الخامسة من القانون المدني على أن " يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية .... يدل على أن المشرع اعتبر نظرية إساءة استعمال الحق من المبادئ الأساسية التي تنظم نواحي وفروع القانون"<sup>3</sup>، وقد تبني المشرع الجزائري هذه المادة ضمن أحكام الفعل المستحق للتعويض، وبالضبط في المادة 124 مكرر ق.م.<sup>4</sup>

ومن بين هذه التأثيرات نجد كذلك مضار الجوار غير المألوفة، التي تجد ميدان إعمالها الخصب في علاقات الجوار، وهي ذات منبت إسلامي، وقد نصت محكمة النقض المصرية<sup>5</sup> صراحة على ذلك بنصها على: "مؤدى نص المادة 807 مدني يدل على أن المشرع أنشأ بهذا النص - الذي استلهمه من أحكام الشريعة الإسلامية - التزاماً مصدره المباشر القانون بين أركانه وحدد نطاقه ومداه، فرض بموجبه على الجار ألا يلحق بجاره ضرر يجاوز الحد المألوف"<sup>6</sup>، وقد نقلت للقانون المدني الجزائري

<sup>1</sup> يحي بن شرف النووي، الحديث رقم 32، الأربعين النووية، ط 04، دار السلام، مصر، 2007، ص 24، 25.

<sup>2</sup> فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط 04، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988، ص ص 07، 30، وينظر كذلك: مجيدي العربي، "دور الفقه المالكي في بناء وتأسيس معايير نظرية التعسف في استعمال الحق"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، 2019، (ص ص: 2030\_2055).

<sup>3</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 10904 لسنة 81 قضائية، جلسة: 2018/05/06.

<sup>4</sup> تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني على: يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

\_ إذا وقع بقصد الإضرار بالغير

\_ إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير

\_ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

<sup>5</sup> إن الاستدلال بقرار محكمة النقض المصرية يشكل مصدر استثناس لفهم القانون المدني المصري الذي يشكل مرجعية تاريخية لقانوننا المدني.

<sup>6</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم 6302 لسنة 74 قضائية، جلسة 2014/06/02.

بالمدة 691 مشوهة من خلال تكييفها على أساس أنها تعسف في استعمال الحق رغم تَمَازِيهِمَا، وهو ما سنبيّنه لاحقاً.

### (ب) الإحالة لمبادئ وأحكام الشريعة في حال غياب النص:

تنص المادة الأولى من القانون المدني<sup>1</sup> على: "وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية..."، والمادة 222 من قانون الأسرة التي تنص: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" ومعها المادة 02 من قانون الأوقاف التي تنص على: "على غرار كل مواد هذا القانون يُرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه".

وهو ما يعني أن القاضي حينما يعوزه النص عن الوصول لحل للوقائع المعروضة عليه فإنه يبحث في المنظومة الفقهية الإسلامية، والمنتجع لمسار المحكمة العليا سيجد أنها أرست للكثير من الحلول التي تفتقر لها النصوص، مستنبطة إياها من كتب الفقه عامة، ومصادر الفقه المالكي خاصة<sup>2</sup>، ومن المسائل

<sup>1</sup> ويقابل هذا النص في القوانين العربية: المادة الأولى من القانون المدني الإماراتي: "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها ولا مصاغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة، فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة"، قانون اتحادي رقم 05 لسنة 1985، الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ج 12، العدد 158، المؤرخ: 1985/12/29، أما القانون المدني الأردني فقد نصت المادة 02/02 على: "فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فن لم تجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية"، وهو نفس ما نص عليه المشرع العُماني: "تسري أحكام هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها ومعناها، ولم تنظمها قوانين خاصة، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون حكمت المحكمة بمقتضى أحكام الفقه الإسلامي، فإذا لم توجد بمقتضى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية..." ونص في المادة الثانية: "يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد الفقه الإسلامي وأصوله"، ينظر: مرسوم سلطاني رقم 2013/29، المتعلق بإصدار قانون المعاملات المدنية، الجريدة الرسمية العمانية، العدد 1012، المنشورة بتاريخ 12 ماي 2013، أما المشرع المصري فقد قدم العرف على مبادئ الشريعة الإسلامية.

<sup>2</sup> إن التدليل عليها في هذا المقام يهدف لتسهيل الاستعانة بها فيما بعد بغية الوصول لنظام قانوني عقاري متناسق في الجزائر، ومن بين هذه المراجع نجد:

**مختصر الشيخ خليل:** وهو من أشهر مصادر الفقه المالكي المعمول بها في بلاد المغرب العربي، ألفه العلامة خليل بن إسحاق المالكي المعروف بالجندي، المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 39463، قرار بتاريخ 10/02/1986، المجلة القضائية، العدد: 01، 1989، ص 117، وملف رقم 40438، قرار بتاريخ: 05/05/1986، المجلة القضائية العدد: 02، 1989، ص 76، وملف رقم 44058، قرار بتاريخ: 12/01/1987، المجلة القضائية العدد: 02، 1989، ص 97.

**تحفة ابن عاصم:** يشار لها بالتحفة لشهرتها أو بالتحفة العاصمية نسبة لصاحبها محمد بن عاصم، ومن شروحها: **البيهجة في شرح التحفة** لصاحبها: أبي الحسن علي بن عيد السلام التسولي، والتي تشكل أحد المصادر المعتمدة في اجتهادات المحكمة العليا، ينظر: المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 35912، قرار بتاريخ: 08/04/1985، المجلة القضائية العدد: 01، 1989، ص 90، وملف رقم: 34791، قرار بتاريخ: 19/11/1984، المجلة القضائية، العدد: 03، 1989، ص 77-79، وملف

التي ساهم القضاء فيها بحلول مستمدة من الفقه نجد مجال القواعد العامة للإثبات من خلال التفصيل في شروط الشهادة، وتحديد حالاتها، وكذلك في اليمين لا سيما في مسألة التخليط<sup>1</sup> بالمكان من خلال جعلها بالمسجد<sup>2</sup> والزمان من خلال جعلها بعد الصلاة أو يوم الجمعة.

### (02) عوائق تفعيل المصدرة الشرعية:

ومما سبق يمكن القول أنه رغم وجود بعض النظريات ذات الخلفية الإسلامية، غير أن الفقه الإسلامي ينحصر حضوره في ميدان الأحوال الشخصية دوناً عن باقي فروع القانون ويقف خلف ذلك عوائق يمكن حصرها في:

#### (أ) عدم دقة الإحالة في القانون المدني:

إن الملاحظ هو انبساط قواعد الفقه على الأحوال الشخصية، وهو ما قد يعتبر قرينة على الكفاية الذاتية للقوانين العقارية تحول دون التفعيل القضائي لهذه القواعد، والمقارن للمادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الثانية سيجد أنها تنص على العودة لمبادئ الشريعة الإسلامية على خلاف المادتين 222 أسرة، و02 أوقاف اللتان تحيلان لأحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه، وهو ما يقتضي تبيان الفرق بينهما بغية تحديد أثر ذلك على الاستمداد من القواعد الفقهية.

فمبادئ الشريعة تنصرف "لأصولها الكلية والتي لا خلاف في جوهرها بين المذاهب\_ دون حلولها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء<sup>3</sup>، وهو المقصود الذي تبناه المشرع المصري في المذكرات الإيضاحية المتعلقة بالقانون المدني<sup>4</sup>، رداً على اعتراض بعض

رقم: 41560، قرار بتاريخ: 1986/04/07، المجلة القضائية العدد: 02، 1989، ص 70، وملف رقم 33921، قرار بتاريخ: 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد: 04، 1989، ص 78.

الرسالة: وهي لأبي زيد القيرواني والمشهور بمالك الصغير، ينظر: المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 34438 قرار بتاريخ: 1984/09/24، المجلة القضائية، العدد: 01، 1990، ص 65.

المنتقى لأبي الوليد الباجي الأندلسي، ينظر: المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 692342، قرار بتاريخ: 2011/07/14، مجلة المحكمة العليا الجزائرية، العدد: 02، 2011، ص 302-307.

<sup>1</sup> برهان الدين أبي الوفاء ابن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، تخريج وتعليق جمال مرعشلي، ج 01، دار عالم الكتب، السعودية، 2003، ص 157.

<sup>2</sup> المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 41752، قرار بتاريخ: 1986/10/06، المجلة القضائية العدد: 02، 1989، ص 91.

<sup>3</sup> حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القسم الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، ب.س.ن، ص 299.

<sup>4</sup> وهو رأي الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بقوله: أن المادة تتكلم عن مبادئ الشريعة أي كلياتها التي ليست محل خلاف"، وهنا نعارض الأستاذ السنهوري رحمه الله إذ أن الحلول تجد مكانها في الفقه بتفريعاته، وليس في القواعد الكلية فقط، ينظر: الحكومة



أعضاء اللجنة اللذين رأوا: "أن الإحالة على مبادئ الشريعة دون التقيد بمبدأ معين يُحدث اضطراباً بين الأحكام لاختلاف المذاهب"<sup>1</sup>.

وعلى نقيض ذلك نجد أن محكمة النقض قد توسعت في المدلول بمناسبة تفسيرها للمادة الثانية (02) من الدستور بقولها أن: "إيراد الدستور لاصطلاح "مبادئ الشريعة الإسلامية" في إطلاقه يكشف عن أن مقصود المشرع الدستوري هو أن يجمع بهذا الاصطلاح بين مصادر الشريعة الإسلامية بدرجات القطعية في ثبوتها ودلالاتها وبين فقه الشريعة الإسلامية بتنوع مناهجه وثناء اجتهاداته و تباين نتائجه زماناً ومكاناً"<sup>2</sup>، كما بينت في حكم آخر القيد الذي يحول دون تفعيل هذه المادة بقولها أن: "المقرر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن النص في المادة الثانية من الدستور على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع ليس واجب الأعمال بذاته إنما هو دعوى للمشارع بأن تكون هذه الشريعة المصدر الرئيسي فيما يضعه من قوانين"<sup>3</sup>، وهو ما يعني أنه نص صوري<sup>4</sup> ما لم يقترن به تحرك فعلي من خلال تقنين الأحكام العقارية إقتداء بالتجربة المغربية.

أما في الجزائر فإنه ورغم عدم وجود قرار لتفسير هذا المصطلح فإن الراجح في رأبي هو المدلول الأول الذي يقصر المبادئ على الكليات، وحجة ذلك أن القانون المدني المصري يعتبر من

المصرية، وزارة العدل، القانون المدني: مجموعة الأعمال التحضيرية (الأحكام العامة: من المادة 01 إلى المادة 88)، ج 01، مطبعة دار الكتاب العربي، ب س ن، ص 191.

المرجع نفسه، ص 191.<sup>1</sup>

<sup>2</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 2315 لسنة 70 قضائية، جلسة: 2013/01/14.

<sup>3</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 5990 لسنة 77 قضائية، جلسة: 2015/05/10.

<sup>4</sup> وهنا يثور تساؤل محوري عن عدم استغلال الخزان الفقهي الإسلامي كمرتكز للاستقلال التشريعي رغم اعتراف المؤامرات الدولية بمزاياه، فقد جاء في القرار الأول الصادر عن مؤتمر الحقوق المقارنة بمدينة لاهاي في شهر أوت 1937 ثلاثة مبادئ تتعلق بالشريعة الإسلامية، وهي أنها إحدى مصادر التشريع وتمتعها بالحياة والقابلية للتطور واستقلاليتها عن غيرها من الأنظمة، أما القرار الثاني فقد اتخذته مؤتمر المحامين الدولي عام 1948، وهو وجوب تبني الدراسات المقارنة مع الشريعة الإسلامية كاعتراف بمرورتها ومكانتها، أما القرار الثالث فهو صادر عن مجمع الحقوق المقارنة الذي أقيم بباريس 1952، والذي بين أن مبادئ الفقه الإسلامي تتمتع بقيمة حقوقية وتشريعية لا يُمارى فيها وأن اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقية العظمى ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات تجعلها قابلة للاستجابة لجميع مطالب الحياة الحديثة والتوفيق بين حاجاتها، ينظر في ذلك: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 01، ط 02، دار القلم، دمشق، 2004، ص ص 11-12، 25.

أما رجال التشريع فقد قال المستشرق المجري (فمبري): "إن فقهم الإسلامي واسع إلى درجة أنني أعجب كلما فكرت في أنكم لم تستنبطوا منه الأنظمة والأحكام الموافقة لبلادكم وزمانكم"، وعن استقلالته يقول الفقيه الفرنسي (zeys): "إنني أشعر حينما أقرأ الفقه الإسلامي أنني قد نسيت كل ما أعرفه عن القانون الروماني، وأصبحت أعتقد أن الصلة منقطعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني"، ينظر في ذلك: بن خدة حمزة، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي العقد نموذجاً، أطروحة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016-2017، ص ص 3-6.

المصادر التاريخية (المصادر الخارجية للتفسير) التي يمكن الاتكال عليها في الوصول للمرامي التشريعية للمصطلحات في قانوننا المدني.

وأما أحكام الشريعة فهي تتصرف لتفيد المعاني الجزئية التي تجد مكانها الطبيعي ضمن أحكام الفقه، والذي يعرف بحسب المادة الأولى من مجلة الأحكام العدلية بأنه: "علم بالمسائل الشرعية العملية المكتسبة من أدلته التفصيلية"<sup>1</sup>، ومما يتبين من هذا التعريف أن المراد به علم الإنسان بما يصدر عن الشارع للناس من أوامر ونظم تحكم حياتهم الاجتماعية، وهو ما يخرج المسائل الاعتقادية من نطاق موضوعنا باعتبارها محل علم آخر<sup>2</sup>، أي أنها تقتصر هنا على المعاملات المالية فقط.

ومن هنا يبدو الفرق جليا فالمبادئ يقصد بها الكليات القطعية الدلالة، والتي لا يمكن مخالفة مقتضياتها، على عكس الفقه الذي يتشكل في مادة المعاملات من آراء العلماء المستنبطة من النصوص الشرعية، ولذلك فهي محل خلاف بين الفقهاء تختلف باختلاف الفقيه، وتبعا للزمان والمكان الذي تُعمل فيه<sup>3</sup>.

ومن هنا يتضح لنا الفرق بين الإحالة الواردة لمبادئ الشريعة في المادة الأولى من القانون المدني، وبين المادتين 222 من قانون الأسرة و02 من قانون الأوقاف فالأولى إحالة مُضَيِّقَةٌ تجعل القاضي يقف عند مبادئ الكلية، التي لا خلافات فيها فإن لم يجد جاوزها مباشرة لما عداها من المصادر، وأما الثانية ورغم عدد تحديده لتراتبية المذاهب الفقهية الواجب البدء بها إلا أن الواقع القضائي يثبت حيويتها، فقد أعمل قضاء الأسرة الفقهاء المالكي والحنفي، على حد سواء فسد مكنم الخلل، وعالج مواضع القصور في مواطن كثيرة وإن كان في ذلك خروج عن صريح النص في بعض الأحيان.

### (ب) ضمور الرغبة السياسية:

إن حقيقة المسعى في جعل أحكام الفقه الإسلامي كمصدر للقوانين العقارية يتعدى مجرد النص الصوري عليها ضمن جملة المصادر المذكورة في القانون المدني، ولكن يستوجب رغبة حقيقية تنقلها من دائرة الأماني إلى دائرة التجسيد الفعلي، وهو ما لا حظناه في التشريع المغربي في ميدان العقار غير

<sup>1</sup> وحيد عبد السلام بالي، قوانين الشريعة الإسلامية التي كانت تحكم بها الدولة العثمانية، ج 01، ط 01، دار التقوى، مصر، 2013، ص 21.

<sup>2</sup> مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 65.

<sup>3</sup> مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص ص 153-154.

المحفظ (غير المشهر) الذي يخضع لأحكام الفقه المالكي سواء ما تم تقنينه ضمن مدونة الحقوق العينية<sup>1</sup> أو ما ترك للقضاء من أجل الوصول له من خلال الكتب الفقهية لأعلام المذهب.

ولعل السبب في جودة استثمار المغاربة للفقه المالكي راجع لكونه المذهب الرسمي للمملكة تجسيدا للوحدة المذهبية، وكل ذلك مرتبط بأسباب معنوية وتاريخية وسياسية، ووجب القول أن المراجع المعتمدة عندهم هي نفس المراجع المعتمد عندنا<sup>2</sup> مع فارق جوهري هو حصرها عندنا على ميدان الأحوال الشخصية دون العقار غير المشهر.

### (ثانيا) المصدرية الوضعية:

تمثل المصادر الوضعية القطب الثاني للثنائية النازمة للتشريع، ولكن يجب التمييز هنا بين مرحلتين أساسيتين، اعتمدنا في تقسيمهما على **ضابط الاستقلال التشريعي**<sup>3</sup> الذي حاولت الجزائر تطبيقه بداية من 05 جويلية 1975<sup>4</sup> الذي صادف صدور العديد من القوانين المهمة.

### (01)\_ المرحلة الأولى: من 1962\_ 1975:

والتي يشكل الدستور القانون الأعلى ضمن مجموع القوانين المنظمة للمسائل العقارية، والذي يحدد الأطر العامة، والفلسفة الواجب على القوانين الأخرى الأقل درجة منه مراعاتها<sup>5</sup>، والواجب كذلك على

<sup>1</sup> القانون رقم 08.39 **المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر** بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 22 نوفمبر 2011، ج ر م عدد 5998، الصادر 24 نوفمبر 2011.

<sup>2</sup> عبد المجيد غميحة، **موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية**، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكدال، المغرب، 2000، ص 11.

<sup>3</sup> راجع حيثيات الأمر رقم 73\_29 المؤرخ 05 يوليو 1973 **المتضمن إلغاء القانون رقم 62\_157 المؤرخ 31/12/1962 الرامي إلى التمديد حتى إشعار آخر لمفعول التشريع النافذ إلى غاية 31 ديسمبر 1962**، ج ر عدد 62، الصادر 03 غشت 1963.

<sup>4</sup> انظر المادة 04 من نفس الأمر.

<sup>5</sup> ولكن المتتبع للمسار الدستوري في الجزائر سيؤكد في يقينية هذا القول من نواحي عديدة، سواء ما تعلق بالناحية التطبيقية إذ أن الدستور الأول الصادر سنة 1962، وجمد بعد إعلان الحالة الاستثنائية 1963/10/03 بسبب ما اصطلح عليه بحرب الرمال مع المغرب، وتعزز ذلك بالتصحيح الثوري (انقلاب 1965)، ولم يبعث دستور جديد إلى غاية 1976، كما أن دستور 1989 لم يكن ثمة زمن كبير بينه وبين قانون التوجيه العقاري وهو ما يجعلنا نتساءل عن جدية تغيير المسار من الاشتراكي للبرالي وما لذلك من انعكاس على المنظومة التشريعية ككل، ينظر في ذلك:

*La constitution en 1963, JORA n° 64, de 10/08/1963.*

*Le message du président de la république lu a l'assemblée nationale le 03 octobre 1963: mise en œuvre de l'article 59 de la constitution relatif aux pouvoirs exceptionnels, JORA, n°73 de 04/10/1963.*

السلطات المختصة بالالتزام بها وهي بصدد الإتيان بأعمالها ذات الصلة، من خلال نصه على مجموعة من المبادئ الكبرى.

وقد تبنت الجزائر في بداية الأمر الاشتراكية كأيدولوجية تستقي منها برامجها<sup>1</sup>، وتوطينها من خلالها سياساتها الكلية<sup>2</sup>، ورغم ذلك مددت العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية<sup>3</sup> لتجنب الوقوع بالفراغ التشريعي، وحاولت سن التشريعات التي تحفظ الاستقرار العقاري، ومنها الأمر 20\_62 المتعلق بحماية وتسيير الأملاك الشاغرة<sup>4</sup>، ثم الأمر 102\_66 المتضمن انتقال الأموال الشاغرة منقولات كانت أو عقارات للدولة<sup>5</sup>، وتكريسا للخيار الاشتراكي<sup>6</sup> فقد ألغت القانون 157\_62 الممدد للقوانين الفرنسية بسبب تعارضه مع هذا الخيار.

ومن حيث الأصناف فقد حاول المشرع في هذه الفترة التركيز على استغلال الأراضي الفلاحية من خلال استحداث برامج كالتسيير الذاتي المدرج في إطار مخطط التنمية والاقتصادية<sup>7</sup>، أو الثورة الزراعية،

---

أمر رقم 97\_76 المؤرخ 22 نوفمبر سنة 1976 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 94، الصادر 24 نوفمبر 1976، المعدل بالقانون رقم 06\_79 المؤرخ 07 يوليو 1979، ج ر عدد 28، الصادر 10 يوليو 1979، المعدل بالمرسوم رقم 233\_88 المؤرخ 05 نوفمبر 1988، ج ر عدد 45، الصادر 05 نوفمبر 1988، والمرسوم رقم 18\_89 المؤرخ 28 فبراير 1989، ج ر عدد، الصادر 01 مارس 1989، والمرسوم الرئاسي رقم 438\_96 المؤرخ 07 ديسمبر 1996، ج ر عدد 76، الصادر 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم.

<sup>1</sup> Article 226 de constitution en 1963, op, cite.

<sup>2</sup> من ديباجة دستور 1963: "مضت الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية توجه مناهي نشاطها إلى طريق تشييد البلاد، وفاء منها للميثاق الذي أقره المجلس القومي للثورة الجزائرية في طرابلس، و طبقاً للمبادئ الاشتراكية و الممارسة الفعلية للسلطة من طرف الشعب الذي يشكل طليعته الفلاحون، و الجماهير الكادحة، و المتفقون الثوريون"، كما نصت المادة 10 أنه من الأهداف الأساسية للجمهورية الجزائرية تشييد ديمقراطية اشتراكية"

<sup>3</sup> Article 01 de la loi n° 62\_157 du 31 décembre 1962 tendant a la reconduction, jusqu' a nouvel ordre de la législation en vigueur au 31 décembre 1962, JORA n°

<sup>4</sup> Ordonnance n° 62\_020 du 24 aout 1962 concernant la protection et la gestion des biens vacants, JORA n° 12 du 07/08/1962.

<sup>5</sup> الأمر رقم 102\_66، المؤرخ: 06 مايو 1966، والمتضمن انتقال الأملاك الشاغرة، ج ر عدد: 36، المؤرخ: 06 ماي 1966.  
<sup>6</sup> لقد ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك من خلال إصدار قانون يسمح بالمصادرة الكلية أو الجزئية لأملك كل جزائري يثبت تعديه على تحقيق أهداف الثورة الاشتراكية، لتصبح جزء من الأملاك الوطنية ينظر المواد 03 و 08 الأمر رقم 258\_64 المؤرخ 27 أوت 1964، المتضمن إنشاء لجنة مصادرة أملاك الأشخاص الذين يمسون بمصالح الثورة الاشتراكية، ج ر عدد 29، الصادر 04 سبتمبر 1964.

<sup>7</sup> المادة الأولى من الأمر رقم 653\_68، المؤرخة: 20 ديسمبر 1968، والمتعلق بالتسيير الذاتي في الفلاحة، ج ر عدد: 36، المؤرخ: 06 ماي 1966، وينظر في نفس الجريدة مجموع المراسيم المتعلقة بتنفيذ هذا البرنامج.

وهو ما أسس له هيئات مختلفة لإنجاحه، كما وضع قوانين لتفعيل حيازة<sup>1</sup> واستغلال هذه الأراضي وفق مسار وحدوي للتنمية الفلاحية تقوم فيه الدولة بتوجيه النشاطات الفلاحية وفق قواعد التخطيط الفلاحي<sup>2</sup>، ورغم إلغاء هذه القوانين إلا أن لها آثار على التطبيق القضائي للآن.

أما من حيث السندات: ثم وبغية الخروج عن التعاملات العرفية تم استحداث قانون التوثيق<sup>3</sup> بغية مراقبة مسارات التعاقدات العقارية، مما يسمح بحفظ هذه الأخيرة، ومن أجل الحصول على الجباية المالية الكافية لتمويل ميزانية الدولة.

## (02) المرحلة الثانية: 1975 إلى الآن:

ويمكن أن نقسم القوانين الصادرة خلال هذه المرحلة وفقا لضابط التخصص، وذلك على النحو التالي بيانه:

### (أ) التشريعات العامة:

ويشكل الدستور منطلقها، والذي يمكن تقسيمه لمواد تتعلق بالأموال الوطنية أخرى تتعلق بالأموال الخاصة والوقفية فبالنسبة للأموال الوطنية نجد المادة 20 من الدستور تنص على: "الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية وتشمل باطن الأرض، والمناجم، والمقالع، والموارد الطبيعية للطاقة، والثروات المعدنية الطبيعية والحية في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية، والمياه، والغابات"، كما ألزمت المادة 21 الدولة على "حماية الأراضي الفلاحية"، وصنفت المادة 22 الأملاك الوطنية لأموال وطنية عمومية وأموال وطنية خاصة، وأحالت تحديدها وتنظيمها للقانون.

أما بالنسبة للأموال الخاصة والوقفية فتعد المادة 60 هي المرجعية الدستورية لها إذ تنص على: \_"الملكية الخاصة مضمونة.

\_ لا تنزع الملكية إلا في إطار القانون وبتعويض منصف.

\_ الأملاك الوقفية وأموال الجمعيات الخيرية معترف بها، ويحمي القانون تخصيصها"

<sup>1</sup> القانون رقم 83\_18، المؤرخ: 13 غشت 1983، والمتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، ج ر عدد: 34، المؤرخة: 16 غشت 1983، (ملغى).

<sup>2</sup> المادة 02 من القانون رقم 87\_19، المؤرخ: 08 ديسمبر 1987، والمتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر عدد: 50، المؤرخة: 09 ديسمبر 1987، (ملغى).

<sup>3</sup> الأمر رقم 70\_91 المؤرخ 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج ر عدد 107، الصادر 25 ديسمبر 1970، (ملغى).

ويَعْبُدُه القانون المدني<sup>1</sup> باعتباره الشريعة العامة المتضمنة للقواعد الناظمة للملكية العقارية<sup>2</sup> نطاقها، والقيود الواردة عليها، كطرق اكتسابها...، ويؤازرها قانون الأسرة<sup>3</sup> (الذي يتضمن الأحكام العامة للميراث بما فيها أحكام المفقودين<sup>4</sup> والوصية والهبة والوقف وكلها تمس الملكية العقارية إذا أنها من أسباب انتقالها)، وحماية للقاصر، وينقلُ هذه القواعد الموضوعية من الطابع المجرد للواقع التطبيقي قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>5</sup> (الذي ينظم كل إجراءات المنازعة العقارية).

(ب) التشريعات خاصة: وهي كثيرة ومتنوعة، يمكن تصنيفها وفق معيار نخبته من استقراء القوانين السارية، وهي:

\_ تشريعات الأصناف العقارية: والمراد بها مجموع القوانين التي تهدف لتنظيم الأحكام المتعلقة بصنف من الأصناف العقارية، والمتفرعة عن تطبيق قانون التوجيه العقاري، ومنها: قانون الأوقاف<sup>6</sup>، وقانون الأملاك الوطنية<sup>7</sup>، وقانون التوجيه الفلاحي<sup>8</sup>.

\_ تشريعات السندات العقارية: والمراد بها مجموع القوانين التي تهدف لتنظيم الأحكام المتعلقة بإثبات الملكية العقارية، ومنها: الأمر المتضمن المسح العام، و قانون التحقيق العقاري، وعقد الشهرة، ومقررات الاستفادة من الثورة الزراعية، وشهادة الحياة... الخ.

<sup>1</sup> الأمر 75-58 مؤرخ 28 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادر 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> لاسيما الكتاب الثالث المعنون بالحقوق التبعية، راجع المواد 674\_881 منه.

<sup>3</sup> القانون رقم 84-11 المؤرخ 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24، صادر 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ 27 فيفري 2005، ج ر عدد 15، الصادر 27 فيفري 2005.

<sup>4</sup> لا بد من الإشارة أنه صدر الأمر 02\_03 المؤرخ 25 فبراير 2002، والمتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، والذي جاء استثناء على القواعد التي تحكم المفقود والغائب في قانون الأسرة، ينظر: ج ر عدد 15، الصادر 28 فبراير 2002، وهو نفس الأمر بالنسبة لزلزال بومرداس 2003، ينظر القانون 03\_06 المؤرخ 14 يونيو 2003، المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو 2003، ج ر عدد 37، الصادر 15 يونيو 2003.

<sup>5</sup> قانون رقم 08-09 المؤرخ 25 فيفري 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادر 23 أبريل 2008.

<sup>6</sup> قانون رقم 91-10، المؤرخ 27 أبريل 1991، المتضمن قانون الأوقاف، ج ر عدد 21، صادر 08 ماي 1991، المعدل بالقانون رقم 01-07، المؤرخ 22 ماي 2001، المتضمن تعديل قانون الأوقاف، ج ر عدد 24، صادر 23 ماي 2001، والقانون 02-10، المؤرخ 14 ديسمبر 2002، المتضمن تعديل قانون الأوقاف، ج ر عدد 83، صادر 15 ديسمبر 2002.

<sup>7</sup> القانون رقم 90-30، المؤرخ 01 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر عدد 52، صادر 02 ديسمبر 1990، المعدل بالقانون 08-14 المؤرخ 20 جويلية 2008، ج ر عدد 44، صادر 03 أوت 2008.

<sup>8</sup> القانون رقم 08\_16 المؤرخ 03 غشت 2008، المتضمن التوجيه الفلاحي، ج ر عدد 46، الصادر 10 غشت 2008.

**\_ تشريعات الهيئات العقارية:** والمراد بها مجموع القوانين التي تهدف لتنظيم الأحكام المتعلقة بالهيئات المتدخلة في الشؤون العقارية، ومنها: المحافظة العقارية، الموثقون، البلدية، الولاية، القضاة، والديوان الوطني للفلاحة<sup>1</sup> لتطبيق المادة المتعلقة بالشفعة، وكالة الضبط العقاري<sup>2</sup>، وكذلك الوكالة الوطنية للتعمير<sup>3</sup>... الخ.

وهذا العدد الكبير من القوانين يحول دون القدرة على النفاذ لها جميعا بسهولة تامة لاسيما أن لكل قانون منها مراسيمه التنظيمية المرتبطة به.

وإلى جانب ذلك نجد **التعليمات:** التي تجسد ذلك الإطار التشريعي الصادر عن الجهات الإدارية المكلفة بتطبيق القاعدة القانونية العقارية، وقد صدرت العديد من التعليمات، ومن بينها: التعليمات رقم 16 لسنة 1998 المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي والترقيم العقاري<sup>4</sup>، والتي تعتبر مرجعية هامة تنظم مسائل هذه العملية التقنية، وتحدد مختلف الإجراءات المترتبة عنها

**\_ التعليمات المتعلقة بدور المحققين التابعين لمصلحة أملاك الدولة في عمليات التحقيقات العقارية المدرجة في إطار إعداد مسح الأراضي العام<sup>5</sup>،** ومن أهم مواضيعها: التذكير بالتعليمات رقم 16 أعلاه مع الإشارة لأهم الوضعيات الممكن أن تعترض المحقق العقاري (عقارات كانت لأجانب وآلت للدولة، عقارات أممت وأعيدت لأصحابها، أراضي العرش..).

<sup>1</sup> المنشئ بواسطة القانون 25\_90 المتعلق بالتوجيه العقاري، والمفعل رسميا بموجب المرسوم التنفيذي 96\_87 المؤرخ 1996/02/24 المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، ج ر عدد 15، الصادر 28 فبراير 1996، المعدل بالمرسوم 09\_399 المؤرخ 22 أكتوبر 2009، ج ر عدد 61، المؤرخة 25 أكتوبر 2009.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 07\_119 المؤرخ 23 أبريل 2007 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري ويجدد قانونها الأساسي، ج ر 27، الصادر 25 أبريل 2007، المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي رقم 09\_344 المؤرخ 22 أكتوبر 2009، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للتعمير، ج ر عدد 61، المؤرخة 25 أكتوبر 2009.

<sup>4</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأملاك الوطنية، التعليمات رقم 16، المؤرخة 24 ماي 1998 المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي والترقيم العقاري.

<sup>5</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأملاك الوطنية، مديرية عمليات الأملاك الوطنية والعقارية، 17 جويلية 1999، مراسلة تحدد دور المحققين التابعين لمصلحة أملاك الدولة في عمليات التحقيقات العقارية المدرجة في إطار إعداد مسح الأراضي العام، مجموعة النصوص الصادرة عن أملاك الدولة لسنة 1999، ص ص 112\_121.

**المنشور رقم 01 الصادر عن وزير المالية<sup>1</sup>**، والذي بين أحكام تطبيق الشفعة لصالح الإدارة على الأملاك العقارية التي يتم التنازل عنها بمقابل غير كافي ولا يتناسب مع القيمة الحقيقية للعقار، مما يشجع المضاربة والتهرب الجبائي في المجال العقاري، وذلك تطبيقاً للمادة 118 من قانون التسجيل التي تنص على: "تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو الزبائن أو حق الإيجار أو الاستفادة من وعد بالإيجار على العقار كله أو جزء منه، والذي ترى فيه بأن الثمن البيع غير كافي مع دفع مبلغ هذا الثمن مزيداً فيه العشر (10/1) لذوي الحقوق... خلال أجل عام واحد ابتداء من يوم تسجيل العقد أو التصريح"، ثم حدد في هذا المنشور مبادئ وإجراءات تطبيق الشفعة.

### الفرع الثاني: التعقيد اللغوي

إن المتتبع للتشريع الجزائري سيجد أن الثنائية لم تقتصر على الشق المصدري، وتعداه للشق اللغوي، وذلك من آثار الحركة الاستعمارية<sup>2</sup>، والتي ساهمت الممارسات التشريعية في تكريسها، إذ نصت المادة 76 من دستور 1963 على: "يجب تحقيق تعميم اللغة العربية في أقرب وقت ممكن في كامل أراضي الجمهورية. بيد أنه، خلافاً لأحكام هذا القانون، سوف يجوز استعمال اللغة الفرنسية مؤقتاً إلى جانب اللغة العربية"، وهو ما تأكد من خلال صدور المرسوم الناظم للجريدة الرسمية<sup>3</sup>، والذي أجاز هو الآخر بشكل مؤقت إمكانية صدورهما بلغتين، ولهذا التوجه ما يبرره نظراً لمحدودية تواجد اللغة العربية في

<sup>1</sup> وزارة المالية، منشور رقم 01/ و م، 12 أوت 2009، **والمتملق بممارسة حق الشفعة للدولة**، مجموعة النصوص الصادرة عن وزارة المالية، ص ص 25-33.

<sup>2</sup> وهو نفس ما عانى منع القضاء المصري عند إعداد مشروع القانون المدني إذ أن النص صيغ بداية باللغة الفرنسية ثم ترجم للغة العربية، وانتهى الأمر بالفقه والقضاء إلى ترجيح النص الفرنسي عند وجود خلاف مما جعل النص العربي مهملًا، وهو ما يمس بمبدأ المساواة باعتبار القانون خطاباً موجهاً للكافة، وليس للمشتغلين في رحابه فقط، الحكومة المصرية، وزارة العدل، القانون المدني: **مجموعة الأعمال التحضيرية (الأحكام العامة: من المادة 01 إلى المادة 88)**، ص 148، 149.

<sup>3</sup> تنص المادة الثانية من هذا المرسوم على: "إن الجريدة الرسمية تحرر باللغة العربية، وتحتوي أيضاً بصفة مؤقتة على نشرة باللغة الفرنسية"، ينظر: المرسوم رقم 64\_147، المؤرخ 28 ماي 1964، **بشأن تنفيذ القوانين والضوابط**، ج ر عدد 01، المؤرخ: 29 ماي، 1964.



الصناعة القانونية حينذاك<sup>1</sup>، وبغية تحقيق الاستقلال اللغوي صدر الأمر 92\_68 الذي يفرض على الموظفين الإلمام باللغة العربية، وجعله شرطاً أساسياً للترقية<sup>2</sup>.

وتكريساً لهذا المسار صدر القانون الخاص بتعميم اللغة العربية، والذي نصت المادة 13 منه على: "صدور الجريدة الرسمية باللغة العربية وحدها"<sup>3</sup>، لكن الواقع العملي يثبت عدم تكريس هذه المادة، وتغليب المادة الثانية من المرسوم رقم 147\_64، والذي انتقل من الصبغة المؤقتة إلى الديمومة، فظل صدور الجريدة الرسمية بلغتين عرفاً سارياً ليوم الناس هذا، رغم أن هذه المادة أُبطلت بمجرد صدور قانون تعميم اللغة العربية، وهو ما أثر بعد ذلك على دقة المصطلحات نظراً لخصوصية اللغة القانونية.

### (أولاً) موقف القضاء من الازدواجية اللغوية:

ونظراً لهذه الثنائية فقد أثير نقاش عن أي الصياغتين أحق بالتطبيق في حال تصادم معانيهما، واختلاف مراميها، وتبعاً لذلك ظهر فريقين أحدهما يُرَجِّحُ النص الأصلي (الفرنسي)، والآخر يرجح النص الرسمي (العربي)، ولذلك لا بد من الوقوف عند هذا النقاش، ومحاولة تفكيك حجج فريقيه، ووضعها موضع التحليل والنقد، وذلك على النحو الآتي تفصيله:

### (01) الرأي المرجح للغة الأصلية (الفرنسية):

يرى هذا الفريق أنه عند نشوء تعارض بين اللغتين فإنه يجب استحضار قواعد العدالة، ومراعاة المنطق بل وحتى استحضار التاريخ إن لزم الأمر لفهم سياق النص ضمن أُطره العامة، وخلصت استناداً لذلك إلى تطبيق النص الفرنسي كونها اللغة التي تم بها تحرير الخطاب القانوني، وبالتالي فإن أي محاولة لاستجلاء غموض النص لا بد من العودة للغة المحرر بها ابتداءً للنفاد نحو فهم السياقات المفاهيمية، ومعاني التراكيب البنيوية للمصطلحات.

ويتضح ذلك عند عقد المقارنة بين النص الفرنسي (الأصلي) والنص العربي (الرسمي)<sup>4</sup> فبينما يعتنق النص الأول المذهب المالكي، يعتنق النص الثاني المذهب الحنفي، فالسادة المالكية (والشافعية

<sup>1</sup> الأمر رقم 92\_68 المؤرخ: 26 أبريل 1968 يقتضي إجبارية معرفة اللغة الوطنية على الموظفين ومن يماثلهم، ج ر عدد 36، الصادر: 03 ماي 1968.

<sup>2</sup> المادة 03 من المرسوم رقم 95\_68 المؤرخ: 26 أبريل 1968 المتضمن تطبيق الأمر 92\_68 المتعلق بإجبارية معرفة اللغة الوطنية على الموظفين ومن يماثلهم، ج ر عدد 36، الصادر: 03 ماي 1968.

<sup>3</sup> القانون رقم 05\_91، المؤرخ 16 جانفي 1991، المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، ج ر عدد 03، المؤرخ: 16 جانفي 1991، المعدل والمتمم.

<sup>4</sup> شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 314، 315.

والظاهرية وبعض الحنابلة) يعتبرون تصرفات المريض مرض الموت صحيحة ونافذة، واستثنوا على ذلك توافر التهمة في المرض أي اشتداده (la période aigue)، وتسببه في الوفاة، على خلاف النص العربي الذي تبنى جزئياً رأي السادة الحنفية بجعل كل تصرفاته تتصرف لحكم الوصية إذا كانت تبرعا، وتتوقف على إجازة الورثة إذا كانت بيعا لأحد الورثة، وقابلة للإبطال إذا كانت بيعا للغير، وأما القضاء فقد تبنى النص في صيغته الفرنسية مما يعني ترجيحاً ولو ضمناً للفقهاء المالكي، إذا جاء في قرار للمحكمة العليا: "متى كان من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد بهذا الخصوص"<sup>1</sup>.

## (02) الرأي المرجح للغة الرسمية (العربية):

على خلاف الفريق الأول يرى هذا الفريق أنه إذا عُدَّ الخلاف بين النصين فإن النص العربي هو الأجدر بالتطبيق معللة ذلك بأن: "النص العربي هو النص الأصلي لأن اللغة العربية هي اللغة الرسمية كما نص عليها الدستور فإن المَعْوَل عليه هو النص العربي ما دام وارداً في الجريدة الرسمية"<sup>2</sup>، فالنص العربي هو النص المرجعي إذا باعتباره يشكل تدليلاً على سيادة الدولة<sup>3</sup> فاللغة تشكل مؤشراً حيويًا لقياس هذه السيادة، ولذلك خلصت المحكمة العليا إلى أن "تصريح قضاة المجلس أن النص العربي مجرد ترجمة للنص الفرنسي يشكل خطأ في تطبيق القانون"<sup>4</sup>، ولكن وجب القول أن الضابط المعتمد للاستدلال على أي النصين أقوى حجية، والمتمثل في النشر في الجريدة الرسمية هو ضابط غير كاف كون كلا النصين يصدر في الجريدة الرسمية.

<sup>1</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 33719، قرار بتاريخ: 1984/07/09، مجلة المحكمة العليا العدد 02، 1989، ص ص52-54.

<sup>2</sup> المجلس الأعلى، الغرفة العقارية، ملف رقم: 148405، قرار بتاريخ: 1997/05/28، المجلة القضائية، العدد: 02، 1997، ص ص42-46.

<sup>3</sup> تنص المادة 02 من القانون 91\_05 على: "اللغة العربية مقوم من مقومات الشخصية الوطنية الراسخة، وثابت من ثوابت الأمة، يجسد العمل بها مظهراً من مظاهر السيادة، واستعمالها من النظام العام"، ينظر: القانون رقم 91\_05، سبق ذكره.

<sup>4</sup> المجلس الأعلى، الغرفة العقارية، ملف رقم: 148405، سبق ذكره

وبغية الانفلات من هذه الازدواجية صدر القانون رقم 91\_05 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية<sup>1</sup>، ورغبة في التكيّف مع أحكامه أبرق المدير العام للأملاك الوطنية تعليمة<sup>2</sup> إلى مديري أملاك الدولة والحفظ العقاري عبر كل الولايات للمساعدة في شهر العقود المبرمة باللغة الفرنسية، والعمل على تحرير العقود الإدارية باللغة العربية وحدها رفعا للحرج عن المصالح المختصة لئلا يحوي نفس المجلد عقودا محررة بلغتين، وألزمت المحافظين العقاريين بداية من تاريخ 30 جوان 1999 برفض إيداع أية وثيقة محررة باللغة الفرنسية إلى غاية ترجمتها إلى اللغة العربية.

ولذا وتماشيا مع ما سبق فقد تتم التصدي لعقود توثيقية أبرمت بغير اللغة العربية، وقد كان التصدي من كلا الجهتين القضائيتين، فبينما رأت المحكمة العليا أن: "العقود التوثيقية المحررة بغير اللغة العربية باطلة، لمساسها بالنظام العام ذلك أنه يستفاد من أحكام المواد 2، 3، 4، 5، و6 من القانون 91\_05 سالف الذكر أن شكل تحرير الوثائق الرسمية والعقود باللغة العربية من النظام العام حتى أنه يمنع تسجيل وإشهار العقود إذا كانت محررة بغير اللغة العربية، وزيادة على ذلك الشكل الوجوبي المتمثل في تحرير العقود التوثيقية باللغة العربية مؤكداً بنص المادة 17 من القانون 27/88 المؤرخ 12\_07\_1988 المتضمن قانون تنظيم التوثيق"<sup>6</sup>، ورغم سلامة التسبيب في هذا الحكم إلا أنه كان يمكن كذلك الاستناد لمقتضيات المادة 29 من قانون تعميم اللغة العربية، والتي تنص على: "تعد الوثائق الرسمية المحررة بغير اللغة العربية باطلة"، لا سيما أن الطاعن بين في أوجه طعنه أن هذا القانون لم يتضمن نصا يفيد بطلان التصرفات القانونية المحررة باللغة الفرنسية.

<sup>1</sup> القانون رقم 91\_05، سبق ذكره، المعدل والمنتم بموجب الأمر رقم 96\_30 المؤرخ 21 ديسمبر 1996، ج ر عدد 81، المؤرخ 22 ديسمبر 1996.

<sup>2</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأملاك الوطنية، مديرية عمليات الأملاك الوطنية والعقارية، رقم 888 و/م ع أ و/م ع أ و د ع/م ع، حول العقود الإدارية المحررة باللغة الفرنسية، المؤرخة: 21 فيفري 1999.

<sup>3</sup> المادة 02، سبق نكرها.

<sup>4</sup> تنص المادة 05 من القانون 91\_05 على: "تحرر كل الوثائق الرسمية والتقارير ومحاضر الإدارات العمومية والهيئات، والمؤسسات، والجمعيات باللغة العربية

يمنع في الاجتماعات الرسمية استعمال أية لغة أجنبية في المداولات والنقاشات".

<sup>5</sup> تنص المادة 06 من القانون 91\_05 على: "تحرر العقود باللغة العربية وحدها.

يمنع تسجيلها وإشهارها إذا كانت بغير اللغة العربية"

<sup>6</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 408837، قرار بتاريخ: 2008/05/21، مجلة المحكمة العليا العدد: 01، 2008، ص ص 121-126.

وأما مجلس الدولة<sup>1</sup> فقد أبطل إجراء للشهر تضمن شهرا لعقد بيع على التصاميم مؤسسا حكمه على نفس المواد التي بُني عليها قرار المحكمة العليا أعلاه، وكذلك للمادة 100 من المرسوم 76\_63 التي تستوجب رفض الإيداع كنتيجة حتمية لتفعيل دور المحافظ العقاري في مراقبة مدى صحة الشكليات لإجراء الإشهار، وبالتالي فأى مخالفة لذلك سيُخضع هذا العمل لرقابة القضاء الإداري.

ثم تم تبني هذه المسألة رسميا بموجب المادة 02/08 من ق.إ.م.إ، والتي تنص على: "يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة تحت طائلة عدم القبول"<sup>2</sup>، غير أن تطبيقها كان محل تساؤل لدى الموظفين في المحافظات العقارية إذ وإضافة إلى الخط الذي وقعوا فيه عند خلطهم بين عدم قبول الدليل، وبين عدم قبول الدعوى فإن الموارد المالية لم تكن تكفي لتغطية تكاليف الترجمة، وهو ما جعل المديرية العامة تتولى التكفل بالنفقات المتعلقة بالترجمة ضمن مشتريات ميزانية التسيير<sup>3</sup>، بغض النظر عن كون المترجم يقيم على مستوى نفس الولاية أو على مستوى ولاية أخرى نظرا للاختصاص الوطني للمترجمين<sup>4</sup>.

وقد كشفت المحكمة العليا عن الغاية التي توخاها المشرع عند اشتراطه للترجمة فقد جاء في قرار لها: "اشتراط ترجمة الوثائق إلى اللغة العربية في دعوى قضائية مقرر للحفاظ على حقوق الدفاع، وتساوي الأسلحة" بين الخصوم"<sup>5</sup>، وأضافت في قرار ثانٍ: "يترتب عن عدم إرفاق الوثائق المحررة باللغة الأجنبية بنسخة مترجمة للغة العربية عدم قبول الطلب القضائي، تطبيقا لمبدأ الحياد وتكافؤ الفرص"<sup>6</sup>، فالغاية إذاً وحسب القرار الثاني. إنما هي مستوحاة من المادة 02/03 ق.إ.م.إ إذ تنص

<sup>1</sup> مجلس الدولة، قرار رقم 059361، مؤرخ في 2011/03/31، (ح.ع) ضد المحافظ العقاري للمحافظة العقارية لدائرة بئر رايس ومن معه، متاح على الموقع: <https://www.conseildetat.dz>

<sup>2</sup> وتتأغما مع هذه المادة تنص المادة 69 من نفس القانون على: "يجب على القاضي أن يثير تلقائيا الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام..."

<sup>3</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية أملاك الدولة، رقم 11996 وم/م ع أ و/ م أ و/ م، منازعات\_ترجمة الوثائق بالفرنسية\_صعوبات في تطبيق أحكام المادة 08 الفقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية وإدارية، المؤرخة: 24 نوفمبر 2009.

<sup>4</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية أملاك الدولة، رقم 0776 وم/م ع أ و/ م أ و/ م، منازعات\_ترجمة الوثائق بالفرنسية\_عدم وجود مترجم رسمي بإقليم الولاية، المؤرخة: 28 جانفي 2010.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 714048، قرار بتاريخ: 2011/02/03، مجلة المحكمة العليا العدد: 01، 2011، ص 232.

<sup>6</sup> المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم: 0980947، قرار بتاريخ: 2016/05/05، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2016، ص ص232-235.

على: "يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم"، وهو ما يقتضي ترجمتها للعربية لعدم إرهاب المتداعي الآخر في الدعوى.

### (ثانيا) موقف المجلس الدستوري<sup>1</sup>:

لقد استمر هذا التضارب، ولم يتم الفصل في إلا بصدر قرار للمجلس الدستوري بمناسبة مراقبته للقانون الأساسي للمستخدمين العسكريين<sup>2</sup> لا سيما المادة 04، والتي وردت لتصحيح المصطلحات والعبارات في الصيغة المحررة باللغة الفرنسية، فتصدى لذلك بقرار جاء فيه: "أنه واعتباراً أن اللغة العربية هي اللغة الرسمية طبقاً للفقرة 02 من المادة 03 من الدستور، ومن ثم فهي لغة الصياغة دون غيرها"، ثم بين طبيعة الترجمة فنص على أن: "ترجمة القوانين تعتبر مجرد عمل إداري لا يعدو أن يكون عملاً تشريعياً، ولا يندرج ضمن الاختصاصات التي يخولها الدستور للمشرع في إعداد القوانين"، وأضاف: "أنه وإن كان يعود للمشرع وحده صلاحية إعداد القوانين والتصويت عليها بكل سيادة طبقاً للمادة 114 من الدستور، فإنه يعود للمجلس الدستوري ضمان احترام الدستور، والتأكد من أن المشرع مارس تلك الاختصاصات وفقاً للدستور"، ليخلص المجلس إلى عدم دستورية المادة 04 موضوع الإخطار.

ورغم أن القرار المؤنّه به أعلاه لم يصدر في سياق قانون عقاري بيّد أن قرارات المجلس الدستوري تتسم بطابعها "النهائي والملزم لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية"<sup>3</sup>، وهو ما يترتب عليه وجوب صدور القرارات القضائية استناداً للنص العربي وحده كون الترجمة عمل إداري بحت، ولا يمكن التسبب به عند إصدار القرارات القضائية، وإلا جعل ذلك باباً من أبواب الطعن بالنقض المنصوص عليها في المادة 358 ق.إ.م.إ.

### المطلب الثاني: التداخل

من السمات التي يصطبغ بها التشريع العقاري نجد التداخل إذ أن تطبيقه يتوزع على مجموعة من الهيئات المكلفة بذلك، وهو ما يعرف بالتداخل الإجرائي (الفرع الأول)، وكذلك نجد أن بعض مواضعه

<sup>1</sup> تم تغيير التسمية وفقاً للتعديل الدستوري لسنة 2020، ونظمت أحكامها ضمن المواد (185-198) منه.

<sup>2</sup> قرار رقم 21/ق.م.د/21 المؤرخ 24 ماي 2021، المتعلق بمراقبة دستورية الأمر الذي يعدل ويتمم الأمر رقم 06\_02 المؤرخ 28 فبراير 2006، والمتضمن القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين، ج ر عدد 39، المؤرخ 30 ماي 2021.

<sup>3</sup> المادة 05/198 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

يلتبس بعضها ببعض مما يكرس تداخلا موضوعيا (الفرع الثاني) يحول عدم تفكيكه لعدم التطبيق السليم للنصوص.

### الفرع الأول: التداخل الإحرائي

إن الحقوق تمر بمرحلتين أساسيتين، هما مرحلة السكون، والتي تكون فيها هذه الحقوق مستقرة، ومرحلة الحركة، من خلال نشوء نزاع يمس استقرار هذه الحقوق والمراكز القانونية المترتبة عنها.

#### (أولا) على المستوى الساكن:

والذي يتميز بتدخل العديد من الهيئات في المسار العُمري للحق والمركز القانوني العقاري، فالعقد الرسمي (بيع، إيجار، هبة، وعد بالبيع، رهن رسمي، وصية، عقد الشهرة...) لا يمكن إعداده إلا بواسطة الموثق، وهو ما تنص عليه المادة 324 التي تسند تحرير العقود للضباط العموميين، وهو ما تؤكد المادة 03 من قانون التوثيق: "الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأطراف في منحها هذه الصفة"<sup>1</sup> وتدخل الموثق ثنائي فهو ملزم بتحقيق الأمن التعاقدى للأطراف من خلال "وجوب تأكده من صحة العقود الموثقة، وتقديم نصائحه للأطراف قصد انسجام اتفاقهم مع القوانين التي تسري عليها، وتضمن تنفيذها"<sup>2</sup>، كما أنه ملزم بحفظ العقود التي يحررها أو يسلمها للإيداع، مع سهره على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما ما تعلق بتسجيلها وإعلانها ونشرها في الوقت المحدد<sup>3</sup>، وذلك تحت طائلة المسؤولية المدنية في حال تخلفه عن ذلك<sup>4</sup>.

فالعقد لوحدته لا ينشئ الحق إذ تنص المادة 697 ق مدني على: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر"<sup>5</sup>، وهو ما يحتاج تدخل المحافظة العقارية المنشئة

<sup>1</sup> المادة 03 من القانون رقم

<sup>2</sup> انظر المادة 12 من قانون التوثيق سبق ذكره

<sup>3</sup> ينظر المواد: 10 من قانون التوثيق، والمادة 90 من المرسوم 63/76، والتي تنص على: "ينبغي على الموثقين... أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار، والمحرة من قبلهم أو بمساعدتهم، وذلك ضمن الأجل المحددة في المادة 99 بكيفية مستقلة عن إرادة الأطراف"، المرسوم رقم 63/76 المؤرخ 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر العدد 30، الصادر 13 أبريل 1976 (المعدل والمتمم).

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم/ 0925209، قرار بتاريخ: 2015/07/16، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2015،

ص ص 143\_146.

<sup>5</sup> 697 من القانون المدني

بموجب المادة 20 من الأمر 74\_75، بغية مسك السجل العقاري، وإتمام الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري، إذ أن الدور الرئيسي لها هو: "التحديد والعمل على معرفة حقوق الملكية، والحقوق العينية الأخرى الموجودة في العقارات"، كما يتجلى دوره في المحافظة على العقود والمخططات وجميع الوثائق المتعلقة بالعقارات الخاضعة للإشهار<sup>1</sup>.

ومنه فالشهر هو المركز الأساسي لميلاد الحق العقاري، وتبعاً تثبت المركز القانوني الناتج عنه، كما أنه لا يمكن انتقال الحق من الحالة الساكنة للحالة المتحركة إلا عبر شهر الدعوى العقارية باعتبارها الأداة المجسدة، والمفعلة للحق الدستوري المتمثل في حق التقاضي.

### (ثانياً) على المستوى المتحرك:

والمتمثل في المنازعة باعتبارها حالة علائقية توترية بين شخصين أو أكثر، تبدأ على مستوى التصور، وتنتهي بين يدي القاضي<sup>2</sup>، ولذلك تبيان التداخل الحاصل على مستواها، وذلك على النحو التالي:

### (01) على مستوى الاختصاص:

يمثل القضاء الجهاز المناط به حماية الحقوق والمراكز القانونية عامة، والحقوق والمراكز القانونية العقارية خاصة، وبالتالي فهو من يفعل الحماية القانونية للحق الموضوعي، فيمثل بذلك جهاز المنازعة لهذه الحقوق<sup>3</sup>، وتحقيقاً للنجاعة القضائية فإن هذا المرفق يحتكم لمجموعة من القواعد لاسيما ما يتعلق بالاختصاص، والذي يعرف بأنه: "أهلية النظر، وولاية الفصل في المنازعات"، وينقسم لاختصاص إقليمي تنظمه المادة 40 ق إ م إ ، والتي تسنده للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، واختصاص نوعي يتقاسمه القضاء الاستعجالي والقضاء الموضوعي.

فأما الاستعجالي فيسند للجهة المختصة عادية كانت أو إدارية للنظر في القضايا التي تتطلب السرعة لحماية الحقوق والمراكز القانونية، وهو ما يجعلها تقوم على فكرة الاستعجال، والذي قد عرفه (Gabold) بأنه: "يتحقق في حالة ما إذا كان التأخير المصاحب للبطء العادي لسير القضاء يخلق مركزاً غير قابل للإصلاح"، كما نجد من يعرفه استناداً لشروطه بأنه "الأثر الذي يتحقق كلما توافر أمر

<sup>1</sup> راجع المواد 02، و03 من المرسوم 36/76، سبق ذكره.

<sup>2</sup> أحمد بولقصيات، محاضرات في المنازعات العقارية، خلال السداسي الثالث، سنة ثانية ماستر قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة، من السنة الجامعية، 2020/2021 .

<sup>3</sup> عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار هومة، الجزائر، 2021، ص 49.

يتضمن خطراً داهماً، أو يتضمن ضرراً لا يمكن تلافيه في حالة لجوء الخصوم للقضاء العادي<sup>1</sup>، "، وهو ما نجده في قرارات للغرفة الإدارية (قبل استحداث مجلس الدولة وتبني الازدواجية الهيكلية بشكل رسمي) إذا جاء في قرار لها: "من المقرر قانوناً أنه يجوز لقاضي الاستعجال الإداري الأمر بوقف تنفيذ قرار إداري... لا سيما في حالة الاستيلاء والتعدي... خاصة إذا كان نفاذه سوف ينجز عنه وضع لا يمكن تداركه شريطة عدم المساس بأصل الحق"<sup>2</sup>، وهو نفس ما كرسته في قرار آخر جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يمكن بصفة مستعجلة باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة بدون المساس بأصل الحق"<sup>3</sup> كم أتاح لهم "الأمر بوقف الأشغال لتجنب مواقف يصعب علاجها فيما بعد".

فأما الموضوعي فقد يكون عادياً، والذي حددته المواد 511 حتى 530 ق إ م إ، فالمادة 511 حددت معالم الاختصاص بشكل عام بنصها على اختصاص القسم العقاري بالنظر في المنازعات المتعلقة بالأموال العقارية، ثم عمدت في المواد التي تلتها إلى تحديد بعض التصنيفات والطوائف من المنازعات العقارية.

فالمادة 512 بينت اختصاص هذا القسم في النظر في منازعات: حق الملكية والحقوق العينية الأخرى والتأمينات العينية، والتنازل عنها<sup>4</sup>، وفي الحيازة والنقادم، والتي بينت أحكامها الإجرائية والموضوعية في المواد 524 حتى 530، وفي إثبات الملكية العقارية، وفي نشاط الترقية العقارية<sup>5</sup>، وفي الشفعة، وفي الهبات والوصايا المتعلقة بالعقارات، وفي القسمة وتحديد المعالم، وفي إيجار السكنات والمحلات المهنية الفلاحية.

وأما المادة 513 فقد جعلته مختص بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالمجموعات الفلاحية في حال خرق الالتزامات القانونية والاتفاقية، كما أنه ينظر وفقاً للمادة 515 في الدعاوى المتعلقة بإبطال أو فسخ

<sup>1</sup> بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، منشورات مطابع عمار قرفي، الجزائر، ب س ن، ص ص 32، 33

<sup>2</sup> المحكمة العليا، غ إ، ملف رقم: 88.035 قرار بتاريخ: 1991/12/29، المجلة القضائية، العدد: 02، 1993، ص 127.

<sup>3</sup> المجلس الأعلى، غ إ، ملف رقم: 73.644 قرار بتاريخ: 1989/10/21، المجلة القضائية، العدد: 02، 1991، ص 177، وكذلك: محكمة التعقيب التونسية، قضية عدد: 24475.2020، بتاريخ: 2020/08/24.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 466566، قرار بتاريخ: 2009/02/11 مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2009، ص ص 229\_234.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 372339، قرار بتاريخ: 2007/06/20 مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2007، ص ص 183\_188، و ملف رقم: 516800، قرار بتاريخ: 2009/04/08 مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2009، ص ص 243\_247.



أو تعديل أو نقض الحقوق المترتبة عن عقود تم شهرها، وأما المادة 517 فأسندت له النظر في المنازعات المتعلقة بمقايضة عقارات تابعة للأمالك الخاصة للدولة مع عقارات تابعة لملكية الخواص.

أما القضاء الإداري فإن ضوابط اختصاصه تتحدد بشكل أساسي بمقتضى المواد 800 ق إ م إ وما بعدها، والتي تنص على كون "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، وتختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها".

ولذلك فإنه: "ينعقد الاختصاص النوعي الإداري متى كانت وكالة مسح الأراضي أو المحافظة العقارية طرفاً في النزاع"<sup>1</sup>، كما ينعقد عند النظر في القرارات الصادرة عن هذه الجهات إذ "لا يمكن إلغاء الدفاتر العقارية أو مناقشة مضمونها إلا أمام القضاء الإداري"<sup>2</sup>، وكذلك ما يتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة: سواء ما تعلق بمشروعية القرار نفسه<sup>3</sup>، واحترامه للمقتضيات القانونية<sup>4</sup> أو بمدى التوفر المصلحة العامة في ذاتها<sup>5</sup>، أو في ما تعلق بالتعويض<sup>6</sup>، أو باسترجاع العقار استناداً للقرار الذي ينص: "يجوز لأصحاب العقار المطالبة باسترجاع العقار محل نزع الملكية إذ لم ينفذ قرار نزع الملكية خلال (05) سنوات"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 392317، قرار بتاريخ: 2007/03/14، مجلة المحكمة العليا العدد: 01، 2007، ص ص 441-445.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 666056، قرار بتاريخ: 2011/07/14، مجلة المحكمة العليا العدد: 01، 2012، ص ص 184-188.

<sup>3</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 55229، قرار بتاريخ: 1989/06/02، مجلة المحكمة العليا العدد: 02، 1992، ص ص 139-134.

<sup>4</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم 62458، قرار بتاريخ: 1991/03/10، مجلة المحكمة العليا العدد: 01، 1993، ص ص 139.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 202986، قرار بتاريخ: 1998/12/16، المجلة القضائية العدد: 02، 1998، ص ص 46-50.

<sup>6</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 475823، قرار بتاريخ: 2008/11/12، مجلة المحكمة العليا العدد 01، 2009، ص ص 209-213، وكذلك مجلس الدولة، قرار رقم: 008247، مؤرخ في 2003/07/22 وزير السكن ضد ورثة (ح)، مجلة مجلس الدولة، العدد: 04، 2003، ص 64.

<sup>7</sup> مجلس الدولة، قرار رقم 006222، مؤرخ في 2003/04/15 ورثة (ق.م) ضد ولاية تيزي وزو، مجلة مجلس الدولة، العدد: 04، 2003، ص 91، وكذلك المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم 84308، قرار بتاريخ 1993/01/17، مجلة المحكمة العليا العدد: 03، 1993، ص ص 233-235.

ويتجلى التداخل في إن اختصاص النظر في بعض المواضيع مقسم بين الجهتين، ومثال ذلك الترقيم، فبينما ينظر القسم العقاري في المنازعات القائمة بين الخواص<sup>1</sup>، والمتعلقة بالترقيم المؤقت في السجل العقاري<sup>2</sup> فإن القضاء الإداري هو المختص بالنظر في الترقيم النهائي باعتباره قراراً صادراً عن جهة إدارية، وهو نفس الأمر في الحيابة فبينما ينظر بها القاضي العقاري باعتبارها واقعة مادية ينظر القاضي الإداري في شهادة الحيابة كوثيقة مثبتة لها<sup>3</sup>.

ورغم أن الأمر يبدو محسوماً هنا باعتبار معايير الاختصاص واضحة، إلا أن ذلك لم يسلم من وجود تنازع سلبي للاختصاص، ففي عقد الشهرة مثلاً كرس مجلس الدولة المعيار المادي (الموضوعي)<sup>4</sup> فورد في قرار له على أن: "القاضي الإداري غير مختص للفصل في الطعن المرفوع في وثيقتين محررتين من طرف موثق، ويتعلق الأمر هنا بعقدي الشهرة والبيع لكونهما لم تصدر عن سلطة إدارية ولا تشكلان قراراً أو عقداً إدارياً"<sup>5</sup>، وهو نفس ما ذهب إليه في قرار آخر: "العقد التوثيقي المحرر من طرف موثق يخضع لرقابة القضاء العادي حتى في حالة وجود إدارة عامة في النزاع"<sup>6</sup>، وأكد في قرار ثالث بنصه على: "من المستقر عليه قضاء حسب اجتهاد مجلس الدولة أن الدعاوى الرامية إلى إلغاء العقود التوثيقية تدخل ضمن اختصاص القضاء العادي، وليس القضاء الإداري مهما كانت طبيعة أطراف النزاع"<sup>7</sup>.

وبالتوازي مع ذلك صدر قرار للمحكمة العليا يقضي بعقد الاختصاص لمجلس الدولة في مسائل العقود التوثيقية، وهو ما يجعلنا أمام حالة من عدم الاختصاص السلبي أستوجب اللجوء لمحكمة التنازع للبت فيه، وهو ما تمخض عنه صدور قرارها القاضي "باختصاص القضاء الإداري نوعياً في إبطال

<sup>1</sup> مجلس الدولة، قرار رقم: 049444، المؤرخ 2009/10/29، مجلة مجلس الدولة رقم: 10، 2012، ص ص 146\_147

<sup>2</sup> المادة 516 ق إ م إ.

<sup>3</sup> مجلس الدولة، قرار رقم 049447، المؤرخ 2009/10/29، مجلة مجلس الدولة رقم 10، 2012، ص ص 149\_150.

<sup>4</sup> يمثل المعيار المادي أحد المعايير المعتمدة من طرف المشرع لتوزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري، وقد تبناه المشرع بموجب القانون المتعلق بالمحاكم الإدارية، إذ جاء في المادة الأولى: "تتشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية"، القانون رقم: 98\_02 المؤرخ 30 ماي 1998، المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر عدد 37، المؤرخ 1998/06/01.

<sup>5</sup> مجلس الدولة، قرار رقم 005680، مؤرخ في 2002/02/11، مجلة مجلس الدولة، العدد 02، 2002، ص 195.

<sup>6</sup> مجلس الدولة، قرار رقم 013673، مؤرخ في 2005/02/01، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، 2005، ص 161.

<sup>7</sup> مجلس الدولة، قرار رقم 039663، مؤرخ في 2008/01/30، مجلة مجلس الدولة، عدد 10، ص ص 135\_136.

العقود التوثيقية حينما تكون الإدارة طرفاً في النزاع<sup>1</sup> مرجحة في ذلك المعيار العضوي على المعيار المادي.

وباعتبار قرارات محكمة التنازع ملزمة للجهات<sup>2</sup> فقد صدرت قرارات متناغمة معها إذ أعاد مجلس الدولة توجيه بوصلته وفق مستجدات هذا القرار<sup>3</sup>، أما المحكمة العليا قد ذهبت للقول أن "القضاء الإداري هو المختص بالفصل في دعوى إبطال عقد الشهرة، مادامت البلدية طرف في النزاع، وليس القضاء العادي، وذلك إعمالاً للمعيار العضوي"<sup>4</sup>، وهو ما جعل المديرية العامة للأموال الوطنية ترسل مديرياتها الفرعية بغية مراعاة ذلك عند مباشرتهم للدعوى المتعلقة بهذا الشأن نظراً للجدل الإجرائي الذي كان موجوداً قبل صدوره<sup>5</sup>.

### (02) على مستوى الشهر العقاري:

نصت المادة 85 من المرسوم 63\_76 على: "إن دعوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقاً طبقاً للمادة 04\_14 من الأمر 74-75... وإذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظة العقارية أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه الإشهار"، وبالعودة إلى المادة المُحال عليها نجد أنه من أجل مسك مجموعة البطاقات العقارية وجب الإشارة لمجموعة من المقتضيات منها كل التعديلات التي قد تلحق الوضعية القانونية للعقارات المسجلة في مجموعة البطاقات العقارية، ورغم أن ذلك يعني منطقياً أن الأساس القانوني للمادة 85 من المرسوم هو المادة 04\_14 من الأمر 74\_75، غير أن المحكمة العليا كان لها رأي مخالف إذ هدمت أي علاقة ارتباطية بين المادتين.

<sup>1</sup> محكمة التنازع، ملف رقم 73، قرار بتاريخ 2008/12/21، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بمحكمة التنازع، 2009، منشور في مجمع نصوص القانونية لوزارة المالية، ص 32-37.

<sup>2</sup> المادة ق ع 03/98

<sup>3</sup> مجلس الدولة، قرار رقم 052520، مؤرخ في 2010/04/29، مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012، ص 136\_138.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 453370، قرار بتاريخ: 2009/02/18، مجلة المحكمة العليا العدد: 01، 2009، ص 133-136

<sup>5</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية أملاك الدولة، مذكرة رقم: 8979 و م/م ع أ و/م أ د/م، المؤرخة: 02 نوفمبر 2010، والمتعلقة بالمنازعات\_الجهة القضائية المختصة نوعياً بالفصل في دعوى إلغاء العقود التوثيقية المرفوعة من طرف إدارة أملاك الدولة.

فبالعودة لقرارها<sup>1</sup> الصادر في 2002 نجد أنها اعتبرت أن إجراء شهر العريضة الافتتاحية للدعوى هو إجراء مستحدث بموجب المرسوم 63\_76، وأنه لم يتم التصييص عليه في كل من قانون الإجراءات المدنية والقانون المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وبذلك فإن المرسوم المنوه إليه قد استحدث شرطاً جديداً، ومن ثمة تتولد عنه نشوء تعارض بين القانون والرسوم المشار إليه. وتبعاً لذلك، ولحل هذا التعارض فقد طبقت مبدأً تدرج القوانين من خلال تطبيق التشريع الأعلى وطرح التشريع الفرعي، لا سيما أن هذا الأخير مُقرّر لمصلحة المدعي المحضنة، ولا يرمي إلى حماية المصلحة العامة، ولا مصلحة المدعي عليه، وخُلصت بذلك إلى نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو الذي أثار غياب إجراء الشهر تلقائياً معتبراً إياه من النظام العام، وأحال القضية لنفس المجلس لإعادة الفصل فيها بتشكيكة جديدة.

وهو ما أكدته في قرار آخر جاء فيه صراحة أن: "أحكام المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 التي تنص على شهر عريضة رفع الدعوى في حالات محددة منها دعوى بطلان العقود المشهورة وردت لحماية مصالح خاصة، وبالتالي فإن إثارتها تلقائياً من طرف قضاة المجلس يعد تجاوزاً للسلطة"<sup>2</sup>، وهو ما يعني أن الأطراف فقط من يحق لهم التمسك بهذا الدفع، وأن إهمال القضاة له يجعل من قراراتهم عرضة للنقض<sup>3</sup>.

ولتقادي هذا الإشكال فقد نص المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الشهر في مادتين من أحكامه تتبوأ الأولى مكانها ضمن الأحكام العامة المتعلقة بعريضة افتتاح الدعوى إذا نصت المادة 17 من هذا القانون على: "يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية، إذا تعلقت بعقار و/أو حق عيني عقاري مشهر طبقاً للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبولها شكلاً، ما لم يثبت إيداعها للإشهار"، وكذلك المادة 519، والتي تنص على: "ترفع الدعوى أمام القسم العقاري، وينظر فيها حسب الإجراءات الواردة في هذا القانون، مع مراعاة

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 264463، قرار بتاريخ: 2002/10/09، المجلة القضائية العدد: 02، 2002، ص 232-237.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 196021، قرار بتاريخ 2000/09/27، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص للاجتهااد العقاري، ج01، 2004، ص 160-165.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 186606، قرار بتاريخ 2000/03/24، مجلة المحكمة العليا، العدد عدد خاص للاجتهااد العقاري، ج01، 2004، ص 166\_169.

الأحكام الخاصة بشهر دعاوى الفسخ أو الإبطال أو التعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها"، وهو ما يستوجب علينا تحديد العلاقة بينهما.

فبمقاربات اسقاطية، ومن ناحية أولى نجد أن المادة 17 تحمل في طياتها روح المادة 14\_4 من الأمر 74\_75 من خلال رصد كل التغييرات القانونية التي يمكن أن تلحق بالعقار، ولكن الفارق أن المادة 17 نصت صراحة على آلية شهر العريضة، وهو ما يجنب التشريع أي حالة من حالات التعارض المستوجبة لإعمال تدرج القوانين.

أما من ناحية ثانية فنجد المادة 519 تعيد نقل مقتضى المادة 85 من المرسوم، وهو ما يثير تساؤلا بديها عن أي المادتين نطبق هل المادة 17 باعتبارها ضمن الأحكام العامة أم المادة 519 باعتبارها قاعدة خاصة، وبالتالي فهي ناسخة للمادة 17، استنادا للقاعدة الفقهية "اللاحق ينسخ السابق"<sup>1</sup>. ومن أهم المواضيع التي طُرِحَت للنقاش حول مدى وجوب خضوعها للشهر من عدمه هي دعوى الشفعة، إذ أن تطور النقاش حول ذلك عرف موقفين يرى الأول بعدم وجوب الشهر على خلاف الثاني الذي يستوجب ذلك.

فبالعودة للموقف الأول نجد أن للمحكمة العليا قرارات جاء فيها: "من المقرر قانونا أنه يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي، يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا..."<sup>2</sup>، ورفضت تصنيف هذه الدعوى ضمن الدعاوى الواجبة الشهر إذ جاء في قرارين لها: "لا تدخل دعاوى الشفعة ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة: 85 من المرسوم رقم: 76-63، وما دام القرار المطعون فيه برفض الدعوى الطاعنة شكلا بسبب عدم شهر عريضة دعوى

<sup>1</sup> ومثال ذلك ذكر الواقف لشروطين متعارضين يُعمل بالمتأخر منهما لأنه ناسخ للأول، ينظر: محمد أمين (الشهير بابن عابدين)، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض ج 06، دار عالم الكتب، السعودية، 2003، ص 663، وحول هذه المسألة تنص المادة 519 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية: "قصول الكتب تُؤوّل بعضها ببعض بأن يعطى لكل منها المعنى الذي تقتضيه، وإذا تناقضت الفصول كان العمل بالمتأخر في نسق الكتابة"، ينظر: الأمر المؤرخ في 15 ديسمبر 1906، الرائد التونسي ملحق عدد 100 بتاريخ: 15 ديسمبر 1906، المعاد تنظيمه بالقانون عدد 87 لسنة 2005، المؤرخ: 15 أوت 2005، الرائد الرسمي عدد: 68، المؤرخ: 15 أوت 2005.

<sup>2</sup> المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم: 33030، قرار بتاريخ: 1985/10/02، المجلة القضائية، العدد: 04، 1989، ص 64-67، وكذلك الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 130337، قرار بتاريخ: 1995/01/10، المجلة القضائية، العدد: 01، 1995، ص 194-197، والغرفة المدنية، ملف رقم: 186433، قرار بتاريخ: 1999/06/16، المجلة القضائية، العدد: 01، ص 111.

الشفعة فإنه أخطأ في تطبيق مقتضيات المادة المشهورة<sup>1</sup>، معللا ذلك: "وحيث فضلا عن ذلك فإن المشرع وفي مجال المحافظة العقارية والسجل العقاري إنما اختار النظام العيني لا الشخصي، ومن هنا فإن حلول الشفيع محل المشتري في حق تثبيت حق الشفعة ليس من طبيعته التأثير على فحوى العقد المشهر ذاته من حيث البيانات الخاصة بالعقار أو الحقوق العينية المترتبة عنه كما هو الشأن بالنسبة للدعاوى التي خصتها بالذكر المادة 85 أعلاه"، وهو ما يعني التصريح بالرغبة في الشفعة يستند لعقد مكتوب يودع فقط على مستوى أمانة الضبط على مستوى المحكمة المتواجد بها العقار.

أما الموقف الثاني فيرى بوجود شهرها ففي مضمون أحد قرارات المحكمة العليا ذهبت إلى القول: "أن المؤدى من المادة 801 من القانون المدني، هو اشتراطها لوجوب تسجيل عقد طلب الشفعة وإشهاره، حتى يكون صحيحا من الناحية الإجرائية، وأن القضاة برفضهم لدعوى الشفعة المقامة من الطاعنين بسبب عدم احترامهم لهذه الإجراءات فقد طبق القانون تطبيقا سليما"<sup>2</sup>، وهو ما تجسد في قرار آخر لها جاء فيه: "التصريح بالرغبة في الشفعة غير المشهر، المحرر من طرف موثق مخالف للقانون"<sup>3</sup>.

وقد أوردت المحكمة العليا قرار يشكل الأساس الذي على أساسه وجوب الشهر في هذه المسألة إذ جاء فيه: "استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مجال الشفعة على أن مصطلح التسجيل مُستعمل في بعض مواد القانون المدني بمعنى مصطلح الشهر"<sup>4</sup>، ولذلك فإنه: "لا حجية لتصريح بالرغبة في الشفعة غير مسجل ومشهر".

ويتجلى التعقيد في قرار لا حق لهذه القرارات جاء فيها العودة من النظام المطلق لشهر الدعوى المنصوص عليه في المادة 17 إلى النظام المقيد (الطائفي) فبينما نص قرار على عدم شهر العريضة المرفوعة أمام القسم العقاري في حالة عدم تعلق موضوعها ب (دعاوى الفسخ أو الإبطال أو تعديل أو

<sup>1</sup> المجلس الأعلى، الغرفة العقارية، ملف رقم: 194437، قرار بتاريخ: 2000/04/26، المجلة القضائية، العدد: 01، 2000، ص 156-160.

<sup>2</sup> المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 76678، قرار بتاريخ 1991/12/24، المجلة القضائية العدد 01، 1993، ص 69-71.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 0859091، قرار بتاريخ 2014/07/10، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2014، ص 323-326.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 698546، قرار بتاريخ 2012/02/09، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2012، ص 381-385.

نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها)<sup>1</sup>، واستخرج تبعا لذلك دعوى الشفعة من دائرة الدعاوى التي استوجب نشرها معللا ذلك بعدم دخولها ضمن أحكام المادة 519 حيث نصت على: "لكن كان على القضاة مراعاة ومقارنة دعوى الشفعة بالحالات المنصوص عليها في المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتبارها لا تدخل ضمن تلك الحالات المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر، ولما قضوا بوجوب شهر العريضة الافتتاحية يكونون قد خالفوا نص المادة المذكورة الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>،

وأما موقفنا من ذلك فهو الميل لإشهارها؛ فالشفعة رخصة تهدف لحلول الشفيع محل المشتري مما قد يغير في شخص المالك، ما يعني وجوب شهرها لإعلام الكافة بوجود منازعة حول مركز المالك الجديد بين ممارس حق الشفعة وبين المشتري، فأشهارها ينبئ المشتري الثاني أن ثمة منازعة قد تخل بمركزه في حال الحكم بالشفعة لمستحقها، وهو ما يجعله يتعاقد عن بصيرة.

كما أن الشهر هو الذي يعيد الحق لحالته الساكنة من خلال شهره في الأجل الذي حددته المادة 99 من المرسوم التنفيذي 63/76، والمقدر بشهرين من اليوم الذي صار فيه الحكم نهائيا، وذلك تحت طائلة العقوبات المقررة في ذات المادة، والمقدرة ب غرامة مدنية قدرها 100 دج تكون إما على عاتق محرري العقد المشار لهم في المادة 90 (ومنهم الموثق...)، أو على أصحاب الحق الجدد نتيجة عدم لجوئهم لمكتب التوثيق لطلب إشهار عقودهم.

### الفرع الثاني: التداخل الموضوعي

تشكل الملكية والحيازة الميدان الخصب للتداخل الموضوعي العقاري؛ ولذلك سنعمل على بيان ذلك سواء في القضاء المدني أو القضاء الجنائي:

#### (أولا) التداخل الموضوعي في القضاء المدني:

ونظرا للخلط الناتج عن التداخل بينهما كان لزاما علينا محاولة وضع معايير للتمييز بينهما لما لذلك من أهمية في أعمال القواعد القانونية المناسبة لكل منهما، ويمكن لنا أن نصوغ هذه المعايير على النحو التالي:

<sup>1</sup> القرار هنا متعلق بالمطالبة بالطرد من الأماكن المبنية على قطعة فلاحية، المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 659801، قرار بتاريخ 2011/07/14، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2012، ص 179-183.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0783143، قرار بتاريخ: 2013/07/11، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2014، ص ص 346-349.

(01)\_ معيار التكيف: ويقصد به الطبيعة القانونية لكل من الحيابة والتقدم فبينما تمثل الأولى واقعة تقوم على ركنين مادي ومعنوي، يتمثل الثاني في كونه سبب للتملك أي أن الحديث عن دعوى يراد بها إثبات التقدم المكسب في المجال العقاري إنما هي وسائل في دعوى الملكية، وليس دعوى الحيابة. والتقدم كسبب من أسباب الملكية معترف به منذ القدم سواء في القانون الروماني<sup>1</sup> أو في الفقه الإسلامي، فقد جاء في مختصر الشيخ خليل<sup>2</sup>: "وبسماع فشا عن ثقات وغيرهم بملك لحائز متصرف طويلاً"، ومفاد ذلك أن الحيابة الطويلة (التقدم) سبب للملك<sup>3</sup>: وتأسيساً على ذلك فقد صدرت مجموعة من القرارات للمحكمة العليا، ومنها: "ولما كان من الثابت من أوراق الطعن أن قضاة الاستئناف لما اعتبروا تمسك الطاعن على مستوى الاستئناف بالتقدم المكسب طلباً جديداً هو قضاء غير صائب لأن الدفع بالتقدم المكسب في مواجهة دعوى الملكية إنما هو دفاع في الدعوى الأصلية يمكن إثارته أمام قضاة الموضوع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى"<sup>4</sup>، كما اعتبرت في نفس القرار: "تعليق القضاة لقضائهم باستبعاد الدفع بالتقدم على أساس عدم جواز إتباع طريق الملكية هو كذلك غير سليم لأن التقدم هو طريق من طرق اكتساب الملكية، وليس بدعوى الحيابة حسب مفهوم المادة 413 من قانون الإجراءات المدنية، والمادة 817 من القانون المدني"<sup>5</sup>.

وهو نفس ما سارت عليه في قرار آخر: "إذا كان لا يمكن قانوناً التمسك بالحيابة في دعوى الملكية فإن التمسك بالتقدم يعد دفعاً بالملكية على اعتبار أن الحيابة في هذه الحالة سبب من أسباب اكتساب الملكية لاقترانها بالمدة الطويلة"<sup>6</sup>، وهو ما يعني أن التقدم دفع في الملكية، وليس في الحيابة.

<sup>1</sup> للإستزادة حول ذلك ينظر: محمد علي الأمين، التقدم المكسب للملكية في القانون اللبناني: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي القانونية، لبنان، 1993، ص ص 209\_217.

<sup>2</sup> له، مختصر الشيخ خليل، سبق ذكره، ص 211، وفي نفس المعنى: أحمد الدردير، المرجع سابق، ص 210.

<sup>3</sup> محمد بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق: محمد عبد السلام محمد، ط 01، دار الآفاق العربية، مصر، 2011، ص 89.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 205549، قرار بتاريخ: 2001/02/28، المجلة القضائية، العدد: 02، السنة: 2001، ص ص 263-268.

<sup>5</sup> تنص هذه المادة على: "يجوز لحائز العقار إذا فقد حيازته أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها ردها إليه فإذا كان فقد الحيابة خفية بدأ سريان السنة من وقت انكشاف ذلك،

ويجوز أيضاً أن يسترد الحيابة من كان حائزاً بالنيابة من غيره".

<sup>6</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 321463، بتاريخ 2005/10/12، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 03، 2010، ص ص 177-183.



**(02) لمعيار الفئة (المحل):** ويراد به جعل المحل الذي يمكن أن تَرَدَّ عليه الحيابة والتقاعد أساسا للتفريق بينهما، فبينما يمتد نطاق الحيابة لتشمل كل الأصناف العقارية، وهي الملكية الخاصة المشهورة وغير المشهورة بحسب ما ذهب له قرارات للمحكمة العليا، وكذلك الملكية الوطنية حيث جاء في قرار لذات الهيئة: "حيث أن القرار المنتقد قد قضى بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى على أساس أن الحيابة لا تجوز في الأملاك التابعة للدولة، وحيث أن هذا التأسيس خاطئ بحيث لا يوجد أي نص قانوني يتحدث على منع الحيابة في الأملاك العقارية التابعة للدولة...وعليه فالدعوى الناشئة من أحد الأطراف التي ترمي إلى حماية حيازته على أرض يستغلها تابعة للدولة دعوى صحيحة قانوناً"<sup>1</sup>، لاسيما أنها تستند إلى شهادة إدارية مما يمنحهم حق استغلالها والانتفاع بها بشرط عدم المساس بقواعد التقادم المكسب إذ أن "حكم القاضي المتضمن حماية الحيابة في أملاك الدولة لا يكرس أي حق ملكية للحائز، والأثر الوحيد الذي يربته هو حماية الحيابة"<sup>2</sup>.

وهو ما أكدته في قرارات لاحقة حيث جاء في القرار الأول: "ولكن حيث يتبين من عناصر الملف أن المدعية المستأنفة عليها لم تتمسك بالحيابة تجاه الدولة مالكة الأرض بل تمسكت بحيابتها تجاه الغير الذين حسب مزاعمها تعرضوا لها في حيازتها بدون وجه حق"<sup>3</sup> فإنه "كان على القضاة تطبيق مقتضيات المادة 822 ق م وتحديد من له الأفضلية من خلال تقدير الأدلة المتمثلة في الحيابة المادية والوثائق المثبتة للحيابة"، وهو نفس ما توصلت له في قرار ثان من خلال إجازة الدفع بحيابة أراضي الدومين الخاص للدولة في مواجهة الغير بشرط عدم وجود الدولة كطرف في النزاع"<sup>4</sup>.

وهذا الحكم يشمل الأراضي المسماة عرش إذ بينت المحكمة العليا أن: "طبيعة القطعة الأرضية كأرض عرش لا تمنع من ممارسة حق الانتفاع مع السماح للحائز باللجوء باستعمال دعاوى الحيابة

<sup>1</sup> المجلس الأعلى، الغرفة العقارية، ملف رقم: 181645، قرار بتاريخ 1998/06/24، المجلة القضائية، العدد: 01، 1999، ص 72-75.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 277874، بتاريخ: 2004/10/13، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2004، ص 299\_304.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 196049، بتاريخ 2000/04/26، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 02، 2004، ص 289\_293.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 483406، بتاريخ: 2008/11/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2009، ص 219\_222.

متى تعرض له الغير في ممارسة حيازته"<sup>1</sup>، وهو الذي كرسته في قرار آخر جاء فيه أن: "إدراج أرض "العرش" ضمن الأملاك الخاصة للدولة، طبقاً لنص المادة 13 من الأمر 26\_95 والمتمم للقانون 25\_90 المتضمن قانون التوجيه العقاري، دون إقامة حائزها دعوى منع التعرض في مواجهة الغير"<sup>2</sup>، ومن الناحية المنطقية لا يتصوّر الاعتراف بوسيلة حماية المركز القانوني إلا بعد الاعتراف بآلية تجسيد ذلك المركز، وهي الحيازة.

كما أن الوقف لا يخرج عن هذا الاستثناء حيث يمكن حيازته بغية استثماره وفقاً للطرق المستحدثة في تعديل قانون الأوقاف لسنة 2002، إذ تنص المادة 26 مكرر منه على: "يمكن أن تستغل وتستثمر وتتمى الأملاك الوقفية بتمويل ذاتي أو بتمويل وطني أو خارجي مع مراعاة القوانين والأنظمة المعمول بها"، وحدد في المواد التالية لها مجموعة من العقود التي تفعل هذا الاستثمار، ومنها: عقد المزارعة، وعقد المساقاة، وعقد الحكر، وعقد المرصد، وعقد المقاول، وعقد المقايضة، وبطبيعة الحال فلا يمكن لذلك أن يتم إلا بالحيازة (القبض).

وعلى خلاف ذلك فإن التقادم مقيد بأصناف معينة، وباستجلاء النصوص التي نُصّ فيها صراحة على طائفة العقارات الممنوع خضوعها للتقادم المكسب، سجد الأملاك الوطنية بشقيها العام والخاص<sup>3</sup> إذ تنص المادة 689 ق م "لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم..."، وأكد المشرع على ذلك من خلال تعديل قانون الأملاك الوطنية<sup>4</sup>، حيث جاء في المادة 02/04 على: "الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف فيها وللتقادم ولا للحجز..."، وجاء في الفقرة الثالثة (03) من نفس المادة "الأملاك الوطنية الخاصة غير قابلة للتقادم ولا للحجز ما عدا المساهمات المخصصة للمؤسسات

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 218221، بتاريخ: 2001/10/24، المجلة القضائية، العدد: 02، 2002، ص 365\_369.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 239797، بتاريخ 2003/02/19، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 03، 2010، ص 97\_101.

<sup>3</sup> على عكس القضاء المصري الذي يجيز التقادم المكسب في أراضي الدولة الخاصة، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض: أن مفاد نص المادة 970 من التقنين المدني المعدل بالقانون 147 لسنة 1957 أنه لا يجوز تملك أموال الدولة الخاصة أو كسب حق عيني على هذه الأموال بالتقادم، إلا إذا ثبت وضع اليد عليها المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائطها القانونية في تاريخ سابق على العمل بالقانون 147 لسنة 1957، وكان يشترط لكسب ملكية العقار بوضع اليد المدة الطويلة وفقاً لما تقتضي به المادة 968 من القانون المدني أن يستمر وضع يد الحائز لمدة خمس عشرة سنة مرقوناً ببنية التملك وأن يكون مستمراً وهدأً وظاهراً غير غامض، ينظر: الدوائر المدنية، الطعن رقم 723 لسنة 85 قضائية، جلسة 2021/06/21.

<sup>4</sup> القانون 08-14، سبق الإشارة إليه.

العمومية الاقتصادية..."، وحظره كذلك في الوقف العام قياساً<sup>1</sup> على كونه يستهدف تحقيق مصلحة عامة، ولذلك مددت له الحماية المقررة للأموال العامة من خلال عدم قابليتها للتقادم، أما الوقف الذري (الخاص)، فقد أجازت فيه ذلك بحيث أنه لا نص يمنع ذلك صراحة<sup>2</sup>.

**(03) معيار الزمن:** ويُنْتَعَى به الزمن كمعيار لحماية المراكز القانونية الناتجة عن الحياة والتقادم<sup>3</sup>، وهو من الأمور التي تخضع لقاعدة تغليب الأحوال التي قضى بها أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ومقتضاها العمل بالعادة والعرف المستمر، فالذي يتصرف في مال ما كتصرف المالك الزمن الطويل فإن دلالة العادة أنه مالك، وكذلك الحال للذي يترك ماله مدة طويلة دون المطالبة أو الاعتراض فدلالة الحال أنه تنازل عنه أو أسقطه<sup>4</sup>.

وهو الذي انعكس على تشكيل المعيار الزمني فالحياة بمعناها المادي تكفي مدة سنة لتقريرها، وبسط الحماية لها بصريح المادة 818 ق م، أما التقادم فالزمن يتراوح بين 10 سنوات حتى 36 سنة، فإذا وقعت الحياة على عقار أو حق عيني عقاري، وكانت مقترنة بحسن النية، ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم تكون عشر (10) سنوات<sup>5</sup>، وترتفع المدة لخمس عشرة سنة (15) في حال

<sup>1</sup> لجأت المحكمة العليا هنا للقياس، فالمقاس هو الوقف العام، والمقاس عليه هي الأملاك الوطنية، وعلّة القياس هو: تحقيق المصلحة والمنفعة العامة، فتوفرها مدد أحكام الحماية المقررة للأملاك العامة.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 1179721، قرار بتاريخ 2018/10/11، قرار منشور على موقع المحكمة العليا: <http://www.coursupreme.dz> تاريخ الإطلاع: 2021/12/28

<sup>3</sup> ولا بد هنا أن نبين الأمر من الناحية الشرعية المخالفة، والتي لا تجيز التقادم، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية: "المقرر في قضاء محكمة النقض أن الأصل في الشريعة الإسلامية أن الأموال المملوكة لا تكتسب ملكيتها بوضع اليد عليها مهما امتد في الزمان، ولكن الفقهاء رأوا أن وضع اليد مدة طويلة يدل بحسب الظاهر، ووفقاً لما سار عليه العرف وجرت به العادة، على أن واضع اليد هو المالك مادامت يده هادئة لم ينازعه أحد فيها، فتكون الدعوى عليه في هذه الحال مما يكذبه الظاهر، ويفيد أن مدعيها مبطل فيها وكل دعوى هذا شأنها لا تسمع سداً لباب التزوير وقطعاً للدعوى الباطلة... وعلى ضوء ذلك فالقضاة ممنوعون من سماع الدعوى التي مضى عليها خمس عشرة سنة مع تمكن المدعى من رفعها وعدم العذر الشرعي له في عدم إقامتها إلا في الإرث والوقف فإنه لا يمكن من سماعها إلا بعد ثلاث وثلاثين سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعي، وهذا كله مع إنكار للحق في هذه المدة"، محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم 6130 لسنة 82 قضائية، جلسة 2013/05/15.

<sup>4</sup> : محمد علي الأمين، المرجع السابق، ص732، وكذلك: هامش رقم 5 ص 732 من المرجع نفسه، وكذلك: المادة 47 معاملات إماراتي: "استعمال الناس حجة يجب العمل بها"، والمادة 46: "العادة محكمة وتعتبر كذلك إذا طردت أو غلبت"

<sup>5</sup> ينظر المادة 828 ق م ج، وهي نفس المدة في المادة 02/1158 ق مديني عراقي، و م 931 ق م م العماني، أما الإماراتي فقد حددها بسبع (07) سنوات في المادة 1318 ق م م، إ، التونسي، لا مقابل لها في القانون الكويتي، و م 931 ق م م العماني. وتقدر هذه المدة في ق م م الذي أقرها بخمس سنوات، ووجب الإشارة هنا أن القانون العماني قد نص في تعديله الجديد لقانون الأوقاف قد نص على: "لا يجوز تملك الأوقاف بوضع اليد أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم أو التصرف فيها، ويعاقب كل من يخالف ذلك

الافتقار للسند والنية الحسنة<sup>1</sup>، إذ تنص المادة 827 ق م على: "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً كان أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو خاصاً به صار له ذلك ملكاً إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع"، كما نصت المادة 699 ق م "إن حيازة الممر الذي يستعمله صاحبه لمدة خمسة عشرة (15) سنة يعد بمثابة سند ملكية للارتفاق، ويصبح تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله..."، وتصل لثلاث وثلاثين سنة (33) إذا تعلق الأمر بالحقوق الميراثية<sup>2</sup>.

أما الوقف فإن المشرع لم ينص على زمن محدد لذلك، وهو ما جعل القضاء يتصدى لهذا الفراغ التشريعي مستأنسا بالأقوال السائدة في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان (رحمه الله)، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا: "ومن ناحية أخرى فإن المذهب الحنفي، وإن يجز التقادم في الحبس إلا أنه لمدة تتراوح بين 33 سنة إلى 36 سنة، وهذه المدة غير مقررة في هذه القضية... أي قرابة 29 سنة، بل ولا تنطبق هذه المدة حتى على القانون القديم الواجب التطبيق في هذه القضية، والذي يشترط 30 سنة للتمسك بالتقادم المكسب"<sup>3</sup>، غير أنه وبالعودة لأراء السادة الحنفية في هذه المسألة وجدنا أنها تشمل المدد الثلاثة<sup>4</sup> المذكور في القرار، وليس فقط المدتين المصرح بها من قبل المحكمة العليا.

فالنصوص واضحة ولا لبس فيها إذ إن تحقق شروط التقادم المكسب سواء المنصوص عليها في القاعدة العامة، أو في الاستثناء المقلص في حال توافر السند الصحيح، أو في الاستثناء الممدد في حال الحقوق الميراثية، وكذلك الحبوس (الأوقاف) يجعل من الشخص الذي حقق هذه الشروط مالكا واقعياً، بل وفي حالة الارتفاق مالكا قانونياً مادام المشرع قد سَير التقادم بمثابة سند ملكية له، وذلك قابل للإثبات بكل الطرق الممكنة.

<sup>1</sup> أو يتعدى على الممتلكات الوقفية بالسجن مدة لا تتجاوز سنة، وبغرامة لا تزيد على (1000) ألف ريال عماني، أو بإحدى هاتين العقوبتين"، ينظر: المادة 52 من المرسوم السلطاني رقم 2013/54 المتعلق بتعديل بعض أحكام قانون الأوقاف.

<sup>2</sup> وهي نفس المدة في المقررة في المادة 01/1158 ق مدي عراقي، و934 كويتي، و 1317 معاملات إماراتي، و أما المشرع العماني فقد فرق بين المنقول والعقار فحدد التقادم في الأول 15 سنة، والثاني ب 10 سنوات.

<sup>3</sup> ينظر المادة 829 من القانون المدني الجزائري.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 157310، قرار بتاريخ 1997/07/16، المجلة القضائية، العدد: 01، السنة: 1997، ص 34.

<sup>5</sup> بالنسبة لمدة 36 سنة ينظر: المادة 1662 من مجلة الأحكام العدلية، والتي تنص: "وإن كانت في عقار الوقف فللمتولي أن يدعيها إلى ست وثلاثين سنة"، وهي المدة المنصوص عليها في م 01/933 ق معاملات مدنية العماني، أما بالنسبة لمدة 33 سنة فينظر م 1319 ق م إذ أن عدم سماع دعوى أصل الوقف ودعوى الإرث نفسها، وأما المدد الثلاثة معا فينظر: محمد سليم العشتاوي، جواهر الروايات ودرر الدرايات في دعاوي والبيانات، ط 01، المطبعة العامرية الشرقية، بدون بلد نشر، 1319 هـ، ص 25.

غير أنه وجب التنبيه لأمر جوهري يختلف فيه الفقه الإسلامي عن المشرع الجزائري فهذا الأخير لا يفرق بين علم صاحب الملك بالحياسة المؤدية للملك من عدمه فقد جاء في قرار للمحكمة العليا: "وحيث أن المادة 827 ق.م المطبقة في دعوى الحال لا تشترط جهل المالك الحقيقي للأرض موضوع التقادم المكسب، ويكفي أن حياسة الحائز تدوم المدة المذكورة في المادة 827 ق.م وأن المالك الأصلي للأرض لم يقيم بأي إجراء من شأنه وقف حياسة الحائز"<sup>1</sup>، كما أنه لا يقيم للأعداء التي تحول دون حماية فعلية للحياسة وزنا، فالظروف الأمنية لا تشكل \_حسب المحكمة العليا\_ مانعا لرفع الدعوى<sup>2</sup>، فهي بذلك تقرر أنه يجب على مدعي حق أو مركز قانوني معين حمايته في جميع الحالات، وتحت كل الظروف.

أما الفقه الإسلامي (المالكي خصوصا)<sup>3</sup> فيميز بين حالتين فالأولى هي علم المدعي لتحقق تمام الملك<sup>4</sup>، واستغنى عن العلم اليقيني بالحضور، وجعل منه حجة لرفض سماع دعواه بعد مرور عشر سنوات أي أنه إذا حاز (أ) عقارا في حضور (ب) وعلمه أن (أ) يتصرف فيه وينسبه لنفسه دون أن يعترض على ذلك ثم يرفع دعوى بعد عشر (10) سنوات للمطالبة بملكته فإن دعواه لا تسمع لأن واقع الحال وظاهره يكذب إدعائه، وبالتالي يصبح اعترافا بملكية (أ) للعقار، وهذه وقد وضع السادة المالكية هذه المدة بناء على حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "من حاز شيئا عن خصمه عشر سنين فهو أحق به"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 199710، بتاريخ 2000/07/26، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 02، 2004، ص ص 202\_205.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 468236، بتاريخ 2008/10/15، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 03، 2010، ص ص 102\_106.

<sup>3</sup> وهو الذي أخذت به مدونة الحقوق العينية المغربية إذ تنص المادة 250 على: "إذا حاز شخص أجنبي غير شريك ملكا حياسة مستوفية لشروطها، واستمرت دون انقطاع عشر سنوات كاملة والقائم حاضر عالم ساكت بلا مانع ولا عذر فإنه يكتسب بحيازته ملكية العقار"، وكذلك المشرع العماني في المادة 936 ق معاملات مدنية: "لا يسري التقادم المانع من عدم سماع دعوى الملك مادام قد حال بين صاحب الحق والمطالبة به عذر شرعي"

<sup>4</sup> ينظر: أبي الوليد الباجي الأندلسي، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق: محمد أبو الأجبان، ط 01، مكتبة التوبة، السعودية، ودار ابن حزم، لبنان، 2002، ص 152، محمد بن عاصم الأندلسي، المرجع السابق، ص 89، وأبي الحسن علي عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 02، ط 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998، ص 418، أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 212، وفي ذلك يقول الشيخ خليل: "وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع"، له، المرجع السابق، ص 215.

<sup>5</sup> عبد الله بن أبي زيد القيرواني، الرسالة في فقه الإمام مالك، دار الكتب العلمية، لبنان، ب س ن، ص 100، أبي الوليد الباجي الأندلسي، مرجع سابق، ص 153.

أما الحالة الثانية<sup>1</sup> فهي انتفاء العلم<sup>2</sup>، ومثال ذلك أن يكون الشخص غائبا، وكذلك العلم مع وجود العذر الذي يمنع المدعي من الإدعاء، ومثاله أن يكون الحائز حيازة طويلة شخص ذو سطوة فسلامة الشخص هنا حتما مقدمة على حماية ملكه.

#### (04) معيار الحماية:

يمثل هذا المعيار أثرا حتميا للمعايير السابقة إذ أن تبيان القاضي لطبيعة الواقعة المعروضة عليه بين كونها حيازة أو تقادما مكسبا (حيازة طويلة) سيسهل له إعمال الأثر الحماي المناسب.

وخلاصة المسألة أن تفاعل التشريعات وتداخل المواضيع يؤدي للتشابه<sup>3</sup>، وهو ما قد يؤدي إلى إسقاط أحكام على مواضيع غير التي صيغت لضبطها، وهو ما قد يخل "بالتوقع المشروع والمعقول لأصحاب الحقوق لا سيما الملكية، وبالتالي يحرمهم من التمتع بالمزايا المترتبة عنها"<sup>4</sup>، وهو ما يشكل في مجمله خروجاً عن الأمن القانوني للحقوق العقارية، ودرءاً لذلك نقترح الجدول التالي، والمتضمن لمعايير التفرقة بين الحيازة (القصيرة)، والتقادم (الحيازة الطويلة):

#### الشكل رقم 01: جدول يوضح معايير التمييز بين الحيازة والتقادم

الفئة		معيار التمييز		
التقادم	الحيازة			
لا يمكن	يمكن	العامة	الأموال الوطنية	<b>المحل</b>
		الخاصة		
العامة		الأموال الوقفية		
الخاصة				
يمكن				

<sup>1</sup> ينظر: محمد بن عاصم الأندلسي، المرجع السابق، ص 90، أبي الحسن علي عبد السلام التسولي، ج 02، المرجع السابق، ص 425، و أبي الوليد الباجي الأندلسي، **فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام**، ص 153.

<sup>2</sup> وهو الذي أخذت به مدونة الحقوق العينية المغربية كذلك إذ تنص المادة 256 على: "لا يعتد بالحيازة:

01\_ إذا غاب المَحْوزُ عليه غيبة طويلة متواصلة، يفترض عدم علمه بحيازة ملكه إلى أن يثبت العكس.

02\_ إذا منع المَحْوزُ عليه مانع قوي من المطالبة بحقه كالخوف من الحائز لكونه ذا سلطة أو مستند إلى سلطة"

<sup>3</sup> محمد علي الأمين، مرجع سابق، ص 710.

<sup>4</sup> La Cour constitutionnelle Belgique Arrêt n° 48/2016 du 24 mars 2016.

		الأموال الخاصة	
10 سنوات +سند	سنة واحدة	<u>الزمن</u>	
15 سنة بلا سند			
33 سنة في الحقوق الميراثية			
36 سنة في الوقف			
سبب لحق ملكية	واقعة	<u>التكليف</u>	
دعاوى الملكية	دعاوى الحيازة	<u>وسيلة الحماية</u>	

المصدر: من إعداد الباحث بناء على استقراء النصوص القانونية والقرارات القضائية.

### (ثانيا) التداخل الموضوعي في القضاء الجنائي:

نظرا للأهمية التي يكتسبها العقار فقد أولاه المشرع حماية قانونية من خلال نص المادة 386 من قانون العقوبات<sup>1</sup>، والتي تنص على: "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من 2.000 إلى 20.000 دج كل من انتزع عقارا مملوكا للغير، وذلك خلصة أو بطريق التديليس"<sup>2</sup>، فرغم وضوح المصطلح الوارد في المادة، والمتمثل في عقار مملوك للغير فقد وقع خلاف قضائي في تفسير معناها، بين مضيق وموسع، وهو ما يجب توضيحه، وذلك على النحو التالي بيانه:

#### (01) الاتجاه المضيق لمفهوم الملكية:

وهو الذي يجعل تطبيق المادة 386 المشار لها أعلاه على توفر صفة المالك الحقيقي فقط، ف جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث أن تطبيق المادة 386 من قانون العقوبات التي تنوه على التعدي على الملكية العقارية للغير يشترط أن يكون الشاكي مالكا حقيقيا للعقار الذي جُرد منه عن طريق الخلصة أو التديليس مع التأكيد أن المشرع أراد من خلال مقتضيات هذه المادة ردع كل من اعتدى على ملك الغير، ورفض التخلي عن ذلك الملك العقاري بعد حكم نهائي وقع تنفيذه بكل طرق التنفيذ القانونية"<sup>3</sup>،

<sup>1</sup> قانون رقم 82-04 المؤرخ: 13 فبراير 1982 المعدل والمتمم للأمر رقم 66\_156 المؤرخ: 08 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 07، الصادر: 16 فبراير 1982.

<sup>2</sup> « Est puni d'un emprisonnement d'un (1) an cinq (5) ans et d'une amende de deux mille (2.000) vingt mille (20.000) DA quiconque, par surprise ou fraude, dépossède autrui d'un bien immeuble »

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 75919، قرار بتاريخ 05/11/1991، المجلة القضائية، العدد 03، 1993، ص ص 191-214.

وبناء على ذلك وصلت المحكمة العليا إلى خطأ القرار محل النقض في تطبيقه للمادة 386 سالفه الذكر لعدم إثبات ملكية الضحايا للقطع الأرضية موضوع المتابعة.

ومآل ذلك كله هو اعتبار ملكية العقار ركنا أساسيا لقيام الجريمة<sup>1</sup> المنصوص عليها في المادة 386 ق.ع، فغيابها يحول دون ثبوت هذه الجريمة مما يحول دون تفعيل الجزاءات المنصوص عليها سواء تعلق الأمر بالحبس أو بالغرامة المالية.

## (02) الاتجاه الموسع لمفهوم الملكية:

وهو الاتجاه الذي يرى "أن العبرة في تطبيق أحكام المادة 386 من قانون العقوبات ليست في تحديد من تعود إليه ملكية الأرض المتنازع عليها كما فهمه خطأ قضاة التحقيق على مستوى الدرجتين في قضية الحال بل أنها تكمن أساسا في تحديد المعتدي والمعتدى عليه من خلال الإجابة على سؤال بسيط ألا وهو من الشخص الذي كان يحتل الأرض ويستغلها بطريقة هادئة إلى غاية نشوب النزاع حول مسألة الملكية"<sup>2</sup>، فالمحكمة العليا تستوجب تحديد الشخص الذي كان يحتل الأرض لأن ذلك كفيلا بتحديد مركزه القانوني وأنه معتدى عليه، وأما الطرف الآخر فهو المعتدي مما يجعله تحت طائلة المادة 683 ق.ع، وهو ما أكدته في قرار آخر بنصها على أن: " جريمة التعدي على الملكية العقارية تقوم بمجرد وقوع انتزاع العقار خلسة أو بطريق التدليس، وذلك بغض النظر عن أمر ثبوت الملكية من عدمه الذي يرجع الفصل فيع إلى الجهات القضائية المختصة"<sup>3</sup>.

وغاية المحكمة العليا من ذلك هو تأكيدها لما قد جرى به قضاء ثابت لها ومستقر يتمثل في كون: "الحياسة الهادئة في حد ذاتها تمنح حقوقا مكتسبة للطرف المتواجد على الأرض محل النزاع، وهو ما يستوجب على الطرف الآخر الذي يدعي ملكيته السعي للحصول على حكم نهائي لصالحه يقضي بالطرد منها، وأن يقوم بتنفيذه طبقا للقانون، وإلا كان هو المعتدي إذا حاول استرجاع هذه الأرض بناء فقط على وثائق بحوزته"<sup>4</sup>، وذلك كله "لحد من التصرفات المخلة بالأمن العام، والمتمثلة في

<sup>1</sup> المجلس الأعلى، الغرفة العقارية، ملف رقم 52971، قرار بتاريخ 17/01/1989، المجلة القضائية، العدد 03، 1989، ص ص 236-239

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 246158، قرار بتاريخ: 03/09/2003، المجلة القضائية، العدد 01، 2003، ص ص 447-450.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، ملف رقم 203501، قرار بتاريخ: 26/07/2000، المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي لغرفة الجنج والمخالفات، عدد خاص، ج 01، ص ص 149-152

<sup>4</sup> المحكمة العليا، ملف رقم: 203501، قرار بتاريخ: 26/07/2000، سبق ذكره.



الاستيلاء على العقار محل النزاع خلسة أو بالعنف أو بطريقة التلبس تحت ذريعة عقد الملكية أو أي سند آخر موضوع جدل واختلاف، وما زال لم يتم تدعيمه بقرار قضائي نهائي قابلاً للتنفيذ<sup>1</sup>.

وهو ما يعني أن المحكمة العليا قد أعطت \_حسبها\_ مفهوماً صحيحاً وتمييزاً<sup>2</sup> لهذه المادة نقلتها من حماية الملكية حصراً، ووسعت فيها لتصل لتقرير مبدأ حماية الحياة، فصاغت بذلك مبدأ لها مضمونه أنه: "لا يجوز لأي شخص، حتى ولو كان له سند ملكية، التعدي على أرض في حياة شخص آخر، تطبيقاً لمبدأ حماية الحياة"<sup>3</sup>، وهو ما ثبته في حكم آخر إذ جاء فيه: "لا يقصد بعبارة العقار المملوك للغير الواردة في المادة 386 من قانون العقوبات ملكية العقار فقط، وإنما الحياة كذلك"<sup>4</sup>.

وهو ما جعلها (في نفس القرار) ترفض المسلك الذي تَبَعَهُ قضاة الموضوع برفض إدانة المتهمين نظراً لغياب سندات للملكية تثبت صفة الشاكي، فجاء في رد المحكمة العليا على الوجه المثار على أساس هذه النقطة: "لكنه بخلاف هذا التأسيس الذي اعتمده قضاة الموضوع فإن المشرع لا يقصد بعبارة العقار المملوك للغير الواردة في المادة 386 من قانون العقوبات الملكية القانونية للعقار أي امتلاك الشاكي لمستندات تثبت أنه المالك القانوني للعقار بل تكفي الحياة، وذلك بأن يكون الشاكي حائزاً للعقار، وأن لا يستظهر المشتكي ضده بأية مستندات أو أدلة تثبت خلاف ما يدعيه الشاكي".

وخلصت إلى كون قرار قضاة الموضوع مشوب بمخالفة القانون والقصور في الأسباب نظراً لوقوفهم في النقاش عند اعتبار الشاكي غير مالك للعقار ملكية قانونية، وإفادة المتهمين بالبراءة على هذا الأساس، ودون التوسع في مفهوم عبارة ملكية الغير، رغم كون الشاكي هو الحائز، وكون المتهمين قد اعتدوا على الأرض (العقار) بالاستيلاء عليها والقيام بغرسها، وخدمتها لأنفسهم".

وبتقدير هذا الاتجاه نجد أنه يشكل تعد على مبدأ الشرعية الجنائية، والذي يقتضي أن يكون النص الجنائي هو "الوعاء المحتوي للقاعدة الجنائية المحددة للسلوك الإجرامي، وهو ما يعني حصر الجرائم والعقوبات المقررة لها في القانون"<sup>5</sup>، وعدم منح صلاحية إنشائية للقاضي في الميدان العقابي، وهو مبدأ

<sup>1</sup> المحكمة العليا، ملف رقم: 246158، قرار بتاريخ: 2003/09/03، سبق ذكره.

<sup>2</sup> القرار نفسه، ص 450.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، ملف رقم 495925، قرار بتاريخ: 2009/01/06، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2009، ص ص 392-395.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، ملف رقم 511043، قرار بتاريخ: 2009/03/04، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2011، ص ص 329-332.

<sup>5</sup> عبد الرحمان خلفي، القانون الجنائي العام، ط 04، دار بلقيس، الجزائر، 2019، ص ص 147، 148.

صريح تضمنته المواثيق الدولية، وكُرس دستورياً، إذ تنص المادة 165 على أن: "القضاء يقوم على أساس مبادئ الشرعية والمساواة"، وفي مادة أخرى "تخضع العقوبات لمبدأي الشرعية والشخصية"<sup>1</sup> كما فُعلَ بموجب المادة الأولى من قانون العقوبات، والتي تقضي أن "لا جريمة، ولا عقوبة، ولا تدابير أمن إلا بنص" على أن يكون هذا النص "صادراً قبل ارتكاب الفعل المجرم"<sup>2</sup>، وعلى أن يكون واضحاً وقابلًا للوصول إليه، وذلك لتحقيق الأمن القانوني المنصوص عليه في المادة 04/34 من التعديل الدستوري.

وبتطبيق المواد المشار إليها أعلاه يتضح أن هذه المادة تعوزها الدقة المفاهيمية التي تحقق الأمن المفاهيمي للنص لجعله متاحاً للكافة، مُتَّفَقاً على تفسيره لا سيما أن مبدأ الشرعية يقتضي التفسير الضيق للنص<sup>3</sup>، والتحرز (الاحتياط) قدر الإمكان من التوسع في معانيه، فمثلاً يجب على المحكمة أن تبنى إدانتها على أساس الجرم واليقين استناداً إلى الوقائع التي يثبتها الدليل المعتبر لا على مجرد الظن والتخمين<sup>4</sup>، فإن أساس الإدانة والمتمثل في النص القانوني يجب أن يكون مرتكزاً على مصطلحات حقيقية لا على مصطلحات افتراضية.

وزيادة على ذلك فإن قانون العقوبات من أكثر القوانين تعديلاً، وكان يمكن تعديل النص وفق صياغة واضحة مثل صياغة الفصل 570 من مدونة القانون الجنائي المغربي إذ تنص صراحة على: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر، وغرامة من مائة وعشرين إلى خمسمائة درهم من انتزاع عقارا من حيازة غيره خلسة أو باستعمال التدليس"، والحيازة هنا تشمل نوعيها المادية والقانونية بحسب ما كرسه المجلس الأعلى للقضاء المغربي إذ نص على أنه: "يكفي لقيام جريمة انتزاع عقار في ملك الغير أن تتوافر للمشتكي الحيازة التي تفيد وضع اليد، ولا تشترط الحيازة بالمفهوم الذي تثبت به الملكية"<sup>5</sup>، وحصراً في الحيازة الفعلية بنصه على: "إن الفصل 570 من ق ج وضع لحماية حائز العقار حيازة مادية فعلية، وعدم ثبوت الحيازة لدى الطرف المشتكي يجعل هذا الأخير غير مشمول بالحماية التي يذكرها الفصل المذكور"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ينظر المادة 165 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

<sup>2</sup> ينظر المادة 43 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

<sup>3</sup> عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص 154.

<sup>4</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر الجنائية، الطعن رقم: 23981 لسنة 86 قضائية، بتاريخ: 2017/02/01.

<sup>5</sup> حسن البكري، الحماية القانونية لحيازة العقارات في التشريع الجنائي المغربي (حكم وتعلق)، ط 01، مكتبة الرشاد، المغرب، 2001، ص 06.

<sup>6</sup> المرجع نفسه، ص 09.

### المبحث الثاني: أثر حيوية التشريعات العقارية

إن الخصوصية التي تكتسبها التشريعات العقارية، تجعلها متميزة عن التشريعات الأخرى؛ مما يرتب أثراً لذلك، سواء على مستوى الفاعلية من خلال تحقيقها للدور الموضوعية لأجله (المطلب الأول)، وكذلك على مستوى تراحم هذه القوانين نظراً للتضخم الذي تولده (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: انحسار فاعلية التشريعات العقارية

يتميز القانون بأنه ذو طابع مزدوج؛ إذ يتشكل من البُعد المثالي المرتبط بتصوير القاعدة القانونية، ومدى خضوعها للإجراءات التي يجب أن تُصَدَّرَ وَفَّقَهَا، وهو ما يعرف بصلاحيته التشريعية (الفرع الأول) والبُعد الواقعي الذي يمثل الجانب التطبيقي له، وهو ما يسمح بمعرفة فعالية القانون (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: قياس صلاحية التشريعات العقارية

إن تحديد المعنى الذي تنصرف له الصلاحية تعترضه مشكلات راجعة للسياق التفاعلي الذي يتموقع فيه؛ إذ أنه يخضع لتجاذبات ثنائية بين الفواعل غير القانونية كالأخلاق والقيم...، وبين الفواعل القانونية المجردة (الخالصة)<sup>1</sup>، ولذلك سنحاول تعريفه وفقاً لهذه الأخيرة، ونحدد أهم التطبيقات المُنْمَدَجَة له.

#### (أولاً) مفهوم الصلاحية:

إن قياس صلاحية شيء معين يقتضي تحديد المرجع الذي على أساسه يتم القياس، والمتمثل في النظام القانوني ككل، ووفقاً لذلك يقصد بالصلاحية: "مدى الملائمة الإجرائية والموضوعية لقاعدة معينة ضمن مجموع النظام القانوني السائد"<sup>2</sup>، كما تعرف بأنها: "عملية توصيفية تهدف إلى تقييم خضوع القاعدة للمعايير المقررة لها في المسار الممتد من الاقتراح إلى الصدور"<sup>3</sup>، وهناك من يعرفها بأنها<sup>4</sup>: "التزام يقتضي خضوع صناع القانون بإنتاج هذا الأخيرة وفقاً للقواعد المقررة دستوريا"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Rosco E. HILL, "legal validity and legal obligation", *The Yale Law Journal*, Vol: 80, N°: 47, 1970, (pp: 47\_75), p 48.

<sup>2</sup> Giovanni SARTOR, "Legal Validity: An Inferential Analysis", *Ratio Juris*. Vol: 21, N°: 2, 2008 (pp: 212-247), p 229.

<sup>3</sup> Rosco E. HILL, *op cit*, p 49, 50.

<sup>4</sup> Giovanni SARTOR, *op cit*, p 216, 219.

<sup>5</sup> إن الصلاحية بهذا المفهوم تجعله تشمل ثلاثة أبعاد للاختصاص؛ فالبعد الأول مكاني إذ أن القانون صالح فقط في حيز الجغرافي للدولة، والبعد الثاني زمني فتحقق الشرط الزمني ضروري لصحة القوانين مثل إصدار الأوامر في حالة العطلة البرلمانية أو شغور المجلس الشعبي الوطني، وبعد ثالث شخصي فلا يتوقع لرئيس الحكومة أو الوزير الأول التشريع بأوامر، راجع في ذلك المواد: 139 المتعلقة بالقوانين العادية، 140 المتعلقة بالقوانين العضوية، 142 المتعلقة بالأوامر، 143\_145 الخاصة بمسار ميلاد القانون

ومن جهتنا يمكن تعريفه باستعمال القياس، فالصلاحية تشبه شهادة مطابقة للقانون لمعرفة مدى خضوعه للقواعد الإجرائية (الشكلية)، والمنطقية (الموضوعية) في الفترة الممتدة من الاقتراح إلى السريان، وتقريرا عن ذلك يمكن تمييز نوعين من الصلاحية.

(ثانيا) أنواع الصلاحية القانونية: تقريرا للمفهوم المبين أعلاه يمكن تقسيم الصلاحية إلى نوعين،

وهما:

(01) الصلاحية الإجرائية: ويراد بها احترام مجموع الشكليات الواجب إخضاع القانون لها، والتي

تختلف باختلاف القانون، غير أنها تتفق في خضوعها لمبدأ التدرج الهرمي (التراتبية الكلسنية)<sup>1</sup>، ويمثل هذا المعيار تكريسا لدولة القانون، ومن الحالات التي تتجلى فيها عدم الصلاحية الإجرائية نجد المراسيم والتعليمات التي تجافي مبدأ تدرج القوانين، ويكفي هنا التدليل على ثلاث حالات بارزة:

فبالنسبة للمراسيم نجد المرسوم<sup>2</sup> المتعلق باستحداث وكالة متخصصة للمسح<sup>3</sup>، والتي منحها القانون الشخصية المعنوية لمباشرة أعمال المسح<sup>4</sup>، وقد جاء في المادة 02/31 منه المبينة لأثر استحداثها "انتهاء الصلاحيات التي تمارسها إدارة شؤون أملاك الدولة والأملاك العقارية في المجالات التابعة لمهام الوكالة وأهدافها كما هي محددة في المواد (04) إلى (10) من المرسوم، وفي ذلك مخالفة صريحة للمادة (05) من الأمر 74\_75 المتعلق بالمسح، والذي تنص مادته الخامسة على: "إن مهام إعداد مسح الأراضي والمحافظه عليه هي من اختصاص الإدارة المكلفة بشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية".

كما نجد مثالا آخر من خلال القرار الذي فعلت فيه المحكمة العليا هذا المبدأ عند موازنتها بين الأمر 74-75 وقانون الإجراءات المدنية، أين لم يتم التنصيص على شهر الدعاوى، والمرسوم التنفيذي 63\_76 الذي ينص عليه، فوجدت نفسها أمام حالة من تضارب القوانين فرجحت القانون الأسمى، واستبعدت الأدنى لعدم صلاحيته نتيجة مخالفته للمعيار الأعلى منه.

(اقتراح، مشروع قانون، تصويت، قراءة ثانية، اصدار..)، 153 و154 الخاصة بالمعاهدات، و190 وما بعدها والتي تبين مساهمة المحكمة الدستورية في الصناعة الدستورية.

<sup>1</sup> Dietmar von der PFORDTEN, "Validity in Positive Law: A Mere Summary Concept", *Law and Philosophy Library*, Vol: 122, (pp: 1\_18), p 10, 11.

<sup>2</sup> هذا المثال مشار له في: سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 109.

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي رقم 234\_89 المؤرخ 19 ديسمبر 1989 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي، ج ر عدد 54، الصادر 20 ديسمبر 1989، (ملغى).

<sup>4</sup> انظر المادة الأولى من نفس المرسوم.

أما من حيث التعليمات فالحالة الأولى تتمثل في التعليمات الوزارية المشتركة<sup>1</sup>، والمتعلقة بالتنازل عن الحقوق العينية العقارية للفلاحين بموجب القانون رقم 87\_19 المؤرخ في 08 ديسمبر 1987، والتي ألغيت سنة 2005<sup>2</sup>، وبموجبها تم تجميد القانون سالف الذكر إلى غاية إلغائه نهائياً بصدور القانون المتعلق بشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة<sup>3</sup>، ومكمن عدم الصلاحية هنا هو مخالفة مبدأ تدرج القوانين وقاعدة توازي الأشكال<sup>4</sup> التي تقتضي عدم إلغاء أثر قانون إلا بقانون يساويه أو يفوقه في القوة، وفي هذا السياق اعتبرت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء دور التعليمات يقتصر على "تأويل أو تفسير التشريعات والتنظيمات القائمة أو التذكير بالقواعد الموجودة، وكيفية تطبيقها..<sup>5</sup> لتصل إلى "أنه متى أضاف مقتضيات جديدة أعتبر متجاوزاً لمجال التأويل والتفسير مما يجعل مُصدِرَها متجاوزاً لصلاحيته".

وتتجلى الثانية في ابتداع وضعيات غير منصوص عليها تشريعياً، والمتمثلة في: المناطق غير القابلة للمسح، والناجمة عن استبعاد مصالح مسح الأراضي لبعض المناطق من عمليات المسح العام للأراضي، مما يعني إعداد مخطط المسح ووثائق المسح الأخرى منقوصة من هذه المناطق، وهو ما جعل المدير العام للأملاك الوطنية يتدخل لانتقاد هذه التسمية لأي أساس قانوني أو تنظيمي، وكذا لترتيبها ضرراً على الملاك المفترضين للحقوق العقارية الواقعة داخل تلك المناطق نتيجة حرمانهم من آلية المسح، وبالتالي بقاء ملكياتهم بدون سندات ملكية<sup>6</sup>، ولعل السبب في استحداث هذه الفكرة يرتبط بالصعوبات المرتبطة بعملية المسح، والعوائق التي تعترضه، مما جعل الأعوان يختارون الحل الأسهل من خلال تصنيف هذه المناطق بكونها غير قابلة للمسح.

<sup>1</sup> تعليمات وزارية مشتركة رقم 07 بين وزارة المالية ووزارة الفلاحة والتنمية الريفية، المؤرخة: 2002/07/15، تتعلق بالتنازل عن الحقوق العينية العقارية للفلاحين بموجب القانون رقم 87\_19 المؤرخ في 08 ديسمبر 1987.

<sup>2</sup> تعليمات وزارية مشتركة بين وزارة المالية ووزارة الفلاحة والتنمية الريفية، المؤرخة: 2005/03/03، المتضمن إلغاء التعليمات الوزارية المشتركة رقم 07 سالفة الذكر.

<sup>3</sup> ينظر المادة رقم 34 من القانون رقم 10\_03، المؤرخ 15 أوت 2010 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 46، المؤرخ 18 أوت 2010.

<sup>4</sup> أو ما يعرف بقاعدة تقابل الشكليات، ينظر في ذلك: حسني درويش عبد الحميد، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، دار الفكر العربي، ب س ن، مصر، ص ص 467\_472.

<sup>5</sup> المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، حكم رقم: 954 بتاريخ: 2006/12/27 في الملف عدد 2006/716.

<sup>6</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأملاك الوطنية، مديرية عمليات أملاك الدولة والعقارية، مذكرة رقم 1800 و م ع أ و / م أ د ع / م ع، المؤرخة: 2008/02/25، والمعلقة بحالات "مناطق غير قابلة للمسح" وكيفية تسويتها.

وللخروج من هذه الحالة بين الأساس الذي يجب على ضوئه التكفل بها من خلال تطبيق المذكرتين رقم (2421) و م/م ع ا د ع ا م/ع ا م ع ا م المؤرخة في 2003/05/03، ورقم (4618) و م/م ع ا م/م ع ا د ع ا م/ع ا م المؤرخة في 2004/09/04 المتعلقةين بكيفية معالجة حالات العقارات المسجلة في وثائق المسح باسم "مجهول" نظرا لتشابه الحاليتين.

وتتجلى الحالة الثالثة في المذكرتين (4270) لسنة 2014<sup>1</sup> (3335) لسنة 2016<sup>2</sup> الصادرتين عن أملاك الدولة، واللتين تمنعان إشهار التصرف في حقوق عقارية مشاعة ضئيلة المساحة واقعة على أراضي فلاحية خاصة، وقد صدر قرار لمجلس الدولة يرفض فيها فحوى المذكرتين بنصه على: "أن المادة (90) من الأمر 63/76 تلزم المحافظ العقاري بشهر كل التصرفات الواردة على الحقوق العقارية الناقلة للملكية، وأن المادة (100) منه تحدد حالات الرفض على سبيل الحصر، وبذلك فليس للمحافظ التذرع بمذكرات إدارية لإصدار قرار الرفض باعتبارها لا ترقى لأن تعتبر أساسا قانونيا لرفض الإشهار، وبذلك فإن القرار [يقصد قرار رفض الإشهار] غير مشروع، وأن محكمة الدرجة الأولى لم توفق في إصدار حكمها، وعليه يتعين إلغاء الحكم والقضاء بإلغاء قرار الرفض الصادر عن المحافظ بتاريخ 2018/10/25، وبالنتيجة إلزام المحافظ العقاري لولاية الجزائر بإتمام إجراءات شهر العقد"<sup>3</sup>.

**(02) الصلاحية الموضوعية:** والتي تتجسد في مدى ملاءمة القواعد العقارية للمنطق القانوني السليم لبناء الأفكار والنظريات والحلول المصممة للنظام القانوني السائد، ويمكن قياسها وفق التوزيع الشبكي للقوانين إذ أن الصلاحية تقتضي انبساطها أفقيا لتشكيل نظام قانوني متناسق. ومن الأمثلة الدالة على عدم الصلاحية الموضوعية نجد تنظيم المشرع لموضوع مضار الجوار غير المؤلف، إذ نص في المادة (691) ق م ج على: "يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار"، إذ كَيْفَ المضار على أساس أنها تطبيق تبعية للتعسف في استعمال الحق رغم الفروق الجوهرية بينهما، والتي يمكن تمييز أربعة معايير فيها تتعلق ب:

<sup>1</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأملاك الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مذكرة رقم 4270 و م/م ع ا و، المؤرخة: 2014/04/21، المتعلقة بإشهار العقود المتضمنة التنازل عن حقوق مشاعة على أراضي فلاحية.

<sup>2</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأملاك الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مذكرة رقم 2235 و م/م ع ا و/م ك ع ا، المؤرخة: 2016/03/17، المتعلقة بإشهار العقود المتضمنة التنازل عن حقوق عقارية مشاعة على أراضي فلاحية.

<sup>3</sup> مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، رقم الملف: 1966660، قرار بتاريخ: 2022/02/24 (غير منشور).

**الموقع التشريعي** لكل منهما فبينما ضُمَّتْ نظرية التعسف في المادة (124) مكرر مدني متفرعة عن الفعل المستحق للتعويض، فإن مضار الجوار غير المألوفة تتموقع ضمن المادة (691) ضمن القسم المتعلق بالقيود الواردة على الملكية، مما يُفَرِّزُ عنه المعيار الثاني للتفرقة، وهو النطاق فالأولى عامة تتراخى لتشمل كل مناحي الحياة، وتتعدى القانون المدني إلى كل القوانين الأخرى بينما الثانية قاصرة على الملكية لا تتعدها إلى غيرها لكون الخطاب متعلقا بالملكيات المتجاورة.

وكذلك تتجلى التفرقة في **طبيعة الفعل** فمسؤولية الجار لا تقوم في التعسف إلا إذا ارتكب خطأ أثناء ممارسته لحقه، والمتمثل في إحدى فروض التعسف، وهي قصد الجار في الإضرار (تمحض الإضرار)، أو سعيه لتحقيق مصلحة لا تتناسب والضرر اللاحق بالجار (رجحان الضرر)، أو عدم مشروعية هذه المصالح، أما في المسؤولية القائمة على مضار الجوار غير المألوفة فإنه لا مجال للحديث عن الخطأ أو التعسف من جانب الجار محدث الضرر؛ لأنه يباشر حقه بقصد تحقيق مصلحة جديدة ومشروعة ولم يقصد إلحاق ضرر بجاره بل إنه أحيانا قد يبالغ في أخذ الإحتياطات المفروضة في اللوائح والأنظمة ورغم ذلك يقع الضرر<sup>1</sup>، ومثال ذلك المصانع الملوثة للبيئة فرغم كل الإحتياطات التي تبادر بها باحترام المعايير البيئية إلا أن الأضرار الناتجة عنها واقع لا محالة<sup>2</sup>، ورغم هذه الأضرار أمامنا إلا أنه لا يمكن إيقاف نشاط هذه المصانع لأنها تمثل نشاطا إنسانيا واقتصاديا يهدف لتحقيق المصلحة العامة.

وتتمة لهذه المعايير فإن الفرق يتضح أيضا من حيث مقدار الضرر حيث أن الضرر في التعسف يقيم المسؤولية مهما كان حجمه، وذلك باتفاق الفقه والقضاء<sup>3</sup>، على خلاف مضار الجوار التي تقوم على التسامح في مقدار معين من الأضرار حتى لا تُعَلَّ يد الجار في استعمال حقه بما يتلاءم والوظيفة الاجتماعية للعقار، أما إن تجاوز الجار هذا الحد فإن عليه أن يتحمل المسؤولية لأن مقتضيات العدالة تقتضي حماية الجار الآخر من الضرر الفاحش<sup>4</sup>، ومعايير تحديد الضرر غير المألوف تتعلق إما بالعقار

<sup>1</sup> عطا سعد محمد حواس، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الحوار: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص 333.

<sup>2</sup> أما في حال المخالفة فذلك قرينة لإقرار الضرر غير المألوف ففي قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "تعد من مضار الجوار غير المألوفة الأضرار اللاحقة بالبيئة الناجمة عن منشآت فلاحية مجاورة لمنطقة سكنية غير مراعية القوانين ذات الصلة"، الغرفة العقارية، ملف رقم: 443620، قرار بتاريخ: 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2008، ص ص 257-260.

<sup>3</sup> عطا سعد محمد حواس، المرجع السابق، ص 333.

<sup>4</sup> احمد خالد، حق الملكية: القيود الواردة عليه في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2018، ص ص 65-66.

في حد ذاته (طبيعته، موقعه، والغرض الذي أُعدَّ له)، وإما لأشياء خارجة عنه وتتعلق أساسا بالعرف السائد في المنطقة المتواجد فيها العقار<sup>1</sup>.

كما يمثل معيار **التعويض** أيضا أساسا للترقية بينهما باعتباره آلية فعالة للمحافظة على توازن المصالح داخل المجتمع، وذلك بالموازنة بين ردع المتسبب في الضرر، وبين تهدئة المضرور وإشباع حاجته بالشعور بالعدالة والحماية، ففي التعسف مادامت المسؤولية تقوم عن الأضرار مهما كانت ضئيلة فإن التعويض يقتضي أن يشملها كلها بإزالتها عينا متى كان ذلك ممكنا، أو يتم اللجوء إلى التعويض النقدي، ويتم تحديد التعويض على أساس المواد (182) (182) مكرر مدني وهي ما فات المضرور من ربح وما لحقه من خسارة، وقد يجتمع التعويض العيني والنقدي معا<sup>2</sup>.

وخلافا لذلك فإن **التعويض** في مزار الجوار لا يكون بإزالة الضرر نهائيا إنما برده إلى الحالة التي يصبح فيها مألوفًا، وذلك قد يقتضي استثناء إزالة الضرر نهائيا، أو التعديل فيه فقط، ومثال الأول غلق مصنع وسط حي سكني، أو هدم مدخنة، أو رفع آلة، ففي قرار حديث للمحكمة العليا نجد أنها أيدت حكما لقضاة المجلس الذين أمروا بتوقيف نشاط محل لدهن وطلاء السيارات استنادا إلى تقرير الخبرة الذي أكد تسببه في أضرار صحية لاحتواء مادة الدهن على مواد كيميائية من شأنها تلويث الهواء على نطاق واسع خارج المحل، بالإضافة إلى الضجيج الناجم عن عملية تصليح إطارات السيارات القديمة<sup>3</sup>، أما بالنسبة لتعديل مصدر الضرر فمثاله ما جاء في قرار المحكمة العليا بتأييد حكم لقضاة الاستئناف جاء فيه إلزام جار بتحويل مدخل بنايته عن مسكن المطعون ضده بسبب الضرر غير المألوف الذي يسببه، وذلك بعد معاينتهم للموقع وتحرير محضر بذلك<sup>4</sup>.

ومجموع هذه المعايير تلقفتها المحكمة العليا في قرار لها نصت فيه على أن: "قيام المسؤولية في مزار الجوار في حال تجاوز الحد المألوف في علاقة الجوار على أساس الضرر، وليس على أساس

<sup>1</sup> المادة 02/691 من القانون المدني الجزائري، وكذلك ملف الغرفة العقارية رقم: 506915، قرار بتاريخ: 2009/04/08، عدد خاص، ج 3، ص 349-352.

<sup>2</sup> ومثاله إعادة العامل المسرح تعسفا إلى عمله مع تعويضه عن الأضرار.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 1037565، قرار بتاريخ: 09 فيفري 2017، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2017، ص 257.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الغرفة المدنية، ملف رقم: 90943، قرار بتاريخ: 16 جوان 1995، المجلة القضائية، العدد: 01، 1995، ص 101.



إثبات الخطأ بمفهوم المادة 124 من القانون المدني<sup>1</sup>، وهو ما يبرز خصوصية مضار الجوار، وفق تكييف خاص يختلف عن المسند لها بموجب المادة (691) ق م ج.

### الفرع الثاني: تمظهرات الفعالية التشريعية

إن نشر النص القانوني يعتبر قرينة على فعليته أي صيرورته واقعا بعد استيفاء للشروط الإجرائية ذات الصلة غير أن فعليته ليست غاية، إنما يُرادُ به تحقيق الأهداف التي جاء من أجلها، ومعالجة الاختلالات الموجودة، ومن هنا جاءت فكرة فعالية التشريع، والتي يرى فيها *Kixsen* اكتمالا لمفهوم الصلاحية، والذي يقوم على الشرعية الإجرائية، وقوة التأثير الاجتماعية، فالقواعد غير المؤثرة هي قواعد ميةة ضمن النظام القانوني المتوقعة فيه<sup>2</sup>.

وانطلاقا من ذلك يمكن فالصلاحية تمثل العلاقة بين النية أو الهدف المُفترض الذي يسعى إليه واضع التشريع بداية، وبين النتائج المحققة<sup>3</sup>، كما أنها دلالة على قدرة الإجراء على تحقيق الأهداف التي يستهدفها القانون أو التي صممت السياسة العامة من أجلها<sup>4</sup>، مما يشير لدرجة التطابق بين الأهداف المستهدفة وبين النتائج المحققة<sup>5</sup>، وهو ما يجعل منها صفة القانون المطبق بالفعل<sup>6</sup>، والتي تطلق بناء على معرفة التفاعلات القائمة بين التشريع والواقع<sup>7</sup>، ولا يمكن تحقيق هذه المعرفة إلا من خلال "تقييم للآثار الملموسة للأدوات التشريعية ومدى انعكاسها على تغيير الواقع الاجتماعي<sup>8</sup> والاقتصادي"<sup>9</sup>، ونظرا

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 345069، قرار بتاريخ: 2006/04/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2006، ص ص 383-388.

<sup>2</sup> روبرت ألكسي، فلسفة القانون: مفهوم القانون وسريانه، ترجمة: كامل فريد السالك، ط 02، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص 46، وحسن مصدق، المرجع سابق، ص 132، وينظر كذلك:

*Hans KELSEN, translated by: Max Knight from the second German edition, pure theory of law, op cit, p281.*

<sup>3</sup> Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, *penser l'efficacité de la norme*, Keio Hôgaku, 2014, pp.368-378, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01648932/>, consulté: 21/02/2022.

<sup>4</sup> Vito MARINESE, L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Etude sur les qualités de la loi, Doctorat en Droit, Université de Nanterre - Paris X, 2007, France, p242

<sup>5</sup> Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, op.cit.

<sup>6</sup> Yann LEROY, "La notion d'effectivité du droit", *Revue Droit et société*, Vol: 03, N° 79, 2011, (pp 715-732), p 717.

<sup>7</sup> Ibid, p 717.

<sup>8</sup> إن فعالية القانون تمر بمرحلة قبلية تسعى إلى جعل القانون مقبولا من المخاطبين به، ومرحلة بعدية تسعى لقياس مدى استقبالهم له بالتنفيذ والالتزام بأحكامه في تنظيم روابطهم الاجتماعية، وهذا من أهم مجالات البحث في علم الاجتماع القانوني، ولذلك سنرجئ التفصيل في ذلك إلى جزئية السياسة العامة.

<sup>9</sup> Ibid, p 717

للقيمة التي تحتويها فقد تم التنصيص عليها في الدستور السويسري، والتي تنص على: "تضمن الجمعية الاتحادية تقييم فعالية الإجراءات التي يتخذها الاتحاد"<sup>1</sup>.

ووجب التمييز هنا بين الفعالية البسيطة والفعالية المُجودة أو ما يعرف بالكفاءة والتي يراد بها: "القدرة على تحقيق أقصى قدر من النتائج بأقل قدر من الموارد البشرية والمالية"<sup>2</sup>. وبعد تمحيص التعريفات السابقة يمكن القول أن الفعالية تقتضي جعل القانون يتكلم بلغة الأرقام؛ لأن ذلك أساسي لمعرفة مدى نجاحها وتحقيق الأهداف المسطرة، وهو ما يسمح بمراجعة الإجراءات التي لا يتحقق فيها هذا الوصف.

ونظراً لأن المقام لا يتسع للإحاطة بكل التشريعات، فسنكتفي بالاستدلال بنماذج محورية، وهي في ذلك تأخذ أحد صورتين، فهي إما أن تتخذ صفة الدوام لتحقيق الأهداف المسطرة، وتشمل أساساً قانون الثورة الزراعية، والأمر 74/75، وإما قد تتخذ صفة التآقت (انتقالية) فتحاول تجسيد الأهداف بشكل انتقالي لحين التنفيذ الكلي للقوانين الدائمة، وتشمل أساساً المرسوم المتعلق بعقد الشهرة، وقانون التحقيق العقاري.

### (أولاً) القوانين الدائمة:

إن الأصل في البناء القانوني أن يكون دائماً، عاكساً للأوضاع السائدة، ولذلك سنحاول بيان فعالية كل من قانون الثورة الزراعية، والمسح العام.

### (01) قانون الثورة الزراعية

فقد جاء هذا القانون بغية تحقيق مجموعة من الأهداف الاجتماعية والقانونية، ومن بينها تجاوز النماذج المشتتة للملكية الخاصة، والموروثة عن المستعمر الفرنسي، فقد نص صراحة في ميثاق الثورة الزراعية على: "ولابد أولاً من وضع حد لمركب الأسس القانونية وتنويعها، النافذة حالياً بقصد إنشاء الملكية الخاصة بالأراضي على قاعدة عصرية، وإن إحصاء الأراضي التي يملكها الأفراد تسمح بتصفية جميع الأوضاع الواقعية والقانونية في نطاق الثورة الزراعية بقصد التوصل لإقامة نموذج موحد للملكية الخاصة، وهذا العمل، مع استكمال إنشاء السجل المساحي يمكن من إقرار استغلال خاص وتوجيهه في مهام الاستثمار"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Article 05 of the Swiss Constitution say: "The Federal Assembly shall ensure that federal measures are evaluated with regard to their effectiveness"

<sup>2</sup> Alexandre Flückiger, "L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois", *Revue européenne des sciences sociales*, N° 138, 2007, (pp 83-101), p 85.

<sup>3</sup> ميثاق الثورة الزراعية، ج ر عدد 97، المؤرخ 1971/11/30، ص 1633، (ملغى).

وتطبيقاً لذلك صدر قانون الثورة الزراعية<sup>1</sup> باعتباره مجسداً للإطار الإجرائي لهذا الميثاق، والذي يشكل الميلاد الأولي لعملية المسح العقاري، والذي جاءت به المادة (25) منه، والتي نصت على: "عند انتهاء العمليات المشروع فيها برسم الثورة الزراعية في بلدية ما، يباشر في وضع الوثائق المساحية لهذه البلدية بالاستناد لمجموع البطاقات العقارية، ويوضع السجل المساحي العام للبلاد وفقاً للشروط والكيفيات التي ستحدد فيما بعد"، واستناداً لذلك جاءت المادة (32) من المرسوم 72-32 المتعلق بحق إثبات الملكية الخاصة<sup>2</sup> وفق الصياغة التالية: "تستبدل شهادات الملكية بدفاتر عقارية بمجرد إحداث المسح العام لأراضي البلاد المنصوص عليه من الأمر رقم 71\_73.....المشار إليه أعلاه".

وهذا القانون سبب مشاكل كثيرة لذلك تم إلغاؤه، والتخلي عنه بموجب المادة (75) من قانون التوجيه العقاري بعد تعويض المتضررين منه<sup>3</sup>، كما نص على المرحلة الانتقالية للإلغاء من خلال إعادة حقوق الملكية لأصحابها وفقاً لمقتضيات المادة 76 من ق التوجيه العقاري، وذلك في تكريس اللقطة مع التوجه الاشتراكي، وتشبيث دعائم التوجه الليبرالي القائم على تقديس الملكيات الخاصة.

## (02) قانون المسح:

وهو من القوانين المتفرعة عن قانون الثورة الزراعية، حيث نجد الأمر 75\_74 المتعلق بالمسح العام، والذي يستوجب لقياس مدى نجاحه التذليل على حقيقته باعتباره نظاماً للشهر العيني أو التسجيل العقاري المنسوب لـ *Torens*<sup>4</sup>، ومن ثمة تبيان الفلسفة الكبرى التي قام عليها هذا النظام، وهي إحلال الأمن محل اللأمن في مجال السندات من خلال تبسيط إجراءات التسجيل، سواء ما تعلق بتوضيح

<sup>1</sup> الأمر رقم 71\_73 المؤرخ 08 نوفمبر 1971، *المتضمن الثورة الزراعية*، ج ر عدد 97، المؤرخ 30 نوفمبر 1971، (ملغى).

<sup>2</sup> المرسوم رقم 73\_32 المؤرخ 05 جانفي 1973، *المتعلق بحق إثبات الملكية الخاصة*، ج ر عدد 15، الصادر 20 فيفري 1973، المعدل بالمرسوم 73\_86 المؤرخ 17 يوليو 1973، ج ر عدد 59، الصادر 24 يوليو 1973.

<sup>3</sup> أمر رقم 95\_26 المؤرخ 25 سبتمبر 1995، *المعدل والمتمم للقانون رقم 90\_25 المؤرخ 18 نوفمبر 1990، والمتضمن التوجيه العقاري*، ج ر عدد 55، الصادر 27 سبتمبر 1995، وللاستزادة حول ذلك ينظر، سماعين شامة، مرجع سابق، ص 27\_43.

<sup>4</sup> هو السير روبرت ريتشارد تورينس وُلد في كورك بأيرلندا عام 1814، وتلقى تعليمه في كلية ترينيتي بديلن، هاجر في عام 1840 إلى جنوب أستراليا، وأصبح محصلاً للجمارك في أديلايد في عام 1841، وفي يناير 1852 تم تعيينه أمين صندوق المستعمرات والمسجل العام، وعندما تأسست الحكومة الاستعمارية عام 1857 مثل مدينة أديلايد في مجلس النواب، وأصبح أول رئيس وزراء لجنوب أستراليا، اقترح تصوراً لتسجيل الأراضي، وبعد تطبيقه عاد لإنجلترا سنة 1863، ثم انتخب لعضوية البرلمان عن منطقة كامبريدج 1868، ونشر في هذا الصدد مجموعة من المقالات أشهرها: "مقال عن نقل ملكية الأرض عن طريق التسجيل" نشره نادي كوبن بلندن عام 1882، توفي في 31 أوت 1884.

*Eugene C. Massie, The Torrens System of Land Registration and Transfer, The Virginia Law Register, Vol: 6, No: 4, 1900, (pp: 215-221), pp 215-216.*

الإجراءات أو ما تعلق بتخفيض التكلفة والوقت من أشهر إلى عدة أيام، وكل ذلك بهدف تأمين نظام التسجيل من الإحتيالات، وتقليل الدعاوى القضائية من خلال إلغاء مسبباتها<sup>1</sup>.

ولا يتأتى ذلك إلا من خلال تفعيل مجموعة من المبادئ، والتي تتمثل في<sup>2</sup>:

**مبدأ الستار:** والذي نقصد به الكفاية الذاتية لنظام التسجيل العقاري، إذ أنه يوفر حماية معقولة للشخص الذي يجري التصرف وفقه، ويجعله في غنى عن طلب استشارات قانونية بغية التعرف على حقيقة وضعية العقار، كما يحميه من مطالبات غير متوقعة من الملاك الأصليين أو ذوي الحقوق<sup>3</sup>.

**مبدأ الضمان:** وذلك من خلال استحداث صندوق يقوم على تعويض جميع الأخطاء المرتكبة بسبب تطبيق نظام التسجيل العيني، وذلك في مقابل منح الصفة التطهيرية المطلقة للسندات الناتجة عنه، وتناهي إلغائها، فبمجرد تسجيل عقار باسم شخص فإن ذلك يصبح عنوانا للحقيقة<sup>4</sup>.

**مبدأ الشرعية:** والمراد به أن التصرفات القائمة وفق هذا النظام وحدها تأخذ صفة الشرعية، ولا يمكن إثباتها إلا من خلاله، ويتفرع عنه مبدأ حظر التقادم، إذ لا يعترف نظام *Torens* بالحيازة الطويلة كسبب من أسباب الملكية.

**مبدأ المرآة:** ويراد بها أن المعلومات المفرغة في السجل العقاري تعكس الأوضاع الحقيقية للعقارات في منطقة ما، وكل ذلك يتحقق بسببين أساسيين: حظر كل المطالبات التي لم تثبت خلال مدة زمنية محددة على أساس التقادم القصير، وتبني نظام ترجيح واضح يقوم على فرضين فقط، فالأول في حال وجود سنيين مسجلين فتكون الأولوية للأسبق تسجيلا، والثاني في حال تعارض سند التسجيل وسندات أخرى فالأولوية للسندات المسجلة على غيرها مع تكفل صندوق التعويض بضمان الحقوق والأخطاء الناتجة عن تطبيق هذا الترجيح<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Eugene C. Massie, *op. Cite*, p 216.

<sup>2</sup> عربي باي يزيد، قرزيز محمد، (تقييم نظام الشهر العيني الجزائري على ضوء مبادئ تورنس)، ملتقى: الترقيم والتحقيق العقاريين كآليتين لتطهير الملكية العقارية الخاصة، جامعة باتنة 01، باتنة (الجزائر)، 16 أبريل 2018، (صص 451\_462)، ص 454 وما بعدها.

Robert TORRENS, *An essay on the transfer of land by registration*, Cassell, Petter, Galpin, & Co, London. W.Y, 9-23.

<sup>3</sup> D. H. VAN DORE, "The Torrens System of Land Title Registration", *Columbia Law Review*, Vol: 17, No: 4, 1917, (pp: 354-357), p 354.

<sup>4</sup> \_\_\_\_\_, *Real Property. Torrens System. Impeachment of Title for Forgery*. Cahill, 1927, *The Yale Law Journal*, vol: 39, N° 02 1929, (pp 292-293), p 293.

<sup>5</sup> Robert TORRENS, *op. cit*, p22.

فالسند المسجل يشبه القانون الذي يسري بأثر فوري فوحده، المعمول به، أما السندات الأخرى فتشبه القوانين الملغاة فَيُعدَّم أثرها، وتكون حجيتها منعدمة أمام السند المسجل، وكل ذلك كاف للخروج عن الوضعية السابقة أين كان لا يمكن إثبات الملكية إلا كاستنتاج نسبي يجد مصدره في الأدلة الكثيرة الواقعة على نفس العقار دون أن يكون أحدها يقينيا.

وبعملية استقرائية للحالة الجزائرية<sup>1</sup> نجد أن المشرع الجزائري أخذ بالنظام العيني<sup>2</sup>، ولكنه لم يتبنى نظام *Torens* بصفة كلية، فمن الناحية الموضوعية: نجد أنه لا يشكل مرآة للوضعية العقارية، وقرينة ذلك هي المنازعات الكثيرة التي حالت دون تحقيق الاستقرار العقاري؛ ففي حال التعارض الذي قد يقوم بين السندات المشهورة، وبين الملكية الواقعية الناتجة عن التقادم لا يعني أبد ترجيح الأولى كما هو مُتصَوِّر عند تورنس إذ أن الأمر محل خلاف بين مرجح للسند المشهر، وبين مرجح للتقادم على أساس أن المشرع لم يخرج العقارات المشهورة من طائفة الحقوق القابلة للاكتساب بالحيازة الطويلة.

أما أنه من الناحية الإجرائية الواقعية صادفته عوارض واقعية حالت دون تحقيقه للأهداف المرجوة<sup>3</sup>، ففي خلال الفترة من 1977-1989، تم تخصيص 40% من الوسائل المادية والبشرية التابعة لمصالح المسح لمهام أخرى كالثورة الزراعية، وتكوين الاحتياطات العقارية للبلديات<sup>4</sup>، وكذلك لتحديد حدود البلديات نتيجة صدور القانون رقم 84-09 المتضمن التنظيم الإقليمي للبلاد<sup>5</sup>.

وهو ما أكده الرئيس الأول للمحكمة العليا السيد عزوز ناصري إذ قال:

<sup>1</sup> أما في مرحلة الاستعمار فقد تم تطبيقه نتيجة لصدور الأمر 22\_55 المؤرخ: 1955/01/04، والمتعلق بإصلاح الشهر العقاري في فرنسا، وهو الذي كان له أثر على صياغة قوانين المسح بعد الاستقلال، ينظر في ذلك: بوراس محمد، "نظام الشهر العقاري في الجزائر: تجربة جزائرية أم تيهان تشريعي"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد: 05، العدد: 01، (ص ص: 50\_61)، ص 60، وينظر:

*Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière, JORF n° 0007 du 07/01/1955.*

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 194437، قرار بتاريخ: 2000/04/26، المجلة القضائية، العدد: 01، 2000، ص 160\_156.

<sup>3</sup> وهي عوائق نوه لها عبد الكريم جودي وزير المالية سنة 2008 خلال إجابته عن سؤال شفوي للنائب بمجلس الأمة مسعود بدوحان، ينظر: الجريدة الرسمية لمجلس الأمة، الفترة التشريعية الثانية، السنة الخامسة، الدورة الربيعية، العدد: 11، ص ص3-5.

<sup>4</sup> القانون رقم 74\_26 المؤرخ 20 فيفري 1974، المتضمن تكوين الإحتياطات العقارية لصالح البلديات، ج ر عدد 19، الصادر 05 مارس 1974، (ملغى).

<sup>5</sup> قانون رقم 84\_09 المؤرخ 04 فيفري 1984، المتعلق بالتنظيم الإقليمي للبلاد، ج ر عدد: 06، الصادر: 07 فيفري 1984.

"فبعد أكثر من عشرين سنة لم يشمل المسح سوى 500 بلدية بصفة غير مكتملة شلتها عمليات ظرفية مثل تطبيق قانون الثورة الزراعية، وإعادة هيكلة المزارع والتنازل على أملاك الدولة والتقسيمات الإدارية المتتالية بالإضافة إلى عدم دقة النصوص القانونية والتناقض فيما بينها، وتجاهل الواقع المعاش..مما أفرز إشكالات خطيرة تفرض اتخاذ التدابير اللازمة، ومنها: مراجعة النصوص القانونية والتنظيمية السارية المفعول لا سيما ما تعلق بلجنة مسح الأراضي بغية جعلها أكثر فعالية بإعطائها صلاحيات قضائية، وكذلك فرض أجل مسقط للمطالبة بإلغاء القيد الأول في السجل العقاري أسوة بالدول المتبينة لنظام الشهر العيني، والعمل على تكوين المتدخلين فيه لا سيما القضاة والمحافظين العقاريين بغية تقادي الأخطاء وضمانا لحقوق الأطراف"<sup>1</sup>

ونتيجة لهذا التأخر تم الحصول على تمويل من البنك الدولي سنة 1993، الذي أوصى في تقريره الخاص بالجزائر بالتعجيل في تنفيذ عملية وضع سجل الأراضي لتعزيز الأساس القانوني لتسجيل الممتلكات، ولتوفير الأراضي لأغراض البناء<sup>2</sup>، ولذلك تم تخصيص القرض<sup>3</sup> لتكوين الأعوان في ميدان المسح العقاري<sup>4</sup>، واقتناء أجهزة طبوغرافية حديثة للملاحظة والقياس، ومعدات الإعلام الآلي، وسيارات وإنجاز مقرات جديدة للمصالح الولائية لمسح الأراضي.

وتدعيما لذلك تعاقبت هذه الأخيرة مع مكتب دراسات عالمي في فرنسا يسمى SEMA GROUP، والذي أعد دراستين لتحريك وتيرة عملية المسح<sup>5</sup>، أولها بتاريخ 1993/06/23، وهدفت إلى تحليل الوضع الراهن، والوقوف على حالة الضعف والقوة بغية اقتراح حلول ذات فعالية، والتي ترجمتها بشكل إحصائي في الدراسة الثانية بتاريخ 1993/07/19، من خلال تقديم برنامج رقمي وجب التقيد به بغية الانتهاء من العملية بعد 15 سنة أي سنة 2008، وذلك وفق الجدول التالي:

#### الجدول رقم 02: يتضمن البرنامج الرقمي التنفيذي لإجراء عملية المسح

السنوات	المساحة التي يجب مسحها	المساحة التي يجب مسحها
	"المسح الريفي"	"المسح الحضري"

<sup>1</sup> عزوز ناصري، كلمة بمناسبة افتتاح السنة القضائية 1999/1998، المجلة القضائية، العدد 02، 1998، ص ص 185-186.

<sup>2</sup> عزوز ناصري، المرجع نفسه، ص 185.

<sup>3</sup> المرسوم الرئاسي رقم 92\_440 المؤرخ 02 ديسمبر 1992 المتضمن الموافقة على اتفاق القرض رقم 3488 الموقع في 05 غشت 1992 بواشنطن بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الدولي لإنشاء والتعمير لتمويل مشروع الوثائق العقارية العامة، ج ر عدد 87، الصادر 09 ديسمبر 1992.

<sup>4</sup> المادة 04 من الملحق 02 من المرسوم الرئاسي: 92\_440.

<sup>5</sup> محمودي عبد العزيز، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، ط 02، منشورات بغدادية، 2010، الجزائر، ص 295.

1993	3000 هكتار (هـ)	600 ألف هكتار
1994	8000 هكتار	700 ألف هكتار
1995	11000 هكتار	800 ألف هكتار
1996	14000 هكتار	900 ألف هكتار

**المصدر:** من إعداد الباحث بناء على إحصائيات الدكتور قرنان فضيلة، المسح العقاري، مذكرة ماجستير،

قسنطينة<sup>1</sup>.

ولكن واقع الحال دال على عدم الالتزام بهذه الأرقام، وهو ما نتج عنه تقديم سؤال شفوي لوزير المالية سنة 2008 مستفسرا عن الصعوبات التي تعرقل عملية المسح، وعن مدى وجود تاريخ محدد لإنهاء أشغال هذه العملية، وكانت إجابة الوزير: "وبخصوص آجال الانجازات بالنظر إلى وتيرة الأشغال المقدره ب 500 ألف هكتار سنويا في المناطق الريفية، و25000 هكتار في المناطق الحضرية، فإن تاريخ إنهاء عمليات المسح في هذه المناطق سيكون في نهاية 2017 ليغطي بذلك المساحة المتبقية، والمقدره ب 05% من إقليم البلاد"<sup>2</sup>.

ولكن الحقيقة المسجلة في ميدان المسح أنه لم يكمل الأهداف المسطرة، وهو ما يحول دون الاستفادة من مزايا المسح سواء ما تعلق بتشكيل بنك آمن للمعلومات العقارية يخدم المبادرة الاستثمارية، أو ما تعلق بالجباية العقارية، وهو ما يمنع تنويع المصادر المالية، وهو ما حتم على المشرع للجوء للقوانين الموازية لمعالجة هذا الخلل.

### (ثانيا) القوانين المؤقتة:

**(01) عقد الشهرة:** نظرا للسير البطيء، وللفعالية القاصرة للأمر 74\_75 كان لزوما على المشرع أن يستحدث آليات مرافقة له بغية تحقيق غايته بإجراءات أقل تعقيدا فاستحدث عقد الشهرة بموجب المرسوم رقم 83\_352<sup>3</sup>، والذي نص في المادة الأولى منه صراحة على: "كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر 74\_75، عقارا من نوع المُلْك حيازة مستمرة،

1 المرجع كله.

2 الجريدة الرسمية لمجلس الأمة، الفترة التشريعية الثانية، السنة الخامسة، الدورة الربيعية، العدد: 11، سبق ذكره ص4.

3 المرسوم رقم 83\_352 المؤرخ 21 ماي 1983، والمتضمن سن إجراءات لإثبات التقادم المكتسب إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، ج ر عدد 21، الصادر 25 ماي 1983.

غير منقطعة، ولا متنازع عليها وعلاوية وليست مشوبة بلبس طبقا لأحكام الأمر 75\_58، يمكنه أن يطلب من الموثق المسئول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية".

فبناء على هذا النص فإن الغاية المتوخاة من الإجراء الجديد هو دعم الأمر 75\_74 في تطهير الملكية العقارية، وذلك اعتمادا على تحقق شرائط الحياة المفضية للتملك، والمنصوص عليها في المادة (827) ق م ج، وهو ما نجد له أثرا في العديد من قرارات المحكمة العليا، والتي جاء فيها: "أنه من المقرر قانونا أن إعداد عقد الشهرة يستلزم توافر آجال الحياة المقررة قانونا، وأنه متى ثبت للقضاء عدم ثبوت أركان الحياة المجتمعة في المادة 827 من القانون المدني فإن رفض طلب رفع الاعتراض على عقد الشهرة الذي يثبت الاعتراف بالملكية عن طريق التقادم المكسب يعد قضاء سليما"<sup>1</sup>، وهو نفس ما سار عليه قرار آخر جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه عند وجود عقد شهرة فإن قضاة الموضوع ملزمين بمراقبة الشروط المتعلقة بالحياة للتأكد من وجود تصرفات مادية للحياة الممارسة طيلة عشر سنوات لتمكين المحكمة العليا من ممارسة رقابتها"<sup>2</sup>، وهو ما يعني أن المشرع اعتبر عقد الشهرة سندا يخفض زمن التملك إلى عشر سنوات، وجاء في قرار آخر: "يتحقق قاضي الموضوع في حالة المنازعة في عقد الشهرة من توفر عناصر الحياة، ويعاين مدى استيفاء الشروط المنصوص عليها في المواد 827 وما يليها من القانون المدني، وذلك يقتضي منهم معاينة حقيقية للوقوف على طبيعة وتاريخ ووقائع الحياة المثارة أمامه"<sup>3</sup>.

كما أن الاجتهاد القضائي قد أكمل بعض الغموض الذي تسببت فيه الصياغة الموجزة للمرسوم المتعلق بعقد الشهرة، فبين أن نطاق الإجراء المستحدث متعلق بطائفة الأراضي المملوكة ملكا خاصا مستبعدا من نطاقه الحبس، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا<sup>4</sup>:

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 198951، بتاريخ: 2000/09/27، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2003، ص 305-308.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 206394، بتاريخ: 2001/04/25، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2003، ص 313-316.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 215221، بتاريخ: 2001/12/29، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 02، 2004، ص 389-396.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 547662، بتاريخ: 2010/04/22، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2010، ص 150-153.



"حيث أن المادة 23 من قانون رقم 91\_10 الصادر في 1991.04.27 المتعلق بالأوقاف تنص على أنه لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل عنها.

وحيث أنه ثبت أمام قضاة المجلس وأن الأرض محل عقد الشهرة محبسة بعقد محرر في 1936.02.01، وهو ما تمسك به المدعى عليهما في الطعن أمام قاضي أول درجة بالحكم المستأنف الصادر في 2007.01.22 وليس فقط على مستوى الاستئناف، وهو جائز لاعتباره وسيلة دفاع وليس بطلب بمفهوم نص المادة 107 من ق ا م.

حيث أن ما انتهوا إليه عن كون العقار محبس ولا يجوز تحرير عقد الشهرة به قصد التملك في محله ويتفق والتطبيق السليم للقانون..."

بيد أنه لا بد من القول أن هذا الإجراء أثار طائفة من المنازعات سواء ما تعلق منها بالآجال المنصوص عليها في المادة (05) منه، أو سواء ما تعلق بالطبيعة القانونية لعقد الشهرة، ومدى إلزاميته في العملية الإثباتية.

فأما الطائفة الأولى، فقد صدر حولها مجموعة من القرارات من بينها: "اعتبار القضاء بخضوع عقد الشهرة لنصوص خاصة تحكم طرق الاعتراض فيه وفق آجال محددة هو مذهب خاطئ لعدم وجود نص في القانون المدني أو في الإجراءات المدنية يحدد أجل رفع دعوى البطلان المتعلقة بعقد الشهرة، وأن كل الأعمال القانونية كإصل عام تكون خاضعة للرقابة القضائية، وأن الآجال المنصوص عليها في المرسوم المنظم لعقد الشهرة هي مواعيد ملزمة للموثق فقط"<sup>1</sup>، كما "أن هذه المهلة لا تتعلق بالدعوى المدنية المرفوعة أمام المحاكم، والرامية إلى إبطال عقد الشهرة، والتي ترفع بعد إعداد العقد، وتنصب على حقوق عينية، وتخضع فيما يخص تقادمها للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 224654، بتاريخ: 2000/06/07، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2002، ص 147\_151.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 215227، بتاريخ: 2001/12/29، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 02، 2004، ص 384-388.

وفي البحث في قرارات المحكمة العليا نجد أنه نصت على: "أن المدة المقررة من أجل سقوط دعوى بطلان عقد الشهرة ب 15 سنة من يوم شهر العقد بالنسبة لمن لم يكن طرفاً فيه"<sup>1</sup>، بانية ذلك على اعتبار أن عقد الشهرة من العقود التصريحية التي تبرم من جانب واحد وفق المادتين (827)، و829، وبالتالي فهو يخضع للمادة (102) الناصة على مدة التقادم في العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً، والمقدرة ب (15) سنة، وذلك لأجل استقرار المراكز القانونية.

وكتعقيب على هذا القرار وجب القول أن النظرية العامة للعقد<sup>2</sup>، وفي تقسيماتها للعقود تضم العقود الملزمة لجانب واحد ولجانبيين، ولا تضم "عقد يبرم من جانب واحد" لأن في ذلك خروج عن التعريف المُعتمد للعقد في المادة 54 ق م بأنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، كما أن في ذلك خلط بين العقد كمؤسسة واعية (محتوية) للإرادات، وبين العقد كمحرر ودليل إثبات وهو ناتج عن عدم دقة الترجمة فالمقصود هنا هو محرر الشهرة كوسيلة إثبات، وليس عقد بمفهوم المادة 54 أعلاه.

وأما الطائفة الثانية من القرارات فقد بينت: "أنه لاشيء يمنع المدعي في الطعن بالنقض الذي تمسك بأنه تضرر من جراء إعداد عقد الشهرة المنصب على القطعة الأرضية التي يطالب بملكيتها، من رفع دعوى إبطال العقد بعد إتمام الإجراءات أمام الموثق طبقاً للقواعد العامة"<sup>3</sup>، وهو ما سمح لهذه القرارات أن تبين وزن عقد الشهرة في ميزان الإثبات، فبينت أنه: "عقد كاشف محرر على أساس تصريحات المستفيد وشاهدين اثنين يشهدان على حيازته العقار الذي يطالب بالاعتراف بحقه في امتلاكه"<sup>4</sup> وهو ما يعني إمكانية استبعاده لعدم يقينته في مجال الإثبات، وهو ما كرسته المحكمة العليا في أحد قراراتها، إذ نصت فيه على: "إن القرار المطعون فيه الذي قضى برفض دعوى الطاعن الزامي إلى إثبات ملكيته على الأرض المتنازع عليها بحجة أن ملكيتها تعود إلى البلدية، ولعدم ثبوت حيازته لها

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0895214، بتاريخ: 2015/02/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2015، ص 214-217.

<sup>2</sup> راجع في هذه المسألة: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات آثار الالتزام)، ج 02، دار النهضة العربية، مصر، 1968، ص 106، 105.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 206394، سبق ذكره.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 215221، سبق ذكره.

مستبعدا بذلك عقد الشهرة المتمسك به من طرف الطاعن فإنه أصاب فيما قضي لأن عقد الشهرة حجته محدودة في تصريحات الشهود التي يمكن إثبات عكسها باعتباره عقدا تقريريا<sup>1</sup>.

وتعقبا على هذا القرار وجب القول أنه وإن كان تقدير قيمة ووزن أدلة الإثبات هي من المسائل الموضوعية التي يرجع تقديرها لسلطة الموضوع، ولا رقابة عليهم في ذلك من طرف المحكمة العليا فإن ذلك يجب أن يكون مستندا للنطق القانوني؛ لأن السماح للبلدية بالاعتراض على عقد الشهرة خارج أجل أربعة أشهر المنصوص عليها في المرسوم المنظم لعقد الشهرة يجافي قواعد العدالة، ويخالف القانون كما جاء في قرار للمحكمة العليا نفسها<sup>2</sup>، وعلّة ذلك أن علم البلدية بعقد الشهرة هو يقيني لكون إعلان طلب إعداد عقد الشهرة ينشر وجوبا عن طريق اللصق في مقر البلدية<sup>3</sup>، كما أنه يجب على رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يبلغ الموثق عن آراءه وملاحظاته في أجل أربعة أشهر ابتداء من تاريخ تلقيه الالتماس من الموثق<sup>4</sup>، مما يجعل إدخال البلدية في الخصام للمطالبة بإبطال عقد الشهرة مفتقدا للأساس القانوني؛ لاسيما أن مما استقرت عليه المبادئ المُكرسة من طرف القضاء الإداري، والناظمة للمرفق العمومي أنه لا يمكن لهذا الأخير التذرع بخطئه، والاستفادة منه<sup>5</sup>.

ومما يؤكد عدم إلزامية مضمون عقد الشهرة، وعلى عدم دلالاته على المُلْك، هو<sup>6</sup>: إمكانية القضاء باعتماد عكس ما تضمنه دون أن يستدعي ذلك الطعن بالتزوير، ودون أن يكون في الأمر أي مخالفة للمادة 324 مكرر 05 ق م، والتي تنص على أنه يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره..."، ومرد ذلك أن العقد التوثيقي يتضمن نوعين من البيانات، فالأول يعاينها الموثق فتكون لها

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 190541، بتاريخ: 2000/03/29، المجلة القضائية، العدد: 01، 2003، ص ص 155-151.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 71952، بتاريخ: 1990/09/24، المجلة القضائية، العدد: 02، 1992، ص ص 35-38.

<sup>3</sup> تنص المادة 04 من المرسوم 352\_83 السابق ذكره على: "ينشر الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق زيادة على ذلك إعلان طلب إعداد عقد الشهرة المنصوص عليه في المادة الأولى أعلاه عن طريق اللصق في مقر البلدية مدة أربعة أشهر، والنشر في الصحافة الوطنية والجهوية قصد إثارة الاعتراضات المحتملة، وذلك على نفقة الأطراف المعنية".

<sup>4</sup> تنص المادة 05 من المرسوم 352\_83 السابق ذكره على: "يجب على رئيس المجلس الشعبي البلدي، وعلى نائب مدير الشؤون العقارية، وأملاك الدولة في الولاية كل فيما يخصه أن يبلغ الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المكلف بإعداد عقد الشهرة آرائهما وملاحظتهما فيما يخص وضعية العقار القانونية في أجل أربعة أشهر ابتداء من تاريخ تلقيهما الالتماس، طبقا لأحكام المادة 03 أعلاه.

<sup>5</sup> مجلس الدولة، قرار رقم 065728 المؤرخ: 2012/01/26، وزارة المالية ضد (غ.إ.)، متاح على موقع مجلس الدولة.

<sup>6</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 202764، بتاريخ 2000/09/27، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2003، ص ص 312-309.

حجة حتى الطعن بالتزوير، والثانية تتعلق بالتصريحات التي يتلقاها الموثق، والتي تكتسي حجية إلى أن يثبت العكس، وهو النوع الذي تندرج تحته عقود الشهرة.

ولكنه يصبح ملزماً وعنواناً للحقيقة العقارية في حال تحصنه بالحجية، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا: "حيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى التصريح برفض الدعوى الرامية إلى إبطال عقد الشهرة الذي أصبح محصناً بالحجية المطلقة استناداً إلى الأحكام النهائية الصادرة في حق البائع، بحيث تنصرف حجية تلك الأحكام للخلف الخاص"<sup>1</sup>، وأما فحوى هذه الأحكام فمذكورة في منطوق نفس القرار، والمتمثلة في: "ملكية المطعون عليه للقطعة الأرضية المتنازع عليها عن طريق الحيازة التي دامت لأكثر من 15 سنة".

ونتيجة لما سبق، فإن المراكز القانونية المضمنة في عقود الشهرة لا تعد عنواناً للحقيقة القضائية، فهي لا تعبر أبداً عن الوضعية العقارية الحقيقية، كما لا ترتب أثراً مستقراً في هذا المجال إلا إن أصبغ القضاء الحجية عليها من خلال الحكم بصحتها، أو من خلال مرور 15 سنة كاملة عن إبرام هذه العقود لتصبح مقترنة بالتقادم الذي يحول دون النظر في الدعوى المتعلقة بالحقوق المُتَبَتَّة فيه، وهو ما يجعل فعاليته قاصرة عن تحقيق الغاية المُستَحَدَثِ لأجلها.

وانسجاماً مع ما أوردناه أعلاه أن الفعالية تقتضي أن يتكلم القانون بلغة الأرقام فقد جاء في معرض تقديم أسباب قانون التحقيق العقاري التي أوردتها وزير المالية (مراد مدلسي) بأنه: "في مدة الخمس (05) سنوات الأخيرة [يقصد من 2002\_2007] تمثل القضايا المرفوعة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة، والمرتبطة بعقود الشهرة نسبة 7% من القضايا المرفوعة أمام الهيئتين"<sup>2</sup>، وهو ما يعني عدم فعالية هذا القانون نظراً لانحرافه عن الغاية المسطرة، وهي تطهير الملكية العقارية، وذلك ناتج عن الطابع غير الشفاف لإجراءاته والتي تتنافى ومتطلبات الوثوقية والائتمان العقاري وتحوله إلى مصدر مباشر لتوليد النزاعات العقارية، وهو ما أقتضي إلغاؤه والتفكير في حلول بديلة.

## (02) قانون التحقيق العقاري:

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 1185565، بتاريخ 2016/12/15، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2016، ص 176-180.

<sup>2</sup> مداخلة وزير المالية مراد مدلسي أمام مجلس الأمة بمناسبة عرض القانون 02\_07 المتعلق بالتحقيق العقاري، الفترة التشريعية الثانية، السنة الثالثة، الدورة الخريفية، الجريدة الرسمية للمداوالات الصادرة عن مجلس الأمة، العدد 09، 2007، ص 14.

نتيجة لعدم فعالية عقد الشهرة، وإضافة لاعترف الوزير في نفس السياق أن حصيلة المسح تبقى غير كافية ففي **المناطق الريفية** تم مسح 63% أي تقريبا 07 ملايين هكتار من أصل 11 مليون هكتار، وهو ما يتطلب 08 سنوات إضافية لاستكمال المساحة الكلية، أما في **المناطق الحضرية** فقد تم مسح 34 %، وهو ما يحتاج في حال عدم تطوير الوسائل إلى 18 سنة إضافية<sup>1</sup>.

وبناء على ذلك تتضح أهداف قانون التحقيق العقاري، وهي: الحلول محل عقد الشهرة من جهة، و العمل بالتوازي مع المسح العقاري بغية تحقيق الائتمان العقاري الذي يسمح بالتصرف في الأملاك العقارية، وكذلك الاستثمار فيها من خلال طلب القروض الرهنية.

ولذا فقد تميز القانون بأنه ذو طابع اختياري، فقد نص الوزير صراحة على أنه: "خلافًا لمسح الأراضي العام الذي يهدف إلى تنظيم أو تغطية بصفة إجبارية لكل إقليم البلدية فإن هذا لإجراء الجديد يعد اختياريًا وجزئيًا، وبهذه الكيفية فهو يشكل مسحا مسبقا من شأنه السماح لاحقا بربح وقت معتبر وإنجاز عمليات المسح بسهولة"<sup>2</sup>.

وبغية تطبيق هذا القانون صدرت التعليم رقم (003) المتعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية<sup>3</sup>، والتي بينت الوسائل الضرورية والتحضيرية لنجاح هذه العملية، وكذلك المخططات الواجب الاعتماد عليها مثل: مخطط البلدية، ومخططات مجلس الشيوخ، ومخططات قانون 1873، المخططات القديمة لمسح الأراضي الجبائي، ومخططات المجموعة الغابية، ومخططات وضع المعالم في إطار الثورة الزراعية...، وكذلك ذكرت بشروط الحياة القانونية، ونبهت للتحقق من سلسلة انتقال الملكية حتى لا يستغل الإجراء للتهرب الجبائي، وبين المسار الذي يمر به بداية من طلب التحقيق، وتمحيص البيانات، والمنازعات لغاية صدور نتائج هذا التحقيق، والمتمثلة في سند للملكية.

ووجب القول أن وزارة المالية ومن خلال المديرية العامة للأملاك الوطنية حرصت على فعالية تتبع مسار تقدم عملية التحقيق العقاري، وقد تبين من خلال ذلك أن بعض المديريات الولائية كانت سببا

<sup>1</sup> وتجدر الإشارة هنا إلى أنه تم اعتماد طريقة جديدة للمسح بالمناطق الحضرية أعلن عنه بموجب المراسلة رقم 04939 و م/م ع أ و/م م ع أ/م أ ت ع، المؤرخة 13 ماي 2012، المتعلقة بشروع طريقة عمل جديدة في مجال مسح الأراضي العام بالمناطق الحضرية.

<sup>2</sup> التعليم نفسها، ص 13.

<sup>3</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأملاك الوطنية، التعليم رقم 003، المؤرخة: 27 سبتمبر 2008، والمتعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية.

مباشراً للتقليل من فعاليته إما من خلال إرجاء تطبيقه بحجة نقص الوسائل المادية اللازمة، ولذلك ردت المديرية المركزية على عرائض المواطنين وشكاويهم ضد مدراء الحفظ العقاري الذين أرجئوا تطبيق أحكام هذا القانون، وأوجبت فيها عليهم الامتثال لأحكامه<sup>1</sup>، لاسيما أن المديرية العامة لطالما أصدرت تعليمات تطلب فيها من مديري أملاك الدولة والحفظ العقاري لكل الولايات موافاة الإدارة المركزية بالإمكانات المادية والبشرية والنفقات المداخل الخاصة للمصالح التابعة لهم<sup>2</sup>، بغية التعرف على قدرات كل جهة.

كما ساهمت في توهين فعاليته من خلال تعطيل تطبيق أحكامه سواء من خلال تماطلها في تقديم الإحصائيات دورياً عن العملية، والذي وصل لسنتين كاملتين من تاريخ طلبه<sup>3</sup>، ولذلك طالبت الإدارة المركزية بإحصاءات للمدة بين دخول القانون حيز التنفيذ وبين 2010/12/31 على أن يتم إرسال جداول إحصائية كل شهرين ابتداء من جانفي 2011<sup>4</sup>.

أما الشق الثاني من التعطيل فيتعلق بتأخر رد مديريات أملاك الدولة على الطلبات الصادرة من مصالح الحفظ العقاري للملفات المتعلقة بالعملية، والتي تفوق في بعض الأحيان السنة، وهناك من لم يتم الرد عليها، وهو الأمر الذي استدعى تذكير هذه المصالح بمحتوى المذكرات، والتي قد يبدو أنها لا تطبق على أرض الواقع مما يستتج عدم الجدية في التكفل بمصالح المواطنين منوهة إلى أن ذلك يمس بسمعة الإدارة، وألزمتهما بالرد في مدة لا تتجاوز الشهر من تلقي رسالة مدير الحفظ العقاري، وذلك تحت طائلة

<sup>1</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 07831 و م/م ع أ و/ م ع م أ/ م أ ت ع، المؤرخة: 29 جوان 2009، والمتعلقة بتطبيق أحكام القانون رقم 02\_07 المؤرخ في 2007/02/27.

<sup>2</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية إدارة الوسائل والمالية، مذكرة رقم 5256 م ع أ و/ م أ و م/ م ف ت أ، المؤرخة: 25 ماي 2008، والمتعلقة بالبطاقات التعريفية "audit" وظروف سير المصالح.

<sup>3</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 03721 و م/م ع أ و/ م ع م أ/ م أ ت ع، المؤرخة: 02 مارس 2009، والمتعلقة لتطبيق أحكام القانون رقم 02\_07 المؤرخ في 2007/02/27\_حالة إحصائية.

<sup>4</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 07831 و م/م ع أ و/ م ع م أ/ م أ ت ع، المؤرخة: 05 جانفي 2011، والمتعلقة بإحصائيات حول القانون رقم 02\_07 المؤرخ في 2007/02/27.

العقوبات التأديبية<sup>1</sup>، رغم أن هذه المدة كانت 15 يوماً عند تعلق الأمر بتسليم معلومات ونسخ الوثائق من طرف المحافظة العقارية<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: التضخم التشريعي

يعتبر التضخم التشريعي من أهم الآثار المترتبة على خصوصية التشريعية، وهو ما يقتضي حتماً التطرق له، وبيان حقيقته، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال عملية توصيفيه له (الفرع الأول)، وهو ما يساهم في معرفة الآثار الناتجة عنه (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: توصيف التضخم التشريعي

إن للتشريع عللاً تعطل أدائه للوظائف المنوط بها، ومنها التضخم<sup>3</sup>، والذي يعتبر تهديداً مباشراً للأمن القانوني.

(أولاً) تعريف التضخم التشريعي: يعرف بأنه: "ازدياد عدد القوانين الصادرة كل سنة مما يسبب تكديساً لها مع مرور الزمن، وهو ما يجعل منها صعبة المنال وبعيدة عن الاستقرار"<sup>4</sup>، كما يمثل أيضاً: "كثرة النصوص غير المبررة التي تحكم مسألة معينة، والتي قد تكون مكررة ومتناقضة فيما بينها"<sup>5</sup>، ومرد ذلك هو التشتت التشريعي حيث نجد أحكام الموضوع الواحد متناثرة في قوانين مختلفة، وهو ما يشكل عقبة للوصول لهذه القوانين والإحاطة بها، وبالتالي سلوك مسلك يعارضها.

كما يعرف بأنه: "كثرة النصوص القانونية المتشابهة غير محددة الصياغة، والتي تختلف المحاكم في تفسيرها"<sup>6</sup>، وهو تعريف لا يمكن التسليم به من الناحية الواقعية إذ أن التضخم لا يقتصر على صعوبة التفسير بالنسبة للمحاكم فقط؛ لأن ذلك يوحي أن تولد التضخم لا يكشف عنه إلا في المنازعات، رغم أنه

<sup>1</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 13086 و م/م ع أ و/ م م ع م أ/ م أ ت ع، المؤرخة: 30 ديسمبر 2013، والمتعلقة بالتكفل بالملفات المودعة في إطار القانون رقم 07\_02 المؤرخ في 2007/02/27 وتلك المتعلقة بطلب تسوية العقارات المسجلة في حساب المجهول - تنكير.

<sup>2</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 07320 و م/م ع أ و/ م م ع م أ/ م أ ، المؤرخة: 09 جوان 2009.

<sup>3</sup> وعكسه الفراغ التشريعي، ينظر: عبد الكريم صالح عبد الكريم، عبد الله فاضل حامد، "تضخم القواعد القانونية التشريعية: دراسة تحليلية نقدية في القانون المدني"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، المجلد: 06، العدد: 23، 2014، (ص ص: 144\_174)، ص 152.

<sup>4</sup> كسال سامية، "التضخم التشريعي عائق أمام الاستثمار الأجنبي، (مستجدات القانون رقم 16\_09 لمواجهة هذا العائق)"، مجلة صوت القانون، المجلد: 05، العدد: 02، (ص ص: 439\_471)، ص 442.

<sup>5</sup> عبد الكريم صالح عبد الكريم، عبد الله فاضل حامد، مرجع سابق، ص 147.

<sup>6</sup> أوراك حورية، "تضخم القواعد القانونية التشريعية: دراسة تحليلية نقدية في القانون المدني"، ص 324.

يتعدى الإطار القضائي ليشمل كل المخاطبين بالقانون سواء في المجال الاجتماعي أو الاقتصادي دونما أن يقتضي ذلك توفر نزاع.

ويمكن القياس على التعريف الاقتصادي للتضخم<sup>1</sup>، للوصول لتعريف التضخم التشريعي بأنه: "إصدار وفرة من القوانين لمعالجة نفس المسائل مما يخلق عدم تناسب بين القوانين والاحتياجات له"، وعلّة القياس أن كلاهما يؤدي لتخفيض الشيء المُصدّر.

ومسألة التضخم ليست مشكلة جزائرية خالصة بل إنها مشكلة عالمية، ونظرا لخطورتها فإنها استدعت تدخل نائب في البرلمان الفرنسي لمساءلة وزير العدل عن الإجراء الذي يزمع القيام به بعد إحصاء 84.619 مادة قانونية، و 233.048 مادة تنظيمية سارية المفعول، ووصف الحالة الفرنسية بأنها تشهد نموا للتضخم التشريعي<sup>2</sup>، ولذلك كتب (Montaigne) تعليقا على ذلك "لدينا في فرنسا قوانين أكثر من بقية العالم معا"<sup>3</sup>، وفي إجابة ذات الوزير فقد اعترف بأن التكديس والعدد الكبير للقوانين يجعل التحكم في الإنتاج التشريعي والتنظيمي تحديًا لفعالية العمل العام والديمقراطية، غير أن حكومته قد بدأت في اتخاذ جوهرية منها تقليص الإنتاج التشريعي، ومحاولة الدمج بين القوانين المتداخلة، بغية تحقيق رؤية كلية قائمة على أساس التبسيط<sup>4</sup>.

ولو قمنا بعملية إحصاء تقريبية (جزافية) للتشريعات ذات الصبغة العقارية بشقيها الموضوعي والإجرائي فإننا سنجد آلاف المواد القانونية، وعشرات القوانين، وقد بينا ذلك عند حديثنا عن التعقيد التشريعي.

(ثانيا) مصادر التضخم التشريعي: هناك مجموعة من الأسباب التي تقف خلف تكريس التضخم

التشريعي، وأهمها:

### (01) خصوصية التشريع العقاري:

<sup>1</sup> "إصدار وفرة من النقود الورقية لتلبية الاحتياجات المالية للدولة، مما خلق عدم تناسب بين المعروض من النقود والاحتياجات، ينظر: Henri CAPITANT et autre, *vocabulaire juridique*, Les Presse Universitaires, de France, Paris, 1930, p 286.

<sup>2</sup> M. Damien Regnard, Question écrite n° 12490, plus information voir: <https://www.senat.fr/questions/base/2019/qSEQ191012490.html> , consulté: 27/04/2021.

<sup>3</sup> Bernard STIRN, La dispersion des normes, Exposé lors des Entretiens de l'Académie des sciences morales et politiques "Le désordre normatif", 13 juin 2016, sp. <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-dispersion-des-normes>, consulté 30/07/2020.

<sup>4</sup>Ibid.



لقد سبق البيان إلى أن هذه الخصوصية قائمة على التعددية المصدرية التي يستقي منها المشرع أحكامه القانونية، كما أن الواقع الاجتماعي واقع ديناميكي يتفاعل مع المستجدات السياسية والاجتماعية والتكنولوجية<sup>1</sup>، وهو ما يؤثر على القانون<sup>2</sup> باعتباره مبدئياً انعكاساً لهذا الواقع، مما يستوجب مواءمة دائمة للقوانين، ولكن بعض التعديلات القانونية تخرج عن هذه الفرضية من خلال الشواهد التاريخية الدالة على التلقي والاستعارة من القوانين الأجنبية<sup>3</sup>، مما يجعلنا أمام "استيراد للقوانين" المتضمنة لحلول قد لا تتناسب الدولة المستوردة.

كما أن التقلبات الإيديولوجية<sup>4</sup>، سيجعل المشرع يتخبط بين الحلول والمدارس المنقرعة عنها، مما يجعله في حالة من الإنتاج الدائم للنصوص القانونية، لا سيما أن القوانين تعتبر الأداة الأقل تكلفة في الإصلاح، والحملات السياسية باعتباره الأسهل<sup>5</sup>، وهو الملاحظ بعد تحول المشرع عن نهجه الاشتراكي إلى الليبرالي، ومثال ذلك عقد الشهرة الذي لم يزد الوضعية العقارية إلا تعقيداً، ثم قانون التحقيق العقاري، والمادة المضمنة في قانون المالية التي تتحدث عن رقمنة قطاعي المسح والشهر العقاري<sup>6</sup>، والتي تبدو في تقديري مادة موجهة للاستهلاك إذ أن المسح في بعده الورقي لم يكتمل لأن فأي بيانات سترقم، خاصة أن هذه البيانات هي أساس مشروع الرقمنة لتوفير بنك المعلومات العقارية، واستغلالها فيما بعد للاستثمار العقاري والتنمية الشاملة.

## (02) قصور الصياغة التشريعية:

إن الصياغة التشريعية هي نتاج لرؤية التشريعية، فبينهما علاقة ارتباطية وتلازمية فمتى اختلفت الأول اختلفت الثانية تبعاً، مما يؤدي إلى تراجع فن الصياغة التشريعية، وهو من المسببات المباشرة

<sup>1</sup> كسال سامية، مرجع سابق، ص 442، ، وبلخير محمد آيت عودية، الأمن القانوني ومقوماته في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 87، عبد الكريم صالح عبد الكريم، عبد الله فاضل حامد، "تضخم القواعد القانونية\_التشريعية\_: دراسة تحليلية نقدية في القانون المدني"، ص 150، 151.

<sup>2</sup> يمكن هنا استحضار المصطلحات الفيزيائية للعالم إسحاق نيوتن بالقول أن القانون ليس جملة ميكانيكية معزولة عن العالم الخارجي لكنها تتأثر بالأفعال الخارجية (اجتماعية، اقتصادية..)، وبناء على ذلك تكون ردة فعل القانون، "فلكل فعل ردة فعل".

<sup>3</sup> شهيدة قادة، "أثر استزراع القوانين الأجنبية على الثقافة القانونية الوطنية"، حوليات الجزائر، المجلد: 35، عدد خاص (ص ص: 15\_37)، ص 17.

<sup>4</sup>

<sup>5</sup> Conseil d'Etat Française, *sécurité juridique et complexité du droit*, p 256.

<sup>6</sup> القانون رقم 20-07 المؤرخ في 4 يونيو 2020، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020، ج ر عدد 33، الصادر في 4 يونيو 2020.

للتضخم التشريعي، إذ أن الافتقاد للمعيارية البنائية للنص، والمفتقدة للهندسة البيئية حالاً ومآلاً تجعل النص كبناء فوضوي يخضع لترميمات صياغية، وإضافات متتالية تفقده طابعه المتألف فيبدو كقطع موضوعاتية متنافرة، ويبدو الأمر جلياً في **الاستدراك<sup>1</sup>** المتتالي للقوانين، وذلك راجع إلى "تشريع الأزمات" الذي يكون كرد فعل سريع على الوقائع الاجتماعية، دونما انتظار الوقت الكافي للنضج اللازم لديمومته.

كما يشكل **الإطباب** مصدراً للتضخم باعتباره حشواً غير مبرر من خلال توظيف مصطلحات زائدة كان يمكن التخلي عنها دون أن يتغير معنى النص، ومثال ذلك المادة (776) من القانوني المدني فصيغتها هي:

"كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف.

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.

إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا لم توجد أحكام خاصة تخالفه".

والملاحظ على هذه المادة هو طولها، والتكرار الذي تتضمنه، إذ كُيفت في الفقرة الأولى التصرف التبرعي الصادر في مرض الموت بأنه وصية، ثم أجازت للورثة إثباته، ثم رتبت عن توفر هذا الإثبات تحقق الحكم المشار له في الفقرة الأولى، ثم بينت في الفقرة الثالثة، وبشكل مستقلة إمكانية إثبات المتصرف له عكس ما أثبتته الورثة رغم إتحاد الموضوعين، رغم أنه كان يمكنه صياغتها على نحو يقلص قوام النص الأول المشكل من 96 كلمة إلى 49 كلمة بفارق 47 كلمة كاملة، وذلك على النحو التالي:

<sup>1</sup> والذي يشمل حتى الدستور، فأحياناً تكون أخطاء شكلية بسيطة كرقم المواد ينظر: الاستدراك المتعلق بتصحيح رقم المادة من 188 إلى المادة 189، ج ر عدد 46، الصادر: 03 غشت 2016، وقد يكون جوهرياً، ومثاله المادة 187 المتعلقة بانتخاب أعضاء المحكمة الدستورية، إذ نصت على: "تتشكل المحكمة الدستورية من اثني عشر (12) عضواً: ستة (06) أعضاء ينتخبون **بالإقتراع العام** من أساتذة القانون الدستوري... ثم صححت على النحو التالي: "ستة (06) أعضاء ينتخبون **بالإقتراع** من أساتذة القانون الدستوري"، وذلك رغم أن النص الأول كان محل استفتاء دستوري، وتم الموافقة عليه إلا أنه تم الاستدراك دون إقامة اعتبار لانتهاء الاستفتاء وموافقته على النص الأصلي، وليس المستدرك، ينظر: ج ر عدد 79، الصادر: 28 ديسمبر 2020. ويشمل كذلك قوانين المالية مثل: الاستدراك المنشور في ج ر عدد 15، الصادر 28 فبراير 2007.

"كل تصرف قانوني مقترن بنية التبرع يصدر عن الشخص في مرض الموت، يُعدّ وصية، ويخضع لأحكامها، وللورثة إثبات ذلك بكل الطرق، وللمتصرف له أو من يقوم مقامه إثبات خلاف ذلك، مع مراعاة النصوص الخاصة في هذا الشأن.

لا يُحتج على الورثة بتاريخ العقد ما لم يكن هذا التاريخ ثابتاً".

وهناك مثال آخر يمكن لنا الاستئناس به، وذلك من المواد: (04) ف 01، و (66) ف 02 مطة (01) من قانون الأملاك الوطنية والتي تنص تباعاً على: "الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف ولا للتقادم ولا للحجز"، "وتستمد القواعد العامة لحماية الأملاك الوطنية العمومية مما يأتي: مبادئ عدم قابلية التصرف، وعدم قابلية التقادم، وعدم قابلية الحجز"، وهو نفس فحوى المادة (689) ق م التي تنص: "لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم..."، وهي كلها تعيد معنى واحد، لكن المشروع لجأ إلى النص عليها في ثلاثة مواضع مساهماً في تضخيم الكتلة التشريعية.

كما نجد مثلاً آخر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية عند علاج موضوع الاختصاص الإقليمي، إذ تنص المادة (01/40) منه على أنه: "في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات [ترفع الدعاوى] أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار..."، لتعيد النص على ذلك في المادة (518) "يؤول الاختصاص الإقليمي إلى المحكمة التي يوجد فيها العقار في دائرة اختصاصها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"، والملاحظ أن النصين يعالجان نفس المسألة لذا كان يمكن الاكتفاء بإيراده في الأحكام العامة للقانون فقط دون أن يتكرر النص عليه.

كما يشكل موضوع شهر الدعاوى أفضل مثال على ذلك إذ نجد أنه قد نظم بموجب المادة (85) من المرسوم 63-76، والتي جعلت مواضيع الشهر مجموعة فئات، ثم جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فنظم المسألة بالمادة (17)، والتي أفادت الإطلاق متى تعلق الأمر بحق عيني عقاري، والمادة (519) التي أفادت الرجوع للنظام الفئوي في المادة 85.

وكذلك المادة (05/12) من قانون التحقيق العقاري بنصه على: "خضوع عريضة الدعوى الناتجة عن رفض الصلح في إجراءات التحقيق العقاري للشهر"<sup>1</sup>، كما تم التطرق لها في سياق أحكام المرسوم

<sup>1</sup> تنص هذه المادة على: "يحدد المحقق العقاري جلسة للصلح فإذا توصل الأطراف إلى اتفاق يحرر محضراً بذلك. في حالة ما إذا باءت محاولة الصلح بالفشل يحرر محضراً بعدم الصلح.

التنفيذي 147\_08<sup>1</sup> في المادة (17): "يتم إشهار العريضة الافتتاحية في حال ما إذا رفعت الدعوى القضائية خلال الثمانية (08) أيام على الأكثر التي تلي نهاية المدة القانونية المذكورة في المادة 16 أعلاه"، وهي شهرين، ثم بين في الفقرة الثالثة من نفس المادة كيفية تجسيد هذا الإشهار، وذلك بالإحالة للمادة 113 من المرسوم رقم 63\_76، أي فتح بطاقة شخصية باسم صاحب الطلب أو المعني مع ذكر الإطار القانوني الذي رفعت فيه الدعوى زيادة على تعيين العقار.

ثم تم النص عليها في المادة 35 من قانون المالية لسنة 2018<sup>2</sup> التي استحدثت مادة جديدة في الأمر المتعلق بالمسح، وهي المادة (16) مكرر، والتي صيغت على النحو التالي: "تشهر بالسجل العقاري الممسوك بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا كل عريضة رفع دعوى تتعلق بعقار أو حق عيني عقاري مشهر سنه بعد تسجيلها بأمانة الضبط".

وهو ما يعني وجود أربعة قوانين ومرسومان ينظمان الموضوع نفسه مع تباين في الفحوى، وهو توليد غير مبرر للتضخم؛ إذ كان يمكنه الاكتفاء بمادة وحيدة ضابطة لا يجوز الخروج عنها مع تمديد أثرها لتحكم القوانين الموضوعية والإجرائية.

كما يشكل **الإلغاء** مصدرا لهذا التضخم، ويقصد به إعدام أثر القاعدة القانونية، وتجريدها من قوتها الملزمة<sup>3</sup>، وفق قاعدة توازي الأشكال إذ أن من يملك سلطة الإنشاء يملك سلطة الإلغاء، مع مراعاة تدرج القوانين إذ يمكن للقوانين الأعلى إلغاء القوانين الأدنى مع استحاله تصور الحالة العكسية، والإلغاء هنا يجسد مضاهاة القانون للكائنات فهو له ميلاد، وتطور، ووفاة كما يرى **الفقيه Carbounier**، ويأخذ الإلغاء أحد الأشكال التالية:

يجوز للمعتز، ابتداء من تاريخ تسلمه المحضر المذكور أعلاه تحت طائلة رفض طلبه خلال مهلة شهرين اثنين (02) أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة.

توقف الإجراءات إلى غاية صدور الحكم في الدعوى.

تخضع عريضة الدعوى المذكورة إلى إجراءات الشهر.

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 147\_08 المؤرخ: 19 ماي 2008، **المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية**، ج ر عدد 26، الصادر 25 ماي 2008.

<sup>2</sup> القانون رقم 18\_18 المؤرخ: 27 ديسمبر 2018، **والمضمن لقانون المالية 2019**، ج ر عدد 79، الصادر 30 ديسمبر 2018.

<sup>3</sup> راجع في ذلك: عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، المرجع سابق، ص 251، عبد المنعم فرج الصدة، المرجع سابق، ص 181 وما بعدها، أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، ص 171 وما بعدها، وبلخير محمد آيت عودية، الأمن القانوني ومقوماته في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 85، 86.

(أ) من حيث دلالة الخطاب: وهو إما أن يكون **إلغاء صريحاً**، والذي قد يكون كلياً مثلما نصت عليه المادة (139) من قانون الأملاك الوطنية: "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون، ولاسيما القانون 84\_16 المؤرخ 30 يونيو 1984 والمتعلق بالأملاك الوطنية، وكذلك القانون رقم 84\_19 المؤرخ في 06 نوفمبر 1984، والمتضمن الموافقة على الأمر رقم 84\_02 المؤرخ في 08 سبتمبر 1984 والمتضمن تعريف الأملاك العسكرية وتكوينها وتسييرها".

وقد يكون الإلغاء الصريح جزئياً من خلال التحديد الدقيق للمواد الملغاة، ومثاله ما نصت عليه المادة (08) من الأمر 05\_07 المعدل للقانون المدني<sup>1</sup>: "تلغى المواد 470 و 471 و 772 و 473 و 474 و 475 و 504 و 508 إلى 537 من الأمر 75\_58... المذكور أعلاه" ثم أضافت في الفقرة الثانية: "وتلغى كذلك المادة 20، والفقرتان 2 و 3 من المادة 21، والمادة 22 من المرسوم 93\_03 المؤرخ 7 رمضان عام 1413 الموافق أول مارس سنة 1993".

وقد يكون **الإلغاء ضمناً**، وهو الإعدام المجمل للنص، والذي يكفي بإيراد جملة مبهمّة تنص على: "إلغاء كل الأحكام المخالفة للقانون الجديد"، مما يضع المخاطب بالقاعدة أمام عناء البحث عن مدلول هذا المصطلح، والذي قد يكون له تفسير متباين فما يكون مخالفاً بالضرورة في إدراك شخص ما لا يعني أنه كذلك لدى متلق آخر لنفس الخطاب.

وإن كان الإلغاء الصريح لا يثير أي مشكل باعتباره قد تولى التحديد الدقيق للمواد الملغاة مما يفيد استبعادها من تنظيم أي علاقة، سواء في حالتها المستقرة أو على مستوى المنازعات، فإن الأمر خلاف ذلك في الإلغاء الضمني إذ أنه يثير ارتياباً في تحديد الأحكام الملغاة؛ مما يفيد بوجود قوانين صورية أُلغيت قانوناً، ولا زالت تنبض بالحياة واقعاً.

(ب) من حيث المعيار الزمني: والذي يتفرع لقسمين حيث يمكن أن يكون إلغاء فورياً، وهو تكملة للقوانين الفورية فكما كان التطبيق فورياً لازمه إلغاء فوري، وإما **إلغاء مؤجل** وهو نتيجة منطقية للتدابير الانتقالية للقوانين الجديدة، ولكن الإشكال يثور هنا حينما يكون الإلغاء متوقفاً على شرط مما يجعل الآجال الزمنية مفتوحة، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (88) من قانون التوجيه العقاري: "تلغى أحكام الأمر رقم 74\_26 المؤرخ في 20 فبراير سنة 1974 ابتداء من تاريخ انتهاء عمليات تطبيق المادة

<sup>1</sup> قانون رقم 05\_07 مؤرخ 13 ماي 2007، المعدل والمتمم للأمر رقم 75\_58 المؤرخ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، ج ر عدد 31، الصادر 13 ماي 2007.

(86) أعلاه"، فالإلغاء هنا مرتبط بعمليات معينة قد يقصر زمانها أو يطول، مما يعني مساهمة ذلك في تطويل عمر القديم المعبر عن توجهات الحقبة الاشتراكية ومزاحمته للقانون الجديد المعبر عن النزعة الرأسمالية.

ومن روافد التضخم نجد **الإحالة**، والتي تعني إسناد قاعدة ما لقاعدة أخرى، سواء كانت داخلية (أي في نفس النص)، وهي لا تشكل سببا للتضخم بل تقلل منه، أو كانت خارجية، ومن النماذج المشهودة قانون التوجيه العقاري، والتحقيق العقاري، وقانون الاستثمار<sup>1</sup>.

فالنسبة لقانون التوجيه العقاري فإن الجدول التالي يبين الإحالات الموجودة فيه:

**الجدول رقم 03:** جدول يبين الإحالات الموجودة في قانون التوجيه العقاري

المادة المحيلة	نوع الإحالة	موضوع الإحالة
10	التنظيم	متعلق بالأراضي الصحراوية
19	قانون خاص	تصنيف الأراضي الفلاحية
26	تشريع خاص	أملاك الدولة
28	القانون المدني	الملكية الخاصة
32	قانون خاص	الوقف
36	قانون + تنظيم	تحويل الأراضي الخصبة جدا أو الخصبة إلى صنف الأراضي القابلة للتعمير والتعويض الناتج عن نقص القيمة
37		
40، 41	تنظيم	شهادة الحياة
50	التنظيم	هيئة لمعاينة عدم الاستثمار الفعلي للأراضي الفلاحية حسب المواد 48 و 49 من ق ت ع
57	القانون المدني	إحالة تعديلية من خلال إضافة حالة جديدة للشفعة، وهي شفعة الجوار في المستثمرات الفلاحية.

<sup>1</sup> تعليق النواب على ذلك:

تطوير وعصرنة المستثمرات الفلاحية	قانون خاص	58
مساهمة الجماعات المحلية في عملية استصلاح المستثمرات الفلاحية	تنظيم	59
مساهمة الدولة في عملية استصلاح المستثمرات الفلاحية	قوانين المالية	60
تحديد الهيئات المختصة بالشفعة	تنظيم	71
07	الجزئي 01: القوانين	المجموع
06	الجزئي 02: التنظيم	
14 (لأن الإحالة للمدني مكررة)	الكلي	

**المصدر:** من إعداد الباحث بناء على قانون التوجيه العقاري.

أما قانون التحقيق العقاري فنجد أنه أحال معظم مواد المرسوم التنفيذي 08\_147، وكذلك مجموعة من التعليمات، ومنها:

- المراسلة رقم 07831 المتعلقة بتطبيق أحكام القانون رقم 02\_07 المؤرخ في 2007/02/27<sup>1</sup>: والتي تَرَدُّ على عرائض المواطنين وشكاويهم ضد مدراء الحفظ العقاري الذين أرجؤوا تطبيق أحكام هذا القانون بحجة عدم توفر الوسائل المادية اللازمة، وقد أوجبت المديرية المركزية في هذه المراسلة امتثال مسؤوليها الولائيين لأحكام هذا القانون.

- المراسلة رقم 03278 المتعلقة بالتكفل بطلبات الحائزين على شهادة الحياة<sup>2</sup>، التعليم رقم 5369 المتعلقة بإثبات وقائع الحياة<sup>3</sup>: حيث أثبتت هنا مسألتان هامتان، وهما: أن تاريخ الحياة يثبت

<sup>1</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 07831 سبق ذكرها.  
<sup>2</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية الحفظ العقاري ومسح الأراضي، مراسلة رقم 03280 و م/م ع أ و/م ح ع م أ/ع، المؤرخة: 15 أبريل 2010، والمتعلقة بتطبيق أحكام القانون رقم 02\_07 المؤرخ في 2007/02/27 - التكفل بطلبات الحائزين على شهادة الحياة.

<sup>3</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية الحفظ العقاري ومسح الأراضي، مراسلة رقم 5369 و م/م ع أ و/م ح ع م أ/م ا ت ع، المؤرخة: 13 جويلية 2010، والمتعلقة بتطبيق أحكام القانون رقم 02\_07 المؤرخ في 2007/02/27 - إثبات وقائع الحياة.

بداية من تاريخ ثبوت الحيابة الفعلية لا من تاريخ إعداد شهادة الحيابة، وأحالت إثبات ذلك لكل الطرق المعهودة في هذا الشأن، وأنه يمكن الاكتفاء بالشهادة فقط لإثبات واقعة الحيابة.

- المراسلة رقم 1850 المتعلقة بتساؤلات حول قانون التحقيق العقاري<sup>1</sup>: وقد حوت هذه المراسلة إجابة على التساؤلات التي ظهرت بعد التطبيق، وتفتقد للمعالجة في القانون 02\_07، والمرسوم المطبق له، ومن بينها:

\_ رفض المحافظ العقاري إشهار مقررات الترقيم العقاري الممضية من طرف رئيس المصلحة بمديرية الحفظ العقاري أثناء غياب المدير الولائي للحفظ العقاري، بسبب أن عملية التحقيق العقاري تتم تحت إشرافه، وأن الصلاحيات الممنوحة في هذا الإطار ممنوحة له حصراً، ولا يمكن أن يتولاها غيره، وهو ما يثير التساؤل حول تعطيل الإجراءات المتعلقة بالتحقيق العقاري، واستمرارية المرفق، وفكرة التفويض المعتمدة في مثل هذه الأوضاع.

\_ حالة رفض المحافظ العقاري إشهار مقررات الترقيم العقاري المتعلق بالعقارات الشائعة بسبب عدم ذكر حصة كل مالك في الشيوخ، إذ أحالت المراسلة للمادة 713 ق م التي تفترض تساوي الحصص في حال عدم تعيينها.

\_ كيفية التعامل مع العقارات التي كانت محل نزاع قبل تقديم طلب فتح التحقيق العقاري، فبينت المراسلة أن الأحكام الصادرة في هذا الشأن تدعم أحد فرضين فهي إما تدعم الحيابة وبالتالي الطلب المبني عليها، وإما لا تدعمه مما يستوجب الفحص الأولي للتأكد من كل منطوق على حدة، والامتناع عن الرفض التلقائي للطلب بحجة أن هذا العقار كان موضوع منازعة.

- المراسلة رقم 7285 المتعلقة بكيفية معالجة غياب المعارض أو المعارض ضده أثناء جلسة الصلح<sup>2</sup>: إذ أن المتنبع للمادة (15) من أحكام القانون 02\_07 يجد أنها لم تعالج هذه الحالة، ولذلك تكفلت هذه المراسلة بمعالجته لتقادي تحرير محاضر عدم الصلح، وذلك من خلال تخصيص جلسة صلح ثانية على ألا يتعدى تاريخ انعقادها مدة شهر من ذلك، فلو كرر المعارض غيابه يحرر المحافظ العقاري

<sup>1</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي ، مراسلة رقم 1850 و م/ م ع أ و/ م م ع م أ ت ع، المؤرخة: 24 فيفري 2014، والمتعلقة بالإجابة عن تساؤلات رسالة رقم 4351 المؤرخة 26 نوفمبر 2014 الصادرة عن مدير الحفظ العقاري لولاية البويرة.

<sup>2</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي ، مراسلة رقم 7285 و م/ م ع أ و/ م م ع م أ ت ع، المؤرخة: 15 جويلية 2014، المتعلقة بمعالجة حالة غياب المعارض أو المعارض ضده أثناء جلسة الصلح.



أو المحقق العقاري محضر عدم الصلح واعتبر الاعتراض بدون أثر مع إخطار المعارض بذلك، وهو نفس الأمر في حال غياب المعارض ضده.

وتعقبا على ذلك فإنه \_ في رأيي \_ وإن كان تحرير محضر عدم الصلح منطقيا في الحالة الثانية لوجود قرينة تهرب المستفيد من أدلة قد تعرض ضده، فإن الأمر خلاف ذلك مع المعارض إذ أن غيابه دليل على عدم جدية اعتراضه، ولهذا وجب عقابه بخلاف مقصده، والاستمرار في إعداد سند الملكية للمعارض مادام قد التزم بالحضور من جهة، وما دام أنه كُيِّف اعتراض المعارض بأنه عديم الأثر، فلا يعقل القول بعدم أثره ثم القول بتحرير محضر عدم الصلح لعدم استقامة ذلك منطقا.

### الفرع الثاني: مآلات التضخم التشريعي

إن للتضخم التشريعي مآلات خطيرة تشمل المواطن بشكل فردي وبشكل جمعي، كما أنه يهدد المؤسسة القضائية في أداء الدور المسند إليها دستوريا.

#### (أولا) المآلات على المستوى الفردي:

إن آثار التضخم على المستوى الفردي تلاحظ على مستوى المتقاضي في حالة السكون، كما في حالة الحركة والتي تحتاج للقاضي من أجل إعادتها إلى حالتها المستقرة.

#### (01) بالنسبة للمتقاضي:

وتتجلى في الانتماء العقاري باعتبار أن تطهير الملكية هي الغاية التي ترومها (تنشدها) كل القوانين العقارية، بغية الوصول لحقوق مستقرة يمكن توظيفها في عملية التنمية الاقتصادية، لكن تضخم القوانين يحول دون تطبيق ذلك نتيجة عدم الانتهاء من عملية المسح من جهة، وتراحم العديد من سندات الملكية، وهو ما ينعكس سلبا على الأفراد من خلال المساس بالمبادئ القانونية، فالتضخم القانوني من شأنه أن يمس بمجموعة من المبادئ الدستورية، وفي مقدمتها الأمن القانوني، والوصول للقانون بشقيه الفكري والمادي.

فعلى **المستوى الفكري** فإن تناقض القوانين يخلق حالة من الغموض في فهم العلاقة بين القوانين التي تنظم نفس المسألة، ولذلك شجب *Peccaria* ذلك قائلا: "أن المواطن الذي لن يكون قادراً على الحكم بنفسه على العواقب التي يجب أن تترتب على أفعاله، وعلى حريته وممتلكاته سيبقى في تبعية

عدد قليل من الرجال الذين هم أوصياء القانون ومفسروه<sup>1</sup>، وإنما حينئذٍ سنعود لما قبل وضع قانون (الألواح الاثنا عشر) حينما كان رجال السلطة (النبلاء ورجال الكنيسة) مما يجسد تراجعاً للوراء.

وهو ما يجسد نكراناً للعدالة، فقد جاء في قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية: "ليس لازماً لإنكار العدالة، وإهدار متطلباتها أن يقع العدوان على موجباتها من جهة القضاء ذاتها [كما سنبين في حينه] ذلك أن السلطة التشريعية أو التنفيذية قد تفرض من العوائق ما يحول دون بلوغ الترضية القضائية، سواء عن طريق حرمان الشخص من إقامة دعواه، أو من نظرها في إطار من القواعد الموضوعية، وفق الوسائل القانونية السليمة"<sup>2</sup>

أما على المستوى المادي فتتجلى حالة انتهاك المساواة في التعليمات التي تفتقد للنشر بمفهومه الواسع، مما يجعل الإطلاع عليها حكراً على طائفة من المواطنين دون أخرى، وفي هذا الصدد ترى المحكمة الإدارية العليا المصرية: "حيث أنه من المقرر أن كل قاعدة قانونية لا تكتمل في شأنها الأوضاع الشكلية التي تطلبها الدستور، كتلك المتعلقة باقتراحها وإقرارها، وإصدارها وشروط نفاذها إنما تفقد مقوماتها باعتبارها كذلك، فلا يستقيم بنيانها، وكان تطبيقها في شأن المشمولين بأحكامها مع افتقارها لقوابها الشكلية\_ لا يلتزم ومفهوم الدولة القانونية التي لا يتصور وجودها ولا مشروعية مباشرتها لسلطتها، بعيدة عن خضوعها للقانون وسموه عليها باعتباره قيماً على كل تصرفاتها"<sup>3</sup>، واعتبرت في ذات السياق أن:

"نشر القاعدة القانونية ضماناً لعلايتها وذيوع أحكامها واتصالها بمن يعينهم أمرها، وامتناع القول بالجهل بها؛ وكان هذا النشر يعتبر كافلاً ووقوفهم على ماهيتها ونطاقها، حائلاً دون تنصلهم منها، ولو لم يكن علمهم بها قد صار يقينياً، أو كان إدراكهم لمضمونها واهياً؛ وكان حملهم قبل نشرها على النزول عليها - وهم من الأغيار في مجال تطبيقها - متضمناً إخلالاً بحرياتهم أو بالحقوق التي كفلها الدستور، دون التقيد بالوسائل القانونية التي حدد تخومها وفصل أوضاعها، فقد تعين القول بأن القاعدة القانونية التي لا تنشر، لا تتضمن إخطاراً كافياً بمضمونها ولا بشروط تطبيقها، فلا تتكامل

<sup>1</sup> Cesare Beccaria, des délits et des peines, traduit de l'italien par Collin de Planey, Ed. Du Boucher, Paris, 2002, p 20.

<sup>2</sup> المحكمة العليا الدستورية العليا المصرية، القضية 12 لسنة 19، بتاريخ: 1999/01/2، نقلاً عن: عبد المجيد إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 530.

<sup>3</sup> حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم: 36 لسنة 18 المؤرخ: 1998/01/13.

مقوماتها التي اعتبر الدستور تحققها شرطاً لجواز التدخل بها لتنظيم الحقوق والحريات على اختلافها. وعلى الأخص ما اتصل منها بصون الحرية الشخصية، والحق في الملكية.

وباستقراء هذه القرارات نجد أن عدم الالتزام بنشر القوانين من شأنه أن يجعل المبدأ الدستوري "عدم جوازية الاعتذار بالجهل بالقانون" مجرد شعار قانوني يفقد للتطبيق الفعلي، فالعلاقة هنا بين مصدر القانون والمخاطب به هي علاقة التزام متبادل فالأول مكلف بالنشر، وتحقيق الوصول بنوعيه الفكري والمادي، ومتى تحقق ذلك ترتب التزام مقابل في ذمة الثاني، وهو الالتزام بفحوى القانون، وعدم الخروج عن مقتضياته، ولذلك تذهب محكمة النقض المصرية: "المقرر في قضاء محكمة النقض أن النص في المادة (188) من الدستور<sup>1</sup> يدل على أن نشر القوانين بالجريدة الرسمية بعد إصداره من السلطة المختصة هو الطريق الوحيد الذي رسمه الدستور ليتوافر للمخاطبين بإحكامه العلم به، ولا يعتذر أحد بعد ذلك بجهله به إلا أن افتراض علم الكافة بالإجراءات التي أوجبها ذلك القانون مرهون بعدم قيام أسباب تحول حتماً دون قيام هذا الافتراض، مما مفاده أن علم المحاطين بأحكام القانون يعتبر شرطاً لإنبائهم بمحتواه..."<sup>2</sup>، ولذلك فالتعليمات الخاصة بأملاك الدولة، قابلة للاعتذار بجهلها كونها لم تنشر في الجريدة الرسمية<sup>3</sup>.

وكامتداد للإخلال بمبدأ المساواة نجد التكلفة الاقتصادية الباهظة، إذ أن التداخل والتعقيد المميز للتشريع العقاري سينسحب على المنازعة العقارية مما يستوجب على المتقاضي دراسة جدوى للموازنة بين المخاطر والمزايا المحتملة عن دعواه قبل رفعها بغرض تقدير عواقب الدعوى لتقرير مباشرتها من عدمه<sup>4</sup>، وهو ما يستوجب دراستها دراسة ثنائية تستحضر النصوص، وتقيم التكاليف؛ لأن الهدف المتوخى من الدعوى هو كسبها في فترة زمنية قصيرة وبتكاليف معقولة<sup>5</sup>.

وتشمل التكاليف المتعلقة بالمنازعة العقارية بشكل أساسي المحامي إذ ورغم عدم وجوب وجوده في المحكمة الابتدائية إلا أن الطابع التعقيدي يحول دون تمكن المتقاضي من مباشرة دعواه بشكل فردي، كما

<sup>1</sup> يقابلها المادة 78 من الدستور الجزائري.

<sup>2</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر العمالية، الطعن رقم 20282 لسنة 77 قضائية، جلسة 2012/09/29.

<sup>3</sup> تنص المادة 04 ق م على: "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية.

<sup>4</sup> *Élisabeth DEIRMENDJIAN, La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile, Droit. Université de Toulon, France, 2012, p 283.*

<sup>5</sup> *Ibid*, 376.

يشكل مصاريف التبليغات، والشهود<sup>1</sup>، والخبرة، والتي تمثل مبالغ كبيرة نسبيا لا سيما أن تكاليف المحامي مثلا تخضع للاتفاق الرضائي، وغير مسعرة كأتعاب الموثق والخبير.

وكل ما سبق يشكل إعاقة تحول دون الوصول للقضاء، بسبب التكلفة الاقتصادية الباهظة للقضايا العقارية، والتعقيدات الإجرائية، والذي اعتبرته فرنسا مؤشرا لاحترام الكرامة الإنسانية فقد جاء في قانونها المتعلق بمكافحة التمييز "إن الكفاح ضد الإقصاء واجب وطني يقوم على احترام الكرامة المتساوية لجميع البشر وأولوية لجميع السياسات العامة للأمم"، وذلك من خلال "سعي هذا القانون إلى ضمان الوصول الفعال للجميع في جميع أنحاء الإقليم إلى الحقوق الأساسية في مجالات العمل والإسكان وحماية الصحة والعدالة والتعليم..."<sup>2</sup>.

وهو نفس ما أكده مجلس الدولة في تقريره لسنة 2006، والذي جاء فيه: "أن تصعيب الوصول للقانون، الناتج عن انتهاك مبدأ المساواة من خلال خلق فئتين من المواطنين فئة لها إمكانيات لاستغلال هذه القوانين لتحقيق الثراء (مثل الاستيلاء على العقارات)، وفئة لا يمكنها ذلك فتضيع حقوقها نظرا للتكاليف الباهظة في هذا المجال"<sup>3</sup>.

## (02) بالنسبة للقاضي:

يعتبر القاضي مدير الخصومة القضائية، ولذلك فهو مكلف بمجموعة من الواجبات الملزم بالمثل لها، ويعتبر الفصل في المنازعات في آجال معقولة إحداها، إذ تنص المادة (10) من القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء على أنه: "يجب على القاضي أن يفصل في القضايا المعروضة عليه

<sup>1</sup> إذ تنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 95\_294 على: "ينقاضى الشهود المدعوون لأداء شهاداتهم، سواء أثناء التحقيق أو أمام المجالس القضائية والمحاكم المنعقدة للنظر في المواد المدنية والجنائية أو الجنحية أو في المخالفات تعويض حضور يحدد بمبلغ 500 دج"، كما نصت المادة 09 منه على: "للأشخاص الذين يصبحون القصر الذين تقل أعمارهم عن ست عشرة (16) سنة أو يصبحون شهودا مرضى أو مصابين بعاهات الحق في التعويضات المنصوص عليها في المادة 7 و 08 أعلاه، المرسوم التنفيذي رقم 95\_294، المؤرخ 30 سبتمبر 1995، المحدد لتعريفات بعض المصاريف الناتجة عن تطبيق الإجراءات القضائية وكيفية دفعه"، ج ر عدد 57، الصادر 04 أكتوبر 1995.

<sup>2</sup> Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998, d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, JORF n°175 du 31 juillet 1998.

<sup>3</sup> Rapport de Conseil d'Etat Française, sécurité juridique et complexité du droit, op. cit.

في أحسن الآجال"<sup>1</sup>، كما تنص المادة (04/03) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "تفصل الجهات القضائية في الدعاوى المعروضة أمامها في آجال معقولة"<sup>2</sup>.

غير أن خصوصية التشريعات العقارية قد تحول دون التزامه بذلك مما ينتج عنه البطء في التقاضي، فتضخم المادة العقارية يتسبب في تعدد أدلة الإثبات والقوانين التي تحكم المسألة، وهو ما يستوجب النظر فيها والموازنة بينها، وذلك لمنع أي تناقض بينها.

غير أن عدم تبني الاختصاص القضائي يحول دون تحقيق هذا الهدف، والذي يعتبر ذا قيمة دستورية في الدستور السويسري<sup>3</sup>، وكذلك الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، أما القضاء الدستوري المصري فقد اعتبر "سرعة الفصل في المنازعة" تكريسا للمبدأ الدستوري الذي يكفل حق التقاضي"<sup>4</sup>، وهو نفس ما سار عليه القضاء التونسي إذ أنه "من المستقر عنده فقها وقضاء أن سرعة الفصل يعد من معايير المحاكمة العادلة ومبادئها"<sup>5</sup>، أما القضاء المغربي فقد كيف عدم الالتزام بذلك "خطأ مرفقيا يتجلى متى امتنعت الإدارة عن أدائها للخدمة أو بطئها في أدائها أو أداؤها من طرفها على وجه سيئ"<sup>6</sup>، أما القضاء الفرنسي الإداري فقد حكم بتعويض مقداره 17,000 يورو بعد تثبتها من وجود "طول مفرط للإجراءات على مستوى القضاء الإداري"<sup>7</sup>.

وبغية الوقوف على معدل الفصل في القضايا، والذي يعتبر مؤشرا على مدى احترام الآجال المعقولة، قمنا بإعداد الجدول التالي:

<sup>1</sup> القانون العضوي رقم 11\_04، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، المؤرخ 22 أوت 2004، ج ر عدد 57، المؤرخة 08 سبتمبر 2004.

<sup>2</sup> القانون رقم 08\_09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

<sup>3</sup> تنص المادة 01/29 من الدستور السويسري على: "لكل شخص الحق في أن يعامل معاملة عادلة في الإجراءات القضائية والإدارية وأن يصدر الحكم بشأنه في فترة معقولة"، متاح على الرابط التالي:

[https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland\\_2014?lang=ar](https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014?lang=ar)، تم الإطلاع بتاريخ: 2022/02/02. كما تنص الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان على: "لكل شخص . عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته، أو في اتهام جنائي موجه إليه . الحق في مرافعة علنية عادلة خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقاً للقانون"، متاحة على الرابط التالي:

<http://hrlibrary.umn.edu/arab/euhrcom.html>، تم الإطلاع بتاريخ: 2022/02/02.

المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم: 11 لسنة 24 المؤرخ: 09 ماي 2004.<sup>4</sup>

<sup>5</sup> محكمة التعقيب التونسية، قضية عدد: 82172، بتاريخ: 2020/03/23.

<sup>6</sup> محكمة النقض المغربي، القرار عدد 206 بتاريخ: 2012/04/12، الملف الإداري عدد 2011/2/4/830.

<sup>7</sup> CEF, 5ème et 4ème sous-sections réunies, 18/06/2008, N° 295831, Publié au recueil Lebon.



## جدول رقم 04: جدول إحصائي للنشاط القضائي للمحكمة العليا الجزائرية

2000			1998			1997			1996			1995			السنة
غ ع	غ م	غ أش	غ ع	غ م	غ أش	غ ع	غ م	غ أش	غ ع	غ م	غ أش	غ ع	غ م	غ أش	
4387	3268	602	1991	4990	868	1719	6331	1304		5046	1497		4091	1469	قضايا متبقية
1821	2595	1333	2146	2332	1080	1719	2080	1062		3779	1006		3205	874	قضايا مسجلة
15+	25+	04+	07+	36+	00+	619+	20+	06+		22+	11+		00	00	قضايا محولة
10-	16-	01-	11-	01-	01-	06-	690-	04-		58-	01-				
6213	5872	1938	4133	7251	1947	2332	7741	2368		8837	2509		7296	2343	العدد الكلي
1176	2528	1058	801	3242	1577	341	2745	1499		2541	1201		2250	2343	ق مفصول فيها
18.93	43.05	54.60	19.38	44.71	81	14.62	35.46	63.30		28.75	47.86		31	36	النسبة (%)
5307	3344	880	3332	4009	370	1991	4996	869		6296	1308		5046	1497	قضايا متبقية
81.07	56.95	45.40	80.62	55.28	19	85.37	64.53	36.70		71.25	52.13		69	64	النسبة (%)
11	18	08	08	22	10	07	23	11		23	11				عدد القضاة

المصدر: من إعداد الباحث بناء على إحصاءات سنوية للمحكمة العليا

غ أش: غرفة الأحوال الشخصية      غ م: الغرفة المدنية      غ ع: الغرفة العقارية

(ثانيا) المآل على المستوى الجمعي: ويقصد بها الآثار التي تتجاوز النطاق الفردي لتصل إلى النطاق الجماعي، ويتمظهر ذلك في:

(01) الاغتراب التشريعي: حينما يصبح النص غريبا في سياقه، بل وربما ميتا في بعض الحالات حينما يُستورد دونما تكييفه مع البيئة المراد تطبيقه فيها، أو حينما يطول إهماله مما يثير تساؤلا حيويا عن مدى فعالية هذا النص، ويمكن أن يتجلى الاغتراب التشريعي في مجموعة من الشواهد<sup>1</sup>:

- اعتبار القاضي أن الدفتر العقاري ليس دليلا منتجا في المنازعة العقارية، إذ أن في ذلك إهمال له، وهو ما جعل المحكمة العليا تتصدى لذلك بقولها: "إن الدفاتر العقارية الموضوعية على أساس مجموعة البطاقات العقارية ومسح الأراضي المحدث، تشكل المنطلق الوحيد لإقامة البيئة في نشأة الملكية العقارية، وفي قضية الحال لما اعتبر قضاة المجلس أن الدفتر العقاري المستظهر به لا يعتبر سندا لإثبات الملكية يكونون قد خالفوا القانون"<sup>2</sup>، وهذا القرار صادر سنة 2000؛ أي أنه وبعد أكثر من 25 سنة من دخول الأمر 74-75 حيز السريان لا يزال ثمة من لا يعتقد به كدليل في المنازعة العقارية.

- كما نجد إهمالا بيينا لأحد النصوص المنظمة لاعتبار واقعة الجوار منطلقا لممارسة حق الشفعة، فبينما سكت النص عن هذه الحالة في تعداده للذين يملكون هذا الحق في المادة (795) ق م، والتي نصت على أن: "يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية، وهم: مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة، والشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي، وصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها"، غير أن المادة (57) من قانون التوجيه العقاري عدلت هذه المادة من خلال النص على تمديد حق الشفعة المنصوص عليه في المادة (795) إلى المجاورين، وذلك بغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة.

<sup>1</sup> ومثال ذلك: إهمال تطبيق القانون الخاص بتطبيق اللغة العربية، ونشر الجريدة الرسمية بالنسخة العربية دون الفرنسية؛ لأن في ذلك ضمانا على عدم وجود اختلاف بين الصياغة التحريرية (الأصلية) وبين الصياغة الدستورية (الرسمية)، فهذا النص نظرا لطول إهماله يظهر وكأن ثمة ركونا للتخلي عنه أو أن صياغته مجرد أثر سياسي أكثر منه قانوني.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 197920، بتاريخ 2000/06/28، المجلة القضائية، العدد: 02، 2001، ص 253\_249.



غير أنه وبالبحث في قرارات المحكمة العليا نجد بأنها قد قضت في أحد قراراتها بأنه: "لا تعد حالة الجوار سببا من أسباب حق الشفعة"<sup>1</sup> مبررة مسلكها بقولها: "...ذلك أن حق الشفعة هو حق استثنائي، وهو لا يتقرر إلا في ثلاث حالات..."، وعدد الحالات المذكورة في المادة (795) من القانون المدني، والمנוه بها في أعلاه، وفي ذلك إهمال للمادة (57) من قانون التوجيه العقاري، وخروج عن حدود سلطة القاضي، وذلك بسبب تضخم المادة التشريعية.

ولذلك فقد ثار التساؤل على المستوى الفقهي والقانوني عن واقع النصوص المهملة<sup>2</sup>، وعن إمكانية أن يُعدَّ ذلك من طرق إلغاء القانون، فبينما يرى الفقه استحالة ذلك؛ نظرا لأن طرق الإلغاء محددة قانونا وهي إما صريحة وإما ضمنية<sup>3</sup>، وهو ما لا يتوفر في واقعة الحال، وهو الرأي الذي يتبناه القضاء الجزائري فقد جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المستقر عليه قضاء أن القوانين لا تسقط فعاليتها لواقع أن الظروف التي أملتها قد زالت وصارت غير موجودة، ولا يكون الإلغاء إلا عندما يتعارض تنفيذها مع أحكام قانون جديد..."<sup>4</sup>، وهو خلاف الذي يتبناه القضاء الدستوري المصري إذ أنه يرى: "أن طول إهمال النصوص تعد قرينة تفيد إرادة التخلي عنها بعد نشرها"<sup>5</sup>، وبتقدير الاتجاهين نرى أن لكل منهما جانبا من الصحة فرغم أن الإلغاء مرسوم قانونا لكن إهمال النصوص دلالة على استبعادها من الجانب العملي، وهو ما يعكر الجانب التنبئي للأفراد، مما يستوجب عدم ترك هذه النصوص وتطبيقها متى دعت المنازعة لذلك.

## (02) المناخ الاستثماري:

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 282553، قرار بتاريخ 2004/03/03، المجلة القضائية، العدد: 01، السنة: 2004، صص 99\_102.

<sup>2</sup> هناك حالة عملية للإهمال في فرنسا تتجلى أن التغيير الدائم والإلغاء للمواد جعل بعض القوانين تتكون من مادة وحيدة تعود لأكثر من 100 سنة، وهو ما جعل مجلس الأمة الفرنسي (السينا) تعد تقرير عن هذه القوانين، حيث أعدت قائمة للقوانين غير المجدية (البالية) للسنوات 1800\_1941 كمرحلة أولى، ثم 1941\_1980 كمرحلة ثانية من أجل تسهيل الوصول للقواعد القانونية السارية بالفعل، ينظر في ذلك: موقع مجلس الأمة الفرنسي، متاح على الرابط التالي:

<http://www.senat.fr/leg/exposes-des-motifs/pp120-068-expose.html>، تم الإطلاع بتاريخ 2022/05/28، وكذلك: *Rapport n° 626 (2020-2021) de Mme Catherine DI FOLCO, fait au nom de la commission des lois, déposé le 25 mai 2021 et loi n° 2019-1332 du 11 décembre 2019 tendant à améliorer la lisibilité du droit par l'abrogation de lois obsolètes, JORF n°0288 du 12 décembre 2019.*

<sup>3</sup> راجع حول ذلك: حسني درويس عبد الحميد، مرجع سابق، صص 262\_270.

<sup>4</sup> المجلس الأعلى، الغرفة العقارية، ملف رقم: 41864، بتاريخ 1987/02/16، المجلة القضائية، العدد: 04، 1992، صص 112\_115.

<sup>5</sup> المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم: 36 لسنة 18 المؤرخ: 1998/01/13، سبق ذكره.

ويمثل المناخ الاستثماري: "مجموع ما يأخذه المستثمر الأجنبي في الحسابان عند تقييمه لمدى جودة الظروف في بلد معين لصالح الاستثمار الذي يرغب في القيام به، ويشمل ذلك الحالة الاقتصادية والسياسية والقانونية"<sup>1</sup>، والتذبذب التشريعي، وكذا تضخمه من شأنه أن يجعل البيئة الاستثمارية غير جذابة وبالتالي لا تشهد استقطابا كبيرا لرأس المال الاستثماري، لاسيما مع التقارير الحديثة الصادرة عن البنك الدولي التي تجعل من البيئة التنظيمية المناسبة أهم مطلب للمستثمرين بعد الأمن والاستقرار السياسي عند دراستهم لجدوى مباشرة الاستثمار في دولة معينة أو الامتناع عن ذلك<sup>2</sup>.

وهو ما من شأنه تقويت فرصة تنويع مصادر الاقتصاد الوطني، إذ أن المشاريع الاستثمارية تعد من أساسيات تنويع الموارد الاقتصادية لاسيما مع التوجهات الرسمية المعبر عنها بالرغبة في الخروج من التبعية للمحروقات، ما يعني أن عدم جاذبية القوانين يضيع عوائد مباشرة للاستثمار، وتتمثل في توفير مناصب الشغل، وتعزيز الصادرات، وعوائد ذات صلة بتطورات المشروع: لاسيما تحقيق غايات الاستثمار بعيدة المدى، المتمثلة في الوصول للتقدم العلمي، ومعرفة الأسرار التقنية الحديثة، والتي تجسد تعددا لأبعاد الاستثمار والتي لا تتحقق إلا بالاستقرار القانوني كقيمة جاذبة لرؤوس الأموال الأجنبية.

كما أن الافتقاد للأمن القانوني نتيجة المساوى التشريعية، وعدم استقرار القوانين العقارية يفقد الدولة ميزة هامة تتمثل في القدرة على المساومة و فرض شروطها في مرحلة التفاوض، وهو ما يمس السيادة الاقتصادية للدولة المضيفة، وذلك كله يترتب التزاما على السلطة التشريعية بأن تأخذ على عاتقها إعادة بناء نسق قانوني جزائري متناسق بتفعيل الأمن القانوني، وذلك وفق أسس معيارية مدروسة ستكون محل الباب الثاني من هذه الأطروحة.

<sup>1</sup> Jola Gjuzi, "stabilization clauses in international investment: a sustainable development approach", Springer nature Switzerland AG 2018, p 29.

<sup>2</sup> See World Bank. 2018. Global Investment Competitiveness Report 2017/2018: Foreign Investor Perspectives and Policy Implications. Washington, DC: World Bank. pp 6, 25.

## **الباب الثاني: وسائط تفعيل فكرة الأمن القانوني**

أصبح الأمن القانوني حقيقة معيارية معبرة عن سيادة القانون، وضابطا موجهها للصناعة التشريعية يستوجب عدم الانحراف عنه في سن التشريعات النازمة للأوضاع والمراكز القانونية المختلفة، و لا يتأتى ذلك إلا وفق وسائل واعية تحكّم المسألة من التصور إلى التنفيذ، وهو ما يستوجب تبعا لذلك وسائطية تشاركية بين مختلف الفواعل المعنية.

ولذلك سننسط البحث في الباب الثاني عبر فصلين، وهما:

❖ **الفصل الأول: الوسائط التشريعية**

❖ **الفصل الثاني: الوسائط القضائية**

## الفصل الأول: الوسائط التشريعية

يجسد التشريع أحد الأعمال العبقريّة المُسيرة للمجتمعات، ولا يتحقق له هذا التوصيف إلا بمراعاة مواصفات معينة لا تتحقق باحتكار التشريع، و إنما بجعله عملاً تشاركياً يمكن لكل الفواعل أن تساهم فيه، وهو ما ينعكس في ما بعد على دقة تصميمه، والمقبولية في تنفيذه، وهو ما يسمح بتحقيق فعالية التشريعات في نقل الأمن القانوني من التصور الدستوري إلى التجسيد الفعلي. وتأسيساً على ذلك؛ فالقانون خطاب تفاعلي يقوم على ثنائية المُخاطب والمُخاطَب، وهو ما يستوجب بناءه وفق أسس ديمقراطية تراعي الأسس العلمية، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال آليتين، واللّتين سننسط فيهما البحث في هذا الفصل، وهما:

❖ المبحث الأول: السياسة العامة

❖ المبحث الثاني: قياس الأثر التشريعي

المبحث الأول: السياسة العامة

تمثل السياسة العامة منطلقاً لترشيد الممارسة التشريعية، من خلال مسح الأهداف والمصالح الاجتماعية بغية تنفيذها دون أن تتعارض فيما بينها، وتكتسي أهمية بارزة في تحقيق الأمن القانوني، ولذلك سنبين البنين الذي تقوم عليه **(المطلب الأول)**، ومن ثمة عرض أهم الغايات والفنيات التي تُهَنْدَسُ على ضوءها **(المطلب الثاني)**.

### المطلب الأول: بُنْيَانُ السِّياسَةِ العَامَةِ

يقوم إيضاح بُنْيَانِ السِّياسَةِ العَامَةِ على تحديد مفهومها باعتبار أنه كان محطّ محاولات فقهيّة كثيرة لتوضيحه **(الفرع الأول)**، ثم تحديد مختلف الفواعل التي يُفترض أن تساهم في رسمها **(الفرع الثاني)**.

### الفرع الأول: مفهوم السِّياسَةِ العَامَةِ

تمازج السِّياسَةِ العَامَةِ بين الفن والعلم، ولذلك سنبين تعريفها، والمشتملات المكونة لها.

#### **(أولاً) تعريفها:**

تعرف السِّياسَةِ العَامَةِ عند **(R. Rose)** بأنها: "برنامج أو نسق من الأنشطة المترابطة والهادفة لتحقيق أثر على المستهدفين"<sup>1</sup>، وتعرف كذلك بأنها: "سلسلة من القرارات والنشاطات الناتجة عن تفاعل الفواعل المساهمة في تحديد المشاكل الاجتماعية ورسم حلول لها وفقاً للواقع الاجتماعي والاقتصادي التي يكونون فيه"<sup>2</sup>.

كما يعرفها **(C. Friedrich)** بكونها: "برنامج عمل مقترح لشخص أو جهة معينة في نطاق بيئة محددة لتوضيح الفرص المستهدفة والمشاكل المراد تجاوزها سعياً لتحقيق هدف معين"<sup>3</sup>، وبتفكيك هذا التعريف يمكن القول أن التعريف يشتمل على العناصر التالية:

❖ **القائم بالسياسة العامة:** والذي يمكن أن يكون برنامجاً لشخص أو جهة معينة، وهي إشارة

للفواعل المساهمة في هندسة هذه السياسة.

<sup>1</sup> جيمس أندرسون، صنع السياسة العامة، ترجمة: عامر الكبيسي، ط 04، دار المسيرة، الأردن، 2010، ص 14.

<sup>2</sup> Peter Knoepfel and all, public policy analysis, First published, The Policy Press University of Bristol, Great Britain, 2007, p 23.

<sup>3</sup> جيمس أندرسون، المرجع السابق، ص 15.

❖ **النطاق:** ويشمل النطاق الزمني، فلا بد من ضابط زمني تُنقذ السياسة في إطاره وقد يكون قريبا أو متوسطا أو بعيدا للمدى، كما تشمل النطاق المكاني سواء على المستوى الوطني أو الولائي أو البلدي بحسب البرنامج المراد تنفيذه.

❖ **الغائية:** ويراد بها أن تكون سياسة واعية تستند للعلمية والترابطية بين مكوناتها، وليس مجرد كتل متنافرة ومتضاربة من الأفكار.

ومن جانب آخر؛ يرى البعض أنه وجب الخروج من دائرة التعريف بالحد إلى التعريف بالرسم من خلال تحديد أهم مميزاتهما، وهو ما يسمح بالقول بأن السياسة العامة تمثل: "استجابة للمشاكل الاجتماعية الحالية والمستقبلية، والتي تتطلب اهتماما وفق غائية واعية، تقوم على التشاركية عند التخطيط (الفواعل الرسمية وغير الرسمية)، والنيابة عند التنفيذ (إذ أن الجهاز التنفيذي هو المكلف بذلك)"<sup>1</sup>، وهو التعريف الذي نرتضيه باعتباره يخدم البحث في باقي أجزائه.

**(ثانيا) مشتملاتها:** تضم السياسة العامة باعتبارها كلا مجموعة من السياسات الجزئية التي تعالج

مسائل فرعية، وهي<sup>2</sup>:

**(01) السياسة القانونية:** وهي في تشكيلاتها الجزئية نتاج تطور زمني متعاقب، لكن المؤسس

الفعلي له كعلم هو الفقيه البولندي<sup>3</sup> (*L. Petrażycki*)، والذي حاول إرساء سياسة قانونية علمية<sup>4</sup>،

<sup>1</sup> Birkland, Thomas, *An introduction to the policy process : theories, concepts, and models of public policy making*, 3rd ed, Taylor & Francis, USA, 2015, pp 8-9.

<sup>2</sup> وتجدر الإشارة أن الجزائر كانت تملك قانون ينظم سياستها العامة، ينظر: المرسوم رقم 133\_71 المؤرخ 13 ماي 1971، المتضمن تنظيم مراقبة الدراسات ذات الطابع الاقتصادي، ج ر عدد 41، الصادر 21 ماي 1971.

<sup>3</sup> هو منظر قانوني وعالم اجتماع ولد في بولندا سنة 1867 درس الطب ثم درس القانون حيث تحصل على الماجستير من جامعة كييف حول القانون الروماني، ثم تحصل على الدكتوراه من جامعة سانت بطرسبرغ، والتي عين بها سنة 1897 أستاذا ثم عميدا بعد انتخابه لذلك، ثم نال عضوية البرلمان الروسي، وسجن بسبب أنشطته، وفي عام 1918 هرب إلى بولندا، وعمل كأستاذ بجامعة وارسو، ألف العديد من الكتب في القانون المدني، والاقتصاد السياسي وعلمي النفس والاجتماع، ويعد الأب غير المعترف به لهذا الأخير، **Unrecognized Father of Sociology of Law**، وانضم للعديد من المحافل العلمية، ومنها:

✓ عضو ونائبي رئيس المعهد الدولي لمعهد علوم الاجتماع.

✓ عضو في الأكاديمية البولندية للعلوم (1912\_1931).

✓ عضو في الأكاديمية الدولية للقانون المقارن.

توفي سنة 1931، ينظر في ذلك:

Adam Podgórecki, "Unrecognized Father of Sociology of Law: Leon Petrażycki: Reflections based on Jan Gorecki's Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki", *Law & Society Review*, Vol: 15, No: 1 (1980 - 1981), (pp: 183-202), p 183\_184.

<sup>4</sup> Leon Petrażycki, *Law and morality*, Translate by: Babb, Hugh W, [Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1955, p 03

تتوخَّى جعل القانون عاملاً للتغيير الاجتماعي الهادف<sup>1</sup>؛ مما يقيم علاقة ارتباطية بين القانون والمجتمع إذ يشكل الأول مرآة عاكسة للثاني، فلا يجب حينذاك أن يكون متقدماً جداً عن المجتمع، ولا متخلفاً عنه؛ لأن ذلك يسهم في تحريك واع للمجتمع نحو الأهداف القانونية<sup>2</sup>.

وعلى ضوء ذلك يمكن تعريف السياسة القانونية على أساس أنها: "فن تحديد الأهداف التي يجب أن يحققها القانون"<sup>3</sup>، من خلال استغلال العلوم القانونية باعتبارها المحددة لمجموع القواعد والمبادئ المنظمة لعمل المؤسسة القانونية، والتشريعات القانونية المطبقة في المجتمع؛ مما يسمح بتجسيد القانون باعتباره تعبيراً عن الحراك الحضاري المجتمعي<sup>4</sup>.

كما نجد أن الفقيه (*Matuzov*) يعرفها بأنها: "مجموعة معقدة من الأفكار والتدابير والمهام والأهداف والبرامج والمبادئ التي يتم تنفيذها في مجال القانون وبواسطة القانون"، وأما الفقيه (*Babayev*) يعرفها على أساس أنها: "مجموعة من المبادئ والتوجيهات والمهام الإستراتيجية وتقنيات التنظيم القانوني للعلاقات الاجتماعية"<sup>5</sup>.

وعلى أساس ذلك تتجلى لنا أهمية السياسة القانونية من خلال مقولة (*Portalis*) أحد المهندسين في صناعة القانون المدني الفرنسي بأن "القوانين ليست أفعال قوة خالصة إنما هي أعمال حكمة وعدالة وعقل"<sup>6</sup>، وهو ما يجعل المشرع يشرع عند الضرورة فقط متجنباً التشريعات غير الضرورية باعتبارها تضعف القوانين الضرورية<sup>7</sup>، وتشكل تهديداً لليقين وعظمة التشريع.

<sup>1</sup> وقد كتب عن ذلك أن المهمة التي كلف بها نفسه هي إثبات الإمكانية والإعداد العلمي لصياغة علم السياسة التشريعية، والقانونية بشكل عام، وهو نفس ما كلف به القاضي هولمز نفسه بجعل حياته للقانون، فهما بذلك نموذج للنضال القانوني، ينظر في ذلك، *ANDRZEJ KOJDER, "Legal Policy: The Contribution of Leon Petrażycki", Polish Sociological Review, N°: 106, 1994, (pp: 155-163), P 155 and, Oliver Wendel HOLMES, The Path of the Law, the Floating Press, USA, 2009, op.cit, p 32.*

<sup>2</sup> *ANDRZEJ KOJDER, op.cit, p 161 and Leon Petrażycki, Law and morality, op.cite, p326.*

<sup>3</sup> *CLAUDE DU PASQUIER, introduction à la théorie générale -et à la philosophie du Droit, Delchaux & Niestlé s.A. Neuchatel, Librairie du Reuceil Sirey, Paris, p 165.*

<sup>4</sup> روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمة: صلاح دباغ، ط 01، مركز نهوض للدراسات والبحوث، لبنان\_الكويت، 2021، ص 16.

<sup>5</sup> *Iryna Mima and all, "Legal Policy: The Latest Dimensions of Development", Advances in Economics, Business and Management Research, vol: 129, 2020, (pp:47\_55), p 48.*

<sup>6</sup> "Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison", Jean-Étienne-Marie Portalis, Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, Joubert, Libraire de la Cour Cassation, Paris, 1844, p 04

<sup>7</sup> "Il ne faut point de lois inutiles; elles affaibliraient les lois nécessaires", *ibid.* p06.

وتفعيلا لهذه الفلسفة فقد حصر الفقهاء وظيفية السياسة القانونية في خم، أهداف سنعمل على بيان مقتضياتها، وهي<sup>1</sup>:

(أ) **الوظيفة التصحيحية:** وهي التي تسمح بتوفر مرونة للنصوص القانونية تسمح لها بمسايرة الديناميكية الاجتماعية، كما أنها تسمح بتحديد الأولويات الواجب مراعاتها عند تحديد الأهداف، وهو ما يمكن الاصطلاح عليه بفقهاء الغايات، لأن الأهداف المتوازية من شأنها إهدار الفعالية في التجسيد، وهو الذي لمسناه عند تحليلنا لمختلف الصعوبات التي تعرض لها مشروع المسح العقاري بسبب تشتت أعوان المسح مع مشروع الثورة الزراعية، ثم التحقيق العقاري.

(ب) **الوظيفة التنبؤية:** وتتجلى من خلال إيجاد حلول للمشاكل المحتملة قبل وقوعها، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال إدماج البعد العلمي في المقاربة التخطيطية لكونه خطابا تتضمن أهدافا مرسومة تستوجب أن تتخذ شكلا منطقياً<sup>2</sup> يمكن التنبؤ على أساسه، كما يمكن تجويد المسار التنبؤي من خلال دراسة تاريخية للقوانين السابقة<sup>3</sup>، وكذا الاطلاع على القانون المقارن<sup>4</sup>؛ فذلك كفيل بمعرفة مآل الأنساق القانونية المستوردة في حال تطبيقها، والهدف من ذلك هو تطبيق القاعدة الناصة على: "المعرفة من أجل التنبؤ، والتنبؤ من أجل التصرف المعقول"<sup>5</sup>.

(ج) **الوظيفة العقلانية:** والتي تركز على إيجاد سبل للتعاون بين المؤسسات المختصة في تطبيق القانون فيما بينها من جهة، وبينها وبين المجتمع من جهة ثانية، كما تعمل على زيادة مستوى جودة التشريع وكفاءته، وهو ما يعزز إتقان التشريعات في مسارها من مرحلة سنها إلى غاية تطبيقها، وهو ما يمكننا من القول أن الوظيفة العقلانية للسياسة القانونية تتجلى في السياسة التشريعية<sup>6</sup>، والتي سنسبسط فيها البحث عند حديثنا عن فنيات السياسة القانونية والصياغة التشريعية.

(د) **الدعم القانوني:** وذلك من خلال توفير الأمن القانوني بتوفير دعم للحقوق والحريات، وهو ما يتجلى صراحة في صياغة المادة (04/34) من الدستور الجزائري المُدسترة للأمن القانوني في الجزائر؛

<sup>1</sup> Eugene S. Anichkin, "Constitutionally-Legal Policy as Base Type of Legal Policy of Russia", *International Journal of Environmental and Science Education*, Vol: 11, N°: 10, 2016,(pp: 3907-3914), p 3910.

<sup>2</sup> Gro Sandkjaer Hanssen & Inger-Lise Saglie (2010) "Cognitive Closure in Urban Planning", *Planning Theory & Practice*, Vol:11, N°4,(pp: 499-521), 513.

<sup>3</sup> ANDRZEJ KOJDER, *op. cit*, p157.

<sup>4</sup> Yiğit Sayın and all, "Land Law and Limitson the Right to Property: Historical, Comparative and International Analysis", *European Property Law Journal*, VOL: 6, N°: 01, (pp:4-52), p 31.

<sup>5</sup> "savoir pour prévoir, prévoir pour agir:" ANDRZEJ KOJDER, *op. cit*, p157

<sup>6</sup> Eugene S. Anichkin, *op. cit*, p 3908, 3910.



إذ تنص صراحة على: "تحقيقاً للأمن القانوني، تسهر الدولة عند وضع التشريع المتعلق بالحقوق والحريات على ضمان الوصول إليه ووضوحه واستقراره".

**(هـ) الوظيفة التكاملية:** وهي اتحاد الفواعل المتدخلة في السياسة العامة لتحقيق الصالح العام وفق رؤية مجتمعية مقاصدية بعيدا عن ترجيح المصالح الذاتية على المصالح الاجتماعية.

**(02) السياسة الاقتصادية:** إذ أن المنشغلين بالاقتصاد الوطني قد بينوا أن الاقتصاد النفطي الذي إنبنت عليه الجزائر هو اقتصاد مُتَحَرِّك غير مأمون العواقب، مما يتعين معه البحث عن مصادر جديدة للدخل، وهو الذي كان محل تعليمة لمديرية أملاك الدولة جاء فيها: "إن الوضعية الحالية للميزانية المتميزة بانخفاض عائدات الجباية البترولية تحتم على كافة المصالح المكلفة بتحصيل المداخيل المستحقة للخزينة بذل الجهود اللازمة للحد قدر الإمكان من اختلال التوازنات المالية الداخلية، ولهذا فإن مصالح أملاك الدولة مطالبة فيما يخصها بتحسين مستوى تحصيل عائدات استغلال أملاك الدولة الذي عرف تراجعاً خلال السنتين الماضيتين"<sup>1</sup>، وحثّ على إعطاء دور ديناميكي لهذا القطاع في إعادة بعث الاقتصاد<sup>2</sup>.

وهو نفس ما جاء في التقرير التكميلي مشروع قانون المالية: "لقد صنع القانون المتضمن قانون المالية لسنة 2016 الحدث بامتياز لوروده ضمن سياق وطني ودولي خاص متميز بركود اقتصادي عالمي وانخفاض حاد في أسعار المحروقات صاحبه تراجع في مداخيل الدول المنتجة للبترول مما أثر سلباً على المشاريع التنموية، ولذا قد جاء هذا القانون بأحكام لضبط الإنفاق وترشيده"<sup>3</sup>، وهذا الترشيح يحتاج إلى خلق مصادر جديدة للثروة.

وعلى أساس ذلك كله يأتي هدف التنوع الاقتصادي، والذي لا يمكن أن يتحقق دونما مساهمة حقيقية للعقار سواء من خلال التشريع أو من خلال تحصيل المنظومة الضرائبية لتعزيز المواطنة

<sup>1</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأملاك الوطنية، مديرية عمليات الأملاك الوطنية، مراسلة رقم 368 و م/م ع أ و/ م ع أ و ع، والمؤرخة: 17 جانفي 1999، *والمعلقة بتحسين مستوى تحصيل عائدات أملاك الدولة*، مجموعة نصوص المديرية العامة للأملاك الوطنية لسنة 1999، ص 139.

<sup>2</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأملاك الوطنية، مديرية تميم الأملاك التابعة للدولة، مراسلة رقم 01457 و م/م ع أ و/ م ت أ د، والمؤرخة: 15 فيفري 2010، *بخصوص إنعاش مكافحة الرشوة*، مجموعة نصوص المديرية العامة للأملاك الوطنية لسنة 2010، ص 60\_65.

<sup>3</sup> تقرير لجنة الشؤون الاقتصادية والمالية لمجلس الأمة الجزائري حول قانون المالية لسنة 2016، محضر الجلسة العلنية الخامسة عشرة، المنعقدة يوم الأربعاء 16 ديسمبر 2015، الفترة التشريعية السادسة، السنة الثالثة، الدورة الخريفية 2015، الجريدة الرسمية للمدوات لمجلس الأمة، العدد: 08، الصادر: 16 جانفي 2016، ص 03.

الضريبية<sup>1</sup>، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال توسيع الوعاء الضريبي<sup>2</sup> من خلال تقليل الضريبة العقارية، وهو ما يشجع الأفراد على الانخراط في التعاقدات الرسمية والابتعاد عن التعاملات العرفية، وكذا تنوع مصادر الدخل من خلال مخطط سياحي متوسط وبعيد المدى، وتوجيه الاهتمام للاستثمار باعتباره خزانا للكفاءات والإمكانيات، مع توسيع الاهتمام للقطاع الفلاحي لكونه أساس الاقتصاد الأخضر.

**(03) السياسة البيئية:** تعتبر السياسة البيئية من أهم السياسات المدرجة ضمن السياسة العامة إذ أن التوجه العام يكرس البيئية كعنصر أساسي تتم الأعمال والقوانين في ضوئه، وهو ما يمكن الاصطلاح عليه بالأمن البيئي، وهو الذي كرس من خلال مبدأ عدم التدهور المنصوص عليه في قانون حماية البيئة، والذي يعني: "عدم إلحاق الضرر بالموارد الطبيعية، والتي تعتبر في كل الحالات جزءاً لا يتجزأ من مسار التنمية"<sup>3</sup>، وتفعيلاً لذلك اشترطت المادة 15 من نفس القانون إخضاع مشاريع التنمية لدراسة التأثير أو لموجز التأثير على البيئة يتضمن أهم الآثار التي يمكن أن تلحقها المشاريع بالبيئة<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: فواعل السياسة العامة

تعد مشاركة مختلف الفواعل معياراً مهماً في العملية التخطيطية<sup>5</sup>، إذ يجسد توجهها لدمقرطة القوانين والسياسات، وفي ذلك يقول الفقيه كلسن "إن عقد القانون الخاص يمثل طريقة نموذجية لصناعة القانون، أما القواعد التي تفرضها النظم الإدارية فإنها حالة نموذجية لإنشاء القواعد الاستبدادية"<sup>6</sup>، إذ يُحول القانون من حقيقة اجتماعية إلى حقيقة واقعية<sup>7</sup> منفصلة عن الواقع مما يؤثر على فعالية استقبالها وتطبيقها اجتماعياً.

<sup>1</sup> تقرير لجنة الشؤون الاقتصادية والمالية لمجلس الأمة الجزائري حول قانون المالية لسنة 2016، المرجع السابق، ص 06.  
<sup>2</sup> تدخل وزير المالية أثناء مناقشة قانون المالية لسنة 2015، الفترة التشريعية السادسة، السنة الثانية، الدورة الخريفية 2014، الجريدة الرسمية للمداولات لمجلس الأمة، العدد: 06، الصادر 11 ديسمبر 2014.  
<sup>3</sup> المادة رقم 03 من القانون رقم 10\_03 المؤرخ 19 يوليو 2003، والمترقب بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر عدد: 43، الصادر 20 يوليو 2003.

<sup>4</sup> وهي جزئية لن نمد فيها بحثاً لأنها تتعلق بالمشاريع لا بالتشريعات، وذلك حتى لا نحيد عن موضوع بحثنا.  
<sup>5</sup> إن المتتبع للقوانين السارية سيجد إشارة لمبدأ التشاركية في المخططات القانونية المختلفة، ومنها مثلاً: المادة 02 من القانون المترقب بتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة، والتي تشير لمساهمة المواطن في السياسة المتعلقة بالإقليم وتنميته، ينظر: القانون رقم 20\_01 المؤرخ 12 ديسمبر 2001، المترقب بتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة، ج ر 77، الصادر 15 ديسمبر 2001.

<sup>6</sup> Hans Kelsen, translated by Max Knight from the second German edition, pure theory of law, op. cite, p281.

<sup>7</sup> Jeremy Waldron, The Dignity of Legislation, First published, Cambridge University Press, UK, 1999, p 14.

كما يشكل منطلقا لتجنب الانغلاق المعرفي<sup>1</sup>، الذي يحصر هندسة السياسات في جانب واحد، ويهمل البقية، وعلى أساس ذلك يعرف الفاعل بأنه: "الفرد أو المجموعة التي تستخدم وسائل معينة لتحقيق الأهداف المسطرة في السياسة العامة"، كما يمكن تعريفه بأنه: "كل جهة معنية بالمشكلة الاجتماعية المراد حلها"<sup>2</sup>، والتي يمكن تصنيفها على أساس الصفة إلى نوعين من الفواعل، وهي:

### (أولا) الفواعل الرسمية:

تنقسم الفواعل الرسمية إلى فواعل دستورية وأخرى قانونية، وذلك تبعا لقوة النص الذي ينظمها، ويبين دورها.

**(01) الفواعل الرسمية الدستورية:** ونقصد بها الفواعل المشار إليها دستوريا، والمتمثلة بشكل أساسي في السلطات الثلاثة، وكذا الهيئات التي أناط الدستور لها الاضطلاع في مهام استشارية، وتعتبر السلطة التشريعية من الفواعل الأساسية في رسم السياسة العامة استنادا إلى المادة الدستورية التي "تلزم البرلمان بالبقاء في إطار اختصاصاته الدستورية\_ وفيما لتطلعات الشعب"<sup>3</sup>، وقد أسند الدستور لها مجموعة متنوعة من الآليات التي تسمح بتجسيد دورها.

ف نجد الأسئلة البرلمانية، ولعل السؤال الذي طرحه النائب (أحسن لعربي) يعتبر أهمها، والذي جاء فيه: "ما هي التدابير التي ستتخذها الحكومة لإنجاز مركز مرموق للدراسات والأبحاث الإستراتيجية بغية الاسترشاد به في وضع السياسات المختلفة؟"<sup>4</sup>، وإجابة على ذلك بين الوزير أن الدولة قامت بإنشاء المعهد الوطني للدراسات الإستراتيجية الشاملة سنة 1984 يسعى لإجراء دراسات إستراتيجية واستشرافية بغرض تنوير سلطة صنع القرار السياسي مما يساهم في رسم الآفاق التنموية لسياساتها المستقبلية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Gro Sandkjaer Hanssen and all, op. cite, p 499, 500.

<sup>2</sup> Peter Knoepfel and all, op. cite, p 40.

<sup>3</sup> المادة 118 من الدستور .

<sup>4</sup> له، سؤال شفوي إلى الوزير الأول بخصوص استحداث مركز للدراسات والبحوث الإستراتيجية، الفترة التشريعية السابعة، الدورة العادية الثامنة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الخميس 26 يونيو 2016/ الجريدة الرسمية للمناقشات، المجلس الشعبي الوطني، السنة الخامسة، 2016، ص 3\_4.

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص 4\_6.

وفي نفس السياق نجد سؤالاً برلمانياً آخر عن العشوائية والطابع السياسي لمنح الأراضي الفلاحية<sup>1</sup>، وهو ما يمس بالطابع التجريدي للقوانين، وفي إجابة الوزير عن ذلك بين أن الأراضي تمنح في إطار القوانين التي تحكم المسألة، وأنه في حالة وجود مستثمرين طفيليين سيتم تطبيق الإجراءات القضائية والإدارية المتاحة، والمتمثلة في نزع مقررات الاستفادة منهم بغية إعادة توجيهها لمستحقيها الذين يستثمرونها لتحقيق الأمن الغذائي المستدام<sup>2</sup>.

وتكريساً لهذا الدور نجد سؤالاً آخر<sup>3</sup> جاء في فحواه: "ما هو سبب عدم تفعيل المقتضيات والتعليمات من خلال المصالح الفلاحية على مستوى ولاية غليزان والذي يعيق تطور مختلف الشعب؟"، وقد جاء السؤال بعد تمهيد عن دور العقار الفلاحي وتذكير بالعراقيل التي تحول دون استثمار العقار الفلاحي، ومن بينها عدم حصول الفلاحين على دفاتر عقارية على الأراضي الفلاحية، وهو ما فوت عليهم الاستفادة من الامتيازات والخدمات الممنوحة للفلاحين لمضاعفة إنتاجهم كالقروض بأنواعها والأسمدة العضوية والدعم الطاقوي نتيجة الافتقار للعقود التي تجسد مظهرًا للاتئمان العقاري.

كما نجد سؤالاً آخر يتعلق بالعقار الصناعي، إذ سجل النائب رشيد بلقط<sup>4</sup> وجود دراسات حول أوعية عقارية لتستغل كعقار صناعي دون تفعيل لهذه الدراسات، وبين في ذات الصدد الأرقام المتعلقة بذلك، وهي منطقة النشاطات الصناعية والحرفية بمساحة تقدر بـ 35 هكتار، وكذا وعاء يقدر بـ 700 هكتار انتهت دراسة مشروعه سنة 2017 من أجل أن يُجسد كمشروع للحظيرة الوطنية الصناعية بسطيف دون أن تجسد فعلياً بعد 05 سنوات من الدراسة، وفي رد الوزير بين رصيد العقار الصناعي في ذات المدينة، وأشار إلى العمل على تأسيس هيئة وطنية ذات امتداد جهوي ومحلي لضمان التحكم في تسيير وتوجيه آليات العقار الصناعي.

<sup>1</sup> محمد الحبيب قريشي، سؤال شفوي إلى وزير الفلاحة والتنمية الريفية والصيد البحري حول استثمار العقار الفلاحي بمدينة ورقلة، الفترة التشريعية السابعة، الدورة العادية الثامنة، ص 06.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 06\_09.

<sup>3</sup> رد وزير الفلاحة والتنمية الريفية على السؤال الكتابي رقم 2021\_495 للنائب عائشة شاوشي (أحرار)، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 62، الصادر 28 أبريل 2022، ص 41.

<sup>4</sup> له، سؤال كتابي رقم 2022\_575، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 65، الصادر 12 ماي 2022، ص ص 89\_90.

وفي سؤال آخر نجده يعبر عن انشغال خاص بفئة أصحاب السكنات الريفية الذين رُخص لهم للبناء على أراضي فلاحية إلا أنهم حرموا من تسلم عقود الملكية من المصالح الخاصة بسبب خطأ لم يكونوا طرفا فيه، علما أن هذا التخصيص قد أقيم على الأراضي الفلاحية المملوكة للدولة ملكا خاصا<sup>1</sup> مساحتها أكثر من 05 هكتار بموجب قرار ولائي مؤرخ في 12 أكتوبر 1994، والمعدل بالقرار الولائي المؤرخ 07 ماي 2000؛ أي أن عمر المشكل يتجاوز 28 سنة كاملة، ولكن باستقراء إجابة الوزير المعني نجد أنها لم تتضمن حلا لنازلة الحال لكنه أشار لمشروع القانون الجديد المتعلق بالتعمير قيد الإعداد من قبل وزارة السكن والعمران والمدينة، والذي يتضمن العديد من المواد التي من شأنها التكفل بمثل هذه الوضعيات، وهو ما يجعل الوضعية دون حل لغاية صدور هذا القانون والإطلاع على أحكامه.

كما نجد التدخلات البرلمانية ساحة لمناقشة أهم المسائل، ومن بينها تأخر صدور المراسيم التنفيذية إذ سجل أحد النواب أن: "المرسوم التنفيذي لقانون الأوقاف تأخر إصداره سبع (07) سنوات، وهو ما يخالف المنطق التشريعي إذ أن المراسيم يجب أن تكون مرفوقة بالقوانين لضمان تجسيدها<sup>2</sup>، كما نجد ملاحظة مصاحبة لعرض قانون الأوقاف لسنة 2002 والرامي للتخلي عن الوقف الخاص وإخضاعه "للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها" دون تحديد دقيق وهو ما يعني أن عنصر الجهل بهذه الأحكام ثابت لعدم بيانها<sup>3</sup>.

وفي نفس السياق تساءل أحد النواب عن عدم تامين الأملك العقارية الوقفية قائلا: كيف يعقل أن (163) عقارا تشمل (65) محلا تجاريا و(48) سكنا و(10) مرشات وحمامين وأكثر من (2000) نخلة لا تزيد عوائدها عن 100 مليون سنتيم سنويا<sup>4</sup>، وهو سؤال جوهرى لتعلقه بعدم قيام وزارة الشؤون الدينية

<sup>1</sup> ينظر السؤال الكتابي رقم 2021\_453 للنائب علي مويلحي (جبهة العدالة والتنمية) ورد الوزير عليه، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 63، الصادر 28 أبريل 2022)، ص ص 48\_49.

<sup>2</sup> عبد الكريم دحمان تدخل في إطار الرد على مشروع قانون الوقف لسنة 2002، الفترة التشريعية الخامسة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الثلاثاء 22 أكتوبر 2002، الجريدة الرسمية للمداولات، المجلس الوطني الشعبي للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الأولى، رقم 25، الصادرة: 20 نوفمبر 2002، 07.

<sup>3</sup> بن عمر مخلوف، تدخل في إطار الرد على مشروع قانون الوقف لسنة 2002، الفترة التشريعية الخامسة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الثلاثاء 22 أكتوبر 2002، سبق ذكره، ص 12.

<sup>4</sup> عمار موسي، تدخل في إطار الرد على مشروع قانون الوقف لسنة 2002، الفترة التشريعية الخامسة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الثلاثاء 22 أكتوبر 2002، سبق ذكره، ص 18.

في دورها القانوني المتمثل في حماية الأملاك العقارية، وقد جاء رد وزير القطاع<sup>1</sup> في ذات الصدد أنه سجل تأجير فندق ب 400 دج مع امتناع صاحب حق الإيجار عن السداد لمدة 10 سنوات، وقد بين أن الحل الذي ارتضته الوزارة هو رفع الإيجار لتحقيق الدور الاقتصادي للوقف.

والى جانب ذلك نجد **التحقيق البرلماني** باعتباره من أشكال الرقابة عبر لجنة تحقيق ينتخبها البرلمان بغية التحقيق في قضية أو مسألة ذات مصلحة هامة من خلال الاطلاع على كل الوثائق مع صلاحية استدعاء المسؤولين للمثول أمامها، وذلك بغية الوصول للحقائق المتعلقة بالواقعة محل التحقيق<sup>2</sup>، وقد نص المادة 159 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على ذلك: "يمكن لكل غرفة من البرلمان في إطار اختصاصاتها أن تنشئ في أي وقت لجان تحقيق في قضايا ذات مصلحة عامة"، ولكن هذه الآلية لم تُفعل للوقوف على الأسباب التي حالت دون تطهير الملكية العقارية، ودون تعميم المسح العيني رغم انطلاقه منذ 1971.

كما تعتبر السلطة التنفيذية فاعلا أساسيا في السياسة العامة، وهو ما يمكن استجلاؤه من الدستور باعتبار الحكومة ملزمة بتقديم مخطط عمل الحكومة، والذي يتضمن المشاريع القطاعية الكبرى، والذي يفترض فيه أن يبين مسار الدولة في كل المجالات<sup>3</sup> كما أنها ملزمة سنويا بتقديم بيان السياسة العامة أمام البرلمان<sup>4</sup> باعتباره مؤشر قياس لمدى الالتزام بالأهداف المسطرة.

كما أن المهام المسندة لكل وزارة يجعلها قوة أساسية في التصور ووضع التشريعات، فنجد على مستوى وزارة العدل المركز البحوث القانونية والقضائية<sup>5</sup>، والذي تعتبر المهمة الأساسية له هي المساهمة

<sup>1</sup> رد وزير الشؤون الدينية على تدخلات النواب في إطار الرد على مشروع قانون الوقف لسنة 2002، الفترة التشريعية الخامسة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الثلاثاء 22 أكتوبر 2002، سبق ذكره، ص 23.

<sup>2</sup> نادية أيت عبد المالك والعلة مناع، "التحقيق البرلماني أداة لممارسة الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد: 12، العدد: 01، (ص: ص: 748\_759)، ص 750.

<sup>3</sup> حمزة حملوي، تدخل في إطار مناقشة مخطط الحكومة، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 10، الصادر 14 أكتوبر 2021، ص 26.

<sup>4</sup> تنص المادة 08/111 من الدستور على: يجب على الوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة أن يقدم سنويا إلى المجلس الشعبي الوطني بيانا عن السياسة العامة"، كما تنص المادة 08/111 "يمكن للوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة أن يقدم إلى مجلس الأمة بيانا عن السياسة العامة"

<sup>5</sup> المادة 04 من المرسوم التنفيذي 338\_06، المؤرخ 24 سبتمبر 2006، والمتضمن إنشاء مركز البحوث القانونية والقضائي، ج ر عدد 60، الصادر 27 سبتمبر 2006.

في تحسين مجموع النصوص التشريعية الوطنية ذات الصلة بالتطور الاجتماعي والاقتصادي، أما وزير السكن والعمران فإنه يتولى مجموعة من الصلاحيات منها<sup>1</sup>:

- ✓ تنفيذ السياسة العامة للحكومة وبرنامج عملها وفقا للتشريعات السارية.
- ✓ تحديد استراتيجيات القطاع وتحديد الوسائل القانونية والبشرية والهيكلية لتجسيد الأهداف المسندة إليه
- ✓ المساهمة في السياسات والأعمال والإجراءات المتعلقة بالممتلكات العقارية وحمايتها.
- ✓ يسهر على تحديد تصور للجباية والسوق العقارية.
- ✓ اقتراح السياسة الوطنية للحصول على عقار، بما فيها القضاء على الجانب الهش، والترقية العقارية، والجانب الجمالي للعقارات.

ولابد من القول أن السلطة التنفيذية تمارس في بعض الأحيان تعتيما على سياساتها<sup>2</sup>، ويتجلى ذلك من خلال التشريع بالأوامر سواء تعلق الأمر بالمواضيع المعقودة للقانون العادي أو العضوي<sup>3</sup>، كما أنها

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 08\_189 المؤرخ 01 يوليو 2008، *المحدد لصلاحيات وزير السكن والعمران*، ج ر عدد 37، الصادر 06 يوليو 2008.

<sup>2</sup> وفي إطار هذا التعيم يمكن لنا القول أن تقنية التشريع بالأوامر هي تقنية تلوذ لها السلطة التنفيذية لتسريع إقرار السياسات التي لا تحظى بقبول شعبي، ومثالها:

✓ *إقرارها لتعديل قانون الأسرة* بموجب أمر والذي أدخل تغييرات جذرية باعتماد الرضا ركنا وحيد للزواج وحول باقي الأركان لمجرد شروط، ينظر: لأمر رقم 02\_05 المؤرخ 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84\_11 المؤرخ 09 جوان 1984 *المتضمن قانون الأسرة*، الجريدة الرسمية 15 لسنة 2015.

✓ وكذلك *إخراج بنك الجزائر من الاختصاص الرقابي لمجلس المحاسبة* بموجب المادة 2/8 من الأمر 10-02 المعدل للأمر 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة، ينظر: الأمر رقم 10\_02 مؤرخ 26 أوت 2010، المعدل والمتمم للأمر 95\_20 المؤرخ 17 جويلية 1995، *والمتعلق بمجلس المحاسبة*، الجريدة الرسمية 50 لسنة 2010.

✓ وكذلك *عدم إمكانية تحريك الدعوى العمومية ضد مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية* التي تملك الدولة كل رأسمالها أو ذات الرأسمال المختلط عن أعمال التسيير التي ينتج عنها سرقة أو اختلاس أو ضياع أموال عمومية إلا بناء على شكوى مسبقية من الهيئات الاجتماعية للمؤسسات المنصوص عليها في القانون التجاري وفي التشريع الساري المفعول، ينظر: الأمر رقم 15\_02 المؤرخ 23 جويلية 2015 المعدل والمتمم للأمر رقم 66\_155 المؤرخ 08 جوان 1966 *المتضمن قانون الإجراءات الجزائية*، الجريدة الرسمية 40 لسنة 2015.

<sup>3</sup> وهو الأمر الذي يرفضه القضاء الدستوري لكون ذلك يقوض مبدأ الفصل بين السلطات، ينظر :

CCF, DC n° 81-134 du 07/01/1982, (JORF) n° 05, publié le 07/01/1981 et CC, DC n° 2003-473 du 26/06/2003, (JORF) n° 152 de l'année 2003, paragraphe 11.

لا تكون عرضة للمناقشة عكس القوانين<sup>1</sup>، وتتص المادة (37) من القانون العضوي 16-12 المتعلق بتنظيم المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة، وعملهما والعلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة على: "يطبق إجراء التصويت دون مناقشة على الأوامر التي يعرضها رئيس الجمهورية على كل غرفة للموافقة عليها وفقا لأحكام الفقرتين الأولى و2 من المادة 142 من الدستور، أما الفقرة الثانية فهي تمنع تقديم أي تعديل، أما الفقرة الثالثة فتتص على أن: "عرض النص بكامله للتصويت والمصادقة عليه دون مناقشة في الموضوع، بعد الاستماع إلى ممثل الحكومة ومقرر اللجنة المختصة".

وهو الذي يؤسس في مجمله لحالة من التجهيل بالمقاصد التشريعية؛ لا سيما أنه ورغم الرأي الاستشاري لمجلس الدولة إلا أنه لا ينشر آراءه في هذا الصدد، وهو ما يجعل السلطة التنفيذية متهمة بعرقلة حق المواطنين في المعرفة الكافية بالمعايير المطبقة عليهم<sup>2</sup>، وهي الإشكالية التي تلقفها مجلس الأمة الفرنسي من خلال اقتراح قانون يتضمن وجوب نشر الآراء المقدمة للحكومة في إطار نشر قوانينها ومراسيمها التنظيمية<sup>3</sup>، وذلك تحقيقا للشفافية<sup>4</sup> التشريعية، والقابلية للوصول.

كما تعتبر السلطة القضائية فاعلا في هذه السياسة من خلال سهرها على تطبيق القوانين، وإعطاء بعد حيوي لها، كما أن المشرع ملزم بمراقبة السوابق القضائية، والتي يمكن أن يستتير بها<sup>5</sup> لسن قوانينه الجديدة، وهو الذي تلمسناه في قانون الالتزامات الفرنسي الجديد<sup>6</sup> بموجب الأمر 131\_2016 الذي أدخل تعديلات على قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات، وقد حدد تقرير وزير العدل أهم الأسباب التي

<sup>1</sup> تتص المادة 32 من القانون العضوي 16-12 سابق الذكر على: "التصويت مع المناقشة العامة هو الإجراء العادي لدراسة مشاريع واقتراحات القانون، وتجري في مرحلتين متتاليتين هما: المناقشة العامة، والمناقشة مادة مادة"، القانون العضوي رقم 16-12 المؤرخ 25 أوت 2016 المتعلق بتنظيم المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة، الجريدة الرسمية 50 لسنة 2016.

<sup>2</sup> CCF, DC n° 99-421 du 16/12/1999, (JORF) n° 296, de l'année 1999.

<sup>3</sup> L'article 20 de la Constitution est complété par un alinéa ainsi rédigé: "Sauf lorsque leur publication est susceptible de porter atteinte à la sécurité ou à la défense nationale, les avis que le Gouvernement est tenu de solliciter préalablement au dépôt d'un projet de loi ou d'ordonnance ou à l'adoption d'un texte à valeur réglementaire sont rendus publics dans des conditions fixées par une loi organique", Sénat Française, proposition de loi constitutionnel tendant à rendre publics les avis donnés au Gouvernement sur les projets de loi, d'ordonnance et de décret, N° 570, session ordinaire de 2020-2021, vu: <http://www.senat.fr/leg/pp120-570.html>, consulté: 14/07/2022.

<sup>4</sup> **Exposé des motifs de proposition de loi constitutionnel tendant à rendre publics les avis donnés au Gouvernement sur les projets de loi, d'ordonnance et de décret**, vu: <https://www.senat.fr/leg/exposes-des-motifs/pp120-570-expose.html>, consulté: 14/07/2022

<sup>5</sup> Jean-Étienne-Marie Portalis, p 7.

<sup>6</sup> **l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**, JORF n°0035 du 11 février 2016



تقف خلف هذا التعديل<sup>1</sup>، والمتمثلة في تكريس قابلية هذا القانون للقراءة، وتعزيز إمكانية الوصول إليه، وضمان الأمن القانوني لأحكامه، وفعالية المعايير التي يتضمنها، وكذلك استكمال القواعد الناقصة منه بالحلول المتوصل لها قضائياً.

ويلعب مجلس الدولة الجزائري دوراً هاماً في السياسة العامة من خلال مسارين فالأول بناء على الصلاحية الاستشارية المسندة له دستورياً إذ يجب أن يقدم رأيه الاستشاري في مشاريع القوانين والأوامر<sup>2</sup>، كما أن التعديل الجديد للقانون العضوي لهذه الهيئة قد أسند لها أداة جديدة تتمثل في التقرير السنوي، إذ ينص على استحداث المادة (42 مكرر) مؤداها: "يعد مجلس الدولة تقريراً سنوياً حول نشاطه ونشاط الجهات القضائية الإدارية، يرفعه إلى رئيس الجمهورية<sup>3</sup>، ويضمنه الإشكالات المطروحة، واقتراح الحلول المناسبة"<sup>4</sup>، وذلك بعد الاستناد للتقارير المرفوعة إليه من الجهات الإدارية للاستئناف<sup>5</sup>، ولم ينص على ذلك بالنسبة للمحكمة العليا رغم أن كلا الجهتين قد تعترضها مشاكل في التنفيذ، وكلاهما مؤهل لاقتراح الحلول بما يخدم السياسة القانونية.

كما نجد مجموعة من **الهيئات الاستشارية** التي يمكن أن تساهم في تحقيق السياسة العامة ككل والسياسة الخاصة بشكل أولي، ومنها: **المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي** والمنشأ فعليا سنة 1993<sup>6</sup>، والمتكون من 180 عضواً<sup>7</sup> هدفهم تجسيد الدور التشاوري للمجلس في الميادين الاقتصادية

<sup>1</sup> *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016.*

<sup>2</sup> ينظر المادة 01/142 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

<sup>3</sup> أما الصياغة القديمة من المادة 06 من القانون العضوي 01/98 فقد كانت تنص على: "يعد مجلس الدولة تقريراً عاماً سنوياً يرفعه إلى رئيس الجمهورية يتضمن تقدير نوعية قرارات الجهات القضائية الإدارية التي رفعت إليه، وكذا حصيلة نشاطاته الخاصة"، ينظر: القانون العضوي رقم 01\_98 المؤرخ 30 ماي 1998، **والمعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه**، ج ر عدد 37، الصادر 01 جوان 1998.

<sup>4</sup> القانون العضوي رقم 11\_22، المؤرخ 09 جوان 2022، **المعدل والمتمم القانون العضوي رقم 01\_98 المؤرخ 30 ماي 1998، والمعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور**، ج ر عدد 41، الصادر 16 جوان 2022.

<sup>5</sup> تنص المادة 989 من التعديل الجديد لـ م إ م إ على: "في نهاية كل سنة يوجه رئيس كل محكمة إدارية تقريراً مرفقاً بتقارير المحاكم الإدارية التابعة لها إلى رئيس مجلس الدولة حول صعوبات التنفيذ ومختلف الإشكالات المعانة واقتراح الحلول الملائمة لها"، القانون رقم 13\_22 المؤرخ 12 يوليو 2022، **المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية**، ج ر عدد 48، الصادر: 17 يوليو 2022.

<sup>6</sup> المرسوم الرئاسي رقم 93\_225 المؤرخ 05 أكتوبر 1993، **المتضمن إنشاء مجلس وطني اقتصادي واجتماعي**، ج ر عدد 64، الصادر 10 أكتوبر 1993.

<sup>7</sup> المادة 04 من ذات المرسوم.

والاجتماعية لا سيما من خلال ضمان استمرار الحوار والتشاور بين مختلف الفاعلين، وكذلك تقويم المسائل ذات المنفعة العمومية المرتبطة بالتنمية، وتقديم مختلف الاقتراحات والتوصيات<sup>1</sup>، وتحقيقا لذلك فقد نظمت على شكل لجان دائمة، مع وجوب توفير الإحصائيات والتقارير المختلفة من أجل الخروج برأي يستند لمعطيات دقيقة بغية دراسة برامج التنمية وتقييم آثارها وضغوطها<sup>2</sup>.

ومن بين هذه اللجان<sup>3</sup> نجد لجنة التقويم التي تضطلع بإعداد تقارير دورية ودراسات حول الوضع الاقتصادي والاجتماعي، وتبرير الأعمال التي أنجزتها السلطات العمومية بالنظر إلى الأهداف المعلنة ومدى تحقيقها للطلب الاجتماعي، وكذلك لجنة آفاق التنمية التي أسند لها تحليل التقارير والوثائق المتعلقة بالسياسات التنموية المتوسطة وبعيدة الأمد من جهة أهدافها ومن حيث آثارها على النمو والتقدم الاجتماعي، وكذا لجنة السكان والاحتياجات الاجتماعية والتي تتولى اقتراح التوصيات التصحيحية الضرورية بعد تقويمها لسياسات تلبية الحاجات الاجتماعية من جوانبها المتعددة.

وقد أصدر المجلس في الشأن العقاري تدخلين فالأول: سنة 1995 بمناسبة إبداء رأيه في ملف الجزائر غدا<sup>4</sup>، والثاني<sup>5</sup> سنة 1997 أين سجل أن السياسة العقارية تمثل محور كل النقاشات، وأنها المنطلق والأداة الحاسمة لتحديد باقي السياسات، وقد توصل في ذلك إلى مجموعة من النتائج يمكن تلخيصها على النحو التالي:

- ✓ وجود تمييع للمسؤوليات مما يجسد عجز الدولة عن القيام بسياسة عمومية للتنمية.
- ✓ غموض السياسات العقارية نظرا لافتقارها لعنصر التحفيز من جهة، ولعدم استنادها للدراسات والمقاربات القائمة على العلاقة بين التكلفة والجدوى.
- ✓ عدم استقرار السياسات العقارية مما تسبب في إهدار للتراث العقاري لا سيما الأراضي الفلاحية.
- ✓ وجود نصوص تشريعية وتنظيمية غير ملائمة للحقائق السسيولوجية والاقتصادية.

<sup>1</sup> المادة 03 من ذات المرسوم.

<sup>2</sup> المادة 28 من ذات المرسوم.

<sup>3</sup> المواد 12\_21 من ذات المرسوم.

<sup>4</sup> المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، الدورة العامة الرابعة أكتوبر 1995، رأي في ملف الجزائر غدا، ج ر عدد 21، الصادر 09 أبريل 1997.

<sup>5</sup> المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، الدورة العادية الثامنة المنعقدة يوم 04 ماي 1997، رأي في المشروع التمهيدي للإستراتيجية الوطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية على المدى المتوسط، ج ر عدد 09، الصادر 22 فبراير 1998.

- ✓ مساهمة ترسانة القوانين في تكريس الأزمة العقارية بسبب جمودها وعدم ملاءمتها للحاجيات الاجتماعية.
  - ✓ تعددية الهيئات المتدخلة في العقار وتداخل صلاحيتها، مما يطرح سؤالاً منطقياً عن جدواها.
  - ✓ إهدار الوقت والجهد من خلال النص على إنشاء مؤسسات دون توفير الظروف التشريعية والمادية المناسبة.
  - ✓ تبني سياسات ارتجالية بالنسبة لدور الهيئات المحلية في تسيير الجانب العمراني.
  - ✓ الافتقار لجرد عقاري شامل وتأخر المسح العقاري.
  - ✓ الدور السلبي للمواطنين بسبب عدم إشراكهم في وضع السياسات.
  - ✓ وجود قرارات إدارية متناقضة تؤثر على المستوى الاقتصادي والاجتماعي.
- وتفعيلاً لدوره الاستشاري فقد قدم مجموعة من المقترحات، والتي يمكن صياغتها كما يلي:
- ✓ وجوب التحلي بالشجاعة للقيام بعملية تقدير حقيقي للمسألة العقارية.
  - ✓ التأسيس لبرنامج عمل منبثق عن استراتيجية للتنمية قوامها الموازنة بين الموارد والحاجات الاجتماعية والاقتصادية وفق رزمة عمليات دقيقة.
  - ✓ التحديد الدقيق للصلاحيات للتحرر من القيود الإدارية المعرقلة للمبادرات.
  - ✓ الاعتماد على تقييم الأثر والنص على تحديد مصادر التمويل مع ضرورة بيان الجدوى لكل مشروع قطاعي.
  - ✓ إنشاء بنك للمعلومات بغية عقلنة برامج العمل وفق إطار تحليلي ممنهج.
  - ✓ اعتماد مقاربة تشاركية من خلال إشراك المواطنين والجمعيات.
  - ✓ عصرنه أجهزة الدولة لتفعيل أثرها في جميع الميادين.

والوقوف عند هذين التدخليين يتيح لنا القول أن مشاركة الهيئات الاستشارية، وبتوفر المناخ الاستقلالي لها سيجعل منها قوة للطرح من خلال تسجيلها للكثير من النقائص التي يمكن أن تتحفظ السلطات عن ذكرها لارتباطها بشرعية وشعبية هذه السلطات، لا سيما من خلال تفعيل المهام التي أنيط

بها بعد تغيير تسميته إلى المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي والبيئي<sup>1</sup>، وإسناد دور صريح له يتمثل في المبادرة والمساهمة في الدراسات التي ترمي لتقييم السياسات العمومية لتحقيق فعاليتها من خلال ضمان مشاركة كل الفواعل المعنية بغية جعل هذه الدراسات تتسم بالصبغة الاستباقية (القبلية)، والتكيفية (البعديّة).

كما نجد المجلس الإسلامي الأعلى باعتباره هيئة استشارية دستورية تتولى على الخصوص "الحث على الاجتهاد وترقيته، وكذا إبداء الحكم الشرعي فيما يعرض عليه"<sup>2</sup>، ولكن بالعودة إلى المراسيم التي نظمت هذه الهيئة لا نجد أنها نظمت سبل تحقق فعاليتها بل أنها قد جمدت رأيه من خلال نصها صراحة على: "لا يمكن بأي حال أن تحل آراء المجلس الإسلامي الأعلى محل صلاحيات الهيئات التشريعية المتمثلة في المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة أو تمسها أو تحل محل صلاحيات المجلس الدستوري والمجالس القضائية أو تمسها"<sup>3</sup>، كما أن تحركه يتجه أكثر للمجال التعبدي والفكري دون التشريعي<sup>4</sup>، رغم أنه كان يمكن تعديل الصياغة لتجعل منه أداة استشارية فعلية في المجالات المرتبطة بالمسائل التي يُحال فيها عند الفراغ التشريعي للفقهاء الإسلامي مثل قضايا الحياة، والاستحقاق، والهبة والوقف.

## (02) الفواعل الرسمية القانونية:

بالإضافة إلى الفواعل المنصوص عليها دستوري نجد مجموعة من المؤسسات التي أناط بها التشريع أن تساهم في رسم السياسة القانونية، ونجد منها على سبيل الاستدلال لا الحصر ما يلي:

(أ) **المعهد الوطني للدراسات الإستراتيجية الشاملة**<sup>5</sup>: والذي ضمننت مهامه في مرسوم تنفيذي<sup>1</sup>، ولكن بعد إلحاقه برئاسة الجمهورية<sup>2</sup> تم إعادة تنظيمه بموجب مرسوم رئاسي<sup>3</sup>، ليسند له تحليل المسائل

<sup>1</sup> المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 37\_21 المؤرخ 06 جانفي 2021، المتضمن تشكيل المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي والبيئي وسييره، ج ر عدد 03، الصادر 10 جانفي 2021.

<sup>2</sup> المادة 206 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

<sup>3</sup> المادة 02/02 من المرسوم الرئاسي رقم 33\_89 المؤرخ 24 يناير 1998 المتعلق بالمجلس الإسلامي الأعلى، ج ر عدد 04، الصادر 28 يناير 1998.

<sup>4</sup> راجع المواد 04 و05 من المرسوم الرئاسي رقم 141\_17 المؤرخ 18 أبريل 2017 المحدد لتنظيم المجلس الأعلى وسييره، ج ر عدد 25، الصادر 19 أبريل 2017.

<sup>5</sup> المرسوم رقم 398\_84 المؤرخ 24 ديسمبر 1984 المتضمن إنشاء معهد وطني للدراسات الإستراتيجية الشاملة، ج ر عدد 71، الموافق 30 ديسمبر 1984.

الإستراتيجية، وفق مقارنة تنسيقية مع القطاعات والهيئات المعنية سعياً لمعرفة أثرها في المجال السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي، ويتولى بمناسبة ذلك:

- ✓ إجراء الدراسات والأبحاث ذات الصلة بالمجتمع وتطوره على ضوء الثوابت الداخلية والخارجية، كما يجري في إطار ذلك تقويماً شاملاً لمسائل التنمية الشاملة .
- ✓ إمعان التفكير في استراتيجيات مختلف شركاء الجزائر الحقيقيين والمحتملين.
- ✓ تكوين بنك المعلومات الذي يسمح له بتأدية مهامه.
- ✓ يكون شريكاً بصفة عضو أو ملاحظ في أعمال كل هيئة وطنية للتشاور أو التفكير في الوضع السياسي للبلاد وتطوره.

**(ب) المعهد الوطني للدراسات والتحليل الخاصة بالتخطيط<sup>4</sup>:** الذي كان تحت سلطة وزارة التخطيط والتهيئة العمرانية<sup>5</sup> قبل أن يحول لسلطة وزير الداخلية بموجب<sup>6</sup>، ليتحول في نهاية المسار لمؤسسة عمومية ذات شخصية معنوية<sup>7</sup> تحت تسمية المركز الوطني للدراسات والتحليل الخاصة بالسكان والتنمية، والذي يسهر على القيام بمجموعة من الأعمال في إطار عملية التنمية الاجتماعية والاقتصادية للبلاد، ونذكر منها:

- ✓ القيام بدراسات اقتصادية عامة تتعلق بالمؤسسات الاقتصادية والمالية والتنمية لتحقيق اندماج الاقتصاد الوطني.
- ✓ إنجاز كل دراسة رامية لقياس فعالية التنمية المحلية والدينامكية الاجتماعية.

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 91\_157 المؤرخ 18 ماي 1991، المضمن ضبط مهام المعهد الوطني للدراسات الإستراتيجية الشاملة ويحدد تنظيمه وعمله ج ر عدد 25، الصادر 29 ماي 1991

<sup>2</sup> بالمرسوم 92\_385، المؤرخ 20 أكتوبر 1992، ج ر عدد 76، الصادر 21 أكتوبر 1992.

<sup>3</sup> المرسوم الرئاسي رقم 93\_39 المؤرخ 26 يناير 1993، المضمن ضبط مهام المعهد الوطني للدراسات الإستراتيجية الشاملة ويحدد تنظيمه وعمله، ج ر عدد 06، الصادر 31 يناير 1993.

<sup>4</sup> مرسوم رقم 80\_134 المتضمن إنشاء المعهد الوطني للدراسات والتحليل الخاصة بالتخطيط، ج ر عدد 17، الصادر 22 أبريل 1980.

<sup>5</sup> المادة 02 من المرسوم رقم 84\_64 المؤرخ 10 مارس 1984 والمتضمن جعل المعهد الوطني للدراسات والتحليل الخاصة بالتخطيط مركزاً وطنياً للدراسات والتحليل الخاصة بالتخطيط، ج ر عدد 11، الصادر 13 مارس 1984.

<sup>6</sup> المرسوم رقم 88\_42 المؤرخ 23 فبراير 1988 المتضمن تحويل سلطة الوصاية على المركز الوطني للدراسات والتحليل الخاصة بالتخطيط لوزير الداخلية، ج ر عدد 08، الصادر 24 فبراير 1988.

<sup>7</sup> المرسوم التنفيذي رقم 2000\_305 المؤرخ 12 أكتوبر 2000 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 84\_64 سالف الذكر، ج ر عدد 60، الصادر 15 أكتوبر 2000.

- ✓ إعداد الدراسات المستقبلية مما يسمح بإعداد الاستراتيجيات في إطار السياسات السكانية من خلال تحليل التفاعلات بين تطور السكان والتحويلات الاجتماعية.
- ✓ دراسات الاحتياجات الاجتماعية للسكان ، والتي يعتبر التشريع في تقديري\_ من أهمها.
- ✓ تأسيس بنوك معطيات تحتوي على معلومات ذات فائدة للإدارات في صنع السياسات.
- ✓ الاستعانة بالخبراء والاستشاريين لتحقيق أهدافه.

(ج) المجلس الوطني للإحصاء<sup>1</sup> والذي جاء كتطبيق للمادة 12 من المرسوم التشريعي المتعلق بالإحصائيات<sup>2</sup>، والذي استهدف تحقيق الإعلام الإحصائي من خلال جعل الوقائع الاقتصادية والاجتماعية قابلة للاطلاع عليها عددياً أي بلغة الأرقام، وهي ما يسمح بتبني سياسات دقيقة بعيدة عن اللغة الإنشائية غير القابلة للقياس.

(د) كما نجد أن القانون قد أسند **للكوالة الوطنية للتعمير**<sup>3</sup> دوراً مهماً إذ تنص المادة (05) من المرسوم المنظم لها على أنها الأداة الأساسية للدولة في مجال إعداد ومتابعة مخططات التهيئة والتعمير، وهو ما يؤهلها لإعداد كل الدراسات والتحليلات الاستشرافية التي من شأنها تدعيم عمل الدولة والجماعات المحلية في هذا الموضوع، والذي بدوره يؤهلها لأن تكون قوة اقتراحية بالنسبة للتشريعات ذات الصلة بنشاط التعمير.

(هـ) كما نجد مجموعة من الآليات المتخصصة، ففي البيئة مثلاً نجد **المجلس الأعلى للبيئة**<sup>4</sup> الذي يفترض فيه أنه يضطلع بضبط الاختيارات الوطنية الإستراتيجية لحماية البيئة وترقية التنمية المستدامة، كما أنه مكلف بمتابعة تطور السياسات الدولية المتعلقة بالبيئة بغية القيام بدراسات مستقبلية، كما أنه ملزم بتنفيذ الترتيب التشريعية المتعلقة بحماية البيئة، كما أنه مكلف برفع تقرير سنوي عن المشاكل البيئية، كما

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 21-246 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 95-160 المؤرخ 03 يونيو 1995، **المتعلق بتنظيم بالمجلس الوطني للإحصاء، وعمله، ج ر عدد 31، الصادر 07 يونيو 1995، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 21-246، ج ر عدد 45 لسنة 2021.**

<sup>2</sup> المرسوم التشريعي رقم 94\_01 المؤرخ 15 يناير 1994، **المتعلق بالمنظومة الإحصائية، ج ر عدد 03، الصادر 16 جانفي 1994.**

<sup>3</sup> راجع م 05 المرسوم التنفيذي رقم 09\_344 المؤرخ 22 أكتوبر 2009، **المتضمن إنشاء الكوالة الوطنية للتعمير، ج ر عدد 61، المؤرخة 25 أكتوبر 2009.**

<sup>4</sup> المرسوم الرئاسي رقم 94\_465 المؤرخ 25 ديسمبر 1994 **المتضمن إحداث مجلس أعلى للبيئة والتنمية المستدامة ويحدد صلاحياته وتنظيمه وعمله، ج ر عدد 01، الصادر 08 جانفي 1995.**

نجد المركز الوطني للبيئة والتنمية المستدامة<sup>1</sup>، والذي يتولى جمع المعلومات البيئية بقصد معالجتها ونشرها.

أما على المستوى العقاري فتتعدد الآليات المتدخلة تبعا لأصناف العقار ففي العقار الوقفي نجد المؤسسات المسيرة له كوزارة الشؤون الدينية، أما في العقار الصناعي فهناك وكالة الضبط والوساطة العقارية<sup>2</sup> والتي تتولى مهمة تسيير وضبط وترقية كل مكونات حافظة العقار الاقتصادي العمومي وتقديم المعلومات الخاصة به، وأما في العقار الفلاحي فثمة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية<sup>3</sup>، وتنص المادة (05) منه صراحة على: "يتولى الديوان باعتباره أداة تابعة للدولة، ويتصرف لحسابها تنفيذ السياسة العقارية الفلاحية، كما نجد ديوان تنمية الزراعة الصناعية بالأراضي الصحراوية<sup>4</sup>، الذي تنص المادة (07) من المرسوم المستحدث له على كونه الأداة المسند لها تنفيذ السياسة الوطنية لترقية وتنمية الزراعة الصناعية الإستراتيجية بالأراضي الصحراوية بهدف تعزيز القدرات الوطنية في هذا المجال... الخ.

### (ثانيا) الفواعل غير الرسمية:

تمثل التشاركية باعتبارها نموذجا لتكريس آلية تسمح بتجسيد العقلانية التعاونية من خلال إتاحة الفرصة للمواطن سواء بشكل فردي أو بشكل جمعي التعبير عن أهدافه في السياسة العامة ككل، والسياسة العقارية خصوصا باعتباره المستهدف الأول بها، وذلك من خلال تكريس مشاركة فعلية حقيقية للمجتمع بكل مكوناته في الاقتراح والاختيار وتجسيد السياسات العامة<sup>5</sup>.

وقياس فعالية مشاركة المواطنين تجد أساسها في المشاركة في الانتخابات الرئاسية؛ لا سيما أن الجزائر تتبنى نظام يميل إلى النظام الرئاسي، وهو ما يجعل الرئيس أساس تنفيذ السياسات، والمنتبع للحركة الانتخابية سيد عزوفا من طرف المواطنين؛ إذ لم تعد هذه العملية تعبر عن آمالهم في التنمية، وتجويد المسار التنموي، وهو ما يمكن ملاحظته عبر الجداول التالية:

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 115\_02 المؤرخ 03 أفريل 2002، المتضمن إنشاء المركز الوطني للبيئة والتنمية المستدامة، ج ر عدد 22، الصادر 03 أفريل 2002.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 07-119 المؤرخ 23 أفريل 2007، سبق ذكره.

<sup>3</sup> راجع م 05 من المرسوم التنفيذي 96\_87، سبق ذكره.

<sup>4</sup> المرسوم التنفيذي رقم 20\_265 المؤرخ 22 سبتمبر 2020 المتضمن إنشاء ديوان تنمية الزراعة الصناعية بالأراضي الصحراوية، ج ر عدد 57، الصادر 27 سبتمبر 2020.

<sup>5</sup> كريمة راجحي، وسعيداني جبيقة، "الديمقراطية التشاركية، بين التكريس والاستبعاد"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد: 58، العدد: 05، 2021، (ص ص: 332\_356)، ص 358.

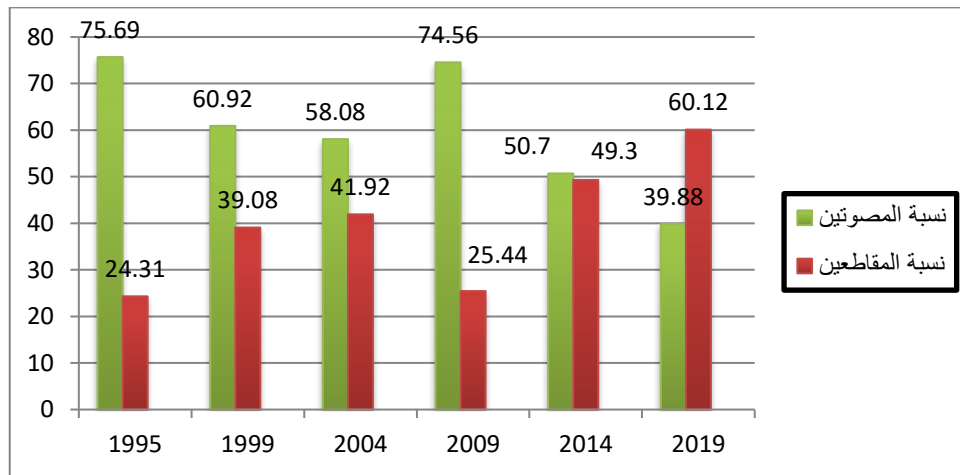
جدول 02: تطور المشاركة الانتخابية في الانتخابات الرئاسية: 1995-2019.

السنة	الكتلة الناخبة	المصوتين			المقاطعين	
		عدد المصوتين	نسبتهم %	عدد الأوراق الملغاة	عدد المقاطعين	نسبتهم %
95	15.969.904	12.087.281	75,69	467.749	3.882.623	24,31
99	17.488.759	10.652.623	60,92	559.012	6.863.136	39,08
04	18.094.555	10.508.777	58,08	329.075	7.585.778	41,92
08	20.559.683	15.356.024	74,56	925.771	5.203.659	25,44
14	22.880.678	11.600.984	50,70	1.132.136	11.279.694	49,30
19	24.464.161	9.755.340	39,88	1.244.925	14.708.821	60,12

المرجع: الجدول من إعداد الباحث اعتماد على النتائج المعلنة من المجلس الدستوري، والمنشورة في

الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

الشكل 01: نسب المشاركة في الانتخابات الرئاسية.



المصدر: من إعداد الباحث اعتمادا على الجدول السابق

فمن خلال هذه النسب يمكن القول أن هناك عزوفا عن المشاركة في العملية السياسية، والتي تجسد فرصة للتنافس بين السياسات، وتقوم على اقتراح الحلول والبدائل، وهو ما يعني أن التشاركية في صنع القرار لن تجد أساسها الصحيح والفعلي، لا سيما أن القوانين التي تركز ذلك عامة، وغير دقيقة ولا تبين



يشكل واضح طرق تفعيلها، وهو ما يُترجم بأنه تفرد من السلطات الفعلية في تكريس أرائها بعيدة عن المبادئ المكرسة قانوناً ودستوراً<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: هندسة السياسة العامة

إن السياسة العامة وعاء لنسج الأهداف المراد تحقيقها، وهو ما يجعلها تقوم على أسس معينة ترتكز عليها تتمثل في الغايات (الفرع الأول)، والتي لا يمكن بلورتها إلا بمراعاة الفنيات الواجب توافرها في مثل هكذا سياسات (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: غايات السياسة العامة

إن تصميم السياسة العامة تنطلق من منظور آني يقوم على تحقيق المصلحة العامة، ومنظور استشرافي يستهدف استدامة هذه المصالح متى وجدت، وهو ما سنوضحه على النحو الآت بياناً.

#### (أولاً) المصلحة العامة:

إن الأصل في المؤسسات هو السعي لتحقيق الصالح العام<sup>2</sup>، غير أن هذه الفكرة متغيرة في الزمان والمكان؛ مما حال دون ضبط تعريف دقيق لها، غير أنه يمكن القول أنها المنفعة التي تنبسط لتشمل المجتمع بشكل عام بعيداً عن المصالح الضيقة والمتضادة<sup>3</sup>، وقد حاول الفقهاء رسم معالم يجب أن تكون المصلحة في رحابها، فاشتروا فيها أن تكون حقيقية وليست وهمية، وأن تكون عامة وليست شخصية، وألا تتعارض مع النصوص القطعية<sup>4</sup>، فمتى توفرت هذه الشروط توفر بنیان المصلحة.

<sup>1</sup> عن حقيقة الديمقراطية التشاركية، ينظر: كريمة راجي، وسعيداني ججبية، المرجع السابق، ص 348، وما بعدها.

<sup>2</sup> وقد صاغ الإمام الشافعي رحمه الله هذا التوجه بقوله: "منزلة الوالي من الرعية منزلة الولي من اليتيم"، والمطلع على ضوابط التصرف في مال اليتيم سيجد دقة في الوصف، فقد تضافرت الآيات للحث على حفظ ماله، ومنها قول الله عز وجل: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء : 10]، ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ...﴾ من الآية 152 الأنعام، ﴿فَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ﴾.. [الضحى : 9]، ينظر: أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهاور الشافعي (الزركشي)، المنتور في القواعد، المرجع السابق، ص 183.

<sup>3</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسب للإلغاء القرار الإداري: دراسة فقهية مدعمة بأحدث أحكام مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص 150.

<sup>4</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ص 154\_155.

وإعمال هذه الأخيرة إنما هو على ضربين؛ فالأول: من جهة المخاطب بالسياسة: ونظرا لتعارض المصالح فقد ابتكر الفقيه الأمريكي (R. Pound)<sup>1</sup> نظرية المصالح<sup>2</sup>، وذلك من خلال الاتكال على نظرية إهرنج الذي يرى أن دور القانون هو حماية المصالح، باعتبارها مجموع المطالب والمتطلبات التي يسعى الأفراد لتحقيقها سواء بشكل فردي أو جماعي، وقد صنف باوند هذه المصالح إلى ستة أنواع، وهي<sup>3</sup>:

**المصلحة الخاصة بالاستقرار أو الأمن:** إذ يمثل الأمن من أهم المصالح الاجتماعية التي يستوجب حمايتها، والذي يشمل الأمن في المعاملات، وعلى هذا الأساس نوه هذا الفقيه بفكرة التقادم لكونها تتركس مصلحة اجتماعية من خلال تحصينها للأوضاع الظاهرة، وتحول دون ترك باب المطالبة بالحقوق مفتوحا، وهو ما يكرس الأمن القانوني كمظهر جديد للأمن الذي كان يشمل في مفهومه الكلاسيكي الأمن العام فقط، وهو ما يسمح نتيجة لهذا التطور المضاميني لدلالة الأمن بتحرير المبادرات الاستثمارية مما يخدم المصالح الآتي نكرها.

وتليها في التدرج مصلحة استقرار المؤسسات الاجتماعية، وهي المؤسسات المختلفة في المجتمع باعتبارها المسؤولة عن تطبيق السياسات، وحماية المصالح، وحيويتها تسمح بتحقيق الأهداف المختلفة للقانون.

<sup>1</sup> أحد أبرز المفكرين القانونيين في الفقه القانوني الأمريكي، إذ يعد رفقة القاضي أوليفر هولمز والسير فريدريك بولك ضمن أشهر ثلاثة مفكرين قانونيين أمريكيين، ولد في أكتوبر 1870 بولاية نبراسكا الأمريكية حصل على الدكتوراه في علم النبات، ثم درس القانون في جامعة هارفارد سنة 1889، اجتاز مسابقة الدخول للمحاماة، ثم عين مفضا في المحكمة العليا لنبراسكا، وهي أهم التجارب التي مكنته من التعرف على الواقع العملي للقضاء، درس في عدة جامعات منها: نبراسكا ونورث ويسترن ثم شيكاغو، ثم هارفارد أين أصبح عميدا فيها، وعمل بها لمدة 23 عاما حتى تقاعده.

يتميز بغزارة في الإنتاج حيث قدرت أعماله بأكثر من 303 عمل بين كتب ومقالات وملتقيات، ومن أهم أعماله: "المدخل إلى فلسفة القانون"، "حرية التعاقد"، "حدود علم الاجتماع وغايته"، "نهاية القانون"، "تفسير التاريخ القانوني"، "القانون والأخلاق"، روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمة: صلاح دباغ، مرجع سابق، ص ص 13\_15، وأعماله متاحة على الرابط التالي: <https://fr.b-ok.africa/s/ROSCOE%20POUND%20>

<sup>2</sup> وأصل هذه النظرية مقالة بعنوان "نظرية المصالح الاجتماعية" نشرت في 15 ماي 1921 ورقة للجمعية الاجتماعية الأمريكية، ثم خضعت لعملية تطويرية لحين نشرها كمقال بعنوان: "مسح للمصالح الاجتماعية"، بمجلة هارفارد للعلوم القانونية سنة 1943، ينظر: Roscoe Pound, A Survey of Social Interests, *Harvard Law Review*, Vol: 57, N° 1 (Oct., 1943), (pp: 1-39).

<sup>3</sup> روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمة: صلاح دباغ، مرجع سابق، ص ص 20\_28. Roscoe Pound, A Survey of Social Interests, pp 1\_39.

ويلحقهما مصلحة حماية الأخلاق، وهو ما يكرس الطابع الأخلاقي للقواعد القانونية، ويكرس غايتها في حماية هذه الأخلاق المتشكلة من الرصيد الحضاري لكل أمة مما يجعلها متغيرة في الزمان والمكان، والبحث في القانون العقاري يجعلنا نقف على مجموعة من النظريات ذات الأساس الأخلاقي، مثل التعسف في استعمال الحق، مضار الجوار غير المألوفة.

وتتبعاً لمصلحة حماية الموارد الاجتماعية المرتبة الرابعة، وتقوم على الحفاظ على الأصول البشرية للمجتمع، وذلك بعدم إهدار الموارد نظراً لندرتها<sup>1</sup>، وهو ما يبرر تدخل الدولة عبر القوانين لفرض ضوابط وقيود على استغلال الملكية العقارية، ومن أمثلة ذلك تحديد المسافات الارتفاقية، وكذا حق الارتفاق لعقار على عقار، وحق المرور كحق يسمح باستغلال العقار المحصور، كما تمثل الشكلية أيضاً من مظاهر الحماية من خلال إمكانية تطبيق حق الشفعة على العقارات التي تباع بثمن بخس، كما أن مبدأ النشاط الوقائي وتصحيح الأضرار البيئية بالأولوية عند المصدر يعد تطبيقاً نموذجياً لذلك؛ إذ يجعل المصلحة في حماية البيئة مقدماً على ما سواه<sup>2</sup>.

كما نجد أن المصلحة الاجتماعية في التقدم لها مكانتها ضمن تراتبية المصالح، وذلك من خلال العمل على ثلاثية الاقتصاد والثقافة والسياسة، وتُركز حديثنا على الاقتصاد فقط باعتبار أن غاية البحث هي الوصول لسبيل يضمن استقرار العقار والتشريعات النازمة له؛ وهو ما يسمح بإدراج العقار في المعادلة التنموية، ويضمن التقدم الاجتماعي.

وفي ختام هذا التدرج نجد مصلحة الحصول على فرصة فحسب الفقيه (*R. Pound*) يجب أن توفر لكل شخص فرصة عادلة من كل النواحي، وهو ما نجد له صدى في أحد قرارات المجلس الأعلى للقضاء والذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن كل تنازل عن أملاك الدولة لصالح أشخاص يخضع إلى قواعد الإشهار حرصاً على تساوي الحظوظ"<sup>3</sup> فغاية الإشهار هنا لا تدل على حق معين لكنها دالة على تساوي الحصول على فرصة من أجل تقديم ملف ربما يؤهلهم فيما بعد للاستفادة من هذا التنازل.

<sup>1</sup> يعد الاستخدام الجيد للأموال العامة هدف ذو قيمة دستورية في فرنسا، ينظر:

*CCF, Décision n° 2014-434 QPC du 5 décembre 2014, para 02.*

<sup>2</sup> المادة 03 من القانون رقم 10\_03 المؤرخ 19 يوليو 2003، سبق ذكره.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 76.077، قرار بتاريخ: 1990/07/28، المجلة القضائية، العدد: 03، ص 166\_163.

وأما الضرب الثاني فمن جهة **المُخاطِبِ** بالسياسة إذ يجب عليه تحقيق المصلحة العامة<sup>1</sup>، باعتبارها المنطلق المُحرِك للمشرع، والتي يجب ألا ينحرف عنها، وهو ما يستوجب تحديد المؤسسات الكفيلة بمراقبة عملية التشريع، ومنع انحرافه عن الأطر العامة، باعتبار أن الانحراف يتجلى من الناحية القانونية في "استخدام سلطة معينة خارج الهدف الذي خُصصت له من خلال الخروج به من دائرة الصالح العام ليحقق بها الصالح الخاص"<sup>2</sup>، كما يتحقق من ناحية فن الإدارة من خلال "عدم تحقيق النتائج التي تسهل عملية التغيير الاجتماعي"<sup>3</sup>.

واختيار المصلحة هنا إنما هو نتيجة إعمال للسلطة التقديرية للمشرع؛ إذ أن الأخير يقيم عملية وزن منطقي للمصالح التي سبق أن بينها، فيفاضل فيما بينها وفقا لأهميتها، وذلك على ضوء المصلحة الاجتماعية الكلية<sup>4</sup> كاعتبار عدم استغلال العقار الفلاحي لسنتين متتاليتين تعسفا في استعمال الحق نظرا لمساس ذلك بقيمة المورد الاقتصادي، فالمشرع هنا رجع الصالح العام في استغلال الأرض، والذي يخدم هدف الأمن الغذائي على حق الاستغلال المطلق للملكية، لما في ذلك من ضرر على باقي المصالح.

وبغية تفادي الانحراف فقد رسم الدستور طريقين لمنعه، وهما اللجوء إلى **القاضي الدستوري**<sup>5</sup>، وذلك عبر آلية الدفع بعدم الدستورية المُضمنة في الدستور، إذ تنص المادة 195 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على أنه: "يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يكفلها الدستور"، وبالعودة للقانون العضوي المنظم لهذه الآلية نجد أن المادة 08 اقتضت توفر ثلاثة شروط ارتباطية مآل لنزاع بالنص محل الدفع، وألا يكون قد سبق التصريح بدستوريته، وأن يتسم بالجدية<sup>6</sup>.

غير أن الدفع بعدم الدستورية سواء على مستوى القضاء العادي أو الإداري لا يمكن أن يمر للمجلس الدستوري إلا بعد الوقوف على جديته من طرف نوعي القضاء، وهو ما يعد حسب المحكمة

<sup>1</sup> ينظر: عبد المجيد إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 401 وما بعدها.

<sup>2</sup> عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 32\_33.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 34

<sup>4</sup> Roscoe Pound, **A Survey of Social Interests**, op, cit, p 35.

<sup>5</sup> عبد المجيد إبراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع، ص 460-461

<sup>6</sup> القانون العضوي رقم 18\_16 المؤرخ 02 سبتمبر 2018، **المحدد لشروط وكيفية تطبيق الدفع بعدم الدستورية**، ج ر عدد 54، الصادر 05 سبتمبر 2018.

الدستورية المغربية "تقليصاً لسلطة المحكمة الدستورية في بسط رقابتها"<sup>1</sup>، لا سيما أن مصطلح الجدية فضفاض ولا يتحدد بمؤشرات واضحة تُساعد القضاء في الوصول إلى نفس النتائج حول المسألة، وهو ما جعل مجلس الدستوري الجزائري يصل لنتيجة مفادها "أن مهمة السهر على احترام الدستور المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 182 من الدستور ومتطلبات الشفافية تقتضي إرسال نسخة من القرار المسبب الذي من خلاله تقرر المحكمة العليا أو مجلس الدولة عدم إحالة الدفع بعدم الدستورية إلى المجلس الدستوري لتمكينه من الإطلاع على احترام تلك الجهات القضائية لاختصاصها، إذ أنه لا يقصد بمنح هذه الجهات سلطة تقديرية مماثلة لتلك المخولة حصرياً للمجلس الدستوري"<sup>2</sup>.

وحيث بالعودة للقرارات الدستورية على المستوى الجزائري لا نجد ما يشير لتفعيل هذه الحماية نظراً لحداتها إلا أن ذلك لا يمنعنا من البحث عنها في القضاء الدستوري المقارن؛ ففي قرار للمحكمة الدستورية المصرية نجد فيه:

"إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن لحق الملكية خاصة تميزه عن غيره من الحقوق الشخصية منها أو العينية أصلية كانت أم تبعية\_ وتتمثل هذه الخاصية في أن الملكية وحدها هي التي تعتبر حقاً دائماً، وتقتضى طبيعتها ألا يزول هذا الحق بعدم الاستعمال، ذلك أنه أياً ما كانت المدة التي يخرج فيها الشيء من حيازة مالكه، فإنه لا يفقد ملكيته بالتقاعس عن استعمالها، بل يظل من حقه أن يقيم دعواه للمطالبة بها مهما طال الزمن إلا إذا كسبها غيره وفقاً للقانون، بما مؤداه: أن حق الملكية باق لا يزول ما بقى الشيء المملوك منقولاً كان أو عقاراً، وبالتالي لا يسقط الحق في إقامة الدعوى التي تحميه بانقضاء زمن معين؛ ذلك أنه لا يتصور أن يكون حق الملكية ذاته غير قابل للسقوط بالتقادم، ويسقط مع ذلك الحق في إقامة الدعوى التي يُطلب بها هذا الحق؛ ومن ثم يكون نص الفقرة الأخيرة من المادة (12) سالفة الذكر فيما تضمنه من تقرير سقوط حق الملكية بفوات سنة من تاريخ النشر في الجريدة الرسمية دون تقديم طلب إلى اللجنة حسبما ورد بتلك المادة قد انتقص

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية المغربية، قرار رقم 70.18 المؤرخ 06 مارس 2018، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية عدد 6655، الصادر 12 مارس 2018.

<sup>2</sup> رأي رقم 03/ ر.ق.ع/ م د المؤرخ 02 غشت 2018، المتعلق بمطابقة القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية للدستور، ج ر عدد 54، الصادر 05 سبتمبر 2018.

من الحماية التي كفلها الدستور لحق الملكية وجاء بالتالي مخالفاً لأحكام المادة (34) من الدستور التي تتضمن صون حق الملكية الخاصة وكفالة حق الإرث فيها<sup>1</sup>.

وقد بينت هذه الهيئة أن خصوصية ديمومة الملكية كحق موضوعي لا يمكن أن يتجسد فعلياً إلا من خلال ديمومة الآلية الإجرائية، وهي الحق في الدعوى باعتبارها الإطار الإجرائي الذي يكفل حق التقاضي لحماية الحق الدستوري المتمثل في الملكية، وفي نفس الإطار نجد أنها ألغت المادة التي تُصبغ الأثر المطلق لنظام السجل العيني، والذي يلغي ضمناً التقادم المكسب لتعارضه مع مبدأ المساواة، والذي سنفصل فيه عند حديثنا عن التناقض القضائي في مسألة أعمال التقادم في الحقوق المشهورة من عدمه.

وأما في قرار ثالث فقد اعتبرت المادة (13) من قانون الآثار غير دستورية باعتبارها تمس بحق الملكية؛ إذ تنص على أن الأموال التي تقدر الجهات المختصة أنها تشكل تراثاً تخضع لقيود معينة منها عدم جواز التصرف منها سواء مادياً أو قانونياً إلا بالترخيص المسبق، كما أنها تخرج من دائرة الأموال التي يمكن انتزاعها مقابل تعويض، وهو ما يشكل إهداراً لحق الملكية أساسه التشريع لتخلص إلى "أن اغتيالها على هذا النحو يمثل أسوأ صور العدوان عليها، لاتخاذها الشرعية ثوباً وإطاراً وانحرافه عنها قصداً ومعنى، فلا تكون الملكية التي يكفل الدستور صونها إلا سراباً أو وهماً، وحيث إن البين من النص الطعين أنه فرض قيوداً على الملكية الخاصة يصل مداها إلى حد تقويض دعائمها فلا يكون الانتفاع بها ممكناً وميسوراً"<sup>2</sup> ليقرر انسجاماً مع ذلك إعدام أثر المادة لكونها تمارس عدواناً على الملكية مغلفاً بغلاف قانوني، وهو أخطر أنواع المساس بالملكية لأنه ينحرف بالقانون عن وظائفه العادلة.

وكذلك الطريق القضائي، والذي يكفل عدم تعسف مختلف السلطات، وقد جاء في هذا الصدد قرار للقضاء الإداري ينص على: "من المقرر أن الطعن من أجل تجاوز السلطة يُطعن به حتى في حالة عدم وجود نص قانوني يقضي به في جميع القرارات الإدارية التي تتضمن وتلحق ضرراً بالغير، ومن ثم فإن اكتفاء الوالي بالتصريح أنه يستطيع التصرف بكل حرية في أملاك الدولة بعد تجاوزها في السلطة"<sup>3</sup>، كما جاء في قرار آخر لها أن: "استغلال الأملاك التي نزعت من أجل المنفعة العمومية في غير ما نزعت

<sup>1</sup> المحكمة الدستورية العليا المصرية، حكم رقم 215 لسنة 19 دستورية بتاريخ 14\_10\_1999.

<sup>2</sup> المحكمة الدستورية العليا المصرية، حكم رقم 182 لسنة 19 دستورية بتاريخ 13/05/1999.

<sup>3</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم 42895، قرار بتاريخ: 31/01/1987، المجلة القضائية، العدد: 01، 1990، ص 219-221.

لأجله يعد انحرافا في الإجراءات القانونية"<sup>1</sup>، كما جاء في قرار آخر لذات الهيئة "أن تصرف الهيئات الإدارية دونما مراعاة للقوانين السارية والنصوص التنظيمية المعمول بها يجسد خرقا لمبدأ استقرار الأوضاع ومساواة المواطنين أمام القانون"<sup>2</sup>، وهو ما يعد تكريسا للدور القضائي في مواجهة أي انحراف يحول دون الالتزام بتطبيق النصوص القانونية.

### (ثانيا) الاستدامة:

يقصد بالاستدامة<sup>3</sup> هنا هو جعل التشريع أحد العناصر التي تبني عليها التنمية المستدامة، والتي نجد لها تعريفات في قوانين مختلفة، ومنها المادة (04) من قانون حماية البيئة، والتي تعرفها بأنها: "التوفيق بين التنمية الاجتماعية والاقتصادية لتكون قابلة للاستمرار في إطار يسمح بتلبية حاجيات الأجيال الحاضرة والأجيال المستقبلية"<sup>4</sup>، والاستدامة قد تكون على مستوى التشريع، من خلال معالجته للكليات الكبرى بشكل مضبوط إذ من الاستحالة المنطقية معالجة كل الجزئيات، كما أن التفاصيل المتغيرة يجب ألا تشغل بال المشرع لأن القضاء سيتولى من خلال عمليات التفسير تطويع هذه النصوص، وذلك لتفادي التغيير الدائم؛ لأن في ذلك مساس بكرامة التشريع، ومساهمة في توليد حالة شعور بالاختناق من القوانين<sup>5</sup>.

وجعلها مناسبة للحالات المستجدة، ولكن وجب التنويه هنا أن الاستدامة التشريعية لا تعني تقديس النصوص وعدم تغييرها؛ لأن من شأن ذلك أن يسبب فجوة بين القانون والمجتمع، ويحيد به عن وظيفته كمستوعب للحاجات الاجتماعية، مما يهدد معه العلاقات والمراكز القانونية<sup>6</sup>، ويحيلها للفراغ التشريعي بحجة الثبات القانوني، والذي يعارض فكرة الاستدامة خاصة، والتفكير المنطقي ككل.

<sup>1</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم 57808، قرار بتاريخ: 1987/01/14، المجلة القضائية، العدد: 04، 1993، ص 183\_187.

<sup>2</sup> مجلس الدولة، القرار رقم 063109، بتاريخ: 2012/03/15، مجلة مجلس الدولة، العدد: 11، 2013، ص 73\_76.

<sup>3</sup> تنص ديباجة الدستور على: "إن الشعب الجزائري متمسك بخياراته من أجل الحد من الفوارق الاقتصادية والقضاء على أوجه التفاوت الجهوي، ويعمل على بناء اقتصاد منتج وتنافسي في إطار التنمية المستدامة"

<sup>4</sup> القانون رقم 10\_03 المؤرخ 19 يوليو 2003، سبق ذكره.

<sup>5</sup> Jeremy Waldron, *op. cite*, p 09.

<sup>6</sup> Jeremy Waldron, *op. cite*, p 21.

كما يمكن أن تمتد الاستدامة لتشمل محل المعالجة التشريعية، والمتمثل في العقار باعتباره من الموارد الهامة بغية إدراجه كفاعل أساسي ضمن سياق المعادلة التنموية<sup>1</sup>، وذلك من خلال تبني آليات تسمح باستغلال العقار عقليا بطريقة تتيح استدامته، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال حمايته من الخروج عن وظيفته التي رصد لها، وتمثل المادة (48) التي تسمح بممارسة الشفعة على كل عقار لا يستغل لمدة موسمين فلاحين خير دليل على ذلك، وقد بين وزير القطاع إيلاء أهمية بالغة للأراضي الفلاحية من طرف المشرع؛ نظرا لخصوصيتها في تحقيق الأمن الغذائي من خلال تثمين وظائفها الاقتصادية والاجتماعية والبيئية من أجل تشجيع مساهمتها في التنمية المستدامة<sup>2</sup>.

كما تشكل رقمنة القطاع العقاري عبر إنشاء بنك للمعلومات العقارية منطلقا جوهريا للاستدامة من خلال منع التلاعبات العقارية خاصة وأن مديرية الأملاك الوطنية قد أثبتت أن ثمة تواطؤ في حماية الأملاك العقارية، فالرقمنة هنا تسمح بإشراك العامل التكنولوجي في حوكمة القطاع باعتباره التزاما دستوريا<sup>3</sup>؛ وهو ما يسمح بتجسيد الأمن القانوني بطريقة غير مباشرة إذ تسمح باستدامة التشريعات التي تُعد نتيجة عدم فعاليتها رغم أن عدم رقمنة القطاع لا يسمح فعليا بقياس مدى نجاح القوانين من عدمها. وقد حاولت المصالح العقارية تطبيق الرقمنة في المسار العقاري<sup>4</sup>، وهو ما يمكن ملاحظته في العديد من مراسلات مديرية الأملاك الوطنية إذ جاء في إحداها: "أن عصرنه إدارة أملاك الدولة تشكل خطوة لا مفر منها لتحقيق خدمة عمومية ذات نوعية قادرة على ضمان مصداقية هذه الإدارة، وأنها المنطلق لاستعادة الدور الفعال للنظام العقاري في المجال الاقتصادي"<sup>5</sup>، كما أنه يشكل "ضرورة حتمية

<sup>1</sup> تنص ديباجة الدستور: "كما يظل الشعب منشغلا بتدهور البيئة والنتائج السلبية للتغير المناخي، وحرصا على ضمان حماية الوسط الطبيعي والاستعمال العقلاني للموارد الطبيعية وكذا المحافظة عليها لصالح الأجيال القادمة".

<sup>2</sup> رد وزير الفلاحة والتنمية الريفية على السؤال الكتابي رقم 2021\_492 للنائب رابح جدو (حركة البناء الوطني)، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 62، الصادر 28 أبريل 2022)، ص 39.

<sup>3</sup> تنص ديباجة الدستور على: "تعتبر الجزائر عن تمسكها بالعمل للوقاية من الفساد ومكافحته وفقا للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها".

<sup>4</sup> لقد كان موضوع الرقمنة موضوع رأي للمجلس الاجتماعي والاقتصادي، ينظر، له، رأي حول ملف "الجزائر 2013"، ج ر عدد 54، الصادر 16 سبتمبر 2009.

<sup>5</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأملاك الوطنية، مراسلة رقم 7349، والمؤرخة: 03 جويلية 2016، بعنوان: استلام المهام-المسعى نحو العصرنه، مجموعة نصوص المديرية العامة للأملاك الوطنية لسنة 2016، ص ص 22-23.



سيسمح عند تجسيده باستعمال المعلومة بصفة واسعة بفضل محاسن وسائل التكنولوجيا الحديثة ومن تقليص هامش الخطأ وتوفير مصداقية وضمن للمعلومات<sup>1</sup>.

ويمكن تقديم التصور التالي وقوامه واجهة لموقع بنك المعلومات العقارية تشمل ثلاثة خيارات أساسية؛ **فالأول متعلق بالشهر**: ويتم من خلاله رصد كل العقارات المشهورة أو في حالة شهر؛ ويمكن من خلاله إبلاغ المشتري في حال وجود بيع مزدوج، كما أنه سيعفي المديرية العامة من تزويدها بمعلومات حول العقود المتعلقة بمعاملات عقارية<sup>2</sup>، والذي يجب أن يتضمن تحديد موضوع العقد (هبة أو تبادل أو بيع...)، وبيان طبيعة العقار وعنوانه، وتحديد كل من المالك القديم والجديد، وكذا الثمن المصرح به، وتاريخ ومراجع إشهار العقد، كما يسمح بتسجيل الإيداع يوماً بيوم، وهو ما يتناسب مع التوجه الجديد نحو تبسيط إجراءات الشهر<sup>3</sup>.

**والثاني متعلق بالمنازعات**: والذي يمكن من خلاله إشهار العريضة الافتتاحية حسب ما هو منصوص عليه في المادة (17) من ق إ م إ، وكذا الأمر المتعلق بالمسح، والذي يُربط بمشروع عصرنة العدالة<sup>4</sup>، والذي تبنته وزارة العدل، والذي يتيح تتبع مآل القضية، وهو ما يُعفي الإدارة المركزية من طلب إحصائيات دورية عن المنازعات العقارية، لا سيما مع ما قد أبداه وزير العدل في معرض أسباب تعديل

<sup>1</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 02739 و م/م ع أ و/ م م ع م أ، والمؤرخة: 16 مارس 2017، بعنوان: عصرنة نشاطات المحافظة العقارية- الانتهاء من المرحلة من الثانية، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 2017، ص ص86-87.

<sup>2</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 01094 و م/م ع أ و/ م م ع م أ، والمؤرخة: 07 فيفري 2010، بعنوان: جدول شهري للعقود المتعلقة بمعاملات عقارية، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 2010، ص ص179-180.

<sup>3</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 6938 و م/م ع أ و/ م م ع م أ/ إ ع، والمؤرخة: 24 جوان 2018، بعنوان: **التكفل بانشغالات الموثقين تبسيط وتسهيل إجراءات الشهر**، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 2018، ص ص136-141.

<sup>4</sup> تنص المادة الأولى من قانون عصرنة العدالة على: "يهدف هذا القانون إلى عصرنة سير قطاع العدالة:

✓ وضع منظومة معلوماتية مركزية لوزارة العدل.

✓ إرسال الوثائق والمحركات القضائية بطريقة الكترونية.

✓ استحداث تقنية المحادثة المرئية عن بعد في الإجراءات القضائية"

ينظر: القانون رقم 03\_15\_2015 المؤرخ 01 فبراير 2015، **المتعلق بعصرنة العدالة**، ج ر عدد 06، الصادر 10 فبراير 2015.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية القاضي بإدخال الوسائط الالكترونية أمام الجهات القضائية<sup>1</sup>، والذي أدخل بموجب المادة (815) منه<sup>2</sup> التقاضي الالكتروني أمام القضاء الإداري، فكلها غايات تتحد وتصب في وجوب رقمنة القطاع لتفعيل هذه النصوص حقيقة لئلا تبقى مجرد قواعد صورية ساكنة.

**والثالث متعلق بطلب المعلومات:** وهذا الإجراء يمكنها من الوقوف على الذمم العقارية للأشخاص كمسلك هادف للحوكمة، إذ أن القانون يقتضي أن يقدم المسؤول قبل وبعد توليه لمنصبه تصريحاً بذمته المالية<sup>3</sup>، لا سيما أن تقديم هذه المعلومات كان محل إشكال بسبب التأخر في الرد مما يفقد المعلومة قيمتها<sup>4</sup>، كما يسمح بتوحيد النموذج الذي تقدم فيه هذه المعلومات تحقيقاً لجودة خدمة المرفق العمومي<sup>5</sup>، وتكريساً لدوره في حماية المال العام.

### الفرع الثاني: فنيات السياسة العامة

إن السياسة العامة لن تحقق وظيفتها ما لم تحترم مجموعة من الفنيات التي يجب أن تقوم عليها، وهي:

**(أولاً) التوصيف الدقيق:** والذي يقتضي أن يكون وفق أسس فرعية تحقق جودة التصميم الهندسي

للسياسة العامة، وذلك عبر مراعاة:

**(01) المعقولية:** والتي يمكن أن نتلمسها ضمن بعد ثنائي فالأول هو **البعد الواقعي:** وذلك من

خلال التشخيص الصريح للمشاكل التي تعترض التشريع العقاري دونما تزييف للحقائق ودونما نسج أحلام

<sup>1</sup> مداخلة وزير العدل في إطار عرض مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 69، الصادر 16 يونيو 2022، ص 05.

<sup>2</sup> تنص هذه المادة على: "ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة ورقية أو بالطريق الالكتروني"، ينظر: القانون رقم 13\_22 المؤرخ 12 يوليو 2022، سبق ذكره.

<sup>3</sup> تنص المادة 02/24 من الدستور على: "لا يمكن أن تكون الوظائف والعهدات في مؤسسات الدولة مصدراً للثراء، ولا وسيلة لخدمة المصالح الخاصة"، أما المادة 04/24 فتتص على: "يجب على كل شخص يعين في وظيفة عليا في الدولة، أو يعين أو ينتخب في البرلمان أو في هيئة وطنية أو ينتخب في مجلس محلي التصريح بممتلكاته في بداية وظيفته أو عهده وفي نهايتها".

<sup>4</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 05550 و م/م ع أ و/ م م ع م أ/ م أ ت ع، والمؤرخة: 04 جوان 2013، بعنوان: طلب معلومات-إجراءات جديدة، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 2013، ص 188.

<sup>5</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 13100 و م/م ع أ و/ م م ع م أ/ م أ ت ع، والمؤرخة: 04 جوان 2013، **المتعلق ب: طلب معلومات-تنكير**، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 2018، ص ص 143-144.

تشريعية لا تتناسب<sup>1</sup> مع المعطيات الواقعية<sup>2</sup>، مستحضرين التشبيه الأفلاطوني للمشرع بأنه طبيب، وبأن تدخله لا يمكن أن يحقق الفعالية دونما صحة التشخيص لأنها ضرورية لتحديد أداة التدخل المناسبة، وهو الفرق الأساسي بين التشريع والقرارات الإدارية؛ فالأول يجب أن يقيم للواقع وزنا عند التشريع أما الثاني فعليه أن يلتزم بما تقضي به النصوص، وفي ذلك يرى القضاء الإداري الجزائري "أن القرارات الإدارية تتخذ وفقا لاعتبارات قانونية، وليس على اعتبارات متعلقة بالواقع، ومن ثمة فإن المقرر الإداري المطعون فيه المبني أساسا على ردود الفعل والتساؤلات التي من شأنها أن تمس بسمعة الإدارة والذي سحب المقررين السابقين الذين اكتسبا حقوقا للطاعنين يعد مشوبا بعيب تجاوز السلطة"<sup>3</sup>.

أما البعد الثاني فهو البعد الزمني: فيجب إنضاج النصوص من خلال إعطائها الوقت الكافي للتحضير والإعداد قبل إدخالها حيز النفاذ، ولنا في قانون التسجيل الاسترالي (نظام تورنس)، وقانون التسجيل النيوزيلندي أنموذجين للاحتذاء بهما، فأما الأول فقد كرس حياته لتوسيع وتجويد نظامه المقترح لتسجيل الأراضي<sup>4</sup>، وقد تطورت فكرته من التصور إلى التطبيق وفق المسار الزمني التالي<sup>5</sup>:

\_ 1850: اقترح فكرته المتعلقة بتسجيل الأراضي، والمستلهمة من عمله في الجمارك،

\_ 27 يناير 1858: تم تبني نظامه لتطبيقه على جنوب استراليا.

\_ 1860-1861: إجراء تعديلات على نظامه وفق النتائج المحصل عليها في الفترة التجريبية.

\_ 1862: اعتماد النظام عمليا في جميع أنحاء أستراليا.

\_ 1878: إجراء مزيد من التعديلات والتقيحات على القانون الأصلي.

<sup>1</sup> Wm. H. Werth and all, "The Torrens System. An Open Symposium: A Bill to Make Bad Titles Good", *The Virginia Law Register*, Vol: 11, N° 09, 1906, (pp: 707\_743), p708.

<sup>2</sup> عند عرض مشروع قانون التسجيل لولاية فرجينيا الأمريكية وتم تصويبه على أساس أنه من سيققق الاستقرار العقاري، رد مجموعة من الأكاديميين عند كتابة مقالهم سنة 1906 أن الظروف تجعل من تطبيقه بعيد المنال إن لم يكن مستحيلا، وأن تطبيقه بالصورة المثلى التي يصورها بها المؤيدون له لن تتحقق حتى سنة 2000، ينظر:

Wm. H. Werth and all, *op. Cite*, p713.

<sup>3</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم: 56.705، بتاريخ: 1988/10/22، المجلة القضائية، العدد: 03، 1992، ص 143\_146.

<sup>4</sup> وهو ما يسمى النضال من أجل القوانين عند الفقيه إهرنج إذ يرى أن: "القانون لا يتطور تطورا أعمى إلى غير غاية بل إن نشوءه وتطوره إنما يكون طبقا لغاية مرسومة" أصول القانون السنهوري، 59.

<sup>5</sup> Eugene C. Massie, *The Torrens System of Land Registration and Transfer*, *The Virginia Law Register*, *op. cite*, pp 215-216.

\_ 1886: تجميع كل التعديلات المتعلقة بهذا الموضوع في قانون واحد.

\_ 1887: تم إجراء بعض التعديلات عليه.

والنتيجة النهائية لذلك هي إخضاع تسعين بالمائة (90%) من الأراضي الأسترالية لهذه النظام، مع تصدير التجربة لدول أخرى نتيجة لشعبية وكفاءته<sup>1</sup>، ونتيجة لاحترام مسار التشريع القائم على إنضاج الفكرة من خلال تصوره للخطوط العريضة، ومن ثم صياغته وتقديمه لدائرة واسعة من الأفراد بغية الإثراء والنقد، وبعد ذلك النضال من أجل تجسيد مشروعه والعمل على مراقبته وتجويده<sup>2</sup>.

كما أحتاج قانون نقل الملكية الجديد في نيوزيلندا (Land Transfer Act LTA) إلى سبع سنوات على الأقل من أجل إقراره، حيث كانت هذه الدولة تخضع لنظام التسجيل لسنة 1952، ولكن نظرا لعدم موافقتها مع المستجدات التكنولوجية كان لا بد من تعديله، حيث أجرت اللجنة القانونية بالتنسيق مع مؤسسة معلومات الأراضي في نيوزيلندا مراجعة للقانون سنة 2007، وتلى ذلك إصدار هذه اللجنة لتقرير مفصل عن قانونها، وقد تضمنته غايات التعديل التي تقوم أساسا على التحديث والتبسيط لتعزيز الوضوح والوصول<sup>3</sup>، وكلها مُعبّرة عن الأمن القانوني، وقد كان محل تدقيق طيلة سبع سنوات ليصدر في 10 جويلية 2017، ويدخل حيز النفاذ في 12 نوفمبر 2018.

**(02) التجانس:** والذي يمكن النفاذ لمعناه من خلال قرار للمحكمة الدستورية العليا في مصر، جاء فيه: "وحيث إن السياسة الجنائية الرشيدة يتعين أن تقوم على عناصر متجانسة، فإن قامت على عناصر متنافرة نجم عن ذلك افتقاد الصلة بين النصوص ومراميها، بحيث لا تكون مؤدية إلى تحقيق الغاية المقصودة منها لانعدام الرابطة المنطقية بينها؛ تقديراً بأن الأصل في النصوص التشريعية - في الدولة القانونية - هو ارتباطها عقلاً بأهدافها، باعتبار أن أي تنظيم تشريعي ليس مقصوداً لذاته، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق تلك الأهداف"<sup>4</sup>، والحكم هنا إن اقتصر على الشق الجنائي فإن ذلك لا يمنع من تعميمه وجعله يتراخى ليشمل السياسة القانونية قاطبة من خلال اشتراط ترابطها منطقياً لتحقيق الغايات المسطرة فيها مما ينعكس على تحقيق التنمية الشاملة.

<sup>1</sup> . H. VAN DORE, *op. Cite*, p 354.

<sup>2</sup> Greg Taylor, *Is the Torrens System German?*, *The Journal of Legal History*, Vol: 29:N° 2, 2008, 253-285, p255.

<sup>3</sup> Elizabeth Toomey, *Reverberations in the Torrens system: a new Land Transfer Act in New Zealand*, *Journal of Property, Planning and Environmental Law*, Vol:11, N° .2,2019, (pp 87\_107), p 87.

4 المحكمة الدستورية العليا "المصرية"، الدعوى رقم 114 لسنة 21 قضائية، متاح على الرابط:

ويشكل التناسق أولية ضرورية لتجنب التناقض (التصادم) الأدائي<sup>1</sup> وهو ما يضمن الفعالية الداخلية، التي تتعلق بالنص أو الأداة بشكل مستقل، والفعالية البنينة (الشبكية)، والتي تقام على دراسة العلاقة التفاعلية بين إجراء تشريعي عقاري محدد، وبين الإجراءات الأخرى داخل التشريع العقاري نفسه وبين النظام القانوني ككل<sup>2</sup>، إذ يجب أن يكون ثمة علاقة متناسقة، وتكاملية لتحقيق الأهداف الكبرى وعدم التصادم فيما بينها<sup>3</sup>؛ لأن الأمر حينئذ سيتحول من تطبيق الأهداف التشريعية المسطرة ابتداء إلى مواجهة الآثار العارضة للتناقض بين الإجراءات العقارية.

وعلى ضوء ذلك أصدرت المحكمة العليا قرارها، والذي جاء فيه: "من المستقر عليه قانونا وقضاء أن احترام مصداقية الإدارة تتجلى في مراعاتها للحد الأدنى لاستمرار مرافقتها، والحرص على بين مختلف مصالحها بحيث لا تنزع إحدى هذه المصالح في الحقوق المعترف بها للمواطن من طرف مصلحة أخرى"<sup>4</sup>، وهو قرار في غاية الأهمية إذ يرسم أساس التناسق بين عمل الإدارات، حتى لا تتعارض فيما بينها مما يمس بسمعة الإدارة.

ولذلك فقد أسس الفقهاء لمجموعة من المتطلبات التي يمكن على أساسها تحقيق الفعالية<sup>5</sup>، وتتعلق ابتداء بتكريس التشاركية التشريعية من خلال تفعيل مساهمة المواطن في وضع التشريع؛ لأن ذلك يسمح بتوسيع الإطلاع على المعايير المستجدة وبالتالي توسيع دائرة تطبيقها، كما وجب الاستعانة بالخبراء لاختيار أنسب الحلول بعد تصنيف قائمة بها

<sup>1</sup> *performative contradiction, It is a term for the philosopher ROBERT ALEXY see: He, "The dual nature of Law", Ratio Juris. Vol. 23 No. 2 June 2010 (167–82), 168.*

<sup>2</sup> وقد علق النائب أحمد رابحي (جبهة التحرير الوطني) عن هذا المشكل بقوله أن عرض القوانين في الجزائر يعوزه "التضامن الحكومي" إذ يجب أن تقدم قوانين مختلف القطاعات في إطار نظرة ارتباطية كلية لا أن يقدم كل قطاع قوانينه منفردا لمساس ذلك بتناسبية النظام القانوني، تدخل في إطار مناقشة مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2022\_2021)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 69، الصادر 16 يونيو 2022، ص 09.

<sup>3</sup> كما سجل النائب نبيل قند (جبهة المستقبل) قد بين أن ثمة غياب واضح للتنسيق بين القطاعات الوزارية، واستدل على ذلك أن الدراسة الاستراتيجية لقطاع الطاقة تمتد لغاية سنة 2030، أما قطاع الموارد المائية فهي تمتد لسنة 2024، ينظر، تدخل له في إطار مناقشة مخطط عمل الحكومة، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2022\_2021)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 10، الصادر 14 أكتوبر 2021، ص 27.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 62755، قرار بتاريخ: 1990/02/24، المجلة القضائية، العدد: 02، 1995، ص 146\_148.

<sup>5</sup> *Alexandre Flückiger, "L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois", op. cite, p 85.*

وسحب ما سبق قوله على السياسة التشريعية العقارية في الجزائر سنجد أنها تتسم بغياب التناسق، وخير مثال للتدليل على ذلك هو تداخل الأنساق العقارية وتضاربها<sup>1</sup>، نتيجة التجسيد الانتقائي للرؤى التشريعية المستوردة، والتي يتم إخضاعها لعملية زرع قانوني<sup>2</sup> في نظامنا دون محاولة تكييفها بغية التعايش فيما بينها، إذ يمكن أن نلمح ثلاثة أنظمة أساسية في بلادنا، وهي: النظام الاسترالي عبر أداة السجل العقاري، كما نجد الشهر الشخصي كأثر للقوانين الفرنسية، كما نجد التقادم باعتباره سببا من أسباب الملكية المشتقة من الشريعة الإسلامية، والنظام الفرنسي.

ولذلك وجب أن ننقل إلى مستوى آخر من التفكير هو دمج هذه الأنساق لتصبح نسقا واحده باعتبار أن هذا الأخير يمثل: "مجموعة من القواعد والمعايير المشكلة لنظام معين، أما النسق القانوني فهو مجموع القواعد والوحدات النظرية والمنطقية والمفاهيمية المشكلة لنظام قانوني معين"<sup>3</sup>، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال تبني نموذج عقاري متكامل مراعى للسياسة العامة عموما، وللسياسة القانونية خصوصا، والتي تسمح بتوجيه الظواهر القانونية وتحويل التنوع المبنى على الفوضى التشريعية إلى نظام معياري<sup>4</sup>؛ على أن يكون ذلك عبر حلول جذرية بعيدا عن التعديلات المتتالية، التي تزيد القوانين تعقيدا وتفتوت فرصة البناء بأقل الأضرار ووفق زمن قريب<sup>5</sup>.

### (ثانيا) القابلية للقياس:

إن أهم الفنيات الضابطة لرسم السياسة العامة هو أن تكون قابلة للقياس باعتبار أن المراد بها هو جعلها علما تجريبيا قابلا للقياس والتصويب، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال جعل ميزانية للزمن بتخصيص أهداف تراعي الأولويات<sup>6</sup>، وهو ما جعله محل تنويه في مراسلات المديرية العامة للأموال الوطنية نتيجة عدم جديتها في تطبيق المادة (42) من قانون المالية لسنة 2010<sup>7</sup> الرامية إلى تطهير الوثائق الممسوكة على مستوى المحافظة العقارية من التأشير التي فقدت حداثتها نتيجة أيلولة ملكية بعض الأملاك

<sup>1</sup> يسميها الباحث محمد بوراس في شقه الثاني للتقييم بالتبهان، وتسميها الأستاذة نعيمة حاجي بالفوضى التشريعية، ينظر: محمد بوراس، المرجع السابق، و نعيمة حاجي، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 13.

<sup>2</sup> *Legal Transplant*.

<sup>3</sup> يوسف محمد، (الأنساق القانونية، الأمن القانوني والهوية الثقافية)، ملحق: الوصول إلى القانون، جامعة ورقلة، ورقلة (الجزائر)، يومي 16\_17 فبراير 2014، (ص ص: 39\_64)، ص 44.

<sup>4</sup> Leon Petrażycki, op. cite, p 03

<sup>5</sup> Wm. H. Werth and all, *op. cite*. p740.

<sup>6</sup> Peter Knoepfel and all, p 78.

<sup>7</sup> القانون 09\_09 المؤرخ 30 ديسمبر 2009، المتضمن قانون المالية لسنة 2010، ج ر عدد 78، الصادر: 31 ديسمبر 2009.

العقارية للدولة تبعا لتدابير تأمين أو تحويل للدولة أو تخلي بعض الملاك عن عقاراتهم، والتي بينت كيفية تطبيقها بموجب تعليمية صادرة عن أملاك الدولة<sup>1</sup>، واللذان عززتا بالمادة 42 من قانون المالية التكميلية لسنة 2010، والتي جاء فيها وجوب إجراء عملية إحصاء دقيق لها على أن يضطلع المحافظ العقاري بهذه المهمة<sup>2</sup>.

وقد سعى المشرع من خلالها لعملية جرد تسمح بتطبيق الأوامر المتضمنة في ذات المادة، وهي بطلان كل التصرفات الواردة عليه، مع منع استردادها، مع تطبيق عقوبات بالحبس من سنة (01) إلى ثلاثة (03) سنوات، وبغرامة مالية من 500.000 إلى 1.500.000 دج على كل من يساهم في التصرف بطريقة غير شرعية في هذه العقارات أو يساهم في ذلك، كما تطبيق على كل من يعرقل تنفيذ هذه الأحكام.

ورغم هذه العقوبات إلا أن النص لم يطبق بدليل ما تضمنته مراسلة مديرية أملاك الدولة التي جاء فيها: "من خلال فحص التقارير لواردة إلى المصلحة المركزية المتعلقة بتطهير الوضعية القانونية لعقارات محل عقود مشهورة كانت ملكا لأشخاص طبيعية أو معنوية من جنسية أجنبية غادرت التراب الوطني غداة الاستقلال فإنه تبين عدم التكفل بهذه العملية بالجدية اللازمة...وعليه نظرا للأهمية الكبرى التي توليها السلطات العليا للدولة لهذه العملية مع تحديد آجال صارمة لإنهائها..."<sup>3</sup>، واعتبر تحديد الآجال حلا للبيروقراطية، ومنطلقا لتحقيق الأهداف ومكافحة الرشوة التي قد يلجأ لها المواطن بسبب التأخر في تحصيل حقوقه<sup>4</sup>.

### المبحث الثاني: قياس الأثر التشريعي

<sup>1</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مفتشية مصالح أملاك الدولة والحفظ العقاري، مراسلة رقم 0422 و م/م ع أ و/ م ع م أ ، والمؤرخة: 17 جانفي 2010، بخصوص تطبيق المادة 42 من قانون المالية لسنة 2010، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 2010، ص ص167\_174.

<sup>2</sup> الأمر رقم 01\_10 المؤرخ 26 غشت 2010، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر عدد 49، الصادر 29 غشت 2010.

<sup>3</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 0417 و م/م ع أ و/ م ع م أ ، والمؤرخة: 10 جانفي 2013، بخصوص تطبيق المادة 42 من قانون المالية لسنة 2010، والمادة 42 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 2013، ص 180.

<sup>4</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية تامين الأملاك التابعة للدولة، مراسلة رقم 01457 و م/م ع أ و/ م ت أ د، والمؤرخة: 15 فيفري 2010، سبق ذكره.

إن التحقق من نجاعة الآليات لا يتجلى إلا بتجسيد خاصية القابلية للقياس، وذلك من خلال توفير الأداة التي تسمح بذلك، والمتمثلة في قياس الأثر التشريعي، ونظرا لأهميتها سنتطرق لماهيتها (المطلب الأول)، ثم نبين أنواعها مع محاولة تجسيدها على بعض القوانين الجزائرية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: ماهية قياس الأثر التشريعي

إن الأهمية التي تكتسبها آلية قياس الأثر التشريعي تنطلق من كونها تمثل حالة للتشريع القائم على أساس علمي، ولذلك سنعمل خلال هذا المطلب على تحديد المقصود من هذه الآلية (الفرع الأول)، على أن نبرز بعد ذلك أهميتها التي جعلت كثيرا من الدول تعمل على تبنيها بغية تجويد الصناعة التشريعية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مفهوم قياس الأثر التشريعي

يمثل قياس الأثر آلية مهمة في تحقيق السياسات القانونية، وهو ما جعل العديد من الدول تطبقه على تشريعاتها.

### (أولا) تعريف قياس الأثر التشريعي:

إن تتبع فكرة قياس التشريع سيحيلنا لمسار تطور فكرة الأمن القانوني أين سبق لنا القول أن (أفلاطون) يرى أن مجرد وجود قوانين صالحة غير كاف للجماعة، ولكن يجب بالتوازي مع ذلك وجود جهاز يتصف باليقظة التي لا تقتر لتخليد هذه القوانين، وذلك من خلال تتبع مدى تحقيق غاياته التشريعية، وهو ما يسمح له بفحص تشريعاته وتحديد المقبول منها وتدعيمه، وتغيير القوانين التي يرى صعوبة في تطبيقها وتحقيقها للفعالية المطلوبة منها<sup>1</sup>.

فهي فكرة قديمة النشوء، وما تطبيقها إلا أثر للاستفادة من تاريخ القانون للتعرف على المؤسسات القديمة وإعادة تكييفها مع واقعنا المعاصر، وتعرف هذه الآلية بأنها: "التحليل المستقبلي أو بأثر رجعي لتأثيرات وجودة التشريعات المعتمدة أو المراد اعتمادها في الدولة"<sup>2</sup>، كما تعرف بأنها: "أداة قياس مدى الالتزام بتنفيذ القوانين"<sup>3</sup>، كما يعرف بكونه: "تقييما منهجيا لكيفية تأثير التشريعات على

<sup>1</sup> أفلاطون، ترجمة محمد حسن ظاظا، القوانين، المرجع نفسه، ص ص، 72، 233-234.

<sup>2</sup> Joël Ficet, "Un rendez-vous manqué ? La difficile institutionnalisation de l'évaluation des lois fédérales en Belgique", Politiques et management public, Vol: 35/3-4, 2018, (pp: 197\_214), p198.

<sup>3</sup> Ibid. p 198.



المصالح والمجالات المختلفة<sup>1</sup>، وهناك من يرى أنها تمثل: "دراسة للعلاقة بين المحتويات المعيارية ونتائجها في الواقع الاجتماعي"<sup>2</sup>.

أما على المستوى المؤسسي فتعرفه الجمعية الدولية لقياس الأثر: "عملية تهدف لتحديد العواقب المستقبلية للأعمال التشريعية القائمة أو المقترحة مما يجعله يشمل كل العواقب والنتائج المترتبة عن التشريع المقصود"<sup>3</sup>، أما منظمة التعاون والتنمية فتعرفه بأنه طريقة للنظر المنهجي والمتسق في الآثار المحتملة للإجراءات الحكومية فيصبح أداة للتقييم إذا كان سابقا للتشريع، ويصبح أداة تقييم وتقويم إذا كان لاحقا له<sup>4</sup>.

كما عرفته المادة (02) من التعميم الفرنسي الصادر سنة 1998 بأنه: "عملية تهدف لتقييم الآثار الإدارية والقانونية والاجتماعية قصد الحصول على ملاءمة أفضل للتدابير المقترحة، وذلك لزيادة فعالية وظيفة الدولة"<sup>5</sup>، وذلك في إطار رؤية كلية لتحسين مستوى التشريع في فرنسا من خلال محاربة التضخم وتحسين محتوى القوانين<sup>6</sup>.

### (ثانيا) تطبيقات قياس الأثر التشريعي:

هناك العديد من النماذج المجسدة لقياس الأثر<sup>7</sup>، والتي تؤكد في مجملها حقيقة واحدة، وهي أن هذه الأداة مرت بمراحل عديدة حتى تفرض نفسها كأداة للجودة التشريعية.

<sup>1</sup> Patricia Popelier, *"L'analyse d'impact de la réglementation : une perspective juridique"*, *Revue de Politiques et management public*, Vol: 35/3-4, 2018, (pp: 107\_129), p 109.

<sup>2</sup> "relation between normative contents and their consequences in the social reality", Maria Mousmouti, *"Operationalising Quality of Legislation through the Effectiveness Test"*, *Legisprudence journal*, Vol: 6, N° 02, (pp: 191\_205), p 198.

<sup>3</sup> Ibid. p 109.

<sup>4</sup> Ioannis Lianos, Maksim Karliuk, *"l'émergence de l'étude d'impact comme de gouvernance en Europe: genèse, diffusion et acteurs"*, *Revue française d'administration publique*, Vol: 01, N° 149, 2104, (pp: 5\_27), p 06.

<sup>5</sup> Le terme d'impact doit être entendu dans son sens le plus concret. L'objet de l'étude d'impact est en effet d'évaluer a priori les effets administratifs, juridiques, sociaux, économiques et budgétaires des mesures envisagées et de s'assurer, de manière probante, que la totalité de leurs conséquences a été appréciée préalablement à la décision publique. Il s'agit ainsi d'obtenir une meilleure adéquation des mesures proposées aux objectifs poursuivis pour une plus grande efficacité de l'action de l'Etat" vu: Circulaire du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'Etat, JORF, n° 31 du 06 février 1998.

<sup>6</sup> Anne-Sophie Denolle, *"les études d'impact: une révision manquée"*, *Revue française de droit constitutionnel*, Vol: 03, N°: 87, 2011, (pp: 499\_514), p 503.

<sup>7</sup> ونظرا لأن المقام لا يسمح ببسط البحث فيها جميعا، فأحيل القارئ الكريم لموقع مجلس الشيوخ الفرنسي، والذي أشار للنموذج الألماني والسويسري، والكندي، والبلجيكي، ينظر:

[https://www.senat.fr/lc/lc7/lc7\\_mono.html#toc23](https://www.senat.fr/lc/lc7/lc7_mono.html#toc23)

ففي نموذج الاتحاد الأوروبي تم الإعلان عن خطة التنظيم الأفضل سنة 2002، والتي هدفت إلى تحقيق التشاركية التشريعية من خلال خطة للتأسيس لدراسة الأثر المستدام، لتعلن في أوائل 2003 مشتملات دراسة التأثير والمتمثلة في الملاءمة بين المشكلة والحلول المقترحة وكذا وجود التكامل بين مختلف المعايير السائدة، لتعلن عن نموذجها رسميا في 2010، لتنتقل إلى مرحلة تقوم على سياسة التشريع الذكي بهدف محاربة البيروقراطية التشريعية، لتنتشئ في الأخير "مديرية تقييم الأثر التشريعي" سنة 2012 لتحقيق جودة التشريعات الأوروبية<sup>1</sup>.

أما في النموذج البلجيكي فقد عرف هو الآخر عدة محاولات قبل اعتماده رسميا، إذ تم تقديم مقترح قانون سنة 1992 بغرض تقييم التشريعات، وتلاه مقترح داخل مجلس الشيوخ سنة 1997 لإنشاء خلية للتقييم التشريعي، وتلاههما اقتراح لإنشاء مكتب للخبراء القانونيين، ولم يتم اعتماد فكرة التقييم إلا سنة 2007 من خلال إنشاء اللجنة البرلمانية للرقابة التشريعية<sup>2</sup>.

وقد أسند لهذه الهيئة صلاحيات بغية تحقيق التبسيط الإداري من خلال رسم هدف للتقليل بنسبة 10% من الكتلة التشريعية تحقيقا للأمن القانوني، وذلك بتقييم القوانين السارية منذ أكثر من ثلاث سنوات بالاعتماد على التقارير الواردة إليها من مختلف المؤسسات لا سيما القضائية من خلال تحديد مختلف المشاكل التي تعترض تطبيق القوانين، وهو ما يساهم في إزالة القوانين البالية والمتشابهة، وبالتالي تبسيط التشريعات<sup>3</sup>.

أما النموذج الفرنسي فقد أشار إلى هذه الفكرة أول مرة من خلال التعميم الصادر 1995 المتضمن وجوب القيام بدراسات الأثر<sup>4</sup>، وذلك على نحو تجريبي للفترة الممتدة بين 01جانفي\_31 ديسمبر 1996، على أن يتم تقييمه بغية تعميمه، وقد اشترط في هذا القياس أن يشمل الفوائد المتوقعة ويبين أهدافه وأنه لا يمكن تحقيقها إلا من خلال سن تنظيمات جديدة، كما يجب أن يبين كل آثارها على مختلف المصالح سواء من حيث التمويل أو التوظيف أو الإجراءات التنفيذية، كما لا بد أن يبين مساهمة الإجراء الجديد في تبسيط النظام القانوني وبالتالي تحقيق الأمن القانوني، وثم بموجب التعميم الصادر سنة 1998 وقد

<sup>1</sup> Andrea Renda, "les étude d'impact réglementation de l'union européenne : état des lieux et pistes de réforme", *Revue française d'administration publique*, Vol: 01, N° 149, 2104, (pp: 79\_103), pp 81\_86.

<sup>2</sup> Joël Ficet, *op. Cite*, p 204, 205.

<sup>3</sup> *Ibid.* p 199.

<sup>4</sup> Circulaire du 21 novembre 1995 relative à l'expérimentation d'une étude d'impact accompagnant les projets de loi et de décret en Conseil d'État, *JORF* n°279 du 1 décembre 1995.

تم تعميمه ليشمل القوانين والأوامر، وقد اشترط فيه أن يبين في دراسة الأثر الحلول الممكنة وأسباب اختيار الحل المجسد قانونياً مع بيان أثره على الأمن القانوني، كما أشار لوجوب وجود آلية لرصد وتقييم تنفيذ النص والالتزام به<sup>1</sup>.

ونظراً لأن هذه التعميمات لم تحقق النتائج المرجوة نتيجة افتقادها لطابع إلزامي فقد سُن منشور سنة 2003 والذي يتوخى تحسين جودة التنظيم من خلال النص على أهم مبادئ التشريع، والتي تقوم على التبسيط ومحاربة التضخم التشريعي، وقد رتب نتيجة لإهمال إعداد قياس الأثر وذلك من خلال امتناع مجلس الدولة النظر في القوانين المفتقدة لذلك، كما يصاحبه امتناع رئيس الوزراء عن التوقيع مما يفقد مشروع القانون أثره<sup>2</sup>، كما اقترح وضع جدول زمني بهدف التحكم في المراسيم التنظيمية المتشابهة بغية تجميعها لتسهيل الوصول إليها<sup>3</sup>.

ثم تم النص عليها في قانون عضوي<sup>4</sup> والتي أحال تطبيقها إلى قانون عضوي نصت مادته الثامنة صراحة على: "تضع مشاريع القوانين لدراسة الأثر على أن ترفق هذه الوثائق بمشاريع القوانين<sup>5</sup> بمجرد إيداعها على مستوى مجلس الدولة، ويجب أن تشمل:

✓ الأهداف التي يسعى إليها مشروع القانون، وبيان الخيارات الممكنة مع شرح أسباب اللجوء إلى تشريع جديد.

✓ شروط تطبيق الأحكام المتوخاة بمرور الوقت، والنصوص التشريعية والتنظيمية التي يتعين إلغاؤها والتدابير الانتقالية المقترحة.

<sup>1</sup> Circulaire du 21 novembre 1995, op. cite.

<sup>2</sup> Circulaire du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation, JORF n°199 du 29 août 2003.

<sup>3</sup> Circulaire du 30 septembre 2003 relative à la qualité de la réglementation, JORF n°228 du 2 octobre 2003.

<sup>4</sup> L'article 08 de loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, JORF n°0089 du 16 avril 2009.

<sup>5</sup> وقد ساهم المجلس الدستوري في تحديد نطاق هذه الآلية من خلال تبيان أنها تشمل فقط مشاريع القوانين ولا تتعداه إلى التعديلات الجزئية، ينظر في ذلك:

CCF, DC n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010, para 03.

كما أجاز أن تكون دراسة التأثير مشتركة بين عدة مشاريع قوانين لها غرض مماثل؛ وبالتالي يجب رفض النظم القائم على الجهل بالمادة 8 من نفس القانون الأساسي ينظر في ذلك:

CCF, DC n° 2010-603 DC du 11 février 2010, para 05.

✓ تقييم العواقب الاقتصادية والمالية والاجتماعية والبيئية، وكذلك التكاليف المالية المتوقعة والفوائد المترتبة على الأحكام المتوخاة لكل فئة من الفئات المعنية بتطبيق القانون، وهي الإدارة العامة والأشخاص الطبيعيون والاعتباريون، مع الإشارة إلى طريقة الحساب المستخدمة.

✓ تقييم نتائج الأحكام المخططة على التوظيف في القطاع العام.

✓ المشاورات التي تمت قبل الإحالة إلى مجلس الدولة الفرنسي.

✓ بيان مدى الالتزام برأي المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي<sup>1</sup>.

أما على مستوى المؤسسات فقد كان ثمة اقتراح قانون حول إنشاء مكتب برلماني لتقييم التشريعات<sup>2</sup>، والذي تجلت مهامه في تقييم الكفاية التشريعية للمسائل التي تحكمها، واقتراح التدابير اللازمة لتبسيط التشريع، ومراقبة نشر النصوص التنظيمية لتطبيق القوانين<sup>3</sup>.

هذا على مستوى النماذج المقارنة، أما على المستوى الجزائري فأولى الإشارات لمسألة قياس التأثير وُجِدَت في رأي المجلس الاجتماعي والاقتصادي سنة 1995 عند توصيته بالاعتماد على تقييم الأثر والنص على تحديد مصادر التمويل مع ضرورة بيان الجدوى لكل مشروع قطاعي<sup>4</sup>، ثم تم الإشارة لها في قياس الأثر البيئي.

أما على المستوى التطبيقي؛ فقد كانت هناك كتابة دولة للتخطيط أنيط بها حصرا "جمع جميع الإحصائيات الاقتصادية والاجتماعية والديمقراطية بغية استثمارها"<sup>5</sup>، كما أن كل الدراسات والأبحاث تخضع للتأشير المسبق من هذه الهيئة حتى تلتزم بخدمة الجانب التنموي<sup>6</sup>، فهذه الهيئة<sup>7</sup> كانت ملزمة بالعمل على حسن تنفيذ السياسات العامة وتنسيقها وفق جدول زمني محدد، كما أنها كانت مكلفة بتحقيق

<sup>1</sup> L'article 03 de loi organique n° 2010-704 du 28 juin 2010 relative au Conseil économique, social et environnemental, JORF n°0148 du 29 juin 2010.

<sup>2</sup> Sénat, Session ordinaire de 1995-1996, la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sur la proposition de loi, Adopté par l'Assemblée Nationale, tendant à créer un Office parlementaire d'amélioration de la législation.

<sup>3</sup> LOI no 96-516 du 14 juin 1996 tendant à créer un Office parlementaire d'évaluation de la législation, JORF n°138 du 15 juin 1996 (abrogée).

<sup>4</sup> المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، الدورة العامة الرابعة أكتوبر 1995، ص 35.

<sup>5</sup> المادة الأولى المرسوم رقم 71\_134 المؤرخ 13 مايو 1971 المتضمن ترتيب تنظيم التنسيق والإلزامية إجراء الإحصاء، ج ر عدد 41، الصادر 22 مايو 1971.

<sup>6</sup> المادة 08 من ذات المرسوم.

<sup>7</sup> ينظر في ذلك المرسوم رقم 70\_159 المؤرخ 22 أكتوبر 1970 المتضمن اختصاصات كتابة الدولة للتخطيط، ج ر عدد 93، الصادر 06 نوفمبر 1993

الملاءمة الكاملة بين الأهداف المحددة للمخططات والمشاريع وبين السياسة العامة، والعمل على وضع التشريعات الخادمة لهذه الأهداف، كما أنها مكلفة في ذات الإطار بتقديم كل الاقتراحات الرامية إلى تحسين فعالية الإجراءات، ولن يتأتى ذلك إلا من خلال استجابة لتكيف القواعد السارية مع لمستجدات الحاجيات الاجتماعية.

غير أن الملاحظ للتشكيل الحكومي الجزائري يجد أنها تفتقد إلى وزارة للاستشراف والتخطيط، رغما أنهما يشكلان علما قائما<sup>1</sup>، ولا سيما أن الجزائر قد عرفت سنة 2020 وزارة منتدبة لدى وزير المالية مكلفة بالإحصائيات والاستشراف<sup>2</sup>، لتتحول إلى وزارة منتدبة لدى الوزير الأول مكلفة بالاستشراف<sup>3</sup>، وهو ما يجعل الوزارات تمارس عملها بشكل منفرد مما يؤثر على تكاملية التشريع والسياسة العامة.

وقد كانت مسألة قياس الأثر محل إشارات صريحة وضمنية من طرف النواب أثناء مناقشة مخطط عمل الحكومة لسنة 2022، فقد جاء في تدخل أحد النواب: "تتعاقب الحكومات والبرامج دون أن يعلم أحد ما الذي أُنجَزَ منها وما الذي لم ينجز، ودون أن يدري أحد إذا كانت البرامج المقدمة هي مواصلة للجهود السابقة أم هي على سبيل كلما جاءت أمة لعنت أختها إذ أنه يلزم لبناء دولة قوية إعطاء المؤسسات الرقابية أدوات معرفة الأهداف والوسائل والآجال حتى نتمكن من مواكبة عمل الحكومة ومد جسور الثقة بين المواطن ودولته"<sup>4</sup>.

وفي نقد آخر لهذا المخطط جاء فيه: "أن ما يعاب على المخطط هو غموضه؛ إذ لم يبين طريقة التخطيط والمعايير والآليات المستخدمة للوصول إليه، فبعض المشاريع مكررة ومستنسخة، وهو ما يدل على عدم استنادها إلى دراسة جدية مما يحول دون تطبيق ما فيها، كما أن المخطط يفتقد إلى آليات

<sup>1</sup> في هذا الصدد نجد أن النائب كمال القريشي (أحرار) تدخل لاقتراح إنشاء وزارة تعنى بهذه الأمور، ، تدخل في إطار مناقشة عمل الحكومة، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 11، الصادر 14 أكتوبر 2021، ص 04، وكذلك المائب بشير فرحاني (أحرار)، ، تدخل في إطار مناقشة عمل الحكومة، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 10، الصادر 14 أكتوبر 2021، ص 40.

<sup>2</sup> بالمرسوم الرئاسي رقم 01-20 المؤرخ 02 جانفي 2020، المتضمن تعيين أعضاء الحكومة، ج ر عدد 01، صادر 05 جانفي 2020.

<sup>3</sup> بالمرسوم رئاسي 20-163، المؤرخ 23 جوان 2020، المتضمن تعيين الحكومة الجزائرية، ج ر عدد 37، صادر 27 جوان 2020.

<sup>4</sup> راجع بلخيري (حركة مجتمع السلم)، تدخل في إطار مناقشة عمل الحكومة، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 10، الصادر 14 أكتوبر 2021، ص 05.

التمويل ومصادره، ويفتقد إلى آجال مضبوطة<sup>1</sup>، وجاء في تدخل نائب آخر "كنت أنوي أن أناقش معكم تفاصيل مخطط عمل الحكومة لكنني لم أجد هذا المخطط لأن هذا الأخير يحتوي على أهداف قابلة للقياس وآجال مضبوطة، وميزانيات محددة، وهو ما يفنق له مخططكم، إذ أن استعمال مصطلحات من قبيل تشجيع، وتويع وتعزيز يحول دون إمكانية متابعة هذا المخطط"<sup>2</sup>، إذ يفنق لآليات القياس كما ونوعا وزمنا، وهو ما يضيف على المخطط الطبيعية الإنشائية التي تحول دون تفعيله لافتقاده لآليات التفعيلية<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: وظيفة قياس الأثر التشريعية

ليس من الضروري أن يكون المرء خبيرا بالقضايا التشريعية ليتحقق علمه بأن بعض التشريعات لا تعمل وفق ما يريده المشرع، إذ أن التشريع يتعرض للعديد من الأخطار كأن يتم التصويت على التشريع دون أن يتم التطبيق الفعلي له أو أن لا يتم إصدار المراسيم التنظيمية اللازمة لتفعيله، كما يمكن أن يتعرض لمحاولة عرقلة تنفيذه من الجهات النافذة والتي لا يخدمها القانون، كما يمكن ألا تتوفر معلومات حول حالة التنفيذ مما يثير تساؤلات حول دور التشريع في المجتمع<sup>4</sup>.

وتجنبنا لذلك كله جاء قياس الأثر لتحقيق مجموعة من الأهداف التي تصب في تجويد التشريع باعتباره أهم الأدوات التي تعمل على الاستجابة للحاجات الاجتماعية، وذلك ما سنعمل على توضيحه وفق ما يلي:

### (أولا) تحقيق الجودة التشريعية:

لا بد من الاتفاق المبدئي أن تحقيق الجودة وإن كان غاية للتشريع إلا أنه لم يحصل اتفاق فقهي في تحديد مفهومه، فمنهم من يرى أنه مسألة مرتبطة باحترام الإجراءات القانونية التي تضبط المسار التشريعي من التصور إلى النفاذ يرى البعض أنها مفهوم متعدد التخصصات تتداخل فيه منهجية وضع

<sup>1</sup> زكية بوقطوشة، (حركة مجتمع السلم)، تدخل في إطار مناقشة عمل الحكومة، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 10، الصادر 14 أكتوبر 2021، ص 06.

<sup>2</sup> عز الدين زحوف (حركة مجتمع السلم)، تدخل في إطار مناقشة عمل الحكومة، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 10، الصادر 14 أكتوبر 2021، ص 12.

<sup>3</sup> مصطفى لونيس (حركة البناء الوطني)، تدخل في إطار مناقشة عمل الحكومة، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 10، الصادر 14 أكتوبر 2021، ص 20

<sup>4</sup> Franklin De Vrieze & Philip Norton, "The significance of post-legislative scrutiny", *The Journal of Legislative Studies*, Vol: 26, N°: 03, 2020, (pp: 349\_361), p353.

التشريع، وكذا صياغته وإدارة تطبيقه ...، أما البعض الآخر فيرى بأنها تقوم على الصياغة الواضحة والكفاءة العالية في ضبط الأوضاع القانونية من خلال تحقيق الأمن القانوني لها، ولذلك تقوم الجودة على ثنائية الفعالية والتبسيط.

### (01) الفعالية التشريعية:

تشكل الفعالية قياساً للعلاقة السببية بين القانون وآثاره من خلال العمل على تحقيق التنبؤ بالقانون، وتحقيقه للأهداف المسطرة، فالتأكد من نجاعة السياسات يمثل المرتكز الأساسي لتحقيق جودة القانون، وفي هذا الإطار يرى السيناتور (موسى تمارتازة) أن: "جو الأعمال في الجزائر غامض إذ يفنق للوضوح سواء على مستوى الاختيارات أو على مستوى الأهداف لا سيما نتيجة الجهل بالعرض المسبق لتقارير التقييم المدقق أو الأهداف القادرة على تبرير التوجيهات والاستعدادات الجديدة"<sup>1</sup>.

### (02) التبسيط التشريعي:

إن التبسيط التشريعي كتمظهر أساسي للجودة التشريعية قد شكل هدفاً أساسياً للعديد من المؤسسات الوطنية أو الدولية، ففي فرنسا مثلاً كان التبسيط التشريعي هدفاً أساسياً لمجلس الدولة من خلال تقريره لسنة 2006 كما خصص له تقريراً مستقلاً سنة 2016 ليبين فيه أهم مساعيه لتحقيق ذلك<sup>2</sup>، كما كان موضوع مقترح قانون دستوري على مستوى مجلس الشيوخ جاء فيه: "يصاغ القانون وفق مبادئ الوضوح والقبالية للوصول، وبهدف تبسيط القانون"<sup>3</sup>، أما على المستوى الأوروبي فقد سجل الاتحاد الأوروبي 640 مبادرة في هذا الإطار بين 1994\_2012، و162 مبادرة بين 2015\_2019<sup>4</sup>.

وحتى يتحقق التبسيط فإنه لا بد من إزالة القوانين التي لم تعد تسير الواقع الاجتماعي، ولم تعد وظيفية في معالجة المستجدات، وهو ما يسمح بمحاربة الطابع البيروقراطي للقوانين<sup>5</sup>، والذي تجسد في

<sup>1</sup> تدخل في إطار مناقشة عمل الحكومة، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 10، الصادر 14 أكتوبر 2021، ص 22.

<sup>2</sup> Le rapport public du Conseil d'État de 2016.

<sup>3</sup> Après l'article 39 de la Constitution, il est inséré un article 39-1 ainsi rédigé : "La loi est élaborée dans le respect des principes de clarté et d'intelligibilité, et de l'objectif de simplification du droit", Sénat Française, proposition de loi constitutionnelle N° 214 tendant à favoriser la simplification législative pour les entreprises, Session ordinaire, de 2015-2016

<sup>4</sup> للمزيد حول ذلك ينظر موقع الاتحاد الأوروبي، تم الإطلاع بتاريخ: 2022/08/12.

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM:legislation\\_simplification](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM:legislation_simplification) .

<sup>5</sup> Antoine Vauchez, *Quand les juristes faisaient la loi: Le moment Carbonnier (1963-1977), son histoire et son mythe*, *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, Vol: 01, N° 11, 2009, (pp: 105\_116), p 105.

فرنسا من خلال فكرة إلغاء القوانين البالية بغية تحقيق الاتساق التشريعي<sup>1</sup>، وقد نتج عن ذلك إلغاء 44 قانونا يغطي المرحلة 1800\_1940، كما تم إعداد قائمة ثانية تضم 163 قانون للفترة 1941\_1980، وذلك بغية إلغائها كمرحلة ثانية لعملية التبسيط<sup>2</sup>.

### (ثانيا) التكيّف المرحلي:

إن وظيفة القانون لا تنتهي بوضعه، بل لابد من إجراء رقابة تبين مدى فعاليته ليتم على ضوء ذلك تقرير استمرار القانون أو ضرورة تكيفه لتحقيق الفعالية المرجوة منه، ولذلك لا بد من تبيان مصادر عملية التكيف وتبيان الأثر الناتج عن ذلك، وذلك على النحو التالي:

#### (01) مصادر التكيف التشريعي:

كما أنه يعد ساحة لإعادة تقييم السياسات الحكومية المتبعة لا سيما عند فشل القوانين<sup>3</sup> في تحقيق الأهداف المنتظرة منها، إذ أنه يمكن للقوانين أن تتحرف عن الغايات المسطرة ابتداء مما يجعل من الضروري معالجة الخلل الواقعة فيه، وهو الأمر اللازم في حال ما إذا ما تأكد أن هذه القوانين أصبحت تحمل أعباء لا تغطيها الموارد الناتجة عن تطبيق القوانين<sup>4</sup>، ومثالها عقد الشهرة إذ بينا تحوله من غايته المقررة ابتداء والمتمثلة في التطهير العقاري ليتحول إلى مصدر مباشر لتعقيد الوضعية العقارية من خلال زيادة عدد المنازعات العقارية، فعملية التكيف هي تدعيم للفعالية التشريعية إذ أن عدم فعالية التشريع تقتضي معالجة اختلالاته لتحقيق وظيفته الاجتماعية.

وما يمكن قوله هنا أن التشريعات التي كانت سارية في الحقبة الاشتراكية قد أدركت غاية التكيف المرحلي فأدرجته في قانونها صراحة فنصت في المادة (12) من الأمر المنظم للمخطط الرباعي 1970\_1973 على أنه: "يمكن للحكومة بمناسبة المصادقة على الحصص السنوية للمخطط أن تعمل على **تكيف** الأهداف والتطور الملحوظ للاقتصاد خلال هذه الفترة"<sup>5</sup>، فالتكيف هو تحقيق للوظيفة

<sup>1</sup> Proposition de loi N° 627 tendant à abroger des lois obsolètes pour une meilleure lisibilité du droit, Session ordinaire 2020\_2021, vu: <http://www.senat.fr/leg/ppi20-627.html>, consulter: 13/08/2022.

<sup>2</sup> Proposition de loi N° 627 tendant à abroger des lois obsolètes pour une meilleure lisibilité du droit, Session ordinaire 2020\_2021, vu: <http://www.senat.fr/rap/120-626/120-626.html>, consulter: 13/08/2022.

<sup>3</sup> Joël Ficet, op. Cite, p 198.

<sup>4</sup> Koen van Aeken, "From Vision To Reality: Ex Post Evaluation of Legislation ", *Legisprudence Journal*, Vol: 05, N°: 01, 2020, (pp: 349\_361), p43 and Franklin De Vrieze & Philip Norton, op.cit, p 353.

<sup>5</sup> الأمر رقم 70\_10 المؤرخ 20 يناير 1970 الخاص بالمخطط الرباعي 1970\_1973، ج ر عدد 07، الصادر 20 يناير 1970.



التصحيحية، والتي تسمح بتوفر مرونة للنصوص القانونية تسمح لها بمسايرة الديناميكية الاجتماعية، كما أنها تسمح بتوظيف الحلول البديلة في حال فشل الحلول الأساسية.

وحتى يتحقق ذلك فإن التكيف يجب أن يجد أساسه في المصادر المعنية بتطبيق القوانين، وهي متعددة، وتشمل القرارات<sup>1</sup> القضائية، فالتناقض الذي سيأتي بيانه في مواضيع جواز التقادم في الحقوق الميراثية والوقف من عدمه، وكذا التناقض الحاصل في مسألة تأييد الواقف من عدمه، وكذلك معالجة مجلس الدولة للعديد من التعليمات الإدارية، وكذلك التعليمات والتقارير متى وجدنا أنها تستند لدور رشيد في تطبيق السياسات العقارية، فكلها يمكن أن تشكل مرتكزا للمراجعة التشريعية وتكيف هذه الأخيرة مع الصالح العام الذي يقتضي تفعيل دور التشريعات لتتناسب مع الأوضاع الاجتماعية.

## (02) أثر التكيف التشريعي (المسؤولية):

إن التكيف التشريعي لا يجب أن يفهم منه أن الغرض منه قاصر على تحديد نجاح القانون من عدمه، بل لا بد أن يتبعه إقرار بالمسؤولية من خلال تحريك قواعدنا ضد المشرع، والتي تعود جذورها التاريخية لليونانيين إذ كان بإمكان كل مواطن رفع دعوى قضائية ضد واضع القانون المُصَادَقِ عليه من قبل الجمعية الوطنية (الاكليزيا) إذا كان هذا القانون ينطوي على عيوب جسيمة، ومخالفات كلية للقوانين القديمة، وجزء ذلك يشمل تغريم صاحب النص وصولاً إلى إعدامه<sup>2</sup>.

وبالتنقيب على التأصيل التاريخي<sup>3</sup> لهذه الفكرة نجد أن اليونانيين<sup>4</sup> قد أبانوا عن شروط ممارسة دعوى المسؤولية عن فعل التشريع<sup>5</sup>؛ فنجد الشروط المتعلقة **بالموضوع** إذ ترفع الدعوى ضد كل من يسن قانونا جديدا يكون مخالفا للقوانين السارية، إذ أن المعمول به هو ضرورة إلغاء القانون القديم لإمكانية طرح قانون جديد يناقضه، فمن غير المتصور عندهم اقتراح قانون جديد يخالف القديم دون إلغاء القديم،

<sup>1</sup> وفي ذلك يقول الفقيه *Geny*: أن القرارات القضائية تسمح بالكشف عن مبادئ قانونية مستلزمة مباشرة من المنازعات، مما يعني خضوعها للتجريب، وصلاحياتها لأن تُصَمَّنَ في التشريع، ينظر:

: *François Geny, op.cit, p86.*

<sup>2</sup> *Bronislav Totskyi, op.cit, p 206, Virgilio Zapatero Gómez, , op.cit, p19.*

<sup>3</sup> ولذلك يرى القاضي الأمريكي هولمز أن التاريخ هو أساس الدراسة الذكية للقانون، ينظر في ذلك:

*Oliver Wendel HOLMES, The Path of the Law, op.cit, p32.*

<sup>4</sup> وأول من مارس هذه الدعوى شخص يدعى أبسيبيون (**Apsephion**) سنة 355 ق م ضد قانون اعتبره غير ملائم وغير فعال، وقد وقع خلاف بين دارسي التشريع اليوناني فالاتجاه الأول يرى أن مجال الدعوى هو إلغاء القانون غير الفعال أو المخالف لإجراءات فقط بينما يرى الاتجاه الثاني أن إضافة للإلغاء لا بد من سن قانون جديد ليحل محل القانون الملغى، ينظر في ذلك:

*Mirko CANEVARO, the procedure of Demosthenes' Against Leptines: how to repeal (and replace) an existence Law, Journal of Hellenic Studies, N° 139, 2016, (pp: 39-58), p39-40.*

<sup>5</sup> *Ibid. pp 42-44.*

كما تثار المسؤولية في حالة مخالفة أو إساءة استخدام الإجراءات الواجب احترامها عند سن قانون، أما الشرط الزمني فيتمثل في وجوب رفع الدعوى في السنة التالية للقانون فإن مرت هذه السنة فإن رفع الدعوى سيهدف إلى إلغاء القانون دون إمكانية معاقبة الشخص، كما نجد شرط الاختصاص إذ يجب مباشرة الدعوى أما هيئة قضائية متخصصة.

فإذا تحققت هذه الشروط انعقد الاختصاص للهيئة القضائية المعنية للنظر في دعوى المسؤولية، وقد اصطبغ عملها بالصبغة التقديرية إذ يمكن لها إلغاء القانون إذ ما تبين لها مخالفته للإجراءات الواجب مراعاتها أثناء سنه مع تطبيق العقوبات المذكورة أعلاه، كما يمكن لها الإبقاء عليه إذا ما تأكد لها أنه مراعى لها مع إمكانية رفع دعوى على الشخص الذي أخفق في إنجاح دعوته الرامية لإلغاء القانون، وذلك حتى لا يبادر أي شخص ودونما تثبت لممارسة هذه الدعوى نظرا لأهميتها في الحفاظ على الاتساق التشريعي باعتباره أساس تجسيد سيادة القانون في الحقبة اليونانية<sup>1</sup>.

ولكن تم بعد ذلك إغفال هذه المسؤولية، وأصبحت القاعدة العامة المقررة في هذا المجال هو عدم تحمل المشرع لأي مسؤولية<sup>2</sup> بمناسبة ممارسة اختصاصه التشريعي باعتباره محصنا من ذلك نتيجة مجموعة من المبررات أهمها هو اندراج هذا النشاط ضمن منطقة النشاط السياسي التي يُحظر على القضاء بسط رقابته عليها، وذلك لتمتع السلطة في ذلك بالسيادة المطلقة المبنية على كونها تمارس التشريع باسم الأمة.

كما يجد رفض الاعتراف بهذه المسؤولية أساسه في فكرة الاستحالة بنوعها النظرية والقانونية<sup>3</sup>، فنظريا لا يمكن لخزينة الدولة تحمل أعباء تعويض كل من يثبت لحاق ضرر به بسبب التشريعات، إذ أن الخزينة ليست آلة لتوزيع التعويضات<sup>4</sup>، كما أنه من الناحية القانونية لا يمكن الحديث عن هذه المسؤولية إذ أن إقرارها سيجعل من القضاء يهدم مبدأ الفصل بين السلطات الذي يمنع تدخل إحدى السلطات في عمل سلطة أخرى، كما أن العمل التشريعي يدخل ضمن النطاق التقديري للمشرع الذي يجوز له إصدار قانون من عدمه بشرط أن يلتزم حين إصداره بالإجراءات المرسومة قانونا، والتي بمجرد احترامها ينتفي أي

<sup>1</sup> Ibid. p 48.

<sup>2</sup> Gohin Olivier, *La responsabilité de l'Etat en tant que législateur*, In: *Revue internationale de droit comparé*, Vol: 50 N°2, 1998, (pp:595-610), p 596.

<sup>3</sup> Jean-F. Brunet, *De la responsabilité de l'État législateur*, thèse pour le doctorat, université de Paris, 1936, pp 24-30.

<sup>4</sup> *Le législateur ne peut pas devenir une machine à distribuer des indemnités*

أساس للمسؤولية، كما أنه من جهة أخرى فإن القوانين تجسد تعبيراً عن الأمة وتحمل طابعاً عاماً يتنافى مع قواعد المسؤولية التي تشترط أن يصدر الفعل ضد الشخص المدعي للضرر بشكل خاص<sup>1</sup>.

غير أن التسليم بهذا القول على إطلاقه من شأنه أن يفتح الباب للتعسف التشريعي<sup>2</sup>، والذي قد يصل للفساد القانوني<sup>3</sup> ما دام المشرع لا يسأل عن كيفية ممارسة وظيفته التشريعية، وهو ما جعل جانب من الفقه يُكفي ذلك بأنه إنكار للعدالة لتجافي ذلك مع روح سيادة القانون، وراح يبحث عن الأسس التي يمكن من خلال التأسيس لهذه المسؤولية<sup>4</sup>، أين قامت في بدايتها على فكرة الخطأ، والتي أثبتت قصورها نتيجة عدم اختصاص القضاء في إثبات أخطاء السلطة التشريعية، فظهر رأي ثانٍ للفقيه هوريو يرى أن أساس المسؤولية هو فكرة الإثراء بلا سبب<sup>5</sup>، وهي فكرة وصفت بأنها خيالية لعدم استنادها على منطق سليم، ليضع الفقيه ديجي أساساً جديداً هو الضرر بمصلحة خاصة لم يتم مراعاتها من طرف المشرع.

ونظراً لقصور هذه الآراء فقد ظهر رأي يقيم هذه المسؤولية على أساس أكثر تماسكاً من خلال ارتكازها على فكرة "المخاطرة الاجتماعية"<sup>6</sup>، والمرتبطة بالأضرار الناشئة عن انتهاك التوازن الاقتصادي للمخاطب بالقاعدة القانونية مما يستلزم جبر ضرره من خلال تخصيص مورد تعويض له على أن يدرج ضمن الأثر الاقتصادي للقانون، ويتم توزيعه استناداً لقاعدة المساواة في تحمل الأعباء العامة<sup>7</sup>، ونظراً لإقرار مسؤولية القضاة والسلطة التنفيذية (الإدارة)، وهو ما يستوجب إقراراً لمسؤولية المشرع عن فعل التشريع<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> موريس نخلة، مسئولية السلطة العامة، ط 01، دار المنشورات الحقوقية، ب م ن، ب س، ص 133.

<sup>2</sup> نظرية التعسف نظرية واسعة وتشمل القانون العام والقانون الخاص.

<sup>3</sup> نكون أمام فساد قانوني حينما تساهم الهيئات التشريعية في توفير العوامل المفسدة في صناعة القانون والتشريع بدل أن تُجَرِّدَهُ وتقوي أثره، ونتائج ذلك وخيمة على الأمن القانوني إذا استصبح القوانين غير معيارية ومعقدة لاستغلالها من طرف المشرعين، كونها تخفي في مضامينها أفخاخاً ومطبات، وهو ما يمس بالتوقع المشروع للمواطنين عموماً ورجال الأعمال والمعارضين للسلطة خصوصاً، ينظر: خادم نبيل، "الفساد السياسي: دراسة في المفهوم والسياق (الحالة الجزائرية نموذجاً)"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد: 04، العدد: 02، 2020، (ص ص: 687\_705)، ص 691.

<sup>4</sup> Gohin Olivier, *op.cit*, p 596.

<sup>5</sup> إن الفكرة التي اقترحا الفقيه هوريو تتمثل في أن أساس المسؤولية هو الإثراء غير المشروع للمشرع، وهي فكرة وصفت بالخيالية، ذلك أن المشرع حينما يصوغ قانوناً جديداً فإن الأصل فيه هو تحقيق المصلحة العامة دون أن يكون هناك إثراء في جهة المشرع، وهو ما جعل الفقه يرفضها لعدم منطقيتها، ينظر:

Jean-F. Brunet, *op.cit*, p 45.

<sup>6</sup> موريس نخلة، المرجع السابق، ص 132.

<sup>7</sup> Jean-F. Brunet, *op.ci*, p 71, 82.

<sup>8</sup> نور الدين زرقون، (المسؤولية عن فعل القوانين)، مداخلة في إطار الملتقى الوطني: احترام التوقعات المشروعة، جامعة ورقلة يومي 24 و25 فبراير 2016، ص 71.

## (أ) شروط المسؤولية التشريعية:

إن قواعد المسؤولية التشريعية هي قواعد مأخوذة من القانون الخاص غير أنه تم تكييفها لتناسب مع خصوصية العمل التشريعي، وقد كان الفضل لمجلس الدولة الفرنسي في الاعتراف بها، وبناء نظرية خاصة بها، من خلال التأسيس لشروطها، والتي يمكن القول أنها لا تختلف كثيرا عن الشروط المبينة في الفقه اليوناني، وهي مستنبطة من مجموع القرارات التي أصدرها في هذا المجال<sup>1</sup>:

**(01/أ) عدم استبعاد المشرع للتعويض:** إذ لا بد من العودة إلى لتشريع والأعمال التحضيرية المرافقة له للوقوف على نية المشرع إذ يجب التأكد من عدم استبعاد المشرع صراحة للتعويض عن إلغاء القانون القديم، كما يجب التأكد "أنه لا يوجد شيء، سواء في النص الفعلي للقانون أو في عمله التحضيري، أو في جميع ظروف القضية، يسمح للشخص بالاعتقاد بأن المشرع قصد جعل الشخص المعني يتحمل عبئا لم يقع على عاتقه عادة"<sup>2</sup>.

**(02/أ) الحكم بعدم دستورية التشريع:** وهو شرط ضروري إذ يدل على احترام مجلس الدولة لاختصاصه القضائي دون أن يتعداه لمراقبة الدستورية التي تعد اختصاصا حصريا للمجلس الدستوري<sup>3</sup>، غير أنه من جهة ثانية فإنه يكرس تعقيدا للحصول على التعويض إذ أن المعمول به في فرنسا هو الدفع الفرعي وليس الأصلي<sup>4</sup>، فحتى يتحقق هذا الشرط لا بد من منازعة قضائية يدفع فيه فرعيا بعدم دستورية القانون القائم، فإذا حكم له بذلك كان هو مصدره للحصول على التعويض.

**(03/أ) العلاقة السببية بين الضرر والتشريع المحكوم بعدم دستوريته:** إذ لا يكفي عدم دستورية التشريع ليصبح مصدرا للتعويض بل لا بد من إثبات علاقة بين الضرر الذي يلحق بالشخص لا سيما في ذمته المالية وبين التشريع الملغى، فلا بد أن يكون الضرر مباشرا ومحققا، وهو ما جعل مجلس الدولة الفرنسي يرفض العديد من طلبات التعويض لانقضاء جسامته الضرر<sup>5</sup>، كما قبل في المقابل الحكم بمبلغ

<sup>1</sup> CE, décisions n° 425981: <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2019-12-24/425981>, et n° 425983 <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2019-12-24/425983>, et n° 428162 <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2019-12-24/428162> de 24/12/2019 consulté: 08/08/2022.

<sup>2</sup> "que rien, ni dans le texte même de la loi ou dans ses travaux préparatoires, ni dans l'ensemble des circonstances de l'affaire, ne permet de penser que le législateur a entendu faire supporter à l'intéressée une charge qui ne lui incombe pas normalement", CEF, décision de société "La Fleurette", N° 51704 de 14 janvier 1938, consulté: 08/08/2022, site: <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/1938-01-14/51704>.

<sup>3</sup> L'article 61-1 de la Constitution Française.

<sup>4</sup> Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF n°0287 du 11 décembre 2009.

<sup>5</sup> نور الدين زرقون، المرجع السابق، ص 78.

3000 يورو كتعويض نتيجة الضرر الذي ألحقه قانون الصادر في 19 يوليو 1976 بسبب تضمنه غلق منشأة زراعية<sup>1</sup>.

**(أ/04) تقديم طلب التعويض خلال أجل أقصاه أربع (04) سنوات:** إذ أن المدة المقررة لمباشرة دعوى المسؤولية على أساس التشريع هي أربعة (04) سنوات من تاريخ نشوء الضرر، وهي مدة معقولة فمن جهة تسمح للمتضرر بالحصول على تعويض في حال ثبوت الضرر، ومن جهة أخرى تسمح للمشرع بحركية التشريع، إذ أن تقرير المدة العامة للتقادم وهي 15 سنة سيجعل المشرع يحجم عن عملية التشريع خوفاً على ملاءة الدولة المالية.

**(ب) تصنيف المسؤولية التشريعية:** يمكن أن نصنف المسؤولية على أساس التشريع وفق للمعيار الزمني فنكون بصدد مسؤولية تشريعية قبلية متى تراخى المشرع عن إصدار المراسيم اللازمة لتطبيق القوانين، ومسؤولية بسبب التشريع، وذلك متى تسبب هذا التشريع في إلحاق ضرر بالمخاطب به:

**فالمسؤولية بسبب الضرر عن عدم التشريع:** تتعلق خصوصاً بالنصوص التطبيقية التي يجب على السلطة التنفيذية سنّها، وقد دأب الفقه على التمييز بين حالتين ففي الأولى هو تضمن التشريع أجلاً محدداً لذلك فهنا يجب الالتزام بهذا الأجل، أما في الحالة الثانية فهو عدم تحديد مدة لذلك، وهنا يجب إصدارها في أجل معقول<sup>2</sup>، وفي ذلك يرى مجلس الدولة الجزائري: " متى نص القانون على إصدار النصوص التنظيمية لتطبيقها تتحمل الإدارة مسؤولية عدم إصدارها في آجال معقولة"<sup>3</sup>، وقد ذهب القضاء الإداري الفرنسي إلى تحديد هذا الأجل بستة (06) أشهر من سريان التشريع المعني<sup>4</sup>.

أما المسؤولية بسبب الضرر التشريعي فهي التي كانت محل قرارات لمجلس الدولة الفرنسي، والمسؤولية التشريعية رابط أساسية بين القانوني والتشريع العقاري إذ يكفي هنا التدليل على حالتين يستوجب فيهما تحريك قواعد هذه المسؤولية، **فالحالة الأولى** تتجلى في التعارض الذي قد سبق بيانه بين التقادم والحقوق المشهورة إذ أنه ورغم ترجيحنا وفق أسباب قد بيناها في موضعها\_ للتقادم غير أنه يجب

<sup>1</sup> CE, décision n°266564 de 02/11/2005, consulté: 08/08/2022, site: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000008228917/>.

<sup>2</sup> سهام هريش وآمال حاج جاب الله، (توزيع الاختصاص بين السلطتين التنفيذية والتشريعية كضمانة لإحترام التوقعات: آلية الاحالة على التنظيم نموذجاً، احترام التوقعات المشروعة)، ملتقى وطني بجامعة ورقلة يومي 24 و25 فبراير 2016، ص 152\_155.

<sup>3</sup> مجلس الدولة، ملف رقم 110437، قرار بتاريخ: 2016/07/21، مجلة مجلس الدولة، العدد: 14، 2016، ص 117\_121.

<sup>4</sup> سهام هريش وآمال حاج جاب الله، المرجع السابق، ص 157.

الاعتراف أنه سواء تم ترجيح التقادم أو الحقوق المشهورة فإنه سيتمحض ضرر أكيد بخاسر الدعوى مما يمس بدمته المالية عبر عدم الاعتراف له بحق الملكية من خلال ممارسة مصادرة ضمنية لها. وبالعودة إلى القوانين ذات الصلة نجد أن حق الملكية حق جامع ومانع يتصف بالديمومة، ولا يمكن مصادره إلا تحقيقا للمصلحة العامة ومقابل تعويض عادل ومنصف، وهو ما لا يتحقق في واقعة الحال، فترجيح التقادم من شأنه إلحاق ضرر بسبب التشريع بصاحب الحق المشهر نظرا لأن القانون المرجح للتقادم قد أضر بمركزه القانوني كمالك، ولو رجحنا صاحب الحق المشهر فإنه سيلحق ضرر بمن تحققت شرائط الحوز فيه نتيجة استبعاد صفته كمالك رغم تحقق الشروط المرسومة قانونا، وهو ما يستوجب تحريك هذه المسؤولية مادام المشرع لم يتولى وظيفته كاملة في تنظيم المصالح القانونية المتعارضة.

أما **الحالة الثانية** فهي الحالة التي يتابع فيها الشخص استنادا إلى المادة (386) من قانون العقوبات، إذ أنها تفتقد للصياغة القانونية الدقيقة، مما يجعلها مخالفة لمقتضيات المادة (04/34) من الدستور التي تقتضي أن تكون النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات واضحة، وهو ما لا يتحقق في المادة سابقة الذكر، وهو ما جعلها محل تفسيرات متضاربة مبدأ المشروعية الجنائية لاعتماد المحكمة العليا فيها على استحداث مفهوم واسع للملكية يشمل الحياة.

ويتجلى اعتبار الحالتين السابقتين أنموذجا مفترضا لدعوى مسؤولية عن التشريع خلال الوقوف على مدى تحقق التناسب بين الهدف المنشود والإجراء المتخذ<sup>1</sup> باعتبار أن التناسب يشكل "أحد المبادئ العامة للقانون، و الذي يتطلب أن تكون التدابير المنفذة من خلال أحكام القانون مناسبة لتحقيق الأهداف المشروعة التي يسعى إليها التشريع المعني ويجب ألا تتجاوز ما هو ضرورية لتحقيقه"<sup>2</sup>، وهو ما يسمح بالتأكد من توظيف المشرع لسلطته التقديرية في إطار خادم للمصلحة العامة.

### **المطلب الثاني: مراحل قياس الأثر التشريعي**

إن إعمال آلية قياس الأثر ستحيلنا إلى ثلاثة مراحل هي التصميم والتنفيذ وما بعد التنفيذ، غير أن تقارب المرحلتين الأخيرتين يدفعنا إلى دمجهما تحت مسمى واحد، مما يجعلنا أمام تقييم الأثر القبلي وهو ما سنتناوله في **(الفرع الأول)**، وتقييم الأثر البعدي، وهو ما سنسبب البحث فيه في **(الفرع الثاني)**.

#### **الفرع الأول: القياس القبلي**

<sup>1</sup> Judgment of the European Court of 5 May 1998, Case C-157/96, para 30. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:61996CJ0157>, see: 06/082022.

<sup>2</sup> Judgment of the European Court of 8 June 2010, Case C-58/08, para 51 and 52, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0058>, see: 06/08/2022.

إن قياس الأثر ينطلق من فكرة أولية مفادها أن القانون ظاهرة يمكن ملاحظتها وقياسها تجريبياً<sup>1</sup>، ويتم هذا التقييم في مرحلة الهندسة التشريعية استناداً للمبدأ الناص على: "أن منع تطبيق قانون سيء أفضل من علاج قانون سيء ساري المفعول"<sup>2</sup>، وهو ما يجعله يستعمل لتحقيق البعد التناسبي باعتباره الجسر الواصل بين الواقعية التوصيفية والزمن باعتباره مرتبط بالحال ويستشرف المآل، وهو ما يسمح بتوفير نوع من العقلانية في رسم السياسة العامة استناداً إلى الوسائل المتوفرة حتى لا تتعرض لعراقيل تقلص من فعاليتها<sup>3</sup>، وهي تشمل كل الوسائل التي سيتم استغلالها لتنفيذ الرؤية المضمنة في القانون المقترح، وهي:

**(أولاً) الوسائل البشرية:** يعتبر موظفو الأملاك وأعوان المسح العقاري هم العامل الحاسم في نجاح القوانين، وهو ما يستلزم التأسيس لنظام تحفيزي يسمح لهم بتأدية دورهم، إذ أن تتبع التعليمات أثبت لنا أن غياب ذلك أثر على جودة تطبيق القوانين، وهو ما يمس بالأمن القانوني للمرتفقين من المرفق العمومي، وهو الاعتراف الذي سُجل في مناقشة مخطط الحكومة إذ جاء فيه: "كل القوانين الجزائرية نموذجية من حيث الجانب النظري، لكن الافتقاد لإدارة في المستوى يحول دون تطبيق هذه القوانين مهما كانت جيدة"، وقد تجلّى ذلك على مستوى الإدارة العقارية في مجموعة من الشواهد نذكر منها:

**(01) ابتداع وضعيات جديدة<sup>4</sup>:** ومنها فكرة العقارات غير القابلة للمسح، والتي يعد المنطلق الأول

في تبرير هذا المنحى هو وقوع هذه الأراضي في مناطق جبلية.

**(02) عدم إنجاح مسعى رقمنة القطاع:** إذ يلاحظ على مسعى الرقمنة أنه ورغم انطلاقه،

وتنصيب رئيس لمشروع الرقمنة<sup>5</sup>، وبيان الفلسفة الكبرى للمشروع لا سيما الرقمنة الشاملة للقطاع (تحديد الاحتياجات، النماذج، الأمن المعلوماتي...) بغية التأسيس لمركز وطني لمعالجة وثائق الحفظ العقاري

<sup>1</sup> L'article 37/01 de constitution Française dit: "La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental", vu: loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, JORF n°75 du 29 mars 2003.

<sup>2</sup> it is better to prevent a bad law from being implemented than to cure a bad law", Koen van Aeken, op.cit, p 52.

<sup>3</sup> Robert ALEXY, The dual nature of Law, op, cite, p 173.

<sup>4</sup> مذكرة رقم 1800، والمتعلقة بحالات "مناطق غير قابلة للمسح" وكيفية تسويتها، سبق ذكرها.

<sup>5</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأملاك الوطنية، مفتشية مصالح أملاك الدولة والحفظ العقاري، مراسلة رقم 7028 و م/ م ع أ و، والمؤرخة: 26 جوان 2018، بعنوان: تنصيب رئيس مشروع عصريّة مصالح أملاك الدولة والحفظ العقاري، مجموعة نصوص المديرية العامة للأملاك الوطنية لسنة 2018، ص ص7-8.

وأمالك الدولة والمراكز المحلية التابعة لها، كما كان محل أيام إعلامية لوضعه حيز الخدمة<sup>1</sup>، إلا أنه لازال محل عدم تنفيذ كلي؛ إذ أن تقييم مدى الالتزام به نتج عنه تصنيف الهيئات المكلفة بتجسيده إلى ثلاثة أصناف؛ فالأول ملتزم بشكل كامل، والثاني ملتزم نسبياً، والثالث لم ينطلق في العملية.

وتتبع فحوى التعلية التي صنفت المراكز المحلية للحفاظ العقاري وفقاً لنسبة الالتزام<sup>2</sup> سيقف على بعض الأسباب التي تحول دون إنجاز عملية الرقمنة نوجزها في النقاط التالية:

❖ **غياب التحفيز:** إذ أن المديریات ال 17 التي أكملت الأهداف المُسطرة لم تُحفز سوى بالتنويه بجهودها؛ وذلك دون أي تحفيز مادي، أما المديریات المتأخرة فقد طلب منها تدارك التأخر المسجل دون عقوبات، مما يحول دون تقييم إيجابي للانخراط في تحقيق الأهداف القانونية<sup>3</sup>، وهو ما يتنافى مع العلمية القانونية التي تقوم على ثنائية التحفيز والعقاب لتحقيق الغايات المسطرة<sup>4</sup>.

❖ **النقص في العامل البشري:** وذلك بسبب تجميد عملية التوظيف بسبب الوضعية الاقتصادية غير المستقرة للبلاد، وهو ما يعني حتماً تكثيف العمل على اليد العاملة.

❖ **الاستغلال:** وذلك من خلال اللجوء لإمكانية تدعيم المحافظات العقارية بأعوان جدد في إطار جهاز ما قبل التشغيل؛ وهو ما يستوقفنا ويستوجب الإشارة لمفارقة عجيبة كيف يمكن لموظف متعاقد لم تُحقق له أهدافه الأولية أن يكون مساهماً في عملية مفصلية في القطاع العقاري، وهو كلام ينسحب ليشمل كل الأعوان في هذا القطاع.

**(03) الفساد الاقتصادي:** من خلال التزوير في إنشاء بطاقات جديدة مؤشرة بمراجع مزورة وهو ما

سمح ببيوع مغشوشة كانت المنطلق لترقيعات غير مستحقة على عقارات الدولة عند الإجراء الأول في السجل العقاري، وقد علق المدير العام لأمالك الدولة قائلاً: "يبدو بوضوح أن هذه التغييرات لم تكن لتحدث دون تورط داخلي لأعوان بدون أخلاقيات لهم سهولة الوصول للوثائق الممسوكة على مستوى

<sup>1</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأمالك الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 02290 و م/م ع أ و/ م م ع م أ ، والمؤرخة: 06 مارس 2017، بعنوان: مشروع عصرنة نشاطات المحافظة العقارية\_ وضع المشروع حيز الخدمة، مجموعة نصوص المديرية العامة للأمالك الوطنية لسنة 2017، ص ص84-85.

<sup>2</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأمالك الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 09448 و م/م ع أ و ، والمؤرخة: 19 سبتمبر 2017، بعنوان: تقييم المرحلة الثانية من برنامج عصرنة أنشطة الحفاظ العقاري، مجموعة نصوص المديرية العامة للأمالك الوطنية لسنة 2017، ص ص16-19.

<sup>3</sup> وهي ملاحظة نوردتها بتحفظ في حدود المعلومات المتوفرة لدينا.

<sup>4</sup> Leon Petrażycki, *Law and morality*, p 326.



المحافظة العقارية، والتي تهدف إلى الاستحواذ على أملاك تابعة للدولة...<sup>1</sup>، ورغم اعترافه أن هذه الأعمال تمس بمصادقية المرفق العام لكنه لم يشير إلى تحريك أي دعوى تأديبية أو جزائية ضد الأعوان المساهمين في هذه الجريمة رغم أنه قد نص في تعليمة أخرى أن التزوير يعد ضمن الحالات التي عالجتها المادة (174) من الأمر 03\_06 المتعلق بالوظيفة العامة، والذي ينص على أنه يوقف فوراً الموظف الذي يكون محل متابعات جزائية لا تسمح ببقائه في منصبه نتيجة خطورة أعماله، لكن عدم تحريك الدعوى العمومية يخرج من هذا الإطار، وهو ما يعد تهاونا من هذه الإدارة وإهمالا للحق العام من جهة، وإهدارا للمال العام من جهة ثانية<sup>2</sup>، كما أنه يخضع للعقوبات المقررة في المادة (42) من ق المالية التكميلي، وهي الحبس من سنة إلى ثلاثة سنوات، وبغرامة من 500.000\_1.500.000 دج.

بل إن هذا الأمر وصل إلى حد المساس بقانون المسح برمته من خلال إرجاء بعض المحافظين العقاريين لاستلام وثائق مسح الأراضي العام لمدة طويلة دون تقديم تبرير قانوني، وهو ما يسبب في فقدان حداثة ومصادقية الوثائق محل الإيداع مما جعل جهد أعوان المسح مهدورا، وهو ما استوجب تدخل المدير العام<sup>3</sup> للبحث على التسلم الفوري لهذه الوثائق لتكون منتجة ضمن مسعى السياسة العام في تطهير الملكية العقارية، وذلك تحت طائلة العقوبات وتحميلهم لمسئولية مآل هذا التأخير.

وتدعيما لفعالية العنصر البشري وجب التوجه نحو فكرة التخصص القضائي، والتي ستسمح بتركيز القضاة على تخصص واحد، وهو ما يسمح بتطوير معارفهم القانونية باستمرار، وينعكس إيجابا على سرعة وجودة الفصل في المنازعات، وهو المنحى الذي تبناه قانون التنظيم المغربي الجديد عند تعداده للمبادئ التي تحكم القضاء المغربي، إذ تنص المادة 05 بفقرتيها الثالثة والرابعة على وجوب الاعتماد

<sup>1</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مفتشية مصالح أملاك الدولة والحفظ العقاري، مراسلة رقم 02774 و/م ع أ و/ م م أ ح ع، والمؤرخة: 19 مارس 2017، بعنوان: تأمين الوثائق المسوكة على مستوى المحافظة العقارية، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 2017، ص ص 9-11.

<sup>2</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مفتشية مصالح أملاك الدولة والحفظ العقاري، مراسلة رقم 10075 و/م ع أ و/ م م أ ت ع، والمؤرخة: 05 أكتوبر 2017، بخصوص إجراءات التوقيف التحفظي لموظفي مصالح أملاك الدولة والحفظ العقاري، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 2017، ص ص 21\_24.

<sup>3</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مفتشية مصالح أملاك الدولة والحفظ العقاري، مراسلة رقم 514 و/م ع أ و/ م م أ ت ع، والمؤرخة: 20 جانفي 2010، بخصوص استلام وثائق المسح من طرف المحافظين العقاريين، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 2010، ص 175.

على مبدأ القضاء المتخصص، ومراعاة تخصص القضاة عند تعيينهم في المحاكم والأقسام المتخصصة<sup>1</sup>.

أما في الجزائر فلم يتم التبني الصريح لمبدأ التخصص القضائي غير أن الإرادة التشريعية تتجه لذلك إذ في إجابة لوزير العدل عن سبب إلغاء تخصص الشريعة والقانون من مسابقة القضاء قد ورد في إجابته: "نحن ذاهبون للتخصص أمام تعقد المنازعات على المستوى الإداري أو على المستوى الجنائي أو قانون الأعمال نحن ذاهبون إلى التخصص وقد أثرتها عدة مرات في إطار التخصص يمكن أن نفتح الباب لإعادة النظر في النظام أو القانون الذي يسمح لنا بإدراج شهادات جامعية بالاختصاص المعين"<sup>2</sup>، وهو ما يعني أن هذا الحل مقترح ظاهرًا\_ وينتظر التفعيل، وهو ما يسمح بتوفير الأمن الوظيفي للقضاة، والذي سينعكس على توفير الأمن القانوني والقضائي للمتقاضين.

وقد تم تفعيل ذلك من خلال تبني التخصص الهيكلي دون الوظيفي من خلال تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية عبر التأسيس لمحكمة تجارية متخصصة دون أن يتعدى ذلك إلى المنازعات العقارية<sup>3</sup>، وقد بين الوزير أن الغاية من ذلك هو تكريس دور أكثر فعالية في ميدان التجارة والاستثمار مما يُسهم في تكريس الأمن القضائي والقانوني<sup>4</sup> المطلوب في تحسين مناخ الأعمال والتجارة.

وبالعودة إلى المقترحات المتعلقة بتعديل المادة (07) من مشروع قانون التنظيم القضائي نجد أن أحد المقترحات جاءت على النحو التالي<sup>5</sup>:

<sup>1</sup> الظهير الشريف رقم 1.22.38 المؤرخ 30 يونيو 2022، والمتعلق بتنفيذ القانون رقم 38.15 المتعلق بالتنظيم المغربي، الجريدة الرسمية المغربية، العدد: 7108، الصادر 14 يوليو 2022.

<sup>2</sup> رد وزير العدل وحافظ الأختام على السؤال الشفوي رقم 2021\_492 للنائب خديجة بلقاضي (حركة مجتمع السلم)، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 65، الصادر 09 جوان 2022)، ص 24.

<sup>3</sup> مداخلة وزير العدل في إطار عرض مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 69، الصادر 16 يونيو 2022، ص 04.

<sup>4</sup> تدخل مقرر لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات في إطار عرض مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 69، الصادر 16 يونيو 2022، ص 05.

<sup>5</sup> التعديل رقم 2022/17/02 المقترح لتعديل المادة 07 من مشروع القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي، متاح على موقع المجلس الشعبي الوطني، <http://www.apn.dz/documentations-lois>.

"يحدد رئيس الجهة القضائية توزيع قضاة الحكم في بداية كل سنة قضائية على الغرف أو الأقسام أو الفروع عند الاقتضاء بموجب أمر وبعد استطلاع رأي النائب العام أو وكيل الجمهورية أو محافظ الدولة حسب الحالة.

\_ ويجوز له أن يرأس أي غرفة أو قسم.

بوجه القضاة إما لنظام القضاء العادي أو نظام القضاء الإداري على امتداد حياتهم المهنية.

\_ يتم تعيين القضاة في الغرف أو لأقسام حسب تخصصاتهم.

\_ لا يمكن تعيين نفس القاضي في أكثر من غرفة أو قسم".

غير أن الصياغة النهائية والمنشورة في الجريدة الرسمية<sup>1</sup> حالت دون تطبيق مبدأ التخصص الوظيفي للقضاة، بل تضمن إضافة لذلك إمكانية تعيين نفس القاضي في أكثر من غرفة أو قسم دون تحديد معايير لذلك، وهو ما يتقل القاضي بقضايا متعددة ومعقدة مما يحول دون تحقيق الفصل في المنازعات في آجال معقولة مسايرة لما هو منصوص عليه قانوناً.

(ثانياً) **الوسائل المادية:** والوسائل المادية هي الضابط للممايزة بين نوعين من السياسة العامة؛<sup>2</sup> فالأول هو السياسة العامة الحقيقية التي تُسخر كل الوسائل التي تسمح بتجسيد الأهداف، والثاني هو السياسة العامة الرمزية التي تبقى حبرا على ورق نتيجة عدم رصد الوعاء المالي اللازم لتطبيقها. وتجويداً للوسائل المادية لابد من إنشاء صندوق الضمان ليكون ضماناً حقيقية لتحقيق السياسة العقارية الرامية لتطهير الملكية العقارية<sup>3</sup>، وتتمثل حقيقة الصندوق وظيفياً في كونه المسؤول عن تعويض الأضرار الناتجة عن تطبيق قوانين المسح، مما يحقق الوظيفة الأمنية القائمة على التعويض مما يحقق شعوراً بالعدالة والإنصاف عند تطبيق القوانين.

وأما الحقيقة الاقتصادية فقوامها التمويل الذاتي للصندوق من خلال ضريبة صغيرة على جميع اللذين تم تسجيل ملكيتهم لتعويض أولئك اللذين تضرروا من الصندوق، كما أنه سيسمح بتوفير حماية

<sup>1</sup> القانون العضوي رقم 22\_11 المؤرخ 09 جوان 2022، المتعلق بالتنظيم القضائي، ج ر عدد 41، الصادر 16 جوان 2022.

<sup>2</sup> جيمس أندرسون، المرجع السابق، صص 160-161.

<sup>3</sup> Eugene C. Massie, op. Cite, pp 820-821 and . H. VAN DORE, op. Cite, p 355, Greg Taylor, op. Cite, p 257, and Wm. H. Werth and all, op. Cite, p 730.

مزدوجة فمن جهة سيسمح للمالك الفعلي الذي كرس التسجيل ملكيته بأن يستغل العقار ويستثمر فيه بما ينعكس إيجاباً على الاقتصاد الوطني، وهو ما يسمح بتعويض المالك الحقيقي عند ظهوره<sup>1</sup>.  
 ووجب التوضيح هنا أن هذا المقترح ليس من شأنه أن يشكل عبئاً على الميزانية<sup>2</sup>؛ إذ أنه قائم على التمويل الذاتي من جهة، وقائم على حوكمة حسابات التخصيص من جهة ثانية<sup>3</sup> من خلال إحصاء الصناديق السارية، وهي كثيرة ومتنوعة<sup>4</sup>، ومنها ما يخالف القانون، والمتمثل في صندوق الثورة الزراعية، والمستحدث بموجب المرسوم 92\_83<sup>5</sup>، لتعويض أصحاب الأراضي المؤممة في إطار الثورة الزراعية،

<sup>1</sup> Robert TORRENS, *An essay on the transfer of land by registration*, op. Cite, p 23.

<sup>2</sup> تنص المادة 147 من الدستور على: "لا يُقبل أي اقتراح قانون أو تعديل قانون يقدمه أعضاء البرلمان يكون مضمونه أو نتيجته تخفيض الموارد العمومية أو زيادة النفقات العمومية إلا إذا كان مرفوقاً بتدابير تستهدف الزيادة في إيرادات الدولة أو توفير مبالغ مالية في فصل آخر من النفقات العمومية تساوى على الأقل المبالغ المقترح إنفاقها"

<sup>3</sup> لقد سجل مجلس المحاسبة عديد النقائص المتعلقة بالموارد المالية، فلو تم أخذ مقترحاته بعين الاعتبار لتم الاستفادة من هذه الموارد لتمويل المسح العقاري باعتباره مورد متجدد، ومن هذه النقائص نجد:

01\_ تسجيل مجلس المحاسبة اختلالات في استغلال الممتلكات العقارية المنتجة للمداخيل في بلديات عنابة وسكيكدة وقالمة بعنوان الفترة 2011\_2015 والمتمثلة في التأخر في تنظيم المزيادات ونقائص في إعداد العقود واستبدالها بمقررات الاستفاداة التي تجاوزت 540 قرار استفاداة رغم تمايز طبيعة كل منهما وذلك طيلة ثلاثين (30) سنة، كما سجلت عدم اكتمال جرد هذه الممتلكات وغياب سجل رسمي للممتلكات العقارية في بلدية قالمة منذ أزيد من سبع (07) سنوات، وعدم تحيين الإيجارات وعدم مراعاة الإطار التنظيمي الذي يحكم تحصيل الإيرادات المتأتية من هذه الأملاك، وهي نفس الملاحظات المسجلة في تقرير سنة 2019 والذي شمل ثلاث غرف إقليمية، وهي تلمسان ووهران وتيزي وزو واستهدف مجموع 31 بلدية موزعة على 13 ولاية، ينظر التقرير السنوي لمجلس المحاسبة لسنة 2018، ص ص 498\_501.

02\_ سجل تقرير سنة 2019 مبالغة في تقدير عجز الميزانية ومرؤ ذلك تقييد "نفقات غير متوقعة"، والتي لا يصاحبها معلومات كافية مما يعزز فرص الهروب من الرقابة والمساءلة، التقرير السنوي لمجلس المحاسبة لسنة 2019، ج ر عدد 75، المؤرخة 04 ديسمبر 2019.

03\_ كما دون ذات التقرير لسنة 2019 انتهاكا للمبدأ الدستوري الخاص بالمساواة أمام الضريبة نظرا لهيمنة الإيرادات المحصلة بواسطة الاقتطاع من المصدر (المنبع)، ونظام الدفع التلقائي في مقابل ضعف الضرائب المحصلة من الضريبة على أرباح الشركات، والضريبة على الأملاك، وهو ما أدى لتفشي ظاهرتي التهرب والغش الضريبي لتصل الأموال غير المحصلة في المجال الضريبي سواء كغرامات قضائية أو كديون جبائية عند مبلغ 11.379.166 مليار دينار جزائري سنة 2016، المرجع نفسه، ص 11.

<sup>4</sup> حساب التخصيص الخاص رقم 302\_101 المعنون بالصندوق الوطني للتحكم في الطاقة المنظم بالمرسوم التنفيذي 116\_2000، وحساب التخصيص الخاص رقم 302\_100 المعنون بالصندوق الوطني للطرق، المنظم بالمرسوم التنفيذي 117\_2000، وحساب التخصيص الخاص رقم 302\_067 المعنون بالصندوق الوطني للضبط والتنمية الفلاحية المنظم بالمرسوم التنفيذي 118\_2000، وحساب التخصيص الخاص رقم 302\_071 المعنون بالصندوق صندوق ترقية الصحة الحيوانية والوقاية النباتية المنظم بالمرسوم التنفيذي 116\_2000، ينظر كلها منشورة في ج ر عدد 31، الصادر 04 يونيو 2000.

<sup>5</sup> المرسوم رقم 92\_83 المؤرخ 29 يناير 1983، المتعلق بالتعويض عن الأملاك المؤممة في إطار الثورة الزراعية، ج ر عدد 05، الصادر 01 فبراير 1983.

وطبق من خلال استحداث حساب التخصيص الخاص رقم 048\_302<sup>1</sup>، والذي ظل ساريا لغاية 2016<sup>2</sup> أين صدر قرار يبين موارده ونفقاته، رغم القيد الزمني الذي أورده المادة (81) من القانون المتمم والمعدل لقانون التوجيه العقاري<sup>3</sup>، والتي تنص صراحة على: "تطبيقا لأحكام المادة (76) من هذا الأمر، يقدم طلب استرجاع مرفوقا لهذا الغرض بملف يوجهه إلى الوالي المختص إقليميا في أجل لا يتجاوز **إثني عشر (12) شهر** ابتداء من تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية".

فسيادة القانون تقتضي أن تنتهي العمليات التعويضية في 27 سبتمبر 1996 على أقصى تقدير، ورغم ذلك نجد أن القرار الوزاري صدر بعد حوالي (20) سنة من انتهاء المدة المحددة، كما أن الاطلاع على أساسه سيجد أنه يحيل للمادة (128) من قانون المالية لسنة 1991<sup>4</sup> رغم انتقاء أي ارتباطية بين المسألتين، وهي كلها مؤشرات تدعو لحوكمة هذه الحسابات، وتأسيس صندوق التطهير العقاري نظرا للمزايا التي سيوفرها في تسهيل عملية المسح، وبالتالي الاستثمار العقاري ككل.

**(ثالثا) الوسائل التشريعية:** وهي أساس إنجاز التطهير العقاري فلا بد أن تكون متناسقة فيما بينها، لئلا تشكل مصدرا لبطء عملية النفاذ، كما يجب أن تكون مرفقة بمراسيمها التطبيقية حتى لا تبقى قوانين معلقة، وفي ذلك يرى مجلس الدولة الجزائري وجوب إصدار النصوص في آجال معقولة<sup>5</sup>، كما تعتبر الأحكام الانتقالية للتشريعات إحدى الآليات الواجب مراعاتها، لتحقيق الأمن القانوني، وهي الضامن لانتقال عقلاني؛ إذ أن الانتقال من النقيض إلى النقيض مرة واحدة، وتحت ضغط الأزمة من شأنه تعميق المشاكل العقارية، ولذلك ترى المحكمة الدستورية الجزائرية أنه: "لا يمكن التنكر بحال من الأحوال مرة واحدة للقوانين القديمة بل يتعين مد العمل بها لغاية تهيئة تشريعات جديدة ومتناسبة"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> المرسوم رقم 88\_188 المؤرخ 04 أكتوبر 1988، المحدد لكيفية سير حساب التخصيص رقم 048\_302 الذي عنوانه "تعويض الأملاك المخصصة للصندوق الوطني للثورة الزراعية"، ج ر عدد 40، الصادر 05 أكتوبر 1988.

<sup>2</sup> قرار وزاري مشترك مؤرخ 26 ماي 2016، المحدد لقائمة إيرادات ونفقات حساب التخصيص الخاص رقم 302\_048 الذي عنوانه "تعويض الأملاك المخصصة للصندوق الوطني للثورة الزراعية"، ج ر عدد 39، الصادر 29 يونيو 2016.

<sup>3</sup> الأمر رقم 95\_26 المؤرخ 25 سبتمبر 1995، المعدل والمتمم لقانون رقم 90\_25 المتضمن قانون التوجيه العقاري، سبق ذكره.

<sup>4</sup> تنص هذه المادة على الاقتطاع من المصدر الذي تخضع له المرتبات والأجور والمعاشات والربوع العمرية، القانون رقم 90\_36 المؤرخ 31 ديسمبر 1990، المتضمن قانون المالية لسنة 1991، ج ر عدد 57، الصادر 31 ديسمبر 1990.

<sup>5</sup> مجلس الدولة، ملف رقم 110437، قرار بتاريخ: 2016/07/21، مجلة مجلس الدولة، العدد: 14، 2016، ص 117\_121.

<sup>6</sup> قرار رقم 02/ق.م.د/ر م ج/ المؤرخ 10 ماي 2022 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 98\_01 المؤرخ 30 ماي 1998، سبق ذكره.

كما يشكل **التوحيد التشريعي**<sup>1</sup> آلية لتجميع القوانين<sup>2</sup> المشتتة لاسيما أن ثمة حقيقة من الواجب الكشف عنها هنا، إذ أنه وبعد تمحيص لنظام تورينس تبين أنه كان يشمل حتى الإجراءات المعلن عنها في التحقيق العقاري من خلال التسجيل الطوعي أمام مصالح التسجيل العقاري أي أن ثمة تطبيق جبري وآخر اختياري، ولكن المشرع أهمل ذلك وانتقى الجزء الإلزامي فقط، وهو أساس تعطيل المسح فالمفترض أن قانون المسح كان يجب أن يضم القواعد القانونية الموزعة بين الأمري 74\_75 والقانون 02\_07 نظرا لتكاملهما الموضوعي والإجرائي.

كما أنه يمكن توحيد القوانين المتحدة في الموضوع من خلال العمل على **حصير** هذه القوانين ثم العمل على **تصنيفها** وفق معايير مضبوطة، ومثال هذه المعايير هي الصنف، مما يمكننا من توحيد قانون التوجيه العقاري باعتباره الدستور المتضمن فلسفة المشرع العقارية مع كل من قانون الأوقاف وقانون الأملاك الوطنية لوجود علاقة تكامل بينها في التنمية العقارية<sup>3</sup>.

كما يمكن التوحيد من خلال **تقنية التصفية** أي الاستغناء عن المواد المكررة والاكتفاء بمادة واحدة تنظم الموضوع، وأفضل مثال يمكن تطبيق هذه التقنية عليه هي مسألة شهر العريضة، فيمكن إلغاء المادة (85) من المرسوم 63\_76، وكذلك المادة (16) من قانون المسح، والمادة 17 من ق الإجراءات المدنية والإدارية، والاكتفاء بالمادة 17 من نفس القانون باعتبار أن هذه المسألة لا تثار إلا بمناسبة نزاع، وهذا القانون هو الحاكم لهذه المنازعات فيكفي التصييص عليها هنا لا غير.

<sup>1</sup> ومثاله المادة 39 من القانون العضوي المتعلق بالتنظيم القضائي الجديد، والتي نصت على إلغاء القانون العضوي رقم 11\_05 المؤرخ 17 يوليو 2005 المتعلق بالتنظيم القضائي، وكذا القانون رقم 02\_98 المؤرخ 30 مايو 1998 المتعلق بالحاكم الإدارية، وأمجا في قانون واحد، ينظر: القانون العضوي رقم 11\_22 المتعلق بالتنظيم القضائي، سبق ذكره.

<sup>2</sup> في فرنسا نجد أن اللجنة العليا للتدوين هي التي تتولى هذه المهمة من خلال جمع التشريعات المتشابهة بغية تقنينها حتى يمكن الوصول لها بسهولة من طرف المعنيين القانون، ينظر المرسوم المنظم لها:

*Décret n°89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification, JORF n° 0213 du 13 septembre 1989.*

<sup>3</sup> وهذا الهدف معلن بشكل صريح في المادة الأولى من قانون نقل الملكية النيوزيلندي، إذ صيغت على النحو التالي: "هذا القانون هو توحيد للتشريعات المذكورة في الجدول 01 الملحق بهذا القانون"، وبالعودة للجدول نجد القوانين التالية:

- ✓ القانون رقم 51 لسنة 1968 المتعلق ب: قانون تسجيل الملكية العام
- ✓ القانون 26 لسنة 1886 المتعلق ب: قانون تسجيل السندات
- ✓ القانون رقم 29 لسنة 1989 المتعلق ب: تعديل قانون نقل الملكية لسنة 1885
- ✓ القانون رقم 18 لسنة 1902 المتعلق ب: مناطق تسجيل الأراضي والسندات.

ينظر في ذلك:

Deeds Registration Act 1908, see:

<https://www.legislation.govt.nz/act/public/1908/0040/latest/whole.html#DLM142141>, 07/07/2022.

### الفرع الثاني: القياس البعدي

وهو الذي يلي عملية تنفيذ القوانين، وهو تقييم قائم على الأدلة لتحديد مدى نجاح التشريع في تحقيق الأهداف المسطرة<sup>1</sup>، وهو الذي يسمح بقياس التسارع القانوني<sup>2</sup>: والذي يمكن تعريفه كاجتهاد شخصي\_ بأنه: "سرعة تغير القوانين بدلالة الزمن"، أي "الزمن المستغرق بين تغييرات القانون المختلفة"، والتي يمكن تقسيمها لتسارع واعي متى كان خادما للمصالح الاجتماعي، مستجيبا للمتطلبات التنموية، وتسارع عشوائي متى أخل بما سبق ذكره، مما يجعله خادما لمصالح فئوية خاصة تزيل عن القانون طابعه العام والمجرد.

ويمكن لنا بعد بسط البحث في موضوع الحلول المؤسساتية أن نتعرض لثلاثة نماذج، وتحديد الآثار المرافقة للتسارع، وذلك على النحو التالي:

#### (أولاً) نماذج التسارع على المستوى القانوني:

إن استقراء القوانين يمكننا من القول بوجود عدة نماذج للتسارع القانوني، وهي:

**(01) التسارع على مستوى قانون المسح العقاري:** تعرض الأمر 75\_74 باعتباره الدستور الناظم للمسح، والشريعة العامة لتطبيق الشهر العيني لمجموعة من التغييرات، وذلك بواسطة قانون المالية، ويمكن رسم المسار التسارعي وفق ما يلي:

**(أ) قانون المالية لسنة 2010<sup>3</sup>:** استحدثت مادة جديدة وهي المادة 42، والتي لم يحدد مكانها الدقيق في القوانين العقارية، والتي تتحدث عن وجوب تطهير الوثائق الممسوكة على مستوى المحافظة العقارية وتنص هذه المادة على: "تطهر مجموعة الوثائق الممسوكة على مستوى المحافظات لعقارية من التأشيرات التي فقدت حداثتها نتيجة أيلولة ملكية بعض الأملاك العقارية للدولة تبعاً لتدابير تأميم أو تحويل للدولة أو تخلي بعض الملاك عن عقاراتهم".

**(ب) قانون المالية لسنة 2015<sup>4</sup>:** ألغت المادة (66) منه المادة (13) من الأمر 75-74، أما المادة (65) فقد قامت بتعديل المادة (11) من الأمر المتعلق بالمسح لتصاغ على النحو التالي: "يقوم

<sup>1</sup> Maria Mousmouti, op.cit, p 199.

<sup>2</sup> وهو مصطلح للأستاذ أحمد بولقصيات، والذي تم طرحه في إحدى جلسات التأطير، وقد قسمه لنوعين التسارع العشوائي والتسارع الواعي.

<sup>3</sup> القانون 09\_09 المؤرخ 30 ديسمبر 2009، المتضمن قانون المالية لسنة 2010، سبق ذكره.

<sup>4</sup> القانون 10\_14 المؤرخ 30 ديسمبر 2014، المتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر عدد 78، الصادر: 31 ديسمبر 2014.

العون المكلف بمسك السجل العقاري بترقيم العقارات الممسوحة في السجل العقاري على أساس وثائق المسح<sup>1</sup>، كما استحدثت المادة (68) منه مادة جديدة لنفس الأمر وهي المادة 23 مكرر، والمتعلقة بالترقيم النهائي لصالح الدولة، وتنص هذه المادة على: "

"يرقم كل عقار لم يطالب به خلال عمليات مسح الأراضي ترقيماً نهائياً باسم الدولة.

في حالة احتجاج مبرر بسند ملكية قانوني، فإن المحافظ العقاري يكون مؤهلاً في غضون خمس عشرة (15) سنة ابتداء من تاريخ إيداع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية، للقيام في غياب أي نزاع وبعد تحقيق تقوم به مصالح أملاك الدولة والتدقيق المعتاد، وبناء على رأي لجنة تتكون من ممثلين عن مصلح المديرية بالولاية للحفاظ العقاري والمحافظة العقارية وأملاك الدولة ومسح الأراضي والفلاحة والشؤون الدينية والأوقاف والبلدية بترقيم الملك المطالب به باسم مالكه"

**(ج) قانون المالية 11-17: عدلت المادة (89) منه أحكام المادة 23 مكرر من الأمر 74-75**

سالف الذكر، لتصبح صياغتها على النحو التالي<sup>2</sup>:

"يسجل كل عقار تابع لخواص لم يطالب به خلال عمليات مسح الأراضي، ولم تتمكن مصالح المسح من تحديد مالكه أو حائزه في حساب يسمى "حساب العقارات غير المطالب بها أثناء أشغال مسح الأراضي، ويرقم ترقيماً مؤقتاً لمدة 15 سنة من تاريخ إيداع وثائق المسح بالمحافظة العقارية.

في حالة المطالبة على أساس سند ملكية مشهر خلال الأجل المذكورة أعلاه يقوم المحافظ العقاري في غياب دعوى قضائية قائمة بعد التحريات المعهودة والتحقق لدى مصالح أملاك الدولة ومسح الأراضي بالترقيم النهائي للعقار المطالب به باسم مالكه.

وفي حال المطالبة على أساس سند غير مشهر أو على أساس الحيازة طبقاً للتشريع المعمول به في أجل سنتين (02) من تاريخ إيداع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية يقوم المحافظ العقاري بعد التحريات المعهودة والتحقق لدى مصالح أملاك الدولة ومسح الأراضي بالترقيم المؤقت للعقار المطالب به لمدة سنتين (02) باسم المعني يبدأ سريانه من تاريخ إيداع الطلب.

<sup>1</sup> أما الصياغة القديمة فقد كانت على النحو التالي: "يقوم الموظف المكلف بمسك السجل العقاري على أساس وثائق مسح الأراضي المعدة والقرارات وشهادات الملكية المقدمة من طرف المعنيين بتحديد حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى التي يجب أن تكون موضوع إشهار في السجل العقاري، وذلك طبقاً لأحكام المادة 13 أدناه".

<sup>2</sup> القانون 11\_17 المؤرخ 27 ديسمبر 2017، المتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر عدد 76، الصادر: 28 ديسمبر 2009.



إذا تبين من نتيجة التحقيق أن العقار المطالب به ملك للدولة أو الجماعات المحلية يرقم العقار فوراً بصفة نهائية وفق نتائج التحقيق.

بعد استنفاذ أجل خمسة (15) سنة المذكورة أعلاه يرقم العقار نهائياً باسم الدولة"

(د) قانون المالية لسنة 2019<sup>1</sup>: عدلت المادة (34) منه أحكام المادة (11) من الأمر 74-75، لتصاغ على النحو التالي<sup>2</sup>: "يقوم المحافظ العقاري بتقييم العقارات الممسوحة في السجل العقاري على النحو الآتي:

\_بالنسبة للعقارات التي يحوز ملاكها على سندات ملكية مشهورة يكون التقييم نهائياً يوم استلام وثائق المسح.

\_بالنسبة للعقارات التي يفتقر حائزوها إلى سندات ملكية مشهورة، يتم القيام بتقييم مؤقت وفق الشروط المحددة ضمن التشريع والتنظيم الجاري بهما العمل يبدأ سريانه من تاريخ إيداع طلب التقييم في السجل العقاري على مستوى المحافظة العقارية من طرف الشخص أو الأشخاص المسجلين في وثائق مسح الأراضي".

كما أدرج بموجب المادة (34) منه المادة 16 مكرر المتعلقة بإشهار الدعاوى العقارية بالسجلات العقارية بعد تسجيلها بالمحكمة المختصة، مع وجوب شهر الأحكام النهائية، وهي التي سبق الحديث عنها في جزئية الشهر.

(هـ) قانون المالية التكميلي 20-07<sup>3</sup>: المادة (39) منه أدرجت المادة 03 مكرر كمادة جديدة ضمن الأحكام العامة للأمر 74-75، والمتعلقة برقمنة عمليات المسح والسجل العقاري، والتي صيغت على النسق التالي: "تتكفل الإدارة المكلفة بمسح الأراضي والحفظ العقاري بمهام إعداد وثائق مسح الأراضي عن طريق تحقيق عقاري وتحديد الملكيات وتقييم العقارات الممسوحة في السجل العقاري والقيام بإجراءات الشهر العقاري وعمليات التحيين التي تنتج عن ذلك"، أما الفقرة الثانية فتتنص: "تتم تدريجياً رقمنة عمليات إعداد ومسك وحفظ وثائق مسح الأراضي والسجل العقاري إلى غاية تعميمها بالكامل عبر التراب الوطني"

<sup>1</sup> القانون 18\_18 المؤرخ 27 ديسمبر 2018، المتضمن قانون المالية لسنة 2019، ج ر عدد 79، الصادر: 30 ديسمبر 2018.

<sup>2</sup> أما الصياغة القديمة فهي المشار إليها بموجب المادة 69 من قانون المالية لسنة 2015.

<sup>3</sup> القانون 07\_20 المؤرخ 04 يونيو 2020، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020، ج ر عدد 33، الصادر: 04 يونيو 2020.

كما تولت المادة (40) منه إلغاء أحكام المادة (05) من الأمر 75-74، رغم أنها قد أُلغيت ضمناً من خلال استحداث لجنة المسح، وهو ما يعني الخروج من حالة المخالفة لمبدأ تدرج القوانين، وإلغاء هذه المادة، إضافة للمادة التي تتحدث عن الرقمنة هي منطلق حل لجنة المسح ككل<sup>1</sup>، وتوحيد دائرتي الحفظ والمسح العقاري.

## (02) التسارع على مستوى قانون الأوقاف: إن الوقف بناء شرعي مقاصدي لا يَكْفِ المنشغلون

به العلم بمقتضى النصوص الوضعية فقط بل يقتضي أن يمتد العلم للنصوص الشرعية؛ إذ هي المصدر الذي يستند له نظام الوقف، ثم يحاول الوقف على مقاصدها باعتبارها السبيل لمعرفة الغاية من الوقف والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامه<sup>2</sup>، لاسيما مقاصده في وضع التشريع، وهي الأمور المرعية من الشارع عند وضع التشريع، ومثالها: مراعاة الفطرة، وعموم الشريعة، والموازنة بين المصالح والمفاسد، ومعرفة مآل الأفعال والأحكام<sup>3</sup>.

ولكن واقع الحال لا يطابق ما سبق من مقال، فالحكومة الجزائرية قد قدمت مشروع قانون سنة 2002 (وقد نال القبول، وصار ساري المفعول)، كان الهدف منه إخراج الوقف الخاص من نطاق قانون الأوقاف تمهيدا لإلغائه من المنظومة القانونية ككل، فحسب التقرير التمهيدي للقانون (المذكرة الإيضاحية) لا مانع شرعي من ذلك، وتبنى ذلك كفلسفة لتشريعه المقدم للبرلمان<sup>4</sup>، وبرر ذلك بكونه يلحق غبنا بالذرية.

وقد تعرض هذا المسعى لانتقادات النواب، ولكن الوزارة لم تقم للرافضين لتوجهها وزنا، رغم منطقية ما ساقوه من مبررات مثل عدم الركون لفلسفة التسيير بالإلغاء والمنع، ولما في ذلك من مساس بالحريات الدستورية والأساسية بسبب رفع صفة الوقف عن ما كان خاصاً<sup>5</sup>، ومثل كون ذلك تدليلاً على عجز

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 21\_251 المؤرخ 06 يونيو 2021، المتضمن حل الوكالة الوطنية لمسح الأراضي وتحويل أملاكها وحقوقها وواجباتها ومستخدميها إلى وزارة المالية، ج ر عدد 47، الصادر 15 يونيو 2021.

<sup>2</sup> نعمان جغيم، المحرر في مقاصد الشريعة الإسلامية، ط 01، دار النفائس، الأردن، 2019، ص 19.

<sup>3</sup> نعمان جغيم، المرجع السابق ص 19، 20.

<sup>4</sup> التقرير التمهيدي للقانون 02-10 المتعلق بتعديل قانون الأوقاف، الفترة التشريعية الخامسة، الدورة العادية الثانية، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الثلاثاء 22 أكتوبر 2002، الجريدة الرسمية للمداولات، مرجع سابق، ص 04.

<sup>5</sup> عبد الكريم دحمان، تدخل في إطار الرد على مشروع قانون الوقف لسنة 2002، مرجع سابق، ص 7.

السلطات عن تنظيم وتسيير الوقف والإشراف عليه رغم كونه من أساليب الاقتصاد الإسلامي<sup>1</sup>، بل وفيه نكول عن مقاصد استعمال ريع الوقف (العام)، وهو نشر العلم وتشجيع البحث فيه<sup>2</sup>، وهناك من رفض المسعى، وتخوف من آثاره، وخلص لرفضه من باب سد الذرائع<sup>3</sup>.

وإضافة للأسباب المنطقية أعلاه، والتي رفضت إخراج الوقف الخاص من دائرة الوقف، لا بأس أن نستزيد بعرض ما يرجح رأيهم، ويقوض مسعى القانون الذي صار اليوم حقيقة ماثلة، ويتعلق الأمر هنا برد الإمام محمد بخيت المطيعي<sup>4</sup>، وذلك على محمد علي باشا الذي كان وزيراً للأوقاف، والذي قدم محاضرة بعد خروجه من الوزارة تهدف للتخلي عن الوقف الخاص، ومما جاء في رد الإمام: "أن ما احتج به أيضاً المحاضر (الوزير) أن كثرة عدد المستحقين سبب لتضاءل الاستحقاقات، وأنه لو جاز التسليم بجل الوقف لهذا السبب لجاز أيضاً إلغاء الميراث لذات السبب لأن نصيب الذرية يتضاءل بتعددتهم وتوارثهم، وهذا ما لم يقل به أحد"<sup>5</sup>0.

### (03) التسارع على مستوى العقار الاقتصادي (الصناعي):

يعتبر العقار الصناعي أساسياً في العملية الاستثمارية باعتباره الوعاء الذي سيحتوي هذه المشاريع، ونظراً لأهميته في الرفع من الديناميكية الاستثمارية، ولمواجهة صعوبة الوصول إليه تم إصدار الأمر 11-06 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية<sup>6</sup>، وبغية تسهيل تطبيقه تم إصدار العديد من المراسيم التطبيقية: المرسوم

<sup>1</sup> الطاهر عدي، تدخل في إطار الرد على مشروع قانون الوقف لسنة 2002، الفترة التشريعية الخامسة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الثلاثاء 22 أكتوبر 2002، الجريدة الرسمية للمداولات، مرجع سابق ص 10.

<sup>2</sup> فيصل قماز، تدخل في إطار الرد على مشروع قانون الوقف لسنة 2002، الفترة التشريعية الخامسة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الثلاثاء 22 أكتوبر 2002، الجريدة الرسمية للمداولات، مرجع سابق ص 11.

<sup>3</sup> مخلوف ابن عمر، تدخل في إطار الرد على مشروع قانون الوقف لسنة 2002، الفترة التشريعية الخامسة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الثلاثاء 22 أكتوبر 2002، الجريدة الرسمية للمداولات، مرجع سابق ص 12.

<sup>4</sup> ولد 1854، وتوفي 1935.

<sup>5</sup> وهو أحد الذين تقلدوا الافتاء في مصر، ينظر: علي أحمد الجرجاوي، حكمة التشريع وفلسفته، ج 02، ط 02، دار الفكر، لبنان، 2002، ص ص 150، 151.

<sup>6</sup> الأمر رقم 11-06 مؤرخ 30 أوت 2006 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 53، صادر 30 أوت 2008.

التنفيذي 07-121<sup>1</sup> والمتضمن تطبيق أحكام الأمر 06-11، وكذلك المرسوم المتعلق بإنشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري<sup>2</sup>، ومرسوم تنظيم لجنة المساعدة على تحديد المواقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار<sup>3</sup>.

ولكن هذا النظام القانوني تمت مراجعته خلال سنة واحدة فقط، وذلك بإلغاء الأمر 06-08 بموجب الأمر 08-04 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية<sup>4</sup>، وتبع ذلك صدور مرسومين تطبيقيين له يحدد الأول شروط وكيفيات منح هذا الامتياز<sup>5</sup>، والثاني يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأصول المتبقية للمؤسسات العمومية المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية<sup>6</sup>.

واستمرار لعدم الاستقرار التشريعي عدلت قوانين المالية اللاحقة الأمر 08-04 بموجب القانون رقم 11-11<sup>7</sup> المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 حيث عدل أحكام المواد (03)، (05)، (08)، (09) منه، وألغى مادتين منه هما المادة (06) و (07)، ثم عدل بموجب المواد 32-34 من القانون 12-12 المتضمن قانون المالية لسنة 2013، وعدل أيضا بموجب الأمر رقم 15-01 المتضمن

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 07-121 المؤرخ 23 أبريل 2007 المتضمن تطبيق أحكام الأمر رقم 06-11 المؤرخ 30 أوت 2006 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأموال الخاصة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27، صادر 25 أبريل 2007.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 07-119 المؤرخ 23 أبريل المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري ويحدد قانونها الأساسي، سبق ذكره.

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي رقم 07-120 المؤرخ 23 أبريل 2007 المتضمن تنظيم لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار وتشكيلتها وسيورها، ج ر عدد 27، صادر 25 أبريل 2007.

<sup>4</sup> الأمر رقم 08-04 المؤرخ 01 سبتمبر 2008 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 49، صادر 03 سبتمبر 2008.

<sup>5</sup> المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ 02 ماي 2009 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27، صادر في 06 ماي 2009.

<sup>6</sup> المرسوم التنفيذي رقم 09-153 المؤرخ 02 ماي 2009 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأصول المتبقية للمؤسسات العمومية المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها، ج ر عدد 27، صادر في 06 ماي 2009.

<sup>7</sup> القانون رقم 11-11 مؤرخ 18 جويلية 2011، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج ر عدد 40، صادر 20 جويلية 2011.

قانون المالية التكميلي لسنة 2015<sup>1</sup>، وأخيرا عدل بموجب القانون رقم 19-14 المتضمن قانون المالية لسنة 2020<sup>2</sup>.

### (ثانيا) تجليات التسارع القانوني:

يمكن لنا من خلال مراقبة واقع العقار أن نسجل انعكاسا للتسارع العقاري يمس ثلاثة أنواع من العقارات، وهي العقار الفلاحي، والصناعي، والوقفي، وذلك على النحو التالي:

#### (01) على مستوى العقار الفلاحي:

لقد شكل التسارع القانوني للعقار الفلاحي تأثيرا كبيرا على قوام هذه الثروة، لدرجة أن مجلس المحاسبة، وهو الهيئة الأولى المسؤولة عن مراقبة مدى احترام الشرعية القانونية المالية، قد أشار إلى ضرورة عدم استنزاف هذه الثروة من خلال **المذكرة المبدئية الموجهة لوزارة الفلاحة والصيد البحري** بتاريخ 12 جويلية 1997، والتي أبرزت فيها العيوب والنقائص المتعلقة بتدابير حماية الأراضي الفلاحية في ولايات وهران وتيبازة وعنابة أين سجل تحويل عدة أراضي عن وجهتها الفلاحية نظرا لقصور الميكانيزما الموضوعة لحمايتها، ونظرا لتسامحية المصالح المكلفة بتسيير هذا القطاع، وقد تمت هذه التحويلات دونما الحصول على التصريح المنصوص عليه في قانون التوجيه العقاري، والتي تنص على: "القانون هو الذي يرخص بتحويل أي أرض فلاحية خصبة جدا أو الخصبة إلى صنف الأراضي القابلة للتعجير، كما تحدد ذلك المادة 21 أعلاه، ويحدد القانون القيود التقنية والمالية التي يجب أن ترافق إنجاز عملية التحويل حتما"، وقد نتج عن التحويلات غير القانونية خسائر على صعيد الأراضي الفلاحية، توزعت على النحو التالي<sup>3</sup>:

- **وهران:** تشييد أحياء سكنية كاملة على مستثمرتين فلاحيتين تقدر مساحتهما ب: 32 هكتار.
- **تیبازة:** تحويل 3100 هكتار عن وجهتها الفلاحية مقسمة بين 2770 هكتار مدرجة في قطاعات التعجير على المدى القصير والمتوسط، والباقي المتمثل في 830 هكتار فقد خصص بصفة نهائية للبناء.

<sup>1</sup> أمر رقم 15-01 مؤرخ 23 جويلية 2015، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، ج ر عدد 40، صادر 23 جويلية 2015.

<sup>2</sup> قانون رقم 19-14 مؤرخ 11 ديسمبر 2019 المتضمن قانون المالية لسنة 2020، ج ر عدد 81، صادر 30 ديسمبر 2019.

<sup>3</sup> تقرير مجلس المحاسبة لسنتي 1996 و1997، ج ر عدد 12، المؤرخة 28 فيفري 1999، ص 44.

➤ **عناية:** تحويل 330 هكتار من الأراضي الفلاحية إلى المضاربة العقارية بين 1992 و 1995. وتعزز هذا الاستنزاف بصدور المرسوم التنفيذي رقم 11\_237 المتضمن إلغاء تصنيف قطع أراضي وتخصيصها لإنجاز سكنات ومرافق عمومية في بعض الولايات<sup>1</sup>، والتي يمكن تبيانها عبر الجدول التالي:

الجدول رقم (04): مساحة الأراضي الفلاحية المنزوع عنها صيغة الصفة الفلاحية

الولاية	مساحة الأراضي (هكتار)
أم البواقي	126
البلدية	21
تبسة	720
تيارت	39.15
تيزي وزو	103
الجزائر	612
جيجل	100
سطيف	942
سكيكدة	382
قسنطينة	2082
المدية	01
مستغانم	154
المسيلة	16
معسكر	0.90
خنشلة	60

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 11\_237 المؤرخ: 09 يوليو 2011، المتضمن إلغاء تصنيف قطع أراضي وتخصيصها لإنجاز سكنات ومرافق عمومية في بعض الولايات، ج ر عدد: 39 لسنة 2011.

المجموع:	5513.05
----------	---------

**المرجع:** من إعداد الباحث بناء على المرسوم التنفيذي رقم 11\_237 المتضمن إلغاء تصنيف قطع أراضي وتخصيصها لإنجاز سكنات ومرافق عمومية في بعض الولايات

كما تم تعزيز هذا الاستتزازاف بصدور المرسوم رقم 11\_335<sup>1</sup> المعدل والمتمم<sup>2</sup>، وهو الذي يوضحه الجدول التالي:

**الجدول رقم (05):** مساحة الأراضي الفلاحية المنزوع عنها صبغة الصفة الفلاحية في ولاية الجزائر:

البلديات	مساحة الأراضي (هكتار)
عين البنيان	05
أولاد فايت	05
براقى	05
الرغاية	21
الروبية	12
هراوة	08
عين طاية	03
المرسي	05
برج البحري	45
برج الكيفان	32
الحراش	9
المجموع	150

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 11\_335 المؤرخ 11 سبتمبر 2011، والمتضمن إلغاء تصنيف قطع أراضي فلاحية مخصصة لإنجاز سكنات ومرافق عمومية على مستوى ولاية الجزائر، ج ر عدد 53، الصادر 28 سبتمبر 2011.

<sup>2</sup> وفحوى التعديل هو توجيه الموقع الكائن ببلدية المرسي الذي تبلغ مساحته خمسة (05) هكتارات لإنجاز محطة تحلية مياه البحر، ينظر المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 21\_524 المؤرخ 06 ديسمبر 2021 المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 11\_335 المؤرخ 11 سبتمبر 2011 والمتضمن إلغاء تصنيف قطع أراضي فلاحية مخصصة لإنجاز سكنات ومرافق عمومية على مستوى ولاية الجزائر، ج ر عدد 97، الصادر 27 ديسمبر 2021.

المصدر: الجريدة الرسمية رقم 53 لسنة 2011

## (02) على المستوى المالي:

إن التسارع في ثلاثة أصناف من العقار يشكل مساساً مباشراً بمالية الدولة، مما ينعكس على قدرتها على تمويل المشاريع المسطرة؛ إذ إن إلغاء الوقف الخاص من شأنه إلغاء مصدر من مصادر الوقف العام<sup>1</sup>، وهو ما يجعل الحكومة تفوت عليها سندا يعينها في عملية الإنفاق الرسمي، ويعفيها من عملية المداينة الخارجية<sup>2</sup> التي قد ترهن سيادتها بسبب شروط الدول الدائنة، كما أن المساس الدائم بالعقار الفلاحي فيه مساس مباشر بالأمن الغذائي، والذي يشكل غاية ذات قيمة قانونية تبناها قانون التوجيه الفلاحي، وهو ما يستوجب إعادة تقييم لهذه القوانين بغية تصحيحها لتلا تكون مخالفة للغايات الدستورية والقانونية.

كما أنه من جهة ثانية فإن عدم استقرار العقار الصناعي من شأنه أن يمس الكفاءة الاقتصادية للدول، مما يتسبب في نفور المستثمرين؛ لأن عدم ثبات هذه القوانين النسبي قرينة على غياب رؤية سياسية واضحة نظر الافتقاد لسياسة قانونية واعية، وهو ما قد ينعكس على الأمن الاقتصادي لمشروعهم مما يجعل عدم البدء فيه أفضل من المغامرة غير محسوبة العواقب القانونية والاقتصادية، وهو ما يشكل مخالفة بينة للهدف الدستوري القائم على حرية الاستثمار؛ إذ لا حرية فعلية في ظل قوانين متقلبة.

<sup>1</sup> علي أحمد الجرجاوي، المرجع السابق، 151.

<sup>2</sup> محمد حسن بدر الدين، نظام الأوقاف ومقاصد الشريعة، مركز نهوض للدراسات والبحوث، ط 01، الكويت\_لبنان، 2022، ص 209.



## الفصل الثاني: الوسائط القضائية

إن التشريع ومهما كان عبقرياً فهو لن يبلغ الكمال، إذ أن التشريعات تنتهي ولكن الديناميكية الاجتماعية لا تنتهي؛ مما يُولد وقائع جديدة تحتاج لقواعد ناظمة لها حتى تحقق الاستقرار القانوني، وهو الدور الذي أنيط بالقاضي إذ تبقى النصوص ساكنة لا يمكن قياس صلاحيتها إلا من خلال التجريب القضائي عبر آلية الاجتهاد، والذي سيصنف بعدها القوانين إلى قوانين مباشرة التطبيق، وقوانين مُكيفة من خلال الاستناد لمبادئها الكلية لإبداع حلول مبتكرة لتلافي نكران العدالة، غير أن ذلك قد يحيل أيضاً لقرارات متضاربة، وهو ما يحتاج لمكنات تعمل على ضمان فعالية الاجتهاد من خلال توحيد مخرجاته بين مختلف الجهات القضائية.

وعلى ضوء ذلك سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، وهما:

❖ المبحث الأول: فعلية الاجتهاد القضائي

❖ المبحث الثاني: فعالية الاجتهاد القضائي

### المبحث الأول: فعلية الاجتهاد القضائي

تمثل القواعد القانونية الوجه الجامد للتصورات المترتبة عن السياسة التشريعية، ولا يمكن نقلها إلى لحالة المتحركة إلا من خلال تفعيل الاجتهاد القضائي (المطلب الأول)، وذلك من خلال تفعيل المكناات المرصودة له ليكون فعليا ومساهما في تنظيم الحقوق والمراكز القانونية العقارية (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: تفعيل الاجتهاد القضائي

يشكل الاجتهاد عصب العملية القضائية، ويباشره القاضي عند تطبيقه للمواد ببعديها الإجرائي والموضوعي، وهو ما يقتضي الإلمام به من خلال بيان مفهومه (الفرع الأول)، وتبيان الأثر المترتب عن امتناع القاضي (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: ماهية الاجتهاد القضائي

إن الوقوف على حقيقة الاجتهاد القضائي يستلزم بيان تعريفه، والأثر المترتب عن إهماله، والتمثل بشكل أساسي في إنكار العدالة بشقيه الصريح والضمني.

#### (أولا) مفهوم الاجتهاد القضائي:

لا يتحقق مفهوم الاجتهاد إلا ببيان تعريفه، والمكانة التي يحتلها ضمن النظام القانوني.

#### (01) تعريف الاجتهاد القضائي:

يتشكل الاجتهاد القضائي من مصطلحين، وهما الاجتهاد<sup>1</sup> والقضاء<sup>2</sup>، وقد اتجه الفقه<sup>3</sup> في تعريفه إلى معنيين **فالأول** عام يراد به الفعل؛ أي الجهد الذي يبذله القاضي للوصول لحل للمنازعة المنظورة على

<sup>1</sup> الاجتهاد لغة: من مصدر اجتهد في الأمر، أي جد فيه وبذل الوسع، ويقال: بذل الجهد للتخلص من الشك والوصول إلى غلبة الظن فما فوقها، ويقال بذل الفقيه الجهد في استنباط حكم شرعي من مصدره، بنظر: محمد رواس قلعدي وآخرون، **معجم لغة الفقهاء: عربي انكليزي فرنسي**، ط: 01، دار النفائس، بيروت، 1996، ص 21.

<sup>2</sup> فمصدرها الفعل قضى يقال: قضى بين الخصمين أي حكم وفصل بينهما، كما تأتي بمعنى نيل الأمر فيقال قضى غلان حاجته أي بلغها ونالها، كما يعني القضاء القرار الذي ينتهي إليه القضاة ضد المتهم أو لصالحه، ينظر: أحمد مختار عمر، مرجع سابق، ص 1829، 1830، كما يعرف القضاء بأنه الفصل في الخصومات، محمد رواس قلعدي وآخرون، المرجع السابق، ص 333.

<sup>3</sup> وقد كان موضوع تعريفات متعددة سواء على المستوى الشرعي (عند المذاهب الفقهية المعتمدة) أو على مستوى الفقهي، ينظر في ذلك: علاء الدين حسين رحال، "العلاقة الأصولية بين أنواع الاجتهاد ومحلها: دراسة أصولية في المضمون والأمثلة"، مجلة الذخيرة، المجلد: 04، العدد: 01، 2020، (ص ص: 141\_182).

مستواه، بغض النظر عن الدرجة أو التخصص القضائي، فهو بذلك ينظر للجهد الذي يبذله القاضي في عمله<sup>1</sup>.

وينطلق هذا التصور من تعريف المنازعة العقارية باعتبارها: "حالة علائقية توترية بين شخصين أو أكثر تبدأ على مستوى التصور، وتنتهي على مستوى القضاء"<sup>2</sup>، وهو ما يسمح بنقل المنازعة من حالتها غير المستقرة (المتحركة)، والقائمة على تتابع الإجراءات القضائية طيلة مسار الدعوى (إثبات، تنفيذ...) إلى حالتها المستقرة (الساكنة)<sup>3</sup>، والتي تسمح باستثمار الحقوق والمراكز محل النزاع؛ لأن النزاع يُفوت التصرف الآمن في الحق الموضوعي المتنازع فيه<sup>4</sup>، وذلك لعدم ثبات المراكز والحقوق أثناء المنازعة، فالاجتهاد إذن هو السبيل لتخليص المراكز من حالتها التوتيرية إلى حالتها العادية.

ولا يتأتى تجسيد هذه الغاية إلا من خلال إنزال النصوص المجردة على الوقائع بعد التثبت منها بالجمع بين العمليات الذهنية (التقدير، والتكييف)، وبين الوسائل الفنية (الخبرة، والتحقيق...)، وهو ما يسمح ببسط الحماية القانونية على الحقوق إذ تبقى النصوص التي تضمن ذلك جامدة ما لم يتولى القاضي تفعيلها عبر حكمه القضائي وفق مسار إجرائي معياري يجسد الدور المنوط للقضاء في حماية الحقوق والحريات<sup>5</sup>، ولذلك يتعين على قاضي الموضوع أن يجتهد في فهم الواقع في الدعوى فهما صحيحاً لإنزال حكم القانون عليه فإن غمَّ عليه أو قصر في تحصيله جاء حكمه مشوباً بالقصور المبطل، وكان قضاءه وارداً على غير محل<sup>6</sup>.

فإذا توفر هذا الاجتهاد فإنه لا يُضمن أن يكون منسجماً فيما بينه، ومتحدداً في مخرجاته لذلك أُسست الجهات القضائية العليا لتضمن توحيد، وفي ذلك تنص المادة (03/179) من التعديل الدستوري لسنة

<sup>1</sup> وهناك من يعرفه على أساس أنه ملكة مكتسبة بكترة الممارسة فيعرف بأنه: "الملكة التي تحصل للإنسان فيقتدر بها على استنباط الحكم"، وهناك من يعرفه بأنه "بذل الجهد العقلي من ملكة راسخة متخصصة لاستنباط الحكم الشرعي العملي من الشريعة نصاً وروحاً"، وهو تعريف للاجتهاد عند الأصوليين نظراً لمركزية هذا الموضوع عندهم، ينظر في ذلك: علاء الدين حسين رحال، المرجع السابق، 147.

<sup>2</sup> أحمد بولقسيبات، محاضرات في المنازعات العقارية، مرجع سابق.

<sup>3</sup> أحمد هندي، سلطة الخصوم والمحكمة في اختصاص الغير، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1997، ص 128، 129 ووجدي راغب، المرجع السابق، ص 71، 72.

<sup>4</sup> وقد بينا عند حديثنا عن الأمن القانوني في العهد الروماني بأنه كان يمثل الدعوى لإتحادهما في توفير الاستقرار للحقوق.

<sup>5</sup> نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002، ص 77، 78.

<sup>6</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 13348 لسنة 80 قضائية، بتاريخ: 2018/02/19.

2020 على: "تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون"، فتأسيسا على ذلك لا يمكن أن تتحقق آلية التوحيد دونما وجود اجتهادات من مختلف الجهات القضائية.

وأما **المعنى الثاني** فينصرف له باعتباره مصدرا للتشريع، من خلال تعريفه بأنه: "مجموع الحلول الإبداعية التي يصل لها القاضي نتيجة غياب النص القانوني"، وهو معنى ينقل القاضي من مجرد آلة تطبق النصوص<sup>1</sup> إلى وظيفة إبداعية تبتكر الحلول، لا سيما أن القاضي في ذلك في موقع ممتاز مقارنة بالمشرع، وذلك لاتصاله الدائم بالواقع، وهو ما يمكنه من التأسيس لحلول حقيقية، وليس مجرد حلول مجردة<sup>2</sup>.

وينطلق هذا التعريف من المواد المضمنة في المبادئ العامة للتشريع، والتي تقتضي عدم ترك النزاع بلا حل، والتي تمثل المادة (02) من القانون المدني السويسري<sup>3</sup> أحسن مترجم لها؛ إذ تنص صراحة على أنه: "في حالة عدم وجود نص قانوني ينظم الواقعة، يصدر القاضي حكمه وفقاً للعرف، وفي حالة عدم وجود عرف، وفقاً للقواعد التي كان سيعملها إذا كان عليه أن **يتصرف كمشرع**"<sup>4</sup>، وهو ما يجعل القاضي مشرعاً للحالات الخاصة، على أن يلتزم في ذلك الرؤية التشريعية للمشرع، حتى تبقى القواعد القانونية متسقة، فهو بذلك -وهنا مكن الفرق عن التعريف الأول- ينقل الوظيفة القضائية من كونها مجرد تطبيق للإرادة التشريعية الجاهزة إلى وظيفة خلاقة من خلال تفسير النصوص على نحو يجردها أحيانا من السياق التاريخي الذي شرعت فيه لإسقاطها على الحقائق الجديدة، وهو ما يشكل عملية غائية وتطويرية

<sup>1</sup> Côté, P.-A, Le juge et les droits acquis en droit public canadien, p 413.

<sup>2</sup> أحمد محمود سعد، **مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها)**، ط 01، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 460.

<sup>3</sup> "La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur".

<sup>4</sup> إن قراءة متأنية لهذه المادة، وبالوقوف على العلاقات الارتباطية بين التشريع الفرنسي والسويسري، تجعلنا نفسر هذه الصياغة على أساس أنها تأثر بمدرسة الشروح على المتون، لأن جعل القاضي في مكان المشرع هو إشارة غير مباشرة للنية الافتراضية للمشرع، ينظر في ذلك: عبد الرزاق السنهوري واحمد حشمت أبو ستيت، المرجع السابق ص 37 وما بعدها، سليمان مرقس، فلسفة القانون، المرجع السابق، ص 234.

تمد النصوص بعمر جديد<sup>1</sup>، وهو ما يمكن التعبير عنه رياضياً بأنها وظيفة اشتقاق الحلول من التشريعات الأصلية.

وتمتد هذه العملية إلى ابتكار الحلول حتى في المواضيع التي صمت فيها المشرع، وهو ما يجسد رفضاً للاتجاه الذي يحصر العمل القضائي في كونه "عملية ميكانيكية منطقية تتجلى في توظيف القياس المنطقي القضائي لتطبيق القانون على حالات معينة فقط"<sup>2</sup>، لأن ذلك يجعل من القضاء جهازاً تطبيقياً لقوانين السلطة التشريعية<sup>3</sup>، وهو ما يجردها من سلطتها كتوصيف دستوري لها بيوئها مكانة السهر على حماية الحقوق.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في ذلك إلى أبعد الحدود من خلال اعتبار "تحصيل القاضي لفهم الواقع في الدعوى وتقديره للأدلة والمستندات فيها وكل رأى أو تطبيق قانوني يخلص إليه بعد إمعان النظر والاجتهاد في استنباط الحلول القانونية للمسألة المطروحة عليه يخرج عن دائرة الخطأ ولو خالف في ذلك أحكام القضاء وإجماع الفقهاء"<sup>4</sup>، فيمنع بعد ذلك أي تحجج للقضاة حال امتناعهم عن إيجاد حلول للوقائع المعروضة عليهم مادام أن القانون قد كفل لهم ذلك وأصبح لهم سعيهم بالحماية القانونية التي تتيح البحث الحر عن الحلول للوقائع المعروضة عليهم.

ووجب القول أن الاجتهاد بهذا المقصود لا يشكل تعدد للسلطة القضائية على المجال الحيوي للسلطة التشريعية، والمتمثل في وضع التشريع؛ إذ يجد أساسه في فكرة التكامل بين السلطات، والتي تتضامن فيما بينها لتحقيق الأهداف المبتغاة في تسيير الدولة، وتحقيق الأساس السابق، فمتى قصرت إحداها جاز للأخرى جبر الخلل دون تجاوز للحدود المرسومة دستورياً، وفي ذلك ينص قرار مجلس الدولة

<sup>1</sup> روبرت ألكسي، مرجع سابق، ص 30.

<sup>2</sup> Christian Licoppe, Laurence Dumoulin, "Le travail des juges et les algorithmes de traitement de la jurisprudence. Premières analyses d'une expérimentation de « justice prédictive en France », *Droit et société*, VOL: 03, N° 103, 2019, (pp: 535\_554), p550.

<sup>3</sup> من أهم النتائج المترتبة عن الثورة الفرنسية حظر قيام القاضي بأي نشاط تشريعي، وذلك لدرجة حظر تفسير النصوص إذ كان على القضاة رفع انشغالهم للسلطة التشريعية باعتبارها واضعة التشريع لتتولى تفسيره، ينظر:

"Article 10: "Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture".

Article 12: "Ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle", **Lois des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire**, <https://mafr.fr/fr/article/lois-des-16-et-24-aout-1790-sur-lorganisa>, 20/06/2022.

<sup>4</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 6660 لسنة 76 قضائية، جلسة 2021/02/17.

على: "حيث أنه وإن كان سكوت القانون يعتبر سهواً من المشرع فإنه تسبب في عدم مساواة المتقاضين أمام الضمانات المقررة قانوناً، وخلقاً لوضعية قانونية غير عادلة يتعين بالتالي على القاضي الإداري تصحيحها..."<sup>1</sup>، وباستتطاق القرار نجد أنه أسس للاجتهاد على الحلول الجزئي للقاضي محل المشرع سعياً لتدارك سهوه لئلا يجافي صمتهما قواعد الإنصاف والعدالة، التي تقتضي وجود قواعد تحكم الروابط بين الأطراف القانونية.

## (02) مكانة الاجتهاد القضائي ضمن المصدريّة التشريعية:

للاجتهاد مكانة بارزة في الشريعة الإسلامية ففي حديث معاذ رضي الله عنه عندما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن، قال: "كيف تقضي إذا عرّض لك قضاء"، قال: أقضي بما في كتاب الله، قال: "فإن لم يكن في كتاب الله"، قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: فإن لم يكن في سنة رسول الله، ولا في كتاب الله، قال: أجتهد برأبي ولا ألو، فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم على صدره، وقال: الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله<sup>2</sup>، ويمكن أن نستخلص من هذا الحديث أن قاعدة التدرج في المصادر المقررة في الشريعة، إذ لا يمكن البحث في المصدر الأدنى إلا بعد البحث في المصدر الذي يعلوه قوة، وقد بين عليه الصلاة والسلام فضل الاجتهاد بقوله: "إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر"<sup>3</sup>، فالمجتهد في جميع الحالات يحصل الأجر، وهو ما يستوجب عليه بذل العناية اللازمة في سبيل ذلك.

## (ثانياً) أثر تخلف الاجتهاد القضائي:

إن الأثر المباشر لانتفاء الاجتهاد القضائي هو نكران العدالة، وقد وقع اختلاف بين الفقهاء في تعريفه تبعاً للنطاق الإجرائي، فبينما يوسع الفريق الأول فيه معتبراً أن نكران العدالة يمثل: "فشل الدولة في بيان الحقوق، وتحديد المراكز القانونية، والمساس بفعاليتها سواء في المرحلة ما قبل التعاقدية من خلال إعاقه الوصول إلى لقضاء، أو في المرحلة القضائية من خلال البطء في سير الإجراءات أو في المرحلة

<sup>1</sup> مجلس الدولة، ملف رقم: 013167، بتاريخ: 2002/11/19، مجلة مجلس الدولة، العدد: 03، 2004، ص ص 173\_176.

<sup>2</sup> أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب إجتهد الرأي في القضاء، حديث رقم: 3592، ج 05، دار الرسالة العالمية، طبعة خاصة، سوريا، 2009، ص ص 443، 444.

<sup>3</sup> محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، الحديث رقم: 6805، ط 01، دار ابن كثير، (سوريا، لبنان)، 2002، ص 1814.

ما بعد القضائية من خلال تعطيل تنفيذ الأحكام القضائية مما يفقدها أثرها بمرور الوقت"<sup>1</sup>، ومما يلاحظ عليه أنه يجعل كل مساس بالحق والقدرة على تحصيله نكران للعدالة لأن هذه الأخيرة تقتضي توفير الحماية لكل الحقوق دونما عرقلة لها أو تمييز.

بينما يُصَيِّقُ الفريق الثاني النطاق ليجعله قاصراً على المرحلة القضائية فيعرف نكران العدالة بأنها: "الفشل في اتخاذ قرار في الدعوى بسبب ضمت أو غموض أو عدم كفاية القوانين"<sup>2</sup>، وهناك من يريد بها: "رفض القاضي لإصدار قرار بشأن المطالبة القضائية أو ممارسة تأخير غير مبرر في الإجراءات"<sup>3</sup>، مما يجعل القاضي هو المعني الأول بنكران العدالة.

وتوضيحا لذلك لا بد أن نبين الأساس الذي تستند له هذه الجريمة ثم نبين أنواعها، وذلك على النحو التالي بيانه:

### (01) أساس جريمة نكران العدالة:

إن الاجتهاد القضائي واجب على عاتق القاضي لا يمكن له إهماله<sup>4</sup> بأي حجة كانت، لا سيما أن تخلفه عنه يرتب قيام جريمة إنكار العدالة، وقد جاء في قرار للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان: "أن مبدأ القانون الدولي الذي يحظر إنكار العدالة، هو أحد مبادئ القانون الأساسية المعترف بها عالمياً"<sup>5</sup>، كما نشير إلى أن هذه الجريمة محل معالجة من العديد من الدول الأجنبية ففي فرنسا تنص المادة 04 ق م ف على: "يجوز محاكمة القاضي الذي يرفض المحاكمة بحجة الصمت أو الغموض أو عدم كفاية القانون بتهمة إنكار العدالة"<sup>6</sup>، والمادة (05) من القانون القضائي البلجيكي، والتي تنص على: "يقوم إنكار العدالة

<sup>1</sup> Oliver J. Lissitzyn, "The Meaning of the Term Denial of Justice in International Law", *The American Journal of International Law*, Vol: 30, N° 4, 1936, (pp. 632-646), p 634 and J. Irizarry y Puente, "The Concept of "Denial of Justice" in Latin America", *Michigan Law Review*, Vol: 43, No: 2, 1944, (pp: 383-406), p384, 400.

<sup>2</sup> J. Irizarry y Puente, *op. cit*, p 400.

<sup>3</sup> Oliver J. Lissitzyn, *op.cit*, p 632.

<sup>4</sup> يعلق الفقيه بورتاليس على هذه المسألة بقوله: " في الأمور ذاتها التي تجذب انتباهه بشكل خاص ، هناك مجموعة من التفاصيل التي تفلت منه، أو التي تكون مثيرة للجدل ومتحركة للغاية بحيث لا يمكن أن تصبح موضوعاً لنص قانون، إذ أن هناك علم للمشرعين كما هو الحال بالنسبة للقضاة، وهما متميزان فبينما غاية الأول إيجاد المبادئ الأكثر ملائمة للمصالح العام في كل موضوع، فإن غاية الثاني هو وضع هذه المبادئ موضع التنفيذ، وتوقيعها، وتوسيعها، من خلال تطبيق حكيم ومُعقل".

<sup>5</sup> CEDH, Cour (Plénière), affaire golder c. Royaume-Uni 21 févr. 1975, n° 4451/70, para 35, Lire en ligne: <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/1975/CEDH001-62054>.

<sup>6</sup> Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice, code ancien de Napoléon, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5406276n.texteImage#>.

في حالة امتناع (رفض) القاضي عن الحكم في القضية تحت أية ذريعة بما في ذلك صمت أو غموض، أو عدم كفاية القانون<sup>1</sup>.

وتعتبر المادة 136 من ق ع الجزائري هي النص الضابط لجريمة نكران العدالة إذ تنص على: "يجوز محاكمة كل قاض أو موظف إداري يمتنع بأية حجة عن الفصل فيما يجب عليه أن يقضي فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك، ويصر على الامتناع عليه أو أمر بذلك من رؤسائه، ويعاقب بغرامة من 750 إلى 3.000 دج وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من خمس سنوات إلى عشرين سنة"، ومن خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع لم يقصر جريمة نكران العدالة على القاضي إنما جعلها على كل موظف يمتنع على الفصل فيما أسند له مع الإصرار بعد تنبيهه من طرف رؤسائه.

فالإدارة تساهم في تكريس نكران العدالة من خلال صمتها عن إبداء أي موقف تجاه ما يطلبه المرتفقون، وهو ما يحول دون الحصول على قرار صريح للتوجه نحو القضاء بغية الطعن في شرعيته، مع تعزيز ذلك من خلال رفض صريح لإفادة الأطراف بأي قرار يحدد موقفها، وهو ما جعل القضاء الإداري يتدخل من خلال قرار له جاء فيه: "حيث أن قضاة الدرجة الأولى المقتنعين باستحالة تقديم المقرر المطعون فيه من طرف الطاعن لعدم تبليغه له، هم المخولون بإجبار الإدارة مصدرة القرار على تقديم نسخة منه، وكذا استخلاص النتائج الواجب استخلاصها عند الاقتضاء"<sup>2</sup>.

مما يمكن القول معه أن اجتهاد مجلس الدولة هو رد فعل على صمت الإدارة وسكوتها، مما قد يتولد عنه ضرر بمصالح الأفراد المكفولة قانونا، وهو بذلك يفوت على الإدارة مسعاها من حرمان الأفراد

<sup>1</sup> Voir code judiciaire Belgique de 10/10/1967, <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/1967/10/10/1967101052/justel>

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 117973، قرار بتاريخ: 1994/07/24، مجلة مجلس الدولة، العدد: 01، 2002، ص ص 73\_74، وكذلك: المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 54.003، قرار بتاريخ: 1987/06/06، المجلة القضائية، العدد: 04، 1990، ص 198، وكذلك مجلس الدولة، ملف رقم: 024638، قرار بتاريخ: 2006/06/28، مجلة مجلس الدولة، العدد: 08، ب س، ص ص 221\_224.



من مباشرة حق التقاضي نظرا لتهربها من المساءلة عبر صمتها، وهو ما يجعلها منكراً للعدالة لكن القاضي الإداري باجتهاده الايجابي فوت عليها ذلك<sup>1</sup>.

## (02) أنواع جريمة نكران العدالة:

يمكن الوقوف على نوعين فالأول **صریح**<sup>2</sup> ويتحقق حينما يرفض القاضي أو الموظف أن يفصل صراحة فيما أسند إليه من منازعات، غير أنه في تقديري لا يمكن أن يمتنعوا عن ذلك **صراحة** لمعرفتهم مسبقاً بمآل ذلك، وهو ما يجعلنا أمام حالات قليلة للنكران الصريح لم نقف عليها طيلة بحثنا، وعلى العكس من ذلك في النكران الضمني إذ أنهم يفصلون **ظاهرياً** في ما أسند لهم، ولكن ليس بالطريقة اللازمة والمعيارية.

ومن خلال عملية استقرائية للعمل القضائي يمكننا الوقوف على حالات متعددة للنكران الضمني للعدالة، من بينها **اللعو للرفض الشكلي**، ومثاله رفض الدعوى العقارية لعدم شهرها، وذلك دون المطالبة بتصحيحها رغم أن الفلسفة الإجرائية تقوم على جعل الإجراءات قابلة للتصحيح، إذ أن المادة (60) ق إ م إ تنص على أنه: "لا يُقرر بطلان الأعمال الإجرائية شكلاً إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك، وعلى من يتمسك به أن يثبت الضرر الذي لحقه"، لتساندها المادة (62) بتقريرها صلاحية منح القاضي أجلاً للخصوم لتصحيح الإجراء المشوب بالبطلان"، وكذلك المادة (848) بصيغتها المعدلة "عندما تكون العريضة مشوبة بعيب يرتب عدم القبول وتكون قابلة للتصحيح لا يجوز للمحكمة الإدارية أن ترفضها وإثارة عدم القبول إلا بعد دعوة المعني لتصحيحها، وفي ذلك انتقال من العدالة الشكلية إلى العدالة الموضوعية<sup>3</sup>.

ورفض الدعوى بسبب الشكل يحقق غرضاً مزدوجاً؛ فمن جهة يجنب القضاة الفصل في موضوعها، ومن جهة أخرى فهو يضخم إحصائيات القضايا التي فصلت فيها هذه الجهات، وهو ما

<sup>1</sup> عن القرارات السلبية ينظر: سامي جمال الدين، **قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة**، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1998، ص 54 وما بعدها.

<sup>2</sup> عبد المجيد ابراهيم سليم، مرجع سابق، 466.

<sup>3</sup> القانون رقم 22\_13 المؤرخ 12 يوليو 2022، المعدل والمتمم للقانون 08\_09 المؤرخ 25 فبراير 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق نكره.

يجعل القضاء يتجه ليصبح (قضاء تصفية) مختزلاً القانون في الواقع المنجز<sup>1</sup> كما دون اهتمام بالكيف مما يجعله متخلياً عن دوره في الفصل الموضوعي في المنازعات لأن ذلك وحده يساهم في استقرار الحقوق والمراكز<sup>2</sup>.

كما أن الفصل في الدعوى دون بذل الجهد الذي يحقق المفهوم الحقيقي لمصطلح الاجتهاد القضائي هو نكران ضمني للعدالة، وفي ذلك جاء قرار الغرفة الإدارية: "وأنه بالتالي كان يتعين على قضاة الدرجة الأولى وسدا لهذا الفراغ القيام بعمل المشرع من خلال إيجاد حل مدروس قصد جعل النص أوضح وأشمل من خلال إيجاد عناصر التفكير الضروري في النصوص"<sup>3</sup>، وأشارت إلى طريقة التفكير على أساس القياس، واعتبرت في نفس السياق "أن هؤلاء القضاة وإن تجنبوا إنكار العدالة بفصلهم في القضية فإنهم لم يتداركوا سهو المشرع نظراً للتفسير الذي فسروا به مقتضيات المادة المذكورة"، ومن هنا تتجلى لنا أهمية هذا القرار الذي يعتبر المنطلق التأسيسي لنا في تقسيم النكران لشقين صريح وضماني، إذ لا يكفي إصدار حكم للتملص من نكران العدالة بل لا بد أن يكون هذا الفصل مستندا لقواعد التفكير الدالة على سعي القاضي لحل مجود للنزاع المطروح أمامها.

كما يشكل رفض الدعوى على الحال أنموذجاً آخر على النكران الضمني للعدالة إذ اعتبرته المحكمة العليا بمثابة امتناع عن الحكم<sup>4</sup> يلحق ضرراً بينا لمن له المصلحة في الفصل في النزاع<sup>5</sup>، وخلصت إلى "أن القرار المنتقد عندما أيد الحكم القاضي برفض الدعوى على الحال هو بمثابة امتناع 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..."<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> بينوا فريدمان وغي هارشر، ترجمة: محمد وطفه، فلسفة القانون، ط 01، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2002، ص 81.

<sup>2</sup> بوشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 177.

<sup>3</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار 07 ديسمبر 1972، مجلة مجلس الدولة، العدد: 01، 2002، ص 59\_61.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 251660، بتاريخ 2000/11/21، المجلة القضائية، العدد 01، 2001، ص 287\_289.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، الغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 251682، بتاريخ 2000/11/21، المجلة القضائية، العدد 01، 2001، ص 290\_292.

<sup>6</sup> المحكمة العليا، الغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 179557، بتاريخ 1998/03/17، المجلة القضائية، العدد 02، 1998، ص 79\_81.

وهي نفس النتيجة التي قد توصل لها في قرار آخر جاء فيه: "لما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن استحال عليه الحصول على نسخة من القرار، وأن قاضي الموضوع لم يستعمل سلطته بالسعي لدى الإدارة لتقديم الوثيقة محل النزاع طبقاً للمادة 171 من ق ا م، فإن قضاة المجلس الذين قرروا رفض عريضة الطاعن على الحالة المقدمة بها اعتماداً على عدم تقديم القرار المتنازع فيه يجعل قرارهم مشوباً بعدم الصحة القانونية"<sup>1</sup>، وفي حيثيات القرار نجد أنها بررت مسلكها على أساس أن المحكمة التي ترفض الطلبات على الحالة المقدمة بها لم تستنفذ سلطاتها القضائية لتخلص لإحالة الأطراف على المجلس القضائي عند فصله في القضايا الإدارية.

كما أن هناك حالة أخرى لإنكار العدالة رصدتها المحكمة العليا في قرار جاء فيه: لصرف الأطراف لما يروونه مناسباً في دعوى وضع معالم الحدود، من دون التطرق إلى النزاع والفصل فيه يعد إنكاراً للعدالة"<sup>2</sup>، لأن في ذلك تخلٍ منها عن دورها في الفصل في المنازعات نتيجة إجماعهم عن مناقشة الأسانيد المقدمة من أطراف الخصومة، وهو ما يستوجب نقض قرارهم الذي يفتر لأى أساس قانوني ومنطقي، فلو كانت نتيجة اللجوء إلى لقضاء هي إعادة صرف الأطراف لما يروونه مناسباً، صح لنا التساؤل عن دور السلطة القضائية.

كما جاء في حكم آخر للمحكمة العليا: "أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى صرف الأطراف إلى إجراء القرعة قد خالفوا أحكام المادة 727 من القضاء المدني"<sup>3</sup>، وبالعودة لحيثيات القضية نجد أن المجلس قد عين خبير لتعيين مشروع قسمة لعقار واكتفى القاضي بالمصادقة عليه دونما أن يتولى عملية الإشراف على القرعة وتحرير محضر بهذه العملية، وأن امتناع القاضي عن ذلك هو مخالفة للقانون، إذ يشكل استمرار لحالة الشيع التي يريد الأفراد الخروج منها<sup>4</sup>، وقياساً على القرار السابق فإن امتناعه يشكل

<sup>1</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم 54.003، بتاريخ 1987/06/06، المجلة القضائية، العدد: 03، 1990، ص 201\_198.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 262993، بتاريخ 2004/06/23، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2007، ص 405\_401، وراجع كذلك المجلس الأعلى، ملف رقم 35511، بتاريخ 1984/10/10، المجلة القضائية، العدد: 01، 1989، ص 54\_53.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 0821985، بتاريخ 2013/12/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2014، ص 359\_356.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 65223، بتاريخ 1990/12/17، المجلة القضائية، العدد: 04، 1990، ص 71، وكذلك: غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 188189، بتاريخ 1998/04/21، المجلة القضائية، العدد: 01، 200، ص 177\_174.

نكرانا للعدالة لاشتراكهما في العلة، وهي صرف الأطراف لإيجاد الحل بأنفسهم رغم أن ذلك من صميم عمل القاضي.

وهو نفس التوجه الذي نجده في حكم آخر جاء فيه: "حيث أن المحكمة العليا ترى أنه يتعين عليها أن تثير وجهاً تلقائياً هاما أغفله الطاعن... وهو عدم فصل القرار في موضوع الدعوى إذ أن منطوقه الذي ينص على: "قبول الاستئناف الأصلي والفرعي شكلاً، ومن جديد إلغاء الحكم المستأنف، وجعله عديم الأثر" هو منطوق غير سليم من الناحية القانونية لأنه يعتبر قد تناسى موضوع الدعوى والإجراء القانوني السليم، وهو أن يقول\_مثلاً\_ قرر المجلس إلغاء الحكم المستأنف ومن جديد قضى بكذا..."<sup>1</sup>، وهو رأي سديد للمحكمة العليا إذ أن إلغاء الحكم القديم دون إصدار حكم جديد يجعل النزاع دون حل، وهو ما يتنافى وحقيقة المرفق القضائي.

وإجمالاً للقول على ما سبق بيانه فإن نكران العدالة الضمني هو اللجوء لوضع حلول آلية تفتقد لروح العدالة، وتحول العملية القضائية لمجرد عملية تصفية لتفادي المتابعة الجزائية والتأديبية، رغم أنه من ناحية أخرى هو سبب لبطء العدالة، بسبب الالتزام المفرط بالشكليات، وإهدار روح القانون الموضوع، والتي تمثل في حد ذاتها نكراناً للعدالة<sup>2</sup>، وهو ما يستوجب تصحيح المسار وفق رؤية تفاعلية بين النص والقاضي والمتقاضي، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال مجموعة من المكنات التي تفعل عمليات الاجتهاد القضائي.

### الفرع الثاني: مكنات تفعيل الاجتهاد القضائي

يقتضي جعل الاجتهاد القضائي حقيقة ملموسة تفعيل القاضي لمجموعة من المكنات التي تسمح له بذلك؛ سواء تم ذلك على المستوى الذهني (الذاتية) أو من خلال اللجوء إلى مكنات خارجة عنه، ولكنها تسهل له العمل القضائي (المساعدة).

#### (أولاً) المكنات الذهنية:

والتي تتجلى في مجموع العمليات التي يُباشرها القاضي على المستوى غير المرئي (الذهني)، وهو بصدد النظر في المنازعة المعروضة عليه، والتي تتمظهر في عمليتي التقدير والتكييف، وذلك على النحو التالي:

<sup>1</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم 73.640، بتاريخ 1991/06/12، المجلة القضائية، العدد: 02، 1991، ص 38\_40.

<sup>2</sup> "delay of justice is denial of justice, Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, Op. cit p 619.

## (01) التقدير:

والذي يمكن تعريفه بأنه<sup>1</sup>: "النشاط العقلي الذي يُبَاشِرُهُ القاضي رامياً الكشف عن مدى تطابق المُقدمات الكامنة في عناصر النزاع مع المقدمات النموذجية المنصوص عليها قانوناً"<sup>2</sup> "مستغلاً حيز الحرية الممنوحة له في ذلك بغية التأليف (الجمع) بين ثبوت النص وتغير الواقع"<sup>3</sup> للوصول للحقيقة القضائية<sup>4</sup> التي ينشدها أطراف النزاع.

ومن التعاريف المسندة للسلطة التقديرية هي: "الحرية في المفاضلة وفق أسس منطقية بين بدائل تتزاحم جميعها على تقديم حلول مختلفة في الموضوع الواحد، وتدور جميعها في إطار المصلحة العامة ليختار من بينها أعمقها اتصالاً بالأغراض التي تستهدفها"<sup>5</sup>، كما نجد من يعرفها بكونها: "مقايسة القاضي ونظره بلوغاً إلى قطع الأمر بإنشاء وتقرير فيما يكون محلاً لإرادته الملزمة بهدي ضوابط العدل التي تتأى به عن التحكيمية"، وهو تعريف يحتاج لبيان، فمقايسة الأمور تستوجب بذل نشاط ذهني، على أن يكون متقيداً بالعدل والعمل على الفصل في المنازعة، فلا يتعسف في استعمالها إضراراً بأحد الأطراف<sup>6</sup>.

كما نجد من يعرفها بأنها<sup>7</sup>: "النشاط الذهني الحر الذي يتمتع به القاضي عند نظر الوقائع المطروحة للفصل فيها وتطبيق القواعد القانونية التي تحكمها لاختيار القرار الملائم للمصلحة والعدالة"، كما عرفت استناداً للغاية بأنه: عمل يتولاه القاضي بهدف تحقيق الغاية الموضوعية للقانون"، فالسلطة التقديرية بناء على ذلك تهدف لتحقيق أثر معين هو الاختيار بين مجموعة الحلول المقترحة في النصوص

<sup>1</sup> التقدير لغة: تبين كمية الشيء، وهو من جانب الإنسان وجهان: أحدهما التفكير في الأمر بحسب نظر العقل وبناء الأمر عليه، وذلك محمود، والثاني أن يكون بحسب التمني والشهوة، وذلك مذموم، ينظر: عبد الحميد صالح حمدان، التوقيف على مهمات التعاريف، مرجع سابق، ص 105-106، كما يعرف بأنه قَدْلَر الشيء أي وزنه وقاسه، ينظر: محمد رواس قلعدجي وآخرون، المرجع السابق، ص 121، ومن هنا يمكن القول أن التقدير القضائي هو وزن القاضي وقياس ما لديه من وقائع وأدلة بغية تحديد وزنها بغية الفصل في القضية.

<sup>2</sup> نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 77.

<sup>3</sup> حمدي محمد عبد حياصات، السلطة التقديرية للقاضي المدني والرقابة القضائية عليها، دار المنهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2017، ص 19.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 20.

<sup>5</sup> عبد المجيد ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص 368.

<sup>6</sup> عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي، السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في الشريعة الإسلامية، كلية القانون، جامعة الخرطوم (السودان)، 2008، ص 09.

<sup>7</sup> راجع في هذه التعريفات: وليد بن محمد بن صالح الصمعاني، السلطة التقديرية للقاضي الإداري: دراسة تأصيلية تطبيقية، ج 01، ط 01، دار الميمان للنشر والتوزيع، السعودية، 2015، ص 86\_88.

بما يتلاءم ومعطيات النزاع، وهو ما يعني انتفاء هذه السلطة نهائياً في النصوص الجامدة قطعية الدلالة ومثالها تحديد نصيب الأفراد بالميراث، اشتراط مسافة تقل عن مترين لتحقيق الضرر في المطلات... الخ.

وللسلطة التقديرية مجموعة من الخصائص التي يجب أن تتم في مقتضاها، فهي تتميز بالشمولية<sup>1</sup>؛ إذ أن القاضي يمارسها مستغرقاً كل جنس النزاعات مهما تعدد أطرافها ومهما كانت موضوعاتها، فهي تتدرج في صميم العمل القضائي، وهو ما يجعلها غير قابلة للإعارة إذ لا يمكن له أن يسندها للخبراء الذين تعتبر مهامهم فنية بحتة، كما أنه لا يمكن لها أن يمتنع هو عنها باعتبارها تتدرج ضمن واجباته التي يجب أن يلتزم بها.<sup>2</sup>

كما أنها تتصف بالمعيارية سواء من حيث البناء إذ أن القاضي وهو يؤسس لسلطته التقديرية لا يقوم بذلك بمعزل عن ما هو سار من تشريعات، وسائد من مبادئ لأن ذلك من شأنه أن يحيد به عن روح التشريع التي ارتضاها المشرع لضبط المواضيع المختلفة<sup>3</sup>، كما أنه لا يجب أن يؤسسها على مستندات أو أوراق غير واردة في ملف الدعوى لما في ذلك من جفاء لقواعد العدالة والحياد، وقد جاء في اجتهاد للمحكمة العليا: "من المستقر عليه قضاء أن السلطة التقديرية المقررة لقضاة الموضوع لا تخضع إلى رقابة المجلس الأعلى إلا بتوافر شرطين هما:

01\_ أن يبرزوا بما فيه الكفاية العناصر التي استمدوا منها تقديرهم واقتناعهم.

02\_ أن تكون تلك العناصر مستنبطة من وقائع الدعوى والوثائق والمستندات المقدمة<sup>4</sup>

كما تتجلى المعيارية في تحقيق الغايات التشريعية من خلال مواءمة النصوص العتيقة مع الوقائع الجديدة، وهو ما يجعلها تتسم بالمرونة من خلال إتاحة عدة خيارات يمكن للقاضي الاختيار بينها، بشرط تحديد المؤشرات الأولية التي ينطلق منها مثل استناد تقدير الضرر لما فات الشخص من كسب وما لحقه من خسارة.

<sup>1</sup> راجع في ذلك: عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي، المرجع السابق، ص 10، نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 12 وما بعدها للسلطة التقديرية للقاضي الإداري، وص 43 وما بعدها للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي، وص 79 وما بعدها للسلطة التقديرية للقاضي المدني.

<sup>2</sup> وليد بن محمد بن صالح الصمعاني، المرجع السابق، ص 210، 214.

<sup>3</sup> عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي، المرجع السابق، ص 43-46.

<sup>4</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم: 50.548، قرار بتاريخ: 1989/06/26، المجلة القضائية، العدد: 03، 1990، ص 154\_157.

(02) التكييف<sup>1</sup>:

(أ) مفهومه: يمثل التكييف "صميم عمل القاضي، والعمود الفقري للعمل القضائي، والذي يهدف به إلى إنزال الوصف القانوني الصحيح على الوقائع المعروضة عليه، وإعمال النص المناسب لها"<sup>2</sup>، كما يقصد بها: "ترجمة المفاهيم الواقعية بواسطة مفاهيم قانونية"<sup>3</sup>، وهناك من يرى بأنه: "عملية قانونية تقع على عاتق القاضي المختص بنظر النزاع، من خلال تفعيل نشاطه الذهني لاستخلاص الوقائع المنتجة من بين وقائع النزاع المعروض عليه بهدف إيجاد القاعدة القانونية الموضوعية الواجبة التطبيق على ذات النزاع"<sup>4</sup>،

أما محكمة التعقيب التونسية فقد عرفت: "هو إعطاء الفعل المكون للجريمة وصفه القانوني الصحيح، ومن ثم تحديد طبيعته القانونية، وبيان ماهيته"<sup>5</sup>، ورغم خصوصية هذا التعريف إلا أنه يمكن تمديده ليشمل المنازعة القضائية عموماً من خلال القول أن التكييف هو: إعطاء الوقائع الوصف القانوني الصحيح بغية تحديد طبيعتها القانونية، وبيان ماهيتها".

كما عرفت في قرار آخر بنصها على<sup>6</sup>: "وحيث أنه غني عن البيان أن تكييف الدعوى في واقعها المادي وكيانها القانوني من صميم صلاحيات محكمة الموضوع حسب ما يتوفر لديها من وقائع ومعطيات تستخلص منها النتائج وترتب عليها الأثر القانوني المناسب"، ومن هذا المنطلق فالتكييف هو همزة الوصل بين الواقع والقانون.

ومن وجهتنا نعرف التكييف بأنه "عملية ذهنية معيارية تهدف لقولبة الوقائع والأدلة ضمن نسقها المفاهيمي المناسب، مما يسمح بإسقاط القواعد القانونية عليها"، إذ فهي عملية ذهنية تستند

<sup>1</sup> فأما من الناحية اللغوية فمصدرها الفعل كَيْفَ، يقال: التكييف الفقهي للمسألة أي تحريرها وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر، محمد رواس قلعدجي وآخرون، معجم لغة الفقهاء: مرجع سابق، ص 123.

<sup>2</sup> أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 350، وكذلك نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 193.

<sup>3</sup> أحمد محمود سعد، المرجع نفسه، ص 363، و محمد عبد ربه محمد البقلاوي، التكيف في المواد الحنائية: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003، ص 67، 72.

<sup>4</sup> محمد خليل الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية: دراسة مقارنة، ط 01، دار المسيرة، الأردن، 2009، ص 64.

<sup>5</sup> محكمة التعقيب التونسية، قضية عدد: 47271، بتاريخ: 2017/04/06.

<sup>6</sup> محكمة التعقيب التونسية القضية عدد 57111.2017، بتاريخ: 2019/01/02.

إلى أسس فنية منضبطة وجب على القاضي أن يلتزم بها، وذلك بهدف نقل الوقائع من إطارها الأصلي إلى مجالها القانوني، مما يسمح بتوقيع الأثر القانوني اللازم تمهيدا للفصل في النزاع.

والتكليف يخضع لمجموعة من الضوابط، التي يجب عدم الخروج عنها، والمحددة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي يمكن حصرها في: **ضابط الذاتية** والذي ويراد به الالتزام الإرادي للقاضي يجد أساسه في المادة (29) ق إ م إ إذ تنص على أنه: "يكيف الوقائع والتصرفات محل النزاع التكليف القانوني الصحيح دون التقيد بتكليف الخصوم"، وهو ما يبين الدور الجوهرى للقاضي في المنازعة القضائية، إذ يمكن له إعادة تصحيح التكليف الخاطئ الذي يستند له أطراف التداعي<sup>1</sup>، لأن كلا منهما يحاول جعل المسألة تُحسَم لصالحه، مما يجعل تكليفهم ينبني وفق أسس ذاتية بعيدة عن الموضوعية.

وعلى العكس من ذلك فالقاضي ملزم بتكليف النزاع والفصل فيه وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه؛ "فمن واجبات قاضي الموضوع استظهار حكم القانون الصحيح المنطبق على الواقعة المطروحة عليه، دون حاجة إلى طلب الخصوم بغض النظر عن الحجج القانونية المستند إليها من الخصوم في طلباتهم ودفاعهم"<sup>2</sup>، فتحديد موضوع الدعوى مرتبط حصرا "بالتكليف الصحيح لها تبعا لما تستند عليه من وقائع، وما تستهدفه من حماية دون التقيد بألفاظ بعينها، وهو ما يجب على القاضي التصدي له"<sup>3</sup>، بل وذهبت محكمة التعقيب التونسية إلى القول بأن: "التكليف القانوني الصحيح لمعطيات النزاع شرط لازم لصحة الأحكام"<sup>4</sup> والذي "يبقى القاضي مسؤولا عنه من خلال إعطاء الوقائع الوصف القانوني الصحيح من تلقاء نفسه باعتباره محمولا [يفترض فيه يقينا] على العلم بالقانون، وملزم بحسن تطبيقه"<sup>5</sup>.

كما يقيد التكليف **بضابط الخضوع**، والذي يلقي أساسه في المادة (25) من ق إ م إ على: يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات المدنية التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى، ومذكرات الرد، وهو نفس ما جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية: "أنه وإن كان لمحكمة الموضوع أن تُكَيِّفَ الدعوى بما

<sup>1</sup> محمد خليل الطعاني، مرجع سابق، ص 66، 34.

<sup>2</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر التجارية، الطعن رقم: 9542، لسنة: 91 قضائية، جلسة 2022/03/16.

<sup>3</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 777، لسنة: 85 قضائية، جلسة 2021/06/16.

<sup>4</sup> محكمة التعقيب التونسية، قضية عدد: 37738، بتاريخ: 2017/03/10.

<sup>5</sup> محكمة التعقيب التونسية، عدد: 77219، بتاريخ: 2012/10/25.



تتبينه من وقائعها، وأن تنزل عليها وصفها الصحيح في القانون إلا إنها مقيدة في ذلك بالوقائع والطلبات المطروحة عليها، والسبب القانوني الذي تركز عليه، فلا تملك التغيير في مضمون هذه الطلبات أو استحداث طلبات جديدة لم يطرحها عليها الخصوم، كما لا تملك تغيير السبب الذي أقيمت عليه الدعوى بل عليها أن تلتزمه وتقتصر بحثها عليه<sup>1</sup>.

وهو ما أكدته المحكمة العليا صراحة حيث رفضت إعادة تكييف القاضي دعوى ملكية لدعوى حيازة نظرا لعجز المدعي عن الإتيان ببينة تعضد إدعاءه من جهة<sup>2</sup> ونظرا لأن المبدأ الإجرائي يحظر على القاضي الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية، إذ أن المشرع كفل لكل منهما حماية منفردة تؤكد استقلاليتها عن بعضهما البعض، وعدم احترام القاضي لذلك يشكل تدخلا للقاضي في مجال الواقع المحظور عليه ارتياده<sup>3</sup>، كما يعد تجاوزا للسلطة الممنوحة للقاضي في نظر النزاع<sup>4</sup>.

### (ب) أهمية التكييف:

تظهر أهميته على مستوى (تلافي التداخل): فالنشاط التكييفي الذي يقوم به القاضي في مواجهة النزاع داخل نطاق القانون الموضوعي أو الإجرائي من خلال الرجوع إلى أحكام الخاصة بالمنظمة لذلك النزاع بعد توصيفه، لبيان أحكامه وشروطه، فإن افترقت لذلك لجئ إلى القواعد العامة، وذلك بهدف معرفة مدى تطابق الواقع مع هذه الأحكام<sup>5</sup>، ويتجلى ذلك على مستويين:

فأما على المستوى الموضوعي حيث يكون التكييف ضروريا لتحديد الأثر المراد إنزاله على النزاع القضائي، مما يُستوجب فيه أن يكون دقيقا نافيا للجهالة<sup>6</sup>، ويمكن الاستدلال بتكييف عقود الوقف فالتبرعي الذي بين يدي القاضي سيقوده لممارسة سلطته التقديرية لتحديد نوعه الدقيق هل هو هبة أو وقف

<sup>1</sup> محكمة النقض المصرية، الدائرة المدنية، الطعن رقم: 777 لسنة 85 قضائية، جلسة 2021/06/19.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 206296، بتاريخ: 2001/01/31، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 03، 2010، ص ص156.

<sup>3</sup> محمود السيد عمر التحيوي، إصدار الحكم القضائي على ضوء الفقه وأحكام القضاء: دراسة تحليلية وتطبيقية، منشورات الوفاء القانونية، ط 01، مصر، 2011، ص 86.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 234655، قرار بتاريخ: 1999/11/16، المجلة القضائية، العدد: 01، السنة: 2001، ص ص 268-270.

<sup>5</sup> محمد خليل الطعاني، ص 122.

<sup>6</sup> وقد أشارت المحكمة العليا في أحد أحكامها إلى وجوب التمييز بين الرجوع في الهبة الناتج عن تحقق كل الأركان وبين إبطال الهبة لتخلف أحد الأركان، لها، الغرفة المدنية، ملف رقم: 1043985، قرار بتاريخ: 2016/05/19، العدد: 01، 2016، ص ص60\_64.

أو عمرى، فإن اتضح له ملياً أنه وقف (تكييف أولي)، فإنه سيعمل سلطته التقديرية مرة أخرى لتبيان المذهب الذي يخضع له الوقف، والذي سيكون عادة مبنياً على فرضين، وهما المذهب المالكي أو الحنفي (تكييف نهائي).

وهو ما نجد له أثراً في قرارات المحكمة العليا فبينما جاء في قرار<sup>1</sup>: "حيث أن عقد الحبس العرفي المؤرخ في فاتح جانفي 1973 قد اعتمد فيه واضعه على المذهب الحنفي<sup>2</sup> بصفة واضحة لأن المذهب المالكي<sup>3</sup> لا يجيز التحبيس على النفس..."، وهو نفس ما توصلت له في قرار آخر<sup>4</sup>: "من المقرر في مبادئ الفقه الإسلامي أن الحبس الذي يحرر وفقَّاً للمذهب الحنفي الذي يرخص بالتحبيس على النفس، ولا يشترط فيه الحياة، كما أنه يسمح بإخراج البنات بشرط أن يجعل لهن عند الاحتياج حق استغلال الأملاك المحبسة...".

بل أكثر من ذلك أن المذهب الواحد فيه العديد من الأقوال لن يُبصرها إلا من تعمق في الموضوع، وأبحر في أحشائه، ومثال ذلك مسألة جواز الوقف من عدمه، فقد كان الإمام أبو حنيفة يرى بعدم ذلك، غير أن صاحبيه (محمد) و(أبو يوسف) تراجعوا عن ذلك بقولهما أنه جائز، وهذا التراجع سجلته المحكمة العليا ضمن متن أحد قراراتها، ولكنها أخلطت بينه وبين اللزوم.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 234655، قرار بتاريخ: 1999/11/16، المجلة القضائية، العدد: 01، السنة: 2001، ص ص 268-270.

<sup>2</sup> يرى السادة الحنفية: جواز الوقف على النفس، وذلك عند الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف ينظر في ذلك: علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج 03، ط 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1948، ص 377، وكذلك علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 08، ط 02، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، ص 397، أبي الحسن أحمد بن محمد القدوري، مختصر القدوري، ط 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص 128، أبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي، كنز الدقائق (في الفقه الحنفي)، ط 01، دار البشائر الإسلامية، لبنان، دار السراج، السعودية، 2011، ص 404، أما الإمام محمد فلم يجزه، ووجه القول عنده أن الوقف هو إخراج المال إلى الله تعالى، وجعله خالصاً له، وشرط الانتفاع لنفسه يمنع الإخلاص فيمنع جواز الوقف، علاء الدين السمرقندي، المرجع السابق، ص 377، علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ص 397.

<sup>3</sup> يرى السادة المالكية: عدم جوازية الحبس على النفس، ينظر: خليل بن اسحاق، المرجع السابق، ص 199، أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 200، ويفرق القاضي أبو الوليد الباجي الأندلسي بين فرضين في الوقف على النفس، فالأول هو أن يقيم المحبس حبسه على نفسه خاصة فهو هنا غير جائز، أما الفرض الثاني فأن يحبس على نفسه وعلى جيرانه مثلاً فهنا يصح حبسه ويدخل معهم، له/المنتقى شرح موطأ إمام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضي الله عنه، ج 06، ط 01، مطبعة السعادة، مصر، 1332 هـ، ص 122.

<sup>4</sup> المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35351، قرار بتاريخ 1984/12/13، المجلة القضائية، العدد: 04، السنة: 1989، ص ص 95\_98.

وقد جاء في قرارها: "...أما فقهاء الحنفية فأبو حنيفة يرى بعدم لزوم الوقف وجواز الرجوع عنه، أما صاحبه أبو يوسف الذي قلده المحبسة في إبرام عقد الحبس فخالف ما جاء في القرار المطعون فيرى بلزوم الوقف كغيره من فقهاء الأئمة الثلاثة بعد أن تراجع عما كان يذهب إليه من رأي إمامه بعدم اللزوم، ومرد هذا التراجع هو التقاؤه بالإمام مالك الذي أقنعه بمسألة لزوم الوقف كما روى ذلك الباجي في شرحه للموطأ، وهو نفس الرأي الذي انتهى إليه محمد بن الحسن من الحنفية، وهو الرأي الذي أصبح معتمدا لدى فقهاء الحنفية وبه يفتى ويقولون أن الوقف إسقاط ملك كالطلاق والإعتاق ولا يجوز الرجوع عنه"<sup>1</sup>، فانتهى القرار بذلك إلى القول: "فطالما أن المحبسة في قضية الحال قد أوقفت المال محل الحبس على الطاعنة الكافلة لها على وجه البر والإحسان مقلدة من يرى لزوم الحبس من الفقهاء كالإمام أبي يوسف فإن هذا التصرف منها يعد صدقة مؤبدة، ولا يجوز لها التراجع عن هذا الوقف بإجماع الفقهاء حسبما ذكر".

فالتحليل المتعمق لهذا القرار يجد أنه حاول تحديد التكيف الدقيق للحبس فلم يكتف بالنص على أنه قد عقد وفق المذهب الحنفي بل حدد الرأي الدقيق الذي ينظمه، وهو رأي الإمام أبي يوسف، ولكن القول بسلامه التكيف من عدمه يقتضي منا حتما العودة إلى المرجع الفقهي الذي أشار له القرار، وهو كتاب "الباجي في شرحه للموطأ"<sup>2</sup>، والذي نجده قد نص على ذلك بقوله: "التحبس في الأصل جائز يلزم في الحياة والموت، ولا يفتقر إلى حكم حاكم، والمشهور عند أبي حنيفة أنه لا يجوز ولا يلزم، وأصحابه المتأخرون يحكون عنه أنه جائز، ولكن لا يلزم إلا بأحد أمرين إما بحكم حاكم أو يوصي في مرضه أو يوقف بعد موته، ويكون من ثلثه كالوصية إلا أن يكون مسجدا أو سقاية فإن ذلك يلزم، ولا يفتقر ذلك إلى حكم حاكم، وهذه المسألة التي كلف فيها أبو يوسف مالكا في مجلس الرشيد فظهر عليه مالك فقال هذه أوقاف رسول الله صلى الله عليه وسلم ينقلها أهل المدينة خلفهم عن سلفهم يشير إلى الخبر المتواتر، فرجع أبو يوسف في ذلك عن مذهب أبي حنيفة...".

<sup>1</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 692342، قرار بتاريخ 2011/07/14، مجلة المحكمة العليا الجزائرية، العدد: 02، السنة: 2011، ص ص 302-307.

<sup>2</sup> والعنوان الدقيق للمرجع هو: أبو الوليد الباجي الأندلسي، المنتقى شرح موطأ إمام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضي الله عنه، المرجع السابق، ص 122، كما نجد لتراجع الإمام أبو يوسف أثرا عند أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي لابن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، دار ابن الجوزي، مصر، 2016، ص 358.

وبتفكيك استدلال المحكمة العليا نجد أنها قد جانبت الصواب في اجتهادها، وفي حاجتها المأخوذة من المرجع المشار إليه أعلاه، كما أنها قلبت رأي الإمام (أبا يوسف) فجعلت الاستثناء في اللزوم قاعدة عامة، أسقطتها على الواقعة المعروضة عليها، والتي لا تندرج في الحالات التي ذكرها (أبو يوسف)، وهي أن يكون الوقف لازماً بحكم حاكم أو أن يوقف في مرضه فيأخذ حكم الوصية، وهي لازمة في حدود الثلث، أو أن يكون الوقف لمسجد؛ فهنا يلزم وإن لم يحكم به حاكم، فخلاصة الأمر هنا أن مجانية الدقة في فهم مصطلح من شأنه أن يمس سلامة التكليف برمتها، مما قد ينتج عنه عدم سلامة الحكم، فلو أخذ مَهْومِي الجواز واللزوم نصيبهما من الفهم الصحيح لَقَلِبَ الحكم لصالح الطرف المدافع عن التراجع في الحبس، ولَأَقْرَ له بذلك.

كما يتجلى التكيف في إبراز فعالية الدور القضائي في نقل النصوص من حالتها المجردة إلى حالتها التطبيقية لدرء (التداخل التشريعي) المميز للمنازعة العقارية كامتداد لخصوصية التشريع العقاري، ومثال ذلك الحياة والملك لما من ذلك من أثر على مستوى عملية الإثبات، وكذلك في حالة الاستغلال والغبن<sup>1</sup> والصورية فسقوط الحق في رفع الدعوى على أساس الاستغلال مقدر بسنة من تاريخ التصرف<sup>2</sup>، أما الغبن فمقدر بثلاث سنوات<sup>3</sup>، وقد يكون سنة في حال قسمة مال الشركة<sup>4</sup>، كما أن أثر تحقق الغبن هو تكملة الثمن إلى أربعة أخماسه<sup>5</sup> على خلاف الصورية لأنها إن ثبتت فإنه يمكن للإدارة أن تمارس الشفعة من خلال إضافة 10 % من قيمة العقار، والحصول عليه ضمن مشتملاتها العقارية<sup>6</sup>، وذلك كطريقة

<sup>1</sup> جاء في القرار: "المستفاد من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع لما رفضوا دعوى الطاعنين الرامية إلى تكملة ثمن بيع العقار لعدم إثبات الغبن فإنهم يكونون قد وقعوا في خلط بين دعوى الغبن ودعوى الاستغلال فدعوى الغبن تقوم على أساس مادي لا يكلف فيها البائع بإثبات أنه وقع في غلط أو ضحية غش بل أن يثبت فقط توافر شروط الغبن لأنها ترجع في طبيعتها إلى فكرة التعادل بين المبيع والثمن عكس دعوى الاستغلال القائمة على الأساس الشخصي"، ينظر: المحكمة العليا، الغرفة، الملف رقم: 249694، قرار بتاريخ، 2001/06/20، المجلة القضائية، العدد: 01 2002، ص ص 157\_160

<sup>2</sup> تنص المادة 90 ق مدني على: "...ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة"

<sup>3</sup> تنص المادة 359 ق مدني على: "تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع"

<sup>4</sup> تنص المادة 732 ق مدني على: "يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي خلال السنة التالية للقسمة إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس (5/1) على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة".

<sup>5</sup> المادة 358 ق مدني.

<sup>6</sup> وزارة المالية، منشور رقم 01/ و م، 12 أوت 2009، والمتعلق بممارسة حق الشفعة للدولة، سبق ذكره.

لمكافحة المضاربة والتهرب الجبائي، ولذلك جاء في قرار للمحكمة العليا: "لا يعد عقد البيع المحرر أمام الموثق عقداً سورياً لمجرد حصول بيع بغبن"<sup>1</sup>.

وأما على المستوى الإجرائي فتظهر أهمية التكييف عند تحديد الاختصاص بمنظوره الداخلي (العادي والإداري؛ النوعي والإقليمي)، وحتى الخارجي فقد تكون المنازعة العقارية تخضع لأحكام المادة (17) ق م إن كانت تحتوي على عنصر أجنبي، وتتص هذه المادة على: "يخضع تكييف المال سواء كان منقولاً أو عقاراً إلى قانون الدولة التي يوجد فيها"، كما تتص الفقرة الموالية على خضوع الحياة والملكية والحقوق العينية الأخرى لقانون موقع العقار.

كما أنه أساسي لترتيب بعض الآثار الإجرائية مثل رفض الدعوى لسبق أوانها، والتي يمكن تعريفها من خلال استقراء قرارات مجلس الدولة المتواترة حول هذه المسألة بأنه "نتيجة إجرائية يخلص لها القاضي نظراً لسوء توجيه الدعوى<sup>2</sup> الناتج عن التسرع الإجرائي<sup>3</sup> من خلال إهمال مسألة أولية يُعَلَّق عليها علاج النزاع المعروض أمام القضاء"، وتفكيك هذا التعريف يقودنا إلى القول أن رفض الدعوى لهذا السبب هو نتيجة منطقية لعدم مراعاة التكييف الصحيح من قبل المتقاضي قبل مباشرته للدعوى<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0771640، قرار بتاريخ: 2013/05/09، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2013، ص ص 310\_307.

<sup>2</sup> راجع حول سوء توجيه الدعوى، مجلس الدولة، ملف رقم: 004945، بتاريخ: 2002/12/17، مجلة مجلس الدولة، العدد: 03، 2004، ص ص 102\_99.

<sup>3</sup> مجلس الدولة، ملف رقم 117307، قرار بتاريخ: 2018/01/25، مجلة مجلس الدولة، العدد: 16، 2018، ص ص 174\_177.

<sup>4</sup> وقد توصلنا من خلال التقصي في القرارات القضائية إن فكرة رفض الدعوى لسبق أوانها في الجزائر تعود على الأقل لسنة 2002، إذ هناك قرار لمجلس الدولة ينص على: "ولكن حيث أن عقد البيع المطالب بشطب إجراءات شهره في قضية الحال لازال قائماً، وأن المستأنف لم يسجل طعناً ضده، وأنه ما دام لم يطعن في صحة العقد التوثيقي فإنه لا يمكن الاستجابة لطلبه المتعلق بإبطال إجراءات الشهر"، وهو ما يفهم منه ضمناً أنه سبق أوان لإبطال إجراءات الشهر الذي يستوجب ابتداء إبطال العقد التوثيقي الناتج عنه، ينظر مجلس الدولة، ملف رقم: 008207، بتاريخ: 2002/12/17، مجلة مجلس الدولة، العدد: 03، 2004، ص ص 106\_105، أما صراحة فقد جسدت بموجب قرار جاء فيه: "...وأنه بالنتيجة يتعين إلغاء القرار المستأنف من حيث أنه فصل في وقائع مكرسة بموجب قرار لم يطعن في قانونيته أمام قاض إداري، وأنه يتعين رفض دعوى المستأنف عليها لكونها سابقة لأوانها" مجلس الدولة، ملف رقم: 007736، بتاريخ: 2003/03/11، مجلة مجلس الدولة، العدد: 03، 2004، ص ص 150\_148، أما على مستوى القضاء العادي فإن المبدأ الذي يضبط المسألة يتمثل في "قضاء الحكم طبقاً لما هو مقرر قانوناً ومستقر عليه اجتهاداً برفض الدعوى لعدم التأسيس، وليس لسبق أوانها"، ونتيجة لذلك "يتعرض للنقض القرار الناطق برفض الدعوى لسبق أوانها لخلو قانون الإجراءات المدنية والإدارية من هذه الصيغة"، ينظر: المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 1211671، بتاريخ: 2017/11/16، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2017، ص ص 95\_92.

ولمجلس الدولة اجتهاد مستقر حول هذه المسألة إذ يرى في قرار أول بأن: "الدعوى المرفوعة أمام القضاء الإداري سابقة لأوانها عندما يتعلق الأمر بمطالبة الإدارة بدفع تعويض عن أشجار مغروسة من طرف خواص في أرض مملوكة للخواص، والتي تم نزع ملكيتها للمنفعة العامة قبل اللجوء للقضاء العادي لتحديد حق كل شخص في هذه الأشجار"<sup>1</sup>، وهو نفس ما توصل له في قرار ثان جاء فيه: "لا يمكن إلزام المحافظ العقاري بتسليم الدفتر العقاري إلا بعد الطعن في القرار الصادر عنه المتضمن رفض تسليم هذا الدفتر"<sup>2</sup>، كما لا يمكن مطالبته بشهر قرار التجزئة قبل الطعن في القرار الإداري الصادر عنه والمتضمن رفض شهر هذا القرار"<sup>3</sup>، كما تعتبر دعوى سابقة لأوانها كل دعوى ترمي لإلزام البلدية بإصدار رخصة البناء دون الطعن في قرار الرفض لذلك<sup>4</sup>.

كما تتجلى أهميته الإجرائية في وجوب تعيين محام من عدمه، فبينما لا يشترط في القضاء العادي المحامي على مستوى المحكمة، وإنما على مستوى الاستئناف إذ تنص المادة (538) ق إ م إ على: "تمثيل الخصوم أمام المجلس القضائي من طرف محامي وجوبي تحت طائلة عدم قبول الاستئناف ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك"، أما على المستوى الإداري فإن المحكمة الإدارية تشترط أن "ترفع الدعوى أمامها بعريضة موقعة من محامي"، واستثنت في المادة (827) الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة (800) من التمثيل الوجوبي.

ونظرا لمخالفة هذه المادة لمبدأ المساواة ومساوها بالتقاضي على درجتين، وهو ما بينه عرض أسباب تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن المشروع يتضمن تعديلات منها النص على أن يكون وجوب التمثيل بمحامي إلزاميا أمام جهات الاستئناف فقط في القضاء الإداري أسوة بالقضاء العادي<sup>5</sup>، قبل أن يتم حذف المادة 826 ق إ م إ وتعديل المادة 815 أين تم تعديلها ليصبح مباشرة الدعوى أمام القضاء الإداري بدون محامي<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> مجلس الدولة، ملف رقم 121659، قرار بتاريخ: 2018/12/27، مجلة مجلس الدولة، العدد: 16، 2018، ص ص 219\_218.

<sup>2</sup> مجلس الدولة، ملف رقم 117307، قرار بتاريخ: 2018/01/25، سبق ذكره.

<sup>3</sup> مجلس الدولة، ملف رقم 119161، قرار بتاريخ: 2018/06/28، مجلة مجلس الدولة، العدد: 16، 2018، ص ص 187\_191.

<sup>4</sup> مجلس الدولة، ملف رقم 126516، قرار بتاريخ: 2018/09/19، مجلة مجلس الدولة، العدد: 16، 2018، ص ص 159\_167.

<sup>5</sup> مداخلة وزير العدل في إطار عرض مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الفترة التشريعية التاسعة، سبق ذكره، ص 04.

<sup>6</sup> ينظر: القانون رقم 22\_13 المؤرخ 12 يوليو 2022، المعدل والمتمم للقانون 08\_09 المؤرخ 25 فبراير 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سبق ذكره.

كما تتضح أهمية التكييف على مستوى الإثبات كيفاً وكماً؛ فأما الأولى فتبرز من خلال عدم الجمع بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة: فالغاية من وضع معايير للتمييز بين الحيازة والتقدم المكسب يكتسي غاية قصوى، يَرْتَهِنُ عليها أثر التكييف إذ تمثل المُرْتَكَزَ لتفعيل المادة (527)، و (529) و(530) ق إ م إ والتي تنص تباعاً على<sup>1</sup> حظر فصل المحكمة المعروض عليها دعوى الحيازة في الملكية، كما رتب عدم قبول دعوى الحيازة ممن سلك لطريق دعوى الملكية، وأباحها في الحالة العكسية بشرط الفصل نهائياً في دعوى الحيازة.

ونظراً للخلط بين المسألتين فقد تم في حالات عديدة انتهاك الضابط المشار له أعلاه، وهو ما يتجلى فيه التداخل بين التقدم المكسب (الحيازة الطويلة) بمعناه المكسب للملكية، وبين الحيازة باعتبارها واقعة مادية، ومرد الخلط أن الحيازة في حد ذاتها مشتقة من الملكية، وأنها متى طالقت أصبحت مصدراً من مصادر الملكية<sup>2</sup>، وتتجلى الأهمية في وسائل الإثبات المقدمة إذ أن الأصل في الحيازة طويلة كانت أم قصيرة إنما تثبت بكل طرق الإثبات بما في ذلك العقود العرفية<sup>3</sup>، غير أن الفارق الجوهرى أن الذي يدفع بالتقدم المكسب يتيح للطرف الأخرى الدفع بسندات الملكية لِيُنْظَرُ فيها القاضي، ويخضعها لتقديره، على خلاف الذي يباشر دعوى الحيازة، والذي يجمد أي أثر لإعمال سندات الملكية مما يجعل أي دفع بها غير ذي وزن في بناء الحكم القضائي الفاصل في النزاع، وهو ما نبهت له المحكمة العليا في قراراتها المتعاقبة.

<sup>1</sup> يقابلها المواد 44 في قانون المرافعات المصري التي تنص على: "لا يجوز أن يجمع المدعي في دعوى الحيازة بينها وبين دعوى أصل الحق، وإلا سقط إدعائه بالحيازة، ولا يجوز أن يدفع المدعي عليه دعوى الحيازة بالاستناد إلى الحق، ولا تقبل دعواه بالحق قبل الفصل في دعوى الحيازة، وتنفيذ الحكم الذي يصدر فيها إلا إذا تخلى بالفعل عن الحيازة لخصمه، وكذلك لا يجوز الحكم في دعوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه"، وبصيغة مشابهة المادة 38 من المرسوم السلطاني رقم 2002/29، المتعلق بإصدار قانون الإجراءات المدنية والتجارية، ج ر العمانية عدد: 715، الصادرة: 2002/03/17، والفصل 169 من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ: 28 سبتمبر 1974، المتعلق بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية، ج ر للمملكة المغربية عدد: 3230 مكرر، الصادر: 30 سبتمبر 1973، والمواد 1265\_1267 من قانون المرافعات الفرنسي:

Article 1265 dit: "la protection possessoire et le fond du droit ne sont jamais cumulés".

Article 1266 dit: "Celui qui agit au fond n'est plus recevable à agir au possessoire".

Article 1267 dit: "le défendeur au possessoire ne peut agir au fond qu'après avoir mis fin au trouble".

<sup>2</sup> محمد عبد الرزاق عيلا، قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى أصل الحق، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2006، ص 219.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 448006، قرار بتاريخ: 2008/05/14، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 03، 2010، ص ص 107\_111.

ونتيجة لذلك يمكن مناقشة أسانيد الملكية عندما يكون الطلب القضائي متمثلاً في التقادم المكسب ففي قرار لهذه الهيئة جاء فيه: "تقوم الملكية على أساس التقادم المكسب عند توفر شروط الحياة، ولا يشترط فيها توفر السند الصحيح"<sup>1</sup> سواء كان عقد شهرة<sup>2</sup>، أو إجراءات توثيق وشهر<sup>3</sup>، ويمكن إعماله ولو كان الطرف الآخر يستند في إثبات ملكيته لدفتر عقاري<sup>4</sup>، وعقود مشهورة<sup>5</sup>.

أما إذا كانت الدعوى حياة فإنه يحظر على القضاة بشكل مطلق مناقشة أسانيد الملكية المعروضة عليهم<sup>6</sup>، إذ أنهم ملزمون بالاكْتفاء بموضوعها، مما يتعين عليهم الاكْتفاء بالبحث عن صحة الحياة تحت طائلة تعرض قرارهم للنقض لمساسه بمبدأ عدم الجمع بين الدعويين<sup>7</sup>.

كما تتجلى الأهمية على مستوى الإثبات من خلال حجية الأحكام القضائية؛ إذ أن اتضاح فكرة النزاع مسألة أساسية لترتيب الآثار القانونية الصحيحة، إذ لا تقبل دعوى الحياة ممن سلك مسلك دعوى الملكية<sup>8</sup>، والعكس صحيح<sup>9</sup>، إذ وفقاً لذلك لا حجية للحكم الفاصل في دعوى الحياة على دعوى الملكية<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 300815، قرار بتاريخ: 2005/05/18، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، السنة: 2005، ص ص 351\_357.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 180876، قرار بتاريخ: 1998/09/30، المجلة القضائية، العدد: 02، السنة: 1998، ص ص 33\_36.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 508386، قرار بتاريخ: 2009/03/11، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، السنة: 2009، ص ص 240\_244.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 423832، بتاريخ 2008/07/16، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 03، 2010، ص ص 274\_279.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 479371، قرار بتاريخ 2008/10/15، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، السنة: 2008، ص ص 273\_276.

<sup>6</sup> ينص الفصل 168 من المسطرة المدنية المغربية على: "إذا وقع إنكار الحياة أو التعرض له فإن البحث الذي يؤمر به لا يمكن أن يتعلق بموضوع الحق الذي لا يمكن أن يكون إلا محل دعوى ملكية تستهدف الاعتراف بحق عيني عقاري.

يجوز مع ذلك للقاضي أن يفحص السندات والعقود التي تقدم ليستخلص منها النتائج المفيدة فيما يتعلق بالحياة"

et le même sens, l'article 1265/02 du Code de procédure français dit: "Le juge peut toutefois examiner les titres à l'effet de vérifier si les conditions de la protection possessoire sont réunies".

<sup>7</sup> ينظر مجموعة القرارات حول عدم الجمع بين دعوى الملكية ودعوى الحياة، المحكمة العليا، الغرفة العقارية، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 02، 2004، ص 277 وما بعدها، والملف رقم: 34928، قرار بتاريخ: 1985/03/06، المجلة القضائية، العدد: 04، 1989، ص ص 39\_41.

<sup>8</sup> المادة 529 ق إ م إ.

<sup>9</sup> المادة 530 ق إ م إ.

<sup>10</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 02، 2004، الملف رقم: 202733، قرار بتاريخ: 2000/09/27، ص ص 368\_371، الملف رقم: 184949، قرار بتاريخ: 1999/02/24، ص ص 372\_375.



أما على مستوى الكم، فالتكييف يسمح بتحديد مدى كفاية الأدلة المقدمة للبرهنة على الحق أو المركز القانوني محل المنازعة القضائية، وهو ما يسمح للقاضي بطلب الأدلة الناقصة أو يلجأ لطرق مساعدة تمكنه من تكملة بنيانه الوجداني، وهو ما يسمح له بالفصل في القضية على أساس من اليقين لا على أساس الشك والمظنة<sup>1</sup>.

ولا بد من القول بعد تبياننا للتقدير والتكييف أن ثمة علاقة ارتباطية بينهما؛ فالتكييف القضائي هو الذي يسمح للقاضي بتفعيل سلطته التقديرية على المستويين الإجرائي والموضوعي، إذ أنه يكيف الوقائع المعروضة لديه لتقدير مدى توفر الشروط الواجب توافرها في الدعوى<sup>2</sup>، لا سيما فيما يخص الصفة، المصلحة فهما مناط الدعوى، وتبعاً لذلك فإن تخلفهما يجعل القاضي يقرر عدم قبول الإدعاء، ذلك أن الخصومة برمتها متوقفة عليهما، وهو ما يجعله تبعاً لذلك يستنفذ ولايته الإجرائية، ويخرج النزاع من اختصاصه، وهو ما ذهب إليه محكمة النقض المصرية<sup>3</sup>.

ولذلك يترك للخصوم إثارة الدفوع الشكلية جملة واحدة حرصاً على سرعة الفصل في النزاعات وتغادياً للهدر الإجرائي والمادي على طرفي المنازعة، بل إن سلطة القاضي تمتد إلى إثارة الدفوع الشكلية تلقائياً متى كانت مرتبطة بالنظام العام باعتباره يمثل مجموع الأسس التي تقوم عليها الجماعة، وتشكل الضامن لاستقراره وتحقيق العدالة فيه فإن غفل عن ذلك جاز لصاحب المصلحة أن يثيرها في أي مرحلة لا سيما أن الدفوع الشكلية المرتبطة بالنظام العام لا تخضع للقيود التي تخضع لها الدفوع الشكلية العادية<sup>4</sup>.

أما إن قدر القاضي بناء على ما قدم إليه أن جميع الشروط متوفرة، ورفض الدفوع الشكلية<sup>5</sup> فإنه يكمل المسار الإجرائي للدعوى ببحث موضوعها باعتباره وعاء المطالبة القضائية، وهو ما يجسد العلاقة

<sup>1</sup> المادة 27 و28 ق إ م إ

<sup>2</sup> وقد عرف المشرع الفرنسي الدعوى بأنها: "حق مقدم الطلب (صاحب الدعوى) في الاستماع إلى دعواه من طرف القاضي لتقدير مدى صحتها من عدمه، وهي بالنسبة للخصم الحق في مناقشة صحة هذا الإدعاء"، ينظر:

Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile, JORF n°0285 du 9 décembre 1975.

<sup>3</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 19209 لسنة 85 قضائية، جلسة 2021/05/25.

<sup>4</sup> محمد خليل الطعاني، مرجع سابق، ص 118، 119. وينظر: عمر زودة، المرجع السابق، ص 355\_390.

<sup>5</sup> يستوي في ذلك مع عدم إثارة الأطراف للدفوع الشكلية، إذ أن مباشرتهم للدفوع الموضوعية يجعل سلطة القاضي مقيدة إذ يجب عليه رفضها استناداً للرأي القائل أن الدفع الموضوعي يعني تنازل ضمنياً من الأطراف عن الدفوع الشكلية أو إقرار بصحتها، ينظر: محمد خليل الطعاني، المرجع السابق، ص 115.

الحيوية بدالة الزمن بين التقدير والتكييف، فالمتعمن في زمن إعمالهما سيجد أن الأول يستغرق الثاني ويحيطه من جوانبه، مما يجعل ثمة تقديرا في ذات التكييف<sup>1</sup> لا سيما أن هذا الأخير تتولد عنه مرحلتان<sup>2</sup> توسم الأولى بأنها: أولية تقوم على غريبة وتصفية وترجيح للقاعدة التي ستطبق، وتوصف الثانية بأنها نهائية باعتبارها تجهز النزاع للحسم، وإنزال ما يناسبه من قواعد.

### (ثانيا) المكناات المادية:

إن اتصال القاضي بالدعوى، ونظره في الأدلة قد يجعل منه يقدر عدم كفاية ما عرض عليه من مستندات ووقائع، وهو ما يلجئه لوسائل خارجه عن حدوده الذهنية لتتصل بالطابع المادي للنزاع، وذلك من خلال:

### (01) التحقيق القضائي:

والهدف من التحقيق القضائي "هو الوقوف على حقيقة إدعاءات الأطراف من خلال إفادات الشهود الذين يقدمونهم لتدعيم أقوالهم، ولا يمكن لأحد أطراف الخصومة أن يكون شاهدا إذ أن القاعدة القانونية تنص على "لا يصنع الإنسان حجة نفسه بنفسه"<sup>3</sup>، فالتحقيق أساسي يسعى من خلاله القاضي لإكمال بناء منظوره للواقعة المعروضة ليحيط بها من مختلف جوانبها، وقد نظمها المشرع الجزائري في المواد 146\_149 ق م إ.

ومن الضوابط التي تحكم التحقيق القضائي هو أن يصدر في شكل كتابي بغية تبليغه للأطراف، ولذلك فقد جاء في قرار المحكمة العليا: "من المقرر قانونا أنه يجوز للمجلس إصدار أمر بإجراء تحقيق والانتقال قصد المعاينة الميدانية، على أن يتم ذلك في شكل قرار تحضيري مكتوب يوضح فيه من أعضاء هيئة المجلس المعنيين بالانتقال يبلغ منطوقه بواسطة كاتب الضبط، على أن يحرر في جميع الأحوال محضر بالانتقال، وبالتالي فإن الاكتفاء بإصدار أمر شفهي فقط يشكل خرقا للقواعد الجوهرية"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ص 194-198.

<sup>2</sup> أحمد محمود سعد، المرجع نفسه، ص ص 351-361.

<sup>3</sup> المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم: 54.472، قرار بتاريخ: 1989/10/25، المجلة القضائية، العدد 03، 1991، ص ص 39\_41.

<sup>4</sup> المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم 98033، قرار بتاريخ: 1994/05/15، المجلة القضائية، العدد: 02، 1995، ص ص 83\_86.

كما يجب من ناحية أخرى تحديد المعلومات المكانية والزمنية المتعلقة بالتحقيق الميداني، كما يجب أن يتضمن الحكم القضائي إشارة إلى قيام الجهة القضائية بذلك التحقيق أم لا<sup>1</sup>، كما يجب أن يختم بتحرير محضر في حال إجرائه على أن يوقعه القاضي وأمين الضبط، ليتم إيداعه بأمانة الضبط وفق الأسس المحددة قانوناً<sup>2</sup>.

## (02) الخبرة:

تتجلى وظيفة الخبرة في مساعدة القاضي في تقصي الحقائق، ولا يمكن للقاضي أن يتنازل عن دوره القضائي للخبير، وهو ما نبه إليه بوضوح قرار للمحكمة العليا ينص على: "إن مهمة الخبرة هي مهمة فنية يلجأ إليها القاضي عند الضرورة لإنارته حول بعض الجوانب من الدعوى التي تكتسي صعوبة ذات طابع فني أو علمي قد تتجاوز قدراته، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتحول هذه المهمة إلى التخلي عن صلاحيات القاضي لفائدة الخبير..."<sup>3</sup>، وقد تم توضيح ذلك في قرارات أخرى جاء فيها: "من المقرر قانوناً أن المهمة التي يكلف بها خبير تنتدبه جهة قضائية ما تنحصر في جمع المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على حسم النزاع وتصور له القضية بصورة أعم وأشمل، وأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتحول هذه المهمة إلى منح الخبير صلاحية القاضي مثل سماع الشهود وإجراء تحقيق"<sup>4</sup>، ولذلك يجب على القاضي الالتزام بهذه الحدود حتى تتمتع الخبرة بالصلاحية القانونية، وتكون منتجة في الحكم القضائي.

يتولى القاضي بما له من صلاحيات تعيين الخبير، وفقاً لما يقتضيه الفصل في الدعوى من توضيح، وذلك متى واجهته مسألة فنية بحتة يرى معها ضرورة تعيين خبير<sup>5</sup>، ومن المسائل التي يمكن الاعتماد فيها على خبير (الغبين)؛ إذ أن مسألة تحديد قيمة العقار لا ينبئ به مثل خبير لاتصاله

<sup>1</sup> المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم 43.134، قرار بتاريخ: 1988/06/01، المجلة القضائية، العدد: 03، 1992، ص 26\_28.

<sup>2</sup> المادة 149 ق إ م إ.

<sup>3</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 97774، قرار بتاريخ: 1993/07/07، المجلة القضائية، العدد: 02، 1994، ص 108\_110.

<sup>4</sup> المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم 34653، قرار بتاريخ: 1985/11/20، المجلة القضائية، العدد: 04، 1989، ص 71\_73، وكذلك: المجلس الأعلى، الغرفة البحرية، ملف رقم 50558، قرار بتاريخ: 1988/10/02، المجلة القضائية، العدد: 03، 1990، ص 91\_94.

مصطفى مجدي هرجة: ندب الخبراء في المجالين الجنائي والمدني، دار الكتب القانونية، مصر، 1997، ص 8.5.

بالمجال، وعلى أساسه يتم تحديد مدى وقوع الغبن من عدمه، كما يلجأ إليه القاضي في القسمة لتحديد كل نصيب على أن يتولى القاضي مناقشته لبيان مزايا كل نصيب من الأنصبة الموزعة لمعرفة مدى عدالة القسمة<sup>1</sup>، كما نجد مضاهاة الخطوط<sup>2</sup>، و تزوير السندات العرفية والرسمية<sup>3</sup>، وكذلك في تحديد أهلية الخصوم، وتحديد ما إذا كان المرض الذي أصدر فيه الشخص تصرفاته يؤثر على إدراكه من عدمه..الخ.

والأصل أن الجهة القضائية تختاره من قائمة الخبراء المسجلين على مستواها، غير أنه وكحالة استثنائية يمكن ندب خبير غير منخرط بهذه القائمة بشرط التأكد من تأدية هذا الخبير اليمين القانونية<sup>4</sup>، على أن يتولى الأطراف دفع تسبيق من المصاريف<sup>5</sup>، وهو ما يساهم في تأدية الخبير لدوره في الوصول إلى الحقيقة.

ووجب التنويه هنا إلى أن القاضي قد يكتفي بتعيين خبير واحد وقد يتعدى ذلك إلى تعيين خبيرين أو أكثر، غير أنهم ملزمون بالعمل معا، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه إذا تعدد الخبراء وجب عليهم القيام بأعمال الخبرة سوية، وبيان خبرتهم في تقرير واحد، وأن تحرير كل واحد منهم تقريرا مستقلا يشكل خرقا للقانون"<sup>6</sup>.

ويمكن للقاضي في سبيل تسهيل مهمتهم التصريح لهم بضم بعض الفنيين اللذين يعينون بأسمائهم في المسائل التي يطلب فيها الخبراء الاستشارة في مسألة معينة، ولعل الغاية التشريعية من ذلك أن ضم

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 233109، قرار بتاريخ: 2002/07/17، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، ص 327\_323.

<sup>2</sup> راجع المواد 188\_164 ق إ ج م.

<sup>3</sup> في قرار للمحكمة العليا جاء فيه: "الوثائق المحررة من طرف موثق هي محررات رسمية بغض النظر عن قيمتها، وبغض النظر عن شهرها من عدمه" الغرفة الجنائية، ملف رقم: 1203371، قرار بتاريخ: 2018/04/18، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2018، ص 153.

<sup>4</sup> وإغفال هذه القواعد يمكن الطعن على أساس ذلك أم الدرجة الأعلى من الدرجة المصدرة للقرار المبني على خبرة خبير غير مقيد بالجدول لم يبين القاضي تأديته لليمين من عدمها، المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم: 38154، قرار بتاريخ: 1986/12/30، المجلة القضائية، العدد: 03، 1989، ص ص 263-266.

<sup>5</sup> المادة 143 ق إ م إ.

<sup>6</sup> المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 48764، قرار بتاريخ: 1988/12/28، المجلة القضائية، العدد: 04، 1992، ص ص 90-93، المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 1331909، قرار بتاريخ: 2019/07/11، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2019، ص ص 103\_107.

فنيين أسهل من الأمر بخبرة جديدة، وأضمن لتكامل الخبرة وللوصول لنتائج تُمكن القاضي من إصدار حكمه عن قناعة مُتبصرة<sup>1</sup>.

وعند إعداد الخبرة وجب الالتزام بالصياغة الواضحة لها؛ إذ لا بد أن يضع الخبير دوماً نصب عينيه أن تكوين القاضي هو تكوين قانوني، مما يحول غالباً دون تمكنه من المادة الفنية الدقيقة لذا لا بد من توخي البساطة في تحريره للتقرير، وحتى يكون مفهوماً أيضاً للأطراف.

### المطلب الثاني: أثر تفعيل السلطة التقديرية

إن مباشرة القاضي لسلطته التقديرية يهدف إلى تقييم كل الأدلة المعروضة عليها بعد مطابقتها لمدى خضوعها للقواعد الموضوعية والإجرائية المنظمة لها، وذلك لتسهيل تصنيفها ضمن فئات محددة (الفرع الأول)، وذلك للترجيح بينها لتقرير الحلول القضائية المنهية للنزاع (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تصنيف الأدلة

إن القاضي وهو بصدد تكوين عقيدته الرامية للوصول للحقيقة القضائية يتصل بالعديد من الأدلة وهو ما يحتم عليه تصنيفها غير أن ذلك يصطدم بعقبات وجب عليه أن يتخطاها لتحقيق الأثر المترتب عن ذلك.

### (أولاً) صعوبات التصنيف:

إن تعدد القوانين منسئ للتضخم كما سبق وأن بينا، ومنسئ لأنواع متباينة من الأدلة المثبتة للحقوق كنتيجة طبيعية لتنوع مصادر إثبات الملكية العقارية، ونظراً لتعدد هذه الأدلة فإنه تترتب حالة من التزاحم بينها، والذي يمثل "توارداً للحقوق على محل واحد"<sup>2</sup>، وذلك نتيجة "تعارض حكمين في الواقع العملي على نحو يعجز معه المكلف عن الجمع بينهما، فيضطر إلى اختيار أحدها، وإعطائه الأولوية في التنفيذ والعمل"<sup>3</sup>، إذا فالتزاحم ما هو إلى أثر لتعدد الحقوق المتعارضة، والمثبتة بأدلة مختلفة في سياق المنازعة العقارية، وهو في ذلك نوعان<sup>4</sup>: فالأول تزاحم قسمة مثل ما نراه في الديون والميراث، والثاني تزاحم حجب

<sup>1</sup> ينظر م 144 ق إ ج

<sup>2</sup> أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهاور الشافعي (الزركشي)، المرجع السابق، ص 167، وقد بين هذا الفقيه حالات للتزاحم يُراجع فيها: ص ص 167\_173.

<sup>3</sup> شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، التزاحم في الفقه الإسلامي، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2013، ص 25.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، ص 29.

أي أن ثبوت الحق لأحد الأطراف ينفيه مطلقاً عن الطرف الآخر، وهو الذي يشغلنا في بحثنا، فسنتصر عليه دون أن نتعدها لغيره.

وحتى يكتمل التصور يستوجب تحديد المراد بالتعارض، والذي يمكن تعريفه بكونه: "حالة تقوم على اختلاف البينتين بأن تثبت كل منهما ما نفته الأخرى بحيث لا يمكن الجمع بينهما"<sup>1</sup>، وكذلك: "بأنها تقابل الحجج"<sup>2</sup>، وكذلك: "تقابل الدليلين على سبيل الممانعة"<sup>3</sup> أي أن أحدهما يمنع الآخر أن يرتب أي أثر لأنه ينافيه، أو هو: "اشتمال كل بيئة على ما ينافي الأخرى"، ويأخذ صورتين<sup>4</sup>:

فإما أن يكون **التعارض إيجابياً**: وهو وجود وسيلتين للإثبات على أمر واحد، بحيث تثبت كل منهما ما تثبته الأخرى، وذلك بأن يكون محل الإثبات واحداً، والجهة المصدرة له واحدة، مع اختلاف في طبيعتهما، كأن يكون شهادة رجلين، وشهادة رجلين وامرأة.

وإما أن يكون **التعارض سلبياً**: وهو تعارض بين البينتين بحيث تشتمل كل واحدة منهما ما ينافي الأخرى، وذلك وفق الشروط التالية<sup>5</sup>:

**(01) أن يكون التعارض بين بينتين كاملتين:** فلا مجال للتعارض بين بيئة كاملة وبيئة ناقصة؛

لأن أساس التعارض هو المساواة بينهما، ومثال ذلك أن يشهد رجلان بحيارة (أ)، ويشهد رجلان آخران بحيارة رجل (ب).

**(02) أن يكون التعارض بين بينتين لا يمكن الجمع بينهما:** ويتحقق ذلك بأن تكون كل منهما

واردة على محل واحد، وفي زمن واحد (متزامنتين)، وأن تكون إحداها مثبتة الحق لشخص، والأخرى تنفيه عنه وتسنده لغيره، ومثاله: وجود عقدي بيع لعقار يثبتان نفس الحق وبشكل متزامن لكن لشخصين مختلفين.

<sup>1</sup> محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ط 01، مكتبة دار البيان، دمشق بيروت، 1982، ص 802.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 803.

<sup>3</sup> محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: سامي بن العربي الأشري، ج 01، ط 01، دار الفضيلة، الرياض، 2000، ص 1114.

<sup>4</sup> محمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 803.

<sup>5</sup> سليم علي مسلم الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الإثبات: دراسة فقهية قانونية مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، 2006، ص ص 38-40.

(03) أن تكون البيئتان المتعارضتان في قوة واحدة: ذلك أنه إذا كانت إحدهما أقوى انتفى التعارض، وحكم للدليل الأقوى، ومثاله العقد الرسمي والعقد العرفي لنفس العقار، إذ أن الغلبة للعقد الرسمي.

### (ثانيا) أثر التصنيف:

وتأسيسا على ذلك فإن وقع التزاحم نتيجة للتعارض، وذلك على النحو المبين أعلاه وجب على القاضي حصر الأدلة المتصلة بملف الدعوى بغية تصنيفها، والأدلة (البيئات) وفقا لذلك طائفتان، والمعيار المعتمد في تصنيفها هو معيار الكتابة، والتي يجب توافرها في التصرفات العقارية نظرا إلى اتجاه الإرادة لإحداث أثر معين، وذلك أمر دقيق قد يخفى على الشهود بيانه، فوجب حينها قيده بالكتابة لتمتعها بخاصية الدقة، أما الأدلة غير الكتابية فهي تنصرف لإثبات الوقائع القانونية باعتبارها تقع تحت أنظار الناس، وليست معقدة كالتصرفات القانونية<sup>1</sup>، وهو ما يشكل المنطلق الأولي للقضاة في تقديرهم لهذه الأدلة.

(01) الأدلة الكتابية<sup>2</sup>، وهي كثيرة نظرا (للنشاط التشريعي) العقاري في الجزائر، وتنقسم لسندات رسمية استوفت الأوضاع المقررة قانونا، وذلك بواسطة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة على أن يبرمها وفقا لسلطته الموضوعية، واختصاصه المكاني، فإن خرج عن هذه الشروط عد السند عرفيا، والتي يمكن أن تشمل السندات التوثيقية: وهي التي تصدر عن الموثق، وهي في إثباتها للأوضاع العقارية مختلفة فمنها العادية، والتي قد تكون غير ناقله للملكية كعقد الإيجار والرهن الرسمي، وقد تكون ناقله للملكية، وهي عقود الملكية<sup>3</sup>، إذ تمثل البيئة لوصول الملكية للمالك الأخير بغض النظر عن التصرف القانوني المنشئ له فقد يكون بعوض مثل عقد البيع، وقد يكون هبة باعتبارها طريقة تبرعية لنقل الملكية.

<sup>1</sup> يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين: دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981، ص 205، 206.

<sup>2</sup> ينظر المواد 323\_332 ق م، وانظر في تفصيل ذلك: احمد بولقصيبات، الواقعة القانونية والحقيقة القضائية في ميدان الأحوال الشخصية، أطروحة دكتوراه، تخصص: شريعة وقانون، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2016، ص 273، وما بعدها.

<sup>3</sup> ينظر المواد 792\_793 ق م

كما قد تكون هذه العقود تصريحية مثل عقد الشهرة<sup>1</sup>، الذي سبق بيانه، والفرق بينهما أن الأولى لا يمكن الطعن في محتواها إلا عن الطريق القضائي باستعمال دعوى التزوير بشقيها الأصلية والفرعية، وذلك على خلاف الثانية التي يمكن إثبات عكسها دون اللجوء إلى القضاء.

كما نجد العقود الشرعية ومثاله عقد الثقاف (عقد الحجز)<sup>2</sup> المحرر من قبل القاضي الشرعي، كأثر لتطبيق القضاء الشرعي في الجزائر سواء أثناء التواجد العثماني أو أثناء الاستعمار الفرنسي، وتعتبر هذه العقود سنداً رسمياً للملكية، إذ جاء في قرار للمحكمة العليا: "العقود المحررة من طرف قضاة المحاكم الشرعية قبل استرجاع الاستغلال تعد عقوداً رسمية، باعتبار القضاة كانوا موثقين رسميين في ذلك الوقت"<sup>3</sup>.

وكما يمكن أن تشمل السندات الإدارية: والتي يمكن تعريفها بأنها: "تلك الوثائق التي تحررها الإدارة العمومية بمناسبة التصرف في ملكيتها العقارية لفائدة الغير"<sup>4</sup>، وفُعلت هذه الصياغة قبل الاستقلال<sup>5</sup>، وبعده وتمثلت أهم نماذجها في: عقود التنازل عن الأملاك التابعة للدولة ودواوين الترقية والتسيير العقاري والتي كانت تخضع لهذه الأخيرة حيث تضعها للأفراد بغية شغلها وفق إيجار محدد، إذ قررت في نهاية المطاف التنازل عنها لهم في مقابل تسديد الثمن الكلي لها، ويثبت هذا التنازل بعقود إدارية تتولى مصالح أملاك الدولة إعدادها، وفق الشروط المنصوص عليها قانوناً<sup>6</sup>

الدفتـر العقاري، الذي أريد له أن يكون البديل لشهادات الملكية بمجرد استحداث المسح الأراضي العام للبلاد، وقد أريد لهذه الدفاتر أن تكون المنطلق الجديد والوحيد لإقامة البينة في الملكية العقارية<sup>7</sup>،

<sup>1</sup> ينظر المرسوم رقم 83\_352 المؤرخ 21 ماي 1983، والمتضمن سن إجراءات لإثبات التقادم المكتسب إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، سبق الإشارة إليه.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 487496، قرار بتاريخ 2008/12/17، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، السنة: 2008، ص ص 285\_288.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 264528، قرار بتاريخ 2004/02/25، المجلة القضائية، العدد: 01، السنة: 2004، ص ص 241\_245.

وكذلك: 2004، ع 01، ص 241.

<sup>4</sup> ص 41، وكذلك حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، ط 17، دار هومة، الجزائر، 2017، ص 45

<sup>5</sup> حمدي باشا عمر، المرجع نفسه، ص ص 45\_65.

<sup>6</sup> حنيش منى، "بيع الأملاك العقارية للدولة ودواوين الترقية والتسيير العقاري الخاص عن طريق التنازل"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد: 01، (ص ص 174\_194)، ص 186.

<sup>7</sup> المرسوم رقم 73\_32 المؤرخ 05 جانفي 1973، المتعلق بحق إثبات الملكية الخاصة، سبق ذكره.



ولكن عدم انتهاء عملية المسح رغم انطلاقه في 1975، حال دون تحقيق هذه الغاية، وكذلك عقود الاستصلاح التي تبرم في ظل القانون رقم 83\_18.

وكذلك شهادة الحيازة<sup>1</sup>، المراد بها إثبات الحيازة على العقارات المملوكة ملكية خاصة، والتي تصدر عن رئيس المجلس الشعبي البلدي، وذلك بعد إخضاعها لإجراءات التسجيل والشهر العقاري، والتي هدفت لتمكين الحائزين من استغلال فعلي وأمثلة للعقارات المُحازة من جهة، والتعويل عليها لتكون المنطلق للاحتجاج بالتقادم المكسب فيما بعد، لتتحول إلى ملكية قانونية كاملة.

كما نجد السندات القضائية، وهي الأحكام الذي يصدر في حالات محددة؛ مثالها نكول الواعد على إتمام عقده، فقد نصت المادة (72) ق م صراحة على: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد، وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد"، كما تنص المادة (803) ق م على: "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

## (02) الأدلة غير المكتوبة: وهي:

(أ) - القرائن<sup>2</sup>، ويمكن للقاضي أن يعتمد في وصوله إلى الحقيقة على القرائن القضائية باعتبارها "استنتاجا يصل به القاضي إلى وقائع مجهولة من وقائع معلومة متى كان ذلك منسجما مع المنطق<sup>3</sup>، سواء كانت هذه القرائن قانونية مثل:

- ✓ حجية الشيء المقضي فيه، ومثل قرينة أن الذي يباشر دعوى الملكية لا يمكن له مباشرة دعوى الحيازة، لأن مباشرة الأولى (حقيقة معلومة) أمانة عن التنازل عن الثانية،
- ✓ اعتبار البيع بغبن يزيد عن الخمس قرينة على تحقق حالة الغبن<sup>4</sup>

<sup>1</sup> راجع المادة 39 من قانون التوجيه العقاري، والتي تطبقا لذلك جاء المرسوم التنفيذي رقم 91\_254 المؤرخ 27 جويلية 1991، المحدد لكيفيات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها المحدثه بموجب المادة 39 من القانون 90\_25 المؤرخ 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 36، الصادر 1991/07/31.

<sup>2</sup> ينظر المواد: 337\_340 ق م، ويقابلها 1349 مدني فرنسي، وللتفصيل أكثر ينظر: أحمد بولقصيات، الأطروحة، ص 231 وما بعدها.

<sup>3</sup> العربي شحط عبد القادر ونبييل صقر، الإثبات في المواد الحزائية في ضوء الاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 161.

<sup>4</sup> المادة 358 ق م ج.

✓ اعتبار الاستيلاء الذي يتم خارج نطاق الحالات والشروط المحددة قانوناً وأحكام المادة 679 ق م، وما يليها أعلاه قرينة على التعسف، والتي ترتب آثار على الإدارة تتمثل في التعويض عن ذلك<sup>1</sup>.

✓ اعتبار المشقة الكبيرة، والتي لا يمكن تسويتها إلا ببذل أعمال باهضة لا تتناسب مع قيمة العقار قرينة على عدم كفاية الممر للطريق العام<sup>2</sup>، واعتبار إمكانية تسويتها بنفقات قليلة دليل على كفايته<sup>3</sup>.

✓ اعتبار كل تصرف تبرعي في مرض الموت بمثابة وصية، وأيضاً في حال تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة ذلك الشيء المتصرف فيه، والانتفاع به مدة حياته، ما لم يكن هناك أحكام تخالفه<sup>4</sup>، بل وبما أننا أمام التصرفات العقارية فإن القضاء المصري اتجه للقول بعدم ضرورة كتابة هذا الشرط لاعتباره قائماً بل يمكن للقاضي التحقق من ذلك بكافة الطرق، لتفادي الاحتيايل على أحكام الإرث.

✓ \_ وكذلك اعتبار القرابة قرينة على أن الحيازة قائمة على التسامح<sup>5</sup>، مما يحول دون قيام هذه الأخيرة، وبالتالي استحالة النظر لها إن طالت على أنها سبب للتملك

✓ \_ وكذلك اعتبار استطاعة الغير قرينة على تحقق انتقال الحيازة لهم، حتى في حال الافتقار للتسليم المادي للشيء موضوع هذا الحق<sup>6</sup>.

✓ \_ وكذلك اعتبار الحائز لحق هو صاحبه لحين ثبوت العكس<sup>7</sup>.

✓ \_ وكذلك قرينة الحوز خلال مدتين مختلفتين قرينة على الحوز بينهما<sup>8</sup>.

(ب) \_ الشهادة<sup>9</sup>: متى تحققت شرائط تحملها، وهي<sup>1</sup>: العقل، البلوغ، أما شروطها فهي تنقسم إلى

عامة وخاصة<sup>2</sup>، العدالة وعدم التهمة: ويراد بها انتفاء أي مصلحة للشاهد من شهادته من خلال عدم

<sup>1</sup> المادة 681 مكرر 03 ق م ج.

<sup>2</sup> المادة 01/694 ق م ج.

<sup>3</sup> المادة 2/694 ق م ج

<sup>4</sup> المادتين 776، 777 ق مدني ج، و

<sup>5</sup> المادة 808 ق م ج.

<sup>6</sup> المادة 811 مدني

<sup>7</sup> المادة 823 ق م ج

<sup>8</sup> المادة 830 ق م ج

<sup>9</sup> عن ضمانات فعالية دلالة الشهادة على الحقيقة، ينظر: أحمد بولقسيبيات، الأطروحة، ص 343 وما بعدها

الميل لأحد أطراف الدعوى، كما يجب أن يتحرى أثناء أدائه لها الصدق ويتجنب الكذب: فمن تناقضت شهادته سقطت، كما يجب أن يؤديها عن علم العلم: وعلى أساسه تنقسم الشهادة إلى أنواع<sup>3</sup> المباشرة، والسماع والتسامع، واليمين<sup>4</sup>: وتعني "تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي"<sup>5</sup>، وكذا الإقرار<sup>6</sup>.

وتمحيص هذه البيانات اختصاص أصيل للقاضي لا يمكن أن يسنده لغيره، يمارسه بنفسه ويلجأ للخبرة متى احتاج الأمر لذلك، وكل هذا يحتاج لآجال طويلة، يترتب عنها بطء في الفصل بين المنازعات، وطول بقائها في حالة غير مستقرة مما يؤثر على المراكز القانونية، والحقوق المتنازع عليها.

### الفرع الثاني: الترجيح

يشكل الترجيح<sup>7</sup> القضاء الأبرز لتجسيد السلطة التقديرية باعتبار هذه الأخيرة تمارس بشكل كبير متى امتنع المشرع عن تقييد القاضي بوجوب سلوكه مسلكا معيناً للوصول للحقيقة القضائية؛ إذ أن تقدير الاعتراف أو الإنكار، وكذا حجة كل إثبات يُؤسَسُ عليها الاقتناع الوجداني للقضاة خاضع لسيادة السلطة التقديرية التي يتمتعون بها<sup>8</sup>، مادام ذلك كله سيصل بها لبناء قناعتهم، وتكوين عقيدتهم<sup>9</sup> وهو ما يستوجب الوقوف على معنى الترجيح، ومن ثم استقراء قرارات القضاء للوقوف على التوجه القضائي في الترجيح بين الأدلة.

### (أولاً) مفهوم الترجيح:

الترجيح أساسي للفصل في القضايا، وأثر لإعمال سلطة التقدير، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا في الجزائر: "متى كان من المقرر قانوناً أن للقضاة السلطة التقديرية في مناقشة وتقدير الأدلة وموازنة بعضها ببعض الآخر، وترجيح ما يطمنون إليه متى أقاموا قضاءهم على أسباب سائغة تؤدي إلى

<sup>1</sup> ينظر: العربي شحط عبد القادر ونبيل صقر، ص 162،

<sup>2</sup> شحط عبد القادر ونبيل صقر، ص 217-220.

<sup>3</sup> ينظر المواد 333\_336 ق م

<sup>4</sup> ينظر المواد 343\_350 ق م

<sup>5</sup> العربي شحط عبد القادر ونبيل صقر، المرجع السابق، ص 238

<sup>6</sup> ينظر المواد 341\_342 ق م

<sup>7</sup> من رَجَحَ إذا ثَقَلَ ويعني تفضيل أحد الآراء على غيره، محمد رواس قلعدجي وآخرون، معجم لغة الفقهاء: مرجع سابق، ص 107.

<sup>8</sup> العربي شحط عبد القادر ونبيل صقر، المرجع السابق، ص 178.

<sup>9</sup> العربي شحط عبد القادر ونبيل صقر، المرجع السابق، ص 196.

النتيجة التي انتهوا إليها...<sup>1</sup>، وهو ما قرره محكمة النقض المصرية في قرارات متواترة ترى فيها بأنه: "لقاضى الموضوع السلطة التامة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديمًا صحيحًا، وفي موازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجحه منها، واطراح (رفض) ما عداه، واستخلاص ما يراه متفقًا مع واقع الحال في الدعوى، وحسبه أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق"<sup>2</sup>، فالعبرة في الترجيح على نحو ما سلف بيانه هو أن لا يخرج عن الأدلة المقدمة في الدعوى<sup>3</sup>، كما يجب أن يستند لأسس منطقية يطمئن لها المطلع على القرار، وهو ما يستوجب بسط هذه الأسس ومناقشتها.

### (ثانيا) أسس الترجيح:

إذ أن القاعدة في التزام القاضي بأنه: "لَا يُقَدَّمُ أَحَدٌ إِلَّا بِمُرْجِحٍ"<sup>4</sup>، أي أن هناك معيارا محددًا هو الذي على أساسه يتم تفضيل كفة على كفة سواء بين النصوص أو بين البيئات.

### (01) الترجيح بين النصوص القانونية:

إن التعارض بين النصوص وارد في العمل القضائي كأثر حتمي لغياب سياسة تشريعية متبصرة في المادة العقارية، وكنتيجة لتضخم النصوص التي تعالج هذه المادة مما يتوجب على القاضي أن يُرجح بينها لإسقاط مضمون النص المُرجح على الوقائع محل النزاع، والقاضي في ذلك أمام فرضين، وهما:

<sup>1</sup> المجلس القضائي، الغرفة الجنائية، ملف رقم 41008، قرار بتاريخ 1984/11/20، المجلة القضائية، العدد: 03، السنة: 1993، ص ص 228\_229.

<sup>2</sup> ينظر قرارات محكمة النقض المصرية، ومنها: دوائر الإيجارات: الطعن رقم: 17072 لسنة 76 قضائية جلسة 2018/11/15؛ الدوائر التجارية، الطعن رقم: 6422 لسنة 82 قضائية، جلسة 2018/05/10؛ والطعن رقم: 9772 لسنة 87 قضائية، جلسة 2018/11/22؛ والطعن رقم: 1525 لسنة 85 قضائية، جلسة 2021/06/16؛ الدوائر المدنية، الطعن رقم: 15419 لسنة 90 قضائية، جلسة 2021/12/07؛ والطعن رقم: 8487 لسنة 90 قضائية جلسة 2021/05/22؛ والطعن رقم: 6484 لسنة 90 قضائية، جلسة 2021/01/23.

<sup>3</sup> وبصياغة مقاربة ينص قرار محكمة التعقيب التونسية: "وحيث أن الخوض في فهم الواقع، وتمحيص الأدلة وتقييمها وترجيح بعضها على البعض الآخر ثبوتا أو نفيا يدخل في محض اجتهاد محكمة الأصل في نطاق تعهداتها بالوقائع، ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة التعقيب طالما كانت النتيجة التي انتهت إليها لها ما يدعمها ضمن أوراق الملف ومعلقة تعليلا قانونيا سليما"، القضية عدد: 97406، بتاريخ: 2020/06/17، والقضية عدد 97408، بتاريخ: 2020/06/17، وكذلك القضية عدد 24527، بتاريخ: 2016/06/17

<sup>4</sup> أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهاور الشافعي الزركشي، المنثور في القواعد: فقه شافعي، ج 01، المرجع السابق، ص 174، كما جاء في قرار محكمة التعقيب التونسية: "ولا يكون التعليل كافيا إلا إذا تناول بالدراسة كافة أقوال الخصوم والرد عليها ثم بيان أسباب الترجيح بينها..."، القضية عدد 78916، جلسة 2019/12/06.

**(أ) الترجيح عند اختلاف الدرجة:**

والذي يتحقق عند وجود قانونين مختلفين من حيث قوتها التشريعية، والأمر هنا لا يحتاج لعناء كبير؛ إذ أن دولة القانون تقتضي أعمال معيار التدرج من خلال أعمال القانون الأعلى درجة على النزاع، وطرح الأقل درجة نظراً لما ينطوي عليه من مخالفة، وهو الذي طبقته المحكمة العليا في قرار لها<sup>1</sup> وجدت فيه تنازعا بين الأمر المتضمن للمسح، وقانون الإجراءات المدنية القديم من جهة وبين المرسوم التنفيذي المتعلق بالمسح فبينما لم يشر الأعلان إلى وجوب شهر العريضة عند المنازعة العقارية أشار إلى مرسوم لذلك، فرجحت الأعلان وطرحت الثاني وامتنعت عن تطبيقه<sup>2</sup>.

ويمكن إثارة مسألة مخالفة التشريع الأدنى للتشريع الأعلى حتى من طرف الخصوم أنفسهم متى رأوا ذلك، لا سيما أن المشرع الجزائري قد كرس آلية الدفع الفرعي بعدم الدستورية<sup>3</sup>، وذلك أمام المحكمة الدستورية<sup>4</sup>، والتي هي في رأيي تطبيق عملي لحماية مبدأ التدرج، ومن بين النصوص التي يمكن تحريك هذه الآلية ضدها نجد المادة (386) ق ع، وذلك نظراً لانتهاكها للصياغة القانونية الدقيقة مما ينجز عنه مساس بقابلية الوصول لمعناها الحقيقي دون الاطلاع على القرارات القضائية، والتي لا يمكن للجميع العلم بها، وهو تجاوز للأمن القانوني المكرس دستورياً بموجب المادة 04/34 من الدستور.

**(ب) الترجيح عند تساوي الدرجة:**

والذي يثار عند وجود قاعدتين من نفس الدرجة التشريعية، وهنا يمكن للقاضي أن يستند على معايير معينة لترجيح نص على آخر، ومنها:

**(ب/01) معيار التخصص:** وهو المعروف بعبارة "الخاص يقيد العام"<sup>5</sup> وقد ذهب محكمة النقض

المصرية إلى "اعتبار أن القانون الخاص يقيد القانون العام ويعتبر استثناء عليه وقيداً وإطاراً في

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 264463، قرار بتاريخ 2002/10/09، سبق ذكره.

<sup>2</sup> وقد انتقد الأستاذ بوبشير محند أمقران ذلك معتبر هذا الاجتهاد غير موفق لا من ناحية النتيجة ولا من ناحية التسبب، ينظر: له، **تغيير الاجتهاد القضائي بين القانون والتطبيق**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد: 41، العدد: 02، السنة: 2004، (ص: 154\_186)، ص 155.

<sup>3</sup> تنص المادة 195 من التعديل الدستوري لسنة 2020 على: 'يمكن إخطار المحكمة الدستورية بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام الجهة القضائية أن الحكم التشريعي أو التنظيمي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقوقه وحرياته التي يضمنها الدستور"، وأحالت المادة 196 تطبيق ذلك لقانون عضوي صدر بموجب القانون العضوي رقم:

<sup>4</sup> تم تغيير التسمية بموجب المادة 185 من التعديل الدستوري 2020، إذ كانت التسمية القديمة المجلس الدستوري.

<sup>5</sup> وهو معيار معتمد لدى المحكمة العليا، ينظر: الغرفة المدنية، ملف رقم: 1204496، قرار بتاريخ: 2018/09/19 "أن قضاة المجلس جانبوا الصواب باعتمادهم على المادتين 55 و619 من قانون المدني إذ أن المادة 620 من قانون المدني تنص على أن

تفسيره وتأويله" وإلى أنه "مع قيام القانون الخاص لا يُرجع إلى القواعد العامة المنصوص عليها... إلا فيما فات القانون الخاص من أحكام ، فلا يجوز إهدار أحكام القانون الخاص بذريعة إعمال قاعدة عامة لما في ذلك من منافاة صريحة للغرض الذي وضع من أجله القانون الخاص<sup>1</sup>.

وكمثال لتطبيق هذا المعيار نجد تعارضا بين القواعد القانونية والقواعد الفقهية في مسألة من مسائل الحُبس، فإن الأخيرة هي المرجحة، وهو ما تضمنه قرار للمجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) جاء فيه<sup>2</sup>: "والحالة أن صحة الحُبس أو إبطاله يخضع للشريعة الإسلامية وتطبيق القواعد الفقهية المُستَمَدَّة من أحكامها في هذا الشأن دون اعتبار آخر" متوصلا بذلك إلى استبعاد قانون الثورة الزراعية<sup>3</sup> المبطل لعقد حبس مؤرخ في 1968/06/11 نظرا لمخالفته القواعد الفقهية من جهة، ومبدأ عدم رجعية القوانين من جهة ثانية.

ويتمد الترجيح بين النصوص ليشمل المذاهب الفقهية نظرا لقصور الصياغة التشريعية للمادة (02) من قانون الأوقاف و(222) من قانون الأسرة، حيث أن الصياغة العامة لهما تتيح للقاضي اختيار المذهب المناسب، لاسيما أنه لم يتبن اختيار مذهب فقهي معين، وباستقراء القرارات القضائية في هذه المسألة نجد أن المذهبين السائدين في التصرفات العقارية هما المذهب الحنفي والمالكي<sup>4</sup>، وذلك طبعا بعد البحث عن التكييف الدقيق للوقائع.

(ب/02) **التهاتر**: فالأصل الذي قد أسست له قواعد الإثبات والتفسير أنه إذا تساوت النصوص والبيانات يعمل على التوفيق بينها قدر الإمكان تحت طائلة سقوطهما معا إن استحال ذلك، ويعدل عنها بالرجع للقواعد العامة، وذلك تطبيقا لمبدأ التهاتر المستلهم من "مبادئ الشريعة الإسلامية و التي مؤداها

**الخاص بقيد العام** وأن عقد التأمين الساري المفعول بين الطرفين يخضع لأحكام القانون رقم 95/07 المتضمن قانون التأمين لذا كان يجب تطبيق أحكام هذا القانون رقم 95/07 المتضمن قانون التأمين بدلا من القانون المدني وبالتالي وقعوا في مخالفة المادة 620 من قانون المدني و لما قضى المجلس بهذه الكيفية يكون قد وقع في انعدام الأساس القانوني مما يؤدي إلى النقض".

<sup>1</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 3209 لسنة 84 قضائية، جلسة 2021/01/25.

<sup>2</sup> المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 30954، قرار بتاريخ 1984/12/03، المجلة القضائية، العدد: 04، السنة: 1989، ص ص 82-85.

<sup>3</sup> الأمر رقم 71\_73 المؤرخ 08 نوفمبر 1971، المتضمن الثورة الزراعية، سبق ذكره.

<sup>4</sup> وفي قرار للمجلس الأعلى، مرتبط بالأحوال الشخصية نجد أنها طبقت المذهب الإباضي، إذ جاء في قرارها: "حيث أن القضية التي نحن بصددنا تتميز بصيغة خاصة بالنسبة لعقيدة أهل ميزاب الذين ينتمون إلى المذهب الإباضي والمعروفين بتشبهتهم العميق بالدين وبتقاليدهم العرفية"، له، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 35026، قرار بتاريخ: 1984/12/03، المجلة القضائية، العدد: 03، 1989، ص ص 86\_90.

إذا سقط الأصل يصار إلى البديل ولا حجبية مع تناقض ، فإذا تناقض متساويان تساقطا وتماحيا<sup>1</sup>، مما يعني أن التهاثر هو تساقط الأدلة وتماحيا نظرا لما تحتويه من تناقض يجعل التوفيق بينها مستحيلا.

وهو الذي طبقته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه<sup>2</sup>:

"وحيث أنه وكما هو واضح من النصين السابقين [يقصد بهما المادة 64 و 1/358 من ق إ م إ]، إذ يوجد تناقض بينهما، فأحدهما يقضي على أن البطلان لعب موضوعي جاء على سبيل الحصر<sup>3</sup> في حين أن الآخر يقضي على أن البطلان لعب موضوعي غير محصور في القانون<sup>4</sup>، فكل خرق لقاعدة جوهرية في الإجراءات يعد من أسباب البطلان.

وحيث أنه طبقا للقواعد العامة في تفسير القانون، التي تقضي بأنه إن وجد تناقض بين نصين فيعمل على التوفيق بينهما ما أمكن، فإذا أصبح من المستحيل ذلك فيجب إخضاعهما إلى مبدأ التهاثر حيث إن كل منهما يلغي الآخر، واعتبارهما كأنهما لم يكونا أصلا.

وحيث إنه أصبح من المستحيل التوفيق بينهما فيجب استبعادهما من مجال العمل، وعلى ضوء ذلك يجب أن تخضع المسألة المطروحة إلى حكم القواعد العامة على اعتبار أن مقتضيات العمل الإجرائي الموضوعية متعددة ولا تنحصر في حالتين".

و تعارض النصوص التشريعية راجع بالدرجة الأولى إلى عدم إنضاج النصوص من خلال إعطائها الوقت الكافي للتحضير والإعداد قبل إدخالها حيز النفاذ، وذلك كله أثر ملموس لغياب سياسة تشريعية متكاملة تصاغ فيها الجزئيات وفق الأسس المنصوص عليها في الكليات.

## (02) الترجيح بين البيئات<sup>5</sup>:

<sup>1</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 3209 لسنة 84 قضائية.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 0944059، بتاريخ 10/09/2015، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2015، ص 113\_117.

<sup>3</sup> وهما: انعدام الأهلية للخصوم، وانعدام الأهلية أو التفويض للممثل الشخص المعنوي.

<sup>4</sup> تنص الفقرة الأولى من المادة 358 أن من بين الأوجه المعتبرة في الطعن وجود مخالفة جوهرية في الإجراءات.

<sup>5</sup> لقد تضمنت المادة (03) من مدونة الحقوق العينية على مجموعة من قواعد الترجيح فقد نصت على: "إذا تعارضت البيئات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على عقار، وكان الجمع بينها غير ممكن، فإنه يُعمل بقواعد الترجيح ومن بينها:

\_ ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه.

\_ تقديم بيئة الملك على بيئة الحوز

\_ تقديم بيئة النقل على بيئة الاستصحاب

\_ تقديم بيئة الاثبات على بيئة النفي

\_ تقديم بيئة الأصل على خلافها أو ضدها

وأما بين البيّنات<sup>1</sup> (أدلة الإثبات)، فإن استقراء القرارات القضائية يجعلنا نقف على مجموعة من الحالات للترجيح على أسس معينة، وهي:

(أ) **الترجيح بالقوة**: ونقصد به تغليب الأمر الذي يفوق الآخر، من حيث شدة وضوحه سواء في معناه أو في مبناه (طبيعته)؛ إذ يترجح الدليل الأقوى ويترك العمل بالأدنى، وعلّة ذلك أن الأول كاف بذاته فلا يحتاج لسواه لإثبات الواقعة محل الإثبات على عكس الدليل الأقل وضوحاً فإنه يحتاج لتفسير وتأويل، وهو ما يجعله محل شك مما يضعف وزنه في عملية المفاضلة<sup>2</sup>.

ومن أبرز الأمثلة التي سنعمد عليها هو رُجحان السند الرسمي عما سواه باعتبار المشرع قد أسبغ عليه حماية خاصة تفوق باقي الأدلة، مما يجعل صاحبه يتمتع بالأفضلية في حال نشوء نزاع<sup>3</sup>، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا عند مفاضلتها بين **العقد الرسمي والعقد العرفي**: "إن تغاضي وتجاهل جهة الاستئناف للعقدين الرسميين اللذين لهما قوة ثبوتية قاطعة واقتصارها على مناقشتها للعقد العرفي المحتج به من طرف المطعون ضده **مرحجة** ضمناً له على العقدين الرسميين الذي يُستلزم لدحضهما الاستظهار بحجة مماثلة لهما في **القوة** قانون أو أكثر"<sup>4</sup>، وهو توجه صريح أن العقد الرسمي يفوق العقد العرفي قوة، والذي يجد أساسه في المادة 05/324 من القانون المدني من جهة، وفي المنطق من جهة ثانية إذ أن العقد العرفي في المجال العقاري هو عقد معدوم، وبالتالي لا يمكن أن يكون له أي أهمية في عملية الترجيح.

\_ تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد.

\_ تقديم البيّنة المؤرخة على البيّنة غير المؤرخة.

\_ تقديم البيّنة السابقة على البيّنة اللاحقة.

\_ تقديم بيّنة التفصيل على بيّنة الإجمال"

<sup>1</sup> ينصرف مصطلح البيّنة لمعنيين فالأول عام يراد به الدليل على إطلاقه، والثاني خاص يراد به الشهادة حصراً، والذي يعيننا هنا هو المعنى العام ينظر: بكوش يحي، **أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي: دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة**، المرجع السابق، ص 189.

<sup>2</sup> يحي بكوش، **الأحكام القضائية وصياغتها الفنية: إعدادها، تسيبها، عيوبها والترجيح بين الأدلة**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص 125.

<sup>3</sup> راجع تعريف الأفضلية، عبد الكريم صالح عبد الكريم، **نظرية ترجيح السند الأفضل في تزامم الحقوق: دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني**، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص ص 198\_199.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 176264، بتاريخ: 1998/11/18، المجلة القضائية، العدد: 02، 2001، ص ص 116\_119.



كما أنه إذا عقدت المقارنة بين الدفتري العقاري وبين الشهادة فإن الأول مرجح؛ إذ "لا يمكن الاعتماد على شهادة الشهود لإثبات عكس ما يتضمنه الدفتري العقاري في مجال الملكية العقارية"<sup>1</sup>، وعلّة الترجيح أن "الدفتري العقاري، وباعتباره سندا للملكية لا يسلم إلا بعد استكمال التحقيق والإجراءات المقررة قانونا، وليس بالاعتماد على مجرد تصريحات"، فاكتماله للقوة الثبوتية راجع لكونه مستندا لسند الملكية طبقا لمقتضيات المرسومين 76-72، و76-63<sup>2</sup>، وهو الذي أرسنه صراحة من خلال قرار آخر جاء فيه: "العقد التوثيقي المشهر يتمتع بالحجية المطلقة، ولا يمكن إثبات عكس مضمونه إلا بالتزوير" لتخلص إلى "عدم إمكانية القاضي لإبطال هذا العقد استنادا إلى أقوال شاهدي العقد بعد رفضه دعوى التزوير لما في ذلك من مساس بقيمة العقد"<sup>3</sup>.

كما أنه من جهة أخرى لا يمكن الاستناد إلى مجرد القرائن للامتناع عن تنفيذ فحوى عقد رسمي لما في ذلك من مساس بقيمة العقد، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر قانونا أن للعقد الرسمي حجته تجاه أطرافه فيما أقروا به أمام الموثق، وأنه لا يجوز عرقلة تنفيذه اعتمادا على مجرد قرائن مستنتجة من ملاسبات ووقائع النزاع لما في ذلك من إهدار لقوة العقد الرسمي"<sup>4</sup>، وهو رأي سديد للقضاء؛ إذ أن القرائن قد لا تصل إلى الحقائق دائما، كما أن العقد الرسمي وجب الالتزام بما فيه مادام ساري المفعول، فالذي يشككي من عقد معين له أن يسلك السبل المرسومة قانونا، وهو الطعن في العقد بالتزوير سواء عن طريق الدفع الأصلي أو الدفع الفرعي.

**(ب) الترجيح بالمدلول:** والذي يتم إعماله عند تساوي الأدلة، إذ أن ثمة فروق يمكن من خلالها بيان ترجيح دليل على آخر، ومن خلال الوقوف على مجموع القرارات الصادرة عن القضاء الوطني والمقارن يمكن الوقوف على مجموعة منها، سواء على مستوى الاستحقاق أو على مستوى الحيازة، وذلك على النحو التالي:

### (ب/01) على مستوى الاستحقاق:

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 1023923، بتاريخ 2016/12/15، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2016، ص 138.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 259635، بتاريخ: 2004/04/21، المجلة القضائية، العدد: 01، 2004، ص 333\_337.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 739034، بتاريخ 2021/11/14، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2013، ص 315\_319.

<sup>4</sup> المجلس الأعلى، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 37117، قرار بتاريخ: 1985/04/20، المجلة القضائية، العدد: 01، 1990، ص 110\_112.

ويعرف الاستحقاق بكونه: "رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله"<sup>1</sup>، كما يعرف بأنه: هو الحكم بإخراج المدعي فيه الملكية من يد حائزها إلى يد المدعي بعد ثبوت السبب والشروط وانتفاء الموانع"<sup>2</sup>، كما يعرف بأنه: "هو أن يكون شيء بيد شخص ثم يظهر أنه حق شخص آخر بما تُثبت به الحقوق شرعا"<sup>3</sup>، كما يمكن القول أن الاستحقاق هو وجود ادعاءات مختلفة بالملك، وهذا الأمر ممكن التصور في التشريع الجزائري لا سيما لتنوع أسباب الملك.

فقد نص القانون المدني طرقاً محددة لاكتساب الملك وهي الاستيلاء<sup>4</sup>، والتركة<sup>5</sup>، والوصية<sup>6</sup>، والالتصاق بال عقار<sup>7</sup>، و عقد الملكية<sup>8</sup>، والشفعة<sup>9</sup>، والحيازة<sup>10</sup>، وهي المواد التي تشكل المنطلق الأولي لدحض المسلك القضائي المضمن في قرار المحكمة العليا، والذي جاء فيه: "من الثابت قانوناً أن الدفتر العقاري هو الدليل الوحيد لإثبات الملكية العقارية"<sup>11</sup>، وهذا القرار يجد دعماً له من قرار صادر عن مجلس الدولة وقد بين هذا الأخير المقصود بالعقود الرسمية في مجال إثبات الملكية في قرار جاء فيه: "من المستقر عليه قانوناً أن الملكية العقارية لا تُثبت إلا بموجب سندات رسمية تتمثل في العقود الرسمية وهي العقود التوثيقية والعقود الإدارية المشهورة بالمحافظة العقارية"<sup>12</sup>.

وهما \_في تقديري\_ يفتقدان للأساس القانوني السليم لما في ذلك من إنكار لباقي الأسباب لا سيما الحيازة التي تعد أساس ممارسة الملك لدى الكثير من المواطنين من جهة ولعدم اتمام عملية المسح من جهة ثانية، وهو الأمر الذي جعل من القضاء الدستوري المصري يحكم بعدم دستورية المادة التي نصت

<sup>1</sup> أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الحليل لشرح مختصر خليل، المجلد السابع، ط 02، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007، ص 341.

<sup>2</sup> المصدر نفسه، ص 341.

<sup>3</sup> أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، المرجع السابق، ص 323.

<sup>4</sup> انظر: المادة 773 من القانون المدني.

<sup>5</sup> انظر: المادة 774 من القانون المدني.

<sup>6</sup> انظر: المواد 775\_777 من القانون المدني.

<sup>7</sup> انظر: المواد 778\_791 من القانون المدني.

<sup>8</sup> انظر: المواد 792\_793 من القانون المدني.

<sup>9</sup> انظر: المواد 794\_807 من القانون المدني.

<sup>10</sup> انظر: المواد 808\_842 من القانون المدني.

<sup>11</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم: 197920، بتاريخ: 2000/06/28، المجلة القضائية، العدد: 01، 2001، ص 249\_253.

<sup>12</sup> مجلس الدولة، قرار رقم 024778، مؤرخ في 2006/06/28، مجلة مجلس الدولة أو متاح على الموقع التالي

على عدم جواز إعمال التقادم في الحقوق المشهورة<sup>1</sup>، وقد استند في ذلك لأدلة كثيرة فقد جاء في قراره<sup>2</sup>: "أن النص المطعون فيه قد أخل بالحماية التي كفلها الدستور لحق الملكية؛ وأقام فيما بين الحقوق العينية الأصلية تمييزاً من جهة أسبابها لا يستند إلى أسس موضوعية تقتضيها طبيعة القيد في السجل العيني"، كما اعتبر من جهة ثانية "أن الحقوق التي يطلب أصحابها قيدها في السجل استناداً إلى وضع اليد، لا يجوز إثباتها إذا كان في المحررات المشهورة ما يناقضها، يعتبر انفلاتاً عن كل منطق ذلك أن التقادم، طويلاً كان أم قصيراً \_وعلى ما تقضى به المادتان (968، 969) من القانون المدني على التوالي \_ يعتبر سبباً ناقلاً للملكية من أصحابها فإذا كان طويلاً تمحض حيازة استتال زمنها مع اقترانها بقصد استعمال الحق موضوعها، فإن كان قصيراً، فإن واقعة الحيازة يظل لها دورها، وإنما ينبغي أن يدعمها حسن نية الحائز، واقتران يده على الشيء محلها بما يكون سبباً صحيحاً وفقاً للقانون"، كما جعل القرار فرصة سانحة للرد على من يدعي أن سريان قانون السجل العيني هو إلغاء ضمني لمواد الحيازة بنصه على:

"وحيث إن القول بأن قانون السجل العيني، يعتبر بالنصوص التي تضمنها \_ ملغياً أحكام القانون المدني في شأن الحيازة المكسبة للملكية، مردود أولاً: بأن الأصل في النصوص القانونية، هو أن تتحدد مضامينها على ضوء موضوعها، وبمراعاة مقاصدها، وبما لا يُخْرِجُ عبارة تضمنها النص عن سياقها، ولا شأن لقانون السجل العيني بمصادر الحقوق العينية الأصلية في غير مجال إثباتها، ومن ثم ببقائها، محصاً على ضوئها طبيعة الحقوق التي يراد إثباتها في السجل ونطاقها، متوخياً من رصدها وتحقيق مشروعيتها، أن يحل تدريجياً محل نظام يكون الشهر فيه شخصياً، وليس للتسجيل بمقتضاه، ما للقيد في السجل العيني من أثر.

ومردود ثانياً: بأن تعلق قيد الحقوق العينية في السجل العيني بمجال إثباتها، هو ما تنص عليه المادة الأولى من قانون إصدار قانون هذا السجل، وكذلك الفقرة الأولى من المادة (37) من هذا القانون اللتان تصرحان بأن شهر المحررات مرتبط بإثباتها في السجل وفقاً للشروط والأوضاع

<sup>1</sup> وجب التمييز بين مرحلتين في مصر تمتد الأولى من 1964\_1998 إذ كانت المادة 37 من القانون 142 لسنة 1964 الخاص بنظام السجل العيني سارية، وتقضي بأن: "يكون للسجل العيني قوة إثبات لصحة البيانات الواردة فيه، ولا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل"، أما المرحلة الثانية فهي تمتد من 1998 ليومنا إذ صدر الحكم الدستوري 42 لسنة 17 قضائية، المؤرخ 6 يونيو سنة 1998، والذي حكم بعدم دستورية هذه المادة مما ترتب عنه إسقاطها، وبالتالي إجازة التقادم في الحقوق المسجلة بالسجل العيني

<sup>2</sup> الحكم الدستوري 42 لسنة 17 قضائية، المؤرخ 6 يونيو سنة 1998.

المنصوص عليها في القانون، وأن مؤدى إثباتها فيه، إسباغ قوة مطلقة على بياناتها، فلا تتزعزع صحتها.

**ومردود ثالثاً:** بأن إلغاء النصوص القانونية وعلى ما تقضى به المادة الثانية من القانون المدني. إما أن يكون صريحاً أو ضمناً، وهو لا يكون ضمناً إلا إذا أعاد المشرع تنظيم موضوعها بما يناقض النصوص التي كان قد قررها في شأن هذا الموضوع ويفترض ذلك أن يكون التنظيم القديم والجديد، دائرين حول المسائل عينها، وأنها تعامدا بالتالي على محل واحد ولا كذلك القانون المدني وقانون السجل العيني، ذلك أن أولهما لا يتناول الحقوق العينية إلا على صعيد أسبابها التي تنشئها أو تنقلها، بعد استكمالها لعناصرها. ولا يتصور أن يكون قانون السجل العيني وباعتباره لاحقاً للقانون المدني. معدلاً من روافد حقوق لا يعنى بغير إثباتها<sup>1</sup>.

فهذا القرار متعدد الوظائف؛ فمن جهة يُصَحِّح المفاهيم من خلال التأكيد على عدم وجوب التمييز بين أسباب الملك لمساس ذلك بمبدأ تكافؤ الفرص، كما ينفي أي ارتباطية بين قانون السجل العيني والحيازة لاختلاف موضوعاتهما؛ مما لا يُتَصَوَّرُ معه أن يصبح فيه الأول معدلاً للثاني، مما يجعل كلا القانونين ساريين، مما يتعين معه تطبيق التقادم متى حُقِّقَت شرائطه بغض النظر عن الشهر من عدمه. فالأساس الذي يحتم له القاضي في الترجيح بين التقادم والعقد باعتبارهما سبب للملك لا نجد له أساساً في التشريع الجزائري؛ إذ أنهما متساويان في القيمة مادام المشرع لم يخصص أحدهما بالترتيب، وهو ما يستدعي إعمال المادة الأولى من القانون المدني التي تستدعي العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يُنظَّمه النص المدني، وبالعودة لهذه الأخيرة نجد أنه إذا تساوت البيئتان حُكِمَ بتهاترهما (تماحيهما) ويحكم لواقع اليد مع اليمين<sup>2</sup>؛ لأنها أقصى ما يستدل به على الملك، إذ أنها هي مرجع الدلالة كلها فيُكْتَفَى بها<sup>3</sup>، وهو الأساس<sup>1</sup> الذي نراه صواباً ونقر به وفقاً لما سبق بيانه.

<sup>1</sup> الحكم الدستوري 42 لسنة 17 قضائية، سبق ذكره.

<sup>2</sup> غير أن في الفقه الإسلامي حلاً أخرى لحل هذا التعارض وتتمثل في إمكانية جعل هذا الملك وفقاً بين مدعي الملك خاصة إن كان كلاهما حائزاً، كما يمكن إجراء قسمة بينهما كل بالنسبة التي يدعيها فلو أدعى كل منهما العقار كاملاً قسم بينهما مناصفة، ينظر: برهان الدين ابن فرحون، ج 01، المرجع السابق، ص 264.

<sup>3</sup> راجع في مسألة ترجيح واضح اليد:

— برهان الدين أبي الحسن المرغيناني، **الهداية: شرح بداية المبتدي، مع شرح العلامة عبد الحي اللكنوي**، ج 05، ط 01، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1417هـ، ص ص 432-433، أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 211، أبي الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 02، ص 415، برهان الدين ابن فرحون، **المرجع السابق**، ص 264.

وقد يقع التزاحم بين نفس السبب كأن يبيع شخص نفس العقار مرتين أو أن تكون سندات مشهورة وأخرى غير مشهورة، فهنا تضافرت قرارات المحكمة العليا في جعل الشهر معياراً للترجيح، فجاء في قرار أول: "العبرة في نقل الملكية في حال وجود عقدين بتاريخ الشهر، وليس بتاريخ تحرير العقد"<sup>2</sup>، كما ورد في قرار ثان: "تكون الأولوية للعقد الإداري المشهر على الحكم القضائي غير المشهر عند المنازعة في الحقوق الواردة فيهما"<sup>3</sup>، وتدعيماً لذلك نص قرار ثالث على: "تنتقل الملكية في حال تصرف بائع في عقار مرتين بعقدين توثيقين إلى المشتري حائز العقد التوثيقي الأسبق في الشهر"<sup>4</sup>، وهي كلها قرارات تجد أساسها في المادة (697) التي لا ترتب انتقال الحقوق إلا من تاريخ شهرها.

غير أن ثمة استثناء على قاعدة أسبقية الشهر وهي الحالة التي يشتري فيها شخصان عقارين فبينما يشتريه الأول من مالكة غير أنه تماطل في شهره، أما الثاني فاشتره من غير مالكة وبطريقة ما استطاع أن يشهره فالأولوية هنا للذي اشترى من المالك الحقيقي، لأن تصرف غير المالك لا ينقل الملك إلا إن أجازه المالك الأصلي<sup>5</sup>.

**(ب/02) على مستوى الحيابة:** والتي يمكن القول أنها تشكل النموذج الحر للإثبات في القانون العقاري، والذي يجد تصوره الأولي في المادة (80) من قانون الثورة الزراعية، والتي تنص على: إذا تبين من التحقيق المنصوص عليه في الفقرة 02 من المادة (77) من هذا الأمر بأن أرضاً زراعية أو معدة

\_ شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخيزة، ج 10، ط 01، دار الغرب الاسلامي، لبنان، 1994، ص 178، 193، 194.

\_ محمد العزيز جعيط، الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، ط 02، مكتبة الاستقامة، تونس، ب س، ص 72، 73.

\_ أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق: محمد عبد العزيز الدباغ، ج 05، ط 01، دار الغرب الاسلامي، لبنان، 1999، ص 05.

\_ عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، فتح العلم الخلاق في شرح لامعة الزقاق، تحقيق: رشيد البكاري، ط 01، دار الرشاد الحديثة، المغرب، 2008، ص 312\_315.

<sup>1</sup> وقد رأى أحد فقهاء الحنفية أن القضاء هنا هو قضاء ترك أي ترك الأوضاع على حالها عكس الجمهور (المذاهب الأربعة) الذين يرون أنه قضاء استحقاق لوضع اليد، ينظر: سليم علي مسلم الرجوب، المرجع السابق، ص 202.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 243402، بتاريخ 2003/03/19، المجلة القضائية، العدد 02، 2003، ص 231-234.

<sup>3</sup> مجلة المحكمة العليا، 2012، العدد: 02، ص 376.

<sup>4</sup> مجلة المحكمة العليا، 2013، العدد: 02، ص 341.

<sup>5</sup> عبد الكريم صالح عبد الكريم، نظرية ترجيح السند الأفضل في تزامم الحقوق: دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، المرجع السابق، ص 291، 292.

للزراعة غير تابعة لصنف أراضي العرش وواقعة تحت حيازة فعلية تنسم بالحيازة الهادئة والعلنية والمستمرة، وغير المنقطعة ولا العابرة ولا المبهمة منذ مدة 05 سنوات على الأقل و17 سنة على الأكثر... وأنها حاصلة بدون عنف أو تعد ثم زيادة على ذلك قد نتج عنها تحسين هام لتلك الأرض فإن الحائز لتلك الأرض من الغير يصبح مستحقا لها على وجه الأولوية..."

كما تجده أيضا في المادة (818) ق م ج إذ تنص على أنه: "إذ لم يكن من فقد الحيازة قد مضت على حيازته سنة فلا يجوز له إلا أن يسترد الحيازة إلا ممن لا يستند إلى حيازة هي أحق بالترفضيل، والحيازة الأحق بالترفضيل هي الحيازة القائمة على سند قانوني فإن لم يكن لدى أي من الحائزين سند أو تعادلت سندتهما كانت الحيازة الأسبق في التاريخ"، والسندات المثبتة للحيازة متنوعة مثل شهادة الحيازة، وعقد الشهرة، وهذا هو الأساس المعتمد من المحكمة العليا عند المفاضلة للفصل في الاعتراض على الترقيم المؤقت فقد جاء في قرارها الأول: "الفصل في الاعتراض على الترقيم المؤقت يكون على ضوء الترجيح أو المفاضلة بين السندات المقدمة من قبل الأطراف من حيث قوتها الإثباتية، وعند الاقتضاء على أساس الحيازة الأحق بالترفضيل"<sup>1</sup>.

ووجب القول أن نطاق اثبات الحيازة أوسع من التقادم إذ "يمكن التمسك بالحيازة على أملاك الدولة، والمطالبة بحمايتها في مواجهة الغير جائز"<sup>2</sup>، كما جاء في قرار آخر: "ولما قرر قضاة المجلس بأن الحيازة لا تجوز في الأملاك فإن هذا التأسيس خاطئ لأنه لا يوجد أي نص قانوني يتحدث على منع الحيازة في الأملاك العقارية التابعة للدولة التي تمنح للأشخاص بموجب شهادة إدارية من أجل استغلالها والانتفاع بها مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>3</sup>، وفي قرار ثالث: "يجوز الدفع بحيازة أراضي الدومين الخاص للدولة في مواجهة الغير ويتعين على قضاة الموضوع في حالة النزاع البحث عن الحائز الحقيقي طبقا لما هو مقرر قانونا"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 246259، بتاريخ: 2004/02/25، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، ص 383\_388.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 196049، بتاريخ 2000/04/26، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 02، 2004، ص ص 289-293.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 181645، بتاريخ 1998/06/24، المجلة القضائية، العدد 01، 1999، ص ص 72-72.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 483406، بتاريخ 2008/11/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2009، ص ص 219-222.

فالناتج عن ذلك كله أن الحيازة لا تشترط توافر السند لإثباتها، إذ أنه "لا تُطَلَبُ أسانيد الملكية في دعوى الحيازة، ويتعين الاكتفاء بالبحث عن الحيازة"<sup>1</sup>، وأن أي اشتراط لذلك يتنافى وقواعد الإثبات في هذه المسألة<sup>2</sup>، ووجب التوضيح هنا كذلك أن ترجيح الحيازة على العقود الرسمية التي قد يحتج بها من أحد أطراف التداعي هو ترجيح منطقي مادام أن المسألة المراد إثباتها هي الحيازة<sup>3</sup>، وليس الملك. كما أن الحيازة كثيرا ما تعتمد على الشهادة لإثباتها، ومنها عقود الشهرة التي يتجه الفقه لاعتبارها كذلك إذ أنها مبنية على الشهرة أي ما اشتهر بين الناس<sup>4</sup>، وهو ما تؤكد المحكمة العليا في قراراتها "لما كان عقد الشهرة عقدا تصريحيا، ويمكن دحضه بتقديم الدليل العكسي، فإنه يتعين على القضاة في حالة النزاع التحقق من الحيازة الأفضل"<sup>5</sup>، وتأكيدا لهذا التوجه جاء في قرارين آخرين لنفس المحكمة: "عقد الشهرة ولئن كان عقدا رسميا فإنه عقد تصريحى يحزر اعتمادا على تصريحات المستفيد منه لا غير، مما يجعله قابلا لدحض ما ورد فيه بالدليل العكسي"<sup>6</sup>، فالعبرة هنا إذا بالبحث عن الحيازة المحققة لشروطها.

والأصل في الشهادة أن تكون مفصلة غير مجملة<sup>7</sup>، وهو ما يقتضي إيراد الكلام على وجه دقيق لا ينطوي على معاني متعددة<sup>8</sup>، فإن جاءت عامة وجب على القضاة استغلال الوسائل المتاحة لهم للوقوف على حقيقتها، وفي ذلك قرار للقضاء الجزائري جاء فيه: "إن الاقتصار في القرار على أن أقوال

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 207918، بتاريخ 2001/02/28، المجلة القضائية، العدد 02، 2003، ص ص 299-302.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 180876، بتاريخ 1998/09/30، المجلة القضائية، العدد 02، 1998، ص ص 33-36.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 181645، بتاريخ 2002/05/22، المجلة القضائية، العدد 01، 2003، ص 326.

<sup>4</sup> يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 191.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 251665، بتاريخ 2003/09/24، المجلة القضائية، العدد 02، 2003، ص ص 249-252.

<sup>6</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 251665، بتاريخ 2003/09/24، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 03، 2010، ص ص 291-295.

<sup>7</sup> ينظر: محمد رواس قلعجي وآخرون، معجم لغة الفقهاء: مرجع سابق، ص 21، محمد العزيز جعيط، المرجع السابق، ص 72، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق، 189، وكذلك: المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 37501، قرار بتاريخ: 1985/09/23، العدد: 01، 1989، ص ص 95\_98.

<sup>8</sup> محكمة النقض المغربية، ملف شرعي عدد: 2004/1/2/228، المؤرخ: 2005/01/26، منشور في عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في الترحيح بين البسات والحجج، ط 01، منشورات دار القضاء، المغرب، 2014، ص 86، عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، المرجع السابق، ص 310.

الشهود كانت عامة وضعيفة وأن شهادتهم كانت سماعية لا ترمي إلى حجة الشهادة تجعله قاصر البيان ضعيف البنيان في الوقت الذي فيه للمجلس وسائل يتوصل بها إلى استجلاء عموميتها ورفع الإبهام الحاصل فيها...<sup>1</sup> ، فالحكم بناء على هذه المقننات يُمكن القاضي تكوين شهادة مبنية على الإحاطة والتيقن<sup>2</sup>، إذ أن الشهادة التي ترد على سبيل الاحتمال يسقط بها الاستدلال ولا يمكن الحكم على أساسها<sup>3</sup> لمجاافة ذلك للعدالة.

كما أن الأصل فيها ألا تكون متناقضة إذ أن القاعدة المقررة شرعا تنص على أن التناقض في الشهادة يزيل أثرها ويمنع البناء عليها<sup>4</sup>، وذلك يستوجب ألا يشهد الإنسان إلا بما علمه يقينا برؤية أو سماع أو سماع فاش<sup>5</sup> حصرها الفقهاء في عشرين حالة منها إثبات الملك لصاحبه<sup>6</sup>، والتي لا يمكن إلا لمن في يده العقار أن يستدل بها أما مدعي خلاف ذلك فلا يمكن له توظيفها في عملية الإثبات<sup>7</sup>، ففي حال شهادته على الحيازة المؤدية للملك عليه أن يبين أن المشهود له واضح يده، وأنه يتصرف تصرف المالك وينسب العقار إليه مع بيان المدة التي قد عاينها في ذلك<sup>8</sup>، وكذا في حال الشهادة بالميراث والملك وبأن صاحبهم لم يفوتهم (لم تخرج من ملكه) لا بهبة ولا ببيع أو غيره<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 35992، قرار بتاريخ: 11/03/1985، العدد: 01، 1989، ص 86\_88.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، ملف رقم: 0851807، قرار بتاريخ: 12/02/2015، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2015، ص 235\_238.

<sup>3</sup> المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 35992، قرار بتاريخ: 11/03/1985، سبق ذكره.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، ملف رقم: 58788، بتاريخ: 19/03/1990، المجلة القضائية، العدد: 01، 1991، ص 59\_61.

<sup>5</sup> وهو ما تسميه المجلس الأعلى بالشهادة المستفيضة، له، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 35026، قرار بتاريخ: 03/12/1984، المجلة القضائية، العدد: 03، 1989، ص 86\_90.

<sup>6</sup> حول شهادة السماع ينظر: أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، المرجع السابق، ص 302، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق، 161، عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، المرجع السابق، ص 302.

<sup>7</sup> أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الحليل لشرح مختصر خليل، المجلد الثامن، ط 02، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007، ص 228.

<sup>8</sup> محمد العزيز جعيط، المرجع السابق، ص 47.

<sup>9</sup> برهان الدين ابن فرحون، المرجع السابق، ج 02، ص 15.



ويعتبر **التاريخ** معياراً للترجيح إذ البينة المؤرخة ترجح على البينة غير المؤرخة (المطلقة)<sup>1</sup>، لما في ذلك من دلالة على تاريخ نشوء الحق، وهو المعيار الذي ضمنه المشرع في المادة (328) ق م، والتي تنص على: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت"، وقد ذكرت المادة أربع حالات: من يوم تسجيله، من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، من يوم التأشير عليه على يد ضابط مختص، أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء.

كما أن **العدالة في الشهادة**<sup>2</sup> تعتبر مرجحة لشهادة شخص على آخر، والعدالة معيار يمكن للمحكمة أن تتبين منه كأن تتأكد من أنه لم يسبق الحكم على الشهود في جرائم تتعلق بخيانة الأمانة والنصب والتزوير، فذلك أرعى لها وأدعى لأن تصدر حكمها عن شهادة موثوقة تعطي لكل ذي حق حقه، وقد ذهب جانب من الفقه أنه في حال تساوي بينتهما في العدالة فإن المال يقسم بينهما بعد يمينهما<sup>3</sup>، وتكتملة لهذا المعيار فإنه لا عبرة بزيادة العدد؛ إذ أن الإقرار بذلك مدعاة لشهادة الزور، من خلال إحضار كل طرف في الخصومة أكبر عدد من الشهود ليحكم له<sup>4</sup>.

كما يمكن الترجيح من خلال **استصحاب الأصل**<sup>5</sup> وهو تقديم الحالة العامة التي توجد عليها الأشياء عادة؛ بحيث لا حاجة لدليل خاص لإثباتها، ومثاله الأصل براءة الذمة، الأصل في الأشياء الإباحة، الأصل في الإنسان الصحة والمرض مجرد عارض، وقد جاء في قرارين لمحكمة النقض المغربية تفعيلاً لهذا المرجح "وإذا كان الأصل مشاعاً فإن الأصل هو الاستصحاب أي بقاء حالة الشيع إلى حين ثبوت وقوع القسمة لأن الشريك يحوز لنفسه ولشريكه"<sup>6</sup>، وهو ما جاء في حكم آخر: "إذا ثبت الشيع فالأصل

<sup>1</sup> أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 211، عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني، **النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات**، المرجع السابق، ص 36 وما بعدها، عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، المرجع السابق، ص 309.

<sup>2</sup> أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني، **الشر الداني في تقريب المعاني**: شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، تحقيق: محمد عبد السلام محمد سالم، دار الحديث، مصر، 2006، ص 545، الدردير 211، يحي بكوش، **الأحكام القضائية وصياغتها الفنية: إعدادها، تسببها، عيوبها والترجيح بين الأدلة**، المرجع السابق، ص 124، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، المرجع السابق، ص 189، عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني، **النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات**، المرجع السابق، ص 34، عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، المرجع السابق، ص 307.

<sup>3</sup> أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، المرجع السابق، ص 296.

<sup>4</sup> محمد العزيز جعيط، المرجع السابق، ص 69.

<sup>5</sup> يحي بكوش، **الأحكام القضائية وصياغتها الفنية: إعدادها، تسببها، عيوبها والترجيح بين الأدلة**، ص 120، 121، ومحمد العزيز جعيط، المرجع السابق، ص 71، 72، عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، المرجع السابق، ص 309.

<sup>6</sup> محكمة النقض المغربية، ملف عقاري عدد: 2002/01/02/389، المؤرخ في: 2003/04/09، عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البيات والحجج، المرجع السابق، ص 50\_53.

هو استصحاب الأصل وبقاء الاشتراك ويقع على من يدع إنهاء الشياخ اثباته<sup>1</sup>، إذ لا حيازة بين الورثة والشركاء طال الزمان أم قصر فلا يستحقونه بتقدمه في أيديهم إلا أن أثبتوا انتقاله لهم بهبة أو بيع<sup>2</sup>. وتتمه لهذا المعيار فإن أدلة الإثبات مقدمة على أدلة النفي<sup>3</sup>، ومثال ذلك إذا تنازعا في وصية، فبينما يرى الأول أنها قد تمت وهو في تمام عقله، ويرى الثاني عكس ذلك فإن التي تثبت تمام العقل هي المقدمة، ومثال ذلك أيضا اختلافهم في حوز الهبة من عدمه فترجح المثبتة له لا سيما إن اقترن ذلك بحوز وقت النزاع، والعلة من ذلك أن الشهادة بالحيازة تثمر حكما وتوجب حقا، وإثبات الشيء أولى من إهماله.

كما يمكن الترجيح على أساس العدد عند وقوع التناقض بين خبرتين، والذي يقصد به: أن تثبت إحداها ما تنفيه الأخرى بشكل كلي أو جزئي، ومثال ذلك أن تشير إحدى الخبرتين إلى أن الضرر واقع بينما نفته خبرة أخرى، وقد أجابت المحكمة العليا عن ذلك بتبني اتجاهين:

فبينما يرى الاتجاه الأول أنه: "من المقرر قانونا أن القضاء بتفضيل خبرة عن أخرى يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع التي خولها لهم القانون"<sup>4</sup>، وهو نفس ما أخذت به محكمة النقض المصرية إذ جاء في قرار لها أن: "عملية المفاضلة بين التقارير يخضع لتقدير محكمة الموضوع إذ لها أن تجزئ التقرير فتأخذ ما تطمئن إليه، وتطرح ما عداه.. وإذا أخذت بأحد التقارير دون الأخرى فإن ذلك يعني ضمنا طرحها لباقي التقارير لعدم اطمئنانها لهم..."<sup>5</sup>.

فبناء على هذا الرأي فالقاضي له صلاحية اختيار أحد التقارير دون الأخرى، بل أكثر من ذلك له صلاحية تجزئة الخبرة من خلال أخذ ما يطمئن له وبناء حكمه عليه، أما ما لا يطمئن له فيستبعده من عملية الإثبات.

<sup>1</sup> المرجع نفسه، ص 79.

<sup>2</sup> وراجع فيها قول ابن القاسم عن مالك أنه في حال ميراث أخوين دارا فيموت أحدهما وترك زوجة أو ولدا وللذان وجدا أن العم يدعي أن الباقي له دون أخيه فإنه لا يقبل منه، وهي بين الأخ الحي وورثة الأخ الميت، ينظر: أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، المرجع السابق، ص 17.

<sup>3</sup> محمد العزيز جعيط، المرجع السابق، ص 71، عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، المرجع السابق، ص 307.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 33801، قرار بتاريخ: 1985/01/09، المجلة القضائية، العدد: 04، 1993، ص 22-24، وكذلك، الغرفة التجارية ملف رقم: 320730، قرار بتاريخ: 2003/09/09، المجلة القضائية، العدد: 01، 2003، ص 298-302.

<sup>5</sup> محمد أحمد عابدين، الأدلة الفنية للبراءة والإدانة في المواد الحنائية، دار الفكر الجامعي، مصر، بدون سنة، ص 20.

ولكن يعاب في تقديرنا على هذا الرأي أن ترك الاختيار لسلطة التقدير فقط يمكن أن يجعل تقدير القاضي دون اعتماد رأي محايد يتم على أساسه الترجيح مساسا بكفاءة الأدلة<sup>1</sup>، ولذلك ظهر رأي آخر، والذي يمثل الاتجاه الثاني، والذي يرى أنه: "إذا ثبت وجود تناقض بين الخبرتين، وتعذر فض النزاع بين الطرفين وجب الاستعانة بخبرة فاصلة، وعدم الاقتصار على خبرة أو خبرتين تماشيا مع متطلبات العدل والإنصاف"<sup>2</sup>، وهو الرأي الذي نراه صوابا وأقرب لروح العدالة، والذي يتوجب على القضاء الجزائري تطبيقه والأخذ به.

والملاحظ بناء على ما سبق؛ أن الواقع الجزائري يخالف النتيجة التي وصل لها الأستاذ عبد الرزاق السنهوري (رحمه الله) من خلال تقسيمه لأدلة إثبات الملكية العقارية إلى يقينية وظنية<sup>3</sup>، إذ أن كل الأدلة في التشريع الجزائري ظنية بنسب متفاوتة، ويخضع تقدير كل دليل لسلطان المحكمة، وهو ما يؤثر على فعالية الأحكام القضائية، وينشئ التناقض فيما بينها، مما يستوجب إفراد البحث له في مبحث مستقل، وهو ما سنعمل عليه في المبحث التالي.

### المبحث الثاني: فعالية الاجتهاد القضائي

يمثل الحكم القضائي التمثيل الفكري للعمل القضائي، إذ على مستواه يمكن الوقوف على دلائل الاتجاه القضائي، والمبررات التي تبرر المسلك المتخذ فيه، لذا كان لزاما علينا التصدي لمفهومه بغية معرفة التصميم الذي يتجسد فيه (المطلب الأول)، وهو ما يسمح بتحديد الضمانات المكرسة لفعاليتها (المطلب الثاني)، وذلك على النحو التالي بيانه:

#### المطلب الأول: تصميم الحكم القضائي

يُجسّدُ الحكم القضائي منظومة فكرية قوامها الممازجة بين القانون والواقع، مما يتحتم هندسته وفق تصميم منطقي يؤدي الغاية منه، وهو ما يستوجب الوقوف على بنائيه (الفرع الأول)، ومن ثم محاولة تحديد أهم العقبات التي تحول دون تحقيقه لوظيفته (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: بنائيه الحكم القضائي

<sup>1</sup> the competency of evidence, see: Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, op, cit, p 612.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 159373، قرار بتاريخ: 1998/11/18، المجلة القضائية، العدد: 02، 1998، ص ص55-57.

<sup>3</sup> راجع في ذلك: إثبات الملكية في دعوى الاستحقاق، له، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، ج 08، دار إحياء التراث، لبنان، ص ص600\_608.

يشكل الحكم القضائي خطابا قانونيا مبنيا وفق نسق معين؛ ولذلك يجب بيان مفهومه، وتحديد تصميمه الذي يقوم عليه.

### (أولا) مفهوم الحكم القضائي:

إن معرفة الحقيقة المفاهيمية للحكم القضائي تقودنا إلى بيان وفق مقاربة مزدوجة، فالأولى تقوم على الشكل والثانية تهتم بالموضوع.

### (01) المفهوم الشكلي:

وهو المفهوم المتداول في الكتب الإجرائية بصفة عامة من خلال تعريف الحكم القضائي بأنه: "القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا، ومختصة (أو صارت مختصة نتيجة عدم إثارة هذه المسألة في الوقت المناسب) في خصومة رفعت إليها وفق القواعد الإجرائية؛ سواء أكان صادرا في موضوع الخصومة أم في شق منه أم في مسألة متفرعة عنه"<sup>1</sup>، وبتحليل هذا التعريف نجد أن الحكم ينبغي أن يكون عن جهة قضائية في إطار خصومة قضائية بغية الفصل فيه كليا أو جزئيا، وهو تعريف لا يثير إشكالات كبيرة من حيث دراستنا المتعلقة بالأمن القانوني.

### (02) المفهوم الموضوعي:

وهو الذي يعيننا في بحثنا لما له من انعكاس على تحقيق الأمن القانوني، إذ يُخرج الحكم القضائي من تعريفه النمطي المبين أعلاه، ويجعل منه بناء منطقيا مستساغا<sup>2</sup>؛ إذ أنه بيان لمجموع الأدلة الواقعية والأسانيد القانونية المبررة للمسلك الذي اتخذته المحكمة، وللنتيجة التي توصلت لها نتيجة قراءة واعية تقوم على رؤية متكاملة للعلاقات القانونية باعتبارها رابطة عضوية، فتسعى لجعل الحكم أداة توازن لهذه العلاقات<sup>3</sup>، باعتباره آلية ضرورية لصون الحقوق، وطريقا لإنهاء الاضطرابات الاجتماعية<sup>4</sup> الناشئة عن تصادم في المطالبات والحقائق القضائية المبنية على منظور ذاتي.

<sup>1</sup> ينظر في ذلك: مراد كاملي، حجة الحكم القضائي: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 25\_26، يحي بكوش، الأحكام القضائية وصياغتها الفنية، المرجع السابق، ص 09\_10، أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط 06، منشأة المعارف، مصر، 1989، ص 24، وكذلك: درفوف محمد، تقنيات تسبب الأحكام في المادة المدنية، ط 01، بيت الأفكار، الجزائر، 2022، ص 18.

<sup>2</sup> محكمة التعقيب التونسية، القضية عدد: 85163، بتاريخ: 85163، نبيل عمر، السلطة التقديرية، مرجع سابق، ص 124.

<sup>3</sup> M. F. C. de Savigny, op. cite, p 07

<sup>4</sup> Boulksibet Ahmed, "L'Objectivation de la vérité judiciaire dans le procès civil", ELBAHITH d'études Académiques, Vol: 02, N° 05, 2015, (pp: 16\_31), p25 et Alexandre Frambéry-Jacobone,

وتحقيقاً لهذه الغاية يكتسي الحكم القضائي<sup>1</sup> طابعاً حجاجياً<sup>2</sup>: باعتباره الوعاء التي تُنصَدُ فيه الحجج المعبرة عن كل طرف من أطراف الخصومة<sup>3</sup> مما يحتاج قاضياً يستطيع تفكيكها للوصول لحقيقتها، إذ أنها تمثل سيناريوهات تتضمن افتراضات للوصول إلى حقيقة معينة، ومما يميز هذه الافتراضات أن القاضي هو من يحدد وزنها طبقاً لقيمتها الحجاجية المستمدة من النص القانوني أو تساند الأدلة.

ويمر الحجاج في ذلك بمرحلتين<sup>4</sup> يتوخى القاضي في الأولى الظفر بالحجة من خلال تحريك المكينات العقلية بغية الإحاطة بالأدلة وتفسيرها على أن يتولى في المرحلة الثانية الإنجاز الخطابي أي صياغة الحكم القضائي مستعينا في ذلك بالطرائق الحجاجية بشقيها الانفصالي أو الاتصالي ففي الأولى تفكيك للمفاهيم والنظريات، وهي تُستغل للوصول لمعرفة جزئية لجانب من النزاع، ومثالها تجزئة الشهادة والإقرار أو استغلال سندات الملكية للدلالة على الحياة (حسب التشريع المغربي والفرنسي)، فيصل بذلك إلى تفرغ أدلة الإثبات من قيمتها المطلقة للاستعانة بها في الجزئيات، أما الثانية فهي نتاج عملية تركيبية يستند لها القاضي بغية إقامة رابطة تضامنية بين أدلته المتنافرة لجعلها متضافرة وذات أثر منتج في العملية القضائية، مما يجعلها مستندا له في التدليل على نتيجة معينة.

**ونتحة لذلك** فالحكم القضائي يشكل خطاباً معرفياً؛ فعليه أن يستند إلى مفاهيم دقيقة غير قابلة للتأويل لأن الهدف منه هو استقرار المراكز القانونية، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال الوضوح، الذي يضمنه القاضي في قراره ليتمكن الجهات العليا من الاستيضاح عن خلفية قرار القاضي، ودرءاً له من التعسف<sup>5</sup>.

*"Vérité judiciaire, vérité factuelle et élément moral : Perspectives d'histoire pénale contemporaine", Revue électronique d'histoire du droit, N° 19, 2020, (pp: 02\_35) p15.*

<sup>1</sup> لذلك يصف البعض الدعوى القضائية بأنها مشروع حجاجي، يعمل المتقاضون فيه على استغلال المكينات الخطابية المزودة بالوسائل الحجاجية للبرهنة على المراكز الاحتمالية للوصول لحقيقة خادمة لهم، ينظر في ذلك:

*Fadila Taleb, op. cit, p 78.*

<sup>2</sup> يعرف الحجاج بأنه: "مجموعة الخطط الخطابية المستعملة من المخاطب لإقناع جمهوره"، كما يعرف بكونه المسار الذي يتخذه المرسل لإقناع المخاطب بنتيجة ما مما يجعله يشكل المجهود الذي يبذله المتكلم في الإقناع"، راجع في هذه التعريفات: عز الدين الناجح، **المرجع السابق**، ص 21\_27.

<sup>3</sup> ROBERT ALEXY, *Rights, "Legal Reasoning and Rational Discourse"*, op, cite, p 151 et Michel van de Kerchove, *"Vérité judiciaire et para-judiciaire en matière pénale : quelle vérité?"*, *Droit et Société*, N°84, 2013, (pp: 411\_432), p 423.

<sup>4</sup> عز الدين الناجح، **المرجع السابق**، ص 19\_20.

<sup>5</sup> Manon CHATEAU-GRINE, *La motivation des décisions du juge administratif*, Thèse de doctorat de l'université de Nantes, France, 2018, p.14

وهو ما لا يتأتى إلا بالتسبب<sup>1</sup>، والصياغة الواضحة حماية له من دعوى لاحقة تتوخى تفسيره مما يُصعب من تنفيذه، فما الحكم حينئذٍ إلا انعكاس للعمليات العقلية التي توصل بها القاضي إلى الحل، مما يجعله الترجمة المرئية التقريبية للدوافع التي يصدر القاضي على أساسها الحكم<sup>2</sup>.

ولا بد من القول أن الحكم القضائي<sup>3</sup> نظرا لاصطباغه بالطابع الحجاجي يرمي للوصول إلى الحقيقة القضائية باعتبارها المادة الخام له، والتي تجسد التعبير الأمين للقاضي عن ترجيحه بين الحقائق المعروضة عليه<sup>4</sup>، من خلال جعل النص القانوني هو المرجع الثابت الذي يسعى لبلوغه؛ مما يجعل الحقيقة القضائية محاولة للتوفيق بين الحقيقة الواقعية (الملموسة) وبين الحقيقة القانونية (المجردة)<sup>5</sup> الموجودة في التشريع متى وُجد أو مصادره في حالة الفراغ التشريعي، وهو ما يلقي على القاضي مهمة البحث عن الحقيقة وفق مسار معياري، يقوم على المصادقية والمبادئ الحاكمة لذلك، وهو ما يشكل مسلك الوصول لحكم قضائي جيد، والذي يعتبر منطلقا لتحقيق الأمن القانوني<sup>6</sup>.

وتجويدا لهذه الحقيقة<sup>7</sup> رغم نسبيتها<sup>8</sup>، وتحقيقا للثقة المشروعة في الهيئة القضائية فثمة مقومات على القضاء أن يتسم بها سواء ما تعلق بالكفاءة أو الجودة في التوصل للحلول القضائية أو ما تعلق بالصلاحيات الكبيرة المسندة لهم وأهمها السلطة التقديرية التي تصل بالقضاء العادي لاستبعاد قرار إداري من أدلة الإثبات؛ فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى للقضاء: "من المقرر قضاء أنه إذا كانت المحاكم العادية لا يمكنها إلغاء القرارات الإدارية إلا إنها تستطيع استبعادها إذا لاحظت أنها مخالفة للنصوص

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 1043985، 2016/05/19، مجلة المحكمة العليا، العدد 0:1، 2016، ص 60\_64.

<sup>2</sup> Manon CHATEAU-GRINE, p 31,33.

<sup>3</sup> ولأهمية هذه الحقيقة فقد عرف الغفيه Jeze العمل القضائي بأنه: "اشهاد القاضي مع قوة الحقيقة القانونية"، بن صاولة شفيقة، إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية: دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 147.

<sup>4</sup> Alexandre Frambéry-Jacobone, op. cite, pp 2, 14, et W. BELIME, *philosophie du droit au cour d'introduction a la science de droit*, TOME: 02, Joubert, Libraire de la cour cassation, Paris, 1848, p607.

<sup>5</sup> Bouksibet Ahmed, op. cite, p 18.

<sup>6</sup> Bouksibet Ahmed, op. cite, p 20 et Michel van de Kerchove, op. cite, p 428.

<sup>7</sup> إذ أنه ليس في قرارات العدالة حقيقة كلية قابلة للبلوغ وإنما فقط وإلى حد ما حلولاً صحيحة، ينظر: بينوا فريدمان وغي هارشر، ترجمة: محمد وطفه، المرجع نفسه، ص 53، ويرى آخر أنه وجب الاتفاق على استحالة الوصول لحقيقة يقينية، ينظر:

W. BELIME, op.cit, p 608.

<sup>8</sup> Bouksibet Ahmed, op. cite, p 18, Michel van de Kerchove, op. cite, 421.

القانونية"<sup>1</sup>، فنظرا لأهمية الحقيقة فقد مُن القاضي من سلطات كبيرة للوصول إليها بغية الفصل في المنازعة، وتأكيد حماية الحقوق.

وقد تضافرت مجموعة من القرارات للمحكمة العليا، والتي تؤكد دور القاضي في الوصول إلى الحقيقة، من خلال اتخاذه أي إجراء لإظهارها<sup>2</sup>، بما فيها اللجوء لإجراء تحقيق<sup>3</sup> وكذلك اللجوء لليمين المتممة باعتبار التحقيق المنجز عجز عن الوصول إلى الحقيقة<sup>4</sup>، وكذا البحث عنها من خلال الكشف عن نية الأطراف<sup>5</sup>، وكذا اللجوء لخبرة ثالثة في حال تعارض الخبرتين الأولى والثانية، وفي ذلك ترى المحكمة العليا: "وعوض أن تراعي جهة الاستئناف هذا التناقض الجلي الذي لا تتضح معه الحقيقة، ويظل معه الغموض يكتنف القضية ويتعذر الفصل فيها، وتعمل على إزالته بإجراء خبرة فاصلة بين الخبرتين تماشيا ومتطلبات تحقيق العدل والإنصاف في فض النزاع بين الطرفين وتحقيقا للغرض الذي يرمي إليه المشرع من وراء الاستعانة بخبرة الخبراء وعدم الاقتصار على خبرة أو خبرتين بل إجراء خبرات إن استلزمت القضية، وذلك حتى تتضح الحقيقة كما هو الشأن بالنسبة لقضيتنا هذه عوضا عن كل ذلك اعتمدت رأسا الخبرة الثانية ورجحتها على الخبرة الأولى المتناقضة معها ودون تعليل كاف، مما يجعلها ومن غير الحاجة لمناقشة سائر الأوجه المثارة قد أساءت تطبيق قواعد الإثبات..."<sup>6</sup>، مما يُبين الدور المحوري للقاضي في الوصول إلى الحقيقة القضائية.

وصونا للحقيقة، وحفاظا على وظيفة الأحكام، وتأميننا للحلول القانونية التي تضمنتها هذه القرارات القضائية فقد استحدثت آليات تحظر المساس بها، ومنها:

<sup>1</sup> المجلس الأعلى للقضاء، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم: 46155، قرار بتاريخ: 1988/12/12، المجلة القضائية العدد: 04، 1990، ص ص153\_155.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 009592، قرار بتاريخ: 2020/03/11، متاحة على الموقع الإلكتروني: <https://www.coursupreme.dz>، تم الإطلاع بتاريخ: 2022/08/25.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، ملف رقم 262912، بتاريخ: 2001/04/18 المجلة القضائية، العدد 02، 2002، ص ص409\_412.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 1154532، قرار بتاريخ: 2017/11/22، متاحة على الموقع الإلكتروني: <https://www.coursupreme.dz>، تم الإطلاع بتاريخ: 2022/08/25.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 1132483، قرار بتاريخ: 2017/09/21، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 217، ص ص22\_25، وكذا الغرفة المدنية، ملف رقم: 1160425، قرار بتاريخ: 2017/11/16، متاح على الموقع الإلكتروني: <https://www.coursupreme.dz>، تم الإطلاع بتاريخ: 2022/08/25.

<sup>6</sup> المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 159373، قرار بتاريخ: 1998/11/18، سبق ذكره.

(أ) **حجية الشيء المقضي فيه:** والذي يعني نوعاً من الحرمة التي يتمتع بها الحكم القضائي، يجعله بمقتضاها حاملاً لقرينة لا تقبل إثبات العكس على كونه قد صدر صحيحاً من حيث إجراءاته، وأن الذي قضى به هو عين الحقيقة مما يجعله غير قابل للمخاصمة<sup>1</sup>، وترى محكمة التعقيب التونسية "أن العلة في تحجير إعادة الخوض في المسائل التي أضحت في حكم القضائية الباتة الخشية من صدور أحكام متناقضة، والدعوة إلى حدوث فوضى قضائية يتزعزع فيها مفهوم الأحكام، فحصول التضارب فيما بينها يؤول إلى تنازعا وتساقط بعضها، وهو ما يتنافى مع فريضة القضاء في كونه عامل استقرار وطمأنينة"<sup>2</sup>، فالغاية إذا هي تأمين المراكز وتلافي خطر تأييد النزاع.

ويشترط في تقرير مسألة الحجية إتحاد في الأطراف والموضوع والسبب للأخذ بها سواء عندما تثار من طرف المدعي باعتبارها تنفيذاً لها، أو عند الدفع بها من خلال التمسك بسبق الفصل في المنازعة، وهو ما يستوجب القاضي الرد عليه باعتباره أمراً جوهرياً تتوقف عليه مسار الدعوى فالتأكد مثلاً من وجود دفع وأسانيد جديدة بين الدعوى اللاحقة والسابقة دليل على انتفاء وحدة السبب<sup>3</sup>، وإن كانت الحجية تحظر على نفس الجهة النظر فيه فإن قوة الشيء المقضي به تعطيه إضافة للقوة التنفيذية الحجية المطلقة في مواجهة الكافة، وفي ذلك تذهب محكمة التنازع للقول: "قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق"<sup>4</sup>، ومثاله ما قضت به المحكمة العليا أيضاً بنصها على عدم إمكانية إبطال عقد شهرة أصبح محصناً بالحجية بموجب أحكام نهائية قاضية بصحته مع انصراف هذه الحجية للخلف الخاص<sup>5</sup>، والعام<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> محمود سعد عبد المجيد، الحماية التنفيذية للأحكام الإدارية بين التحريم والتأديب والإلغاء والتعويض: دراسة نظرية وتطبيقية في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012، ص 110، ومراد كاملي، المرجع السابق، ص 46، يحي بكوش، الأحكام القضائية وصاغتها الفنية، المرجع السابق، ص 27.

<sup>2</sup> محكمة التعقيب التونسية، القضية عدد 24475.2020، بتاريخ: 2020/08/24.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 0866946، قرار بتاريخ: 2013/05/16، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2013، ص 155، الغرفة المدنية، ملف رقم: 1033873، قرار بتاريخ: 2017/02/09، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2017، ص 109\_116، الغرفة المدنية، ملف رقم: 54168، قرار بتاريخ: 1989/11/15، مجلة القضائية، العدد: 02، 1990، ص 35\_37.

<sup>4</sup> محكمة التنازع، ملف رقم: 01، بتاريخ: 2000/05/08، مجلة مجلس الدولة، العدد: 01، 2002، ص 153\_157، وكذلك الملف رقم: 11، بتاريخ: 2000/10/09، مجلة مجلس الدولة، العدد: 01، 2002، ص 162\_166، وكذلك المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 31663، قرار بتاريخ: 1984/03/19، المجلة القضائية، العدد: 04، 1989، ص 116\_118.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 1185565، قرار بتاريخ 2016/12/15، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2016، ص 176\_180.



(ب) سقوط الخصومة: والتي تعني زوالها دون أن يصدر حكم في موضوعها نظرا لامتناع صاحب المصلحة فيها عن اتخاذ النشاط اللازم لسيرها مع استمرار ركودها لمدة سنتين عن قصد وإهمال أو بدونه، ويترتب عليها بطلان جميع الإجراءات المتخذة في إطارها<sup>2</sup>، كما تحمي الحقيقة بفكرة سقوط الخصومة، والتي استقر اجتهاد المحكمة العليا على سقوطها في حال عدم إعادة السير بالقضية بعد النقض في أجل سنتين بعد النطق بالقرار<sup>3</sup>، كما اعتبرت أن عدم مباشرة الطعن في الحكم الحضورى بعد انقضاء سنتين من تاريخ النطق به، ولو لم يتم تبليغه رسميا من النظام العام، والذي على القاضي إثارته تلقائيا<sup>4</sup>، وذلك حماية لأطراف الخصومة المتضررة وعودة بالأطراف لتثبيت الحقائق التي كانت قبل مباشرة الدعوى.

(ج) سحب القرارات: وهي طريقة تحفظ للمحكمة العليا هيبتها من خلال تلافيتها لإصدار قرارات تتضمن حقائق متصادمة تحكم نفس الموضوع، فتستند في ذلك إلى قاعدة (اللاحق يلتزم بالسابق)، وهو ما جاء في قرارها: "سحب المحكمة العليا في حالة إصدارها قراراتين فاصلين في طعنين في نفس الحكم القرار اللاحق حسب تاريخ الجلسة"<sup>5</sup>، كما يمكن لها في حال تبينها لوجود قراراتين إلغاء أحدهما أو كليهما بحسب الحالة، وهو الذي تبنته في قرار لها حيث أبقته على أحد الحكمين وألغت الآخر لمخالفته القانون<sup>6</sup>، وذلك بهدف الإبقاء على حقيقة واحدة تكون مطابقة للقانون ومحافظة على استقرار الوضعيات القانونية.

غير أنه واستثناء عن ذلك فإن ثمة حالتين لا يمكن الدفع فيهما بهذه الحجية، وهما:

<sup>1</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 174416، قرار بتاريخ: 1999/02/03، المجلة القضائية، العدد: 02، 1999، ص ص 97\_101.

<sup>2</sup> عمر زودة، المرجع السابق، ص 547.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 594858، قرار بتاريخ 2010/04/15، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2010، ص ص 212\_214.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 0864184، قرار بتاريخ 2014/09/11، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2014، ص ص 327\_329، والغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 1365567، قرار بتاريخ 2019/09/12، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2019، ص ص 123\_126.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 740541، قرار بتاريخ 2011/06/09، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2011، ص ص 161\_163.

<sup>6</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 0871568، قرار بتاريخ 2013/01/17، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2014، ص ص 189\_194.

(ج/01) **الحكم المعدوم:** ويكون الحكم معدوماً إذ فتقد أحد أركانه، ومثال ذلك أن يصدر عن غير الجهة المختصة، وفي ذلك قررت محكمة النقض المصرية: "المقرر أن لجهة القضاء العادي بما لها من ولاية عامة أن تتحقق من أن الحكم المطروح أمر حجيته عليها والذي أصدرته جهة قضاء أخرى قد صدر في حدود الولاية القضائية لهذه الجهة، وكان الحكم الصادر من جهة قضاء خارج حدود ولايتها يعد - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - معدوم الحجية أمام الجهة صاحبة الولاية في النزاع"<sup>1</sup>، مقررة في ذلك قاعدة عامة مفادها: "العمل الإجرائي الصادر من جهة لا ولاية لها يُعد عملاً منعدماً"<sup>2</sup>، سواء تعلق الأمر بالحكم القضائي أو القرار الإداري، والذي إن شابه عيب ينحدر به إلى درجة الانعدام مما يجعله واقعة مادية تخرجه من القرارات الإدارية، وتخضعه بذلك لاختصاص المحاكم العادية باعتبارها صاحبة الولاية العامة<sup>3</sup>.

بيد أنه وجب التمييز بين الانعدام والبطلان فهذا الأخير يَنْتُج لمخالفة في الإجراءات، ومثاله: عدم الرد على طلبات ودفع جوهرية يُعَلَّق عليها مآل الدعوى إذ ترى محكمة النقض المصرية أن: "إغفال الحكم بحث دفاع أباداه الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً في النتيجة التي انتهى إليها، إذ يعد هذا الإغفال قصوراً في الأسباب الواقعية ويقتضى بطلان الحكم"، ويخضع البطلان للشروط المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لاسيما وجوب التنصيص عليه قانوناً، وكذلك وجوب إثبات الضرر من قبل الشخص المتمسك به<sup>4</sup>.

ومعيار التمييز الجوهرية؛ وعلى النحو الذي أرسته المحكمة العليا يتمثل في مدى تحصن هذين النوعين بالحجية؛ إذ لا يتحصن الحكم المنعدم بها، ويمكن مهاجمته بأي طريقة من طرق الطعن، وحتى بدعوى مبتدأه للمطالبة بالتصريح بانعدامه<sup>5</sup>، وذلك على خلاف الحكم الباطل، والذي يجب الطعن فيه

<sup>1</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر التجارية، الطعن رقم: 3320 لسنة 82 قضائية، جلسة: 2021/12/28.

<sup>2</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 3849 لسنة 86 قضائية، جلسة: 2021/09/01.

<sup>3</sup> محكمة النقض المصرية، الهيئة العامة للمواد المدنية، الطعن رقم: 11999 لسنة 89 قضائية، جلسة: 2020/12/28، والدوائر

المدنية، الطعن رقم: 16632 لسنة 76 قضائية، جلسة: 2021/06/28.

<sup>4</sup> ينظر في ذلك: المواد 60\_65 ق إ م إ.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 460587، بتاريخ: 2009/01/21، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2010، ص

بإحدى الطرق لإبطاله وليس بدعوى مبتدأه<sup>1</sup>، والواجب أن يكون ذلك ضمن الآجال القانونية المقررة<sup>2</sup>، فإن تخلف صاحبه عن ذلك أصبح هذا الحكم عنواناً للحقيقة متحصناً بما أقره من حقوق ومراكز قانونية باعتبار أن الحجية تسمو على البطلان<sup>3</sup>.

**(ج/02) أحكام الحيابة والأهلية:** إذ أن الطابع المتجدد لمشاكل الحيابة يجعل من غير المعقول إصباح الأحكام الصادرة فيها بطابع الحجية؛ لما في ذلك من إخلال للحماية القانونية المقترنة بالحقوق الموضوعية، وفي ذلك تقضي المحكمة العليا أنه: "إذا تعلق الأمر بدعوى عدم التعرض<sup>4</sup> في الحيابة فإن إعمال قاعدة حجية الشيء المقضي فيه غير مبرر ما دام أن القانون خول للمتقاضي حق حماية حيازته عند تعرض تجدد بعد انتهاء التعرض السابق<sup>5</sup>، وهو نفس الحكم المقرر في قضايا الحالة المتعلقة بإثبات الزواج والنسب والأهلية<sup>6</sup>.

### (ثانياً) تصميم الحكم القضائي:

يُعتبر الحكم القضائي وعاء الحقيقة، وأساس الفصل في المنازعة المنظورة، وهو ما يستوجب قيامه وفق ضوابط لا يتعداها، تشمل بين الناحية القانونية والجمالية قوامها<sup>7</sup>:

### (01) الشمولية:

ولا يتأتى ذلك إلا من خلال تعقب حجج الخصوم، والالتزام بالرد عليها لئلا يكون القاضي مخلاً بحق النزاع، على أن يلتزم القاضي في ذلك بنظر الأدلة الحقيقية فليس له أن يفترضها، وفي ذلك يرى

<sup>1</sup> المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والموارث، ملف رقم: 1132045، بتاريخ: 2017/12/06، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2017، ص ص 77\_80.

<sup>2</sup> وهي شهر بالنسبة للمعارضة (م 329 ق إ م إ)، وشهر للاستئناف في حال التبليغ الرسمي للشخص ذاته، وتمدد لشهرين في حال التبليغ الرسمي في الموطن المختار (م 336 ق إ م إ)، وشهرين للطعن بالنقض حال التبليغ الرسمي للشخص ذاته، وتمدد لثلاثة أشهر في حال التبليغ الرسمي في الموطن المختار (م 354 ق إ م إ)

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 1137814، بتاريخ: 2016/06/21، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2016، ص ص 137\_140.

<sup>4</sup> وقد أخطأ القضاء في استعمال عبارة عدم التعرض بدل منع التعرض، رغم وجود فرق زمني بينهما فالأولى وقائية، والثانية لا تكون إلا بعد وجود تعرض مادي أو قانوني حقيقي.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 203573، بتاريخ: 2000/11/22، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2002، ص ص 392\_395.

<sup>6</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، ملف رقم 262912، سبق ذكره.

<sup>7</sup> Voir: rapport du groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative d'avril 2012, p 30.

القضاء الجزائري: "أن القاضي ملتزم بالاعتماد في حكمه على الأدلة الواضحة الثابتة التي تقدم إليه، ويمنع عليه افتراض وجودها، كما يمنع عليه معاملة الخصم بما قد يكون في نيته وإلا كان حكمه قد بناه على أمر غيبي وغير شرعي مما يعد انتهاكا صريحا للقانون"<sup>1</sup>.

وهو ما يعني كذلك وجوب أن يكون الحكم مبنياً على أسباب واضحة جلية، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان يحمل بذاته ما يطمئن المطلع عليه إلى أن المحكمة قد محصت الأدلة والمستندات المقدمة إليها، ووازنت بعضها ببعض الآخر ورجحت ما تطمئن إلى ترجيحه بما ينبئ عن بحث ودراسة أوراق الدعوى عن بصر وبصيرة حتى تتوافر الرقابة على عمل القاضي والتحقق من حسن استيعابه لوقائع النزاع<sup>2</sup>.

(02) الكفاية الذاتية: وهي من أبرز سمات الحكم القضائي باعتباره عنوانا للحقيقة، وفي ذلك تخط المحكمة العليا قرارها: "من المبادئ القانونية العامة أن الوقائع موضوع الاتهام وبيان التهمة في الحكم هي البيانات الجوهرية التي يجب أن يشتمل عليها الحكم، وأن يكون بذاته مظهرا لها دالا عليها بوضوح دون إبهام أو غموض، ولا يجوز الاستدلال عليها من ورقة أخرى من أوراق ملف الدعوى، وأن مخالفة هذا المبدأ تشكل مخالفة للقانون"<sup>3</sup>

وهي ذات طابع مزدوج تشمل الدلالة والاستدلال، فأما الأولى فيراد بها أن يكون "مكتفيا بذاته في وقائعه شاملا لجميع العناصر التي تدل على سلامته وصحته، فلا يضطر من يطلع عليه إلى الاعتماد على أية وثيقة أخرى خارجة عنه لفهم النزاع، ووجه الفصل فيه"<sup>4</sup>، مما يعني أن يكون دالا على موضوعه وحله دون الاستعانة بأي وثائق خارجة عليه إلا في حالة تبني القاضي لأسباب الحكم الابتدائي في الاستئناف<sup>5</sup>، وفي ذلك يرى القضاء الإداري الجزائري أن: "التعليل عن طريق الإحالة لا قيمة له"<sup>6</sup>، وذلك دال أن الأصل في القرار أن يكون معبرا عن فحواه استقلالا عن أي وثائق أخرى.

<sup>1</sup> راجع قرار المجلس الأعلى المنشور بالمجلة القضائية، العدد: 01، 1991، ص 52.

<sup>2</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم 14271 لسنة 89 قضائية، جلسة: 2021/01/25، ومحكمة التعقيب التونسية، القضية عدد: 99369، بتاريخ: 2020/07/01، وكذلك: درفوف محمد، المرجع السابق، ص 29.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 76613، قرار بتاريخ 1991/01/08، المجلة القضائية، ا المجلة القضائية، العدد 01، 1993، ص ص178\_180.

<sup>4</sup> محكمة التعقيب التونسية، القضية عدد: 99369، بتاريخ: 2020/07/01.

<sup>5</sup> درفوف محمد، المرجع السابق، ص 31.

<sup>6</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 39682، قرار بتاريخ: 1985/01/12، المجلة القضائية، العدد: 01، 1990، ص ص209\_212.

ولتحقيق هذه الغاية يجب أن يكون الحكم واضح الدلالة<sup>1</sup>، وغير غامض باعتباره أنموذجا للخطاب القضائي القائم على البلاغة<sup>2</sup> مما يجعل الاستعانة في هذا المساق بعبارات عامة مجمله وفضفاضة تجعله معيباً<sup>3</sup>، "فلكي يحقق التسبب الغرض منه يجب أن يكون في بيان جلي مفصل بحيث يتيسر الوقوف على مبررات ما قضى به، أما إفراغ الحكم في عبارات عامة أو وضعه في صورة مجملّة مُجَهَلَةٌ فلا يحقق الغرض الذي قصده الشارع من إيجاب تسبب الأحكام"<sup>4</sup>، بل ويعتبر قرينة على اختلال فكرته وعدم فهم القضاة له<sup>5</sup>.

فالدقة الاصطلاحية تخرج الحكم من دائرة التأويل إلى دائرة النفاذ إليه، إذ تجعله سوياً فلا هو بالقاصر المخل، ولا بالفضفاض المحتمل للتأويل، وفي ذلك تجسيد للمادة (04/34) من الدستور التي تجعل الوصول إلى التشريع ذا قيمة دستورية وجب احترامها، وما الحكم القضائي إلا تطبيق للقانون، لإتحاد غايتها في ضمان الأمن القانوني للمراكز القانونية.

وفي ذات السياق توجب المحكمة العليا بناء الحكم على الحقائق لا على مجرد الظن والاحتمال، فقد جاء في قرار لها: "إن قضاة الموضوع لما قضاوا بإدانة المتهم بإخفاء أشياء مسروقة اعتماداً على احتمالات غير موضوعية وقرائن غير كافية... عرضوا قرارهم للنقض للقصور في الأسباب"<sup>6</sup>، كما أن "تأسيس الإدانة على دليل ظني وعلى مجرد احتمالات وافتراضات غير موضوعية... وترجيح العقل والمنطق على القانون يجعل القرار مشوباً بالقصور في التعليل ويعرضه للنقض"<sup>7</sup>، كما اشترطت بسط تعليلها وبيانه تحت طائلة النقض، فاعتبرت ثبوت دفع الطاعنة بأن العقد المتنازع بشأنه لا يعد حبساً

<sup>1</sup> درفوف محمد، المرجع السابق، ص 30،

<sup>2</sup> بينوا فريدمان وغي هارشر، المرجع السابق، ص 53.

<sup>3</sup> عبد الحميد الشورابي، تسبب الأحكام المدنية والجنائية، منشأة دار المعارف، مصر، ب س ن، ص 91، وكذلك محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 23225 لسنة 88 قضائية، جلسة: 2020/12/03،

<sup>4</sup> محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 16651 لسنة 88 قضائية، جلسة: 2021/04/03.

<sup>5</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر الجنائية، الطعن رقم 22058 لسنة 86 قضائية، جلسة: 2018/10/14،

<sup>6</sup> المحكمة العليا، ملف رقم 179224، قرار بتاريخ 2000/02/29، المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي لغرفة الجرح والمخالفات عدد خاص، ج 01، السنة: 2002، ص ص 164\_166.

<sup>7</sup> المحكمة العليا، ملف رقم: 21479، قرار بتاريخ: 2000/03/29، المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي لغرفة الجرح والمخالفات عدد خاص، ج 01، السنة: 2002، ص ص 164\_166.

وإنما وصية مضافة إلى ما بعد الموت تستهدف استبعاد العنصر النسوي من الميراث واكتفاء القاضي بالرد على الدفع بقوله أن العقد لا يخالف الشريعة دون تعليل يجعل قراره مشوباً بالقصور في التعليل<sup>1</sup>.

وأما الثانية **والمرتبطة بفكرة الاستدلال**، فتتجلى أن البرهان على ما توصل له الحكم ينبغي أن يبنى على ما له أصل ثابت في أوراق الدعوى المنظورة، فذلك أضمن للأطراف على حياد القاضي، وهو ما يعرف بمبدأ الخضوع باعتبار الدعوى ملك للخصوم<sup>2</sup>، وهم وحدهم من يقررون ما يمكن طرحه من عدمه، وبالتالي يستلزم على القاضي أن لا يخرج عن هذا النطاق، لأن الاستناد لدليل لم يتم مناقشته هو تجهيل للأفراد بحقيقة دعواهم، وتجاوز من القاضي للصلاحيات المسندة له في إطار إدارته للخصومة.

### الفرع الثاني: عوارض الأحكام القضائية

إن الأحكام القضائية وبعد صيرورتها واقعا تحتاج إلى تطبيق لكن قد تعترضها بعض الصعوبات التي تحول دون تطبيقها سواء ما تعلق بالحكم القضائي في ذاته أو ما تعلق مع تعامل الغير مع هذا الحكم.

#### (أولا) التناقض:

إن التناقض وإن اتَّحَدَ في المفهوم فهو متباين في التصنيف وفقا لإتحاد عناصر المنازعة من عدمه، ففي الحالة الأولى يتجلى التناقض على مستوى نفس النزاع، أما الحالة الثانية فيتجلى في نفس الموضوع، ولكن بين أطراف متميزين، وفق ما يلي:

**(01) التناقض المُمَرَّكز:** وهو الذي يكون على مستوى المنازعة نفسها، ونميز فيه بين نوعين، فإما أن يصدر حكم واحد في المسألة، وإما أن يصدر أكثر من حكم نتيجة مباشرة الدعوى أمام أكثر من جهة قضائية أو نظير تتبع أكثر من مسلك للنقض، فينشئ عن ذلك:

**(أ) التناقض البسيط:** ويتحقق على مستوى الحكم القضائي ذاته من خلال التباين بين عناصره؛ فيقصد به عدم تناسق مكونات الحكم القضائي، أو هو عدم التلازم المنطقي بين الأسباب والنتائج المضمنة في الحكم القضائي، ويشترط لتحقيقه أمران:

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 202778، قرار بتاريخ: 2000/09/27، المجلة القضائية، العدد 01، 2001، ص 262\_258.

<sup>2</sup> أحمد هندي، المرجع السابق، ص 123، أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 392، وجدي راغب، المرجع السابق، ص 130.

**فالأول:** أن يكون حقيقيا فإن كان ضمنيا جاز للأطراف طلب تفسير من الجهة مصدرة القرار<sup>1</sup>.

أما الثاني فيشترط عدم تلازم بين الأسباب والنتيجة المتوصل إليها<sup>2</sup>؛ لأن الإخلال في ذلك يؤدي إلى فساد في الاستدلال<sup>3</sup>، ويمس تناسق المنطوق مع التعليل الذي يشمل الحجج القانونية والأدلة الواقعية التي أنبنى عليها الحكم<sup>4</sup>، ومثال ذلك أن يقر القاضي في حكمه بوجود خطأ ثم يمتنع عن الحكم بالتعويض، أو أن ينفي ثبوت الملك لأحد الأطراف ثم يحكم له بالتعويض عن انتهاك ملكيته، وفي ذلك نص قرار للمحكمة العليا على أنه: "متى كان من المقرر قانونا أنه إذا كان شاغل الأمكنة سواء كان سكنها محظورا أو صدر في شأنها قرار ينذر بتحقيق الخطر، ويقضي بالترميم أو بهدم العقار الذي يشرف على الانهيار الذي توجد فيه الأمكنة، ومتى اقتضى الفصل في الدعوى قبل الموضوع بإجراء خبرة فإنه من الضروري حسم النزاع بحكم لا ينبغي أن يتناقض فيما قضى به من مقتضيات، وهذا طبقا للقواعد العامة والمبادئ القانونية التي تؤكد وجوب تطابق الأحكام لما اعتمدت من أسباب ومقتضيات"<sup>5</sup> ليصل في حكمه أنه نظرا "للقضاء بما يخالف هذا المبدأ فإنه يستوجب نقض القرار الذي صادق على نتائج خبرة أمر بها، وهي تحقق وجود خطر على المستأجر في حين أنه رفض إخراج المستأجر المهدد بالخطر، وذلك على أساس عدم وجود تنبيه بالإخلاء سابق لمدة ستة أشهر"، إذ أن طلب خبرة ثم إهمال جانبها بحجة الإجراءات فيه إخلال بالمنطق القضائي والفقهي لما فيه من هدر إجرائي، ومخالفة لقاعدة (الضرر يزال).

ومن الأمثلة الدالة على التناقض أيضا هو الحكم بصحة وثيقة عرفية يتعلق عليها مآل النزاع، وذلك دون التأكد الفعلي للمحكمة من هذه الوثيقة<sup>6</sup>، كما أن "قضاء المجلس القضائي بعدم قبول المعارضة شكلا مع تصديه لموضوع النزاع، وتناوله بالمناقشة المؤدية لرفض الدفع المثار بتقدم

<sup>1</sup> وقد اعتبرت المحكمة العليا الحكم المفسر امتداد للحكم الفاصل في الموضوع، مما يجعله خاضعا لجميع طرق الطعن المقررة له، غرفة شؤون الأسرة والموارث، ملف رقم: 0881136، قرار بتاريخ: 2013/07/11، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2013، ص 302\_305.

<sup>2</sup> درفوف محمد، المرجع السابق، ص 35، عمر زودة، المرجع السابق، ص 619، 620.

<sup>3</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر الجنائية، الطعن رقم 6639 لسنة 90 قضائية، جلسة: 2021/07/06.

<sup>4</sup> محكمة التعقيب التونسية، قضية عدد 31230.2015، بتاريخ: 2016/01/22.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية ملف رقم 35017، بتاريخ 19/12/1983، المجلة القضائية، العدد 01، 1989، ص 210\_212.

<sup>6</sup> المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 36392، بتاريخ 13/07/1985، المجلة القضائية، العدد 04، 1989، ص 149\_152.

الدعوى المباشرة من المطعون ضده فبقضائه هذا يتعرض لمسألة تمس بموضوع النزاع من جهة بينما صرح من جهة أخرى بعدم قبول المعارضة شكلاً، ولذلك فإن قراره كان مشوباً بالتناقض في سبببه المساوي لانعدامه مما يستوجب نقض القرار وإبطاله<sup>1</sup>، وهو خطأ جوهري في الإجراءات إذ الرفض الشكلي يجعل من المحكمة غير مختصة بالنظر في موضوعه.

(ب) التناقض المركب: وهو الاختلاف المسجل بين عدة أحكام صادرة في نفس المنازعة (موضوعاً وأطرافاً)، وهو يخضع لفكرة السحب التي سبق الإشارة إليها عند مرورنا بفكرة آليات حماية الحقيقة القضائية، إذ يمكن للمحكمة العليا سحب القرار اللاحق متى تبين لها سبق نظرها في الموضوع، أما إن صدرت قرارات متناقضة من جهتين إحداهما تتبع للقضاء العادي والأخرى للقضاء الإداري فينعتقد حينئذ الاختصاص لمحكمة التنازع للفصل في المسألة.

(02) التناقض الموزع: والمراد به اختلاف الرؤى القضائية لمسألة النزاع الواحد، بين أطراف مختلفين، والذي يتمظهر باستقراء القرارات الصادرة عن الجهات العليا في كل قضاء، ويمكن تمييز حالتين في ذلك:

#### (أ) التناقض في مورد النص:

والذي نعني به وجود اختلاف في الحلول القضائية، والتي تخالف حتى صراحة النص، ويتجلى ذلك من خلال مسألتين هامتين، وهما:

#### (01/أ) قاعدة الرسمية:

والتي تمثل أنموذجاً بينا لخروج القضاء عن صريح النص، والذي يستوجب إفراغ التصرف فيها متى كان الأمر متعلقاً بالعقار، والتي تعتبر أولى المبادئ القانونية التي تم إرساؤها بموجب المادة 12 من الأمر 70\_91 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق<sup>2</sup>، ومفادها: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية....، يجب تحت

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 35764، بتاريخ 1984/09/24 المجلة القضائية، العدد 03، 1989، ص 146\_143.

<sup>2</sup> الأمر رقم 91\_70 المؤرخ 15 ديسمبر 1970، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج ر رقم 107، المؤرخة 25 ديسمبر 1970.



طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق"، وأعيد تضمينها في المادة 324 مكرر من القانون المدني<sup>1</sup>.

وهو الذي سارت عليه قرارات المحكمة العليا باعتباره المسار الصحيح، إذ يُحظر الاجتهاد في مورد النص، ففي قرارها المؤرخ في 2014/07/10، والذي جاء في خلاصته<sup>2</sup>: "وجوب تحرير العقد المتضمن نقل ملكية عقار في شكل رسمي، واعتبار العقود العرفية المتضمنة نقل عقار باطلة، وإثارة القاضي تلقائياً لهذا البطلان"، وهو نفس الاتجاه المتبنى في قرار آخر: "لا يتم بيع عقار إلا بعد إفراغه في الشكل الرسمي أمام الموثق والتعبير عن الإرادة الحرة، بالتوقيع على العقد الرسمي، بعد تسديد الثمن بين يدي الموثق ومراعاة القوانين المنظمة للشهر العقاري"<sup>3</sup>، وهو ما أيدته في العديد من القرارات<sup>4</sup>.

ولكن رغم ذلك نجد قرارات تخالف هذا المسلك المنطقي والقانوني؛ فنجد قاض يوجه أطراف عقد عرفي لوجوب شهره أمام الموثق، وهو الذي أقرته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ 2015/07/16 والذي جاء فيه<sup>5</sup>: "وحيث أن القرار المذكور أعلاه قضى بصرف الطرفين لتحرير عقد البيع أمام الموثق يكون هذا القرار قد صحح العقد العرفي، وانقلب هذا العقد إلى عقد رسمي تترتب عليه آثار العقد الصحيح، يصبح البائع ومن بعده خلفه العام ملتزماً بنقل ملكية العقار عن طريق شهر العقد بالمحافظة العقارية"، وينير هذا القرار مجموعة من النقاط القانونية واجب الوقوف عندها، وهي:

إن العقود الباطلة بطلاناً مطلقاً لا يمكن تصحيحها، كونها تفتقد لركن الرسمية، وهو من النظام العام<sup>6</sup>، فلا يمكن إهماله، وهو ما تنص عليه المادة (102) ق م: "إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز

<sup>1</sup> القانون رقم 88\_14 المؤرخ 03 ماي 1988 المعدل والمتمم للأمر رقم 75\_58 المتضمن للقانون المدني، ج ر رقم 18، المؤرخة 04 ماي 1988، وأما بالنسبة لموضعها من المادة 12 من قانون 70\_91 الخاص بالتوثيق فقد ألغي بموجب المادة 40 من القانون رقم 88\_27 المؤرخ 12 جويلية 1988 المتضمن مهنة التوثيق، ج ر رقم 28، المؤرخة 13 جويلية 1988.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 0858132، بتاريخ 2014/07/10، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2014، ص 319-322.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 0812732، بتاريخ 2013/12/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2014، ص 350-355.

<sup>4</sup> منها: المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 149156، بتاريخ 1997/05/28، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 02، 2004، ص 271-275.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 0982892، بتاريخ 2015/07/16، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2014، ص 310\_314، والملف رقم 0858132، قرار بتاريخ: 2014/07/10، 319\_322.

<sup>6</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 0845202، بتاريخ 2014/07/10، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2015، ص 127

لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسه، ولا يزول البطلان بالإجازة"، وبناء عليه لا يمكن تصحيح هذا العقد؛ لأنه في حكم العدم، ولأن القاعدة تقضي: "أن ما بني على باطل فهو باطل"<sup>1</sup>، وهو ما جاء في اجتهاد الغرف المُجمّعة حول هذه المسألة: "حيث أنه إذا كان صحيحاً أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والمشتري إلا أنه باطل بطلاناً مطلقاً لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع"<sup>2</sup>.

إن توجيه الأطراف للموثق فيه اعتداء صريح على سلطان إرادة الأطراف، وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا نفسها: "لا يجوز للقضاة إجبار الأطراف على تحرير العقود والتدخل في سلطان إرادتهم"<sup>3</sup>، وهو ما يعني أن القرار أعلاه مفتقد للصلاحيات القانونية كونه لم يراع القواعد القانونية ذات الصلة من جهة، وكونه يخالف النية التشريعية التي تهدف إلى جعل الرسمية أساساً للمعاملات العقارية، لما فيها من فائدة في تحقيق استقرار المراكز القانونية.

وتأسيساً على ذلك؛ نصت المحكمة العليا في قرار لها: "أن قرار قضاة الموضوع بصحة العقد العرفي استناداً إلى تصريحات أغلبية الورثة المقربين بعملية البيع، واستبعاد المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني بحجة صدورها بعد البيع متناسين المادة 12 من الأمر 70\_91 يعد خرقاً للقانون ومستوجباً للتعويض"<sup>4</sup>، وفي قرار آخر رأت أن: "استجابة قضاة الموضوع لطلب الطاعن الرامي إلى إتمام عملية البيع أمام الموثق، وإفراغه في الشكل الرسمي رغم مخالفة عقد البيع مقتضيات المادة 12

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 227109، بتاريخ 2000/04/19، المجلة القضائية، العدد: 01، 2001، ص 145-149.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرف المُجمّعة، ملف رقم 136156، قرار بتاريخ: 1997/02/18، المجلة القضائية، العدد: 01، 1997، ص 10-13.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 806309، بتاريخ 2012/10/11، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2014، ص 297-301.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 196507، بتاريخ 2000/06/28، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 02، 2004، ص 262-265.

من الأمر 91\_70<sup>1</sup> لأن في ذلك إهدارا لإلزامية القانون؛ إذ أن فعاليته قائمة على عدم إمكانية الاعتداد بآراء الأشخاص لتغيير حكم القانون.<sup>2</sup>

وهو ما يشير لعدم فعالية الرسمية كآلية للتنظيم العقاري في مسألة نقل الملكية، وهو ما يعني عجزا مزدوجا لهذه القاعدة على توجيه سلوك من يخاطبهم القانون إلى الاتجاه الذي يريده المشرع<sup>3</sup> في فرض الرسمية والتخلي عن العقود العرفية، ومن جهة أخرى عجزه الذي مرده عرقلة القضاة لتطبيق هذا النص صراحة بانتهاج مسلك يعارض النص، مما يستوجب مساءلتهم بحجة المخالفة الصريحة، والتي تصل إلى حد الاعتداء على الصلاحيات التشريعية، من خلال تطبيق اجتهاد يعارض النص، وينتهك سيادة القانون، الذي يلزم السلطات بعدم تجاوز حدودها الوظيفية.

**(02/أ) التناقض في المواد الوقفية:** فالمميز للمادة الوقفية هو طابعها التعددي، مما يجعل أحكامها تكتسي طابع الاحتمال<sup>4</sup>، وتفتقر إلى اليقين الواجب اصطباغ القوانين والأحكام به، وذلك راجع إلى عدم التزام المشرع لمذهب فقهي واحد يستقي منه أحكامه الناظمة لهذه المسألة، وهو ما يدل عليه اجتهاد ثابت ومستقر للمحكمة العليا جاء فيه: "إذا كان تصرف المالك في أمواله عن طريق الحبس اختيار إرادي يؤسسه صاحبه على مذهب يختاره بنفسه، فإن شروط صحة رسم الحبس هي نفسها تلك المذكورة في المذهب المفرغ فيه التصرف..<sup>5</sup>، وذلك استنادا إلى أن "مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية تقضي بخضوع عقد الحبس لإرادة المحبس الذي يجوز له أن يأخذ بالشروط المعمول بها في أي مذهب من المذاهب الإسلامية مما يرتب أي أحكام تخالف هذه المبادئ"<sup>6</sup>، وقد ترتب عن ذلك صدور الوقف وفقا لمذهبين؛ هما المالكي والحنفي.

إذ أن تعقب مضامين هذه القرارات سيجد أنها تشير لذلك صراحة؛ ففي حكم للمجلس الأعلى نجد فيه: "فإنه يتضح من الرجوع للقرار المطعون فيه، ومن عقد الحبس أن صاحبة الحبس أنشأته مقلدة

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 199852، بتاريخ 2000/06/28، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 02، 2004، ص ص 266-270.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 151301، بتاريخ 1998/03/25، المجلة القضائية، العدد: 02، 1998، ص 28.

<sup>3</sup> Alexandre Flückiger, op.cit, p 724.

<sup>4</sup> وهذا دليل آخر للإخلال بالتقنة في المؤسسات التشريعية، وذلك من خلال تبنيها لصياغات غير دقيقة.

<sup>5</sup> المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم 24180، بتاريخ 1982/03/03، المجلة القضائية، العدد: 02، 1989، ص ص 17-

<sup>6</sup> المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 40589، بتاريخ 1986/02/24، المجلة القضائية، العدد: 01، 1989، ص ص 118-120.

فيه مذهب أبي حنيفة، وفي هذه الحالة فإنها اختارت المذهب وأرادته لتصرفها، ولا عيب في ذلك ولو كانت تنتمي للمذهب المالكي...<sup>1</sup>، كما بين أن الاستناد لقواعد الفقه المالكي لتنظيم الوقف المؤسس على المذهب الحنفي هو تشويه لإرادة المحبس<sup>2</sup>، وهذا المسلك تسبب نظرا لعدم انضباطه في مجموعة من الأحكام المتناقضة يمكن تمييزها على ثلاثة مستويات.

فالمستوى الأول يتعلق بالزمن؛ يعتبر فارقا جوهريا في التكييفات الفقهية للوقف، فبينما يرى السادة المالكية أن الوقف لا يشترط فيه طابع التأبيد<sup>3</sup>، يرى السادة الحنفية عكس ذلك<sup>4</sup>، ولا بد من القول هنا أن المشرع حظر التنصيص على المدة في عقد الوقف تحت طائلة البطلان، فقد جاء في المادة (28) من قانون الوقف ما يلي: "يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن"، رغم أن وظيفة الوقف يمكن أن تكون مؤقتة<sup>5</sup> لجعلها تتناسب مع مساهمة كل الطبقات الاجتماعية، فالمشرع في ذلك اتبع الحنفية، على خلاف مشرع (الشارقة) الذي دمج الرأيين بنصه على: فجاء في مادته 03/15: "الوقف على جهة البر الأخرى وعلى المستحقين، يجوز أن يكون مؤقتًا أو مؤبداً<sup>6</sup> أو وفق ما يرد في صيغة التصرف فإذا سكت عن النص في الإشهاد يكون الوقف مؤبداً، ولا يقبل إثبات العكس"<sup>7</sup>.

وامتدادا لذلك تثار مسألة الرجوع عن الوقف، ومرد الخلاف بتبعض المصادر الفقهية للفريقين تتأسس من اختلاف المنظور لمآل المال الموقوف<sup>8</sup>، إذ يرى المالكية أن الوقف يُخرج المال الموقوف من

<sup>1</sup> القرار نفسه.

<sup>2</sup> القرار نفسه.

<sup>3</sup> فقد جاء في مختصر الشيخ خليل: "ولا يشترط التجيز... ولا التأبيد"، وهو نفس مسلك الفقيه أحمد الدردير إذ يرى أنه: "فإن ضاق (أي الحبس) عن الكفاية قُدم الأقرب من الإناث، وإن وقف على معينين، وبعدهم للفقراء فنصيب كل من مات للفقراء وإن لم يؤبد، فإن قيد بحياتهم أو ب حياة فلان أو بأجل فللباقى ثم يرجع ملكا...". ينظر: خليل اسحاق الجندي، المرجع السابق، ص 199، أحمد الدردير، المرجع السابق، ص ص 200-201

<sup>4</sup> جعل الصحابان (أبو يوسف ومحمد) التأبيد شرطا من شرط صحة الوقف، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، **بدايع الصنائع في ترتيب الشرائع**، تحقيق: أحمد عبد الوجود، علي محمد معوض، ج 08، ط 02، منشورات دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، ص 398.

<sup>5</sup> يقصد بالوقف المؤقت "الوقف الذي يحدد له الواقف مدة زمنية معلومة لبقائه، فإذا مرت اعتبر منتهيا وعاد إلى ملكه"، ينظر في ذلك: نجود قيدوم، "الوقف المؤقت: حقيقته، وتطبيقاته المعاصرة"، مجلة الإحياء، المجلد 19، العدد 23، ص 408.

<sup>6</sup> نص في الفقرتين 01 و02 من نفس المادة على الحالات التي يكون فيها الوقف مؤبدا وهي حالة المسجد والمقبرة إذ أنهما وكل المرافق المخصصة لخدمتهما أو الصرف عليهما تأخذ أحكام الوقف المؤبد بغض النظر عن الجهة الموقفة.

<sup>7</sup> حكومة الشارقة (دائرة الأوقاف)، قانون رقم 08 لسنة 2018، المؤرخ 20 ماي 2018.

<sup>8</sup> يرى الحنفية أن الملك لا يخرج من ذمة الواقف إلا بحكم حاكم أو بوصية أو إذا كان لمسجد فيخرج دون حكم، ينظر: محمد أمين (الشهير بابن عابدين)، المرجع السابق، 521، 535، وهناك من يرى بأنه يخرج لا إلى مالك، أبي البركات عبد الله بن أحمد

ذمة الواقف إلى غير مالك، فيمنع تبعاً لذلك أي تصرف له فيه انطلاقاً من ضابط عدم التصرف في شيء لا يملكه المتصرف، أما الحنفية فيرون أن المال الموقوف يماثل العارية في كونه ينقل حق الانتفاع من المعير إلى المعار له دونما أن يترتب عن ذلك إخراج للملك من ذمة المعير، وبالتالي ينفون طابع التأييد عن المال الموقوف<sup>1</sup>.

أما المشرع فقد تبني موقف السادة الحنفية **ظاهرياً** إذ ينص في المادتين (03) من قانون الأوقاف، والمادة (213) من قانون الأسرة على أن: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"، ولكن ضمنياً فقد أورد مواد تشكل منطلق الخروج عن هذا التوجه، وهي المواد (218) أسرة التي تنص على: "ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف ومقتضيات الوقف شرعاً، وإلا بطل الشرط وبقي الوقف"<sup>2</sup>، إذ أن تطبيق هذه المادة ينبنى على المبادئ المذكورة أعلاه وهي إفراغ الحبس في المذهب الذي يختاره المحبس مع وجوب احترام إرادته، والتي قد يُختار فيها المذهب المالكي الذي لا يشترط فيه التأييد، كما نجد المادة 16 من ق الأوقاف التي تنص: "يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافياً لمقتضى حكم الوقف الذي هو **اللزوم** أو ضاراً بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه"، وهو ما يجعل نصوصاً أمرة محل تقدير قضائي مما كرس تناقضاً في المخرجات الاجتهادية لهذه المسألة تضمنتها العديد من القرارات.

فمن **جهة أولى** نجد طائفة من القرارات القضائية التي تعيد الطابع التأييدي للوقف مستندة في ذلك على أن هذه الخاصية من أحكام الشريعة الإسلامية<sup>3</sup>؛ تجد تأسيسها في كونها محل اتفاق بين الجمهور إذ يصبح الوقف في حالة صحته لازماً عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة، ولا يجوز للواقف الرجوع

النفسي، المرجع السابق، ص 403، وهناك من يرى بأنه يزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجهه، برهان الدين المرغياني، **الهداية شرح بداية المبتدي**، ج 04، ط 01، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1417 هـ، ص 427، وفي نفس المعنى، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، **المرجع السابق**، ج 08، ص 386.

<sup>1</sup> المسألة محل خلاف حتى داخل المذهب الحنفي، فبينما يرى الإمام محمد أنه يشترط النص على التأييد على خلاف الإمام أبي يوسف الذي لا يشترط ذلك في رأي ويشترطه في رأي آخر، ينظر: محمد أمين (الشهير بابن عابدين)، المرجع السابق، ص 536، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، ج 08، ص 386.

<sup>2</sup> محمد أمين (الشهير بابن عابدين)، المرجع السابق، ص 527.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 109957، بتاريخ 1994/03/30، المجلة القضائية، العدد: 03، 1994، ص 39\_41، وكذلك الغرفة المدنية، ملف رقم 499084، بتاريخ: 2009/07/15، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2009، ص 170\_173.

عنه<sup>1</sup>، كما أنه يجد أساسه في عدم جواز تحببب العين مرتين، وفي ذلك تذهب المحكمة العليا مفسرة لذلك<sup>2</sup>: "أنه من المستقر عليه قانوناً أن الحبس هو حبس العين عن التملك عن وجه التأبید طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية، ومادام الأمر كذلك فإن الحبس الثاني المحرر في 1950/11/25 قد وقع من محبس غير مالك للعقار طالما أنه حرر حبساً سابقاً في 1947/08/31، وعلى ذلك يبقى هذا الحبس هو الحبس الصحيح...".

أما من جهة ثانية فهناك طائفة تجيز التراجع، وترفع عن الوقف صفة التأبید، وقد صيغ هذا التصور ضمن حكم للمحكمة العليا جاء فيه: "من الثابت شرعاً أن عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تم وفقاً للمذهب الحنفي شريطة دمج بند صريح يحتفظ المحبس بحقه في التراجع، ولما كان دعوى الحبس تم على المذهب المالكي الذي لا يجيز التراجع عن الحبس..."<sup>3</sup>، وهو نفس المسألك المتخذ في قرار تالٍ جاء فيه: "...وقد تبين من عقد الحبس هذا أن المحبسين قد أسسا حبسهما وفقاً لمذهب الإمام أبي حنيفة، وأكدوا على إمكانية التراجع عنه بالتبديل والتغيير والإدخال والإخراج والزيادة والنقصان على أن يتم ذلك برسم شرعي...وعليه وبتصرف المحبسين في أجزاء من العقار المحبس لا سيما بيع جزء منه للمحبس عليه تكون الشروط التي احتفظا بها لنفسيهما بها قد تحققت، وبذلك يكون قد تراجعاً وعدلاً عن الحبس الذي أبرماه..."<sup>4</sup>.

أما المستوى الثاني فعلى مستوى النطاق: ويُراد به الأشخاص الذين يمكن للوقف أن يشملهم، فبينما يجيز السادة الحنفية الوقف على النفس<sup>5</sup> وإخراج الإناث من الحبس يرى المالكية خلاف ذلك ويمنعونه، وبالعودة لقرارات المحكمة العليا نرى تمظها لهذا الفارق حيث تعاضدت ثلاثة منها في التأصيل لذلك<sup>6</sup>،

<sup>1</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 692342، سبق ذكره.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 714956، بتاريخ: 2012/10/11، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2013، ص 301\_298.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 223224، بتاريخ 2001/12/19، المجلة القضائية، عدد خاص للغرفة العقارية، ج 01، 2004، ص 150\_147، وكذلك: المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 204958، بتاريخ 2001/01/31، المجلة القضائية، العدد: 02، 2002، ص 381\_378.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 1114020، بتاريخ: 2018/05/17، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2018، ص 69\_66.

<sup>5</sup> يجيزه الإمام أبو يوسف، ولا يجيزه الإمام محمد، حاشية ابن عابدين، ص 582، وقيل يصح في الحالتين، النسفي، ص 404.

<sup>6</sup> ينظر القرارات الثلاثة: المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 35351، بتاريخ 1984/12/13، المجلة القضائية، العدد: 04، 1989، ص 98\_95، المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 109604، بتاريخ 1994/07/19،

واتفقت على أنه: "من المقرر في مبادئ الفقه الإسلامي أن الحبس الذي يحرر وفقا للمذهب الحنفي يرخص بالتحبيس على النفس كما أنه يسمح بإخراج البنات بشرط أن يجعل لهن حق استغلال الأملاك المحبسة...". أما القرار الرابع فقد بين الفرق بشكل جلي، فقد نص على أن: "عقد الحبس العرفي المؤرخ في فاتح جانفي 1973 قد اعتمد فيه واضعه على المذهب الحنفي بصفة واضحة لأن المذهب المالكي لا يجيز التحبيس على النفس..."<sup>1</sup>.

وأما المستوى الثالث فعلى مستوى **الحيازة**<sup>2</sup>: فبينما يُشترط القبض (الحيازة) عند السادة المالكية<sup>3</sup>، ويجعلونه شرطا أساسيا لقيام الوقف سواء كان حقيقة أو حكما متى تعذر تسليمه، كما رتبوا عن عودة الواقف لعقاره قبل مرور العام بطلان الحبس، وذلك امتدادا للقواعد العامة للتبرعات التي تقيم كيانها على الحوز كمؤشر لتفعيل العمل التبرعي سواء كان هبة أو حبسا، فإن الحنفية لم يشترطوه<sup>4</sup>.

#### (ب) التناقض في النصوص التقديرية:

وهو الذي نجده عند تطبيق النصوص التي جاءت صياغاتها مرنة أو غير مضبوطة، مما يجعل القاضي يمارس سلطته التقديرية، مما ينشئ عنه تناقض في القرارات القضائية، ويمكن التذليل على ذلك من خلال أنموذجين، وهما:

#### (ب/01) في مسألة إعمال التقادم في الحقوق المشهورة:

فالمشروع حينما نظم الملكية حدد أسبابها (مصادرها)، وضبط وسائل إثباتها، ومنها التقادم المكسب والعقود المشهورة، والتي يحدث أن تتزاحم متى وردت على نفس الحق، وهو ما جعل القرارات القضائية حال فصلها في هذه المسألة على ثلاثة اتجاهات، وهي:

المجلة القضائية، العدد: 03، 1994، ص ص75\_78، والغرفة العقارية، ملف رقم 276314، بتاريخ: 2004/07/21، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2013، ص ص293\_297.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 234655، قرار بتاريخ 1999/11/16، مجلة القضائية، العدد: 01، السنة: 2001، ص ص268-270.

<sup>2</sup> المجلس الأعلى، الغرفة العقارية، ملف رقم 24180، سبق ذكره.

<sup>3</sup> الدردير، ص 200، التحفة العاصمية، ص 86.

<sup>4</sup> يرى عموم الحنفية أنه لا يشترط القبض، وخالفهم في ذلك الإمام محمد إذ يشترطه، ينظر: أبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي، المرجع السابق، 403، والقبض هنا حكمي كالزكاة ما دام يخرج إلى حكم الله تعالى، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، ج 08، المرجع السابق، ص 391 وهو نفس مسلك مشروع الشارقة حين نص في المادة 12: "يلزم الوقف حتى ولو لم يحزه الموقوف عليه".

## (الاتجاه الأول) إباحة التقادم في العقارات المشهورة:

يرى هذا الاتجاه المتبنى من قبل المحكمة العليا أنه يمكن تفعيل التقادم المكسب كسبب من أسباب الملكية دون التفريق بين العقارات المشهورة وغير المشهورة، إذ أسست لقاعدة عامة مفادها سريان التقادم المكسب في مواجهة جميع الحقوق<sup>1</sup> بمجرد تحقق الشروط المنصوص عليها في المادتين (827) و(828) ق م ج، إذ "أن القانون المدني لا يفرق في التقادم المكسب بين الملكية التي لها سندات والتي ليس لها سندات، وقد تأكد هذا المبدأ أيضا في المرسوم رقم 253/83 الخاص بإجراءات إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، إذ نص على أن كل الأراضي تخضع للتقادم المكسب، وبناء عليه فإن ما يذكره الطاعنون في الوجه من كون الأراضي التي لها سندات لا تكون محلا للتقادم المكسب لا أساس لها"<sup>2</sup>، فأساس قرارها هو التزام صراحة النص إذ لم يشير المرسوم إلى أي استثناء فلا يجوز حينئذ للقاضي أن ينص عليه.

وهو ما أكدته في قرار ثان<sup>3</sup>، والذي رفضت فيه طعنا جاء فيه: "أنه وفقا لما هو مقرر قانونا طبقا للمادة 29 من قانون التوجيه العقاري<sup>4</sup> فإن الملكية العقارية تثبت بسند رسمي مشهر، وأن المدعين في الطعن قدموا بين يدي القاضي سندا رسميا مشهرا هو الدفتر العقاري الذي يحوز الحجية المطلقة والقوة الثبوتية، وهو وحده الدليل المنتج في دعاوى استحقاق الملكية بالنسبة للأراضي المشمولة بإجراء المسح، والذي لا يجوز نقض مضمونه إلا من خلال دعوى إلغاء مشهورة وفقا للمادة 85 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري<sup>5</sup>، خالصين (أي المدعين) في ذلك إلى عدم

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0798374، قرار بتاريخ: 2013/12/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2013، ص 333\_

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 300815، قرار بتاريخ: 2005/05/18، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010، ص 268\_273.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 423832، قرار بتاريخ: 2008/07/16، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010، ص 274\_279.

<sup>4</sup> تنص هذه المادة على: "يُثبِت الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري"، القانون 90\_25، سبق ذكره.

<sup>5</sup> تنص هذه المادة على: "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..." المرسوم رقم 76\_63 المؤرخ 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر عدد 30، الصادر 13 أبريل 1976، ولذلك عمد المشرع لاستحداث مادة جديدة في الأمر 75\_74 بموجب قانون المالية لسنة 2019، والتي تنص على: "تشهر بالسجل العقاري الممسوك بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا كل عريضة رفع دعوى تتعلق بعقار



جواز التمسك بالتقادم المكسب في مواجهة المالك الحائز للدفتر العقاري"، وتتجلى علة الرفض الذي تبنته المحكمة العليا بعد تبيانها لتوفر شروط التقادم المكسب بقولها: "وبالتالي يكون دفع المدعين في الطعن بأن حق الملكية المستند إلى دفتر عقاري مشهر لا يسقط غير مؤسس لأن المادة 827 من القانون المدني تخول للمدعى عليه في الطعن بالدفع بالتقادم المكسب هذا من جهة ومن جهة أخرى لا يوجد أي نص قانوني ينص على منع الدفع بالتقادم المكسب طبقاً للمادة 827 من القانون المدني، وعليه تكون المواد القانونية المثارة من المدعين في الطعن لا تجد مجالاً للتطبيق في قضية الحال، ومن هنا يكون القضاة قد طبقوا صحيح القانون وطبقوا المادة 827 من القانون المدني تطبيقاً صحيحاً".

وتأكيداً لنفس التوجه جاء في قرار ثالث لذات الهيئة "حيث من الثابت ما نصت عليه المادة 827 من القانون المدني أن من حاز عقاراً دون أن يكون مالكا له أو خاصاً به صار له ذلك ملكاً استمرت حيازته مدة 15 سنة بدون انقطاع أي أن الحيازة هي سبب من أسباب كسب الملكية العقارية حتى في مواجهة من له سند صحيح لأن هذا النص لم يستثنى العقارات التي لها عقود مشهورة..."<sup>1</sup>، واعتبرت ذلك في قرار رابع: "أن الشخص الذي يحوز القطعة الأرضية لمدة 15 سنة يصبح مالكا له عن طريق التقادم المكسب، باعتبار هذا الأخير له الحجية المطلقة في مواجهة الكافة"<sup>2</sup>.

وعلى هدى هذه القرارات يتبين لنا أن المحكمة العليا أعملت قواعد التقادم في الحقوق المشهورة، ولا يتأتى ذلك في رأيي إلا استناداً لمجموعة من الأسس منها ما ذكر صراحة في متنها، ومنها ما لم يذكر، ولكن يمكن تلمسه في روح القرار بناء على استقراء علمي له، وتتمثل هذه الأسس في تكريس الأمن القانوني الواقعي من خلال أعمال صريح التوجه المفرغ في المادة 728 الذي لم يمنع التقادم في العقارات المشهورة، وفي ذلك استحضر للمبدأ الذي ينص على أن "الأصل في الأشياء الإطلاق، وأنه لا تقييد إلا بنص".

### (الاتجاه الثاني) حظر التقادم في العقارات المشهورة:

أو حق عيني عقاري مشهور سنده بعد تسجيلها بأمانة ضبط المحكمة"، القانون رقم 18\_18 المؤرخ 27 ديسمبر 2018، المتضمن قانون المالية لسنة 2019، ج ر عدد 79، الصادر 30 ديسمبر 2018.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 479371، قرار بتاريخ 2008/10/15، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008، ص 273\_275.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 1185565، قرار بتاريخ 2016/12/15، سبق ذكره.

على نقيض الاتجاه الأول يرى هذا الاتجاه الممثل بالقضاء الإداري وجانب من المحكمة العليا أنه لا يمكن أن ترد الحيابة على عقارات مشهورة فقد جاء في قرار للغرفة الإدارية: "إن الإجراءات المرسومة في المرسوم المتعلقة بعقد الشهرة، والمرتكز على الحيابة بمفهوم المواد 827 و 828 ق م يُستبعد تطبيقها متى وجد للعقار سند رسمي ومشهر، وهو الثابت في واقعة الحال، لتؤكد أن المحافظ العقاري الذي رفض شهر عقد الشهرة الوارد على عقار مشهر مسبقا هو إجراء سليم ومؤسس قانونا، وذلك استناد للغاية التي جاء بها المرسوم 352/33، والمتمثلة في تطهير الوضعية العقارية للأمالك التي لم تخضع للمسح العام"<sup>1</sup>، وهو القرار الذي كان محل تنويه من مديرية أملاك الدولة بموجب مذكرة جاء فيه أنه على السادة المحافظين تدعيم قرارات الرفض بهذا القرار سواء على مستوى تسيببه للأشخاص المرفوض طلبهم أو على مستوى المنازعات القضائية<sup>2</sup>، وتم التأكيد على ذلك بقرار لمجلس الدولة جاء فيه: "أن العقار الذي يحوز على سند مشهر لا يمكن أن يكون محل حيازة بالتقادم"<sup>3</sup>.

وهو نفس الأمر الذي تبنته المحكمة العليا في أحدث قراراتها، والتي تخالف فيه القرارات المذكورة أعلاه، حيث نص على: "لا يقبل الدفع بالحيابة المؤدية إلى التقادم المكسب بعد استنفاد الإجراءات ولآجال المقررة للاعتراض على الترقيم المؤقت، وتسليم الدفتر العقاري الذي يعد سندا للملكية لتعارض ذلك مع مبدأ القوة الشبوتية المطلقة للشهر العقاري"<sup>4</sup>، وتعقبيا على هذا القرار يرى السيد (عبد الرشيد طبي) الرئيس الأول للمحكمة العليا<sup>5</sup> "أن هذه الأخيرة كرست الحماية القانونية للملكية من خلال الفصل في حجية الدفتر العقاري المعد بناءً على عملية مسح الأراضي في مواجهة دعوى الحيازة المؤدية إلى التقادم المكسب بقرارها المرجعي الذي أصدرته الغرفة العقارية في 14 جانفي 2021 و ذلك بهدف توفير

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، القرار رقم: 146، المؤرخ: 09 مارس 1998، مجمع نصوص أملاك الدولة لسنة 1999، ص 23\_26.

<sup>2</sup> المديرية العامة لأمالك الدولة، مديرية عمليات الأملاك الوطنية والعقارية، رقم 873/م ع أ و/ م ع أ و ع، المؤرخة: 1999/02/21، المتعلقة بمنازعات التقادم المكسب، مجمع نصوص أملاك الدولة لسنة 1999، ص 21\_22.

<sup>3</sup> مجلس الدولة، قرار رقم 081391، المؤرخ في 2014/02/27، متاح على الموقع: <https://www.conseildetat.dz>

<sup>4</sup> المحكمة العليا، قرار رقم 1206937، المؤرخ 2021/01/14، متاح على الموقع: <https://cutt.us/R7he6>، زيارة بتاريخ: 2021/05/11.

<sup>5</sup> عبد الرشيد طبي، مداخلة في إطار اليوم الدراسي حول تقنيات الطعن بالنقض في المواد المدنية والجزائية في القانون الجزائري والقانون الفرنسي يوم 31 مارس 2021، بالمدرسة العليا للقضاء - القليعة، متاح على الرابط: <https://cutt.us/hh4DJ>، زيارة بتاريخ: 2021/05/11.

الحماية القانونية للمستثمرين و ضمان الأمن القانوني للدفع بعملية التنمية الاقتصادية و تشجيع الاستثمار الوطني و الأجنبي".

وتعليقا على القرار أعلاه نجد أنه مفتقد للأساس القانوني المتين لما فيه من انتهاك لمبدأ المساواة؛ إذ أن حظر التقادم قضائيا دونما سند تشريعي؛ يفيد أن هذا الحظر يشكل تعديا على صلاحيات المشرع، وهو ما يشكل تعد على الملكية العقارية<sup>1</sup>؛ لإخلال ذلك بمسلك من مسالك كسب الملكية، كما أن القيمة القانونية له غير ملزمة؛ إذ أنه مجرد قرار صادر عن إحدى غرف المحكمة العليا، وليس باجتهاد صادر عن غرفها مجتمعة، وهو ما يعني كنتيجة منطقية لذلك إمكانية مخالفة الحلول المستقبلية للقضاء لهذا القرار.

### (الاتجاه الثالث) \_ الاتجاه المُؤفِق:

وقوام هذا الاتجاه هو موقف وسيط بين الاتجاهين السابقين؛ فلا هو بالمانع مطلقا، ولا بالمجيز مطلقا، إنما رسم أصلا وقيده باستثناء، فميز بين العقود المشهورة الناتجة عن عملية المسح وبين المنجزة خارج ذلك، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا: "وحيث في الأخير ينبغي التذكير أن التقادم يسري في مواجهة جميع العقود باستثناء تلك التي أنجزت في إطار عملية المسح عملا بالأمر 74/75... وأنه لا يطلب ممن يتمسك بالتقادم الطويل سوى إثبات حيازته المدة القانونية لا غير"<sup>2</sup>، فيستشف من هذا القرار أنه حظر نسبي من خلال إجازة أعمال قواعد التقادم المكسب في العقارات إلا العقود المشهورة بمناسبة عملية المسح العقاري، وهو \_ في رأبي \_ قول متناقض إذ أن الأمر المشار إليه لم يمنع في مجموع مواد أعمال التقادم المكسب مما يجعل هذا الاستثناء يفتقر للأساس القانوني الذي يدعمه.

<sup>1</sup> لقد تصدى المجلس الدستوري الفرنسي لقانون كان الهدف منه حظر نقل الملكية إلا بعد الحصول على موافقة الهيئات المحلية، وذلك تحقيقا للمصلحة العامة حيث رتب عدم دستورية المادة الناصة على ذلك، واعتبرها انتهاك وتعد على الملكية العقارية، واستند إلى كون المصلحة العامة مصطلح فضفاض لا يمكن التحقق منه، واستند أيضا إلى المادة الثانية من إعلان عام 1789، والتي صنفت الملكية ضمن حقوق الإنسان، وكذلك المادة 17 من نفس الإعلان، والتي تنص على ما يلي: "كون الملكية حقاً مصوناً ومقدساً، فلا يجوز حرمان أي شخص منها إلا إذا كانت هناك ضرورة عامة، مقرررة قانوناً، تتطلب ذلك بوضوح وبشرط تعويض عادل ومسبق" ينظر:

*CEF, décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, para: 06, https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1991/90283DC.htm, et décision n° 96-373 DC du 9/04/1996 para: 20, https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1991/90283DC.htm, consulté: 15/04/2022.*

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 384565، قرار بتاريخ 2007/01/17، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2007، ص 401\_405.

## (ب/02) التعارض في مسألة المانع الأدبي:

يعرف المانع عموماً بأنه: الشيء الذي يُلزِمُ من وُجُودِهِ عَدَمُ الحُكْمِ<sup>1</sup>، كما يعرف بأنه: وصف وجودي منضبط لا يوجد إلا بعد كمال الشروط يلزم من وجوده عدم الحُكْمِ<sup>2</sup>، وهو تعريف ينبغي تبسيطه بالقول أن المانع حالة تحول دون تطبيق حكم معين رغم تحقق شروطه، ومثال ذلك: اعتبار القرابة مانعاً لتحقيق الحيابة المفضية للملك، فالقاضي عند نظره في الدفع بالقرابة فعليه التأكيد أولاً أن الحيابة الطويلة محققة إذ أن عدم تحققها يكفي لعدم إقرار أثرها (التملك) دون النظر في فعالية المانع من عدمه.

وتقرير مسألة تحقق المانع يرجع إلى تقدير قضاة محكمة الموضوع بغير معقب من المحكمة العليا، لاعتباره أمراً نسبياً عارضاً<sup>3</sup> إذ عليهم بالبحث في ضوء كل واقعة على حدى، فهو "يقوم على اعتبارات ترجع إلى الظروف التي انعقد فيها التصرف أو تحققه أو العلاقة التي تربط بين طرفيه وقت انعقاده"، إذا كان من شأن هذه العلاقة أو تلك الظروف أن تمنع شخصاً أدبياً من الحصول على دليل كتابي ومن ثم يكون هذا المانع خاصاً ذاتياً لا عاماً موضوعياً<sup>4</sup>، والحالات التي يقوم فيها هذا المانع وفقاً لذلك متنوعة، فقد يقوم استناداً لرابطة الدم، والتي قوامها الأصول والفروع، وقد تقوم على أساس علاقة الزوجية، كما قد تقوم على صلة الجوار بل إن مجرد العادة أو مركز الشخص الاجتماعي قد يكون مانعاً من الحصول على سند مكتوب<sup>5</sup>، كما قد تقوم على علاقة الصداقة<sup>6</sup>، وكلها تبنى على ثقة مطلقة بين أطرافها.

<sup>1</sup> محمد نايف اللحام، "المانع الأدبي وأثره في الفقه الإسلامي"، مجلة جامعة الأزهر، غزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد: 17، العدد: 02 (أ)، (ص ص 281\_334)، ص 286.

<sup>2</sup> محمد نايف اللحام، المرجع نفسه، ص 287.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 0920420، قرار بتاريخ: 2014/04/16، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، السنة: 2014، ص ص 199\_102.

<sup>4</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 120 لسنة: 73 قضائية، جلسة: 2009/03/24.

<sup>5</sup> القرار نفسه.

<sup>6</sup> وكذلك العداوة، وقد توصلت محكمة نينوى العراقية إلى القول أنه يمكن إهدار المانع الأدبي متى أثبت عدم جديته، ومثالها وجود حالة من العداوة بين الأخ وأخيه والتي تمنع المانع الأدبي من ترتيب أي أثر يعيق تطبيق القواعد العامة، ينظر: صدام خزرل يحي، تعليقات على الأحكام القضائية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد: 15، العدد: 55، 2011، ص ص 478\_479، وهذا مسلك معروف عند فقهاء المالكية إذ أن العداوة بين الأقارب سبب لتخفيض المدة في التقادم وجعلها كمدة الأجنبي لأن العداوة تنفي أي مسامحة بينهما، والتخفيض هنا من أربعين (40) سنة إلى عشر (10) سنوات، ينظر: أبي بكر محمد بن عاصم الأندلسي، المرجع السابق، ص 89، أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، المرجع السابق، ص ص 426\_427.

ونظرا لذلك فإن هذه الثقة تحول دون طلب الأطراف لتوثيق العلاقة، وجعلها تسير وفق نوع من التسامح، وهو ما جعل المشرع مراعاة لقواعد العدالة يقر بمسألة المانع الأدبي حماية منه للطرف العاجز عن الإثبات من سوء نية مخصصه، لا سيما في مجال أعمال التقادم بين الورثة، والذي تفرعت فيه آراء المحكمة العليا لاتجاهين، وهما:

**الاتجاه الأول:** يرى هذا الاتجاه أن المانع الأدبي مؤثر في مسألة احتساب التقادم المؤدي إلى التملك، فقد جاء في قرار للمحكمة العليا: "سكوت إحدى الوارثات عن المطالبة بالخروج من حالة الشيوخ لفترة طويلة بسبب القرابة، وصلة الرحم لا يعد تنازلا عن حقها في الميراث"<sup>1</sup> مبررة مسلكها بأن: "سكوت الطاعنة، وعدم مطالبتها أثناء حياة أخيها (ف) بنصيبها من ميراث والدها طوال الفترة الماضية لا يعد تنازلا كما لا يعد تهاونا بل هو تسامح مع شقيقها، واحترام لأواصر القرابة وصلة الرحم"، لا سيما أنه "ليس هناك في القانون أو الشرع ما ينص على أن للوارث حق التملك بالتقادم نصيب غيره من الورثة متى استوفى وضع يده الشروط الواردة في القانون..<sup>2</sup>"

وهو المسلك الذي أكدته في قرار آخر حيث رفضت الاعتراف فيه لوارث على "أساس وجود مانع يوقف حساب مدة التقادم ذلك أنه إلى جانب وجود المانع المادي فقد يكون المانع أدبيا يتجلى من خلال العلاقة بين الحائز والمالك، ومن هنا تكون الحيابة مشوبة بعيب اللبس فلا يترتب عليها آثارها، وإما أن تكون الحيابة لا لبس فيها، وعندئذ لا تكون للقرابة معنى في الرابطة الأسرية"<sup>3</sup>، ومن هنا نرى أن الأساس الذي حال دون احتساب التقادم هو القرابة التي تثير اللبس في تحقق شروط الحيابة الطويلة، وهو ما يفيد رجحان الاهتمام بصلة القرابة على حساب أعمال قواعد التقادم.

وفي قرار آخر جاء فيه: "من المقرر في جميع الأحوال لا تكتسب الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيابة ثلاثا وثلاثين سنة، وألا تكون مقرونة بالإكراه أو حصلت خفية، وألا تكون مقرونة بالإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها التباس، وإلا أصبحت بدون أثر تجاه من وقعت عليه \_العيوب المذكورة\_ إلا

<sup>1</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 257099، قرار بتاريخ: 2001/07/18، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2004، ص ص331\_334.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 232678، قرار بتاريخ: 2000/02/22، المجلة القضائية، العدد: 01، السنة: 2001، ص ص264\_267.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 197177، قرار بتاريخ: 2000/07/31، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، السنة: 2014، ص ص199\_102.

من تاريخ زوالها" لتخلص المحكمة في قرارها: "أنه ولما ثبت أن وضع اليد لم يكن إلا على سبيل التسامح ومراعاة للعلاقات العائلية، وهو ما يجعل هذه الحيابة مقترنة باللبس ما دام وضع اليد لم يستند لعملية قسمة.."<sup>1</sup>، فهذا القرار يؤسس لمؤشر يمكن للقاضي أن يستأنس به في تحديد تحقق اللبس من عدمه؛ سيما أن بعض العادات التي لا تمت للإسلام بصلة تنفي إعطاء المرأة حقها في الميراث، وهو الذي أثبتته المحكمة العليا في بعض قراراتها<sup>2</sup>.

**الاتجاه الثاني:** على نقيض الرأي الأول يرى هذا الاتجاه، والذي يشكل تطبيقاً للقاعدة العامة التي أرستها المحكمة العليا في هذا المجال، ومفادها سريان التقادم المكسب في مواجهة جميع الحقوق<sup>3</sup>، وعليه ينعدم أي أثر للقرابة في المساس بآثار حساب الأجال القانونية، وأنه متى تحققت شروطه وجوب الاعتراف لمن تحققت شروط حيازته بالملك ذلك أنه: "ينتفي المانع الأدبي وبما لا ريب فيه في الحقوق الميراثية لقيامها أساساً على القرابة بين الورثة، لأن القول بخلاف ذلك مؤداه أبدية حق المطالبة بهذه الحقوق، وهذا ما لا يستقيم وأحكام المادة 829 من القانون المدني، وقواعد الشريعة"<sup>4</sup>، وأنه يكفي التحقق من شروط الحيازة فقط، وهو الذي جعلها تؤيد رفض قضاة الدرجات الدنيا لدعوى جاءت بعد حيازة المدعى عليهم للعقار أكثر من المدة المقررة أي 33 سنة، فالمهم حسب هذا الاتجاه هو التأكد من توافر العناصر التي يبنى عليها التقادم وهي العنصر المادي والعنصر المعنوي وكذا العنصر الزمني<sup>5</sup>، فهذا الاتجاه يُبنى على أساس استقرار المراكز القانونية؛ لأن القول بعدم تحقق التقادم في الحقوق الميراثية من شأنه تأبيد المنازعات، ويحول دون الفصل فيها، وهو ما يتنافى مع الغايات القانونية.

**(ثانياً) التنفيذ:**

<sup>1</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 110173، قرار بتاريخ: 1994/11/15، المجلة القضائية، العدد: 01، السنة: 1994، ص ص84\_90، وكذلك: الغرفة المدنية، ملف رقم: 40.944، قرار بتاريخ: 1987/05/06، المجلة القضائية، العدد: 03، السنة: 1991، ص ص15\_18.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 232678، سبق ذكره.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0798374، قرار بتاريخ: 2013/12/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2013، ص ص333\_336.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 384565، سبق ذكره.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 629657، قرار بتاريخ: 2011/06/09، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2011، ص ص266\_270.

إن صيرورة الحكم نهائيا ليس نهاية لمساره إنما يعقبه إجراء آخر وهو تنفيذه، غير أن ثمة عقبات تحول دون تنفيذه، وقد تكون هذه العقبات إما بسبب صياغته، وإما بسبب امتناع الأطراف بالتنفيذ.

### (01) عدم التنفيذ بسبب الغموض:

إن الأصل في الحكم القضائي أن يصدر واضحا دالا على مقتضياته، غير أنه يحدث وأن تختل صياغته فتعوزه الدقة التي تسمح بتطبيقه، وهو ما يستدعي تفسيره، وفي ذلك قرارات للمحكمة العليا، والتي تتفق في مجملها على وظيفة التفسير في توضيح القرار القضائي دونما مساس بالمراكز القانونية أو مضمون القرار<sup>1</sup>، لتعلن صراحة اجتهادها القضائي في هذه المسألة والذي مفاده: "عدم إمكانية تعديل منطوق حكم نهائي على أثر دعوى تفسيرية، باعتبار أن هذه الأخيرة تهدف لتوضيح منطوق الحكم، وليس تغييره مما يجعل القرار المخالف لذلك منعدم الأساس القانوني"<sup>2</sup>، فالغاية من التفسير إنما هي توضيح الحكم القضائي باعتباره أداة تواصل خطابي بين الجهة المصدرة للقرار وبين المعنيين به سواء من حيث ما رتبته من حقوق و التزامات أو من حيث تنفيذه لكون عدم اتضاحه قد يعيق تنفيذه.

### (02) عدم التنفيذ بإرادة الأطراف: سواء تعلق الأمر بأشخاص القانون العام أو الخاص، وذلك

على النحو التالي:

(أ) امتناع الإدارة: إذ يمكن للإدارة أن تمتنع عن تنفيذ الحكم القضائي، وقد يكون ذلك إما بطريقة صريحة، ومثاله ما جاء في قرار للقضاء الإداري الجزائري "القرارات الإدارية التي تستهدف الوقوف ضد حكم قضائي نهائي تمس بمبدأ قوة الشيء المقضي فيه، وتعتبر مشوبة بعيب تجاوز السلطة وتستوجب البطلان"<sup>3</sup>، وهو ما اعتبره القضاء الإداري المصري منطويا على مخالفة جسيمة، ومخالفة صريحة لأحد المبادئ الأساسية، والأصول القانونية، والتي تملئها اعتبارات الطمأنينة العامة، وتقضي به ضرورة استقرار الحقوق والروابط الاجتماعية، ولكنه في المقابل اشترط مجموعة من الشروط لتحقيق

<sup>1</sup> ، ينظر: الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 1265058، قرار بتاريخ: 2018/04/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2018، ص ص101\_98، وكذلك الغرفة المدنية، ملف رقم: 0860754، قرار بتاريخ، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2014، ص ص181، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 661194، قرار بتاريخ: 2010/04/08، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2011، ص ص231\_228.

<sup>2</sup> الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 162757، قرار بتاريخ: 1998/03/17، المجلة القضائية، العدد: 01، 1998، ص ص163\_166.

<sup>3</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 53098، قرار بتاريخ: 1987/06/27، المجلة القضائية، العدد: 04، 1990، ص ص175\_178.

الرفض الصريح، وتشمل انعدام القوة القاهرة التي تحول دون تطبيق الحكم القضائي، وكذلك عدم تغير المركز القانوني المضمن في الحكم<sup>1</sup>.

وقد يكون امتناعها ضمناً<sup>2</sup>، والذي يأخذ صوراً مختلفة كأن تركز الإدارة لتجاهل الأحكام القضائية من خلال سكوتها، كما يمكن لها أن تلجأ للطريق المضاد من خلال استعمال قراراتها للحيلولة دون تنفيذ حكم قضائي، ومثال ذلك أن تخصص قطعة أرض للمصلحة العامة لمنع استفادة شخص منها رغم إثباته لملكه لها عن طريق التقادم، كما يمكن لها أن تتراخي في تنفيذه لمدة يفقد فيها الحكم قيمته، وينقص من الحقوق المكرسة فيه.

ولكن تنفيذ الأحكام القضائي في المجال العقاري<sup>3</sup> في بعض الأحيان يجد أساسه في بنائية الحكم القضائي ذاته؛ إذ أن عدم تنصيبه على المعلومات الكاملة للعقار لا سيما ما تعلق بنسبة كل عقار للبلدية المتواجد بها، وكذا تعيين القسم ورقم المخطط، وكذلك في حال عدم الاعتماد على دفتر العقاري عند قسمة الأراضي التي لها هذا السند، كما يكون الامتناع في بسبب تقادم هذه الأحكام أي بسبب مرور (15) سنة من تنفيذها، وهذه الأخيرة تعد فهم سيئاً للقانون، إذ أن المحافظ العقاري ملزم بتنفيذ هذا القرار ما لم يصدر قرار بتقادم هذا الحكم القضائي.

**(ب) امتناع الأشخاص:** إن التكوين الثقافي للشخص يساهم في ممارسة حق التقاضي، والذي قد يكون تعسفياً مثلما وقفت عليه شخصياً في قضية تعدي على عقار بمحكمة باتنة أين صرح أحد الأطراف (المدعى عليه)، أنه قد حضر 04 جلسات كان المدعى فيها غائباً، ودون أن يعرفه، والتعسف مثلما قد يكون حين مباشرة الدعوى قد يكون بعدها من خلال الامتناع عن تنفيذ مخرجاتها، وهو ما يستوجب توقيع عقوبات قاسية عليهم لمساهمهم بسمعة العدالة، مما يمس باستقرار المراكز القانونية.

### المطلب الثاني: ضمانات تطبيق الأحكام القضائية

إن فعالية القضاء تتمثل في نفاذه، ولذلك كان لا بد من ترتيب المسؤولية الكاملة عن عرقلة تنفيذ مخرجات العدالة؛ سواء كان ذلك من قبل الإدارة التي يفترض فيها السهر على مراعاة هذه الأحكام لتحقيق التكامل المرفقي، أو من قبل الأشخاص على اختلاف صفاتهم ومراكزهم القانونية، لذلك كان لا بد من

<sup>1</sup> محمود سعد عبد المجيد، المرجع السابق، ص 134\_136.

<sup>2</sup> محمود سعد عبد المجيد، المرجع السابق، ص 136\_147.

<sup>3</sup> راجع في ذلك دراسة حمدي باشا عمر المنشورة في مجلة المحكمة العليا، سبق ذكرها، ص 195\_199.



وضع ضمانات تساهم في ذلك، والتي يمكن تصنيفها إلى ضمانات ذاتية تتعلق بتوحيد الاجتهاد القضائية (الفرع الأول)، و ضمانات خارجية ترتكز على تفعيل الجزاءات المتعلقة بعرقلة تنفيذ هذه الأحكام (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: توحيد الاجتهاد القضائي

إن توحيد الاجتهاد ضرورة لتحقيق الأمن القانوني بطريقة غير مباشرة، ونظرا لأهميته فإنه يستند إلى منطلقات تُبين فلسفته، وتضبط إجراءاته.

#### (أولا) منطلقات توحيد الاجتهاد القضائي:

إن توحيد الاجتهاد القضائي يقوم استنادا إلى مجموعة من المنطلقات الموضوعية، وكذا الإجرائية.

#### (01) المنطلقات الموضوعية:

إن التناقض الذي قد بيناه فيما سبق يشكل امتدادا لحالة اللأمن القانوني، إذ أن تفسير القوانين ليس سوى امتدادا لوجودها، وهمزة وصل لإنزالها على وقائع النزاع، لكن صدورها بشكل غير مستقر من شأنه أن يحدد بالقضاء عن دوره في حل المنازعات، واستقرار المراكز القانونية إلى مصدر مباشر لإهدار الحقوق، وجعلها في توتر دائم يحول دون استقرارها، وهو ما يستوجب إرساء أسس لتوحيدها باعتبار ذلك ضمانة للأمن القانوني في حالة الحركة، وهذه الغاية تجد أساسها في مجموعة من المصادر.

**فالتفكير العقلاني** المستمد من المبادئ الدستورية السارية يقتضي أن ينظر القضاء لنفسه كالإدارة؛ أي وجب عليه الخروج من كونه مجرد أداة أو وسيلة لتنفيذ السياسات إلى صانعة لها، تصورا وتطبيقا، ومساهمة في جبر كسورها واعتلالاتها دون أن تخرج في ذلك عن الكليات الكبرى المسطرة دستوريا<sup>1</sup>، لا سيما أن القاضي لم يعد حصرا المنفذ الأمين للإرادة التشريعية، لكنه أصبح بمثابة الحارس للتطور الأمن للمجتمع من خلال جعل قراراته متى أُعدت بذكاء بمثابة التأمين لمسار التحولات الاجتماعية متوازنة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص 41.

<sup>2</sup> بينوا فريدمان وغي هارشر، ترجمة: محمد وطفه، المرجع السابق، ص 74، 75.

كما يجد أساسه في **الثقة** في أعمال القضاء، والرامية لضمان إرساء فقه قضاء مستقر بخصوص تأويل النص القانوني<sup>1</sup>، تحقيقاً لإمكانية التنبؤ به<sup>2</sup>، وفي ذلك يرى القاضي الأمريكي (Homles) "إن التنبؤ حول ما ستفعله المحكمة في الواقع دون أن تتعداه هو القانون"<sup>3</sup>، إذ لا يعقل انحراف الجهات القضائية العليا عن دورها الدستوري المتمثل في ضمان توحيد الاجتهاد القضائي، لكون ذلك ماساً **بالتزامها الأدبي**، والذي يقتضي إعطاء القضاة نفس التفسير لنفس النصوص في الحالات المتماثلة<sup>4</sup>، والذي يمكن الوصول إليه بمجرد الارتكاز على هياكل عقلانية للتفكير<sup>5</sup>.

وهي كلها تؤسس لمصدر آخر لوجوب التوحيد، وهو **الأمن القضائي**<sup>6</sup> باعتباره يعكس الثقة في المؤسسة القضائية، وكذا الاطمئنان لمخرجاتها القضائية وهي بصدد مباشرة مهامها، المتمثلة في تطبيق القانون على ما يُعرض عليها من قضايا، والتي يحدث أن تحمل في وقائعها نوازل ومستجدات جديدة تكون مواكبة للوقائع الاجتماعية، والتي تتجلى مؤشراتنا في جودة أحكامها، واتساقها بينياً، وكذا ضمن المنظومة القانونية السارية مع تسهيل الولوج إليها للتمكن من بناء موقف من مسار اجتهادها.

وتأسيساً على ذلك فإن الأمن القضائي يستدعي تفسيراً جريئاً لنصوص القوانين ذات الصلة بغية تكييف القواعد المتعارضة مع الحقائق المتصادمة وفق تقنية اجتهادية مسلحة بتصور إبداعي لهذا الأمر<sup>7</sup>، للحسم فيه، انطلاقاً من المبادئ التي أرستها المحكمة الدستورية والتي مفاده أن "تفسير الأحكام التشريعية يفرض التقيد التام بمجموع الأحكام الدستورية ذات الصلة بالحكم التشريعي"<sup>8</sup>، وهو ما يسمح

<sup>1</sup> محكمة التعقيب التونسية، القرار: 45980، بتاريخ: 2013/10/31.

<sup>2</sup> "Toutefois, le souci de garantir aux justiciables une certaine sécurité juridique conduit à assurer une unité et une continuité de la jurisprudence, dont le juge de cassation est le garant", voir: Conseil d'État Rapport d'avril 2012 du groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative, p 30.

<sup>3</sup> روبرت الكسي، المرجع السابق، ص 42.

<sup>4</sup> Manon CHATEAU-GRINE, p 392.

<sup>5</sup> (rational structures of reasoning), ROBERT ALEXI, Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse, op, cite, p 150.

<sup>6</sup> عبد المجيد غميحة، "مبدأ لأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي"، مجلة الملحق القضائي، العدد: 42، 2009، (ص ص: 29\_3)، ص 22.

<sup>7</sup> أصل هذه العبارة: "أنه من خلال التفسير الجريء للنصوص تمكن السوابق القضائية من تكييف القواعد القديمة مع الحقائق الجديدة"، أنظر:

George RIPERT, op.cit, p 12.

<sup>8</sup> المحكمة الدستورية، قرار رقم 02/ق م د/د ع د/المؤرخ 05 ديسمبر 2021، ج ر عدد 04، الصادر 15 جانفي 2022.

بتفسيرها منطقياً دون ابتعاد بها عن أحكام الدستور<sup>1</sup>، فلا تُخصص حينئذٍ بدون مخصص، وإذا استحال التوفيق بين نصين متعارضين فاللاحق يُلغى السابق، كما أنه وجب العودة للأعمال التحضيرية للوقوف على نية المشرع للحفاظ على نسيج الهيكل القانوني متناسقاً، وغيرها من الأسس الواجب مراعاتها أثناء التفسير للوصول لنتائج منطقية وموحدة<sup>2</sup>.

وكلها تنطلق من الوظيفة الدستورية التي أرساها الدستور لكل من المحكمة العليا ومجلس الدولة، إذ تنص المادة (03/179) من التعديل الدستوري لسنة 2020 على: "تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون"، وهو الذي تسايره النصوص المنظمة لهاتين الهيئتين، إذ ينص القانون العضوي المنظم لمجلس الدولة على كونه هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية، وبأنه الضامن لتوحيد الاجتهاد القضائي الإداري في البلاد<sup>3</sup>، وقد أناط هذه المهمة لمكتب متابعة الاجتهاد القضائي والتشريع، وذلك من خلال حصر حالات التناقض المحتمل بين القرارات قصد إخطار مجلس الدولة<sup>4</sup>، وهو نفس الحال بالنسبة للمحكمة العليا إذ أسندت المهمة لمكتب متابعة الاجتهاد القضائي قصد حصر حالات التناقض المحتمل لإخطار الرئيس الأول لهذه الهيئة<sup>5</sup>، فصفوة القول هنا أنه مادام قد كلف هذين المكتبين بحصر التناقض المحتمل فإن الإخطار عن التناقض الحاصل هو من باب أولى لانعكاس ذلك على الاستقرار القانوني والقضائي.

**(02) المنطلقات الإجرائية:** فالغاية الإستراتيجية من توحيد الاجتهاد تستوجب الحديث عن الإجراءات التي تتبعها هذه الجهات سعياً إلى تجسيد دورها الدستوري، فأما على مستوى مجلس الدولة فإنه تجتمع الغرف مجتمعة في حالة الضرورة لا سيما في الحالات التي يكون فيها القرار المتخذ يمثل تراجعا عن اجتهاد قضائي<sup>6</sup>، على أن تكون الإحالة بمبادرة من رئيس مجلس الدولة أو محافظ الدولة أو

<sup>1</sup> القرار نفسه.

<sup>2</sup> راجع في ذلك: محمد حلمي عبد التواب، المرجع السابق، ص 265\_271.

<sup>3</sup> المادة 02 من القانون العضوي رقم 01\_98 المؤرخ 30 ماي 1998، سبق ذكره.

<sup>4</sup> المادة 15 النظام الداخلي لمجلس الدولة المصادق عليه من طرف مكتب مجلس الدولة، سبق ذكره.

<sup>5</sup> المادة 03/18، والمادة 03/19 من النظام الداخلي للمحكمة العليا المصادق عليه من طرف الجمعية العامة بتاريخ 24 نوفمبر

2013، ج ر عدد 34، الصادر 16 يونيو 2014.

<sup>6</sup> المادة 31 من القانون العضوي رقم 01\_98 المؤرخ 30 ماي 1998، سبق ذكره، والمادة 50 من النظام الداخلي لمجلس الدولة المصادق عليه من طرف مكتب مجلس الدولة، سبق ذكره.

رئيس إحدى الغرف<sup>1</sup> فيتشكل مجلس الدولة حينئذ من: رئيس مجلس الدولة، ونائبه، ورؤساء الغرف، وعمداء رؤساء الأقسام<sup>2</sup> للبت في هذه المسألة.

أما على مستوى المحكمة العليا فالأمر لا يختلف كثيرا عن ذلك، إذ ينص القانون العضوي المنظم لها<sup>3</sup>، وكذا قانونها الداخلي<sup>4</sup> على الإجراءات الواجب إتباعها، فالمحكمة العليا تصدر قراراتها عن إحدى غرفها أو الغرفة المختلطة أو عن الغرف مجتمعة؛ فتكون الإحالة على الغرفة المختلطة، والتي تتشكل من غرفتين على الأقل، وبحضور (15) قاضيا على الأقل عند طرح مسألة قانونية تلتفت أو من شأنها أن تتلقى حولا متناقضة أمام غرفتين أو أكثر، وفي حالة عدم الاتفاق يخطر رئيس الغرفة المختلطة الرئيس الأول للمحكمة العليا لإحالة القضية أمام الغرف<sup>5</sup> مجتمعة<sup>6</sup>، والتي تفصل إضافة لهذه الحالة في حالة إذا كان القرار الذي سيصدر عن الغرف من شأنه أن يُغير الاجتهاد القضائي، على أن تكون برئاسة الرئيس الأول للمحكمة العليا، وتتكون من عضوية نائبه، ورؤساء الغرف، ورؤساء الأقسام، وعميد المستشارين بكل غرفة، والمستشار المقرر على أنه يشترط لصحة فصلها حضور نصف أعضائها على الأقل، وأن تتخذ قراراتها بأغلبية الأعضاء، على أن يكون صوت الرئيس مرجحا في حال تعادلها.

وإكمالا لهذا المسار فإنه لا يمكن تغيير الاجتهاد القضائي دونما نشره تحقيقا للوصول له، وهي المهمة التي أسندت لمجلتي هاتين الهيئتين باعتبارهما الأداة التي تعمل على نشر الاجتهاد القضائي، ومختلف

<sup>1</sup> المادة 02/51 من النظام الداخلي لمجلس الدولة المصادق عليه من طرف مكتب مجلس الدولة، سبق ذكره.

<sup>2</sup> المادة 32 من القانون العضوي رقم 98\_01 المؤرخ 30 ماي 1998، سبق ذكره، والمادة 01/51 من النظام الداخلي لمجلس الدولة المصادق عليه من طرف مكتب مجلس الدولة، سبق ذكره.

<sup>3</sup> المواد 15\_19 من القانون العضوي رقم 11\_12 المؤرخ 26 يونيو 2011 المحدد لتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها، ج ر عدد 42، الصادر 31 يوليو 2011.

<sup>4</sup> المواد 57\_64 من النظام الداخلي للمحكمة العليا، سبق ذكره.

<sup>5</sup> إذ لا يمكن لأطراف الخصومة طلب انعقاد الغرف مجتمعة، راجع في ذلك قراري المحكمة العليا عن غرفتها التجارية، ملف رقم: 309301، قرار بتاريخ: 2003/07/15، المجلة القضائية، العدد: 01، 2003، ص ص 293\_297، وكذلك الملف رقم: 350925، قرار بتاريخ: 2005/05/11، ص ص 219\_222.

<sup>6</sup> وعلى خلاف المنع المذكور في الهامش أعلاه نجد: "أن محكمة التعقيب التونسية واستنادا للفصل 192 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية تجيز التعقيب (النقض) أمامها مكونة بغرفها المجتمعة متى استند ذلك إلى فكرة الخطأ البين أو الغلط الواضح، وذلك في ثلاثة حالات، وهي:

01/ إذا انبنى قرار الرفض شكلا على غلط واضح.

02/ إذا تم الاعتماد على نص قانوني تم نسخه أو تنقيحه مما جعله غير منطبق.

03/ متى شارك في القرار من سبق منه النظر في الموضوع".

ينظر: محكمة التعقيب التونسية، الدوائر المجتمعة، القرار عدد: 381، بتاريخ: 2018/03/08، والقرار عدد: 390، بتاريخ: 2019/01/10، والقرار 407، بتاريخ: 2019/07/04.

التغييرات الحاصلة على مستواه<sup>1</sup>، أما محكمة النقض الفرنسي<sup>2</sup> فإن تغييرها لاجتهادها فقد اصطبغ بالصبغة الإشرافية إذ تستغل التقارير السنوية التي تصدرها دوريا للتعبير على أن ثمة اجتهاد يُتوقع تغييرها حتى لا تفاجئ الذين كانوا يعتمدون عليها في تحديد مواقفهم القانونية.

### (ثانيا) نماذج للحلول التوحيدية:

إن الأمثلة السابق بيانها، والدالة على التناقض القضائي تستحق أن تُعالج ضمن متن هذه الأطروحة فبعضها تصدت له المحكمة العليا، والبعض الآخر لا يزال في طور الانتظار، مما يقتضي بعد وقوفنا على علة التناقض، وكما يقول (أفلاطون) تقمص دور الطبيب الذي يقترح العلاج للعلل التشريعية حتى لا تزداد تعقيدا، ويمكن إجمال الحلول على النحو التالي:

#### (01) النماذج الفعلية:

لقد تصدت المحكمة العليا لمجموعة من القرارات المتناقضة، فأدت بذلك دورها الدستوري في عملية توحيد الاجتهاد القضائي، وفي المجال العقاري نتلمس تطبيقين أساسيين فالأول على مستوى قاعدة الرسمية، فقد جاء في فحوى اجتهاد الغرف المجتمعة الذي جاء فيه: "ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف لما اعتبروا العقد العرفي المتضمن بيع قاعدة تجارية عقدا صحيحا مكتمل الشروط الخاصة بوصف المبيع وتحديد الثمن وتترتب عليه التزامات شخصية متمثلة في إتمام إجراءات البيع يكونون بقضائهم قد خرقوا القانون الذي يعتبر الشكل الرسمي في بيع قاعدة تجارية شرطا ضروريا لصحة البيع وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون يؤدي إلى بطلان ذلك العقد بطلانا مطلقا كونه يمس بالنظام العام"<sup>3</sup>.

وتفصيلا لذلك؛ فمضمون القرار يعني أنه لا يمكن الاستناد إلى عقد عرفي لإجبار أحد الأطراف على إتمام إجراءات التوثيق؛ إذ أنه وإن رتب التزامات شخصية إلا أنه باطل وما بني على باطل فهو باطل، ولأن انعدام الأصل يعدم الفرع، فبالتالي لا يرتب أي أثر قانوني، أما تعقبا فإنه \_ في تقديري \_ فإن هذا القرار لا يمكن أن نصبغه بصفة التوحيد، لما في ذلك من تجاوز للغة القانونية السليمة، ولأن مرد

<sup>1</sup> المادة 22 من النظام الداخلي للمحكمة العليا، سبق ذكره.

<sup>2</sup> عبد المجيد غميجة، "مبدأ لأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي"، المرجع السابق، ص 28، وعبد الرحمن الممتوني، المرجع السابق، ص 25.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرف المجتمعة، ملف رقم 136156، سبق ذكره، ص 10-13.

التناقض هو المخالفة الصريحة للنص من قبل القضاة؛ وتحول من الصفة القضائية للصفة التشريعية، فبالتالي فهو مجرد عودة إلى التطبيق الصحيح للمادة (324 مكرر) ق م، والتي تقتضي الرسمية، وتسميته بالاجتهاد القضائي هو من باب مخالفة حقائق الأمور.

أما النموذج الثاني فهو في موضوع **الهيئة**؛ أين كان ثمة اختلاف بين الغرفة التجارية والبحرية وغرفة شؤون الأحوال الشخصية حول كيفية الرجوع في الهبة فبينما اشترطت الأولى أن تكون بطريقة قضائية لم تشترط الثانية ذلك، ف جاء قرار المحكمة العليا للغرف المجتمعة على سبيل "التأويل السليم للمادة 211 من قانون الأسرة التي تضمنت أحكاماً عامة، دونما تحديد للأجراء الواجب إتباعه من قبل الواهب لإثبات رغبته في الرجوع في الهبة لولده، ومن هنا يكفي لصحة هذا الرجوع باعتباره من الأعمال الإرادية مراعاة الشكل الذي تمليه طبيعة المال الموهوب"<sup>1</sup>.

وقد نبهت ذات الهيئة إلى مسألة مهمة بقولها: "أنه عند رجوع الأبوين في الهبة لولدهما دون اللجوء إلى القضاء فإن ذلك لا يمنع الموهوب له حال قيام أحد الموانع المذكورة وعلى سبيل الحصر بالمادة المشار إليها سابقاً من ممارسة حقه في رفع دعوى قضائية لطلب إبطال عقد الرجوع"، ولا يكون ذلك إلا في الرجوع الذي يخرق أحكام المادة (211) ق أ والتي تنص على عدم جواز الرجوع متى كان المال الموهوب من أجل زواج الموهوب له أو إذ رصد للدين ضماناً وقضاء، وكذلك متى تم التصرف فيه مادياً وقانونياً، وهو اتجاه نراه سديداً للمحكمة العليا لما فيه من مراعاة للمرونة في المعاملات من جهة، ولتخفيف الضغط على القضاء من جهة ثانية.

## (02) النماذج المقترحة:

(أ) **الطريق القضائي**: وهي التي نصوغها في للقضاء في حال توجهه نحو توحيد أحكامه، ورفع التناقض الحاصل فيها، وهي كما يلي:

### (01/أ) في الوقف:

إضافة للقرارات المتناقضة التي عالجتها المحكمة العليا هنا قرارات لم تعالج بعد وبقت محل تناقض، ومنها **المادة الوقفية**، فالحل الجزئي الذي نتصوره للمسألة هو تمييز القضاة بين الآراء المعتمدة

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرف المجتمعة، ملف رقم 444499، قرار بتاريخ: 2009/02/23، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2009، ص ص 113\_107، وقد جاء الملف رقم: 0943281، قرار بتاريخ: 2015/10/14، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2015، ص ص 151\_147.

داخل المذهب الفقهي الواحد، إذ أنه إن الاختلاف بين مذهبين في مسألة معينة متصورا ومقبولا، إلا أنه وجوده في نفس المذهب وإن كان متصورا إلا أنه وجب إخضاعه للقواعد الفقهية التي ترجح رأيا على رأي في المذهب الواحد.

وكنتيجة لإهمال ذلك وقعت المحكمة العليا في تناقض الآراء في تبنيها لآراء المذهب الحنفي، فتارة ترى أنه يجيز التراجع تفريدا له عن المذاهب الأخرى لكونه غير لازم، وحينما ترى أنه لا يجيز التراجع مستدلة على تراجع الإمام أبي يوسف عن رأي إمامه وتبنيه للزوم الوقف وعدم جوازية التراجع فيه، وهو ما يجعلها تمارس انتقائية غير مفهومة الأساس في تكريس رأي على آخر، فإنه يمكن الوقوف الحل من خلال العودة لمراجع الحنفية<sup>1</sup>، والتي تنص على أن قول عامة العلماء عندهم هو لزوم الوقف، وهذا الذي عليه الفتوى؛ أي المعمول به عندهم<sup>2</sup>، كما أن تطبيقها للمادة (208) التي تنص على تأييد الوقف يمكن أن يخرجها بشكل جذري من الاختيار بين الفقهاء إذ وجب عليها الخضوع للنص وعدم الخروج عن مقتضاه

### (02/أ) في المانع الأدبي:

فاستقرأ للقرارات السابقة، وبالعودة للنصوص القانونية المنظمة للموضوع، والنصوص الشرعية باعتبارها الخلفية التي يستقي منه المشرع مواد الميراث، يمكن التأسيس للرأي الذي مفاده أن: تحقق التقادم في الحقوق الميراثية يقتضي وجود قسمة نهائية يعد تاريخها المنطلق في حساب التقادم، ذلك أن بقاءها على الشيوع قرينة قاطعة على وجود حيازة مقترنة بلبس مما يمنعها أن ترتب آثارها، فإن تحققت القسمة حُدِّدَ التقادم ب 33 سنة منذ قسمة هذه الأموال، أما إن انتقت القسمة فإنه يكفي اعتبار الورثة شركاء على الشيوع لاسيما أن الميراث هو المصدر الأول للشيوع، باعتباره يشيع المال التام للمورث بين الورثة كل بقدر نصيبه الشرعي فرضا أو تعصيبا.

<sup>1</sup> محمد أمين (الشهير بابن عابدين)، المرجع السابق، ص 520، برهان الدين المرغياني، المرجع السابق، ص 430.

<sup>2</sup> إن مسألة الترجيحات الفقهية لدى الفقهاء تستند لتوظيف لغة خاصة للدلالة عن ذلك، وقد ألفت الكتب في سبيل ذلك أن مصطلحي وعليه الفتوى وبه الفتوى ورغم تقاربهما فالأول يفيد الصحة والثاني يفيد الحصر أي لا يعمل إلا به، أما مصطلح عليه الاعتماد فيدل أن ثمة حلول أخرى غير أنه إذا وجد ما هو أوفق لأهل الزمان وأرفق بهم فإنه أولى بالاعتماد عليه، أما مصطلح وعليه العمل اليوم فهو دليل على تغيير في الحكم، ينظر في ذلك وغيره: مريم محمد صالح الظفيري، مصلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات، دار ابن حزم، لبنان، 2012، ص 111\_115.

كما أن هناك حجة لتبرير هذا المسلك \_ولا بأس أن نعيد ما أوردناه في جزئية سابقة لأهميته\_ والتي نجدها في الاجتهاد المغربي إذ ترى محكمة النقض: "وإذا كان الأصل مشاعا فإن الأصل هو الاستصحاب أي بقاء حالة الشياخ إلى حين ثبوت وقوع القسمة لأن الشريك يحوز لنفسه ولشريكه"<sup>1</sup>، وهو ما جاء في حكم آخر: "إذا ثبت الشياخ فالأصل هو استصحاب الأصل وبقاء الاشتراك ويقع على من يدع إنهاء الشياخ إثباته"<sup>2</sup> إذ لا حيازة بين الورثة والشركاء طال الزمان أم قصر فلا يستحقونه بتقادمه في أيديهم إلا إن أثبتوا انتقاله لهم بهبة أو بيع<sup>3</sup> أو تقادم بعد قسمة باعتبار هذه الأخيرة تمييزا للحق، وتعيين نصيب كل شريك<sup>4</sup>، ولا يمكن التذرع بها لاحتساب التقادم إلا إن كانت باثة<sup>5</sup>.

### (أ/03) في جوازية التقادم في الحقوق المشهورة:

فالقرارات في هذه المسألة متناقضة في مآل رغم إتحاد مواضعها، وهو ما مس بالأمن القانوني للأطراف؛ ولعل أسباب ذلك راجعة لعدم الاعتماد على أسس ترجيح مُحدّدة، ومنظمة قانونا، مما يمكن الأطراف من الإطلاع عليها، وهو الذي يستوجب علينا التفكير في أساس ذلك، والذي يشمل أسسا عامة، وأخرى خاصة، وذلك على النحو التالي:

### (أ/03/01) الأسس العامة: والتي يمكن حصرها في:

#### • المبادئ الدستورية:

إن مجموع المبادئ الدستورية تقتضي استحضارها عند عقد الموازنة بين أيهما أحق بالترجيح بين حماية الحق المشهر أو تفعيل قواعد التقادم، وأهم هذه المبادئ سيادة القانون، والذي تنفرع عنه مجموعة من الأفكار؛ ومنها عدم إمكانية إعدام أثر نص متى كان ساريا، ولم يتدخل المشرع لإلغائه، فالمادة 02 ق م تنص صراحة على ذلك، كما أن ارتكازنا على قرار المحكمة الدستورية المصرية<sup>6</sup> يُمكننا من القول

<sup>1</sup> محكمة النقض المغربية، القرار عدد: 147، المؤرخ في: 2003/04/09، عمر أزوكر، المرجع نفسه، ص 50\_53

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 79.

<sup>3</sup> وراجع فيها قول ابن القاسم عن مالك أنه في حال ميراث أخوين دارا فيموت أحدهما وترك زوجة أو ولدا والذان وجدا أن العم يدعي أن الباقي له دون أخيه فإنه لا يقبل منه، وهي بين الأخ الحي وورثة الأخ الميت، ينظر: أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، المرجع السابق، ص 17.

<sup>4</sup> أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، ج 02، المرجع السابق، ص 210، خليل بن إسحاق المالكي، المرجع السابق، ص 184، أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 189.

<sup>5</sup> أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، ج 02، المرجع السابق، ص 332، 333.

<sup>6</sup> الحكم الدستوري 42 لسنة 17 قضائية، المؤرخ 6 يونيو سنة 1998.



أن إلغاء قانون لا حق لقانون سابق يقتضي تعامدهما، وهو ما ينتفي حتما في واقعة الحال، كما أن المشرع صاحب الولاية الكاملة في إعلان نيته فلو كان يرمي لجعل الشهر تقييدا على التقادم لنص على ذلك صراحة عند تعديله للقانون المدني سنوات 1988، و2005، و2007، وهو ما لم يحصل باعتراف المحكمة العليا نفسها، والتي جاء في قرارها "أن القانون لم يرد فيه أي نص يمنع التقادم"<sup>1</sup>.

كما أنه من جهة ثانية؛ لا يمكن للقضاء، وكنتيجة لتفعيل المسار القائم على الموازنة أن يخل بتراتبية المبادئ الناظمة للمسألة<sup>2</sup>، فحق الملكية حق دستوري وجب إقامة الحماية متى تحققت شرائطه دون تمييز<sup>3</sup>، وهو ما يقتضي معه القول أنه لا يمكن استبعاد المواد الدستورية التي تكفل الملكية لصالح إجراء الشهر، لما في ذلك من معارضة لحق المساواة في الملكية، وكذلك للتراتبية الواجب مراعاتها عند ترتيب القوة التي تكتسيها قرارات المحكمة العليا فيُقدّم الاجتهاد متى كان متواترا ومستقرا، ثم يليه القرارات التي لم تصل بعد حد التواتر، وفي ذلك تعترف المحكمة العليا ذاتها: "وفضلا على أن اجتهاد المحكمة العليا مستقر<sup>4</sup> على أن التقادم المكسب يسري في مواجهة جميع أصحاب العقارات مهما كانت طبيعة سنداتهم... كما أن تقرير سريان التقادم المكسب هو من النظام العام"<sup>5</sup>، فلا يمكن تبعا لذلك التخلف عن هذه التراتبية لمسها بمبدأ أقره المجلس الدستوري هو تراتبية المعايير، وكذا لمساسها بالنظام العام لكون إلغاء التشريع وظيفة حصرية للسلطة التشريعية.

#### • نظرية المصلحة الأجدر بالرعاية:

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0798374، قرار بتاريخ: 2013/12/12، سبق ذكره.

<sup>2</sup> ROBERT ALEXY, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, op.cit, p134.

<sup>3</sup> إن واجب الإنصاف يحتم علينا التدليل لرؤية أخرى من مسألة الموازنة بين الحقوق، وهي للفقهاء الألماني يورغن هابرماس *Habermas*، إذ يرى أن الموازنة هي بمثابة تميع للحقوق الدستورية *watering down constitutional rights*، وهو طرح منطقي وواقعي جدا إذ أن عملية الاستقراء التي صاحبنا عند الإطلاع عن القرارات التي تفعل الموازنة بين الحق المشهر والتقادم ترجح أحد الأطراف على الآخر دون أن تحكم بالتعويض للطرف الخاسر، وهو ما يستوجب إعادة النظر في المسألة وفق رؤية تشريعية كلية تتعدى نطاق الحلول القضائية الموضوعية، ينظر:

ROBERT ALEXY, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, op.cit, p13.5

<sup>4</sup> وهو ما أشار له الأستاذ حمدي باشا عمر بقوله: "وقد استقر الاجتهاد الثابت للغرفة العقارية للمحكمة العليا على أن التقادم المكسب يمكن أن ينصب على عقار مملوك للغير بسند ملكية مشهر بل وحتى بدفتر عقاري"، وقد أشار لذلك لقرارين قضائيين غير منشورين صادرين عن هذه الغرفة، وهما: القرار 02002، المؤرخ: 2009/06/10، والقرار 912222، المؤرخ: 2015/03/12، له، "إشكاليات إيداع الأحكام القضائية الخاضعة للإشهار"، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2018، (ص ص: 193\_207)، ص 203.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0798374، قرار بتاريخ: 2013/12/12.

وللفكرة مرتكزا في التشريع<sup>1</sup> والقضاء، فأما على مستوى الأول فنجد الفصل (556) من م أ ع التونسية تنص على أن: "الأصل ارتكاب أخف الضررين"، ونصت في الفصل (557): "إذا تعارضت منفعة عامة ومنفعة خاصة، ولم يمكن التوفيق بينها قدمت العامة"، كما نجد أن المادة 02/124 تشكل تطبيقاً تشريعياً ممتازاً لذلك، إذ قيد المشرع حق الشخص في استعمال حقه<sup>2</sup> متى كان في ذلك ضرر بالغير، مما يعني من باب أولى أن مصلحة المجتمع أولى من حيث الحماية من فرد واحد باعتبار قياس الأضرار معيار مادي لترجيح أي المصالح أولى حماية.

وأما في القضاء فنجد القضاء الدستوري **الألماني**، والتي لا ينطبق فيها الحق دون قيد؛ فهذه الأخيرة ضرورية لكون الإنسان جزء من البيئة الاجتماعية يؤثر ويتأثر بها<sup>3</sup>، وهو ما يقتضي تطبيق النصوص من خلال منظور يقوم على الموازنة بإجراء تقييم شامل للمصالح العامة والخاصة<sup>4</sup> مما يسمح بترجيح "المصالح ذات الثقل الكافي"<sup>5</sup>، وحماية أكثرها واقعية<sup>6</sup>، وهو الذي توصلت له محكمة النقض المصرية إذ أنه إعمالاً لاعتبارات العدالة الموازنة بين الحق والواجب<sup>7</sup>، إذ أنها تقيد الحق متى كانت المصالح التي يرمي صاحبها إلى تحقيقها من خلال مباشرته قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضررٍ بسببها، وذلك درءاً لاتخاذ ظاهر القواعد القانونية شعاراً غير أخلاقي لإلحاق الضرر بالمصالح العام<sup>8</sup>، وهو ما يشكل حماية للمصالح الأكثر أهمية، وهو ما نجده في القضاء الجزائري فقد جاء في قرار لمجلس الدولة: "عقد الشهرة أولى بالحماية من شهادة الحياة لارتكازه على حياة مدتها 15 سنة، حتى لو كان شهر عقد الشهرة لاحق عن شهر شهادة الحياة"<sup>9</sup>، فمصطلح (الأولى

<sup>1</sup> ينظر المادة 705 ق م، والتي أجازت للمالك أن يعلي الحائط المشترك متى كانت هناك مصلحة جدية بشرط عدم إلحاق ضرر بالجار، وكذا المادة 02/708 التي لا تجيز لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قانوني إن كان في ذلك ضرر بالجار المستتر بالحائط، وفي هاتين المادتين ترجيح واضح لمصلحة على حساب أخرى، وراجع كذلك 694 التي فيه ترجيح لمصلحة المالك المحصورة لأرضه مما يستوجب استحداث ممر على الملكيات المجاورة.

<sup>2</sup> راجع في المسألة: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 200\_210، وعبد الكريم صالح عبد الكريم، نظرية ترجيح السند الأفضل في تزامن الحقوق، المرجع السابق، ص 262\_267.

<sup>3</sup> CCFA, BvR 883/17, 18. April 2018, para 26.

<sup>4</sup> CCFA, 1 BvR 3139/08, 17. Dezember 2013, para 73.

<sup>5</sup> CCFA, BVerfGE, 19. Dezember 1961, CCFA, BvR 2194/21, 07. April 2022, para 15.

<sup>6</sup> *les intérêts plus concrets protégés, voir: François Geny, op.cit, p178, 184.*

<sup>7</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر الاقتصادية، الطعن رقم 5209 لسنة 86 قضائية، جلسة 2018/01/22.

<sup>8</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم 11201 لسنة 90 قضائية، جلسة 2021/05/25.

<sup>9</sup> مجلس الدولة، ملف رقم 119848، قرار بتاريخ: 2018/09/27، مجلة مجلس الدولة، العدد: 16، 2018، ص 242\_246.

بالحماية) يراد به تغليب مصلحة على أخرى من خلال بسط الحماية لها، وهو ما نراه أجدر منه للتقادم المكسب من للسند المشهر الذي أهمله صاحبه.

وَمُحَاجَجَةٌ على ذلك نطرح مجموعة من الأدلة الداعمة<sup>1</sup>، والمتمثلة في المادة (28) من قانون التوجيه العقاري التي نصت على أن: "الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية العقارية يضمنها الدستور، وتخضع للأمر رقم 58\_75"، وأوجب تناغماً بين استغلال خصائصه وبين الفائدة العامة التي أقرها القانون، وكذلك تجسيد للمادة (48) من نفس القانون التي تنص على وجوب الاستثمار الفعلي المباشر وغير المباشر للأراضي الفلاحية نظراً لأهميتها الاقتصادية والوظيفية الاجتماعية المنوط بها"، فديناميكية العقار أصبغت عليه وظيفة اجتماعية، وهو ما جعل المشرع يطبق في المادة (48) من قانون التوجيه العقاري فكرة الشفعة من خلال إخضاع الأراضي لهذه الآلية نتيجة عدم استغلال العقار لموسمين فلاحيين متتاليين، وذلك رعاية منها للمصلحة الأجدر وهي استغلال العقار لما في ذلك من تحقيق للأمن الاقتصادي.

والشفعة كما هو مقرر قانوناً ناقلة للملكية لكنها في هذه الحالة تحت شرط الاستغلال، وهو نفس الأمر المحقق في التقادم المكسب؛ إذ أن عدم الاستغلال الطويل يحولها<sup>2</sup> للمستغل الفعلي حتى لا تفقد قيمتها الحقيقية، فالفكرة قائمة على افتراض قانوني يجعل الفرد المستغل للعقار يحل محل الدولة، إذ أن المدة الزمنية لاستغلاله للعقار، والمفضية للتقادم، هي أكبر مما هي مقررة لإعمال الشفعة، والمقدرة بسنتين فقط؛ مما يجعل له الأفضلية في العقار، لاسيما إن وجدت قرائن دالة على استغلاله للعقار، وإدخال تحسينات عليه تتعكس على القيمة الكلية للعقار سواء المباشرة، أو غير المباشرة المتعلقة بالمرود الاقتصادي.

<sup>1</sup> وأما لمن يخالفنا الرأي، ويرى أن الحق الأجدر بالحماية هو الحق المشهر، فنحيله دعماً لحجته لقرار محكمة التمييز العراقية، والذي جاء فيه: "حيث أن المدعى عليهم العاشر والحادي عشر والثاني عشر/ المميز عليهم كانوا قد استحصلوا على أحكام تملك السهام الشائعة في العقار المرقم 14/61 م 1 بجر النجف وتم تنفيذ أحكام التملك في دائرة التسجيل العقاري المختصة واكتسب التسجيل شكله النهائي ومعهم أيضاً بقية الشركاء الذين تملكوا سهامهم في ذات العقار بموجب أحكام تملك منفذة في دائرة التسجيل العقاري وبعد استحصلهم على سندات التسجيل العقاري التي تعتبر حجة على الناس كافة بما مدون فيها عملاً بأحكام المادة 1/10 من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل فإنهم أولى بالحماية القانونية من المدعي/ المميز الذي يستند في الدعوى على حكم التملك الصادر لصالحه بعدد 321/ب/1998 في 1998/11/18 والذي لم ينفذ في دائرة التسجيل العقاري لحد تاريخ إقامة الدعوى"، محكمة التمييز الاتحادية العراقية، الهيئة الموسعة المدنية، قرار مدني رقم 277، المؤرخ: 2017/09/25، سبق ذكره.

<sup>2</sup> وهي تستند لنظرية التحول القانوني، ولها هي الأخرى أساس في القانون الجزائري في المادة 103 ق م، وكذا المادة 776 مدني والتي تقضي بتحويل التبرعات الصادرة في مرض الموت إلى وصية.

وتتطلب هذه الفكرة من روح السلطة التقديرية للقاضي<sup>1</sup>، والتي تفترض فيه أن يكون السياج الواقعي لتأمين العدالة، وذلك وفق رؤية واعية للحقائق المعروضة في المنازعة والحلول المستلزمة لها، والتي يجب أن تكون مراعية للتقاليد القضائية المستقرة، والمنطق، ووفق رؤية منسجمة مع الواقع الاجتماعي، إذ أن هذا التصادم يحيل إلى وجوب تحريك الموازنة بين المصالح باعتبارها ضرورية لحماية الحقوق<sup>2</sup>، والتي يجب ألا تعفي المالك القانوني من المسؤولية الناتجة عن إهماله<sup>3</sup> لتعارض ذلك مع الوظيفة الاجتماعية للعقار<sup>4</sup> من جهة، ولتعارضها مع فلسفة الحق من جهة ثانية؛ باعتبار أن كل حق يحمل في ذاته التزاما يتمثل في استغلاله وفقا للقواعد القانونية<sup>5</sup> والعقلانية<sup>6</sup>.

(أ/02/03) الأسس الخاصة: وهي معايير تتعلق بالتقادم المكسب، وتشمل:

#### • نظرية الوضع الظاهر:

وهي نظرية أساسية لاستقرار المعاملات القانونية، غير أنها حتى تحقق معياريتها القانونية إنشاء وأثرا يجب أن تتحقق فيها بعض الشروط، وأهمها أن يكون الوضع الظاهر ناتجا عن خطأ وإهمال من طرف صاحب الحق لدرجة توليد شواهد تجعل المتصرف بمثابة المالك الظاهر<sup>7</sup>، وإعمال هذه النظرية ذو وظيفة مزدوجة فهو بمثابة استمرار للحياة الاقتصادية، وتجنب لتعطيلها من جهة، وبمثابة جزاء للمالك الحقيقي على إهماله من جهة ثانية<sup>8</sup>، وقد جاء في قرار لمحكمة التعقيب التونسية<sup>9</sup>: "وحيث أن الغير حسن النية لا تطوله تبعات اكتشاف الوضعية الحقيقية لأن اعتقاده في صحتها يعوض وجودها

<sup>1</sup> أحمد هندي، سلطة الخصوم، ص 123، ونبيل عمر، السلطة التقديرية، ص 122، احمد محمود سعد، ص 241.

<sup>2</sup> Robert ALEXY, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality, Ratio Juris*. Vol: 16 N° 2 June 2003 (131-140), p 140.

<sup>3</sup> وهي خاصية يتميز بها نظام تورنس، والذي يقوم على عدم مسائلة المالك بمجرد حصوله على سند الملكية، ينظر: Elizabeth Toomey, op.cit, p 99.

<sup>4</sup> لا بد من القول هنا أن المشرع عند تحريره لميثاق الثورة الزراعية ميز بين نوعين من الملاك الغائبين، وهما المالك المهمل والمالك الذي بسبب ظروفه وبحثا عن موارد تكميلية قد أعفاه من تطبيق التأميم على أرضه، وقد عبر عن ذلك صراحة بنصه في المادة 02 و28 من القانون الثورة الزراعية على: "لاحق في الأراض للمالكين الزراعيين الذين لا يساهمون فعليا في الإنتاج، ويسقط حق كل مستغل سواء كان مالكا أو غير مالك يهمل فلاحه أرضه".

<sup>5</sup> راجع المواد: 790 وما بعدها من القانون المدني.

<sup>6</sup> ROBERT ALEXY, *Rights, "Legal Reasoning and Rational Discourse"*, p 144.

<sup>7</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر التجارية، الطعن رقم: 549 لسنة 81 قضائية، جلسة: 2009/06/09، وكذا الدوائر المدنية، الطعن رقم: 12068 لسنة 78 قضائية، جلسة: 2020/02/10.

<sup>8</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 5101 لسنة 89 قضائية، جلسة: 2021/01/27.

<sup>9</sup> محكمة التعقيب التونسية، قرار عدد: 27632، بتاريخ: 1997/04/24.

الحقيقي" وقالت تبعا لذلك: "أن التصرف بمقتضى الأمر الظاهر يجعله سليما وخاليا من كل الشوائب"، لتخلص إلى أن: "نظرية الوضع الظاهر ضرورية لتصحيح الإجراء متى كان مختلا لتستجيب لتوفير الأمن في العلاقات القانونية..."<sup>1</sup>.

ولم يشذ الاجتهاد القضائي الجزائري<sup>2</sup> عن هذا المسار الداعم لاستقرار المعاملات فجاء في حكم للمجلس الأعلى للقضاء<sup>3</sup>: "وحيث أن قضاة الموضوع قد أصابوا في رأيهم عندما أعلنوا بعدم سماع الدعوى المقدمة من المدعي لكون هذا الأخير سكت عن حقه منذ ما يزيد عن 50 سنة أو أكثر، وبدون أن يقدم عذر شرعي للهيئة القضائية، وهذا استقرار لمبدأ المعاملات واحترام لحجية العقود الرسمية التي كسب بها العقار المحبس مع الإشهار بالمحافظة العقارية، واحتراما لنصوص التشريع الخاص بالتقادم المسقط والمكسب لفائدة المستأنف عليهما والمحتدين بهما في دفعهما"، وهو ما سايره في قرار آخر رفض فيه طلب إبطال عقد لوروده خارج الأجل القانونية للإبطال<sup>4</sup>، كما نجد في قرار آخر قد تبنى بشكل واضح نظرية الوضع الظاهر باعتبارها لشهادة الترقيم دالة على صفة المالك الظاهر لصاحبها<sup>5</sup>.

وتندرج تحت نظرية الوضع الظاهر إزالة صفة الغصب التي يحاول البعض إلحاقها بالتقادم، واعتباره عملا غير مشروع يستهدف الاعتداء على حقوق الناس، وفي ذلك ترى محكمة النقض المصرية: "أن المقرر في قضائها، أنه لمدعى الملكية أن يقيم ادعاءه على السبب الذي يراه مُملكا له، أن كسب الملكية بالتقادم الطويل يعتبر سيباً مستقلاً للملك، ويسبغ بذاته المشروعية على وضع اليد وينفى عنه

<sup>1</sup> محكمة التعقيب التونسية، القرار عدد: 27632، سبق ذكره.

<sup>2</sup> وقد جاء في قرار للمحكمة العليا: "أن المطعون ضدها قد ولدت بالجزائر وعاشت وعملت بها رفقة أبويها، وكانوا يتصرفون كجزائريين، ويتظاهرون بهذه الصفة أمام جميع سكان المنطقة التي كانوا يقيمون بها، وكان يُعترف لهم بتلك الصفة، ليس من قبل السلطات العامة فحسب، وإنما كذلك من طرف الأفراد، وكانت تتم معاملتهم على هذا الأساس، الأمر الذي يؤكد تمتع المطعونة ضدها بالجنسية الجزائرية عن طريق حيازتها للحالة الظاهرة للمواطن الجزائري...". غرفة شؤون الأسرة والموارث، ملف رقم: 0794300، قرار بتاريخ: 2014/03/13، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، ص ص 260\_263.

<sup>3</sup> المجلس الأعلى، غرفة شؤون الأحوال الشخصية، ملف رقم 43.301، سبق ذكره.

<sup>4</sup> المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم: 136433، قرار بتاريخ: 1996/11/13، المجلة القضائية، العدد 01، 1997، ص ص 17\_20.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 367715، قرار بتاريخ: 2006/11/15، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2006، ص ص 413\_417.

بالتالي **صفة الغصب**<sup>1</sup>، ويعضد هذه النقطة أن المشرع نص دستوريا أنه لا تنتزع الملكية من الشخص إلا بناء على القانون، والقانون قد رسم عبر المادة (728) مسارا آخر لنزعها من المالك نتيجة إهماله، فرغم أن النزاع طريق استثنائي إلا أن مآله لا يختلف عن التقادم وعن الشفعة من خلال تحويل المالك.

كما أنه يندرج تحتها أيضا أعمال قاعدة **الحقوق المكتسبة** التي تشكل إحدى المرتكزات الكلية للأمن القانوني والاستقرار العقاري، والتي كان للقضاء قرارات فيها تصل حد التواتر، مما لا يجيز الخروج عن مقتضياتها إذ أن القابلية للتنبؤ تقتضي تطبيق النتائج المتوقعة من تحقق شروط المواد (827) و(828) مدني، وهي التملك، وأي إخلال بالنتيجة هو مساس بالتوقعات المشروعة المبنية على الحقوق المكتسبة.

### • مبدأ الكفاية الذاتية للتقادم:

إذ أنه وعلى نحو ما تقدم من استقراء للنصوص القانونية الحاكمة للتقادم، يمكننا التأسيس لمبدأ شخصي يخص التقادم<sup>2</sup>، وهو **مبدأ الكفاية الذاتية له**، إذ نجد أن التقادم يكفي بذاته لإعلان تحقق تمام المالك دون توقيفه على شرط الشهر، فالمادة (827) ق م تنص على أن مجرد تحقق شروط الحياة الطويلة يتحول صاحبها لمالك للشيء، وذلك على خلاف التصرفات القانونية الواقف نقل الملك فيها على الشهر، كما أنه ومن جهة متممة فإن الحكم القضائي هو مجرد كشف للتقادم، وليس بمنشئ له.

ودلالة ذلك مضمنة في المادة (793) ق م ، والتي تنص على: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري"، فإجراء الشهر إذا يشمل العقود فقط، ولا يمكن تمديد آثارها إلى التقادم باعتباره سبباً مستقلاً للتملك<sup>3</sup>، وهو الذي اعترفت به المحكمة العليا نفسها بنصها على: "وحيث في الأخير ينبغي التذكير أن التقادم يسري في مواجهة جميع العقود باستثناء تلك التي أنجزت في إطار عملية المسح عملاً بالأمر 74/75 ... وأنه لا يطلب ممن يتمسك

<sup>1</sup> محكمة النقض المصرية، دائرة الأحد (ب) المدنية، قرار رقم: 4929 لسنة 85 قضائية، جلسة 20/06/2021.

<sup>2</sup> وهو مبدأ يخصني إذ لم أجد له في المراجع التي وقفت عليها شبيها له.

<sup>3</sup> محكمة النقض المصرية، دائرة الأحد (ب) المدنية، قرار رقم: 4929، سبق ذكره.

بالتقادم الطويل سوى إثبات حيازته المدة القانونية لا غير"<sup>1</sup>، فالحكم هنا في طبيعته كاشف وليس بمنشئ، والأداة الواردة في الحكم (سوى) هي أداة حصر تفيد الاكتفاء بها عما سواها.

والتقادم في كفايته الذاتية لا يختلف عن الوفاة إذ المقرر قانونا في هذه الأخيرة انتقال الميراث فيها دونما الحاجة للشهر، وقد التزمت المحكمة العليا في أحد قراراتها<sup>2</sup> "بيان فساد المسار المتبنى من بعض قضاتها من خلال اشتراطهم للسند الرسمي النافي للجهالة لإثبات الملكية بحجة أن ذلك دَيِّنَ التشريع العقاري الحديث"، وهو ما لا يستقيم لا قانونا ولا منطقاً، إذ حسب القرار ذاته فإن انتقال الملكية يكون بأسباب عديدة، ومنها الوفاة والتقادم<sup>3</sup>، ولذلك وجب من القضاة التأكد من مصدر الملكية وفقا لسلطتهم التقديرية التي تسمح لهم بإدارة وسائل الإثبات.

وبالعودة إلى لقضاء المقارن سنجد روح هذا المبدأ في قرار للمحكمة العليا لولاية ماساتشوستس الأمريكية برئاسة القاضي (Holmes)<sup>4</sup>، والذي يصف التقادم بأنه: "يهدم الوضع القانوني للغير دون أي إشعار أو إجراء قضائي على الإطلاق"<sup>5</sup>، وذلك نتيجة عدم استناد تحققه إلى وسائط خارجية عنه، ويبرر هذا القاضي مسلكه بأنه وإن كان فيه تخييب لظن المالك السابق غير أن لهذا الأمر ما يبرره من خلال الإشارة إلى إهماله، والذي سمح بالفصل التدريجي بينه وبين ما يدعي، وهو ما سمح بنشوء

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 384565، سبق نكوه.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 0835419، قرار بتاريخ 2014/03/13، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2014، ص ص363\_360.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 0853794، قرار بتاريخ 2014/06/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2014، ص ص318\_315، وكذلك الغرفة العقارية، ملف رقم 0937998، قرار بتاريخ 2015/09/10، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2015، ص ص138\_135، وكذلك غرفة الأحوال الشخصية المواريث، ملف رقم 561209، قرار بتاريخ 2010/09/16، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2010، ص ص261\_259.

<sup>4</sup> أوليفر وندل هولمز، الابن Oliver Wendell Holmes, Jr، من أشهر القضاة الأمريكيين في القرن العشرين، عمل عضواً في المحكمة العليا للولايات المتحدة زهاء ثلاثين عاماً، وخلال تلك الفترة أسهم إسهاماً عظيماً في تغيير مفاهيم القانون، له كتاب حول القانون العرفي سنة 1881 ليصبح بعدها أستاذاً بجامعة هارفارد الأمريكية، وهو ما يجعل منه قاضي وفاقه في آن واحد ينظر في ذلك: موقع موسوعة ويكيبيديا، تم الاطلاع بتاريخ: 2022/12/22، متاحة على الرابط التالي: [https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A3%D9%88%D9%84%D9%8A%D9%81%D8%B1\\_%D9%88%D9%86%D8%AF%D9%84\\_%D9%87%D9%88%D9%84%D9%85%D8%B2%D8%8C\\_%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%A8%D9%86](https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A3%D9%88%D9%84%D9%8A%D9%81%D8%B1_%D9%88%D9%86%D8%AF%D9%84_%D9%87%D9%88%D9%84%D9%85%D8%B2%D8%8C_%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%A8%D9%86)

<sup>5</sup> *Massachusetts Supreme Judicial Court tyler v. Judges of Court of Registration, 175 Mass. 71 (1900), see: <https://cite.case.law/mass/175/71/>, 30/06/2022.*

ارتباط تدريجي له بالآخر (الحائز)، كما أن المالك القديم يعلم مسبقاً بمآل قواعد التقادم، وهي تمليك الشخص متى تحققت شروط حيازته<sup>1</sup>، فكان عليه أن يقطع مدة التقادم بأي طريقة لئلا يتحول الحوز لملكية قانونية لا أن يطالب بتجميد هذه المواد وعدم إعمالها، فيصعب حينئذ تبرير مسك سحبنا للملكية من المالك الجديد نظير تحققها بالتقادم وإرجاعها للمالك القديم، مما يعني أن المنطق السليم يقتضي ترجيح الذي في يده الملك على حساب الذي أهمله<sup>2</sup>.

ولعل أهم سؤال يطرح في هذا المقام هو كيف يمكن الجمع بين خاصية حق الملكية باعتباره حقاً دائماً لا يتقادم بعدم الاستعمال أو بعدم المطالبة به من جهة<sup>3</sup>، وبين قابلية تملكه بالتقادم المكسب من جهة ثانية، وهو ما يجعل البعض يرجح الدفتر العقاري على التقادم المكسب، وهو الذي نجد له إجابة في قرار محكمة النقض المصرية<sup>4</sup>: "أن دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك لاسترداد ملكه من غاصبه لا تسقط بالتقادم، إذ ليس لها أجل محدد تزول بانقضائه، لكون حق الملكية حقاً دائماً لا يسقط بعدم الاستعمال، أي كانت المدة التي يخرج فيها الشيء من حيازة مالكه بل يظل من حقه أن يقيم دعواه بطلب هذا الحق مهما طال الزمن إلا إذا كسبه غيره وفقاً للقانون".

فصفوة القول أن الأسس التي قد أوردناها أعلاه إنما هي مُحَاجَجَةٌ لترجيحنا تفعيل قواعد التقادم في الحقوق المشهورة بغض النظر عن مصدر هذا الشهر سواء كان ناتجاً عن عملية المسح أو غيرها؛ لما في ذلك من تحقيق لاستقرار المعاملات وحفظ للحقوق المكتسبة وتوظيف للوظيفة الاجتماعية للعقار، والذي يشكل ضرورة للأمن الاقتصادي الجزائري.

### (ثالثاً) الاستعانة بالقوانين المقارنة في عملية التوحيد:

<sup>1</sup> The law can ask no better justification than the deepest instincts of man. It is only by way of reply to the suggestion that you are disappointing the former owner, , that you refer to his neglect having allowed the gradual dissociation between himself and what he claims, and the gradual association of it with another, Oliver Wendel (HOLMES), The Path of the Law, op.cit, pp 37,38.

<sup>2</sup> W. Belime, op.cit, p 262, 263.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 204939، بتاريخ 2000/11/22، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 02، 2004، صص 233\_237

<sup>4</sup> محكمة النقض المصرية، الدوائر المدنية، طعن رقم: 19261 لسنة 85 قضائية، جلسة 2021/05/25.



يمكن درء هذا التناقض بتدخل المشرع للنص على حل ملزم<sup>1</sup>، بالاستعانة بالقانون المقارن، وهي العملية التي تجسد حقيقة الدور الاستشاري لمجلس الدولة، إذ أن تصميم تنظيمه الداخلي يحتوي على مصلحة للدراسات القانونية والقضائية، ومن بين المهام المسندة لها متابعة تطور الاجتهاد القضائي على مستوى الجهات القضائية الإدارية الأجنبية، وهذه المهمة وإن كانت قاصرة بسبب حصرها في الجانب الإداري إلا أنه يمكن توسيعها لتناسب الدور الاستشاري العام لهذه الهيئة<sup>2</sup>، والتي تطبيقا لها يمكن الاستعانة بخبراء لمساعدة المستشار المقرر في مهامه المتعلقة بمشاريع القوانين والأوامر المعروضة على مجلس الدولة للنظر<sup>3</sup>.

فجودة المعالجة تقتضي اختيار أفضل السبل للتوحيد؛ فإن امتنع القضاء عن ذلك جاز للمشرع التدخل من خلال تنقيح<sup>4</sup> جزئي يمس مواطن التعارض في الحلول سواء على مستوى التشريع أو القضاء، ولعل التدخل التشريعي<sup>5</sup> أصوب لأن ترك الأمر للقضاء من شأنه أن يولد حولا غير يقينية وغير مستقرة، بل ومتجاوزة في بعض الأحيان فالمشرع قد نص بموجب المادة الأولى من القانون المدني على العودة لمبادئ الشريعة، وهو ما لا نجده في مسائل الترجيح بين التقادم والملك الناتج عن أسباب أخرى رغم جودة الطرح الذي وقفنا عليه في هذه المبادئ.

كما أن المشرع يمكنه أيضا؛ سواء من خلال مصلحة الدراسات القانونية والقضائية المذكورة آنفا أو من خلال لجان مختصة أن تعيد النظر في تشريعها مستلهمة من النماذج المقارنة بالإفادة من جديدها، واستبعاد ما كان غثا في منظومتها حتى تُحقق نسقا قانونيا يخدم الأمن القانوني والقضائي؛ وذلك من خلال إعادة التنقيب في كتب الفقه، وتبني تصور عام للوقف بغية دمجها في العملية التنموية القائمة على

<sup>1</sup> فتحقيق الأمن القضائي كما يقول الدكتور عبد المجيد غميحة يستدعي تعبئة جميع الجهات لتحقيقه لما في ذلك من أهمية للسلطات والأفراد، له، المرجع السابق، ص 22.

<sup>2</sup> المادة 21 من النظام الداخلي لمجلس الدولة المصادق عليه من طرف مكتب مجلس الدولة، سبق ذكره.

<sup>3</sup> المادتين 114 و 116 من النظام الداخلي لمجلس الدولة المصادق عليه من طرف مكتب مجلس الدولة، سبق ذكره، وتتص المادة 119 على شروط الخبر، وهي حيازة شهادة جامعية معادلة لشهادة ليسانس، واثبات خبرة عشر (10) سنوات في الاختصاص.

<sup>4</sup> عبد الرزاق السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني وعلى أي أساس يكون هذا التنقيح، مجلة القانون والاقتصاد، المجلد: 06، العدد: 01، ص 10.

<sup>5</sup> إن مقال العميد السنهوري أعلاه تحيلنا إلى فكرة وجوب إجراء دراسة كلية هدفها تقييم شامل لكل القواعد العقارية، بغية تنقيحها، إذ المتأمل لمقاله سيجد أن الأسباب التي عرضها للتنقيح متوفرة في الحالة الجزائرية، فكلاهما يشترك في وضع متسرع للقانونين، والدليل على ذلك أن المشرع الجزائري ألزم نفسه بتاريخ 05 جويلية 1975 للاستقلال التشريعي لكنه عجز عن الوفاء به فأعطى قانونه المدني أثر رجعي، كما يشترك كلا القانونين في ازدواجية اللغة الموضوع به والمصادر المستقى منها، له، المرجع نفسه، ص 28\_29.

تفعيل العقار بكل أصنافه في هذا المسار، وهو ما يسمح بتبني قانون موحد الرؤى، شامل العلاج لمختلف المسائل المتعلقة للوقف وفق عملية ترجيحية يمارسها المشرع وفق منظور مقاصدي يفعل دور الوقف، ويُخرج القاضي من دائرة التنقيب في هذه الآراء، نظرا لخصوصيته المفاهيمية من جهة، ونظرا لوجوب الفصل في المنازعات في أجل معقول، كما يمكن الوقوف على الحلول المتعلقة بتعارض أسباب الملكية.

ولذلك فالمقام يقتضي هنا أن نشير إلى أن المشرعين؛ المغربي والتونسي والمصري تخلصوا من جدلية جواز أعمال التقادم من عدمه في الحقوق المشهورة من خلال تحديد موقفهم صراحة؛ إذ نص **المشرع التونسي** في الفصل (50) من مجلة الحقوق العينية على أن: "لا يسري مرور الزمن على الحق المُرسَم، وليس لأي كان أن يتمسك بالحوز مهما طالمت مدته"<sup>1</sup>، وهو نفس توجه المشرع العماني في قانون المعاملات المدنية إذ صيغت المادة (931) منه على النحو التالي: "من حاز عقارا غير مسجل في جهة التسجيل.."، ومن باب المخالفة فإن الحياة الطويلة (التقادم) المؤدية للتملك لا ترد إلا في العقارات غير المشهورة<sup>2</sup>.

وهو نفس المسلك المتبع من **المشرع المغربي** الذي فعل الأثر التطهيري للحقوق المحفوظة (المشهورة) بنصه في المادة 05/261 من مدونة الحقوق العينية على أن: "لا تكتسب بالحياة: العقارات المحفوظة"،<sup>3</sup> ثم أكد على ذلك في الفصل (63) من ظهير التحفيظ العقاري بنصه على: "إن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفوظ في مواجهة المالك المقيد، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المقيدة بالرسم العقاري"<sup>4</sup>.

وعلى أساس الحلول التشريعية أيضا يمكن للتشريع أن يتضمن في متنه أحكاما على اعتبار المآل وسدا للذرائع<sup>5</sup>، من خلال تتبع المسار الذي تصل إليه ليقرر على أساسها، ومثال ذلك النص على أن:

<sup>1</sup> ينظر في ذلك: القانون رقم 05 لسنة 1965 المؤرخ 12 فيفري 1965، المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية، الرائد الرسمي عدد 10، بتاريخ 19 و23 فيفري 1965، المعدل والمتمم،

<sup>2</sup> وبصياغة مقارنة نجد المادة 1158 مدني عراقي، و 1317 ق م م إماراتي.

<sup>3</sup> ينظر في ذلك: القانون رقم 39\_08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر 22 نوفمبر 2011، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011،

<sup>4</sup> ينظر في ذلك: الظهير الشريف الصادر في 12 أغسطس 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 في 22 نوفمبر 2011، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011.

<sup>5</sup> استنادا للقاعدة الأصولية الناصة على: "وسيلة المحرم محرمة، وكذلك وسيلة الواجب واجبة"، وقد ساق (ابن فرحون) أدلة على ذلك، ومثالها: تحريم البيع بعد نداء الجمعة لما في ذلك من تسبب عن التخلف عن الجمعة، وكذلك منع عقود الغرر لأنها ذريعة لأكل الأموال بالباطل، ينظر: له، ج 02، المرجع السابق، ص 296، 270.

"كل تعامل عرفي في الأراضي الحائزة دفاتر عقارية يعتبر جريمة تزوير لسندات رسمية، ويخضع أطرافها للعقوبات المقررة في جريمة التزوير قانوناً"، إذ من غير المعقول أن يترتب عن المعاملات العرفية رغم امتلاكها لدفتر عقاري، فقط جزاءات مدنية تتمثل في انعدام العقد، إذ لا بد من إدخال عنصر الردع لتحقيق فعالية الرسمية بما يضمن الاستقرار العقاري، والعبرة من تجريم التعاقد العرفي في العقار هو اشتراكه مع التزوير في الغاية، وهو إخفاء الحقيقة الموضوعية حول العقار، غير أنه في حال تفعيل الفكرة، لا بد من فترة انتقالية بين سنّها وتطبيقها لتحقيق الوصول المادي لها وصوريتها قاعدة سارية تضبط هذه المعاملات.

### الفرع الثاني: تفعيل الجزاءات المرتبطة بالامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية

إن تنفيذ قرارات القضاء واجب دستوري على كافة سواء الإدارة امتثالاً للمادة (01/178) من الدستور، والتي تقضي: "كل أجهزة الدولة المختصة مطالبة في كل وت وفي كل مكان وفي جميع الظروف بالسهر على تنفيذ أحكام القضاء"، كما يشمل الأفراد استناداً للفقرة الثانية من نفس المادة التي جاءت عامة في صياغتها "يعاقب القانون كل من يمس باستقلالية القاضي أو يعرقل حسن سير العدالة وتنفيذ قراراتها"

وتجسيدا لذلك وجب تفعيل الجزاءات المرتبطة بالإخلال بتنفيذ هذه القرارات، وذلك على النحو التالي بيانه:

**(أولاً) الجزاءات الإدارية:** وهي ذات طابع مزدوج إذ يمكن أن تشمل اللجوء إلى القضاء الإداري نظراً لتعسف الإدارة في ممارسة صلاحيتها، إذ يشكل الامتناع عن تنفيذ الحكم القضائي قراراً إدارياً سواء كان إيجابياً من خلال امتناع كلي عن التطبيق، أو سلبياً في حال التراخي في تنفيذه دون أن تحدد موقفها مباشرة منه، وهو ما ينشئ حالة من انتهاك الحقوق يمكن من خلالها للأفراد التوجه للقضاء الإداري باعتباره حامي المشروعية.

وبتفحص قرارات القضاء الإداري نجد أنها قد رتبت عن صدور حكم نهائي التزاماً ذاتياً في ذمة الإدارة مفاده تجنبها لاتخاذ قرار يتناول نفس الأطراف وينصب على نفس المحل، ويقوم على نفس السبب<sup>1</sup>، وهو ما نجد له تطبيقات فعلية إذ ينص قرار للغرفة الإدارية للمجلس الأعلى على: "القرارات

<sup>1</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 43308، قرار بتاريخ: 1985/12/21، المجلة القضائية، العدد: 03، 1989، ص 205\_209.

الإدارية التي تستهدف الوقوف ضد حكم قضائي نهائي تمس بمبدأ قوة الشيء المقضي فيه، وتعتبر مشوبة بعيب تجاوز السلطة وتستوجب البطلان<sup>1</sup>، بل إن المحكمة الدستورية في مصر خلصت إلى أن الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية من شأنه أن يمثل عدوانا على الولاية الثابتة للقضاء، ويشكل تدخلا مباشرا في شؤون العدالة<sup>2</sup>.

(ثانيا) الجزاءات الجنائية: والتي قد تشمل الإدارة كما تشمل المواطن.

### (01) بالنسبة للإدارة:

نظرا لامتناع الموظفين عن تنفيذ الأحكام القضائية، وتقاديا للضرر الذي كان مترتبا عنه، أقر المشرع عقوبة جزائية للممتنع عن تنفيذ هذه الأحكام، وذلك من باب المساواة أمام الأعباء العامة<sup>3</sup>، وقد كانت هذه العقوبة حسب المادة (138) مكرر ق غ تتراوح بين ستة (06) أشهر إلى ثلاثة (03) سنوات، وبغرامة من 5.000 إلى 50.000، وتغيرت بمناسبة تعديل قانون العقوبات لسنة 2021 من خلال استحداثه للمادة (138) مكرر التي تنص على: "يُعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى خمس (05) سنوات والغرامة من 200.000 دج إلى 500.000 كل موظف عمومي استعمل السلطة التي تخوله إياها وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو امتنع أو اعترض أو عرقل تنفيذه"<sup>4</sup>،

فاستنادا لذلك تتحقق جريمة امتناع الموظف عن تنفيذ حكم قضائي، والتي تتحقق وجودها بتوفر أركانها، وهي:

### (أ) الركن المفترض (صفة الموظف العمومي):

فهو ركن لا يتحقق الجرم من دونه<sup>5</sup>، وقد عرفه المشرع في العديد من القوانين، كقانون الوظيفة العامة<sup>1</sup>، وقانون الوقاية من الفساد<sup>2</sup>، ليعرفه أخيرا في الفقرة الثانية من المادة 138 مكرر المعدلة بأنه:

<sup>1</sup> المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 53098، قرار بتاريخ: 1987/06/27، سبق ذكره.

<sup>2</sup> لمحكمة العليا الدستورية العليا المصرية، القضية 12 لسنة 19، بتاريخ: 1999/01/2، نقلا عن: عبد المجيد ابراهيم سليم، مرجع سابق، ص 531، "، بن صاولة شفيقة، المرجع السابق، ص 147.

<sup>3</sup> حسينة شرون، "المسؤولية بسبب الامتناع عن تنفيذ القرارات القضائية الإدارية والجزاءات المترتبة عنها"، مجلة المفكر، المجلد: 04، العدد: 01، 2009، (ص ص: 181\_197)، ص 185.

<sup>4</sup> قانون رقم 14\_21 المؤرخ: 28 ديسمبر 2021، المعدل والمتمم للأمر رقم 156\_66 المؤرخ: 08 جوان 1966، والمتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد: 99، الصادرة: 29 ديسمبر 2021.

<sup>5</sup> المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم: 0703162، قرار بتاريخ: 2014/05/29، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2015، ص ص 439\_441.

"في كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة سواء كان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته"، فأقرار ذلك إنما من باب إخضاع الموظف لحجة الأمر المقضي فيه، وتلاف لإهداره لقوة هذه الأحكام<sup>3</sup> لما في ذلك من خطورة على استقرار المراكز القانونية.

### (ب) الركن المادي:

ويتحقق هذا الركن بصورتين إما إيجابية من خلال استغلال الموظف لنفوذه وإصداره لسلطات تحول دون تحقيق الحكم القضائي، كما قد يكون بصورة سلبية من خلال امتناعه هو عن التنفيذ، ولكن ذلك لا يتحقق إلا من خلال إنذار الموظف عبر محضر قضائي للكف عن امتناعه<sup>4</sup>، وهو إجراء جوهري يترتب عن تخلفه عدم قيام الركن المادي، وهو ما يعني تبعا لذلك عدم تحقق الجريمة مما يحول دون تطبيق العقوبات المقررة لذلك.

### (ج) الركن المعنوي:

فهذه الجريمة لا تختلف عن غيرها من الجرائم، إذ يقتضي بنيانها توفر الركن المعنوي، والمتمثل في انصراف القصد لتحقيق الجريمة بإرادة واعية ومدركة لكون القانون يجرم هذه الواقعة، مما يعني أن توفر ظروف تحول دون تنفيذ هذا الحكم يعني عدم تحقق الجريمة<sup>5</sup>، ومثال ذلك وجود ظروف طارئة واستثنائية تستلزم تأجيل التنفيذ لأجل معقول.

### (02) بالنسبة للأفراد:

<sup>1</sup> تنص المادة الثانية من الأمر المتعلق بالوظيفة العامة "يعتبر موظفاً كل عون عيّن في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري"، ينظر: الأمر رقم 03\_06، المؤرخ: 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج ر عدد: 46، الصادر: 16 يوليو 2006.

<sup>2</sup> كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته" ثم أحالت المطة الثالثة منها إلى تعريف أوسع: "كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما"، ينظر: قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لسنة 2006.

<sup>3</sup> حسينة شرون، المرجع السابق، ص 189.

<sup>4</sup> عائدة بن عامر، "جريمة الامتناع عن تنفيذ أحكام القضاء الإداري"، مجلة معارف، المجلد: 16، العدد: 02، 2021، (ص ص:

112\_88)، ص 103

<sup>5</sup> المرجع نفسه، ص 105.

إن المادة التي تضبط السلوك الإجرامي المتمثل في الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية هي المادة (147) من قانون العقوبات، والتي تنص على: "الأفعال الآتية تعرض مرتكبيها للعقوبات المقررة في الفقرتين 1 و3 من المادة 144:

01\_ الأفعال والأقوال والكتابات العلنية التي يكون الغرض منها التأثير على أحكام القضاة طالما أن الدعوى لم يفصل فيها نهائياً.

02\_ الأفعال والأقوال والكتابات العلنية التي يكون الغرض منها التقليل من شأن الأحكام القضائية، والتي يكون من طبيعتها المساس بسلطة القضاء أو استقلاله".

وبالعودة لهذه المادة نجد أنها تنص في فقرتها على عقوبة تتراوح بين الحبس من شهرين إلى سنتين، وغرامة من 1.000 إلى 500.000 دج، أما الفقرة الثانية فتتص على جوازية أمر القضاء بنشر الحكم وتعليقه بالشروط المحددة فيه بشرط ألا تتجاوز هذه المصاريف الحد الأقصى للغرامة المحددة في الفقرة الأولى.

وهو ما يعني أن الامتناع يمثل جريمة، وقوامها الأركان الثلاثة؛ فالركن المادي يتمثل في: الأفعال والأقوال والكتابات العلنية التي يكون الغرض منها التقليل من أحكام القضاء لما في ذلك من مساس بهيبة هذا الأخير، أما الركن المعنوي فيتمثل في: توجه القصد لإحداث هذا الامتناع فلا يكون تحت إكراه أو ما قد يعدم إرادته، أما الركن الشرعي فهي المادة 138 مكرر، وذلك استناداً لمبدأ شرعية الجريمة والعقاب.

(ثالثاً) الجزاءات المالية: والتي تشمل بشكل أساسي الغرامة التهديدية والتعويض:

فالبنسبة للغرامة التهديدية فقد كانت تشمل الشخص دون الإدارة؛ نظراً لافتقار القضاء للمكنات التي تتيح له ذلك، وقد جاء في قرار لمجلس الدولة الجزائرية أن مرد المنع هو خضوعها لمبدأ شرعية العقوبات إذ جاء في قرار له: "حيث أنه وبم أن الغرامة التهديدية التزام ينطق به القاضي كعقوبة فإنه ينبغي أن يطبق عليها مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، وبالتالي وجب سننها بقانون، ونظراً لعدم وجود أي قانون يرخص بها صراحة فإنه يحظر النطق بها في المسائل الإدارية"<sup>1</sup>

غير أن امتناعها عن التنفيذ، ونظراً لما يلحقه من مساس بقيمة القضاء فقد اتجه المشرع بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية للنص عليها صراحة، وهو ما طبق صراحة، فقد جاء في حكم

<sup>1</sup> مجلس الدولة، ملف رقم: 014989، المؤرخ: 2003/04/08 مجلة مجلس الدولة، العدد: 03، 2004، ص ص 177

لمجلس الدولة: "إن امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم النهائي الحائز لحجية الشيء المقضي فيه يخول للمستفيد منه الحق في رفعه التعسف الناتج عن تصرف المحكوم عليها بإخطار الجهة القضائية المصدرة للستد التنفيذي من أجل الأمر بغرامة تهديدية"<sup>1</sup>.

والى جانب الغرامة نجد التعويض عن الإخلال بتنفيذ الحكم القضائي بطريقة قد تنقص من أثره<sup>2</sup>، أو تأجيله لا سيما من طرف الأشخاص المعنوية العامة أين قضى مجلس الدولة وجوب تنفيذها للأحكام بصفة فورية<sup>3</sup>، والتعويض هنا يخضع، وعلى نحو ما أقرته المحكمة العليا للقواعد المقررة في المادة (124) و(128) ق م؛ أي على القاضي أن يحدد المعايير التي على أساسها قد نطق بالتعويض، والتي تشمل بشكل أساسي ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة<sup>4</sup>، وفي هذا الصدد حكم القضاء الإداري بتعويض قيمته 200.000.00 دج (مائتي ألف دينار جزائري) على بلدية عنابة نتيجة امتناعها عن تنفيذ حكم قضائي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> مجلس الدولة، الملفين رقم: 052240، المؤرخ: 2010/05/27، ورقم: 085739، المؤرخ: 2011/03/31، مجلة مجلس الدولة، العدد: 10، 2012، ص 110،

<sup>2</sup> راجع في هذه المسألة، محمود سعد عبد المجيد، المرجع السابق، ص 138، 147، وكذلك "، بن صاولة شفيقة، المرجع السابق، ص 263.

<sup>3</sup> مجلس الدولة، ملف رقم: 151192، المؤرخ: 2018/03/22، مجلة مجلس الدولة، العدد: 16، 2018، ص 260\_263.

<sup>4</sup> المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم: 0914493، قرار بتاريخ: 2014/11/06، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2014، ص 454\_456.

<sup>5</sup> مجلس الدولة، ملف رقم: 013551، المؤرخ: 2004/06/15، مجلة مجلس الدولة، العدد: 05، 2004، ص 130\_131، وكذلك مجلس الدولة، ملف رقم: 4033، المؤرخ: 2002/07/15، مشار له في بن صاولة شفيقة، المرجع السابق، ص 274.

الخاتمة



وتأسيساً على ما قد تناوله هذا العمل، يمكن القول أن الأمن القانوني لا يزال في إطار تكوين مضمونه المعرفي، مما يجعل منه (أبجديات) في طور البناء، وهو ما يحقّ القول معه أن هذه الدراسة محاولة أولية لمدّ الروابط بينه وبين التشريعات العقارية، وهو ما يجعل هذا العمل يحتاج لمراجعة دائمة لإبقائه حياً مواكباً لمستجدات التكوين المعرفي للأمن القانوني.

وقد كان هذا العمل سانحة للوقوف على مدى وجود موازنة بين حركية التشريع العقاري وبين الأمن القانوني، لا سيما من خلال بحث هذا الأخير في حالتي السكون والحركة، فالأولى تقتضي الاهتمام بالنصوص في حالتها المجردة من خلال تشريع يراعي الفن التشريعي من خلال تجويد اللغة التشريعية مما يحقق قابلية النفاذ إليها، أما الثاني فيقتضي الاهتمام بالنصوص في حالتها التطبيقية من خلال مراعاة الفترات الانتقالية في سن التشريعات الجديدة، وكذا عدم تضارب التفسير القضائي لها صوناً للحقوق من أي إهدار لها يمس بفعاليتها.

وقد بيّنا الجذور التاريخية القديمة للأمن القانوني؛ إذ أن فهم مصطلح معين رهين بفهم دلالة الكلمات التي يتم التعبير بها عنه، وتبيان التحولات اللغوية له عبر الأزمنة والأمكنة، وهو ما نجده في الأمن القانوني؛ إذ تعود فكرته وبسميات مختلفة إلى الحضارات القانونية القديمة كالحضارة البابلية ممثلة في مدونة حمورابي، والحضارة الرومانية ممثلة في تشريع جوستينيان، والحضارة اليونانية.

كما تم توضيح الدور القضائي في الكشف عن فكرة الأمن القانوني؛ إذ يعود فضل السابق إلى القضاء الدستوري الألماني سنة 1953، لينتقل عبره إلى القضاء الأوروبي (المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ومحكمة العدل الأوروبية)، ولينفذ بعدها للقضاء الوطني للدول من خلال محكمة التحكيم في بلجيكا، ومجلس الدولة في فرنسا، ومحكمة التنازع في الجزائر 2012، لتكرسه كمبدأ دستوري بموجب التعديل الدستوري لسنة 2020.

ورغم هذا الكشف لا يزال ثمة تردد في الاعتراف بفكرة الأمن القانوني كونها لا تزال في مرحلة الإنضاج المفاهيمي، وهو ما يبرر رفض المعترفين بها إذ من غير المعقول \_حسبهم\_ أن يفتقد الأمن القانوني للأمن المفاهيمي، وذلك نتيجة ضبابيته وعدم التحديد للمعايير الفرعية المندرجة ضمن نطاقه، مما يجعله مجرد وهم لم يتم بيان حقيقته بشكل كلي.

ولكن هذا الإنكار الكلي يتنافى مع حقيقة قيام الأمن القانوني على مرتكزات تجد أساسها في سيادة القانون، والتي يمكن تصنيفها إلى مرتكزات كلية تتجلى أساسا في عدم رجعية القوانين واحترام الحقوق المكتسبة، ومرتكزات فرعية تستوجب التأسيس لصناعة القانون وفق أسس منطقية قائمة على احترام فنيات الصياغة القانونية.

وتتويجا لما قد تم بيانه في معالجة الموضوع فقد توصلنا لمجموعة من النتائج، والتي جعلنا منها أرضية لتأسيس مقترحات، باعتبار أن وظيفة الباحث تتجلى في إعطاء الحلول التي تعالج النقائص، وعدم الاكتفاء بعرضها، وقد تم صياغة كل ذلك كما يلي:

### (أولا) النتائج:

**(01)** اصطبغ التشريعات العقارية بالصبغة الثنائية؛ سواء على المستوى المصدري من خلال ممازجتها بين الاستمداد من الفقه الإسلامي بتعدد مذاهبه وبين الاستيراد التشريعي للنظم القانونية الوضعية، أو سواء على المستوى اللغوي من خلال الاعتماد على اللغتين الفرنسية والعربية في الصياغة والتفسير القانوني، وهو ما يمس بالمقتضيات الدستورية المؤسسة لكون العربية هي اللغة الرسمية، كما تمتد الثنائية للجانب القضائي من خلال توزيع اختصاص النظر في المسائل العقارية على القضاء الإداري والقضاء العادي.

**(02)** تداخل التشريعات العقارية كنتيجة للثنائية المنوه بها أعلاه، وهو ما أدى إلى المساس بالأمن القانوني للأفراد نتيجة تضارب المخرجات القضائية في المسألة الواحدة، ومثالها تناقض القرارات القضائية في جوازية أعمال قواعد التقادم من عدمه في الحقوق المشهورة والحقوق الميراثية، وكذا في المادة الوقفية أين سجلنا تناقضا في تأبيد الوقف واشتراط الحيابة من عدمها.

**(03)** حيوية الاجتهاد في تطويع النصوص وملاءمتها مع المستجدات الواقعية من خلال تفعيل المكنات الممنوحة للقاضي سواء على المستوى الذهني ممثلة في آليتي التقدير والتكييف أو في توظيف الوسائل المساعدة كالخبرة لتلاقيها في غاية الوصول إلى الحقيقة القضائية كأولوية لتكريس استقرار الحقوق والمراكز القانونية.

**(04)** اختلاف صور إنكار العدالة، فقد يكون صريحا من خلال رفض البت في المنازعة المعروضة وهو غير منتشر لإمكانية تعرض فاعله للعقوبات المقررة قانونا، والثاني ضمني منتشر إذ أن القاضي يلتزم فيه بحل النزاع غير أن الحل يكون مفتقدا للمعيارية اللازمة، وقد بينا من خلال المتن حالاته، وهي: عدم بذل العناية اللازمة في حلّ النزاع، وكذا اللجوء المفرط للرفض الشكلي، ورفض الدعوى على الحال، وكذلك صرف الأطراف لما يرونه مناسبا، وهي كلها أمثلة تجسّد الدور الإيجابي للقضاء الجزائري للتصدي لهذه الجريمة الضمنية نتيجة لآثارها التي تمس سلامة الحقوق من جهة والثقة بالمرفق القضائي من جهة ثانية.

**(05)** وجود مساس بالأمن القضائي للأفراد؛ إذ أن فسيفساء أدلة الإثبات تحول دون توحيد المخرجات القضائية، لا سيما في ظل عدم التنصيص على مادة شبيهة بالمادة (03) من مدونة الحقوق العينية المغربية، والمتضمنة لبعض قواعد الترجيح التي من شأنها أن تضمن توحيد الاجتهاد القضائي في الإثبات العقاري.

**(06)** فعالية هندسة السياسة العامة وفق أسس علمية قائمة على التشاركية الموظفة للفواعل المختلفة في الاستجابة للمصالح المتنوعة بشكل متوازن، مما يضمن تحقيق الأولويات وفق رؤية تقوم على تشريع أفضل لعقار مستدام يجسد دور هذا الأخير في تمويل الاقتصاد الجزائري كتفعيل حقيقي للنموذج التنموي الجديد المؤسس على الخروج من التبعية للمحروقات.

**(07)** حيوية قياس الأثر التشريعي في تحقيق الجودة التشريعية، من خلال قدرتها على التوظيف العقلاني لمختلف الموارد في الصناعة التشريعية مع تقييم بعدي له يسمح بتقييم نجاعة التشريعات مما يضمن صلاحية دائمة له تقوم على مواكبة مستجدات الأوضاع الواقعية.

**(ثانيا) المقترحات:**

**(01)** متابعة المشروع للنقاش الفقهي والقضائي لتجويد دسترته للأمن القانوني، ولا يكون ذلك إلا من خلال استحداث المؤشرات والآليات التي تسمح بتطبيقه فعليا في المسائل العقارية.

(02) توحيد التشريعات العقارية التي تعالج المسائل المتشابهة، وذلك لتسهيل الوصول إليها من جهة، ومعالجة التضخم التشريعي للمادة العقارية من جهة ثانية، وذلك من خلال حصر المواضيع الكبرى له، لاسيما ما تعلق منها بأصناف الملكية العقارية، أو ما تعلق بسندات إثباته، على النحو التالي:

- ❖ الأمر المتعلق بالمسح العقاري وقانون التحقيق العقاري
- ❖ قانون التوجيه العقاري وقوانين الأوقاف والملكية العامة.

(03) إعادة صياغة المواد التالية بما يضمن أمنها المفاهيمي والقانوني، والمتمثلة في:

- ❖ المادة 829 مدني: "لا تكتسب بالتقادم في جميع الأحوال الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحياة مدة ثلاث وثلاثين (33) سنة، على أن تحتسب المدة منذ تاريخ قسمة هذه الحقوق"
- ❖ المادة 991 مدني: يجب على المستغل للملك، مالكا كان أو من قام مقامه ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بالملك المجاور"
- ❖ المواد 02 مدني، و222 أسرة، و 02 أوقاف من خلال اختيار المذهب المالكي وإعادة بناء النصوص على أساسه تحقيقا للوحدة المذهبية الخادمة للأمن القانوني للروابط الاجتماعية.
- ❖ المادة 766 مدني: "كل تصرف قانوني مقترن بنية التبرع يصدر عن الشخص في مرض الموت، يُعدّ وصية، ويخضع لأحكامها، وللورثة إثبات ذلك بكل الطرق، وللمتصرف له أو من يقوم مقامه إثبات خلاف ذلك، مع مراعاة النصوص الخاصة في هذا الشأن. لا يُحتج على الورثة بتاريخ العقد ما لم يكن هذا التاريخ ثابتا."
- ❖ (04) حذف المواد 85 من المرسوم 63/76، والمادة 519 ق إ م إ والإبقاء على المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقط.

(05) سن بيان السياسة العقارية العامة القائم على تفعيل تشاركية الفواعل المعنية، وفق نسق يراعي تكييف القوانين مع البيئة الجزائرية، وجعله المرجعية الفلسفية لتسيير وتنظيم العقار في الجزائر.

(06) تبني فكرة تخصص القضاة مما ينعكس إيجابا على تجويد الأحكام القضائية واستقرار المراكز القانونية.

(07) تحديد موقف المشرع من مسألة جواز التقادم المكسب من عدمه في العقارات المشهورة.

(08) تكريس المشرع لقواعد ترجيح البيانات في المنازعات العقارية، مما يسهل توحيد القرارات القضائية في هذه المسألة.

(09) تأسيس صندوق التطهير العقاري كآلية مسؤولة عن تعويض الأضرار التي قد تلحق الأفراد عند تطبيق القواعد الخاصة بالشهر العيني.

(10) إقامة المسؤولية على أساس الضرر التشريعي، وذلك منعا للمشرع من التعسف في استعمال سلطته التشريعية، ووفقا لمبدأ المساواة في تحمل الأعباء العامة.

(11) تجويد الممارسة التشريعية من خلال ضرورة النص على وجوبية قياس الأثر التشريعي للتشريعات مع ضرورة إرفاقها بالنصوص التنظيمية أو إعدادها في أجل معقول لا يتجاوز ستة (06) أشهر من تاريخ سريان التشريع المحيل عليها.

(12) تبني النظام التحفيزي للموارد البشرية لتفعيل دورها الحيوي في إنجاح القوانين.

(13) رقمنة القطاع العقاري لتفادي أي تلاعب بالسجل العقاري، وذلك صونا للعقار باعتباره ثروة مستدامة وبديلة للمحروقات.

تمت بفضل الله

فالحمد لله الموفق وحده على عظيم نعمه، وصلى الله على حبيبنا وشفيعنا محمد صلى الله عليه

وسلم

بالشمرة، ولاية باتنة، الجزائر

بتاريخ: 2022/09/26.

للتواصل مع الباحث: [khademnabil05@gmail.com](mailto:khademnabil05@gmail.com)

# قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

(1) باللغة العربية:

i. المصادر:

\_ القرآن الكريم.

\_ كتب الحديث:

- (1) يحيى بن شرف النووي، الأربعين النووية، ط 04، دار السلام، مصر، 2007.
- (2) محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط 01، دار ابن كثير، (سوريا، لبنان)، 2002.
- (3) أبي داوود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داوود، ج 05، دار الرسالة العالمية، طبعة خاصة، سوريا، 2009.

(أولاً) \_ التشريع:

(أولاً\_01) \_ التشريع الوطني:

(أ) \_ الدساتير:

- (1) الأمر رقم 97\_76 المؤرخ 22 نوفمبر 1976، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 94، الصادر 24 نوفمبر 1976، المعدل بالقانون رقم 06\_79 المؤرخ 07 يوليو 1979، ج ر عدد 28، الصادر 10 يوليو 1979، المعدل بالمرسوم رقم 233\_88 المؤرخ 05 نوفمبر 1988، ج ر عدد 45، الصادر 05 نوفمبر 1988، والمرسوم رقم 18\_89 المؤرخ 28 فبراير 1989، ج ر عدد، الصادر 01 مارس 1989، والمرسوم الرئاسي رقم 438\_96 المؤرخ 07 ديسمبر 1996، ج ر عدد 76، الصادر 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم.
- (2) المرسوم الرئاسي رقم 442\_20 المؤرخ 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد: 82 لسنة 2020.
- (3) ظهير شريف رقم 91.11.1 الصادر 29 يوليو 2011، المتضمن الدستور المغربي، ج ر م عدد 5964 مكرر، الصادرة 30 يوليو 2011،

(ب) \_ الاتفاقيات الدولية:

1) المرسوم الرئاسي رقم 89\_67 المؤرخ 16 ماي 1989 المتضمن الانضمام إلى العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري المتعلق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الموافق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 16 ديسمبر 1966، ج ر عدد 20، الصادر 17 ماي 1989.

(ج) \_ القوانين العضوية:

2) القانون العضوي رقم 98\_01 المؤرخ 30 ماي 1998، والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه ، ج ر عدد 37، الصادر 01 جوان 1998، المعدل والمتمم.

3) القانون العضوي رقم 11\_04، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، المؤرخ 22 أوت 2004، ج ر عدد 57، المؤرخة 08 سبتمبر 2004.

4) القانون العضوي رقم 16-12 المؤرخ 25 أوت 2016 المتعلق بتنظيم المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة، الجريدة الرسمية 50 لسنة 2016.

5) القانون العضوي رقم 18\_16 المؤرخ 02 سبتمبر 2018، المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، ج ر عدد 54، الصادر 05 سبتمبر 2018.

6) لقانون العضوي رقم 22\_11 المؤرخ 09 جوان 2022، المتعلق بالتنظيم القضائي، ج ر عدد 41، الصادر 16 جوان 2022.

(د) \_ القوانين والأوامر:

(د\_01) \_ القوانين:

1) القانون رقم 74\_26 المؤرخ 20 فيفري 1974، المتضمن تكوين الإحتياطيات العقارية لصالح البلديات، ج ر عدد 19، الصادر 05 مارس 1974، (ملغى).

2) قانون رقم 82-04 المؤرخ: 13 فبراير 1982 المعدل والمتمم للأمر رقم 66\_156 المؤرخ: 08 يونيو 1966، والمتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 07، الصادر: 16 فبراير 1982.

3) القانون رقم 83\_18، المؤرخ: 13 غشت 1983، والمتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية، ج ر عدد: 34، المؤرخة: 16 غشت 1983،

4) القانون رقم 84-11 المؤرخ 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24، صادر 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ 27 فيفري 2005، ج ر عدد 15، الصادر 27 فيفري 2005.

5) قانون رقم 84\_09 المؤرخ 04 فيفري 1984، المتعلق بالتنظيم الإقليمي للبلاد، ج ر عدد: 06، الصادر: 07 فيفري 1984.



- (6) القانون رقم 87\_19، المؤرخ: 08 ديسمبر 1987، والمتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر عدد: 50، المؤرخة: 09 ديسمبر 1987، (ملغى).
- (7) القانون رقم 90-30، المؤرخ 01 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر عدد 52، صادر 02 ديسمبر 1990، المعدل بالقانون 08-14 المؤرخ 20 جويلية 2008، ج ر عدد 44، صادر 03 أوت 2008.
- (8) القانون رقم 91\_05، المؤرخ 16 جانفي 1991، المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، ج ر عدد 03، المؤرخ: 16 جانفي 1991، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 96\_30 المؤرخ 21 ديسمبر 1996، ج ر عدد 81، المؤرخ 22 ديسمبر 1996.
- (9) قانون رقم 91-10، المؤرخ 27 أبريل 1991، المتضمن قانون الأوقاف، ج ر عدد 21، صادر 08 ماي 1991، المعدل بالقانون رقم 01-07، المؤرخ 22 ماي 2001، المتضمن تعديل قانون الأوقاف، ج ر عدد 24، صادر 23 ماي 2001، والقانون 02-10، المؤرخ 14 ديسمبر 2002، المتضمن تعديل قانون الأوقاف، ج ر عدد 83، صادر 15 ديسمبر 2002.
- (10) القانون رقم 90\_36 المؤرخ 31 ديسمبر 1990، المتضمن قانون المالية لسنة 1991، ج ر عدد 57، الصادر 31 ديسمبر 1990
- (11) القانون رقم: 98\_02 المؤرخ 30 ماي 1998، المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر عدد 37، المؤرخ 1998/06/01.
- (12) القانون رقم 01\_20 المؤرخ 12 ديسمبر 2001، المتعلق بتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة، ج ر 77، الصادر 15 ديسمبر 2001.
- (13) القانون 03\_06 المؤرخ 14 يونيو 2003، المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو 2003، ج ر عدد 37، الصادر 15 يونيو 2003.
- (14) القانون رقم 03\_10 المؤرخ 19 يوليو 2003، والمتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر عدد: 43، الصادر 20 يوليو 2003.
- (15) القانون رقم 08-09 المؤرخ 25 فيفري 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، صادر 23 أبريل 2008، المعدل والمتمم ب القانون رقم 22\_13 المؤرخ 12 يوليو 2022، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 48، الصادر: 17 يوليو 2022.
- (16) القانون رقم 08\_16 المؤرخ 03 غشت 2008، المتضمن التوجيه الفلاحي، ج ر عدد 46، الصادر 10 غشت 2008.
- (17) القانون 09\_09 المؤرخ 30 ديسمبر 2009، المتضمن قانون المالية لسنة 2010، ج ر عدد 78، الصادر: 31 ديسمبر 2009.
- (18) القانون رقم 10\_03، المؤرخ 15 أوت 2010 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، ج ر عدد 46، المؤرخ 18 أوت 2010.

- (19) القانون رقم 11-11 مؤرخ 18 جويلية 2011، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج ر عدد 40، صادر 20 جويلية 2011.
- (20) القانون 10\_14 المؤرخ 30 ديسمبر 2014، المتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج ر عدد 78، الصادر: 31 ديسمبر 2014.
- (21) القانون رقم 03\_15 المؤرخ 01 فبراير 2015، المتعلق بعصرتة العدالة، ج ر عدد 06، الصادر 10 فبراير 2015.
- (22) القانون 11\_17 المؤرخ 27 ديسمبر 2017، المتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر عدد 76، الصادر: 28 ديسمبر 2009.
- (23) القانون رقم 18\_18 المؤرخ: 27 ديسمبر 2018، والمتضمن لقانون المالية 2019، ج ر عدد 79، الصادر 30 ديسمبر 2018.
- (24) القانون رقم 07-20 المؤرخ في 4 يونيو 2020، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020، ج ر عدد 33، الصادر في 4 يونيو 2020.
- (د\_02)\_ الأوامر:
- (1) الأمر رقم 64\_258 المؤرخ 27 أوت 1964، المتضمن إنشاء لجنة مصادرة أملاك الأشخاص الذين يمسون بمصالح الثورة الاشتراكية، ج ر عدد 29، الصادر 04 سبتمبر 1964.
- (2) الأمر رقم 66\_102، المؤرخ: 06 مايو 1966، والمتضمن انتقال الأملاك الشاغرة، ج ر عدد: 36، المؤرخ: 06 ماي 1966.
- (3) الأمر رقم 68\_92 المؤرخ: 26 أبريل 1968 يقتضي بإجبارية معرفة اللغة الوطنية على الموظفين ومن يماثلهم، ج ر عدد 36، الصادر: 03 ماي 1968.
- (4) الأمر رقم 68\_653، المؤرخة: 20 ديسمبر 1968، والمتعلق بالتسيير الذاتي في الفلاحة، ج ر عدد: 36، المؤرخ: 06 ماي 1966.
- (5) الأمر رقم 70\_10 المؤرخ 20 يناير 1970 الخاص بالمخطط الرباعي 1970\_1973، ج ر عدد 07، الصادر 20 يناير 1970.
- (6) الأمر رقم 70\_91 المؤرخ 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج ر عدد 107، الصادر 25 ديسمبر 1970، (ملغى).
- (7) الأمر رقم 71\_73 المؤرخ 08 نوفمبر 1971، المتضمن الثورة الزراعية، ج ر عدد 97، المؤرخ 30 نوفمبر 1971، (ملغى).
- (8) الأمر رقم 73\_29 المؤرخ 05 يوليو 1973 المتضمن إلغاء القانون رقم 62\_157 المؤرخ 31/12/1962 الرامي إلى التمديد حتى إشعار آخر لمفعول التشريع النافذ إلى غاية 31 ديسمبر 1962، ج ر عدد 62، الصادر 03 غشت 1963.

- (9) الأمر 75-58 المؤرخ 28 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، الصادر 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.
- (10) الأمر رقم 95\_26 المؤرخ 25 سبتمبر 1995، المعدل والمتمم للقانون رقم 90\_25 المؤرخ 18 نوفمبر 1990، والمتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 55، الصادر 27 سبتمبر 1995.
- (11) الأمر 02\_03 المؤرخ 25 فبراير 2002، والمتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، ج ر عدد: 15، الصادر 28 فبراير 2002.
- (12) الأمر رقم 06-11 مؤرخ 30 أوت 2006 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأموال الخاصة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 53، صادر 30 أوت 2006.
- (13) الأمر رقم 08-04 المؤرخ 01 سبتمبر 2008 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 49، صادر 03 سبتمبر 2008.
- (14) الأمر رقم 10\_01 المؤرخ 26 غشت 2010، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر عدد 49، الصادر 29 غشت 2010.
- (15) الأمر رقم 15-01 المؤرخ 23 جويلية 2015، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015، ج ر عدد 40، صادر 23 جويلية 2015.

(هـ) المراسيم التنظيمية:

(هـ\_01) \_ المراسيم الرئاسية:

- (1) المرسوم رقم 64\_147، المؤرخ 28 ماي 1964، بشأن تنفيذ القوانين والضوابط، ج ر عدد 01، المؤرخ: 29 ماي، 1964.
- (2) المرسوم رقم 68\_95 المؤرخ: 26 أبريل 1968 المتضمن تطبيق الأمر 68\_92 المتعلق بإجبارية معرفة اللغة الوطنية على الموظفين ومن يماثلهم، ج ر عدد 36، الصادر: 03 ماي 1968.
- (3) المرسوم رقم 71\_133 المؤرخ 13 ماي 1971، المتضمن تنظيم مراقبة الدراسات ذات الطابع الاقتصادي، ج ر عدد 41، الصادر 21 ماي 1971.
- (4) المرسوم رقم 71\_134 المؤرخ 13 مايو 1971 المتضمن ترتيب تنظيم التنسيق والإلزامية إجراء الإحصاء، ج ر عدد 41، الصادر 22 مايو 1971.
- (5) المرسوم رقم 73\_32 المؤرخ 05 جانفي 1973، المتعلق بحق إثبات الملكية الخاصة، ج ر عدد 15، الصادر 20 فيفري 1973، المعدل بالمرسوم 73\_86 المؤرخ 17 يوليو 1973، ج ر عدد 59، الصادر 24 يوليو 1973.

- (6) المرسوم رقم 73\_147 المؤرخ 10 غشت 1973، المتضمن إحداث اللجنة الوطنية للتشريع، ج ر عدد 71، الصادر 31 غشت 1973.
- (7) المرسوم رقم 63/76 المؤرخ 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر العدد 30، الصادر 13 أبريل 1976 (المعدل والمتمم).
- (8) المرسوم رقم 80\_134 المتضمن إنشاء المعهد الوطني للدراسات والتحليل الخاصة بالتخطيط، ج ر عدد 17، الصادر 22 أبريل 1980.
- (9) المرسوم رقم 83\_92 المؤرخ 29 يناير 1983، المتعلق بالتعويض عن الأملاك المؤممة في إطار الثورة الزراعية، ج ر عدد 05، الصادر 01 فبراير 1983.
- (10) المرسوم رقم 83\_352 المؤرخ 21 ماي 1983، والمتضمن سن إجراءات لإثبات التقادم المكتسب إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، ج ر عدد 21، الصادر 25 ماي 1983.
- (11) المرسوم رقم 84\_64 المؤرخ 10 مارس 1984 والمتضمن جعل المعهد الوطني للدراسات والتحليل الخاصة بالتخطيط مركزا وطنيا للدراسات والتحليل الخاصة بالتخطيط، ج ر عدد 11، الصادر 13 مارس 1984.
- (12) المرسوم رقم 84\_398 المؤرخ 24 ديسمبر 1984 المتضمن إنشاء معهد وطني للدراسات الإستراتيجية الشاملة، ج ر عدد 71، الموافق 30 ديسمبر 1984.
- (13) المرسوم رقم 88\_42 المؤرخ 23 فبراير 1988 المتضمن تحويل سلطة الوصاية على المركز الوطني للدراسات والتحليل الخاصة بالتخطيط لوزير الداخلية، ج ر عدد 08، الصادر 24 فبراير 1988.
- (14) المرسوم رقم 88\_188 المؤرخ 04 أكتوبر 1988، المحدد لكيفية سير حساب التخصيص رقم 302\_048 الذي عنوانه "تعويض الأملاك المخصصة للصندوق الوطني للثورة الزراعية"، ج ر عدد 40، الصادر 05 أكتوبر 1988.
- (15) المرسوم الرئاسي رقم 89\_33 المؤرخ 24 يناير 1998 المتعلق بالمجلس الإسلامي الأعلى، ج ر عدد 04، الصادر 28 يناير 1998.
- (16) المرسوم التنفيذي رقم 89\_234 المؤرخ 19 ديسمبر 1989 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي، ج ر عدد 54، الصادر 20 ديسمبر 1989، (ملغى).
- (17) المرسوم الرئاسي رقم 92\_440 المؤرخ 02 ديسمبر 1992 المتضمن الموافقة على اتفاق القرض رقم 3488 الموقع في 05 غشت 1992 بواشنطن بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير لتمويل مشروع الوثائق العقارية العامة، ج ر عدد 87، الصادر 09 ديسمبر 1992.
- (18) المرسوم الرئاسي رقم 93\_39 المؤرخ 26 يناير 1993، المضمن ضبط مهام المعهد الوطني للدراسات الإستراتيجية الشاملة ويحدد تنظيمه وعمله، ج ر عدد 06، الصادر 31 يناير 1993.
- (19) المرسوم الرئاسي رقم 93\_225 المؤرخ 05 أكتوبر 1993، المتضمن إنشاء مجلس وطني اقتصادي واجتماعي، ج ر عدد 64، الصادر 10 أكتوبر 1993.

- (20) المرسوم الرئاسي رقم 94\_465 المؤرخ 25 ديسمبر 1994 المتضمن إحداث مجلس أعلى للبيئة والتنمية المستدامة ويحدد صلاحياته وتنظيمه وعمله، ج ر عدد 01، الصادر 08 جانفي 1995.
- (21) المرسوم الرئاسي رقم 17\_141 المؤرخ 18 أبريل 2017 المحدد لتنظيم المجلس الأعلى وسيره، ج ر عدد 25، الصادر 19 أبريل 2017.
- (22) المرسوم الرئاسي رقم 20-01 المؤرخ 02 جانفي 2020، المتضمن تعيين أعضاء الحكومة، ج ر عدد 01، صادر 05 جانفي 2020.
- (23) المرسوم رئاسي 20-163، المؤرخ 23 جوان 2020، المتضمن تعيين الحكومة الجزائرية، ج ر عدد 37، صادر 27 جوان 2020.

(هـ\_02)\_ المراسيم التنفيذية:

- (1) المرسوم التنفيذي رقم 91\_157 المؤرخ 18 ماي 1991، المضمن ضبط مهام المعهد الوطني للدراسات الإستراتيجية الشاملة ويحدد تنظيمه وعمله ج ر عدد 25، الصادر 29 ماي 1991.
- (2) المرسوم التنفيذي رقم 91\_254 المؤرخ 27 جويلية 1991، المحدد لكيفيات إعداد شهادة الحياة وتسليمها المحدثة بموجب المادة 39 من القانون 90\_25 المؤرخ 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري، ج ر عدد 36، الصادر 1991/07/31.
- (3) المرسوم التنفيذي رقم 95\_294، المؤرخ 30 سبتمبر 1995، المحدد لتعريفات بعض المصاريف الناتجة عن تطبيق الإجراءات القضائية وكيفية دفعه"، ج ر عدد 57، الصادر 04 أكتوبر 1995.
- (4) المرسوم التنفيذي رقم 96\_87 المؤرخ 24/02/1996 المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، ج ر عدد 15، الصادر 28 فبراير 1996، المعدل بالمرسوم 09\_399 المؤرخ 22 أكتوبر 2009، ج ر عدد 61، المؤرخة 25 أكتوبر 2009.
- (5) المرسوم التنفيذي رقم 02\_115 المؤرخ 03 أبريل 2002، المتضمن إنشاء المرصد الوطني للبيئة والتنمية المستدامة، ج ر عدد 22، الصادر 03 أبريل 2002.
- (6) المرسوم التنفيذي رقم 06\_338، المؤرخ 24 سبتمبر 2006، والمتضمن إنشاء مركز البحوث القانونية والقضائي، ج ر عدد 60، الصادر 27 سبتمبر 2006.
- (7) المرسوم التنفيذي رقم 07\_119 المؤرخ 23 أبريل 2007 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري ويحدد قانونها الأساسي، ج ر 27، الصادر 25 أبريل 2007، المعدل والمتمم.
- (8) المرسوم التنفيذي رقم 07-120 المؤرخ 23 أبريل 2007 المتضمن تنظيم لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار وتشكيلتها وسيرها، ج ر عدد 27، صادر 25 أبريل 2007.
- (9) المرسوم التنفيذي رقم 08\_147 المؤرخ: 19 ماي 2008، المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية، ج ر عدد 26، الصادر 25 ماي 2008.

10) المرسوم التنفيذي رقم 08\_189 المؤرخ 01 يوليو 2008، المحدد لصلاحيات وزير السكن والعمران، ج ر عدد 37، الصادر 06 يوليو 2008.

11) المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ 02 ماي 2009 المحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27، صادر في 06 ماي 2009.

12) المرسوم التنفيذي رقم 09-153 المؤرخ 02 ماي 2009 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأصول المتبقية للمؤسسات العمومية المحطة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها، ج ر عدد 27، صادر في 06 ماي 2009.

13) المرسوم التنفيذي رقم 09\_344 المؤرخ 22 أكتوبر 2009، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للتعمير، ج ر عدد 61، المؤرخة 25 أكتوبر 2009.

14) المرسوم التنفيذي رقم 11\_237 المؤرخ: 09 يوليو 2011، المتضمن إلغاء تصنيف قطع أراضي وتخصيصها لإنجاز سكنات ومرافق عمومية في بعض الولايات، ج ر عدد: 39 لسنة 2011.

15) المرسوم التنفيذي رقم 21-246 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 95-160 المؤرخ 03 يونيو 1995، المتعلق بتنظيم بالمجلس الوطني للإحصاء، وعمله، ج ر عدد 31، الصادر 07 يونيو 1995، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 21\_246، ج ر 45 لسنة 2021.

16) المرسوم التنفيذي رقم 21\_251 المؤرخ 06 يونيو 2021، المتضمن حل الوكالة الوطنية لمسح الأراضي وتحويل أملاكها وحقوقها وواجباتها ومستخدميها إلى وزارة المالية، ج ر عدد 47، الصادر 15 يونيو 2021.

17) المرسوم التشريعي رقم 94\_01 المؤرخ 15 يناير 1994، المتعلق بالمنظومة الإحصائية، ج ر عدد 03، الصادر 16 جانفي 1994.

#### (و)\_ التعليمات:

1) تعليمة وزارية مشتركة رقم 07 بين وزارة المالية ووزارة الفلاحة والتنمية الريفية، المؤرخة: 2002/07/15، تتعلق

بالتنازل عن الحقوق العينية العقارية للفلاحين بموجب القانون رقم 87\_19 المؤرخ في 08 ديسمبر 1987.

2) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، التعليم رقم 16، المؤرخة 24 ماي 1998 المتعلقة بتسيير عمليات مسح الأراضي والترقيم العقاري.

3) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية عمليات الأملاك الوطنية، مراسلة رقم 368 و م/م ع أ و/ م ع أ و ع، والمؤرخة: 17 جانفي 1999، والمتعلقة بتحسين مستوى تحصيل عائدات أملاك الدولة، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 1999،

- (4) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية عمليات الأملاك الوطنية والعقارية، 17 جويلية 1999، *مراسلة تحدد دور المحققين التابعين لمصلحة أملاك الدولة في عمليات التحقيقات العقارية المندرجة في إطار إعداد مسح الأراضي العام*، مجموعة النصوص الصادرة عن أملاك الدولة لسنة 1999.
- (5) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية عمليات أملاك الدولة والعقارية، مذكرة رقم 1800 و م/م ع أ و/ م أ د ع/ م ع، المؤرخة: 2008/02/25، *والمتمثلة بحالات "مناطق غير قابلة للمسح" وكيفية تسويتها*.
- (6) وزارة المالية، منشور رقم 01/ و م، 12 أوت 2009، *والمتمثلة بممارسة حق الشفعة للدولة*، مجموعة النصوص الصادرة عن وزارة المالية.
- (7) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، التعليم رقم 003، المؤرخة: 27 سبتمبر 2008، *والمتمثلة بسير عمليات التحقيق العقاري ومعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية*.
- (8) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية إدارة الوسائل والمالية، مذكرة رقم 5256 م ع أ و/ م أ و م/ م ف ت أ، المؤرخة: 25 ماي 2008، *والمتمثلة بالبطاقات التعريفية "audit" وظروف سير المصالح*.
- (9) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 03721 و م/ م ع أ و/ م م ع م أ/ م أ ت ع، المؤرخة: 02 مارس 2009، *والمتمثلة بتطبيق أحكام القانون رقم 02\_07 المؤرخ في 2007/02/27 حالة إحصائية*.
- (10) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 07831 و م/ م ع أ و/ م م ع م أ/ م أ ت ع، المؤرخة: 29 جوان 2009، *والمتمثلة بتطبيق أحكام القانون رقم 02\_07 المؤرخ في 2007/02/27*.
- (11) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية أملاك الدولة، رقم 11996 و م/ م ع أ و/ م أ و/ م، المؤرخة: 24 نوفمبر 2009، *منازعات - ترجمة الوثائق بالفرنسية - صعوبات في تطبيق أحكام المادة 08 الفقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية*.
- (12) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية أملاك الدولة، رقم 0776 و م/ م ع أ و/ م أ و/ م، *منازعات - ترجمة الوثائق بالفرنسية - عدم وجود مترجم رسمي بإقليم الولاية*، المؤرخة: 28 جانفي 2010.
- (13) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 01094 و م/ م ع أ و/ م م ع م أ، والمؤرخة: 07 فيفري 2010، بعنوان: *جدول شهري للعقود المتعلقة بمعاملات عقارية*، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 2010.
- (14) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية تثمين الأملاك التابعة للدولة، مراسلة رقم 01457 و م/ م ع أ و/ م ت أ د، والمؤرخة: 15 فيفري 2010، *بخصوص إنعاش مكافحة الرشوة*، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 2010.
- (15) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية الحفظ العقاري ومسح الأراضي، مراسلة رقم 03280 و م/ م ع أ و/ م ح ع م أ/ م ع، المؤرخة: 15 أفريل 2010، *والمتمثلة بتطبيق أحكام القانون رقم 02\_07 المؤرخ في 2007/02/27 - التكفل بطلبات الحائزين على شهادة الحياة*.

- 16) <sup>1</sup> وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية الحفظ العقاري ومسح الأراضي، مراسلة رقم 5369 و م/م ع أ و/م ح ع م أ/م أ ت ع، المؤرخة: 13 جويلية 2010، *والمعلقة بتطبيق أحكام القانون رقم 07\_02 المؤرخ في 2007/02/27 - إثبات وقائع الحيازة.*
- 17) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية أملاك الدولة، مذكرة رقم: 8979 و م/م ع أ و/م أ د/م، المؤرخة: 02 نوفمبر 2010، *والمعلقة بالمنازعات - الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في دعاوى إلغاء العقود التوثيقية المرفوعة من طرف إدارة أملاك الدولة.*
- 18) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 07831 و م/م ع أ و/م م ع م أ/م أ ت ع، المؤرخة: 05 جانفي 2011، *والمعلقة بإحصائيات حول القانون رقم 07\_02 المؤرخ في 2007/02/27.*
- 19) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 05550 و م/م ع أ و/م م ع م أ/م أ ت ع، والمؤرخة: 04 جوان 2013، بعنوان: طلب معلومات - إجراءات جديدة، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 2013،
- 20) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، لمراسلة رقم 04939 و م/م ع أ و/م م ع م أ/م أ ت ع، المؤرخة 13 ماي 2012، *المتعلقة بشروع طريقة عمل جديدة في مجال مسح الأراضي العام بالمناطق الحضرية.*
- 21) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 13086 و م/م ع أ و/م م ع م أ/م أ ت ع، المؤرخة: 30 ديسمبر 2013، *والمعلقة بالتكفل بالملفات المودعة في إطار القانون رقم 07\_02 المؤرخ في 2007/02/27 وتلك المتعلقة بطلب تسوية العقارات المسجلة في حساب المجهول - تنكير.*
- 22) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي ، مراسلة رقم 1850 و م/م ع أ و/م م ع م أ/م أ ت ع، المؤرخة: 24 فيفري 2014، *والمعلقة بالإجابة عن تساؤلا رسالة رقم 4351 المؤرخة 26 نوفمبر 2014 الصادرة عن مدير الحفظ العقاري لولاية البويرة.*
- 23) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مذكرة رقم 4270 و م/م ع أ و، المؤرخة: 2014/04/21، *المتعلقة بإشهار العقود المتضمنة التنازل عن حقوق مشاعة على أراضي فلاحية.*
- 24) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي ، مراسلة رقم 7285 و م/م ع أ و/م م ع م أ/م أ ت ع، المؤرخة: 15 جويلية 2014، *المتعلقة بمعالجة حالة غياب المعارض أو المعارض ضده أثناء جلسة الصلح.*
- 25) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مذكرة رقم 2235 و م/م ع أ و/م م ك ع م أ، المؤرخة: 2016/03/17، *المتعلقة بإشهار العقود المتضمنة التنازل عن حقوق عقارية مشاعة على أراضي فلاحية.*
- 26) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مراسلة رقم 7349، والمؤرخة: 03 جويلية 2016، بعنوان: استلام المهام - المسعى نحو العصرية، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 2016، ص 22-23.



27) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 02739 و م/م ع أ و/م م ع م أ، والمؤرخة: 16 مارس 2017، بعنوان: عصرنة نشاطات المحافظة العقارية-الانتهاى من المرحلة من الثانية، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 2017.

28) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مفتشية مصالح أملاك الدولة والحفظ العقاري، مراسلة رقم 02774 و/م ع أ و/م م أ ح ع، والمؤرخة: 19 مارس 2017، بعنوان: تأمين الوثائق الممسوكة على مستوى المحافظة العقارية.

29) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، مراسلة رقم 6938 و م/م ع أ و/م م ع م أ/ع، والمؤرخة: 24 جوان 2018، بعنوان: *التكفل بانشغالات الموثقين\_تبسيط وتسهيل إجراءات الشهر*، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 2018.

30) وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مفتشية مصالح أملاك الدولة والحفظ العقاري، مراسلة رقم 7028 و م/م ع أ و، والمؤرخة: 26 جوان 2018، بعنوان: *تنصيب رئيس مشروع عصرنة مصالح أملاك الدولة والحفظ العقاري*، مجموعة نصوص المديرية العامة للأموال الوطنية لسنة 2018.

### (ي) \_ التنظيمات الداخلية:

1) *النظام الداخلي للمحكمة العليا* المصادق عليه من طرف الجمعية العامة بتاريخ 24 نوفمبر 2013، ج ر عدد 34، الصادر 16 يونيو 2014.

2) *النظام الداخلي لمجلس الدولة المصادق عليه من طرف مكتب مجلس الدولة* بتاريخ 19 سبتمبر 2019، الجريدة الرسمية عدد 66 لسنة 2019.

### • (أولا\_02) \_ التشريع الأجنبي:

1) الأمر المؤرخ في 15 ديسمبر 1906، *المتعلق بمجلة الالتزامات والعقود*، الرائد التونسي ملحق عدد 100 بتاريخ: 15 ديسمبر 1906، المعاد تنظيمه بالقانون عدد 87 لسنة 2005، المؤرخ: 15 أوت 2005، الرائد الرسمي عدد: 68، المؤرخ: 15 أوت 2005.

2) الظهير الشريف رقم 1.22.38 المؤرخ 30 يونيو 2022، *والمتمتع بتنفيذ القانون رقم 38.15 المتعلق بالتنظيم المغربي*، الجريدة الرسمية المغربية، العدد: 7108، الصادر 14 يوليو 2022.

3) الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ: 28 سبتمبر 1974، *المتعلق بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية*، ج ر للمملكة المغربية عدد: 3230 مكرر، الصادر: 30 سبتمبر 1973.

4) القانون رقم 08.39 *المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 22 نوفمبر 2011*، ج ر م عدد 5998، الصادر 24 نوفمبر 2011.

5) المرسوم السلطاني رقم 29/2002، *المتعلق بإصدار قانون الإجراءات المدنية والتجارية*، ج ر العمانية عدد: 715، الصادرة: 2002/03/17.

6) المرسوم سلطاني رقم 29/2013، *المتعلق بإصدار قانون المعاملات المدنية*، الجريدة الرسمية العمانية، العدد 1012، المنشورة بتاريخ 12 ماي 2013.

7) القانون اتحادي رقم 05 لسنة 1985، *المتعلق بقانون المعاملات المدنية*، الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ج 12، العدد 158، المؤرخ: 1985/12/29.

### (ثانياً) - آراء المجلس الدستوري:

1) المجلس الدستوري، رأي رقم 06/ ر ق د/ م.د/ 98 المؤرخ في 19 مايو المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي رقم 98\_01 المؤرخ 30 ماي 1998، *والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه*، ج ر عدد 37، الصادر 01 جوان 1998.

2) المجلس الدستوري، رأي رقم 03/ ر.ق.ع/ م د المؤرخ 02 غشت 2018، *المتعلق بمطابقة القانون العضوي المحدد لشروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية للدستور*، ج ر عدد 54، الصادر 05 سبتمبر 2018.

3) المجلس الدستوري الجزائري، قرار رقم 01/ ق.م.د/ د ع د/ 19، المؤرخ 20 نوفمبر 2019، ج ر عدد 77، الصادر 15 ديسمبر 2019.

4) المجلس الدستوري الجزائري، قرار رقم 01/ ق.م.د/ د ع د/ 20، المؤرخ 06 مايو 2020، ج ر عدد 34، الصادر 07 يونيو 2020.

5) المجلس الدستوري الجزائري، قرار رقم 02/ ق.م.د/ د ع د/ 20، المؤرخ 23 ديسمبر 2020، ج ر عدد 06، الصادر 24 جانفي 2021.

6) المجلس الدستوري الجزائري، قرار رقم 01/ ق.م.د/ د ع د/ 21، المؤرخ 10 فبراير 2021، ج ر عدد 16، الصادر 04 مارس 2021.

7) قرار رقم 21/ ق.م.د/ 21 المؤرخ 24 ماي 2021، *المتعلق بمراقبة دستورية الأمر الذي يعدل ويتمم الأمر رقم 06\_02 المؤرخ 28 فبراير 2006، والمتضمن القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين*، ج ر عدد 39، المؤرخ 30 ماي 2021.

8) المحكمة الدستورية الجزائرية، قرار رقم 02/ ق.م.د/ د ع د/ 21، المؤرخ 05 ديسمبر 2021، ج ر عدد 04، الصادر 15 جانفي 2021.

9) المحكمة الدستورية الجزائرية، قرار رقم 01/ ق.م.د/ د ع د/ 22، المؤرخ 26 جانفي 2022، ج ر عدد 06، الصادر 19 ماي 2022.

10) المحكمة الدستورية الجزائرية، قرار رقم 24/ ق.م.د/ د ع د/ 22، المؤرخ 23 مارس 2022، ج ر عدد 54، الصادر 10 غشت 2022.

11) المحكمة الدستورية، قرار رقم 02/ ق.م.د/ ر م ج/ المؤرخ 10 ماي 2022 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 98\_01 المؤرخ 30 ماي 1998، *والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور*، ج ر عدد 41، الصادر 16 جوان 2022.

(ثالثا) \_ القرارات القضائية:

(ثالثا\_01) \_ القرارات الجزائرية:

(01\_أ) \_ محكمة التنازع:

- 1) محكمة التنازع، الملف رقم: 01، قرار بتاريخ: 2000/05/08، مجلة مجلس الدولة، العدد: 01، 2002
- 2) محكمة التنازع، الملف رقم: 11، قرار بتاريخ: 2000/10/09، مجلة مجلس الدولة، العدد: 01، 2002.
- 3) محكمة التنازع، ملف رقم: 000114، قرار بتاريخ: 2012/01/09، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2012.
- 4) محكمة التنازع، ملف رقم 73، قرار بتاريخ 2008/12/21، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص بمحكمة التنازع، 2009، منشور في مجمع نصوص القانونية لوزارة المالية لسنة 2009.

(01\_ب) \_ المحكمة العليا:

- 1) لمحكمة العليا، الغرفة المجتمعة، ملف رقم 136156، قرار بتاريخ: 1997/02/18، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 1997.
- 2) المحكمة العليا، الغرفة المجتمعة، ملف رقم 444499، قرار بتاريخ: 2009/02/23، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2009.
- 3) المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم: 35511، قرار بتاريخ: 1984/10/10، المجلة القضائية، العدد: 01، 1989.
- 4) المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 39463، قرار بتاريخ: 1986/02/10، المجلة القضائية، العدد: 01، 1989.
- 5) المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 40589، قرار بتاريخ: 1986/02/24، المجلة القضائية، العدد: 01، 1989.
- 6) المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 35912، قرار بتاريخ: 1985/04/08، المجلة القضائية، العدد: 01، 1989.
- 7) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم 37578، قرار بتاريخ 1985/11/23، المجلة القضائية، العدد 02، 1989.
- 8) المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 40457، قرار بتاريخ: 1986/04/21، المجلة القضائية، العدد: 02، 1989.
- 9) المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 40438، قرار بتاريخ: 1986/05/05، المجلة القضائية، العدد: 02، 1989.

- 10) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 37578، قرار بتاريخ: 1985/11/23، المجلة القضائية، العدد: 02، 1989.
- 11) المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 44058، قرار بتاريخ: 1987/01/12، المجلة القضائية، العدد: 02، 1989.
- 12) المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 33719، قرار بتاريخ: 1984/07/09، المجلة القضائية، العدد: 02، 1989.
- 13) المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 41752، قرار بتاريخ: 1986/10/06، المجلة القضائية، العدد: 02، 1989.
- 14) المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 35026، قرار بتاريخ: 1984/12/03، المجلة القضائية، العدد: 03، 1989.
- 15) المجلس الأعلى، الغرفة العقارية، ملف رقم: 52971، قرار بتاريخ: 1989/01/17، المجلة القضائية، العدد: 03، 1989.
- 16) المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم: 33030، قرار بتاريخ: 1985/10/02، المجلة القضائية العدد: 04، 1989.
- 17) المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 34438، قرار بتاريخ: 1984/09/24، المجلة القضائية، العدد: 01، 1990.
- 18) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 42895، قرار بتاريخ: 1987/01/31، المجلة القضائية، العدد: 01، 1990.
- 19) المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم: 54168، قرار بتاريخ: 1989/11/15، مجلة القضائية، العدد: 02، 1990.
- 20) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 51535، قرار بتاريخ: 1987/05/16، المجلة القضائية، العدد: 03، 1990.
- 21) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 54.003، قرار بتاريخ: 1987/06/06، المجلة القضائية، العدد: 03، 1990.
- 22) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 53721، قرار بتاريخ: 1989/09/20، مجلة المحكمة العليا، العدد: 03، 1990.
- 23) المجلس الأعلى، غرفة شؤون الأحوال الشخصية، ملف رقم: 54717، قرار بتاريخ: 1987/11/21، مجلة المحكمة العليا، العدد: 04، 1990.
- 24) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 65223، قرار بتاريخ: 1990/12/17، المجلة القضائية، العدد: 04، 1990.

- 25) المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 52269، قرار بتاريخ: 19/12/1988، المجلة القضائية، العدد 01، 1991.
- 26) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم 73.640، قرار بتاريخ 12/06/1991، المجلة القضائية، العدد: 02، 1991.
- 27) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 55061، قرار بتاريخ: 05/11/1988، المجلة القضائية، العدد 04، 1991.
- 28) المجلس الأعلى، غرفة شؤون الأحوال الشخصية، ملف رقم: 43.301، قرار بتاريخ: 22/09/1986، المجلة القضائية، العدد 02، 1992.
- 29) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 71952، قرار بتاريخ: 24/09/1990، المجلة القضائية، العدد: 02، 1992.
- 30) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 55229، قرار بتاريخ: 02/06/1989، مجلة المحكمة العليا العدد: 02، 1992.
- 31) المجلس الأعلى، غرفة شؤون الأحوال الشخصية، ملف رقم: 44507، قرار بتاريخ: 23/02/1987، المجلة القضائية، العدد: 03، 1992.
- 32) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 62458، قرار بتاريخ: 10/03/1991، مجلة المحكمة العليا العدد: 01، 1993.
- 33) المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 76678، قرار بتاريخ 24/12/1991، المجلة القضائية العدد 01، 1993.
- 34) المجلس الأعلى، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم: 88.035، قرار بتاريخ: 29/12/1991، المجلة القضائية، العدد: 02، 1993.
- 35) المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 84308، قرار بتاريخ: 17/01/1993، مجلة المحكمة العليا العدد 03، 1993.
- 36) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 104779، قرار بتاريخ: 19/12/1993، المجلة القضائية، العدد 03، 1993.
- 37) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 57808، قرار بتاريخ: 14/01/1987، المجلة القضائية، العدد: 04، 1993.
- 38) المجلس الأعلى، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 130337، قرار بتاريخ: 10/01/1995، المجلة القضائية، العدد: 01، 1995.

- 39) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، الغرفة المدنية، ملف رقم: 90943، قرار بتاريخ: 16/06/1995، المجلة القضائية، العدد: 01، 1995.
- 40) المجلس الأعلى، الغرفة العقارية، ملف رقم: 148405، قرار بتاريخ: 28/05/1997، المجلة القضائية، العدد: 02، 1997.
- 41) المحكمة العليا، الغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 179557، بتاريخ: 17/03/1998، المجلة القضائية، العدد 02، 1998.
- 42) المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 202986، قرار بتاريخ: 16/12/1998، المجلة القضائية العدد: 02، 1998.
- 43) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 180876، قرار بتاريخ: 30/09/1998، المجلة القضائية، العدد: 02، 1998.
- 44) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 181645، قرار بتاريخ: 24/06/1998، المجلة القضائية ، العدد 01، 1999.
- 45) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 180876، قرار بتاريخ: 30/09/1998، المجلة القضائية ، العدد 02، 1998.
- 46) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 174416، قرار بتاريخ: 03/02/1999، المجلة القضائية، العدد: 02، 1999
- 47) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 188189، قرار بتاريخ: 21/04/1998، المجلة القضائية، العدد: 01، 2000.
- 48) المجلس الأعلى، الغرفة العقارية، ملف رقم: 194437، قرار بتاريخ: 26/04/2000، المجلة القضائية العدد 01، 2000.
- 49) المحكمة العليا، الغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 251660، قرار بتاريخ: 21/11/2000، المجلة القضائية، العدد 01، 2001.
- 50) المحكمة العليا، الغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 251682، قرار بتاريخ: 21/11/2000، المجلة القضائية، العدد 01، 2001.
- 51) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 194437، قرار بتاريخ: 26/04/2000، المجلة القضائية، العدد: 01، 2000.
- 52) المحكمة العليا، المحكمة العليا، ملف رقم: 238463، قرار بتاريخ: 14/03/2000، المجلة القضائية، العدد 01، 2001.
- 53) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 227109، قرار بتاريخ: 19/04/2000، المجلة القضائية، العدد: 01، 2001.

- 54) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 224654، قرار بتاريخ: 2000/06/07، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2002.
- 55) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 203573، قرار بتاريخ: 2000/11/22، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2002.
- 56) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 190541، قرار بتاريخ: 2000/03/29، المجلة القضائية، العدد: 01، 2003.
- 57) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 264463، قرار بتاريخ: 2002/10/09، المجلة القضائية العدد: 02، 2002.
- 58) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 202764، قرار بتاريخ: 2000/09/27، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2003.
- 59) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 206394، قرار بتاريخ: 2001/04/25، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2003.
- 60) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 181645، قرار بتاريخ: 2002/05/22، المجلة القضائية، العدد: 01، 2003.
- 61) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 246158، قرار بتاريخ: 2003/09/03، المجلة القضائية، العدد 01، 2003.
- 62) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 198951، قرار بتاريخ: 2000/09/27، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2003.
- 63) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 207918، قرار بتاريخ: 2001/02/28، المجلة القضائية ، العدد: 02، 2003.
- 64) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 251665، قرار بتاريخ: 2003/09/24، المجلة القضائية ، العدد: 02، 2003.
- 65) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 215227، بتاريخ: 2001/12/29، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 02، 2004.
- 66) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 300815، قرار بتاريخ: 2005/05/18، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، السنة: 2005.
- 67) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 345069، قرار بتاريخ: 2006/04/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2006.
- 68) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 367715، قرار بتاريخ: 2006/11/15، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2006.

- 69) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 262993، قرار بتاريخ: 2004/06/23، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2007.
- 70) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 392317، قرار بتاريخ: 2007/03/14، مجلة المحكمة العليا العدد: 01، 2007.
- 71) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 372339، قرار بتاريخ: 2007/06/20 مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2007.
- 72) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 408837، قرار بتاريخ: 2008/05/21، مجلة المحكمة العليا العدد: 01، 2008.
- 73) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 443620، قرار بتاريخ: 2008/03/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2008.
- 74) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 479371، قرار بتاريخ: 2008/10/15، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2008.
- 75) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 487496، قرار بتاريخ: 2008/12/17، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2008.
- 76) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 453370، قرار بتاريخ: 2009/02/18، مجلة المحكمة العليا العدد: 01، 2009.
- 77) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 483406، بتاريخ: 2008/11/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2009.
- 78) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 475823، قرار بتاريخ: 2008/11/12، مجلة المحكمة العليا العدد: 01، 2009.
- 79) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 483406، بتاريخ: 2008/11/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2009.
- 80) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 508386، قرار بتاريخ: 2009/03/11، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2009.
- 81) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 466566، قرار بتاريخ: 2009/02/11 مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2009.
- 82) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 516800، قرار بتاريخ: 2009/04/08 مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2009.
- 83) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 547662، بتاريخ: 2010/04/22، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2010.



- 84) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية المواريث، ملف رقم 561209، قرار بتاريخ 2010/09/16، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2010.
- 85) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم: 629657، قرار بتاريخ: 2011/06/09، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2011.
- 86) المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 714048، قرار بتاريخ: 2011/02/03، مجلة المحكمة العليا العدد: 01، 2011.
- 87) المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 661194، قرار بتاريخ: 2010/04/08، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2011.
- 88) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 740541، قرار بتاريخ: 2011/06/09، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2011.
- 89) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 692342، قرار بتاريخ: 2011/07/14، مجلة المحكمة العليا ، العدد: 02، 2011.
- 90) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 666056، قرار بتاريخ: 2011/07/14، مجلة المحكمة العليا العدد: 01، 2012.
- 91) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 698546، قرار بتاريخ: 2012/02/09، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2012.
- 92) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 0866946، قرار بتاريخ: 2013/05/16، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2013.
- 93) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0771640، قرار بتاريخ: 2013/05/09، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2013.
- 94) غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم: 0881136، قرار بتاريخ: 2013/07/11، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2013.
- 95) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0798374، قرار بتاريخ: 2013/12/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2013.
- 96) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 0860754، قرار بتاريخ: 2013/02/21، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2014.
- 97) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 0871568، قرار بتاريخ: 2013/01/17، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2014.
- 98) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0783143، قرار بتاريخ: 2013/07/11، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2014.

- 99) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0835419، قرار بتاريخ: 2014/03/13، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2014.
- 100) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 0920420، قرار بتاريخ: 2014/04/16، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، السنة: 2014.
- 101) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0812732، قرار بتاريخ: 2013/12/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2014.
- 102) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0821985، قرار بتاريخ: 2013/12/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2014.
- 103) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 806309، قرار بتاريخ: 2012/10/11، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2014.
- 104) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0853794، قرار بتاريخ: 2014/06/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2014.
- 105) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0859091، قرار بتاريخ: 2014/07/10، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2014.
- 106) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0858132، قرار بتاريخ: 2014/07/10، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2014.
- 107) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0845202، قرار بتاريخ: 2014/07/10، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2014.
- 108) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0982892، قرار بتاريخ: 2015/07/16، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2014.
- 109) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0864184، قرار بتاريخ: 2014/09/11، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2014.
- 110) المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم: 0851807، قرار بتاريخ: 2015/02/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2015.
- 111) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0895214، بتاريخ: 2015/02/12، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2015.
- 112) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0937998، قرار بتاريخ: 2015/09/10، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2015.

- (113) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 0944059، بتاريخ: 2015/09/10، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2015.
- (114) المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم: 0980947، قرار بتاريخ: 2016/05/05، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2016.
- (115) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 1043985، قرار بتاريخ: 2016/05/19، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2016.
- (116) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 1137814، بتاريخ: 2016/06/21، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2016.
- (117) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 1185565، قرار بتاريخ: 2016/12/15، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2016.
- (118) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 1037565، قرار بتاريخ: 09 فيفري 2017، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2017.
- (119) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 1033873، قرار بتاريخ: 2017/02/09، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2017.
- (120) المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم: 1132045، بتاريخ: 2017/12/06، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2017.
- (121) المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 1265058، قرار بتاريخ: 2018/04/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 01، 2018.
- (122) المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم: 1203371، قرار بتاريخ: 2018/04/18، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2018.
- (123) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 1114020، بتاريخ: 2018/05/17، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2018.
- (124) المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 1331909، قرار بتاريخ: 2019/07/11، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2019.
- (125) الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم: 1365567، قرار بتاريخ: 2019/09/12، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2019.

الأعداد الخاصة:

- (126) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 186606، قرار بتاريخ 2000/03/24، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص للاجتهاد العقاري، ج01، 2004.

- (127) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 196021، قرار بتاريخ 2000/09/27، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج01، 2004.
- (128) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 196049، قرار بتاريخ: 2000/04/26، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج: 02، 2004.
- (129) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 215221، قرار بتاريخ: 2001/12/29، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج: 02، 2004.
- (130) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 277874، قرار بتاريخ: 2004/10/13، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج: 02، 2004،
- (131) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 149156، قرار بتاريخ 1997/05/28، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 02، 2004.
- (132) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 199710، بتاريخ 2000/07/26، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج: 02، 2004.
- (133) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 300815، قرار بتاريخ: 2005/05/18، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج: 03، 2010.
- (134) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 448006، قرار بتاريخ: 2008/05/14، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج: 03، 2010.
- (135) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 423832، بتاريخ 2008/07/16، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 03، 2010.
- (136) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 468236، بتاريخ 2008/10/15، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج 03، 2010.
- (137) المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم: 506915، قرار بتاريخ: 2009/04/08، عدد خاص لمجلة المحكمة العليا، ج: 03، 2010.
- (138) المحكمة العليا، ملف رقم 179224، قرار بتاريخ 2000/02/29، ، المجلة القضائية، الاجتهاد القضائي لغرفة الجرح والمخالفات عدد خاص، ج 01، السنة: 2002.
- (01\_ج) \_ مجلس الدولة:
- (1) المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار 07 ديسمبر 1972، مجلة مجلس الدولة، العدد: 01، 2002.
- (2) المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم: 117973، قرار بتاريخ: 1994/07/24، مجلة مجلس الدولة، العدد: 01، 2002.
- (3) مجلس الدولة، قرار رقم 005680، مؤرخ في 2002/02/11، مجلة مجلس الدولة، العدد 02، 2002.
- (4) مجلس الدولة، ملف رقم: 013167، بتاريخ: 2002/11/19، مجلة مجلس الدولة، العدد: 03، 2003.
- (5) مجلس الدولة، قرار رقم 006222، مؤرخ في 2003/04/15، مجلة مجلس الدولة، العدد: 04، 2003.
- (6) مجلس الدولة، قرار رقم: 008247، مؤرخ في 2003/07/22، مجلة مجلس الدولة، العدد: 04، 2003.

- (7) مجلس الدولة، قرار رقم 013673، مؤرخ في 01/02/2005، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، 2005
- (8) مجلس الدولة، ملف رقم: 024638، قرار بتاريخ: 2006/06/28، مجلة مجلس الدولة، العدد: 08، 2006.
- (9) مجلس الدولة، قرار رقم 056947 المؤرخ: 2010/10/28، مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012.
- (10) مجلس الدولة، قرار رقم 063457 المؤرخ: 2012/07/30، مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012.
- (11) مجلس الدولة، قرار رقم: 049444، المؤرخ 2009/10/29، مجلة مجلس الدولة رقم: 10، 2012.
- (12) مجلس الدولة، قرار رقم 049447، المؤرخ 2009/10/29، مجلة مجلس الدولة رقم 10، 2012.
- (13) مجلس الدولة، القرار رقم 063109، بتاريخ: 2012/03/15، مجلة مجلس الدولة، العدد: 11، 2013.
- (14) مجلس الدولة، قرار رقم 110437، بتاريخ 2016/07/21، مجلة مجلس الدولة، العدد 14، 2016.
- (15) مجلس الدولة، ملف رقم 117307، قرار بتاريخ: 2018/01/25، مجلة مجلس الدولة، العدد: 16، 2018
- (16) مجلس الدولة، ملف رقم 119161، قرار بتاريخ: 2018/06/28، مجلة مجلس الدولة، العدد: 16، 2018.
- (17) مجلس الدولة ملف رقم، 122328، قرار بتاريخ: 2018/06/28، مجلة مجلس الدولة، العدد: 16، 2018.
- (18) مجلس الدولة، ملف رقم 126516، قرار بتاريخ: 2018/09/19، مجلة مجلس الدولة، العدد: 16، 2018.
- (19) مجلس الدولة، ملف رقم 119848، قرار بتاريخ: 2018/09/27، مجلة مجلس الدولة، العدد: 16، 2018.
- (20) مجلس الدولة، ملف رقم 121659، قرار بتاريخ: 2018/12/27، مجلة مجلس الدولة، العدد: 16، 2018.
- (21) مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، رقم الملف: 196660، قرار بتاريخ: 2022/02/24 (غير منشور).

### ثالثا\_02)\_ القرارات العربية:

#### 02\_أ)\_ التونسية:

- (1) محكمة التعقيب، الدوائر المجتمعة، القرار عدد: 381، بتاريخ: 2018/03/08.
- (2) محكمة التعقيب، الدوائر المجتمعة، القرار عدد: 390، بتاريخ: 2019/01/10.
- (3) محكمة التعقيب، الدوائر المجتمعة، القرار 407، بتاريخ: 2019/07/04.
- (4) محكمة التعقيب، القضية عدد: 27632، قرار بتاريخ: 1997/04/24.
- (5) محكمة التعقيب، القضية عدد: 77219، قرار بتاريخ: 2012/10/25.
- (6) محكمة التعقيب، القضية عدد: 45980، قرار بتاريخ: 2013/10/31.
- (7) محكمة التعقيب، القضية عدد: 24527، قرار بتاريخ: 2016/06/17.

- 8) محكمة التعقيب، القضية عدد: 37738، قرار بتاريخ: 2017/03/10.
- 9) محكمة التعقيب، القضية عدد: 47271، قرار بتاريخ: 2017/04/06.
- 10) محكمة التعقيب، القضية عدد: 57111، قرار بتاريخ: 2019/01/02.
- 11) محكمة التعقيب، القضية عدد 78916، قرار بتاريخ: 2019/12/06.
- 12) محكمة التعقيب، القضية عدد: 82172، قرار بتاريخ: 2020/03/23.
- 13) محكمة التعقيب، القضية عدد: 97406، قرار بتاريخ: 2020/06/17.
- 14) محكمة التعقيب، القضية عدد: 97408، قرار بتاريخ: 2020/06/17.
- 15) محكمة التعقيب، القضية عدد: 24475، قرار بتاريخ: 2020/08/24.
- 16) محكمة التعقيب، القضية عدد: 81767، قرار بتاريخ: 2020/09/25.
- 17) محكمة التعقيب، القضية عدد: 80121، قرار بتاريخ: 2021/02/01.

## (02\_ب) \_العراقية:

- 1) رئاسة محكمة استئناف الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية، قرار مدني رقم 412، المؤرخ: 2015/07/26.
- 2) محكمة التمييز الاتحادية العراقية، الهيئة الموسعة المدنية، قرار مدني رقم 61، المؤرخ: 2016/12/27.
- 3) محكمة التمييز الاتحادية العراقية، الهيئة الموسعة المدنية، قرار مدني رقم 492، المؤرخ: 2017/02/20.
- 4) محكمة التمييز الاتحادية العراقية، الهيئة الموسعة المدنية، قرار مدني رقم 277، المؤرخ: 2017/09/25.
- 5) محكمة التمييز الاتحادية العراقية، الهيئة الاستئنافية عقار، قرار مدني رقم 3735، المؤرخ: 2019/08/28.
- 6) محكمة التمييز الاتحادية العراقية، الهيئة الموسعة المدنية، قرار مدني رقم 335، المؤرخ: 2019/12/23.

## (02\_ج) \_المصرية:

- 1) الحكم الدستوري 42 لسنة 17 قضائية، المؤرخ 6 يونيو سنة 1998.
- 2) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم: 36 لسنة 18 المؤرخ: 1998/01/13.
- 3) الحكم الدستوري 42 لسنة 17 قضائية، المؤرخ 6 يونيو سنة 1998
- 4) المحكمة الدستورية العليا المصرية، حكم رقم 215 لسنة 19 دستورية بتاريخ 14\_10\_1999.
- 5) المحكمة العليا الدستورية العليا المصرية، القضية 12 لسنة 19، بتاريخ: 1999/01/2،
- 6) المحكمة الدستورية العليا "المصرية"، الدعوى رقم 114 لسنة 21 قضائية، جلسة 02 يونيو 2001.
- 7) المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم: 11 لسنة 24 المؤرخ: 09 ماي 2004
- 8) محكمة النقض، الدوائر التجارية، الطعن رقم: 549 لسنة 81 قضائية، جلسة: 2009/06/09.

- 9) محكمة النقض، الدوائر العمالية، الطعن رقم 20282 لسنة 77 قضائية، جلسة 2012/09/29.
- 10) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 2315 لسنة 70 قضائية، جلسة: 2013/01/14.
- 11) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم 6130 لسنة 82 قضائية، جلسة 2013/05/15.
- 12) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم 6302 لسنة 74 قضائية، جلسة 2014/06/02.
- 13) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 5990 لسنة 77 قضائية، جلسة: 2015/05/10.
- 14) محكمة النقض، الدوائر الجنائية، الطعن رقم: 23981 لسنة 86 قضائية، بتاريخ: 2017/02/01.
- 15) محكمة النقض، الدوائر الاقتصادية، الطعن رقم 5209 لسنة 86 قضائية، جلسة 2018/01/22.
- 16) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 13348 لسنة 80 قضائية، بتاريخ: 2018/02/19.
- 17) محكمة النقض، الدوائر التجارية، الطعن رقم: 6422 لسنة 82 قضائية، جلسة 2018/05/10.
- 18) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 10904 لسنة 81 قضائية، جلسة: 2018/05/06.
- 19) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 13603 لسنة 84 قضائية، جلسة: 2018/06/13.
- 20) محكمة النقض، دوائر الإيجارات: الطعن رقم: 17072 لسنة 76 قضائية جلسة 2018/11/15
- 21) محكمة النقض، دوائر الإيجارات: الطعن رقم: 9772 لسنة 87 قضائية، جلسة 2018/11/22.
- 22) محكمة النقض، الدوائر التجارية، الطعن رقم 4384 لسنة: 80 قضائية، جلسة: 2020/02/05.
- 23) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم 6002 لسنة: 70 قضائية، جلسة: 2020/06/20.
- 24) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 12068 لسنة 78 قضائية، جلسة: 2020/02/10.
- 25) محكمة النقض، دائرة الأحد (ج) المدنية، الطعن رقم 9943 لسنة 80 قضائية، بتاريخ: 2021/01/17
- 26) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 6484 لسنة 90 قضائية، جلسة 2021/01/23.
- 27) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم 4384 لسنة: 70 قضائية، جلسة: 2021/01/24
- 28) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 3209 لسنة 84 قضائية، جلسة 2021/01/25
- 29) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 5101 لسنة 89 قضائية، جلسة: 2021/01/27.
- 30) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 6660 لسنة 76 قضائية، جلسة 2021/02/17.
- 31) محكمة النقض، دوائر الإيجارات، الطعن رقم 1157 لسنة: 76 قضائية، جلسة 2021/03/20.
- 32) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 8487 لسنة 90 قضائية، جلسة 2021/05/22.
- 33) محكمة النقض، الدوائر التجارية، الطعن رقم: 1525 لسنة 85 قضائية، جلسة 2021/06/16.
- 34) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 777، لسنة: 85 قضائية، جلسة 2021/06/16.
- 35) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم 723 لسنة 85 قضائية، جلسة 2021/06/21.

- (36) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 16632 لسنة 76 قضائية، جلسة: 2021/06/28.
- (37) محكمة النقض ، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 3849 لسنة 86 قضائية، جلسة: 2021/09/01.
- (38) محكمة النقض، الدوائر المدنية، الطعن رقم: 15419 لسنة 90 قضائية، جلسة 2021/12/07.
- (39) محكمة النقض، الدوائر التجارية، الطعن رقم: 3320 لسنة 82 قضائية، جلسة: 2021/12/28.
- (40) محكمة النقض، الدوائر التجارية، الطعن رقم: 9542، لسنة: 91 قضائية، جلسة 2022/03/16.

## (02\_د) \_ المغربية:

- (1) المحكمة الدستورية المغربية، قرار رقم 70.18 المؤرخ 06 مارس 2018، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد: 6655، الصادر 12 مارس 2018.
- (2) محكمة النقض المغربي، القرار عدد 206 بتاريخ: 2012/04/12، الملف الإداري عدد 2011/2/4/830.
- (3) المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، حكم رقم: 954 بتاريخ: 2006/12/27 في الملف عدد 2006/716.

## (رابعاً) \_ الجريدة الرسمية للبرلمان:

### (رابعاً\_01) \_ الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني:

- (1) عبد الكريم دحمان تدخل في إطار الرد على مشروع قانون الوقف لسنة 2002، الفترة التشريعية الخامسة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الثلاثاء 22 أكتوبر 2002، الجريدة الرسمية للمداولات، المجلس الوطني الشعبي للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الأولى، رقم 25، الصادرة: 20 نوفمبر 2002.
- (2) بن عمر مخلوف، تدخل في إطار الرد على مشروع قانون الوقف لسنة 2002، الفترة التشريعية الخامسة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الثلاثاء 22 أكتوبر 2002، الجريدة الرسمية للمداولات، المجلس الوطني الشعبي للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الأولى، رقم 25، الصادرة: 20 نوفمبر 2002.
- (3) عمار موسي، تدخل في إطار الرد على مشروع قانون الوقف لسنة 2002، الفترة التشريعية الخامسة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الثلاثاء 22 أكتوبر 2002، الجريدة الرسمية للمداولات، المجلس الوطني الشعبي للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الأولى، رقم 25، الصادرة: 20 نوفمبر 2002.
- (4) رد وزير الشؤون الدينية على تدخلات النواب في إطار الرد على مشروع قانون الوقف لسنة 2002، الفترة التشريعية الخامسة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الثلاثاء 22 أكتوبر 2002، الجريدة الرسمية للمداولات، المجلس الوطني الشعبي للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، السنة الأولى، رقم 25، الصادرة: 20 نوفمبر 2002.



- (5) أحسن عربي، سؤال شفوي إلى الوزير الأول بخصوص استحداث مركز للدراسات والبحوث الإستراتيجية، الفترة التشريعية السابعة، الدورة العادية الثامنة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الخميس 26 يونيو 2016/ الجريدة الرسمية للمناقشات، المجلس الشعبي الوطني، السنة الخامسة، 2016.
- (6) حمزة حملاوي، تدخل في إطار مناقشة مخطط الحكومة، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 10، الصادر 14 أكتوبر 2021.
- (7) رابح بلخيرى (حركة مجتمع السلم)، تدخل في إطار مناقشة عمل الحكومة، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 10، الصادر 14 أكتوبر 2021.
- (8) زكية بوقطوشة، (حركة مجتمع السلم)، تدخل في إطار مناقشة عمل الحكومة، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 10، الصادر 14 أكتوبر 2021.
- (9) عز الدين زحوف (حركة مجتمع السلم)، تدخل في إطار مناقشة عمل الحكومة، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 10، الصادر 14 أكتوبر 2021.
- (10) مصطفى لونيس (حركة البناء الوطني)، تدخل في إطار مناقشة عمل الحكومة، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 10، الصادر 14 أكتوبر 2021.
- (11) نبيل قند (جبهة المستقبل)، تدخل له في إطار مناقشة مخطط عمل الحكومة، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 10، الصادر 14 أكتوبر 2021..
- (12) رد وزير الفلاحة والتنمية الريفية على السؤال الكتابي رقم 495\_2021 للنائب عائشة شاوشي (أحرار)، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 62، الصادر 28 أبريل 2022.
- (13) رد وزير الفلاحة والتنمية الريفية على السؤال الكتابي رقم 492\_2021 للنائب رابح جدو (حركة البناء الوطني)، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 62، الصادر 28 أبريل 2022.
- (14) السؤال الكتابي رقم 453\_2021 للنائب علي مويلحي (جبهة العدالة والتنمية) ورد الوزير عليه، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 63، الصادر 28 أبريل 2022.

15) رشيد بلقط، سؤال كتابي رقم 575\_2022، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 65، الصادر 12 ماي 2022.

16) رد وزير العدل وحافظ الأختام على السؤال الشفوي رقم 492\_2021 للنائب خديجة بلقاضي (حركة مجتمع السلم)، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 66، الصادر 09 جوان 2022.

17) النائب أحمد راجحي (جبهة التحرير الوطني)، تدخل في إطار مناقشة مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 69، الصادر 16 يونيو 2022.

18) مداخلة وزير العدل في إطار عرض مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الفترة التشريعية التاسعة، الدورة البرلمانية العادية (2021\_2022)، الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، العدد، 69، الصادر 16 يونيو 2022.

#### (رابعاً\_02) \_ الجريدة الرسمية للمداولات لمجلس الأمة:

ii. عبد الكريم جودي وزير المالية سنة 2008 خلال إجابته عن سؤال شفوي للنائب بمجلس الأمة مسعود بدوحان، ينظر: الجريدة الرسمية لمجلس الأمة، الفترة التشريعية الثانية، السنة الخامسة، الدورة الربيعية، العدد: 11،

iii. مراد مدلسي، مداخلة أمام مجلس الأمة بمناسبة عرض القانون 07\_02 المتعلق بالتحقيق العقاري، الفترة التشريعية الثانية، السنة الثالثة، الدورة الخريفية، الجريدة الرسمية للمداولات الصادرة عن مجلس الأمة، العدد 09، 2007.

iv. تدخل وزير المالية أثناء مناقشة قانون المالية لسنة 2015، الفترة التشريعية السادسة، السنة الثانية، الدورة الخريفية 2014، الجريدة الرسمية للمداولات لمجلس الأمة، العدد: 06، الصادر 11 ديسمبر 2014.

#### ii. المراجع:

(أولاً) \_ الكتب:

(أولاً\_01) \_ القواميس:

أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد الأول، ط 01، عالم الكتب، مصر 2008.

(1) عبد الرؤوف بن المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، الطبعة الأولى، عالم الكتب، مصر، 1990.

(2) محمد رواس قلعدجي وآخرون، معجم لغة الفقهاء: عربي إنكليزي فرنسي، ط: 01، دار النفائس، بيروت، 1996.

(أولا\_02)\_ كتب الفقه:

(02\_أ)\_ الفقه المالكي:

- 1) : أبي عبد الله بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتقان والإحكام: شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام لأبي بكر بن عاصم الأندلسي، تحقيق: محمد عبد السلام محمد سالم، ج 02، دار الحديث، القاهرة، 2011.
- 2) أبي الحسن علي عبد السلام التسولي، البيحة في شرح التحفة، ج 02، ط 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1998.
- 3) أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي لابن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، دار ابن الجوزي، مصر، 2016.
- 4) أبي الوليد الباجي الأندلسي، المنتقى شرح موطأ امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضي الله عنه، ج 06، ط 01، مطبعة السعادة، مصر، 1332 هـ
- 5) أبي الوليد الباجي الأندلسي، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، تحقيق: محمد أبو الأجناف، ط 01، مكتبة التوبة، السعودية، ودار ابن حزم، لبنان، 2002.
- 6) أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الحليل لشرح مختصر خليل، المجلد السابع، ط 02، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007،
- 7) أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الحليل لشرح مختصر خليل، المجلد الثامن، ط 02، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007
- 8) أبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تحقيق: محمد عبد العزيز الدباغ، ج 05، ط 01، دار الغرب الاسلامي، لبنان، 1999.
- 9) أحمد بن محمد بن أحمد الدريدر، منار السالك على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، دار الفضيلة، مصر 2012.
- 10) برهان الدين أبي الوفاء ابن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، تخريج وتعليق جمال مرعشلي، ج 01، دار عالم الكتب، السعودية، 2003
- 11) خليل بن إسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل، تحقيق: عماد قدوري، دار قصر البخاري، الجزائر، 2012.
- 12) شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، ج 10، ط 01، دار الغرب الاسلامي، لبنان، 1994.
- 13) عبد الله بن أبي زيد القيرواني، الرسالة في فقه الإمام مالك، دار الكتب العلمية، لبنان، ب س ن.
- 14) عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، فتح العلم الخلاق في شرح لامعة الزقاق، تحقيق: رشيد البكاري، ط 01، دار الرشاد الحديثة، المغرب، 2008.

15) محمد العزيز جعيط، الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية، ط 02، مكتبة الاستقامة، تونس، ب س.

16) محمد بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق: محمد عبد السلام محمد، ط 01، دار الآفاق العربية، مصر، 2011.

(02\_ب) \_ الفقه الحنفي:

1) أبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي، كنز الدقائق (في الفقه الحنفي)، ط 01، دار البشائر الإسلامية، لبنان، دار السراج، السعودية، 2011.

2) أبي الحسن أحمد بن محمد القدوري، مختصر القدوري، ط 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.

3) برهان الدين أبي الحسن المرغيناني، الهداية: شرح بداية المبتدي، مع شرح العلامة عبد الحي اللكنوي، ج 05، ط 01، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1417هـ.

4) برهان الدين المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج 04، ط 01، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، 1417 هـ.

5) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: أحمد عبد الوجود، علي محمد معوض، ج 08، ط 02، منشورات دار الكتب العلمية، لبنان، 2002،

6) علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج 03، ط 01، دار الكتب العلمية، لبنان، 1948،

7) محمد أمين (الشهير بابن عابدين)، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الوجود، علي محمد معوض ج 06، دار عالم الكتب، السعودية، 2003.

8) محمد سليم العشتاوي، جواهر الروايات ودرر الدرايات في الدعاوي والبيانات، ط 01، المطبعة العامرية الشرقية، بدون بلد نشر، 1319 هـ.

(02\_ج) \_ الفقه الشافعي:

1) أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهاور الشافعي (الزركشي)، المنثور في القواعد (فقه شافعي)، تحقيق: محمد حسن اسماعيل، دار الكتب العلمية، لبنان، ج 01، ط 01، 2000

(03) \_ كتب القانون:

1) أحمد ابراهيم حسن، غاية القانون: دراسة في فلسفة القانون، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001.

2) أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط 06، منشأة المعارف، مصر، 1989.

3) أحمد خالدي، حق الملكية: القنود الواردة عليه في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2018.

- (4) أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني (ماهيتها، وضوابطها، وتطبيقاتها)، ط 01، دار النهضة العربية، مصر، 1998.
- (5) أحمد هندي، سلطة الخصوم والمحكمة في اختصاص الغير، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1997.
- (6) أرسطو طاليس، ترجمة أحمد لطفي السيد، السياسة، ط 01، منشورات الجمل، لبنان، 2009.
- (7) إسماعيل عبد النبي شاهين، مبدأ عدم رجعية القوانين: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط 01، دار النهضة العربية، مصر، 1995.
- (8) أفلاطون، ترجمة شوقي داوود تماراز، المحاورات الكاملة، المجلد الأول، الجمهورية، الأهلية للنشر والتوزيع، لبنان، 1994.
- (9) أفلاطون، ترجمة محمد حسن ظاظا، القوانين، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، مصر، 1986، ص 42، (للأمانة العلمية فإن الترجمة كانت من النسخة الانجليزية لتايور، وليس من النسخة اللاتينية لأفلاطون).
- (10) بشير بلعيد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، منشورات مطابع عمار قرفي، الجزائر، ب س ن.
- (11) بن صاولة شفيقة، إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية: دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2010.
- (12) توماس هوبز، اللفيathan: الأصول الطبيعية والسياسة لسلطة الدولة، ترجمة: ديانا حرب وبشرى صعب، ط 01، هيئة أبو ظبي للثقافة والتراث (كلمة)، الامارات، ودار الفارابي، لبنان، 2011.
- (13) جان جاك روسو، في العقد الاجتماعي أو مبادئ القانون السياسي، ترجمة: عبد العزيز لبيب، ط 01، المنظمة العربية للترجمة، لبنان، 2011.
- (14) جوستيان، مدونة جوستينيان في الفقه الروماني، ترجمة عبد العزيز فهمي، سلسلة ميراث الترجمة، المجلس الأعلى للثقافة، مصر، 2005.
- (15) جون لوك، الحكومة المدنية وصلتها بنظرية العقد الاجتماعي لجان جاك روسو، ترجمة: محمد شوقي الكيال، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، سوريا، ب س.
- (16) جيمس أندرسون، صنع السياسة العامة، ترجمة: عامر الكبيسي، ط 04، دار المسيرة، الأردن، 2010.
- (17) حسن البكري، الحماية القانونية لحيازة العقارات في التشريع الحنائي المغربي (حكم وتعليق)، ط 01، مكتبة الرشاد، المغرب، 2001.
- (18) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القسم الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، ب.س.ن.
- (19) حسن مصدق، بورغن هابرماس ومدرسة فرانكفورت: النظرية النقدية التواصلية، ط 01، المركز الثقافي العربي، المغرب، 2005.
- (20) حسني درويش عبد الحميد، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، دار الفكر العربي، ب س ن، مصر.
- (21) الحكومة المصرية، وزارة العدل، القانون المدني: مجموعة الأعمال التحضيرية (الأحكام العامة: من المادة 01 إلى المادة 88)، ج 01، مطبعة دار الكتاب العربي، ب س ن.

- (22) حمد عبد الرزاق عيلاّم، قاعدة عدم حواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى أصل الحق، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2006.
- (23) حمدي عويس، مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في القانون الإداري، ط 01، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011.
- (24) حمدي محمد عبد حياصات، السلطة التقديرية للقاضي المدني والرقابة القضائية عليها، دار المنهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2017.
- (25) حمورابي، شريعة حمورابي، ترجمة: محمود الأمين، ط 01، دار الوراق، بريطانيا، 2007.
- (26) درفوف محمد، تقنيات تسبب الأحكام في المادة المدنية، ط 01، بيت الأفكار، الجزائر، 2022.
- (27) رفعت عيد السيد، مبدأ الأمن القانوني: دراسة تحليلية في ضوء أحكام القضاء الإداري والدستوري، دار النهضة العربية، مصر، د س.
- (28) روبرت ألكسي، فلسفة القانون: مفهوم القانون وسريانه، ترجمة: كامل فريد السالك، ط 02، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
- (29) روسكو باوند، مدخل إلى فلسفة القانون، ترجمة: صلاح دباغ، ط 01، مركز نهوض للدراسات والبحوث، لبنان\_الكويت، 2021.
- (30) سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 1998.
- (31) سليمان مرقس، فلسفة القانون: دراسة مقارنة، المنشورات الحقوقية، مكتبة صادر، لبنان، 1999.
- (32) سماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، الجزائر، 2002.
- (33) سمير تتاعو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، مصر، 1974.
- (34) سمير تتاعو، جوهر القانون، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2014.
- (35) شوقي إبراهيم عبد الكريم علام، التزام في الفقه الإسلامي، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2013.
- (36) صبرينة بوزيد، الأمن القانوني لأحكام قانون المنافسة، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2018.
- (37) الطيب بلواضح، الأمن القانوني ومقتضياته، ضمن كتاب جماعي بعنوان: "الأمن القانوني وتحقيق التنمية، مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، الجزائر، 2019.
- (38) عبد الرحمان خلفي، القانون الحنائي العام، ط 04، دار بلقيس، الجزائر، 2019.
- (39) عبد الرزاق السنهوري و أحمد حشمت أبو ستيت، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، مصر، 1950.
- (40) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: نظرية الالتزام بوجه عام (الاثبات آثار الالتزام)، ج 02، دار النهضة العربية، مصر، 1968.
- (41) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب للإلغاء القرار الإداري: دراسة فقهية مدعمة بأحدث أحكام مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011.

- 42) عبد الكريم صالح عبد الكريم، نظرية ترحيح السند الأفضل في تزامم الحقوق: دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، ط 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2014.
- 43) عبد المجيد ابراهيم سليم، السلطة التقديرية للمشرع: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2010.
- 44) عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، ج 01، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، 1965.
- 45) العربي شحط عبد القادر ونبيل صقر، الإثبات في المواد الحزائية في ضوء الاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2006.
- 46) عز الدين الناجح، الحجاج في الخطاب القانوني، سلسلة أضواء، دار بوجميل للنشر، تونس، 2012.
- 47) عطا سعد محمد حواس، المسئولة المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الحوار: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011.
- 48) علي أحمد الجرجاوي، حكمة التشريع وفلسفته، ج 02، ط 02، دار الفكر، لبنان، 2002.
- 49) علي مجيد العكلي، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي، ط 01، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، مصر، 2019.
- 50) عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في الترحيح بين السبات والحجج، ط 01، منشورات دار القضاء، المغرب، 2014.
- 51) عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار هومة، الجزائر، 2021.
- 52) عمر ممدوح، القانون الروماني، ج 01، ط 03، مطابع البصير، مصر، 1954.
- 53) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط 04، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988.
- 54) مازن ليلو راضي، حماية الأمن القانوني في النظم القانونية المعاصرة، ط 01، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، مصر، 2020.
- 55) مجموعة من المؤلفين، ترجمة أسامة سراس، شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم: دراسة مقارنة مع النصوص الكاملة، ط 02، سوريا، 1993.
- 56) محمد أحمد شحاتة حسين، الصياغة القانونية لغة وفنا، ط 02، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2017.
- 57) محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، تحقيق: سامي بن العربي الأشرى، ج 01، ط 01، دار الفضيلة، الرياض، 2000.
- 58) محمد حسن بدر الدين، نظام الأوقاف ومقاصد الشريعة، مركز نهوض للدراسات والبحوث، ط 01، الكويت\_لبنان، 2022، ص 209.
- 59) محمد خليل الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية: دراسة مقارنة، ط 01، دار المسيرة، الأردن، 2009.

- 60) محمد علي الأمين، التقادم المكسب للملكة في القانون اللبناني: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي القانونية، لبنان، 1993.
- 61) محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ط 01، مكتبة دار البيان، دمشق بيروت، 1982.
- 62) محمود السيد عمر التحيوي، إصدار الحكم القضائي على ضوء الفقه وأحكام القضاء: دراسة تحليلية وتطبيقية، منشورات الوفاء القانونية، ط 01، مصر، 2011.
- 63) محمود سعد عبد المجيد، الحماية التنفيذية لأحكام الإدارية بين التحريم والتأديب والإلغاء والتعويض: دراسة نظرية وتطبيقية في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012.
- 64) محمود عبد ربه محمد البقلاوي، التكسيف في المواد الحنائية: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003.
- 65) مراد كاملي، حجية الحكم القضائي: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- 66) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 01، ط 02، دار القلم، دمشق، 2004.
- 67) موريس نخلة، مسئولية السلطة العامة، ط 01، دار المنشورات الحقوقية، ب م ن، ب س.
- 68) مونتسكيو، ترجمة: عادل زعيتير، روح الشرائع، مؤسسة هنداي سي آي سي، المملكة المتحدة، 2017.
- 69) نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002.
- 70) نعيمة حاجي، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- 71) هورست كلينكل، ترجمة: محمد وحيد خياطة، جمورالي البالي وعصره، ط 01، دار المنارة، سوريا، 1990.
- 72) وحيد عبد السلام بالي، قوانين الشريعة الإسلامية التي كانت تحكم بها الدولة العثمانية، ج 01، ط 01، دار التقوى، مصر، 2013.
- 73) لمى علي الظاهري، فكرة التوقع المشروع: دراسة في القضاء الدستوري والإداري، ط 01، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، مصر، 2020.
- 74) وليد بن محمد بن صالح الصمعاني، السلطة التقديرية للقاضي الإداري: دراسة تأصيلية تطبيقية، ج 01، ط 01، دار الميمان للنشر والتوزيع، السعودية، 2015.
- 75) يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي: دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981.
- 76) يحيى بكوش، الأحكام القضائية وصاغتها الفنية: إعددها، تسببها، عيوبها والترحيح بين الأدلة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984.

(ثانيا) \_ الأطروحات:



- 1) أورك حورية، مبادئ الأمن القانوني في القانون الجزائري وإجراءاته، (أطروحة دكتوراه)، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، الجزائر، 2018.
- 2) بن خدة حمزة، أثر الفقه المالكي في القانون المدني الفرنسي العقد نموذجا، (أطروحة دكتوراه)، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016-2017.
- 3) سليم علي مسلم الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الإثبات: دراسة فقهية قانونية مقارنة، (أطروحة دكتوراه)، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، 2006.
- 4) عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي، السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، (أطروحة دكتوراه) في الشريعة الإسلامية، كلية القانون، جامعة الخرطوم (السودان)، 2008.
- 5) عبد المجيد غميحة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، (أطروحة دكتوراه) في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكدال، المغرب، 2000.
- 6) قاسي فوزية، قاسي فوزية، متطلبات تكريس دولة القانون: دسترة مبدأ الأمن القانوني (دراسة مقارنة بين التجربة الأوربية والجزائرية)، (أطروحة دكتوراه)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2017/2018.

#### ثالثا) \_ المقالات:

- 1) بوشير محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين القانون والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد: 41، العدد: 02، السنة: 2004، (ص ص: 154\_186).
- 2) حمدي باشا عمر، إشكاليات إيداع الأحكام القضائية الخاضعة للإشهار، مجلة المحكمة العليا، العدد: 02، 2018، (ص ص: 193\_207).
- 3) سامية كسال، التضخم التشريعي عائق أمام الاستثمار الأجنبي، (مستجدات القانون رقم 16\_09 لمواجهة هذا العائق)، مجلة صوت القانون، المجلد: 05، العدد: 02، (ص ص: 439\_471).
- 4) شهيدة قادة، أثر استزراع القوانين الأجنبية على الثقافة القانونية الوطنية، حوليات الجزائر، المجلد: 35، عدد خاص (ص ص: 15\_37).
- 5) شوقي بناسي، الشريعة الإسلامية ومبادئها كمصدر للقانون المدني: شعار دون أثر قانوني (الالتزامات نموذجا)، حوليات جامعة الجزائر 01، العدد 31، ج 02، 2017، (ص ص: 304\_342).
- 6) صدام خزل يحي، تعليقات على الأحكام القضائية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد: 15، العدد: 55، 2011، (ص ص: 478\_479).
- 7) عبد الرحمن الممتوني، الاجتهاد القضائي والأمن القانوني، مجلة الملحق القضائي، العدد: 46، 2014، (ص ص: 03\_26).

- 8) عبد الكريم صالح عبد الكريم، عبد الله فاضل حامد، "تضخم القواعد القانونية\_التشريعية\_: دراسة تحليلية نقدية في القانون المدني"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، المجلد: 06، العدد: 23، 2014، (ص ص: 174\_144).
- 9) عبد المجيد غميحة، "مبدأ لأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي"، مجلة الملحق القضائي، العدد: 42، 2009، (ص ص: 29\_3)،
- 10) علاء الدين حسين رحال، "العلاقة الأصولية بين أنواع الاجتهاد ومحلها: دراسة أصولية في المضمون والأمثلة"، مجلة الذخيرة، المجلد: 04، العدد: 2020، 01، (ص ص: 182\_141).
- 11) كريمة رابحي، وسعيداني ججيقة، "الديمقراطية التشاركية، بين التكريس والاستبعاد"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد: 58، العدد: 05، 2021، (ص ص: 356\_332).
- 12) مجيدي العربي، "دور الفقه المالكي في بناء وتأسيس معايير نظرية التعسف في استعمال الحق"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، 2019، (ص ص: 2055\_2030).
- 13) محمد بوراس، "نظام الشهر العقاري في الجزائر: تجربة جزائرية أم تيهان تشريعي"، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد: 05، العدد: 01، (ص ص: 61\_50)،
- 14) محمد مخلوفي، "الأحكام الدستورية الانتقالية لاستمرارية السلطة التشريعية في النظام الجزائري"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد: 03، العدد 03، 2018، (ص ص: 340\_323).
- 15) محمد نايف اللحام، "المانع الأدبي وأثره في الفقه الإسلامي"، مجلة جامعة الأزهر، غزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد: 17، العدد: 02 (أ)، (ص ص: 334\_281)،
- 16) نادية أيت عبد المالك والعلجة مناع، "التحقيق البرلماني أداة لممارسة الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد: 12، العدد: 01، (ص ص: 759\_748).
- 17) نبيل خادم، "الفساد السياسي: دراسة في المفهوم والسياق (الحالة الجزائرية أنموذجا)"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد: 04، العدد: 02، 2020، (ص ص: 705\_687)،
- 18) ووجدي راغب، "دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، المجلد: 18، العدد: 01، 1976، (ص ص: 235\_71).

#### (رابعاً) \_ الملتقيات:

- 1) سهام هريش وآمال حاج جاب الله، (توزيع الاختصاص بين السلطتين التنفيذية والتشريعات كضمانة لاحترام التوقعات: آلية الاحالة على التنظيم نموذجاً)، مداخلة في إطار الملتقى الوطني: احترام التوقعات المشروعة، ملتقى وطني بجامعة ورقلة يومي 24 و25 فبراير 2016.
- 2) شول بن شهرة، (التأصيل القانوني لمبدأ حماية التوقعات المشروعة)، مداخلة في إطار الملتقى الوطني: احترام التوقعات المشروعة، جامعة ورقلة يومي 24 و25 فبراير 2016.

- (3) عربي باي يزيد، قرزيز محمد، (تقييم نظام الشهر العيني الجزائري على ضوء مبادئ تورنس)، ملتقى: التقييم والتحقيق العقاريين كآليتين لتطهير الملكية العقارية الخاصة، جامعة باتنة 01، باتنة (الجزائر)، 16 أبريل 2018، (ص ص 451\_462).
- (4) ليث كمال نصرأوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة أثرها على الإصلاح القانوني، ملحق خاص بالمؤتمر السنوي الرابع (القانون...أداة للإصلاح والتطوير)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة: 05، العدد: 02، ج: 01، 2017، (ص ص: 381\_442).
- (5) محمد منير حساني، (احترام الثقة المشروعة كمبدأ عام للقانون)، مداخلة في إطار الملتقى الوطني: احترام التوقعات المشروعة، جامعة ورقلة يومي 24 و25 فبراير 2016.
- (6) نور الدين زرقون، (المسئولية عن فعل القوانين)، مداخلة في إطار الملتقى الوطني: احترام التوقعات المشروعة، جامعة ورقلة يومي 24 و25 فبراير 2016.

#### (خامسا) \_ المحاضرات:

- (1) أحمد بولقصيات، محاضرات في المنازعات العقارية، خلال السداسي الثالث، سنة ثانية ماستر قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة باتنة، السنة الجامعية، 2021/2020.

#### (سادسا) \_ التقارير:

- (1) تقرير لجنة الشؤون الاقتصادية والمالية لمجلس الأمة الجزائري حول قانون المالية لسنة 2016، محضر الجلسة العلنية الخامسة عشرة، المنعقدة يوم الأربعاء 16 ديسمبر 2015، الفترة التشريعية السادسة، السنة الثالثة، الدورة الخريفية 2015، الجريدة الرسمية للمداولات لمجلس الأمة، العدد: 08، الصادر: 16 جانفي 2016.
- (2) المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، الدورة العامة الرابعة أكتوبر 1995، رأي في ملف الجزائر غدا، ج ر عدد 21، الصادر 09 أبريل 1997.
- (3) المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي، الدورة العادية الثامنة المنعقدة يوم 04 ماي 1997، رأي في المشروع التمهيدي للإستراتيجية الوطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية على المدى المتوسط، ج ر عدد 09، الصادر 22 فبراير 1998.
- (4) المجلس الاجتماعي والاقتصادي، رأي حول ملف "إل الجزائر 2013"، ج ر عدد 54، الصادر 16 سبتمبر 2009.
- (5) تقرير مجلس المحاسبة لسنتي 1996 و1997، ج ر عدد 12، المؤرخة 28 فيفري 1999.
- (6) التقرير السنوي لمجلس المحاسبة لسنة 2018.
- (7) التقرير السنوي لمجلس المحاسبة لسنة 2019، ج ر عدد 75، المؤرخة 04 ديسمبر 2019.

(سابعاً) \_ المواقع:

(سابعاً \_ 01) \_ المحكمة العليا:

- 1) المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 1179721، قرار بتاريخ 2018/10/11، قرار منشور على موقع المحكمة العليا: <http://www.coursupreme.dz>.
- 2) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 009592، قرار بتاريخ: 2020/03/11، قرار منشور على موقع المحكمة العليا: <https://www.coursupreme.dz>، تم الإطلاع بتاريخ: 2022/08/25.
- 3) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 1154532، قرار بتاريخ: 2017/11/22، قرار منشور على موقع المحكمة العليا: <https://www.coursupreme.dz>، تم الإطلاع بتاريخ: 2022/08/25.
- 4) المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم: 1160425، قرار بتاريخ: 2017/11/16، قرار منشور على موقع المحكمة العليا: <https://www.coursupreme.dz>، تم الإطلاع بتاريخ: 2022/08/25.

(سابعاً \_ 02) \_ مجلس الدولة:

- 1) مجلس الدولة، قرار رقم 059361، مؤرخ في 2011/03/31، (ح.ع) ضد المحافظ العقاري للمحافظة العقارية لدائرة بئر رابس ومن معه، قرار منشور على موقع مجلس الدولة: <https://www.conseildetat.dz>
- 2) مجلس الدولة، قرار رقم 065728 المؤرخ: 2012/01/26، وزارة المالية ضد (غ.إ.)، قرار منشور على موقع مجلس الدولة: <https://www.conseildetat.dz>.
- 3) مجلس الدولة، قرار رقم 072515 المؤرخ: 2012/12/27، التعاونية العقارية المسماة (ل) ضد والي ولاية الجزائر ومن معه، قرار منشور على موقع مجلس الدولة: <https://www.conseildetat.dz>.
- 4) مجلس الدولة، القرار رقم 072133، بتاريخ 2014/01/09، (م.ي) ضد والي ولاية تيارت، قرار منشور على موقع مجلس الدولة: <https://www.conseildetat.dz>.

(سابعاً \_ 03) \_ المجلس الشعبي الوطني: <http://www.apn.dz/documentations-lois>

(سابعاً \_ 04) \_ محكمة النقض المصرية: <https://www.cc.gov.eg/>

(سابعاً \_ 05) \_ القضاء العراقي: <https://www.iraqfsc.iq>

(2) باللغة الأجنبية

**(Première) Les législation :**

- 1) *La constitution en 1963, JORA n° 64, de 10/08/1963.*
- 2) *The Swiss Constitution.*
- 3) *la Constitution portugaise.*

- 4) *The Spanish Constitution*
  - 5) *treaty of Lisbon (amending the treaty on E.U and the treaty establishing the European community), signed at Lisbon 13/12/2007, O.J.E.U, Vol 50, 17/12/2007.*
  - 6) *La loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, JORF n°0089 du 16 avril 2009.*
  - 7) *Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF n°0287 du 11 décembre 2009.*
  - 8) *La loi organique n° 2010-704 du 28 juin 2010 relative au Conseil économique, social et environnemental, JORF n°0148 du 29 juin 2010.*
  - 9) *Loi n° 62\_157 du 31 décembre 1962 tendant a la reconduction, jusqu' a nouvel ordre de la législation en vigueur au 31 décembre 1962.*
  - 10) *Ordonnance n° 62\_020 du 24 aout 1962 concernant la protection et la gestion des biens vacants, JORA n° 12 du 07/08/1962.*
  - 11) *LOI no 96-516 du 14 juin 1996 tendant à créer un Office parlementaire d'évaluation de la législation, JORF n°138 du 15 juin 1996 (abrogée).*
  - 12) *Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998, d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, JORF n°175 du 31 juillet 1998.*
  - 13) *loi n° 2019-1332 du 11 décembre 2019 tendant à améliorer la lisibilité du droit par l'abrogation de lois obsolètes, JORF n°0288 du 12 décembre 2019.*
  - 14) *l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016.*
  - 15) *Décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile, JORF n°0285 du 9 décembre 1975.*
  - 16) *Décret n°89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification, JORF n° 0213 du 13 septembre 1989.*
  - 17) *Circulaire du 21 novembre 1995 relative à l'expérimentation d'une étude d'impact accompagnant les projets de loi et de décret en Conseil d'État, JORF n°279 du 1 décembre 1995*
  - 18) *Circulaire du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'Etat, JORF, n° 31 du 06 février 1998.*
  - 19) *Circulaire du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation, JORF n°199 du 29 août 2003.*
  - 20) *Circulaire du 30 septembre 2003 relative à la qualité de la réglementation, JORF n°228 du 2 octobre 2003.*
- . (Deuxièmement)\_ décisions judiciaires :**
- 1) *CCFA, 1 BvL 23/51, 01.07.1953.*
  - 2) *CCFA, 1BvL 106/53, 18.12.1953.*
  - 3) *CCFA, 1 BvR 875/92 , 08. Oktober 1996*
  - 4) *CCFA, 2 BvR 882/97, 03. Dezember 1997*
  - 5) *CCFA, 1 BvL 6/92, Urteil vom 24. März 1998.*
  - 6) *CCFA, 2 BvR 1392/96, Urteil vom 28. März 2000.*

- 7) CCFA 1 BvR 382/01, 03. Juli 2001.
- 8) CCFA, 1 BvR 864/03 , 08. Januar 2004.
- 9) CCFA, 1 BvR 2874/04, 14. Dezember 2005.
- 10) CCFA, 1 BvR 1138/06 -, Urteil vom 15. Oktober 2008.
- 11) CCFA, 2 BvL 51/06, 06. November 2012.
- 12) CCFA, 1 BvR 444/13, 24. Juli 2013,
- 13) CCFA, 1 BvR 3139/08, 17. Dezember 2013
- 14) CCFA, 2 BvR 2683/11, 29. September 2015.
- 15) CCFA, 1 BvR 1081/15, 21. Dezember 2016.
- 16) CCFA, BvR 883/17, 18. April 2018,
- 17) CCFA, BvR 2194/21, 07. April 2022
- 18) CCFA, 2 BvR 900/22 , 14. Juli 2022
- 19) C.J.U.E, 12 juillet 1957, *Algera e.a.*, aff. jtes 7/56 et 3/57 à 7/57.
- 20) C.J.U.E, 22mars 1961, *S.N.U.P.A.T, affaire jointes N° 42 et 49-59.*
- 21) C.J.U.E., 3 mai 1978, *Toepfer*, aff. 112/77.
- 22) C.J.U.E., 14 octobre 1999, *Atlanta*, C-104/97P.
- 23) C.J.U.E., 15 février 1996, *Duff e.a.*, C-63/93.
  
- 24) C.J.U.E, 18 mai 2000, *Rombi*, C-107/97.
- 25) C.J.U.E. 4 octobre 2001, *Italie/Commission*, C-403/99.
- 26) C.J.U.E, 13 January 2004, *Kühan & Heitz NV and Productschap voor Pluimvee en Eieren*, Case C-435/00.
- 27) C.J.U.E, 7 juin 2005, *l'affaire C-17/03.*
- 28) C.J.U.E, 22 juin 2006, C-182/03 et C-217/03.
  
- 29) C.J.U.E, 10 septembre 2009, *Plantanol*, C-201/08.
- 30) C.J.U.E., 22/04/2015, *l'affaire T-290/12.*
- 31) C.J.U.E., 15/12/2016 *l'affaire T-169/08 RENV.*
- 32) C.E.D.H, 13 juin 1979, *Marckx c Belgique*, affaire N° 6833/74.
- 33) C.E.D.H, *case of Brumărescu v. Romania* Application no. 28342/95 du 28/10/1999.
- 34) T.U.E, 27/10/1994, *Fiatagri UK Limited et New Holland Ford Limited contre Commission des Communautés européennes*, aff T-34/92,
- 35) CCF, DC n° 81-134 du 07/01/1982, (*JORF*) n° 05, publié le 07/01/1981.
- 36) CCF, DC, *Décision no 96-385 DC du 30 décembre 1996*, *JORF* n°304 du 31 décembre 1996.
- 37) CCF, DC n° 97-391 du 07/11/1997, *JORF* n° 0262 du 11 novembre 1997.
- 38) CCF, DC n° 421-99 du 16/12/1999, (*JORF*) n° 296, de l'année 1999.
  
- 39) CCF, DC n° 99-421 du 16 décembre 1999.
- 40) CCF, DC n° 2001-454 du 17 janvier 2002.
- 41) CC, DC n° 2003-473 du 26/06/2003, (*JORF*) n° 152 de l'année 2003
- 42) CCF, DC n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010.
  
- 43) CCF, DC n° 2011-645 du 28 décembre 2011.
- 44) CCF, DC n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, *JORF* n°0298 du 24 décembre 2013

- 45) CCF, *Décision n° 2014-434 QPC du 5 décembre 2014*,
- 46) CCF, *DC n° 2019-796 du 27/12/2019 JORF n°0302 du 29 décembre 2019*.
- 47) CCF, *DC n° 2019-796 du 27/12/2019, (JORF) n° 296, de 2019*
- 48) CCF, *DC n° 2022-992 du 13 mai 2022*.
- 49) CCF, *DC n° 2022-840 du 30 juillet 2022*.
- 50) CEF, *décision de société "La Fleurette", N° 51704 de 14 janvier 1938*.
- 51) CEF, *société KPMG et autre décision n° 288460 du 24/03/2006*.
- 52) CEF, *Sect. 6 mars 2009, Coulibaly, n° 306084*.
- 53) CEF - 3ème - 8ème - 9ème - 10ème SSR, *arrêt de EPI de 05/09/2012, consulter: 18/08/2022*.
- 54) CCaF, *Chambre civile 2, 19 mars 2020, N° 19-12.990*.
- 55) CCaF, *Chambre civile 2, 19 mars 2020, N° 18-23.923*.
- 56) *La Cour d'arbitrage de Belgique, arrêt n° 59/99 du 26 mai 1999*.
- 57) *La Cour d'arbitrage de Belgique, arrêt n° 36/2000 du 29 mars 2000*
- 58) *La Cour constitutionnelle belge, l'arrêt n° 49/2010 du 29 avril 2010, b 07*.
- 59) *La Cour constitutionnelle belge, l'arrêt n° 16/2016 du 3 février 2016, b12/01*.
- 60) *La Cour constitutionnelle de Belgique, arrêt n° 48/2016 du 24 mars 2016*.
- 61) *Cour constitutionnelle belge, arrêt n° 48/2017, 27 avril 2017, B.41.1*.
- 62) *Cour de cassation belge, Arrêt du 27 mars 1992 (Belgique). RG 6891*.
- 63) *Massachusetts Supreme Judicial Court tyler v. Judges of Court of Registration, 175 Mass. 71 (1900), see: <https://cite.case.law/mass/175/71/>, 30/06/2022*.

**(Troisièmement)\_ les overage :**

- 1) A.-A. AL-SANHOURY, (*Le Standard Juridique*), *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GénY, Tom: 02, les sources général des systèmes juridique actuels*, Libraire du Recueil Sirey, Paris, SA.
- 2) Birkland, Thomas, *An introduction to the policy process : theories, concepts, and models of public policy making*, 3rd ed, Taylor & Francis, USA, 2015
- 3) CLAUDE DU PASQUIER, *introduction à la théorie générale -et à la philosophie du Droit*, Delchaux & Niestlé s.A. Neuchatel, Librairie du Reuceil Sirey, Paris, p 165.
- 4) Delfim F. LEAO and P. J. RHODES, *The laws of Solon: A new edition wirh inrroduction, translation and commentary*, I.B.Tauris & Co. Ltd, London• New York, 2016.
- 5) Elina Paunio, *legal certainty un multilingual EU Law: language, discourse and reasoning at the European Courts Justice*, Ashgate Publishing Limited, England, 2013.
- 6) François GénY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Tome: 02, L.G.D.J, France, 1919.
- 7) Frank, Jerome with a new introduction by Brain H. Bix, *Law and the modern mind*, Rutledge, 2017.
- 8) Fritz Schulz, *history of roman legal science*, Oxford University Press, London, 1946.

- 9) George Mousourakis, **Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition**, Springer International Publishing, Switzerland, 2015.
- 10) George Ripert, **Les forces créatrices du droit**, LGDJ, France, 1955.
- 11) H. Avila, *Certainty in law*, **law and philosophy library** 114, Springer international published Switzerland, 2016.
- 12) Hans Kelsen, translated by: Max Knight from the second German edition, **pure theory of law**, university of California,, USA, 1967.
- 13) Hans Kelsen, translated by Michal Harteny, **general theory of norms**, clarendon press, oxford, USA, 1991.
- 14) Jean Carbonnier, **flexible de droit: pour une sociologie du droit sans rigueur** 10<sup>e</sup>, L.G.D.J, France, 2001.
- 15) Jean-Étienne-Marie Portalis, **Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil**, Joubert, Libraire de la Cour Cassation, Paris, 1844,
- 16) Jérémie van meerbeeck, **De la certitude à la confiance ( le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la cour de justice de l'Union européenne**, presses de l'Université Saint Louis, Bruxelles (Belgique), 2014.
- 17) Leon Petrażycki, **Law and morality**, Translate by: Babb, Hugh W, [Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1955,
- 18) M. F. C. de Savigny, **Traité de droit romain**, Libraire de Didot Frères, France, 1855.
- 19) Michael GAGARIN, **writing Greek laws**, Cambridge University Press, USA, 2008.
- 20) Mousourakis George, **The historical and institutional context of Roman law**, First published, Routledge, USA, 2003.
- 21) Oliver Wendel HOLMES, **The Path of the Law**, the Floating Press, USA, 2009.
- 22) Peter Knoepfel and all, **public policy analysis**, First published, The Policy Press University of Bristol, Great Britain, 2007.
- 23) Raitio Juha, **the principle of legal certainty in EC Law**, Springer Science + Business Media Kluwer Academic Published, 2003.
- 24) René Demougue, **les notion fondamentales du droit privé essai critique**, Libraire Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, France, 1991.
- 25) Robert TORRENS, **An eassay on the transfer of land by registration**, Cassell, Pettter, Galpin, & Co, London. W.Y
- 26) Sylvia Calmes, **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**, Dalloz, France, 2001
- 27) Thomas Piazzon ,**La sécurité juridique, doctorat et notariat**, Collection de Thèses, Tome 35, Edition Alpha, Defrénois Lextenso éditions, Paris, 2010.
- 28) W. BELIME, **philosophie du droit au cour d'introduction a la science de droit**, TOME: 02, Joubert, Libraire de la cour cassation, Paris, 1848,

**(Quatrièmement)\_ les thèses :**

- 1) Brahim DALIL, **Le droit administratif face au principe de la sécurité juridique**, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris-Ouest Nanterre la Défense Ecole doctorale Droit et Sciences Politiques, 2015.
- 2) Élisabeth DEIRMENDJIAN, **La stratégie d'anticipation procédurale en matière civile**, Droit. Université de Toulon, France, 2012.



- 3) Fadila Taleb, **L'argumentation judiciaire à travers le prisme des scénarios modaux: application pour une aide à l'interprétation des décisions de justice**, Spécialité: Sciences du Langage -Linguistique. Normandie Université, France, 2019.
- 4) Helène HARDY, **Le principe de sécurité juridique au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme**, Droit. Université Montpellier Français, 2019.
- 5) Jean-F. Brunet, **De la responsabilité de l'État législateur**, thèse pour le doctorat, université de Paris, 1936
- 6) Manon CHATEAU-GRINE, **La motivation des décisions du juge administratif**, Thèse de doctorat de l'université de Nantes, France, 2018.
- 7) Vito MARINESE, **L'idéal législatif du Conseil constitutionnel. Etude sur les qualités de la loi**, Doctorat en Droit, Université de Nanterre - Paris X, France, 2007.

**(Cinquièmement)\_ les articles :**

- 1) Adam Podgórecki, "Unrecognized Father of Sociology of Law: Leon Petrażycki: Reflections based on Jan Gorecki's Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki", Law & Society Review, Vol: 15, N° 1 (1980 - 1981), (pp: 183-202).
- 2) Alexandre Flückiger, "L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois", Revue européenne des sciences sociales, N° 138, 2007, (pp 83-101).
- 3) Alexandre Frambéry-Iacobone, "Vérité judiciaire, vérité factuelle et élément moral : Perspectives d'histoire pénale contemporaine", Revue électronique d'histoire du droit, N° 19, 2020, (pp: 02\_35).
- 4) Andrea Renda, "les étude d'impact réglementation de l'union européenne : état des lieux et pistes de réforme", Revue française d'administration publique, Vol: 01, N° 149, 2104, (pp: 79\_103).
- 5) Anne-Sophie Denolle, "les études d'impact: une révision manquée", Revue française de droit constitutionnel, Vol: 03, N°: 87, 2011, (pp: 499\_514).
- 6) Arrigo CAVAGLIERI, "La notion des Droits acquis et son application en droit international public", Traduit de l'italien par Raoul Genêt, la Revue générale de Droit international, , 1931, (pp: 257\_296).
- 7) Boulsibet Ahmed, "L'Objectivation de la vérité judiciaire dans le procès civil", ELBAHITH d'études Académiques, Vol: 02, N° 05, 2015, (pp: 16\_31),
- 8) Bronislav Totskyi, "legal certainty as a basic principal of the land law of Ukraine", journal of jurisprudence, Vol : 21, N° 01, 2014, (pp: 204\_222).
- 9) D. H. VAN DORE, "The Torrens System of Land Title Registration", Columbia Law Review, Vol: 17, No: 4, 1917, (pp: 354-357).
- 10) Daphne Barak-Erez, "The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests", European Public Law, Vol: 11, N° 04, 2005, (pp: 583\_602).
- 11) Dietmar von der PFORDTEN, "Validity in Positive Law: A Mere Summary Concept", Law and Philosophy Library, Vol: 122, (pp: 1\_18),
- 12) Elizabeth Toomey, "Reverberations in the Torrens system: a new Land Transfer Act in New Zealand", Journal of Property, Planning and Environmental Law, Vol:11, N° .2,2019, (pp 87\_107).

- 13) Emmanuel Lévy, " *la confiance légitime* ", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1910, (pp: 717\_722).
- 14) Eugene C. Massie, *The Torrens System of Land Registration and Transfer*, *The Virginia Law Register*, Vol: 6, No: 4, 1900, (pp: 215-221).
- 15) Eugene S. Anichkin, " *Constitutionally-Legal Policy as Base Type of Legal Policy of Russia* ", *International Journal of Environmental and Science Education*, Vol: 11, N°: 10, 2016,(pp: 3907-3914).
- 16) Fabien Grech, " *le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel Français* ", *Revue française de droit constitutionnel*, France, Vol: 02, N°102,2015, (pp: 405\_428).
- 17) Fabrice Melleray, " *La revanche d'Emmanuel Lévy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français* ", *Revue Droit et société*, Vol: 01, N° 56-57, (pp: 143\_149).
- 18) Francesco Martucci, " *Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne* ", *Revue de Titre 07*, V02, N°05, 2020, (pp: 70\_78).
- 19) Francis ROY, " *du certificat de localisation et de la reconnaissance des droits acquis en matière d'urbanisme: la portée professionnelle de l'arpenteur-géomètre* ", *Revue du notariat*, 108(2), Vol: 108, N°02, 2006, (pp: 225\_271).
- 20) Francois Tulkens, " *la sécurité juridique: un idéal à reconsidérer* ", in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, France, Vol: 24, N° 01,1990,( pp 25\_42).
- 21) Giovanni SARTOR, " *Legal Validity: An Inferential Analysis* ", *Ratio Juris*. Vol: 21, N°: 2, 2008 (pp: 212–247).
- 22) Gohin Olivier, *La responsabilité de l'Etat en tant que législateur*, In: *Revue internationale de droit comparé*, Vol: 50 N°2,1998, (pp:595-610).
- 23) H.W.R. Wod, " *the concept of legal certainty: a preliminary skirmish* ", *Modern Law Review*, Vol: 04, N° 03, 1941, (pp: 183\_199).
- 24) Ibrahim Moumouni, " *le principe de la rétroactivité des lois pénales plus douces : une rupture de l'égalité devant la loi entre délinquants ?*" *Revue internationale de droit pénal*, Vol: 83, N° 1, 2012, (pp: 173\_194).
- 25) irko CANEVARO, *the procedure of Demosthenes' Against Leptines: how to repeal (and replace) an existence Law*, *Journal of Hellenic Studies*, N° 139, 2016, (pp: 39–58).
- 26) Iryna Mima and all, " *Legal Policy: The Latest Dimensions of Development* ", *Advances in Economics, Business and Management Research*, vol: 129, 2020, (pp:47\_55),
- 27) J. Irizarry y Puente, " *The Concept of "Denial of Justice" in Latin America* ", *Michigan Law Review*, Vol: 43, No: 2, 1944, (pp: 383-406),
- 28) Jaap Hage, " *The (Onto)logical Structure of Law: A Conceptual Toolkit for Legislators* ", *Studies on the Theory and Practice of Legislation*, Vol: 02, 2015, (pp: 03\_48).
- 29) Jérémie Van Meerbeeck, " *relation et confiance légitime ou la face cachée du contrat* ", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol: 76, N° 01, 2016,( pp 97\_118),

- 30) Joël Ficet, *"Un rendez-vous manqué ? La difficile institutionnalisation de l'évaluation des lois fédérales en Belgique"*, *Politiques et management public*, Vol: 35/3-4 | 2018, (pp: 197\_214),
- 31) Koen van Aeken, *"From Vision To Reality: Ex Post Evaluation of Legislation"*, *Legisprudence Journal*, Vol: 05, N°: 01, 2020, (pp: 349\_361),
- 32) Maurice Hauriou, *"L'Histoire externe du droit"*, *revue critique de l'élégislation et de jurisprudence*, 1884, (pp: 05\_15).
- 33) Michel van de Kerchove, *"Vérité judiciaire et para-judiciaire en matière pénale : quelle vérité?"*, *Droit et Société*, N°84, 2013, (pp: 411\_432),
- 34) Oliver J. Lissitzyn, *"The Meaning of the Term Denial of Justice in International Law"*, *The American Journal of International Law*, Vol: 30, N° 4, 1936, (pp. 632-646).
- 35) Patricia Popelier, *"L'analyse d'impact de la réglementation : une perspective juridique"*, *Revue de Politiques et management public*, Vol: 35/3-4, 2018, (pp: 107\_129).
- 36) Philippe Malaurie, *"L'intelligibilité des lois"*, *Revue du Pouvoirs*, Vol: 03, N° 114, 2005, (pp: 131\_137).
- 37) Pierre-André Côté, *"le juge et les droits acquis en droit public canadien"*, *Les Cahiers de droit*, Vol: 30, N°02, 1989, (pp: 359\_439).
- 38) Robert ALEXY, *Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*, *Ratio Juris*. Vol: 16 N° 2 June 2003 (131–140),
- 39) Robert ALEXY, *Rights, "Legal Reasoning and Rational Discourse"*, *Ratio Juris*. Vol : 5, N° 02, 1992, (pp:143-52).
- 40) Rosco E. HILL, *"legal validity and legal obligation"*, *The Yale Law Journal*, Vol: 80, N°: 47, 1970, (pp: 47\_75).
- 41) Roscoe Pound, *"Mechanical Jurisprudence"*, *Columbia Law Review*, Vol: 8, N° 8, 1908, (pp: 605-623).
- 42) Roscoe Pound, *"A Survey of Social Interests"*, *Harvard Law Review*, Vol: 57, N° 1 (Oct., 1943), (pp: 1-39).
- 43) Serge MORARD, *"la sécurité juridique en droit public française, une illusion conceptuelle"*, *Revue du notariat, Canada*, Vol: 110, N° 2, 2008, (pp: 409\_427).
- 44) Sylvia BRUNET, *"La conception originelle de la sécurité juridique: l'Allemagne"*, *Titre VII*, , V02, N° 5, 2020, (pp: 79\_90).
- 45) Tuleja PIOTR, Wojtycek KRZYSTOF, *"la protection des droits acquis élément constitutif de l'État de droit? Remarques sur la jurisprudence constitutionnelle polonaise"*, *Revue internationale de droit comparé*, Vol: 47 N°3, 1995, (pp: 737\_762).
- 46) Virgilio Zapatero Gómez, *"Language and Rule of Law in Classical Athens"*, *Studies on the Theory and Practice of Legislation*, Vol: 05, 2019, (pp: 03\_23).
- 47) Wm. H. Werth and all, *"The Torrens System. An Open Symposium: A Bill to Make Bad Titles Good"*, *The Virginia Law Register*, Vol: 11, N° 09, 1906, (pp: 707\_743),
- 48) Yann LEROY, *"La notion d'effectivité du droit"*, *Revue Droit et société*, Vol: 03, N° 79, 2011, (pp 715-732).

(Sixième)\_ Réunions :

- 1) *Delpérée Francis, Rasson-Roland Anne, Verdussen Marc, (Belgique et sécurité juridique )*, In: *annuaire international de justice constitutionnelle 15. Constitution et sécurité juridique- Droit constitutionnel, droit communautaire et droit européen, 1999/2000*, p 120
  - 2) *Pablo Martín RODRÍGUEZ, (the principle of legal certainty and the limits to the applicability of EU Law)*, In: *Colloque 10 Septembre 2015, les principes généraux du droit de l' Union européenne 50<sup>e</sup> anniversaire*, in *CDE, N° 01, 2016*,
  - 3) *Pataut ETIENNE,(le renouveau de la théorie des droit acquis)*, in: *Droit international privé, travaux du comité française de droit international privé, 18<sup>e</sup> année, 2006-2008. 2009.*
  - 4) *Pierre Brunet, (La sécurité juridique, nouvel opium des juges)*, *Frontières du droit, critique des droits: Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak, sous la dir. de V. Champeil-Desplats et N. Ferré, LGDJ, 2007.*
- (07)\_ *les rapportes :*
- 1) *Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique, 2002-2003.*
  - 2) *Rapport de Conseil d'Etat Française, sécurité juridique et complexité du droit, France, la documentation française,2006 .*
  - 3) *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016.*
  - 4) *Rapport of World Bank 2018, Global Investment Competitiveness Report 2017/2018: Foreign Investor Perspectives and Policy Implications. Washington, DC: World Bank.*
  - 5) *Rapport n° 626 (2020-2021) de Mme Catherine DI FOLCO, fait au nom de la commission des lois, déposé le 25 mai 2021.*
  - 6) *Bernard STIRN, La dispersion des normes, Exposé lors des Entretiens de l'Académie des sciences morales et politiques "Le désordre normatif", 13 juin 2016, sp,<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-dispersion-des-normes>, consulté 30/07/2020.*

# فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

8.....	المقدمة
8.....	الباب الأول: وظيفة الأمن القانوني في سياق حيوية التشريع العقاري
10.....	الفصل الأول: فكرة الأمن القانوني
11.....	المبحث الأول: مسارات تطور الفكرة
11.....	المطلب الأول: تجليات الفكرة في المنظومة القانونية القديمة
11.....	الفرع الأول: المسار الفلسفي
14.....	الفرع الثاني: المسار القانوني
22.....	المطلب الثاني: تجليات الفكرة في المنظومة القانونية الحديثة
22.....	الفرع الأول: المسار الفقهي
26.....	الفرع الثاني: المسار القانوني
36.....	المبحث الثاني: التأصيل المفاهيمي لفكرة الأمن القانوني
37.....	المطلب الأول: ماهية الأمن القانوني
37.....	الفرع الأول: مفهوم الأمن القانوني
48.....	الفرع الثاني: خصوصية الأمن القانوني
60.....	المطلب الثاني: مرتكزات نشوء فكرة الأمن القانوني
60.....	الفرع الأول: المرتكزات الكلية
73.....	الفرع الثاني: المرتكزات الجزئية
83.....	الفصل الثاني: حيوية التشريعات العقارية
84.....	المبحث الأول: خصوصية التشريعات العقارية
97.....	الفرع الثاني: التعقيد اللغوي
102.....	المطلب الثاني: التداخل
103.....	الفرع الأول: التداخل الإجرائي
112.....	الفرع الثاني: التداخل الموضوعي
124.....	المبحث الثاني: أثر خصوصية التشريعات العقارية

124	المطلب الأول: فاعلية التشريعات العقارية
124	الفرع الأول: قياس صلاحية التشريعات العقارية
130	الفرع الثاني: مظهرات الفعالية التشريعية
144	المطلب الثاني: التضخم التشريعي
144	الفرع الأول: توصيف التضخم التشريعي
154	الفرع الثاني: مآلات التضخم التشريعي
164	الباب الثاني: وسائط تفعيل فكرة الأمن القانوني
165	الفصل الأول: الوسائط التشريعية
165	المبحث الأول: السياسة العامة
166	المطلب الأول: بُنيان السياسة العامة
166	الفرع الأول: مفهوم السياسة العامة
171	الفرع الثاني: فواعل السياسة العامة
186	المطلب الثاني: هندسة السياسة العامة
186	الفرع الأول: غايات السياسة العامة
195	الفرع الثاني: فنيات السياسة العامة
200	المبحث الثاني: قياس الأثر التشريعي
201	المطلب الأول: ماهية قياس الأثر التشريعي
201	الفرع الأول: تعريفها
207	الفرع الثاني: وظيفة قياس الأثر التشريعية
215	المطلب الثاني: مراحل قياس الأثر التشريعي
215	الفرع الأول: القياس القبلي
224	الفرع الثاني: القياس البعدي
234	الفصل الثاني: الوسائط القضائية
235	المبحث الأول: الاجتهاد القضائي
235	المطلب الأول: تفعيل الاجتهاد القضائي
235	الفرع الأول: ماهية الاجتهاد القضائي

245	الفرع الثاني: مكناا تقعل الاآآهاا القضاى
262	المطلب الثاني: أآر تقعل السلطا التقىرىة
262	الفرع الأول: آصنل الأءلة
268	الفرع الثاني: الأآرلآ
284	المبآآ الثاني: فعالية الاآآهاا القضاى
284	المطلب الأول: آصملم الآكم القضاى
284	الفرع الأول: بناآىة الآكم القضاى
295	الفرع الثاني: مشكلاا الأآكام القضاىة
313	المطلب الثاني: ضماناا آطبلىق الأآكام القضاىة
314	الفرع الأول: آوآلأ الاآآهاا القضاى
332	الفرع الثاني: تقعل الآزاءا المرآبطة بالامآآاع عن آنفلذ الأآكام القضاىة
337	الآآآمة
344	قائمة المصادر والمراآع:
390	فهرس الموضوعاا



**المخلص:** يمثل الأمن القانوني فكرة مشتقة من سيادة القانون، وهو ما جعلها تنبسط لتشمل كل العلاقات القانونية بما فيها العقارية، ولذلك جاءت هذه الأطروحة للبحث في العلاقة الترابطية بين الأمن القانوني والتشريعات العقارية، وذلك من خلال البحث عن الجذور الأولى للفكرة، وتحديد المرتكزات التي تقوم عليها؛ مما يسمح ببيان مدى مراعاة التشريع والقضاء الجزائري لهذه الفكرة.

ونظرا للوقوف على حالات متنوعة للمساس بالأمن القانوني فقد كان لابد من اقتراح الوسائل التي تسمح بنقل الفكرة من طابعها المجرد إلى طابعها التطبيقي من خلال الوسائل التشريعية التي تسمح ببناء نظام قانوني منسجم وفعال، وكذا الوسائل القضائية من خلال تفعيل مكانات الاجتهاد، والتي تسمح بتحقيق استقرار العلاقات القانونية.

**الكلمات المفتاحية:** التشريع العقاري؛ الأمن القانوني؛ الأمن القضائي؛ قياس أثر التشريع؛ السياسة

القانونية؛ الملكية العقارية.

**Résumé :** la sécurité juridique représente une idée dérivée de l'État de droit, qui s'étend à toutes les relations juridiques, y compris l'immobilier, et donc cette thèse a été créée pour examiner la relation entre la sécurité juridique et la législation immobilière, en recherchant les premières racines de cette idée, déterminer ses fondements; Ce qui permet de montrer à quel point la législation et la justice algérienne prennent en compte cette idée.

Compte tenu de l'existence de cas d'insécurité juridique, il était nécessaire de proposer des moyens permettant le transfert de l'idée de sa nature abstraite à sa nature pratique par des moyens législatifs permettant de construire un système juridique harmonieux et efficace, ainsi que des moyens judiciaires en activant les mécanismes de la jurisprudence, qui permettent d'assurer la stabilité des relations juridiques.

**Mots clés :** législation immobilière ; sécurité juridique ; sécurité judiciaire ; mesure de l'impact de la législation ; politique juridique ; propriété foncière.