إجراءات التحقيق المدنية رهان تحقيق الحكامـــــــة القضائية للإثبات

Civil investigative measures a wager to achieve the judicial governance of evidence

لعرابي أسامة
طالب دكتوراه ل.م.د سنة خامسة/ أستاذ مؤقت
كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1
dr.o.larabi@gmail.com
o.larabi@univ-alger.d
تاريخ الارسال: 2020/06/24 تاريخ القبول: 2021/05/28.تاريخ النشر: .....

الملخص:

يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على إجراءات التحقيق في المادة المدنية بإعتبارها أدوات لتحقيق الحكامة القضائية بإستعراض المستجد من الأحكام في تنفيذ وبطلان إجراءات التحقيق في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و الوقوف عند النقائص التي لم يتعرض إليها المشرع بغية تحقيق رهان الحكامة القضائية للإثبات و إنجاز العدالة

الكلمات المفتاحية:

تنفيذ إجراءات التحقيق، الحكامة القضائية، القاضي.

Abstract :

The present research aims to shed light on Invistigative measures in civil matters, as tools to realize the judicial governance by showing the new dispositions of the execution and nullity of those measures in civil proccedings and marking the cases which are not mentioned by the lawmaker to acheve a complete justice.

Keywords:

Execution of invistigative measures, Judicial governance, Judge.

***المؤلف المرسل: لعرابي أسامة**

مقدمة:

يتطلب تحقيق مبدأ سؤدد القانون، التجسيد الفعلي لطابعه الاجتماعي في الواقع باعتباره ضرورة اجتماعية تماشيا مع الأصل القانوني و الفقهي المتعارف عليه: **" لا مجتمع دون قانون ولا قانون دون مجتمع".**[1]

ولا مشاحة في بناء دولة القانون بغير قضاء ومحاكمة يقيمان العدل ويحققان حقوق المواطنين.

ولأجل هذه الغاية سنت القوانين وأحدثت المحاكم بموجبها، حتى تبين للمتقاضين الأصول المتبعة في نيل حقوقهم ضمانا لحق اللجوء إلى القضاء، و حيث أن القضاء من الوظائف الأساسية للدولة فإنه من الطبيعي أن يؤصل في الدستور وهو ما حدث فعلا فقد نصت المادة 158 منه على أن: **" أساس القضاء مبادئ الشرعية و المساواة. الكل سواسية أمام القضاء، و هو في متناول الجميع و يجسده احترام القانون".**[2]

كما أحاط المؤسس الدستوري المتقاضي بحماية القانون من تعسف القاضي[3] ، وبما أن الدعوى هي الوسيلة التي يتصل بها المتقاضي بمرفق القضاء بصفة أصلية، كان لزاما على المشرع أن ينظم مختلف مراحلها ولعل السيطرة التامة والمبكرة على ملفها تتم في مرحلة التحقيق اتساقا مع الفكرة القائلة بأن **" المرافعة تجري في الجلسة الأولى".**[4]

في مرحلة التحقيق تطرح ادعاءات و مزاعم المتقاضين للمناقشة ليتم إثباتها أو نفيها ويقوم القاضي بجمع عناصر الأدلة التي ستمكنه من إصدار حكمه في النزاع عن طريق وسائل حددها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يصطلح عليها بإجراءات التحقيق.[5]

ليتم إقصاء إجراءات التحقيق التي يأمر بها في المواد الجزائية، حيث أن نطاق تدخل القاضي الجنائي قد لا يوازي تدخل القاضي المدني.

---

[1] - Ubi jus ibi sociatas, Ubi sociatas ibi jus.
- التعديل الدستوري لسنة 2016 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 14، ص 20.[2]

[3] - المادة 168 من الدستور: " يحمي القانون المتقاضي من إي تعسف أو انحراف يصدر من القاضي.

4 - عوض أحمد الزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، الطبعة الثالثة، سنة 2013، المملكة الأردنية الهاشمية، ص 335.

[1] - لقد نظم المشرع إجراءات التحقيق في الأمر 66-156 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى في 37 مادة ، غير أن القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد أثرى المنظومة الإجرائية للتحقيق بما يربو عن 100 مادة مكرسا نهجا جديدا في فلسفة دور القاضي في إدارة مساطر التحقيق في الدعوى المدنية من المادة 75 إلى غاية المادة 193 المتضمنة اليمين.

إن الملاحظ على المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه لم يحصر الأدلة أو ما يعرف بمبدأ حصر البينة[1]، أي أنه لم يرتبها بنص القانون.
وحيث أن قواعد الإثبات تتضمن قواعد موضوعية منصوص عليها في القانون المدني غايتها بيان وسائل الإثبات وقيمتها من حيث تنازع محل الإثبات و عبئه.
أما القواعد الإجرائية والتي تعد إجراءات التحقيق جزءا لا يتجزأ منها فتوضح سبيل إقامة و تقديم الدليل حول صحة الوقائع أمام القضاء بواسطة الأشكال و الإجراءات التي ينظمها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي يعتبر البيئة الزمانية و المكانية لموضوع هذا البحث.
وحيث أن إجراءات التحقيق مرحلة قبل الاختصام فإنه من الضروري توضيح معالمها التي تعرف تبعثرا تشريعي نظرا لتصدع القواعد المنظمة لها ما ينعكس سلبا على نظام الإدارة القضائية للدعوى المدنية و فكرة السيطرة المبكرة لقاضي الدعوى و على وجه الخصوص تحضير ملف الدعوى و استجماع عناصرها لكي تصير مهيأة للفصل فيها، و حتى لا يطول أمد النزاع أكثر و منه ضياع حقوق المتقاضين.
إن نظام الإدارة القضائية للدعوى المدنية قد عرف تحولا كبيرا في عصرنا، مما جعل الباحث يختار هذا الموضوع خصوصا مع المناقشات الدائرة حول ترسيخ مبدأ الأمن القانوني في التعديل الدستوري.
حيث أن هذا التحول، أفرز الاعتراف بمقاربة الحكامة القضائية لإجراءات التحقيق المشار إليها في مسودة الأطروحة.
حيث أن الحكامة القضائية لإجراءات التحقيق من المواضيع الحديثة المرتبطة بمصالح المتقاضين و عمل القاضي في كشف الحقيقة، فإنه من الضروري تسليط الضوء على مختلف العلل القانونية التي تحيط بالبناء التشريعي لإجراءات التحقيق في الدعوى المدنية و محاولة سبر و معالجة مواطن الخلل في هذه الأنظمة الإجرائية.
وبناءا عليه فإن رهان تحقيق الحكامة القضائية للإثبات، يضع الإشكالية التالية في زاوية تحديات حركة التشريع المعاصر:
هل تعتبر المقتضيات الناظمة لأصول التحقيق ، ناجعة لتحقيق الحكامة القضائية الرشيدة بما يتلاءم مع متطلبات إصلاح العدالة و صون مصالح المتقاضين؟
إن الإجابة على هذه الإشكالية تتطلب معالجة القواعد الناظمة لإجراءات التحقيق بوجه عام، وكل معالجة تتضمن تشخيصا لحالة قانونية و علاجا لها ومنه يقسم الباحث هذا المقال كما يلي:

---

[2] - بخلاف المشرع الأردني الذي حصر الأدلة و عددها في المادة 2 من قانون البينات: " تقسم البينات إلى:
1- الأدلة الكتابية 2- الشهادة، 3- القرائن، 4- الإقرار، 5- اليمين، 6- المعاينة و الخبرة".

المبحث الأول: الاعتلالات القانونية لإجراءات التحقيق المدنية.

المبحث الثاني: أساليب معالجة القصور التشريعي لإجراءات التحقيق المدنية.

المبحث الأول: الاعتلالات القانونية لإجراءات التحقيق المدنية

لقد أدى تطور مبدأ حياد القاضي في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إلى الاعتراف بولاية متحيزة للخصومة القضائية بالنسبة للقاضي ليلعب دورا مهما في أهم مرحلة وهي مرحلة التحقيق[1]، فله سلطات تؤهله لكي يبرز دوره في تقصي الحقيقة. توظيف القاضي لسلطته الاستنسابية يجد صورته من خلال صلاحيات الإشراف القضائي على سير إجراءات الدعوى حيث له المكنة سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم الأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون و ذلك بغية الوصول إلى الحقيقة القضائية محل التداعي[2].

غير أن مبلغ الهدف، طريق شاق لم ينل المشرع مبلغه في ظل بيئة إجرائية تتميز بالغموض و عدم الدقة من ناحية أحكامها مما يجعل رهان تحقيق الحكامة القضائية لإجراءات التحقيق في تبدد،و لكي يتضح للباحثين و المهتمين بهذا الموضوع ، فإن الباحث يقسم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: في تنفيذ إجراءات التحقيق

المطلب الثاني: في بطلان إجراءات التحقيق

المطلب الأول:في تنفيذ إجراءات التحقيق

عند محاكاة مرحلية الإجراءات، يتضح أن مرحلة تنفيذ إجراءات التحقيق هي السلسلة اللاحقة عن مرحلة الأمر بإجراءات التحقيق و في هذا النطاق الزمني يتخذ إجراء التحقيق مظهرا خارجيا يتمثل في خروج إجراء التحقيق من حكم القانون « *De Jure* » إلى حكم الواقع « *De Facto* ».

و بالرجوع إلى التسلسل التشريعي لأحكام تنفيذ إجراءات التحقيق، نجد أن المشرع قد نظمها في القسم الثاني " في تنفيذ إجراءات التحقيق " من الفصل الثاني " في إجراءات التحقيق" من الباب الرابع " في وسائل الإثبات" ضمن أحكام الكتاب الأول " الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية" من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بالمواد من المادة 82 إلى المادة 90.

و ما يلاحظ على هذه النصوص هو التجاذب السلبي بين النقص و التكلف التشريعي خصوصا أن مرحلة تنفيذ إجراءات التحقيق ترتبط بمسألة

---

[1] - إجراءات التحقيق: " عبارة عن أعمال إجرائية تتخذها المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم من أجل التحقيق في خصومة قائمة أو نزاع محتمل".

[2] – بن سالم أوديجا، سلطة القاضي في الإثبات في المادة المدنية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، السنة الجامعية 2014-2015، ص 93.

الاختصاص القضائي، النطاق المكاني و الزمني للتنفيذ و اختتام تنفيذ التدبير المطلوب، و هي أمور تطرح العديد من التساؤلات الأصولية.
و قبل التعرض لهذه المسائل، ينبغي تحديد المقصود بالتنفيذ، حيث ينصرف مدلوله من الناحية اللغوية إلى تحقيق الشيء و إخراجه من حيز الفكر و التصور إلى مجال الواقع الملموس فيقال نفذ المأمور الأمر أي أجراه، أما التنفيذ القضائي فهو الذي يتم تحت رقابة و إشراف القضاء[1].
إذن كان لزاما على المشرع إسناد تنفيذ إجراءات التحقيق إلى القاضي و هو ما تضمنه بالنص ق.إ.م.إ في المادة 82 منه حيث: **" تنفذ إجراءات التحقيق، حسب الحالة بمبادرة من القاضي أو من أحد الخصوم، بموجب أمر شفوي أو تنفيذا لمستخرج الحكم أو نسخة منه".**
إن استقراء نص هذه المادة يؤدي إلى القول بأن المشرع استخدم مصطلح "القاضي" بمعناه الواسع « *LatoSensu* » مجانبا قواعد المنطق القانوني القويم التي تقضي أن القاضي الآمر بإجراء التحقيق هو الذي يتولى تنفيذه و بسط رقابته عليه، ومنه فيجب تحديد القاضي المختص بتنفيذ إجراءات التحقيق، ذلك أن قواعد التنظيم القضائي[2] تسند الفصل في نظر الدعوى بالنسبة للجهات القضائية إلى نظامين، نظام القاضي الفرد و نظام التشكيلة الجماعية[3].
فنظام القاضي الفرد مؤداه أن تتشكل المحكمة من قاضي واحد يتابع سير الدعوى و يستمع للخصوم فيتداول مع نفسه ليصدر حكمه في القضية.
يتميز هذا النظام في أنه يبث في القاضي روح المسؤولية و يكفل سرعة الفصل في المنازعات بأقل المصاريف[4]، مما يجعل المشرع يعترف به كنظام للعدالة القضائية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية عموما، و في نظام تنفيذ إجراءات التحقيق على وجه الخصوص.

---

[1] - نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دار الهدى، الجزائر، سنة 2008، ص 415.

[1] - تميزت الترسانة القانونية للقواعد المنظمة للسلطة القضائية بصدور ثلاثة قوانين عضوية على مراحل، حيث أن أول قانون للتنظيم القضائي بالجزائر كان الأمر 65-278 المؤرخ في 16 نوفمبر 1965، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية بتاريخ 23 نوفمبر 1965، السنة الثانية ، العدد 97، بعدها صدر القانون العضوي 05-11 المؤرخ في 17 يوليو 2005 الجريدة الرسمية عدد 51، فالقانون العضوي 17-06 المؤرخ في 27 مارس 2017 الجريدة الرسمية عدد 20.

[2] - تنص المادة 5 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: " تفصل الجهات القضائية بقاض فرد أو بتشكيلة جماعية، وفقا لقواعد التنظيم القضائي".

[3] - فضل ادم فضل المسيري، قانون المرافعات الليبي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، سنة 2011، ص 27.

لكن بطبيعة الحال« *Ipso Facto* » فإن لأي أصل قانوني استثناء، فقد يتعذر على القاضي أن يشرف بنفسه على مراقبة و تنفيذ إجراء التحقيق المأمور به[1]، نظرا لبعد المسافة أو بسبب المصاريف، ففي هذه الأحوال يجوز له إصدار إنابة قضائية للجهة القضائية المختصة من نفس الدرجة، أو درجة أدنى للقيام بتنفيذ الإجراء المأمور به[2].

إن سهولة التأثير على القاضي في نظام القاضي الفرد و انعدام المشورة فيه و حيث أن قواعد توزيع الاختصاص القضائي تجعل بعض رؤساء الأقسام ينظرون الدعوى بتشكيلة جماعية كان على المشرع أن يعتمد نظام القضاء الجماعي في تنفيذ إجراءات التحقيق بإحداثه لمؤسسة القاضي المقرر، حيث تنص المادة 83 من ق.إ.م.إ: **" يتولى القاضي المقرر، مراقبة تنفيذ إجراء التحقيق المأمور به إذا كان الحكم الذي قضى به صادرا عن تشكيلة جماعية".**[3]

و تجدر الإشارة أن القاضي أو المستشار المقرر لا يتخلى عن القضية محل إجراء التحقيق ذلك أن الحكم الصادر فيه هو من الأحكام قبل الفصل في الموضوع[4]، فالقضية تبقى في حوزته إلى غاية إصدار الأمر بالتخلي و اختتام التدبير المطلوب.

و بين مبدأ العلانية و السرية في إدارة الجلسات تبقى عملية تنفيذ إجراءات التحقيق مفتوحة الخيار في النطاق المكاني للتنفيذ حيث تنص المادة 89 من ق.إ.م.إ: **" تنفذ إجراءات التحقيق أمام الجهة القضائية، في جلسة علنية أو في غرفة المشورة، حسب القواعد المعمول بها في سير الخصومة".**

أما بالنسبة للنطاق الزمني لتنفيذ إجراءات التحقيق، يؤخذ على المشرع عدم تحديده، لمواعيد تنفيذ هذه التدابير و هو ما لا ينسجم و مبدأ عدم إطالة أمد النزاع.

---

[1] - تنص المادة 84 من ق.إ.م.إ: " يمكن للقاضي أن ينتقل خارج دائرة اختصاصه للقيام بإجراء التحقيق أو لمراقبة تنفيذه".

[2] - أنظر نص المادة 108 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[3]- تنص المادة 544 من ق.إ.م.إ:" يجب أن يعين رئيس الغرفة مستشارا مقررا في القضية لتقديم تقريره قبل تاريخ انعقاد أول جلسة ينادى فيها على القضية" ، كما تضمنت المادة 545 وجوب احتواء تقرير المستشار المقرر على الوقائع و الإجراءات و الأوجه المثارة و المسائل القانونية المعروضة للفصل فيها و يتضمن الطلبات الختامية للخصوم.

[4] - تنص المادة 298 من ق.إ.م.إ: " الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو الحكم الآمر بإجراء تحقيق أو تدبير مؤقت.
لا يحوز هذا الحكم حجية الشيء المقضي فيه.
لا يترتب على هذا الحكم تخلي القاضي عن النزاع.

كما يقتضى مبدأ عدم إطالة أمد النزاع أن تكون صياغة النصوص الناظمة صلبة و بعيدة عن التكلف التشريعي و هو الأمر الذي جانبه المشرع في المواد 85، 86و87 من ق.إ.م.إ.[1]

حيث ما يعاب على المادة 85 في فقرتها الثانية، أنها قد أطالت في زمن الإجراء **فما المغزى من إعادة استدعاء الأطراف رغم تحقق قرينة العلم بالإجراء المأمور به في حكم الفقرة الأولى من نفس المادة؟**

كذلك قيام المشرع بإعادة إنتاج جزء من أحكام المادة 85 أعلاه، في حكم المادة 86 من ق.إ.م.إ وهو ما يأخذ عليه على اعتبار أنه تكرار تشريعي غير مطلوب ناهيك عن البناء التشريعي المشوب بعيب في الصياغة بالنسبة للمادة 87 من ق.إ.م.إ[2].

تنتهي عملية تنفيذ إجراءات التحقيق بتحرير محضر من قبل أمين الضبط يودعه بالأمانة[3] غير أن ما يسجل للمشرع هو عدم إدراج الوسائل التقنية في توثيق عملية التنفيذ، انسجاما مع الثورة الرقمية، لذا يدعو الباحث المشرع لإضافة فقرة تبيح للقاضي أن يستعين بالوسائل التقنية الصوتية و المرئية عند إشرافه على عملية تنفيذ إجراءات التحقيق[4].

خصوصا، بعد صدور القانون 15-03 المتعلق بعصرنة العدالة الذي أتاح استخدام المحادثة المرئية عن بعد أثناء الإجراءات القضائية، أين ساير المشرع في هذا القانون العديد من الأنظمة القانونية المقارنة، تجسيدا للمواثيق الدولية التي إعترفت بهذه التقنية لتيسير إجراءات التقاضي، و رفع الغبن عن المحاكم و تحقيق الاقتصاد الإجرائي.

حيث أتاح المشرع حسب المادة 14 من هذا القانون استجواب و سماع الأطراف عن طريق المحادثة المرئية عن بعد لدواعي بعد المسافة أو لحسن سير العدالة، كما أكد كذلك على إمكانية استعمال جهة الحكم المحادثة المرئية عن بعد لسماع الشهود و الخبراء[5].

كما أن المشرع مطالب بالتدخل حول تنفيذ تدابير التحقيق المتضمنة منازعة حول دليل كتابي، حيث أن التطور التكنولوجي رتب الإعتراف بالأدلة الإلكترونية المكتوبة خصوصا في مجال المعاملات المدنية إذ أن للكتابة

---

[1]- أنظر تكرار العديد من المصطلحات حيث تنص المادة 85 من ق.إ.م.إ: " يتم إخطار الخصوم لحضور إجراءات التحقيق المأمور به شفاهة بالجلسة أو بواسطة محاميهم" ، المادة 86: يجوز للخصوم أن يستعينوا بمحاميهم أثناء تنفيذ إجراءات التحقيق، المادة 87: يجوز لممثل أو محامي أحد الخصوم ... متابعة تنفيذه..".

[2] - سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجزء الأول، دار الهدى، طبعة 2011، ص 160.

[3]- المادة 90 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[4] -Gérard Combes, Incidents de procédure , Juris-classeur, fasc 634, 2003,p4.

[3] - المادة 2/15 من القانون 15-03 : " يمكن لجهة الحكم أن تستعمل المحادثة المرئية عن بعد لسماع الشهود و الأطراف المدنية و الخبراء ".

الإلكترونية في الوقت الراهن حجية عظيمة في الإثبات و هذا ما أكده المشرع في القانون المدني في المادة 323 مكرر1، **" حيث يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات على الورق، شريطة إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها"**، كما أنه يعتد بالتوقيع الإلكتروني حسب نفس أحكام الكتابة الإلكترونية .

و في بيان التوقيع الإلكتروني عرفه المشرع بمقتضى القانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين : **" بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مترابطة ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق"، كما أكد على حجيته كدليل أمام القضاء، حيث" لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء لتخلف بعض البيانات الشكلية"[1].**

و أمام هذه النصوص الخاصة، يتواجد المشرع أمام حتمية تعديل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في نطاق تنفيذ إجراءات التحقيق بإدراج هذه المستجدات الواقعية تحقيقا للإنسجام التشريعي و مسايرة للتطور المعلوماتي في مجال الإثبات المدني.

المطلب الثاني:في بطلان إجراءات التحقيق

يعد البطلان من أعقد الأنظمة الإجرائية التي تعرفها قوانين المرافعات المدنية، حيث أن تحديد إجراءات و مواعيد أصول المحاكمات لا تحقق الغاية منها ما لم تكن مدعومة بجزاءات تكفل احترامها و أهم الجزاءات الإجرائية البطلان[2].

فالبطلان وصف قانوني يلحق العمل المخالف لنموذجه القانوني، مخالفة تؤدي إلى عدم إنتاج الآثار القانونية التي يرتبها عليه القانون لو كان صحيحا[3].

و بالاستناد إلى أحكام القسم الرابع من الفصل الثاني من الباب الرابع من الكتاب الأول من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، نسجل عدم وجود أحكام خاصة ببطلان إجراءات التحقيق حيث أحال المشرع إلى القواعد العامة للبطلان الإجرائي و يقع الاستدلال على ذلك بحكم المادة 95 من ق.إ.م.إ: **" يخضع بطلان إجراءات التنفيذ المتعلقة بتدابير التحقيق للقواعد المقررة لبطلان الأعمال الإجرائية".**

---

[1] - أنظر المادتين 2 و 9 من القانون 15- 04 مؤرخ في 2015/02/01 يتضمن القواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية العدد 06، بتاريخ 10 فبراير 2015.

[2]- مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية و التنظيم القضائي، دار الثقافة للنشر، الطبعة الأولى، سنة 2008، ص 260.

[3] - بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، سنة 2008، ص 182.

و يستبين من الاستناد للقواعد العامة للبطلان[1]، أن المشرع يكرس قاعدتين في بناءه للبطلان الإجرائي و هما، لا بطلان دون نص ولا بطلان دون ضرر[2].
إذن يحكم بالبطلان الإجرائي، إذا نص القانون على بطلان تدابير التحقيق و يستوي أن يكون النص على البطلان صراحة كما هو الحال في عدم تحليف الشاهد[3]، أو أن يأتي النص على البطلان دلالة كما لو كان نافيا أو ناهيا كالنص الذي يتضمن عبارة: " لا يجوز أو لا يصح" أو غيرها من العبارات[4].
و يقع على عاتق من تقرر البطلان لمصلحته عبء إثبات الضرر الذي أصابه بكافة وسائل الإثبات على أن تقدر من قبل قضاة الموضوع على اعتباره مسألة واقع خاضع للسلطة المطلقة، لكن هذا لا يعني تحلل قضاة الموضوع من رقابة المحكمة العليا[5]، غير أن المشرع لا يعترف إلا بالبطلان سندا لنص صريح.
إن إجراء التحقيق المحكوم ببطلانه لا يمنع من القيام بعمليات التحقيق من جديد أو تصحيحه، إذا أمكن تصحيح العيب المشوب به[6]، و يتم تصحيح إجراء التحقيق المعيب إما بالنزول عن البطلان من قبل صاحب المصلحة أو عن طريق تكملة الإجراء بالشكل الذي ينقصه[7].
غير أن الواقع العملي في تطبيق إجراءات البطلان في القضايا المدنية يطرح عدة تساؤلات:
أولا: غياب فكرة النظام العام بالنسبة لبطلان قواعد التنظيم القضائي و حصرها فقط في حالة بطلان الأعمال الإجرائية من حيث الموضوع في مسألة الأهلية[8].
ثانيا: **ما هو الموقع القانوني للشكل الجوهري في بطلان الأعمال الإجرائية من حيث الشكل؟**
حيث أن النص على مصطلح عام بعبارة **" الأعمال الإجرائية شكلا"** يفتح الباب لتأويلات متعددة، **فهل من المقبول قانونا أن لا يحكم ببطلان العمل الإجرائي المعيب جوهريا من حيث الشكل من قبل القاضي من تلقاء نفسه سندا لقاعدة لا بطلان بغير نص؟**
ثالثا: إن المشرع لم يحدد مفهوم الأشكال الجوهرية، حيث قام بتحديد حالات البطلان الإجرائي من حيث الموضوع على سبيل الحصر بنص المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: **" حالات بطلان العقود غير القضائية و**

---

[1] - نظم المشرع الأحكام العامة للبطلان في القسم الرابع من الفصل الثاني من الباب الثالث من الكتاب الأول وذلك بالمواد من 60 إلى 66 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
[2] - أنظر المادة 60 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
[3] - أنظر المادة 4/152 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
[4]- عوض أحمد الزعبي، مرجع سابق، ص 332-333.
[5] - مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 293.
[6] - أنظر المادة 96 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
[7] - عوض أحمد الزعبي، نفس المرجع، ص 335.
- أنظر المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.[8]

الإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر فيما يلي:
1- إنعدام الأهلية للخصوم.
2- إنعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي".

غير أنه يعترف بالشكل الجوهري في معرض تعداده لأوجه الطعن بالنقض في المادة 2/358 من ق.إ.م.إ[1]، مما يشكل تضاربا بين نصين تشريعيين يستحيل التوفيق بينهما.

الأمر الذي جعل قضاة المحكمة العليا يقررون بأنه: **" لا يجوز للقاضي، الذي سبق أن فصل في النزاع، أن يفصل من جديد في القضية، بعد النقض و الإحالة في حالة تناقض نصين قانونيين من نفس الدرجة ، يسعى القاضي للتوفيق بينهما، فإن استحال عليه ذلك، استبعدهما معا و طبق القواعد العامة.**

و حيث أنه و كما هو واضح من النصين السابقين، إذ يوجد بينهما تناقض فأحدهما يقضي على أن البطلان لعيب موضوعي جاء على سبيل الحصر، في حين أن الأخر يقضي على أن البطلان لعيب موضوعي غير محصور في القانون، فكل خرق لقاعدة جوهرية في الإجراءات يعد سببا من أسباب البطلان التي يبنى عليها الطعن بالنقض و حيث أنه لا يمكن التوفيق بين النصين، فيجب إخضاعهما إلى مبدأ التهاطر"[2].

يستنتج من أسباب قضاة المحكمة العليا، أنه في حالة تناقض نصين قانونيين من نفس القانون و استحالة الموازنة بينها، يلجأ إلى التهاطر بمعنى استبعاد تطبيق النصين معا و في هذه الحالة يقضي القاضي بالقاعدة العامة للبطلان دون الاعتداد بالشكل الجوهري.

المبحث الثاني: أساليب معالجة القصور التشريعي لإجراءات التحقيق المدنية

لا أحد ينازع بأن للقاضي في الأنظمة الإجرائية الحديثة دور حيوي في إجراءات التحقيق المدنية عبر ما هو مسند إليه من صلاحيات، فله السلطة التامة في التحقق من تقديم الدلائل و المستندات تقديما صحيحا و موازنة بعضها البعض و ترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه منها و استخلاص ما يراه منتجا في الدعوى[3].

فالأمر بإجراء التحقيق لإثبات وقائع يجوز إثباتها بالبينة ليس من حق الخصوم و إنما متروك للسلطة الاستنسابية للقاضي[4].

---

[1] - المادة 1/358 من ق.إ.م.إ: " لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الاتية:
2- إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات".

[2]- راجع في التسبيب الكامل، القرار رقم 0944059، المؤرخ في 2015/09/10 موقع المحكمة العليا الجزائرية.

[1] - سامح محمد كامل السلطان، دور القاضي في الإثبات المدني، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، سنة 2019، ص 12.

- محمد حسين منصور، قانون الإثبات، د.ط، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 1998، ص 17.[4]

و إعمالا لسلطته الاستنسابية، يمكن للقاضي أن يتراجع عن الأمر بإجراء التحقيق، حسب المقتضيات الظرفية المحيطة بالقضية[1]، و يتصور ذلك في حالة اقتناع القاضي بعدم فائدة البينة المقدمة أو لاقتناعه بدليل أخر مطروح في النازلة يجعله يستغني عن التدبير المأمور به[2].

غير أنه ورغم الكسب الثمين الذي توج به قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في مادة إجراءات التحقيق و الدور الإيجابي الذي أسند للقاضي في هذه المرحلة التحضيرية إلا أن حركية الدعوى لا تزال تعرف نوعا من الجمود يقتضي تدخل المشرع من أجل تقويم الأحكام الإجرائية للتحقيق المدني بترسيخ الثوابت و تعزيز الترسانة القانونية للتحقيق المدني و تكريس في فكرة الجزاء المدني بغية نجاح رهان الحكامة القضائية لإجراءات التحقيق في الدعوى المدنية و بناءا عليه، يتم معالجة هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: ترسيخ الثوابت الإجرائية للتحقيق المدني

المطلب الثاني: تكريس آليات الجزاء المدني لفعالية أكبر لإجراءات التحقيق

المطلب الأول: ترسيخ الثوابت الإجرائية للتحقيق المدني

إنالمتمعن في المناقشات التي سادت قانون الإجراءات المدنية و الإدارية النافذ بمقتضى القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يلاحظ الحيز الهام الذي خصصه المشرع لتدابير التحقيق، حيث أن مسار الدعوى المدنية ينبغي أن يساير النظريات الحديثة التي تضفي مسالك بارزة في نظام سير الخصومة القضائية[3]، على أن تكون هذه المواكبة مستندة على أرضية إجرائية تثبت الثابت و تدعم المتغير و لهذه الغاية كرس المشرع جملة من الرواسخ ينبغي أن تكون من أجل فعالية إجراءات التحقيق، حيث لا يلجأ للتحقيق إلا إذا كان ضروريا للفصل في القضية و لغاية كشف الحقيقة[4].

فلا يتصور أن يؤسس القاضي قضاءه على الشك و الريبة، فإن وجه أحد الخصوم طلبا لإجراء التحقيق و كان التدبير لازما لإظهار الحقيقة تعين على القاضي إما إجابة الطلب أو رفضه إن كان يملك العناصر الكافية للنظر في النزاع.

و حيث أن إجراء التحقيق يستهدف كشف الحقيقة، فإن القاضي لا ينبغي أن يلجأ إليه إلا إذا كان مفيدا و منتجا في الدعوى بمعنى أن يساهم التدبير المطلوب في

---

[3]- محمد حسن قاسم، مبادئ الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2005، ص 132.

[4]- أسامة الروبي، مبادئ و إجراءات الإثبات في القانون الإماراتي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، د.س، ص 75.

[1] - الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 06 يناير 2008 لمناقشة مشروع قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية للمناقشات، المجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، رقم 47، 28 يناير 2008، ص 3.

[4] -Gérard Combes, op.cit, p6.

تكوين اقتناعه، و لا يستلزم اعتبار تدبير التحقيق منتجا أن يكون حاسما في عملية الإثبات، حيث يمكن أن يكون ميسرا للفصل في النزاع[1].
إن ترسيخ الثوابت الإجرائية للتحقيق المدني ينبغي أن يكرس فكرة الآجال المعقولة في تقديم الوثائق المحجوزة لدى الغير حيث أن هذا الأمر ينسجم مع مبدأ حسن سير العدالة[2].
كما يعتبر تحديد أجال لإيداع مبالغ مصاريف إجراءات التحقيق لدى أمانة الضبط من قبل المشرع أمرا يجب مراجعته في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[3].
حيث أن المجال مفتوح لتقدير القاضي وهو ما يعتبر منافيا لقواعد التشريع.

لقد استحدث المشرع بموجب المادة 77 من ق.إ.م.إ إجراء التحقيق قبل مباشرة الدعوى مسايرة لتطور فكرة المصلحة، حفاظا على الدليل أو إقامة لوقائع قد تشكل نزاعا مستقبليا[4].

المطلب الثاني:تكريس آليات الجزاء المدني لفعالية أكبر لإجراءات التحقيق

يتطلب تحقيق الحكامة القضائية لإجراءات التحقيق سد مواطن الخلل في التشريع من خلالدعم فكرة الجزاء الإجرائي الذي يعتبر أثرا أو تكييفا قانونيا للعامل الإجرائي الذي لا يتطابق مع مفترض القاعدة القانونية الإجرائية[5].
و من خلال الاستناد إلى قواعد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يتبين لنا أن المشرع يعترف بفكرة الجزاء في العديد من أحكامه فقد نص في المادة 72 منه : " يجوز للقاضي تصفية الغرامة التهديدية التي أمر بها".
كما نجد تكريس فكرة الجزاء الإجرائي مجسدا في شكل غرامات مدنية في مادة التحقيق بمضاهاة الخطوط، فإذا ثبت من التدبير المطلوب أن المحرر

---

[1] - بوبشير محند أمقران، مرجع سابق، ص 233.
[2] - أنظر المادة 73 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
[3] - أنظر المادة 79 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
[4] - أنظر المادة 77 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
[1] - فارس علي عمر علي، زياد محمد شحاذة، التدابير الوقائية للحد من الجزاءات الإجرائية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 3، السنة 3، العدد 12،

محل النزاع مكتوب أو موقع عليه من الخصم الذي أنكره، يحكم عليه بغرامة مدنية من خمسة آلاف دينار إلى خمسين ألف دينار، دون المساس بالتعويضات المدنية و المصاريف[1].

لقد زاد المشرع مقدار الغرامة المدنية مقارنة بما كان عليه الأمر في ظل الأمر 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية[2].

غير أنه، ما يؤخذ على المشرع عدم إفراده لجزاءات مالية في حال عدم حضور الشاهد للإدلاء بأقواله عندما يتعلق الأمر بالتحقيق بشهادة الشهود و هو ما يشكل حسب الباحث معوقا لتجسيد حكامة قضائية حقيقية.

لذا فالمشرع مدعو لتكريس جزاء مدني لمجابهة العنت الذي يصدر من الشاهد المتغيب الذي قد تكون شهادته نقطة تحول في مسار الخصومة القضائية.

إن التحقيق الفعلي لحكامة قضائية لإجراءات التحقيق في الدعوى المدنية، لا يمكن أن يجسد دون إدراج لمبدأ حسن النية الذي يعتبر روح العدالة الإجرائية بين الخصوم، حيث أن هذا المبدأ مكرس في القانون المدني بالنسبة للعقود[3]، و قوامه هو أن تحترم ما قام بينك و بين الطرف الآخر من أوضاع، و أن تنفذها وفقا لذلك و ليس كما تريد[4]، فهو يتمثل في انتفاء الخطأ العمد و انتفاء الغش ، وانتفاء التعسف في استعمال الحق بسوء نية و انتفاء الخطأ الجسيم[5].

قياسا وإسقاطا، يمكن القول بأن التقاضي بحسن نية يعني استعمال الحق الإجرائي من قبل صاحب الصفة و المصلحة بشكل لا يضر بالطرف الآخر في القضية.

لذا فالمشرع مدعو لتقنين هذا المبدأ في قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتباره قانون الشكل مثلما فعل مع القانون المدني باعتباره قانون الموضوع منعا للتعسف في استعمال الحق في مختلف مراحل التقاضي و على وجه الخصوص مرحلة التحقيق و هذا تجسيدا للفعالية القضائية.

خاتمة:

ننتهي في دراسة موضوع الحال إلى القول أن المشرع قد ساير التطورات الاجتماعية و السياسية و الاقتصادية في سنه لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، حيث طور قواعد إجراءات التحقيق في المادة المدنية، محاولا

---

[1] - المادة 174 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

[2] - المادة 78 من قانون الإجراءات المدنية الملغى.

[3] - المادة 107 /1 من القانون المدني.

[4] - إبراهيم عبد المنعم موسى، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، سنة 2006، ص 83.

[5] - عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1988، ص 5.

مسايرة المعايير الدولية في عملية الإدارةالقضائية للإثبات، و يظهر هذا جليا من خلال النتائج المتوصل إليها و التي تعرض كما يلي:

1- صار للقاضي إمكانية التحرك نحو الحقيقة القضائية باستعمال وسائل التحقيق.

2- يسهر القاضي على حسن تنفيذ إجراءات التحقيق، و يمكن لدواعي قانونية أن يسند المأمورية لقاضي أخر.

3- يمكن للقاضي أن يفرض جزاءات مدنية من أجل حمل الخصوم على احترام تدابير التحقيق.

4-إن تحقيق الحكامة القضائية لإجراءات التحقيق المدنية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، رهان قابل للتجسيد إذا ما تم الأخذ بالحسبان المقترحات التالية:

5- وجوب تحديد القاضي المختص بإجراءات التحقيق.

6- ضبط عملية تنفيذ إجراءات التحقيق بمواعيد إجرائية.

7- إضافة حكم تشريعي يسمح باعتماد التسجيلات الصوتية و الرقمية كأسانيد لتنفيذ إجراءات التحقيق.

4- إضافة حكم تشريعي يكرس مبدأ حسن النية في التقاضي من أجل منع التعسف بين الخصوم في مرحلة التحقيق.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمةالمصادر:

أ-الدستور

ب-النصوص القانونية:

1- القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 21.

2– القانون 07-05 مؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن تعديل القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 31.

3– القانون 15-03 مؤرخ في 2015/02/01 يتعلق بعصرنة العدالة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 06.

4– القانون 15-04 مؤرخ في 2015/02/01 يحدد القواعد العامة للتوقيع و التصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية عدد 06.

5- محضر الجلسة العلنية لمناقشة مشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للمناقشات، المجلس الشعبي الوطني، السنة الأولى، رقم 47، بتاريخ 28 يناير2008.

ثانيا /قائمة المراجع:

أ-الكتب:

1- أسامة الروبي، مبادئ و إجراءات الإثبات في القانون الإماراتي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية.

2- إبراهيم عبد المنعم موسى، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، سنة 2006.

3-بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، سنة 2008.
4- سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجزء الأول،دار الهدى طبعة 2011.
5-عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، سنة 1998.
6- عوض أحمد الزعبي، الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، الطبعة الثالثة، المكتبة الوطنية المملكة الأردنية الهاشمية، سنة 2013.
7- فضل أدم فضل المسيري، قانون المرافعات الليبي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، سنة 2011.
8- محمد حسن قاسم، مبادئ الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2005.

9- محمد حسين منصور، قانون الإثبات، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1998.
10- مفلح عواد القضاة، أصول المحاكمات المدنية و التنظيم القضائي،دار الثقافة للنشر الطبعة الأولى، سنة 2008.

11- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، دار الهدى، الجزائر، سنة 2008.

ب-الرسائل الجامعية:

1- بنسالمأوديجا، سلطة القاضي في الإثبات في المادة المدنية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، السنة الجامعية 2014-2015.

2- سامح محمد كامل السلطان، دور القاضي في الإثبات المدني، رسالة ماجستير جامعة الأزهر، سنة 2019.

ج-الإجتهاد القضائي:

1- قرار الغرفة المدنية رقم 0944059 المؤرخ في 2015/09/10 موقع المحكمة العليا الجزائرية، www.coursupreme.dz

د-المقالات في المجلات:

1- فارس علي عمر علي، زياد محمد شحاذة، التدابير الوقائية للحد من الجزاءات الإجرائية، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية و السياسية، المجلد3، السنة 3، العدد12، سنة 2011.

ه-المقالات باللغة الأجنبية:

1-Gérard Combes, Incidents de procédure, Juris-classeur, fasc634,2003.