

MÂAREF **معارف**
Revue académique **مجلة علمية محكمة**

تصدر عن جامعة ألكلي محند أولحاج بالبويرة (UAMOB)

Section: Sciences Juridiques **قسم: العلوم القانونية**

Numéro: 16

العدد: السادس عشر 16

Juin / 2014

شهر: جوان / 2014

8^{eme} Année

السنة الثامنة

الرئيس الشرفي: Président d'honneur

Pr BADARI Kamel

أ. د. بداري كمال

المدير مسؤول النشر: Directeur de publication

Pr. SEROUR Mohamed

أ. د. سرور محمد

رئيس التحرير: Rédacteur en chef

CHIHANI Samir

أ. شيهاني سمير

أعضاء هيئة التحرير: Membres de Rédaction

Dr. SI YUCEF Kaci

د. سي يوسف قاسي

Dr. AISSAOUI Mohamed

د. عيساوي محمد

Dr. LOUNICI Ali

د. لونيس علي

Dr. GATTALE Hamza

د. قتال حمزة

Dépôt Légal:

2006-1369

الإيداع القانوني:

ISSN

1112-7007

ر. د. م. د.

جامعة ألكلي محند أولحاج

البويرة – الجزائر

Université Akli Mohand Oulhaj (UAMOB)

BOUIRA- ALGERIE



معايير النشر في المجلة

يشترط في البحوث والمقالات التي تنشر في مجلة معارف ما يأتي:

- 1- أن يكون البحث مبتكراً أو أصيلاً، وبشكل إضافة نوعية في اختصاصه.
 - 2- أن تتوفر فيه الأصالة والعمق وصحة الأسلوب.
 - 3- ألا يكون قد سبق نشره.
 - 4- أن يلتزم بالقيم الإنسانية وبمعايير البحث العلمي وبخاصة ما يلي:
أ- الابتعاد عن التجريح والإسفاف في القول، والتعريض بالآخرين.
ب- مراعاة البنية المنهجية.
 - ج- ترقيم الهوامش والإحالات تكون إما أسفل النص في نفس الصفحة، أو في آخر المقال، مستقلة عن قائمة المصادر والمراجع.
 - د- إعداد قائمة بمصادر البحث ومراجعته.
 - 5- أن تكون مكملات البحث من خرائط أو جداول في صورتها الأصلية.
 - 6- أن يكون البحث المترجم مصحوباً بأصله المترجم عنه.
 - 7- أن يقدم لإدارة المجلة مسحوباً على ورق ومخزناً في قرص مدجج/ CD أو وسيلة من وسائل استقباله في جهاز الحاسوب.
 - 8- أن تقدم سيرة ذاتية للباحث في ورقة مستقلة عن البحث.
 - 9- أن لا تقل عدد الكلمات بالمقال عن 3000 كلمة.
 - 10- أن يرفق المقال بملخص وبكلمات مفتاحية باللغات الثلاث (العربية، الفرنسية، الإنجليزية).
- مع ملاحظة أن البحوث والمقالات:
- تخضع للتقويم العلمي واللغوي، ويعلم الباحث بالنتيجة، كما أنها تخزن في أرشيف المجلة، ولا ترجع لأصحابها سواء نشرت أم لم تنشر.
 - وهي تعبر عن آراء كتّابها وحدهم، فهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، ولا تتحمل الإدارة أي مسؤولية في ذلك.



الهيئة الاستشارية للمجلة

د/ محمد آيت المكي (المغرب)	د/ عمر صدوق (تيزي وزو)
د/ محمد الحيدروسي (الأردن)	د/ محمد سرور (البويرة)
د/ برهان النفاثي (تونس)	د/ عبد القادر كاشير (تيزي وزو)
د/ قاسي سي يوسف (البويرة)	د/ محمد تاجر (تيزي وزو)

اللجنة العلمية/ لجنة القراءة

د/ علي لونيبي (البويرة)	د/ سي يوسف قاسي (البويرة)
د/ اعمر نحري (البويرة)	د/ محمد عيساوي (البويرة)
د/ شاكر المزوغي (تونس)	د/ بوزيان عليان (تيارت)
أ/ ليندة بلحارث (البويرة)	د/ أحمد سي علي (الشلف)
أ/ فتيحة بشور (البويرة)	د/ كمال الدين قاري (البويرة)
أ/ كمال مخلوف (البويرة)	د/ ناصر حمودي (البويرة)
أ/ خدوجة خلوفي (البويرة)	د/ نور الدين الفقيمي (المغرب)
أ/ دليلة معزوز (البويرة)	د/ حمزة قتال (البويرة)
أ/ الصادق ضريفي (البويرة)	د/ عبد القادر بوراس (تيارت)

التدقيق اللغوي

د/ قاسي سي يوسف - أ/ سمير شيباني
الإخراج الفني والتجهيز الطباعي: أ/ سمير شيباني.



فهرس الموضوعات

4	فهرس الموضوعات
5	كلمة التحرير
	La cyber justice en Algérie: état des lieux et perspectives
1	Kamel FERCHA إجراءات التقاضي أمام القسم الاجتماعي
17	بقلم: دايج سامية دور مجلس المنافسة في حماية الحقوق والحريات في المجال الاقتصادي
51	بقلم محمدي سميرة تمويل الأحزاب السياسية في الجزائر
76	بقلم: ضريفي نادية متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري
99	بقلم: عبد العزيز سمية حدود انتقال آثار العقد إلى الخلف العام في التشريع الجزائري
136	بقلم: رافد فاطمة الحرية التعاقدية للأشخاص العامة
168	بقلم: رمضاوي سليمان الجان، وديموقراطية اللامركزية الإقليمية
205	بقلم: الوافي سامي فاعلية الغرامة التهديدية كآلية لإجبار الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية
223	بقلم: بوضياف عبد المالك



كلمة التحرير

بقلم: أ/ سمير شيباني
رئيس تحرير قسم العلوم القانونية

((...القراءة تصنع إنساناً كاملاً، والمشورة تصنع إنساناً مستعداً، والكتابة تصنع إنساناً دقيقاً)).

"Reading maketh a full man; conference a ready man; and writing an exact man" (Of Studiesby: Francis Bacon)

فرنسيس بيكون (الدراسات)

تستمر مجلة معارف - قسم العلوم القانونية - بإصدار أعدادها، التي تفخر فيها بمؤلفي أبحاثها، وأعضاء لجانها الاستشارية والعلمية، واللغوية.

فها هو العدد السابع عشر من أعداد المجلة يصدر في حلتة الجديدة وبلون جديد، ليكون مع باقي الأعداد منمنمة في الشكل، وفسيفساء في الفكر. وهذا لم يتأت إلا بتضافر الجهود، وتكاتف السواعد.

لهذا نرجو أن يكون هذا العدد استمراراً للأعداد السابقة من حيث توفره على إضافة جديدة لبحر البحث العلمي الجاد، ومساهمته في تنمية الفكر الإنساني، وترقية العمل البحثي في مجال العلوم القانونية مقارنة بمجالات العلوم الأخرى.

ونسأل الله الدوام لهذه المجلة والمزيد من الرقي، بدوام مساهمات الباحثين بمقالاتهم النافعة، وجهود أعضاء هيئة التحرير، والهيئة الاستشارية، ولجنة التقويم والتحكيم؛ الساهرين على إعطاء أفضل وجه لمجلتنا، شاكرين لهم هذا الجهد والتفاني.

La cyber justice en Algérie: état des lieux et perspectives

Kamel FERCHA*

Résumé:

LA CYBER JUSTICE

Ces dernières années, le monde judiciaire algérien a connu d'importants changements dus à l'introduction de l'informatique dans la gestion de la justice: l'accès public en ligne, aux données des affaires en réseau, bornes d'accueil et d'information pour les justiciables. L'emploi des technologies informatiques dans l'administration de la justice n'est pas nouveau mais il est de plus en plus répandu dans le monde en raison des solutions qu'il apporte aux problèmes qui entravent la marche de la justice: réduction du temps et de la qualité du travail, économie des ressources...

L'époque moderne connaît un important mouvement international prônant la résolution des conflits par le biais de l'internet visant en premier lieu, les litiges du cyber espace. Cette nouvelle forme de justice administrée au moyen de l'internet ou cyber justice est une alternative à la justice étatique algérienne et constitue une solution aux multiples problèmes qui entravent sa bonne marche. La cyber justice en Algérie n'est pas une simple fiction, elle peut devenir une réalité si les obstacles juridiques de la mise en place de la justice du futur sont levés.

MOTS CLES: Justice. Informatique. Internet.

Abstract:

THE CYBER JUSTICE

In recent years, the Algerian judiciary has undergone significant changes due to the introduction of IT in the management of justice: the public online access, data networking business, hospitality and terminals Information for litigants...The use of computer technology in the

* Maitre de conférence. Université de Bordj Bou Arreridj.

administration of justice is not new but is increasingly common in the world because it provides solutions to the problems impeding the march Justice: reducing the time and quality of work, resource economics...

The modern era knows a major international movement advocating conflict resolution through the Internet to first, disputes the cyber space. This new form of justice administered through the internet or cyber justice is an alternative to the Algerian state justice and a solution to the many problems that hinder its smooth running. Cyber justice in Algeria is not a mere fiction, it can become a reality if the legal obstacles to the establishment of justice of the future are raised.

KEYWORDS: Justice. Informatique. Internet.

ملخص:

العدالة عبر الانترنت

شهد القضاء الجزائري في السنوات الأخيرة تغيرات هامة، نتيجة إدخال نظام المعلوماتية على إدارة العدالة: التحاق عام بالانترنت، بمعطيات القضايا في شبكاته، محطات الاستقبال والمعلومات بالنسبة للمتقاضين. . .

إن استعمال تكنولوجيا نظام المعلوماتية في إدارة العدالة ليس بالشيء الجديد بل واسع الانتشار في العالم بسبب الحلول التي يوفرها للمشاكل التي تعيق سير العدالة: توفر الوقت والجودة في العمل وكذا الاقتصاد في الموارد.

عرف العصر الحديث حركة دولية هامة تدعو إلى حل النزاعات عن طريق الأنترنت وبالدرجة الأولى نزاعات القضاء الإلكتروني.

إن الشكل الجديد للعدالة الذي يسير عن طريق الأنترنت أو العدالة الإلكترونية هو بديل للعدالة الجزائرية ويشكل حلا لمشاكل عديدة التي تعيق سيره الحسن.

العدالة الإلكترونية بالجزائر ليست مرد خيال، بل بإمكانها أن تصبح واقعا إذا أزيلت العقبات القانونية لإنشاء عدالة الغد.

الكلمات الدالة: نظام المعلوماتية - العدالة - الانترنت.

Introduction

Nous assistons depuis quelques années, en Algérie, à la multiplication du nombre des affaires en justice. Ce phénomène s'explique entre autres par la croissance de la population, le développement des échanges commerciaux du à l'ouverture économique du pays et l'accroissement de la criminalité. Ceci s'est traduit par des délais de plus en plus longs dans la durée des procès et une augmentation du cout de la justice.

Face à l'engorgement des tribunaux et aux couts croissants de la justice d'une part et à "l'inefficacité du règlement des litiges survenant dans l'environnement électronique par les institutions judiciaires traditionnelles " d'autre part, deux solutions sont envisageables.

La première passe par le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits. La deuxième solution, pour les conflits pour lesquels le recours aux tribunaux est inévitable⁽¹⁾, passe par l'automatisation des différentes étapes du processus judiciaire à travers un cyber tribunal, ce qui engendrera un accroissement de l'efficacité du processus, une participation du citoyen et des garanties procédurales⁽²⁾. Il convient donc de rechercher dans quelle mesure une Cyber justice qui réglerait

(1) «Some types of dispute are less likely to be solved bY online proceedings than others. E-commerce, for instance, seems better adapted to ODR than family law disputes or criminal cases. Small claims benefit more from the low costs of ODR than large claims». Thomas SCHULTZ, Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, Dirk LANGER, Vincent BONNET, «Online Dispute Resolution: The State of the Art and the Issues», E-Com Research Project of the University of Geneva, Geneva, 2001, source: <http://www.online-adr.org/reports/The Blue Book-2001.pdf> (dernière visite le 1er janvier 2003).

(2) H. PERRIT Jr. , " the electronic agency and the traditional paradigms of administration law", Review, 70-105.

les conflits par les voies de l'internet, et où des juges et des avocats travailleraient en ligne, peut être mise en place, en Algérie.

Il est utile de se demander aussi dans quelle mesure la justice, d'une manière générale et la justice pénale en particulier peut être mise en œuvre en maintenant à distance les acteurs et en faisant seulement intervenir leur voix et leur image au procès.

Pour ce faire, il y'a lieu d'abord, d'établir dans un premier temps un état des lieux des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans l'administration de la justice algérienne (I) puis de traiter dans un second temps les perspectives de la cyber justice en Algérie (II).

I/ Etat des lieux des NTIC dans l'administration de la justice algérienne

Pour la mise en place d'une cyber justice, il faut deux pré requis:

1/ Les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) et en particulier l'internet.

2/Les règles de régulation ou d'encadrement des pratiques d'e-commerce

L'Algérie dispose t'elle d'infrastructures de base adéquates (A) et de cadre régulateur (B) pour la résolution des conflits par les voies de l'Internet et partant par la cyber justice ?

A/ les infrastructures de base

Depuis quelques années, les nouvelles technologies sont entrées en force dans le quotidien de la société algérienne d'une manière générale et dans celui de la justice d'une manière particulière.

L'introduction de l'informatique dans la gestion de la justice y a apporté de profonds changements, il en a résulté un fonctionnement optimisé et une amélioration de la qualité des services rendus aux citoyens: l'accès public en ligne, aux données des affaires en réseau, bornes d'accueil et d'information pour les justiciables. En effet, des efforts ont été déployés et se sont concrétisés notamment par:

- la réalisation d'une plate-forme ISP fournisseur d'accès internet à haut débit, propre au secteur de la justice

- la conception de sites WEB à travers les cours d'appels

- l'utilisation de l'intranet qui abrite aujourd'hui les bases de données de la justice.

- l'implantation de réseaux locaux sur les sites des juridictions et leur interconnexion avec les juridictions et institutions du ministère de la justice.

- l'implantation d'un guichet électronique au niveau de chaque juridiction, relié aux différents services à l'administration centrale qui permet d'obtenir une information en temps réel sur le cours des affaires, mais aussi d'enregistrer les requêtes, de retirer les jugements, arrêts, casiers judiciaires, certificats de nationalité, etc. . .

Ainsi, l'emploi des technologies informatiques dans l'administration de la justice algérienne est de plus en plus répandu en raison des solutions qu'il apporte aux problèmes qui entravent la marche de la justice: réduction du temps et amélioration de la qualité du travail, économie de ressources etc.

En effet, plusieurs exemples significatifs de l'apport des nouvelles technologies à la justice peuvent être cités:

- la possibilité de formaliser une plainte par internet,
- La visioconférence dans les juridictions pénales consacrée par le législateur⁽¹⁾, permet de faciliter l'audition des parties, des témoins et des experts. Elle permet aussi au juge d'instruction de procéder aux interrogatoires et aux auditions ou confrontations entre plusieurs personnes⁽²⁾.
- La modernisation du casier judiciaire.

On peut donc affirmer que l'Algérie, dispose, aujourd'hui d'un cadre régulateur et d'infrastructures de base adéquates.

Mais en dépit de cette avancée informatique qu'a connu l'appareil judiciaire algérien, la justice continue de s'attacher aux registres, à la présence physique des parties, ce qui n'est pas sans conséquences sur son cout, sur les délais du procès...Il subsiste aussi, malgré les efforts entrepris au cours de ces dernières années, pour améliorer les infrastructures nécessaires au déploiement des techniques de l'information et de la communication, une fracture numérique dans la manière d'exploitation des technologies de l'information et de la communication pour instaurer la compétitivité et la prospérité.

Pour atteindre l'objectif de la "modernisation de la justice"⁽³⁾ que s'est assigné le ministère de la justice, ce qui constitue une étape importante vers la cyber justice, les

(1) Loi n° 15/03 du 1/2/2015, J. O n° 6 du 12/02/2015.

(2) Techniquement, il s'agit d'un système de communication interactif qui retransmet simultanément l'image, la voix des personnes se trouvant en deux ou plusieurs endroits et ce, en temps réel» M. Legras, La justice et les technologies de l'information et de la communication, in *L'administration électronique au service des citoyens*, G. Chatillon et B. Du Marais (dir.), Bruylant, 2003, p. 208.

(3) Loi n° 15-03 du 01/02/2015 relative à la modernisation de la justice. J. O n°06 du 10/02/2015.

pouvoirs publics algériens se doivent de mettre en place une vaste stratégie nationale pour la réduction de la fracture numérique⁽¹⁾ car si l'utilisation des TIC⁽²⁾ offre de nombreux avantages aux justiciables en terme de gain de temps, d'amélioration de l'accès au droit, c'est à la condition que ceux-ci aient les moyens matériels et intellectuels, d'accéder à ces TIC et qu'ils conservent un réel accès au juge.

Le deuxième pré requis nécessaire à la mise en place d'une cyber justice est le cadre juridique.

B/ la nécessité d'un cadre juridique.

Un cadre juridique de régulation qui supporterait et conduirait le commerce électronique est nécessaire et constitue un pré -requis pour la croissance du commerce électronique en général et la cyber justice en particulier»⁽³⁾.

L'Algérie possède-t-elle un cadre juridique qui prend en compte les modes de communication dématérialisés, le commerce électronique, la protection des données confidentielles ou à caractère privé, la signature électronique, la preuve électronique...?

Il est utile de signaler à ce propos que le pays a opéré une avancée notable en matière d'infrastructure juridique destinée à préparer l'introduction de procès en ligne. L'Algérie a adapté ses législations, notamment en ce qui concerne la valeur de l'écrit et la signature électronique, en suivant la tendance

(1) Source: Banque Mondiale: les indicateurs du développement africain, Mars 2010, disponible au <http://databank.worldbank.org/ddp/home.do>

(2) Technologie de l'information et de la communication.

(3) <http://www.algerie360.com/algerie/internet-72-d%E2%80%99internauts-en-algerie-ages-entre-15-et-19-ans-etude-2013/>
www.unctad.org/en/docs/ecdr2003-en.pdf

internationale⁽¹⁾ en faveur de l'adoption de normes au regard desquelles la valeur juridique des messages électroniques joue un rôle important dans la promotion de l'utilisation de la communication sans papier.

Dans ce contexte, on peut citer deux lois principales qui ont bouleversé la culture papier comme unique support des relations entre l'utilisateur et les professionnels civils du droit. D'une part, la loi n°05-10 du 20 /04/ 2005 qui a modifié le code civil algérien et récemment encore la loi n°15-04 du 1/2/2015 relative à la signature et à la certification électronique. Ces deux instruments législatifs ont ouvert la voie vers la dématérialisation des procédures civiles.

Ainsi la loi n°05-10 du 20 Avril 2005 qui a modifié le code civil algérien⁽²⁾ accepte la preuve électronique⁽³⁾ et lui attribue la même valeur probante que l'écrit sur support papier opérant ainsi «une petite révolution» car «conférant à l'écrit électronique la qualité de preuve légale»⁽⁴⁾. L'écrit sous forme

(1) La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international CNUDCI a adopté le 5 juillet 2001 une loi type sur la signature électronique qui vise à rendre l'utilisation des signatures électroniques plus sûre juridiquement. Partant du principe souple énoncé à l'article 7 de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, elle établit une présomption selon laquelle les signatures électroniques qui satisfont à certaines exigences de fiabilité technique sont considérées comme équivalant à des signatures manuscrites. La loi est disponible sur le site de la CNUDCI http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html.

(2) L'Algérie a procédé, en avril 2005, par voie de modification de son Code civil notamment ses articles 323 bis ; 323 ter et 327 pour autoriser la preuve électronique et accorder aux documents électroniques et signatures électroniques la même force probante qu'aux documents papiers dès lors que les conditions d'authenticité sont réunies. (Voir aussi la Loi n° 2000/03 du 5/08/2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications et la Loi n° 2010/12 du 21 déc. 2010 relative à la cyber sécurité et la cybercriminalité).

(3) Article 327 dernier alinéa du code civil algérien.

(4) ADIJ, ANR, *La preuve informatique - Quelles nouveautés techniques pour quelles évolutions juridiques ?*, débats animés par I. de Lamberterie, Bibliothèque de l'Ordre, Paris, 8 déc. 2011.

électronique est, en effet, admis en tant que preuve au même titre que l'écrit sur support papier ", à la condition que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité"⁽¹⁾.

Quand à la loi n°15-04 du 1/2/2015 récemment promulguée, relative à la signature et à la certification électronique⁽²⁾, elle fixe les règles générales relatives à la signature et à la certification électroniques⁽³⁾. Quel que soit le document sur lequel elle est apposée, la signature a donc pour fonction première d'identifier son auteur et d'établir son consentement à ce qu'il a signé.

Ainsi, l' "authentification"⁽⁴⁾ consiste à prouver, une fois l'identification de la personne accomplie, que les informations ainsi obtenues sont véritablement de l'auteur ou de l'origine qu'on leur attribue⁽⁵⁾.

La loi n°15-03 du 1/2/2015 vise la modernisation de la justice à travers la mise en place d'un système informatique centralisé. Elle énonce les dispositions relatives à la dématérialisation des actes de procédure devant les juridictions (communication des documents judiciaires et des actes de

(1) Article 323 Ter du code civil algérien.

(2) Loi n°15-04 du 1/2/2015 relative à la signature et à la certification électronique. J. O n°06 du 10/02/2015.

(3) L'article 2 de ce texte a permis de donner une définition de la signature électronique. Celui-ci dispose: "Il est entendu par signature électronique: les "données sous formes électroniques, jointes ou liées logiquement à d'autres données électroniques, servant de méthode d'authentification". L'article 6 de ce même texte ajoute: " la signature électronique a pour fonction d'authentifier l'identité du signataire et de manifester l'adhésion de ce dernier au contenu de l'écrit sous forme électronique ".

(4) I. Renard, *Vive La signature électronique!*, Delmas, coll. Delmas Express, 2002, p. 18.

(5) G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9e éd. , 2011, p. 957, v. signature.

procédures par voie électronique) ainsi que l'utilisation de la visioconférence dans les procédures judiciaires soit par le juge d'instruction pour l'interrogatoire, l'audition ou la confrontation entre plusieurs personnes ou par les juridictions de jugements qui peuvent eux aussi recourir à cette technique pour l'audition des témoins, des parties civiles et des experts⁽¹⁾. Perçue comme un moyen de modernisation de l'administration de la justice, la visioconférence constitue une mesure de bonne gestion de la justice pénale. Le recours à cette technologie est susceptible d'améliorer l'efficacité de la justice en réduisant les délais et les coûts⁽²⁾. L'un des moteurs de la mise en place de la visioconférence est précisément la limitation des déplacements de personnes détenues et des escortes nécessaires à ceux-ci⁽³⁾.

Cependant si le cadre juridique actuel milite en faveur de la cyber justice, il n'en demeure pas moins qu'il reste insuffisant. Aussi, l'Algérie doit adapter sa législation à ces nouvelles technologies de l'information et de la communication afin de rendre possible la justice du futur.

(1) Cependant, cette loi exige, pour recueillir les déclarations par le tribunal correctionnel du prévenu détenu, par le biais de la visioconférence, le consentement de celui-ci et de celui du ministère public. L'article 16 de ce texte ajoute que l'interrogatoire, l'audition ou la confrontation par visio conférence a lieu dans le tribunal le plus proche du lieu de résidence de la personne dont les déclarations sont requises en présence du procureur de la République et d'un greffier. Cet article ne fait malheureusement pas référence aux droits de la défense et à la présence de l'avocat au cours de cette procédure.

(2) J. Bossand, La visio conférence dans le procès pénal: un outil à préserver in www.dalloz-fr.biblium.u-paris2.fr

(3) L'Angleterre développe l'utilisation de la visioconférence dans le cadre de la première comparution, le prévenu et son avocat se trouvant au commissariat alors que les autres acteurs sont au palais de justice. Le projet répond au nom de *Virtual court*. Voir l'évaluation de ce projet évoquant les gains possibles, M. Terry, S. Johnson et P. Thompson, Virtual Court Pilot. Outcome Evaluation, Ministry of Justice Research Series 21/10, déc. 2010, <http://www.justice.gov.uk/downloads/publications/research-and-analysis/moj-research/virtual-courts.pdf>.

II/ Perspectives de la cyber justice en Algérie

A/ les règlements alternatifs des conflits en ligne

Dans quelle mesure le règlement des conflits en ligne peut servir à instaurer une justice dans le contexte algérien, marqué par des institutions de la justice étatique héritée de la tradition coloniale ?

Aux côtés des méthodes traditionnels de résolution des conflits, peut-on envisager des mécanismes alternatifs qui prennent en compte les spécificités de l'internet en Algérie ?

Signalons, d'abord, que les ODR (Online Dispute Résolution) constituent le prolongement technologique des modes alternatifs des règlements de conflits (MARC) ou Alternative dispute résolution (ADR), s'appuyant sur la médiation, l'arbitrage ou la conciliation⁽¹⁾. Notons, aussi que ces deux mécanismes de règlements de litiges, constituent des modes alternatifs de règlement des conflits en droit algérien.

De nos jours, un peu partout dans le monde et dans tous les secteurs de la vie économique, le recours aux modes alternatifs de règlements des conflits en ligne ou modes électroniques de règlement des litiges (MERL) ou encore Online Dispute Résolution (ODR) comme la médiation et l'arbitrage⁽²⁾, est en hausse constante, ils ont été adaptés au monde électronique et ils tirent particulièrement partie de l'ubiquité de l'espace numérique: les contrats sont conclus en ligne ainsi que les litiges qui en naissent⁽³⁾. Le monopole apparent des tribunaux

(1) L'arbitrage est un mode de règlement des différends par lequel les parties soumettent leurs litiges à une tierce personne pour le trancher.

(2) Ph. Fouchard. E. Gaillard et B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996, pp. 14-15.

(3) La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a adopté le 5 juillet 2001 une loi type sur la signature électronique qui vise à rendre l'utilisation des

étatique est aujourd'hui chose du passé⁽¹⁾.

Les avantages de ces mécanismes ne sont plus à démontrer, on citera entre autres, , le désengorgement des tribunaux, la réduction du couts de la justice ...

Encouragés par les législateurs nationaux qui voient en ces modes un moyen efficace de régulation des litiges issus du cyberspace, ils constituent pour le justiciable une importante économie de temps et d'argent.

L'Algérie pourrait recourir à ces modes de règlements de conflits pour les litiges liés au commerce électronique dans la mesure ou l'essor des affaires exige un cadre juridique et des règles claires et précises qui relèvent de la sécurité juridique et que l'accès aux mécanismes de règlements des litiges s'inscrit dans cette poursuite de la sécurité juridique.

Mais le développement des techniques ODR (Online Dispute Résolution) suppose tout d'abord que la population ait un accès suffisant à la technologie. Mais qu'en est-il de l'accès à l'Internet en Algérie?

En 2013, Internet était utilisé en Algérie par environ 28 % de la population⁽²⁾ (contre 56 % au Maroc et 44 % en Tunisie) et 72 % d'internautes sont âgés entre 15 et 19 ans alors que 40 %

signatures électroniques plus sûre juridiquement. Partant du principe souple énoncé à l'article 7 de la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, elle établit une présomption selon laquelle les signatures électroniques qui satisfont à certaines exigences de fiabilité technique sont considérées comme équivalentes à des signatures manuscrites. La loi est disponible sur le site de la CNUDCI <http://www.uncitral.org/uncitral/ft/uncitral/texts/electroniccommerce/2001Modelsignatures.html>

(1) N. Antaki "Perspectives nord-américaines en médiation", dans Service de la formation permanente. Barreau du Québec. Développements récents en médiation. Cowansville. Edition Y, 1995, p. 171. van Blais

(2) <http://www.algerie-focus.com/blog/2014/06/quel-pourcentage-de-la-population-algerienne-a-acces-a-internet-en-2013/> [archive]

des algériens se connectent tous les jours ou presque⁽¹⁾.

Le nombre d'abonnés Internet est passé de 2. 339. 338 en 2013 à 9. 816. 143 au 30 novembre 2014 grâce à la 3G et 4G⁽²⁾.

Pour ce qui est du marché internet, le bilan fait état d'une nette progression du taux de pénétration, passé de 6, 04% en 2013 à 24, 85% en novembre 2014⁽³⁾.

Selon le rapport du World Economic Forum⁽⁴⁾, l'Algérie se classe respectivement à la 100^{ème} place sur la base du critère de l'usage individuel des TIC, à la 144^{ème} place dans leur usage dans le domaine des affaires, et à la 139^{ème} place dans leur utilisation dans la sphère institutionnelle et gouvernementale.

A l'échelle arabe, l'Algérie se classe à l'avant dernière place suivie de la Lybie⁽⁵⁾.

Le Global Information Technology Report, publié en 2013⁽⁶⁾, constate que la plupart des pays en développement n'ont pas encore réussi à créer les conditions requises pour surmonter le fossé les séparant des économies avancées dans la compétitivité résultant des TIC.

Ce rapport démontre que l'Algérie tarde et qu'elle risque

(1) <http://www.algerie360.com/algerie/internet-72-d%E2%80%99internautes-en-algerie-ages-entre-15-et-19-ans-etude-2013/> [archive]

(2) <http://www.algerie-focus.com/blog/2014/12/la-3g-fait-grimper-le-taux-de-penetration-dinternet-en-algerie/#sthash.BuPXWITZ.dpuf> [archive]

(3) http://www.elwatan.com/economie/la-3g-porte-a-24-le-taux-de-penetration-d-internet-en-algerie-29-12-2014-283375_111.php [archive]

(4) http://www3.weforum.org/docs/WEF_GITR_Report_2013.pdf

(5) Le Qatar se trouve à la 23^{ème} place, les Emirats arabes Unis à la 25^{ème} place et le Bahreïn à la 29^{ème} place. Mondialement, les 10 premiers pays sont: la Finlande, Singapour, la suède, les Pays Bas, la Norvège, La Suisse, le Royaume Uni, le Danemark, les Etats Unis et Taiwan. A l'échelle africaine l'Ile Maurice, l'Afrique du Sud et les Seychelles sont les trois meilleurs classés.

(6) <http://elabweb.dzportail.net/>

d'accuser un déficit de compétitivité mondiale et ne pourra pas récolter les avantages sociaux des TIC.

B/un cyber tribunal en Algérie

La mise en place en Algérie d'un cyber tribunal devant permettre de résoudre des conflits via un juge et des avocats travaillant uniquement en ligne est- il une fiction?

Le développement des nouvelles technologies de l'information a engendré de nouveaux litiges et malgré l'avancée technologique dont a bénéficié l'appareil judiciaire algérien, le recours à l'informatique et à la réseautique pour faciliter la gestion des conflits et l'exploitation de l'information juridique est à notre connaissance inexistant. La justice algérienne est toujours attaché au papier et à la présence physique des personnes et ce, à toutes les étapes des procédures.

L'avènement d'internet et sa vulgarisation en Algérie, au cours de ces dernières années a donné naissance au commerce électronique ou commerce en ligne et le développement de ce commerce est une réalité aujourd'hui en Algérie, et il n' y a qu'à voir sur la toile, tous ces commerçants, ces entreprises nationales ou ces firmes internationales qui utilisent internet pour promouvoir leur image et vendre leurs produits.

Pour les litiges ayant trait au commerce électronique aux noms de domaine, à la diffamation, etc...une justice administrée au moyen de l'internet constitue un moyen rapide et discret pour régler ces différends contrairement à la justice classique qui est lente et coûteuse.

Les cyber litiges ne pouvant être tranchés pas les tribunaux traditionnels, d'où la nécessité de la mise en place d'un «cyber tribunal». Cette institution destinée à régler ces nouveaux

conflits que sont les cyber litiges, permettra, en outre, l'évaluation de l'utilisation des mécanismes alternatifs de résolution des litiges «lesquels ne peuvent être pris adéquatement en charge par les moyens traditionnels du droit»⁽¹⁾.

Les cyber tribunaux ont déjà vu le jour un peu partout dans le monde et leur efficacité n'est plus à démontrer. On citera à titre d'exemple, "l'Online Ombuds Office" né aux Etats-Unis en 1996 à l'initiative de l'Université du Massachusetts, le "Virtual Magistrate qui a débuté en 1996 à Pittsburgh ainsi que le Centre d'arbitrage et de Médiation, de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (O. M. P. I.). L'Algérie peut s'inspirer de l'expérience de ces cybers tribunaux pour régler les problèmes qui entravent la marche de sa justice.

CONCLUSION

Au terme de cette étude, si on ne peut manifestement pas dénier l'intérêt de la cyber justice pour l'Algérie, il est évident qu'un long chemin reste à parcourir. Pour que ce rêve devienne réalité, les infrastructures doivent être d'abord aménagées, le cadre juridique adapté et la formation des acteurs de la justice à ces techniques assurée.

Aussi, il est impératif pour l'Algérie si elle veut atteindre un niveau de compétitivité mondiale et par la même accéder à la cyber justice, d'adapter sa législation et de lever tous les obstacles juridiques à la mise en place de la justice du futur, chose qui nécessite la fiabilisation des processus juridiques ainsi que le financement pour permettre l'acquisition et le déploiement de matériels.

(1) Source: le communiqué de presse du Cyber Tribunal.

Ce n'est qu'aux termes de ces évolutions que le rêve deviendra réalité.

Par ailleurs, si dans le procès civil la cyber justice n'apparaît pas comme une simple fiction, il en va tout autrement pour le procès pénal ou le risque qui est souvent mis en exergue a trait, de manière générale, à la déshumanisation de la justice que peut entraîner l'utilisation des TIC induites par la cyber justice. Il va de soi que la culture de "la justice charnelle" cédera sans nul doute la place à "une justice virtuelle"⁽¹⁾.

En effet, la justice n'est pas un service public comme les autres et la procédure ne doit pas être perçue comme une simple technique d'organisation du procès. Les objectifs de performance, de rentabilité, d'efficacité, s'ils ne doivent pas être extérieurs à la gestion du service public de la justice, ne doivent pas nuire à la qualité de la justice, à sa dimension éminemment humaine⁽²⁾. Sans nier les progrès et les avantages indéniables qu'apporte la cyber justice, il revient à l'Etat algérien d'accompagner cette évolution de tous les moyens et garanties nécessaires. En définitive, il devra veiller à ce que la justice reste humaine et de qualité.

Mais parce qu'il ne s'agit pas que d'une simple réforme technique, la réussite de la cyber justice s'inscrira dans le temps au terme d'une dynamique assez longue à conduire, mais qui doit être anticipée dès à présent.

(1) M. -L. Simoni, M. Valdès-Boulouque, D. Luciani, C. Diaz et H. Simon, Rapport sur l'utilisation plus intensive de la visioconférence dans les services judiciaires, juin 2006, Mission d'audit de modernisation: http://www.audits.performance-publique.gouv.fr/bib_res/v3_200606_rapport_rapport-v3-justice-visioconference.pdf.

(2) Laure Milano, «Visioconférence et droit à un procès équitable», RDLF 2011, chron. n°8 (www.revuedlf.com)

إجراءات التقاضي أمام القسم الاجتماعي

بقلم: دايج سامية*

ملخص:

خص المشرع الجزائري القسم الاجتماعي بصلاحيات وإجراءات خاصة كرسها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، وذلك نظرا لما يتميز به هذا القسم من خصوصية عن بقية الأقسام الأخرى الموجودة بالمحكمة الابتدائية.

حيث يفصل القسم الاجتماعي بتشكيلة جماعية من قاض رئيسا ومساعدين، ويتحدد الاختصاص الإقليمي لهذا القسم إلى المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها إبرام عقد العمل أو تنفيذه أو التي يوجد بها موطن المدعي عليه، وفي حالة إنهاء علاقة العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني تكون المحكمة المختصة هي محكمة موطن المدعي، أما بالنسبة للاختصاص النوعي فقد أفرد القسم الاجتماعي باختصاص نوعي مانع في منازعات حددتها المادة 500 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتخضع الإجراءات التقاضي أمام هذا القسم إلى الإجراءات المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمعمول في الدعاوى الأخرى، إلا أن المشرع خصه ببعض الإجراءات الخاصة وذلك نظرا لطبيعة المنازعة العمالية، إذ أكد على الإسراع في الفصل في الدعوى من خلال تحديد تاريخ أول جلسة ب 15 يوما من تاريخ رفع الدعوى وعلى أن يفصل القاضي الاجتماعي في آجال معقولة، كما ألزم لقبول الدعوى شكلا وجوب احترام آجال رفع الدعوى التي لا تتجاوز 6 أشهر ابتداء من تاريخ تسليم محضر الصلح. إلا أن هذه المواعيد تختلف بالنسبة لمنازعات الضمان الاجتماعي. كما أجاز المشرع الجزائري لرئيس القسم الاجتماعي أن يأمر استعجاليا باتخاذ كل الإجراءات المؤقتة والتحفظية الرامية إلى

*أستاذة بالمركز الجامعي لغلزيان.

وقف كل تصرف من شأنه أن يعرقل حرية العمل ويكون هذا الأمر قابل للاستئناف. أما بالنسبة لطبيعة الأحكام الصادرة عن القسم الاجتماعي فهي تصدر بصفة ابتدائية قابلة للاستئناف إلا أنه توجد بعض المسائل الاجتماعية ينظر فيها رئيس القسم الاجتماعي ابتدائياً ونهائياً وذلك طبقاً لما ورد في المادة 21 من القانون رقم 04/90 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل.

الكلمات المفتاحية: القسم الاجتماعي- المنازعات الاجتماعية- تشكيكة الجماعية- الاختصاص المانع-إجراءات-مواعيد-الأمر الاستعجالي- الأحكام الابتدائية- الأحكام الابتدائية والنهائية.

Résumé:

Le législateur algérien a doté la section sociale de procédures particulières et les a mis en application dans le code de procédure civile et administrative n 08-09 du 25 Février 2008, étant donné les caractéristiques de cette section par rapport aux autres au niveau tribunal de première instance.

La section sociale est composé d'un magistrat président et deux assesseurs. Le tribunal compétent est celui du lieu de la conclusion ou de l'exécution du contrat de travail ou du domicile du défendeur. Cependant, lorsque la rupture de la relation à la suite d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle, le tribunal compétent est celui du domicile du demandeur.

Pour la compétence matérielle , la section social a compétence exclusive dans les litiges prévus par l'article 500 du code de Procédure civile et administrative.

Les procédures de jugement de cette section sont soumises au code de Procédure civile et administrative en vigueur dans les autres actions mais le législateur a doté la section sociale de procédures particulières en fonction de la nature des litiges en matière de travail. il a insisté sur la rapidité jugement de l'action en fixant la date de la première audience 15 jours à compter de la date d'introduction de l'instance et pour la recevabilité de l'action dans la forme, les délais d'introduction de l'instance doivent être respectés sans dépasser le 06 mois à compter de la date de la remise du procès-verbal de conciliation. Tout fois , ces délais divergent pour les litiges de la sécurité sociale. Le législateur algérien a permis au président de la section sociale de rendre une ordonnance de référé pour la prise des mesures provisoires et de réserve pour la préservation de la liberté de travail. Cette ordonnance est susceptible d'appel. Le jugement de la section sociale sont rendus en premier ressort et susceptibles d'appel mais certaines affaires sociales peuvent faire l'objets d'un jugement rendu en premier et dernier ressort conformément à l'article 21 de la loi n 90/04 relative au règlement des litiges individuels en matière de travail.

Mots clés: Section Social – Litiges sociaux- Constitution du tribunal- Compétence matérielle- Procédures – Délais - Ordonnance de référé - jugements en premier ressort - jugements en premier et dernier ressort.

SUMMARY:

The Algerian legislator devotes the social section of authorities and special procedures in the civil and administrative procedures law n 08-09 of 25th, February 2008 that of, what distinguishes this section of the privacy of the rest of the other sections Court of First Instance.

The social section composed by the judge as a president and two assistants ,the regional competence of this section is at the tribunal where in it competence the work contract was signed or executed or in which the defendant live , in case of ending the work relation by cause of work accident or professional illness , the competent tribunal is the resident of the claimant, and for the qualitative competence , the social section was given a no disputed designated in the art 500 of administrative and civil procedures.

The legal procedures in this section be on specific measures applicable in the lawsuit , but the legislator specifies it by specifies it by special procedures view to the nature of the workers disputes ,and he warrant on the acceleration in solving of the lawsuit by fixing the first session 15 days from the date of bring claim, and the social judge has to solve in the limited times, and he had been committed to except the suit in it form by the obligation of respecting the times which cannot be upon 6 months starting from the date of record transmission but the dates changes in the despites of social security. the Algerian legislator permit to the head of social section to order emergently to act the temporary and conservative procedures for stop any behavior could be an obstacle on liberty of work and this is subject to appeal , the judgments pronounced by the social section be on primary and subject to appeal ,but there are some social subjects are pronounced definitively by the social section view to the article 21 of law 90/04 relative to individual work solving.

The keywords:

Social section – social disputes- collective form- competence- obstacle- procedures-times - emergently order – primary and definitive judgments.

مقدمة:

حدد المشرع الجزائري عدد أقسام المشكلة للمحكمة ونوعها وذكرها وهي القسم المدني والتجاري والبحري والاجتماعي والعقاري وقضايا شؤون الأسرة، وتم جدولة القضايا أمام هذه الأقسام بحسب طبيعة النزاع عملاً بأحكام المواد من 423 إلى 536 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي وردت تحت عنوان: "الإجراءات الخاصة بالجهة القضائية"، أما المحاكم التي لم تنشأ فيها أقسام يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية وما يهمنا في هذا البحث القسم الاجتماعي.

لم يتبع المشرع الجزائري ما هو معمول به في كثير من الدول فيما يخص التنظيم القضائي لينشئ محاكم متخصصة بالقضايا العمالية، ولكنه منذ أول تنظيم قضائي أحدثه بعد الاستقلال تبنى تنظيمًا يركز على وحدة المحكمة مع تفرعها إلى أقسام متخصصة، وبعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 والساري المفعول سنة 2009 هيكل المحكمة بأقسام محددة صلاحيات كل قسم منها، وتمشيا مع الإجراءات والمبادئ التي كرسها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أوضح الإجراءات المتبعة أمام كل قسم من هذه الأقسام، ومنها القسم الاجتماعي والذي اهتم به قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عكس ما كان عليه الأمر في القانون الملغى، حيث خصه بتعديلات واختصاصات جديدة لم تكن من قبل. ومن هذا يمكننا طرح الإشكال الآتي: وفيما تتجلى التعديلات والاختصاصات الجديدة التي أدخلها المشرع على القسم الاجتماعي؟ وكيف يتم تحديد الاختصاص أمام القسم الاجتماعي؟ وما هي الإجراءات سير الدعوى أمام هذا القسم؟ وهل أحسن المشرع بوضعه لهذه التعديلات والاختصاصات؟

ولإجابة على هذه التساؤلات ارتأيت تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين، تناولت في المبحث الأول المنازعات الخاضعة للقسم الاجتماعي والذي بدوره نقسمه إلى

ثلاث مطالب ندرس في المطلب الأول تشكيلة القسم الاجتماعي وندرس في المطلب الثاني اختصاص القسم الاجتماعي، ويتناول المطلب الثالث طبيعة المنازعات التي يختص بها القسم الاجتماعي، أما المبحث الثاني فتناول فيه الإجراءات المتبعة أمام القسم الاجتماعي، وهو ينقسم إلى ثلاث مطالب نخصص المطلب الأول لدراسة إجراءات رفع الدعوى أمام القسم الاجتماعي، أما المطلب الثاني فنخصصه للاستعجال أمام القسم الاجتماعي ويتناول المطلب الثالث دراسة طبيعة الأحكام الصادرة عنه.

المبحث الأول: اختصاص القسم الاجتماعي

يختلف القسم الاجتماعي عن بقية الأقسام الأخرى الموجودة بالمحكمة الابتدائية من حيث تشكيلته واختصاصه المانع وهذا ما سندرسه بالتفصيل في هذا المبحث من خلال تبيان تشكيلة هذا القسم ودراسة اختصاصه بما فيه الاختصاص النوعي والإقليمي.

المطلب الأول: الأحكام العامة في تشكيلة القسم الاجتماعي

يتناول هذا المطلب التشكيلة المميزة للقسم الاجتماعي ثم نتطرق لطبيعة صوت تمثيل العمال والمستخدمين وهذا ما سنوضحه كالآتي:

الفرع الأول: التشكيلة الجماعية للقسم الاجتماعي

يتشكل القسم الاجتماعي من قاض رئيسا ومساعدين يتم اختيارهم طبقاً للأحكام المنصوص عليها في تشريع العمل لاسيما المادة 08 من القانون رقم 04/09 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل⁽¹⁾، وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري في

(1) - المادة 8 من القانون رقم 04/90 المؤرخ في 06/02/1990 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، المعدل والمتمم، ج. ر. عدد 68، المؤرخة في سنة 07/02/1990.

نص المادة 502 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾، وبالتالي يفصل القسم الاجتماعي بتشكيلة جماعية تحت طائلة البطلان.

الفرع الثاني: طبيعة صوت تمثيل العمال والمستخدمين

وعليه كقاعدة عامة فإن القسم الاجتماعي يتشكل من قاض رئيسا يعاونه مساعدين من العمال ومساعدين من المستخدمين، واستثناء عن القاعدة العامة يجوز قانونا عقد الجلسة بحضور مساعد من العمال ومساعد من أصحاب العمل على الأقل، وفي حالة غياب المساعدين من العمال أو المساعدين من المستخدمين أو كافة المساعدين، يتم تعويضهم حسب الحالة بقاض أو بقاضيين يعينهما رئيس المحكمة، وإن حدث وأن كان أحد المساعدين من العمال أو المستخدمين من بين الأطراف المتنازعة أو له مصلحة شخصية فهنا يعوض بأحد المساعدين الاحتياطيين، وإذا تعذر ذلك فيتم حسب الحالة تعويضه بقاض ويعين هذا الأخير من طرف رئيس المحكمة. أما فيما يخص كفاءات وشروط انتخاب المساعدين فإنها تخضع لنفس الطرق والشروط المقررة للانتخاب أعضاء مكاتب المصالحة⁽²⁾، ويتمتع المساعدون من العمال والمستخدمين معا بصوت تداولي وإذا تساوت الأصوات يرحم صوت رئيس المحكمة.

يلاحظ في هذا الصدد أنه في السابق كان التمثيل (أي تمثيل العمال والمستخدمين) ذو طابع استشاري على عكس ما هو معمول به حاليا ذو طابع تداولي، كما أن المساعدين في القسم الاجتماعي هم قضاة غير محترفين ينتخبون لمدة معينة من طرف العمال ولهم صوت تداولي ويجلسون مع رئيس الجلسة بصفته كقاض محترف وهو الرئيس وهم المستشارين ويتداولون مع الرئيس في قضايا الشغل والمنازعات

(1) - المادة 502 من قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25/02/2008، الملحق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر، عدد 21، المؤرخة في سنة 2008/04/23.

(2) - المادة 09 وما بعدها من القانون رقم 04/90 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل.

العمالية⁽¹⁾.

إلا أنه فيما يخص تشكيلة القسم الاجتماعي قد يثور التساؤل حول هل جميع القضايا المعروضة على القسم الاجتماعي يجب بالضرورة الفصل فيها بتشكيلة جماعية كما سبق وأن بينا أعلاه؟ وعليه في هذه الحالة يجب أن نتميز بين الصلاحيات المسندة لرئيس القسم الاجتماعي كقاض فرد مثل الفصل في المنازعات الوقتية المتعلقة بممارسة الإضراب، وبين التشكيلة الجماعية.

المطلب الثاني: الاختصاص الإقليمي للقسم الاجتماعي

يتناول هذا المطلب المعايير التي اعتمد عليها المشرع الجزائري في تحديده لاختصاص الإقليمي والتي تأسس على ما جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا ما سيتم بيانه فيما يلي:

الفرع الأول: المعيار التقليدي في تحديد الاختصاص الإقليمي للقسم الاجتماعي

إن المعيار الأساسي الذي اعتمده المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في تحديده لاختصاص الإقليمي للقسم الاجتماعي هو مكان إبرام عقد العمل أو تنفيذه بغض النظر عن موطن المدعى عليه الذي يبقى معيارا تقليديا. وقد أخذ المشرع من خلال المادة 501 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بهذه المعايير وأنهى العمل بالمعيار المتعلق بالمؤسسة الثابتة أو المتنقلة الذي من شأنه خلق صعوبات عند التطبيق والهدف من ذلك هو تسهيل الإجراءات على المدعي الذي غالبا ما يكون العامل الذي قد لا تتوفر له القدرة على تحمل أعباء التنقل إلى مكان إقامة المدعى عليه⁽²⁾.

(1) - أ. فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 186.

(2) - أ. حمدي باشا عمر، القضاء الاجتماعي، دار هوم، الجزائر، سنة 2013، ص ص 152 و 153؛ أ. عبد السلام

الفرع الثاني: المعيار الجديد في تحديد الاختصاص الإقليمي للقسم الاجتماعي

وقد أحدث المشرع معيارا جديدا للاختصاص عندما تكون حالة إنهاء علاقة العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني بحيث تكون المحكمة المختصة هي محكمة موطن المدعي وهذا حماية لحقوق الطرف الضعيف في العقد وهو العامل⁽¹⁾. وهذا ما أكدته نص المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتضح أن هذا الاختصاص الإقليمي للقسم الاجتماعي هو اختصاص وجوبي، وهذا استثناء مقرر لمصلحة العامل الذي تعرض لحادث أو مرض مهني لجأ على إثره المستخدم إلى إنهاء أو تعليق علاقة العمل، وبذلك لا يحق للمستخدم الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي إذا ما رفع العامل دعواه أمام محكمة غير محكمة موطنه⁽²⁾.

المطلب الثالث: الاختصاص النوعي للقسم الاجتماعي

لقد حددت المادة 500 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾ المنازعات الخاضعة للاختصاص النوعي للقسم الاجتماعي ويلاحظ على نص هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يستحدث اختصاصا جديدا للقسم الاجتماعي، وإنما جمع ما هو وارد في النصوص المعمول بها في تشريع العمل والضمان الاجتماعي والتقاعد. وبناءً على ما سبق فإن اختصاص القسم الاجتماعي بالنظر إلى المنازعات الواردة

ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طبعة ثانية منقحة، موفم للنشر، الجزائر، سنة 2011، ص 306.

(1) - تنص المادة 501 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " غير أنه في حالة إنهاء أو تعليق عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يوجد بها موطن المدعي".

(2) - المادة 40 فقرة 08 من ذات القانون؛ أ. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، الجزائر، سنة 2009، ص 125 وما يليها.

(3) - تنص المادة 500 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يختص القسم الاجتماعي اختصاصا مانعا في المواد الآتية: إثبات عقود العمل والتكوين والتمهين؛ تنفيذ وتعليق وإنهاء عقود العمل والتكوين والتمهين، منازعات انتخاب مندوبي العمال، المنازعات المتعلقة بممارسة الحق النقابي، المنازعات المتعلقة بممارسة حق الإضراب، منازعات الضمان الاجتماعي والتقاعد، المنازعات المتعلقة بالاضفاقات والاضفاقيات الجماعية للعمل.

في المادة 500 السالفة الذكر هو اختصاص مانع، ويقصد به أن القاضي الاجتماعي يفصل في القضايا الواردة على سبيل الحصر بالمادة 500 وماعدا ذلك فلا يختص بنظره، وفي حالة إذا عرضت قضية عمالية أمام قاضي القسم المدني أو التجاري بالمحكمة فلا يجوز له إحالة الملف أمام القاضي العمالي وذلك طبقاً للمادة 32 فقرة 04 من ذات القانون بل عليه أن يصرح بعدم الاختصاص النوعي⁽¹⁾.

وقد جاء في نص المادة 20 من القانون رقم 90-04 السالف الذكر أن المحاكم الفاصلة في المسائل الاجتماعية تنظر في:

- الخلافات الفردية للعمل والناجمة عن تنفيذ أو توقيف أو قطع علاقة عمل أو عقد تكوين أو تمهين.

- كافة القضايا التي يخولها لها القانون صراحة.

ويقصد المشرع في الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه "كافة القضايا..." كل من منازعات انتخاب مندوبي العمال والمنازعات المتعلقة بممارسة الحق النقابي، المنازعات المتعلقة بممارسة حق الإضراب، المنازعات المتعلقة بالاتفاقات والاتفاقيات الجماعية للعمل والتي تعتبر من المنازعات الجماعية للعمل، ومنازعات الضمان الاجتماعي والتقاعد. وبالتالي فإن القسم الاجتماعي يختص بتسوية منازعات متعلقة بالعمل، إضافة إلى تسوية منازعات متعلقة بالضمان الاجتماعي وهذا ما سنوضحه فيما يأتي:

(1) - إن توزيع الأقسام على مستوى كل محكمة (القسم المدني، العقاري، التجاري، البحري، شؤون الأسرة) هو توزيع تنظيمي، غير أن تقسيم القضاء على مستوى المحكمة بين الأقسام السابقة الذكر والقسم الاجتماعي وحتى الاستعجالي هو تقسيم نوعي بدليل ما نصت عليه المادة 32 فقرة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "غير أنه المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام، يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا العمالية".

الفرع الأول: المنازعات المتعلقة بقانون العمل

أولاً: منازعات العمل الفردية

من خلال المادة 500 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن القسم الاجتماعي يختص اختصاصاً مانعاً في منازعات العمل الفردية، وقد عرف المشرع الجزائري النزاع الفردي في المادة 2 من القانون رقم 90-04 على أنه: "كل خلاف في العمل قائم بين أجير ومستخدم، بشأن تنفيذ علاقة العمل التي تربط الطرفين، إذا لم يتم حله في إطار عمليات تسوية داخل الهيئات المستخدمة". وعليه من خلال هذا التعريف يتضح أن النزاع الفردي في العمل يتحدد وفق معايير والمتمثلة في: أن يكون النزاع في العمل بين العامل الأجير والمستخدم أو الهيئة المستخدمة⁽¹⁾، وأن يكون موضوع النزاع متعلقاً بتنفيذ علاقة العمل التي تربط الطرفين، وأن لا يكون قد سوي النزاع على مستوى الهيئة المستخدمة.

وقد يكون النزاع الفردي إما: نزاع قانوني، يتعلق بخرق قواعد أمره متعلقة بالنظام العام كتشغيل العمال القصر دون السن القانونية المقررة قانوناً والتي هي 16 سنة، وإما نزاع مصلحي وهو ما يتعلق بخرق قواعد قانونية غير أمره ومثاله النزاع المتعلق بالتسريح التأديبي والتسريح التعسفي⁽²⁾.

وبناءً على ما سبق ذكره، فالمنازعات الفردية للعمل التي يختص بها القسم الاجتماعي والمحددة في المادة 500 من ق.إ.م.إ. هي: المنازعات المتعلقة بإثبات

(1) - العامل الأجير هو كل شخص يؤدي عملاً يدوياً أو فكرياً، مقابل أجر، في إطار التنظيم وحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص يدعى مستخدم. أما المستخدم فهو كل شخص طبيعي تربطه علاقة عمل مع شخص أو أشخاص آخرين كالحامي والموثق والطبيب، كما يكون المستخدم شخصاً معنوياً عاماً أو خاصاً وعادة يكون عبارة عن مؤسسات عامة أو خاصة ذات طابع صناعي أو تجاري. انظر: د. بن عزوز بن صابر، إجراءات تسوية النزاعات الفردية للعمل في التشريع الجزائري، مجلة حوليات كلية الحقوق، كلية الحقوق، جامعة وهران، العدد 3، سنة 2005-2006، ص 65.

(2) - د. بن عزوز بن صابر، المرجع السابق، ص 67.

عقود العمل والتكوين والتمهين، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ وتعليق وإنهاء عقود العمل والتكوين والتمهين.

1- المنازعات المتعلقة بإثبات عقود العمل والتكوين والتمهين:

تنشأ علاقة العمل بعقد كتابي أو غير كتابي⁽¹⁾ وتقوم هذه العلاقة بمجرد قيام العامل بأداء عمل لمصلحة المستخدم وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر بين صاحب العمل والعامل حول طبيعة العمل والأجرة كذا المدة، ويعتبر عقد العمل من عقود التراضي فبمجرد تبادل الإيجاب والقبول ومباشرة العمل فعلا لمصلحة صاحب العمل يقوم عقد العمل ويفهم من ذلك أنه لا يشترط صب عقد العمل في الشكل الكتابي، إلا أنه قد تلجأ المؤسسات إلى إعداد عقود العمل مكتوبة وذلك تسهيلا لعملية الإثبات عند وقوع أي نزاع⁽²⁾، وإذا لم يوجد عقد مكتوب كان على العامل وحده إثبات حقوقه بكافة طرق الإثبات المقررة قانونا فالمرشح حاول تبسيط الإجراءات ولم يشترط الكتابة لإثبات عقد العمل بل أجاز إثباتها بأي الطرق الممكنة قانونا⁽³⁾ ومثال هذا: اعتبار بطاقة الانخراط في النقابة كوسيلة إثبات وجود علاقة عمل.

ويلاحظ أنه في ظل التشريع القديم كان يجب على العامل إثبات وجود ونوعية عقد العمل أو علاقة العمل في آن واحد بمعنى آخر هل هذه العلاقة محددة المدة أم غير محددة المدة، بينما وفي ظل القانون رقم 90-11 وطبقا للمادة 11 منه يفترض أن تكون العلاقة قائمة لمدة غير محددة وذلك في حالة انعدام عقد عمل مكتوب وبالتالي فإنه وبموجب القانون لا يستطيع صاحب العمل إثبات العكس مما يجعله إذا مرتبطا بعلاقة العمل غير المحدودة. وكذلك الأمر بالنسبة لإثبات عقد التكوين والتمهين⁽⁴⁾ فقد

(1) - المادة 08 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 1990/04/21، المتعلق بعلاقات العمل، ج. ر، عدد 17، المؤرخة في سنة 1990/04/25.

(2) - أ. حمدي باشا عمر: المرجع السابق، ص ص 19 و 21.

(3) - المادة 10 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل السالف الذكر.

(4) - عقد التمهين هو العقد الذي تلتزم بموجبه المؤسسة المستخدمة بضمان تكوين مربي منهجي تام لمتمن يلتزم هو الآخر

اعتبرهما المشرع بمثابة خلاف فردي في العمل، وعليه فهما أيضا يخضعان للتسوية القضائية أمام القسم الاجتماعي.

2/- المنازعات المتعلقة بتنفيذ وتعليق إنهاء عقود العمل والتكوين والتمهين:

حدد المشرع الجزائري الحالات التي يتم فيها تعليق عقد العمل من بينها: حالة اتفاق الطرفين المتبادل، عطل مرضية أو ما يمثّلها، حرمان العامل من الحرية مالم يصدر ضده حكم قضائي نهائي، أداء التزامات الخدمة الوطنية وفترات الإبقاء ضمن قوات الاحتياط أو التدريب في إطارها وغيرها⁽¹⁾، وفي هذا الشأن يتم إدراج العامل قانونا في منصب عمله أو منصب ذا أجر مماثل بعد انقضاء الفترة التي تسببت في تعليق علاقة العمل وعليه فإذا تحققت إحدى هذه الحالات ورفضت المؤسسة المستخدمة إعادة إرجاع العامل في منصبه بعد انتهاء الفترة التي علق فيها عقد العمل فإن هذا النزاع إذا سوي قضائيا فيكون ذلك من اختصاص أمام القسم الاجتماعي⁽²⁾.

أما بالنسبة لإنهاء عقد العمل فقد ذكر المشرع مجموعة من الأسباب التي تؤدي إلى ذلك منها: انقضاء أجل عقد العمل ذي المدة المحدودة، العجز الكامل عن العمل، التسريح للتقليص من عدد العمال... وغيرها⁽³⁾، وعليه فإن أي نزاع يتعلق بموضوعه

بالعمل لدى هذه المؤسسة المستخدمة طيلة مدة العقد ويتقاضى عن ذلك أجر مسبقا يحدد سلفا. أما عقد التكوين ففيه تكوين مهني وتكوين متواصل، بالنسبة لتكوين المهني فيقصد به اكتساب تأهيلات تطبيقية ومعارف خاصة ضرورية لممارسة مهنة وهدفه ضمان تأهيل أساسي لكل طالب للتكوين، أما التكوين المتواصل فهو تحيين معارف العمال وتحسين مستواهم ويهدف إلى تشجيع الإدماج وإعادة الإدماج والحركية للعمال وتكييف قدراتهم مع التطور التكنولوجي والمهني ويمنح هذا التكوين في أماكن العمل والمؤسسة. انظر المادة 10 من القانون رقم 81-07 المؤرخ في 27/06/1981، المتعلق بالتمهين، المعدل والمتمم، ج. ر، عدد 26 مؤرخة في 30/06/1981، والمواد من 3 إلى 9 من القانون رقم 08-07 المؤرخ في 23/02/2008، المتضمن القانون التوجيهي للتعليم والتكوين المهنيين، ج. ر، عدد 56 مؤرخة في 02/03/2008.

(1) - المادة 65 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل السالف الذكر.

(2) - المادة 500 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) - المادة 66 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل السالف الذكر.

بأحد هذه الأسباب فإن الجهة القضائية المختصة به هي القسم الاجتماعي. وأيضاً هو الأمر بالنسبة لتنفيذ وتعليق وإنهاء عقود التكوين والتمهين حيث أن المنازعات المتعلقة بها تكون من اختصاص القسم الاجتماعي وذلك طبقاً للمادة 500 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانياً: منازعات انتخاب مندوبي العمال

بالنسبة لمنازعات انتخاب مندوبي العمال، فقد نص القانون رقم 90-11 في المادة 92 منه على حق العمال في انتخاب مندوبيهم، وعليه فإن أي نزاع يكون في هذا الشأن، مثل عدم احترام طريقة الاقتراع التي حددها المشرع، كأن تكون بالاقتراع الفردي الحر والسري للعمال، فإن الاختصاص فيه يرجع إلى القسم الاجتماعي استناداً إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁾.

ثالثاً: المنازعات المتعلقة بممارسة الحق النقابي

بالنسبة للمنازعات المتعلقة بممارسة الحق النقابي، فإن النقابات العمالية هي تنظيمات جماعية يقوم بها العمال في مهنة أو مجال معين بتشكيلها بهدف الدفاع عن حقوقهم وتمثيل مهنهم والنهوض بأحوالهم وحماية لمصالحهم ويمنح القانون لكل تنظيم نقابي الشخصية المعنوية والأهلية المدنية، وحق التقاضي عقب كل وقائع لها علاقة بهدفه أو تمس بمصالح أعضائه الفردية والجماعية، المادية والمعنوية⁽²⁾. ومن صلاحية هذه المنظمات النقابية العمالية المشاركة في المفاوضات، الاتفاقات والاتفاقيات الجماعية داخل المؤسسة المستخدمة، المشاركة في الوقاية من الخلافات في العمل . . . وغيرها⁽³⁾،

(1) - تنص المادة 500 في الفقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: يختص القسم الاجتماعي اختصاصاً مانعاً في . . . منازعات انتخاب مندوبي العمال.

(2) - أ. محمد حسين منصور، قانون العمل، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة 2007، ص 438؛ أ. حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 68.

(3) - المادة 38 من القانون رقم 90-14 المؤرخ في 02/06/1990، المتعلق بكيفية ممارسة الحق النقابي، المعدل =

والنزاع الذي يتعلق بهذا التمثيل النقابي، مثل حالة ممارسة المنظمة النقابية نشاطا مخالفا للقوانين المعمول بها أو ممارسة نشاط غير منصوص عليه في قوانينها الأساسية⁽¹⁾، فيمكن تقديم طلب حلها أمام الجهة القضائية المختصة والمتمثلة في القسم الاجتماعي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾.

رابعاً: المنازعات المتعلقة بممارسة حق الإضراب

أما عن المنازعات المتعلقة بممارسة حق الإضراب، فالإضراب هو امتناع العمال عن العمل بصفة جماعية ومنظمة بقصد حمل أصحاب الأعمال على تحقيق مطالبهم فيما يتعلق بشروط العمل فهو يعد من أهم الوسائل التي يلجأ إليها العمال للضغط على أصحاب الأعمال ومساومتهم للوصول إلى مطالبهم⁽³⁾، وإذا نشب أي نزاع يتعلق بممارسة هذا الحق فإن الجهة القضائية المختصة هي القسم الاجتماعي⁽⁴⁾، ومثاله: الحالة المنصوص عليها في المادة 35 من القانون رقم 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب⁽⁵⁾ والمتمثلة فيما إذا تم احتلال أماكن العمل بالقوة من طرف العمال المضربين أو منعهم للعمال غير المضربين أو لصاحب العمل أو ممثليه من الدخول إلى عملهم أو استمرارهم فيه لاسيما إذا كان القصد من هذه التصرفات عرقلة حرية العمل، فيمكن في هذه الحالة للمستخدم أن يتقدم بطلب أمام القسم الاجتماعي لاستصدار أمر قضائي من قاضي القسم

والمتمم، ج. ر، عدد 23، المؤرخة في 1990/02/07

(1) - المادة 30 من القانون رقم 90-14 المتعلق بكيفية ممارسة الحق النقابي السالف الذكر.

(2) - تنص المادة 500 في الفقرة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: يختص القسم الاجتماعي اختصاصا مانعا في... المنازعات المتعلقة بممارسة الحق النقابي".

(3) - أ. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 502.

(4) - تنص المادة 500 في الفقرة 05 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: يختص القسم الاجتماعي اختصاصا مانعا في... المنازعات المتعلقة بممارسة حق الإضراب".

(5) - القانون رقم 90-02 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، المعدل والمتمم، ج. ر، عدد 6، المؤرخة في 1990/02/07.

الاجتماعي لإخلاء المحلات، وقد خول المشرع الجزائري لرئيس القسم الاجتماعي أن يأمر استعجاليا باتخاذ كل الإجراءات المؤقتة أو التحفظية الرامية إلى وقف كل تصرف من شأنه عرقلة حرية العمل⁽¹⁾.

خامسا: المنازعات المتعلقة بالاتفاقات والاتفاقيات الجماعية للعمل

يختص القسم الاجتماعي أيضا بالمنازعات المتعلقة بالاتفاقات والاتفاقيات الجماعية، فالاتفاقية الجماعية وفقا للمادة 114 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل هي عبارة عن اتفاق مدون يتضمن مجموعة شروط التشغيل والعمل فيما يخص فئة أو عدة فئات مهنية بمعنى آخر يمكن القول أن اتفاقيات العمل الجماعية هي اتفاق ينظم شروط وظروف العمل وأحكام التشغيل ويبرم بين منظمة أو أكثر من المنظمات النقابية العمالية وبين صاحب العمل أو مجموعة الأعمال أو منظمة أو أكثر من منظماتهم⁽²⁾. أما الاتفاق الجماعي فعرفته المادة 114 أيضا من نفس القانون بأنه اتفاق مدون يقوم بمعالجة عنصر معين أو عدة عناصر محددة من مجموع شروط التشغيل والعمل بالنسبة لفئة أو عدة فئات اجتماعية أو مهنية، ويمكن أن يشكل الاتفاق الجماعي ملحقا للاتفاقية الجماعية ويبرم الاتفاق الجماعي شأنه شأن الاتفاقية الجماعية ضمن نفس الهيئة المستخدمة بين المستخدم والممثلين النقابيين للعمال، كما يمكن أن يبرم بين مجموعة مستخدمين أو منظمة أو عدة منظمات نقابية تمثيلية للعمال من جهة أخرى⁽³⁾.

ويعتبر القسم الاجتماعي مختصا في كل نزاع يتعلق بالاتفاقية والاتفاق الجماعي فقد أشارت المادة 134 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل السابق الذكر، أنه في حالة ما إذا قام مفتش العمل بملاحظة مخالفة للاتفاق أو الاتفاقية

(1) - تنص المادة 506 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يمكن لرئيس القسم الاجتماعي أن يأمر استعجاليا باتخاذ كل الاجراءات المؤقتة أو التحفظية الرامية إلى وقف كل تصرف من شأنه أن يعرقل حرية العمل".

(2) - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 474.

(3) - المادة 114 من القانون رقم 90-11 المتعلق بتسوية المنازعات الفردية السالف الذكر.

الجماعية للتشريع والتنظيم المعمول بهما كالنص على عدم السماح بممارسة الحق النقابي، أو عدم احترام الأجور الأساسية الدنيا المطابقة فإنه يقوم بعرض هذا الاتفاق الجماعي أو عرض هذه الاتفاقية تلتقيا أمام الجهة القضائية المختصة والمتمثلة في القسم الاجتماعي⁽¹⁾.

وتجب الإشارة في هذا الشأن إلى أن تصنيف المنازعات إلى منازعات فردية وجماعية ليس قطعيا فقد نجد أنه من بين منازعات العمل الجماعية ما يعتبر أيضا في نفس الوقت من المنازعات الفردية كنشوء منازعة حول سوء تفسير شرط من شروط الاتفاقية الجماعية للعمل والذي يمس أحد العمال (أي عاملا واحدا) بضرر.

الفرع الثاني: منازعات الضمان الاجتماعي

يقصد بمنازعات الضمان الاجتماعي الخلافات التي تنشأ بين المؤمن له أي العامل أو المستفيد من التأمينات الاجتماعي (ذوي الحقوق المؤمن لهم) من جهة وهيئات الضمان الاجتماعي من جهة أخرى حول الحقوق والالتزامات المترتبة على تطبيق قوانين التأمينات الاجتماعية وحوادث العمل والأمراض المهنية والقوانين الأخرى الملحقة بها أو المكملة لها، حيث ينصب موضوع هذه الخلافات عادة حول تقدير التعويض، ونسب العجز والحالة الصحية للمؤمن له والخبرة الطبية وغيرها من المسائل الأخرى⁽²⁾. وتتميز منازعات الضمان الاجتماعي عن منازعات علاقات العمل بكونها أكثر تعقيدا وأكثر تقنية، وهي بموجب المادة 2 من القانون رقم 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي⁽³⁾، تشمل ثلاثة أنواع من المنازعات

(1) - المادة 134 من القانون رقم 90-11 المتعلق بتسوية المنازعات الفردية السالف الذكر.

(2) - أ. أحمية سليمان، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، سنة 2005، ص 177.

(3) - القانون رقم 08-08 المؤرخ في 23 /02/ 2008 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي. ج. ر، عدد 11 مؤرخة في 02 /03/ 2008.

وهي: المنازعات العامة، والمنازعات الطبية، والمنازعات التقنية ذات الطابع الطبي وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

أولاً: المنازعات العامة

يقصد بمنازعات العامة تلك الخلافات التي تحدث بين المؤمن لهم وهيئات الضمان الاجتماعي، حول إثبات الحق في التكفل بالمؤمن له أو بذوي حقوقه، عند وقوع حادث عمل أو مرض مهني وذلك لاختلاف تقدير هذا الحق سواء من حيث مدى توفر الشروط المقررة لثبوته أو حول تكييف حادث ما فيما إذا كان يدخل ضمن حوادث العمل أم لا، أو حول تفسير نص قانوني أو تنظيمي خاص بتحديد الشروط أو الظروف التي ترتب الحق في التكفل أو التغطية التامة أو الجزئية من قبل هيئات الضمان الاجتماعي أو ما إلى ذلك من المسائل الكثيرة والمتنوعة التي يمكن أن تشكل نقطة أو نقاط اختلاف بين المؤمن لهم وهيئات الضمان الاجتماعي والتي تستدعي تدخل أجهزة وهيئات أخرى لتسويتها وإيجاد الحلول المناسبة لذلك⁽¹⁾.

يلاحظ أن المشرع الجزائري في قانون رقم 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي في مادته الثالثة لم يعرف صراحة المنازعة العامة لا من حيث طبيعتها ولا نوعها ولا حتى مفهومها، وإنما اعتبر الخلافات التي تنشأ بين هيئات الضمان الاجتماعي من جهة والمؤمن لهم أو المكلفين من جهة أخرى بمناسبة تطبيق تشريع وتنظيم الضمان الاجتماعي⁽²⁾.

كما يظهر أن المشرع قد اقتصر على حصر المنازعات العامة في الخلافات التي قد ثور بين المستفيدين المؤمنين أو ذوي حقوقهم وهيئات الضمان الاجتماعي، في حين أن هناك نزاعات وخلافات تقوم بين الأطراف غير تلك التي افترضها القانون كملك التي

(1) - أ. أحمية سليمان: المرجع السابق، ص 179.

(2) - المادة 03 من قانون 08-08 المتعلق بمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

ثور بين المستخدمين وهيئات الضمان الاجتماعي أو المؤمن لهم والمستخدمين، والتي بحكم طبيعتها تدخل ضمن المنازعات العامة للضمان الاجتماعي، وعليه فالمشرع الجزائري قد استعمل عند التعرض لموضوع المنازعات العامة في مجال الضمان الاجتماعي أسلوباً مشوباً بكثير من الغموض والإبهام والذي لا يسمح بالوقوف عند تعريف مناسب يزيح جميع العراقيل والعقبات التي تعترض سائر الأطراف المتدخلة في الضمان الاجتماعي بصفة عامة، لذلك يجب تدارك الإغفال القانوني المتعلق بتحديد أطراف العلاقة القانونية في إطار المنازعة العامة لأنه أمر ضروري، وذلك بتوسيع دائرتها لتشمل المستفيدين والمستخدمين والمؤمن لهم من جهة أخرى⁽¹⁾. وقد أوجب المشرع أن يتم رفع الخلافات المتعلقة بالمنازعات العامة أمام لجان الطعن المسبق⁽²⁾ قبل أي طعن أمام الجهات القضائية، حيث اعتبر درجتي التسوية الإدارية التي تتم عن طريق هذه اللجان من النظام العام ولا يمكن للجهة القضائية المختصة النظر في الموضوع إذا لم يحترم الطاعن إجراءات التسوية الداخلية⁽³⁾.

ويظهر اختصاص القسم الاجتماعي من خلال المادة 15 من القانون رقم 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي حيث جاء فيها بأن القرارات الصادرة عن اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق تكون قابلة للطعن فيها أمام المحكمة المختصة، والمتمثلة طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية في القسم الاجتماعي⁽⁴⁾. يوجد بعض المنازعات التي وإن كانت تدخل في إطار المنازعات العامة للضمان

(1) - أ. باديس كشيدة: المخاطر المضمونة وآليات فض المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، مذكرة ماجستير، جامعة باتنة، سنة 2009-2010، ص 71.

(2) - وتمثل لجان الطعن المسبق في كل من اللجنة المحلية المؤهلة للطعن المسبق والتي تبث ابتدائياً في الطعون التي يرفعها المؤمن له اجتماعياً ضد القرارات المتخذة من طرف مصالح هيئات الضمان الاجتماعي واللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق والتي تبث هي الأخرى ابتدائياً في الطعون المرفوعة ضد قرارات اللجان المحلية المؤهلة للطعن المسبق.

(3) - المادة 04 من القانون 08-08 المتعلق بمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي السالف الذكر.

(4) - المادة 15 من القانون رقم 08-08 المتعلق بمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي السالف الذكر.

الاجتماعي، إلا أنها بحكم طبيعتها فإن اختصاص الفصل فيها يؤول إلى إما القضاء المدني كحالة تسبب رب العمل أو الغير في حادث أو مرض مهني، فهنا يمكن لهيئة الضمان الاجتماعي وللضحية أو ذوي حقوقه أن يرفعوا دعوى ضدهم لطلب استرداد المبالغ المدفوعة من الهيئة أو المطالبة بالتعويضات التكميلية، أو إما إلى القضاء الجزائي فيوجد بعض التصرفات المتعلقة بالضمان الاجتماعي والتي تدخل في إطار المنازعة العامة تأخذ منحى آخر لتشكل أفعالا يجرمها القانون ويعاقب عليها جزائيا كالإدلاء بتصريحات مزيفة للحصول على أدايات غير مستحقة، أو أن يؤول الاختصاص إلى القضاء الإداري كما هو مبين في المادة 16 من قانون 08-08 حيث تكون الإدارة طرفا في النزاع بصفتها هيئة مستخدمة⁽¹⁾.

ثانيا: المنازعات الطبية

أن المشرع لم يأت بتعريف واضح ودقيق للمنازعة الطبية، بل اكتفى بحصر النزاع الطبي في تلك الخلافات المتعلقة بالحالة الطبية للمستفيدين من الضمان الاجتماعي أو ذوي حقوقهم لاسيما المرض والقدرة على العمل والحالة الصحية للمريض والتشخيص والعلاج وكذا الوصفات الطبية، فقد اقتصر تعريف المشرع على رسم وعاء موضوعه الحالة الطبية للمؤمن لهم من جهة وهيئات الضمان الاجتماعي من جهة أخرى بمعنى أن أي خلاف تجتمع فيه هذه العناصر يدخل ضمن المنازعة الطبية⁽²⁾.

وتخضع هذه الخلافات في تسويتها إلى إجراء الخبرة الطبية⁽³⁾، ما عدا حالات أخرى وهي حالة العجز الدائم الكلي أو الجزئي الناتج عن حادث عمل أو مرض مهني، وفي حالة قبول العجز وكذا درجة مراجعة حالة العجز في إطار التأمينات الاجتماعية والتي تكون الخلافات الناشئة بشأنها من اختصاص لجنة العجز الولائية المؤهلة في

(1) - أ. باديس كشيدة: المرجع السابق، ص 106.

(2) - المادة 17 من القانون رقم 08-08 المتعلق بمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي السالف الذكر.

(3) - المادة 19 من القانون رقم 08-08 المتعلق بمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي السالف الذكر.

الفصل في الخلافات الناجمة عن القرارات الصادرة عن هيئات الضمان الاجتماعي والمتعلقة بها⁽¹⁾.

ويظهر اختصاص القسم الاجتماعي في هذا النوع من المنازعات أولاً فيما يخص الخلافات المذكورة سابقاً والتي تخضع لإجراء الخبرة الطبية، فقد جاء في المادة 19 فقرة 1 من القانون رقم 08-08 على أنه يمكن إخطار المحكمة المختصة في المجال الاجتماعي لإجراء خبرة قضائية وذلك في حالة استحالة إجراء خبرة طبية على المعني. وثانياً للخلافات التي تبث فيها لجنة العجز الولائية المؤهلة، حيث جاء في المادة 35 من ذات القانون المذكور أعلاه أن قرارات هذه اللجنة تكون قابلة للطعن أمام الجهة القضائية المختصة وهي القسم الاجتماعي⁽²⁾.

ثالثاً: المنازعات التقنية ذات الطابع الطبي في مجال الضمان الاجتماعي

عرف المشرع المنازعات التقنية ذات الطابع الطبي في المادة 38 من القانون رقم 08-08 بأنها الخلافات التي تنشأ بين هيئات الضمان الاجتماعي ومقدمي العلاج والخدمات المتعلقة بالنشاط المهني للأطباء والصيداء وجراحي الأسنان والمساعدين الطبيين والمتعلقة بطبيعة العلاج، والإقامة في المستشفى أو العيادة⁽³⁾.

ويلاحظ من خلال ما سبق أن المشرع لم يقدم تعريفاً دقيقاً وشاملاً للمنازعات التقنية ذات الطابع الطبي⁽⁴⁾ شأنه في ذلك شأن المنازعات الأخرى، وبالرجوع إلى

(1) - المادة 31 من القانون رقم 08-08 المتعلق بمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي السالف الذكر.

(2) - المادتين 19 فقرة 01 و39 من القانون رقم 08-08 المتعلق بمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي السالف الذكر.

(3) - المادة 38 من القانون رقم 08-08 المتعلق بمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي السالف الذكر.

(4) - حصر المشرع الجزائري موضوع الخلافات في المنازعات التقنية ذات الطابع الطبي في طبيعة العلاج والإقامة في المستشفى أو العيادة، في حين أن هناك أخطاء أخرى وأعمال غش ترتكب أثناء ممارسة المهنة الطبية كتوزيع الأدوية والأجهزة الصحية لأغراض مربحة أو جني أرباح طائلة مقابل عمليات جراحية فحوصات وغيرها من الأعمال التي تغاضى عنها المشرع في قانون 08-08، لذا يرجى أن تكون ضمن المراسيم التنظيمية التي تساهم في شرح المواد وتبين كيفية تطبيقها. انظر: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، 181.

القانون رقم 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، السالف الذكر، فإنه نص على آلية واحدة فقط لتسوية النزاع التقني ذو الطابع الطبي، وهذا ما تؤكدته المادة 40 من هذا القانون حيث جاء فيها أنه تكلف اللجنة التقنية ذات الطابع الطبي بالبحث ابتدائياً ونهائياً في التجاوزات التي ترتبت عنها نفقات إضافية لهيئة الضمان الاجتماعي. وتنشأ هذه اللجنة لدى الوزير المكلف بالضمان الاجتماعي، وبالتالي فهذا النوع من المنازعات تفصل فيه لجنة وطنية واحدة توجد على مستوى مقر وزارة العمل والتشغيل والضمان الاجتماعي، وهذا راجع إلى ما يمتاز به هذا النوع من المنازعات من خصوصية لكون أن هذا النوع من الاعتراضات المرفوعة أمام هذه اللجنة يتعلق بمبالغ مالية إضافية صرفتها هيئة الضمان الاجتماعي في أداءات غير مستحقة⁽¹⁾.

كما يختص القسم الاجتماعي أيضاً بمنازعات التقاعد، فالضمان على التقاعد يهدف إلى ضمان دخل يحققه أدنى من مستوى المعيشة لأشخاص الذين بسبب بلوغهم سناً معيناً أصبحوا غير قادرين على مواصلة العمل ويستفيد العامل مهما كان قطاع نشاطه من هذا الحق إذا توافر فيه شرطان وهما مدة معينة من العمل الفعلي، وشرط بلوغ سن معينة. وتنشأ في مجال التقاعد عدة منازعات وكمثال عن هذه المنازعات أنه بالنسبة للعسكريين يتم حساب مدة عامين ضمن سنوات الأقدمية المطلوبة لمنح التقاعد لكن تم إصدار تعليمية إدارية تنص على إيقاف العمل بهذا الأمر وهنا وإعمالاً لقاعدة توازي الأشكال فلا يمكن لتعليمية إدارية إلغاء نص قانوني وعليه نشأت نزاعات في هذا الشأن وعند توجه المعنيين بالأمر إلى القضاء الاجتماعي طبعاً منهم من قضي لهم بحساب عامين ضمن السنوات المطلوبة للتقاعد وأغلبهم قضي لهم بعكس ذلك⁽²⁾.

(1) - المادة 40 من قانون رقم 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي السالف الذكر، أ. حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 196.

(2) - تنص المادة 7 من القانون رقم 83-12 المؤرخ في 02/07/1983، المتعلق بالتقاعد، ج. ر، عدد 28 مؤرخة في 05/07/1983 على مايلي: "يستفيد العمال الذين يعملون في مناصب تتميز بظروف على قدر خاص من الضرر من المعاش قبل بلوغهم السن المنصوص عليها في المادة 6 أعلاه. وتحدد قائمة المناصب المشار إليها أعلاه، وكذا الأعمار المناسبة والمدة =

المبحث الثاني: إجراءات التسوية القضائية أمام القسم الاجتماعي

يتعرض هذا المبحث إلى إجراءات رفع الدعوى أمام القسم الاجتماعي وكذا الاستعجال أمام هذا القسم وكذا التطرق لطبيعة الأحكام الصادرة عن القسم الاجتماعي.

المطلب الأول: إجراءات رفع الدعوى أمام القسم الاجتماعي

تخضع إجراءات التقاضي أمام القسم الاجتماعي إلى الإجراءات المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمعمول به في مختلف الدعاوى المدنية والتجارية... إلخ، وتطبق عليها نفس الأحكام الواردة في المادة 13 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أنه ونظرا للطابع الخاص للمنازعة العمالية أولها المشعر عناية خاصة بها فيما يخص الإسراع في الفصل فيها إذ حدد تاريخ أول جلسة بخمسة عشر يوما من تاريخ رفع الدعوى وأكد على أن يفصل القاضي في آجال معقولة⁽¹⁾، كما أنه يوجد اختلاف بين الدعوى المرفوعة أمام القسم الاجتماعي والدعاوى الأخرى بإضافة شرطين لقبولها شكلا وهما وجوب احترام آجال رفع الدعوى وإرفاق العريضة بمحضر الصلح وهذا ما سنوضحه فيما يأتي:

الفرع الأول: وجوب احترام آجال رفع الدعوى

لم يتطرق قانون الإجراءات المدنية الملغى ولا القانون رقم 90-04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل إلى الآجال الواجب احترامها لرفع الدعوى الاجتماعية أمام القسم الاجتماعي، لهذا السبب كانت تطبق الآجال المنصوص عليها في القانون المدني المتعلقة بالتقادم، بحيث يتقادم بمرور خمس (05) سنوات كل حق دوري

الدنيا الواجب قضاؤها في هذه المناصب، بموجب مرسوم. " كما تنص المادة 66 من نفس القانون على مايلي: "تستمد الأحكام المتعلقة بالعسكريين والملحقين بهم فيما يخص معاشات التقاعد من هذا القانون".

(1) - المادة 505 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

متجدد ولو أقرب به المدين ومن بين هذه الحقوق مرتبات الموظفين وأجور العمال والمعاشات وبسنة واحدة المبالغ المستحقة للعمال والأجراء مقابل عملهم متى كانت هذه الحقوق غير دورية⁽¹⁾.

غير أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد حدد آجالاً لرفع الدعوى أمام القسم الاجتماعي والتي لا تتجاوز 6 أشهر ابتداءً من تاريخ تسليم محضر عدم الصلح، وإذا لم ترفع الدعوى خلال هذا الأجل فإنها تسقط لمضي المدة المقررة قانوناً⁽²⁾. وقد تفادى المشرع جعل هذا الأجل يبدأ من تاريخ التسريح، لما لوحظ من صعوبات في تسليم محاضر عدم الصلح قد يضطر في بعض الأحيان العمال إلى اللجوء إلى القاضي للمطالبة بهذه الوثيقة⁽³⁾.

أما بالنسبة للآجال والمواعيد القانونية الخاصة بالمنازعات الضمان الاجتماعي فإنها تختلف عن المواعيد التي حددتها المادة 405 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تتمثل فيما يلي:

أولاً: في مجال المنازعات العامة

فإنه وفقاً للمادة 15 من قانون 08-08 تكون قرارات اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق يتم الطعن فيها أمام القسم الاجتماعي خلال ثلاثين (30) يوماً ابتداءً من تاريخ تسليم تبليغ القرار المعترض عليه أو خلال أجل ستون (60) يوماً ابتداءً من تاريخ استلام العريضة من طرف اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق إذا لم يتلق المعني أي رد على عريضته.

(1) - المواد 1/309، 2/312 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج. ر، عدد 78، المؤرخة في 03 سبتمبر 1975.

(2) - المادة 504 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(3) - أ. عبد السلام ديب، المرجع السابق، ص 306، أ. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغداد، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2010، ص 361.

ثانياً: في مجال المنازعات الطبية

استناداً إلى نص المادة 35 من قانون 08-08 فإن أجل الطعن في قرارات لجنة العجز والولاية أمام القسم الاجتماعي يكون في أجل ثلاثين (30) يوماً ابتداءً من تاريخ استلام تبليغ القرار.

إضافة إلى هذا يجب توافر شرط آخر لقبول الدعوى شكلاً وهو وجوب إرفاق العريضة الافتتاحية بنسخة من القرار الصادر من اللجان الولائية أو الوطنية المؤهلة للطعن والمطعون فيه وهذا ما أكدته المحكمة العليا⁽¹⁾.

الفرع الثاني: وجوب إرفاق العريضة بمحضر عدم الصلح

للحصول على محضر الصلح يجب على طرفي النزاع اللجوء إلى التسوية الودية الداخلية، وفي حالة عدم تعرض الاتفاقيات إلى تلك الإجراءات على العامل الالتزام باحترام الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، فمثلاً الاتفاقية الجماعية لمؤسسة سوناطراك ألزمت العامل في حالة النزاع بعرض شكواه على مسؤوله المباشر المؤهل قانوناً الذي يرد على الشكوى خلال خمسة أيام من إخطاره، وإذا استمر النزاع، يخطر العامل مدير الوحدة الذي يرد خلال عشرة أيام من إخطاره، وإذا بقي النزاع مستمراً يخطر العامل المسؤول الأعلى على مستوى المؤسسة والذي يرد على الشكوى خلال اثني عشرة يوماً، وفي حالة فشل إجراءات التسوية الودية التي تتم داخل المؤسسة المستخدمة، يمكن للعامل إخطار مفتش العمل المختص إقليمياً بواسطة عريضة مكتوبة أو بحضوره شخصياً والذي يقوم خلال ثلاثة أيام من إخطاره بعرض النزاع على مكتب المصالحة، فإذا لم يحضر المدعى عليه أو ممثله المؤهل في التاريخ المحدد فإنه يستدعى للجلسة الثانية التي تنعقد في أجل أقصاه ثمانية أيام من تاريخ الاستدعاء، أما إذا غاب المدعى عليه في

(1) - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا، ملف رقم 186766، المؤرخ في 09/11/1999، المجلة القضائية، سنة 2000، العدد 07، ص 113

الجلسة الثانية يحرر محضر عدم الصلح لعدم حضوره وتسلم نسخة منه إلى المدعي أثناء الجلسة، وإذا حضر الطرفان لجلسة الصلح واستمر الخلاف بينهما يحرر مكتب المصالحة محضرا لعدم الصلح، ويعتبر محضر عدم الصلح حجة إثبات ما لم يطعن فيه بالتزوير، ولا يجوز أن يتضمن شروطا تتنافى مع النصوص التشريعية والتنظيمية السارية المفعول⁽¹⁾.

وبناءً عليه، يعتبر محضر الصلح شرطا أساسيا بدونه ترفض الدعوى شكلا وهذا ما أكدته المادة 19 من القانون رقم 90-04 المتعلق بتسوية المنازعات الفردية في العمل حيث نصت صراحة على أنه: "يجب أن يكون كل خلاف فردي خاص بالعمال موضوع محاولة للصلح أمام مكتب المصالحة قبل مباشرة أي دعوى قضائية"، كما أقرته الغرفة الاجتماعية في العديد من القرارات حيث اعتبرت إجراء الصلح من القواعد المتعلقة بالنظام العام⁽²⁾. وفي قرار آخر نقضت الحكم النهائي القاضي بإعادة إدماج العامل في منصب عمله الذي أسسه القاضي الاجتماعي على رفض الهيئة المستخدمة تنفيذ محضر المصالحة الذي تم الاتفاق عليه بين الطرفين على إعادة الإدماج، فكان على المدعي اللجوء إلى القسم الاجتماعي بغية التماس التنفيذ المعجل لما ورد في محضر الصلح مع غرامة تهديدية يومية لا تقل عن 25 بالمائة من الأجر الوطني المضمون، بعد انقضاء مهلة الوفاء المحدد ب خمسة عشر يوما من تاريخ استصدار الأمر على عريضة، وليس على أساس دعوى في الموضوع، ومن ثم كان على القاضي رفض الدعوى شكلا⁽³⁾.

غير أنه توجد استثناءات عن قاعدة وجوب القيام بمحاولة الصلح والتي نصت عليها

(1) - بن عزوز بن صابر، الإجراءات المتبعة أمام القسم الاجتماعي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة دراسات قانونية، يصدرها مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، العدد 7، ماي، 2010، ص73.

(2) - قرارات الغرفة الاجتماعية بالحكمة العليا، قرار رقم 153913 المؤرخ في 1997/12/09، والقرار رقم 182155 المؤرخ في 1999/09/14 والقرار رقم 206872 المؤرخ في 2000/11/15، أشار إليها الدكتور بن عزوز بن صابر في المرجع السابق الإجراءات المتبعة أمام القسم الاجتماعي، ص74.

(3) - قرار الغرفة الاجتماعية بالحكمة العليا، ملف رقم 305198 المؤرخ في 2005/06/08، قرار أشار إليه الأستاذ حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص272.

المادة 19 فقرة 1 من القانون رقم 90-04 المتعلق بتسوية المنازعات الفردية والتي تتمثل في:

- تستثنى من محاولة الصلح المنازعات الفردية للعمل التي يكون طرفا فيها الموظفون والأعوان الخاضعون للأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية (1).

- تكون محاولة الصلح اختيارية في حالة ما إذا كان المدعى عليه يقيم خارج التراب الوطني أو في حالة الإفلاس والتسوية القضائية من قبل صاحب العمل.

المطلب الثاني: الاستعجال أمام القسم الاجتماعي

يتعرض هذا المطلب إلى صلاحية رئيس القسم الاجتماعي في إصدار الأوامر الاستعجالية، ثم تتعرض لطبيعة هذه الأوامر وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

الفرع الأول: صلاحية رئيس القسم الاجتماعي في الاستعجال

أجاز المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (2) لرئيس القسم الاجتماعي أن يأمر استعجاليا باتخاذ الإجراءات المؤقتة أو التحفظية الرامية إلى وقف كل تصرف من شأنه أن يعرقل حرية العمل والسير الحسن للمؤسسة كمنع الدخول إلى العمل أو احتلال أماكن العمل بطريقة غير شرعية، وهذه الإجراءات تؤكد اجتهاد المحكمة العليا الذي تأقلم مع الواقع الاقتصادي لمعالجة مثل هذه الأوضاع خاصة أنه من الملاحظ أن الإضراب لا يخضع في الكثير من الحالات لما ينص عليه القانون من إجراءات مسبقة. لهذا فالمشرع من خلال المادة 35 من القانون رقم 90-02 السابق الذكر، منع العمال المضربين من احتلال المحلات المهنية التابعة للمستخدم عندما يكون

(1) - الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15/07/2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج. ر، عدد 46، المؤرخة في 16/07/2006.

(2) - المادة 506 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

هذا الاحتلال مستهدفا لحرية العمل، ويمكن للقاضي في هذه الحالة إصدار أمر قضائي بإخلاء المحلات المهنية وذلك بناء على طلب المستخدم.

الفرع الثاني: طبيعة الأوامر الاستعجالية

وتكون الأوامر الاستعجالية الصادرة عن رئيس القسم الاجتماعي قابلة للاستئناف، غير أنه لا يترتب على هذا الاستئناف وقف تنفيذ الأمر الاستعجالي⁽¹⁾، وتعود الغاية من الصلاحيات الممنوحة لرئيس القسم الاجتماعي كقاضي الأمور المستعجلة هو ضمان الإسراع في الفصل والحكم في الملف، وكذا تفادي حالة تضارب الأحكام القضائية.

المطلب الثالث: طبيعة الأحكام الصادرة عن القسم الاجتماعي

تعرض في هذا المطلب إلى صلاحية رئيس القسم الاجتماعي في إصدار أحكام ابتدائية ونهائية خروجاً عن القواعد العامة، وكذا صلاحيته في الأمر بالتنفيذ الفوري قوة القانون رغم استعمال كل طرق الطعن، وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

الفرع الأول: صلاحية رئيس القسم الاجتماعي في إصدار أحكام ابتدائية ونهائية

طبقاً للقواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تصدر الأحكام في المواد الاجتماعية بصفة ابتدائية قابلة للاستئناف أمام الغرفة الاجتماعية بالمجلس القضائي، غير أنه نظراً لطبيعة وخصوصية المنازعات المعروضة على القسم الاجتماعي جعل المشرع يخرج عن القاعدة العامة، حيث أعطى لرئيس القسم الاجتماعي الاختصاص بإصدار أحكام ابتدائية ونهائية عند النظر في المسائل الاجتماعية وهذا حسب المادة 21 من قانون 90-04 عندما تتعلق الدعوى أساساً بـ:

- إلغاء العقوبات التأديبية التي قررها المستخدم ضد المدعي دون تطبيق الإجراءات

(1) - المادة 507 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

التأديبية و/أو الاتفاقية الإجبارية، وهذا ما ذهبت إليه الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا في إحدى قراراتها عندما نقضت القرار الصادر عن مجلس قضاء سعيدة الذي قبل الاستئناف في الحكم النهائي الصادر عن محكمة سعيدة القاضي بإعادة إدماج العامل إلى - منصب عمله لأصلي بعدما تم تنزيله من رتبة نائب مدير إلى حارس دون أن تقوم المطعون ضدها بالإجراءات القانونية⁽¹⁾.

- تسليم شهادات العمل وكشوفات الرواتب أو الوثائق الأخرى المنصوص عليها قانونا لإثبات النشاط المهني للمدعي، حيث يحق لكل عامل مهما كانت وضعيته في الترتيب السلمي أن يطالب صاحب العمل بتسليمه وثيقة تثبت الأجر المدفوع للعامل تسمى بقسيمة الأجر ويجب أن يدرج جميع البيانات الواجب تقييدها في هذه القسيمة، إضافة إلى حق العامل في الحصول على شهادة عمل تتضمن كافة البيانات والمعلومات الخاصة منها تاريخ التوظيف وتاريخ إنهاء علاقة العمل وكذا المناصب التي شغلها العامل والفترات المناسبة لها وهذا ما جاءت به المادة 67 من قانون 90-11.

الفرع الثاني: صلاحية رئيس القسم الاجتماعي في إصدار أحكام مشمولة بالتنفيذ الفوري

يمكن لرئيس القسم الاجتماعي واستثناء عن القاعدة العامة التي تقضي بالأثر الموقوف لطرق الطعن العادية، إصدار أحكام مشمولة بالتنفيذ الفوري بقوة القانون في بعض القضايا، وعليه يجوز للمحكوم عليه أن ينفذ حكمه مباشرة بعد التبليغ وذلك رغم المعارضة والاستئناف، ومن هذه القضايا ما نصت عليه كل من المادة 22 من قانون 90-04 والمادة 509 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي تتمثل فيما يلي:

أولاً: القضايا المتعلقة بتطبيق أو تفسير اتفاقية أو اتفاق جماعي للعمل

حيث يحق للعمال المرتبطون بالاتفاقية الجماعية أن يرفعوا دعاوى تتعلق بتنفيذ

(1) - قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا، ملف رقم 168821 المؤرخ في 1999/02/29، القرار أشار إليه الدكتور بن عزوز بن صابر في مرجعه الإجراءات المتبعة أمام القسم الاجتماعي، المرجع السابق، ص 75.

وتطبيق الأحكام الواردة في الاتفاقيات الجماعية في حالة خرق صاحب العمل الالتزامات الواردة فيها أو العكس أي يكون العامل هو الذي أخل بتنفيذ الالتزامات الواردة فيها، كما يحق للمنظمة النقابية المرتبطة باتفاقية جماعية أن تقيم دعوى باسمها ضد صاحب العمل الذي أخل بتنفيذ الأحكام الواردة في الاتفاقية أو الاتفاق الجماعي⁽¹⁾.

ثانياً: القضايا المتعلقة بتطبيق أو تفسير محضر المصالحة في إطار المنازعات الفردية

حيث يعتبر محضر الصلح المحرر من قبل مكتب المصالحة محضراً تنفيذياً ومتى رفض صاحب العمل تنفيذ الاتفاق الوارد فيه، أمكن للعامل اللجوء إلى قاضي القسم الاجتماعي بغية التماس التنفيذ المعجل مع تحديد غرامة تهديدية يومية لا تقل عن 25 بالمائة من الأجر الوطني الأدنى المضمون، بعد انقضاء مهلة الوفاء المحددة بـ 15 يوماً من تاريخ استصدار الأمر، ويكون لهذا الأمر صفة التنفيذ المعجل رغم المعارضة والاستئناف⁽²⁾.

خاتمة:

في الأخير يمكن القول أن المشرع أحسن بإدخاله للكثير من التعديلات فيما يخص القسم الاجتماعي، حيث سعى إلى تجسيد خصوصية القواعد الموضوعية المنظمة لعلاقات العمل وذلك بإخضاع المنازعات الناشئة عن هذه العلاقات لضوابط إجرائية كرسها القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد 09/08، وعليه وفي هذا السياق يمكن تقديم بعض الملاحظات المتعلقة بالأحكام الخاصة بالقسم الاجتماعي والواردة في هذا القانون وأهمها:

- كان على المشرع فيما يخص تشيكة القسم الاجتماعي - بما أن هذا الأخير مختص بمنازعات الضمان الاجتماعي- أن يضع ضمن التشيكة ممثلي صندوق الضمان

(1) - د. بن عزوز بن صابر، الإجراءات المتبعة أمام القسم الاجتماعي، المرجع السابق، ص 79.

(2) - المرجع نفسه، ص 80.

الاجتماعي في المنازعات التي يكون طرفا فيها.

- فيما يتعلق بالاختصاص الإقليمي والذي يخص حالة إنهاء علاقة العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني حيث يؤول الاختصاص للمحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها موطن المدعي، فهو تعديل ايجابي في صالح العامل الطرف الضعيف، فقد أحسن المشرع في هذه المسألة لأنه أراد تخفيف العبء عليه ثم أن الطرف الممتاز ماليا هو الذي يتنقل وليس العكس.

- أعطى المشرع اختصاص نوعيا للقسم الاجتماعي لا يجوز مخالفته لأنه من النظام العام.

- فيما يخص إدراج المشرع اختصاص للقسم الاجتماعي وهو كما سبق الذكر جواز تقديم العامل أو رب العمل طلب التنفيذ الفوري في حالة إما الامتناع عن تنفيذ المصالحة من قبل أحد الأطراف أو حالة الامتناع عن التنفيذ الكلي أو الجزئي للاتفاق الجماعي للعمل، ففي السابق عندما لا يلتزم أحد الأطراف في تنفيذ المصالحة أو الاتفاق الجماعي كان يعرض النزاع على قاضي الموضوع فقط وبعد صدور الحكم الاجتماعي والتبليغ يجوز استئناف الحكم مما يجعل المدة تطول، عكس ما هو الآن، يفصل بأمر استعجالي وحتى ولو تم الاستئناف لا يوقف التنفيذ.

- أن المشرع أعطى اختصاص استعجالي للقسم الاجتماعي في عدة حالات، ويعد هذا التعديل مهم ذلك أن القاضي الفاصل في الموضوع تكون له أكثر دراية بأصل النزاع، وعندما يطرح عليه أمر استعجالي فإنه الأقرب للموافقة على الطلب أو الرفض.

- حل مشكلة تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في قرارات لجنة العجز الوالائية بحيث يرجع الاختصاص للقسم الاجتماعي بعدما كان الاختصاص يعود إلى الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا.

- كما أن المشرع حدد آجال رفع الدعوى أمام القسم الاجتماعي فهي لا تتجاوز 6 أشهر من تاريخ تسليم محضر عدم الصلح، كما أنه أكد بالإسراع في الفصل فيها إذ حدد تاريخ أول جلسة بخمسة عشر يوما من تاريخ رفع الدعوى وعلى أن يفصل القاضي في آجال معقولة.

قائمة المراجع:

أولا: المؤلفات

1- المؤلفات العامة:

- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2011.
- خليل بوصنوبرة، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، منشورات نوميديا، الجزائر، 2010.
- عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية، 2011.
- فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- فضيل العيش، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، الجزائر، 2009.
- محمد حسين منصور، قانون العمل، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

2- المؤلفات الخاصة:

- أحمية سليمان، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2003.
- رشيد واضح، علاقات العمل في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

ثانيا: المقالات

- بن عزوز بن صابر، إجراءات تسوية النزاعات الفردية للعمل في التشريع الجزائري، مجلة حوليات كلية الحقوق، تصدرها كلية الحقوق، جامعة وهران السانبا، العدد الثالث، 2005-2006.

- بن عزوز بن صابر، الإجراءات المتبعة أمام القسم الاجتماعي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة دراسات قانونية، يصدرها مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، العدد 7، 2010.

ثالثا: المذكرات

- باديس كشيدة: المخاطر المضمونة وآليات فض المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، مذكرة ماجستير، جامعة باتنة، سنة 2009-2010.

رابعا: النصوص القانونية:

أ- القوانين

- القانون رقم 81-07 المؤرخ في 27/06/1981 المتعلق بالتمهين المعدل والمتمم. ج. ر، عدد 26 مؤرخة في 30/06/1981

- القانون رقم 83-12 المؤرخ في 02/07/1983 المتعلق بالتقاعد المعدل والمتمم، ج. ر، عدد 28 مؤرخة في 05/07/1983

- القانون رقم 83-15 المؤرخ في 02/07/1983 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي. ج. ر، عدد 28 مؤرخة في 05/07/1983.

- القانون رقم 90-02 المؤرخ في 06/07/1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب المعدل والمتمم. ج. ر، عدد 6 مؤرخة في 07/07/1990.

- القانون رقم 90-04 المؤرخ في 06/02/1990 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل المعدل والمتمم. ج. ر، عدد 6 مؤرخة في 07/02/1990.

- القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21/04/1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم. ج. ر، عدد 17 مؤرخة في 25/04/1990.
- القانون رقم 90-14 المؤرخ في 02/06/1990 المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي المعدل والمتمم. ج. ر، عدد 23 مؤرخة في 06/06/1990.
- القانون رقم 99-10 المؤرخ في 11/11/1999 المعدل والمتمم للقانون رقم 83-15 ج. ر، عدد 80 مؤرخة في 14/11/1999.
- القانون رقم 08-08 المؤرخ في 23/02/2008 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي. ج. ر، عدد 11 مؤرخة في 02/03/2008.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج. ر، عدد 21 مؤرخة في 23/04/2008.
- ب- الأوامر:
- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج. ر، عدد 49 مؤرخة في 11/06/1966.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. ج. ر، عدد 78 مؤرخة في 03/09/1975.
- الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15/07/2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية. ج. ر، عدد 46 مؤرخة في 16/07/2006.

دور مجلس المنافسة في حماية الحقوق والحريات في المجال الاقتصادي

بقلم محمدي سميرة*

ملخص:

كان ظهور سلطات الضبط المستقلة نتيجة عجز الدولة عن تسيير النشاطات الاقتصادية؛ لذلك تنازلت عن امتيازاتها في هذا المجال لسلطات الضبط بما في ذلك مجلس المنافسة.

يعتبر مجلس المنافسة سلطة ضبط إدارية يتمتع بامتيازات السلطة العامة، فله اتخاذ القرارات التي تتراوح بين السهر على تطبيق قواعد المنافسة في المجال الاقتصادي وحماية حقوق مختلف الأطراف الموجودة في السوق من الانتهاكات والتعسف، إلى القرارات القمعية ضد الأعوان الاقتصاديين.

ومن أجل أن لا يتعدى مجلس المنافسة عند ممارسته لوظيفة الضبط الموكل لها، على الحقوق والحريات الأساسية للأعوان الاقتصاديين، وضع قانون المنافسة قواعد إجرائية عليه احترامها، وفي حالة عدم احترامه لهذه القواعد يعرض قراراته لرقابة المشروعية.

الكلمات المفتاحية:

مجلس المنافسة، سلطة إدارية مستقلة، القطاع الاقتصادي، حماية الحقوق والحريات، رقابة المشروعية، القضاء الإداري، الغرفة التجارية لدى مجلس قضاء الجزائر.

* جامعة مولود معمري، تيزي-وزو.

Résumé

L'apparition des autorités de régulation indépendantes est le résultat de l'incapacité de l'État à gérer les activités économiques. Pour cette cause l'Etat a renoncé à ses privilèges d'autorité publique, pour ces autorités, y compris le Conseil de la concurrence.

Puisque le Conseil de la concurrence est une autorité administrative, il jouit donc des privilèges de l'autorité publique, il dispose de gamme de pouvoirs et divers moyens pour garantir le jeu de la concurrence. Il détient des pouvoirs unilatéraux d'action sur les agents économiques et veille à l'application des règles de la concurrence dans la sphère économique.

Pendant pour garantir les droits et libertés fondamentaux de ces agents, la loi de la concurrence a établi des règles procédurales devant être observées par le conseil de la concurrence, toute violation de ces règles compromet ses décisions au contrôle de légalité.

Summary:

The appearance of Independent Administrative regulatory is a result of the inability of the state to manage the economic activities.

For this reason, the state has renounced its privileges in of public authority to regulatory authorities, among them the Competition council.

The Competition council as the administrative authority enjoys privileges of public authority. It has various powers and divers means to guarantee the competition play, it holds unilateral powers of action upon economic agents and sees to implement competition rules in the economic sphere.

However to preserve the fundamental rights and liberties of the economic agents the law of competition sets procedural rules which must be observed by the Competition council Any breach of these rules compromises those decisions to control of legality.

مقدمة:

أدى عجز الدولة عن مساندة متطلبات الضبط الاقتصادي إلى انسحابها من السوق، والبحث عن هيئات جديدة تتمشى تشكيلتها وطبيعتها القانونية مع حاجة الضبط الاقتصادي، فكان ظهور سلطات الضبط المستقلة المستوحاة من التجربة الفرنسية، أكثر من ضروري لتنظيم المجالات التي كانت محمية من الدولة، لاسيما في المجال الاقتصادي والمالي، الذي يتعلق أساساً بوضع إطار لتطور الحياة الاقتصادية وحماية الأعوان الاقتصاديين من هيمنة الدولة.

ومن بين هذه السلطات التي تم إنشائها من قبل المشرع نجد "مجلس المنافسة"⁽¹⁾، الذي تم منحه بعض الصلاحيات المعهودة للإدارة التقليدية، مع تمتعه ببعض الخصائص التي تميزه عن السلطات الإدارية التقليدية، ومن أهمها ميزة "الاستقلالية"، وذلك من أجل ممارسة لاختصاصاته على أكمل وجه والمتمثلة في حماية المنافسة من مختلف الممارسات المنافية لها، وكذا ضمان حقوق وحريات الأعوان الاقتصاديين الناشطين في السوق، ولقد أكد دستور 1996 على مبدأ حرية التجارة والصناعة في المادة 37 منه والتي تنص على أن: "حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون"⁽²⁾.

(1) - أمر رقم 06-95، مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 09، صادر في 22 فيفري 1995.

(2) - دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76، صادر في 08 ديسمبر 1996، متمم بموجب القانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25 صادر في 14 أبريل 2002، المعدل والمتمم بالقانون

وهو ما يفرض علينا في البحث إلى أي مدى وفق مجلس المنافسة في تحقيق التوازن بين حماية النظام العام الاقتصادي من جهة واحترام حقوق وحرّيات الأعوان الاقتصاديين من جهة أخرى؟.

ولالإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا البحث عن تكييف مجلس المنافسة حيث تلعب طبيعته القانونية دور هام في حماية الحقوق والحرّيات الاقتصادية (المبحث الأول)، ونجد أيضاً أن المشرع لم يطلق كل الحرية لمجلس المنافسة لممارسة مهامه دون تأطير، بل قيده بضمانات قانونية من شأنها تدعيم حرّيات وحقوق الأعوان الاقتصاديين (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التكييف القانوني لمجلس المنافسة

إن اهتمام المشرع الجزائري بالمنافسة الحرة، أدى به إلى إنشاء سلطة ضبط مستقلة لضبط مختلف الممارسات الاقتصادية، من المساس بمبادئ المنافسة الحرة في السوق، وتمثل هذه السلطة في "مجلس المنافسة"، حيث كلفه المشرع صراحة في الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة بـ "سلطة إدارية مستقلة"، وما يلاحظ بخصوص طبيعته القانونية أن المشرع لم يوحد مصطلحاته، التي تتراوح بين "مجلس المنافسة"، و"سلطة إدارية مستقلة (المطلب الأول)، ومن أجل أدائه لوظائفه المخولة له منح له المشرع صلاحيات مهمة في هذا المجال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة

جاء في نص المادة 23 من الأمر رقم 03-03، "تنشأ سلطة إدارية مستقلة"، وعلى غرار باقي السلطات الإدارية المستقلة الأخرى أضفى المشرع صراحة الطابع

رقم 19-08 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر، عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008.

السلطوي والإداري على مجلس المنافسة وهو ما يتوافق فيه مع الهيئات التقليدية لدولة (الفرع الأول)، ولكن ما يميز مجلس المنافسة عن هذه الأخيرة خاصية الاستقلالية التي يتمتع بها والتي من شأنها أن تدعم أكثر حماية حقوق وحريات الأعوان الاقتصاديين تجاه السلطة التنفيذية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مجلس المنافسة سلطة إدارية

بالرجوع إلى الدستور نجده يحدد سلطات الدولة وهي ثلاثة السلطة التشريعية التي تضع القوانين السلطة التنفيذية التي تتولى حسن تنفيذ هذه القوانين، والسلطة القضائية التي تتولى قطاع العدالة. فهل يمكن اعتبار السلطات الإدارية المستقلة ومن بينها مجلس المنافسة سلطة رابعة؟

إن إنشاء سلطة جديدة يتطلب أكثر من مجرد صدور قانون عادي بل يحتاج إلى وسيلة دستورية أكبر وهي السلطة التأسيسية⁽¹⁾، وما يلاحظ بخصوص إنشاء مجلس المنافسة، أنه تم إنشائه بموجب قانون عادي⁽²⁾، إذن المقصود من عبارة "السلطة" في هذه الهيئة ليست السلطة بالمعنى التقليدي للسلطة التي تتمتع بها السلطات الثلاثة التقليدية، بل بمفهوم إعطاء مجلس المنافسة القدرة على اتخاذ القرار⁽³⁾، لتمكينه من مباشرة اختصاصاته، وعلى هذا الأساس فلا يعتبر مجلس المنافسة بسلطة رابعة⁽⁴⁾، بل يعتبر إدارة من إدارات الدولة⁽⁵⁾.

(1) - حنفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص56.

- الأمر رقم 95-06، المؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 09، صادر في 22 فيفري 1195، (ملغى). (2)

(3) - سامية كسال، مدى شرعية السلطات الإدارية المستقلة، الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر أيام 13-14 نوفمبر، 2012 جامعة 08 ماي 1945، قلمة، ص6.

(4) - حنفي عبد الله، المرجع السابق، ص13.

(5) - AUDE Rougere, La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes quelles significations ? Colloquesur lesA. A. I, in. R. F. D. A, N5, 2010, p889.

وفي هذا المجال يؤكد الأستاذ "زاوية رشيد" أن استعمال المشرع لعبارة "السلطة" على مجلس المنافسة، يقصد منها أن مهمته لا تتوقف فقط على مجرد كونه هيئة استشارية⁽¹⁾، وإنما يتمتع بسلطة إصدار قرارات يعود اختصاصها الأصلي للسلطة التنفيذية⁽²⁾، والتي تمثل أساساً في منع وقوع كل الممارسات التي من شأنها المماس بالمنافسة⁽³⁾، والتي كانت في ظل قانون الأسعار لسنة 1989 تعود للقاضي الجزائري، لذا يمكن اعتبار مجلس المنافسة سلطة بآتم معنى الكلمة.

وبخصوص الطابع الإداري لمجلس المنافسة نجد أن المشرع أضفى عليه صراحة هذا الطابع وهو ما تبينه المادة 23 من الأمر رقم 03-03 والتي تنص: "تنشأ سلطة إدارية مستقلة..."⁽⁴⁾، وبالتالي تعتبر القرارات التي يصدرها المجلس بهدف ضبط السوق قرارات إدارية، شأنها شأن القرارات التي تصدرها الهيئات الإدارية التقليدية.

الفرع الثاني: مجلس المنافسة سلطة مستقلة

تجلى استقلالية مجلس المنافسة اتجاه السلطة التنفيذية بالدرجة الأولى باستقلالية أعضائه⁽⁵⁾، وذلك من خلال تحديد الطابع الجماعي له، معتمداً على معيار التخصص الذي يعتبر من أهم معايير التي تضمن استقلالية المجلس.

حيث تم إشراك في عضوية مجلس المنافسة أشخاص يختارون حسب كفاءتهم في مجال القانون والاقتصاد والمنافسة والتوزيع والاستهلاك، وهو ما يساعد مجلس المنافسة

(1) - ZOUAIMIA Rachid, droit de la concurrence, édition Belkeise, Alger 2012, p30.

(2) - ZOUAIMIA Rachid, Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance, édition Belkeise, Alger, 2013, p36.

(3) - BERRI Norddine, La régulation des services publics, le secteur des Télécommunication Revue Académique de la recherche juridique, N°02, 2010, p20.

(4) - أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جوان 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، صادر في 20 جوان 2003 معدل ومتمم.

(5) - بوجلمين وليد، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر الجزائر، 2011، ص 92.

في حماية حقوق وحريات المستهلكين والأعوان الاقتصاديين الناشطين في السوق من جهة، وضمان ضبط اقتصادي فعال من جهة أخرى.

تتجلى أيضاً ميزة أخرى تضمن هذه الاستقلالية وهي تحديد المشرع مدة عهدة أعضاء مجلس المنافسة⁽¹⁾، إذ لا يمكن عزلهم من طرف السلطة التي عينتهم إلا في حالات استثنائية، وهو ما يعتبر ضماناً قانونية من شأنه أن يبعد أعضاء مجلس المنافسة الأعضاء عن الخضوع لسلطة التي عينتهم خوفاً من عزلهم، فبتحديد المشرع هذه العهدة ضمن ذلك أداء أعضاء مجلس المنافسة لوظيفتهم بشكل قانوني، وهو ما يؤدي بالنتيجة إلى ضمان المحافظة على حقوق وحريات الأعوان الاقتصاديين، وحماية حقوق المستهلكين عن طريق سهره على حماية وجود منافسة شريفة في السوق بين هؤلاء الأعوان.

لا يمكن التحدث عن استقلالية مجلس المنافسة مالم يتمتع هذا الأخير بوسائل كافية لممارسة مهامه، ويشمل استقلال المجلس كل ما يتعلق بكيفية أداء وظائفه لاسيما سلطته في اتخاذ القرارات لتحقيق وظيفته المتمثلة في الحد من التدخل المباشر للدولة في القطاعات الاقتصادية الحساسة، مما يخلق نوع من الحرية للأعوان الاقتصاديين في السوق⁽²⁾، ومن أجل هذا فهو لا يخضع لا لوصايا إدارية ولا لسلطة رئاسية⁽³⁾، وهو ما يؤكد الأستاذ "زوايمية رشيد" الذي أكد أن هذه الهيئات لا تخضع لا لوصايا الإدارية ولا لرقابة السلمية، ولا يهتم إن كانت تتمتع بالشخصية المعنوية

(1) - انظر المادة 24 القانون رقم 12-08، مؤرخ في 25 جوان 2008، يعدل ويتم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 36، صادر في 02 جويلية 2008.

(2) - DEBAET EMILIE, Les autorités administratives indépendantes et le principe démocratique: recherche sur le concept d'indépendance, www.juridicats.unam.mx, p01.

(3) - CHEVALLIER Jacques, Le statut, des autorités administratives indépendantes harmonisation ou diversification ? R. F. D. A. N°5, 2010, p896.

أم لا، إذ هذه الأخيرة ليست معيار لقياس درجة الاستقلالية⁽¹⁾، وعلية تعتبر الاستقلالية التي يتمتع بها مجلس المنافسة السبب الرئيسي الذي يدعم ضمان حماية الحقوق والحريات في المجال الاقتصادي.

المطلب الثاني: صلاحيات مجلس المنافسة

يسهر مجلس المنافسة على ضمان تطبيق قواعد المنافسة، في جميع القطاعات الاقتصادية وضمان التوازن والشفافية بين الأعوان الاقتصاديين ما يحمي حقوق مختلف الأطراف الموجودة في السوق من الانتهاكات والتعسف، ومن أجل ذلك منح له المشرع صلاحيات متعددة، تملك التي تدخل في مجال الرقابة والتنظيم (الفرع الأول). كما خول له المشرع سلطة قمع الممارسات المنافية للمنافسة المرتكبة من قبل المتعاملين الاقتصاديين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: صلاحيات الرقابة والتنظيم لمجلس المنافسة

منح المشرع لمجلس المنافسة صلاحيات اتخاذ قرارات قصد تمكينه من أداء وظيفته والتي تتمثل أساساً في ضبط المنافسة في السوق، فله أن يتخذ قرارات متعلقة بمراقبة التجميعات الاقتصادية، حيث إن ظهر له أن هذا التجميع يسمح للمؤسسات الاقتصادية التي طلبته في المساهمة الفعالة في تطوير وترقية الاقتصاد يقرر الترخيص به.

لكن إن لم تتم مراقبة هذه التجميعات، فإنها يمكن أن تمس بالمنافسة عن طريق تعزيز وضعية الهيمنة في السوق، ومن أجل تفادي ذلك يتدخل مجلس المنافسة بموجب ترخيص مسبق⁽²⁾، حيث منح له المشرع السلطة التقديرية في إمكانية قبول أو رفض

(1) - ZOUAIMIA Rachid, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie Édition Belquise, Alger, 2012, p27.

(2) - NICINSKI Sophie, L'autorité de la concurrence, R. F. D. A, N°6, DALLOZ, paris, 2009 p1243.

الترخيص بخصوصها مع ضرورة تسبب قراره في هذه الحالة⁽¹⁾، وذلك بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالتجارة، أو الوزير المكلف بالقطاع المعني بعملية التجميع.

يمكن لمجلس المنافسة كذلك أن يتخذ قرارات الترخيص ببعض الممارسات المحظورة⁽²⁾، إن رأى أن من شأنها أن ترمي إلى التقدم التقني والاقتصادي⁽³⁾، وأمام صعوبة وضع مفهوم دقيق لمفهوم التقدم التقني والاقتصادي، يأتي دور مجلس المنافسة في تحديد أهم معايير وأسسه⁽⁴⁾، حيث كلما ظهر التطور الاقتصادي والتقني في الاتفاق له أن يرخص بالنشاط المحظور، وإن تبين له العكس كأن يمس بالحقوق والحريات الاقتصادية من خلال تعزيز وضعية الهيمنة مثلاً ففي هذه الحالة يرفض المجلس الترخيص بمثل هذا النشاط.

منح المشرع لمجلس المنافسة كذلك صلاحيات اتخاذ بعض التدابير الأولية⁽⁵⁾، والتي تهدف إلى الحفاظ على الحقوق المشروعة والحريات الأساسية للأفراد⁽⁶⁾، وبالتالي تعتبر مثل هذه التدابير حل وقائي يرمي إلى منع تفاقم المخالفة التي من شأنها المساس بحقوق وحريات الأعوان الاقتصادي والمستهلك من جهة، وكذا الحفاظ على الصالح العام الاقتصادي من جهة أخرى.

(1) - المادة 07 من القانون 12-08، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

(2) - يقصد الاتفاقات المحظورة هي الاتفاقات التي تمس بالمنافسة، والتي من شأنها أن تعرقل أو تحد منها في السوق.

انظر: المادة 06 من الأمر رقم 03-0، المتعلق بالمنافسة، (المعدل والمتمم)، مرجع سابق.

(3) - المادة 09 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، (المعدل والمتمم)، والتي تنص على مايلي: «يرخص بالاتفاقات والممارسات التي يمكن ان يثبت أصحابها أنها تؤدي إلى تطور اقتصادي أو تقني. . .»، المرجع السابق.

(4) - R. C. D. ZOUAIMIA Rachid, Le régime des ententes de la concurrence en droit Algérien S. P, N°01,2012,p46.

(5) - يقصد بالتدابير المؤقتة التدابير الاستعجالية، التي تهدف إلى تجنب تفاقم خطورة حالة ضارة، أو تجنب استمرار حالة غير مشروعة، لتفصيل أكثر انظر: بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية وتطبيقاتها في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008، ص 82

(6) - بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغداداي، الجزائر، 2009، ص 467.

حدد المشرع حالة واحدة لتوجيه مجلس المنافسة أوامر للأعوان الاقتصاديين، قصد وضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة⁽¹⁾، ويشترط على مجلس المنافسة تسبيب هذه الأوامر لإضفاء المشروعية عليها، إذ الهدف منها هو إلى الحفاظ على الحقوق المشروعة والحريات الأساسية للأفراد المؤسسات والأعوان الاقتصاديين من ضرر قد لا يمكن إصلاحه بعد ذلك⁽²⁾، وتعتبر هذه التدابير أمر مستحدث في مجال المنافسة، وذلك بموجب الأمر رقم (03-03)⁽³⁾.

الفرع الثاني: الصلاحيات القمعية لمجلس المنافسة

يتمتع مجلس المنافسة بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، بصلاحيات الضبط الاقتصادي عن طريق فرض عقوبات مالية⁽⁴⁾، لتفادي الممارسات المقيدة للمنافسة وزيادة الفعالية الاقتصادية، وضمان ضبط السوق وترقيته⁽⁵⁾، وبذلك أصبح يلعب دور القاضي الجزائي⁽⁶⁾، لكن للحفاظ على الحقوق وحريات الأعوان الاقتصاديين التي توقع ضدهم هذه العقوبات فإن قانون المنافسة قد أطرها بضمانات

(1) - المادة 45 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، (المعدل والمتمم)، تنص على ماليي: «يتخذ مجلس المنافسة أوامر معلقة ترمي إلى وضع حد للممارسات المعايية المقيدة للمنافسة، عندما تكون العرائض والملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر هو بها من اختصاصه...»، المرجع السابق.

(2) - GENTOT (Michel), Les autorités administratives indépendantes, édition Montchrestien 1991, P83.

(3) - تنص المادة 46 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، (المعدل والمتمم)، على ماليي: «يمكن لمجلس المنافسة بطلب من المدعي أو من الوزير المكلف بالتجارة، اتخاذ تدابير مؤقتة للحد من الممارسات المقيدة للمنافسة موضوع التحقيق...»، المرجع السابق.

45 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، (المعدل والمتمم)، «كما يمكن أن يقرر المجلس عقوبات مالية إما نافذة فوراً وإما في الآجال التي يحددها عند عدم تطبيق الأوامر...»، المرجع السابق.

(5) - جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لثيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 397.

(6) - ZOUAIMIA Rachid, Les fonction répressive des autorités administratives indépendantes statut en matière économique, IDARA, N°02, 2004, p131.

قانونية.

يراعي مجلس المنافسة عند إصداره قرار توقيع الجزاء على العون الاقتصادي، المعايير القانونية والمتمثلة في مدى خطورة الممارسة المرتكبة، مقدار الفوائد المحصلة الممارسة المرتكبة، الضرر الذي لحق بالاقتصاد، والفوائد المجمععة من طرف مرتكبي المخالفة، ومدى تعاون المؤسسات المتهمة مع مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية، وأهمية وضعية المؤسسة المعنية في السوق⁽¹⁾، ويمكن لمجلس المنافسة أن يفرض غرامة تهديدية على العون الاقتصادي المعاقب، في حالة عدم تنفيذ قراره، أو عدم تنفيذه للإجراءات المحددة في المادتين (45) و(46) من الأمر المتعلق بالمنافسة.

إلى جانب العقوبات المالية التي يفرضها مجلس المنافسة، منح له القانون سلطة فرض عقوبات تكميلية والتي تتمثل في نشر القرار موضوع العقوبة، في الجرائد بمختلف أنواعها، أو في المنشورات المهنية، أو في أجهزة إعلام المستهلك، كما له أن يأمر بتعليق هذا القرار موضوع العقوبة في الأماكن التي يحددها.

المبحث الثاني

الضمانات القانونية لممارسة مجلس المنافسة لاختصاصه القمعي

وضع قانون المنافسة قواعد إجرائية لمجلس المنافسة تحدد كيفية مباشرة دعوى المنافسة أمامه (المطلب الأول)، ففي حالة عدم احترامه لهذه القواعد وتعديه على الحقوق والحريات الأساسية للأعوان الاقتصاديين يعرض قراراته لرقابة المشروعية، وتعتبر الرقابة القضائية الوسيلة الوحيدة لحماية الحقوق والحريات الاقتصادية وذلك بالنظر

(1) - تنص المادة 30 من القانون 12-08، المعدل والمتمم للأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، على ما يلي: «تقرر العقوبات المنصوص عليها في أحكام المواد من 56 إلى 62 من هذا الأمر، من قبل مجلس المنافسة، على أساس معايير متعلقة، لاسيما خطورة الممارسة المرتكبة، والضرر الذي لحق بالاقتصاد، والفوائد المجمععة من طرف مرتكبي المخالفة، ومدى تعاون المؤسسات المتهمة مع مجلس المنافسة خلال التحقيق في القضية وأهمية وضعية المؤسسة المعنية في السوق»، المرجع السابق.

لميزة الاستقلالية التي يتمتع بها مجلس المنافسة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإجراءات المتبعة أمام مجلس المنافسة حماية قانونية للحقوق والحريات

الأساسية

يلتزم مجلس المنافسة عند ممارسة نشاطه الذي يهدف إلى ضبط النشاط الاقتصادي بالأطر التي وضعها له المشرع، خاصة ما تعلق منها بالإجراءات التي تسبق مباشرة دعوى المنافسة التي ترفع أمامه (الفرع الأول)، فتخضع هذه الدعوى في تحريكها أمام مجلس المنافسة إلى شروط قانونية لقبولها ومتى تم ذلك يباشر مجلس المنافسة الفصل فيها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط ممارسة مجلس المنافسة للسلطة القمعية

وضع القانون المتعلق بالمنافسة قواعد إجرائية تنظم سير أعمال مجلس المنافسة أثناء قيامه باختصاصاته، حيث أخضع العقوبات التي يوقعها للبادئ الدستورية، إذ لم يترك المجلس يتصرف في سلطته القمعية دون تأطير، وأول ما يلاحظ بالنسبة لهذه العقوبات أنها ميزة لصالح الأعوان الاقتصاديين إذ لا تسجل في سجل السوابق العدلية الخاصة بهم⁽¹⁾، ولا وجود لعقوبات سالبة للحرية بشأنهم، وبالتالي فالسلطة القمعية التي يمارسها مجلس المنافسة تتميز بالطابع التأديبي لا غير.

تم تكريس بشأن العقوبات التي يوقعها مجلس المنافسة قرينة البراءة⁽²⁾، حيث لا يمكن إدانة العون الاقتصادي إلا بعد التحقيق بشأن الأفعال المنسوبة إليه وثبوت إدانته، وفي هذه الحالة كرس قانون المنافسة حق الدفاع ويكون للعون الاقتصادي الحق

(1) - ZOUAIMIA Rachid, Droit de la responsabilité disciplinaire des agents économiques O. P. U, ben-Aknoun, Alger, 2010, p 66.

(2) - MARIE Anne frison roche, Règle et pouvoirs dans le système de régulation, volume 2 DALLOZ, paris, 2004, p39.

في الاستعانة بممثل قانوني أو محامي يراه مناسب لدفاع عن حقوقه⁽¹⁾، إضافة إلى تمكين العون الاقتصادي من الاطلاع على الملف ما لم توجد مستندات أو وثائق تمس بسرية المهنة وتبليغه بالمأخذ والمخالفات المسجلة ضده، ليتمكن من تقديم دفاعه وهو ما يتوافق مع مبدأ المواجهة.

يطبق على العقوبات المفروضة من طرف مجلس المنافسة شخصية العقوبة، وكذا مبدأ عدم رجوعيتها والتي يقصد منها أن لا إدانة إلا إذا ارتكب الفعل بعد صدور القانون الذي يجرم الفعل⁽²⁾، كما ألزم القانون مجلس المنافسة تطبيق مبدأ التناسب بشأن هذه العقوبات، الذي يترجم إلى الالتزام بالمعقولة في توقيع الجزاءات الإدارية، وعدم التعدد الجزائي على مخالفة واحدة⁽³⁾، ويتقيد مجلس المنافسة كذلك بمبدأ الشرعية الجزائية الذي يقضي بالتقيد بالممارسات المنافية للمنافسة المنصوصة عليها في الأمر رقم 03-03⁽⁴⁾، وتطبيق عليها العقوبات المناسبة مثل ما هو وارد قانون في المنافسة.

فكما نلاحظ أن كل هذه الإجراءات التي يمارسها مجلس المنافسة قبل توقيعه للعقوبة، كلها ضمانات تساهم بشكل كبير في حماية الحقوق والحريات سواء بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الناشطين في السوق أو بالنسبة للمستهلك.

الفرع الثاني: الفصل في الدعوى أمام مجلس المنافسة

أول إجراء يباشر به مجلس المنافسة اختصاصه للفصل في دعوى المنافسة المرفوعة

(1) - المادة 30 وكذا المادة 53 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

(2) - المادة 72 من الامر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

(3) - موكدة عبد الكريم، مبدأ التناسب ضماناً أمام السلطة القمعية لسلطات الضبط، الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة عبد الرحمان ميرة، يومي 23 و24 ماي 2007، ص 321.

(4) - عمورة عيسى، النظام القانوني لمنازعات مجلس المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو ص 76.

أمامه، هو إخطاره بوجود ممارسات منافية للمنافسة، إذ يمكن أن يخطر مجلس المنافسة الوزير المكلف بالتجارة الجماعات المحلية والمؤسسات الاقتصادية والمالية، والجمعيات المهنية والنقابية، إلى جانب جمعيات المستهلكين⁽¹⁾، كما يمكن له أن ينظر في القضايا تلقائياً.

يكون الإخطار بواسطة دعوى ترفع أمام مجلس المنافسة بمقتضى عريضة مكتوبة⁽²⁾، متوفرة على الشروط القانونية التي حددها قانون المنافسة⁽³⁾، ويقوم المقرر بالتحقيق في الطلبات والشكاوي المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة، التي يسندها إليه رئيس مجلس المنافسة، وإن رأى أن الوقائع المذكورة لا تدخل ضمن اختصاصه أو غير مدعمة بعناصر مقنعة بما فيه الكفاية، يصرح المجلس بعدم قبوله للإخطار⁽⁴⁾، وإلا يتم استكمال إجراءات التحقيق التي يباشرها المقرر⁽⁵⁾، وهي المرحلة الثانية التي يتم فيها إثبات الممارسات المنافية للمنافسة، وبعد استكمال التحقيق يكون لدى مجلس المنافسة ملف كامل بكافة الأعمال المنافية للمنافسة، فيقوم باستدعاء الأطراف لعقد جلسته.

حدد النظام الداخلي لمجلس المنافسة إجراءات تنظيم جلساته حيث يقوم رئيس المجلس بتحديد تاريخ الجلسات وتبليغها للأطراف⁽⁶⁾، حيث لا تصح هذه الجلسات ما لم يحضرها على الأقل ثمانية أعضاء منه، ويتأكد كذلك رئيس المجلس من عدم وجود

(1) - المادة 44 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق

(2) - المادة 16 و 15 من المرسوم الرئاسي رقم 96-44 مؤرخ في 17 جانفي 1996، يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة، ج ر عدد 05، صادر في أول رمضان 1996، لتفصيل أكثر انظر: ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 والأمر رقم 03/03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003، ص 29.

(3) - المادة 17 من المرسوم الرئاسي رقم 96-44، المرجع السابق

- انظر أيضاً: المادة 44 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

(4) - المادة 44 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

(5) - المادة 50 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

(6) - المادة 55 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

حالة التنافي في هؤلاء الأعضاء، كأن يكون أحدهم على علاقة بأحد أطراف القضية محل النزاع⁽¹⁾، وتتميز جلسات مجلس المنافسة بالطابع السري⁽²⁾ هو أحسن ما فعل المشرع، إذ لا يعتبر النزاع في هذه الحالة فرصة لكشف الأسرار المهنية للأعوان الاقتصاديين.

وبعد سماع كل الأطراف يتداول المجلس في مداولة سرية يتخذ قراراته بالأغلبية البسيطة مع ترجيح صوت الرئيس في حالة تساوي الأصوات⁽³⁾، ويتم نشر القرار من طرف الوزير المكلف بالتجارة في النشرة الرسمية للمنافسة⁽⁴⁾، وله أن ينشر مستخرجاً من القرار في الصحف أو في أية وسيلة إعلامية أخرى.

المطلب الثاني: الحماية القضائية للحقوق والحريات تجاه الاختصاص القمعي لمجلس المنافسة

الهدف من إنشاء مجلس المنافسة هو السهر على تجسيد تطبيق مبدأ المنافسة الحرة، وحماية النظام الاقتصادي بشكل عام، فإذا انحرف عنه كانت قراراته مشوبة بعيوب المشروعية، مما يحق للأعوان الاقتصاديين المتضررين منها طلب إلغائها أمام مجلس الدولة، باعتباره القاضي المختص بفحص مشروعية القرارات الإدارية كقاعدة عامة (الفرع الأول)، واستثناءً عن ذلك فإن القاضي الإداري ليس الوحيد المؤهل لرقابة مشروعية قرارات مجلس المنافسة، حيث أسند اختصاص الفصل في بعض منازعاته للقاضي العادي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: رقابة القاضي الإداري

إن ضرورة الموازنة بين نشاط الضبط من جهة وكفالة الحقوق والحريات العامة للأعوان الاقتصاديين من جهة أخرى، قيدت من الاستقلالية التي يتمتع بها مجلس

(1) - المادة 29 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

(2) - المادة 28 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

(3) - المادة 28 من الأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

(4) - المادة 47 و49 من القانون 12-08، المعدل والمتمم لأمر رقم 03-03، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

المنافسة، حيث في ظل دولة القانون لا وجود لحصانة قضائية، فالاستقلالية لا تعني عدم إقامة مسؤوليته⁽¹⁾، وفي هذا الخصوص تؤكد الأستاذة (FRISON- ROSH) أن استقلالية سلطات الضبط الإدارية لا يعني أبدا غياب كلي لأية رقابة عليها وعدم إقامة مسؤوليتها⁽²⁾.

لكن هناك من يرى أن للوصول للاستقلالية المطلقة لسلطات الضبط الإدارية، ومن بينها مجلس المنافسة يجب استبعاد الرقابة القضائية على قراراته⁽³⁾، لكن فرضية عدم الرقابة القضائية عليه تصطدم بمبدأ دولة القانون، التي تقضي بضرورة تكريس مبدأ المشروعية، فاستقلاليته اتجاه السلطة التنفيذية شرط لممارسة مهامه على أكمل وجه وهو ما يعزز من ضمانات حماية الحقوق والحريات الاقتصادية لكن من جهة ثانية لا يجوز لمجلس المنافسة أن يتجاوز الإطار المحدد له بموجب القانون.

فغاية الرقابة القضائية التي تمارس على قرارات مجلس المنافسة، هي إضفاء المشروعية على أعماله من خلال تأكيد القاضي عدم تعديه على الحقوق والحريات الفردية للأعوان الاقتصاديين أثناء ممارسته لمهامه، وهو ما يشكل قيد لمجلس المنافسة في عدم التعسف في استعمال سلطاته.

وبالنسبة لرقابة القضاء الإداري على قرارات مجلس المنافسة نجد أن المشرع اخضع فئة واحدة فقط من قراراته لرقابة مجلس الدولة وهي قرارات رفض التجميع، حيث ينظر مجلس الدولة في قرارات مجلس المنافسة كأول وآخر درجة ويحكم بإلغائها، فيقوم بفحص مشروعية هذه القرارات من كل الجوانب إذ يراقب المشروعية الخارجية

(1) - ANIBAL Rafael Zarate-Perez, L'Indépendance des autorités de concurrence, analyse comparative Colombie, France, Etats- Unis, thèse de doctorat en droit université Panthéon-Assas, paris, 2011. p364

(2) - DEBAET Emilie, op. cit, p08.

(3) - EVELYNE Pisier, «Vous avez dit indépendantes ? Réflexion sur les A. A. I», pouvoirs, N°46, 1988, p78.

والداخلية⁽¹⁾، وفي هذا الخصوص قضى مجلس استئناف باريس بوقف تنفيذ قرار مجلس المنافسة (سلطة المنافسة حالياً)، وذلك بسبب خرق لهذا الأخير لمبدأ حق الدفاع، بفرضه غرامة ضد مؤسسة مالية بموجب قرار غيابي⁽²⁾، وافر التعويض نتيجة الأضرار التي لحقت بها.

وإن تبنين لمجلس الدولة أنّ قرار مجلس المنافسة، صدر وفقاً للأوضاع القانونية المقررة، وأنه خال من أي عيب قد يجعله محلاً للإلغاء، في هذه الحالة يؤيد قرار مجلس المنافسة.

الفرع الثاني: رقابة الغرفة التجارية لدى مجلس قضاء الجزائر

أسند اختصاص الفصل في بعض منازعات مجلس المنافسة للقاضي العادي الممثل في الغرفة التجارية لدى مجلس قضاء الجزائر، ولا يبرر هذا الاختصاص سوى تقليد المشرع الجزائري لنظيره الفرنسي، حيث تنص المادة (63) من القانون رقم 08-12 المتعلق بالمنافسة على ما يلي:

«تكون قرارات مجلس المنافسة قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية، من الأطراف المعنية أو من الوزير المكلف بالتجارة وذلك في أجل لا يتجاوز شهر واحد (01) ابتداء من تاريخ استلام القرار ويرفع الطعن في الإجراءات المؤقتة المنصوص عليها في المادة 46 أعلاه في أجل عشرين (20) يوماً...».

لم يحدد المشرع في المادة أعلاه، طبيعة الطعن المعهود به لمجلس قضاء الجزائر، على خلاف القانون الفرنسي الذي نجده أكثر دقة بالنسبة للطعون المقدمة أمام مجلس استئناف باريس ضد قرارات سلطة المنافسة، حيث تنص الفقرة السابعة من

(1) - بوجملين وليد، مرجع سابق، ص 167.

(2) - Cour d'appel du paris, 23 janvier 2007, demandeur ; Effage construction (Sté), défendeur ;
Ministre de l'économie, Décision attaquée ; conseil de la concurrence (sursis à exécution).

المادة (464) من القانون التجاري الفرنسي، أنها تكون محل طعن بالإلغاء أو التعديل⁽¹⁾.

نفس الشيء بالنسبة للعقوبات التي تتخذها سلطة المنافسة، سواء العقوبات المالية، أو الأوامر حيث تكون هي الأخرى محل طعن بالإلغاء أو التعويض أمام مجلس استئناف باريس⁽²⁾، حيث يتمتع في هذه الحالة بسلطات واسعة بالمقارنة مع سلطاته في مادة الإلغاء.

لكن يمكن القول أن الغرفة التجارية لدى مجلس قضاء الجزائر تنظر في قرارات مجلس المنافسة كأول وآخر درجة وتحكم بإلغائها⁽³⁾، بأثر رجعي باعتبار قرار الإلغاء من القرارات الكاشفة لا المنشئة، إن شاب قراراته أحد عيوب المشروعية الداخلية أو الخارجية، وبذلك يكون قرار مجلس قضاء الجزائر قابلاً للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا⁽⁴⁾.

تقوم الغرفة التجارية لدى مجلس قضاء الجزائر بالتأكد من قواعد الاختصاص

(1) - Art L-464-7 du code du commerce français, dispose que: «la décision de l'autorité prise au titre de l'article(L. 464. 1) peut faire l'objet d'un recours en annulation ou en reformation par les parties en cause et le commissaire du gouvernement devant la cour d'appel du paris, ... », www.legifrance.gov.fr.

(2) - Art L464-8 de du code du commerce français, dispose que: « les décisions de l'autorité de la concurrence mentionnées aux articles L. 462-8, 1, K464-2, L464-3, L464-5 et L464-6 sont notifiées aux parties en cause et au ministre charge de l'économie qui peuvent dans le délai d'un mois, introduire un recours en annulation ou en reformation devant la cour d'appel de Paris », Ibid.

(3) - ZOUAIMIA Rachid ,droit de la concurrence, édition Belkeise, Alger 2012,P235.

(4) - تنص المادة 349 من قانون رقم 09-08، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر عدد 21 صادر في 23 أفريل 2008، على مايلي: «تكون قابلة للطعن بالنقض، الأحكام والقرارات الفاصلة في موضوع النزاع، والصادرة في آخر درجة عن المحاكم والمجالس القضائية».

المنظمة بموجب الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة⁽¹⁾، ومدى إتباع مجلس المنافسة للإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما عند إقراره للعقوبات التأديبية⁽²⁾، ومدى صحة تكيف الوقائع بالنظر إلى النصوص القانونية المستند إليها⁽³⁾، نتأكد كذلك من مدى ملائمة القرار محل العقوبة، مع الخطأ المنسوب للعون الاقتصادي⁽⁴⁾.

يمكن الغرفة التجارية أيضا تعديل قرار مجلس المنافسة⁽⁵⁾، إذ لها أن تحل بقرارها محل قرار مجلس المنافسة في مجال الإجراءات المؤقتة والأوامر وإجراءات النشر⁽⁶⁾، وفي هذا الخصوص ولقد حكم مجلس استئناف باريس بالتعويض لمؤسسة مالية نتيجة الضرر الذي لحق بها جراء قيام مجلس المنافسة بنشر القرار موضوع العقوبة⁽⁷⁾.

كما يمكن للغرفة التجارية تعديل الإجراءات التحفظية والعقوبات المالية، مع إمكانية تخفيف العقوبات التي نطق بها مجلس المنافسة دون أن تتعدى إلى تشديدها⁽⁸⁾، كما يمكنها أن

(1) - عيسى عمورة، مرجع سابق، ص 141.

(2) - المرجع نفسه، ص 141.

(3) - ماديو ليلي، تكريس الرقابة القضائية على سلطات الضبط المستقلة في التشريع الجزائري المنتخب الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية يومي 23 و24 ماي 2007، ص 282.

(4) - جلال مسعد، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 442.

(5) - NABILA Arezki, Contentieux de la concurrence, mémoire en vue de l'obtention du diplôme de magister en droit, faculté de droit université d'Abderrahmane mira, Bejaia, 2011 p147.

(6) - DECOOPMAN Nicole, DECOOPMAN Nicole, Le contrôle juridictionnel des autorités administrative indépendantes, http://www.upicardie.fr/labo/curapp/revues/root/31/nicole_decoopman.pdf_4a07e02582e00/nicole_decoopman.pdf, p222.

(7) - cour d'appel du Paris, 12 Décembre, 2006, Demandeur: Ministre de l'économie- Défendeur: Broissiat Décision attaquée Conseil de la concurrence, Recueil DALLOZ, N° 04, 2007.

(8) - DECOOPMAN Nicole, ibid, p222

تحيل الإجراء لمجلس المنافسة لاتخاذ مطابق للقانون⁽¹⁾، وتختصر سلطة التعديل في هذه الحالة في العيوب الداخلية دون الخارجية⁽²⁾، حيث تستوجب هذه الأخيرة الإلغاء إذ لا يمكن للقاضي أن يعدل القرار المشوب بعيب الإجراءات أو الشكل.

الختامة:

إن تحقيق التوازن بين حماية النظام العام الاقتصادي وبين الحريات والحقوق الفردية للأعوان الاقتصاديين ضد احتكار السلطة التنفيذية والتي تمس بحرية التجارة والصناعة، والتي كفلها الدستور هو الغاية من إنشاء مجلس المنافسة، وهي معادلة ليست بالصعبة بالنظر إلى قانون المنافسة الذي أطر مهمة الضبط الاقتصادي للمجلس، وذلك بتحديد القواعد الإجرائية التي يسير عليها والمكرسة دستورياً وتحديد ذلك جزاء مخالفته لهذه القواعد، وهي كما رأينا لا تختلف كثيراً عن الإجراءات المتبعة أمام القضاء.

عزز قانون المنافسة من الضمانات التي تكفل الحريات الأساسية للأعوان الاقتصاديين المتابعين وذلك باعترافه للقضاء بسلطة البحث لمعينة كيفية تطبيق قانون المنافسة من طرف مجلس المنافسة على اعتبار القاضي هو حامي الحقوق والحريات. حيث يملك القاضي (الإداري والعادي) سلطة إلغاء قرارات مجلس المنافسة إن شابها إحدى عيوب المشروعية الداخلية أو الخارجية، وهو ما يضمن سيادة القانون من جهة، وحماية الحريات والحقوق في المجال الاقتصادي من جهة أخرى.

مراجع البحث:

أولاً: باللغة العربية:

(1) - مائسة لامية، الرقابة القضائية على أعمال مجلس المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2012، ص 147.

(2) - MENESSON Nicolas, Le contentieux des sanction de l'autorité des marchés financiers mémoire en vue de l'obtention du diplôme de magister en droit, Faculté de droit économique et des sciences sociales, université de panthéon-Assas, paris II, 2007, p45.

أ- الكتب:

- 1- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009.
 - 2- بوجملين وليد، سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2011.
 - 3- حنفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- ب- الرسائل الجامعية:

- 1- بلعابد عبد الغني، الدعوى الاستعجالية وتطبيقاتها في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008.
- 2- جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- 3- عيسى عمورة، النظام القانوني لمنازعات مجلس المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.
- 4- ناصري نبيل، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 06/95 والأمر رقم 03/03، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003.
- 5- مائسة لامية، الرقابة القضائية على أعمال مجلس المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012.

ج- المداخلات:

- 1- كسال سامية، مدى شرعية السلطات الإدارية المستقلة، الملتقى الوطني حول السلطات الإدارية المستقلة في الجزائر جامعة 08 ماي 1945، قلعة، أيام 13-14

نوفمبر، 2012.

2- ماديو ليلي، تكريس الرقابة القضائية على سلطات الضبط المستقلة في التشريع الجزائري الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية يومي 23 و24 ماي 2007.

3- موكة عبد الكريم، مبدأ التناسب ضماناً أمام السلطة القمعية لسلطات الضبط، الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة عبد الرحمان ميرة، يومي 23 و24 ماي 2007.

د- النصوص القانونية

1- الدستور

- دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 7 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج. ر عدد 76، صادر في 08 ديسمبر 1996، متمم بموجب القانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج. ر عدد 25 صادر في 14 أبريل 2002، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج. ر، عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008.

2- النصوص التشريعية:

1 أمر رقم 95-06، مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 09، صادر في 22 فيفري 1995.

2- أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جوان 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، صادر في 20 جوان 2003، معدل ومتمم.

3- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر عدد 21 صادر في 23 أبريل 2008.

3- قانون رقم 12-08، مؤرخ في 25 جوان 2008، يعدل ويتم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 36، صادر في 02 جويلية 2008.

ج- النصوص التنظيمية:

- مرسوم رئاسي رقم 96-44 مؤرخ في 17 جانفي 1996، يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة، ج. ر عدد 05 صادر في أول رمضان 1996.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

I -Ouvrages:

1- GENTOT (Michel), Les autorités administratives indépendantes, édition Montchrestien 1991.

1 - MARIE Anne frison roche, Règle et pouvoirs dans le système de régulation, volume 2, DALLOZ, paris, 2004.

2- ZOUAIMIA Rachid, Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie Édition Belquise, Alger, 2012.

3- ————— droit de la concurrence, édition Belquise, Alger 2012.

4- ————— Les autorités de régulation indépendantes face aux exigences de la gouvernance, édition Belquise, Alger, 2013.

5- ZOUAIMIA Rachid, Droit de la responsabilité disciplinaire des agents économiques O. P. U, ben-Aknoun, Alger, 2010.

1- II/ Thèses et mémoires:

1- ANIBAL Rafael Zarate-Perez, L'Indépendance des autorité de concurrence, analyse comparative Colombie, France, Etats- Unis, thèse de doctorat en droit université Panthéon-Assas, paris, 2011.

2- MENESSION Nicolas, Le contentieux des sanction de l'autorité des marchés financiers, mémoire en vue de l'obtention du diplôme de magister

en droit, Faculté de droit économique et des sciences sociales, université de panthéon-Assas, paris II,2007.

3- NABILA Arezki, Contentieux de la concurrence, mémoire en vue de l'obtention du diplôme de magister en droit, faculté de droit université d'Abderrahmane mira, Bejaia 2011.

III/Articles:

1- BERRI Norddine, La régulation des services publics, le secteur des Télécommunication Revue Académique de la recherche juridique, N°02, 20102.

2- EVELYNE Pisier, «Vous avez dit indépendantes ? Réflexion sur les A. A. I» **pouvoirs**, N°46, 1988.

3- NICINSKI Sophie, L'autorité de la concurrence, **R. F. D. A**, N°6, DALLOZ, paris, 2009.

4- ZOUAIMIA Rachid, Les fonction répressive des autorités administratives indépendantes statut en matière économique, **IDARA**, N°02, 2004.

5- —————, Le régime des ententes de la concurrence en droit Algérien, **R. C. D. S. P.** , N°01,2012.

IV-Colloques:

1- AUDE Rougere, La constitutionnalisation des autorités administratives significations?», Colloque sur les autorités indépendantes, quelles .administratives indépendante, **R. F. D. A**, DALLOZ, Paris N°05, 2010

2-CHEVALLIER Jacques, Le statut, des autorités administratives indépendantes harmonisation ou diversification colloque sur les autorités administratives indépendantes ?, **R. F. D. A**. N°5, 2010.

V- Textes juridiques:

1- Code de commerce français, www. légifrance. gov. fr.

VI-Jurisprudences:

-Cour d'appel du paris, 23 janvier 2007, demandeur ; Effage

construction(Sté), défendeur ; Ministre de l'économie, Décision attaquée, conseil de la concurrence (sursis à exécution).

2-Cour d'appel du Paris, 12Décembre, 2006, Demandeur: Ministre de l'économie- Défendeur: Broissiat Décision attaquée Conseil de la concurrence, Recueil DALLOZ N° 04, 2007.

VII-Documents:

1- DEBAET EMILIE, Les autorité administratives indépendantes et le principe démocratique: recherche sur le concept d'indépendance, www.juridicats.unam.mx. ,p01.

2- DECOOPMAN Nicole, DECOOPMAN Nicole, Le contrôle juridictionnel des autorités administrative indépendantes, http://www.upicardie.fr/labo/curapp/revues/root/31/nicole_decoopman.pdf_4a07e02582e00/nicole_decoopman.pdf.

* أستاذة بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد بوضياف بالمسيلة.

تمويل الأحزاب السياسية في الجزائر

بقلم: ضريفي نادية*

ملخص:

تمويل الأحزاب السياسية موضوع مهم عند دراسة الظاهرة الحزبية في الجزائر خاصة بسبب حداثة التنظيم الحزبي في الجزائر وكذا حداثة النظم القانونية المنظمة للأحزاب، وهذا الموضوع ذو أهمية على الساحة السياسية وكذا القانونية ما يتطلب دراسته بباحثين في القانون، وهذه الدراسة هي قراءة في مصادر تمويل الأحزاب في ظل القانون العضوي للأحزاب السياسية 04-12، والتي تنقسم لمصادر تمويل عمومية وخاصة، وحاولنا كذلك معالجة مدى خضوع هذه المصادر للرقابة التي بقيت بعيدة كل البعد عن هدفها.

Résumé:

Le financement des partis politiques est un sujet très important lors de l'étude du phénomène partisane en Algérie, en particulier à cause de la récente organisation des partis politiques ainsi que les normes juridiques qui les régissent. Ce sujet est important tant sur le plan politique que juridique ce qui nécessite son étude en tant que chercheurs en droit, cette étude est une lecture dans les sources de financement des partis politiques en vertu de la loi organique 12/04 relative aux partis politiques. Ces sources peuvent être publiques ou privés. On a essayé d'analyser le degré de la subordination de ces sources au contrôle qui demeure loin d'atteindre ses objectifs.

مقدمة

تمويل الأحزاب من المواضيع التي تطرح إشكالات كبيرة من منطلق حاجة الحزب لميزانية معتبرة لتغطية نشاطاته وضمان امتداده، وخاصة في فترات الحملات الانتخابية، فالمال في الحزب السياسي يقترن بالسياسة ليكون ما يسمي بالمال السياسي، والذي يطرح عدة إشكالات قانونية سواء تعلق الأمر بمصادر التمويل والقيود القانونية المتعلقة بها أو رقابة تمويل الأحزاب والحملات الانتخابية التي تعتبر الضامن الوحيد لمشروعية تمويل الأحزاب، وضمان المساواة خاصة في ظل ما أصبحت تعرفه الجزائر من مظاهر مرتبطة بهذا التمويل ودخول أصحاب رؤوس الأموال للسياسة كنوع جديد من الاستثمار أو حتى في بعض الأحيان صورة لتبييض الأموال.

وإذا كان المنطق والحرية يفرضان إطلاق الحرية للأحزاب في تمويلها إلا أنه بالمقابل الديمقراطية وأخلاقيات اللعبة السياسية يفرضان تقييد التمويل ورقابته حتى لا تكون الأحزاب مكان للأعمال اللامشروعة.

وقد عالج المشرع الجزائري من خلال القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية⁽¹⁾ وكذا القانون العضوي المتعلق بالانتخابات⁽²⁾ مصادر التمويل وكذا الرقابة عليها، بين هامش من الحرية مقارنة مع قانون سنة 1997 والتقييد، وكذا رقابة غير واضحة سمحت بممارسات واقعية يجب الوقوف عندها.

لمعالجة هذه الإشكالات نتناول العناصر التالية:

1- أهمية الحزب وحاجته للتمويل.

2- مصادر التمويل الخاصة للأحزاب بين التقييد والحرية.

(1) - القانون العضوي 04-12 المؤرخ في 12/01/2012 المتعلق بالأحزاب السياسية، ج. ر. رقم 02.

(2) - القانون العضوي 01-12 المتعلق بالانتخابات، ج. ر. رقم 01.

3- مصادر التمويل العمومية بين المحدودية والسلطة التقديرية للدولة.

4- محدودية الرقابة على تمويل الأحزاب.

1- أهمية الحزب وحاجته للتمويل

تقوم الأحزاب السياسية بواجب هام في النظام الديمقراطي يتمثل في رقابتها على أعمال السلطات العامة في الدولة، فعن طريقها يخضع وزراء الحكومة للمساءلة والحساب في النظام البرلماني، أو تشارك الحكومة في عملية إعداد النصوص التشريعية وجعلها موافقة لأحكام الدستور في النظام الرئاسي⁽¹⁾.

فالدور الفعال للأحزاب والذي يتسع ويضيق حسب نوع النظام يفرض علينا قبل الخوض في تمويل الأحزاب ولتبيين اتساع مهامه وأدواره سنعالج أهمية الحزب من خلال عنصرين أساسيين هما:

- تعريف وأهمية الحزب السياسي.

- الدور المحوري والفعال للأحزاب السياسية.

1.1- تعريف وأهمية الحزب السياسي

تعد الأحزاب السياسية ركيزة الديمقراطية ووجودها يطبع على الحكم صبغة المدنية ولا يختلف اثنان في أن التعددية الحزبية شرط لازم للديمقراطية وهو ما أقره المجلس الدستوري الفرنسي في قرار له بتاريخ: 18 سبتمبر 1986 الذي جاء فيه أن "التعددية الحزبية هي أحد شروط الديمقراطية"⁽²⁾، ولهذا تم تصنيف الأحزاب السياسية التي تعمل في مناخ الديمقراطية آلية موازية ومضادة للسلطة الفعلية⁽³⁾، ومنه فحزبية تكوين

(1) - د. حقي إسماعيل، الرقابة على أعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ، دار الكتاب مصر، سنة 1996، ص 152.
(2) - د. رجب حسن عبد الكريم، الحماية القضائية لحرية تأسيس وأداء الأحزاب السياسية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 811-824.
(3) - د. سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، المؤسسة =

الأحزاب ووجودها في شكل تعددي وآراء مختلفة يتيح فرصة الحديث عن الدولة المدنية وعن قيام مبدأ الشرعية واعتباره الأساس فيها، والجزائر دولة حديثة العهد بالتعددية الحزبية فقد انفتحت سياسيا على هذا المجال بعد دستور سنة 1989 الذي يعد دستور القطيعة مع عهد الحزب الواحد، وأخذ النظام القانوني للأحزاب السياسية يتطور ليمشي مع متطلبات الشعب ومع ضرورة إيجاد الآليات القانونية للممارسة السياسية فصدرت القوانين العضوية المنظمة للأحزاب السياسية والمحددة لضوابطها وأخذت في التطور والتحسين والتحسين وصولا إلى منظومة قانونية تجمع كل الجزئيات اللازمة لممارسة هذا الحق.

فالتعددية الحزبية قيمة دستورية وضرورة عملية تملئها الحاجة إلى سيادة القانون وخضوع الكافة له حكام ومحكومين وهذا من خلال الدور الذي تقوم به الأحزاب السياسية⁽¹⁾ وفي هذا الصدد نجد أن الدستور الجزائري لسنة 1996 قد أكد على ما بدأه دستور سنة 1989 من خلال نص المادة 42 التي تعترف بحق إنشاء الأحزاب السياسية⁽²⁾.

وما يلاحظ غياب تعريف واضح لمفهوم الأحزاب السياسية في القانونين السابقين للقانون العضوي رقم 04-12، فالأمر رقم 09-97 الملغى وكذا القانون رقم 11-89 في حين أن القانون العضوي رقم 04-12 وفي نص مادته الثالثة قد أعطى تعريفا للحزب السياسي بقوله: "الحزب السياسي هو تجمع مواطنين يتقسمون نفس الأفكار ويجمعون لغرض وضع مشروع سياسي مشترك حيز التنفيذ للوصول بوسائل ديمقراطية

الوطنية للكاتب، الطبعة الثانية، الجزائر، دون سنة نشر، ص 87-88.

(1) - د. نعمان الخطيب، الأحزاب السياسية ودورها في أنظمة الحكم المعاصرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1983،

ص 90، د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية، الدار الجامعية، بيروت، ص 322.

(2) - المادة 42 دستور 1996 تنص على أن "حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون".

- المادة 40 من دستور 1989 "حق إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي معترف به،...".

وسلمية إلى ممارسة السلطات والمسؤوليات في قيادة الشؤون العمومية"⁽¹⁾.

ويتميز الحزب السياسي عن غيره من المنظمات والتجمعات الأخرى من كونه يتميز بأربع ميزات تعد معايير لإطلاق تسمية ووصف الحزب على أي تجمع، وهذه المعايير وضعها الأستاذان Joseph Lapalombara و Myron Weiner وهي:

*المعيار الأول: أن يكون هذا التنظيم يتصف بالدوام وليس وقتي محدد بزمن معين أو بهدف خاص فتكون أهدافه السياسية أسمى وفوق أهداف مسيريه.

*المعيار الثاني: اتصاف هذا التنظيم بالشمولية فيضمن بذلك وجود شبكة واسعة وكاملة من العلاقات على وجه الدوام بين بين مسيري الحزب وقاعدته الشعبية.

*المعيار الثالث: وجود رغبة معلنة من قبل هذا التنظيم من أجل الوصول إلى السلطة وممارستها بالطرق السلمية والقانونية.

* المعيار الرابع: وجود رغبة دائمة في البحث عن دعم والتفاف شعبي حول أهداف هذا التنظيم⁽²⁾.

كما يضيف الفقه معيارا آخر وهو وجوب أن ينحدر أعضاؤه من جماعات اجتماعية متعددة، لتحقيق بذلك الشمولية والانتشار⁽³⁾.

كما أن الحزب السياسي يتكون من عنصرين أساسيين، العنصر الأول هو التنظيم والعنصر الثاني هو المشروع السياسي.

(1) - المادة 03 من القانون العضوي رقم 12-04 المؤرخ في 12/01/2012 المتعلق بالأحزاب السياسية جريدة رسمية عدد 02، بتاريخ 15/01/2012.

(2) - محمد هاملي، آليات إرساء دولة القانون في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبكر بلقايد - تلمسان - 2011 - 2012، ص 245.

-Jean CHARLOT, les partis politiques , Armand colin , 2ème édition , Paris , 1971 ,pp 05-07.

(3) - محمد عبد الحميد أبو زيد، مبدأ المشروعية وضمان تطبيقه دراسة مقارنة، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، سنة 2004، ص 132.

فالتنظيم ليس هدفا في ذاته، وإنما يقوم التنظيم من أجل تحقيق المشروع بوسيلة أكثر فاعلية، فهدف الأحزاب الاشتراكية والشيوعية في الديمقراطيات الغربية هو تغيير النظام الاجتماعي الموجود، أما بالنسبة لأحزاب اليمين أو الوسط فهدفها هو الحفاظ على النظام الرأسمالي، وفي جميع الأحوال تكون الأحزاب السياسية منظمات تتأسس من أجل خدمة فكرة ومشروع معين والدفاع عنه⁽¹⁾.

وعلى إثر التعديل الدستوري لسنة 1996 قامت السلطة بإجراء تعديل على دستور 1989 ومس هذا التعديل أيضا حق الممارسة السياسية من خلال إجراء تعديل على نص المادة 40 لتصبح نص المادة 42 في دستور 1996 ويتغير منطوقها على النحو التالي: "حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به ومضمون.

- ولا يمكن التدرع بهذا الحق لضرب الحريات الأساسية والمكونات الأساسية للهوية الوطنية وأمن التراب الوطني وسلامته وسيادة الشعب وكذا الطابع الديمقراطي والجمهوري للدولة.

- وفي ظل احترام أحكام هذا الدستور لا يجوز تأسيس الأحزاب السياسية على أساس ديني أو لغوي أو عرقي أو جنسي أو مهني أو جهوي.

- ولا يجوز للأحزاب السياسية اللجوء إلى الدعاية الحزبية التي تقوم على العناصر المبينة في الفقرة السابقة.

- يحضر على الأحزاب السياسية كل شكل من أشكال التبعية للمصالح أو الجهات الأجنبية.

- لا يجوز أن يلجأ أي حزب سياسي إلى استعمال العنف أو الإكراه مهما كانت طبيعتهما أو شكلهما.

(1) - سعاد الشرفاوي، الأحزاب السياسية (أهميتها - نشأتها - نشاطها)، منشورات مجلس الشعب، مركز البحوث البرلمانية، جويلية 2005، ص 15-16.

- تحدد التزامات وواجبات أخرى بموجب القانون".

والملاحظ أن نص المادة 42 من دستور 1996 جاء أكبر من نص المادة 40 من دستور 1989 من الناحية الشكلية سبع فقرات ومن الناحية الموضوعية أكثر تفصيلاً في مسائل مجالها القانون إلا أن المؤسس الدستوري فضل دسترتها للتأكيد على أهميتها وسموها، وتبرير ذلك المخاوف الناتجة عن تكرار تجربة التعددية السابقة وما انجر عنها من تبعات أدخلت الجزائر في دوامة لأكثر من عقد من الزمن خسرت فيه الجزائر الكثير وعلى جميع الأصعدة، وهو ما يبرر التشدد الظاهر على نص المادة 42 المتعلقة بالأحزاب السياسية والذي ترجمه الأمر رقم 07-97 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية⁽¹⁾ والذي يعد بالمقارنة مع القانون رقم 89-11 أكثر تشدداً، وهذا باشرطه لتأسيس أي حزب سياسي استيفاء الأعضاء المؤسسين لإجراء التصريح التأسيسي وإجراء عقد المؤتمر التأسيسي قبل مباشرة إجراء طلب الاعتماد، وهو الأمر الذي أدى إلى توجيه سهام النقد لهذا القانون خاصة من قبل القانونيين والحقوقيين واعتباره قد ضيق من ممارسة حق تكوين الأحزاب السياسية باشرطه شروط تعدد من قبيل التضييق على مؤسسي الحزب.

1-2- الدور المحوري والفعال للأحزاب السياسية

وتعتبر الأحزاب السياسية من أكثر الأدوات الفعالة لإيجاد نوع من النظام في الحياة الاجتماعية، كما تعتبر الأحزاب السياسية ملجأ لتجسيد المثل العليا، بل إن البعض يعتبرها الوجه المتحرك للفكرة القانونية والأداة الضرورية للمساهمة في الحياة السياسية⁽²⁾.

لقد أصبحت الأحزاب السياسية تضطلع بأدوار بالغة الأهمية داخل المجتمعات

(1) - الأمر رقم: 07-97 المؤرخ في: 06/03/1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، جريدة رسمية عدد 12.

(2) - د. سعاد الشراوي، المرجع السابق، ص 22-23.

وخاصة ضمن أنظمتها السياسية، ويقدم (سيجموند نيومان) ثلاث مهام رئيسية للأحزاب السياسية سواء كانت ديمقراطية أو شمولية⁽¹⁾:

- 01 - إدماج المواطن في الحزب السياسي وتعليمه الالتزام السياسي.
 - 02 - ممارسة الحزب لدور الوسيط فهو يعتبر همزة وصل بين الرأي العام والحكومة.
 - 03 - اختيار القادة لانتخابهم من طرف الشعب الأمر الذي يتطلب مستوى من الوعي لدى المواطنين لضمان الاختيار الصحيح.
- كما أن (ديفيد آبتر) ميز بين طبيعة الوظائف السياسية وفقا لطبيعة النظام السياسي الذي نتواجد فيه سواء كان ديمقراطي أو شمولي، ففي النظام الديمقراطي يبين أن الحزب السياسي يقوم بثلاث وظائف ومهام رئيسية وهي:

01- مراقبة السلطة التنفيذية.

02 - تمثيل المصالح.

03 - استقطاب المترشحين والأعضاء: وهو أحد أهم أهداف كل الأحزاب السياسية التي تعمل جاهدة على استقطاب كل طاقات المجتمع كي تشكل القاعدة الصلبة للحزب ليكون له القدرة الحقيقية على بلوغ السلطة وممارسة ونشر أفكاره ومذهبه السياسي⁽²⁾.

أما وظيفة الأحزاب في الأنظمة الشمولية يضيف (ديفيد آبتر) فتنحصر في وظيفتين يقوم بهما الحزب السياسي وغالبا ما نجد فكرة الحزب الواحد هي المسيطرة في

(1) - محمود عبد الجواد مصطفى، الأحزاب السياسية في النظام السياسي والدستوري الحديث والإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2003، ص 133

(2) - نفس المرجع، ص 133.

مثل هذه الأنظمة والوظيفة التي يقوم بها الحزب تعكس طبيعة النظام السياسي القائم وتمثل في:

01 - الحفاظ على صلابة وتضامن مجموعاته.

02 - دور الإشراف والإدارة⁽¹⁾.

كما أنه يمكن أن نختصر وظائف الأحزاب السياسية والتي هي بطبيعتها كثيرة ومتنوعة في الوظائف التالية:⁽²⁾

01- تجميع المصالح.

02- التجنيد السياسي.

03- التنشئة السياسية.

04- تعمل كسمسار أفكار.

05- عامل النشاط في الحياة السياسية والبرلمانية.

06- الرقابة والمحاسبة.

07- أداة لإضفاء المشروعية.

08- عنصر من عناصر استقرار الحياة السياسية في الدولة.

09- عامل مساعد على تكوين الرأي العام⁽³⁾.

أما فيما يخص القانون العضوي رقم 12-04 والمتعلق بالأحزاب السياسية⁽⁴⁾ فقد حدد الخطوط العريضة لأهداف الأحزاب السياسية في الفصل الثاني المعنون بالدور

(1) - نفس المرجع، ص 134.

(2) - نفس المرجع والصفحة.

(3) - نور جان الأيوبي عبد الرحمان، القضاء الإداري في العراق، رسالة دكتوراه، دار مطابع الشعب، القاهرة، 1965، ص 08-09.

(4) - انظر المواد 11-13-14 من القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية المؤرخ في 15/01/2012 جريدة رسمية عدد 02.

والمهام وهذا بنص المادة 11 منه والتي نصت على أن الحزب السياسي يعمل على تشكيل الإرادة السياسية للشعب في جميع ميادين الحياة العامة وذلك عبر:

- المساهمة في تكوين الرأي العام؛
- الدعوة إلى ثقافة سياسية أصيلة؛
- تشجيع المساهمة الفعلية للمواطنين في الحياة العامة؛
- تكوين وتحضير النخب القارة على تحمل مسؤوليات عامة؛
- اقتراح مترشحين للمجالس الشعبية المحلية والوطنية؛
- السهر على إقامة وتشجيع علاقات جوارية دائمة بين المواطن والدولة ومؤسساتها؛
- العمل على ترقية الحياة السياسية وتهذيب ممارستها وثبيت القيم والمقومات الأساسية للمجتمع الجزائري، لاسيما قيم ثورة أول نوفمبر 1954؛
- العمل على تكريس الفعل الديمقراطي والتداول على السلطة وترقية الحقوق السياسية للمرأة؛
- العمل على ترقية حقوق الإنسان وقيم التسامح.

كما تضمنت المادتين 13-14 من القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية دورين آخرين للأحزاب السياسية وتمثل في مساهمتهم ومشاركتهم في الحياة السياسية من خلال التعريف بمشروعها السياسي لدى مؤسسات الدولة والبرلمان والمجالس الشعبية المحلية، كما يمكن للسلطات العمومية أن تستشير الحزب السياسي في المسائل ذات المصلحة الوطنية، ويعد هذا الدور اعترافا من الدولة بالدور المحوري الذي تلعبه الأحزاب السياسية في الدولة فهي شريك لا غنى عنه يساهم هو أيضا في تسيير دواليب الحكم من خلال الآليات القانونية الممنوحة له، كما أنه ومن خلال الدور والمهام التي

أوكلمها القانون للأحزاب السياسية تعتبر مدرسة للتنشئة السياسية وإعداد القادة وتربية الفرد على التحلي بالقيم والمثل العليا وتهذيب العمل السياسي من خلال اعتماد الطرق المشروعة والسلمية في التداول على السلطة ونبذ كل أشكال العنف والتصرفات اللاأخلاقية واللاقانونية من الممارسة السياسية، فيكون بذلك القانون قد حدد الإطار العام لأهداف ووظائف الأحزاب السياسية على شكل مبادئ يبقى للأحزاب السياسية التعامل معها وفهمها في الإطار القانوني دون الشطط في استعمالها.

تعد هذه أهم الوظائف التي تقوم بها الأحزاب السياسية وهي وظائف غاية في الأهمية وتحتاج ميزانيات ضخمة وتمويل عمومي وخاص يمكنها من التحقيق الفعلي لأدوارها وإثبات وجودها ومكانتها في النظام السياسي والرقابي في الدولة، فكل هذه الأدوار تتطلب مواكبة مالية هي نقطة الصراع اليوم في ظل افتقاد الثقة في المساعدات العمومية وطغيان الاستثمار المالي السياسي الذي تترتب عليه أدور أخرى تجسد بالحزب عن الأهداف المسطرة له، سواء في القانون أو النظم الداخلية لهذه الأحزاب. وهو ما سنحاول تقديم قراءة في مصادر التمويل في ظل القانون العضوي المتعلق بالأحزاب والقانون العضوي المتعلق بالانتخابات.

2- مصادر التمويل الخاصة للأحزاب بين التقييد والحرية.

نقصد بالتمويل الخاص التمويل الخارج عن إعانات الدولة أي غير العمومي، ويقصد به كذلك التمويل المتأتي من الأشخاص الخاصة سواء كانوا من المنخرطين أو من المتعاطفين معه، وقد كرس المشرع الجزائري نوع من التقييد في هذه المصادر، والتي نصت عليها المادة 52 من القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، وتنص هذه المادة على ما يلي: "تمول نشاطات الحزب بالموارد المشككة مما يأتي:

- اشتراكات أعضائه.
- الهبات الوصايا والتبرعات.
- العائدات المرتبطة بنشاطاته وممتلكاته.

- المساعدات المحتملة من الدولة".

الملاحظ على التعاملات المالية للحزب والتمويل يكون من خلال حساب مفتوح لدى مؤسسة مصرفية أو مالية وطنية في مقرها أو لدى فروعها المتواجدة عبر التراب الوطني، وهو ما نصت عليه المادة 62 من قانون الانتخابات، أي أول قيد على الحزب السياسي هو ضرورة التعامل الشفاف في ماليته من خلال الحساب البنكي الذي يسمح بالرقابة، ومن جانب آخر اشترط القانون بأن يكون هذا الحساب يجب أن يكون في مؤسسة مصرفية وطنية أي استبعاد البنوك الأجنبية وفروعها في الجزائر.

فالمشرع هنا قيد الحزب وفرض نوع من الشفافية في تسيير مالية الحزب، هذا في مرحلة أولى ليضيف بعض القيود الأخرى المتعلقة بكل نوع من التمويل على حدى والتي عالجتها المواد من 53 إلى 60 من القانون العضوي للأحزاب السياسية.

1.2 اشتراكات الأعضاء:

ترك المشرع حرية تقدير قيمة اشتراكات أعضاء الحزب للهيئات الداخلية للحزب سواء هيئة المداولة أو الهيئة التنفيذية للحزب أي لم يقيد الحزب باشتراكات معينة ومحددة قانونا، وهذا شيء إيجابي لأن قيمة الاشتراك هي شأن داخلي للحزب يتداول فيها داخليا ويحدد قيمتها حسب احتياجات الحزب وامتداده ومحددات أخرى مرتبطة بالحزب.

وعكس ما كان منصوص عليه في القانون 09/97 من خلال المادة 28 على أن الاشتراكات لا يجب أن تتجاوز 10% من الأجر الوطني الأدنى... .

بالإضافة للتقييد المتعلق بضرورة دفع هذه الاشتراكات بالعملة الوطنية... .

والقيد في القانون العضوي 04/12 هو ضرورة الدفع في حساب في مؤسسة مالية أو مصرفية وطنية.

2.2 الهبات والوصايا والتبرعات:

أعطى القانون إمكانية التمويل عن طريق الهبات والوصايا والتبرعات ولكن قيدها بجملة من القيود التي تحاول تقييد الحزب السياسي وعدم ارتباطه بالأشخاص المانحين وهذه القيود هي:

✓ تدفع في الحساب المذكور سابقا.

✓ يجب أن تكون من مصدر وطني، ومنع الحزب من تلقي أي دعم مالي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من جهات أجنبية: وهذا ضمانا لعدم التدخل الأجنبي في الشؤون الداخلية من خلال الأحزاب وهو شرط نص عليه كل من القانون الفرنسي والمصري وجل التشريعات المقارنة.

✓ يجب أن ترد من أشخاص طبيعيين معروفين: وهذا ضمانا لعدم تحويل الحزب لمكان لتبييض الأموال بالرغم من عدم التقييد الدقيق، وكذا ضمان عدم تبعية الحزب لأشخاص معنوية أخرى من خلال اشتراط أشخاص طبيعيين فقط.

✓ لا يمكن أن تتجاوز 300 مرة الأجر الوطني الأدنى المضمون لكل هبة وفي السنة الواحدة.

التقييد المتعلق بهذا النوع من التمويل نجده في كل التشريعات المقارنة، فمثلا المشرع الفرنسي كان أكثر تشددا قبل صدور قانون سنة 1988 المتعلق بالشفافية المالية للحياة السياسية حيث لم يكن مسموح للأحزاب السياسية الحصول على أموال دون مقابل، ليأتي هذا القانون ويبيح الحصول على التبرعات والهبات بشرط عدم تجاوزها 7500 يورو سنويا عن الفرد الواحد، وبقى على المنع بالنسبة لتبرعات الأشخاص المعنوية الفرنسية والأشخاص المعنوية والطبيعية الأجنبية⁽¹⁾، وهو ما ذهب إليه المشرع

(1)- Art 11/4 du loi n° 88-227.

الجزائري، وهو نفس ما أخذ به المشرع المغربي بتحديد القيمة التي لا يجب أن تتجاوزها الهبات والوصايا والتبرعات بـ 100.000 درهم في السنة الواحدة ومن متبرع واحد⁽¹⁾.

2-3. العائدات المرتبطة بنشاطات الحزب وممتلكاته.

قيد المشرع الجزائري الحزب بعدم إمكانيته ممارسة نشاط تجاري من خلال المادة 57، وفي نفس الوقت أعطى إمكانية التمويل عن طريق استثمارات غير تجارية، وهذه المادة تحتاج إلى توضيح النشاطات غير التجارية. التي وضحتها بعض القوانين كالقانون المصري.

فالمداخل الممكنة مثلا هي: محاضرات، كراء أو بيع العقارات... الخ، مثلا كما نصت عليه المادة 47 من القانون 04-12" يمكن للحزب السياسي في إطار احترام هذا القانون العضوي والتشريع المعمول به، إصدار نشرات إعلامية أو مجلات"، فهذه المادة لم تحدد أي نمط يجب أن تتخذه هذه النشرات وبذلك تحال لقواعد العامة (شركات تجارية أو شركات مدنية) وطبعا الشركات التجارية تتناقض مع المادة 7 من القانون العضوي (منع ممارسة نشاطات تجارية).

والإشكال المطروح هنا هل المادة 47 جاءت كاستثناء للمادة 57؟

هذا ما ذهب إليه المشرع المصري، حيث نص في المادة 11 من قانون الأحزاب السياسية على أن إصدار الصحف واستغلال دور النشر أو الطباعة لا يعتبر من النشاطات التجارية إذا كان هدفها الأساسي خدمة أغراض الحزب، خلافا للحكم العام الذي يحصر عائدات الحزب في تلك المتأتية من نشاطات غير تجارية⁽²⁾. وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي من خلال المادة 07 من قانون الشفافية المالية للحياة

(1) - المادة 28 من القانون المغربي رقم 04-36.

(2) - المادة 11 من قانون الأحزاب السياسية المصري رقم 40/77 المعدل بموجب القانون 12/2011.

السياسية حيث أجاز للأحزاب السياسية إصدار صحف والانتفاع بعائداتها⁽¹⁾.

3- مصادر التمويل العمومية بين المحدودية والسلطة التقديرية للدولة.

يقصد بمصادر التمويل العمومية مجموع الإعانات المتحصل عليها من الميزانية العامة للدولة وكذا التعويضات المتحصل عليها في الحملات الانتخابية، أي مصدرها عمومي بعيد عن أعضاء الحزب أو المتعاطفين معه من خواص، وهو ما نصت عليه المادة 58 من قانون الأحزاب السياسية والمادة 07 من القانون 03-12 المحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة: "يمكن للأحزاب السياسية أن تستفيد من مساعدة مالية خاصة من الدولة بحسب عدد مرشحاته في المجالس الشعبية البلدية والولاية والبرلمان..."⁽²⁾.

وأساس التمويل العمومي نابع من كون الحزب هو مرفق دستوري نظرا لدوره في التعبير عن الرأي وتكوين الإرادة العامة، وهو ما كرسه كذلك مجلس الدولة الجزائري في قراره الشهير الصادر بتاريخ 2004/03/03 (قضية ع. ب ضد ص. ع ومن معه) حيث اعتبر الحزب تنظيما أساسيا في الحياة السياسية للدولة يمارس نشاطات تتعلق بالمنفعة العامة⁽³⁾.

و بالرغم من النص على هذه الإعانات في القانون المتعلق بالأحزاب إلا أنه يعاب عليها:

✓ التمويل العمومي سلطة تقديرية كاملة في يد الدولة لها أن تقدمها أو لا، أي غياب الإيجاب القانوني على تقديم هذه الإعانات أو على الأقل الإقرار القانوني لها، وكذلك لها

(1) - Art 07 , la loi n° 88/227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique.

(2) - ج. ر. رقم 01 لسنة 2012.

(3) - مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، منشور بموقع مجلس الدولة <http://www.conseil-etat-dz.org/Arabe/20431.htm>

سلطة تقديرية كاملة في تحديد قيمته⁽¹⁾. (أي استعمال عبارتي "المحتملة" و"يمكن") في المادتين 52 و58 من القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية والمادة 07 من القانون العضوي 12-03.

✓ ربطها بعدد المنتخبين أو المقاعد المحصل عليها في البرلمان، وإن كان هذا منطقي من منطلق تدعيم الأحزاب الفعلية في الساحة السياسية إلا أنها بالمقابل تفصي الفئة غير الممتدة والأحزاب الصغيرة التي تكون هي المحتاجة لهذه الإعانة عكس الأحزاب الكبيرة.

يمكن في هذا الإطار ملاحظة ما يلي:

- نصت المادة 65 من الأمر 02/08 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008 على منح مساعدة مالية للأحزاب تقدر بـ 400.000 دج عن كل نائب في البرلمان⁽²⁾. (منذ 1997 تحصل الأحزاب على هذه الإعانة).

- المادة 58 غامضة كما كانت المادة 33 من قانون سنة 1997 حيث لم تحدد بشكل دقيق أي حزب يحصل على الإعانات هل هو الحزب الذي ترشح في قوائمه النائب أم الحزب الذي انضم إليه بعد فوزه في حالة التغيير طبعاً، على أساس أن القانون الجزائري لا يمنع النواب من تغيير حزبهم بعد الانتخاب؟ خاصة في ظل التجوال السياسي المعروف في الجزائر.

- وللذكر فقط، كان قانون الانتخابات الجديد سنة 2012 يتضمن حكماً صريحاً وجريئاً يمنع التجوال السياسي حيث قرر إسقاط العهدة البرلمانية عن كل نائب يتخلى عن الحزب الذي فاز في قوائمه لينضم لحزب آخر، لكن نواب الأغلبية اسقطوا المادة

(1) - تقدر وفق قانون المالية التكميلي لسنة 2008 (الأمر 02/08) من خلال مادته 65 بـ 400.000 دج عن كل نائب.

(2) - كانت هذه القيمة 200.000 في قانون المالية لسنة 1998.

لأن أحزابهم هي المستفيدة.

وهذا الغموض من شأنه خلق صراع بين الأحزاب السياسية حول أحقية الاستفادة من هذه الإعانة (وحدث هذا فعلا بعد الانتخابات التشريعية سنة 2007 حين انظم نواب من حزب العمال لحزب جبهة التحرير الوطني).

بالعودة للقانون 11/89 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي كان موقفا في معالجة هذا الإشكال حيث نصت المادة 29 منه على منح المساعدات العمومية للحزب بنسبة عدد النواب الذين يصرحون لمكتب المجلس الشعبي الوطني خلال الشهر الذي يلي افتتاح الدورة الأولى من السنة بتسجيلهم في تلك الجمعية، فالحزب المستفيد من الإعانة هو الحزب المصرح به بعد الانتخاب وليس الحزب المترشح في قوائمهم.

وهو ما أخذت به جل التشريعات المقارنة مثلا:

- المادة 09 من قانون الشفافية المالية للحياة السياسية في فرنسا.
- المادة 35 من قانون الأحزاب المغربي 36/04.

عكس ما أخذ به المشرع التونسي الذي اعتد في توزيع المساعدات العمومية بالحزب الذي ينتمي إليه النائب وقت الترشح حسب المادة 28 من القانون 48/97 المتعلق بالتمويل العمومي للأحزاب السياسية.

ومن الناحية الأخلاقية ومن ناحية الإنصاف وحماية للأحزاب فالحل المأخوذ في التشريع التونسي نسب حتى لا يصبح الحزب وسيلة فقط للوصول للبرلمان وكذا للحزب برنامج وتوجهات ينتخب على أساسها لذي لا يجب التخلي عن الحزب المترشح في ظله وهو الأولى بالإعانة.

✓ إمكانية استفادة الحزب من إعانات حسب عدد منتخباته في المجالس الشعبية البلدية والولائية والبرلمان وهذا حسب ما نصت عليه المادة 07 من القانون العضوي 03/12 المحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس

المنتخبة والتي نصت على: "يمكن للأحزاب السياسية أن تستفيد من مساعدة مالية خاصة من الدولة بحسب عدد مرشحاته في المجالس الشعبية البلدية والولاية وفي البرلمان...".

✓ إقصاء الأحزاب الصغيرة غير المتحصلة على مقاعد في البرلمان من الإعانات العمومية عكس بعض القوانين المقارنة كالقانون الفرنسي في المادة 08 حين نص على منح الدولة مساعدة مالية للأحزاب التي تحصل على نسبة 1% على الأقل من الأصوات المعبر عنها في انتخابات الجمعية الوطنية، والقانون المغربي الذي رفع النسبة إلى 5% من خلال مادته 29، والهدف من هذه الأحكام هو توليد حركية في الساحة السياسية.

✓ الرقابة على وجهة استعمال الأموال العمومية المخصصة للأحزاب، وإن كان هذا يتماشى مع مبدأ الرقابة على أموال العمومية، إلا أنه يتناقض مع حرية الأحزاب في استعمال مواردها، وهو يفرض رقابة إضافية على الأحزاب.

✓ المشرع الجزائري أهمل التمويل العمومي غير المباشر ولم يشر إليه إلا بطريقة غير مباشرة في المادة 15 من القانون العضوي 04-12 المساواة في استعمال وسائل الإعلام.

4- محدودية الرقابة على تمويل الأحزاب.

أن فكرة الرقابة على تمويل الأحزاب السياسية تستند على فكرة الديمقراطية بمبدأها الأساسيين وهما الحرية والمساواة، ومن جهة أخرى تقوم على مبدأ كفالة حسن استعمال المال العام (مساعدات الدولة).

فالرقابة من المواضيع المهمة التي تطرح كإشكال عند الحديث عن تمويل الأحزاب من منطلق تداخل الحرية مع الضابط القانوني والأخلاقي للرقابة، والتي تسمح بممارسة سياسية متساوية ووفق أخلاقيات العمل السياسي الذي يفرض المساواة والمنافسة النزوية خاصة في الوقت الراهن وما بات يطرحه تمويل الأحزاب السياسية من غموض

خاصة في الحملات الانتخابية وفي ظل الاستثمار السياسي للأموال، وفي وقت أصبحت المقاعد في المجالس وخاصة في البرلمان تشتري برؤوس أموال ضخمة، كل هذه الممارسات تجعل من واجبنا الوقوف عند التمويل كمدخل للأخلاق السياسية والحزبية.

في التشريعات المقارنة:

- في الولايات المتحدة الأمريكية ومنذ صدور قانون مكافحة الرشوة لسنة 1925 أصبح كل مرشح للانتخابات ملزم بتقديم تقريرين لمجلس الشيوخ الأول قبل الانتخابات والثاني بعد الانتخابات، والأحزاب ملزمة بتقرير سنوي عن إيراداتها ونفقاتها.
- في فرنسا المادة 7/11 من قانون الشفافية المالية للحياة السياسية تنص على ضرورة مسك الحزب لحساباته السنوية المصادق عليه من طرف محافظي الحسابات، ليتم إيداعها لدى اللجنة الوطنية لحسابات الحملة الانتخابية وتمويل السياسي.
- المشروع الجزائري في قانون الانتخابات 01/12 من خلال المادة 209 نص على ضرورة إعداد المترشح للانتخابات الرئاسية أو قائمة المترشحين للانتخابات التشريعية حساب الحملة الانتخابية:
- في الانتخابات الرئاسية يقدم هذا الحساب للمجلس الدستوري في غضون 3 أشهر من تاريخ نشر النتائج مرفقا بتقرير من محاسب خبير أو محاسب معتمد لدى المجلس الدستوري، وينشر في الجريدة الرسمية، أما في الانتخابات التشريعية يتم الإيداع لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني خلال شهرين مرفقا بتقرير من محاسب خبير أو محاسب معتمد لدى المجلس الدستوري، ثم يحول للمجلس الدستوري.
- النتيجة لهذه الرقابة عدم الاستفادة من التعويضات فقط.

وإذا رجعنا للقانون المتعلق بالأحزاب 04/12 نجد نوع من الغموض وقصر في معالجة موضوع الرقابة على تمويل الأحزاب عكس التشريعات الأخرى التي أعطت للرقابة حظا وافرا في معالجة تمويل الأحزاب السياسية، ومظاهر الرقابة تقتصر على:

- ✓ مسك محاسبة تجارية "القيد المزدوج".
- ✓ إمكانية إخضاع المساعدات المالية التي تمنحها الدولة للأحزاب لرقابة على أوجه استعمالها (مادة 59) وأحالت كفاءات التطبيق للتنظيم.
- ✓ وجوب تقديم تقرير مالي مصادق عليه من طرف محافظ حسابات مقدم من طرف مسؤول الحزب في جمعية عامة. (المادة 60).
- ✓ تقديم حسابات الحزب السنوية للإدارة المعنية، ولم يحدد هنا القانون الإدارة أو الجهة المعنية بالرقابة لكنه أخذ بالرقابة الإدارية (إدارة)، في حين جل التشريعات المقارنة تميل لمنح سلطة الرقابة على مالية الأحزاب لهيئات محايدة (القانون المغربي 04-03 المجلس الأعلى للحسابات، المشرع المصري للجهاز المركزي للحسابات، في فرنسا كانت ممنوحة للبرلمان وبعدها تحولت للجنة وطنية لحسابات الحملة الانتخابية والتمويل السياسي.

وتتمثل أهم نتائج الرقابة في:

- الحرمان من التعويض في حالة رفض المجلس الدستوري لحساب الحملة الانتخابية (المادة 209 من القانون العضوي 12-01).
- المادة 79 من القانون العضوي 12-04، في حال تحويل أو اختلاس أملاك الحزب السياسي أو استعمالها لأغراض شخصية الإحالة للتشريع المعمول به.
- المادة 80 من نفس القانون نصت على تطبيق العقوبات المنصوص عليها في القانون 06/01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته على المخالفات المرتكبة في إطار نشاط الحزب السياسي وتسييره (المادة 39 من قانون 06-01 "يعاقب كل من قام بعملية تمويل نشاط حزب سياسي بصور خفية بالحبس من سنتين إلى 10 سنوات وغرامة مالية من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج").

- ما عدا ذلك لم ينص القانون 04-12 على إمكانية حل الحزب السياسي في حال إخلاله بالالتزامات المالية (يمكن تطبيق المادة 65)، بل حتى لم ينص على حرمان الحزب المخالف من المساعدات العمومية. عكس القانون الفرنسي الذي كان أكثر صرامة حيث نص على حرمان الحزب من الإعانة المالية في السنة التي حدث فيها التجاوز، وإمكانية سحب الاعتماد في حال مخالفة الالتزامات المالية للقانون 88-227 (المواد 1/11 و 4/11).
والمشروع المصري في المادة 14 من قانون الأحزاب السياسية اعتبر أموال الحزب أموال عامة والقائمين عليه في حكم الموظفين، حرصا منه على تشديد العقوبة على مرتكبي المخالفات المالية.

خاتمة:

تمويل الأحزاب السياسية نقطة مهمة لبداية مسار ديمقراطي شفاف، لهذا قيده التشريعات المتعلقة بالأحزاب، لكن في القانون الجزائري بقي هناك نوع من الغموض في تمويل الأحزاب السياسية وكذا الرقابة عليها ونتائج هذه الرقابة، وأحال القانون العضوي كليات الرقابة لنص خاص لم يصدر بعد، وبقي مع عدم صدوره غموض يكتنف التمويل وخاصة الرقابة على التمويل وكيفياتها وهيكلها، لتبقى رقابة تمويل الأحزاب اليوم غير واضحة وغير مجسدة إطلاقا مما سمح بوجود تجاوزات كبيرة، خاصة في المناسبات الانتخابية.

قائمة المراجع

أولا: النصوص القانونية

- 01- القانون 11/89 المتعلق بالجمعيات ذات الطابع السياسي، ج. ر. رقم 27.
- 02- القانون العضوي 07/97 المؤرخ في 06/03/1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالانتخابات، ج. ر. رقم 16.

- 03- القانون العضوي 09/97 المؤرخ في 06/03/1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية، ج. ر. رقم 12.
- 04- القانون العضوي 01/12 المتعلق بالانتخابات، ج. ر. رقم 01.
- 05- القانون العضوي 04/12 المؤرخ في 12/01/2012 المتعلق بالأحزاب السياسية، ج. ر. رقم 02.
- 06- قانون الأحزاب السياسية المصري رقم 40-77 المعدل بموجب القانون 12/2011.
- 07- القانون المغربي رقم 36/04 المتعلق بالأحزاب السياسية.
ثانيا: الكتب والرسائل:
- 08- هاملي محمد، آليات إرساء دولة القانون في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، سنة 2012.
- 09- د. حقي إسماعيل، الرقابة على أعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ، دار الكتاب مصر، سنة 1996.
- 10- د. رجب حسن عبد الكريم، الحماية القضائية لحرية تأسيس وأداء الأحزاب السياسية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- 11- د. سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الثانية، الجزائر، دون سنة نشر.
- 12- د. نعمان الخطيب، الأحزاب السياسية ودورها في أنظمة الحكم المعاصرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1983.
- 13- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
- 14- محمد عبد الحميد أبو زيد، مبدأ المشروعية وضمان تطبيقه دراسة مقارنة، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، مصر، 2004.

- 15- سعاد الشرقاوي، الأحزاب السياسية (أهميتها - نشأتها - نشاطها)، منشورات مجلس الشعب، مركز البحوث البرلمانية، جويلية 2005.
- 16- محمود عبد الجواد مصطفى، الأحزاب السياسية في النظام السياسي والدستوري الحديث والإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2003.
- 17- نور جان الأيوبي عبد الرحمان، القضاء الإداري في العراق، رسالة دكتوراه، دار مطابع الشعب، القاهرة، 1965.
- 18- Jean CHARLOT, les partis politiques , Armand colin , 2ème édition , Paris , 1971.
- 19- la loi n° 88/227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique.

متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

بقلم: عبد العزيز سمية*

ملخص

إن متعة الطلاق من المواضيع المهمة التي يجهلها الكثير من الناس، بل لا يكاد يعرفها إلا المتخصص في الأحوال الشخصية، فهي بالنسبة للشريعة الإسلامية بمثابة تعويض يعطى للزوجة المطلقة تطيبها لها، وجبرا لخاطرها المنكسر، وتعويضا لها عن الضرر الذي لحق بها، وتخفيفا للألم الذي أصابها بسبب الطلاق الذي أوقعه الزوج، ونظرا لكون المتعة تعتبر تعويض عن الطلاق في مفهوم الشريعة الإسلامية أدى هذا الأمر إلى الخلط بينها وبين التعويض عن الطلاق التعسفي الذي تطرق إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

الكلمات المفتاحية: الزواج، الطلاق، التطلق، المتعة، التعسف، الطلاق التعسفي، التعويض.

Résumé

Le divorce de jouissance est l'un des sujets importants qu'ignore beaucoup de gens pour ne dire qu'à peine connu par les spécialistes du statut personnel, étant dans la religion musulmane une compensation conférée à l'épouse divorcée en guise de la reconforter et la consoler.

La jouissance étant considérée comme une compensation du divorce au vu de la religion musulmane, cela favorise l'amalgame avec le divorce abusif inclus par le législateur algérien au code de la famille.

* أستاذة بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة البويرة.

Mots-clés: Mariage - Divorce par la volonté de l'époux - Divorce par la volonté de l'épouse - Jouissance – Abus -Divorce abusif – Compensation.

Summary

Divorce enjoyment is one of the important topics that many people ignore and that barely known by specialists of personal status, Muslim religion considers it compensation granted to the wife divorced as to comfort her and.

Enjoyments as compensation for divorce in the light of the Muslim religion, this favorites the amalgam with abusive divorce included by the Algerian legislator in the family code.

Keywords: Marriage - Divorce by the will of the husband - Divorce by the will of the wife - Enjoyment - Abuse- Abusive divorce – Compensation.

مقدمة

الزواج عقد أبدي غايته إنشاء أسرة قائمة على المحبة والرحمة والسكينة والطمأنينة ولينشأ منها جيل يحمل مهمة عمارة الأرض قال تعالى: ﴿وَأَسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾⁽¹⁾.

إلا أنه في بعض الحالات قد يحدث ما يعكس صفو هذا الزواج، فيعدل به عن غايته وينبو به عن تحقيق أهدافه، ومع هذه المشاكل والعوارض تصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق ومكانا لا يؤلف فينقلب أساس كيانها ويتحول الحب إلى كراهية واشمئزاز، ومودة ورحمة إلى فوضى، فتؤدي إلى الطلاق، وقد يطلق الزوج زوجته وهو غير كاره لها، وهي ليست كارهة له، لذلك شرع الإسلام متعة الطلاق تطيبيا للمرأة، وجبرا لخاطرها المنكسر، وتخفيفا للألم الذي أصابها بسبب الطلاق.

(1) - سورة هود، الآية 61.

تعتبر متعة الطلاق من المواضيع المهمة التي يجهلها الكثير من الناس، بل لا يكاد يعرفها إلا المتخصص في الأحوال الشخصية، وإذا كان الإمام النووي - رحمه الله - أحس بجهل النساء بأحكام متعة الطلاق ودعا إلى تعليمهن تلك الأحكام بعد أن بين وجوب المتعة للمطلقة بعد الدخول بقوله: " وهذا ما يغفل عن العمل به، ولا تعرفه النساء فينبغي تعريفهن به وإشاعته"، فإننا نشكو في هذه الأيام من جهل الرجال والنساء على حد سواء بهذه الأحكام.

لكل ما سبق، وبما أن المتعة تفرض للزوجة بمجرد الطلاق أدى هذا الأمر إلى الخلط بينها وبين التعويض عن الطلاق التعسفي الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة (52) من قانون الأسرة، فهناك من يعتبر أن المتعة هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي وهناك من يعتبر أن المتعة تختلف تماما عنه ولكل واحد منهما أحكاما خاصة به، لذا يثور التساؤل حول العلاقة الموجودة بين متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي؟

الإجابة عن هذا التساؤل ليست واحدة عند الفقهاء والمشرع والقضاء فكل واحد أدلى بدلوه في هذه المسألة بالشكل الذي يدعم رأيه واجتهاده، ولإزالة هذا اللبس سنتطرق إلى كل من متعة الطلاق (أولا) والتعويض عن الطلاق التعسفي (ثانيا) وتحديد العلاقة الموجودة بينهما (ثالثا) وهذا على النحو التالي:

أولا: متعة الطلاق

إذا كان الشرع، قد أعطى للزوج حق الطلاق، إلا أن هذا الحق ليس على إطلاقه وإنما هو مقيد بتقييد الله له، ولم يقف الشرع عند هذا الحد بل قرنه بتوجيهات وإرشادات مرغبا في البقاء على الحياة الزوجية تارة ومرهبا عن الطلاق تارة أخرى، فأمره بالصبر على تحمل بعض الأخلاق التي قد نفر منها، ونهس ذلك في قول المصطفى " صلى الله عليه وسلم ": « لا يَفْرَكُ مُؤْمِنٌ مُؤْمِنَةً إِنْ كَرِهَ مِنْهَا خَلْقًا رَضِيَ مِنْهَا

آخر»⁽¹⁾، ثم أمره بالعلاج والمصالحة والعشرة بالمعروف لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعَنَّكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾⁽²⁾، ولم يقف عند هذا الحد كذلك، وإنما نفر من الطلاق بأشد عبارة «أَبْغُضُ الْحَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ»⁽³⁾، وهذا كله من أجل ألا يسئ الرجل في استعمال حقه في الطلاق، فيضار بزوجه أو يلحق بها ضرراً، وقد ثبت أنه لا ضرر ولا ضرار ولو أن الناس استلهموا من هذا الهدي الإلهي ما عانوا مشكلات قط.

وعليه فإذا تعسف الزوج في إيقاع الطلاق، ملحقاً الضرر بزوجه اقتضت الحكمة الإلهية وضع تشريع لمعالجة هذا الأمر، وهو فرض المتعة التي تعطى للزوجة المطلقة جبراً لخاطرها مما حل بها من حزن وأسى جراء الطلاق الذي أوقعه الزوج كحني متعسف فيه⁽⁴⁾، ولم يقتصر الشرع هذه المتعة على حالات التعسف فقط وإنما شملت معظم حالات الطلاق كما سنرى إن شاء الله تعالى.

1- تعريف المتعة:

يقتضي تعريف المتعة تعريفها لغةً ثم اصطلاحاً.

أ- المتعة في اللغة:

من متع، يمتع، متاعاً، وهو من التمتع بالشيء: الانتفاع به أو كل ما ينتفع به من عروض الدنيا قليلها وكثيرها يقال: تمتعت به أتمتع تمتعاً. والاسم: المتعة، كأنه ينتفع بها

(1) - مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الرضاع، باب الوصية بالنساء، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 02، د. س. ن، ص 1091، حديث 1469.

(2) - سورة النساء، الآية 34.

(3) - أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، المكتبة العصرية، بيروت، ج 02، د. س. ن، ص 255، حديث 2178.

(4) - المصري المبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص ص 221-222.

إلى أمد معلوم⁽¹⁾.

وفيه ذكر «متعة الحج» ؛ التمتع بالحج له شرائط معروفة في الفقه، وهو أن يكون قد أحرم في أشهر الحج بعمره، فإذا وصل إلى البيت وأراد أن يحل ويستعمل ما حرم عليه، فسبيله أن يطوف ويسعى ويحل ويقيم حلالاً إلى يوم الحج، ثم يحرم من مكة بالحج إحراماً جديداً، ويقف بعرفة ثم يطوف ويسعى ويحل من الحج فيكون قد تمتع بالعمرة في أيام الحج؛ أي: انتفع؛ لأنهم كانوا لا يرون العمرة في أشهر الحج فأجازها الإسلام⁽²⁾.

وفيه: «أن عبد الرحمن طلق امرأة فتع بوليدة» ؛ أي أعطها أمةً، وهي متعة الطلاق ويستحب للمطلق أن يعطي لامرأته عند طلاقها شيئاً يهبها إياه⁽³⁾.

بد المتعة في الاصطلاح الشرعي

عرفها الفقهاء تعريفات مختلفة هي كالاتي:

- عرفها المالكية: "ما يؤمر الزوج بإعطائه للمطلقة ليجبر بها ألم فراقها"⁽⁴⁾.
- عرفها الشافعية: "هي اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقتها إياها"؛ وقالوا أيضاً: "مال يجب على الزوج دفعه لامرأته لمفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه

(1) - محمد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ط1، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1421 هـ، ص 854.

(2) - محمد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، (النهاية في غريب الحديث والأثر)، المرجع السابق، ص 855. انظر كذلك أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 2003، م 08، ص 329.

(3) - محمد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (النهاية في غريب الحديث والأثر)، المرجع السابق، ص 855.

(4) - نجلاء بنت حمد بن علي المبارك، متعة المطلقة -دراسة حديثة موضوعية-، مجلة العدل، جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن، كلية الآداب، الرياض، ع 52، 1432 هـ، ص 160.

بشروط" (1).

■ أما الحنفية والحنابلة فلم يقوموا بتعريفها بالرغم من ورود أحكامها في كلا المذهبين (2).

2- مشروعية المتعة:

الأصل في مشروعية المتعة قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ (3)، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسِرَّجُوهُنَّ سِرَّاحًا جَمِيلًا﴾ (4)، وقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (5).

ولعل الحكمة من تشريع المتعة تكمن فيما يلي:

- من حكمة الله في تشريعه أنه جعل على الرجل التزاماً (المتعة) نحو مطلقاته مقابل أن جعل الطلاق بيد الرجل، حتى يكون رادعاً له للتفكير ملياً في استعمال حقه في الطلاق بعد استنفاد جميع الوسائل للإصلاح والاتفاق، وهذه المتعة مزيد تأكيد على المهر والنفقة، لأن النفقة مقابل الاحتباس للزوجة عن العمل، ولا يؤدي المهر وحده الغرض المراد بالتروي في الطلاق وجرت العادة بالتساهل فيه (6).

(1) -المرجع نفسه، ص 159.

(2) -المرجع نفسه، ص 159.

(3) -سورة البقرة، الآية 236.

(4) -سورة الأحزاب، الآية 49.

(5) -سورة البقرة، الآية 241.

(6) -أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والخلع، ط1، دار المسيرة للنشر

- لما كان للأسر أثر كبير في تقوية الصلات بين أفراد المجتمع فيها تنتشر المودة بين القبائل والشعوب، أمكن أن يكون للتفريق أثر في القطيعة وعدم التراحم بين الشعوب والقبائل، لذا أمر الله عز وجل أن يكون التفريق بإحسان ﴿فَإِمْسَاكُكُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾⁽¹⁾، وحتى يكون كذلك أمر الزوج بإعطاء الزوجة المطلقة متعة وحث على ذلك في آيات كثيرة وبين أنها من علامات التقوى ومن صفات المحسنين ترغيباً لهم على الامتثال بها⁽²⁾.

- شرعت حفاظاً لحقوق المطلقة التي كانت تعيش في بيت الزوجية وتنفق من نفقتها، فشرعت للمتعة دعماً مادياً تتمتع به في مرحلتها الانتقالية إلى غيره من ولي أو زوج أو بيت مال⁽³⁾.

- في المتعة تطيب لخاطر المطلقة من ألم الفراق وجبر لها من استيحاش الطلاق⁽⁴⁾، ودفعاً لما يمكن أن يحوم حولها من الريبة في أسباب طلاقها، فهي بمنزلة الشهادة لنزاهتها والاعتراف بأن الطلاق كان من جهته لغدر يختص به لا من قبلها⁽⁵⁾، وبهذا استبقاء للمودة الإنسانية واحتفاظ بالذكرى الكريمة، وفي الوقت نفسه لا يكلف الزوج ما لا يطيق، فعلى الغني بقدر غناه وعلى الفقير في حدود ما يستطيع⁽⁶⁾.

والتوزيع، الأردن، 2009، ص 63.

(1) - سورة البقرة، الآية 229.

(2) - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 180.

(3) - نجلاء بنت حمد بن علي المبارك، المرجع السابق، ص ص 161-162.

(4) - المرجع نفسه، ص 162. انظر كذلك أنور العمروسي، شرح قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، ط2، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1993، ص 36.

(5) - أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 63.

(6) - نجلاء بنت حمد بن علي المبارك، المرجع السابق، ص 162.

3- حكم المتعة:

اختلف الفقهاء في شأن المتعة بين موجب وموجب⁽¹⁾، والمطلقات بحسب وجوب المتعة أو استحبابها لمن ثلاثة أنواع:

- أ- مطلقة قبل الدخول ولم يفرض لها صداق.
- ب- مطلقة قبل الدخول وفرض لها صداق.
- ج- مطلقة بعد الدخول فرض لها أم لم يفرض لها صداق.

وسنفضل في هذه الأنواع على النحو التالي:

أ- مطلقة قبل الدخول ولم يفرض لها صداق: يقول الله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُنَّ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُنَّ مِمَّا لَمْ يَأْتُوا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽²⁾.

فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول إذا لم يسمى لها مهر أو كانت التسمية فاسدة⁽³⁾، وذهب مالك والليث وابن أبي ليلى إلى أن المتعة مستحبة غير واجبة في جميع الأحوال، لأن الله تبارك وتعالى خص المحسنين على سبيل الإحسان والتفضيل، والإحسان ليس بواجب ولو كانت واجبة لم تختص بالمحسنين دون غيرهم⁽⁴⁾.

(1) - محمد عاطف المقصورطي، الزواج والطلاق في الإسلام وحقوق الزوج والزوجة والأولاد، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، مصر، 2001، ص 155.

(2) - سورة البقرة، الآية 236.

(3) - إسماعيل أبا بكر علي البامرني، أحكام الأسرة، الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية - دراسة مقارنة بالقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 431. انظر كذلك نازك سالم محمد حنيني، أحكام الطلاق قبل الدخول، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2011، ص 52.

(4) - محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 181.

ب- **مطلقة قبل الدخول وفرض لها الصداق:** اتفق الفقهاء على أن المطلقة قبل الدخول والتي فرض لها صداق، فإن لها نصف المهر المسمى⁽¹⁾، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ الزَّكَاحِ﴾⁽²⁾.

ثم اختلفوا في حق المتعة لها، فذهب الجمهور إلى أن لا متعة لها، جمعاً بين هذه الآية وآيات المتعة ومنها قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرَّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽³⁾.

وذهب ابن حزم إلى أن لها المتعة ونصف المهر المسمى، وهو مروى عن الزهري أن لكل مطلقة متعة، وروى عن الحسن وأبي العالية، وروى عن علي بن أبي طالب وسعيد بن جبيرة، وهي رواية لأحمد⁽⁴⁾.

ج- **مطلقة بعد الدخول فرض لها أم لم يفرض لها صداق:** اختلف الفقهاء في المطلقة بعد الدخول سواء فرض لها صداق أم لم يفرض لها شيء؟ لأن المهر يثبت بالدخول بلا منازع، لكن هل المتعة لها من باب الوجوب؟ أم من باب الاستحباب؟
الرأي القائل بالوجوب: ذهب الشافعي في الجديد وفي رواية لأحمد بن حنبل أن المتعة واجبة لها⁽⁵⁾، وأن الأمر للوجوب في قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾⁽⁶⁾، وهو

(1) - إسماعيل أبا بكر علي البامني، المرجع السابق، ص 431.

(2) - سورة البقرة، الآية 237.

(3) - سورة البقرة، الآية 236.

(4) - المصري المبروك، المرجع السابق، ص 227.

(5) - أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 36.

(6) - سورة البقرة، الآية 236.

مروى عن عمر وعلي والحسن بن علي وابن عمر ولا مخالف لهم في الصحابة، وهو مروى عن سعيد بن جبير وسعيد بن المسيب وأبي قلابة والزهري وقتادة والضحاك وأبي ثور، وهو قول ابن حزم الظاهري وغيرهم⁽¹⁾، واستدلوا بما يلي:

- قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتِ مَتَّعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽²⁾.

وجه الاستدلال: أن لفظ المطلقات عام يشمل كل مطلقة سواء أكان قبل الدخول أو بعده، فتكون المتعة واجبة للمطلقات عموماً ولم تخرج إلا التي لم يسم لها مهر وطلقت قبل الدخول⁽³⁾.

- قوله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنِ أُمِّتَّكُنَّ وَأَسْرَحَكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁽⁴⁾.

وجه الاستدلال: فالله عز وجل قد أوجب بهذه الآية المتعة على الرسول "صلى الله عليه وسلم" لو طلق الرسول نساءه، ومعلوم أن الرسول "صلى الله عليه وسلم" كان قد دخل بنسائه⁽⁵⁾.

- قوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽⁶⁾.

وجه الاستدلال: أن الله تعالى كما أوجب على المتقين والمحسنين وجب على العباد المسيئين، فليس في ترك تحديدها ما يسقط وجوبها كنفقات البنين والزوجات⁽⁷⁾، ثم

(1) - المصري المبروك، المرجع السابق، ص 227.

(2) - سورة البقرة، الآية 241.

(3) - إسماعيل أبابكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 433.

(4) - سورة الأحزاب، الآية 28.

(5) - إسماعيل أبابكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 433.

(6) - سورة البقرة، الآية 236.

(7) - إسماعيل أبابكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 433. انظر كذلك المصري المبروك، المرجع السابق، ص 228.

إن عموم قوله تعالى: ﴿وَلَمْ تَطْلُقْ مَتَعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽¹⁾، يوجب المتعة لكل مطلقة سواء أكان مدخولاً بها أو لا، وإخراج المطلقة قبل الدخول من العموم لا دليل عليه، وأما القول بأن الله فرض لها النصف وهو حقها، فصحيح ولكن ليس فيه دليل على عدم وجوب المتعة⁽²⁾.

الرأي القائل بالاستحباب: ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن المتعة لا تجب للمطلقات بعد الدخول وهي مستحبة لكل المطلقات ولا تجب إلا المطلقة واحدة وهي التي طلقت قبل الدخول ولم يكن قد سمي لها مهراً أو كانت التسمية فاسدة، وهو قول مالك والليث والشافعي في القديم، وقول سفيان الثوري والحسن بن صالح والأوزاعي⁽³⁾، واستدلوا بما يلي:

- قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁽⁴⁾، وقوله أيضاً: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽⁵⁾.
وجه الاستدلال: فلو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين وإنما قصرها على المتقين والمحسنين، فهي إذن على سبيل الإحسان والتفضل وليس ذلك يوجب⁽⁶⁾.
ولعل الرأي الراجح ما قيل أن المتعة واجبة لكل مطلقة إلا التي طلقت قبل الدخول وقد فرض لها، فلها نصف المهر⁽⁷⁾.

(1) - سورة البقرة، الآية 241.

(2) - إسماعيل أبو بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 434.

(3) - المرجع نفسه، ص 432.

(4) - سورة البقرة، الآية 236.

(5) - سورة البقرة، الآية 241.

(6) - المصري المبروك، المرجع السابق، ص 229.

(7) - المصري المبروك، المرجع السابق، ص 230. انظر كذلك محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 182، إسماعيل أبو بكر علي البامرني، المرجع السابق، ص 434.

4- تقدير المتعة:

ذهب الشافعية في الراجح والحنابلة في وجه إلى أنه يرحح في تقديرها إلى الحاكم، لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره فيرجع فيه إلى الحاكم كسائر الأمور الاجتهادية⁽¹⁾.

وذهب بعض الشافعية إلى القول بأنها تصح بما يصدق عليه اسم المال، لأن الله سبحانه وتبارك جعلها على الموسر بقدر طاقته، فلا يقبل منه ما يصدق عليه اسم المال⁽²⁾، كما أن سبحانه قال: ﴿مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽³⁾، وليس من المعروف أن يعطى الغني امرأته ما يصدق عليه اسم المال⁽⁴⁾.

وذهب بعض الحنابلة إلى أن أعلاها خادم على الموسر وأدناه كسوه⁽⁵⁾، وذهب الحنفية إلى مثل هذا الرأي فقدروها بالمعروف على حسب زمانهم، فقالوا في المتعة الواجبة هي درع وخمار وملحفة وحدها الأعلى ألا تزيد عن نصف مهر المثل، وحدها الأدنى ألا تقل عن خمسة دراهم، لأنها قائمة مقام نصف مهر ومهر من لم يسم لها مهر هو مهر المثل فلا تزيد عن نصفه، وأقل المهر عندهم عشرة دراهم، فلا تقل عندهم عن نصفه وللطلاق أن يزيد عن نفسه ما شاء، وهذا في المتعة الواجبة لا المستحبة⁽⁶⁾.

ولعل الرأي الراجح أن تقدير المتعة يرجع إلى الحاكم، لأنه أمر يحتاج إلى اجتهاد، فيجب فيه الرجوع إلى الحاكم كسائر الاجتهادات الأخرى، وهذا ما روي عن الإمام

(1) - أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 65.

(2) - محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 183.

(3) - سورة البقرة، الآية 236.

(4) - أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، المرجع السابق، ص 65.

(5) - المصري المبروك، المرجع السابق، ص 232.

(6) - محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 183.

أحمد وهو أصح قول الشافعي⁽¹⁾.

ومما يؤكد هذا ما روي عن الحسن أنه سئل عن المتعة فقال: كان منهم من متع بالخدام والنفقة، ومن كان دون ذلك متع بالنفقة والكسوة، ومن كان دون ذلك متع بملاحفة ودرع وجلباب، ومن كان دون ذلك متع بثوب واحد، إذن فكل واحد متع على قدره من الخدام إلى الثوب الواحد⁽²⁾.

أما إذا تراضى الرجل ومطلقته على قدر معين، ينفذ ما تراضيا عليه قل أم كثر، فإن اختلفا ولجأت المطلقة إلى القضاء فينبغي أن يحكم لها بقدر من المال يراعى فيه حال الزوج يسراً وعسراً، كما يراعى فيه نسبة الضرر اللاحق بالزوجة، وحال كون الرجل متعسفاً في استعماله لهذا الحق الاستثنائي أو وضعه في موضعه الذي شرع له، فلا ضرر ولا إضرار⁽³⁾.

ثانياً: التعويض عن الطلاق التعسفي

يقتضي التعويض عن الطلاق التعسفي تعريف الطلاق التعسفي ثم تحديد شروطه.

1- تعريف الطلاق التعسفي:

قبل التطرق لتعريف الطلاق التعسفي يقتضي بنا الأمر الوقوف على تعريف الطلاق بصفة عامة:

أ- الطلاق في اللغة:

اسم مصدر لطلق بالتشديد، ومصدر لطلق بالتخفيف. يقال: طلقت المرأة طلاقاً

(1) -المصري المبروك، المرجع السابق، ص 233. انظر كذلك محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 183، ما يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد أن الأستاذ محمود علي السرطاوي أضاف شرطاً آخر، وهو أن لا يزيد تقدير المتعة في حدها الأعلى عن مهر المثل.

(2) -المصري المبروك، المرجع السابق، ص 233.

(3) -المرجع نفسه، ص 233.

فهي طالقٌ، وكثيراً ما تفرق العرب بين اللفظية عن اختلاف المعنيين قالوا: أطلقت إبلي وأسيرتي وطلقت امرأتي فاستعملوا في النكاح التفصيل، ولهذا لو قال لزوجته: أنت مطلقة بالتشديد، كان صريحاً، وبالتخفيف كان كناية وله معان كثيرة ومنها:

حديث ابن عمر- رضي الله عنهما-: «أن رجلاً حجَّ بأمه فحملها على عاتقه فسأله: هل قضى حقها قال: " لا " ولا طَلَقَةً واحدةً» ؛ الطَّاقُ: وجَعُ الوِلَادَةِ، والطَّلَقَةُ: المرَّةُ الواحدة⁽¹⁾؛ ومنها الفراق والترك. يقال: طلقت القوم تركتهم.

وفي حديث حُنَيْنٍ: «خرج إليها ومعه الطَّلَاءُ»، هم الذين خَلَّى عنهم يوم فتح مكة وأطلقهم فلم يَسْتَرْقِهِمْ وأحدُّهم: طَلِيقٌ، فَعِيلٌ بمعنى مَفْعُولٍ، وهو الأسير إذا أُطْلِقَ سبيلَهُ⁽²⁾.

ومنه الحديث: " الطلقاء من قريش والعتقاء من ثقيف "، كأنه ميز قريشاً بهذا الاسم، حيث هو أحسن من العتقاء، وقد تكرر في الحديث. ويقال للإنسان إذا عتق: طليقٌ، أي صار حراً⁽³⁾.

بـ الطلاق في الاصطلاح الشرعي:

درج معنى الطلاق في اصطلاح الفقهاء بالتعريفات التالية:

▪ عرفه الحنفية: " رفع قيد النكاح في الحال بالبائن أو في المآل بالرجعي بلفظ مخصوص هو ما اشتمل على الطلاق"⁽⁴⁾.

(1) مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (النهاية في غريب الحديث والأثر)، المرجع السابق، ص 567.

(2) -المرجع نفسه، ص 567.

(3) مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (النهاية في غريب الحديث والأثر)، المرجع السابق، ص 567.

(4) -انظر أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 18.

- عرفه المالكية: " صفة حكيمية ترفع حل متعة الزوج بزوجه موجبا تكرارها مرتين زيادة على الأولى للتحريم"⁽¹⁾.
- عرفه الشافعية: " حل عقدة الزوجية بلفظ الطلاق ونحوه من جانب الزوج أو ممن يقوم مقامه"⁽²⁾.
- عرفه الحنابلة: " حل قيد النكاح أو بعضه إذا طلقها طلقة رجعية"⁽³⁾.

فالفقهاء عرفوا الطلاق تعريفات مختلفة لكنها تتفق في المعنى المقصود منها شرعا، وتختلف إلى حد ما في دقة صياغتها، ففقهاء الشريعة الإسلامية لم يذهبوا بعيدا عن هذه التعريفات، حيث يعرف الطلاق في اصطلاحهم بأنه: " حل الرابطة الزوجية بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه في الحال أو في المآل"⁽⁴⁾.

(3) -انظر لحسين بن شيخ آث ملويا، بحث في القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 172.
(2) -انظر على الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، ط1، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، 2008، ص 22.

(3) -انظر طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 31.
(4) -شرح معنى الطلاق:

-حل الرابطة الزوجية: إنهاء الرابطة الزوجية إما عن طريق الوفاة أو الطلاق.
-معنى بلفظ مخصوص: هو ما دل على حل الرابطة الزوجية صراحة كلفظ الطلاق أو التطلق أو ما أخذ منهما أو بطريق الكتابة كلفظ الإطلاق والبائن والحرام ونحوها من كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره، ويترجح فيه معنى الطلاق بالنية أو بدلالة الحال، ويقوم مقام اللفظ الكتابة والإشارة المفهومة، ويلحق بلفظ الطلاق لفظ الخلع وقول القاضي " فرقت " في الحالات التي يفرق فيها القاضي بين الزوجين كما في اللعان وإباء الإسلام إذا سلمت زوجته، لأن كل هذا معدود من الطلاق.
وبكلمة اللفظ المخصوص يخرج الفسخ، لأن الفسخ وإن كان يحل الرابطة الزوجية في الحال، إلا أنه لا يكون بذلك اللفظ المخصوص. انظر عمر عبد الله ومحمد حامد قحايوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د. س. ن، ص ص 144-145.

-معنى في الحال: أي وقت طلاقها، وهذا في الطلاق البائن لأنه لا بد له لإرجاع زوجته من عقد ومهر جديدين مع رضاها وهذا في البينونة الصغرى أما الكبرى فيشترط أن تتزوج غيره. انظر صلاح محمد أبو الحاج، سبل الوفاق في أحكام الزواج والطلاق، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص ص 239-240.

-معنى في المآل: أي عند انتهاء العدة، ويكون هذا في الطلاق الرجعي، لأن الزوجية قائمة بين الزوجين ما دامت المطلقة =

تد الطلاق في قانون الأسرة الجزائري:

عرف المشرع الجزائري الطلاق صراحة بموجب نص المادة (48) من قانون الأسرة قبل التعديل⁽¹⁾ والتي نصت على ما يلي: «الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون».

استعمل المشرع الجزائري مصطلح " حل " التي تشمل طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بواسطة القضاء، ولم يستعمل مصطلح "رفع القيد" وفق ما ذهب إليه الأستاذ أبو زهرة، فقد قال أبو زهرة: "الطلاق رفع قيد النكاح"⁽²⁾، وهو تعبير يفيد خضوع طرف للقيد أكثر من خضوع الطرف الثاني فيوحي بأن رفع القيد يتم من الزوج للزوجة، وهنا لا يصح استعماله لأن القيد لهما معاً، لكون القيد في الزواج ينشئ التزامات متبادلة على الطرفين معاً، وبالتالي ليس قيدياً للزوجة فقط وإنما للزوجين معاً، ولا يكون تعبير "الرفع" دقيقاً إلا عندما يكون الطلاق بحكم القاضي لكونه يرفع ثقلاً عن الزوجة تحس به عندما يمتنع الزوج عن طلاقها، ولذلك استعمل المشرع لفظ "حل" ليشمل صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو باتفاق أو بحكم القضاء⁽³⁾.

رجعياً في العدة، ففي هذه الحالة يصح للرجل أن يراجع زوجته إلى عصمته دون أن يتوقف الأمر على رضاها ودون الحاجة إلى عقد ومهر جديدين. انظر نازك سالم محمد حنيني، المرجع السابق، ص 07. انظر كذلك صلاح محمد أبو الحاج، المرجع السابق، ص ص 239-240.

(1) -قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فيفري 2005، ج ر ع 15 مؤرخة في 27 فيفري 2005، والموافق عليه بالقانون رقم 05-09 مؤرخ في 25 ربيع الأول 1426 الموافق لـ 04 ماي 2005، ج ر ع 43 مؤرخة في 22 جوان 2005.

(2) -محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، مصر، 1957، ص 280.

(3) -فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ج 01، 1986، ص ص 233-234. انظر كذلك تركاني نبيلة، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية، رسالة لنيل

غير أن تعديل 05-09 وفي نفس المادة تراجع المشرع الجزائري عما قام به في السابق وعزف عن تبني تعريف قانوني للطلاق واكتفى بالقول: «مع مراعاة أحكام المادة 49 ينحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون».

المادة (48) ق. أ. ج المعدلة لم تعط التعريف الحقيقي للطلاق وإنما أكدت على إحدى حالات إنهاء الرابطة الزوجية وهو الطلاق، ولعل سبب ذلك محاولة من المشرع الجزائري للتملص من أي التزام قد يقع على عاتقه لتبنيه لإحدى التعريفات الفقهية وترك ذلك للفقه على غرار مسائل فقهية أخرى ضمنها في المادة (222) ق. أ. ج.⁽¹⁾

وعليه ومن خلال استقراء تعريف الطلاق نرى أن الطلاق يعتبر حقاً مطلقاً بيد الزوج وذلك بمقتضى الشرع والقانون، إلا أنه مقيد بأسبابه ودواعيه، وذلك بما لا يضر ويؤذي الزوجة أو يسيء إلى سمعتها، فالزوج في إيقاعه الطلاق مقيد بقيود حتى لا يحميد عن الحكمة والقصد من تشريعه⁽²⁾.

أما إذا حدث وأن طلق الزوج زوجته، بغير سبب مشروع أو حاجة تدعو إليه كان متعسفاً في استعمال حقه وقرينة على قصده إيذاء زوجته، ولذلك فقد فرض عليه القانون في هذه الحالة بالتعويض للزوجة عن الضرر الذي أصابها جراء ذلك، وهذا ما يطلق عليه بالتعويض عن الطلاق التعسفي.

شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2001، ص 10.

(1) -تنص المادة (222) ق. أ. ج على أنه: « كل ما لم يرد النص وليس في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ».

(2) -العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين، خروبة، 2002، ص 370.

2- شروط التعويض عن الطلاق التعسفي:

لكي يكون الزوج ملزماً بدفع تعويض عن طلاقه من زوجته طلاقاً تعسفياً لا بد من توافر الشروط التالية:

- أ- أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين.
- ب- أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة.
- ت- أن يكون الزوج متعسفاً في طلبه الرامي إلى الطلاق.

وسنفصل في هذه الشروط بالشكل التالي:

أ- أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين:

الحديث عن تعويض الزوجة المطلقة عن الطلاق التعسفي لا يمكن أن يتم إلا إذا كانت الزوجية قائمة فعلياً بين الزوجين، فلا يمكن أن يكون عقد بدون دخول، بل يجب أن يتم الدخول والمعاشرة الزوجية، ومعنى أن تكون الزوجية قائمة لا بد أن تسلم الزوجة نفسها إلى زوجها وأن تتمكن من الاستمتاع بها، فإذا لم تسلم الزوجة نفسها لزوجها أو لم تتمكن من الاستمتاع بها ففي هذه الحالة لا يكون الحديث عن موجبات التعويض حال طلاقها تعسفياً⁽¹⁾، فإذا سلمت المرأة نفسها إلى الزوج وهي صغيرة لا يجامع مثلها فعند المالكية والصحيح من مذهب الشافعية أن النفقة لا تجب، لأنه لم يوجد التمكين التام من الاستمتاع فلا تستحق التعويض⁽²⁾، وقالوا إن كانت كبيرة والزوج صغير فالصحيح أنها تجب، لأن التمكين وجد من جهتها وإنما تعذر الاستيفاء من جهته فوجبت النفقة، كما لو سلمت إلى الزوج وهو كبير فهرب منها⁽³⁾.

(1) - باديس دباي، آثار فك الرابطة الزوجية - تعويض، نفقة، عدة، حضنة، متاع، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 08.

(2) - السيد سابق، فقه السنة، طخ، الفتح للإعلام العربي، مصر، 1365 هـ، ص 111.

(3) - المرجع نفسه، ص 111.

أما الأحناف فقالوا أن الزوج إذا استبقى الصغيرة في بيته، وأسكنها للاستئناس بها وجب لها التعويض وإن لم يمسكها في بيته فلا تعويض لها⁽¹⁾.

إذا سلمت الزوجة نفسها وهي مريضة مرضاً يمنعها من مباشرة الزوج لها وجب لها التعويض ومثل المريضة الرتقاء⁽²⁾، والنحيقة⁽³⁾، والمعيبة بعيب يمنع من مباشرة الزوج لها، وكذلك إذا كان الزوج عينياً⁽⁴⁾ أو محبوباً⁽⁵⁾ أو خصياً⁽⁶⁾، ومريضاً مرضاً يمنعه من مباشرة النساء أو حبس في دينه أو جريمة ارتكبتها، لأنه وجد التمكين من الاستمتاع من جهتها وما تعذر فهو من جهته وهو بسبب لا تنسب فيه إلى التفريط، وإنما هو الذي فوت حقه على نفسه.

فلا تعويض عن الطلاق التعسفي إلا بتمام الدخول، وأن ما يحكم به من تعويض عن الطلاق قبل الدخول، إنما هو تعويض عن ضرر معنوي وليس من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي⁽⁷⁾.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1999/03/16 وجاء

(1) -باديس دياي، المرجع السابق، ص 09.

(2) -الرتقاء: وهي التي سد فرجها. انظر المرجع نفسه، ص 09.

(3) -النحيقة: وهي الهزيلة. انظر السيد سابق (فقه السنة)، المرجع السابق، ص 111.

(4) -العنين: العين الذي لا يأتي النساء ولا يريدن، وسمي عينياً لأن ذكره يسترخي فيعن يميناً وشمالاً ولا يقصد للمأتي من المرأة وهو عند الحنفية والشافعية والحنبلة عدم القدرة على الوطاء لعدم انتشار الذكر لمانع كمرض أو ضعف في خلقته أو كبر سن أو سحر، وعند المالكية صغر الذكر بحيث لا يسمح بالإيلاج، والعنة كذلك عيب مخل بمقصود النكاح. انظر محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 308.

(5) - المحبوب: معناه القطع. والمحبوب الخصي الذي قد استؤصل ذكره وخصياه، والمحبوب عند الحنفية والمالكية هو من قطع ذكره وأثياه معاً، وهو عند الشافعية والحنبلة من قطع ذكره كله أو بعضه مع بقاء مالا يمكن الوطاء به وهو مخل بالاستمتاع وهو المقصود من النكاح. انظر المرجع نفسه، ص 307.

(6) - الخصاء: قطع الأثيين مع بقاء الذكر ينتصب. انظر ماحمادو الآسان، أسباب الطلاق في قانون الأسرة المالي مقارناً بالشرعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، خروية، 2007، ص 45.

(7) -باديس دياي، المرجع السابق، ص ص 09-10.

فيه⁽¹⁾: «من المقرر قانوناً أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع.

ومتى تبين في - قضية الحال - أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضرراً معنوياً بالمستأنفة وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون».

بد أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة:

العصمة الزوجية مملوكة شرعاً للزوج، فله أن يطلق زوجته، لأنه هو من أخذ بالساق لقوله صلى الله عليه وسلم: «إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»⁽²⁾.

وفكرة أحقية الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة تنطلق من واجباته الشرعية اتجاهها والتي صنفها الفقهاء إلى واجبات مالية وأخرى غير مالية.

فالواجب المالي يتلخص أساساً في المهر والنفقة، والواجب غير المالي يتلخص أساساً في العدل بين الزوجات إذا كان متزوجاً بأكثر من واحدة ومثلها أيضاً عدم الإضرار بالزوجة.

فبالنسبة إلى المهر جعله الإسلام حقاً على الرجل لزوجته وليس لأبيها أو أقرب إليها أن يقبضه أو يأخذ منه شيئاً إلا في حال الرضا أو عدم قدرتها على قبض المال كما لو كانت سفية أو معتوهة⁽³⁾، فقد قال عز وجل: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن

(1) -الحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 16865، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 256.

(2) -ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن زيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي -، مصر، 1952، ص 672، حديث 2081.

(3) -فضيل سعد، المرجع السابق، ص 106.

طَبْنَ لَكُم مِّن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوْهُنَّ حَيْثُ مَرَرْتُمْ ﴿١٠﴾ (1).

وأتوا النساء مهورهن عطاءً مفروضاً لا يقابله عوض، فإن أعطين شيئاً من المهر بعدما ملكن من غيره إكراه ولا حياء ولا خديعة نفذوه سائغاً لا غصة فيه ولا إثم معه (2).

فإذا أعطت الزوجة شيئاً من مالها حياءً أو خوفاً أو خديعةً، فلا يحل أخذه (3)، قال تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْبَدَالَ زَوْجٍ مَّكَّانَ زَوْجٍ وَعَآتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿١٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِّيثَاقًا غَلِيظًا ﴿١١﴾﴾ (4).

وقد فرض الله سبحانه وتعالى المهر للمرأة طيباً للنفس، فقال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴿٣٥﴾﴾ (5).

أما النفقة فهي واجبة على الزوج لزوجته لقاء احتباسه لها عن الزواج بغيره، فها دامت الزوجة محتبسة لحق الزوجية، كالإشراف على تربية الأولاد والقيام بواجباتها في بناء الأسرة وغير ذلك، فوجب أن تكون نفقتها على الزوج سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة.

وتشتمل النفقة الزوجية الطعام والكسوة والسكن والتطبيب وخدمة الزوجة بالقدر المعروف بين الناس وبحسب وضع الزوج المادي والاجتماعي (6).

(1) -سورة النساء، الآية 04.

(2) -السيد سابق (فقه السنة)، المرجع السابق، ص 101.

(3) -المرجع نفسه، ص 101.

(4) -سورة النساء، الآية 20-21.

(5) -سورة النساء، الآية 34.

(6) -جسام علي سالم الشامسي، إشكالات في بعض مناحي مركز المرأة بين النظر والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، ع 03، 2000، ص ص 117-118.

والنفقة ثابتة بحكم القرآن والسنة النبوية والإجماع.

ففي القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجُوهِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِنُضَيْبِ قُوَاهُنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمِلْنَ فَلْيَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (1).

وقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا أَمَاءً أَلْتَهَا﴾ (2).

أما من السنة فقد روى مسلم أن الرسول " صلى الله عليه وسلم " قال في حجة الوداع: «فَاتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ، فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللَّهِ، وَأَسْتَحَلَّتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ، وَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُوْطِئَنَّ فَرْشَكُمْ أَحَدٌ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبْرِجٍ وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» (3).

وفي الإجماع فقد قال ابن قدامة (4): "اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن، ذكره ابن المنذر وغيره، وفيه ضرب من العبرة وهو أن امرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب، فلا بد أن ينفق عليها".

أما الواجب غير المالي يتمثل أساساً في حسن معاشرتها، وذلك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَعَايِشُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ (5)، وصيانتها وحفظها من كل ما يחדش شرفها ويمتن كرامتها

(1) -سورة الطلاق، الآية 06.

(2) -سورة الطلاق، الآية 07.

(3) -مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (صحيح مسلم)، المرجع السابق، كتاب الحج، باب حجة النبي " صلى الله عليه وسلم "، ج 02، ص 886.

(4) -انظر السيد سابق (فقه السنة)، المرجع السابق، ص 110.

(5) -سورة النساء، الآية 19.

وتحصينها، ومقابل ما ألزم الزوج من تحقيقه إزاء زوجته بالشكل الذي سبق ذكره.

وقد أعطي حق الطلاق بإرادته المنفردة كونه الأحرص على بقاء الزوجية التي أنفق في سبيلها المال الكثير لاسيما بعد الطلاق التي تستتبع أموراً مالية تجعله أصبر ما يكره من المرأة⁽¹⁾.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/03/27 وجاء فيه⁽²⁾: «متى كان مقررًا قانونًا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفًا زوجته وتنتج عن ذلك ضررًا لمطلقاته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهمًا خاطئًا للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلاً له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة (52) ق. أ. ج فهمًا خاطئًا ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيًا في التعويض والسكن ونفقة الإهمال».

قد أن يكون الزوج متعسفًا في طلب الطلاق:

يعد هذا الشرط من بين أهم الشروط الواجب توافرها حتى نكون أمام تعويض للمطلقة من طلاق غير مبرر.

والتعسف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة (52) ق. أ. ج لم يعطه المشرع تعريفًا محددًا، تاركًا المجال للفقهاء الشرعيين والقانونيين للنخوض في هذا الأمر،

(1) - باديس دياي، المرجع السابق، ص 13.

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27، ملف رقم 853017، م. ق، 1991، ع 01، ص 56.

والذي خلص في مجمله أن التعسف هو الانحراف عن سبيل استخدام الحق الاستخدام الشرعي والقانوني.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يعرف التعسف حصرياً إلا أنه جسد مظاهره في ثلاث صور عددها في المادة (124) مكرر ق. م. ج وهي:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وتعد الصورة الأولى أوضح بالنسبة لموضوع الطلاق، فإذا لم يستطع الزوج أن يبرر طلبه الرامي للطلاق، عد ذلك دليلاً على نيته في إلحاق الضرر بالزوجة وتبرير الطلاق تظل مسألة موضوعية تقديرها لقضاة الموضوع في إثباته من عدمه.

والواقع السائد في محاكم الجزائر هو أن الزوج عادة ما يبرر طلاقه بعدم قيام الزوجة بواجباتها الزوجية أو إخلالها بواجباتها اتجاهه، لاسيما الطاعة وحسن التدبير، وعادة ما يتهمها بارتكابها لأفعال يستحيل معها استمرار الحياة الزوجية⁽¹⁾.

وتبعاً للطبيعة الخاصة للحق الأصيل في إيقاع الطلاق كما سبق ذكرها، فإن كل ما يدعيه الزوج في محاولة منه لتبرير طلاقه ينبغي أن يؤسس بدليل والإثبات القاطع وإلا عدّ متعسفاً في طلبه الرامي إلى الطلاق.

وعند تحقق الشروط الثلاثة تكون المطلقة محقة في طلبها الرامي إلى التعويض عن الطلاق التعسفي الناجم أساساً عن العصمة الزوجية المملوكة شرعاً للزوج.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري مدد حالات التعويض عن الطلاق

(1) - باديس دياي، المرجع السابق، ص 14.

إلى الصورة الثانية المتمثلة في التطبيق، وذلك عندما نص في المادة (53) مكرر ق. أ. ج على أنه: «يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطبيق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها».

وقد جاءت هذه المادة بمناسبة التعديل الوارد في الأمر 09-05 ليضع حداً للقضاة الذين كانوا يرفضون تعويض الزوجة عن تطليقها واعتبار الاستجابة لطلبها الرامي إلى التطبيق هو تعويض لها في حد ذاته.

والمبادرة نحو تكريس المادة (53) مكرر كقاعدة قانونية كانت من المحكمة العليا مجسدة المبدأ في عدة قرارات منها:

• القرار الصادر بتاريخ 2000/06/20 وجاء فيه⁽¹⁾: «من المستقر عليه قضاءً أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة ثبوت تضررها فعلاً».

من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة متضررة فعلاً بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم استحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها من جراء الضرب المبرح الذي تعرضت له من طرف زوجها مشوب بالقصور في التسبيب، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص التعويض».

وتبقى مسألة تقدير التعويض موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع.

• القرار الصادر بتاريخ 1999/03/16 وجاء فيه⁽¹⁾: «من المقرر قانوناً أنه تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع».

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/06/20، ملف رقم 245159، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 259.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضرراً معنوياً بالمستأنفة، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون، مما يستوجب رفض الطعن».

ثالثاً: العلاقة بين متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي

يثور التساؤل حول العلاقة الموجودة بين متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي، فهل المقصود بأن متعة الطلاق هي التعويض عن الطلاق التعسفي أم أن الأمرين شيئين مختلفين؟

الإجابة عن هذا التساؤل ليست واحدة عند الفقهاء والمشرع والقضاء فكل واحد أدلى بدلوه في هذه المسألة بالشكل الذي يدعم رأيه واجتهاده وهذا على النحو التالي:

1- المتعة كأثر للطلاق قبل الدخول:

فالفقهاء قالوا أنه إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول، ولم يفرض لها صداقاً وجب عليه المتعة تعويضاً لها عما فاتها، وهذا نوع من التسريح الجميل، والتسريح بإحسان⁽²⁾، قال تعالى: ﴿فِيمَسَاكُيْمَعْرِوْفٍ أَوْ تَسْرِيْحٍ بِإِحْسَانٍ﴾⁽³⁾، وقد أجمع الفقهاء على أن التي لم يفرض لها ولم يدخل بها لا شيء لها غير المتعة والمتعة تختلف باختلاف ثروة الرجل، وليس لها حد معين⁽⁴⁾، قال تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمَقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 16/03/1999، ملف رقم 216865، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، ع خ، ص 256.

(2) - السيد سابق (فقه السنة)، المرجع السابق، ص 107.

(3) - سورة البقرة، الآية 229.

(4) - السيد سابق (فقه السنة)، المرجع السابق، ص 107.

بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿١﴾.

فالمتعة توجب في حال الطلاق قبل الدخول أو قبل فرض المهر، وبمفهوم المخالفة فإن الدخول بالزوجة أو تسمية المهر يحولان دون تسديد المتعة⁽²⁾.

2- المتعة كأثر للطلاق بعد الدخول:

على مستوى التشريع الجزائري، فإن قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق إلى متعة الطلاق ولم يجعلها لا من آثار الطلاق قبل الدخول ولا من آثار الطلاق بعد الدخول، فهو لم ينص عليها قط.

فالباب الثاني المعنون بـ "الانحلال الزواج"، والفصل الأول منه المعنون بـ "الطلاق" تطرق في مادته (48) منه إلى صور فك الرابطة الزوجية، وفي المادة (49) نص عن إجراء محاولات الصلح بين الزوجين منعاً من وقوع الطلاق، والمادة (52) نصت على التعسف في إيقاع الطلاق، والمادة (53) نصت على حالات التلطيق عن طريق القضاء ثم باقي المواد نصت على آثار فك الرابطة الزوجية من التعويض عن الطلاق التعسفي إلى العدة، مروراً بالحضانة ثم النفقة وكذا أثاث بيت الزوجية.

كل ما جاء في الباب المذكور لم يذكر ما سمي بمتعة الطلاق، كما أن المادة (16) ق. أ. ج والتي نصت على أن الزوجة تستحق الصداق كاملاً بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول والثابت أن المتعة لم ينص عليها حصرياً حتى بعد الطلاق قبل الدخول.

وذلك خلافاً لبعض التشريعات ولعل أهمها مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية والذي نص في مادته (96) على ما يلي⁽¹⁾:

(1) - سورة البقرة، الآية 236.

(2) - باديس ديايي، المرجع السابق، ص 23.

أ- تستحق المطلقة المدخل بها المتعة حسب يسر المطلق وحال المطلقة.

ب- للمطلقة طلب التعويض إذا تعسف المطلق في استعمال حقه في الطلاق.

وعليه ما يلاحظ على المشرع العربي وفي مشروعه اعتبر المتعة كأثر من آثار الطلاق بعد الدخول وليس قبله، وذلك خلافاً للرأي الأول القائل بأن المتعة أثر للطلاق قبل الدخول إذا لم يدخل بالمطلقة أو لم يفرض لها فريضة (المهر) (2).

3- موقف القضاء الجزائري من المسألة:

لم يحسم القضاء في الجزائر هذه المسألة واختلطت عليه الأمور ولم يتبين موقفاً واحداً ولعل اجتهاده تطبيقاً للمادة (222) ق. أ. ج جعلت المسألة دون نسق واحد واجتهاد موحد (3)، ذلك أن القضاة في الواقع العملي التطبيقي نجدهم وفي أغلب الأحيان يحكمون للمطلقة بمبلغ من المال ويلزمون الزوج بدفعه لها بسبب الطلاق التعسفي، تحت تسميات مختلفة فمرة يصفون هذا المبلغ المحكوم به بالمتعة ومرة يصفونه بالتعويض، وذلك لما له من علاقة ارتباط أو تفريق في نظرهم بين عبارتي المتعة والتعويض هذه الأخيرة التي شاع استعمالها في مجال التعويض عن الطلاق التعسفي (4).

فالرأي الأول من القضاة يعتبرون أن متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي عملة واحدة ومعنى واحد مثلما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ

(1) - باديس ديايي، المرجع السابق، ص 23.

(2) - المرجع نفسه، ص 24.

(3) - المرجع نفسه، ص 24.

(4) - عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2007، ص 77.

1986/01/27 وجاء فيه⁽¹⁾: «من المقرر شرعاً وقضائياً أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم للزوجين معاً فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب النقص جزئياً فيما يخص المتعة».

واضح من القرار أن القضاة اعتبروا المتعة تعويضاً عن طلاق غير مبرر وهو التعريف القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي الذي تستحقه المطلقة إذا كان بتظلم المطلق.

وذلك مؤكداً بتأسيس القرار الذي خلص إلى أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج عنها من طلاق غير مبرر، وأنه بما أن القرار المطعون فيه ظلم الزوجين معاً، فلا سبيل لتعويض أحدهما وأن منح المطلقة التعويض يعرض القرار للنقض.

وتأكيداً على نفس الاتجاه، صدر قرار آخر يؤكد أن متعة الطلاق هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي وأن منح المطلقة التعويض رغم أنها هي من طالبت بالطلاق يعد خرقاً للقانون.

وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1986/12/29 وجاء فيه⁽²⁾: «من القواعد المقررة شرعاً أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للنصوص الشرعية في فرض المتعة. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الزوجة أقامت دعوى التطلق واستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقاباً للزوج بسبب

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/01/27، ملف رقم 39731، م. ق، 1993، ع 04، ص 61.

(2) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/12/29، ملف رقم 43860، م. ق، 1993، ع 02، ص 41.

إهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفاً للنصوص الشرعية».

القرار هذا يرسخ أن المتعة المتحدث عنها هي التعويض عن الطلاق التعسفي وخلص إلى أنه ما دام قضاة الموضوع استجابوا للمطلقة بالتطبيق، فإن ذلك يعد عقاباً للزوج ولا يزداد عليه غيره ولا يجب تحميله جميع المال من بينها المتعة.

وهو نفس المبدأ الذي يتحدث فيه عن التعويض الذي لا تستفيد منه المطلقة كونها هي من طالبت بفك الرابطة الزوجية وليس هناك ما يؤكد وجود تعسف الزوج في طلب الطلاق.

وفي تأكيد آخر على نفس الاتجاه صدر قرار آخر بتاريخ 1988/11/21 وجاء فيه⁽¹⁾: «من المقرر شرعاً أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية».

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف القاضي بتطبيق المطعون منها من الطاعن والحكم لها بالمتعة يكونوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه».

والقرار الأخير يؤكد أن متعة الطلاق هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي.

وعلى نقيض من الرأي الأول القائل بأن متعة الطلاق هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي، فإن جانباً من القضاء الجزائري سلك مسلكاً آخرًا باعتماده على الفصل بين متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي فكل مستقل عن الآخر وله آثاره وأحكامه الخاصة به.

وذلك ما جسدهته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1986/04/07 وجاء

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/11/21، ملف رقم 51614، م. ق، 1990، ع 04، ص 67.

فيه⁽¹⁾: «من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي إطار تدخل.

والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح الزوجة المطلقة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي».

وفي معرض تأسيسه خالص القرار إلى أن الشريعة تقر قانوناً أن للزوجة عدة نفقات وهي نفقة الإهمال ونفقة العدة، ونفقة المتعة، وحتى مبلغاً على سبيل التعويض. فالقرار جاء متبنياً لاتجاه آخر يقول فيه أن المتعة هي من آثار الطلاق بعد الدخول وليست ذي صلة بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وأن ذلك يعكس ما جاء في القرارات المشار إليها سابقاً.

خاتمة:

يلاحظ مما سبق تناوله في هذا البحث أن هناك غياب للإجماع وتضارب للآراء حول العلاقة الموجودة بين متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن العلاقة بينهما، لا تظهر إلا من خلال اشتراكها في مدلول واحد يعني اختصاص القاضي بالحكم بإجبار الزوج على دفع مبلغ من المال نقداً أو عيناً إلى مطلقة تعويضاً عما أصابها من ضرر كلما كان الطلاق بسبب تعسفي.

كما يرى أيضاً أن مجال استعمال كلمة المتعة في الشريعة الإسلامية أضيق كثيراً مما هي عليه كلمة التعويض في القوانين الوضعية، ذلك نظراً إلى أن الأولى مخصصة لجر خاطر الزوجة المطلقة، ويراعى في تقديرها الحالة الاقتصادية لكل من المطلق والمطلقة

(1) -الحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/04/07، ملف رقم 41560، م. ق، 1989، ع 02، ص 69.

وليس لأدناها ولا لأقصاها حد معين، أما الثانية يجوز استعمالها لجبر أي فعل غير مشروع، ويراعي القاضي في تقديره مقدار الخسارة وفوات الكسب، ولا يجوز له أن يحكم بما يتجاوز مقدار الضرر أو بما يقل عنه⁽¹⁾.

غير أنه وفي اعتقادنا أن المتعة التي فرضتها الشريعة الإسلامية هي أعم وأشمل من التعويض الذي فرضته القوانين الوضعية، ذلك أن المتعة هي جبر لخاطر الزوجة المطلقة من ألم فراق زوجها سواء كان الزوج متعسفاً في إقامة الطلاق أم لا، فبمجرد وقوع الطلاق تفرض المتعة للزوجة إلى جانب نفقة العدة، أما التعويض فهو جبر لخاطر الزوجة المطلقة من ألم فراق زوجها، ولكن فقط في حالة تعسفه في إيقاع الطلاق، فلو أوقع الزوج الطلاق ولم يتعسف فيه فلا حاجة لتعويض الزوجة ما دام يمارس حقه الشرعي الذي فرضته له الشريعة الإسلامية.

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ المصري المبروك ضرورة تعديل نص المادة (52) ق.أ.ج على النحو الذي يتشئ ومقاصد الشريعة الإسلامية، وذلك بإزالة عبارة كل من التعسف والتعويض واستبدالها بعبارة " المتعة " حتى تكون الفائدة أعم وأشمل، لأن الأخذ بالمتعة وأحكامها على النحو الذي تناولناه بالدراسة محقق للمصلحة وتكون صياغة المادة على النحو التالي⁽²⁾: «تجب المتعة للمطلقة إذا طلقت بغير رضاها ولا بسبب من قبلها على النحو التالي:

- المطلقة قبل الدخول والتي سمي لها، فحسبها نصف المسمى.
- المطلقة قبل الدخول والتي لم يسم لها المتعة.
- المطلقة بعد الدخول لها المتعة أيضاً سمي لها أم لا.

(1) -عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص ص 309-310.

(2) -المصري المبروك، المرجع السابق، ص 238.

■ وتقدر المتعة بحال الزوج يسراً وعسراً، وظروف الطلاق وما لحق بالمطلقة بسببه ومدة الزوجية ويجوز أن يرخص للمطلق في سدادها على أقساط.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

أ- المعاجم اللغوية

1- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 2003.

2- مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ط1، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1421 هـ.

2- كتب الأحاديث

1- ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن زيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الطلاق، باب طلاق العبد، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي -، مصر، 1952.

2- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، كتاب الطلاق، باب كراهية الطلاق، المكتبة العصرية، بيروت، ج 02، د. س. ن.

3- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الرضاع، باب الوصية بالنساء، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 02، د. س. ن.

3- كتب أخرى:

1- أحمد محمد المومني وإسماعيل أمين نواهضة، الأحوال الشخصية، فقه الطلاق والفسخ والخلع، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

- 2- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 3- إسماعيل أبا بكر علي البامني، أحكام الأسرة، الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية - دراسة مقارنة بالقانون-، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 4- أنور العمروسي، شرح قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، ط2، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1993.
- 5- باديس دياي، آثار فك الرابطة الزوجية- تعويض، نفقة، عدة، حضانة، متاع-، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- 6- السيد سابق، فقه السنة، ط خ، الفتح للإعلام العربي، مصر، 1365 هـ.
- 7- صلاح محمد أبو الحاج، سبل الوفاق في أحكام الزواج والطلاق، مؤسسة الوراق للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- 8- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
- 9- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.
- 10- علي الخفيف، فرق الزواج في المذاهب الإسلامية، ط1، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، 2008.
- 11- عمر عبد الله ومحمد حامد قحاوي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د. س. ن.
- 12- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ج 01، 1986.

- 13- لحسين بن شيخ آث ملويا، بحث في القانون، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
- 14- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
- 15- محمد عاطف المقصورطي، الزواج والطلاق في الإسلام وحقوق الزوج والزوجة والأولاد، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، مصر، 2001.
- 16- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
- 17- المصري المبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية

1- الرسائل الجامعية

- أ- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2007.

2-المذكرات الجامعية

- 1- تركماني نبيلة، أسباب الطلاق وآثاره القانونية والاجتماعية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، 2001.
- 2- العربي مجيدي، نظرية التعسف في استعمال الحق وأثرها في أحكام فقه الأسرة - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة الجزائر، كلية أصول الدين، خروبة، 2002.
- 3- ماحمادو الآسان، أسباب الطلاق في قانون الأسرة المالي مقارناً بالشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، خروبة، 2007.

4- نازك سالم محمد حنيني، أحكام الطلاق قبل الدخول، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2011.

ثالثا: المقالات

1- نجلاء بنت حمد بن علي المبارك، متعة المطلقة - دراسة حديثة موضوعية-، مجلة العدل، جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن، كلية الآداب، الرياض، عدد 52، 1432هـ، ص ص 158-204.

2- جسام علي سالم الشامسي، إشكالات في بعض مناحي مركز المرأة بين النظر والتطبيق، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، عدد 03، 2000، ص ص 101-143.

رابعا: النصوص القانونية

1- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فيفري 2005، جريدة رسمية عدد 15 مؤرخة في 27 فيفري 2005، الموافق عليه بالقانون رقم 05-09 مؤرخ في 25 ربيع الأول 1426 الموافق ل 04 ماي 2005، جريدة رسمية عدد 43 مؤرخة في 22 جوان 2005.

خامسا: الاجتهادات القضائية

- 1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/01/27، ملف رقم 39731، مجلة قضائية، 1993، عدد 04، ص 61.
- 2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/04/07، ملف رقم 41560، مجلة قضائية، 1989، عدد 02، ص 69.
- 3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1986/12/29، ملف رقم 43860، مجلة قضائية، 1993، عدد 02، ص 41.

- 4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1988/11/21، ملف رقم 51614، مجلة قضائية، 1990، عدد 04، ص 67.
- 5- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27، ملف رقم 853017، مجلة قضائية، 1991، عدد 01، ص 56.
- 6- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 16865، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 256.
- 7- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1999/03/16، ملف رقم 216865، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 256.
- 8- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 2000/06/20، ملف رقم 245159، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص، ص 259.

حدود انتقال آثار العقد إلى الخلف العام في التشريع الجزائري

بقلم: رافد فاطمة*

ملخص:

ينتج العقد آثاره بين المتعاقدين والخلف سواء كان عاما أو خاصا، غير أنه واستثناء تنتقل هذه الآثار إلى الغير. فالخلف العام هو من يخلف الشخص المتوفى في ذمته المالية عن طريق الميراث والوصية، حيث تنتقل إلى هذا الأخير الحقوق والالتزامات كأصل، إلا أن هناك حالات لا تنتقل فيها آثار العقد إليه، وذلك إذا نص القانون صراحة على ذلك، أو إذا اقتضت طبيعة التعامل ذلك، أو إذا اتفق الأطراف على عدم انتقالها.

Résumé

Le contrat produit des effets entre les contractants et leurs ayants cause. Toutefois, les droits et les obligations se transmettent au tiers exclusivement.

L'ayant cause à titre universel est celui qui recueille le patrimoine d'une personne par succession, testament. Cette transmission fait que l'ayant cause à titre universel en recueille tous les droits et est tenu de toutes les obligations. Mais il y a des exceptions comme par exemple: le contrat n'est pas opposable à l'ayant cause à titre universel lorsque la loi en dispose expressément et lorsque la nature de l'affaire s'y oppose, ou si les parties ont convenu de ne pas faire la transition.

Summary

* أستاذة بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة البويرة.

The contract has effect between the contractors and their successors as universal. However, rights and obligations are passed on third parties exclusively.

The universal successor in title is one who collects the assets of a person by succession will. This transmission that the universal successor in the collects all the rights and is bound to all the obligations. But there are exceptions such as: The contract is not enforceable against the universal successor in title when the law expressly provides and where the nature of the case requires otherwise, or if the parties have agreed not to make the transition.

مقدمة

تعد إرادة الإنسان وقدرته الطبيعية على الاختيار هي الظاهرة التي يحكمها التشريع - بعد التعبير عنها-، وتبرز هذه الإرادة بصورة قوية في العقد. وقد حظي هذا الأخير باهتمام العديد من فقهاء القانون المدني؛ لأنه المصدر الأساس لنشأة الحقوق والالتزامات، ووسيلة مهمة في المعاملات المدنية والتجارية بين الأفراد.

فإذا نشأ العقد صحيحاً بتوافر جميع أركانه يصبح منتجاً لآثاره وملزماً لأطرافه، وهو ما يعرف بمبدأ القوة الملزمة للعقد. ولا يكون ملزماً إلا لطرفيه دون أن يمتد إلى الغير، حيث لا يمكن أن يضرهم أو ينفعهم كأصل، وهو ما يعرف بمبدأ نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص.

ويقتضي مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود معرفة الأشخاص الملزمين بتنفيذها، بدء من المتعاقدين وإلى من يحل محلهما في العقد.

ولقد أدى توسع الفقهاء في مفهوم المتعاقدين إلى إدراج فئة لم تشارك في إبرام العقد، ولكنها تتحمل ما يترتب عن هذا الأخير من التزامات وما ينتج عنه من

حقوق، وتمثل هذه الفئة في الخلف العام وهو موضوع بحثنا.

فهل تنتقل الحقوق والالتزامات بشكل كامل إلى الخلف العام؟ أم أن هناك قيودا تمنع من الانتقال الكلي لهذه الأخيرة؟

المبحث الأول

انتقال آثار العقد كأصل إلى الخلف العام امتدادا لحلوله محل السلف

يرتب العقد، الذي يعد تصرفا قانونيا يربط بين شخصين أو أكثر، حقوقا والتزامات في ذمة المتعاقدين دون أن تنتقل هذه الآثار إلى الغير، لكن توسع الفقهاء في مفهوم المتعاقدين أدى لظهور الخلف العام الذي أصبح في حكم المتعاقد حيث له ما لسلف من حقوق (المطلب الأول) وما عليه من التزامات (المطلب الثاني)

المطلب الأول: انتقال الحقوق إلى الخلف العام

تعدد الحقوق التي يمكن أن ترتبها العقود التي يبرمها السلف وتنتقل فيما بعد إلى خلفه العام، وتنتقل هذه الأخيرة للوارث عن طريق الميراث، وللموصى له بجزء من مجموع المال عن طريق الوصية.

الفرع الأول: انتقال الحقوق بالنسبة للوارث

تنتقل بالميراث جميع الحقوق المالية سواء كانت حقوقا عينية⁽¹⁾ أو شخصية⁽¹⁾ أو معنوية⁽²⁾، فالحقوق التي للمتوفى في ذمة غيره تلحق بأموال التركة، وهي حق للدائن ولورثته من بعده.

(1) الحق العيني: هو حق ينصب مباشرة على شيء معين ويمكن الاحتجاج به تجاه الجميع، ويعرف بأنه الحق الذي يمكن لصاحبه أن يحصل من الشيء مباشرة، على كل أو بعض المنفعة التي يخوله إياها من غير حاجة إلى وساطة شخص آخر.
Christian ATIAS: Le droit civil, Presses Universitaires de France, Paris, France, 4 éme édit, 1984, p p91-92.

وتنقسم الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية، وللحقوق العينية الأصلية نوعان: حق الملكية والحقوق المتفرعة عن الملكية. أما الحقوق العينية التبعية تتمثل في: الرهن بنوعيه وحق التخصيص وحق الامتياز.

أ- حق الملكية: نصت المادة 674 من. ق. م. ج⁽³⁾ على أن: «الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة». وكذلك نصت المادة 676 من نفس القانون بأنه «لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك» من خلال هاتين المادتين يتبين لنا أن حق الملكية هو حق يحول لصاحبه ثلاث سلطات وهي: حق الاستعمال والاستغلال والتصرف⁽⁴⁾، فإذا فقدت إحداها لا يعتبر حق ملكية، وهو ينتقل بالميراث⁽¹⁾.

(1) الحق الشخصي هو رابطة قانونية بين شخصين معينين يلتزم أحدهما بمقتضاها القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. جورج حزيون، عباس الصراف، بشار ملكاوي: مقدمة في النظرية العامة لمفهوم الحق الشخصي، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ط 2005، ص 24.

(2) الحق المعنوي هو اختصاص الشخص بما ينتجه فكره من آثار علمية أو أدبية أو فنية اختصاصاً يقره القانون. François CHABAS: Introduction à l'étude du droit, Montchrestien Delta, Paris, France, t1, vol1, 11ème édit, 2000, p252.

(3) الأمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، الصادرة بتاريخ 30-9-1975، معدل ومتمم.

(4) حق الاستعمال هو استخدام الشيء فيما هو قابل للحصول على منافعه فيما عدا ثماره، مع عدم المساس بجوهر الشيء، فهو يختلف عن الاستغلال لأنه لا يعطي لصاحبه الحق في الثمار، أما التصرف قد يكون مادياً أو قانونياً، فيكون مادياً بإتيان جميع الأعمال القانونية التي تؤدي إلى استهلاك الشيء أو إعدامه أو التغيير فيه، وقد يكون قانونياً، وذلك بتكليف المالك إبرام جميع التصرفات القانونية التي تؤدي إلى زوال حقه، أما حق الاستغلال: يقصد به القيام بالأعمال اللازمة لاستثمار الشيء وللحصول على ثماره، والثمار هي ما ينتجه الشيء بصفة دورية دون أن يترتب على أخذه الانتقاص من أصل الشيء. نبيل إبراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية، أحكامها- مصادرها، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص ص 28-30.

Jean -pascal CHAZAL: Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil, r. d.

ب- الحقوق المتفرعة عن حق الملكية: نتلخص هذه الحقوق في حق الانتفاع⁽²⁾ وحق الاستعمال والسكنى وهي حقوق لا تورث، لأنها تنقضي بموت صاحبها، وهذا ما نصت عليه المادة 1/852 من ق. م. ج. على أن: «ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل عد مقررًا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين...».

نصت المادة 857 من نفس القانون بخصوص حق الاستعمال والسكنى⁽³⁾، على أنه: «تسري القواعد الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكن متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين وذلك مع مراعاة الأحكام المتقدمة» وبناء على ما تقدم فحق الاستعمال والسكنى تنطبق عليهما المادة 852 وبالتالي هذان الحقان ينقضيان بالوفاة. غير أن الحق الوحيد الذي ينتقل إلى الورثة هو حق الارتفاق، وذلك لأنه متعلق بال عقار هذا ما نصت عليه المادة 868 من ق. م. ج. «ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكسب بعقد شرعي أو بالميراث إلا أنه لا تكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور».

ج- الحقوق العينية التبعية: لا تورث الحقوق العينية التبعية مثل: حق الرهن والتخصيص والامتياز، لأنها تنقضي بانقضاء الدين المضمون، لأن الدين يسدد قبل

c, Dalloz, Paris, France, n 3, Décembre 2000. p p 479-481.

(1) عبد المنعم فرج الصدة: الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، د. س. ن، ص 15؛ محمد حسين منصور: الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها- أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 15.

(2) حق الانتفاع حق مؤقت لشخص على عين مملوكة للغير يحوله استعمالها واستغلالها والتصرف في منفعتها مدة الانتفاع طبقاً لما يقضي به سبب إنشائه. محمد حسين منصور: المرجع نفسه، ص 214؛ نادين محمد مشموشي: حق الانتفاع دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص ص 29-30.

(3) حق السكنى هو فرع من حق الاستعمال، إذ هو مقصور على نوع معين من الاستعمال هو السكنى، فحل حق السكنى يكون دار يسكن فيها صاحب الحق وأسرته. أحمد عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، مج 2، ج 9، ط 3، 2000، ص 1276.

توزيع التركة على الورثة⁽¹⁾.

د- الحقوق غير المالية: وقد أورد المشرع الجزائري حقوقا أخرى لا تنتقل إلى الورثة، وهي تعرف بالحقوق غير المالية، وهي حقوق شخصية محضة لا تورث مثل حق الحضانة، الولاية على النفس، النفقة⁽²⁾.

الفرع الثاني: انتقال الحقوق للموصى له عن طريق الوصية

تعد الوصية أمرا هاما في الحياة العملية، فهي من أهم التصرفات المالية والقانونية المضافة إلى ما بعد الموت، خصص لها المشرع الجزائري الفصل الأول من الكتاب الرابع المعنون بالتبرعات.

يشترط المشرع الجزائري لانعقاد الوصية صحيحة شروطا شكلية وأخرى موضوعية حتى تصبح نافذة في حق الورثة وتمثل هذه الشروط في:

أولا: الشروط الشكلية

تمثل هذه الشروط في التعبير عن الإرادة تعبيرا واضحا لا لبس فيه ولا غموض سواء بالنسبة لإنشاء الوصية أو غيرها من التصرفات بالألفاظ المتعارف عليها بين الناس. ولقد أجاز المشرع الجزائري انعقاد الوصية بالعبرة أو الكتابة، وأخذ بمبدأ عدم قبول الإشارة إلا في حالة عدم قدرة الموصي على التعبير أو الكتابة.

(1) نبيل إبراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 528؛ حسن كيرة: الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط 1998، ص 356؛ منى مقلاتي: النظام القانوني لحق الارتفاق في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2008-2009، ص 21؛ محمد زيدان: حق الارتفاق في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004، ص ص 6-7.

André PONSARD, Paul ESMEIN: Droit civil français, Librairie technique, Paris; France, t 3, 7ème édit, 1968, p p253-258

(2) العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج 2، ط 4، 2005، ص 35.

واشترط المشرع الجزائري لإثبات الوصية تحرير عقد أمام الموثق أو حكم قضائي يؤثر به على هامش أصل ملكية، حسب ما جاءت به المادة 1/191 و 2 من. ق. أ. ج⁽¹⁾ أما فيما يتعلق بالشهر فلا يوجد نص قانوني يلزم بشهر الوصية لانتقال حق الملكية أو أي حق عيني آخر، لا في القانون المدني ولا في قانون الأسرة من الموصي للموصى له، لكون الوصية تصرفا مضافا إلى ما بعد الوفاة، وفي حالة وفاة الموصي وأراد الموصى له التصرف في العقار الذي انتقلت ملكيته إليه توجب عليه إجراء القيد بعد الحصول على الشهادة التوثيقية طبقا لنصي المادتين 39 و 91 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

ثانيا: الشروط الموضوعية

يشترط لانعقاد الوصية بالإضافة إلى الشروط الشكلية مجموعة من الشروط الموضوعية تتمثل في: ألا تكون منافية لمقاصد الشريعة الإسلامية، وأن يكون الباعث إليها مشروعاً، حيث يقصد بعدم تنافيا مع مقاصد الشريعة الإسلامية أن تكون الوصية حسب الأصول الشرعية من التنظيم وعدم الإهمال، وأن تكون لما فيه خير الموصي والموصى له. أما الباعث المشروع فهو الغاية المشروعة غير مخالفة لظاهر الوصية ولحقيقتها القانونية، أن تكون بمقدار الثلث، فيمكن للورثة أن يبطلوها، ولا يكون لها أي قيمة قانونية ما لم يجيزوها⁽²⁾.

ويشترط مجموعة من الشروط القانونية الواجب توافرها في أطراف الوصية، فبالنسبة للموصي يشترط فيه أن يكون أهلا للتبرع، حيث يجب أن يكون بالغاً سن الرشد وغير مصاب بعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعتة والسفه والغفلة، ويكون كذلك

(1) قانون رقم 84-11 مؤرخ 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم إلى غاية الأمر رقم 02-05 مؤرخ 27 فبراير 2005، ج ر 15، صادرة سنة 2005.

(2) محمد أبو الزهرة: الملكية بالخلافة في الشريعة والقانون الروماني، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مصر، العدد الأول، مارس 1951، ص ص 13-14. مصطفى إبراهيم الزلي: أحكام الميراث والوصية، حق الانتقال في الفقه الإسلامي، دار وائل، عمان، الأردن، ط 2006، ص ص 192-194.

تصرفه سليما خال من عيوب الإرادة: التدليس، الإكراه، الغلط، الاستغلال وهذا ما نصت عليه المادة 186 من ق. أ. ج بينما الموصى له يجب أن يكون موجودا عند إبرام الوصية، وأن لا يكون قاتلا للموصي حسب المادة 188 من ذات القانون، ولم تشترط المادة 200 من ق. أ. ج أن يكون أطراف الوصية مسلمين أم غير مسلمين⁽¹⁾.

ينتقل بالوصية ما ينتقل بالميراث من حقوق ومنها الحقوق العينية الأصلية، كحق الملكية، سواء كانت عقارا أو منقولا، ويرى جمهور الفقهاء المسلمين جواز الوصية في حقوق الانتفاع التي تنتهي بوفاة الموصى له وترجع إلى صاحبها الأصلي⁽²⁾، هذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة 196 من ق. أ. ج «الوصية بالمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمري».

ويسري على حق الاستعمال والسكنى ما يسري على حق الانتفاع، وبما أن حق الاستعمال والسكنى ينقضيان بوفاة صاحبهما الأصلي. لهذا يجب أن يكون الموصي مالكا للتحق، حتى يمكنه الإيصاء بحق الاستعمال والسكنى. أما إذا كان له حق الانتفاع فقط فلا يجوز له أن يوصي بحق استعمال هاته العين⁽³⁾. أما حق الارتفاق⁽⁴⁾ يكسب بالميراث حسب المادة 868 من ق. م. ج⁽⁵⁾، ولم تنص على أن حق

(1) العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص ص 256-264؛ مصطفى إبراهيم الزلمي: المرجع نفسه، ص ص 177-183؛ كمال حمدي: الموارث والهبة والوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص ص 193-204.

(2) ومن بين الفقهاء: المالكية والشافعية الذين أجازوا الوصية في حقوق الانتفاع. انظر: ابن قدامة المقدسي، تحقيق رائد بن صبري بن أبي علفة: المعني، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004، ص 1413.

(3) حسن كيرة: المرجع السابق، ص 340.

(4) حق الارتفاق هو حق مقرر على عقار لمنفعة عقار مملوك لشخص آخر وهو حق دائم يبقى ما بقي العقاران. العربي بلحاج: حقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي، م. ج. ع. ق. إ. كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج 34، العدد الرابع، 1996، ص 668.

(5) نصت المادة 868 من القانون المدني على أنه: « ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكسب بعقد شرعي أو بالميراث إلا أنه لا تكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المروء».

الارتفاق يكسب بالوصية أيضا. ويمكن السبب في أن الوصية تصرف بالإرادة المنفردة، ويحق لصاحبها الإيضاء بما يشاء من الحقوق⁽¹⁾، وكذلك الأمر بالنسبة للحقوق العينية التبعية، فالقاعدة العامة أن ما يورث من هذه الحقوق يجوز الإيضاء به.

المطلب الثاني: انتقال الالتزامات

ينتقل الميراث بمجرد وفاة المورث حقيقة أو حكما، لكن قد يكون في ذمة المورث التزامات، فمتى تنتقل التركة إلى الوارث؟ وما هو حكم تصرف الوارث في التركة قبل سداد الديون؟ وما هي وضعية دائني التركة في حالة تصرف الوارث فيها قبل سداد الديون؟

الفرع الأول: شروط انتقال الالتزامات إلى الخلف العام

حصر المشرع الجزائري في قانون الأسرة شروط انتقال الميراث في أمرين: الزواج والقرابة.

أولا: الزواج

هو أحد أسباب انتقال الميراث، ولا تنتقل به لا بد من توافر شرطين أساسيين هما: أن يكون الزواج صحيحا، وأن تكون الزوجية قائمة وقت الوفاة.

1- أن يكون الزواج صحيحا: نصت المادة 130 من ق. أ. ج بأنه: «يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء». فمتى انعقد الزواج صحيحا وجد سبب التوارث بينهما، ولا يكون صحيحا إلا إذا توفرت مجموعة من الأركان والشروط نصت عليها المادتان 9 و9 مكرر من ق. أ. ج. أما إذا ثبت بطلان الزواج فلا توارث بين الزوجين وهذا ما أكدته المادة 131 من ذات القانون.

(1) سليمان محمدي: كسب الملكية بسبب الوفاة (الميراث والوصية)، بحث لنيل ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1988، ص 43.

2- أن تكون الزوجية قائمة وقت وفاة المورث: نصت المادة 132 من ق. أ.ج بأنه: «إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث». فالمطلقة التي لم تنقض عدتها وتوفي زوجها يمكنها أن ترث لأن علاقة الزوجية لا زالت قائمة، وكذلك التي طلقها زوجها ولكن توفي قبل صدور الحكم فترث⁽¹⁾.

ثانيا: القرابة

تعد رابطة النسب السبب الرئيس في التوريث، وهي كل صلة سببها الولادة، وهذا ما أكدته المادة 139 من ق. أ.ج، كما نصت المادة 2/180 من نفس القانون، إذا لم يوجد فروض أو عصبه آلت التركة إلى ذوي الأرحام، وإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة⁽²⁾، وبذلك تشمل ثلاثة أصناف من الورثة وهم: أصحاب الفروض⁽³⁾، والعصبات⁽⁴⁾، وذوو الأرحام⁽⁵⁾. وإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة.

(1) سعيد بوزري: أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2007، ص 20.

والتشريع الفرنسي يعتبر الزواج سببا من أسباب الميراث، لكن في حالة الزواج تصبح للزوجين ذمة مالية واحدة، وفي حالة الوفاة يرث كل منهما الآخر.

Bernard BEIGNIER, Christophe ALLEAUME: Régime matrimonial, r. d. f, juriclasseur, Paris, France, n 12, Décembre 2005, p p27-28; Benmelha GHAOUTI: Les successions en droit Algérien, Office des publications Universitaires, Alger, s. a. é, p31.

(2) سعيد بوزري: المرجع نفسه، ص 28.

Benmelha GHAOUT: op. cit, pp27-30.

(3) أصحاب الفروض: هم الذين لهم نصيب مقدر في كتاب الله أو في سنة رسول الله، أو في الإجماع ولا يجوز الزيادة عليه ولا التقصان عنه.

(4) العصبات: جمع عاصب، وهم أقرباء الميت غير ذوي الفروض، وعصبه الرجل بنوه وقرابته لأبيه، وعدا الفروض والعصبات هم يسمون ذوو الأرحام. لمزيد من التفاصيل انظر العربي بلحاج: الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع نفسه، ص 63.

(5) وقد أضاف الفقهاء المسلمون سببا ثالثا للميراث وهو الولاء، الذي يعرف أنه صلة تربط شخص بغيره فتجعله في بعض

ثالثاً: شروط استحقاق الميراث

لا يكفي لثبوت الإرث وجود أسباب الميراث فقط، بل لابد من توافر شروط الاستحقاق التي تتمثل في: موت المورث، تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه، عدم وجود مانع.

1- موت المورث: فالموت هو توقف القلب والتنفس في الإنسان، وانعدام الحياة في جسمه. وبذلك تنعدم أهليته للتملك فيزول ملكه إلى من يخلفه فيه. وموت المورث إما أن يكون حقيقة أو حكماً⁽¹⁾ حسب المادة 127 من ق. أ. ج.

ويثبت الموت الحقيقي في تاريخ معين ومكان معين بناء على ما هو مسجل في سجلات الحالة المدنية أو شهادة الوفاة. وهذا ما نصت عليه المادة 1/26 من ق. م. ج.

ويحدث الموت الحكمي في حالة المفقود الذي تنقطع أخباره ولا يعرف مكانه ولا حياته من مماته، وإذا طالت مدة غيابه ورفع الأمر إلى القاضي فإن هذا الأخير يحدد مدة معينة في الأحوال العادية تبلغ 4 سنوات بعد البحث والتحري عنه، فإذا انقضت المدة حكم القاضي بموته⁽²⁾ وهذا بموجب المادة من 113 من ق. أ. ج.

الأحكام كأقاربه وهو ليس من أقاربه والولاء نوعان هما: ولاء العتاقة وولاء الموالاة، فالأول هو صلة الشخص بعبد أعتقه، بينما الثاني عقد بين عربي وأجنبي أسلم، على أن يعقل العربي عن الأجنبي إذا جنى أن يدفع عنه الدية ويرثه إذا مات. محمد أبو الزهرة: الملكية بالخلافة في الشريعة والقانون الروماني، المرجع السابق، ص 42.

وأجمع الفقهاء التورث عن طريق ولاء العتاقة لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إنما الولاء لمن أعتق". رواه البخاري، كتاب الفرائض، رقم الحديث 6752. بينما ولاء الموالاة يعتبره جمهور الفقهاء ليس سبباً من أسباب الإرث.

(1) العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 53.

(2) سعيد بوزري: المرجع السابق، ص 156؛ أنور طلبة: العقود الصغيرة، الهبة والوصية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ط 2004، ص ص 126-127.

Benmelha GHAOUTI: op. cit, p19.

2- تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه: نصت المادة 128 من ق. أ. ج بأنه: «يشترط لاستحقاق الإرث، أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث، وعدم وجود مانع من موانع الإرث». فإذا لم تثبت حياة الوارث وقت موت مورثه حقيقة أو تقديرا فلا توارث بينهما. فإذا ماتت جماعة وبينهم صلة القرابة ولم يعلم ترتيب موتهم يقينا بسبب مصاب عمهم في وقت واحد، فهؤلاء وأمثالهم لا توارث بينهم لانتفاء التيقن من حياة الوارث بعد موت المورث بحسب العلم والواقع، وما لكل واحد منهم يكون لورثته الأحياء، ولا يرث بعضهم البعض إلا إذا علم ترتيب موتهم⁽¹⁾ وهذا ما أكدته المادة 129 من ق. أ. ج التي نصت بأنه: «إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث واحد أم لا».

3- عدم وجود مانع من موانع الإرث: موانع الإرث هي أوصاف تلحق بمن هو أهل للإرث من غيره فتمنعه من الإرث في تركته ولو كانت أركان الإرث وشروطه متحققة⁽²⁾. وتتلخص موانع الإرث في: قتل المورث عمدا وعدوانا، اللعان، الردة، الكفر.

الفرع الثاني: حكم تصرف الوارث في التركة المدينة

أولا: وقت انتقال التركة المدينة إلى الوارث

تنتقل التركة إلى الورثة بمجرد وفاة المورث ويصيرون مستحقين لها منذ ذلك الوقت، وهذا حسب المادة 127 من ق. أ. ج، حيث انتقال التركة المدينة إلى الوارث بمجرد الوفاة لا يعني أن الوارث يلتزم شخصيا بديون المورث. وعندما تنتقل إليه فإنه لا

(1) العربي بلحاج: المرجع نفسه، ص 6؛ العربي بلحاج: الوجيز في التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة، الجزائر، ط 2013، ص ص 144-145.

(2) سعيد بوزري: المرجع السابق، ص 22.

يلتزم بالتزامات المورث إلا في حدود تلك التركة⁽¹⁾.

ثانياً: حكم تصرف الوارث في التركة قبل سداد الديون

اختلف الفقهاء حول صحة تصرف الوارث في التركة قبل سداد الديون بحيث ظهرت ثلاثة اتجاهات أساسية:

- الاتجاه الأول: يروى أصحابه أنه لا يصح تصرف الوارث في التركة المدينة سواء كان الدين مستغرقاً لها أم غير مستغرق.

- الاتجاه الثاني: يرى أنه لا يصح تصرف الوارث في التركة المدينة إذا كان الدين مستغرقاً.

- الاتجاه الثالث: وهو رأي غالبية الفقهاء، ويرون أنه يصح تصرف الوارث في التركة المدينة إذا لم يشكل إضراراً بحق الدائنين في حالة استغراق الدين للتركة⁽²⁾.

(1) محمد حسين منصور: الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 366؛ علي الخفيف: مدى تعلق الحقوق بالتركة (معنى التركة)، م. ق. إ، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مصر، العدد الأول، يناير 1942، ص 156.

Chafik CHEHATA: Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite, édition Sirey, Paris, France, 1969, pp 96-98.

(2) حسن كبيرة: المرجع السابق، ص 362-366؛ علي الخفيف: المرجع نفسه، ص 157؛ وترى أستاذة فريدة زاوي من خلال تحليلها للآراء الفقهية أن انتقال التركة المدينة إلى الورثة مع تعلق الدين بها هو ما ينادي به غالبية الفقهاء، حيث أن عدم انتقال التركة المدينة إلى الورثة إن كان فيه إنصاف للدائنين، فإن تصفية التركة تقتضي إجراءات تستغرق وقتاً طويلاً إلى جانب مصاريف قد تنفذ التركات الصغيرة مما يضر بالورثة، فيمكن إذن حماية الدائنين والورثة معاً بانتقال التركة المدينة إلى الورثة وحفاظاً على المبادئ الشرعية.

فالقاعدة الشرعية «لا تركة إلا بعد سداد الديون» لا تعني أن التركة تبقى بدون مالك إلى حين سداد الديون، بل تعني فقط أن الوارث ملزم بالوفاء بالديون بنسبة ما آل إليه من التركة ولا يسدد بقية الدين من ماله الخاص فهو لا يتحمل الدين، لكن يكتسب الحقوق التي يخلفها السلف ما لم يتعلق بها دين. فريدة زاوي: مدى تعارض انتقال التركة المدينة إلى الورثة مع قاعدة «لا تركة إلا بعد سداد الديون»، م. ج. ع. ق. إ. س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج 33، العدد الثاني، 1992، ص 334؛ علي إبراهيم الرجال: حكم تصرف الوارث في التركة قبل سداد الديون، م. ق. إ، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مصر، العدد الأول والثاني، يناير وفبراير 1944، ص 21؛ مصطفى محمد مصطفى عرجاوي: كسب الملكية بالميراث =

بينما القانون الجزائري لا يجيز تصرف الوارث في التركة المدينة، وبذلك لا داعي لوجود نص لحماية دائني المورث، وهذا ما تؤكدته المادة 180 من ق. أ. ج.

ويعد هذا إجحافا في حق الوارث؛ لأن تصرفه قد يكون ضروريا للمحافظة على التركة مثلا، ولهذا على المشرع الجزائري تدارك النقص وذلك بالسماح للوارث بالتصرف في التركة المدينة، ولكن بشرط عدم الإضرار بحقوق الدائنين.

ثالثا: حماية حقوق دائني التركة

لم يورد المشرع نصا يفيد حماية الدائنين العاديين من تصرف الوارث في التركة المدينة، وهو أمر غير مقبول ما دام نظام الشهر، وخاصة قيد الدين في هامش شهادات الإرث، يعطي حماية كبيرة للدائن، وبذلك تتحقق الحماية لدائني المورث والسماح للوارث التصرف في التركة⁽¹⁾. وهذا عكس المشرع المصري الذي تدارك النقص بموجب المادة 914 من القانون المدني⁽²⁾. وسعى المشرع الفرنسي لحماية دائني المورث من خلال منحهم حق الفصل بين الذمتين الماليتين للوارث والمورث، ويعد الحق الممنوح لهم حق امتياز حسب المادة 878 من قانون المدني الفرنسي⁽³⁾.

دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 1982، ص ص 384-390.

(1) سليمان محمدي: كسب الملكية بسبب الوفاة، المرجع السابق، ص ص 80-81.

(2) نصت المادة 914: ((إذا لم تكن التركة قد صفت وفقا لأحكام النصوص السابقة، جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصي به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها، أو التي رتبت عليها حقوق عينية لصالح الغير، إذا أشروا بديونهم وفقا لأحكام القانون)).

(3) voir Article 878 du code civil français version consolidée au 1er septembre 2013. voir sur le cite: w. w. w. legifrance. dz. 3/2/ 2014. heure 16: 37.

المبحث الثاني

الاستثناءات الواردة على انتقال آثار العقد إلى الخلف العام

لقد أوردت المادة 108 من. ق. م. ج قيودا على انتقال آثار العقد إلى الخلف العام إما لطبيعة التعامل التي تقتضي ذلك، حيث تكون شخصية المورث لها اعتبار شخصي في التعاقد، أو في حالة نص القانون على ذلك، أو اتفاق المورث مع المتعاقد على عدم انتقاله إلى الخلف العام وهذا وفقا لمبدأ سلطان الإرادة (الفرع الأول). كما أن هناك حالات لم تنص عليها المادة 108 من. ق. م. ج يكون فيها هذا الخلف من الغير وهي تتعلق بتصرفات المورث، وهو في مرض الموت التي تتجاوز الثلث والتي أبرمها بغرض التحايل وحرمان الوارث من الإرث وكذلك التصرف لوارث مع الاحتفاظ بحق الحياة والانتفاع (الفرع الثاني).

المطلب الأول: عدم انتقال آثار العقد إلى الخلف العام بالرغم من بقاءه خلفا

تنتقل إلى الخلف العام جميع آثار العقود التي أبرمها السلف لصالحه، غير أن هناك حالات استثنائية نصت عليها المادة 108 من. ق. م. ج تقيد انتقال الآثار إليه بالرغم من بقاءه خلفا، وتمثل هذه القيود في طبيعة التعامل التي تقتضي ذلك، أو نص القانون على ذلك، أو اتفاق المتعاقدين على ذلك.

الفرع الأول: بسبب طبيعة التعامل واتفاق المتعاقدين

أولا: طبيعة التعامل

تأبى طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ عن العقد الانتقال من المتعاقد إلى الخلف العام إذا كانت طبيعة التعامل قائمة على الاعتبار الشخصي للمتعاقد أو صفة خاصة به وتعتبر عن الحرية الشخصية، حيث له أهمية كبيرة في العقود ذات الطابع الشخصي فهو

يهدف إلى تأمين صفة واضحة للمتعاقدين في العقد⁽¹⁾. وهو يقوم على عنصر أساسي يتمثل في الثقة، حيث يعد الاعتبار الشخصي الأكثر انتشاراً في القانون الخاص: كالقانون المدني، القانون التجاري، وقانون العمل الذي يعتبر الأداة الرئيسية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص.

ولا يكاد يخلو القانون المدني من عنصر الاعتبار الشخصي سواء تلك التي تقع على الملكية أو تلك التي ترد على الانتفاع بالشيء أو التي ترد على العمل وذلك لارتكاز هذا العنصر على فكرتين أساسيتين هما: إمكانية التمييز بين شخص وأشخاص آخرين في جماعة واحدة وأن هذه التصرفات تحدد لنا الشخص المطلوب في العقد.

وقد يكون المانع من الانتقال قانونياً أو مادياً، فإذا حصل شخص بمقتضى عقد على إيراد مرتب مدى الحياة فلا ينتقل الإيراد إلى ورثته، لأن طبيعة الإيراد تنقضي بوفاة صاحبه. وكذلك كل التزام نشأ من عقد ولو حظت فيه شخصية الملتزم أو صفة خاصة به ينقضي بموت الملتزم ولا ينتقل إلى الورثة نظراً لطبيعة الالتزام المادية⁽²⁾.

ثانياً: اتفاق المتعاقدين

لم يشر المشرع في المادة 108 من ق. م. ج على هذا الاستثناء، وذلك عكس القانون المدني الإماراتي حسب المادة 250 التي نصت على انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام

(1) علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 6، 2005، ص 86.

Alex WEILL, François TERRE: Droit civil, les obligations, Dalloz, Paris, France, 2ème édit, 1975, p567.

(2) مشعل مهدي جوهر حياة: مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة (دراسة وفقاً للقانون الكويتي المقارنة)، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، مارس 2009، ص ص 17-21.

(1)، والمادة 1122 من القانون المدني الفرنسي.

ويكمن السبب في عدم إدراج اتفاق المتعاقدين في نص المادة 108 من ق. م. ج في كون أن انصراف آثار العقد إلى الخلف العام ليس من النظام العام و يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته، فالعقود التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة تخول لطرفي العقد الاتفاق على عدم انتقال آثارها حتى وإن كانت قائمة على الاعتبار الشخصي مثل عقد البيع، حيث يمكن للمتعاقدين الاتفاق على عدم انصراف الحقوق والالتزامات إلى الخلف العام في جزئية معينة أو في كل بنود العقد.

ويجب على المتعاقدين إدراج شرط عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام بشكل صريح، لأنه استثناء من القواعد العامة، ويرى الأستاذ السنهوري أن يلجأ المتعاقدان إلى إدراج شرط صريح في مسألة يريدان أن يخرجها من القواعد خوفاً من اللبس، بالرغم من عدم وجود نص في القانون يقضي بوجوب أن يكون الشرط صريحا⁽²⁾.

الفرع الثاني: نص القانون

نص القانون المدني على عدة عقود لا تنتقل فيها آثار العقد إلى الخلف العام، ومن بين هذه العقود مثلاً: عقد الوكالة، عقد الإيجار، عقد المقاولة، عقد الشركة إذا كانت شركة الأشخاص.

أولاً: عقد الوكالة

(1) قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 9 الصادر سنة 1985 انظر في الموقع التالي:

www.seoudi-law.com/forums/showsthread.php.

تم تحميله يوم 7-9-2014 على الساعة 12 و45 دقيقة زوالاً.

(2) أحمد عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ج 2، ط 2، 1998. ص 734.

تعرف الوكالة بأنها عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل لحساب الموكل وباسمه، وهذا حسب نص المادة 571 من. ق. م. ج وتتيح الوكالة للموكل أن يبرم التصرفات القانونية دون أن يضطر إلى الحضور فعليا لأنه قد حضر حكما بواسطة الوكيل. غير أن إبرام الموكل للعقود بنفسه يمكنه من الإحاطة بشكل كبير بجميع تفاصيل العقد بحيث لا يقبل إلا ما انصرفت إليه إرادته، أما إذا وكل شخصا آخر بدلا منه ومنحه صلاحيات وسلطات تؤدي إلى إلزامه تنفيذ العقود التي أبرمها الوكيل، لذلك يجب أن يختار وكيلا تتوافر فيه صفات معينة لأن عقد الوكالة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي فهو لا ينتقل إلى الخلف العام⁽¹⁾. وهذا ما نصت عليه المادة 586 من. ق. م. ج: «تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة وتنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل. كما تنتهي الوكالة أيضا بعزل الوكيل أو بعدول الموكل».

ففي حالة وفاة الوكيل، يتعين على الورثة إذا كانوا على علم بالوكالة، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل وهذا حسب المادة 2/589 من القانون المدني على أنه «...وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثه وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل...».

وأما في حالة وفاة الموكل، لا تنتهي الوكالة بمجرد وفاته بل تبقى إلى أن يعلم الوكيل بذلك، فإذا لم يعلم وتعاقد مع الغير وكان حسن النية اعتبرت الوكالة قائمة وانصرف أثر

(1) رمضان بوعبد الله: أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط 2، 2008، ص ص 152-153، أسعد دياب: القانون المدني، العقود المسماة، البيع، الإيجار، الوكالة، منشورات الزين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2007، ص 397؛ نذير بوصيع: نظرية العقد عند الإمام ابن حزم دراسة أصولية فقهية مقارنة، بحث لنيل دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2004-2005، ص 302.

العقد الذي أبرمه الوكيل حقا كان أو التزاما إلى ورثة الموكل، وحتى بعد أن يعلم الوكيل بموت الموكل يجب عليه أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها إلى التلف وهذا حسب المادة 1/589 من ق. م.

ثانيا: عقد المقاولة

عرفت المادة 549 من ق. م. ج المقاولة بأنها: «عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر»⁽¹⁾. فالمقاولة هي اتفاق بين المفاوض ورب العمل، يلتزم فيها المفاوض القيام بعمل على مسؤوليته، ووفقا لتعليمات العميل، بمواد من عنده أو من عند رب العمل، ويلتزم العميل بأن يقبل العمل عند تمامه، وأن يدفع الأجرة، وعلى المفاوض أن يتخذ كل الاحتياطات للحفاظ على الشيء المعهود به من قبل العميل، ويكون مسؤولا عن إهماله المؤدي إلى تلف أو فقد هذا الشيء⁽²⁾.

وتعتبر المقاولة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، ولهذا نص المشرع على انتهاء عقد المقاولة بموت المفاوض حسب المادة 569 من ق. م. ج على أنه: «ينقضي عقد المقاولة بموت المفاوض إذا أخذت بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد وإن كان الأمر خلاف ذلك فإن العقد لا ينتهي تلقائيا ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة 552 الفقرة الثانية إلا إذا لم تتوفر في ورثة المفاوض الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل».

(1) وهو ما ذهب إليه جل التعريفات ومن بينها المادة 780 من القانون الأردني التي عرفته بأنه عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر. وهو ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة 646 من القانون المدني.

القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 انظر في الموقع التالي:

www.kanbota.forumarabia.net. تم تحميله يوم 2014/9/7 على الساعة 12 و45 د

(2) توفيق زيداني: التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2009-2010، ص 55.

ثالثاً: عقد الشركة

قد يرغب صاحب مشروع تجاري أو حرفي أو صناعي في إنشاء مؤسسة فردية، يسيرها بمفرده، ويكون مسؤولاً عن جميع التصرفات الناتجة عن استغلالها، أو جماعية باشتراك مجموعة من الشركاء.

وعرفت المادة 416 من ق.م.ج الشركة على أنها: «عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة». فالشركة هي عقد يلتزم بمقتضاه شخصان طبيعيان أو أكثر على إنشاء مشروع مشترك بهدف تحقيق الربح، وهي نوعان:

- شركات الأموال: وهي تقوم على أساس الاعتبار المالي ولا أهمية لشخص أو صاحب الشركة وعليه لا تنقضي شركات الأموال بموت صاحبها، بل تستمر ويحل في مكانه الخلف العام.

- شركات الأشخاص: وهي تقوم على الاعتبار الشخصي تنقضي بموت أحد أشخاص الشركة وبالتالي لا تستمر هذه الشركة ولا تنتقل إلى الورثة، لكن يمكن أن يتفق الشركاء في عقد التأسيسي للشركة أن تبقى الشركة مع ورثة من يموت من الشركاء وإن كانوا قصراً وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى المادة 439 من ق.م.ج تنقضي الشركة بصفة عامة في حالات معينة ومنها وفاة أحد الشركاء: «تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو حجر عليه أو

(1) سامية كسال: المفهوم الحديث للشركة وفقاً للأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9/12/1966 والمتمم للأمر رقم 75-59 المتضمن التقنين التجاري الجزائري، المجلة النقدية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، العدد الأول، 2009، ص ص 106-108؛ حسين بهلوان: النظام القانوني لانقضاء الشركات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2012-2013، ص 24.

بإعساره أو بإفلاسه.

إلا أنه يجوز في حالة ما إذا مات أحد الشركاء أن تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قسرا».

المطلب الثاني: الخلف العام من الغير

تكون تصرفات المورث حجة على الورثة ما لم تمس بحق الإرث فيكون خلفا عاما فيما يتعلق بالتصرفات المنجزة والمرتبة حال حياته، ويكون من الغير بالنسبة للتصرفات التي يبرمها السلف قصد الإضرار بالورثة، وهي التصرفات التي يبرمها المورث وهو في مرض الموت، وكذلك في حالة التصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالحيازة وبحق الانتفاع.

الفرع الأول: تصرفات المورث في حالة مرض الموت

لم يعرف المشرع الجزائري مرض الموت ولكنه حصر تصرفات المريض مرض الموت في البيع، لهذا تناول بعض تعاريف من طرف الفقهاء، ثم نتطرق إلى حكم تصرفاته وهو في مرض الموت.

أولا: تعريف مرض الموت

ويعرف بأنه: «المرض الشديد الذي يغلب الظن على موت صاحبه عرفا أو بتقدير الأطباء، ويلازمه ذلك المرض حتى الموت، وإن لم يكن المرض معروفا لدى الناس بأنه من الأمراض المهلكة. ومعيار شدة المرض واعتباره من مرض الموت هو أن يعجز غير العاجز عن القيام بمصالحه خارج البيت، فيجتمع فيه العجز وغلبة الهلاك»⁽¹⁾.

(1) راجع بن غريب: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني مقارنة بالفقه الإسلامي، المجلة النقدية للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، العدد الأول، 2010، ص 346-347، عمار =

من خلال ما سبق لا بد لتحقق المرض المفضي للموت توفر مجموعة من الشروط هي:

-عجز المريض مرض الموت عن قضاء مصالحه: ومقتضى هذا الشرط أن يكون الشخص عاجزا عن قضاء مصالحه والتي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها، غير أنه إذا كان المريض محترفا لعمل الشاق لا يستطيع مباشرته إلا بكامل قواه وقد أصابه مرض يمنعه من مباشرة هذه الأعمال فلا يكون في هذه الحالة على وشك الموت، كما أن عجز الشخص عن قضاء مصالحه فقد يكون بسبب الشيخوخة وبالتالي لا يعتبر المريض وهو في مرض الموت⁽¹⁾.

-أن يغلب في المرض خوف الموت: يشترط في المريض وهو في مرض الموت أن يكون المرض خطيرا ينتهي عادة بالموت، أو أن يكون في بدايته بسيطا ثم يتطور حتى تصبح معه حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت، أما إذا لم يصل المرض إلى هذا الحد من الخطورة سواء كان في بدايته أو في منتصفه أو في آخره، فلا يعتبر مرض الموت ولو عجز المريض عن قضاء مصالحه، وقد ذهب فقهاء المسلمين في تحديد المدة التي يطول فيها مرض الموت بسنة، فإذا اشتد وانتهى بالموت فعلا قبل انقضاء السنة اعتبر في هذه الحالة مريض مرض الموت، أما إذا لم يشتد المرض خلال سنة، أو أنه اشتد لكنه لم يفض إلى الموت خلالها فلا يعتبر مرض الموت⁽²⁾.

ثانيا: حكم تصرفات المريض مرض الموت

لقد جعل القانون المدني حق الورثة متعلقا بالتركة منذ مرض المورث مرض

نكاح: انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2007، ص ص 166-167؛ نذير بوصيع: المرجع السابق، ص 259.

(1) محمود جلال حمزة: التبسيط في شرح القانون الأردني، العقود المسماة، البيع، الإيجار، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الأردن، ج 4، ط 2005، ص ص 238-242.

(2) محمد حسين منصور: الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ص 443-444.

الموت، وذلك في حدود ثلثي التركة، أما الثلث الباقي فله مطلق الحرية في التصرف فيه أثناء مرض الموت، لأنه المقدار المخصص للوصية شرعا، وهذا لأن بعض تصرفات المورث تلحق ضررا بالورثة وعليه جعلها المشرع في حكم الوصية التي لا تكون ناجزة في حق الورثة إلا في حدود الثلث، أما إذا تجاوزت الثلث فللورثة إما إجازة التصرف أو الطعن فيه⁽¹⁾ حسب نص المادة 776 من. ق. م. ج على أنه «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 التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف...».

ولم يشر المشرع الجزائري إلى حكم تصرفات المريض مرض الموت إلا في عقد البيع في المواد 408 إلى غاية 412 من القانون المدني، وعليه حصر تصرفات المريض وهو في مرض الموت في البيوع، فهل وردت هذه التصرفات التي قام بها السلف على سبيل المثال أم على سبيل الحصر؟

أعتقد أن المشرع الجزائري وحتى المشرع المصري تناولوا أحكام تصرفات المريض مرض الموت في عقد البيع على سبيل المثال، لأن المورث في مرض الموت كامل الأهلية ويحق له القيام بكافة التصرفات الأخرى بشرط أن لا تتجاوز الثلث، وأن لا يبرم هذه التصرفات للوارث إلا إذا أجاز الوارث ذلك. وهذا ما أكدته المادة 408 من. ق. م. ج على أنه: «إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة». وهذه المادة جاءت موافقة من حيث المفهوم للمادة 189 من. ق. م. ج: «لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي».

وما دام البيع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية فقد جعله المشرع الجزائري

(1) راجع بن غريب: المرجع السابق، ص 360-361؛ عامر رشاد السيد إبراهيم: تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، بحث لنيل ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1989، ص 174-176؛ محمد علي محمود يحيى: أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص 63-64.

والمصري متوقفا على إجازة الورثة له فتأخذ تصرفات المريض مرض الموت حكم الوصية. ويعتبر الورثة من الغير بالنسبة إلى التصرفات التي تصدر من مورثهم وهو في مرض الموت والتي تزيد عن الثلث ولهم أن يثبتوا ذلك بكافة طرق الإثبات. وهذا حسب المادة 776 من قانون المدني.

أما بخصوص التصرف للغير فقد نصت المادة 2/408 من ق. م. ج على أنه: «ما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون ذلك قابلا للإبطال». حيث أن نص العربي للمادة 408 لا يتطابق مع النص الفرنسي من حيث شروط البيع وجزائه، فقد اشترط النص الفرنسي تمام البيع في حالة اشتداد المرض وهذا لم يرد في النص العربي. واعتبر التصرف غير مصادق عليه فما معنى المصادقة ومن يملكها؟ وبينما في النص الفرنسي وصف التصرف تم بدون رضا صحيح فما الذي شاب الرضا حتى أصبح غير صحيح إذا كانت عيوب الإرادة معروفة في القانون المدني، لهذا يتعين على المشرع الجزائري تعديلها سواء في النص العربي أو الفرنسي⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة وبحق الانتفاع بالعين

نصت المادة 777 من ق. م. ج على أنه: «يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء

(1) التصرفات القابلة للإبطال تترتب لمصلحة ناقص الأهلية ومن شاب رضاه عيب من عيوب الرضا، ولهذا اقترح علي علي سليمان تعديل بكيفية التالية « أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه ينفذ في حدود الثلث وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة» وكذلك ورود عبارة التصرف غير مصادق عليه، فإن النص الفرنسي يقول يفترض أن البيع تم بدون رضا صحيح، وطبقا نص العربي يكون أساس القابلية للإبطال هو أن البيع غير مصادق عليه فمن تصدر المصادقة وهو مصطلح لا أساس له في هذه المادة. علي علي سليمان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص ص 128-129، بخالد مجالي: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2004-2005، ص 67.

المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك». ومن خلال هذه المادة إذا تصرف الشخص لورثته واحتفظ لنفسه بحيازة العين وبحق الانتفاع، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية. ويشترط لتحقيق هذا التصرف شرطين أساسيين هما:

أولاً: أن يتصرف الشخص لأحد ورثته

ويعتبر الشخص وارثاً متى كانت له هذه الصفة وقت وفاة المورث حتى وإن كان غير وارث وقت صدور التصرف، فالعبرة بصفة الوارث تكون وقت وفاة المورث. حيث أن هناك ظروفاً تدفع المورث لمنح حقوق لفائدة أحد ورثته دون البقية مع احتفاظه بحيازة العين وبحقه في الانتفاع مدى الحياة، وذلك خاصة إذا كان الورثة الآخرون غير مقربين منه فيلجأ إلى ستر الوصية وبذلك يعد الاحتفاظ بالعين وبحق الانتفاع مدى الحياة في التصرف قرينة قضائية لصالح الورثة ولا تستخدم هذا الوارث المتنازل له⁽¹⁾.

ثانياً: الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة

وتعد الحيازة واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق، ولكن يجوز لمن له مصلحة أن يثبت العكس لأن هذه الأخيرة هي قرينة قانونية ليست قطعية يمكن إيجاد الدليل لدحضها. فإذا احتفظ المتصرف بالحيازة المادية للعين المتصرف فيها مدى الحياة وكذلك بحقه في الانتفاع بالعين والتصرف في ملكيتها لوارث، فإذا تحققت هذه الشروط السابقة اعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ويأخذ حكم الوصية⁽²⁾.

(1) عبد الحكم فودة: النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ط 2005، ص ص 183-184؛ أنور طلبة: المرجع السابق، ص ص 305-306.

(2) حسن كيرة: المرجع السابق، ص ص 351-352. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، مج 1، ج 9، ط 3، 2000، ص ص 228-229. عبد المنعم فرج الصدة: المرجع السابق، ص 841.

خاتمة

تنتقل إلى الخلف العام، سواء أكان وارثاً أو موصى له، جميع الحقوق سواء كانت حقوقاً عينية أو شخصية أو معنوية، غير أن هناك بعض الحقوق لا تنتقل، ومن ذلك حق الاستعمال وحق السكنى وحق الانتفاع، فلا تورث، لأنها تنقضي بموت السلف، وكذلك الحال بالنسبة للحقوق العينية التبعية التي تنقضي بانقضاء الدين المضمون ما دام الدين يسدد قبل توزيع التركة على الورثة، وكما أن الحقوق غير المالية لا تنتقل إلى الورثة إذا كانت حقوقاً شخصية محضة.

أما فيما يتعلق بانتقال الالتزامات فلا يميز القانون للوراث التصرف في التركة المدينة وهو بذلك يحمي الدائنين، لكن قد يشكل هذا الأمر ضرراً بحق الوارث، ولذا يقترح بعض الفقهاء السماح للوارث بالتصرف في التركة المدينة لكن بشرط عدم الإضرار بحقوق الدائنين.

وقد اشترطت المادة 108 من القانون المدني الجزائري لانتقال آثار العقد إلى الخلف العام أن لا تكون هذه العقود قائمة على الاعتبار الشخصي، وأن لا يمنع أي نص قانوني من انتقالها.

ولم تورد المادة السالفة الذكر قيوداً أخرى تتعلق باتفاق المتعاقدين، ولكن بالرجوع إلى المادة 106 من ذات التقنين، التي جعلت مبدأ سلطان الإرادة هو الأساس في إبرام العقود إذا كانت لا تمس بالنظام العام والآداب العامة، فيمكن للمتعاقدين الاتفاق على عدم انتقال آثار العقد إلى الخلف العام.

وبالإضافة إلى كل هذا اشترطت المادة 108 من القانون المدني احترام قواعد الميراث وهو ما يعتبر قيوداً على تصرف الوارث، ويظهر ذلك في حالة تصرف المورث وهو في مرض الموت، وكذا التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة وبحق الانتفاع. وتدخل هذه التصرفات ضمن أحكام الوصية التي لا يجوز للمورث التصرف في أمواله

إلا في حدود الثلث، وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة، حسب المادة 189 من ذات القانون.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ- المصادر:

1- صحيح البخاري.

2- الموطأ.

ب- المؤلفات:

1- ابن قدامة المقدسي، تحقيق رائد بن صبري بن أبي علفة: المغني، بيت الأفكار الدولية، لبنان، ج1، 2004.

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري: نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ج2، ط2، 1998.

3- أحمد عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 2000.

4- أسعد دياب: القانون المدني، العقود المسماة، البيع، الإيجار، الوكالة، منشورات الزين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

5- العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ج2، ط4، 2005.

6- العربي بلحاج: الوجيز في التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة، الجزائر، 2013.

7- أنور طلبه: العقود الصغيرة، الهبة والوصية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2004.

- 8- جورج حزيون، عباس الصراف، بشار ملكاوي: مقدمة في النظرية العامة لمفهوم الحق الشخصي، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2005.
- 9- حسن كيرة: الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.
- 10- رمضان بوعبد الله: أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط2، 2008.
- 11- سعيد بوزري: أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2007.
- 12- عبد الحكم فودة: النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 13- عبد المنعم فرج الصدة: الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، د. س. ن.
- 14- علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 15- علي علي سليمان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 16- كمال حمدي: الموارث والهبة والوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.
- 17- محمد حسين منصور: الحقوق العينية الأصلية، الملكية والحقوق المتفرعة عنها- أسباب كسب الملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 18- محمود جلال حمزة: التبسيط في شرح القانون الأردني، العقود المسماة، البيع، الإيجار، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الأردن، ج4، 2005.
- 19- مصطفى إبراهيم الزليبي: أحكام الميراث والوصية، حق الانتقال في الفقه الإسلامي، دار وائل، عمان، الأردن، 2006.

20- نادين محمد مشموشي: حق الانتفاع دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

21- نبيل إبراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية، أحكامها- مصادرها، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999.

ج- الرسائل العلمية:
درجة الدكتوراه:

1- مصطفى محمد مصطفى عرجاوي: كسب الملكية بالميراث دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، 1982.

2- نذير بوصبع: نظرية العقد عند الإمام ابن حزم دراسة أصولية فقهية مقارنة، بحث لنيل دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2004-2005.

درجة الماجستير:

1- بخالد عجالي: نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2004-2005.

2- توفيق زيداني: التنظيم القانوني لعقد المقاول على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2009-2010.

3- حسين بهلوان: النظام القانوني لانقضاء الشركات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2012-2013.

4- سليمان محمدي: كسب الملكية بسبب الوفاة (الميراث والوصية)، بحث لنيل ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 1988.

- 5- عامر رشاد السيد إبراهيم: تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى، بحث لنيل ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1998.
- 6- عمار نكاع: انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2007.
- 7- محمد زيدان: حق الارتفاق في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003-2004.
- 8- منى مقلاتي: النظام القانوني لحق الارتفاق في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2008-2009.
- 9- محمد علي محمود يحيى: أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010.

د- المقالات والبحوث:

- 1- العربي بلحاج: حقوق الارتفاق في الفقه الإسلامي، م.ج.ع.ق.إ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج34، العدد الرابع، 1996.
- 2- راجح بن غريب: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني مقارنة بالفقه الإسلامي، م.ن.ق.ع.س، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، العدد الأول، 2010.
- 3- سامية كسال: المفهوم الحديث للشركة وفقا للأمر رقم 96-27 المؤرخ في 12/9/1966 والمتمم للأمر رقم 75-59 المتضمن التقنين التجاري الجزائري، م.ن.ق.ع.س، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، العدد الأول، 2009.
- 4- علي إبراهيم الرجال: حكم تصرف الوارث في التركة قبل سداد الديون، م.ق.إ، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مصر، العدد الأول والثاني، يناير وفبراير 1944.

- 5- علي الخفيف: مدى تعلق الحقوق بالتركة (معنى التركة)، م.ق.إ، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مصر، العدد الأول، يناير 1942.
- 6- فريدة زواوي: مدى تعارض انتقال التركة المدينة إلى الورثة مع قاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، م.ج.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ج33، العدد الثاني، 1992.
- 7- محمد أبو الزهرة: الملكية بالخلافة في الشريعة والقانون الروماني، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مصر، العدد الأول، مارس 1951.
- 8- مشعل مهدي جوهر حياة: مدى جدية عنصر الاعتبار الشخصي في عقد الوكالة (دراسة وفقا للقانون الكويتي والقوانين المقارنة)، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، مارس 2009.

ه- النصوص القانونية:

- 1- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، الصادرة بتاريخ 30-9-1975 معدل ومتمم إلى غاية القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج. ر عدد 31، الصادرة في 13 ماي 2007.
- 2- قانون رقم 84-11 مؤرخ 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة معدل ومتمم إلى غاية الأمر رقم 05-02 مؤرخ 27 فبراير 2005، ج ر 15، صادرة سنة 2005.
- 3- انظر القانون المدني المصري.
- 4- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 9 الصادر سنة 1985.
- 5- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

ثانيا: باللغة الفرنسية

A- OUVRAGES

- 1-Alex WEILL, François TERRE: Droit civil, les obligations, Dalloz, Paris, France, 2^{ème} édit, 1975.

2-André PONSARD, Paul ESMEIN: Droit civil français, Librairie technique, Paris; France, t 3, 7^{ème} édit, 1968.

3-Benmelha GHAOUTI: Les successions en droit Algérien, Office des publications Universitaires, Alger, s. a. é.

4-Chafik CHEHATA: Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite, édition Sirey, Paris, France, 1969.

5-Christian ATIAS: Le droit civil, Presses Universitaires de France, Paris, France, 4^{ème} édit, 1984

6- François CHABAS: Introduction à l'étude du droit, Montchrestien Delta, Paris, France, t 1, vol1, 11^{ème} édit, 2000.

B- Articles:

1-Bernard BEIGNIER, Christophe ALLEAUME: Régimes matrimoniaux, revue de droit de famille, juriclasseur, Paris, France, n 12, Décembre 2005.

3-Jean –Pascal CHAZAL: Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil, revue de droit civil, Dalloz, paris, France, n 3, Septembre 2000.

C-Textes Juridiques:

1- Code civil Français.

الحرية التعاقدية للأشخاص العامة

بقلم: رمضاوي سليمان*

ملخص

تلعب الحرية التعاقدية دورا مهما ليس فقط في عقود القانون الخاص بل أيضا في إطار العقود الإدارية، فبواسطتها وبإسناد من المشرع تستطيع الإدارة أن تبرم عقودا في إطار نشاطها الاقتصادي وكذا في تشغيل المرافق العامة، بغرض أداء الخدمات للجمهور. وقد اتضح من خلال هذه الدراسة أن هذه الحرية ليست كمنظيرتها في عقود الأفراد؛ لأن الحرية التعاقدية للأفراد هي حرية حقيقية تنبعث من الطبيعة الإنسانية، أما تلك المتعلقة بالأشخاص العامة ما هي في جوهرها إلا تقنية إجرائية وإدارية لتحقيق النفع العام للأفراد، بل قد أصبحت هذه الحرية ضرورة عصرية في العصر الحديث؛ لذلك يستلزم ضروريا أن تتمتع هذه الحرية بالقيمة الدستورية كالتى تتمتع بها حرية التعاقد لدى الأفراد، وهو الأمر الذي أدى بالمجلس الدستوري في فرنسا أن يضيفي على حرية التعاقد للإدارة قيمة دستورية، أو جعلها في مصاف المبادئ الدستورية، وفعلا قد استجاب القضاء الإداري في فرنسا لهذا الاتجاه الذي تبناه المجلس الدستوري هناك.

Résumé

La liberté contractuelle joue un rôle important, dans les contrats du droit privé, et aussi dans le cadre des contrats administratifs, avec lequel et par attribution du législateur à l'administration peut conclure des contrats économiques, et dans les services publics afin d'atteindre les objectifs d'intérêt public.

* أستاذ متعاقد بجامعة الطاهري محمد. بشار.

A travers la présentation de cette étude, cette liberté ne doit pas être la même que la liberté contractuelle des individus, parce que cette dernière est la véritable liberté émanant de la nature humaine. Comme aussi devenu évident, que la liberté de contrat avec les personnes publiques, ce qui est en considération comme seule technique procédurale et administrative pour la conduite des affaires des individus dans l'Etat, de sorte qu'il est devenu nécessaire dans l'ère qu'on moderne de reconnaître la valeur constitutionnelle de cette liberté et cela peut être approuvé par le Conseil constitutionnel en France dans plusieurs de ses décisions. Cet effet est également tracé dans les arrêts du conseil d'Etat français, et aussi dans les arrêts du conseil homologue Egyptien.

مقدمة

يتعلق موضوع الدراسة الماثلة بإحدى شروط العقد الإداري، وهو شرط الحرية التعاقدية للشخص العام، وهذا الشرط يجب الحصول عليه قبل إعلان الإدارة عن التعاقد وقبل تكوين العقد وبعد إبرامه، ذلك أنّ القواعد التعاقدية تستوجب تحقيق هذه الحرية في جانب الشخص العام في مواجهة الحرية التعاقدية التي يتمتع بها الأفراد الراغبون في التعاقد مع الإدارة حتى يكون طرفا العقد على قدم المساواة.

وإذا كانت الحرية التعاقدية للأفراد من قبيل الحريات الحقيقية، ومسلمة من المسلمات القانونية التي لا تناقش أصلا، مما لا يستدعي إثبات وجودها للفرد المتعاقد، فهي موجودة حقيقة لا افتراضا كقاعدة. أما بالنسبة للحرية التعاقدية للأشخاص العامة، فإن الأمر يختلف كثيرا، لهذا ثار التساؤل حول وجود مرتكزات لحرية تعاقد الشخص الإداري مثلها عليه الحال بالنسبة لنظيرتها في القانون الخاص، حيث أن إثبات هذه الحرية يؤدي إلى الاعتراف بها تشريعا وقضائيا، بل وترقى أيضا إلى مصاف الحقوق الدستورية المعترف بها للشخص العام.

وعلى هذا الأساس قسمنا هذه الدراسة إلى مطلبين:

المطلب الأول: مرتكزات الإقرار بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة.

المطلب الثاني: الأساس الدستوري لحرية التعاقد للأشخاص العامة.

المطلب الأول

مرتكزات الإقرار بمبدأ الحرية التعاقدية للشخص العمومي

تعتبر الإرادة الحرة المستقلة جوهر التعاقد، ويجب ألا تتخلف الحرية في أي مرحلة من مراحل العقد؛ لكونها شرط ابتداء واستمراره. وأجلى مظاهر الحرية أن يكون للعقد حرية الاختيار في الإقدام على التعاقد أو عدم التعاقد، وأن يكون حرا

في اختيار المتعاقد الآخر شريك مجتمعه العقدي، ذلك أنه إذا كانت الغاية من إبرام العقد إنشاء الحقوق والالتزامات، فإن هذا يستوجب بحسب مدلول مبدأ الحرية والاستقلال أن تستند نتيجته إلى التقاء إرادات الأطراف الحرة المستقلة. أما إذا استندت نتيجة العقد إلى إرادات غير حرة، فإن هذا يجعل حالة خضوع أحد الإرادات إلى الإرادة المقابلة لها تفتقد فيها الحرية، وبالتالي لا نكون بصدد روابط تعاقدية⁽¹⁾.

وكغيرها من الحريات الأخرى، فإن الحرية التعاقدية لا بد أن تستند بدورها إلى أساس قانوني للاعتراف بها من قبل السلطة السياسية، ولا وجود للحرية التعاقدية بمفهومها المجرد النظري، حيث لا وجود لحرية ما إلا ضمن الفلك القانوني⁽²⁾ الذي توجد به كامل الحريات ومن بينها الحرية التعاقدية.

وقد اعترف المشرع اللبناني صراحة بحرية التعاقد للأفراد، في قانون الموجبات، حيث نصت المادة 166 منه: "إن قانون العقود يخضع لمبدأ حرية التعاقد، وللأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة إلزامية"⁽³⁾، كما أن المشرع الفرنسي لا يشذ عن هذا الاتجاه، معترفاً بمبدأ حرية التعاقد في علاقات أشخاص القانون الخاص فيما بينهم، المنصوص عليه في التقنين المدني⁽⁴⁾.

وترتكز الحرية التعاقدية على العدالة في تبادل الالتزامات والحقوق بين

(1) - Bréchon Moulènes (CH): liberté contractuelle des personnes publiques A. J. D. A 1998, P644 ets.

(2) - عاطف النقيب: نظرية العقد، دار صادر، لبنان، 1998، ص 59-60.

(3) - قانون الموجبات اللبناني.

(4) - Bréchon Moulènes (CH), op. cit, p644-645.

الأطراف، ومظهر ذلك يتضح في حرية الإرادة في دخول المفاوضات من عدمه؛ لذا فإن المشرع الجزائري اعترف للإرادة بحرية التفاوض دون التنصيص على الحرية التعاقدية صراحة، مما يفهم ضمناً اتجاه إرادة القانون إلى ذلك، أي من باب اللزوم العقلي، بدليل أن المشرع يجعل العقد ساقطاً وليس ذا أهمية إلا إذا كان نافعا ومنصفاً، حفاظاً على ما اتجهت إليه الإرادة الحرة؛ ولهذا يعد كتمان المعلومات الخاصة بعملية التعاقد في هذه المرحلة إخلالاً بواجب حسن النية وواجب الإخلاص⁽¹⁾، وهو مؤشر كاف على تأثير مبدأ الحرية التعاقدية على كافة مراحل العقد بما فيها المرحلة ما قبل التعاقد.

وسواء أكان إقرار المشرع بوجود الحرية التعاقدية في روابط القانون الخاص صريحاً أم ضمناً، فلا يوجد بالمقابل مثل هذا الإقرار بالنسبة للحرية التعاقدية لأشخاص القانون العام. وقد ظل الأمر مبهماً، مما جعل إشكالية الحرية التعاقدية للأشخاص العامة غير مطروح على منابر الفقه بشكل كبير؛ لذلك لم تكن محلاً للبحث المعمق، وإن كان الفقه والفكر القانونيان قد أشارا إلى الحرية التعاقدية للشخص العام بصفة سريعة، كما لم تطرح بجدية على القضاء الإداري إلا في السنوات الأخيرة وبشكل جزئي⁽²⁾.

وطالما أن الحرية التعاقدية للشخص العام لم تجد اعترافاً نصياً صريحاً، فإن دراسة موضوعها يكون بعيداً عن النظرة التشريعية في ظل السياسة القانونية، حيث إنه لا فرنسا ولا مصر ولا سوريا ولا الجزائر؛ اعترفت قوانينها بهذه الحرية، بمعنى

(1) - بوعزة ديدان: الالتزام في عقد البيع، مجلة مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، أبريل 2001، ص30، عدد 02.

(2) - Rolin (F. M): Accord des volontés et contrat dans les relations entre personne publiques, thèse « panthéon-Assas » Paris, 1997, P328.

الاعتراف النصي الصريح؛ لذلك تغدو دراسة موضوع حرية التعاقد في القانون العام من منطلق أرضية اجتهاد القضاء ورأي جمهرة الفقهاء دون التشريع.

وطبقا لمبادئ القانون العام والمنطق القانوني، لا يتصور الإقرار بحرية التعاقد للشخص العمومي إلا إذا كان يعتد به اعتدادا كشخص قانوني ممنوح القدرة القانونية لمباشرة الاختصاصات المحددة بموجب قانونه الخاص، حيث إن الأشخاص العامة لا تمتلك صفة الشخص القانوني تلقائيا إلا عن طريق إسناد الاختصاص للشخص العام الذي ما وجد إلا لتحقيق المصلحة العامة، مما يعني أن الشخصية القانونية للشخص العام تدور وجودا وعدما مع فكرة الاختصاص، وذلك على خلاف المعروف والشائع بالنسبة للأفراد، الذين يعتبرون كائنين في حد ذاتهم، ويحوزون بذاتيتهم فقط صفة الشخص القانوني⁽¹⁾، وسوف نتناول هذه النقاط بشيء من التفصيل، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الحرية التعاقدية للشخص العام في اجتهاد القضاء والفقهاء الفرنسيين

يعترف مجلس الدولة الفرنسي في كثير من اجتهاداته بحرية التعاقد للشخص العام، وبحسبان هذا الاعتراف القضائي يعتبرها المجلس من قبيل المبادئ العامة للقانون⁽²⁾، غير أن موقفه ينم عن تحديد قضائي سلبي لا إيجابي لمفهوم الحرية التعاقدية للأشخاص العامة، ذلك أنه يوثق الحرية التعاقدية بوثق النص القانوني واللائحي، أو بمعنى أبلغ تصويرا كالذي تذهب إليه الأساتذة BRECHON أنه يضعها ضمن قوقعة التنظيم⁽³⁾، فجاءت صيغ اجتهادات المجلس الصادرة بشأن

(1) - Bréchon-Moulènes. Liberté contractuelle des personnes publiques, AJDA, 1998, P644

(2) - C. E 08-02-1991, régions midi-pyremees, Rec, P 41.

(3) - C. E. 12-10-1989, chambre syndicale des agents d'assurance, Rec, P 326.

الحرية التعاقدية كلها سلبية تقريبا أي بطريق غير مباشرة، ومن أمثلة ذلك: " ما من حكم تشريعي يحظر أو يمنع التعاقد..."⁽¹⁾، وما يفهم من اتجاه مجلس الدولة الفرنسي أنه يقر بعدم وجود مانع قانوني يحول بين الشخص العام وحرية تعاقداته، غير أنه لا يقر مباشرة بالحرية التعاقدية، وهذا الاعتراف يكون أشبه بالتعريض وأبعد عن التصريح، الأمر الذي جعل مفهوم الحرية التعاقدية في القانون العام محاطا بهالة من الغموض واللاتحديد في أقضية المجلس.

ويلاحظ أن في أغلب اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي يعتمد إيراد الصيغة السلبية لمفهوم الحرية التعاقدية، وليس له في ذلك من غاية مقصودة، إلا أنه لا يريد بحث هذه الحرية خارج نطاق العلاقة مع العنصر القانوني والتنظيمي، ولو بحث عن مصادر حرية التعاقد وناقشها دون التقيّد بالنص القانوني والتنظيمي لجاءت اجتهادات القضاء الإداري في مادة الحرية التعاقدية بطرح متميز مبتكر، والعلّة في ذلك أن لهذه الحرية دورا كبيرا، وكفاعل أساسي تنطلق منه العملية التعاقدية للشخص العام، وهي في هذه الحالة لا تبدو إلا كهامش ضروري من التقدير والملاءمة ممنوح لهذا الشخص عند ممارسته لاختصاصاته⁽²⁾.

وباعتماد هذا الطرح، يمكن تفسير الحرية الممنوحة للأشخاص العامة. ومهما يكن موضوع العقد وأسلوبه الذي يبرم عن طريقه، فإن هذه الحرية لم تحصل حتى الآن على هوية قانونية وتنظيمية، أو ليست حرية بالمعنى القانوني الدقيق للمصطلح بل لا تعدو هذه الحرية عن كونها مجرد (حرية إدارية)⁽³⁾ *seulement une liberté*

(1) - ويكاد أن يكون هذا الطرح السلي لمفهوم الحرية التعاقدية طفرة قضائية في كافة اجتهادات القضاء الإداري الفرنسي بكل أنواع درجاته، انظر مثلا: T. A. LYON 18-04-1996. Communauté urbaine de Lyon. Petites affiches. 23-09-1996. p10

(2) - PICARD (E) : la liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle-Droit fondamental ? A. J. D. A 1988. P 665

(3) - PICARD (E) : la liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle- Droit =

ولعل ما يبرز طبيعتها الإدارية التي نبه إليها الأستاذ Picard هو حجم القدرات والإمكانات المعطاة للسلطات في تقرير التعاقد من عدمه، وفي أسلوب اختيار المتعاقد، وفي تحديد شروط العقد، وأيضا الاستعمال الاحتمالي للامتيازات الممنوحة للإدارة المختصة وفق مبادئ النظرية العامة للعقود الإدارية. وهذه المكات القانونية لا تتجسد إلا على أساس السلطة التقديرية⁽¹⁾، وإذا ما أخذنا بضابط التقدير والملاءمة التي تتمتع بها الإدارة عند معرض ممارسة هذه الحرية، نكون قد أبرزنا العلة الحقيقية عند المقارنة بين الحرية التعاقدية الإدارية وتلك التي يتمتع بها الأفراد، الأمر الذي يكشف عن أهم خصائص الحرية الإدارية؛ فهي أولا ذات خاصية غائية، وثانيا ذات خاصية عمومية⁽²⁾، وهاتان الخاصيتان تتناقضان من حيث المبدأ

fondamental ? opcit. P 665

(1) - وبالمناصفة فإن التخصيص الموضوعية تسود جميع مواضع القانون العام، حيث لا وجود من حيث المنطق والمبدأ للتخصيص الذاتية مطلقا في تصرفات الشخص العام، الانفرادية منها أو الاتفاقية، وإنما الوسط الطبيعي للتخصيص الذاتية هو تصرفات الأفراد فحسب.

(2) - PICARD (E), la liberté contractuelle des personnes publiques... ,OP. CIT ,P 665 ets.

وبمناصفة كون الحرية التعاقدية الحقيقية غير ذات غاية محددة يصح هذا القول بنسبة كبيرة حينما نأخذ بالطرح الذي تذهب إليه الفلسفة الفردية ذات التوجه المطلق لحرية الفرد دون قيود. أما في العصر الحالي وفي ظل دولة القانون، لا وجود للحرية المطلقة في الواقع العملي من حيث غايتها أو محتواها أو موضوعها وأساليب ممارستها أو مجالاتها؛ لأن السلطة تملك أن تحدد مجالات معينة تسمح للأفراد بالتحرك فيها، وتلتزم بعدم التعرض لهم في داخلها، بل وحماتهم ممن يتعرضون لهم أثناء ممارستها لحرياتهم في هذه المجالات.

للاستزادة أكثر في موضوع الإطلاق والتقييد للحرية انظر: عزاوي عبد الرحمن: الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2007، ص 87 وما بعدها.

وإذ تندخل السلطة بتنظيم ممارسة الحرية أيا كان نوعها، ومنها الحرية التعاقدية، وذلك بإحالة من القانون وتطبيقا لنصوصه، والقانون نفسه لا يستطيع أن يمنع إلا ما يكون ضارا بالجمتمع وأفراده، بل فضلا عن ذلك يقوم القانون بتوفير الحماية القانونية لممارسة الحرية، وداخل هذه المعادلة ذات الحدين السلبي والإيجابي وهما: "التنظيم والحماية"، تكمن فلسفة التشريع عموما، إذ تجد الحرية أصولها في وجود شعب حر، وهو الشرط الأساسي لتكوين حرية على المستوى القانوني، وهذه الفلسفة كانت

والطبيعة مع خصائص الحرية الحقيقية ذات الدستورية، أو بالمعنى الدقيق، باعتبارها حقا دستوريا، إذ إن هذه الأخيرة غير ذات غاية معينة؛ ذلك لأنها لا تسم بالغائية ذات القطب الوحيد بل هذه الحرية متعددة الغايات، وفوق ذلك إن محتواها وموضوعها وأساليب ممارستها من حيث المبدأ العام تكون أميل للذاتية دائما⁽¹⁾.

ومن البين أن الحرية التعاقدية في منطق قانون الأشخاص الإدارية من خلال عرض تفردتها وتميزها عن تلك الحرية الحقيقية، تبدو أنها ذات طابع غائي، أي تتميز بكونها ذات الغاية المحددة والغرض المحدد الذي يرسمه القانون، وأيضا تتميز بالطابع النسبي جدا، أي تتفاوت ضيقا واتساعا من حيث ممارستها من شخص عام إلى شخص عام آخر، والعلة في ذلك هو كم الاختصاصات المسندة إلى الشخص

دأب الدساتير الفرنسية المتعاقبة، وقد توج أمر الحرية بصفة حاسمة، عندما أصبحت تشكل ركنا من أركان الضمير الحقوقي الفرنسي الحديث.

حول الموضوع انظر على التوالي:

Morange (j): les libertés publiques, que sais-je ? Paris, 1995, P 13 et s ; Verpeaux (M): La liberté A. J. D. A Paris 1998, P 145 et S.

(1) - انظر في هذه الجزئية المؤلفات التالية:

Pontier (j. m): Contractualisation et planification. R. D. P. 1993, P 115; Richer (L): Droit des contrats administratifs, L. G. D. J, Paris. 1995, P15.

غير أنه لا يزال في فرنسا ينظر إلى وجود دفاير الشروط النموذجية المفروض من جانب السلطات المركزية على الجماعات المحلية في معرض تعاقداتها العمومية بشكل تناقضا صارخا وصريحا مع مبدأ الإدارة الحرة المعترف به دستوريا، ولكن هذا القيد زال عندما تدارك المشرع الفرنسي تصحيح هذا الوضع مع صدور قوانين الجماعات المحلية المؤرخة في 1982/02/03، وقد استقبلته منابر الفقه هنالك بالثناء والخفاوة. للزيد من معلومات وافية حول الموضوع انظر:

Rolin (F.M), Op. cit, P325

ومعنى ذلك أن الإدارة المحلية في فرنسا أصبحت تستطيع أن تعبر عن إرادتها التعاقدية بدون قيد يفرض عليها من أي جهة كانت، ولو كانت السلطة المركزية، باعتبار أن الجماعات المحلية تتجسد فيها الإرادة العامة القاعدية، ومع ذلك يبقى إبرام عقودها الإدارية خاضعا لتقنية المناقصة كقاعدة حيث تنتهي معها سلطة التقدير.

العام في مجال التعاقد، ولنضرب مثالا لذلك: الحرية التعاقدية للجماعات اللامركزية⁽¹⁾ تكون أقل ممارسة لسلطة التقدير والملاءمة في مجال التعاقد من الدولة باعتبارها الشخص العام الأم⁽²⁾، الذي يتولد منه الأشخاص العامة الأخرى فهي ذات السيادة المطلقة، وهذه الأخيرة تعتبر اختصاص الاختصاصات. وكذلك الأمر إذا ما اتجهنا بالحرية التعاقدية إلى المستويات الدنيا للأشخاص العامة، فنجد أن المؤسسة العامة يحكمها مبدأ التخصيص (تخصيص الغرض)، فالمؤسسة لا تتمتع بحرية تعاقدية من ذات طبيعة الحرية التي تتمتع بها الأشخاص العامة المركزية أو الأشخاص اللامركزية⁽³⁾.

ونخلص إلى الإقرار بأن العمل على تحديد موضوع الحرية التعاقدية للأشخاص العامة ونطاقها يعد من المسائل ذات الأهمية الإدارية⁽⁴⁾، ولعل الأمر الذي يبرر أهميتها بصورة تناظرية بين طرفين متعاقدين هو ضرورة تمتع الشخص العام بالحرية التعاقدية في مواجهة تلك التي يتمتع بها الأفراد المتعاقدون في معرض إبرام عقودهم؛ ذلك لأن حرية التعاقد في القانون الإداري المعترف بها للأشخاص العامة ما هي في الحقيقة إلا إمكانية استحدثت كنتيجة للتسليم بصفة تقابلية بالحرية التعاقدية للأشخاص الطبيعية، كما أن التسليم التلقائي بحرية التعاقد للشخص العام يقوم بدور

(1) - ومظاهر اتساع مجال الحرية التعاقدية للدولة، فضلا عن عقودها الداخلية المبرمة داخل إقليمها، توجد بجانبها أيضا العقود الدولية، وهذه الأخيرة يتجلى عند إبرامها الطابع السيادي الذي يعد بدوره جوهر الاختصاص في مجال التعاقد الدولي، إذ إن الدولة التي بلا سيادة تعني انعدام الاختصاص في مجال التعاقد، والمحصلة أنه لا وجود مطلقا للحرية التعاقدية للدولة بوصفها شخصا عاما من أشخاص القانون الدولي العام. يراجع في شأن موضوع شرط السيادة في عقد الدولة بصفة عامة: حفيظة حداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية.

(2) - Brechon-Moulenes, Op. cit, P 644.

(3) - Picard (E) : La liberté contractuelle des personnes publiques constitu-t-elle – Droit fondamental ?, Op. cit, P 666.

(4) - Brechon-Moulenes, Op. cit, P 644.

المنظم لحدود الحرية للفرد المتعاقد مع الإدارة، استنادا إلى أن كل قيد على الحرية التعاقدية للأشخاص العامة سوف ينعكس بالضرورة على الحرية التعاقدية للشخص الخاص⁽¹⁾.

وبعيدا عن كل ما من شأنه أن يؤثر بصفة مباشرة في العلاقة التقابلية بين الحرية التعاقدية للشخص الإداري العام وبين تلك التي يتمتع بها الأفراد، فإنه يبدو من الناحية التعاقدية للشخص العام لا مناص منها كتقنية قانونية في القانون الإداري، حيث يجب أن يجيزها المشرع من أجل أسباب الملاءمة، فالحرية تسمح بممارسة مهام إدارة غير مقيدة⁽²⁾، وهي بذلك إذا استعملت كتقنية بالقدر الذي تلتقي معه مصلحة الشخص العام مع مصلحة عاقيه، يكون قد تحقق الإنجاز المستقبلي الأفضل لمشاريع الإدارة عن طريق عقودها، بمعنى أن الحرية التعاقدية تغدو ضرورة وحتمية كلما كان المجتمع الذي تخدمه الإدارة معقدا ومركبا⁽³⁾. وأيضا تقوم الإدارة بالدور المكمل للنصوص ذات الصلة بعملية التعاقد، بمعنى أنه يمكن أن تساهم في سد ثغرات النصوص القانونية مقارنة بالواقع العملي الذي لا تتحدد في مجاله حالة بعينها، وإنما يعرف حالات مستجدة وغير متشابهة في كل لحظة⁽⁴⁾.

ونظرا لما للحرية التعاقدية للشخص العام من وظائف في معرض القوامة على أهداف المصلحة العامة في المجتمع، فإن أغلب جمهور الفقه الفرنسي المعاصر قد رأى

(1) - Ternyre (P. H): La liberté contractuelle, est -elle un droit fondamental, A. J. D. A, 1998, P 670.

(2) - Brechon-Moulenes, Op. cit ,P 645.

(3) - IBID, P648.

(4) - IBID, P649.

أن هناك تلازماً ضرورياً بين الحرية التعاقدية والنشاط الوظيفي للإدارة؛ لذا فإن هذه الحرية تتحدد وفقاً لهذا النشاط⁽¹⁾.

وأخيراً يبدو ملاحظة أن النشاط الإداري ليس وحده عاملاً مؤثراً في حجم الحرية التعاقدية، فهناك إزاءه عوامل أخرى كالمجال الزمني، وطبيعة المجتمع الذي تعمل في حدوده الإدارة، وأيضاً نوع العقد الإداري المراد إبرامه لغرض ما، فهذه العوامل كلها مجتمعة تجعل من الحرية التعاقدية للشخص العام ذات طابع متغير مرن غير موصوف بالثبات في كل الحالات الاجتماعية والاقتصادية الناشئة في الحياة الإدارية، فهل يمكننا إيجاد معيار من أجل الوقوف على درجات هذه الحرية؟

إن كل حرية عامة تحدد درجاتها السلطة العامة التي تنظمها بواسطة القاعدة العامة الخاضعة لها، ففي بعض الحالات تمارس الحرية بشكل كامل وهو أقصى درجاتها، أما في حالات أخرى دون المستوى الأول، تخضع فيها الحرية للقاعدة القانونية الحاكمة لها بشكل ضعيف، أما في المستوى الأخير فيقيد القانون كل عناصر الحرية، وهذا أدنى مستوياتها وأضعفها درجة.

إذاً ما نقوله أن درجات الحرية التعاقدية يمكن تحديدها وفقاً لعلاقة العقد الإداري مع قواعده القانونية التي منحت للشخص العام أهلية التعاقد.

ولئن كان هذا التفاوت بين درجات الحرية التعاقدية للشخص العام حسب نوع كل عقد إداري، فهناك عقود تستفيد من حرية تعاقدية مطلقة نسبياً كما في

(1) - يجدر القول بأن الحرية مهما كان مجالها لا بد أن تكون مقيدة بقاعدة قانونية وتنظيم يحددانها، إذ لولا التنظيم لأصبحت فوضى، ولو كما يإزاء حرية التعاقد للشخص العام مقابلة مع الحريات العامة للأفراد سواء بسواء، ولكن مع ذلك يبقى الطرح السائد لدى جمهرة الفقهاء القانونيين أنه يتطلب ألا ينقلب تنظيم السلطة العامة للحرية تحكماً واستبداداً تحت غطاء القانون. والتنظيم المبالغ فيه بلا حرية يصير استبداداً. لمزيد من التفاصيل انظر: محمد أحمد فتح الباب: التنظيم القانوني لحرية النشاط الصناعي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2001، ص 12.

عقود التراضي، وهذه الدرجة الأولى من درجات الحرية التعاقدية، بينما هناك عقود إدارية أخرى تخضع نسبيا للقاعدة القانونية الخاضعة لها وتبرم وفقا لأحكامها وهذه الدرجة الثانية، وعقود إدارية ثالثة مقيدة في كل عناصرها، أي تستند للقانون وحده، وليس للإدارة أية سلطة تقديرية أثناء إبرامها، مثلها هو عليه الحال في عقود الجماعات المحلية في فرنسا قبل تاريخ 1983/07/02، حيث كان إبرام العقود الإدارية للجماعات المحلية خاضعا كقاعدة عامة إلى تقنية المناقصة العامة التي ينتفي فيها هامش التقدير⁽¹⁾.

وفضلا عن هذا المعيار، يمكن استنتاج معيار آخر يمثل في نوع العمل الذي يقصد فقاء العقد القيام به؛ لأن طبيعة الأشياء تقتضي أن كل غرض من أغراض المصلحة العامة يحتاج إلى عقد يتوافق مع طبيعته طلبا لتحقيقه، الأمر الذي يجعل النشاط التعاقدى للإدارة في غاية الشدة والتعقيد بين المتعاقدين. والمحصلة أن مخيلة أو خلد الأشخاص العامة تظل في حالة إنتاج دائم ومستمر لعقود جديدة وغير معروفة، ونماذج تعاقدية مستحدثة، وصيغ مستجدة لشروط تقنية وفنية⁽²⁾.

إن هذا التوجه الآخذ بهذا المعيار هو صورة من صور الانفتاح التعاقدى، يترجم في الحياة الإدارية أعلى درجات الحرية التعاقدية التي تساعد على تلبية متطلبات الملاءمة بين المرافق العامة ووظائفها من جانب، ومن جانب آخر تعمل على تقريب قانون العقود الإدارية من الواقع العملي.

وفي مقابل هذا التطور للحرية التعاقدية هناك عوامل تقيد حركية النشاط الإداري وحيويته، مما يؤثر سلبا على مجالات الحرية التعاقدية للأشخاص العامة، حيث أن العناصر المتنوعة للحيز الجغرافي الذي تنشط فيه الإدارة يلعب دورا حاسما

(1) - Brechon-Moulenes, Op. cit, P 645.

(2) - IBID, P 649.

في تقييد الحرية وانغلاقها، ومن هذه العوامل نذكر على سبيل المثال: نقص الوسائل المالية والبشرية والمؤهلات ومساعدات اتخاذ القرار، واختلال الأمن القانوني المحيط بالإدارة كتقلب الأنظمة، والمبادئ المتطرفة، وقسوة الرقابات الإدارية وتعددتها، ناهيك عن وجود وسط اجتماعي واقتصادي غير متطور؛ فكل هذه العوامل، منفردة أو مجتمعة، من شأنها أن تجهل ممارسة الحرية التعاقدية للشخص العام أمرا بالغ الصعوبة⁽¹⁾.

وقد ذهب البعض إلى أبعد، من ذلك حيث يتصور أن وجود الحرية التعاقدية ومضمونها يتم رسمها وتحديدتها عن طريق تطلعات الأفراد والمجتمع⁽²⁾، وانطلاقا من هذه الرؤية يمكن القول بحق إن الحرية التعاقدية مرآة لفكرة الموازنة بين مصالح متناقضة - شأنها شأن كل حرية- بين المصلحة العامة من جانب، والمصلحة الخاصة من جانب آخر، إذ إنها في نهاية المطاف، أي في نقطة تحقق غاية العقد، سوى نتيجة مؤقتة لتوازن القوى، ليس بين أطراف العقد الإداري فحسب، بل في الوسط الاجتماعي ذاته، مع أخذ القيم والمبادئ التي يحملها هذا المجتمع بعين الاعتبار⁽³⁾.

الفرع الثاني: في القضاء والفقهاء المصريين

اتجه القضاء الإداري المصري منذ البداية إلى إثبات الحرية التعاقدية للأشخاص العامة، دون لف أو دوران كما فعل نظيره القضاء الفرنسي، فنذ أن طرحت للنقاش في أفضية محكمة القضاء الإداري المصرية، اعترفت للتو بمبدأ الحرية التعاقدية للإدارة، وليس هذا باعتراف طارئ على منابر القضاء هناك، مما أعطى الحرية التعاقدية مبدئيا، وأصبحت من المسلمات القانونية في أنظمة المرافق العامة.

(1) - IBID, P 650.

(2) - Brechon-Moulenes, Op. cit, P 645-IBID, P 650.

(3) - IBID, P 650.

كما توصل القضاء المصري في اجتهاداته إلى الإقرار بأن هذه الحرية لا تكون مماثلة أو من ذات طبيعة واحدة مثل التي يتمتع بها الأفراد في تعاقداتهم، نظرا لاختلاف المضمونية والغائية في كلا العقدين: العقد الإداري والعقد الخاص، إلا أنه يلاحظ أن هذا القضاء نوه بمبدأ الحرية التعاقدية من الزاوية القانونية الإجرائية، حيث يشير في كثير من اجتهاداته إلى القيود الإجرائية العملية التي يضعها القانون والتنظيم عند معرض ممارستها، وذلك توصلا إلى إثبات ذاتيتها ودون الغوص في المفهوم ذاته⁽¹⁾.

وتأكيدا لهذا المنحنى الذي يعترف للشخص العام بحرية التعاقد التي لا تستوي مع مثيلتها في نظام العقود الخاصة من خلال استظهار الاجتهاد القضائي الآتي: "إنه من الأصول المسلمة أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود إدارية كانت أم مدنية، ذلك أنها تلتزم في هذا السبيل

(1) - وبهذا التصور لوجود الحرية التعاقدية للشخص العام ومضمونها يتجسد أحد أهم مدلولات المرفق العام إذ أن الحفز الرئيس لأنشطة المرافق العامة يكمن في مدى تمتعها بالحرية التعاقدية أو التسليم لها بذلك ولو ينص القانون والتنظيم على حرية التعاقد؛ لأن المرافق العامة مظهر من مظاهر تدخل الدولة في سبيل إشباع الحاجات العامة للأفراد، وهو أكثر هذه المظاهر قوة، وأوسعها نطاقا وأبعدها مدى. انظر: حماد محمد شطا: تطور وظيفة الدولة، الكتاب الأول، نظرية المرافق العامة، ص 25. واستنادا لهذه الفكرة - ارتباط الحرية التعاقدية بوظيفة المرفق العام- تظهر فكرة أسمى وأرقى وهي فكرة وظيفة الدولة، ففي ظل الدولة الحارسة يتقلص حجم الحرية التعاقدية للمرفق العام، وحتى إن وجدت هذه الحرية وجدت محفوفة بقيود كثيرة يضعها القانون، ولكن عندما تغيرت وظيفة الدولة من دولة حارسة إلى دولة الرفاهية والإئتماء نتيجة التطور الفكري والحضاري للبشرية، الأمر الذي ازدادت معه الحاجات العامة لمزيد من الإشباع، مما كان سببا فعالا في انفساح مجالات الحرية التعاقدية للشخص العام، وارتفاع منحنى العقود الإدارية الجديدة المطروحة للإبرام في حدود الاختصاص الذي أنشئ من أجله الشخص العام. ونخلص هنا إلى حوصلة في غاية من الأهمية مفادها: أن التسليم بالحرية التعاقدية دون قيود أو شروط سوى ما كان منها ما يضر بمصلحة المتعاقد مع الإدارة سوف يوطد العلاقة بين الدولة ومواطنيها ويرقى بوظائفها الحضارية التي يرغب فيها الأفراد إلى أعلى مستويات العطاء والإئتماء، وهذا كله ينحدر من مبدأ التحضر الإنساني، وهو المبدأ الواجب المراعاة في كل نشاط وعمل في الحياة القانونية سواء من جانب المشرع أو الأشخاص القانونية أو القضاء، ولو لم يرد النص الصريح على هذا الواجب. . . . للمزيد من معلومات إضافية انظر: أحمد محمد حشيش: نظرية وظيفة القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون ذكر الطبعة، 2002، ص 177.

بإجراءات وأوضاع رسمها المشرع في القوانين واللوائح⁽¹⁾.

وعلى أساس ذهنية القضاء المصري حول مفهوم الحرية التعاقدية في العقد الإداري، يبدو أنه سحب مفهوم الحرية على كل العقود التي تبرمها الإدارة، يستوي في ذلك العقد الإداري والعقد الخاص للإدارة، الأمر الذي يستجلي أكثر أن هذه الحرية مجرد تقنية ذات أبعاد إدارية وإجرائية، تسترشد الإدارة عند ممارستها إلزاماً بأحكام القانون والتنظيم وفق ما يقتضيه مبدأ المشروعية.

الفرع الثالث: في القضاء والفقهاء اللبنانيين

يسلم القضاء الإداري اللبناني في كثير من اجتهاداته بالحرية التعاقدية، ويعلن صراحة أنها ليست مشابهة لتلك التي تسود العقد المدني، إذ أقر القضاء اللبناني بالحرية التعاقدية للعقد الإداري بصفة ضمنية، حيث أنه يقيد الإدارة بقواعد قانونية وإجرائية في معرض إبرام عقودها، ويصرح بأن إبرام بعض العقود يتوقف على استحصال الإدارة على ترخيص مسبق أو إقرار مسبق يجيز لها التعاقد، ويكون صادراً إلى الإدارة من الجهة الإدارية المختصة بذلك⁽²⁾.

ومن عرض هذا طرح للحرية التعاقدية في ذهنية القضاء اللبناني نجد أنه لا مناص من تغليب الطابع الإجرائي عند تناولها، إذ يستطاع القول معه بأن منح الاختصاص التعاقدية يكون مشروطاً بتحقيق إجراءات يجب على الإدارة المتعاقدة أن تسلكها، وإذا لم تستوف الإدارة هذه الإجراءات والشروط فقد يسلبها مكنة

(1) - سمير صادق: العقد الإداري في مبادئ المحكمة الإدارية العليا، الهيئة العامة المصرية للكتاب، 1991، ص 19 وما يليها.

(2) - نفس المرجع، ص 21.

وقد ذكر المؤلف عدة اجتهادات في مادة الحرية التعاقدية للإدارة، وبدورنا اقتصرنا على ذكر هذه الأمثلة، ذلك أن مفهوم الحرية في نظام العقود الإدارية يكاد يكون طفرة في كافة أفضية المحكمة الإدارية العليا المصرية.

التأهيل لإبرام العقد الإداري مع الطرف الآخر، وهو على خلاف ما عليه الوضع في عقود الأفراد مقارنة بعقود الإدارة، فهم في تعاقداتهم غير مقيدون بإجراءات معينة، وبالأخص ما كان منها متناقضا أو غير ملازم مع تصرفاتهم كأفراد. وأظهر هذه الإجراءات والقيود على الخصوص الإذن بالتعاقد، المصادقة على العقد المدني على إبرامه مثلما يسري في نظام العقد الإداري⁽¹⁾.

أما موقف الفقه اللبناني من الحرية التعاقدية فقد أشار إلى أن خصائص تكوين الحرية التعاقدية للشخص العام تجعلها ذات طابع استثنائي غير مألوف في أنظمة التعاقد المدني، وذلك لكون السلطة الإدارية المختصة لا تتمتع بحرية التعاقد نفسها التي لا يتمتع بها الأفراد فيما بينهم، سواء لجهة اختيار الطرف الآخر في العقد أم لجهة الشكليات والأصول المفروضة لصحة العقد. وباعتماد هذا الرأي في الفقه اللبناني يمكن القول إنه يوجد إقرار بحرية التعاقد في العقد الإداري، ولكن هذه الحرية ذات طابع استثنائي غير مألوف في نظام العقد المدني؛ نظرا لاختلاف طبيعة العقدين من حيث الموضوع والغاية، بمعنى أن الحرية التعاقدية تحصيل حاصل قانوني وفني في كلا العقدين، سوى أنهما مختلفان في طبيعة النظام والقواعد لكلا العقدين؛ ذلك لأن العقد الإداري يتعلق أمره بالمصلحة العامة والمال العام بصفة مطلقة دون الالتفات إلى مصلحة خاصة أو مال خاص، أما العقد المدني فأمره محسوم للمتعاقدين؛ نفسه إن في جانب مصلحته أو جانب ماله الخاص دون خرق لقواعد للنظام العام. وقد أشار هذا الرأي⁽²⁾ أيضا للقيود القانونية والتنظيمية المفروضة على حرية

(1) - انظر على التوالي:

يوسف سعد الله الخوري: القانون الإداري العام الجزء الأول، منشورات صادر الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، 2002، ص 491، وقد استشهد المؤلف بذلك بقرار مجلس شورى الدولة اللبناني المؤرخ في 1993/10/20، في قضية بلدية بيروت/ساسين، م. ق. إ. م. 1، ع 8، بيروت لبنان، 1995، ص 12؛ حسين عثمان محمد عثمان: أصول القانون الإداري، مجموعة الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2006، ص 599 - 601.

(2) - بل في بعض الحالات تكون فيها حرية التعاقد ليست مطلقة في مداها، ومثال ذلك العقود التي يبرمها النائب لحساب

التعبير عن الإرادة في العقد الإداري، ويعترف في غير مناسبة بأن هذه القيود والإجراءات لا يقتصر وجودها في عقد دون آخر من عقود الإدارة، بل هي موجودة في سائر العقود التي تبرمها الإدارة، سواء كانت تلك العقود ذات الطابع الخاص التي تخضع لنظام العقد المدني أو تلك التي تخضع لنظام العقد الإداري كما في عقود المناقصات. وتفسير هذه العقود هو الحرص الشديد على صون المال العام وتأمين الحد الأقصى من الضمانات للمصلحة العامة.

ومهما يكن من أمر فقد أقر الفقه اللبناني بالحرية التعاقدية للشخص العام في معرض إبرام العقود الإدارية، بل وقد ذهب بإقراره إلى حد منح الحرية التعاقدية قيمة دستورية.

وانطلاقاً من هذا الرأي، يرى الفقه أن حرية التعاقد مكفولة دستورياً وملزمة تشريعياً، وكل قاعدة تشريعية تمس بحرية التعاقد للشخص العام تكون محلاً للطعن في عدم دستورتيتها وملزمة تشريعياً؛ ولذلك يبدو واضحاً أن الفقه اللبناني قد نحى نحو التوجه الحديث للفقه والقضاء الفرنسيين حول موضوع الحرية التعاقدية للأشخاص العامة، الذي حاول دائماً نقل مبدأ حرية التعاقد من مستوى القضاء والتشريع إلى مستوى أعلى، وذلك بمنحها ضمناً قيمة دستورية لكي يرقى إلى مصاف الحقوق الدستورية في مجال القانون الإداري والمدني.

الفرع الرابع: وضع الحرية التعاقدية للشخص العام في القانون والقضاء الجزائريين

لا أحد ينازع في وجهة المشرع الجزائري بخصوص الاعتراف بحرية التعاقد، وآية ذلك أن القانون يوطئها بأحكام القانون المدني الذي يقر بمبدأ الإدارة

الأصيل، إذ يمكن أن يحدث تجاوز في إبرام عقد من العقود، كأن يتجاوز النائب حدود النيابة، ففي هذه الحالة يتطلب وجوب موافقة الأصيل على إبرام العقد، وهذا الأمر مطابق تمام التطابق مع مصادقة الجهة الإدارية الوصية على العقد الإداري، وهذه صورة من صور بعض العقود التي تبرمها الجماعة المحلية.

واستقلاليتها، وهذا المبدأ هو أحد أوضح مظاهر الإقرار بحرية التعاقد في التشريع الجزائري، ومظهر أخذه بحرية التعاقد كقاعدة في روابط القانون هو تعويله على نشوء العلاقات القانونية استنادا إلى عقد يتم بين أطرافه في كثير من المجالات⁽¹⁾.

وقد اعتبر المشرع العقد كوسيلة لفض المنازعات في نشوئها، ما يعني أنه أولى عناية خاصة لمبدأ حرية التعاقد، لا بمناسبة إبرام العقود فحسب، وإنما كذلك لفض النزاع القائم بشأنها، سواء بصدد الالتزام أو الحق. وتأكيدا لهذا الاتجاه منح القانون إرادة المتعاقدين في التحكيم التجاري سلطة إدراج قواعد القانون الواجب التطبيق⁽²⁾، والذي يتم الاتفاق عليه في العقد كشرط إجرائية أو موضوعية عند قيام المنازعة، وعلى الرغم من الطبيعة القانونية لهذه القواعد إلا أن هذه الأخيرة تعد امتدادا للعقد أو التصرف القانوني⁽³⁾.

ولئن كان القانون، ومن قبله الدستور، يعترف للفرد بالحرية التعاقدية ويحدد أساليب ممارستها بالشكل النموذجي الذي لا يصطدم مع النظام العام السائد في الدولة، إن بصيغ نصية صريحة أو ضمنية، فإنه مع ذلك لا يمكن التسليم بأن الاجتهاد القضائي الجزائري أشار بصفة مباشرة إلى إقراره بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة. غير أنه طالما أن المشرع يعترف للشخص العام بالأهلية التعاقدية،

(1) - يوسف سعد الله الحوري: القانون الإداري العام، مرجع سبق ذكره، ص 490.

(2) - ومن أمثلة ذلك نشوء علاقة العمل الفردية بموجب عقد يتم إبرامه بين العامل ورب العمل، انظر المادة 18 من القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21-04-1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج. ر عدد 17، المؤرخة في 25-04-1990. وما يشاهد تأكيداً للاتجاه الأخذ بحرية التعاقد في القانون الجزائري: عقد تحصيل وضمان الحقوق التجارية للمؤسسات الاقتصادية، أو عقد تحويل الفاتورة: انظر المرسوم التشريعي 93-08 المؤرخ في 25-04-1993 المعدل والمتمم للقانون التجاري.

(3) - يراجع بشأن حدود سلطة القضاء في التحكيم التجاري في حالة وجود عقد اتفاقي يفرغ فيه الشروط والمشارطات: Alain Scott et Cathrine Pedamon: La contralisation de l'arbitrage. Rev. De L'ARBB. 2001 N° 03, P451.

شأنه في ذلك شأن القوانين المقارنة، فلا يجد القاضي الإداري ذريعة من تطبيق النص إذا ما عرضت أمامه منازعة تثير مسألة متعلقة بحرية التعاقد للشخص العام، فإما أن يكون اعترافه بطريق صريح أو بطريق ضمني، ومثال ذلك ما جاء في تعريف مجلس الدولة الجزائري لعقد الامتياز: "...عقد إداري بموجبه تمنح السلطة الامتياز للمستغل، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأموال الوطنية بشكل استثنائي..."⁽¹⁾.

وهذا يفيد ضمنا الإقرار للإدارة بحرية التعاقد وكذا الاختصاص بالتعاقد، ومن باب أولى الاعتراف للشخص العمومي بالشخصية القانونية التي هي مناط اختصاصه الإداري، بحيث يصبح صاحب أهليه إبرام العقد الإداري أو العقد الخاص مع المتعاقد الآخر، وعلّة الإقرار بحرية التعاقد تستهدف الغاية التي ما وجدت الأشخاص العامة إلا لتحقيقها وهي المصلحة العامة ابتداءً وغايةً، وهذه الأخيرة مبرر وجود الإدارة والقانون الإداري عامة، وبالنتيجة التسليم للشخص العام بحرية التعاقد.

وما تشهده السياسة التشريعية المقارنة من ارتفاع منحى التقنية التعاقدية في قوانينها -بجانب القرار الإداري- واستعمالها كأداة من أدوات إشباع الحاجات العامة للجمهور لدليل على أن الحرية التعاقدية للمرفق العام في الجزائر أو غيرها من الدول قد اتسعت بصفة مذهلة، حيث أصبح العقد الإداري المحرك الأساسي لعدد كبير من طوائف النشاطات الاجتماعية والاقتصادية⁽²⁾ التي لم يكن للمرافق العامة التقليدية أداء نشاط من هذه الأنشطة في ظل الدولة الحارسة⁽¹⁾.

(1) - للاستزادة من الشروح والتفصيلات حول موضوع حرية الإرادة في إدراج الشروط التي يراها المتعاقدون أجدى بحماية مصالحهم في اتفاقات التحكيم التجاري، انظر على التوالي: مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، دون دار نشر، 1998، ص 178؛ محمود سمير الشقاوي: القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي، مجلة دراسات قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دون ذكر عدد المجلة، ص 452.

(2) - عمار بوضياف: شرح تنظيم الصفقات العمومية وفق المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم

والشخص العام، أيًا كان اختصاصه الإداري أو الاقتصادي، يمثل وحدة إدارية تتمتع بالشخصية القانونية، بمعنى تمتعه بالأهلية القانونية وبالإدارة وبالذمة، مما يمنحه القدرة على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات العمومية، ومنها التعاقد في حدود نظامه القانوني واختصاصه التي يرسمها المشرع واضعا قيودا وإجراءات لا تتجاوزها الإدارة في إطار مبدأ المشروعية⁽²⁾.

ويبدو ملاحظة أن اجتهادات القضاء نسبيا تتجه لتلقاء الإقرار بالحرية التعاقدية للأشخاص العامة إلا اليسير منها، واعترف في مناسبات بطريق غير مباشر، وصرح بأن الحرية لا ينبغي ولن ينبغي أن تكون مماثلة أو مشابهة لتلك الحرية التي يتمتع بها الأفراد. وهذا المفهوم للحرية التعاقدية للشخص العام يجد مركزاته المنطقية والقانونية والعملية في وظيفة الإدارة بوصفها القوامة على تحقيق أغراض المصلحة العامة، ونبه كذلك إلى أن حرية التعاقد ما هي في حقيقة أمرها إلا تقنية إدارية كأداة في يد السلطة الإدارية، وقد شاطره الفقه في هذا المنحى، وأن هذا الإقرار بحرية التعاقد القاطع باليقين ليؤكد بأن هناك مرجعية دستورية وقانونية واجتماعية؛ لأنها تغدو

والنصوص التطبيقية له، جسور للنشر والتوزيع، طبعة 3، 2011، ص 6.

(1) - قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر في 09-03-2004، قضية رقم 1950، فهرس رقم 11952، قرار غير منشور.
(2) - Rachid Zouaiamia: La délégation de Service Public Au profit de personnes privées, maison Belkise 2012, P05.

في بحث آخر للمؤلف يورد فيه أمثلة كثيرة ترسم ارتفاع منحى الحرية التعاقدية للمرافق العامة اليوم وظهور نماذج جديدة من العقود الإدارية التي لم تكن معروفة بالمقارنة مع ما كانت عليه المرافق العامة التقليدية، حيث يسجل في الماضي انحسار وظيفة الإدارة في أنشطة محدودة جدا، مما يدل بوضوح ازدياد شهادات الاعتراف بهذه الحرية للشخص العام في القانون الجزائري، وقد عدد الأستاذ مظاهر حرية التعاقد:

"on peut citer l'alimentation en eau potable, l'assainissement, l'exploitation de gares routières, le transport par route...».

انظر للمؤلف نفسه:

La délégation conventionnelle de service public au profit de personnes publiques. Revue Idara, N° 41, 2001.

من باب تحصيل حاصل مادام التشريع يعترف للشخص العام بالأهلية التعاقدية، ومظهر ذلك وأجلاها صورة العقد الإداري.

ونقول بعدما توثق لدينا أن القضاء والفقهاء الإداريين سارا بوتيرة واحدة، حيث يجعلان الإقرار بحرية التعاقد للأشخاص الإدارية أمرا حاسما جازما لا ريب فيه، مما يغدو الأمر كنقطة انطلاق لتساؤل الباحث عن مدى اعتبار الحرية التعاقدية حقا أساسيا للشخص العام، أو بصيغة ثانية أكثر ضبطا من الناحية البحثية والتحليلية: هل تعتبر حرية التعاقد من شاكلة الحقوق ذات القيمة الدستورية؟

المطلب الثاني

الأساس الدستوري لحرية التعاقدية للشخص العام

الحرية بلفظ العموم دون تخصيصها صفة تتمتع بقيمة دستورية، وبهذه المثابة تعد في قمة هرم الحقوق المسلم قبلا بالاعتراف بها دستوريا⁽¹⁾، بمعنى أن الحرية توزن بميزان المسلمات في السياسة الدستورية الحديثة، وقد حسمت أمرها كل الدساتير العالمية بإعلانها كحق أساسي للفرد غير قابل للنقاش. وإذا كانت الحرية ذات طبيعة دستورية في مجملها بغير تعيين من تسند إليه ودون تحديد صفقتها، فما موقع حرية التعاقد للأشخاص العامة من خريطة الحقوق ذات القيمة الدستورية؟

ذلكم ما سوف نتصدى لمناقشته من زاويتين؛ حيث نعرض موقف القضاء الدستوري والإداري (فرع أول)، ثم نعرض موقف الفقه في النقطة الموالية (فرع ثان).

(1) - للتوسع أكثر في فكرة وظيفة المرافق العامة قديما وحديثا انظر: حماد محمد شطا: تطور وظيفة الدولة، مرجع سبق ذكره.

الفرع الأول: موقف القضاء

أولاً: موقف القضاء الدستوري⁽¹⁾

لقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي في اجتهاده الشهير بأن: "مبدأ الحرية التعاقدية لا يمتلك قيمة دستورية في حد ذاته، وأن عدم مراعاته لا يرتب الجزاء عليه إلا إذا أدى إلى التجاوز على الحقوق والحريات المضمونة بمقتضى الدستور"⁽²⁾، وبذلك ما يمكن استخلاصه من مضمون هذا القرار أن المجلس لم يشأ أن يعتبر حرية التعاقد حقاً يدرج في مدارج الحقوق الدستورية سواء على صعيد الأشخاص الخاصة أو الأشخاص العامة، ولكن المجلس باعتقاده هذا لم يهدر قيمتها كلياً بل اعتبر حرية التعاقد مبدأ من طبيعة المبادئ الأساسية، لذلك وبهذه المثابة بشكل مبدأ أساسياً لنظام الالتزامات المدنية والتجارية⁽³⁾.

وتمشياً مع روح المبادئ تغدو مسألة الحرية التعاقدية من المواضيع المحجوزة

(1) - Picard (E) : La liberté contractuelle des personnes publiques...Op. Cit, P 665.

(2) - تاريخياً ومنذ قيام الثورة الفرنسية التي اتخذت الحرية العامة شعاراً بالأساس، ثم انتقلت إلى مجال القانون، إذ الشعب يجب أن يكون حراً يحكمه القانون لا الملك، فأصبحت الحرية منذ ذلك التاريخ ركناً من أركان الضمير الحقوقي في المجتمع الفرنسي، ومبدأ من مبادئ الجمهورية الفرنسية، وهو ما نصت عليه المادة 02 من دستور 1958: "حرية، مساواة، إخاء".
معلومات إضافية انظر:

Verpeau (M): La liberté, Op. cit, P145 ET S.

ومرجع صفة العموم إلى جانب أسباب وعوامل أخرى إلى كونها ثبت لجميع الأفراد بصفة عامة وإلى تمتعهم بها على قدم المساواة مواطنين وأجانب كقاعدة عامة إلا ما تعلق بالحقوق السياسية كتكوين الأحزاب السياسية والمشاركة في الانتخابات. حول هذه الجزئية المتعلقة بصفة العمومية يراجع بهذا الشأن خصوصاً المؤلفات الآتية: عزاوي عبد الرحمن: الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، ص 84 وما بعدها، عبد العليم عبد المجيد مشرف: دور سلطات الضبط الإداري في تحقيق النظام العام وأثره على الحريات العامة (دراسة نظرية)، دار النهضة العربية، 1998، ص 207.

(3) - Drago (R): Les droits fondamentaux et personnes publiques. A. J. D. A. Paris, 1998, P 130 ET S.

للاختصاص التشريعي وفق المادة 34 من الدستور الفرنسي⁽¹⁾، مما يستطاع معه القول أن وجودها كمبدأ أساسي في الأنظمة الخاصة لا يؤدي بالضرورة إلى اعتبار حرية التعاقد حقا أساسيا، بل كل ما هنالك أن مركزها - وفقا للمادة المذكورة سلفا- يوجد في مستوى المبادئ الأساسية وليس حقا من الحقوق الدستورية، وإذا كان المجلس قد اعترف بحرية التعاقد لدى الأشخاص العامة كمبدأ، فإن هذا لا يشكل مرجعا يجعلها ترتقي إلى مصاف الحقوق الدستورية، ولكن أكثر ما يؤول إليه هذا الاعتقاد هو بسط الحماية الدستورية على اختصاص المشرع ضد أي اعتداء من السلطة التنظيمية، بحسبان أن حرية التعاقد مجال محفوظ للقانون، مما يعني أن السلطة التنظيمية بحسب طبيعتها وطبيعتها اختصاصها الدستوري لا تستطيع التدخل في موضوع الحرية، إنشاء أو تقييدا، على خلاف المشرع الذي يمتلك الأهلية الدستورية للتشريع في مجالها وبإسناد إليه من المؤسس الدستوري⁽²⁾؛ الأمر الذي

(1) - C. C 03/08/1994. DEC. 20/03/1997. CITE PAR: STRIN (B): La liberté contractuelle. Droit fondamental en droit administratif. A. J. D. A. 1998,P677.

(2) - C. C. DEC. N°: 1321. 4-06-1984. REC. CC. 11-304

الأمر الذي يمكن معه القول إن حرية التعاقد في أنظمة العقود المدنية والتجارية تعد مبدأ من المبادئ المسلم بها وليست مبدأ تم إلحاقه في دائرة الالتزامات المدنية والتجارية، فهو إذا يشكل شرطا من شروط التعاقد بين الأفراد أو بين الأفراد والأشخاص العامة، وفضلا عن ذلك نجد أن العقود الدولية غير قادرة، بحسب طبيعتها ذات الصلة بالإرادة، عن الاستغناء عن حرية التعاقد كمبدأ في نظام التعاقد الدولي، مما يقوم كقاعدة على أن حرية التعاقد ليست من المسلمات القانونية فقط في التعاقد بين الأفراد أو بين الأشخاص العامة الداخلية، بل هي كذلك ذات المفهوم نفسه في التعاقدات بين الدول أو التعاقدات التي تجربها المنظمات الدولية فيما بينها أو بين دولة ودول أخرى، ولكن مع ذلك تبقى حرية التعاقد محل استفهام كبير لدى الفقه خصوصا إذا ممنا وجهدنا لقاء التعاقدات ذات الصيغ التغطية المعدة سلفا؛ فنجد دور إرادة المتعاقد مقتصر غالبا على اعتمادها أو الإحالة إليها جبرا، وهو ما نصادفه في طائفتين من العقود، طائفة العقود والشروط النموذجية وطائفة عقود الإذعان، على نحو ما نشهده في ظاهرة الأنماط الموحدة المعدة سلفا، فقد شملت صيغ العقود الواردة على المنتجات والخدمات والمصانع، وعقود صيانتها أو إدارتها، على المستوى الداخلي بصفة عامة وعلى المستوى الدولي بصفة خاصة. . . . ومنها ما تعده الجهات الإدارية بمفردها لضمان المتعاقدين بأحكام القانون المتعلق بالنظام العام. . . . ومنها ما يعده

يجعل عملها غير دستوري⁽¹⁾ إذا تناولته السلطة التنفيذية تقييدا وتنظيما بلوائح.

ثانيا: موقف القضاء الإداري

طلما أن المجلس الدستوري الفرنسي اختار هذا الموقف من جانبه، كان لا مناص إذاً للقضاء الإداري أن يسير وفق هدى هذا الاتجاه، فقد رتب نتائج عديدة على قرار المجلس الدستوري في الحرية التعاقدية للإدارة، حيث جاء في قرار مجلس الدولة الفرنسي: "إن الأحكام التشريعية التي تخرق مبدأ الحرية يجب أن تفسر بصفة دقيقة..."⁽²⁾، ويلاحظ أن مجلس الدولة التزم موقف المجلس الدستوري من حرية التعاقد ولم يأت شاذا عنه احتراما للتسلسل القانوني في هرم المشروعية، تأسيسا على موقف المجلس الدستوري، وبذلك ينتمي مبدأ حرية التعاقد إلى فئة القوانين التي من صنع المشرع، ويستطيع المشرع - إذا قامت الضرورة - أن يخالف أحكام الحرية التعاقدية استثناء، مع التقييد بالتفسير الدقيق عند تطبيق القواعد التشريعية التي تخترق أحكامها التعاقدية. ومهما يكن من أمر فلو كانت الحرية التعاقدية من قبيل المبادئ الدستورية لكان محظورا على السلطة التشريعية مخالفة أحكامها، هذا من جانب، ومن جانب آخر لا يحل دستوريا للتنظيم أن ينظمها أو يقيدها⁽³⁾؛ لأنها من

الطرفان تأميना لتعامل مستمر بينهما، وتنظيما للعقود التي بمقتضاها تم هذا التعامل، على نحو ما نعرفه فيما يسمى بالاتفاق الإطارى Contrat-cadre. يراجع بشأن هذه الجزئية المؤلفات المتخصصة خصوصا: مصطفى محمد الجمال: السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، مرجع سبق ذكره، صفحة 94-95.

(1) - Terneyre (P. A): La liberté contractuelle... Op. cit, P 667.

(2) - Picard (E): La liberté contractuelle des personnes publiques... Op. cit, P 51

(3) - عزاوي عبد الرحمن: الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، ص 114. للاستزادة من الشروحات المستفيضة يراجع للمؤلف نفسه: ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتقليدية، دار الغرب للنشر والتوزيع، 2009، وكذلك انظر: سامي جمال الدين: اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة عليها، منشأة المعارف 1983، رأفت فودة: سلطة التقرير المستقلة، دار النهضة العربية، 1997.

المسائل المحفوظة للمشرع وحده⁽¹⁾.

ويلاحظ بالنسبة لموقف المجلس الدستوري أنه قد وضع تحفظات ضابطة بواسطتها يمكن إثارة مسألة خرق أحكام الحرية التعاقدية من عدمه، وبالاستناد إلى هذا الاجتهاد الدستوري المبدئي أصبح القيد أياً كانت طبيعته القانونية على حرية التعاقد ليس بالإمكان إثارته أمام القاضي الدستوري ما لم يشكل القيد اعتداء أو تجاوزاً على الحقوق والحريات ذات القيمة الدستورية، ومثل ذلك أن يؤدي القيد الذي يضعه المشرع⁽²⁾ على مجالات التعاقد إلى تجاوز على حق الملكية ذي القيمة الدستورية⁽³⁾.

(1) - CE. 28/01/1998. Steborguarner. R. F. D. A. 1998, P 455

(2) - وهذا القرار كان بمناسبة إلغاء مجلس الدولة قراراً تنظيمياً جاء في أحكامه ما يخرق قواعد حرية التعاقد، CE. 27/04/1998. Connette de saint-Cur
راجع تعليق على القرار:

Strin (B) : La liberté contractuelle... . Op. cit, P 677.

(3) - إن عدم التدخل أو المنع من التدخل في مجال القانون أمر نسبي، ولا يتصور ذلك فيما لو كان التعاون والتوازن بين السلطتين التشريعية والتنظيمية في دولة القانون التي يأخذ دستورها بمبدأ الفصل المرن أو الحديث بين السلطات، وحديثاً ما تعرفه الدساتير من تطور سياسي وديمقراطي، فقد أضحى الاتجاه في السياسة الدستورية الحديثة متامياً نحو ترشيح السلطة التنظيمية للمشاركة في العملية التشريعية، وذلك عن طريق تنفيذه بوضع الأحكام التفصيلية للقانون، لا انطلاقاً من الفكرة السائدة في الفقه الدستوري الفرنسي بمناسبة تفسير المادتين 34-37 الشهيرتين من دستور 1958، التي مفادها أن سلطة التنظيم تحولت إلى سلطة تمارس وظيفة المشرع، مما يشكل معه اعتداء صارخاً على الاختصاص التشريعي، بل من منطلق كون السلطة اللأئحة سلطة تنفيذ القانون أصالة بما تنص عليه الدساتير المقارنة، ومظهر ذلك وضع الأحكام التفصيلية ذات الصلة بالناحية الفنية والتقنية التابعة للجانب التخصصي، ووظيفة التنفيذ ليست مشروطة بإعطاء الضوء الأخضر من المشرع في متن القانون كي تنفذ اللائحة أحكامه، إنما هو أمر تلقائي أي وظيفة سلطة التنظيم وظيفته تلقائية Fonction Automatique لا يحتاج التنظيم إلى موافقة صريحة تصدر من المشرع، طالما أن الدستور كقاعدة يعترف لللائحة بتنفيذ القانون وتطبيقه، وأيضاً من منطلق أن الدستور يكفل لللائحة الاستقلالية حيال القانون، من جانب التنفيذ والتطبيق وأحياناً من جانب إضافة أحكام عامة، وذلك ما يمكن أن تؤكد مع رأي الأستاذ عزراوي عبد الرحمن في قوله: "ومن مظاهرها الواضحة مكنة إصدارها دون حاجة للنص عليها في متن القانون، ثم جواز استقرار العمل بذات اللائحة أو التنظيم، وتحديدًا =

ويجب ملاحظة أن مبدأ حرية التعاقد عولج بشكل عام باعتبارها حقا ذا طبيعة دستورية بغض النظر عن الطبيعة القانونية للشخص المتمتع بها؛ لذا تصبح مسألة الحرية التعاقدية من المسائل ذات الأهمية المشتركة ضمنا إلى حرية شخص بعينه، سواء في قانون الأشخاص العامة أو قانون الأشخاص الخاصة، وإذا كان موقف القضاة واضحا إزاء حرية التعاقد إذ أقر في اجتهاداتهما بأن الحرية موسومة بالطبيعة الدستورية ولو لم ينص عليها الدستور عليها صراحة في متنه، غير أنه يلاحظ في اجتهاد القضاء الدستوري، فضلا عن اعترافه، قد اعترف أن حرية التعاقد تحظى بالحماية التشريعية؛ لأنها تعد من القواعد القانونية المحفوظة للمشرع، وبشكل انفرادي مطلق يشرع فيها دون سواه⁽¹⁾، وليست ذات حماية دستورية لعدم التنصيص عليها

المرسوم التنفيذي في القانون الجزائري - في ظل قانون جديد حتى بعد إلغاء القانون القديم الذي صدر بالاستناد إليه وتعديله، في إلغاء القانون القديم لا يترتب عليه بالضرورة إلغاء لأحكامه التنفيذية التي يستمر العمل بأحكامها بما فيها من أحكام بسيطة أو مكملة للقانون، وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع أحكام القانون الجديد إلى حين صدور اللائحة الجديدة. انظر مؤلفه: ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطين التشريعية والتنفيذية... ص 322.

لاستزادة من الشروحات والتفاصيل في هذه الجزئية يرجى الرجوع إلى المؤلفات المتخصصة: بدرية جاسر الصالح: السلطة الائتلافية في مجال تنفيذ القوانين، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1979؛ سامي جمال الدين: مرجع سابق؛ عزايوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري.

(1) - على ألا يفهم من ذلك أن المشرع لو حده يستطيع وضع قيود على حرية التعاقد من كونها قاعدة قانونية، بل بجانب المشرع يمكن للسلطة الائتلافية تقييد هذه الحرية وتنظيمها بدرجات متفاوتة حسب طبيعة المجال التعاقدية، وهو أمر يصنف ضمن وظيفتها الجوهرية (وظيفة الضبط)، بشرط قيام مسوغات الحد من هذه الحرية؛ لذلك يجمع الفكر السياسي على أن المجتمع المنظم لا يستقيم بدون سلطة تتولى السهر على الصالح الجماعي للأفراد، وإذا كانت السلطة العامة ضرورة للنظام الجماعي ولوجوده فهي أيضا لازم وضروري للحرية (ومنها حرية التعاقد) حيث تستحيل الحرية بغير نظام، فهي تعمل على خلق نوع من التنسيق بين حريات الأفراد ومجالات الصلح العام المشترك بينهم، وهذا التنسيق لا يخضع لقاعدة عامة جامدة، ولكنه أمر نسبي يتغير الزمان والمكان، وأيضا يتوقف على ما تنتهجه الدولة من فلسفة في مختلف المجالات. انظر: عادل أبو الخير: الضبط الإداري وحدوده، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1995، ص 71. نقلا عن: عزايوي عبد الرحمن، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، ص 30.

ويجدر القول إن معظم الدساتير المقارنة نصت على الاعتراف للسلطة الائتلافية بتنظيم الحريات العامة التي تعد حرية التعاقد أحد صورها، فهي منحدر فرعا من الأصل العام لحرية التجارة، على أن ذلك لا يعني أن التجارة في حياة الأفراد والمجتمع موجودة قبل وجود التعاقدات، فيقينا أنه بواسطة العقد - الذي هو ملكة إنسانية إرادية- وجدت التجارة؛ لذلك يصبح

في ديباجة الدستور أو متنه⁽¹⁾. ومع كون التفسير القائل بعدم وجود نص دستوري يتناول حرية التعاقد تفسيراً لا يرقى ولو بوصفه منطقياً إلى درجة التسليم القانوني، مما قام كسبب رئيس لتفاوت المواقف بشأنه، وموضوع نقاش على منابر الفقه؛ لذا سوف نتناول ضمن الفقرة الموالية شرح وتفصيل هذه النقطة.

الفرع الثاني: موقف الفقه

يرى أغلب الفقهاء أن الحرية التعاقدية تنبثق من مبدأ استقلالية الإرادة⁽²⁾، وتعد من المبادئ المعترف بها، إلا أنه تنتفي عنه الطبيعة النصية في المنظومة القانونية، وباعتباره مفهوماً مسلماً به في الالتزامات المدنية والتجارية، وأيضاً منشأً للالتزام العقدي ومحلاً للتعاقد مسؤولية عدم الوفاء بالالتزام، ومع ذلك يعترض بعض الفقه عليه كبداً⁽³⁾، وبغياب النص الصريح عليه في الدستور اتخذ القضاء

العقد ضرورة حتمية لممارسة الأنشطة الاجتماعية والاقتصادية في العالم المعاصر، والأداة الأكثر تفضيلاً في الحياة الإدارية للأشخاص العامة، والنتيجة المستخلصة لكي تبقى معادلة العقد ومجالاته متزنة لا بد من إعادة النظر في حرية التعبير عن الإرادة بالنسبة للأفراد والأشخاص العامة، ولهذا يضحى التعبير عن الإرادة عنصراً من عناصر المعادلة السلطة العامة والحرية التعاقدية، ولكي تمارس حرية التعاقد يجب تقديم طلب بالترخيص لمزاولة نشاط ما، وهو ما يعني صدور التعبير عن إرادة الممارس للنشاط، فالسلطة لا تتدخل في مضمون النشاط ومجاله إلا عندما يمس النظام العام أو حماية للأفراد أنفسهم، سواء الممارس للنشاط أو المنتفع بهذا النشاط، فالنظام العام إذا يعتبر قيدياً على ممارسة حرية التعاقد، فهو تلقائياً يعد قيدياً على التعبير عن الإرادة، وهذا الأخير سلاح في يد السلطة تتحجج به في كل مراحل تدخلها عند معرض ممارسة أنشطة جعلها القانون مشروعة؛ لذلك يجب أن توجد ضوابط للتنظيم تمنع من أن يتحول هو الآخر إلى عدوان على الحرية أو يتناقض معها. انظر: محمود عاطف البنا: حدود سلطة الضبط الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العددان 03-04، 1980، ص 50 وما يليها.

(1) - Picard (E) : La liberté contractuelle des personnes publiques... Op. cit, P 652

وانظر كذلك:

Terneyre (P. A) : La liberté contractuelle... Op. cit, P 667.

(2) - لمعلومات إضافية انظر: عيد أحمد الغنول: فكرة عدم الاختصاص السليبي للمشرع، دار الفكر العربي، 2001.

(3) - Gaia (P) : SOMM. COMM. D. 1995, P 351-357

الدستوري مبررا دامغا ومكرسا في اجتهاداته بشكل مكثف عند نفي القيمة الدستورية عن حرية التعاقد.

وقد انقسم الفقه المعاصر إلى تيارين متعارضين من الوضع الصحيح لمسألة حرية التعاقد، وكلا التيارين اعتمدا حججا ومبررات حسب وجهتهما الفكرية وهو ما نعالجه على النحو التالي:

أولا: التيار المؤيد

يرى أنصاره أن التسليم بمنح الحرية التعاقدية قيمة دستورية ليس بحاجة إلى أن يستنبط من نص دستوري، وبحسب زعمهم الذي يستندون إليه: إنه إذا كانت كل الحقوق والحريات من قاعدة قانونية ذات قيمة دستورية منصوصا عليها وجوبا لأدى ذلك إلى اكتظاظ المفاهيم، وبالتالي تعذر استيعاب الدستور لذلك⁽¹⁾، ومن المنطلق ذاته أن هناك كثيرا من الحقوق والحريات ذات قيمة دستورية لم يرد التنصيص عليها صراحة في الدستور. وقد أشار هذا الفريق إلى أن تكريس مبدأ استمرارية المرافق العامة بانتظام واطراد ومبدأ حرية المقاوله قد تم الاعتراف بهما قضائيا مع أن أساسهما الدستوري تحوم حوله الشكوك.

وقد ابتدع المجلس الدستوري تقنية إلحاق أي الفرع تابع للأصل في حكمه من أجل تبرير القيمة الدستورية لبعض الحقوق والحريات، ومصادق ذلك في قضائه عندما ألحق مبدأ ديمومة سير المرافق العامة بمبدأ استمرارية الدولة، الذي يعد جوهر الواجبات الدستورية لرئيس الجمهورية الذي يسهر على صون هذا المبدأ والحفاظ عليه⁽²⁾، وبواسطة تقنية الإلحاق القضائية أضحي مبدأ استمرارية المرافق العامة من

(1) - انظر على التوالي:

Carbonnier (J): Droit civil. Les obligations. puf. Paris. 2000, P63 et 655; Ghestin (J): Le contrat au debut du XXIème. Siècle. L. G. D. J, Paris, 2001, P969.

(2) - انظر تباعا:

=

المبادئ ذات القيم الدستورية؛ لذا يرى أنصار هذا الموقف أن حرية التعاقد لا يمكن أن تعامل إلا بوصفها مبدأ دستوريا قياسا على مبدأ استمرارية المرافق، وإذا لم يكن الأمر كذلك يترتب عنها نتائج خطيرة، وفي مقدمتها تعطيل أداء المرافق لوظائفها المنوط بها دستوريا وقانونيا؛ ذلك لأن العلاقة بين العقود والمرافق العامة ذات طبيعة وظيفية مستمرة. وينتهي موقفهم استنادا إلى هذه الحجج إلى تساؤلهم لماذا لا تعامل حرية التعاقد على هذا المنوال⁽¹⁾؟

وقد أقر المجلس الدستوري بحرية التعاقد كمبدأ دستوري عام وحق أساسي للمرفق العام، وبالإضافة إلى إقراره هذا، صرح بأنه لن تصان هذه الحرية وتحمي إذا وردت عليها كثرة القيود والإجراءات عند ممارستها ولا يكون لحرية التعاقد قيمة دستورية ما إلا إذا توافر أحد أهم شروط ضمانها، ألا وهو وجود حرية العمل والالتزام⁽²⁾.

ومن جهة أخرى، يدحض الاتجاه المؤيد حجج الاتجاه المعارض في معرض تخوفهم من إصابة الحياة الإدارية التعاقدية بجمود الأنشطة الاقتصادية للأشخاص العامة إذا سلها لحرية التعاقد بالقيمة الدستورية، وبالنتيجة تترتب حالة من حالات تقييد سلطة المشرع في هذا المجال.

وقد رد أنصار هذا الاتجاه مؤكدين أن الطبيعة الدستورية لا تحول دون تدخل المشرع لتقييد نطاقها أو تحديد مضمونها، وهذا كقاعدة في مجال الحقوق، والآن

Rouhette (G): Droit de la constitution et Theorie générale du contrat. PP 247-272. In offertes a renes rodier, D, Paris, 1981, P445; Ghestin (J): L'utile et le juste dans le contrat. D. Chrom, 1982, P2-10.

(1) - لذلك يعد من غير المعقول، لا شرعا ولا قانونا ولا منطقا، أن يتضمن الدستور كل الحقوق والحريات والمبادئ والأحكام، الأمر الذي دعى الآلة الفقهية إلى استنباط القواعد والمبادئ غير المنصوص عليها في الدستور بمعنى غير المكتوبة.

(2) - انظر المادة 05 من الدستور الفرنسي.

يكون حريات أساسية، فطالما أن المبدأ المستقر عليه في الاجتهاد الدستوري في مادة الحقوق والحريات العامة يتيح للتشريع أعمال وظيفة التدخل فيها مع الحرص على عدم إعدامها بإلغائها، ذلك أن المشرع يقوم بمهمة حمايتها من كل اعتداء وتجاوز⁽¹⁾، فالأمر إذن يجب أن يكون سواء في دائرة التعامل مع كافة الحقوق والحريات العامة، ولو كان الأمر في معرض التعامل تشريعياً مع حرية التعاقد.

وأخيراً يرى أنصار هذا الاتجاه أن الإقرار بحرية التعاقد، في مجال العقود المدنية ومجال العقود الإدارية بصفة خاصة، يصدر عن ضرورة بعث الثقة والطمأنينة في نفوس المتعاقدين، وتأمين الحد الأدنى من الأمن القانوني في مجال التعاقد مهما كان فرقاء العقد، شخصاً عاماً أو شخصاً خاصاً. ولعل المنطق القانوني لا يستسيغ أن تحظى الإدارة بوصفها شخصاً عاماً أو شخصاً ممتازاً بإمكانيات وقدرات تتجاوز ما قررته الإرادة التعاقدية للأطراف، وأيضاً ليس بمستساغ في عالم فضل العقد كتقنية لأداء أنشطته الاجتماعية والاقتصادية أن يترك للسلطة العامة الحرية المطلقة للتدخل في كل جزئيات العقد، فمعلوم أن العقد حق للمتعاقدين؛ لأنهم صاغوه بإرادتهم الخاصة⁽²⁾، حيث أن تراكم التدخلات في كل لحظة في حياة العقد سوف يكبح

(1) - أول قرار للمجلس الدستوري يبرز فيه انتهاك حرية التعاقد من خلال استناده إلى حرية المقاول، وأرجع حرية المقاول إلى الحرية الشخصية لأرباب العمل والأجراء، وكنهصيل حاصل أن هذا الاتجاه يرحم الإقرار بالحرية التعاقدية بطريق غير مباشر، وذلك باللجوء إلى إثبات الحرية في مجال المقاول بدلاً من اللجوء مباشرة إلى حرية التعاقد، وذلك ما مدلوله أن المقاول أقرب في ذهنية المجلس الدستوري من مجال التعاقد كقاعدة في حرية الصناعة والتجارة، مما سهل على المجلس إبطال النص التشريعي المشوب بعيب عدم الدستورية، انظر قراره:

CC 16-01-1982. N° 81-132 DC. Loi nationalisation. RJCI-104. Voir M

Rousseau (D): Chronique de jurisprudence constitutionnelle (Juillet 1989-Aout1991). R. D. P. 1992, P 37-109, P41-42.

(2) - وقد دأب المجلس في اعترافه بالحرية التعاقدية لا بطريق مباشرة، وإنما يصرف وجهته تلك بحث مسألة انتهاك هذه الحرية وخرقها بواسطة بحث مسألة حرية المقاول، ومذهبه في ذلك مفاده أن أي تعد وتجاوز على حرية المقاول يعد تلقائياً بمثابة خرق للحرية التعاقدية، نظراً لما بين المقاول والتعاقد من رابطة أصولية وقانونية لا يمكن فصلهما، حيث لا حرية للمقاول بدون منح حرية التعاقد لأرباب العمل، إذ أن هذه الأخيرة تفسح مجالات متسعة للعمل والالتزام.

=

لتفاصيل وافية في هذه الجزئية انظر:

Favoreu (L): Jurisprudence de conseil constitutionnel. RFDC. Paris, 1993, N° 14. PP 375-378.

ومنذ هذا القرار تأكد أن اجتهاد القضاء الدستوري رغم وقوفه وجها لوجه مع حرية التعاقد في هذه الشكوى بحسبانها مسألة أولية في أغلب حالات خرق قواعد قانونية لحرية المقاول، فهو مع ذلك يأبى الاعتراف بها بشكل مباشر، إذ يثبت للمقولة قيمتها الدستورية، ومن باب اللزوم العقلي يكون لحرية التعاقد قيمة دستورية ضمنية ما دام أن المقاول من مبادئها الجوهرية مبدأ حرية التعاقد ابتداء وغاية. ويتبين بشكل مؤكد أن موقفه يركز بوضوح على أن: "أية قاعدة قانونية ذات قيمة دستورية لا تضمن حرية التعاقد". وقد فرض ذات الحل عند مناقشة القانون التوجيهي لإعداد الأراضي وتطويرها، وكذا القانون المالي لعام 1997، وذلك في قراري المجلس الدستوري:

CC. 26-01-1995, N°94-358 DC Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire. RJCI-624; CC 30-12-1996, N°96-385 DC. Loi de finance de 1997, Op. cit

وهذا الاجتهاد فتح المجال للتفكير ولو بصفة محتشمة بوجود إقرار ضمني بالحرية التعاقدية، انظر:

Rousseau (D): Chronique de Jurisprudence constitutionnelle 1996-1997, Op. cit, P40 ETS.

وهكذا أكد القضاء الدستوري بكل وضوح أن حرية التعاقد لا تجسد ما يمكن أن تجسده المبادئ الدستورية التي لها الخطوة في تأمين احترامها، وبحسب تعبير بعض الفقه في فرنسا تعد حرية التعاقد مبدأ تشريعيا لا يحرس نفسه بنفسه إلا في الحالات التي يتم فيها المساس بمبدأ دستوري أعم منه، وفي هذه الحالة تحديدا يمكن إثارة التعدي والتجاوز على مبدأ حرية التعاقد، ومن هذا المنطلق يرى أحد الفقهاء أن حرية التعاقد " يجب أن تعمل كحرية ثانوية، كحرية مناسبة، كحرية وسائلية ووسائلية".

.Liberté instrumentalisée

انظر:

Moderne (F): La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle, Op. cit, P4.

ويبدو أن البروفسور مودران متأثر إلى حد بعيد بفكرة الوسائلية أو المذهب الواسطي، الذي يفيد أن النظريات ووسائل مخصصة للعمل وفائدتها تقرر قيمتها. انظر ترجمة الوسائلية: جروان السابق: معجم اللغات (إنجليزي/فرنسي/عربي)، الطبعة الأولى، دار السابق للنشر، بيروت، لبنان، 1985، ص 611.

ومع ذلك، اهتدى المجلس الدستوري إلى وجود تطور في النظام القانوني للحرية التعاقدية، فقد كشف الفقه المؤيد لحرية التعاقد أنها أصبحت في ظل التطورات الاقتصادية تتمتع بالسند الدستوري المباشر والخاص بها أي دسترة حرية التعاقد. انظر: Aurelie Duffy Ater: Constitutionnalisation de liberté contractuelle D. P. SP. N° 06, L. G. D. J, Paris, 2006, P 1589-1590.

حركة الأموال والاستثمار ولا يشجع على دخول المستثمرين الأجانب ذوي التقنية العالية⁽¹⁾، وهو ما ينعكس سلبا على اقتصاد الدولة.

ثانيا: التيار المعارض

من الحجج التي يتمسك بها أنصاره أنه لا يمكن الحديث عن القيمة الدستورية لحرية التعاقد طالما انتهى السند والتحديد الواضح لهذه القيمة⁽²⁾، ولعل القاعدة الفقهية تساندهم في ذلك، إذ العدم يلزم من وجوده العدم، فعدم وجود النص يؤدي إلى انعدام الحكم منطقيا وشرعا، كما أن الاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد ينعكس سلبيا على وظيفة المشرع ومهمته في الحياة التعاقدية، وهو الذي له اليد العليا في مجال الحقوق والحريات، وبالنتيجة يؤول الأمر إلى شبه جمود في الحياة القانونية بما لا ينسجم مع اتساع ظاهرة التقنيات التعاقدية التي تستلزمها التطورات المتنامية المتسارعة لأساليب الإدارة والتنظيم في المرافق العمومية الحديثة⁽³⁾.

(1) - Terneyre (PH): La liberté contractuelle... Op. cit, P 667.

(2) - IBID, P 670.

وغني عن البيان أن النظام العام لا يجب أن يتقيد به مجال دون مجال، فجال النشاط التعاقدية يعتبر أقوى وأوضح صورة، الذي يتحقق فيه الالتزام بقيود النظام العام كسلطة التنظيم والرقابة التي تمارسها السلطة العامة، ومهما يكن نوع العقد أخصا كان أم عاما، فحرية الإرادة في كلا العقدين لها وظيفة نسبية في تكوينه وإبرامه، بجانب سلطان القانون ومن ورائه التنظيم. للزيد من التفصيل والإيضاحات يرجى الرجوع إلى المؤلفات المتخصصة: عزاوي عبد الرحمن: الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، محمد أحمد فتح الباب: النظام القانوني لحرية النشاط الصناعي، دار النهضة، الطبعة الثانية، 1999-2000؛ سعاد الشراقوي: نسبية الحريات العامة وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، دون ذكر الطبعة.

(3) - ولا يفهم من ذلك تفضيل الاستثمار الأجنبي على الاستثمار الوطني، لكن أكثر ما يعني هو استجلاب التقنية في مجال التكنولوجيا والعلمية، من أجل تحسين المنتجات الاستهلاكية العامة وتلبية للحاجات العامة، درأ لتعطيل تداولها على كافة الأصعدة، ولكن طالما أن الانتاج أو أداة الإنتاج الوطني قادرة على الاستجابة للحاجات الواجب تلبتها للمصلحة المتعاقدة، حينئذ تكون الأولوية للمعاملين الاقتصاديين. انظر ما نصت عليه المادة 54 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج. ر عدد 58 المؤرخة في 07 أكتوبر 2010، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي: المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 01 مارس 2011، ج. ر عدد 14، المؤرخة في 06 مارس

وأيضاً ليس بمستساغ أن يكتسب الأشخاص العمومية الحقوق الأساسية⁽¹⁾ أصلاً نظراً لطبيعتها الخصوصية والموضوعية ومقارنة بطبيعة الأفراد، بمعنى أن القانون هو صانع الأشخاص العامة في كل أجزائها ومبيناً للملحمة ومحدداً لغايتها من أجل إشباع الحاجات العامة، والقانون قادر - بما أنه أنشأها - على إلغائها دون أن تثار مشاكل مثلها يحدث في موت فرد من الأفراد في أغلب الأحوال⁽²⁾.

ويفسر بعض الفقه ظاهرة الحرية التعاقدية للأشخاص العامة من حيث كونها ظاهرة موضوعية بانسحاب الصفة الموضوعية للشخص العام على حريته في التعاقد؛ ذلك ما يؤدي إلى عدم امتلاك الأشخاص العامة لوجود خاص بها في الحياة القانونية بصورة مستقلة وامتيازية ونهائية، بل إن تلك الأشخاص تمتلك طابعا موضوعيا خالصا من صنع القانون مباشرة أو بواسطة، بمعنى أنها غير مستقلة بذاتها وكيانها عن سلطان القانون، فيمكن أن يوجد لها أو لا يوجد لها، كما يمكن أن يلغىها إذا شاء إلغائها، بحكم أن إنشاءها أو إلغائها موقوف على المصلحة العامة وجودا وعدمها؛ لذلك فإن غرض إنشاءها مناطه القانون وحده، وما كانت أصلا كالمرافق العامة إلا لتحقيق مصلحة المجتمع وليست أية مصلحة خاصة بها⁽³⁾.

2011، المعدل بالمرسوم الرئاسي رقم 11-222 المؤرخ في 16 يونيو 2011، ج. ر. عدد 34 المؤرخة في 19 يونيو 2011، والمرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13 يناير 2013، ج. ر عدد 02 المؤرخة في 13 يناير 2013.

(1) - Terneyre (PH): La liberté contractuelle... Op. cit, P 669.

(2) - IBID, P 670.

(3) - وكان المعارضين أنصار هذا التيار يعلقون الحقوق الأساسية على الطبيعة الإنسانية، حيث لا يوجد الحق الأساسي إلا حينما يوجد الفرد، وبهذا المفهوم يطرحون جانبا مسألة القيمة الدستورية لحرية التعاقد، ولو أن الاعتقاد السائد بشأن الشخص المعنوي عموما هو مجرد اقتراض قانوني: فلماذا لا يمكن التعامل مع حريته التعاقدية بذات الاقتراض القانوني لبلوغ غايات المرفق العام، وذلك من باب إلحاق الجزء بالكل باعتبار أن حرية التعاقد جزء من كيان الشخص العام المفترض وجوده بحكم القانون؟ بمعنى أن كثير من الحقوق كاللحق في الحياة والحق في الحرية والمساواة والكرامة الانسانية... فهذه الحقوق مفرغة تماما من أي معنى يتوافق مع طبيعة الأشخاص العامة بخلاف الأشخاص الطبيعية، الأمر الذي يستحيل عقلا

ثالثاً: تقييم التيارين (المؤيد والمعارض)

بعد عرضهما تبين أن التيار المؤيد الأكثر رجاجة؛ لأنه الأثر انسجاماً مع الواقع ويتوافق مع التطورات الراهنة الحاصلة في الحياة التعاقدية للأشخاص العامة، بدءاً من الدولة إلى مؤسساتها العمومية، بحسبان أن الاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد يعمل على اتساع التقنيات التعاقدية، مما يسهل أداء المرافق العامة لوظائفها.

ويلاحظ أن الموقف المؤيد، لا يمانع من الإقرار بالحرية التعاقدية كحق أساسي ذي قيمة دستورية، حيث يرى أن الشخص العام هو شخص قانوني صرف له وجود قانوني ولا أهمية لوجوده بذاته كحقيقة مادية، وبالبناء عليه فالوجود القانوني هو ذلك الذي يمنحه القدرة على تكوين علاقات تعاقدية مع غيره بغرض تطوير المجتمعات المدنية الحديثة التي تؤمن بالتقنية التعاقدية الرضائية كوسيلة لإيجاد حلول لكل مشاكلها المستجدة، وقد عملت فعلاً السياسة التشريعية على توطئة ذلك في قوانينها.

ومع ذلك، فإن موقفهم هذا يشوبه عيب جوهري، وذلك من خلال موازنته إمكانية الإقرار بالحقوق الدستورية للأشخاص العامة بالحقوق والحريات الدستورية للأفراد، بينما الأمر لا يدور حول قياس هذه الحقوق بتلك الحقوق، إنما البحث جارٍ عن حريات وحقوق دستورية جماعية تصب في مصلحة الجماعة، بالإضافة إلى حريات وحقوق فردية، مثل الحركة المهنية، والحريات المحلية اللامركزية. وقد تأكد الاعتراف بحق الجماعات المحلية، وتكريسه أيضاً، في إدارة وتسيير المجالس المنتخبة بصفة كلية دونما مشاركتها في اتخاذ قراراتها من أي جهة أخرى ولو كانت

ومنطقاً أن يتصور أن لهذه الحقوق وجوداً مادياً أو وجود قانونياً إذا ما أردنا إلحاقها في دائرة الأشخاص العامة نظراً لتعارض خصوصياتها مع هذه الحقوق. انظر:

Picard (E) : La liberté contractuelle des personnes publiques.... Op. cit, P663.

السلطات المركزية⁽¹⁾.

ونخلص إلى أن الاتجاه المؤيد إذ يطالب برفع الحرية التعاقدية إلى سقف الحقوق الدستورية، لا يطالب بها بمثابة كونها حرية حقيقية كالتي يتمتع بها الأفراد، ولكن لكون هذه الحرية ضرورة اجتماعية في ظل مجتمعات مدنية تنتهج روح الرضائية التعاقدية لتنظيم الاقتصاد والمبادلات التجارية الخاصة والعامة، وقد اعتبرها البعض - بحق - بنص جوهري يتحرك في صلب المجتمعات الديمقراطية⁽²⁾، وباعتبارها ذات سمة دستورية؛ فالحرية التعاقدية بهذا الإقرار سوف تساهم في خلق نوع من الاستقرار للعلاقات التعاقدية على الصعيد الداخلي والصعيد الخارجي، خصوصا فيما تشهده اليوم الدول الحديثة ذات الانفتاح الاقتصادي من استدراج الاستثمارات الأجنبية تدعيما لاقتصادها وتنويعا لمواردها في شتى المجالات.

ومهما يكن من أمر، فقد أصبحت الحرية التعاقدية للشخص العام ذات خطى واسعة في منابر الفقه، يجدد دائما ولاءه لاعتراف بها كحق دستوري، وهو في ذلك يعول على الاتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي الذي يسير هو الآخر نحو الاعتراف بالقيمة الدستورية لحرية التعاقد بصفة عامة، وقد قرر أن الخروقات المرتقبة من لدن المشرع على اقتصاديات العقود المبرمة وفقا للقانون، يمكن أن تدخل في عداد المخالفات الدستورية⁽³⁾.

وعلى ضوء ذلك، فإنه اجتهاد قضائي في مادة الحرية التعاقدية، يمكن تطبيقه - باعتباره مبدأ - على كل الحالات التي يمكن أن تشكل مساسا باقتصاديات العقود التي يمر بها الشخص العام، مبرمة في أوضاع سليمة، مع استبعاد تطبيق هذا

(1) - IBID, P 662.

(2) - IBID,P662.

(3) - Drago (R), Op. cit, P 130-132.

الاجتهاد عند التدخلات التشريعية في العقود ذات الأوضاع الباطلة، وفي العقود التي تكون في صور تكوين الإيجاب والقبول وتبادلتهما.

ولعل التطبيق المحدود لهذا القضاء، أي تطبيقه على حالة دون حالة، والذي يضيق من نطاق قرار المجلس الدستوري فيما يتعلق بدستورية الحرية التعاقدية للشخص العام، وهو ما أدى بالبعض إلى القول بأن المجلس الدستوري حقق وضعية "شبه دستورية" للحرية التعاقدية للأشخاص العامة⁽¹⁾.

(1) - مهند مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري...، مرجع سبق ذكره، ص 49.

اللجان، وديمقراطية اللامركزية الإقليمية

بقلم: الوافي سامي*

ملخص

إن التطبيق السليم للامركزية الإقليمية يفرض تمتع المجالس المحلية باختصاصات واسعة ومتنوعة تشمل كافة الشؤون المحلية، حيث تكريسا للديمقراطية على المستوى المحلي تعالج المجالس المحلية كافة الشؤون المرتبطة باختصاصاتها عن طريق التداول بمشاركة غالبية الأعضاء المنتخبين، إلا أن الواقع العملي يفرض على المجالس المحلية اللجوء إلى إنشاء لجان تضم أعضاء منتخبين تساهم في معالجة الشؤون المحلية، ذلك أمام تعدد اختصاصاتها، وضيق الوقت الذي لا يسمح بمناقشة كافة المواضيع بالعبارة والدقة اللازمين، ليتسنى للمجالس المحلية من خلال اللجان منح كافة الملفات والقضايا القدر اللازم من العبارة والاهتمام، وهو ما يزيد من فعالية المجالس في تسيير الشؤون المحلية، ما يجعلنا نتساءل: إلى أي مدى يمكن اعتبار اللجان آلية أساسية تساهم في فعالية المجالس المحلية؟

Résumé

La bonne application de la décentralisation régionale impose que les conseils locaux jouissent des attributions larges et variées qui s'étend à toutes les affaires locales. Ces conseils locaux examinent toutes les questions en relation avec leurs intérêts ou attributions par le biais de la délibération de la majorité des membres élus, ceci représentent une consécration de la démocratie au niveau locale. Désormais la réalité pratique montre que les conseils locaux sont obligés à créer des comités, composées

* طالب باحث بمرحلة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة تونس المنار.

par des membres élus, qui participent au traitement ou à l'examen des affaires locales afin qu'ils puissent donner le même degré de soin et d'attention à tous les affaires et les dossiers en question. la création de ces comités augmente l'efficacité des conseils locaux à diriger et résoudre les affaires locales. D'après ce qui précède on peut se demander à quelle mesure peut-on considéré la création des comités locales comme mesure essentiel?

SUMMARY

The good application of the regional decentralization imposes that the local councils enjoy wide and varied attributions which extend everything have a relation with the local affairs. This local councils deal with all the questions in connection with their interests or attributions by means of the deliberation of the majority of the elected members, this represent a consecration of the democracy to the level local . Because the practises of the local council is obliged it to create committees, consisted by elected members, who participate in the treatment or in the examénation of the local affairs so that they can give the same degree of care and d attention has every affairs and files in question. The creation of these committees increases l efficiency of the local councils to manage and to solve the local affairs. D after what precedes we can wonder in what measure can we considered the creation of committees local as measures the contributing main part in l efficiency of the local councils?

مقدمة

يتطلب تكريس فاعلية المجالس الشعبية المحلية إقرار آليات قانونية تضمن ذلك، فبالنظر إلى تعدد وتنوع صلاحيات المجالس كان لا بد من فرض آليات تضبط سير أعمالها في إطار من الشفافية والديمقراطية التشاركية، حيث تضمن كل من قانون الولاية 07-12 وقانون البلدية 10-11 العديد من الأحكام الهادفة إلى بناء ديمقراطية

تمثيلية حقيقية بالمجالس الشعبية المحلية سواء الولائية أو البلدية تقوم على تسير مصالح العمومية المحلية بإرادة الجماعة، وبمشاركة سكان الولاية.

إن وجود قواعد وآليات قانونية تضبط سير أعمال المجلس تعد ضماناً هامة حتى لا تحيد المجالس المحلية عن أداء المهام المنوطة بها أو أن تدخل في حالة من الفوضى تؤثر على حسن سير عملها وهو ما حاول المشرع جاهداً تكريسه بعدد من الآليات، والتي من ضمنها خلق لجان بالمجالس المحلية من بين أعضائها المنتخبين تساهم في تفعيل دورها وإضفاء الصبغة الديمقراطية على أعمالها، وهو ما يطرح العديد من التساؤلات ولعل أهمها: هل يمكننا أن نعتبر اللجان وسيلة تساهم في تفعيل دور المجالس المحلية بغية الوصول للمفهوم الحقيقي للامركزية الإقليمية؟

المبحث الأول

تسيير اللجان للشؤون المحلية بنجاعة تجسيم عملي لديمقراطية اللامركزية الإقليمية

تمثل اللجان آلية مساهمة في تسير المجالس المحلية، وهي بهذا تعد وسيلة لتفعيل اللامركزية الإدارية بل وتطبيق مفهومها من بعد آخر، فتسير المنتخبين لشؤونهم المحلية هو ركن أساس من أركان اللامركزية الإدارية. ونحاول فيما يلي تفصيل ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: لجان المجالس المحلية امتداد لمفهوم اللامركزية الإدارية

اللامركزية الإدارية هي أسلوب من أساليب التنظيم الإداري داخل الدولة الموحدة، يقوم على توزيع الوظائف الإدارية في الدولة بين الهياكل الإدارية المركزية وبين ذوات معنوية أخرى محلية مستقلة بذاتها قد تكون منتخبة أو معينة أو مزيجاً بينهما، تتمتع بسلطة اتخاذ القرار وباختصاصات ذاتية يقرها لها القانون، وتمارس اختصاصاتها بهدف تأمين الحاجيات المحلية تحت رقابة أو وصاية إدارية ومالية وفنية

معينة من قبل الإدارة المركزية⁽¹⁾، وهو ما يعلل قيام أسلوب اللامركزية، فوجود مصالح ومرافق يغلب عليها الطابع المحلي ولا تمثل طابعا قوميا، يكون من الأوفق أن تدار شؤونها على مستوى محلي⁽²⁾. بهذا تعتمد اللامركزية الإدارية على تعدد الأشخاص المعنوية العمومية بهدف توزيع الوظائف الإدارية بينها بمقتضى نصوص تشريعية، فعلى العكس من نظام المركزية الإدارية والذي تمثل الدولة فيه الذات المعنوية العمومية الوحيدة⁽³⁾، فإن اللامركزية الإدارية تقوم على تعدد الأشخاص العمومية، بحيث نجد الدولة كشخص معنوي رئيسي وأصلي وبجانبه عدد من الأشخاص المعنوية الأخرى⁽⁴⁾.

وللامركزية الإدارية جانبان: جانب سياسي يتمثل في تمكين الأجهزة المحلية المنتخبة من قبل الشعب من تسير شؤونها بيدها مما يحقق مبدأ الديمقراطية، وتتلور أهمية هذا الجانب من خلال إتاحة الفرصة للمواطنين للمشاركة في إدارة الشؤون العامة، وتوسيع قاعدة ممارسة الديمقراطية الإدارية وتمكن المواطنين من التعبير عن إرادتهم من خلال ممثليهم، كما تعد مدرسة لتدريب الناخبين وثقيفهم سياسيا لممارسة هذا الحق⁽⁵⁾؛ أما الجانب القانوني فيتجسد في توزيع الوظيفة الإدارية في الدولة بين الأجهزة المركزية والهيئات المستقلة على المستوى المحلي، وهو ما من شأنه أن يقرب الإدارة أكثر من

(1) محمد ضيفي، اللامركزية واللامحورية الترابية بالجمهورية التونسية، المطبعة العصرية، تونس، 2010، ص 09.

(2) محمد الشافعي بوراس، القانون الإداري، الجزء الأول، دار عالم الكتاب للنشر، د.س.ن، ص 147.

(3) وعرفها Ch.debbasch:

«La décentralisation est fondée sur l'idée qu'il existe des affaires qui ne sont pas d'intérêt national . et que les intéressés peuvent et doivent prendre e charge eux-mêmes ces affaires.»

(4) ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، سطيف، الجزائر، 2008، ص 92.

(5) عبد العزيز صالح بن حبتور، الإدارة العامة المقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2000، ص 260.

المواطنين⁽¹⁾.

وتتخذ إذن على هذا الأساس اللامركزية الإدارية صورتين تتمثلان في اللامركزية المرفقية والتي تعني منح مرفق عام الشخصية المعنوية وقدرا من الاستقلال في إدارته عن الدولة مع خضوعه لإشراف السلطة المركزية، ويعود أسباب اعتماد نظام اللامركزية المرفقية إلى تدخل الدولة في العديد من الأنشطة التي كانت تحجم عن ممارستها من قبل، أين ظهرت الحاجة إلى منح بعض المرافق والمشاريع الشخصية المعنوية والاستقلال الإداري والمالي لتمارس اختصاصاتها طبقا للنظام القانون الذي يرسمه المشرع⁽²⁾.

أما الصورة الثانية للامركزية الإدارية فتتمثل في اللامركزية الإقليمية وهي محل دراستنا والتي تقوم على توزيع الوظائف الإدارية للدولة بين الحكومة المركزية وبين هيئات محلية تكون في أغلب الأحيان منتخبة، تمارس نشاطاتها تحت إشراف ورقابة الإدارة المركزية. فهذا تكون اللامركزية الإقليمية مرادفا لمفهوم الإدارة المحلية، وفي ظل هذه اللامركزية يفترض وجود وحدات محلية مستقلة تتمتع بشخصية اعتبارية تمثلها مجالس محلية منتخبة ومختارة من قبل سكانها، وتخضع لإشراف ورقابة الحكومة المركزية⁽³⁾. وفي ظل أسلوب اللامركزية الإقليمية تسند الدولة جزءا من الوظيفة الإدارية إلى هيئات إقليمية، أي هيئات يتحدد اختصاصها بنطاق إقليمي محدد. ومن هنا فإن ما يعنيه أسلوب اللامركزية الإقليمية هو ممارسة الوظيفة الإدارية المحددة لها في حدودها ونطاقها الإقليمي فقط . وأنه رغم أن اختصاصات هذه الهيئات الإدارية

(1) عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 29.

(2) نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1993، ص 175.

(3) محمد محمود طعمانة وسمير محمد عبد الوهاب، الحكم المحلي في الوطن العربي واتجاهات التطوير، المنظم العربية لتنمية الإدارية، مصر، 2005، ص 15.

محددة بعدد معين من الوظائف إلا أن الأوضح أنه ليس لهذه الهيئات أن تمارس هذه الوظائف التي وإن كانت محدد إلا أنها كثيرة داخل حدودها الإقليمية الأمر الذي غلبت صفة الإقليمية عليها⁽¹⁾. وحتى يتسنى للمجالس المحلية أداء المهام المنوطة بها بشكل فعال، يتم التداول بكافة الشؤون المحلية خلال دورات المجلس المحددة بالقانون وهو ما يعكس طابعها الديمقراطي، إلا أن المجالس تواجه إشكالية ضيق وقتها أمام تعدد القضايا والشؤون المحلية، ما يفرض عليها إنشاء عدة لجان من بين أعضاء المجلس المحلي المنتخبين تختص كل منها بدراسة قضايا معينة، وهو ما يساهم بشكل فعال في ضمان السير الحسن للمجالس ويضفي عليه طابع الفعالية لا سيما وأن للجان المجالس إمكانية الاستعانة بالخبراء والاختصاصيين من خارج المجلس وبالمواطنين المحليين من ذوي الخبرة والكفاءة، وهو ما يجعلنا أما تطبيق فعلي لمفهوم اللامركزية الإدارية .

المطلب الثاني: أهمية اللجان في تسيير الشؤون المحلية

يقتضي منطق ومفهوم الديمقراطية المحلية أن يتولى إدارة الشؤون المحلية هيئات محلية خاصة على صلة واتصال بسكان الوحدة المحلية، فتولي موظفو السلطات المركزية في الأقاليم إدارة الشؤون المحلية يخل بمنطق وفلسفة اللامركزية الإقليمية، ويخرجها من مضمونها ومحتواها. لذا يستلزم المنطق الديمقراطي أن تتكون الهيئات المحلية المكلفة بإدارة الشؤون المحلية من عناصر منتخبة ومختارة من سكان الوحدة المحلية طالما أنها تمثل هؤلاء السكان سياسياً وتتولى تصريف شؤونهم المحلية إدارياً⁽²⁾.

ويتضح من هذا أن الانتخاب هو الوسيلة الوحيدة الممكنة لتطبيق الديمقراطية على الصعيد المحلي، وتكوين هيئات محلية ذات طابع تمثيلي، والطريقة الأكيدة لتحقيق استقلال الأشخاص المحلية، ذلك على أساس أن اختيار أعضاء المجالس المحلية عن

(1) الشافعي أبو راس، المرجع السابق، ص 148.

(2) علي خاطر الشنطاوي، الإدارة المحلية، دار وائل لنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن، ص 102.

طريق التعيين، يجعلهم تحت السلطة الرئاسية أي في وضعية تبعية للجهة المركزية التي تولت تعيينهم ما قد يؤدي إلى فقدان الإدارة اللامركزية جوهر وغاية وجودها بفقدانها الحرية والاستقلال⁽¹⁾، إلا أن ما يعاب على هذا الأسلوب هو أنه قد يفرز أشخاص تنقصهم الكفاءة وغير قادرين على التسيير. وعلى الرغم من العيوب التي قد تلتصق بأسلوب الانتخاب إلا أنها لا تصل إلى العواقب الكامنة في تقليص حريات السكان المحليين من انتخاب المشرفين على إدارتهم المحلية، فالانتخابات مدرسة الديمقراطية المحلية، وحوار بناء بين المواطنين والمشرفين على الإدارة المحلية، وبالتالي إعطاء اللامركزية الإدارية مميزات الأساسية وفصلها عن اللامركزية المبسطة. وإسقاطا لذلك نرى أن معظم الأنظمة التي اختارت نظام اللامركزية الإدارية توجهت إلى تطبيق نظام الانتخاب كوسيلة لبناء الديمقراطية المحلية والضمانة الأساسية لتحقيق استقلالية الهيئات المحلية عن السلطات المركزية في إطار وحدة الدولة⁽²⁾.

تمثل المجالس المحلية المنتخبة ككل واحدة، حيث تتخذ قراراتها بموافقة أغلبية الأعضاء، وهو ما يستدعي النقاش الدائم في أي مسألة. غير أن تشكيلتها التي غالبا ما تكون ذات حجم كبير، واختصاصاتها الكثيرة ودوراتها المحدودة تؤدي جميعها إلى إستحالة مناقشة كل الدقائق في الجلسات، لذا تلجأ المجالس إلى تكوين لجان من بين الأعضاء المنتخبين بالمجلس⁽³⁾، لضمان أن كل الموضوعات قد نالت حظها من العناية والبحث، قبل عرضها في إجتماع المجلس مما يمنع القرارات الإرتجالية، ويحقق للمجلس

(1) نواف كنعان، المرجع السابق، ص 165.

(2) عبد القادر باينة، المختصر في القانون الإداري المغربي، الكتاب الأول، المغرب، دن، 1987، ص 272.

(3) محمد علي الخلايلة، الإدارة المحلية وتطبيقاتها في كل من بريطانيا وفرنسا والأردن ومصر، دار الثقافة، الأردن، مصر، 2009، ص 70.

توجيه إهتمام أكبر للموضوعات الأكثر أهمية⁽¹⁾، هذا إعتباراً من أن لجان المجالس توفر فرصة التخصص في مجال معين من المجالات المحددة لها، فتتولى كل لجنة في نطاق اختصاصها دراسة المسائل المعروضة على المجلس وإجراء الدراسات الفنية والقانونية اللازمة وإعداد التقارير، وهو ما يضمن أن تحظى كل المواضيع بالعناية اللازمة قبل عرضها في اجتماعات المجالس. هذا إضافة إلى أن اللجان توفر للأعضاء مجالاً للنقاش وتبادل الآراء والعمل بعمق⁽²⁾، ما يزيد من فعاليتهم وشعورهم بالمسؤولية. فتعمل بذلك اللجان على التقليل من جو الخلافات الحزبية التي تنشأ بين أعضاء المجلس، مما يعطي فرصة أكبر للأعضاء لعرض وجهات نظرهم بموضوعية بعيداً عن التعصب⁽³⁾.

وبالرجوع إلى كل من قانون الولاية 07-12 وقانون البلدية 10-11 نجد أن المشرع أكد على ضرورة أن تضمن تشيكة لجان المجالس المحلية تمثيلاً يعكس التركيبة السياسية للمجالس ويضمن مشاركة كل الأطياف والإتجاهات السياسية تكريساً لمبدأ المشاركة في التسيير ونبذاً لسياسات الإقصاء.

من جهة أخرى تغاضى المشرع عن تحديد حجم اللجان (سواء اللجان الدائمة أو اللجان الخاصة) تاركاً أمر تقرير ذلك إلى المجالس الشعبية، فعدد أعضاء اللجان يختلف من مجلس إلى آخر ومن لجنة إلى أخرى بحسب المهام الموكلة لها، فالحجم المناسب للجنة هو الحجم الذي تراعى فيه العديد من الاعتبارات كحجم المجلس، صلاحية اللجنة، نوعية

(1) خالد سمارة الزعبي، تشكيل المجالس المحلية وأثره على كفايتها في نظم الإدارة المحلية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1984، ص 141.

(2) عمار عوا بدي، القانون الإداري، الجزء الأول، النظام الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر 2005، ص 260.

(3) خالد سمارة الزعبي، المرجع السابق، 140.

المهام الموكلة لها، إضافة إلى ضرورة أن يتم التمثيل المناسب لكل التشكيلات السياسية في المجلس اللجان، فمراعاة كافة هاته زيادة فعالية عمل اللجان.

كما أتاح المشرع للجان المجالس المحلية إمكانية إستعانة بكل شخصية محلية أو خبير في المسائل التي تتطلب قدرا من الخبرة في المجالات المتخصصة ذلك بهدف إعدادا تقارير ذات فاعلية أكثر⁽¹⁾، فدور لجان يمثّل أساسا في تسهيل عمل المجالس الشعبية المحلية لا سيما وأن المسائل التي تعالجها تكلف بها من طرفه، ويختصر دور اللجان في إعداد تقارير ودراسات تقنية دقيقة تساهم في فعالية القرارات الصادرة عن مداولات المجلس⁽²⁾، وهنا يثور التساؤل حول مدى إلتزام المجلس الشعبي المحلية بالتقارير التي تعدها اللجان، فن واقع أحكام قانون الجماعات المحلية نخلص إلى أن التقارير التي تعدها اللجان تعتبر آراء وإقتراحات فقط ولا تنسم بأي صفة إلزامية، إذا يمكن أثناء جلسات المجلس الشعبي البلدي أن ترفض إقتراحات اللجان ويتم إعتتماد مقترحات أخرى إذا حازت على موافقة أغلبية الأعضاء المجلس المحلي .

المبحث الثاني

فاعلية اللجان في قرارات المجالس المحلية تكريس لديمقراطية اللامركزية الإقليمية

يعد الدور الذي تقوم به اللجان دورا محوريا ومؤثرا على المستوى المحلي ذلك من خلال ما تعده من تقارير، إحصائيات ودراسات وما تجريه من تحقيقات تساهم في الكشف عن الحقائق ودعم للمجلس بكافة المعطيات الضرورية حتى يتسنى له اتخاذ

(1) المواد 35 و36 نفس المرجع.

(2) عبد الرزاق الشخيلي، الإدارة المحلية، دراسة مقارنة، دار المسير للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2001، ص195.

القرار الصائب، ومن خلال ذلك يبدو جليا أهمية دور هاته اللجان وتأثيرها المباشر على أعمال المجلس.

المطلب الأول: تصنيف لجان المجالس المحلية وفقا لأحكام قانون البلدية والولاية

بالنظر للدور الهام الذي تقوم به لجان المجالس المحلية أولى المشرع لها أهمية بالغة فحاول تنظيمها وضبط عملها من خلال نصوص وأحكام قانون البلدية والولاية، وتأسيسا على هذا قسم المشرع للجزائري لجان المجالس المحلية إلى لجان دائمة تنشأ مع بداية العهدة الانتخابية واخرى خاصة تنشأ لتنفيذ مهام محددة، هذا على النحو التالي:

الفرع الأول: اللجان الدائمة

هي تلك اللجان التي تنشأ مع بدء العهدة الانتخابية للمجالس المحلية وتستمر مادام المجلس مستمرا في عمله وتنتهي بانتهائه، وقد ألزم المشرع على مستوى البلدية المجلس الشعبي البلدي بتكوين لجان دائمة من بين أعضائه المنتخبين تنشأ مع بدء العهدة الانتخابية للمجلس وتستمر مادام المجلس في عمله وتنتهي بإقصاصه أو حله، حيث تستحدث اللجان الدائمة حسب المادة 32 من قانون البلدية بناء على إقتراح من رئيس المجلس الشعبي البلدي، وبموافقة الأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس، ثم تعد اللجنة بعد ذلك نظامها الداخلي وتعرضه على المجلس للمصادقة عليه⁽¹⁾. وقد نص قانون البلدية 10-11 على اختصاصات محددة تضطلع بها اللجان الدائمة وهي على النحو التالي:

- الإقتصاد والمالية والإستثمار،
- الصحة والنظافة وحماية البيئة،
- تهيئة الإقليم والتعمير والسياحة والصناعة التقليدية،
- الري والفلاحة والصيد البحري،

(1) المادة 38 من المرسوم التنفيذي رقم 105-13 المؤرخ في 17 مارس 2013 والمتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي.

- الشؤون الاجتماعية والثقافية والرياضية والشباب.
ويمكن للجنة واحدة التكفل بعدة ميادين كما يمكن أن ينقسم ميدان واحد إلى
ميادين فرعية مختلفة تتكفل بها لجان أو عدة لجان مختلفة وذلك بحسب طابع وعدد
اللجان المحددة لمجلسها قانونا. ويتحدد عدد اللجان الدائمة وفقا لتعداد السكاني للبلديات كما
يأتي:

- ثلاثة لجان بالنسبة للبلديات التي يبلغ عددها 20,000 نسمة أو أقل
 - أربع لجان بالنسبة للبلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 20,001 إلى 50,000 نسمة
 - خمس لجان بالنسبة للبلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 50,001 إلى 10,000 نسمة .
 - ست لجان بالنسبة للبلديات التي يفوق عدد سكان 100,000 نسمة⁽¹⁾.
- ونلاحظ من خلال النصوص السابقة أن المشرع لم يحدد بقانون البلدية عدد
أعضاء اللجان الدائمة فقد إكتفى بذكر عددها دون أن يتناول بالذكر أي تفاصيل خاصة
فيما يتعلق بعدد الأعضاء وشروط تعيينهم، وترك تنظيم هذه المسألة للمجلس الشعبي
البلدي، وهو أمر طبيعي لأن حجم اللجنة يرتبط بعدة إعتبارات تختلف من مجلس إلى
لآخر، كحجم المجلس ونوع اللجنة وطبيعة المهام الموكلة لها⁽²⁾.

(1) المادة 31 من قانون رقم 11-10، المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتضمن قانون البلدية.
(2) يثير حجم اللجان جدلا بين مؤيدي الأهداف الإدارية وأنصار الأهداف الديمقراطية، فيرى أنصار
الأهداف الديمقراطية أن الحجم المناسب للجنة هو الحجم الكبير لأنه يمثل كل الاتجاهات السياسية، لا
سيما وأن للجان دور أساسي في تحضير أعمال المجلس وبهذا تعكس توصيات وأراء المنتخبين في أعمال
اللجان، في حين يذهب مؤيدي الأهداف الإدارية إلى القول أن الحجم الكبير للجنة يعطل أعمالها، لأن
كثرة الأعضاء تؤدي لعدم اتفاقهم وإلى كثرة النقاش بينهم فلا تحسم الأمور بسرعة، إضافة إلى أنه
ليس من الضروري تمثيل كل الاتجاهات السياسية في اللجان لأن التمثيل على مستوى المجالس كاف،
=

أما بالنسبة للولاية فينشأ المجلس الشعبي الولائي لجان دائمة بموجب مداولة تتخذ بالأغلبية المطلقة لأعضائه بناء على اقتراح من رئيسه أو من الأغلبية المطلقة للأعضاء، وتستمر في أداء مهامها مادام المجلس مستمرا في عمله وتنتهي بانتهاء عهده أو حله، وتنتول للجان المجلس الولائي الدائمة إعداد نظامها الداخلي والمصادقة عليها وفقا لما جاء بنص المادة من قانون الولاية " تعد كل لجنة نظامها الداخلي وتصادق عليه"، ذلك خلافا لما ورد بقانون البلدية 10-11، حيث أن لجان المجلس الشعبي البلدي تعد نظامها الداخلي ثم تعرضه على المجلس للمصادقة عليه المادة 32 من قانون البلدية 10-11 الفقرة الثانية " تعد اللجنة نظامها الداخلي وتعرضه على المجلس الشعبي البلدي للمصادقة ."

وتشمل اختصاصات اللجان الدائمة المجلس كافة اختصاصات المجلس الشعبي الولائي فتتولى بذلك مناقشة جميع المسائل التابعة لاختصاصه، إلا أنه من جهة أخرى نجد أن المشرع فرض على أعضاء المجلس تشكيل لجان في الاختصاصات التالية:

- التربية والتعليم العالي والتكوين المهني،
- الإقتصاد والمالية،
- الصحة والنظافة وحماية البيئة،
- الإتصال وتكنولوجيا الإعلام،
- تهيئة الإقليم والنقل،
- التعمير والسكن،
- الري والفلاحة والغابات والصيد البحري والسياحة،
- الشؤون الإجتماعية والثقافية والشؤون الدينية والوقف والرياضة والشباب،
- التنمية المحلية والتجهيز والإستثمار⁽¹⁾.

مادام هو الذي يملك سلطة القرار من خلال مداولاته وليس اللجنة .

(1) المادة 33 من قانون الولاية 07-12.

وبالمقارنة مع قانون الولاية السابق 90-09 نجد أن المشرع رفع عدد اللجان من ثلاثة إلى تسعة لجان وفصل في اختصاصاتها، وهذا من شأنه أن يجنب الوقوع في تنازع الاختصاص بين اللجان ويفتح المجال لأكثر عدد من أعضاء المجلس الولائي للمشاركة في اللجان ومن ثم رفع مستوى أدائها، ذلك لأن إحالة المسائل إلى اللجان المختصة يعطي المجلس فرصة اتخاذ قرار مدروس بعيد عن القرارات الارتجالية، كما أن قلة عدد أعضاء اللجنة يسمح لها بمناقشة المسائل المطروحة على المجلس مناقشة فعّالة وإيجاد الحلول الناجمة لها ذلك أنها تناقش الأمور التفصيلية والتقنية والدقيقة لأي مسألة.

الفرع الثاني : اللجان الخاصة

أجاز المشرع للمجالس المحلية إمكانية تشكيل لجان خاصة إلى جانب اللجان الدائمة، فعلى غرار هذه الأخيرة فإن اللجان الخاصة تنشأ بناء على إقتراح من رئيس المجلس وبموافقة من أغلبية الأعضاء وذلك بهدف دراسة قضايا خاصة أو ظرفية، ويحدد المجلس المهام المنوطة بها والأجال الممنوحة لأدائها، وقد نصت في ذلك المادة 38 من قانون البلدية بالقول: "...يمكن للمجلس الشعبي البلدي أن ينشأ لجانا خاصة عند الحاجة، بموجب مداولة تتخذ بالأغلبية المطلقة للأعضاء بناء على إقتراح من رئيسه لمعالجة قضايا خاصة أو محدودة زمنيا..."، وهو ذات السياق الذي ذهب إليه المشرع على مستوى الولاية حيث نصت المادة 38 من النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي الولائي "يمكن للمجلس أن يشكل عند الحاجة، لجانا خاصة بموجب مداولة تتخذ بالأغلبية المطلقة لأعضائه لمعالجة قضايا خاصة أو محدودة زمنيا..."،

إلى جانب اللجان الدائمة والخاصة نجد أن المشرع بالمادة 35 من قانون الولاية 12-07 منحت لرئيس المجلس الشعبي الولائي أو ثلث أعضائه الممارسين إمكانية إنشاء لجان تحقيق، نظرا لأنه في بعض الأحيان تستدعي الظروف إنشاء هذه مثل هذه اللجان بهدف الكشف عن حقائق، أو غموض أو إبهام يكتنف قضية ما.

ويتم التصويت على لإنشاء لجان التحقيق بالأغلبية المطلقة لأعضاء المجلس الحاضرين.

وقد ألزم المشرع السلطات العمومية المحلية بتقديم يد المساعدة لهذه اللجان، وذلك بغرض تفصي الحقائق حول أي مسألة تدخل في المصالح العمومية الولائية، وتشرع اللجنة في أشغالها بعد إعلام الوزير المكلف بالداخلية وبمجرد أن تصبح المداولة نافذة⁽¹⁾. وتقدم اللجنة الخاصة نتائج أعمالها إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي⁽²⁾، ولم يحدد المجلس عدد أعضاء اللجنة تاركا ذلك أيضا للمجلس الشعبي البلدي⁽³⁾.

المطلب الثاني: مساهمة اللجان في تكريس الديمقراطية وفعالية المجالس المحلية

تمثل اللجان وسيلة ناجعة تسهم بصورة فعالة في عمل المجالس المحلية لا سيما من خلال تحصين قرارات المجالس من الارتجال والتسرع المفضي إلى الوقوع في أخطاء، وعلى هذا الأساس أكد المشرع الجزائري من خلال قانون البلدية والولاية على ضرورة إنشاء لجان بالمجالس المحلية من بين الأعضاء المنتخبين، وإذا كان الأصل أن يكون جميع أعضاء اللجنة أعضاءً بالمجلس المحلي أي منتخبين إلا أننا بالرجوع إلى قانون البلدية 10-11، نجد أنها فتحت المجال إلى إمكانية الاستعانة بعناصر من خارج المجلس بحكم كفاءاتهم أو خبرتهم أو طبيعة نشاطاتهم والذين من شأنهم تقديم أي مساهمة مفيدة لأشغال المجلس لتدارك الكفاءات الناقصة، وهو ما أكدته أيضا المادة 36 من قانون الولاية 07-12. ولا شك في أن لجوء لجان المجالس الشعبية للاستعانة بخبراء سواء

(1) المادة 39 من النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي الولائي .

(2) تقدم اللجنة الخاصة النتائج التي توصلت إليها إلى رئيس المجلس البلدي، على الرغم من أن إحداثها كان بموجب مداولة مصادق عليها من أغلبية أعضاء المجلس وهو مكلفها بأداء مهام محددة، فكان من باب أولى أن تقدم اللجنة نتائج أعمالها إلى المجلس، درءا لتستر على أي تجاوز قد يقع وحصرا لانتشار الفساد، وتفعيلا لرقابة الشعبية.

(3) المادة 33 من قانون البلدية 10-11.

أشخاص أو هيئات يعد تجسيدها لمبدأ المشاركة الشعبية في التسيير وهو أحد مؤشرات الحكم الرشيد.

إن إجازة المشرع للجان المجالس المحلية إمكانية مساهمة غير المنتخبين يجعل منها أدوات لمشاركة المواطنين لتحضير لأعمال المجلس وفرصة الإطلاع المستمر على أعماله ومشاريعه ومراقبه منتخبيهم بصفة فعالة، فلجان المجالس أصبحت تمثل آلية لتحقيق تمثيل متنوع لم يتمكن المجلس المنتخب من تحقيقه، فالجلاس المنتخبة قد تعكس كافة الأطياف والإتجاهات السياسية، لكن دون أن تتمكن من تمثيل كل الفئات الإجتماعية على المستوى المحلي، ومن خلال ذلك تكون قرارات اللجان مبنية على آراء مختلف الفئات مما يعزز الممارسة الديمقراطية، وعلى الرغم من ما يمكن أن يساهم فيه مشاركة المواطنين في أشغال اللجان من إرساء لمبادئ الديمقراطية والحكم الرشيد، نجد في المقابل المشرع قيد هاته المشاركة من خلال ربطها بالسلط التقديرية لرؤساء المجالس المحلية .

اعتمادا على النظام الداخلي للجان المجالس المحلية والذي يتحدد على أساسه إجراءات عمل وصلاحيات اللجان، تباشر هذه الأخيرة مهامها من خلال اجتماعات دورية تتم بناء على طلب من أغلبية الأعضاء أو استدعاء من قبل رئيس اللجنة، الذي يتم انتخابه من بين أعضائها رفقة نائب له وعضو مقرر. ويرفق الاستدعاء الموجه للأعضاء مع جدول الأعمال وهو أمر ضروري حتى يتمكن أعضاء اللجان من التحضير للاجتماع ضمانا لفاعلية أعمال اللجان.

وتختلف تعداد اجتماعات لجان المجلس بحسب طبيعتها وحسب المهام الموكلة إليها، ما يتطلب اجتماعها بشكل مستمر اعتبارا من أهمية دورها وهو ما يستدعي المناقشة الدقيقة والاطلاع الجيد بكل ما يتعلق بالموضوع حتى تكون اقتراحاتها سليمة وموضوعية. وتجتمع اللجان خلال الفترات الفاصلة بين دورات المجلس، وتحدد كل لجنة الرزنامة المرتبطة بها دون التداخل مع الدورات العادية للمجلس وفي حال انعقاد

دورة استثنائية تتوقف أشغال اللجان تلقائية لتستأنف بعد اختتام هذه الدورة بما يناسب أعضاء هذه اللجان ووفقا لبرامجها. وتم أشغال اللجان بصورة سرية، حيث تتم داخل مقر البلدية أو الولاية . وتختتم اللجان أعمالها بإعداد تقارير كتابية تضم أهم ما توصلت إليه اللجنة من اقتراحات واستشارات، ويوقع جميع أعضاء اللجنة على هذا التقرير، ويدون في سجل خاص مؤثر من طرف رئيس المجلس، وتعرض التقارير التي تعدها اللجنة على كل أعضاء المجلس ليطلعوا عليها خلال اجتماعات المجلس.

خاتمة:

من خلال ما سبق يتبين ذلك الدور المحوري الذي تلعبه اللجان على المستوى المحلي، فلجان المجالس المحلية سواء الدائمة أو الخاصة تلعب دورا هاما نحو تحقيق ديمقراطية تشاركية فعلية، من خلال تمثيل كافة الأطياف السياسية وكذا إشراك المواطنين المحليين من ذوي الخبرة والكفاءة في اجتماعاتها والمساهمة في التحضير لأشغال المجلس، هذا إلى جانب دورها الأساسي في الكشف عن الحقائق وإمداد المجلس بكافة التقارير والإحصائيات الضرورية ليتمكن بدوره من اتخاذ القرارات الناجمة نحو تسيير راشد لشؤون المحلية، واعتبارا من هذا عمل المشرع الجزائري على ضبط وتنظيم هاته اللجان من كافة النواحي حتى لا تحيد عن الدور الرئيس الذي تلعبه، إلا أننا رغم ذلك نلحس عدد من الثغرات تعد حاجزا أمام فعالية أكثر لدور اللجان، ولعل من أهمها عدم إلزامية تقارير اللجان، فللمجلس أن يضرب بها عرض الحائط اعتبارا من أن دورها لا يتعدى الدور الاستشاري، وهو ما يجعل من كافة أعمال هذه اللجان دون جدوى وهو ما يجب تداركه لتمكين هاته اللجان من أداء دور فعال.

قائمة المراجع

- (1) خالد سمارة الزعبي، تشكيل المجالس المحلية وأثره على كفاءتها في نظم الإدارة المحلية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1984.

- (2) عبد الرزاق الشبخلي، الإدارة المحلية، دراسة مقارنة، دار المسير للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2001.
- (3) عبد العزيز صالح بن حبتور، الإدارة العامة المقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2000.
- (4) عبد القادر باينة، المختصر في القانون الإداري المغربي، الكتاب الأول، المغرب، دن، 1987.
- (5) علي خاطر الشنطاوي، الإدارة المحلية، دار وائل لنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الأردن.
- (6) عمار بوضياف، شرح قانون البلدية، الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- (7) عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الأول، النظام الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر 2005.
- (8) محمد الشافعي ابو راس، القانون الاداي، الجزء الأول، دار عالم الكتاب للنشر، د.س.ن.
- (9) محمد ضيفي، اللامركزية واللامحورية الترابية بالجمهورية التونسية، المطبعة العصرية، تونس، 2010.
- (10) محمد علي الخلايلة، الإدارة المحلية وتطبيقاتها في كل من بريطانيا وفرنسا والأردن ومصر، دار الثقافة، الأردن، مصر، 2009.
- (11) محمد محمود طعامنة وسمير محمد عبد الوهاب، الحكم المحلي في الوطن العربي واتجاهات التطوير، المنظم العربية لتنمية الإدارية، مصر، 2005.
- (12) ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، سطيف، الجزائر، 2008.
- (13) نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1993.

- (14) قانون رقم 10-11، المؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية عدد 37، مؤرخة في 03 يوليو 2011،
- (15) قانون رقم 07-12، المؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية عدد 12، مؤرخة في 29 فبراير 2012.
- (16) المرسوم التنفيذي رقم 13-105 المؤرخ في 17 مارس 2013 والمتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي، الجريدة الرسمية عدد 15، مؤرخة في 17 مارس 2013.

فاعلية الغرامة التهديدية كألية لإجبار الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية

بقلم: بوضياف عبد المالك*

ملخص:

ظاهرة رفض الإدارة تنفيذ القرارات القضائية أصبحت من المواضيع الأكثر أهمية في مجال الإجراءات بمختلف التشريعات. ولأجل معالجة هذه الظاهرة استحدثت المشرع الجزائري آلية الغرامة التهديدية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، وتهدف هذه الدراسة إلى إظهار الطبيعة القانونية لهذه الآلية، ومدى فعاليتها لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية.

Résumé

Le phénomène du rejet par l'administration des décisions juridique est devenue un des sujets de très grande importance dans le domaine des procédures dans différentes législations. Pour remédier à ce problème, le législateur algérien a créé un mécanisme, à savoir l'astreinte, dans la nouvelle loi des procédures civiles et administrative 08-09. L'objet de cet article est de présenter la nature juridique de cet outil et leur efficacité d'obliger l'administration à mettre en œuvre les décisions judiciaires.

* أستاذ مساعد قسم (أ)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة.

مقدمة

مبدأ خضوع الدولة للقانون، يعني أيضا احترامها وخضوعها لأحكام القضاء، واحترام هذه الأحكام في أي دولة من الدول يعبر عن مدى تقدم هذه الدولة. ولا قيام للمشروعية إلا بوجود رقابة قضائية حقيقية على أعمال السلطة الإدارية، والواقع أنه لا قيمة لمبدأ الشرعية في دولة ما، ما لم تقترن بمبدأ آخر هو احترام أحكام القضاء، وضرورة تنفيذها؛ لأن الحماية القضائية لا تتعقد إلا بتنفيذ الأحكام القضائية، فلا قيمة لحكم بدون تنفيذ؛ لأن الحكم يعبر عنه بأنه عنوان الحق.

فما جدوى أن تعرض نزاعات أمام القضاء كحلأ حصين للمتقاضين، وبعد سلوك إجراءات طويلة ومعقدة أحيانا في التقاضي للوصول إلى منطوق حكم يقدر حقا لطالبه، ثم لا يجد طريقة إلى التنفيذ!

فتنفيذ الحكم هو النهاية الطبيعية للخصومة، والأهمية ليست في منطوق الحكم وإصداره، بل في الضمانات التي أوجدها المشرع لحل المحكوم عليه على تنفيذ الحكم القضائي، أو التنفيذ ضده بالقوة إن اقتضى الأمر ذلك؛ لأن الإخلال بمبدأ احترام أحكام القضاء يعد مبدءا المشروعية، فيجب الاعتراف بأن الأحكام القضائية هي أحكام واجبة الاحترام من الحاكم والمحكوم على السواء، وعلى جميع الهيئات العامة من الرئيس إلى أبسط موظف احترامها.

والإدارة رغم أنها ملزمة بمقتضى ما للأحكام القضائية من حجية لتنفيذها، إلا أنها غالبا ما تتجاهل الالتزام تجاهلا نلهمسه في مظاهر متنوعة، بدءا بالتباطؤ في التنفيذ أو التأجيل غير المبرر، مروراً بإساءة تنفيذ الحكم القضائي، أو تنفيذه تنفيذا ناقصا على غير ما ابتغاه منطوقه، وانتهاء بالرفض الصريح، وهو أشد أنواع التعسف في استعمال السلطة.

أهمية الدراسة: أمام استفحال ظاهرة امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام والقرارات

القضائية، كان لزاما على المشرع أن يتدخل لوضع حد لهذه الظاهرة؛ لأن اتساعها يضع دولة القانون على المحك. وفي هذا الإطار تكاد المقولة الخالدة لرئيس وزراء بريطانيا- وينستون تشرشل- أن تعفينا عن كل تعليق، لما عرض عليه حكم منع الطائرات من التحليق قرب المحكمة أثناء انعقاد الجلسات حتى تنقضي، فقال كلمة شهيرة: "لا بد من تنفيذ الحكم فإنه أهون أن يكتب التاريخ أن إنجلترا قد هزمت في الحرب، من أن يكتب فيه أنها امتنعت عن تنفيذ حكم قضائي"، فالقانون ليس غاية في حد ذاته بل هو وسيلة لتحقيق غاية يسعى إليها، وهي حماية أشخاصه والمخاطبين به.

ولما كان من الآثار التي تترتب على الأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي به نوعان من الالتزامات على الإدارة:

أولها سلبي: ممثلا في منعها من القيام بأي نشاط يتعارض مع الحكم القضائي، وثانيها إيجابي: وهو أن تسخر جميع إمكانياتها من أجل تنفيذ الحكم القضائي على النحو الذي أراده منطوقة، فالأحكام القضائية من غير تنفيذ هي أحكام عديمة الجدوى، لا تزيد على الالتزامات الأخلاقية التي تحط من قيمة السلطة القضائية فتجعلها فنا من الفنون الجميلة. فلو تناهى إلى علم المتخاصم أن الحكم الذي كابد للحصول عليه مآله أدراج المحضر القضائي، أو النائب العام، أو أرشيف وزارة العدل، ما لجأ إلى القضاء، وهي دعوة صريحة إلى الفرد أن يقتصر حقه بنفسه.

مبرات تدخل القضاء لفرض أحكامه

وتكريسا لهذه القيم فإن المشرع تدخل باستحداث آليات هامة بنقل عدالة القضاء من محيطها النظري، إلى ميدان التطبيق، وهذا الذي أشار إليه رئيس الجمهورية عبد العزيز بوتفليقة في كلمته أمام القضاة بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2002/2001: "إن النصوص لا قيمة لها إلا بالتطبيق وبالنحو الذي تطبق عليه".

إضافة إلى ذلك فإن احترام أحكام القضاء مبدأ دستوري، وهذا الذي تناولته المادة 145 من دستور 1996: "على كل أجهزة الدولة المختصة، في كل وقت، وفي كل مكان، وفي جميع الظروف تنفيذ أحكام القضاء".

فالقانون ليس غاية في حد ذاته، بل وسيلة لتحقيق غاية وهي تحقيق العدالة واستقرار المراكز القانونية للمخاطبين به، وهي غاية تناشدها كل الأنظمة القانونية.

والنظام والاستقرار لا تقوى على تجسيده إلا سلطة قوية، تستمد قوتها من الآليات التي منحها إياها القانون، وهذا الذي ذهب إليه المشرع الجزائري لما استحدث آلية توقيع الغرامة التهديدية.

من هنا نصل لطرح الإشكال الرئيس التالي: ما مدى فعالية الغرامة التهديدية كآلية مستحدثة لإجبار الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية الصادرة ضدها؟

ونتفرع عن هذا الإشكال الرئيسي التساؤلات الجزئية الآتية: - ما الذي يميز الغرامة التهديدية عن الآليات التقليدية؟ وهل استحداثها كان نتيجة قصور تلك الآليات أم أنها من مقتضيات التطور القانوني؟

- وإذا كان المشرع قد قيد اللجوء إلى تطبيق الغرامة التهديدية بشروط، فما مدى تأثير تلك الشروط على فعاليتها كآلية لإجبار الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية؟ للإجابة عن هذه التساؤلات تأتي دراستنا وفق خطة منهجية تتألف من محورين:

المحور الأول: يتناول الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية من حيث تعريفها ومميزاتها، أما المحور الثاني فيتضمن شروط الحكم بها وسلطة القاضي الإداري في ذلك.

المحور الأول

الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية

لما ثبت بالدليل أن الإدارة تتبع أسلوب التراخي، والتباطؤ كحيلة لعدم تنفيذ القرارات القضائية، فإن المشرع قد سن لها نظاما كجزاء يتناسب وطبيعة تصرفها السليبي تجاه الأحكام القضائية.

والفضل يرجع إلى القضاء الفرنسي الذي طبق نظام الغرامة التهديدية في حكم محكمة النقض بتاريخ 1834/01/29 رغم أن هذا الحكم يومها يفتقر للسند التشريعي إلا أنه كان من علامات سن نظام الغرامة التهديدية، وبصدور القانون رقم 626/72 المؤرخ 72/07/05 صار للآلية سند قانوني.

ونظرا لفعاليتها في الحصول على تنفيذ الالتزامات، فإن المشرع الجزائري حول القاضي المدني هذه الآلية بهدف الضغط ماليا على المدين لمله على تعجيل تنفيذ التزامه، بخلاف القاضي الإداري الذي كان يحجم عن حمل الإدارة على تنفيذ التزاماتها تحت طائلة الغرامة التهديدية، مما أبقى على سبيل واحد أمام المتقاضين يمثل في حققة في طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء امتناع الإدارة على تنفيذ الأحكام القضائية.

وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 يكون قد وضع حدا لهذا الحظر، رغم انخلاف الفقهي الذي ثار حول إمكانية الحكم بها وتوقيعها ضد الإدارة. ونظرا لأهمية هذه الوسيلة التي يعول عليها القضاء في بسط أحكامه ستولى هذه الدراسة الإجابة عن التساؤلات السابق ذكرها.

أولا: تعريف الغرامة التهديدية

باستقراء النصوص القانونية المتعلقة بنظام الغرامة التهديدية، نسجل أن المشرع

الجزائري لم يقدم لها تعريفا قانونيا، وإنما اكتفي ببيان الأحكام التشريعية المنظمة لها كنظام قانوني، إذ وضع شروط الحكم بها والجهة المختصة بذلك، إلى جانب الآثار المترتبة عن الحكم من خلال المواد 980-988 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وأمام سكوت المشروع عن تعريف الغرامة التهديدية كان لزاما الرجوع إلى الفقه والقضاء.

أ- التعريف القضائي للغرامة التهديدية:

في قرارها الصادر بتاريخ 08 أفريل 2003، ملف رقم 14989، عرفت الغرفة الخامسة لمجلس الدولة الغرامة التهديدية كما يلي: "الغرامة التهديدية التزام ينطق به القاضي كعقوبة وبالتالي فإنه ينبغي أن يطبق عليها مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات وبالتالي يجب سنها بقانون"⁽¹⁾. هذا التعريف يفتقر إلى السند القوي؛ نظرا لأن التشريعات الجنائية في الكثير من دول العالم لم تعط الامتناع عن التنفيذ التكييف الخاص به فلا عقوبة إلا بنص.

ب- التعريف الفقهي للغرامة التهديدية:

إن المتتبع لكتابات فقهاء القانون يجد أنهم قد تناولوا مسألة الغرامة التهديدية، بشكل موجز ومختصر، والملفت للانتباه أن جل تعريفاتهم قد جاءت متشابهة، الأمر الذي يجعلنا نكتفي بذكر البعض منها:

1- الغرامة التهديدية: "مبلغ من المال يحكم القاضي على المدين بدفعه عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أي وحدة زمنية أخرى يمتنع فيها المدين عن التنفيذ العيني الذي حكم به مقترنا بتلك الغرامة"⁽²⁾.

(1) بوابة القانون الجزائري لموقع وزارة العدل الجزائرية. www.majustice.dz

(2) جلال علي العدوي - أصول أحكام الالتزام والإثبات - منشأة المعارف - الإسكندرية - 1996، ص 81

2- الغرامة التهديدية: وسيلة غير مباشرة لتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به وكذا وسيلة لحمل وإجبار الإدارة على تنفيذ تلك القرارات، والقاضي الإداري هو من يقوم بتوقيعها ضد الإدارة، ولا يعتبر هذا تدخلا منه ضد الإدارة ولا هو يحل محلها في شيء ولا يمس بمبدأ الفصل بين السلطات، ولكنه لا يفعل سوى أن يذكر الإدارة بالتزاماتها الأساسية المتمثلة في احترام مضمون قوة الشيء المقضي به مع إلباس هذا التذكير ثوب التهديد والتحذير الرسمي⁽¹⁾.

3- الغرامة التهديدية: هي وسيلة لإكراه المدين وحمله على تنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه عينا متى طالها الدائن. وصورتها أن يلزم القضاء المدين لتنفيذ الالتزام بعمل أو امتناع عن العمل أيا كان مصدره. ويمهله لذلك مدة زمنية، فإن تأخر عن الوفاء ألزمه بدفع غرامة عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو وحدة زمنية يعينها وذلك متى كان التنفيذ العيني ما زال ممكنا، ويقتضي لذلك تدخل المدين شخصيا⁽²⁾.

4- الغرامة التهديدية: هي "تقرير القضاة لمبلغ مالي لفائدة الدائن، وبطلب منه، يضطر الممتنع عن التنفيذ بأدائه عن كل فترة زمنية الالتزام على أنه جرى العرف القضائي على تحديدها بالأيام"⁽³⁾.

5- الغرامة التهديدية: هي إدانة مالية على المحكوم عليه المدان بدفع مبلغ مالي، ويحدد عن كل يوم تأخير إلى غاية تنفيذ الالتزام الملقى عليه⁽⁴⁾.

ثانيا: مميزات الغرامة التهديدية

تتميز الغرامة التهديدية بأنها ذات طبيعة قسرية، تجبر المدين على التنفيذ وتحذيره

(1) منصور محمد أحمد - الغرامة التهديدية كجزء لعدم تنفيذ أهم القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية 2002 ص16.

(2) عبد الرزاق السنهوري: الوسط في القانون المدني ج2 - دار النهضة العربية للنشر - مصر - ط2 - 1982 ص1052.

(3) غنای رمضان: موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية، مجلة مجلس الدولة، العدد الرابع، 2003، ص147.

(4) Vincent jean: voix d'exécution et procédure de Distribution 19édition dalloz 1999 p25.

بالالتزامات المالية التي سوف تثقل عاتقه في حالة امتناعه عن تنفيذ الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به، فلا تهدف في الواقع إلى معاقبة السلوك الماضي للإدارة، لكنها تهدف إلى حث الإدارة على التنفيذ⁽¹⁾، ومن جملة خصائصها ما يلي:

أ- الغرامة التهديدية مقترنة بسلطة القاضي الإداري في توجيهه الأوامر التنفيذية

إلى الإدارة:

بعدما رفع الحظر على القاضي الإداري بأن يوجه الأوامر للإدارة، هذه الأوامر قد تكون احترازية، بمعنى أن القاضي يوجهها إلى الإدارة في حكمه الأول الصادر في دعوى الإلغاء، وقد تكون أوامر لاحقة على صدور الحكم بالإلغاء، مع العلم أن سلطة القاضي الإداري بتوجيه أوامر تنفيذية - احترازية أو لاحقة سلطة غير مباشرة، بمعنى أن القاضي لا يستطيع أن يمارسها من تلقاء نفسه، حتى لو تراءى له أن تنفيذ الحكم يستلزم توجيه تلك الأوامر. بل لا بد من طلب يقدم إليه صراحة من ذوي الشأن⁽²⁾

ب- الغرامة التهديدية ذات طبيعة تحكيمية وقسرية:

الغرامة التهديدية ليس من ورائها معاقبة الإدارة على امتناعها عن تنفيذ الحكم الصادر ضدها، ولكنها تهدف إلى حثها على التنفيذ، بما لها من طبيعة قسرية وطبيعة تحكيمية.

فهي تقدر من قبل القاضي تقديرا تحكيميا، حيث يتحدد مبلغها من قبل القاضي بحرية كاملة، لا قيد له سوى قدرة المدين على المقاومة أو المماطلة في التنفيذ، والقدر الذي يرى أنه فعال في الوصول إلى الغاية، فسلطة القاضي في هذا المجال واسعة جدا، إذا استطاع أن يرفع من قيمة الغرامة التهديدية إلى درجة الطابع التهديدي القسري.

(1) منصور محمد أحمد، المرجع السابق، ص 19.

(2) عصمت عبد الله الشيخ، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 87.

ج- الغرامة التهديدية ذات طابع مؤقت:

إن الحكم بالغرامة التهديدية لا يكون واجب التنفيذ حتى وإن صدر من محكمة آخر درجة، فعلة تنفيذها مرتبطة وجودا وعدما بموقف المدين الذي لا يخرج عن حالتين: إما الوفاء، وإما الإصرار على التخلف، ومتى اتضح للقاضي هذا الموقف قام بتصنيفه الغرامة التهديدية، فهي ليست إلا وصفا مؤقتا مصيره الزوال؛ لذلك لا يستطيع الدائن أن يقوم بالتنفيذ ليحصل على مبلغ الغرامة المالية المحكوم بها⁽¹⁾.

د- الغرامة التهديدية لا يمكن تحديد مقدارها الإجمالي يوم صدور الحكم:

إن عدم معرفة زمن امتناع أو تماطل المدين عن تنفيذ التزامه يؤدي لزاما إلى تقدير الغرامة التهديدية بوحدة زمنية يحددها القاضي، مادام المدين لم يقم بالتنفيذ، وهنا يترك توقيع هذه الغرامة إحساسا في نفسه أن متاعبه تتضاعف.

ثالثا: موقف التشريع والقضاء الجزائري من الغرامة التهديدية

في بداية الأمر لم يكن لتطبيق الغرامة التهديدية أي سند قانوني؛ لذلك تعرضت لانتقادات عنيفة من جانب كبير من فقهاء القانون، الذين أنكروها جملة وتفصيلا، إلا أن الفضل يعود إلى اجتهادات القضاء الفرنسي في إعمال فكرة الغرامة التهديدية.

أ- موقف المشرع الجزائري من الغرامة التهديدية:

نص المشرع الجزائري عليها ضمنا في المادة 741 من القانون المدني، والتي تجيز للجهات القضائية بناءً على طلب الخصوم توقيع الغرامة التهديدية في حدود اختصاصها دون تحديد المقصود بالجهات القضائية، ولكن واستنادا على عمومية النص فلا مانع من توقيعها على الإدارة. كما أعطها طابعا يختلف عن التعويض وعن العقوبة، إذ عدها وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني، وهي وسيلة لضمان تنفيذ بعض الأحكام.

(1) جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مطبعة الإسراء، 2000، ص 102.

بد موقف القضاء الجزائري من الغرامة التهديدية⁽¹⁾:

كان القضاء الجزائري أول الأمر مترددا بين الرفض والإجازة، إذ يرفض توقيعها أحيانا على الإدارة، وهذا الذي تؤكد بعض الأحكام والقرارات القضائية الصادرة من المحاكم المختصة منها:

قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2003/04/08 والذي قضى فيه: "الغرامة التهديدية ينطق القاضي بها كعقوبة، وبالتالي ينبغي تطبيق مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات عليها أي يجب سنها بقانون، ولا يجوز للقاضي الإداري النطق في المسائل الإدارية بالغرامة التهديدية مادام لا يوجد قانون يرخص بها".

ويجيزها في قرار آخر أصدره مجلس الدولة بتاريخ 1999/03/08 في قضية بلدية ميلة ضد السيد (ب)، إذ أيد قرار مجلس قضاء قسنطينة القاضي بتصفية الغرامة التهديدية المحكوم بها ضد الإدارة مع القول بأن الغرامة التهديدية تسري من يوم صدور القرار إلى غاية الاتفاق الجديد⁽²⁾.

إلا أن هذا الموقف المتذبذب قد وضع له قانون الاجراءات المدنية والادارية 08-09 حدا، حيث نص صراحة على توقيع الغرامة التهديدية على الادارة.

وبالتبني الصريح للغرامة التهديدية من قبل المشرع الجزائري يكون اللبس قد زال، إذ أعطاه طابعا يختلف عن التعويض وعن العقوبة، إذ عدّها وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني (أولا)، وهي وسيلة لضمان تنفيذ بعض قرارات القضاء (ثانيا).

1- الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار المدين على التنفيذ العيني:

الأصل في التنفيذ أن يكون عينيا، وأن المدين يجبر عليه مادام ممكنا، لكن في

(1) غنای رمضان، مرجع سابق، ص 145.

(2) لحسن بن الشيخ آت ملویا، دروس في المنازعات الإدارية - وسائل المشروعية، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 498.

بعض الحالات يقتضي إجبار المدين بطريق مباشر جراً على حريته الشخصية. فهل معنى ذلك أن امتناع المدين في هذه الأحوال يجعل التنفيذ مستحيلاً؟

لو كان الأمر كذلك لأصبح التنفيذ العيني في مثل هذه الحالات متوقفاً على محض إرادة المدين⁽¹⁾، في حين أن للدائن حقاً مكتسباً في استفاء حقه عينا⁽²⁾.

وحتى تتم الموازنة بين عدم ملاءمة التنفيذ الجبري المباشر، وبين حق الدائن في التنفيذ العيني، تدخل المشرع الجزائري بأن منح للدائن حق المطالبة بالغرامة التهديدية، وهو ما تناولته المواد 980-988 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09.

2- الغرامة التهديدية كوسيلة لضمان تنفيذ بعض أحكام القضاء:

استناداً إلى المواد 980 إلى 988 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنظمة للغرامة التهديدية، وكذلك المادة 340 من قانون الإجراءات المدنية - السابق-، تحت باب بعنوان: التنفيذ الجبري لأحكام المحاكم والمجالس القضائية، والعقود الرسمية، يتضح جلياً أن الغرامة التهديدية هي وسيلة من وسائل التنفيذ وهي بالمقابل مجرد إكراه مالي للضغط على المدين الممتنع عن التنفيذ قصد إرغامه على التنفيذ، وبالتالي هي ليست عقوبة ولا جزاء، وإنما هي وسيلة من وسائل التنفيذ المباشر.

المحور الثاني

شروط الحكم بالغرامة التهديدية وسلطة القاضي الإداري في ذلك

لم يترك المشرع الجزائري تطبيق الغرامة التهديدية كآلية لإجبار الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية مطلقاً، بل جعل له شروطاً تضمن فعاليتها من جهة، وتحول دون التعسف في استعمالها من جهة أخرى، كما أنه ولتحقيق التوازن بين حماية حجية أحكام

(1) نبيل إبراهيم لسعد، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، (د.س)، ص36.

(2) نبيل إسماعيل عمر، أصول التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، 1996، ص9.

القضاء وضرورة الحفاظ على مبدأ عدم منح تعويضي عن ضرر واحد، منح المشرع الجزائري سلطة تقديرية للحكم بالغرامة التهديدية.

أولاً: شروط الحكم بالغرامة التهديدية

في كل مرة يحاول المشرع الجزائري، حرصاً منه على تكريس دولة القانون، أن يستحدث آليات ووسائل لها من الأهمية بالقدر الذي يجسد عدالة القضاء، فينقلها من جانبها النظري إلى ميدان الواقع. وحتى تكون أكثر فاعلية فقد منح القاضي الإداري سلطة تقديرية واسعة في توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة، مقابل تعنتها في تنفيذ الأحكام، للضغط عليها مالياً وحملها على تنفيذ الأحكام. غير أن الأمر لم يترك على إطلاقه، بل أحيط بشروط، مخالفتها توجب المساءلة من الجهة المختصة، وتلك الشروط هي:

أ- طلب المحكوم له بتوقيع الغرامة التهديدية:

الأصل أن القاضي لا يوقع الغرامة التهديدية من تلقاء نفسه، وهذا الذي ذهب إليه المشرع الجزائري، حيث اشترط صراحة في نص المادتين 471 و340 ق.إ.م. وذلك إعمالاً بالمبدأ القائل: "بأن القاضي لا يحكم بما لا يطلب منه". إلا ما تعلق منها بالنظام العام؛ لذا يتقدم الدائن طالبا الحكم بالغرامة التهديدية كشرط أول، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي، حيث نجد أنه يمكن للقاضي الإداري أن يوقع الغرامة التهديدية بناءً على طلب الخصوم الصريح أو من تلقاء نفسه إذا اقتنع بذلك، بمعنى أن له سلطة واسعة في هذه المجال⁽¹⁾.

وحتى طلب توقيع الغرامة التهديدية ليس حكراً على أطراف الدعوى، بل يمتد

(1) : chapusrené: droit du contentieux administratif 13. Edition montchrestien, France, 2008, p1172.

تمص المادة 981: "في حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم قضائي، ولم تحدد تدابير التنفيذ، تقوم الجهة القضائية المطلوب منها ذلك، بتجديدها، ويجوز لها تحديد أجل التنفيذ والأمر بغرامة تهديدية".

ليشمل كل شخص معني بالقرار الذي أثار الخصومة.

ب- رفض الإدارة تنفيذ المقرر القضائي الإداري:

نص المادة 981 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية صريح، لكن بمفهوم المخالفة فإن يد القضاء تغل عن توقيع الغرامة التهديدية في حالة إقدام الإدارة على تنفيذ الالتزام، فلا توقع الغرامة التهديدية إلا في حالة رفض الإدارة تنفيذ الحكم الإداري. وهذا شرط آخر.

ج- احترام الآجال في طلب الغرامة التهديدية:

لم يحدد المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية السابق آجالا معينة لطلب توقيع الغرامة التهديدية، لكن في المادتين 987، 988 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حدد الآجال كالتالي:

- انقضاء 3 أشهر عند رفض الإدارة بعد تبليغها رسميا للقرار القضائي الإداري.
- في حالة تحديد الجهة القضائية الإدارية في حكمها محل التنفيذ آجالا للإدارة للتنفيذ فلا يجوز تقديم طلب الحكم بالغرامة التهديدية إلا بانقضاء هذا الأجل.
- في حالة تقديم تظلم إلى الإدارة ورفض هذه الأخيرة للتظلم. فيبدأ عندها حساب الأجل (3) أشهر⁽¹⁾.
- فيما يخص الأوامر الاستعجالية، يجوز تقديم الطلب بشأنها بدون التقيد بأجل.

د- مضمون طلب الغرامة التهديدية القيام بعمل أو الامتناع عنه:

نص المادة 986 الذي يلزم الإدارة بتنفيذ الحكم أو القرار القضائي الإداري الحائز لقوة الشيء المقضي به، الذي يتضمن القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، فهو يلزم الشخص المعني بدفع مبلغ مالي محدد القيمة، يتفق طبقا للأحكام التشريعية

(1) بن عائشة نبيلة، تطور الإطار القانوني لتنفيذ المقررات القضائية الادارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، 2010/2009، ص108.

السارية المفعول، أي طبقا للقانون 91-02 الصادر بتاريخ 8 يناير 1991، المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء⁽¹⁾.

ثانيا: سلطة القاضي الإداري في الحكم بالغرامة التهديدية

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 وخاصة المواد من 980 إلى 988، يتبين أن توقيع الغرامة التهديدية ليست من النظام العام، وبالتالي لا يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، إلا بناءً على طلب الخصوم، وهو في هذه الحالة يتمتع بسلطات تقديرية واسعة؛ فله أن يرفض توقيعها رغم توافر جميع الشروط السابق ذكرها، خاصة أن المواد المشار إليها سابقا تشمل صياغتها عبارة "يجوز"، كما للقاضي سلطة تقديرية في تقدير مبلغها، فليس لها سقف محدد إلا الهدف الذي شرعت من أجله وهو حمل الإدارة على تنفيذ ما صدر ضدها من أحكام قضائية.

لا يعتد القاضي بالضرر الحاصل للمحكوم عليه؛ لأنه قد لا يوجد ضرر ومع ذلك يحكم القاضي بالغرامة التهديدية. فالقاضي يراعي عندئذ: مبلغ الغرامة، خطورة ما يترتب عن التنفيذ من نتائج، وكذا يسر المحكوم عليه، وقدرته المالية ومدى كفايته للتغلب على تعنت الإدارة عن التنفيذ⁽²⁾. هذا لا يعني أن يحكم القاضي بأكثر ما طلبه الخصوم، لعدم مخالفة القانون، إذ لا يجوز للقاضي أن يقضي بمبلغ التعويض النهائي الناتج عن تصفية الغرامة التهديدية، إضافة لحكمة عليه بتعويض وفقا للقواعد العامة. وهذا يخالف المبدأ القاضي "بعدم جواز منح تعويضين عن نفس الضرر".

خاتمة:

في نهاية هذا العرض تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والاقتراحات أهمها:

(1) قرار المحكمة العليا بتاريخ 2005/02/16، المجلة القضائية، العدد (1)، 2005، ص 185.

(2) محمد باهي أبو يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ص 226.

- إن صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 قد فسح المجال للقاضي الإداري وأعطاه صلاحيات، وسلطة تقديرية واسعة، ورفع عنه عقبة الحظر، إذ بإمكانه أن يوجه الأوامر للإدارة، كما يستطيع أن يوقع ضدها الغرامة التهديدية، وهي خطوة جريئة للمشرع الجزائري، وإن كانت متأخرة، أزال ذلك كل الأسباب التي تستدعي عدم تطبيق هاتين الآليتين من أجل إجبار الإدارة على التنفيذ.

- فالحكم القضائي صادر من الدولة وباسم الشعب، فالجميع يجب أن يخضع له، وإلا سادت الفوضى، وتعطلت المصالح، وضاعت الحقوق. ومع ذلك فإن الدراسات الميدانية تشير إلى أن الكثير من الأحكام القضائية لا تجد طريقها إلى التنفيذ لدواع مختلفة.

- سعيا من المشرع الجزائري لتفادي ما سبق ذكره من آثار سلبية لعدم تنفيذ الأحكام القضائية، لجأ إلى استحداث آلية الغرامة التهديدية، وضمها في المواد 980 إلى 988 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي بينت الجزاء الذي يطال الجهة الممتنعة عن تنفيذ أحكام القضاء حتى لو كان المخاطب شخصا معنويا.

أثار النص على الغرامة التهديدية تساؤلات حول طبيعتها القانونية، بين من يعتبرها تعويضا عن الضرر، وبين من يعتبرها وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري، يترتب عليها إجبار الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء. وقد تبين من هذا العرض أن الغرامة التهديدية ليس لها الطابع التعويضي بل هي عقوبة خاصة، بدليل أن تنفيذها والوفاء بها لا يحرر المدين من التزاماته.

- إذا كان من مقومات العدالة التخفيف من إجراءات التقاضي، فقد كان تبني المشرع الجزائري توقيع الغرامة التهديدية قرارا صائبا، فبدونها تتضاعف متاعب القضاة، وبالتبعية فإن الدعاوى القضائية تتراكم ويطول أمدها، وهذا تأييد للنزاع.

- يجب احترام الأحكام القضائية وتنفيذها؛ لأن مخالفة ذلك يعد اعتداءً على المشروعية، باعتبارها أساس قيام الدولة القانونية.

قائمة المراجع

- 1) بن عائشة نبيلة، رسالة ماجستير، تطور الإطار القانوني لتنفيذ المقررات القضائية الإدارية- كلية الحقوق، بن عكنون، 2010/2009.
- 2) ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- 3) جلال علي العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- 4) جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مطبعة الإسرائ، 2000.
- 5) رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- 6) عبد الرزاق السنهوري، الوسط في القانون المدني، ج2، دار النهضة العربية للنشر، مصر، ط2، 1982.
- 7) عصمت عبد الله الشيخ، الوسائل القانونية لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 8) غنای رمضان، موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية، مجلة مجلس الدولة، العدد الرابع، سنة 2003.
- 9) لحسن بن الشيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، وسائل المشروعية، دار هومة، الجزائر، 2006.
- 10) محمد باهي أبو يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر.

- (11) محمد ميرغني خيري، القضاء الإداري ومجلس الدولة مصر، ج1، الطبعة 3، 1991.
- (12) منصور محمد أحمد، الغرامة التهديدية كجزء لعدم تنفيذ أهم القضاء الإداري الصادرة ضد الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
- (13) نبيل إبراهيم لسعد: النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، (د. س).
- (14) نبيل إسماعيل عمر، أصول التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، مصر، سنة 1996.
- (15) مجلة مجلس الدولة، العدد 1، 2002.
- (16) بوابة القانون الجزائري لموقع وزارة العدل الجزائري www.majustice.dz
- (17) أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26/09/75، يتضمن القانون المدني، ج. ر عدد 78 بتاريخ 26/09/1975 معدل ومتمم.
- (18) قرار المحكمة العليا بتاريخ 16/02/2005، المجلة القضائية 2005، العدد (1).
- (19) Vincent jean: vaix d'exécution et procédure de Distribution, 19 édition, dalloz, 1999.
- (20) chapusrené: droit du contentieux administratif 13. Edition montchrestien. France 2008 p1172