



جامعة 8 ماي 1945 – قالمة –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
مخبر الدراسات القانونية البيئية



مداخلات

الندوة الوطنية بعنوان :

'' دور القاضي في سد الفراغ التشريعي بين الحرية والتقييد ''



المنعقدة يوم 07 نوفمبر 2023

بكلية الحقوق والعلوم السياسية

(مجمع هيليو بوليس)

دور الصياغة التشريعية في جودة التشريع

The role of legislative drafting in the quality of legislation

د. فوزية فتيسي

مخبر الدراسات القانونية البيئية، جامعة 8 ماي 1945-

قالمة، الجزائر،

ftissi.fouzia@univ-guelma.dz

الملخص: تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الصياغة القانونية كأداة لتحقيق جودة التشريع، ومن ثمة تحقيق الأمن القانوني، لاعتبار التشريع عمل بشري يقوم به الإنسان أو ما يسمى بالمشرع، والذي لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يصل إلى درجة الكمال بسبب محدودية قدراته، إضافة إلى أن وقائع الحياة غير محدودة، فهي متطورة باستمرار نتيجة التطور المستمر للعلاقات الاجتماعية والتقدم العلمي، لذا لا يتصور أن يتضمنها نص قانوني، مهما كان المشرع حريصا على التنبأ بها من خلال الافتراض لاعتبار هذا الأخير أيضا يتسم بالقصور والمحدودية، لذا يجد القاضي نفسه مجبرا على التدخل لمعالجة هذا القصور في التشريع من خلال الاجتهاد، وتغاديا لذلك ولتضييق معدلات نقاط الخلاف حول مقتضيات النص تفسيرا وتطبيقا، تسعى الدول حديثا لإعطاء أولوية للصياغة القانونية من حيث متطلباتها والمعايير والضوابط والأسس التي تحكمها حتى تكون صياغة جيدة، يتحقق من خلالها الغرض المقصود من القانون بطريقة واضحة ودقيقة، تمكن من التطبيق الأمثل للقانون، وبالتالي ضمان جودة التشريعات.

الكلمات المفتاحية: التشريع، الجودة، الصياغة التشريعية.

Abstract: This study aims to shed light on legal drafting as a tool for achieving the quality of legislation, and thus achieving legal security, because legislation is considered a human work carried out by a person or the so-called legislator, who cannot in any way reach the degree of perfection due to his limited capabilities, in addition to The facts of life are unlimited, and they are constantly evolving as a result of the continuous development of social relations and scientific progress, so it is inconceivable that a legal text includes them, no matter how keen the legislator is to predict them through assumption, because the latter is also considered to be characterized by shortcomings and limitations, so the judge finds himself forced to intervene. To address this deficiency in legislation through diligence, In order to avoid this and to reduce the points of disagreement over the interpretation and application of the text's requirements, countries are recently seeking to give priority to legal drafting in terms of its requirements, standards, controls and foundations that govern it so that it is a good drafting, through which

the intended purpose of the law is achieved in a clear and precise manner, enabling the optimal application of the law, and thus Ensuring the quality of legislation.

Keywords: Legislation, quality, legislative drafting.

مقدمة:

إن مفهوم دولة القانون يعني خضوع الدولة بكافة مؤسساتها ونشاطاتها المختلفة للقانون، وهو ما يصطلح عليه بخضوع الدولة للقانون، لذا فالدولة القانونية هي تلك الدولة التي يكون نظامها القانوني عادلا بشكل يضمن توفير حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم بطريقة تضمن عدم تعرض هذه الحقوق والحرريات للمساس أو التقييد بما يضمن تحقيق الأمن القانوني، لاسيما وأن هذا الأخير يعد من أهم المرتكزات التي تقوم عليها دولة القانون، ومفاده التزام السلطات العامة بضمان نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية بغرض زرع الثقة والطمأنينة بين أطراف العلاقات القانونية، فضلا عن ضمان إصدار تشريعات مطابقة للدستور وملائمة في ذات الوقت لمقتضيات القانون الدولي.

لذا فمراعاة الجودة خلال عملية صناعة التشريع، تجعل المشرع أو صانع القواعد القانونية يأخذ في الحسبان مجموعة من الطوابق التي تتطلبها العملية التشريعية بهدف تحقيق أهداف معينة وحماية مجموعة من المبادئ، ولعل هذا الأمر يرتبط بفلسفة عامة للقانون تتطلب ضوابط ومعايير وأسس منهجية في القاعدة القانونية في حد ذاتها لضمان جودة التشريعات ليتحقق بذلك الأمن القانوني الذي تصبو له كل دولة، وعدم مراعاة تلك الأسس من شأنه التأثير على البنية العامة للنص القانوني، وهو ما يجعل القاعدة القانونية أمام تحدي تحقيق مبدأ يضمن استقرارها واستقرار الحقوق والحرريات من جهة أخرى.

ومما لا شك فيه أن الصياغة القانونية هي ترجمة لجوهر النص القانوني، لذا تحرص مختلف دول العالم على توفير مقومات الصياغة الجيدة لتشريعاتها المختلفة إدراكا منها بقيمة هذه الصياغة ودورها المتعاظم في الارتقاء بمستوى تشريعاتها، وللوصول إلى تشريعات تتسم بالفاعلية وبالجودة وتحقق الأمن والاستقرار القانوني، بما يخدم أهداف وبرامج التنمية الشاملة، وما سبق يمكن طرح الإشكالية الآتية:

كيف يمكن للصياغة التشريعية أن تحقق جودة التشريع؟ أو بمعنى آخر ماهي المتطلبات التي

يستوجب توفرها في الصياغة التشريعية لتحقيق جودة التشريع؟

وسنحاول الاجابة على هذه الإشكالية وفق التقسيم التالي:

أولاً: مفهوم الصياغة التشريعية

1- تعريف الصياغة التشريعية

2- عناصر وصور الصياغة التشريعية

ثانياً: الصياغة التشريعية كأداة لتحقيق جودة التشريع

1- المقصود بجودة التشريع

2- متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة

وقد اعتمدنا للإجابة على الإشكالية على كل من المنهج الوصفي والمنهج التحليلي حسب ما

اقتضته هذه الدراسة.

أولاً: مفهوم الصياغة التشريعية

سننظر من خلال المفهوم إلى تعريف الصياغة التشريعية، ثم إلى تبيان عناصرها وصورها.

1- تعريف الصياغة التشريعية:

الصياغة لغة هي مصدر الفعل صاغ ، يصوغ صياغة، وصاغ الكلام أي هياه ورتبه، ويقال

كلام حسن الصياغة: جيد ومحكم¹، وتعرف اصطلاحاً بأنها أداة لتحويل المادة الأولية التي تتكون منها

القاعدة القانونية إلى قواعد منضبطة، محدودة وعملية، صالحة للتطبيق الفعلي على نحو يحقق الغاية التي

يفصح عنها مضمونها².

¹ - ذكرته عبلة شيشون ونادية خلفه، الصياغة التشريعية الجيدة كأداة لتدعيم الحكم الراشد في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 09، العدد 01، 2022، ص 490.

² - ليث كمال نصراوين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 02، 2017، ص 385.

وقد عرفها الفقيه الكندي Dick بأنها: "الأداة التي يجري بمقتضاها نقل التفكير القانوني من الحيز الداخلي إلى الحيز الخارجي"¹، كما عرفها الفقيه المصري أحمد شرف الدين بأنها: "أداة أو وسيلة للتعبير عن فكرة كامنة لتصبح حقيقة اجتماعية يجري التعامل على أساسها"².

وعرفت الصياغة التشريعية بأنها: "فن يتكون من مجموعة من الوسائل المستخدمة لصياغة الأفكار القانونية والنصوص التشريعية بطريقة التعاون على تطبيق القانون من الناحية العملية مما يحقق استيعاب متطلبات الحياة في قوالب تشريعية"³، وعرفها بعض الفقه بأنها: "مجموعة الوسائل التي يمكن بها تحويل أهداف السياسة القانونية إلى قواعد قانونية مصاغة بشكل قابل للتطبيق على الواقع العملي"⁴، في حين يعرفها البعض الآخر بأنها: "الشكل الذي يحقق التطبيق العملي للقاعدة القانونية"⁵، كما تعرف بأنها: "تهيئة القواعد القانونية وبنائها على هيئة مخصوصة وفقا لقواعد مضبوطة وذلك تلبية لحاجة تستدعي التنظيم في سلوك الأفراد والجماعات والهيئات على نحو ملزم"⁶، ويتم ذلك من خلال اختيار الوسائل والأدوات الكفيلة بالترجمة الصادقة لمضمون القاعدة وإعطائها الشكل العملي الذي تصلح به للتطبيق كقواعد سهلة الفهم وسهلة التطبيق غير قابلة للتأويل، يفهم من هذا أن الصياغة التشريعية الجيدة تقتضي سهولة فهم الأشخاص لمضمون القاعدة القانونية وذلك من خلال سهولة معرفة ما تتضمنه من حقوق وحرقات وما تفرضه على عانتهم من التزامات قانونية"⁷.

وعلى العموم، فإن القاعدة القانونية تتكون من عنصرين هما، عنصر العلم وعنصر الصياغة، إذ يتعلق عنصر العلم بجوهر القانون وموضوعه، وهو ما يعبر عنه بالمادة الأولية التي تتشكل منها القاعدة القانونية، وبالعوامل التي تدخل في مضمونها ويستخلصها القانونيون من حقائق الحياة الاجتماعية بالتجربة

1 - ذكره خالد جمال أحمد حسن، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، ج 1، السنة 05، العدد 02، 2017، ص 118.

2 - المرجع نفسه

3 - ذكره سلام عبد الزهرة الفتلاوي وأمنة فارس حمد، المعايير العامة للصياغة التشريعية (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، السمة 09، العدد 04، 2017، ص 92.

4 - المرجع نفسه.

5 - المرجع نفسه.

6 - ذكره ليث كمال نصرآوين، المرجع السابق، ص 386.

7 - أحمد بركات، دور الصياغة القانونية الجيدة في حماية الحقوق والحرقات العامة، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص 33.

والعقل، قي حين يتمثل عنصر الصياغة في إخراج مضمون المادة الأولية إلى حيز العمل، عن طريق الوسائل الفنية اللازمة لإنشاء القاعدة القانونية والتعبير عنها، وتسمى بأساليب صناعة أو صياغة التشريع، وبذلك فإن جوهر الصياغة التشريعية هو تحويل المادة الأولية التي يتكون منها التشريع إلى قواعد قانونية عامة ومجردة صالحة للتطبيق الفعلي على الأشخاص المخاطبين بها على قدم المساواة¹.

2- عناصر وصور الصياغة التشريعية:

تتضمن الصياغة التشريعية مجموعة من العناصر والصور، وسنحاول التطرق إلى عناصرها ثم صورها في ما يأتي:

2-1- عناصر الصياغة التشريعية:

يرجع الفضل في تبيين عناصر الصياغة التشريعية إلى الفقيه جورج كود، حيث يعتبر من الأوائل الذين كتبوا في الصياغة التشريعية، وقسم عناصر الصياغة التشريعية إلى الفاعل القانوني، الفعل القانوني ووصف الحالة، كما سنبينه.

2-1-1- تحديد المخاطب بالحكم القانوني أو بمضمون النص القانوني: يقصد بالفاعل القانوني الشخص الذي يسند إليه المشرع التزاما أو واجبا، أو يحظر عليه أمرا أو يخول له حقا أو سلطة أو اختصاصا، فهو العنصر البشري في الصياغة التشريعية، ويقصد به الشخص الذي يكتسب حقا أو امتياز أو سلطة، أ يفرض عليه التزاما ويتحمل المسؤولية وتلقى عليه واجبات في مقابل الحقوق المقررة له في التشريع².

2-1-2- تحديد الفعل القانوني: يجسد الفعل القانوني ماهية الأعمال والمهام التي يجب على الفاعل القانوني القيام بها أو الامتناع عنها تحت طائلة مخالفة القانون، فهو الغاية المتوخاة من القاعدة القانونية، وعرفه الفقيه جورج كود بأنه: ذلك الجزء من الجملة الذي يعبر عن حق أو امتياز أو سلطة أو التزام أو

¹ - ذكره ليث كمال نصرأوين المرجع السابق، ص 387.

² - ذكرته سامية رايس، مكانة الصياغة التشريعية ضمن الإجراءات التشريعية والهيئات الضابطة لها في التشريع الجزائري، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة العربي تيسي تبسة، المجلد 06، العدد 01، 2021، ص 13.

مسؤولية تخول أو تفرض على الفاعل القانوني والذي يقال فيه أن شخصا ما يجوز ولا يجوز، أو يجب عليه أو لا يجب، أو يفعل أو لا يفعل، أو يخضع لفعل ما أو لا يخضع¹.

2-1-3- وصف الحالة: حيث يسري الفعل القانوني غالبا على حالة معينة، ويعد تحديد هذه الحالة وإدراجها في الجملة القانونية من صميم عمل الصائغ؛

2-1-4- بناء الجملة القانونية: تختلف الجملة القانونية عن غيرها من الجمل، ولتتم صياغتها بصفة جيدة، يفضل تخصيص جملة لكل فكرة واستخدام الجمل القصيرة، وفي حالة الجمل الطويلة يجب تقسيمها لعدة جمل، تخصص كل جملة منها لشرح فكرة معينة، وكذا استعمال الفقرات والترقيم طبقا لنظام موحد ومنسق مع تجنب الجمل المركبة، واستخدام الجمل الفعلية وصيغة المبني للمعلوم بدل المبني للمجهول، واختيار الألفاظ الدقيقة المؤدية للمعنى، وتجنب الكلمات المتردفة، باعتبار اللغة القانونية تتميز بالدقة والاختصار وعدم الغموض، ومراعاة الانسجام والتجانس في استعمال المصطلحات، وذلك باستعمال نفس المصطلحات للتعبير عن نفس الحالة².

2-2- صور الصياغة التشريعية:

للسياغة التشريعية عدة صور، نوردتها فيما يلي:

2-2-1- الصياغة الجامدة:

تتسم هذه الصياغة بالجمود، وتعني صياغة النص بطريقة قاطعة ومحددة، لا تسمح بأي اجتهاد مهما كان نوعه، وبذلك يمنع على القاضي الاجتهاد عند تطبيقها، والعيب في هذه الصياغة أنها تنتكر لفكرة العدالة التي تقتضي تغيير الأحكام بتغيير الأشخاص أو الوقائع أو تغيير الملابس المحيطة بها³، باعتبار أن مضمون القاعدة ينصرف إلى واقعة أو فرضية معينة، تقتضي حلا واحدا وثابتا لا يتغير مهما كانت الظروف المحيطة بهذه الواقعة، وتستعمل هذه الصياغة مثلا في تحديد مواعيد رفع الدعاوى

¹ - ليث كمال نصرأوين المرجع السابق، ص 398.

² - سماعيل بن حفاف، الصياغة التشريعية ودورها في خدمة التشريع، مجلة المعيار في الأدب والعلوم الإنسانية والاجتماعية والثقافية،

المركز الجامعي احمد بن يحيى الونشريسي تيسيمسيلات، المجلد 04، العدد 08، 2016، ص 116-117.

³ - خالد جمال أحمد حسن، المرجع السابق، ص 124.

والطعون في الأحكام والقرارات¹، وحتى إن كانت هذه الصياغة تحقق الاستقرار، لكنها لا تتجاوب مع تطورات الحياة الاجتماعية، لذا فهي تحقق العدالة الظاهرية فقط².

2-2-2- الصياغة المرنة:

تتسم هذه الصياغة بالمرونة الكافية التي تجعل القاعدة القانونية تستجيب للظروف والملابسات المختلفة، وهي تعني التعبير عن حكم القانون بألفاظ وعبارات واسعة المعنى³، وبالتالي تستعمل هذه الصياغة في الحالات التي لا يمكن تحديدها بصفة حصرية عند صياغة النص، لذا تتم صياغته بشكل يسمح لمطبقه باستعمال سلطته التقديرية بحسب اختلاف ظروف وملابسات كل حالة، وتمتاز هذه الصياغة بأنها تحقق العدالة الواقعية، بالنظر لكونها تأخذ في الاعتبار الخصوصيات الذاتية لكل حالة بما يحقق الاستقرار والثبات في المعاملات، ومن أمثلتها القواعد الجنائية التي تضع حدا أدنى وأقصى للعقوبة، فتبقى السلطة التقديرية للقاضي في أن يثدد أو يخفف العقوبة بحسب ملابسات القضية⁴.

2-2-3- صياغة القواعد الآمرة:

وتستعمل هذه الصياغة بالنسبة للقواعد التي يكون فيها اجبار للأفراد على اتباعها واحترامها، وبالتالي لا يمكنهم الاتفاق على مخالفة الحكم القانوني المنظم لها، وفي حالة اتفاق الأفراد على مخالفة أحكام تلك القواعد يقع ذلك الاتفاق باطلا، وغالبا ما يكون مجال هذه الصياغة النظام العام والآداب العامة⁵.

2-2-4- صياغة القواعد المكملة:

وتستعمل هذه الصياغة لما يريد المشرع ترك المجال مفتوحا لإرادة الأفراد للاتفاق على خلاف ما ورد في النص، ويقتصر مجال هذه الصياغة في القانون الخاص وفروعه⁶.

¹ - سماعيل بن حفاف، المرجع السابق، ص 111.

² - سجي فالح حسين، دور المحكمة الاتحادية العليا العراقية في تطوير الصياغة التشريعية- دراسة مقارنة-، مجلة الجامعة العراقية، المجلد 3، العدد 57، ص 569.

³ - ليث كمال نصرأوين، المرجع السابق، ص 393.

⁴ - سماعيل بن حفاف، المرجع السابق، ص 111.

⁵ - عبلة شيشون ونادية خلفه، المرجع السابق، ص 492.

⁶ - سماعيل بن حفاف، المرجع السابق، ص 112.

ثانيا: الصياغة التشريعية كأداة لتحقيق جودة التشريع

وسنتعرض إلى المقصود بجودة التشريع أولا، ثم إلى متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة.

1- المقصود بجودة التشريع:

تعد جودة التشريع سواء بالنسبة للفقهاء أو الممارسين مسألة مألوفة، وقد شكلت قضية تفكير قديم أعيد إحيائها بدءا من سنة 1991، وبعد عام 2006 وذلك في التقارير العامة لمجلس الدولة الفرنسي، من خلال التأكيد على أهمية وضوح القاعدة القانونية وسهولة فهمها باعتبارها من مرتكزات الأمن القانوني كغاية ذات قيمة دستورية، ولما كان النص القانوني يأتي في شكل مكتوب، فإن مراعاة القواعد الشكلية والمعيارية اللازمة في هذه الكتابة يعد من بين العناصر الجوهرية، لذا كانت الصياغة التشريعية بمختلف مبادئها وأدواتها من بين المحاور التي اشتغل عليها مجلس الدولة من خلال دليل الصياغة التشريعية وذلك بغرض عرض كافة المبادئ والمناهج التي تمكن من إعداد مختلف القواعد القانونية بشكل يضمن تحقيقها للجودة والنجاعة المطلوبة، وفي هذا الصدد برزت مجموعة من الاتجاهات التي تعتبر أن العلوم الاجتماعية يمكنها أن تفيد صانعي القاعدة القانونية، وذلك في إطار ما يسمى بـ "la légistique"، إذ يعتبرونه علم متشعب، باعتبار هذه العلوم بمن شأنها أن تسمح للمشرع بتوضيح وتحديد أهداف مضمون التشريعات، ما يترتب عنه تحقيق نتيجة مفادها أن العلوم تكون وسيلة لتحقيق مشروعية القوانين¹.

يتضمن مفهوم جودة التشريع مصطلحين أو شقين الأول "الجودة"، أما الثاني التشريع، ما يستلزم تحديد دقيق للمصطلحين كل على حدا، فنعني بمفهوم الجودة حسب ما عرفته المنظمة الدولية للمعايير "ISO" بناء على مواصفات قياسية للمفهوم العام للجودة: "مجموع الصفات المميزة للمنتج أو النشاط أو المؤسسة أو الشخص والتي تجعله ملبيا للحاجات المعلنة أو المتوقعة أو قادرا على تلبيتها"².

بينما يتضمن التشريع معنيين متداخلين، الأول عضوي، ويفيد السلطة التي تختص مبدئيا بالعملية التشريعية، في حين المعنى الثاني موضوعي ويهم القاعدة القانونية الناتجة عن العملية التشريعية،

¹ - أنظر:- جودة التشريع ودورها في تحقيق الأمن القانوني، سلسلة الأوراق البحثية الموجزة، العدد 01، منشورات مجلس النواب، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، 2020، ص 16-18.

² - المرجع نفسه، ص 15.

وفي علاقة الجودة بالتشريع فإن الأمر يرتبط بالشق الثاني منها، بما يعني أن جودة التشريع تفضي إلى التقيد والالتزام بمعايير قابلة للتطبيق من أجل تحقيق استقرار وضمان انسجام وتوافق النصوص التشريعية مع متطلبات المخاطبين بها بعيدا عن العيوب والنواقص¹،

وبتحقيق جودة التشريع يتحقق مبدأ الأمن القانوني، الذي يتطلب لتحقيقه صياغة النصوص القانونية صياغة جيدة، كما يستلزم أن تقوم هذه الصياغة على قواعد صحيحة حتى تصل للمخاطبين بها بكل الطرق، وعلى السلطة الحرص على نفاذ وتنفيذ القاعدة القانونية، إذ يشترط لقيام مبدأ الأمن القانوني وجود قاعدة قانونية واضحة ومستقرة وغير قابلة للرجعية، وبذلك أحدهما يكمل الآخر، فعلاقتها علاقة طردية².

2- متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة:

تستلزم الصياغة الجيدة العديد من المتطلبات والتي يمكن اجمالها في المتطلبات الإجرائية السابقة على صدور القانون، وأخرى معاصرة لصدوره (المذكرة الإيضاحية والتفسيرية)، بالإضافة إلى معايير تضمن بناء تشريع سليم وعوامل جودة الصياغة التشريعية، وهذا ما سنحاول التطرق إليه فيما يأتي:

2-1- المتطلبات الإجرائية السابقة على صدور التشريع: وهي مختلف الإجراءات اللازم توافرها ومراعاتها قبل إصدار التشريع وهي:

- وجود الهيئات المتخصصة في صناعة القواعد القانونية، تحتاج العملية التشريعية من حيث الصياغة تهيئة جهات متخصصة في بناء القواعد القانونية، دون حصرها على جهة أو مؤسسة واحدة؛

- توفير الكوادر البشرية والموارد المالية اللازمة، تستدعي العملية التشريعية بالضرورة توفير المخصصات المالية الكافية للقائمين على الصياغة التشريعية، وذلك بتأمين الكفاءات البشرية والمالية اللازمة لضمان قدرتهم على بناء وصياغة التشريعات بالجودة المطلوبة؛

¹ - المرجع نفسه، ص 16.

² - حورية أورك، مبادئ الأمن القانوني في القانون الجزائري وإجراءاته، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر-1- سعدين حمدين، الجزائر، 2018، ص 121.

- ضمان سهولة الحصول على المعلومات القانونية للمشتغلين بالصياغة، يتطلب تحسين الصياغة التشريعية توفير مصادر للثقافة القانونية للمشتغلين بالصياغة، وتسهيل الوصول للمعلومة المرتبطة بالتشريع المقترح؛

- وجود نظام فعال للرقابة على دستورية القوانين¹، بهدف ضمان عدم مخالفة القوانين مهما كانت طبيعتها للدستور، تم إيجاد هيئة على مستوى كل دولة تتولى ذلك، والتي تعمل على إزالة النصوص القانونية المخالفة للدستور، وهذه الهيئة لدى بعض الدول يمكن أن تكون هيئة قضائية، أو هيئة سياسية²، وبذلك تخضع الصياغة التشريعية لرقابة هذه الهيئة.

2-2- المذكرات المرفقة مع التشريع: وهي المذكرات الإيضاحية والمذكرات التفسيرية، وسنتعرض إليهما تباعاً.

- المذكرة الإيضاحية: وهي الملخص المرفق بمشروع القانون، ويبين بشكل عام الأسباب التي دعت إلى تطوير القانون ومراجعته من خلال استحداث نص قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء قاعدة قانونية، كما تتضمن الهدف والغاية من ذلك، وتأثيره على الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فضلا عن تمكين السلطة التشريعية من فهم مجمل مشروع القانون المقدم إليها من السلطة التنفيذية، وبذلك فهي مصدر استرشادي يصلح كأداة تفسيرية عند تطبيق القانون من القضاء، لذا يجب صياغتها بأسلوب يساعد المشرع على فهم ما جاء فيها ليقوم بترجمتها في صلب التشريع المراد إصداره، وأن تتضمن ترتيب منطقي لمحتوياتها، بحيث يعتمد بالدرجة الأولى على ذكر : المعلومات العامة، الهدف النراد تحقيقه من القانون والحاجة التي أدت لتقدمه، القوانين النافذة التي لها علاقة بموضوع المشروع، الإشارة إلى القوانين المقارنة في الأنظمة القانونية الدولية، التكلفة المالية وأخيرا وصف ملخص مشروع القانون؛

- المذكرة التفسيرية: وتتضمن تفسير مواد التشريع مادة بمادة وبيان الهدف منها والأسباب الموجبة للأخذ بها ومصدرها وما يقابلها في القانون المقارن، ويتجلى الهدف منها في مساعدة المشتغلين بالقانون والمطبقين لقواعده على فهم مواده بالتفصيل، لاسيما القضاة، يقتصر دورها على مجرد الاستئناس والاسترشاد بها عند

¹ - ليث كمال نصرأوين، المرجع السابق، ص 401-403.

² - شيشون عبلة ونادية خلفه، المرجع السابق، ص 499.

تفسير القاعدة القانونية، ولا تبرز الحاجة إليها في كل مشروع قانون أو تعديل على قانون، بل تكون بالنسبة للقوانين التي لها طابع خاص وتقتضي الضرورة التشريعية والحاجة المجتمعية اقتران تلك القوانين بمذكرة تفسيرية، وعلى الرغم من تقاطعها مع المذكرة الايضاحية في كثير من النقاط إلا أنهما مختلفان، ووجود واحدة منهما لا يغني عن وجود الأخرى، فلكل منهما دور تؤول في العملية التشريعية¹.

2-3- معايير بناء تشريع سليم وعوامل جودة الصياغة التشريعية:

لضمان جودة الصياغة التشريعية وتفاذي ما قد يشوبها من عيوب وأخطاء، لابد من اتباع معايير معينة، تتمثل في:

- **مراعاة المبادئ الدستورية؛** يتصدر الدستور قمة الهرم التشريعي، بما يعني أن أي تشريع يصدر عليه مراعاة الأحكام والمبادئ العامة للدستور وجوهرها، ما يستوجب أن تكون الغاية الأسمى من إصدار القوانين والأنظمة هي التطبيق السليم لأحكام الدستور والتفعيل الحقيقي لفحوى النصوص الدستورية بمعناها الشكلي والموضوعي².

- **السعي لتعزيز وحماية الحقوق والحريات؛** القاعدة القانونية هي جوهر القانون، الذي يقصد به مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم علاقات الأشخاص في المجتمع تنظيماً عادلاً يكفل حقوق وحريات الأفراد ويحقق الخير العام، وهي غاية القانون³، إلا أن حماية هذه الحقوق والحريات لا يتوقف على تقريرها دستورياً، ولا على إيجاد نصوص قانونية تحدد عناصرها وتضبط كيفية ممارستها وتحدد جزاء الاعتداء عليها، بل لابد من إيجاد صياغة تشريعية جيدة لهذه النصوص، من منطلق أن فهم ومعرفة الأشخاص وكذا الإدارة للعناصر التي يتكون منها الحق أو الحرية وكيفية ممارستها يتوقف على الصياغة الجيدة لهذه النصوص التشريعية، لذا فالصياغة الجيدة توفر حماية سابقة للحقوق والحريات وتبدأ من لحظة تحرير النص القانوني، كما من شأنها أن تعين القاضي على تطبيقها وفق التفسير الذي أراده المشرع، وعليه لا تفتح المجال واسعاً

¹ - ليث كمال نصراوين، المرجع السابق، ص 403-409.

² - المرجع نفسه، ص 410.

³ - جعفر محمد سعيد، المدخل إلى العلوم القانونية- الوجيز في نظرية القانون-، ج1، ط21، دار هومة، الجزائر، 2017، ص 15، 16.

لاجتهاداته التي قد تضر صاحب الحق¹، وبذلك يعد مبدأ الصياغة التشريعية الجيدة للنصوص القانونية من ضمن أهم الضمانات القانونية التي تهدف لحماية حقوق وحرّيات الأفراد².

- مراعاة ضوابط الإحالة إلى الأنظمة والتعليمات؛ وبالتالي تفادي التفصيلات في النصوص القانونية واقتصارها على ما هو ضروري فحسب، والاعتماد على نظام الإحالة إذا تعلق الأمر ببعض الجزئيات إلى نصوص أقل درجة³.

- الالتزام بمبدأ التدرج في القوانين أو الهرم التشريعي، وذلك من خلال ترتيب القواعد القانونية حسب قوتها من الأعلى إلى الأدنى، ما يفرض عدم مخالفة التشريع الأدنى للأعلى وإلا عد باطلا، كما لا يجوز تعديل أي قانون أو إلغاؤه إلا بقانون أعلى منه أو مساو له في المرتبة، وفي حالة التعارض يقدم التشريع الأعلى مرتبة والذي يكون واجب التطبيق؛

- الالتزام بالسياسة التشريعية للدولة، ويقصد بها مسلك الجهة المختصة بالتشريع أو خطتها تجاه تطبيق السياسة العامة العليا بمختلف مجالاتها السياسية لاقتصادية والاجتماعية من خلال التشريعات التي تضعها، فالساسة التشريعية لكل دولة هي حجر الأساس في عملية الصياغة التشريعية، وذلك من خلال إصدار القوانين والأنظمة بما يتوافق مع هذه السياسة؛

- الالتزام بالمرحلة الدستورية المقررة لإصدار التشريع، يجب أن لا تقتصر العملية التشريعية على الاهتمام بالعنصر الموضوعي للتشريع والمتمثل في الأحكام والنصوص الموضوعية فيه، بل لا بد أن تهتم أيضا بالعنصر الإجرائي، وذلك من خلال الالتزام بالمرحلة الدستورية المقررة لإصدار التشريع، والتي تختلف باختلاف نوع التشريع؛

- ضمان الدقة في اللغة والوضوح والانسجام التشريعي، بحيث يجب أن تكون اللغة المستخدمة في التشريع منضبطة ودقيقة لتصبح القاعدة القانونية الأصولية محل التنفيذ، فلما كان المشرع يستهدف من سن التشريع مخاطبة الأشخاص الذين يعينهم الأمر إما اقتضاء أو تخييرهم أو بالوضع، فإن اللغة الواجب استخدامها

¹ - شيشون عبلة ونادية خلفه، المرجع السابق، ص 504-505.

² - أحمد بركات، المرجع السابق، ص 30.

³ - سامية رايس، المرجع السابق، ص 14.

هي توجيه خطاب بطرقه الثلاث هذه بصفة منضبطة حتى يستطيع أولئك الأشخاص تكييف سلوكهم ومعاملاتهم ومختلف أوجه نشاطهم وفقا للقواعد التي أرسنها الأحكام موضوع الخطاب، ففي حالة ما إذا شاب لغة التشريع عيب لغوي فإن الخطاب إما ألا يصل إلى المخاطبين به أو أن يصل إليهم مشوبا بالغموض وغير واضح أو غير محدد، فيضطرب سلوكهم وتتعرثر معاملاتهم وتتعلطل مصالحهم¹.

وبالتالي على الصائغ القانوني استعمال الأسلوب الأمثل في عملية الصياغة القانونية لنجاعة القواعد القانونية ضمنا لمبدأ الوضوح، فسن النصوص القانونية يفترض بالضرورة استعمال أسلوب مبسط في التركيب دون المبالغة في الاستعمال المركب والمعقد، وحسن انتقاء المصطلحات التشريعية باستخدام مصطلحات دقيقة وواضحة لا تحمل تأويلات، والحرص على استعمال نفس المصطلحات ليكون ذلك التناسق في المنظومة التشريعية، واستعمال الأسلوب الموجز والمؤدي للمعنى في ذات الوقت²، فمبدأ الوضوح التشريعي يعرف بصفة عامة أنه كل ما هو سهل الفهم وكل ما هو مستوعب ومكتسب بسهولة، فهذا المبدأ مرتبط بمبدأ الأمن القانوني، حيث تكون القاعدة القانونية جيدة لما تكون واضحة وسهلة وبسيطة ومفهومة من قبل الجميع، فبات وصف قواعد القانون بصفة الجودة التزام قانوني صارم وقوي وواجب وحق من حقوق الإنسان، وبذلك حتى تكون القاعدة القانونية مقروءة ومفهومة من قبل المخاطب بها، لا بد أن تكون واضحة ودقيقة ومحددة، وذلك بالتناسب والتلاؤم مع مؤهلات المخاطب المتلقي³.

وعليه فإن وضوح القاعدة القانونية يؤدي إلى سهولة فهم النص التشريعي وسهولة قراءته وبالتالي الوصول الفكري للقانون، ما يستدعي أن تكون القاعدة القانونية ذات جودة بمعنى أن تكون واضحة وقابلة للفهم ليحقق المخاطب بها حقوقه⁴.

¹ - ليث كمال نصراوين، المرجع السابق، ص 412-416.

² - سامية رايس، المرجع السابق، ص 13-14.

³ - مختار دويبي، ضوابط جودة القاعدة القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس، 2015، ص 178-180.

⁴ - حورية أوراك، المرجع السابق، ص 74.

كما أن الاتساق في الصياغة يعزز القدرة على سلامة التنبؤ، وبالتالي فاحتواء القانون المعتمد على أحكام مكررة وتناقضات مباشرة داخل القانون الواحد أو غير مباشرة بتعارضه مع القوانين القائمة قد يلغي إمكانية التعرف على أثره¹.

- **الإحاطة بكافة الجوانب الفنية والتقنية لموضوع التشريع**، فقد تتضمن القواعد القانونية عيوباً لا بد من التنبه إليها ومحاولة تفاديها، ومن أهم هذه العيوب التي قد تصيب الصياغة التشريعية وتؤثر على جودة التشريع: الخطأ، الغموض، التعارض والنقص والتكرار².

وبالتالي ضمان تحقيق النص التشريعي لمجموعة من المبادئ يفرض بالضرورة مراعاة مجموعة من القواعد، واحترام النص التشريعي لهذه القواعد من شأنه أن يمكن من إقرار تشريعات جيدة، ووجود تشريعات ذات جودة عالية سيؤدي إلى تجاوز إشكالات من شأنها أن تؤدي للأمن القانوني، لذا يفترض حرص صائغ القاعدة القانونية على تحقيق جودة تشريعية تؤدي لتحقيق الأمن القانوني، وتتبع أهمية الصياغة التشريعية في كونها لا تهتم بالجانب الشكلي (الإجرائي) فحسب من الصياغة التشريعية، بل تهدف بالدرجة الأولى إلى الوصول لتشريع متطور يتسم بالوضوح والدقة في نصوصه وأحكامه، وانسجامه وعدم تعارضه مع التشريعات القانونية الأخرى الوطنية منها والدولية، وأن يكون قابلاً للفهم والتطبيق، كما أن الكفاءة القانونية العامة لا تكفي لوحدها لأن يكون المرء صائغاً قانونياً جيداً، باعتبار أن القانوني الكفاء الذي يفتقد للخبرة العلمية في فن صياغة التشريعات لا يمكنه القيام بهذه المهمة بشكل مقبول³.

كما تخضع الصياغة التشريعية لاحترام المبادئ الدستورية والمبادئ العامة للنظام القانوني والسياسة التشريعية للدولة واحترام حقوق الأفراد وحررياتهم والإجراءات الشكلية المتعلقة بإصداره، وكذا مراعاة الضوابط المتعلقة بالإحاطة بالإحاطة بالأنظمة والتعليمات، واحترام تراتبية القوانين، والإحاطة بكافة الجوانب الفنية والتقنية لموضوع التشريع، لاسيما ما تعلق منها بعيوب الصياغة التشريعية كالتعارض، النقص، الخطأ، الغموض والتكرار، التي يستوجب تفاديها، لضمان تشريع سليم يضمن تحقيق الجودة.

¹ - ضياء الدين رمضان جديدي، ضوابط جودة الصياغة التشريعية، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 10، العدد 02، 2022، ص 139.

² - ليث كمال نصرآوين، المرجع السابق، ص 416-419.

³ - جودة التشريع ودورها في تحقيق الأمن القانوني، المرجع السابق، ص 19-21.

وبناء على ما تقدم يمكن القول أن عوامل الجودة في التشريع ترتبط بواقع النص التشريعي، وما يعكسه هذا التشريع، وبذلك فإن الجودة ترتبط بمدى تحقيق الاستقرار التشريعي، وأن لا تظهر مشاكل عند التطبيق، فضلا عن دراسة أثر التشريع لأهميته في تحديد الخيارات، وتجاوز ظاهرة التضخم التشريعي، لما لهذه الأخيرة من مساوئ على المنظومة التشريعية¹.

خاتمة:

وقد توصلنا من خلال دراسة موضوع دور الصياغة التشريعية في جودة التشريع إلى مجموعة من النتائج والاقتراحات، تمثلت في:

أولاً: النتائج

- الصياغة التشريعية هي علم وفن يتكون من مجموعة من المعايير التي تصوغ القاعدة القانونية بالشكل الذي ينسجم مع السياسة التشريعية التي تتبناها الدولة، فهي وسيلة مباشرة لإنشاء النصوص التشريعية وإظهارها للحيز الخارجي حتى تكون قابلة للتطبيق العملي من قبل المخاطبين بها.
- هناك مجموعة من الضوابط الشكلية والموضوعية التي يفترض مراعاتها عند الصياغة للقواعد القانونية، أو ما يصطلح عليه بمتطلبات الصياغة الجيدة، وعملية صياغة نص التشريع وفقا لأسس ومعايير الصياغة الجيدة، تكتسب أهمية خاصة لما لها من دور مهم في تحسين جودة التشريع وتعزيز سيادة القانون.
- تعد الصياغة الجيدة للقواعد القانونية أحد أهم مقومات دولة القانون.
- جودة الصياغة التشريعية تضمن تحقيق الأمن القانوني والأمن القضائي، وبالتالي ضمان حماية الحقوق والحريات.

ثانياً: التوصيات

¹ - المرجع نفسه، ص 24.

- لضمان إنتاج نصوص قانونية جيدة، لابد من التركيز على تطوير آليات التشريع، لاسيما القدرات الفنية والبحثية للسلطة التشريعية.
- ضرورة احترام أسس ومبادئ الصياغة التشريعية الجيدة ومراعاة معايير جودة الصياغة الدولية في تحديث الأطر القانونية لجعل القانون أكثر كفاءة وفعالية، بما يضمن تحقيق جودة التشريع، وبالتالي تحقيق الأمن القانوني والأمن القضائي.
- إدراج مادة علم الصياغة القانونية كمقياس يدرس في مختلف معاهد وكليات القانون، حتى لا يجد المتخرجين المتوجهين لوظائف القضاء والمحاماة... وغيرها، صعوبة في مجال الصياغة.
- إحداث هيئة وطنية لمراقبة جودة التشريعات تضم كفاءات متخصصة، تتولى مهمة مراجعة مشاريع النصوص.

قائمة المراجع:

1- الكتب:

- جعفر محمد سعيد، المدخل إلى العلوم القانونية- الوجيز في نظرية القانون-، ج1، ط21، دار هومة، الجزائر، 2017.
- 2- المذكرات والرسائل الجامعية
- حورية أورك، مبادئ الأمن القانوني في القانون الجزائري وإجراءاته، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر-1- سعدين حمدين، الجزائر، 2018.
- مختار دويني، ضوابط جودة القاعدة القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس- سيدي بلعباس، 2015.

3- المقالات:

- عبلة شيشون ونادية خلفه، الصياغة التشريعية الجيدة كأداة لتدعيم الحكم الراشد في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 09، العدد 01، 2022.
- ليث كمال نصرابين، متطلبات الصياغة التشريعية الجيدة وأثرها على الإصلاح القانوني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 02، 2017.

- خالد جمال أحمد حسن، ماهية الصياغة التشريعية ومقومات جودتها، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، العدد 02، 2017.
- سماعيل بن حفاف، الصياغة التشريعية ودورها في خدمة التشريع، مجلة المعيار في الأدب والعلوم الإنسانية والاجتماعية والثقافية، المركز الجامعي احمد بن يحيى الونشريسي تيسيميلت، المجلد 04، العدد 08، 2016.
- جودة التشريع ودورها في تحقيق الأمن القانوني، سلسلة الأوراق البحثية الموجزة، العدد 01، منشورات مجلس النواب، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، 2020.
- سلام عبد الزهرة الفتلاوي وأمنة فارس حمد، المعايير العامة للصياغة التشريعية(دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، السمة 09، العدد 04، 2017.
- أحمد بركات، دور الصياغة القانونية الجيدة في حماية الحقوق والحريات العامة، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، المجلد 17، العدد 01، 2018.
- سامية رايس، مكانة الصياغة التشريعية ضمن الإجراءات التشريعية والهيئات الضابطة لها في التشريع الجزائري، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة العربي تبسي تبسة، المجلد 06، العدد 01، 2021.
- ضياء الدين رمضان جديدي، ضوابط جودة الصياغة التشريعية، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 10، العدد 02، 2022.
- سجي فالح حسين، دور المحكمة الاتحادية العليا العراقية في تطوير الصياغة التشريعية- دراسة مقارنة-، مجلة الجامعة العراقية، المجلد 3، العدد 57.

دور القاضي المدني في سد الفراغ التشريعي (بين حتمية تطبيق النصوص القانونية وواقعية عجز القانون)
The role of the civil judge in closing the legislative vacuum
(between the necessity of applying the law and the realism of the law's inability)



د.نبيلة عيساوي

جامعة 8 ماي 1945 قلمة-الجزائر

Hamdi80a@gmail.com

ملخص:

إن وظيفة القاضي هي الفصل في النزاعات عن طريق تطبيق القوانين، لذلك يفترض أن يكون المشرع المكلف بوضعها، قد سن جميع القوانين التي تنظم الوقائع، احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات، حيث تختص السلطة التشريعية في سن القوانين بينما تختص السلطة القضائية في تطبيقها. ومع ذلك فإن صعوبة ضبط تصرفات الأشخاص والتنبؤ بها، أدى إلى وجود فراغ تشريعي مما أدى إلى اضطلاع القاضي لسد هذه الثغرات، وعدم قبول عذره بنقص التشريع أو غموضه، فأصبح لا مئاص من الاعتراف للقاضي بحقه في الاجتهاد ليتدارك ما يشوب التشريع من نقص، ويكشف ما يحيط به من إبهام وغموض. الكلمات المفتاحية: القاضي، الاجتهاد القضائي، تفسير القانون، الفراغ التشريعي، القصور التشريعي.

Abstract:

The judge's function is to adjudicate disputes through the application of laws, so it is assumed that the legislature responsible for drafting them has enacted all laws governing the facts, respecting the principle of separation of powers, whereby the legislature is competent to enact laws while the judiciary is competent to apply them.

Nevertheless, the difficulty of controlling and predicting people's actions has led to a legislative vacuum, which has led to the judge's diligence to fill these gaps, and the failure to accept his excuse for lack or ambiguity of legislation, making it inescapable to recognize the judge's right to diligence so as to remedy the lack of legislation and reveal its ambiguity and ambiguity.

Keywords: the judge, the jurisprudence, interpretation of the law, legislative vacuum, legislative inertia.

مقدمة

إن القانون عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية العامة المجردة التي تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع على وجه الإلزام وهو من وضع البشر، لذلك لا يمكنه مواجهة كل الفروض الواقعية التي تعرض على القضاء، ووضع لكل فرض حكمه.

فالمشرع مهما بلغ من سعة الأفق ومهما أوتي من نفاذ البصيرة، سيظل عاجزا عن أن يتصور كل ما تفرزه الحياة من علاقات، وكل ما ينشأ من نزاعات، فالتشريع لا يمكن أن يحيط بكل شيء ولا يستطيع المشرع أن يتنبأ بكل مسألة ليضع لها حلا، وخاصة مع التطور السريع الذي يشهده المجتمع في هذه الحقبة الزمنية التي تتميز بالعولة والتكنولوجيا.

فلو تصورنا احتواء القانون على أحكام واضحة ومفصلة تواجه كل الفروض الواقعية، لكان على القاضي تطبيق النص القانوني على الواقعة المعروضة عليه دون اجتهاد، أما الواقع فيقول أن القاضي المدني عادة ما يجد نقصا أو قصورا في التشريع وهو في نفس الوقت مطالب بتطبيق العدالة والفصل في النزاع وإصدار أحكام قضائية.

فوظيفة القاض المدني هي الفصل في النزاعات وهو مكلف بتطبيق القانون الذي يضعه المشرع، ويفترض أن يكون هذا الأخير قد سن جميع القوانين التي تنظم الوقائع التي ستعرض على القاضي، وذلك استنادا إلى مبدأ الفصل بين السلطات، ومع ذلك فإن الواقع أن المشرع لا يستطيع أن يتنبأ بكل مسألة ليضع حلا لها. ولهذا لا بد للقاضي أن يجتهد للوصول إلى حكم عادل، وألا يمتنع عن إصدار الحكم والفصل في النزاع بحجة غياب النص القانوني وإلا عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة.

وبين ضرورة تطبيق النصوص القانونية من طرف القاضي، وعدم وجودها نطرح الإشكالية التالية: ما هو الدور الذي يلعبه القاضي المدني في حالة غياب النص القانوني من أجل سد الفراغ التشريعي؟

إن الإجابة على هذه الإشكالية يستوجب الإجابة على الأسئلة الفرعية التالية:

- هل للقاضي المدني دور خلاق في صنع القاعدة القانونية؟

- ما هي حدود اجتهاد القاضي المدني في حالة غياب النص القانوني؟

- هل دور القاضي مجرد تطبيق القواعد القانونية على النزاعات المطروحة عليه؟

للإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج التحليلي الاستقرائي من أجل معرفة موقف الفقه والقانون من إمكانية اجتهاد القاضي المدني في حالة غياب التشريع.

كما قمنا بتقسيم الدراسة إلى محورين سنتناول في المحور الأول: مدى إلزامية سد الفراغ التشريعي من طرف القاض المدني، بينما نتناول في المحور الثاني دور الاجتهاد القضائي للقاض المدني في سد الفراغ التشريعي.

المبحث الأول: مدى إلزامية سد الفراغ التشريعي من طرف القاض المدني

إن وظيفة القاضي هي الفصل في النزاعات عن طريق تطبيق القوانين، لذلك يفترض أن يكون المشرع المكلف بوضع التشريع قد سن جميع القوانين التي تنظم الوقائع، احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات، حيث تختص السلطة التشريعية في سن القوانين، بينما تختص السلطة القضائية في تطبيقها.

ومع ذلك فإن صعوبة ضبط تصرفات الأشخاص والتنبؤ بها، أدى إلى وجود فراغ تشريعي مما أدى إلى اضطلاع القاضي لسد هذه الثغرات، وعدم قبول عذره بنقص التشريع أو غموضه، فأصبح لا مناص من الاعتراف للقاضي بحقه في تدارك ما يشوب التشريع من نقص، وبكشف ما يحيط به من إبهام وغموض، وعليه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول موقف الفقه من دور القاضي المدني في سد الفراغ التشريعي، بينما نتناول في المطلب الثاني مظاهر دور القاضي الإيجابي وفعالته في سد الفراغ التشريعي (الآليات المتاحة).

المطلب الأول: موقف الفقه من دور القاضي المدني في سد الفراغ التشريعي

انقسم الفقه بين مؤيد لدور القاضي في سد الفراغ التشريعي وإيجاد حلول بعيدا عن التشريع الذي يعتبر عاجزا عن تنظيم كل المسائل المعروضة على القاضي، والاعتراف له بقدر من الحرية، والترخيص له في تقرير الحلول المناسبة لكثير من الإشكالات المستجدة، وهو الفقه الحديث، وبين الاتجاه التقليدي الذي نادى بتضييق مجال السلطة الخلافة للقاضي إلى حد بعيد.

وهذا ما يجرنا إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول الاتجاه المعارض لدور القاضي الإيجابي في سد الفراغ التشريعي، بينما نتناول في الفرع الثاني الاتجاه المؤيد لدور القاضي المدني الفعال في سد الفراغ التشريعي.

الفرع الأول: الاتجاه التقليدي المعارض لدور القاضي الإيجابي في سد الفراغ التشريعي

يرى أصحاب هذا الاتجاه وخاصة الفقه الفرنسي¹ التقليدي أن القاضي المدني ملزم بتطبيق النصوص القانونية تطبيقاً آلياً، ويحظر عليه التدخل في أعمال السلطة التشريعية². بل وهناك من حرم القاض من حقه في تفسير النصوص القانونية، وإلا عد متجاوزاً لنطاق وظيفته، بسبب قيامه بعمل من صميم اختصاص السلطة التشريعية³.

وبالتالي كانت نظرة الفقه إلى وظيفة القضاء على أنها وظيفة تنفيذية بحتة، تقتصر سلطة القائمين بها على مجرد التطبيق الآلي للقانون على ما يعرض عليهم من منازعات، دون أن يكون لهم خارج هذا النطاق المحدد أي دور إنشائي يمكنهم من استكمال ما بالقانون من نقص أو تفسير ما يشوبه من غموض وإبهام.

و أكد هذا الاتجاه أن التشريع يكفي لمواجهة كل الفروض الواقعية التي تعرض على القاضي بما لا تظهر معه الحاجة إلى أي مصدر آخر يستقي منه القاضي حكمه، ويستلهم منه قاعدة الخصومة⁴، وبما لا يقبل منه تعلله بنقص التشريع أو تذرعه بسكوته للإفلات من واجب الفصل في المنازعات المعروضة عليه⁵، بل يجب عليه الاهتداء إلى إرادة المشرع الصريحة أو الضمنية، وفي حالة عدم الاهتداء وهو أمر نادر، ليس

¹- مثل الفقيه مونسكيو، جان جاك روسو.

²- برز هذا الاتجاه من طرف الفقه الفرنسي بعد الثورة الفرنسية بسبب الفساد الذي عان منه الجهاز القضائي قبل الثورة.

³- من أنصار هذا الاتجاه الفقيه كاري دي مالبرج.

⁴- من أنصار هذا الاتجاه المسمون بشرح المتون (مدرسة الشرح على المتون).

⁵- كان الفقهاء في ذلك الوقت منبهرين بمجموعة نابليون.

له أن يستوحي من اعتبارات العدالة للفصل في النزاع بل من واجبه رفض الدعوى إذا لم يجد سنداً من نص القانون.

وبالتالي ظل الفقه ينكر على القضاء حقه في صنع قاعدة الخصومة، ولقد استند إلى حجة تتمثل في أن التشريع يكفي لمواجهة كل الفروض الواقعية التي تعرض على القاضي وليس هناك حاجة إلى أي مصدر آخر يستقي منه القاض حكمه¹.

ويرى الفقيه ريبير أن التشريع موجود دائماً وقابل للتطبيق على الفروض، فيألي جانب القانون المدني الذي يمثل القانون العام للعلاقات الخاصة، يقوم مبدأ الحرية الفردية باعتباره المبدأ الأساسي للقانون كله، وبإعمال هذين المصدرين سوف يتمكن القاضي المدني من الوقوف على القاعدة التي تحكم النزاع المعروض عليه²، فإذا ما عرض مثلاً على القاضي عقد من العقود لا نظير له في القانون المدني وجب عليه أن يعمل أحكامه ويحمي الالتزامات الناشئة عنه تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد، كما انه يرى أن سلطة القاضي المدني في التفسير لا بد أن تقف عند بيان مضمون النصوص الغامضة دون وضع قواعد مستحدثة.

الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لدور القاضي الفعال في سد الفراغ التشريعي (الاتجاه الحديث)

يرى هذا الاتجاه عدم كفاية التشريع لمواجهة كل ما ينشأ داخل المجتمع من علاقات وروابط، فالفقيه فرانسوجيني أقر حق القاضي في استلهاً قاعدة الخصومة من اعتبارات العدالة، إذا لم يجد في التشريع أو العرف قاعدة يمكنه أن يفصل في الخصومة على أساسها.

وهكذا يعترف أصحاب هذا الاتجاه بالدور الخلاق للقاضي وباستحالة التسليم بصلاحيته التشريعية وكما له لمواجهة ما يستجد من مشاكل وذلك لعدة أسباب نذكر منها ما يلي:

1/ إن نقص التشريع وعدم كفايته قد حتم على القاضي التدخل خاصة مع التزامه بضرورة الفصل فيما يعرض عليه من منازعات وعدم قبول عذره بنقص التشريع أو قصوره أو عدم كفايته.

2/ إن قيام القاضي بصنع قاعدة الخصومة لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، ولا يتضمن خروجاً عن حدود ولايته الطبيعية، لأن قيام القاضي باستخلاص قاعدة معينة من مقتضيات العدالة يحسم على أساسها خصومة معروضة عليه، بسبب تعذر الوصول إلى قاعدة رسمية تحكمها أمر يدخل في نطاق ولايته الطبيعية، ولا يتضمن أي عدوان على اختصاص السلطة التشريعية³.

3/ النصوص القانونية عندما توضع، توضع في حالة سكون، والذي يبعث فيها الحركة هو القضاء، فالمشرع وإن قصر في وضع النصوص التي تستطيع مجازاة التطور، فإن المهمة تنتقل إلى القضاء الذي عليه أن يسد كل نقص في النصوص، ذلك أنه من واجبه ليس فقط تطبيق النصوص الجامدة، وإنما أيضاً أن

¹ - إن فكرة كمال التشريع وكفايته وإنكار الدور الخلاق للقاضي قد توارت مع انزواء نظرية الشرح على المتون.

² - عبد المنعم عبد العظيم جيرة، دور القاضي المدني في صنع القواعد القانونية أو الدور الخلاق للقاضي، دراسة مقارنة، جامعة بنغازي، ليبيا، دون طبعة، ص 92.

³ - عبد المنعم عبد العظيم جيرة، المرجع السابق، ص 102.

يسد كل ثغرة و يجعل النصوص مسايرة لما يستجد داخل المجتمع من وقائع وأحداث جديدة لم يستطع المشرع التنبأ بها¹.

4/ من الغير منطقي أن يلزم القاضي بالفصل في النزاع المعروض عليه مع غياب نص قانوني يحكم النزاع، لذلك يصبح من غير المعقول حرمانه من إيجاد حل في ظل غياب حل قانوني².

المطلب الثاني: مظاهر دور القاضي المدني الإيجابي وفعاليتها في سد الفراغ القانوني (الآليات المتاحة).

لقد كانت ولا تزال مشكلة البحث في دور القضاء المدني كمنشئ للقواعد القانونية من بين المشكلات الأساسية لعلم القانون، فهل يصنع القاضي القانون أم يقتصر دوره على تطبيقه.

لم يكن من المتصور إثارة مسألة إنشاء القضاء للقواعد القانونية لو أن التشريع جاء كاملا لا يشوبه النقص أو الغموض، فلو افترضنا كمال التشريع أو قدرته على إيجاد القواعد اللازمة لحل المنازعات كافة، لما كان هناك مبرر لخلق قواعد قانونية جديدة بواسطة القضاء، بل يقتصر على مباشرة وظيفته الأصلية وهي الفصل في النزاعات.

ولقد أدرك الفكر القانوني أن التشريع لا يمكن أن يكون متكاملًا إذ يشوبه النقص حتما، كنتيجة طبيعية للنقص الكامن في طبيعة الإنسان، فكل عمل إنساني قد يشوبه قصور، وما التشريع إلا عمل من أعمال الإنسان، إذا ممكن في أي لحظة أن يعرض على القاضي نزاع لا تعالجه قاعدة موجودة، فيكون من حق القاضي الاجتهاد³. لذلك سنتطرق إلي مظاهر دور القاضي الإيجابي في سد الفراغ القانوني من خلال ثلاثة فروع كما يلي:

الفرع الأول: تقرير حق القاضي في صنع قاعدة الخصومة عند غياب التشريع

تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري⁴ على أنه: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة"⁵.

¹ عز الدين الماحي، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، مجلة القانون والأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، كلية الحقوق، مراكش، المغرب، مأخوذ من موقع www.droit.etentreprise.com تاريخ الاطلاع: 2023/10/14، ساعة الاطلاع: 01:00.

² يرى بعض الفقهاء انه في حال عجزت كل قواعد التفسير عن تمكين القاضي من إيجاد حل مناسب للنزاع المعروض أمامه، فإنه يطبق القاعدة التي تقول انه إذا لم يوجد نص فمعنى ذلك أن التصرف مباح لان الأصل في الأشياء الإباحة.
³ يكون اجتهاد القاضي من خلال تطبيقه مصادر القانون الرسمية الاحتياطية من مبادئ الشريعة الإسلامية -العرف-قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

⁴ الأمر 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 07-05، الجريدة الرسمية، العدد 78. سنة 1975.

⁵ جعل المشرع المصري العرف في المرتبة الثانية بعد التشريع.

ويلاحظ من خلال هذا النص أن التشريع لا يمكن له مواجهة كل الفروض الواقعية، لذلك أقر المشرع صراحة بإمكانية وجود منازعات لا حل لها في النصوص القانونية، و أحال القاضي إلى مصادر أخرى حيث يستنبط منها القاعدة التي تحكم النزاع المعروض عليه.

هذا وتختلف سلطة القاضي المدني في تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد العرف عن سلطته عند تطبيق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، فبالنسبة للشريعة الإسلامية، يطبق القاضي القواعد الكلية والمبادئ العامة، لأن الأحكام التفصيلية والجزئيات اختلفت بشأنها المذاهب، وإن كان القاضي في الجزائر يطبق المذهب المالكي، ومع ذلك يرى الفقهاء¹ ضرورة تطبيق الأحكام الموجودة في الأدلة الأصلية المتفق عليها وهي الكتاب، السنة، الإجماع، القياس، دون الأدلة التي اختلف أصحاب المذاهب والعلماء حول مدى الاعتماد عليها²، ذلك أن قيام الاختلاف حول الاعتماد على دليل بذاته يعني أن القاعدة التي استمدت من هذا الدليل ليست قاعدة مستقرة.

أما بالنسبة للعرف فقد اختلف الفقهاء حول دور القضاء في إنشاء القاعدة العرفية، فمنه من يرى أن العرف يتكون عند توافر ركنيه المادي والمعنوي من قبل أن يتدخل القضاء لتطبيقه، بمعنى أن القاضي عندما يطبق العرف فهو يطبق قاعدة قانونية مثلها مثل التشريع³، بينما يرى البعض أن القاعدة العرفية لا تنشأ ولا تكتسب صفة القاعدة الملزمة إلا بتطبيق القاض المدني لها.

أما مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة⁴ فهي المجال الخصب لإظهار السلطة الخلاقة للقاضي المدني، حيث أن الإحالة على هذه القواعد والمبادئ يفسح المجال للقاضي من أجل الاجتهاد وحرية التقدير في إيجاد قاعدة الخصومة، على أن يراعي ظروف الخصومة واعتبارات العدالة، فإحالة القاضي على مبادئ القانون الطبيعي لا تعني إحالته إلى قواعد محددة يطبقها ألياً على النزاع⁵، وإنما القصد منها أن يطبق القاضي حل عادل للنزاع، وفقاً لاجتهاده وطبقاً لما يميله عليه ضميره⁶.

ولقد اتخذ القاضي من فكرة القانون الطبيعي، سندا لإرساء العديد من المبادئ القانونية مثل نظرية التعسف في استعمال الحق، نظرية الإثراء بلا سبب، نظرية تحمل التبعة، وهي نظريات تم تقنينها من طرف المشرع لاحقاً.

الفرع الثاني: منح القاضي سلطة تقديرية للفصل في النزاعات

تعرف السلطة التقديرية للقاضي المدني بأنها النشاط الذهني الذي يقوم به لفهم الواقعة المطروحة عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر أنها هي التي تحكم النزاع

¹- من بينهم الدكتور عبد المنعم عبد العظيم جيرة.

²- كالاستحسان، الاستحباب، شرع من قبلنا، مذهب الصحابة، المصالح المرسله.

³- وان كان القضاء في هذه الحالة يساهم في تحديد القاعدة العرفية.

⁴- شفاة لخضر، فتاك علي، تأثير قواعد العدالة على الاجتهاد القضائي و القانون، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 8، العدد 2، 2023، ص 488.

⁵- عبد الفتاح عبد الباقي، مبادئ القانون، مطبعة النهضة، مصر، ص 180.

⁶- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 83.

المطروح، فالقاضي يقوم بتكوين قناعته بتفكير منطقي لإيجاد رابطة عقلية بين وقائع معلومة وأخرى غير معلومة¹.

ولقد فوضه المشرع في التدخل بإرادته لاستكمال عناصر الحكم، حيث وضع الإطار العام للحكم وترك للقاضي تحديده بما يستقيه من واقع الخصومة، وفقا لتقديره الخاص وطبقا لما يمليه عليه ضميره وحسه القانوني.

ومن أمثلة المجالات التي أعطى فيها المشرع السلطة التقديرية للقاضي المدني لدينا حريته في تحديد التعويض، وفي تحديد الميعاد المناسب للوفاء، وفي تقرير نظرة الميسرة، وسلطة استكمال إرادة الأفراد في العقود، والإنقاص من التزامات الطرف المغبون، وتحويل العقد إلى عقد آخر توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد، وكذلك رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إذا ما طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها، وحقه في تعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان وتخفيض التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي².

الفرع الثالث: الالتجاء إلى المعايير المرنة

يظهر المظهر الإيجابي لدور القاضي في عدول المشرع عن المعايير الجامدة التي كانت تسلب القاضي الكثير من حرية التقدير في القانون المدني والتجاؤه إلى المعايير المرنة، التي تعطيه سلطة في تكييف ظروف كل واقعة على حدي، ومن ذلك معيار التذليل الجسيم، معيار الغلط الجوهري، معيار التأثير الدافع إلى التعاقد بالنسبة للاستغلال... الخ.

المبحث الثاني: دور الاجتهاد القضائي للقاضي المدني في سد النقص في التشريع (الفراغ التشريعي)
إن الاجتهاد القضائي هو نتيجة حتمية لوجود نقص التشريع سواء كان هذا النقص غموضا في النص أو قصورا³ أو عدم مسايرة النص التشريعي للمتغيرات المستجدة أو سكوت المشرع، فعدم تضمن النص القانوني لما تقوم الحاجة إليه لا يعني عدم إصدار حكم وإنكار العدالة⁴ من طرف القاضي.

¹ حسين رجب محمد مخلف، السلطة التقديرية للقاضي في قانون المرافعات المدنية وقانون الإثبات، مجلة التقني، المجلد السادس والعشرون، العدد السادس، 2013، ص 89.

² يرى د/ السنهوري أن القانون لم يجعل القاضي مشرعا فيما لم يرد فيه نص، بل وقف عند حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء إلا أنه سار شوطا بعيدا في سبيل أن تكون أحكام القانون أداة في يد القاضي يطور بها القانون ويواجه ما يتغير من أحوال.

³ القصور التشريعي هو حالة يواجهها القاضي خلال قيامه بمهمته في تطبيق أو تفسير قواعد التشريع على الحالة المعروضة أمامه سواء كان هذا التشريع موضوعيا أو إجرائيا، وقد تكون الحالة التي يواجهها القاضي حالة نقص في التشريع سواء كان النقص في الصياغة أو في المفهوم، وقد يكون القصور لسكوت النص عن الحالة القانونية المعروضة أمامه، لمزيد من التفاصيل انظر عواطف عبد المجيد ظاهر، القصور في التشريع، المجلد 02، العدد 01، مارس 2019، ص 63.

⁴ عاقب المشرع الجزائري على جريمة إنكار العدالة بموجب المادة 136 من قانون العقوبات والتي نصت على أنه: "يجوز محاكمة كل قاض أو موظف إداري يمتنع بأي حجة كانت عن الفصل فيما يجب أن يقضي فيه بين الأطراف بعد أن يكون قد طلب إليه ذلك ويصر على امتناعه بعد التنبيه عليه من رؤسائه، ويعاقب بغرامة من 750 دج إلى 1000 دج وبالحرمان من ممارسة الوظائف العمومية من 5 إلى 20 سنة".

فإذا كان التشريع يعبر عن خيارات الأمة ومصالحها العامة، فإن الاجتهاد القضائي يتميز بكونه يضمن استمرارية القواعد التشريعية من خلال ملاءمتها مع الوقائع، فالتشريع رغم عموميته لا يضع إلا حلاً وسطاً، ولا يخص حلول فردية لكل النزاعات، وهذا ما يجعل الاجتهاد القضائي يخص القاعدة القانونية ويقوم بتحيينها.

و للتعرف أكثر عن دور الاجتهاد القضائي قسمنا المبحث إلى مطلبين. تناولنا في المطلب الأول ماهية الاجتهاد القضائي بينما تناولنا في المطلب الثاني حدود سلطة القاضي المدني في الاجتهاد.

المطلب الأول: ماهية الاجتهاد القضائي

إن التشريع لا يمكن أن يحيط بكل شيء ولا يستطيع المشرع أن يتنبأ بكل مسألة ليضع لها حلاً، ولهذا لا بد للقاضي أن يجتهد للوصول إلى حكم عادل.

والواقع أن جميع النصوص القانونية العربية والأجنبية التي عالجت مشكلة الفراغ والقصور تلزم القاضي بالاجتهاد، فما المقصود بالاجتهاد؟، وما هي أهميته و ما مدى حجيته؟، إن الإجابة على هذا السؤال يقتضي منا تقسيم المطلب إلى فرعين. نتناول في الفرع الأول مفهوم الاجتهاد القضائي بينما نتناول في الفرع الثاني أهميته وحجيته.

الفرع الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

الاجتهاد هو الحل الذي تتخذه الجهة القضائية في قضية مطروحة أمامها في حالة عدم وجود نص قانوني أو في حالة غموضه¹، ذلك أن القاضي لا يلجأ إلى الاجتهاد في حالة وجود نص قانوني واضح يحكم النزاع المطروح عليه². ويدعى كذلك بالمسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون أو باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص.

كما يعرف بأنه الحل الذي تنفذه الجهة القضائية في قضية معروضة أمامها، في حالة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته³.

فالاجتهاد القضائي يساهم في تفسير النصوص الغامضة ويكمل الناقص منها كما يؤمن للتشريع ملاحقة تطورات المجتمع من خلال تطبيق النصوص القديمة بروح جديدة⁴.

وقد عرفت الشريعة الإسلامية الاجتهاد بالرأي عند عدم وجود النص⁵، وهذا ما قصده الصحابي الجليل معاذ بن جبل رضي الله عنه بقوله للرسول (ص) وقد ولاه قضاء اليمن وسأله: كيف تقضي؟ فقال "إن لم أجد في كتاب الله وسنة رسوله أجتهد رأيي".

¹- جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1993، ص 157.

²- بوشير محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، بحث مقدم ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول الأمن القانوني، جامعة ورقلة، ص 51.

³- حامد شاكر محمود، العدول في الاجتهاد القضائي، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2018، ص 36.

⁴- شفارة لخضر، فتاك علي، دور الاجتهاد القضائي في سد النقص في التشريع في الظروف الاستثنائية المستجدة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 02، 2022، ص 604.

⁵- حسين فريجة، الاجتهاد القضائي - مفهومه وشروطه-، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 01، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص 12.

هذا ولا يعد اجتهاد القضاء مصدرا للقانون في الجزائر ولا يلتزم القاضي به، حيث حددت المادة الأولى من القانون المدني الجزائري مصادر القانون والمتمثلة في التشريع، الشريعة الإسلامية، العرف، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة¹ بما أن القوانين مدونة وليست عرفية. ومع ذلك لا بد على القاضي أن يجتهد للوصول إلى الحكم العادل.

والواقع أن جميع النصوص القانونية العربية والأجنبية التي عالجت مشكلة الفراغ والقصور تلزم القاضي بالاجتهاد، وعلى القاضي في اجتهاده أن يسترشد بالفلسفة القانونية والاجتماعية والاقتصادية في المجتمع².

فاجتهاده لا يبنى على مجرد الهوى أو التحكم، ولكنه يبنى على حسن إدراك المقاصد الكلية للقانون، حيث يجب أن يخدم الاجتهاد أهداف القانون ويحدد خطوات القاضي نحو حل القضايا العملية، كما يجب ربط الحكم العادل الذي سيصدره القاضي بالواقع الحي للمجتمع³.

إن العملية القضائية ليست مجرد تطبيق حرفي لنصوص القانون، بل إنه أيضا قضاء إنشائي يبتكر الحلول العادلة لحسم النزاع، وهذا ما يسمى بالاجتهاد، حيث يبذل القاضي مجهودا إضافيا للبحث والملائمة بين المصالح المتضاربة للخصوم في الدعوى، عن طريق التوفيق بين مجموعة من القيم الإنسانية ومصالح الخصوم.

هذا ويطلق لفظ الاجتهاد القضائي في الجزائر على قرارات المحكمة العليا ومجلس الدولة متى قررت مبدأ قانونيا واستقرت على العمل به، دون أن يوجد نص في القانون يحكم المسألة⁴.

الفرع الثاني: أهمية الاجتهاد القضائي وحجتيه

إن الاجتهاد القضائي لا يقف عند تفسير القاعدة القانونية لاستخلاص معناها، بل يتعدى ذلك إلى تجاوزها بحثا عما يحقق العدالة بين أطراف النزاع، لذلك سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى أهمته وحجتيه.

أولا: أهمية الاجتهاد القضائي

إن التطور السريع للمجتمع أدى إلى عدم تنظيم النصوص القانونية لكل المستجدات في الحين والساعة، لذلك قد يجد القاضي نفسه أمام وقائع قانونية غير منظمة قانونا، ولم يتم التطرق إليها من طرف التشريع، فيقوم القاضي بالفصل في النزاع المعروف عليه عن طريق الاجتهاد.

فللاجتهاد القضائي أهمية وأثر بالغين لا يكادان يقلان في أهميتهما عن دور التشريع نفسه، فالاجتهاد القضائي هو ما يمنح القانون طابعه العملي الحي، وهو الذي يوضح مداه وأبعاده، ورغم أن الاجتهادات

¹ في إنجلترا للاجتهاد أهمية كبيرة بسبب عدم وجود قانون مكتوب يتقيد به القاضي.

² رعد شاكر عبد فرحان، دور وأهمية القاضي في سد الفراغ القانوني، مأخوذ من موقع: www.mohamah.net/law، تاريخ التصفح: 2023/10/23، الساعة 12:00.

³ المرجع نفسه.

⁴ عجالي بخالد، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية في التشريع الجزائري، مجلة الفكر القانوني والاقتصادي، السنة التاسعة، العدد الثاني، ص 827.

القضائية لا تعد من الوجهة النظرية قواعد ملزمة، إلا أنها مهمة خاصة الصادرة من طرف المحكمة العليا، حيث إذا تبنت المحكمة رأياً معيناً، تتبنى بعدها سائر المحاكم هذا الرأي وتطبقه بانتظام. هذا ويؤثر الاجتهاد القضائي إيجاباً وسلباً ووجوداً وعدمه في الأمن القانوني وهو ركيزة أساسية ومقوم هام من مقوماته¹.

ولقد احتل الاجتهاد القضائي دوراً مهماً في تطوير النظريات الفقهية واستنباط الحلول القانونية، وقد أدى كذلك دوراً هاماً في تطبيق النصوص القانونية عبر مختلف مراحل تطور المنظومة القانونية، كما لا يمكن إنكار دوره في تحقيق الأمن القانوني، فالنص القانوني لا يحقق للمواطن أمناً قانونياً إلا إذا تم تطبيقه تطبيقاً سليماً، ولن يتم ذلك إلا بالاجتهاد القضائي الذي يضع النصوص في موضعها ويفسرها بطريقة صحيحة تحقق قصد المشرع من وضعها².

كان ولا يزال الاجتهاد القضائي يكتسي أهمية كبيرة أمام القصور الذي يكتنف النصوص القانونية في النظام القانوني والقضائي لأي دولة باعتباره يشكل سبباً هاماً لتقرير أي إصلاح قضائي من خلال ما يقدمه من تكيف واستمرارية للقواعد التشريعية. فهو يخصص القاعدة القانونية ويعمل على تكيفها وتحيينها مع متطلبات تحقيق مبدأ العدالة بين المتقاضين والأفراد، ومقتضيات إرساء مبدأ الأمن القضائي داخل المنظومة القضائية³.

ورغم الأهمية التي يتصف بها الاجتهاد القضائي باعتباره يسد النقص ويصحح الغموض الذي يكتنف التشريع، ويرفع اللبس ويقدم حلولاً قانونية فعالة وعادلة، كما يكفل توحيد الحلول القضائية على نحو يرسخ الأمن القانوني ويحقق الوضوح والاستقرار⁴. كما يؤمن للقانون مواكبة تطورات المجتمع والتكيف معها من خلال تطبيق نصوص قديمة بروح جديد، إلا أن أحكام القضاء لا تعد مصدراً رسمياً للقانون في التشريعات العربية عامة والتشريع الجزائري خاصة.

ثانياً: حجية الاجتهاد القضائي

فتح التشريع الجزائري الباب أمام اجتهاد القاضي عن طريق توضيح الطريق الذي يسلكه فيما لم يجد فيه نص قانوني، حيث حدد مصادر التشريع وفقاً لنص المادة 01 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"⁵.

¹ - عجالي خالد، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 3، 2014، ص 377.

² - المرجع نفسه، ص 382.

³ - علاء الدين قليل، الاجتهاد القضائي والأمن القضائي، بين متطلبات تكريس العدالة ومقتضيات إرساء الأمن القضائي، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، أكتوبر 2021، ص 308.

⁴ - عبد النباوي محمد، تعميم الاجتهاد القضائي، مساهمة في خدمة العدالة، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، العدد 1، المغرب، ص 45.

⁵ - عكس المشرع المصري الذي قدم مبادئ العرف على الشريعة الإسلامية.

فيجب على القاضي عند نظر الدعوى أن يتبع هذا الترتيب عند البحث عن الحل القانوني للنزاع المطروح عليه، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سمح بالاجتهاد فيما لم يذكر فيه نص قانوني صريح¹. ومع ذلك فإن الجزائر تعتمد على التشريع وبذلك فإن القضاء لا يعتبر مصدرا رسميا من مصادر التشريع وإنما هو مصدر تفسيري، فأحكام القضاء ليست مصدرا ولا يعتد بها ولا يلتزم القاضي بها في إصدار أحكامه²، عكس الدول الإنجلوسكسونية مثل إنجلترا والتي لا يوجد بها قانون مكتوب حيث يمثل الاجتهاد القضائي مصدرا مهما بالنسبة لها وهو ما يسمى بالتشريع القضائي.

المطلب الثاني: حدود الاجتهاد القضائي

يقصد بحدود الاجتهاد القضائي الحالات التي يجوز فيها والحالات التي لا يجوز فيها، وبعبارة أخرى متى يبدأ الاجتهاد ومتى ينتهي، فواجب الفصل في النزاع من طرف القاضي رغم عدم وجود نص قانوني حتى لا يقع في جريمة إنكار العدالة يلزمه بالبحث والاجتهاد للوصول إلى قاعدة يطبقها على النزاع. ولقد وضع القانون نفسه للقاضي كيفية وطريق البحث، فألزمه بالأخذ بمبادئ الشريعة الإسلامية ثم العرف³، فإذا لم يجد الحل بحث في مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، والتي يقصد بها مجموعة المبادئ والقيم الإنسانية التي يهتدي العقل الإنساني إليها في أي مجتمع بشري. وعليه فإن إحالة القاضي على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة معناه تكليفه بالاجتهاد والبحث عن الحل العادل للنزاع، دون أن يتأثر بأفكاره معتقداته الشخصية، وإنما عليه أن يجتهد بناء على اعتبارات موضوعية. وبالتالي فإن القاعدة أن لا اجتهاد مع النص، ومع ذلك يمكن للقاضي أن يجتهد في حالتين وهو ما سوف نتطرق إليه من خلال فرعين، نتناول في الفرع الأول اجتهاد القاضي في حالة غموض النص التشريعي، بينما نتناول في الفرع الثاني اجتهاد القاضي في حالة النقص في التشريع.

الفرع الأول: اجتهاد القاضي في حالة غموض النص التشريعي

إن النصوص القانونية لا تكون دائما واضحة، إذ قد يعترها غموض يجعل ألفاظها غير واضحة، أو تحتمل أكثر من معنى، وهذا ما يجعل القاضي مجبرا على البحث عن مدلولها الذي يقصده المشرع عن طريق نشاط ذهني وهذا ما يسمى بالتفسير القضائي⁴.

هذا وهناك نوعين من النصوص القانونية، نصوص قطعية الدلالة لا تدع مجالاً للقاضي للتوسع في تفسيرها، بل يطبقها حرفيا⁵، وهناك نصوص ظنية الدلالة وهي التي يجوز للقاضي تفسيرها وتحصيل

¹- ذكر المشرع الأردني ضرورة الاسترشاد بما أقره القضاء والفقهاء على ألا يتعارض مع ما ذكر من مصادر.

²- حسين فريجة، المرجع السابق، ص 12.

³- وهو في ذلك يخضع لرقابة المحكمة العليا.

⁴- يخضع فيه القاضي لرقابة المحكمة العليا.

⁵- مثل المادة 40 من القانون المدني التي تنص على أنه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

وقائمه معرفة التطبيق الصحيح لتلك النصوص¹، هذا وتتأثر عملية التفسير بظروف القضية ومعطياتها، ويؤدي تفسيرها إلى إثراء النظريات الفقهية وبيان الجوانب الواقعية والتطبيقية لها².

ولهذا يتضح أن جهد القاضي في تفسير النص القانوني الغامض هو صمام من صمامات الأمن القانوني، فالتفسير الصحيح والموفق للنص القانوني يحقق للقاعدة هدفها، ويغذي شعور المتقاضين بالأمن اتجاه النص الغامض.

وعلى العموم فإن الاجتهاد فيما ورد فيه نص قانوني يأخذ إحدى الصور الآتية: -بذل مجهود في الوصول إلى الحكم الصحيح، ويكون في حدود ما ورد في النص القانوني ومدى فهم القاضي له وترجيح بعض ما ورد به على البعض الآخر، وتطبيقه على الواقعة المطروحة دون أي خروج على النص القانوني.

-الاجتهاد في معرفة مدى صلاحية القاعدة القانونية للتطبيق مثل معرفة ما إذا كانت مازالت سارية المفعول أو تم إلغاؤها³.

الفرع الثاني: حالة النقص في التشريع

إن سكوت النص أو قصوره يعد من أنسب الحالات لتدخل القاضي واجتهاده، لأنه يواجه صمت القانون في مسألة ما تحتم عليه الفصل فيها.

ويتمتع القاضي في هذه الحالة بحرية أكبر للاجتهاد مقارنة مع اجتهاده في تفسير القاعدة القانونية هذا ويعتبر النص ناقصا إذا جاءت عباراته خالية من بعض الألفاظ التي لا يستقيم الحكم إلا بها، أو إذا أغفل بعض الحالات التي كان يفترض أن ينص عليها، أو عدم ملائمة النص القانوني للحياة الاجتماعية والسياسية السائدة في المجتمع وقت تطبيقه وهو ما يسمى بالقصور المزيف أو قصور الغاية.

ويعني أن القاعدة القانونية موجودة ولكنها غير عادلة أو غير منسجمة مع الظروف الاجتماعية والسياسية السائدة.

وقد يصدر النص دون مراسيمه التنفيذية وقد لا يتسع النص لوضع قانوني جديد، وبالرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني يتضح أن المشرع الجزائري كغيره من المشرعين يعترف بوجود النقص في التشريع، مما يؤدي إلى اجتهاد القاضي وذلك باستنباط الحل من مصادره الاحتياطية.

* خاتمة

¹- تنص المادة 111 من القانون المدني على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند لمعنى الحرفي للألفاظ.....".

²- عجالى خالد، المرجع السابق، ص 830.

³- أنظر مقال الاجتهاد القضائي، موقع www.jordan-lawer.com، تاريخ التصفح 2023/10/26، ساعة التصفح: 19:15.

إن العملية القضائية ليست مجرد تطبيق حرفي لنصوص القانون، بل يساهم القضاء في إنشاء وإبداع الحلول العادلة لحسم النزاع. وهذا يقتضي من القاضي أن يبذل مجهودا شاقا مضمنا في البحث والتأصيل والملائمة بين المصالح المتضاربة للخصوم في الدعوى.

ولقد أدى الاجتهاد القضائي في الجزائر دورا هاما في استقرار الأحكام القضائية وتطوير النصوص القانونية من خلال المحكمة العليا ومجلس الدولة. لذلك أصبح مطلبا حقوقيا بالنظر لما يكفله من توحيد للحلول القضائية وتوقعها على نحو يرسخ الأمن القانوني ويحقق الوضوح والاستقرار.

وفي كل الأحوال ينبغي على القاضي أن يبقى في نطاق المبادئ والغايات التي يقوم عليها النظام القانوني، فلا يأتي بحلول شاذة أو مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة السائدة في مجتمعه، مستلهما روح النظام القانوني دون أن يستند إلى أفكاره ومعتقداته الشخصية.

هذا ويمكن تلخيص أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة فيما يلي:

- أحاط المشرع مهمة الاجتهاد القضائي لقضاة المحكمة العليا دون غيرهم.
- يمنع الاجتهاد في حالة وجود نص قانوني صريح لا يحتمل أي تأويل، فلو جاز الاجتهاد مع وجود النص لما كانت هناك فائدة من وجوده، ولأصبح النص موضع مزاج يعمل به أو يجتهد بخلافه.
- إن حالات غموض النصوص القانونية والتعارض أو عدم الانسجام مع الواقع تمثل أكثر الحالات مدعاة للاجتهاد.

- إن سكوت النص أو قصوره يعد أنسب الحالات لتدخل الاجتهاد القضائي.

- إن القاضي لا يجب أن يتجاوز حدود القانون وذلك بإصدار حكم تكون له صيغة عامة أو يحكم بما لا يقتضيه القانون أو بما يخالفه.

- وجب على القاضي عند الاجتهاد المحافظة على روح التشريع.

- إن أحكام القضاء ليست مصدرا رسميا للقانون الجزائري.

- إن المشرع إن كان هو من يضع النص القانوني، فإن القاضي هو من يضيف عليه المثالية من الناحية العملية، ويجعله ملائما للواقع. ومن أدواته في ذلك قواعد التفسير، المبادئ العامة للقانون، مبادئ العدالة، المعيار القانوني.

*- هذا وبناء على ما سبق نقترح التوصيات التالية:

- ضرورة الاعتناء بفقهاء الاجتهاد القضائي عامة وفي المواد المدنية خاصة.

- تعزيز النظام القانوني للمحكمة العليا.

- تعزيز نظام الغرف المجتمعة في المحكمة العليا من خلال إضفاء طابع أكثر رسمية وفاعلية.

- إعطاء حرية أكبر للقضاة للاجتهاد فيما لا نص فيه.

* قائمة المراجع

* النصوص القانونية

- الأمر 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78، سنة 1975.

* الكتب

- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

-جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1993.
-حامد شاكر محمود، العدول في الاجتهاد القضائي، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2018.
-عبد الفتاح عبد الباقي، مبادئ القانون مبادئ القانون، مطبعة النهضة، مصر.
-عبد المنعم عبد العظيم جيرة، دور القاضي المدني في صنع القواعد القانونية أو الدور الخلاق للقاضي، دراسة مقارنة، جامعة بنغازي، ليبيا، دون طبعة.

*المقالات

-حسين رجب محمد مخلف، السلطة التقديرية للقاضي في قانون المرافعات المدنية وقانون الإثبات، مجلة التقني، المجلد السادس والعشرون، العدد السادس، 2013.
-حسين فريجة، الاجتهاد القضائي - مفهومه وشروطه-، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 01، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
-شفارة لخضر، فتاك علي، دور الاجتهاد القضائي في سد النقص في التشريع في الظروف الاستثنائية المستجدة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 02، 2022.
-عبد النباوي محمد، تعميم الاجتهاد القضائي، مساهمة في خدمة العدالة، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، العدد 1، المغرب.
-عجالي خالد، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 3، 2014.
-عجالي خالد، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية في التشريع الجزائري، مجلة الفكر القانوني والاقتصادي، السنة التاسعة، العدد الثاني.
-عز الدين الماحي، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، مجلة القانون والأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، كلية الحقوق، مراكش، المغرب، مأخوذ من موقع www.droit.etentreprise.com تاريخ الاطلاع: 2023/10/14، ساعة الاطلاع: 01:00.
-علاء الدين قليل، الاجتهاد القضائي والأمن القضائي، بين متطلبات تكريس العدالة ومقتضيات إرساء الأمن القضائي، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، أكتوبر 2021.

*الملتقيات

-بوبشير محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، بحث مقدم ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول الأمن القانوني، جامعة ورقلة، 2012.

*المواقع الإلكترونية

-رغد شاكر عبد فرحان، دور وأهمية القاضي في سد الفراغ القانوني، مأخوذ من موقع: www.mohamah.net/law، تاريخ التصفح: 2023/10/23، الساعة 12:00.
- مقال الاجتهاد القضائي، موقع www.jordan-lawer.com، تاريخ التصفح 2023/10/26، ساعة التصفح: 19:15.

دور القضاة المدني في الموازنة بين تطبيق القانون و تحقيق العدل عند غياب النص القانوني

د. سفيان حديدان

جامعة 8 ماي 1945. قالمة

ملخص :

إن القضاء بإعتباره سلطة مستقلة بحسب أحكام الدستور ، يختص بتطبيق القواعد القانونية الصادرة من السلطة التشريعية المتمثلة في البرلمان بغرفتيه ، و أن تطبيق القانون لا يمكن أن يتحقق دون ضمانات ، ينص عليها القانون الأساسي للقضاء ، كما أنه و في حالة إنعدام النص القانوني الفاصل في النزاع ، أو وجود تناقض بين النصوص القانونية أو نقص في القانون يحول دون التطبيق الجيد للقانون ، يجعل من تدخل القضاء لإيجاد قواعد قضائية لازم و ضروري و يسمى ذلك بالإجتهاد القضائي .

سنتطرق ضمن هاته الورقة في التعريف بالإجتهاد القضائي في المادة المدنية ، و مدى تدخل القضاء فيما يخص القواعد الإجرائية و كذا القواعد الموضوعية ضمن نسق موضوعي و إجرائي ينص عليه القانون في ظل ما يسمى بالتدخل الإيجابي للقاضي ، و عدم وقوعه في خطأ إنكار العدالة .

الكلمات المفتاحية : الإجتهاد القضائي ، التفسير ، التدخل الإيجابي للقاضي . القواعد القضائية . القواعد القانونية .

As an independent authority in accordance with the provisions of the Constitution, the judiciary is competent to apply the statutory rules issued by the legislative branch of Parliament in its two chambers. The application of the law cannot be achieved without safeguards. legal provisions ", provided for in the Basic Law of the Judiciary, and in the absence of a legal provision deciding the dispute or a contradiction between legal texts or a lack of law that prevents the proper application of the law, It makes the intervention of the judiciary to find necessary and necessary judicial rules and so-called jurisprudence.

Within this paper, we will address the definition of jurisprudence in the civil article, the extent to which the judiciary interferes with procedural rules and such substantive rules within an objective and procedural format provided for by law in the light of the so-called positive intervention of the judge, and his failure to make a mistake of denial of justice.

Keywords: jurisprudence, interpretation, judge's positive intervention. judicial rules. legal rules.

مقدمة:

إن القضاء سلطة مستقلة ، يهدف إلى حماية الحقوق و الحريات الفردية و الجماعية ، و يسعى الى تحقيق العدل ما بين المتخاصمين عند النظر في مختلف الدعاوى القضائية التي ينظرها امام القضاء العادي او القضاء الإداري .

يعتبر القضاء المدني بمختلف اقسامه او فروعه الجهاز المكلف بحماية الحقوق المالية و الحقوق اللصيقة بالشخص ، و فيها يعمل على تكييف الوقائع و التصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح دون التقيد بتكييف الخصوم ، و يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه .

غير أن النزاع المعروض على القضاء قد لا يكون له نص قانوني ينظم احكامه او يحتاج الى القضاء لتفسير احكامه ، او انه يوجد نصوص قانونية متناقضة ضمن نصوص قانونية متفرقة ، فهنا يقوم دور الاجتهاد القضائي في تقويم النص القانوني أو إيجاد حل للنزاع ، تقاديا لإنكار العدالة .

حيث أنه يثور الإشكال حول دور القاضي المدني التقيد بدوره المرتبط بتطبيق القانون وسط إنعدام النص القانوني ، وواجب الفصل في النزاع تقاديا لوقوع القضاء في خطأ إنكار العدالة .

إن ازدواجية الهدف من النزاع بين تطبيق القانون و تحقيق العدل يجعل من تدخل القضاء للفصل في النزاع وفقا لقواعد قضائية عند غياب النص القانوني مهم و ضروري .

ان الاجتهاد القضائي هو الحل القضائي لإشكال قانوني أو هو المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم سواءا منها ما يتعلق بالنصوص القانونية أو إستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند غياب النص .

يقوم الاجتهاد القضائي على مجموعة من المبادئ :

. لا إجتهااد مع صراحة النص .

. بذل الجهد للتوصل إلى الحكم و مجال الاجتهاد هنا يكون في حدود فهم النص و ترجيح بعض ما يفيد مفهوما آخر دون الخروج عن دائرة مفاد النص .

. بذل الجهد للتوصل إلى حكم لم يرد فيه نص قطعي .

. بذل الجهد للتوصل الى الحكم العادل بتطبيق قواعد كلية و هذا فيما يمكن اخذه من القواعد و النصوص الكلية دون ان يكون فيه نص خاص .

أهمية الدراسة :

إن أهمية الدراسة تتمثل في تحليل قيمة الإجتهد القضائي في المادة المدنية ، عند :

. غياب النص القانوني .

. عندما يكون النص القانوني مشوب بعيب من العيوب التي تجعله في حاجة الى تفسير و هذه العيوب هي : الغموض ، الإبهام ، إحتمال تأويل إلى أكثر من معنى .

. النص القانوني الناقص .

. التناقض و التعارض بين نصين إذا كان الحكم الذي دل عليه احدهما يخالف تماما الحكم الذي يمكن استنتاجه من الآخر .

. القصور في التشريع . و يتحقق ذلك في عدم ملائمة النص القانوني لما تقوم عليه الحاجة اليه من احكام تفضيلية او جزئية في ظل التغيرات الجوهرية التي يشهدها المجتمع . أو إذا كانت القاعدة التي تعالج المسألة المطروحة على القاضي موجودة و لكنها غير عادلة او غير منسجمة مع الظروف الاجتماعية و السياسية السائدة و تسمى هذه الظاهرة بالقصور المزيف كقارنة مع القصور الحقيقي / النقص في التشريع .

المبحث الأول : الإجتهد القضائي في مادة الإجراءات المدنية و الإدارية .

إن القواعد الإجرائية من النظام العام ، مجردة ، فلا يجوز للقضاء إيجاد قواعد إجرائية بل عليه أن يقوم بتفسير النصوص القانونية في حال ما إذا تضمنت أحكام مبهمة و غير واضحة أو أن القضاء يحل محل النص القانوني إذا توافرت شروط أوجدها القانون .

المطلب الأول : سلطة حلول القضاء محل النص القانوني ضمن حالة القوة القاهرة او وقوع احداث

من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة .

بظهور فيروس كورونا في الثلاثي الأخير من سنة 2019 في مدينة ووهان بالصين ، إنتشر بعدها في كل بقاع العالم ، و أن الإنتشار الواسع للفيروس و سرعة إنتقاله خلق حالة من الخوف و الهلع أمام إنعدام وجود دواء أو لقاح أمام غلق المطارات و الموانئ و جميع المنافذ و عزل لمصابين و فرض الحجر الصحي المنزلي الكلي و المؤقت .

تأثر قطاع العدالة بهاته الجائحة ، و كان لزاما على المواطنين المكوث بمنزلهم ، الأمر الذي جعلهم ما بين التقيد بتدابير الحجر الكلي أو المؤقت أو اللجوء إلى القضاء لممارسة حقوقهم في الطعن في الأحكام و القرارات الصادرة ضدهم ، خاصة و إن تلازم الأمر مع مواعيد الطعن المغلقة .

ان المشرع الجزائري لم يتدخل لوقف المواعيد الإجرائية ابان جائحة كورونا على عكس التشريع لفرنسي و المغربي ، فالتشريع الفرنسي صدر عنه قانون الطوارئ رقم 2020/290 المؤرخ في 23 مارس 2023 لمواجهة فيروس كورونا و لقد تلاه صدور الأمر رقم 2020.303 المؤرخ في 25 مارس 2023 المتضمن تكييف قواعد الإجراءات الجزائية على أساس قانون الطوارئ السالف الذكر ، بحيث تم تكييف مختلف المواعيد مع الوضعية الصحية التي تعيها فرنسا ، أما في الجزائر امام غياب النص الإجرائي و جب تفعيل احكام المادة 322 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

تنص المادة 322 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على مايلي : كل الأجل المقررة في هذا القانون من أجل ممارسة حق أو من أجل حق الطعن يترتب عدم مراعاتها سقوط الحق أو سقوط ممارسة حق لطعن بإستثناء حالة القوة القاهرة أو وقوع أحداث من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة ، يتم تقديم طلب رفع السقوط إلى رئيس الجهة القضائية المعروض أمامها النزاع يفصل فيه بموجب أمر على عريضة غير قابل لأي طعن و ذلك بحضور الخصوم أو عد صحة تكليفهم بالحضور .

يقع على صاحب الطلب التزام اثبات القوة القاهرة أمام رئيس الجهة القضائية المختصة بمختلف الوسائل المتاحة و في حالة فيروس كورونا يمكن للطالب تقديم شهادة طبية تثبت اصابته بالوباء أو الإستناد الى مراسيم الحجر المنزلي الصحي .

المطلب الثاني : قرينة العلم لإنعقاد الخصومة .

من المعروف قانونا أن الخصومة القضائية لا تتعقد إلا بعلم المدعى عليه أو المستأنف عليه أو المطعون ضده بالعريضة الموجهة إليه ، و العلم على نوعين علم شخصي و علم قانوني غير أن المشرع

لم ينص ضمن أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على مصطلح العلم كشرط إنعقاد الخصومة ، و لكن عبر عنه بالتبليغ الرسمي وفقا لأحكام المادة 406 و مايليها من نفس القانون .

تنص المادة 406 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على مايلي : يقصد بالتبليغ الرسمي التبليغ الذي يتم بموجب محضر يعده المحضر القضائي .

يمكن ان يتعلق التبليغ الرسمي بعقد قضائي او عقد غير قضائي أو أمر أو حكم أو قرار .

يجوز التبليغ الرسمية للعقود القضائية و غير القضائية و السندات التنفيذية بتسليم نسخة منها الى المطلوب تبليغه أينما وجد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي بناء على طلب لشخص المعني او ممثله القانوني أو الإتفاقي و يحرر بشأنه محضرا في عدد من النسخ مساو لعدد الأشخاص الذين يتم تبليغهم رسميا .

لا يعد التبليغ الرسمي ولو بدون تحفظ قبولا الحكم .

يكون التبليغ الرسمي صحيحا الى الشخص الذي يقيم في الخارج اذا تم في الموطن الذي اختاره في الخارج.

ان الإجتهد القضائي غطى على النقص الموجود في النص القانوني الذي اغفل ذكر مصطلح العلم

لقد ورد في القرار المنشور بمجلة المحكمة العليا العدد الثاني سنة 2018 الصفحة 54 في الملف رقم

1108581

تحت عنوان : تبليغ . المواد 406 . 407 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على مايلي :

المبدأ : لا تتعد الخصومة إلا بعد تحقق قرينة علم المدعى عليه بها ، عن طريق التبليغ الصحيح و لا تكون إجراءات التبليغ صحيحة إذا كان مستلم محضر التبليغ مجهول الهوية .

ورد في تسيبب قرار المحكمة العليا المشار إليه مايلي : و حيث ان انعقاد الخصومة لا يمكن ان يتم إلا بتحقق قرينة العلم و هذه الأخيرة تتم بإجراءات التبليغ الصحيح وفقا لما يقتضيه القانون و هو مجهول الهوية كما انها لم تتم في الموطن الذي اختاره المطعون ضد هما المذكور أعلاه مما يعد خرقا للمادة المذكورة أعلاه يتعين معه التصريح بعدم قبول الطعن شكلا .

المبحث الثاني : الإجتهااد القضائي في المادة المدنية .

ان الإجتهااد القضائي يتعلق بالقرارات الصادرة عن المحاكم العليا وحدها . فالإجتهااد القضائي بوصفه عملية ذهنية إبداعية ، هل يساهم في بناء القانون و هل يعد مصدرا مباشرا للقاعدة القانونية ؟

ان الإجتهااد القضائي كواقع يساهم الى الإعترااف به كمصدر من مصادر القانون ، تنص لمادة 16 من النظام الداخلي للمحكمة العليا على مايلي : تتولى مصلحة متابعة الإجتهااد القضائي و التشريع على الخصوص اقتراح مراجعة النصوص التشريعية على ضوء الإجتهااد القضائي بتوجيه من رؤساء الغرف

بناء على ذلك فالقضاء يساهم في خلق القاعدة القانونية . و لكن هل يتوافر على خصائص القاعدة القانونية من عمومية و الزام و كذلك قوة الإجتهااد القضائي في مواجهة الكل .

المطلب الأول : مدى تمتع الإجتهااد القضائي بخصائص القاعدة القانونية . (العمومية و الإلزام)

عندما ينشئ القاضي المدني قاعدة قضائية فعليه ان يحترم توحيد تطبيق القانون على النحو الذي خلصت له .

لقد اوجد القانون العضوي 12.11 المحدد لتنظيم المحكمة العليا و عملها و إختصاصها و كذا النظام الداخلي للمحكمة العليا المصادق عليه في الجمعية العامة تاريخ 24 نوفمبر 2013 مكانيزمات لتوحيد الإجتهااد القضائي في صورتين هما :

الصورة الأولى : توحيد الإجتهااد القضائي على مستوى الغرف المختلطة .

إن الإحالة على الغرفة المختلطة تتحقق عندما يخطر رئيس غرفة الرئيس الأول بتقرير حول مسألة قانونية تلتقت أو من شأنها أن تتلقى حولا متناقضة أمام غرفتين أو أكثر .

تتم الإحالة بأمر من الرئيس الأول يحدد فيه الغرفتين أو الغرف المعنية و رئيس الغرفة المختلطة ، و تبلغ النيابة العامة بالملف لإبداء رأيها و تقدم طلباتها . و في حال عدم الاتفاق يخطر رئيس الغرفة المختلطة الرئيس الأول للمحكمة العليا الذي يحيل الملف أمام الغرف مجتمعة .

الصورة الثانية : الغرف المجتمعة .

تتعدد الغرف المجتمعة بموجب أمر من الرئيس الأول و تتعدد عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن احدى غرف المحكمة العليا تغيير في الاجتهاد القضائي .

ان هذه الطريقة تجعل من القاضي المدني يساهم في تفسيره للقانون و ان يسمح بتطبيقه بشكل موحد لذلك اصبح من الضروري ان ينبثق من القرار القضائي قاعدة قضائية تسمح لباقي المحاكم خاصة قضاء الموضوع من وضعها في عين الاعتبار من اجل تطبيقها على النزاعات المماثلة .

و عليه : فإن القاعدة القضائية بهذا الشكل تتمتع نفس خصائص القاعدة القانونية من عمومية و الزام

غير أن الإنتقاد المقدم لهذه النتيجة هو الحجية النسبية للحكم القضائي ، فالحكم الصادر في قضية معينة تكون حجيتها مقتصرة على أطراف النزاع و حدهم و لا تمتد الى غيرهم و تسري الحجية النسبة للواقع و القانون على حد سواء ، فلو رضت قضية مماثلة امام نفس لمحكمة فلا يوجد أي إلزام قانوني على المحكمة بأن تطبق حكمها السابق على وقائع القضية الجديدة كما لا يجوز لأطراف النزاع الجديد المطالبة بإعمال الحكم السابق في مواجهتهم و يترتب على ذلك انه طالما كان الحكم لا يتمتع الحجية إلا بصدد النزاع الي فصل فيه فلا يمكن ان تنشأ قاعدة عامة من أحكام القضاء .

المطلب الثاني : القرارات المكرسة لمبدأ قانوني .

ان القرارات المكرسة لمبدأ قانوني تسعى الى سد ما قد يشوب النصوص القانونية من نقص، و تفرزها اعتبارات اقتصادية و اجتماعية لتعطي حلولاً تتركس مبادئ قانونية جديدة يمكن ان تكون مكملة للمقتضيات التشريعية و لا يجادل احد في ان القرارات لصادرة عن الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا تدخل في الصنف الأخير .

ان القرارات المبدئية تعتبر مصدر انشاء للقاعدة القانونية و التالي فإن القرار المبدئي باعتباره حكماً قضائياً يتجاوز حدود الحجية المقررة للأحكام القضائية ليتحول إلى قاعدة قانونية ملزمة وواجبة التطبيق على الحالات المستقبلية و المشابهة .

خاتمة :

ان القضاء لا يمكنه أن ينشأ قواعد قضائية ضمن إجتهااد قضائي إلا بعد ضمان استقلاله وذلك عن طريق القيام بعمله في اطار القانون و على نحو يهدف الى حماية الحقوق والحريات الأساسية والإمتناع

عن كل نشاط يتعارض وممارسة السلطة القضائية ، وأن يلتزم بمبدأ الشرعية و ضمان المساواة بين الأطراف المتنازعة .

* قائمة المراجع

* النصوص القانونية

- الأمر 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78، سنة 1975.

* الكتب

-أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
-جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1993.
-حامد شاكر محمود، العدول في الاجتهاد القضائي، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2018.
-عبد الفتاح عبد الباقي، مبادئ القانون مبادئ القانون ، مطبعة النهضة، مصر .
-عبد المنعم عبد العظيم جيرة، دور القاضي المدني في صنع القواعد القانونية أو الدور الخلاق للقاضي، دراسة مقارنة، جامعة بنغازي، ليبيا، دون طبعة.

* المقالات

-حسين رجب محمد مخلف، السلطة التقديرية للقاضي في قانون المرافعات المدنية وقانون الإثبات، مجلة التقني، المجلد السادس والعشرون، العدد السادس، 2013.
-حسين فريجة، الاجتهاد القضائي -مفهومه وشروطه-، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 01، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
-شفارة لخضر، فتاك علي، دور الاجتهاد القضائي في سد النقص في التشريع في الظروف الاستثنائية المستجدة، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 02، 2022.
-عبد النباوي محمد، تعميم الاجتهاد القضائي، مساهمة في خدمة العدالة، مجلة سلسلة الاجتهاد القضائي، العدد 1، المغرب.

-عجالي خالد، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 3، 2014.
-عجالي خالد، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية في التشريع الجزائري، مجلة الفكر القانوني والاقتصادي، السنة التاسعة، العدد الثاني.

-عز الدين الماحي، مدى مساهمة الاجتهاد القضائي في إنشاء القواعد القانونية، مجلة القانون والأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، كلية الحقوق، مراكش، المغرب، مأخوذ من موقع www.droit.etentreprise.com تاريخ الاطلاع:

2023/10/14، ساعة الاطلاع: 01:00.

-علاء الدين قليل، الاجتهاد القضائي والأمن القضائي، بين متطلبات تكريس العدالة ومقتضيات إرساء الأمن القضائي، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 02، أكتوبر 2021.

***الملتقيات**

-بوشير محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، بحث مقدم ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول الأمن القانوني، جامعة ورقلة، 2012.

***المواقع الإلكترونية**

-رغد شاكر عبد فرحان، دور وأهمية القاضي في سد الفراغ القانوني، مأخوذ من موقع:

www.mohamah.net/law، تاريخ التصفح: 2023/10/23، الساعة 12:00.

- مقال الاجتهاد القضائي، موقع www.jordan-lawer.com، تاريخ التصفح 2023/10/26، ساعة التصفح:

.19:15

سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات ذات الحجية غير الملزمة -شهادة الشهود واليمين المتممة مثالا-

د. بوزيتونة لينة

Passionice.droit@gmail.com

د. سارة بن صالح

مخبر الدراسات القانونية البيئية

bouzitounalina24@gmail.com

ملخص

لقد اعتبرت البيينة (الشهادة) منذ القدم من أهم طرق الإثبات ، وأمنها في الوصول إلى الحقيقة قد ظل الخصوم لا يستغنون عن الالتجاء إليها لإثبات ادعاءاتهم لذلك أحاطها المشرع الجزائري بضمانات فرسم إجراءات التحقيق وفرض عقوبة مشددة لشهادة الزور وخول القاضي المدني سلطة مطلقة في تقديرها، كما أن اليمين المتممة يوجهها القاضي من تلقاء نفسها للخصم الذي ليس لديه دليل كامل، ليبنى بعد ذلك حكمه في موضوع الدعوى متى توافرت شروط توجيهها.

الكلمات المفتاحية: شهادة شهود، يمين متممة، سلطة القاضي.

Abstract:

I have considered the evidence (testimony) since ancient times of the most important methods of proof, and safe in reaching the truth, and has remained litigants do not dispense with resorting to it to prove their claims so surrounded by the Algerian legislator guarantees Vsmr investigation procedures and impose a severe penalty for false testimony and vested the civil judge absolute authority in its discretion, and the oath complement fueled by the judge of its own accord to the opponent who does not have complete evidence, to then build his judgment .on the subject of the lawsuit when the conditions are available directed

Keywords : Testimony of witnesses, complementary oath, authority of the judge.

مقدمة :

يقصد بالإثبات في معناه القانوني تقديم الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم بالطرق الجائزة، بحيث يعد المجال الذي يتفاضل فيه القضاة لأنهم على قدر تفهمهم لقواعد الإثبات وإدراكهم لمواقف الخصوم و حججهم يكون حكمهم أقرب إلى الصواب.

وقواعد الإثبات في التشريع المدني تأخذ مكانين: مكان في التقنين المدني و آخر في تقنين الإجراءات المدنية و الإدارية، وهي تتنازع من ناحيتين : ناحية تحدد طرق الإثبات المختلفة و أخرى تحدد قيمة كل طريقة منها، فبالرجوع إلى القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للقانون المدني، و القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المعدل و المتمم نجد أن المشرع الجزائري تناول العديد من طرق الإثبات، غير أن هذه الأدلة تختلف من حيث تقدير القاضي لحجيتها وسلطته في ذلك، إذ نجد أن سلطة القاضي المدني تتأرجح بين التقييد و التزام الأخذ بحجية بعض الأدلة و بين الإطلاق و الحرية في تقدير حجية أدلة أخرى والتي اخترنا منها ، شهادة الشهود، و اليمين المتممة، لذلك يكون له إعمال سلطته في الأخذ بها من عدمه. وعليه نطرح الإشكالية الآتية:

إلى أي مدى يمكن للقاضي المدني إعمال سلطته في تقديره لأدلة الإثبات غير الملزمة(شهادة الشهود، اليمين المتممة) المعروضة أمامه؟

للإجابة على الإشكالية قسمنا ورقتنا البحثية الى محورين كما يأتي:

المحور الأول: شهادة الشهود(Témoignage):

لقد اعتبرت البيئة (الشهادة) منذ القدم من أهم طرق الإثبات ، وأمنها في الوصول إلى الحقيقة، و قد ظل الخصوم لا يستغنون عن الالتجاء إليها لإثبات إدعاءاتهم لذلك أحاطها المشرع الجزائري بضمانات فرسم إجراءات التحقيق وفرض عقوبة مشددة لشهادة الزور وخول القاضي سلطة مطلقة في تقديرها⁽¹⁾، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أولاً: التعريف بشهادة الشهود وشروط الأخذ بها:

أ- التعريف بشهادة الشهود:

الشهادة لغة: هي الإخبار القاطع عن مشاهدة وعيان لا عن تقدير وحسبان، وعلى ذلك سمي تعالى الشاهد شهيدا أي عليما فقال: " واستشهدوا شهيدين"⁽²⁾ وتعني أيضا الحضور والعلم ومنه قوله تعالى: " فمن

(1) - يحيى بكوش، المرجع السابق، ص 188.

(2) - سورة البقرة، الآية 282.

شهد منكم الشهر فليصمه." (1) أي من كان حاضرا في الشهر مقيما غير مسافر فليصم محاضر و أقام فيه.

وفي الاصطلاح القانوني: هي إخبار شخص أمام القضاء بواقعة حدثت من غيره ويترتب عليها حق لغيره. (2)

ب- شروط الإثبات بشهادة الشهود:

لما كان الغرض من الإثبات بالشهادة هو الحصول على أقوال الشهود الذين يؤيدون صحة الوقائع المتصلة بالقضية موضوع الدعوى، فإن أهم شروط الشهادة هي الشروط التي تتعلق بالشاهد فضلا على أن هناك شروطا أخرى تتعلق بالواقعة محل الشهادة، ويمكن أن نجمل شروط الشهادة فيما يلي:

1- الشروط الخاصة بالشاهد: تتمثل هذه الشروط في:

- أن يكون الشاهد من الغير: فلا يصلح للشهادة أحد أطراف الخصومة أو من يمثله كالمحامي أو الوصي أو القيم عليه، والسبب في عدم صلاحية الطرف في الخصومة لأن يكون شاهدا، تجنب وضعه في موقف يخشى معه تغليب مصلحته الخاصة على واجبه بوصفه شاهدا، فإذا لم توجد مثل هذه الشخصية فلا مانع من سماع شهادته. (3)

أن يكون الشاهد أهلا للشهادة: وهذا الشرط جعله المشرع الجزائري سببا قويا للتجريح في الشهادة فإذا كان الشاهد عديم الأهلية يجوز التجريح في شهادته عملا بنص المادة 156 من ق.إ.م.د. (4) و تكون شهادته باطلة عملا بنص المادة 157 فقرة الأخيرة من ق.إ.م.د. (5)

وعليه لا تقبل شهادة من ناقص الأهلية، والقصر، باستثناء القصر المميزين وتكون شهادتهم على سبيل الاستدلال لاغير وهو ما وضحته الفقرتين 05 و06 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية ببيان أحكام الشهادة ووضعوا شروطا في تحديد أدائها وأهم هذه الشروط هي: البلوغ، الإسلام، العدالة والذكورة (6) وتقبل شهادة المرأة بشرط أن يكون النصاب امرأتين ورجل لقوله تعالى: " فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء... " (7)

(1)- سورة البقرة، الآية 185.

(2)- جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 120.

- للإشارة فقد استبدل مصطلح بيعة بشهادة الشهود بموجب القانون رقم 05-10 المتضمن القانون المدني في نص المادة 333 منه.

(3) فتحي والي، قانون القضاء المدني، طبع جامعة القاهرة، مصر، 1987، ص 535.

(3)-تنص المادة 156 من ق.إ.م.د على أنه: "إذا تم التجريح في شاهد بسبب عدم أهليته للشهادة أو قرابته أو لأي سبب جدي آخر، يفصل فوراً في ذلك بموجب أمر

غير قابل لأي طعن"

(4)-تنص المادة 157 الفقرة الأخيرة من ق.إ.م.د على أنه: "إذا قبل التجريح في الحالة الأخيرة تكون الشهادة باطلة"

(6) عباس العبودي، المرجع السابق، ص 235.

(7) سورة البقرة، الآية 282.

وهناك أنواع من الشهادة، فالأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة، فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه أي يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية، كما إذا سمع المقرض يتعاقد مع المقرض أو رآه بعينه يسلمه مبلغ القرض أو رآه وسمعه في نفس الوقت⁽¹⁾.

وقد تكون الشهادة غير مباشرة كالشهادة السماعية: وتسمى بالشهادة في الدرجة الثانية (témoignage du second degré) وتختلف عن الشهادة الأصلية أو المباشرة في أن الشاهد هنا يشهد بما سمع رواية عن غيره، ومن ثم كانت الشهادة سماعية⁽²⁾.

والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية، ويقدر القاضي قيمتها كما يقدر الشهادة الأصلية، ولكن الغالب أن تكون الشهادة السماعية دون الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضي بها⁽³⁾.

- أما الشهادة بالتسامع: وفيها لا يروي الشاهد نقلا عن شخص معين ولا عن واقعة معينة، بل يشهد بما هو شائع بين الناس وبما تتناقله الألسن، وهذه الشهادة ليست شهادة بالمعنى الصحيح، إذ أنها لا تقبل في المسائل المدنية، أما في القضايا الشخصية فإن الفقه الإسلامي يقبل الشهادة بالتسامع في حالات معينة، هي الشهادة بالنسب وبالموت والنكاح والدخول والمهر⁽⁴⁾.

ويستنتج شرط العدالة من قوله تعالى: " واشهدوا ذوي عدل منكم "⁽⁵⁾ وقوله تعالى:

" يا أيها الذين آمنوا إذ جاءكم فاسق بنيا فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين "⁽⁶⁾.

- أن يكون الشاهد قد حصل على المعلومات التي يخبر بها المحكمة بجواسه الخاصة:

وذلك بأن يدلي الشاهد بما عرفه مباشرة سواء عن طريق السمع أو البصر كمن يشهد تعاقد أو حادثة، فيروي ما سمعه أو رآه، ويلاحظ أنه إلى جانب الشهادة ثمة صور أخرى للشهادة لا ترقى في اقتناع القاضي إلى مرتبة الشهادة المباشرة وهي الشهادة السماعية والشهادة بالتسامع⁽⁷⁾.

2- الشروط الخاصة بالواقعة محل الشهادة: وتتمثل في شرطين أساسيين هما:

- أن تنصب الشهادة على عرض الوقائع التي يعرضها الشاهد وليس على إبداء رأي فيها أو تكييفها وفقا لأصول علم أو فن معين أو استخلاص النتائج التي تترتب على مثل هذا التكييف، وفي ذلك يختلف الشاهد عن الخبير، فإذا طلب كشاهد يجب أن يذكر الوقائع مجردة عن وصفها القانوني فليس له أن

(1) عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 299.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 313.

(3) عبد الرزاق السنهوري، ما قبله، ص 313.

(4) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 115.

(5) سورة الطلاق، الآية 02.

(6) سورة الحجرات، الآية 06.

(7) عباس العبودي، المرجع السابق، ص 239.

يؤول أو يقبس، ولذا قيل في الفقه الإسلامي: " إن الشاهد في السرقة يشهد ويقول أخذ ولا يقول سرق" لأنه إذا قال سرق فقد حكم بالسرقة وليس له ذلك.

2- أن تكون الوقائع المراد إثباتها بالشهادة متعلقة بالدعوى ومتنازع فيها وجائزة الإثبات: وهو شرط عام بالنسبة لكل أدلة الإثبات.(1)

ثانيا: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة والاستثناءات الواردة عليها

وسنتناول من خلال هذا العنصر حالتين، الأولى تتمثل في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود حسب الأصل، والحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود استثناءا.

أ- الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة حسب الأصل: وهذه الحالات هي التصرفات المدنية التي لا تزيد عن 100.000 دينار جزائري، وكذلك الوقائع المادية.

1- التصرفات المدنية التي لا تزيد على مائة ألف دينار جزائري: عملا بنص المادة 333 فقرة 01 من ق.م.ج فإن التصرف القانوني الذي لا تزيد قيمته عن 100 ألف دينار جزائري يجوز الإثبات بشهادة الشهود في وجوده أو انقضائه (2)

من هذه القاعدة نخلص إلى أن للشهادة قوة إثبات مطلقة في التصرفات التجارية وفي نطاق الوقائع المادية وفي إثبات التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها مائة ألف دينار جزائري(3)، وهذه التصرفات فصلتها المادة 334 من القانون المدني بحيث نصت على أنه: " لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة على 100.000 دينار جزائري:

- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي.

- إذا كان المطلوب هو الباقي، أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

- إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على 100 ألف دينار جزائري ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة."

2- الوقائع المادية: الوقائع المادية بحسب طبيعتها لا يتيسر إثباتها بالكتابة حيث يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن، فسواء كانت من فعل الطبيعة كالزلازل، والفيضانات والحريق أم من فعل الإنسان كالعمل غير المشروع والفعل النافع أي الإثراء بلا سبب، وفي ظروف يرتب القانون على

(1) عباس العبودي، المرجع السابق، ص 240.

(2) تنص المادة 333 فقرة 1 من ق.م.ج على أنه: "في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100 ألف دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك."

(3) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 132.

وقوعها أثرا قانونيا، سواء اتجهت الإرادة إلى إحداث هذا الأثر أم لا، فهذه جميعها وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.⁽¹⁾

الإثبات بالشهود يجوز بحسب الأصل في الوقائع المادية بصرف النظر عما يترتب على ثبوت الواقعة المادية من نتائج قانونية فالإجازة الضمنية لعقد قابل للإبطال والنزول عن حق الشفاعة كلاهما تصرف قانوني قد يستفاد من أعمال مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ومن بينها الشهادة، ويلاحظ أن الدليل يتوقف على ما يراد إثباته ولا يرتبط بنوع المسؤولية، فقد تكون هذه المسؤولية تعاقدية كما في الالتزام بالامتناع عن عمل معين ومع ذلك يجوز إثبات الإخلال بهذا الالتزام بالشهادة.⁽²⁾

ب- الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود استثناء: بالإضافة إلى الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل توجد حالات أخرى يجوز الإثبات فيها بشهادة الشهود استثناء.⁽³⁾ ومعنى جواز الإثبات بالشهود أننا بصدد حالات الأصل فيها الإثبات بالكتابة، ولكن الإرادة التشريعية أجازت حالات معينة يثبت فيها بالشهود استثناء وهذه الحالات نصت عليها المادتان 335 و336 ق.م.ج وهي:

1- وجود مبدأ ثبوت بالكتابة: من خلال نص المادة 335 فقرة 01 من ق.م.ج⁽⁴⁾ فإننا نستخلص أن الكتابة الصادرة من الخصم والتي يستفاد منها مبدأ ثبوت بالكتابة لا ترقى إلى مستوى الدليل الكتابي الكامل ولا تقوم مقامه وعليه لا نسند عليها بصفة منفردة في ما كان يجب إثباته بالكتابة، غير أنه بالنظر لكونها تحمل على الاعتقاد بأن التصرف المدعي به قريب الاحتمال، فإنه يقبل الاستناد إليها كعنصر من عناصر الإثبات المعززة بالبيئة.⁽⁵⁾

وعليه، إذا ما توافر لمبدأ الثبوت بالكتابة مقوماته وتم تعزيزه بالبيئة أو القرائن أو بهما معا كانت له قوة الدليل الكتابي الكامل وقام مقامه في الإثبات، يستوي في ذلك أن تكون الكتابة مستلزمة للإثبات بنص القانون أو بالاتفاق.

ومبدأ الثبوت بالكتابة المعزز بالبيئة لا يصح الاستناد إليه لإثبات التصرف الشكلي كهبة العقار أو الرهن الرسمي، الذي تخلفت فيه الشكلية المتطلبية.⁽⁶⁾

(1) نبيل صقر ومكاري نزيهة، المرجع السابق، ص 142.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 134.

(3) محمد صبري السعدي، ما قبله، ص 135

4-تنص المادة 335 من ق.م.ج على أنه: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة و كل كتابة تصدر من الخصم و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال،تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة."

(5) همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 178.

(6) همام محمد محمود زهران، ما قبله، ص 179.

-و قد سار القضاء الجزائري على جواز الإثبات بشهادة الشهود في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة و أن
القضاة الذين يصدرون قرارات مخالفة لهذه القاعدة فإنهم يعرضونها للنقض.⁽¹⁾
ومن خلال استقراءنا لنص المادة 335 ق.م.ج نستنتج بأن الورقة التي تصح كمبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن
تتوافر فيها 03 شروط هي:

- **الشرط الأول:** وجود ورقة مكتوبة: يجب أولا لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة أن توجد كتابة ولا يلزم فيها أي
شكل خاص، فلا يشترط أن تكون خاصة أو رسمية ولا يشترط أن تكون ورقة واحدة بل يمكن أن تستخلص
من عدة أوراق لا تكفي لأن تكون دليلا كاملا، كما لا يشترط أن تكون معدة للإثبات أو موقعة توقيعيا كاملا
أو بعلامة الموقع أو بخط من نسبة إليه أو بغير خطه، ولكن يجب أن تكون مقدمة في الدعوى أو على
الأقل مقرا بوجودها من تنسب إليه، وإلا لا يستطيع من يتمسك بها أن يثبت وجودها بالشهادة.⁽²⁾
لذا فإن الأحوال الشفوية والأعمال المادية المحضة كإقامة- بناء لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة، ولو كانت
ثابتة بالشهود أو بالفرائض أو بالمعينة.⁽³⁾

-**الشرط الثاني:** صدور الورقة من الخصم: يشترط القانون لتطبيق مبدأ الثبوت بالكتابة أن تكون الكتابة
صادرة من الخصم المطلوب الإثبات ضده، وصدور الكتابة من الخصم يعني نسبتها إليها، وذلك بقطع
النظر عما إذا كان هذا الخصم مدعيا أو مدعى عليه، والكتابة التي تصدر من شخص آخر مهما كانت
علاقتها بالمطلوب الإثبات ضده لا تعد مبدأ ثبوت بالكتابة لأنها لا تزيد عن كونها شهادة مكتوبة.⁽⁴⁾
وقد يكون صدور الورقة من الخصم ماديا إذا كانت مكتوبة بخطه دون أن تكون موقعة منه، كما لو كانت
أوراقا منزلية أو رسالة غير موقعة، أما الصدور المعنوي فيتحقق إذ لم يوقع عليها أو يكتبها بخطه، كما لو
كان الخصم أميا وثبت أنه أملى الورقة على غيره أو تمسك بمخالصة صادرة من خصمه مقرا بما ورد
فيها.⁽⁵⁾

واعتبار الورقة صادرة معنويا من الخصم أساسه هو تسليمه الصريح أو الضمني بما جاء فيها وهذا يعد
واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق، كما تعد الورقة الرسمية غير الموقع عليها من الخصم صادرة منه
معنويا إذا تضمنت أقوالا له، كالإقرارات والبيانات التي ترد في أسباب حكم أو محاضر التحقيق أو محاضر

(2)- قضت المحكمة العليا بأن: "النزاع القائم بين الزوج و الزوجة حول المصوغ الذي عجزت عن إثبات ملكيته لها سوى حيازتها دون تشكيل دليل
كامل لملكيتها له كله، فإنه يجوز حسمه بوسيلة إثبات أخرى كاليمين المتممة مادامت الفاتورات المذكورة تشكل لصالح الزوجة قرينة جديرة التعزيز
بهذه الوسيلة إلى جانب المصوغات التي تنسب عادة بطبيعتها للمرأة و القضاة الذين استبعدوا طلب إثباتها بالشهود قد خالفوا القانون مما يعرض
قرارهم للنقض." قرار رقم 22117، مؤرخ في 19/05/1982، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 01، ص 29.

(2) مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 171.

(3) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 146.

(4) عباس العبودي، المرجع السابق، ص 254.

(5) عباس العبودي، المرجع السابق، ص 255.

الاستجواب من أقوال الخصم أو محاضر المعاينة فإنه ولولم يصل إلى درجة الإقرار أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت تجعل المدعى به قريب الاحتمال.⁽¹⁾

- **الشرط الثالث:** أن يكون المدعى به قريب الاحتمال: وقرب الاحتمال يدل عليه قيام رابطة بين الكتابة والتصرف المدعى، بحيث لو تصورنا عدم وجود التصرف لما صدرت تلك الكتابة على النحو الذي حررت به، وتلك مسألة واقع يستخلصها قاضي الموضوع دون رقابة المحكمة العليا طالما كان استخلاصه سائغا، ومتى خلاص إلى أن الكتابة المطروحة ليس من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال لأسباب سائغة فلا تثريب عليه ومتى توافر مبدأ ثبوت بالكتابة على نحو ما تقدم، جاز إثبات التصرف بشهادة الشهود والقرائن⁽²⁾ ومن أمثلة ذلك الأوراق التي كان من الممكن اعتبارها في الأصل دليلا كاملا على الواقعة المراد إثباتها، ولكن أصابها عيب في شكلها، أنزلها إلى مرتبة مبدأ ثبوت بالكتابة كالسند الرسمي المشوب بعيب في شكله وغير الموقع من أصحابه، يفقد قيمته بوصفه دليلا كاملا ويصبح مبدأ ثبوت بالكتابة ويسري هذا الحكم على السند العادي.⁽³⁾

2- وجود مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي:

عملا بنص المادة 336 فقرة 1 من ق.م. ج فإن الإثبات بشهادة الشهود يكون جائزا في حالة ما إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي⁽⁴⁾

نستخلص من هذه الفقرة أنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي يجيز به القانون إعفاء المكلف بالإثبات من تقديم الدليل الكتابي إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة و يمكنه إثبات التصرف القانوني بالبينة.⁽⁵⁾

فالمانع المادي ينشأ المانع المادي عند استحالة الحصول على الكتابة وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة، ويتحقق المانع المادي في حالة قيام التعاقد بإنشاء تصرف قانوني سريع يتعذر عليه الحصول على الوقت الكافي لإثباته، ومن الأمثلة على ذلك ما يتم من تصرفات قانونية في أثناء الحريق أو الاضطرابات الطبيعية أو السياسية كالزلازل والثورات والحروب.⁽⁶⁾

كذلك قد يضطر الشخص أثناء السفر المفاجئ السريع إلى الاقتراض دون أن يتسع الوقت للدائن للحصول على سند كتابي بذلك.

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 147.

(2) أنور طلبية، المرجع السابق، ص 299.

(3) عباس العبودي، ما قبله، ص 257.

5-تنص المادة 336 فقرة 1 من ق.م. ج على أنه: "يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما يجب إثباته بالكتابة: إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي."

(5) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 140.

(6) أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق، ص 241.

والقاضي هو الذي يقدر قيام المانع المادي من الحصول على الكتابة ولا يخضع في هذا لرقابة المحكمة العليا ولكن عليه عند تسببه للمانع المادي أن يبين الظروف التي أقامت هذا المانع.⁽¹⁾
أما المانع الأدبي فيقصد به أن يكون سبب عدم الحصول على دليل كتابي هي ظروف نفسية خاصة بعلاقات الخصوم وقت إبرام التصرف القانوني تكون مانعا أدبيا يمنع كل من الطرفين من مطالبة الآخر بتحرير سند الإثبات، إذ قد تثير هذه المطالبة معنى عدم الثقة وأكثر ما ترجع الموانع الأدبية- وفقا لأحكام القضاء هي أمور ثلاثة:

-الزوجية والقرباة- علاقة الخدمة- العرف المنيع في بعض المهن.⁽²⁾
كمهنة الطبيب فهولا يقتضي عقدا مكتوبا بأجر الجراحة أو العلاج ويجوز له من ثم إثباته بغير الكتابة ولو زادت قيمته عن 100.000 دينار جزائري.⁽³⁾
وما لاحظته أن المشرع الجزائري ترك شغورا فيما يتعلق بالموانع دون تحديد يذكر واكتفى بذكر كلمة " مانع مادي أو أدبي" عكس القوانين الأخرى ومن بينها قانون البيئات الأردني الذي نكر بعض الموانع من بينها ما نصت عليه المادة 30 فقرة 2 من قانون البيئات الأردني التي جاء فيها " يعتبر مانعا ماديا ألا يوجد من يستطيع كتابة السند."

كذلك الفقرة 03 من المادة 30 من قانون البيئات الأردني بقولها:
" يعتبر مانعا ماديا أن يكون طالب الإثبات شخصا بالغا لم يكن طرفا في العقد."
كما أن المادة 30 نفسها أقرت أن القرباة ما بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر مانعا أدبيا.⁽⁴⁾
- ولا بد من الإشارة إلى أن وجود أحد هذه الأسباب لا يعني بذاته قيام المانع الأدبي فقد تقوم أحد هذه العلاقات ومع ذلك يمكن الحصول على الكتابة كأن يعتاد الزوج وزوجته أو الأب وابنه في معاملات سابقة كتابة سندات مثبتة لهذه المعاملات ، عندها لا يقبل من أي منه أن يستند إلى هذه القرباة للإدعاء بوجود مانع من حصوله على دليل كتابي مثبت للحق الذي يدعيه.⁽⁵⁾

3- ضياع السند الكتابي: عملا بنص المادة 336 فقرة 2 من ق.م.ج⁽⁶⁾ نستخلص أن الدائن قد حصل على الدليل الكتابي الذي يقضي به القانون، ولكنه بعد حصوله على هذا الدليل فقد لسبب أجنبي لا يد له

(1) أحمد أبو الوفاء ، ما قبله ، ص 155.

(2) عباس العبودي، ما قبله، ص 263.

(3) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 158.

(4) مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 179.

(5) مفلح عواد القضاة، ما قبله ، ص 179.

(3) تنص المادة 336 فقرة 2 من ق.م.ج على أنه: "إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته."

فيه ، فمكان الضرورة في هذه الحالة أكثر وضوحا، لأن الدليل الكتابي قد وجد فعلا ولكنه ضاع بغير تقصير من الدائن. لذلك يجوز عندئذ أن تحل البيينة والقرائن محل الدليل الكتابي لإثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة⁽¹⁾، ويجب على من يدعي أنه حصل على سند مكتوب ثم فقده بسبب أجنبي أن يثبت أموراً ثلاثة: - سبق وجود سند كتابي: يجب على المدعي أن يثبت سبق حصوله على سند كتابي وذلك بأن يثبت أن هذا السند قد وجد فعلا وأن هذا السند كان دليلاً كاملاً مستوفياً كل الشروط القانونية، والمقصود بالسند هنا أي سند يثبت دعوى المدعي سواء كان موضوع هذه الدعوى هو وجود حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه، ويجب أيضاً أن يثبت مضمونه الذي يدعيه واستيفاءه الشروط القانونية إذا تعلقت الدعوى بتصريف شكلي وانه كان يحمل توقيع الخصم.⁽²⁾

- إثبات فقد السند بسبب أجنبي: وفي هذه الحالة ، الدائن قد حصل على الدليل الكتابي الذي يقضي به القانون، ولكنه بعد حصوله على هذا الدليل فقده بسبب أجنبي لا يد له فيه، فمكان الضرورة في هذه الحالة أكثر وضوحا، لأن الدليل الكتابي قد وجد فعلا ولكنه ضاع بغير تقصير من الدائن⁽³⁾ ومثال السبب الأجنبي أن يفقد الشخص السند بسبب حريق أو فيضان أو زلزال.

فمتى توافرت هذه الشروط جاز إثبات التصرف القانوني المدعى به بالشهود ولو كانت قيمة هذا التصرف تزيد عن 100 ألف دينار جزائري أو كان هذا الإثبات يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة.

- وقد يتم الاحتيال على القانون من خلال السند (fraude à la loi) ويقصد به الغش ضد القانون أي الغش أو التدليس الذي لا يكون عيباً من عيوب الإرادة وإنما يكون الغرض منه مخالفة القانون فيما يتصل بالنظام العام⁽⁴⁾ ومثال ذلك أن يذكر في السند سبب صوري لإخفاء سبب حقيقي غير مشروع كأن يذكر العاقدان في سند الدين أن سببه هو القرض في حين أن السبب الحقيقي يكون علاقة غير مشروعة بين الطرفين كزنا فاحش أو تخفيض الثمن الحقيقي للعقار للتخلص من بعض رسوم التسجيل.⁽⁵⁾

- وما نلاحظه أن الاحتيال على القانون هو واقعة مادية يجوز إثباتها على الدوام بكافة الطرق ومن بينها: شهادة الشهود.

- وقبل التطرق إلى سلطة القاضي في تقدير شهادة الشهود يجب عرض النقاط التي لا تقبل معها الشهادة من الشخص الذي تتوافر فيه صفات معينة وقد حصرت هذه النقاط في المادة 153 من ق.إ.م.د التي نصت على أنه:

" لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم.

(1) عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص 466.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 160.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 465.

(4) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 465.

(5) مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص 187.

لا يجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلقا.
لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم.
غير أن الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق.

- يجوز سماع القصر الذين بلغوا سن التمييز على سبيل الاستدلال.

- تقبل شهادة باقي الأشخاص، ما عدا ناقصي الأهلية.⁽¹⁾

ثالثا- تقدير القاضي لجواز الإثبات بالشهادة

لقد سار القضاء الجزائري على أن الشهادة في المواد المدنية تخضع لتقدير القاضي⁽²⁾ الذي يستطيع أن يأخذ بها ويصدق الشاهد في قوله، كما له أن يطرحها إذا لم يطمئن لها، وذلك ما نصت عليه المادة 213 من قانون المرافعات الفرنسي التي أعطت للقاضي الحق في أن يستمع إلى الشهود ويستجوبهم عن كل الوقائع التي يجيز القانون إثباتها بشهادة الشهود وعن أية وقائع أخرى ولو لم يشر إليها قرار الإحالة إلى التحقيق⁽³⁾، قد سار القضاء المصري أيضا على هذا النحو حيث اعتبر أن قاضي الموضوع يستقل بتقدير شهادة الشهود و لا تثريب عليه إذا طرحها و لم يأخذ بها.⁽⁴⁾ نستخلص من ذلك أن القاضي عندما ينتهي من الاستماع لشهادة الشهود ومناقشتهم، تكون له السلطة في تقديرها واعتبارها كافية لإثبات الوقائع محل النزاع أو غير كافية، لأن مناط الأخذ بأقوال الشهود مرتبط بتصديق القاضي إياهم واطمئنانه إليهم. ويلاحظ في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أن المشرع لم يخص سلطة القاضي في تقدير الشهادة بنص معين، عكس بعض القوانين من بينها القانون المدني العراقي في المادة 500 منه التي تنص على أن " للمحكمة أن تناقش الشهود وان تقدر قيمة شهادتهم من حيث موضوعها ولها أن تأخذ بشهادة شخص واحد مع يمين المدعي إذا اقتنعت بصحتها كما أن لها أن ترد شهادة شاهد أو أكثر إذا لم تقتنع بصحة الشهادة."⁽⁵⁾

وللقاضي سلطة واسعة في أن يرجح شهادة على أخرى وفقا لما يستخلصه من ظروف الدعوى على أن يبين أسباب ذلك في محضر الجلسة، وتقدير الشهادة من الناحية الشخصية يعطي الحق للقاضي بأن يستبعد الشهادة إذا لم يقتنع بها، كالنظر مثلا في أخلاق الشاهد ومدى قوة تذكره واستيعابه وارتبائه

(2) قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1968/04/04، المجلة الجزائرية لعام 1968، ص 152.

(3) مجموعة مرافعات دالوز، طبعة 1975 لسنة 1983، ص 30.

(4) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 130.

(5) آدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص 329.

ومدى احترامه للشهادة، إذ يتواجد عدد من الأشخاص جاهزين للشهادة بثمن عند الطلب⁽¹⁾ كما له أن يستبعدها إذا لم يقتنع بصحتها، كما للمحكمة أن تجزيء الشهادة فتأخذ ببعضها وتطرح البعض الآخر بالقدر الذي تقتنع بصحته.⁽²⁾

إذن ما يمكن استخلاصه هو أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بشهادة الشهود كوسيلة إثبات للحق المدعى به والمطروح أمامه، فهي ذات قوة محدودة وغير مطلقة في الإثبات، إلى جانب ذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري مقصرا فيما يتعلق بأحكام الشهادة سواء في القانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية فمثلا بالنسبة لتجزئة الشهادة، طرحها، مدى التزام القاضي بها كل هذه الأمور إنما جاء بها الاجتهاد القضائي ولم ترد بشأنها مواد مضبوطة في إحدى القانونين السابقين الذكر.

المحور الثاني: اليمين المتممة: Serment supplétif

عملا بنص المادة 348 من ق.م.ج³ فإن القاضي له حرية توجيه اليمين المتممة إلى الخصوم ويعتمد عليها لاتخاذ حكمه في موضوع النزاع المعروض أمامه، كما يشترط في توجيه هذه اليمين توافر شروط معينة ليتمكن القاضي من أعمال سلطته في تقديرها، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أولاً-تقدير القاضي لمدى توافر شروط توجيه اليمين المتممة:

نصت المادة 348 فقرة 02 من ق.م.ج على وجوب توافر شرطين يحرص القاضي على التأكد من توافرهما حتى يتمكن من توجيه اليمين المتممة، هما:

أ-ألا يكون في الدعوى دليلا كاملا

ونقصد بهذا الشرط أن لا تكون الدعوى ثابتة بدليل قانوني كامل يكفي لفض النزاع بين المتخاصمين إذ لو وجد الدليل الكامل، كما لو كان سنداً معداً للإثبات سواء كان رسمياً أو عرفياً، لأصبحت تلك اليمين زائدة لا متممة، وحيث لا نقص فلا محل لسده⁽⁴⁾، وعليه فإن اليمين المتممة لكي توجه يجب أن يكون في الدعوى مبدأً ثبوت قانوني كما لو كان مبدأً ثبوت بالكتابة أو شهادة أو قرينة قضائية لم يطمئن إليها القاضي، أي دليل ناقص يجعل من الحق المدعى به قريب الاحتمال ولكنه لا يصل إلى درجة اقتناع القاضي، فإذا عززته اليمين المتممة أصبح بمثابة دليل كامل على صحة دعوى المدعي.⁽⁵⁾

ب-ألا تكون الدعوى خالية تماما من أي دليل

(1) عباس العبودي، المرجع السابق، ص 271.

(2) عبد الوهاب العشموي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ط01، ص 141.

تن

(1) ص المادة 348 فقرة 2 من ق.م.ج على أنه: "و يشترط في توجيه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل"

(4) عباس العبودي، المرجع السابق، ص 314.

(5) توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 182.

وهذا عملا بنص المادة من ق.م.ج، والمقصود من هذا الشرط هو منع القاضي من أن يكتفي بإدعاء الخصم المجرد من أي دليل، وتلبية رغبته بمجرد يمين يؤديها، وعلة ذلك أن اليمين المتممة ليست سوى وسيلة تحقيقية، الغرض منها تقوية قناعة القاضي، وتدعيمها وأن التحقيق وحده لا يكفي هنا لتكوين قناعة وجدانية، محددة لفائدة خصم دون آخر، إلا إذا كان هناك بداية بينة.⁽¹⁾

ج- الواقعة موضوع اليمين

لما كانت اليمين المتممة تؤخذ لتكملة دليل ناقص، فالواقعة التي يحلف عليها الخصم هي تلك التي تكمل دليله ليثبت إدعاءه دعوى كان أو دفعا، ولذا لا بد أن تكون واقعة غير مخالفة للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب، ويجب أن تكون من شأنها أن تكمل الدليل الناقص في تقدير القاضي إلى جانب دليل موجود في الدعوى ولهذا السبب نفسه لا يشترط بحسب الأصل أن تكون متعلقة بشخص الحالف، فإذا لم تكن شخصية بالنسبة إليه، أمكن تحليفه على العلم بها، أو على عدم العلم بها مثاله أن يوجه القاضي اليمين المتممة إلى ورثة المدعى عليه⁽²⁾ يحلفون أنهم لا يعلمون أن مورثهم قد تسلم الوديعة المدعى بها من المدعى، وهو ما سار عليه القضاء الجزائري من خلال قرارات المحكمة العليا.⁽³⁾

- وهذه اليمين المتعلقة بالعقد العرفي نصت عليها المادة 327 ق.م.ج فيما يتعلق بإنكار العقد العرفي (الورقة العرفية)، فإذا كان الإنكار من الوارث أو الخلف فيكتفي كل منهم في حالة الإنكار بأن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقى عنه الحق فهذه يمين يفرضها القانون في حالة خاصة على خلاف القواعد العامة.⁽⁴⁾

ثانيا- آثار توجيه اليمين المتممة

تترتب على توجيه اليمين المتممة آثار أساسية هذه الأخيرة نستخلصها من جملة القواعد و الشروط التي وضعها القانون و القضاء و ميز بها اليمين المتممة، والتي يمكن أن نجملها فيما يلي:

أ- **عدم جواز رد اليمين:** عملا بنص المادة 349 من ق.م.ج فإنه لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على خصمه، وهكذا حكم يعتبر فارقا هاما بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة لأن هذه الأخيرة ملك للقاضي فله الحرية في تعيين الخصم الذي توجه إليه.⁽⁵⁾

ب- لا يترتب على حلف اليمين حسم النزاع بالضرورة:

(1) بكوش يحيى، المرجع السابق، ص 331.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 290.

(3) "...أما ورثته فيكتفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون بأن الخط أو الإمضاء هو لمن نقلوا منه هذا الحق...ولما كان من الثابت في قضية الحال

أن الطاعن قد عقد عرفيا حين اشترى العقار محل النزاع من أبيه الهالك، فإن قضاة الموضوع بتقريرهم قسمة تركة الهالك مع عدم مراعاة العقد

العرفي دون توجيه اليمين لبعض الورثة الذين أنكروا بأنهم لا يعلمون نسبة الخط أو الإمضاء لمورثهم يكونون قد خالفوا القانون" قرار

رقم 33054، بتاريخ 1985/05/6، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 04، ص 16.

(4) محمد صبري السعدي، ما قبله، ص 290.

(5) عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 379.

فليس من شأنها حسم النزاع لصالح من يلفها أو ضد من ينكل عنها، فالقاضي هو الذي يقرر ذلك على ضوء إجمالي الأدلة المعروضة في الدعوى، بمعنى أنه لا يلتزم القاضي بنتيجة اليمين، فله سلطة مطلقة في تقدير نتائجها، بل أن للقاضي أن يعدل عن توجيه اليمين في أي وقت إذا ما ظهرت له أدلة جديدة في الدعوى لتكوين اقتناعه.⁽¹⁾

ج- عدم تقييد الخصوم بهذه اليمين:

إذ يستطيع خصم الحالف أن يثبت عكس دلالتها وإذا كان الحكم قد صدر بناء على حلف اليمين، لا يمنع هذا من أن يطعن فيه بالاستئناف لإثبات كذب اليمين.⁽²⁾ وتأسيس ذلك أن اليمين المتممة طريق من طرق الإثبات، فيجوز نقض دلالتها بإثبات العكس ويجوز للمضروب في هذه الحالة أن يدعي مدنيا للمطالبة بالتعويضات أمام المحاكم الجنائية.⁽³⁾ إن كانت هناك دعوى جنائية رفعت بشأن جريمة اليمين الكاذبة، كما أنه يستطيع تحريك هذه الدعوى عن طريق رفع جنحة مباشرة.⁽⁴⁾

و يجدر بنا الإشارة إلى أهم صورة من صور اليمين المتممة وهي اليمين التقويم:
(serment en plaids) وقد جاء النص عليها في المادة 350 من ق.م.ج حيث نصت على أنه: " لا يجوز للقاضي أن يوجه إلى المدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى ويحدد القاضي حتى في هذه الحالة حدا أقصى للقيمة التي يصدق فيه المدعى بيمينه." وهي تختلف عن اليمين المتممة في أن موضوعها هو تحديد قيمة المدعى به حيث أن الدين ثابت وإنما استحال فقط الوفاء به عينا ولم يبق إلا أن تحدد قيمته ليحكم بها على المدين وأن هذه القيمة غير معروفة، ومثال ذلك: العارية هلكت فيقضى بقيمتها للمودع أو المعير، ولم يمكن تقديرها ولو عن طريق خبير فلا مناص من توجيه يمين التقويم.⁽⁵⁾

وقبل التطرق إلى مدى حجية اليمين المتممة أمام القاضي المدني لا بد من ذكر الفروق الجوهرية بين اليمين المتممة واليمين الحاسمة كالاتي:

- بعد عرض كل من اليمين المتممة واليمين الحاسمة نستطيع أن نستخلص الفروق الجوهرية بينهما على أساس أن اليمين الحاسمة تحكيم يتقيد به الخصوم والقاضي، أما اليمين المتممة فوسيلة تكميلية من وسائل التحقيق والإثبات لا يتقيد بها أحد ويترتب على هذا الأساس الفروق الآتية:

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 233.

(2) جميل الشراوي، المرجع السابق، ص 194.

(3) عصام أنور سليم، ما قبله، ص 380.

(4) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 292.

(5) سعدون العامري، موجز نظرية الإثبات، طبع بغداد، -العراق-، 1966، ص 128.

1- اليمين الحاسمة يوجهها الخصم تحت رقابة القاضي، أما اليمين المتممة فالقاضي هو وحده الذي يوجهها.

2- لا يجوز للخصم الرجوع في اليمين الحاسمة بعد أن يقبلها الخصم الآخر وللقاضي الرجوع عن توجيه اليمين المتممة في أي وقت بعد توجيهها.

3- اليمين الحاسمة نتائجها محتمة يكسب من يحلفها ويخسر من ينكل عنها، أما اليمين المتممة فليس لها نتائج محتمة ولا يتقيد بموجبها القاضي حلفها الخصم أو نكل عنها.

4- اليمين الحاسمة يجوز ردها على الخصم الآخر أما اليمين المتممة فلا ترد.

ثالثا- تقدير القاضي لحجية اليمين المتممة:

- للقاضي أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به، ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليلا كاملا وألا تكون خالية من أي دليل⁽¹⁾ وهو ما جاء في المادة 348 من ق.م.ج.

ويتحدد موقف القاضي في تقدير الآثار التي تترتب على توجيه هذه اليمين، بحيث لا يتقيد بتوجيهها كما يستطيع قبل تأديتها من قبل الخصم أن يرجع في حكمه إذا قام لديه في الفترة بين التوجيه والأداء دليل أكيد على حقيقة الواقعة موضوع اليمين.⁽²⁾

كما أن للقاضي أن يرجع عنها إذا وجهها إلى أحد الخصمين فيما إذا كشف عن أدلة جديدة أكملت الأدلة الناقصة أو نقضتها فلم يعد هناك مسوغ لتوجيهها، بل و يجوز له الرجوع عنها بمجرد أن يكون قد غير رأيه دون حاجة للكشف عن أدلة جديدة⁽³⁾، كما أنه ليس حتما على القاضي بعد أن يحلف الخصم اليمين المتممة، أن يقضي لصالحه، فقد يعيد النظر كما ذكرنا في القضية، بعد الحلف وقبل الحكم فيقتنع بغير ما كان مقتنعا به عند توجيه اليمين المتممة، فيقضي ضد من حلف.⁽⁴⁾

ويرى البعض في هذا الصدد أن القول بأن القاضي وبعد حلف اليمين المتممة بإمكانه الرجوع عنها إذا ما كشف عن أدلة جديدة إنما هي مسألة لا بد من إعادة النظر فيها من طرف القضاء، لأنه من ناحية لا يجوز للقاضي بعد حلف اليمين المتممة أن يقبل أدلة جديدة في الدعوى، وذلك أن اليمين المتممة الحكمة من تشريعها التجاء القاضي إليها لاستكمال ما عرض عليه من أدلة لا ينقصها إلا اليمين لتكوين اقتناعه، فإذا حلف اليمين فإن الواقعة تعتبر ثابتة ولا يجوز قبول أدلة بشأن واقعة قدر القاضي مقدما أن ثبوتها معلقا على شرط حلف اليمين، ومن ناحية أخرى فإنه ليس للقاضي أن يعيد تقدير الأدلة المقدمة بعد توجيه اليمين

(1) عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 370.

(2) آدم وهيب الندوي، المرجع السابق، ص 298.

(3) آدم وهيب الندوي، ما قبله، ص 298.

(4) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 584.

بقرار منه وتحديد الخصم الواجب عليه حلفها، فالقاضي وفقا للقواعد العامة له أن يعدل عن قراره بتوجيه اليمين باعتباره قرار يتعلق بالإثبات⁽¹⁾.

إن نستنتج أن القاضي ليس له بعد أن تكون الواقعة قد تثبتت بحلف اليمين أن يعود ويقبل أدلة إثبات أخرى- وكل هذا طبعا إذا حلف من وجهت إليه اليمين المتممة-، لأنه قبل الحلف تبقى للقاضي سلطة تقديرية واسعة وغير محدودة في توجيهها من عدمه .

أما إذا نكل من وجهت إليه اليمين فإن الأدلة الناقصة التي قدمها لإثبات إدعائه تبقى كما كانت، بل أن الريبة لتزداد في صحة إدعائه بعد أن نكل، ومن أجل ذلك يغلب أن يقضى ضده، ولكن ليس من الملزم أن يقضى القاضي ضد الخصم الناكل فقد تظهر أدلة جديدة بعد نكوله تعزز أدلته الناقصة، فيقضى لصالحه بالرغم من نكوله.⁽²⁾

ولذلك نرى أن النكول عن اليمين المتممة كحلفها لا يقيد الحاكم، لأنها إجراء من إجراءات التحقيق ودليل إثبات تكميلي ذو قوة محدودة في الإثبات.

وإذا استأنف الحكم فإن محكمة الاستئناف لا تنقيد بتوجيه اليمين ولا بحلفها في المحكمة الابتدائية، فقد ترى ألا محل لتوجيه اليمين المتممة، لأن الأدلة قد أصبحت كافية، أو كانت كافية من قبل، أو أن الأدلة معدومة بحيث لا يجوز معها توجيه هذه اليمين، وحتى إذا رأت أن توجيه اليمين المتممة كان مستساغا، فقد ترى أن الخصم الذي كان يجب أن توجه إليه هذه اليمين هو الخصم الآخر، فتوجهها له لأول مرة في الاستئناف، وتغفل اليمين الأخرى التي كانت المحكمة الابتدائية قد وجهتها، بل قد لا تعدل محكمة الاستئناف عن توجيه اليمين المتممة إلى الخصم الذي وجهتها إليه المحكمة الابتدائية، ولكنها لا تنقيد بموجبها ولا تقتنع بما اقتنعت به المحكمة الابتدائية، فلا تقضي لمصلحة من حلف اليمين.⁽³⁾

خاتمة

فيما يتعلق بموقف القاضي من أدلة الإثبات ذات الحجية غير الملزمة وتحديد شهادة الشهود و اليمين المتممة موضوع ورقتنا البحثية، نجد أن موقف القاضي المدني اتجاهه إيجابي لأنه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة إزاءها، ولذلك نخلص إلى الاستنتاجات الآتية:

- أن القاضي المدني له سلطة مطلقة بالأخذ بشهادة الشهود حسب ما يراه مناسبا أو صالحا للبت في النزاع المطروح أمامه، وأنه لا عبرة لعدد الشهادات التي يدلي بها الشهود وصفاتهم، فقد يؤسس حكمه على شهادة واحدة بالرغم من وجود عدد من الشهادات متعارضة معها كما قد يقتنع بشهادة امرأة أحسن من شهادة رجل،

(1)- فتحي والي، المرجع السابق، ص80

(2)- آدم وهيب النداوي، المرجع السابق ، ص 300.

(3)- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 585.

غير أنه عليه تسبب ذلك في حكمه، كما يستطيع القاضي أن يطرح شهادة أحد الشهود بعد إدلائه بها ويلجأ إلى تعيين خبير أو إجراء معاينة.. الخ، فهو غير ملزم بتفسير هذه المفاضلة، وأخيرا نجد أن أقوى شهادة من حيث اقتناع القاضي بها هي الشهادة المباشرة وأضعفها غير المباشرة، وعليه تبقى شهادة الشهود خاضعة لسلطة القاضي التقديرية ولا رقابة عليه إلا فيما يخص تسبب حكمه..

وفيما يخص اليمين المتممة فقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي المدني سلطة واسعة إزاءها بدءا من سلطة توجيهها والتي تبقى حkra على القاضي يوجهها كلما وجد ضرورة لذلك طبعاً بتوافر شروط توجيهها، وللخصم الذي يختاره، و إنتهاءا بسلطته في الرجوع عن توجيهها قبل حلف الخصم هذه اليمين، وهي غير ملزمة له فقد يحلفها من وجهت إليه ورغم ذلك يصدر القاضي الحكم ضده..

سلطة القاضي الجزائري لسد الفراغ التشريعي في مواجهة مبدأ الشرعية

أ . د مشري راضية و أ.د حميداني سليم

جامعة 08 ماي 1945 قالمة

radiavocat@yahoo.fr

ملخص:

يعد مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات صمام أمان للحقوق والحريات الأساسية ، وذلك من خلال تقييد سلطة القاضي الجزائري بالنص المكتوب الذي يعتبر المصدر المباشر والوحيد في التجريم والعقاب ، إذ يعد مبدأ الشرعية ذو أهمية وقائية كبيرة ، خاصة لتحقيق المن القانوني ، ومن ثم فإن القاضي الجزائري مقيد بالنص بتفسير القاعدة القانونية تفسيراً ضيقاً ، غير أن الأمر يبدو إذا تعلق المر بتطبيق نص جنائي ذي مصدر دولي التي يعتبر اسمي من القانون ، يلجأ إليها القاضي لسد الفراغ التشريعي ، إذ قد يصطدم بدا الشرعية الجنائية وعليه من خلال هذا المداخلة سنحاول البحث عن حدود وسلطة القاضي الجزائري في سد الفراغ التشريعي في حدود مبدأ الشرعية الجنائية وسنحاول من خلال هذه المداخلة التطرق الى ثلاثة عناصر: اولاً : مبدأ الشرعية الجنائية كضمانة لحماية الحقوق والحريات، ثانياً : ثانياً : الدور المنعدم للقاضي الجزائري في سد الفراغ التشريعي عند تفسير النص الجنائي الداخلي، ثالثاً حتمية اجتهاد القاضي الجزائري في تطبيق النص الجنائي ذي مصدر دولي.

Resumé:

Le principe de légalité des crimes et des peines est considéré comme une soupape de sécurité pour les droits et libertés fondamentaux, en limitant l'autorité du juge pénal au texte écrit, considéré comme la source directe et unique de l'incrimination et de la sanction. est d'une grande importance préventive, notamment pour assurer la sécurité juridique, et le juge pénal est donc limité par le texte. Cependant, en interprétant la règle juridique de manière étroite, la question devient plus critique s'il s'agit de l'application d'un texte pénal. avec une source internationale qui est considérée comme une partie nominale du droit. Le juge y recourt pour combler le vide législatif, car elle peut entrer en conflit avec le début de la légitimité pénale. C'est pourquoi, à travers cette intervention, nous essaierons de rechercher les limites et l'autorité du juge pénal. En comblant le vide législatif dans les limites du principe de légalité pénale, nous tenterons, à travers cette intervention, d'aborder trois éléments.

Premièrement : Le principe de légalité pénale comme garantie de la protection des droits et libertés Deuxièmement

Deuxièmement : Le rôle incomplet du juge pénal pour combler le vide législatif lors de l'interprétation du texte pénal interne

Troisièmement, la diligence du juge pénal est nécessaire pour appliquer le texte pénal qui a une source internationale.

مقدمة

تعد الجريمة الخطر الذي يهدد سلامة المجتمع ، ويزعزع استقراره ، ولقد دأبت التشريعات على وضع قواعد مسبقة للتصدي للجريمة ولمواجهة الخطورة مرتكبيها مستندا وهذا ما يطلق عليه بمبدأ الشرعية ، والمشرع الجزائري كغيره من التشريعات اخذ بالشرعية الجزائرية بمفهومها الواسع والذي نقصد به قيام المشرع بحصر السلوكات والأفعال التي تعد جرائم وتحديد العقوبات المقررة لها بوجه دقيق .

يعد مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من المبادئ المسلم بها قانونا ودستورا وفقها في المجال الجنائي ، ويعد ضامنة أساسية لحماية الحقوق والحريات الفردية ، ومن النتائج المترتب للأخذ بهذا المبدأ هو حصر نصوص التجريم في النص المكتوب والتفسير الضيق للنصوص الجزائية .

ويعد التفسير لنصوص الجنائية من أهم المواضيع التي تطرح للنقاش حتى يمكن الوصول إلى ضبط مدى إمكانية تطبيق ذلك النص على الواقعة ، ولعل أهم مشكل الذي يواجهه القاضي عند تفسير النصوص الجنائية هو اصطدامه بمبدأ الشرعية الجرائم والعقوبات ، إذ على القاضي أن يقوم بالتفسير للنصوص دون أن يخلق جريمة وذلك بتفسير الألفاظ والعبارات النص وكذا الوقوف على إرادة الشارع ، أي أن يكون هذا التفسير تفسيرا ضيقا لا يخلق جرائم إذ لا يجوز للقاضي الجزائري القيام بالتفسير الواسع لأنه يمس بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وعلى هذا الأساس فإنه يكون دوره منعما في سد الفراغ التشريعي لأنه يؤدي إلى خلق جرائم غير منصوص عليها .

وقد يدق الأمر أكثر على مستوى الدولي . إذ أن الصفة العرفية لقواعد القانون الجنائي الدولي وغموضها ، يؤدي إلى حرية واسعة للقاضي في التصرف والتفسير ، إذ أن القاعدة القانونية الدولية سواء كان مصدرها العرف أم النص ، يمكن أن تحدد أركان الجريمة وصورها المختلفة بصفة دقيقة ، ولذا يتوسع القاضي في التفسير وكذا القياس حتى يستوعب جرائم أخرى تشترك معها في نفس النمط كجرائم الحرب ، مما يصبح للقاضي الجزائري دور في سد الفراغ التشريعي وهذا ما يصطدم بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .

وعليه فإن إشكالية هذه المداخلة تتمثل ماهي حدود القاضي الجزائري في سد الفراغ التشريعي على المستوى الداخلي والدولي في إطار احترام مبدأ الشرعية ؟

سنحاول الإجابة عن الإشكالية بإتباع المنهج الوصفي عند التطرق لتعريف الشرعية والتفسير ، والمنهج التحليلي في بعض المواضيع عند التطرق لتحليل بعض النصوص بغتباع الخطة التالية

اولا : مبدأ الشرعية الجنائية كضمانة لحماية الحقوق والحريات

ثانيا : ثانيا : دور المنعدهم للقاضي الجزائري في سد الفراغ التشريعي عند تفسير النص الجنائي الداخلي

ثالثا حتمية اجتهاد القاضي الجزائري في تطبيق النص الجنائي ذي مصدر دولي

أولا : مبدأ الشرعية الجنائية كضمانة لحماية الحقوق والحريات

يعد مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أحد أهم الضمانات لحقوق الإنسان ، وحرياته ، كما يعتبر من أهم مظاهر القانون ، ولأهمية هذا المبدأ لم تكتف أغلب الدول بالنص عليه في قوانينها ، بل اعتبرته من المبادئ الدستورية الهامة ، اذ بموجب هذا المبدأ لا يمكن اعتبار أي فعل لم ينص عليه القانون جريمة مهما بلغ من القبح ، وعليه سوف نتطرق إلى ماهية مبدأ الشرعية ، ثم إلى تقييم مبدأ الشرعية بإعتباره اليد التي تثبط القاضي .

1- : ماهية مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

يعد مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات القاعدة الأساسية وحجر الزاوية لهذا القانون ، وعلى هذا الأساس سوف نتعرض إلى مفهومه ، ثم الوقوف إلى تأصله التاريخي .

أ- مفهوم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

يقصد بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات : أنه لا يمكن اعتبار أي فعل أو امتناع عن فعل جريمة ما لم ينص القانون على اعتباره كذلك ، و لا يمكن تقرير عقوبة له إلا إذا كان القانون قد قرر له ذلك ، وهذا يعني أنه لا يمكن اعتبار شخص مرتكب لجريمة ومعاقبته عليها إلا من خلال نص قانوني واضح ومدد يعتبر الفعل المرتكب جريمة ومحدد له عقوبة¹

كما يعرف مبدأ الشرعية كذلك على انه : أن القانون وحده هو الذي يحدد الأفعال المعتبرة جرائم والعقوبات المقررة لها ، وذلك منعا من تعسف القضاء²

كما يعرف على أن المشرع وحده هو الذي يملك تحديد الأفعال المعاقب عليها والمسماة بالجرائم وتحديد الجزاءات التي توقع على مرتكبيها والمسماة بالعقوبات³

ب -تاريخ مبدأ الشرعية

إن مبدأ الشرعية له جذور تاريخية قديمة ، وهو احد أهم مبادئ التشريع الإسلامي ، وإن كان الفقه الغربي ينكر ذلك ، وذلك في القرآن الكريم : " وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا الآية ، وفي العصور

¹ - حابيس فواعرة احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بين التشريع والقضاء ، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ، مجلد 11 ، العدد الأول ، 2013 ، ص 25 .

² - عبد الرؤوف مهدي ، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات ، شركة ناس للطباعة ، القاهرة ، 2004 ، ص 60 .

اللاحقة على هذا التاريخ كانت تعيش المجتمعات الأوروبية في جور الحكام وتعسف القضاة ، وكان الأفراد يفاجئون بجرائم جديدة ، ، لا يعلمون بها مقدما وعقوبات قاسية غير محددة سلفا⁴

وهذا الوضع دفع لكثير من المفكرين والفلاسفة أمثال روسو ومنسيكيو وبيكاريا إلى المناداة بضرورة الفصل بين سلطات الدولة وتطبيقا على ذلك قصر التجريم والعقاب بيد السلطة التشريعية ، اما تطبيق ما يصدر من تشريعات ، فيقع على عاتق السلطة القضائية .

ولقد تم التأكيد على هذا المبدأ في العصر الحديث في المادة 02 من الإعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الذي صدر في 26 أوت 1789 ، وذلك في أعقاب الثورة الفرنسية ، والذي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار مبدأ الشرعية أنه وليد ثورة فمن الطبيعي جدا يكون بذلك الجمود الذي يتمثل في كون القانون الجزائري له مصدر واحد فقط ، وهو القانون المكتوب ويسلب معه دور القاضي في الإجتهااد لتطبيق القانون على المتهم ، الأمر الذي يجعل منه آلة مقيدة ، لايمكك تميمع عمله القضائي بالتشديد أو التخفيف ، كما ان هذا التفكير المنصب لفهم مبدأ الشرعية يقضي دراسة ظروف الجاني التي واكبته أثناء ارتكاب الفعل المجرم والمعاقب عليه ، ولذلك واما في تلطيف جمود مبدأ الشرعية رجعت معظم التشريعات الدول إلى نظام تفريد العقوبة بدلا من نظام العقوبات المحددة بجعل العقوبة تتراوح بين حدين أقصى وادنى وقد واكب ذلك السماح للقاضي بمراعاة ظروف الجاني بإختيار الحد المناسب لتسليط كعقوبة له مع إمكانية الأخذ بظروف المخففة او تنفيذ العقوبة القانون عن قرب جعلها لا تستطيع وضع قوانين تتلاءم مع كل الظروف مما يجعل القوانين تتسم بالنقص في الكثير من الحيات ، وهذا النقص بدوره مخرج يفلت منه الجناة بسهولة من أيدي القضاء بحجة تطبيق القانون وتحديد صلاحيات القاضي في تطبيق مبدأ الشرعية وحظر القياس عليه ، مما يجعله مكتوف اليدي أمام بعض القضايا خصوصا إذا كان الجناة من فئة مميزة كالموظفين⁵

2- تقييم مبدأ الشرعية

قد عرف هذا المبدأ عدة انتقادات منذ أواخر القرن التاسع عشر ، وأهم هذه الإنتقادات أن مبدأ الشرعية قاعدة رجعية إزاء النظم الحديثة في العقاب كونها تحدد العقوبة على أساس الجريمة ، دون النظر إلى شخص الجاني .

4 - عيد الرحمان خلفي ، محاضرات في القانون الجنائي ، د ط ، دار الهدى ، الجزائر ، ص 53-54 .

5 - - عابد كريمة ، أثر مبدأ الشرعية على السلطة التقديرية للقاضي الجزائري ، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماستر ، قانون جنائي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة غرداية ، ص 10 .

وقد نادى أصحاب هذا الرأي المنتقد وهم أصحاب المدرسة الوضعية بتقسيم المجرمين بدلا من تقسيم الجرائم ، إذ يرون أنه لا يتسنى للمشرع تقدير العلاج المناسب للمتهم مسبقا ، وإنما هذا من صميم العمل القضائي ، ومن ثم وجب أن يكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة⁶

أما الإتجاه المؤيد لمبدأ الشرعية وهو الرأي الغالب إلى تأييد مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ، ويرى بأنه يحقق مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة .

بالنسبة لمصلحة الفرد : فإن هذا المبدأ يعد سياج حقيقي لحماية الحقوق والحريات الفردية ، فلا يملك القاضي متابعة أشخاص بأفعال لم يجرمها المشرع ولم يقرر لها عقوبة غير تلك التي حدتها النصوص التشريعية ، كما قصر تحديد الجرائم والعقوبات على السلطة التشريعية يحقق إنذار الأفراد مقدما بما هو محظور عليها ارتكابه من الفعال فلا يفاجئون بأمر تقييد من حرياتهم وتنتال من حقوقهم .

أما بالنسبة لمصلحة الجماعة

فإن مبدأ الشرعية يحقق المساواة بين أفراد المجتمع وعدم التمييز بينهم على أساس طبقي من حيث التجريم والعقاب ، كما يساهم في علوم مبدأ سيادة القانون ، وألا تقوم على أي سلطة بإغتصاب اختصاصات أخرى ، وفي ذلك تأكيد لمبدأ الفصل بين السلطات ، بل أكثر من ذلك إن مبدأ الشرعية دور وقائي من الجريمة ذلك أنه ينذر الأفراد مقدما بالأفعال المجرمة ، مما يسمح بإحجام بعضهم على القل عن ارتكاب الجريمة⁷.

3- خصوصية مبدأ الشرعية في القانون الدولي الجنائي

إن مبدأ الشرعية في القانون الدولي الجنائي لا يحظى بنفس المعنى الذي يحظى به في القانون الجنائي الداخلي ، فمبدأ الشرعية ذو صفة عرفية أي لا وجود لفكرة الجريمة الدولية في نصوص مكتوبة ، وإنما مصدرها العرف الدولي ، كما قد يصاغ العرف الدولي في نصوص اتفاقيات دولية مكتوبة ومعاهدات ، إذ أن هناك نصوص محدودة في هذه المعاهدات والاتفاقيات ، والتي قد نصت على أفعال تعد جرائم دولية ومن أمثلتها إبادة الجنس ، ويرجع تجريمها إلى العرف الدولي وليس إلى تاريخ انعقاد هذه الإتفاقية ، وينحصر دورها في بيان العقوبة ، وكذا جرائم الحرب وجرائم الإعتداء وجرائم الإنسانية المنصوص عليها في لائحة نورمبورج الملحق باتفاقية بتاريخ 08 أوت 1945 .

وقد جرت عدة محاولات لتقنين القواعد العرفية ، فقد اتخذت منظمة الأمم المتحدة في دورتها الثانية قرار بتاريخ 1947/11/21 رقم 177 يقضي بتكليف لجنة القانون الدولي التابعة لها بوضع مشروع في 1954/07/28 ، وقدمته إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة التي أجلت النظر فيه إلى غاية التوصل إلى

⁶ - أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري العام ، دار هومة ، 2012 ، ص 49 .

⁷ - عبد الرحمان خلفي ، القانون الجنائي العام - دراسة مقارنة - ، دار بلقيس ، الجزائر ، 2016 ، ص 93

تعريف العدوان ، ا فان هذا المشروع لم يتم إقراره من الجمعية العامة حتى يومنا هذا ، نظرا لإختلاف وجهات النظر والتكتنت المسيطرة على الجمعية العامة ، بالإضافة إلى هذا المشروع فقد تم النص على الجرائم دولية أخرى ، وذلك بموجب إعلانات او اتفاقيات دولية كالاتفاقية جنيف الرابعة الإنسانية 1949 ، الإعلان الصادر عن المم المتحدة بشأن تجريم كل أشكال التمييز العنصري في نوفمبر 1963 ، وكذلك الجرائم المنصوص عليها في اتفاقية المم المتحدة 1982 كالتلوث البحري والقرصنة⁸

ومن هنا يتضح الفرق بين النص القانون الداخلي القانون الدولي ويتضح مدى تمييز بينهما اذ مبدأ الشرعية في القانون الدولي الجنائي فهو ذو طبيعة خاصة تتمثل في الدور المتميز الذي يلعبه العرف التي تستند اليه المعاهدات واتفاقيات دولية وأحكام المحاكم الدولية في تكوين القاعدة الدولية ، ومن ثم لاسبيل لإحترام قاعدة الشرعية الدولية في إطار القانون الدولي الجنائي ، إلا عن طريق وضع قانون دولي جنائي ، يتضمن نصوصا للجرائم الدولية والعقوبات الواجبة التطبيق عند حدوثها

ثانيا : دور المنعده للقاضي الجزائري في سد الفراغ التشريعي عند تفسير النص الجنائي الداخلي

الأصل أن النصوص الجنائية واضحة وجلية ومعبرة عن المعنى المحدد في نص المشرع ، فإذا كان اللفظ واضح الدلالة صريح لبيان في الكشف عن إرادته فإنه لا يطرح إشكال عملية التفسير ، لكن هناك من النصوص من يحتاج إلى عملية التفسير، إذا جاءت غامضة ومن كان لابد من الوقوف على الدلالة الحقيقية للنص حتى يمكن تطبيقه تطبيقا سليما من خلال ضبط الواقعة التي تسري عليه والأشخاص الذين يخضعون لها .

ويعد التفسير لنصوص الجنائي من أهم المواضيع التي تطرح للنقاش حتى يمكن الوصول إلى ضبط مدى إمكانية تطبيق ذلك النص على الواقعة ، ولعل أهم مشكل الذي يواجهه القاضي عند تفسير النصوص الجنائية هو اصطدامه بمبدأ الشرعية الجرائم والعقوبات ، إذ على القاضي أن يقوم بالتفسير النصوص دون أن يخلق جريمة وذلك بتفسير الألفاظ والعبارات النص وكذا الوقوف على إرادة الشارع ، أي أن يكون هذا التفسير تفسيراً ضيقاً لا يخلق جرائم اذ لايجوز للقاضي الجزائري القيام بالتفسير الواسع لأنه يمس بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .

1- مفهوم التفسير وأنواعه

إن التفسير عملية ذهنية يقوم بها القاضي للوقوف على قصد الشارع ، وهو ثلاثة أنواع نتعرف عليها كما يلي مهما حرص المشرع الجنائي على انتقاء أدق الألفاظ والعبارات الواضحة والدالة بغرض إيصال مقصوده من

⁸ - محمد صالح روان ، الجريمة الدولية في القانون الدولي الجنائي ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة ، 2008-2009- ، ص 97-98 .

النص الجنائي فان الواقع العملي أثبت دائما حاجة القاضي إلى تفسير للوصول مدى تطبيق ذلك النص على الواقعة المطروحة أمامه.⁹

وعليه سوف نتطرق إلى مفهوم التفسير النصوص الجنائية ، ثم إلى أنواع التفسير .

أ- مفهوم التفسير النصوص الجنائية

عرف المعجم الوسيط التفسير بأنه "الشرح والبيان"¹⁰، في حين عرفه لسان العرب بأنه "فسر الشيء يفسره، بالكسرة، ويفسره، بالضم، فسرا وفسره: بانه، والتفسير مثله"¹¹. أما التفسير اصطلاحا فيقصد به الكشف عن حقيقة المعنى من وراء النص، إذ قد يقوم به القاضي أو الفقيه، أو من قام بوضع النص، وذلك ببذل الجهد للتوصل لمعنى النص مستعينا بالمنطق وقواعد اللغة العربية¹².

يتمثل نطاق التفسير في مجال التفسير في القوانين الغير جنائية متمثلة بالاقنصار على القواعد القانونية التشريعية وتفسيرها، ويشمل أيضا التشريعات السماوية كالتفسير للنصوص القانونية، ويتمثل أيضا نطاق التفسير في مجال التفسير في قانون العقوبات من حيث تفسير القواعد المحددة للجرائم والعقوبات المشددة للعقاب، بالإضافة إلى استبعاد بعض حالات العقاب وتخفيفه.

يقع التفسير على النصوص التشريعية المكتوبة، حيث أن الكتابة هي شرط لقيامه كتفسير للقواعد القانونية المكتوبة والتي تتصف بالصفة الرسمية كالنصوص التشريعية والتعليمات والأنظمة، فبالإضافة إلى توضيح مدلولات كلمات تلك النصوص، حيث يتم اخذ معنى معين للنص من بين مختلف المعاني الممكنة التي يحتملها، في حين ان عملية التفسير للنصوص العرفية او الغير مكتوبة، إنما يتمثل بعملية تحديد مضمونها، وهو لا يعد تفسيراً قانونياً بمعناه، وإنما بالبحث عن معناها وثبات وجودها من عدمه¹³،

وتفسير النصوص الجنائية عملية ذهنية تهدف إلى تحديد مضمون النص الجنائي ، ومدى تطبيقه على الوقائع المعروضة ، والتفسير النص عملية ضرورية لأن المشرع يحدد الجنائية بصفة عامة ومجردة ، بينما تطبيقها من الناحية العملية يكون بالنسبة لواقعة محددة ، الأمر الذي يقتضي استخلاص المعنى الذي يريده المشرع من النص الجنائي¹⁴

ب- أنواع التفسير

عبد الرحمن خلفي ، القانون الجنائي العام - دراسة مقارنة - ، دار بلقيس ، الجزائر ، 2016 ، ص 97⁹
10- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية- الادارة العامة للمعجمات واحياء التراث، مكتبة الشروق الدولية، جمهورية مصر العربية، الطبعة الرابعة، 2004م، ص688.

11- لسان العرب لابن منظور، دار صادر- بيروت، المجلد الخامس، ص55.

12- خضر، د/ عبد الفتاح، النظام الجنائي- اسسه العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقہ الاسلامي، كتاب منشور عبر الموقع الالكتروني كتب عربية www.kotobarabia.com، الجزء الاول، ص65

13- الرفاعي أحمد محمد، المدخل للعلوم القانونية- نظرية القانون، جامعة بنها- كلية الحقوق، محاضرات لفصل الدراسي الاول 2007-2008، سنة أولى، ص2010-211.

شريف سيد كامل ، شرح قانون العقوبات القسم العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2021 ، 172 .¹⁴

ينقسم تفسير النصوص الجنائية من حيث مصدره إلى ثلاثة أنواع وهي:

-التفسير التشريعي:

وهو التفسير الذي تتولاه السلطة التي أصدرت النص التشريعي ،وذلك إذا ما بدا لها أن النص التشريعي يتضمن بعض المصطلحات التي في حاجة لتعريفها على نحو يفسر المغزى منها،

وعلى هذا النحو فمن المقصود أن يصدر التفسير التشريعي ليس فقط من السلطة التشريعية في صورة نص قانوني، وإنما من الممكن أن يصدر في صورة لائحة، والتي من الممكن أن تتضمن تحديدا لبعض عناصر التجريم أو تحدد في حالات أخرى الأفعال المجرمة، وذلك كما هو الوضع في كثير من قوانين العقوبات الخاصة، حيث تحدد اللائحة عناصر التجريم ويكتفي القانون بالنص على الجزاءات المقررة لها، وذلك كما هو الحال في اللوائح التنفيذية الصادرة تطبيقا لأحكام قوانين البيئة أو المرور أو الصحة أو المخدرات، إذ من المتصور أن تتضمن هذه اللوائح تعريفا لبعض مصطلحاتها مما يمثل تفسيراً لها.

وعلى هذا النحو فإن التفسير التشريعي سواء صدر من خلال نص قانوني أو لائحة يعد ملزماً، إذا يتمتع بذات القوة الملزمة للنص التشريعي محل التفسير

-التفسير القضائي:

يتولى القاضي ذا النوع من التفسير وهو بصدده نظره للدعوى، للبحث عن النص الذي يتناسب تطبيقه مع الواقعة محل الدعوى، فيجتهد في تفسير هذا النص ليبين حكمه أسباب استعانته به دون غيره من النصوص الأخرى، وهو يستعين في ذلك بما لديه من سلطة تقديرية في تقدير عناصر النص القانوني ومدى سلامة تطبيقها على وقائع الدعوى، والتفسير القضائي على هذا النحو ليس ملزماً للقاضي نفسه الذي أصدره، إذ يجوز له أن يعدل عنه في واقعة مشابهة، ومن باب أولى ليس ملزماً لقضاء آخر حتى ولو كان أدنى منه درجة ولهذا دائماً ما يتضمن التنظيم القانوني للدولة محكمة عليا يقصد منها توحيد الأحكام لدرأ اختلاف المحاكم في تفسير النصوص التشريعية وتطبيقها، وهذا هو دور محكمة النقض في مصر، وإن كانت أحكام هذه المحكمة غير ملزمة لبقية المحاكم إلا أن أحكامها تتمتع بقيمة أدبية.

ومع ذلك فالتفسير القضائي وإن كان غير ملزم كقاعدة عامة، إلا أنه أصبح ملزماً بإنشاء المحكمة الدستورية العليا، والذي أصبح تفسيرها ملزماً طبقاً لحكم المادة 26 من قانون المحكمة الدستورية العليا، والتي تنص على أن المحكمة العليا: تتولى تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين صادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق، وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها، كما قضت المادة 1/48 من ذات القانون بأن أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقرارتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة.

-التفسير الفقهي:

وهو ما يتولاه فقهاء القانون عندما يتعرضون لدراسة النص التشريعي والبحث عن قصد الشارع من وراءه، بما يحقق إثراء في التنظيم القانوني يكون له أثره من جانبين: أولهما يتعلق بما يقدمه هذا النوع من التفسير للقضاة على نحو يعاونهم على تطبيق نصوص القانون، وثانيهما يتعلق بما يقف عليه الفقيه من جوانب نقص أو قصور في النص التشريعي على نحو يوجه المشرع إلى تدارك هذا الأمر سواء بالتعديل أو بالإلغاء أو حتى من خلال التفسير التشريعي ويستعين الفقيه في تفسير القانون بالعديد من الأدوات التي تعينه في التفسير، وذلك كالمذكرات الإيضاحية والأعمال التحضيرية وكذا التطور التاريخي للتنظيم القانوني محل التفسير، فضلا عن موقف القوانين المقارنة، وخاصة في تلك الدول التي تعتمد نفس النظام القانوني.

2: طرق التفسير في النصوص الجنائية :

يلجأ المفسر إلى عدة طرق لتفسير النص التشريعي يأتي في مقدمتها البحث من ناحية عن معاني الألفاظ في النص وقصد المشرع من ناحية أخرى.

أ-البحث عن معاني الألفاظ:

إذا كان النص التشريعي يتكون من مجموعة من الألفاظ، فإنه إذا ما بدا غامضا فإنه يلزم الوقوف على معاني هذه الألفاظ، وسواء من خلال تحديد كل لفظ على حدة أو تحديد المعنى الإجمالي لكافة الألفاظ، ويستعين المفسر في هذه الحالة بالبحث بمعنى اللفظ في اللغة، سواء التي كتب بها أو تلك التي تعد مصدرا له إذا كانت لغة أجنبية، ويستعين أيضا بكافة مايساعده على فهم معاني الألفاظ من خلال البحث في التطور التاريخ للنص التشريعي، وكذا الأعمال التحضيرية والمناقشات البرلمانية والمذكرات الإيضاحية عله يجد لتلك الألفاظ تفسيرا يتماشى وقصد المشرع والغرض من النص، كما يمكن للمفسر المقارنة بين القراءات المختلفة للنص إذا كتب بأكثر من لغة¹⁵

ب-قصد الشارع والغرض من النص:

لا يعتمد المفسر على مجرد البحث في معاني الألفاظ بالنص التشريعي، وإنما يلزم ألا يغفل البحث أيضا عن قصد الشارع وغرضه من تقرير النص التشريعي، وخاصة إذا كانت الألفاظ رغم وضوحها لا يبين منها غرض المشرع في مواجهة فعل ما، ولهذا لا بد من البحث عن الحق محل الحماية الجنائية التي يقرها النص، بمعنى أوضح هو البحث عن علة التجريم أو تحديد المصلحة المقصودة بالحماية الجنائية، فمثلا فإنه إذا ثار التساؤل بشأن الفعل المتمثل في نقل جراثيم أو فيروسات إلى المجني عليه وما إذا كان يشكل إحدى الجرائم المنصوص عليها بشأن أفعال الضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة والتي يجمعها غرض واحد قصده المشرع

وهو حماية الحق في سلامة الجسم، وبالتالي فإذا كان المدلول اللغوي لهذه التعبيرات (الضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة) غير متسع ليشمل فعل نقل الجراثيم أو الفيروسات أو توجيه أشعة ضارة لجسم الإنسان، فإن هذا الفعل بإعتباره ماسا بالحق في سلامة الجسم وهو غرض المشرع من تجريم الضرب والجرح وإعطاء المواد الضارة يجعله يأخذ حكم هذه الأفعال وحتى ولو لم يترك أي أثر على أعضاء الجسم الخارجية.

كما أن تجريم المشرع لفعل السرقة قصد به حماية الحق في الملكية والذي لا يتصور المساس به إلا من خلال نقل حيازة مال منقول للجاني، وبالتالي بعد التيار الكهربائي محلا للسرقة على الرغم من صعوبة اعتباره منقولاً، ومع ذلك وجريا وراء العلة من تجريم المساس بالحق في الملكية والحيازة، فقد استقر على أن التيار الكهربائي يكون محلا لجريمة السرقة¹⁶.

3- أسلوب تفسير النصوص الجنائية

إذا أتيح للقاضي أن يقوم عملية التفسير لإستظهار حقيقة م إرادة ، فقد أورد الفقه أسلوبين للقيام بتفسير النصوص القانونية وهما النظرية الموضوعية والنظرية الشخصية

أ- النظرية الشخصية

ويذهب أصحاب هذا المذهب إلى أن يبحث القاضي عند تفسيره للنص الجنائي عما كان يهدف إليه المشرع ، ويستبين ذلك من العمال التحضيرية والمذكرة الإيضاحية، ومن الظروف التاريخية التي دعت إلى إصداره . غير أن أصحاب هذه النظرية تم انتقادهم على أساس أن التشريع ينفصل على المشروع منذ صدوره ، وتصبح له ذاتية متميزة ومن ناحية أخرى فإن عملية التشريع لا تكون عادة ثمرة تفكير رجل واد وإنما هي نتاج تفكير مجموعة من الأشخاص ، والتي تكون قد تفاوتت كثيرا عن الأهداف التي إليها وكثيرا ما تستدعي لمصلحة العامة والتطور العلمي و الإجتماعي إلى ضرورة تطبيق ذلك النص على الحالات الجديدة لم تخطر ببال واضعيها وقت إصدارها أي أن العبرة بالوقت الذي طبق فيه النص وليس بوقت صدوره¹⁷

ب- النظرية الموضوعية

وهي النظرية التي يعتد بها ، فهي التي يراد بها التوصل إلى المصلحة الحقيقية التي أراد المشرع حمايتها عند إصدار النص ، وهي تعنى بغرض الذي أراده المشرع تحقيقه ، والعبرة في ذلك هي بما يؤدي إليه ألفاظ النص وما يقتضيه منطوقه عندما تدعو الحاجة إليه ألفاظ النص وما تقتضيه منطوقه عندما تدعو الحاجة إلى تطبيقه ولو كان ذلك على حالات لم تكن في خاطر المشرع عند وضعه النص أو أدى إليها التطور الاقتصادي والإجتماعي مثل يدخل في هذا الإتجاه امتداد مفهوم ركن العلانية في جريمة القذف ليشمل وسائل الإعلام

¹⁶ عبد الأحد جمال الدين ، الشرعية الجنائية ، المكتبة العربية القانونية ، مصر ، دون تاريخ نشر، ص21
¹⁷ - مرجع نفسه ، ص 22 .

الحديثة مثل التلفزيون والهاتف النقال ن إلا انه متى كانت عبارة القانون واضحة ولا غموض فيها فغنه يجب الإعتداد بها على أساس أنها تعبر تعبيراً صادقاً على إرادة المشرع و لا يجوز الإنحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل أي كان الباعث على ذلك ، وانه لا محل للإجتهد مع صراحة النص الواجب التطبيق¹⁸

رابعاً : القواعد التي تحكم تفسير النص الجنائي

يحكم تفسير النصوص الجنائية عدة قواعد هي :

1- قاعدة التفسير الضيق للنص

وضعت قاعدة التفسير الضيق للنص الجنائي لصالح المتهم فلا يمكن استعمالها ضده ، ومن ثم فالقاضي ملزم بتفسير الضيق للنصوص الجنائية التي هي في غير صالح المتهم كالنصوص التي تحدد عناصر المكونة للجريمة ، وكذا التي تحدد العقوبة¹⁹.

2- حضر القياس في مجال التجريم والعقاب

نقصد بالقياس إلحاق واقعة لم يرد بشأنها نص لتجريمها بواقعة أخرى ورد بشأنها نص يجرمها ، بدعوى وجود تشابه وتقارب بين الواقعتين أو الفعلين ، أو أن يكون العقاب في الحالتين يقق نفس المصلحة الإجتماعية ، مما يقضي تقرير عقوبة الفعل الثاني على الفعل الأول²⁰

والقياس المحظور في مجال قانون العقوبات تجريم فعل لم يرد نص بتجريمه استناداً لفعل ورد نص بتجريمه ، بحيث ينقرر للفعل الأول عقوبة الفعل الثاني استناداً لتشابه الفعلين ، ويحضر القياس حتى ولو كان العقاب على الفعل الأخير يحقق ذات المصلحة التي يحققها العقاب على الفعل الأول.

ويعد حظر القياس في مجال التجريم والعقاب إحدى أهم آثار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، إذ أن السماح بالقياس في هذا المجال سوف يسمح بالعقاب على أفعال لم يحددها أي نص تشريعي ، وبالتالي لايجوز اعتبار الإستيلاء على المنفعة من قبيل الإختلاس الذي تقوم به السرقة، فعلى الرغم من التشابه بين هذين الفعلين إلا أن الأول لا يعد سرقة حيث لا يتم الإستيلاء على مجرد المنفعة ولا يمتد الأمر إلى اختلاس المال ونقل حيازته بالكامل، فالذي يستولى على سيارة بقصد التنزه بها فهو يستولي على منفعتها ولكن لا يختلسها على النحو الذي يعد بمقتضاه سارقاً.

ومع ذلك فإنه يجوز القياس في غير نصوص التجريم، كتلك النصوص التي تقرر أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية أو العقاب ، حيث يجوز الإلتجاء إلى القياس في تفسيرها ، فلقد أستقر الفقه والقضاء على اعتبار

¹⁸ رمسيس بنهام ، النظرية العامة للقانون الجنائي ، منشأة المعارف ، 2008 ، ص 239

أحسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، ص 23¹⁹

²⁰ عز الدين وداعي ، المبسط في القانون الجنائي العام ، دار بلقيس 2019 ، ص 39

الدفاع الشرعي سببا عاما لإباحة كل الجرائم على الرغم من أن النصوص التي قررتها جاءت بصدد جرائم القتل والجرح والضرب، ولكن كل هذا لا يمنع الشخص الذي يتعرض لإعتداء لردّه بجريمة أخرى غير تلك الجرائم وعلى نفس النهج فإن المادة 312 .

3- جواز القياس في مجال النصوص الجنائية التي تكون لصالح المتهم

ان القياس المحظور هو في مجال التجريم والعقاب ، إما النصوص الجنائية الأخرى كأسباب الإباحة أو موانع المسؤولية أو أسباب تخفيف العقاب ، وهي نصوص تكون لصالح المتهم ، فيجوز بشأنها لأن القياس لا ينطوي على إخلال بمبدأ الشرعية²¹

كما ذهب القضاء ذلك إلى إمكانية القياس في مجال النصوص التي النصوص التي تقرر قيد على حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية .

4- التنازع الظاهري للنصوص الجنائية

يقصد بها الحالة التي يرى فيها المفسر من النظرة الأولى عدة نصوص تتزاحم فيما بينها للانطباق على واقعة جرمية معينة، إلا أن التزاحم يمثل مجرد تتزاحم ظاهري زائف لا يستند إلى الحقيقة والواقع²². ويرجع وجوده لوجود عامل مشترك متصل بذات الموضوع الذي تتناوله عدة نصوص، وتجري اغلب التشريعات على ترك التضارب للفقهاء والقضاء على أساس قواعد التفسير دون ورود نصا بشأنه²³. ويتفق مع اجتماع الجرائم المعنوية من ناحيتين أولا أن القانون لا يعتد فيهما الا بفعل واحد فقط، وان كلا من التعدد المعنوي والتنازع الظاهري يؤديان الى تطبيق النص الذي يفرض العقوبة الأشد. كما لم ينص القانون الجزائري على كافة وسائل فض التنازع الظاهري للنصوص الجنائية، ولكن الفقه حدد ثلاثة مبادئ قانونية وضعت لحل مسائل التنازع متمثلة بقاعدة النص الخاص يغلب النص العام وقاعدة النص الطويل يستوعب النص قصير، بالإضافة الى قاعدة النص الأصلي يغني عن النص الاحتياطي.

5- قاعدة تفسير الشك لصالح المتهم

في حالة احتمال النص لأكثر من تفسير، يكون من الواجب اخذ التفسير الذي فيه مصلحة المتهم من منطلق القاعدة القانونية "الأصل في الأفعال الإباحة"، فإذا بلغ الغموض حدا يصعب الكشف عن قصد المشرع وحالة من الشك للكشف عن ماهية إرادته، يكون على القاضي التوقف عن الاجتهاد في التفسير والقضاء بالبراءة.

شريف سيد كمال ، المرجع السابق ، ص 188²¹
22- السعيد، كامل، شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات "دراسة مقارنة"، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن- عمان، الطبعة الاولى، 2002، ص 67.

23- خلف، الدكتور/ حسين علي والدكتور/ سلطان عبد القادر الشاوي: المبادئ العامة في قانون العقوبات، المكتبة القانونية، العراق- بغداد، ص 43، كتاب منشور عبر الموقع الالكتروني الاكاديمية العربية في الدانمارك، <http://www.ao-academy.org>، تاريخ النشر: 2008/10/01، ساعة النشر: 09:48ص، تاريخ الاطلاع: 2017/02/22، ساعة الاطلاع: 04:00م ، ص 46

يرى البعض هذه القاعدة ليس لها علاقة بنظرية تفسير القواعد الجنائية، ومن الخطأ تطبيقها لتفسير النص الجنائي، كون المفسر يلتزم بالغاية وليس بمصلحة المتهم أثناء تفسير القاعدة الجنائية. ويرى آخرون أن مجال هذه القاعدة يتمثل في عملية الإثبات، بحيث يتعادل ترجيح أدلة الإدانة والبراءة، الأمر الذي يقضي على القاضي بوجوب ترجيح البراءة²⁴، فالقاضي لم يتوصل لليقين القضائي من حيث درجة الثبوت المشروط لصدور الحكم بالإدانة؛ بالتالي يكون الحكم بالبراءة أمراً لازماً.

ثالثاً: حتمية اجتهاد القاضي الجزائري في تطبيق النص الجنائي ذي مصدر دولي

يعتبر تطبيق النص الجنائي من قبل القاضي عن المظهر الحيوي والتفعيل الحقيقي لمبدأ الشرعية الجنائية، والقاضي الجزائري يتميز عن ذلك - عن غيره من القضاة بالتقيد بالنص التشريعي دون اللجوء إلى إمكانية اللجوء لمصادر أخرى، ملتزماً في ذلك بالتفسير الصارم والضيق للنص الجنائي، كما فيكون النص الجنائي موضحاً لعناصر الجريمة ومحدداً للجزاء الجنائي موفراً على القاضي البحث عن هذه العناصر في نصوص متفرقة فتحقق المادة الأولى من قانون العقوبات، غير أن عولمة النص الجنائي في إطار القانون الجنائي الدولي وعولمة النص الجنائي تستوجب قراءة جديدة لدور القاضي الجزائري في تطبيق القاعدة الجنائية في ظل سمو الإتفاقيات الدولية على القانون الوطني وكذا التطبيق المباشر للإتفاقيات الدولية في مجال التجريم والعقاب من جهة ثانية

1- تجسيد القاضي الجزائري لقاعدة سمو المعاهدات الدولية على التشريع الوطني

لقد فرض النظام القانوني الدولي نفسه على النظام الداخلي، محتماً على الدول منح النصوص الدولية مكانة خاصة في أنظمتها القانونية، تميزت في أغلب الأحوال بالسمو على التشريع الداخلي، فيتربط على ذلك فرض التزام على كافة جهات إصدار وإنفاذ القانون بتجسيد سمو، لاسيما بالنسبة للمشرع والقاضي فالنسبة للمشرع فيتضح من خلال إفرغ التزامه الدولية في النصوص التشريعية التي يصدرها، فإن مهمة القاضي في ذلك أكثر صعوبة، لأنه مقيد من جهة بحظر التدخل في العمل التشريعي.

بالنسبة للتجسيد الهادئ لقاعدة سمو من قبل القاضي الجزائري. فلقد كرس الدستور قاعدة سمو المعاهدات الدولية على القانون، فبمجرد أن أبرم رئيس الجمهورية اتفاقية دولية وصادق عليها، فغنها تصبح نصاً قانونياً يعلو التشريع العادي، فيقع على عاتق القاضي عند تطبيقه للنص الداخلي أن يحترم سمو المعاهدات على القانون الداخلي، علماً أنه إذا تعلق الأمر بتطبيق القانون الجنائي للإتفاقيات الدولية فغن المفروض أن قاعدة سمو قد جسدها المشرع مسبقاً في القانون ذاته، لأن القانون

جاء فقط لإفراغ النص الدولي في قالب التشريع الوطني ، فيكون ذكر الإتفاقيات في حيثيات الحكم الى جانب النص الوطني تجسيدا لقاعدة سمو²⁵

ومن الأمثلة التي طبق فيها القضاء الاتفاقية الدولية اذ اعتمد على اتفاقية حقوق الطفل²⁶ من أجل تأسيس عدم مسؤولية الطفل جزائيا ، ذلك إلى جانب نص المادة 49 من قانون العقوبات مع أن النص الوطني مافيا لتأسيس الحكم القضائي .

أما بالنسبة التجسيد الفعلي لقاعدة سمو من قبل القاضي الجزائري فإن تعارض المعاهدات مع القانون الداخلي من المسائل التي تترك القاضي في اختيار القانون الواجب التطبيق ، فإذا تمت المصادقة على معاهدة لاحقة تتعارض مع القانون الداخلي ، فيطرح إشكال إذا كان أكثر شدة ، اما إذا كان اقل شدة فهنا يقوم القاضي بتفعيل قاعدة سمو المعاهدة على الإتفاقية

2- التطبيق المباشر للإتفاقيات الدولية واجتهاد القاضي الجزائري في مجال القانون الدولي الجنائي

هناك اتجاه يعتبر وان المعاهدات والإتفاقيات فإن القاعدة الدولية لا تجرم ولا تحدد الجزاء ، وانما تخاطب المشرع من خلال إلزام الدول على اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتجريم ومعاقبة بعض السلوكات في إطار ما يسمى بمواءمة ، فهي لا تتمتع بالقوة التعقيدية إلا بالنسبة للدولة والتي من خلال جعلها مسؤولة على تطبيق القواعد المتفق عليها ، وبالتالي ليست لها قوة ملزمة للأفراد ، كما أن القانون الجنائي له نظام مستقل عن غير ه من النظم ، وهو اخطر مظهر للسيادة على إقليمها ، في حين يعتبر المؤيدون أن التطبيق التلقائي للمعاهدات من اهم الأدوات التي يستخدمها القاضي الجزائري لسد الفراغ التشريعي او القصور في التشريعات الداخلية في حالة عدم كفايتها أو سكون التشريع الوطني ، والتسليم بعدم إمكانية التطبيق المباشر للمعاهدات على إطلاقه من شأنه أن يعوق التعاون الدولي بشأن مكافحة الجرائم الذي تعجز القوانين الجنائية على تحديده بالتفصيل ، مما يسمح بالإفلات العديد من الجرائم التي تكون معروفة عادة ومحددة في الإتفاقيات الدولية كما هو شان بالنسبة لجريمة تبييض التي لم تجرم في التشريع الوطني إلا ابتداء من سنة 2004 على رغم من مصادقة الجزائر على اتفاقية المم المتحدة لمكافحة الإتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1988²⁷.

إن تكريس مبدأ تطبيق المباشر للاتفاقيات الدولية من طرف القاضي الجزائري يطرح إشكاليات قانونية

25 - كريمة علا ، عادل بوزيدة ، محاضرة بعنوان تحولات مبدأ الشرعية الجنائية في ظل عولمة النصوص الجزائرية ، ص 11 ، ملتقى منظم من طرف مجلس الدولة بعنوان دور التشريع والفقه والاجتهاد القضائي في تطوير القانون ، متاح على موقع <https://www.coursupremel> ، تاريخ المطالعة 2023/11/03

26 - اتفاقية حقوق الطفل الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1989/11/20 ، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي 461/92 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992 ، ج ر مؤرخة في 1992/12/23

27 - كريمة علا ، عادل بوزيدة ، المرجع السابق ، ص 12

لاسيما مسألة تفسير القاضي للاتفاقيات الدولية التي قد أثارت جدلا بين مؤيد ومعارض ، غير أن أقر الإجماع على الأخذ بالتفسير في مجال القانون الدولي الى أن القاعدة القانونية سواء كان مصدرها العرف والنص ، لا يمكن أن تحدد أركان الجريمة وصورها المختلفة ، ولذا يركز في التفسير والقياس حتى تستوعب جرائم أخرى تشترك معها في نفس المناط كجرائم الحرب ، فقد تطور بحيث أصبح لا يقتصر على حرفية النص لأنه مخالف لقواعد العدالة²⁸

رغم اعتراض اغلب الفقه على ذلك إلا أن عولمة أسس الشرعية الجنائية كان له تأثير على أحكام القضائية في الجزائر نذكر مثال على ذلك لقد سبق للقضاء وان اتخذ الإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة المصادق عليها من قبل الجزائر في سنة 2022 أساس لجريمة المنظمة معتبرا أن أحكامها تعتبر واجبة الإنفاذ والتطبيق على الرغم من عدم التنصيص عليها وتقتن جميع أحكامها في القانون الداخلي ، معتبرا أن استخلاص مفهوم و أركان الجريمة المنظمة يكون من المادة 02 من هذه الإتفاقية التي تنص يقصد بتعبير جماعة منظمة ذات هيكل تنظيمي مؤلفة من ثلاثة أشخاص او أكثر لفترة من الزمن تعمل بصورة متظافرة بهدف ارتكاب واحدة أو أكثر من هذه الجرائم الخطيرة أو الفعال المجرمة وفقا للإتفاقية من اجل الحصول بشكل مباشر أو غير مباشر على منفعة مالية " الإشكال الذي وقع تمت إحالة المجرمين وتمت إدانتهم دون أن تكون هناك عقوبة محددة²⁹.

الخاتمة:

من خلال هذه المداخلة الذي تعرضنا الى سلطة القاضي الجزائري في سد الفراغ التشريعي في مواجهة مبدأ الشرعية نرى أن القاضي الجنائي ليست له اي سلطة في سد الفراغ التشريعي لأنه مقيد بمبدأ اساس وهو مبدأالشرعية الجنائية ، فيجب أن يكون حريصا على عدم المساس بهذا المبدأ من خلال التزامه بقواعد التفسير التي تحكم القانون الجنائي ، لأن هذا المبدأ هو صمام أمان للحقوق والحريات ، غير أن عولمة هذا المبدأ في إطار قواعد القانون الجنائي الدولي يجعل القاضي الجزائري يجتهد لسد الفراغ الاو القصور التشريعي وذلك حتى لا يفلت الجناة من العقاب وتوصلنا الى النتائج التالية

1. القاضي الجنائي يملك دائما الهامش في عمله، فعندما يكون أمام نص قضية ما تحتل اكثر من تفسير، فانه يكون أمام عدة معايير يقوم بتصنيفها ومن ثم يقوم باختيار المعيار الأفضل وبما ينطبق مع مصلحة المتهم، ويتم تطبيقها على الواقعة.
2. إن القاضي الجنائي في ظل قواعد القانون الجنائي الدولي يجتهد ويسد الفراغ التشريعي ولا يتقيد بقواعد التفسير الداخلية.

التوصيات

1. بأن يعطى للقاضي الجنائي صلاحية التوسع في التفسير والقياس في القضايا المستجدة والتي تتفق مع قاعدة النص المقاس عليه.
2. ضرورة سن وبعث نظام قانوني جنائي يحدد كليات واليات التطبيق السليم للنص الجزائي غير وطني

"جدلية القياس في المادة الجزائية: بين الجواز والحظر"

د. مجدوب لامية ود. بوشارب أيمن

جامعة 8 ماي 1945 - قالمة

الملخص:

يعد القياس نوع من الاجتهاد القضائي، وهو احد أهم طرق أو آليات التفسير الداخلية للنصوص القانونية، والقياس وسيلة يلجا إليها مفسر أو شارح القاعدة القانونية لاستكمال ما يعترتها من غموض أو إبهام أو نقص أو تعارض بين النصوص القانونية، وإذا كان المبدأ حظر القياس في المادة الجزائية، بمعنى آخر التفسير بطريق القياس غير جائز في المواد الجزائية خاصة في مجال التجريم والعقاب، تكريسا لمبدأ الشرعية الجنائية، وكذلك الفصل بين السلطات، و تهدف هذه الدراسة إلى تبيان حدود هذه القاعدة سواء تعلق الأمر بالأحكام الجزائية الموضوعية أو النصوص الإجرائية الشكلية .

: Abstract

it is related to substantive criminal provisions or procedural texts. Analogy is a type of judicial jurisprudence, and it is one of the most important methods or internal mechanisms of interpretation of legal texts. Analogy is a means used by the interpreter or explainer of the legal rule to complete any ambiguity, ambiguity, deficiency, or conflict between the legal texts, and if the principle is prohibition of analogy in penal matter. In other words, interpretation by analogy is not permissible in penal matters, especially in the field of criminalization and punishment, in order to establish the principle of criminal legitimacy, as well as the separation of powers. This study aims to clarify the limits of this rule, whether.

مقدمة:

تعتبر حالات الفراغ التشريعي من الحالات المستعصية التي قد تواجه المتعاملين بالقانون عموماً والقانون الجزائي تحديداً، فإذا كانت السياسات التشريعية الحديثة تسعى إلى الإحاطة بكل الجوانب القانونية وتعمل جاهدة على أن تكون تشريعاتها في كل المجالات واضحة لا لبس فيها تطبيقاً لمبدأ مشروعية النصوص القانونية، إلا أن الواقع التشريعي اثبت عكس ذلك فكثيراً ما تصدر النصوص القانونية في صورة غامضة أو مبهمه، ناقصة أو حتى قد يعترئها قصور أو يشوبها تعارض أو تناقض بين أحكامها سواء كان مرد ذلك غفلة المشرع، خاصة التجريد والعمومية السمة المميزة للقاعدة القانونية أو كان ذلك مرده ما تقرزه الحياة الاجتماعية من مستجدات ووقائع لم تكن مشمولة بالنص أثناء وضعه أو لخصوصية الموضوع وتشعبه ومرورته، لذلك برزت أهمية القياس باعتباره شكلاً من الاجتهاد القضائي عن طريق عملية التفسير القانوني لمختلف القواعد القانونية، وغني عن البيان مسائل المعاملات المدنية وما تفرع عنها من معاملات أخرى تعد من اظهر المواقع التي يعمل فيها بالقياس، وإذا كان من المتعارف عليه ان المشرع ضيق من مساحة الاجتهاد بطريق القياس في المسائل الجزائية تبعاً لمبدأ الشرعية الجنائية وتكريساً لمبدأ الفصل بين السلطات، وتبعاً لأهمية وجدلية هذا الموضوع في المسائل الجزائية أفردنا هذه الورقة البحثية لتغطية مختلف عناصرها بالبحث والدراسة لتسوقنا إلى طرح الإشكالية التالي "ما هي حدود سلطة القاضي الجزائي في العمل بالقياس في المادة الجزائية بشقيها الموضوعي والشكلي؟"

في سبيل الإجابة على هذه الإشكالية استعنا بالمنهج الوصفي للتعريف بالقياس وصوره، والمنهج الاستقرائي المعنى بتتبع الجزئيات لقرير أحكام عامة بناء عليها والمنهج التحليلي (تحليل المحتوى أو المضمون) لدراسة وفحص وتشريح النصوص القانونية والأحكام القضائية ذات الصلة بالموضوع وفقاً للمرجعية المنهجية التالية:

المبحث الأول : مقارنة مفاهيمية حول القياس.

المبحث الثاني: حدود سلطة القاضي الجزائي في الاجتهاد بموجب القياس.

المبحث الأول: مقارنة مفاهيمية حول القياس.

حتى نتمكن من تحديد دور القياس باعتباره احد طرق أو أساليب تفسير النصوص القانونية الداخلية وتوضيح حدوده في مجال سد الفراغ التشريعي الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي لابد من التعريف بالقياس وأنواعه، وهذا ما سيأتي بيانه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم القياس.

لتوضيح المقصود بعبارة قياس وضبط مدلولها الشرعي والقانوني بدقة ورفع اللبس عن ما قد يعتريها من مصطلحات كالاستنباط والاستقراء والاستنتاج لابد من تعريفها لغة ثم اصطلاحا وهذا ما سيأتي توضيحه في الفروع التالية:

الفرع الأول: القياس لغة.

القياس لغة:- مصدر قاس بمعنى قدر، وقالت العرب قست الشيء بالشيء يقيسه قياسا وقياسا، واقتاسه وقسيه أي : قدرته على مثاله، يقال قست الثوب بالذراع، كما أطلق القياس على المساواة لان تقدير الشيء بما يماثله تسوية بينهما، فيقال فلان لا يقاس بفلان أي لا يساويه، وعموما القياس في اللغة هو التقدير والمساواة بين شيئين فأكثر¹.

الفرع الثاني: القياس اصطلاحا.

يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية القياس بأنه:" إلحاق ما لا نص فيه بما نص في الحكم الشرعي لاشتراكهما في علة الحكم"².

عرف أيضا:" تقدير الفرع بالأصل في الحكم والعلة" وعرف كذلك بأنه:" إلحاق معلوم بمعلوم في حكمه؛ لمساواة الأول للثاني في علة الحكم"، وعرف أيضا بأنه:" قول مؤول عن قضايا إذا سلمت لزم عنها لذاتها قول آخر"³.

¹ عامر عاشور عبد الله القياس في القانون المدني والفقہ الإسلامي "مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 15، العدد 52، السنة 17، الصفحة 55، نقلًا عن الرابط: https://alaw.mosuljournals.com/article_160705_5bbd3ac3a2ab219e664c5e3870f201b6.pdf

² دباش عبد الرؤوف "القياس في المادة الجزائية بين الشريعة الإسلامية والقانون"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 01، العدد 01، الصفحة 131.

³ مصطفى إبراهيم العربي خالد: "القياس في مسائل التجريم والجزاء- نظرة في حقيقة القياس ودوره في استنباط الأحكام-"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 02، عدد خاص (العدد التسلسلي 22)، افريل 2020، الصفحة، 361.

أما علماء المنطق فيطلقون على مصطلح القياس التمثيل، ويقصد بهذا الأخير نقل الذهن حكم لأحد الشئيين إلى الشئ الآخر لجهة مشتركة بينهما، أي إثبات الحكم في جزء لثبوته في جزء آخر مشابه له حيث عرفوه بأنه: "قول مؤلف من قضايا إذا سلمت يلزمه لذاته قول آخر"¹، وتجدر الإشارة إليه أن تعريف القياس في النظم التشريعية الوضعية لا يخرج عن مفهومه السالف الذكر حيث عرف بأنه: "إلحاق واقعة لم ينص عليها المشرع على حكمها بواقعة أخرى نص على حكمها لاشتراك الواقعتين في نفس الحكم"، كما عرف كذلك: "إلحاق واقعة لم يرد نص بحكمها بحكم واقعة ورد النص بحكمها لتساوي الواقعتين في علة الحكم"، أي أن القياس وسيلة لإظهار حكم في واقعة سكت عنها القانون قياسا على مسألة ورد فيها حكم لان العلة واحدة في الحالتين، ويتضح من خلال هذه التعريفات ان القياس له أربعة أركان وهي: **المقيس عليه** أو الأصل أو المشبه به أو الملحق به وهو المحل الذي يثبت فيه الحكم بنص، **المقيس** أو الفرع أو المشبه أو الملحق وهو المحل الذي لا نص فيه، **حكم الأصل** وهو الحكم الثابت في الأصل ويراد إثبات مثله للفرع، **العلة** وهي المصلحة المعتبرة في تشريع الحكم والغاية المتوخاة من العمل به بمعنى آخر الغرض الذي هدف إليه المشرع من وضع النص الأصل أو العلة التي اقتضت الحكم القانوني، وجدير بالذكر أن علماء الأصوليون قد وضعوا شروطا للقياس بعضها يرجع إلى حكم الأصل والبعض يشترط للفرع، والأخر متعلق بالعلة².

الفرع الثالث: التفرقة بين القياس وما يشابهه من مصطلحات مشابهة.

كثيرا ما يتداخل مصطلح القياس مع غيره من المصطلحات المشابهة أو المتداخلة معه، لذلك يتعين الوقوف على أهم الفوارق أو أوجه الشبه أو الاختلاف بين القياس و الاستنباط، الاستنتاج، الاستقراء على النحو التالي:

أولاً: التفرقة بين القياس والاستقراء.

يقصد بالاستقراء تتبع الجزئيات من اجل الوصول إلى أحكام كلية، أو هو انتقال الفكر أو الذهن من قضايا جزئية كثيرة إلى ملاحظة نتائج كلية تتضمن وقائع مستقبلية لم تلاحظ بعد، أو كما يعرف الاستقراء بأنه استدلال تصاعدي ننتقل فيه من الجزء إلى الكل، أما القياس فهو أداة من أدوات المنهج الاستدلالي أو

¹ محمد المدني صالح الشريف واحمد محمد احمد الزين: "العمل بالقياس في القانون وتطبيقاته القضائية"، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 01، السنة 2023، الصفحة 179.

² لمزيد من الإيضاح حول شروط القياس تفصيلا انظر: عامر عاشور عبد الله، المرجع السابق، الصفحة 55 و56.

بالأحرى يعد نموذجا للاستدلال المنطقي حيث تبقى فيه صحة ودقة النتيجة متوقفة على المقدمة، وعليه تتضح أهم الفروقات بينها في:

- عادة ما تكون إحدى مقدمات القياس على الأقل كلية، وعليه تكون النتيجة إما كلية أو جزئية، بينما تكون مقدمات الاستقراء دائما جزئية والنتيجة دائما كلية.

- إن نتيجة القياس صادقة صدقا مطلقا بينما نتيجة الاستقراء فهي دائما احتمالية ولن يكون لها اليقين المطلق.

- إن النتيجة الاستقرائية تحتوي على شيء جديد لم يكن مثبت في المقدمات بينما ليس في نتيجة القياس شيء جديد إذ أن الحكم فيها متضمن في المقدمة الكبرى أو الأصل المقيس عليه¹.

ثانيا: التفرقة بين القياس والاستنباط.

يقصد بالاستنباط أو الاستنتاج مجموع العمليات الذهنية أو العقلية التي تبنى على أن ما يصدق على الكل يصدق كذلك على الجزء من خلال إثبات أن الجزء يقع ضمن الكل بينما القياس هو إلحاق واقعة لم يرد نص يحكمها بحكم واقعة ورد النص بحكمها لتساوي الواقعتين في علة الحكم، من خلال المفهومين السابقين يتضح وجود علاقة وطيدة بين القياس والاستنباط بمفهوم المخالفة أو وجود وجه شبه كبير بينهما أي بين القياس والاستنباط بمفهوم المخالفة هذا الأخير يمنح المستنبط الحالة غير المنصوص على حكمها مخالفا أو معاكسا لحكم الحالة المنصوص عليها² وهو ما يعرف بالقياس العكسي.

المطلب الثاني: صور القياس.

ينقسم القياس إلى عدة أنواع تبعا لأسس أو معايير التقسيم فهناك القياس الجلي والخفي بالنظر إلى قوته أو ضعفه، وهناك قياس علة وقياس دلالة وقياس شبه بالنظر إلى علته، ويقسم أيضا إلى قياس قطعي وظني بالنظر إلى إدراك المجتهد لعلة الحكم من عدمه، ولعل أهم صور القياس الأكثر شيوعا في تفسير القانون ما يلي:

الفرع الأول: القياس الجلي أو القطعي.

¹ مجدوب لامية، مناهج البحث العلمي، مطبوعة بيداغوجية، جامعة 08 ماي 1945 قالم، السنة 2020 - 2021، الصفحة 40.

² لمزيد من الإيضاح راجع في ذلك تفصيلا: محمد المدني صالح الشريف، المرجع السابق، الصفحة 180.

يطلق عليه أيضا القياس من باب أولى وهو ذلك القياس الذي تكون علة الحكم في الفرع أكثر وضوحا من الأصل، فيطبق حكم الأصل على الفرع من باب أولى أو بعبارة أخرى هناك حالة منصوص عليها في القانون، وتكون علة هذا الحكم أكثر توفرا في حالة أخرى غير منصوص على حكمها في القانون فينسحب الحكم في الحالة المنصوص عليها إلى الحالة غير المنصوص عليها من باب أولى، وسمي بالقياس القطعي أيضا لان ثبوت علة الحكم في المقيس أمر قطعي ومن ذلك حرمة ضرب الوالدين قياسا على حرمة التأفف الثابت شرعا¹ ومثال ذلك ما جاء في نص المادة 40 فقرة 01 من قانون العقوبات الجزائي عن حالات الدفاع الشرعي: "يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع الشرعي:

1- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل"، فإذا قتل المدافع عن نفسه المعتدي اعتبر في حالة دفاع شرعي فما ذا لو أصابه إصابة أدت إلى حدوث عاهة مستديمة (وهو ما لم يشر إليه النص الجنائي السالف الذكر) فان فعله هذا يعتبر مبررا من باب أولى وهو أيضا في حالة دفاع شرعي.

الفرع الثاني: قياس المساواة (القياس المساوي أو العادي).

وهو القياس الذي تكون فيه العلة متساوية الظهور في الفرع والأصل أو بعبارة أخرى التسوية بين الأصل والفرع في الحكم لمساواتهما في العلة قوة وضعفا فإذا كانت هناك قاعدة مقررة لحالة معينة وكانت هناك حالة لم ينص على حكم لها ولكن تتوفر فيها العلة ذاتها التي أدت إلى وضع النص للحالة الأولى فيطبق حكم الحالة الأولى على الثانية ومثال ذلك: حديث سيدنا محمد عليه الصلاة والسلام: "لا يرث القاتل والعلة في ذلك قتل الوارث مورثه استعجالا للشيء قبل أوانه فيرد على القاتل قصده ويعاقب بحرمانه من الإرث فقيست على هذه الحالة حالة قتل الموصى له وصيه لتعجيل الحصول على الوصية².

الفرع الثالث: القياس الأدنى.

¹ لمزيد من الإيضاح انظر: مصطفى إبراهيم العربي خالد، المرجع السابق، الصفحة 632.

² جمال عبد الستار عبد الله حسن "حجية القياس في العقوبات ومدى معارضتها مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية- دراسة أصولية فقهية مقارنة بالقانون الوضعي"-، مجلة الفكر القانوني والاقتصادي، العدد 01، السنة 05، متوفر على الرابط:

https://www.researchgate.net/publication/330535188_hjyt_alqyas_fy_alqwbawmdy_mardtha_mdba_alshryt_aljnayyt_fy_alshryt_alaslamyt_drast_aswlyt_fqhyt_mqarnt_balqanwn_alwdy

هو القياس الذي يكون فيه الأصل أولى بالحكم من الفرع لان العلة فيه اقوي، وبعبارة أخرى أن تكون العلة في المقيس ادني قوة من المقيس عليه¹.

الفرع الرابع: قياس العكس.

وهو ما يعرف بالاستنتاج من مفهوم المخالفة، وهو القياس الذي بموجبه يتم إعطاء حالة غير منصوص على حكمها في القانون حكما مخالفا أو عكسيا لحالة أخرى منصوص عليها في القانون لاختلاف العلة بين الحالتين، بمعنى وجود نص في القانون يقرر حكما لحالة معينة ولعة محددة ووجود حالة أخرى لم ينص على حكمها وتختلف عن الحالة الأولى في العلة² ومثال ذلك: نص المادة 369 من القانون المدني الجزائري: "إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن..." "إذ يستفاد من الاستنتاج من مفهوم المخالفة إذا هلك المبيع بعد تسليمه للمشتري لا يكون سببا لسقوط عقد ولا يسترد الثمن.

المبحث الثاني: حدود سلطة القاضي الجزائي في الاجتهاد بموجب القياس.

يعد مبدأ الشرعية الجنائية³ من أهم القواعد الجنائية التي كرسها المشرع الجزائري ضمن نص المادة 01 من قانون العقوبات الجزائري: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير امن بغير قانون"، بل انه ارتقى بها إلى مصف مبدأ دستوري وهذا ما جاء في نص المادة 43 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2020: "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم"، ولعل من أهم نتائج مبدأ الشرعية الجنائية حظر القياس في التجريم والعقاب فهل هذه القاعدة على إطلاقها تمتد إلى كل أحكام المادة الجزائية بشقيها الموضوعي والإجرائي أو الشكلي؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول: في نطاق النصوص الجزائية الموضوعية.

يقصد بالأحكام أو القواعد الموضوعية الجزائية تلك القواعد القانونية الجزائية المشمولة بقانون العقوبات سواء تعلق الأمر بالأحكام العامة المتعلقة بالتجريم والعقاب أو الأحكام الخاصة أو ما يعرف بالقسم الخاص⁴

¹ عامر عاشور عبد الله، المرجع السابق، الصفحة 60.

² عامر عاشور عبد الله المرجع السابق، الصفحة 60.

³ منصور رحمان، الوجيز في القانون الجنائي العام، فقه قضايا، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2006، الصفحة 130.

⁴ عبد الرحمان خلفي، القانون الجنائي العام (دراسة مقارنة)، دار بلقيس، الجزائر، 2016، الصفحة 12.

أو مصنف الجرائم الذي يتناول كل جريمة على حدا بكل جوانبها، فإذا كان من الثابت أن تفسير النصوص القانونية لا يقصر على قانون دون الآخر، وإن مسألة وضوح النص الجنائي مسألة نسبية¹ فمن المتصور أن يعتري النص الجنائي نوع من الغموض أو الإبهام أو النقص أو حتى التعارض بين الأحكام وإن من صميم عمل القاضي الجنائي تفسير النصوص القانونية قبل تطبيقها على الوقائع المعروضة عليه بحثا عن النية أو الإرادة الحقيقية للمشرع الجنائي دون الخروج عن حدود مبدأ الشرعية الجنائية وضوابطه وانطلاقا من مبدأ جواز القياس في غير نصوص التجريم والعقاب، يتضح أن قاعدة حظر القياس في النصوص الجزائية الموضوعية ليس على إطلاقها إذ توجد القاعدة والاستثناء الوارد عليها وهذا ما سيأتي توضيحه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: حظر القياس في مجال التجريم والعقاب.

من الثابت فقها وقضاء أن القياس يتعارض مع مبدأ الشرعية الجنائية في مجال التجريم والعقاب، استنادا إلى قاعدة التفسير الضيق للنص الجزائي، بمعنى أن القياس يعمل على سد الفراغ التشريعي الموجود في النص متخذا التشابه أو التماثل بين الفعل المنصوص عليه قانونا والفعل غير المنصوص عليه الذي يسعى القاضي لمعرفته، وهذا ما يعارض مبدأ الشرعية الجنائية في نطاق الجرائم والعقوبات، إذ يتعين على القاضي الجزائي أن يطبق النص وفقا لقصده ونية أو إرادة المشرع الثابتة والمحددة فيه فلا يمكن إعمال القياس في نطاق الجرائم والعقوبات بمعنى لا يجوز للقاضي تجريم فعل لم يرد بشأنه نص تشريعي أو غير منصوص عليه قياسا على فعل آخر مجرم لاتحاد العلة أو السبب وكذلك في ما يخص العقوبات يحظر القياس فيها تماما ولا مجال لذلك أصلا فمتلما لا جريمة إلا بنص فلا عقوبة أيضا إلا بنص، فمن غير المعقول تصور عقوبة بلا جريمة، ومن جهة أخرى لا يجوز للقاضي أن ينطق بغير ما نص عليه القانون من عقوبات وفي نطاق ما رسمه له القانون من حدود فليس له أن يقضي بعقوبة غير منصوص عليها جزاء لجريمة ولا بعقوبة تتجاوز الحد الأقصى المقرر جزاء لجريمة ولا أيضا الحكم بعقوبة تكميلية غير منصوص عليها جزاء للجريمة²، كون ذلك يجعل من دور القاضي الجزائي منشئا لنص جديد وليس كاشفا لإرادة وقصد المشرع وهو تعد صارخ على مبدأ الشرعية الجنائية وخرقا فادحا لمبدأ الفصل بين السلطات

¹ حسام بوججر "تفسير النصوص الجنائية الموضوعية"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 14، العدد 30، السنة 2022، الصفحة 269.

² أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، الصفحة 63.

كما أن وظيفة القاضي هي تطبيق القوانين وليس إنشاؤها، ومثال ذلك يحظر على القاضي أن يقيس مثلاً فعل الاستيلاء على منفعة على جريمة السرقة باعتبارها أخذ مال مملوك للغير دون رضاه وان يعتبر المستلي أو من يحصل على منفعة شيء مملوك للغير دون وجه حق سارقاً¹، ناهيك عن أن الدستور الجزائري يعهد للسلطة التشريعية ووظيفة التشريع في مجال التجريم وهذا ما جاء في نص المادة 139 فقرة 07 من التعديل الدستوري لسنة 2020 بقولها: "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور وكذلك في المجالات الآتية:..."

7- القواعد العامة لقانون العقوبات، والإجراءات الجزائية، لاسيما تحديد الجنايات والجرح والعقوبات المختلفة المطابقة لها...²، أما المخالفات فتدخل ضمن اختصاص السلطة التنفيذية عن طريق المراسيم الرئاسية والقرارات واللوائح الإدارية الصادرة عن مختلف الأجهزة الإدارية المختصة، انطلاقاً مما سبق بيانه يتضح أن سلطة القاضي الجزائري في ظل مبدأ الشرعية الجنائية تنحصر في تطبيق نصوص التجريم والعقاب ويتعين عليه الابتعاد عن كل ما من شأنه أن يوصله إلى خلق جرائم وعقوبات لم ينص المشرع عليها.

الفرع الثاني: جواز القياس في غير نصوص التجريم والعقاب.

إذا كانت القاعدة حظر القياس متى تعلق الأمر بنصوص التجريم والعقاب على إطلاقها ومرد ذلك خرق مبدأ الشرعية الجنائية، فإن الاستثناء هو جواز القياس في غير نصوص التجريم والعقاب بمعنى النصوص المتعلقة بأسباب الإباحة الوارد ذكرها بموجب نص المادتين 39 و40 من قانون العقوبات الجزائري، مثل الدفاع الشرعي والأفعال المبررة التي يأذن بها القانون وموانع المسؤولية الجزائية الوارد ذكرها بموجب نص المادة 47 من قانون العقوبات الجزائري كصغر السن وحالة الجنون والإكراه، وموانع العقاب التي أدرجت ضمن نص المادة 52 من قانون العقوبات الجزائري والمتمثلة في عذر المبلغ، عذر القرابة العائلية وعذر التوبة³، فكل هذه الحالات الخارجة عن نطاق التجريم والعقاب جلتها شرعت في صالح المتهم مما يجيز القياس فيها وعليها كون القياس في تفسير هذه النصوص يخرجها من دائرة التجريم والعقاب ويعود بالفعل إلى أصله المباح ومثال ذلك ما جاء في نص المادة 279 من قانون العقوبات التي تنص على

¹ عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، الصفحة 95.

² حسام بوحجر، المرجع السابق، الصفحة 268.

³ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، الصفحة 243.

انه: "يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها احد الزوجين على الزوج الآخر في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس...". فيجوز قياس جريمة الضرب والجرح المفضي إلى عاهة مستديمة على الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة، ومرد ذلك انه من غير المستساغ قانونا أن مرتكب جريمة القتل يستفيد من العذر المخفف في حين لا يستفيد منه في حالة ما إذا أفضى الضرب والجرح إلى عاهة مستديمة¹.

ومثال ذلك أيضا ما سبق بيانه، حيث جاء في نص المادة 40 فقرة 01 من قانون العقوبات الجزائري عن حالات الدفاع الشرعي: "يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع الشرعي:

1- القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل"، فإذا قتل المدافع عن نفسه المعتدي اعتبر في حالة دفاع شرعي فما ذا لو أصابه إصابة أدت إلى حدوث عاهة مستديمة (وهو ما لم يشر إليه النص الجنائي السالف الذكر) فان فعله هذا يعتبر مبررا من باب أولى وهو أيضا في حالة دفاع شرعي.

المطلب الثاني: في نطاق النصوص الجزائية الإجرائية أو الشكلية.

يقصد بالنصوص الجزائية الإجرائية تلك القواعد القانونية الشكلية التي يجب الالتزام بها منذ وقوع الجريمة إلى حين صدور حكم نهائي في الموضوع أي حكم حائز لقوة الشيء المقضي به، فينظم سبل البحث والتحري عن الجرائم مرتكبيها وينظم المراحل التي تمر بها الدعوى العمومية كالتحقيق و المحاكمة والأحكام وطرق الطعن فيها والسلطات المختصة² وغيرها من القواعد الإجرائية الوارد ذكرها في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

إذا كان القياس وسيلة يلجا إليها المفسر للقاعدة القانونية لاستكمال ما يعترضها من نقص أو غموض أو إبهام أو حتى تعارض، عن طريق إيجاد حل لمسألة لم ينظمها قانون الإجراءات الجزائية باستعارة الحل الذي يقرره في مسألة مماثلة كان قد سبق تنظيمها، وعليه يتضح أن القياس في قانون الإجراءات الجزائية

¹ عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري القسم العام - نظرية الجريمة، نظرية الجزاء -، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، الصفحة 54.

² عبد الله اوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، الصفحة 10.

يجوز العمل به لان قواعده قواعد شكلية أو إجرائية لا تتعلق بالتجريم والعقاب وإنما تتعلق بالسير الحسن لمرفق العدالة¹.

من الجائز العمل بالقياس في مجال النصوص الإجرائية كونها قواعد شكلية لا تتعلق بأصل الحق ومن الشواهد على ذلك ما قضت به المحكمة العليا السودانية بأنه "يمكن استنباط قواعد الطعن بالنقض في المسائل الجنائية قياسا على القواعد التي حددتها المادة 04 من قانون المرافعات المدنية لسنة 1972²، ومن صور القياس في قانون الإجراءات الجزائية، ما استقر عليه القضاء المصري في تعميمه لحكم المادة 312 من قانون العقوبات المصري، المتعلقة بالقيود على تحريك الدعوى العمومية في السرقة التي تقع بين الأصول إضرارا بفروعهم أو العكس أو بين الزوجين على جرمي النصب وخيانة الأمانة التي لم يرد بشأنها نص بين الأصل فرعه وبين الزوجين³.

ومن الأمثلة التي يجوز فيها إعمال القياس في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المحاضر المحررة من قبل الشرطة القضائية، حيث أن المادة 18 منه المتعلقة بتحرير ضابط الشرطة القضائية وإرسالها إلى وكيل الجمهورية لم تتناول شروط صحتها غير أن المادة 214 من نفس القانون تنص: "لا يكون للمحضر أو التقرير قوة الإثبات إلا إذا كان صحيحا في الشكل ويكون قد حرره واضعه أثناء مباشرة أعمال وظيفته وأورد فيه عن موضوع داخل في اختصاصه ما قد رآه أو سمعه أو عاينه بنفسه"، وعليه فإن عبارة (إلا إذا كان صحيحا في الشكل) تطرح التساؤل الآتي: متى يكون المحضر صحيحا في الشكل؟

وهو أمر لم يتطرق إليه القانون بمناسبة تنظيمه لمحاضر الشرطة القضائية، غير انه في الباب الثالث من الكتاب الأول بعنوان "في جهات التحقيق" تقرر المادة 95 من قانون الإجراءات الجزائية على تسجيل إفادة الشهود في محاضر التحقيق وخلق تلك المحاضر من كل كتابة بين الأسطر أو الحشو فيها، واشترطت توقيع كل من القاضي والكااتب والشاهد على كل شطب أو إضافة باعتبار أن التوقيع على ذلك يعتبر مصادقة عليها، وإلا اعتبرت تلك التخريجات ملغاة، بالإضافة إلى أن عدم التوقيع الصحيح على المحضر أو عدم توقيع الشاهد على تلك الصفحات يجعلها محاضر لا قيمة لها، وكذلك المادة 214 من نفس القانون دائما التي تقرر أن المحضر لا تكون له القوة الثبوتية إلا إذا كان صحيحا شكلا ومحرا من قبل واضعه أثناء

¹ عبد الله اوهايبية، المرجع السابق، الصفحة 28.

² محمد المدني صالح الشريف و احمد محمد احمد الزين، المرجع السابق، الصفحة 209.

³ عبد الله اوهايبية، المرجع السابق، الصفحة 30، الهامش 01.

مباشرة أعمال وظيفته وأورد فيه موضوعا يدخل ضمن اختصاصه المكاني والنوعي مما يكون قد رآه أو سمعه أو عاينه بنفسه، وعليه وتطبيقا لقواعد القياس يمكن إعمال أحكام صحة محاضر التحقيق المقررة في المادة 95 من قانون الإجراءات الجزائية وتعميم حكمها على جميع المحاضر، وكذلك الإذن المنظم بموجب نص المادة 65 مكرر 15 المتعلق بإجراء التسرب التي تضع شروطا وقيودا على الإذن المسلم تطبيقا لنص المادة 65 مكرر 11 من نفس القانون، مكتوبا ومسببا وذلك تحت طائلة البطلان، وتنص الفقرة الثانية "يذكر في الإذن الجريمة التي تبر اللجوء إلى هذا الإجراء وهوية ضابط الشرطة القضائية الذي تتم العملية تحت مسؤوليته" وتنص الفقرة الثالثة "ويحدد هذا الإذن عملية التسرب التي لا يمكن أن تتجاوز أربعة أشهر"، وإعمالا لقواعد القياس أيضا تعميم أحكام المادة 65 مكرر 15 من قانون الإجراءات الجزائية على كل صور الإذن المقررة في الكثير من الإجراءات وإلا وقع باطلا دون اثر "يجب أن يكون الإذن المسلم تطبيقا للمادة 65 مكرر 11 مكتوبا ومسببا وذلك تحت طائلة البطلان"، ومنها الإذن بالتفتيش المقرر في نص المادة 44 من نفس القانون، والإذن باعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور المقرر في المادة 65 مكرر 05، وعليه يتوجب توافر الشروط السالفة الذكر، الكتابة، التسبب والجريمة موضوع الجراء وهوية ضابط الشرطة القضائية، المقررة في المادة 65 مكرر 15 على الإذن المقرر في نص المادتين 44، 01/65، 65 مكرر 05 من نفس القانون.¹

خاتمة:

يتضح في خاتمة هذه المداخلة أن القياس يبقى الدليل الشرعي الرابع الثابت ضمن أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء واحد أهم طرق التفسير الداخلية في القانون عموما والقانون الجزائي تحديدا - رغم الجدل الفقهي والتشريعي والقضائي حوله - وفقا ضوابط معينة أهمها الالتزام بمبدأ الشرعية الجنائية، الالتزام بالتفسير الضيف للنص الجنائي وقاعدة الشك يفسر دائما لمصلحة المتهم، ناهيك عن جواز القياس في غير النصوص التجريبية والعقابية التي يحتكم إليها المفسر أو شارح القانون لمحاولة الوصول إلى إرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة فالقياس نوع من الاجتهاد القضائي لتفسير النصوص القانونية وبذلك سد الفراغ التشريعي الذي قد يعتري هذه النصوص حماية للمجتمع وعليه يمكن اقتراح التوصيات التالية:

¹ عبد الله اوهايبية، المرجع السابق، الصفحة 30 و31.

- إن الحاجة إلى إعمال القياس ضرورة لا بد منها كآلية لسد الفراغ التشريعي الجنائي لا مفر منها خاصة انه من الثابت أن النصوص الجزائية متناهية أما الأحداث والوقائع الجنائية فهي غير متناهية.
- ضرورة مواكبة السياسات التشريعية الجنائية الحديثة لتجفيف مختلف منابع الجريمة بشتى الوسائل فإذا كان من الجائز اللجوء إلى نماذج التجريم أو النصوص المفتوحة وتقنية إصدار النصوص الجزائية على بياض التجريم على بياض فكيف يحظر القياس؟ .
- تشجيع الاجتهاد القضائي بواسطة القياس لسد الفراغ التشريعي وفقا لشروط محددة وضوابط معينة ما من شأنه تحقيق أو بلوغ أعلى مستويات الردع وذلك بتدارك ما يمكن أن يلحق المجتمع من أضرار نتيجة لارتكاب صور إجرامية ضارة مستحدثة لم يرد النص بتجريمها تحديدا أو نظرا لمرونة سلوكها الإجرامي كالجرائم البيئية والاقتصادية والجرائم الالكترونية وغيرها.

قائمة المراجع والمصادر:

1-الكتب والمؤلفات.

- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002.
- عبد الرحمان خلفي، القانون الجنائي العام(دراسة مقارنة)، دار بلقيس، الجزائر، 2016 .
- عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري القسم العام -نظرية الجريمة، نظرية الجزاء-، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر، 2010.
- عبد الله اوهايبيبة، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر، 2018.
- منصور رحمان، الوجيز في القانون الجنائي العام، فقه قضايا، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2006.
- مجدوب لامية، مناهج البحث العلمي، مطبوعة بيداغوجية، جامعة 08ماي 1945 قالمة، السنة 2020 - 2021.

2-المقالات العلمية.

- جمال عبد الستار عبد الله حسن"حجية القياس في العقوبات ومدى معارضتها مبدأ الشرعية الجنائية في الشريعة الإسلامية-دراسة أصولية فقهية مقارنة بالقانون الوضعي"-،مجلة الفكر القانوني والاقتصادي،العدد

- 01، السنة 05، متوفر على الرابط:
https://www.researchgate.net/publication/330535188_hjyt_alqyas_fy_alqwbat_wmdy_mardtha_mdba_alshryt_aljnayyt_fy_alshryt_alaslmyt_drast_aswlyt_fqhyt_mqarnt_balqanwn_alwd
 - حسام بوحجر "تفسير النصوص الجنائية الموضوعية"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 14، العدد 30، السنة 2022.
- دباش عبد الرؤوف "القياس في المادة الجزائية بين الشريعة الإسلامية والقانون"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 01، العدد 01.
- عامر عاشور عبد الله "القياس في القانون المدني والفقہ الإسلامي" مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 15، العدد 52، السنة 17، الصفحة 55، نقلا عن الرابط:
https://alaw.mosuljournals.com/article_160705_5bbd3ac3a2ab219e664c5e3870f201b6.pdf
- محمد المدني صالح الشريف واحمد محمد احمد الزين: "العمل بالقياس في القانون وتطبيقاته القضائية"، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 01، السنة 2023.
- مصطفى إبراهيم العربي خالد "القياس في مسائل التجريم والجزاء - نظرة في حقيقة القياس ودوره في استنباط الأحكام -"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 02، عدد خاص (العدد التسلسلي 22)، افريل 2020.

دور القضاء في سد الفراغ التشريعي في مسائل تنزيل أولاد البنات

د. علال ياسين و د. يلس أسيا

جامعة 8 ماي 1945 قالمة

allel.yacine@univ-guelma.dz

yalles.assia@univ-guelma.dz

ملخص:

إن مسألة الميراث بالتنزيل تمثل إحدى أهم صور الفراغ التشريعي في قانون الأسرة الجزائري، وهي حالة الأحماد الذين يموت مورثهم -أبوهم أو أمهم- في حياة جدهم أو جدتهم، حيث نص المشرع على تنزيل هؤلاء الأحماد منزلة أصلهم في التركة بشروط معينة، غير أن استعماله لمصطلح الأحماد في المادة 169 من قانون الأسرة لم تكن واضحة في دلالتها، حول ما إذا كان المقصود هو تنزيل أولاد الابن الذكر فقط أم يشمل أولاد البنات أيضا، وقد انعكس عدم وضوح هذا النص على الاجتهاد القضائي لمحاكم الدرجات الدنيا والمحكمة العليا، والتي سعت إلى تفسير النصوص المنظمة للتنزيل وأكدت في عديد من قراراتها على أحقية أولاد البنات في التنزيل، وهو تفسير غير مستقر للمحكمة العليا.

مقدمة:

قبل صدور قانون الأسرة كان القضاة يعتمدون في أفضيتهم على اجتهادات مختلف أئمة المذاهب الفقهية وكان على القاضي أن يبحث على أرجح الأقوال، والذي قد لا يكون مرجحا عند قضاة آخرين، وبصدور قانون الأسرة عالج مسألة التنزيل في أربعة نصوص قانونية، غير أنه استعمل عبارات عامة لم توضح بشكل صريح وواضح ما إذا كان المقصود من التنزيل شموله لأولاد الابن فقط أم أنه يشمل كذلك أولاد البنات.

وعليه فإن البحث في هذا الموضوع ينطلق من الإشكالية الآتية: إلى مدى تمكن القضاء الجزائري

في سد الفراغ التشريعي في مسألة تنزيل أولاد البنات ؟

ولإحاطة بهذا بالموضوع تناوله وفقا للخطة الآتية:

المبحث الأول: تنزيل أولاد البنت في قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: تنزيل أولاد البنت في اجتهاد المحكمة العليا.

المبحث الأول: تنزيل أولاد البنت في قانون الأسرة الجزائري:

المطلب الأول: مفهوم التنزيل:

نتناول التعريف اللغوي للتنزيل ثم تعريفه اصطلاحا.

الفرع الأول: تعريف التنزيل لغة:

التنزيل اسم مفعول مشتق من ينزل، و نزولا، و منزلا، و منزلا و ننزله، وأنزله، ونزله وهو يعني

الحلول¹، وعلى هذا فنزل تأتي بمعنى حل².

الفرع الثاني: تعريف التنزيل اصطلاحا:

عرف بأنه: تنزيل الأبناء منزلة أصلهم الذي توفي قبل جدهم كما لو كان حيا³، كما عرف بأنه نيابة

ميراثية من استحداث المشرع بالسماح لفرع الشخص المتوفى من قبل بأخذ مكانه في الميراث⁴،

وقد عرفته المحكمة العليا: التنزيل يحزر لفائدة أحفاد من مات مورثهم قبله وأنهم في هذه الحالة يرثون

مقدار أصلهم، والوصية تكون في حدود ثلث التركة⁵.

الفرع الثالث: حكمة مشروعية تنزيل أولاد البنت في الشريعة الإسلامية:

إن الباعث على تشريع التنزيل عموما، أنه في أحوال كثيرة قد يموت الشخص في حياة أمه وأبيه،

ويحرم هو وذريته من ميراثه الذي يستحقه لو عاش إلى وفاة والديه، و بذلك يصير أولاده في فقر مقدر⁶، وقد

يكون لهذا الولد المتوفى أثر كبير تكوين ثروة أبيه أو أمه، ولهذا جاء نظام التنزيل رحمة بأولاد هذا المتوفى،

تعويضا لهؤلاء الأحفاد عما كان سيأخذه أصلهم من تركة مورثه لو بقي حيا أثناء موته⁷.

1 - ابن منظور، لسان العرب، ج 4، ط 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1988، ص111.

2 - محمد ابن بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الهدى للطباعة و النشر، عين مليلة، الجزائر، 1990، ص 519.

3 - بن شويخ رشيد، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 51.

4 - Ghaouti Benmelha ; LES SUCCESSIONS en Droit Algérien,O.P.U, Algérie, 1984, P146.

5 - العربي بلحاج، قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1994، ص180.

6 - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، مصر، 1978، ص198.

7 - مصطفى شلبي، مصطفى شلبي، أحكام المواريث بين الفقه و القانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1978، ص 384.

وإن هذه الحكمة العامة من تشريع التنزير، قد نجد لها اسقاطا بالنسبة لأولاد، حيث قد تساهم البنت في تكوين ثروة أصلا، ثم تتوفى وتترك أولادها في فقر وحاجة.

المطلب الثاني: مكانة أولاد البنت من التنزير من خلال النصوص القانونية:

للتنزير في قانون الأسرة الجزائري أركان يبنى عليها وشروط أساسية لا بد منها حتى يجب التنزير للحفدة، وعليه نتناول فرعين، في الأول: الأركان، وفي الثاني شروط الاستحقاق، للوصول إلى مدى تمكين قانون الأسرة لأبناء البنت من التنزير، كما يلي:

الفرع الأول: مكانة أولاد البنت من الأركان العامة للتنزير:

والأركان التي يبنى عليها نظام التنزير في قانون الأسرة هي: المنزَّل (الموصي)، والمنزَّل (الموصى له)، ومحل التنزير (الموصى به).

وفيما يتعلق بركن المنزَّل (الموصى له) وهو كل شخص غير وارث ممن يصح تملكه للمال الموصى به، عن طريق التنزير شرعا حالا أو مآلا، ومعناه أن المنزل قد يكون من الأشخاص الذين يستحق تملكهم ابتداء، ويشترط في المنزل (الموصى له) حتى يرث عن طريق التنزير أن يكون أصله مات وكان مستحقا للميراث، طبقا لنص المادة 169، 170 ق.أ، بحيث إذا لم يكن وارثا طبقا لقواعد الميراث، ومنها وجود مانع من موانع الميراث، لم يجب لفرعه وصية لأنه لو عاش بعد موت الجد أو الجدة لا يحصل له ميراثا، وبالتالي لا يرث منه فروعه ومن هذا لا تجب لهم وصية واجبة، لكن هذا الفرع قد يستحق الميراث إذا كان أهلا له ولم يوجد من يحجبه.

فموت الأب أو الأم شرط أساسي لتنزير هؤلاء الحفدة، لكن طبقا لنص المادة 169 ق.أ "...وقد مات مورثهم..."، فكلمة مورث لا تطلق إلا على الأصل الذي يستحق الميراث حيا، وتكمله المادة 170 أيضا بقولها: "... بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا..."، فينتج لنا أنه لا بد للأصل حتى يعتبر وارثا لو بقي حيا، أن تتوفر فيه كل شروط الميراث على افتراض حياته حتى تجب الوصية من بعده لأولاده، وهنا لا يجب التنزير للحفدة لأن أصلهم لم يكن مستحقا للميراث أصلا، فموت الجد أو الجدة قبل أصلهم لم يفوت عليهم ميراثا كانوا سيتلقونه عن أصلهم لو بقي حيا حتى يعوض عنهم بالتنزير، لكن يبقى لهذا الفرع من الحفدة حقه في الميراث إذا لم يمنع منه مانع¹.

¹ - مصطفى شلبي، المرجع السابق، 240.

وهناك حالة أخرى، وهي : بأن مات الولد في حياة أبيه وكان مستحقا للميراث وترك فرعا يخالف أباه وجده في الدين¹، وهي صورة لم ينص عليها المشرع الجزائري، فلو عملنا بظاهر النصوص لقلنا أنها واجبة لهم لأن أحكام التنزير لم تقيد نوع الحفدة بكونهم متحدين في الدين مع الجد أو الجدة أم لا، ولو رجعنا لأحكام الوصية العادية نجدها تقرر ذلك في المادة 200 ق.أ: "تصح الوصية مع اختلاف الدين"، ويؤكد ذلك السند التشريعي للتنزير باعتباره من باب الوصايا ويبرره الإمام ابن حزم بقوله: (وفرض على كل مسلم أن يوصي لقربته الذين لا يرثون ، إما لرق وإما لكفر...)².

لكن في حقيقة الأمر أن المشرع أراد غير ذلك، فلو فرضنا بقاء أصل ذلك الفرع حتى ورث من صاحب التركة ثم مات بعد إرثه فإن فرعه المخالف له في الدين لا يرثه، فلم يفته شيء من الميراث حتى يعوض عنه بالتنزير³.

ويستخلص مما سبق، أن التنزير في هاته الحالة أخذ حكم الميراث من حيث موانع الإرث، حسب ما هو وارد في القواعد العامة للشريعة الإسلامية، وطبقا لما ورد في قانون الأسرة في المواد 128،135،138. فيشترط لاستحقاق التنزير لهؤلاء الحفدة أن لا يكون لأصلهم (الأب أو الأم) مانعا من موانع الميراث⁴، كما يشترط فيهم ذلك أيضا.

إضافة إلى ما سبق ذكره بشأن الموصى له، هناك مسألة أخرى كانت محل نقاش وجدل تعلق بتفسير المادة 169 ق.أ والتي أوجبت التنزير للأحفاد مطلقا من جهة الذكور والإناث على السواء. ومن تفحص المادة 169 ق.أ التي تنص على: " من توفي وله أحفاد، وقد مات مورثهم قبله أو معه، وجب تنزيرهم منزلة أصلهم في التركة...".

من هذا النص يتضح بأن القانون الجزائري قد سوى بين أبناء الابن وأبناء البنات⁵، لأن الحفيد في اللغة يطلق على (ولد الولد) مطلقا، والولد يشمل الذكر والأنثى⁶، كما نجد المادة 172 والتي فسرت تلك الألفاظ

1 - محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 105.

2 - ابن حزم، المرجع السابق، ص 314.

3 - محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 109.

4 - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث و الوصية، ج2، د.م.ج، الجزائر، 1994، ص187.

5 - بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص56.

6 - ابن منظور، المرجع السابق، ج15، ص393.

العامّة الواردة بالمادتين 169 و 170 حيث تنص على ما يلي: " أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم مالا... " ، فاشتترطت لوجوب التنزيل عدم إرث الحفدة من أبيهم أو أمهم بمقدار ذلك النصيب الذي فاتهم من جدهم أو جدتهم، فذلك يدل على أن هناك علاقة ميراث بين الأم والجد أو الجدة، ويستلزم هذا أنه حتى تترث الأم ذلك الجد أو الجدة بنصيب الحفدة يجب أن تكون من أبناءه الصليبيين، فالجد أو الجدة هنا قد يكونان لأب أو لام لعموم اللفظ الدال على ذلك.

والملاحظ أن التعبير عن الأحفاد في النص باللغة الفرنسية للمادة 169 أشار إلى أولاد وبنات الأبناء فقط (Des descendants d'un fils).

مما جعل بعض الباحثين¹ يذهب إلى القول بأن لفظ الأحفاد الذي جاء مطلقا يعتبر مخالفا للقواعد العامّة في الميراث التي تقضي بأن أبناء وبنات الإبن وإن نزل يستحقون الميراث إذا لم يوجد من هو أولى منهم أما أبناء وبنات البنات فهم في مرتبة متأخرة عما ذكر، لأنهم من ذوي الأرحام وليسوا من ذوي الفروض أو العصباء.

أما على المستوى التطبيقي، فنجد قرارا صادرا عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/12/25 ملف رقم 290934 اعتبرت فيه أن التنزيل يشمل أبناء الأولاد وأيضا أولاد البنات، وفي قرار آخر بتاريخ 2005/12/14 ملف رقم 335503 اعتبرت فيه أن التنزيل يشمل ابن البنات أيضا بحيث يحل محل والدته المتوفاة قبل أمها². وقد اختلفت التشريعات العربية بدورها في ضبط الموضوع، فنجد أن كلا من التشريع السوري والأردني قد قصرا الأمر على أبناء وبنات الأبناء فقط دون غيرهم من خلال المادتين 257 من القانون السوري و182 من القانون الأردني.

أما القانون المصري الذي كان له السبق في طرق الموضوع من خلال قانون الوصية لسنة 1946³ فنص على الوصية الواجبة في المادة 76، حيث جاءت متطابقة مع ما نص عليه القانونين السوري والأردني وزاد عليهما الطبقة الأولى من أولاد البنات، وهو أيضا ما أخذ به القانون الكويتي في القانون رقم 05 لسنة 1971.

1 - بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 56.

2 - بن شويخ رشيد، المرجع نفسه، ص 59.

3 - محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 96.

أما كل من القانون العراقي في المادة 74 والإماراتي في المادة 272 والتونسي في الفصل 191، فقد نصوا على الوصية الواجبة حيث جاءت النصوص في المواد السابقة شاملة للأحفاد ذكورا وإناثا.

الفرع الثاني: مكانة أولاد البنت من شروط استحقاق التنزيل:

نتناول الشروط الخاصة التي وضعها المشرع في قانون الأسرة لاستحقاق التنزيل، بحيث لا يجب التنزيل للحفدة إذا لم تتوفر فيهم إحدى هذه الشروط:

أولاً: أسهم الحفدة تكون بمقدار حظ أصلهم حيا في حدود الثلث:

استنادا لنص المادة 169 ق.أ: "من توفي وله أحفاد و قد مات مورثهم قبله أو معه وجب تتيلهم منزلة أصل هم في التركة بالشرائط التالية"، وكذلك نص المادة 170 بقولها: "أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة"، يتضح أنه يجب التنزيل للحفدة ممن توفي أصلهم في حياة جدهم أو جدتهم، وسواء كلن هذا الأصل ذكرا أو أنثى، فينزلون منزلته في أخذ حصته المقدره شرعا على افتراض بقاءه حيا وقت وفاة مورثه، فدل ذلك على حكمة مشروعية التنزيل وهي تعويض الحفدة عما فاتهم من نصيب أصلهم ميراثا، ويكون ذلك في حدود ثلث التركة، ليدل على أن التنزيل ليس مغنما، أو أنه جاء من أجل إثراء الحفدة، وتماشيا أيضا مع الطبيعة القانونية للتنزيل على أنه وصية قانونية واجبة، وهاته الأخيرة لا يمكن تجاوزها الثلث إلا بإجازة الورثة¹.

وفي تقرير ذلك النصيب في حدود الثلث إشارة إلى أن التنزيل بحسب طبيعته ليس ميراثا خالصا، وإنما هو وصية وجبت عوضا عن الميراث الذي فاتهم، وعليه فلو أوصى صاحب التركة قبل موته بمثل حصة أصل المنزلين وكان ذلك مساويا لثلث التركة فأقل، نفذ من غير توقف ذلك على إجازة الورثة²، وأما لو كان مقدار نصيب أبيهم أو أمهم يفوق ثلث (3/1) التركة فيرجع بذلك نصيبهم بالتنزيل إلى الثلث فقط والمقدار الزائد لا يدخل في التنزيل حتى لو كان المتوفى قد أوصى به لحفدته، وتكفي على أنها وصية اختيارية تتوقف على إجازة الورثة، وأما إذا لم يوصي المورث بهذا القدر المحدد بالثلث نفذ التنزيل في تركة المتوفى بحكم القانون،

¹ - مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 236.

² - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج5، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص 428.

وأما لو أوصى المورث لبعض المستحقين وترك البعض الآخر فيعطى لمن تركه نصيبه في التنزيل كاملاً من باقي الثلث إن كان فيه متسع لذلك، وإن لم يكن باقي الثلث كافياً كمل له نصيبه مما أوصى به لغيره¹.

ثانياً: الأحماد غير وارثين من أصولهم:

تنص المادة 171ق.أ على أنه: "لا يستحق هؤلاء الأحماد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جداً كان أو جدة..."، فقد يكون حفدة المتوفى صاحب التركة وارثين له كأولاد ابن، لم يوجد معهم أعمامهم² إن كانوا ذكورا بأن كانوا أبناء ابن، و أما إن كانوا إناثاً أي بنات ابن فيشترط عدم تعدد البنات الصلبيات حتى يبقى لهن نصيب من الثلثين (3/2)، فإن كانت بنتا صلبية واحدة يرث معها بنات أخيها (الحفيدات) السدس (6/1) المتبقي من نصيب الإناث، وعليه لا يجب التنزيل في هاتين الحالتين لانقضاء شرط عدم إرثهم من جدهم أو جدتهم لأنهم أصبحوا ورثة شرعيين فاستغني بذلك عن التنزيل.

وهناك حالة أخرى تخص ابن الإبن رغم كونه وارثاً، إلا أنه لم يبقى له شيء من سهام التركة³ يستحقه بطريق الإرث فوجب له التنزيل عندئذ، ومثاله: لو مات عن زوجة، و بنتين، وأب، وأم، و ابن ابن، فعند حل هذه المسألة نجد أن ابن الإبن لم يبقى له شيء يأخذه تعصيباً، فكان بذلك ساقطاً، وهنا لزم له التنزيل، حتى وإن أخذ باقي الحفدة فروضهم عن طريق الميراث.

كما يشترط لاستحقاق التنزيل حسب المادة 172ق.أ، أن لا يكون الأحماد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه، فلو حصلوا على مقدار يساوي نصيبهم بطريق آخر كالميراث من أبيهم أو أمهم لم يعد هناك مجال لوجوب وصية لهم في ثلث التركة.

ثالثاً: عدم منح الأصل لهم وصية أو هبة أثناء حياته:

طبقاً للمادة 171ق.أ التي جاء فيها: "لا يستحق هؤلاء الأحماد التنزيل إن... أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة"، ومعنى ذلك أنه حتى يلزم التنزيل للحفدة يجب أن لا يكون المتوفى قد أعطى ذلك الفرع أثناء حياته بغير عوض، أي على وجه التبرع، ما يساوي مقدار

1 - مصطفى شلبي، المرجع نفسه، ص280.

2 - أو موجودين لكن ممنوعين من الميراث، لأن الممنوع من الميراث لا يؤثر في غيره في كل الحالات.

3 - أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، لبنان، 1989، ص252.

التنزيل عن طريق الوصية الواجبة وذلك مهما اختلفت أشكال تلك التبرعات، كأن يهب له مقدارا محددًا من المال يساوي المقدار المحدد له عن طريق التنزيل، أو يبيعه بيعة صوريا بلا ثمن مقدار ما يستحقه أيضا بطريق ذلك التنزيل¹.

أما لو كان أصل أبيهم أو أمهم أعطاهم من هبات أو وصايا أو بيعة صوريا في حياته أقل مما يستحقونه من ذلك التنزيل، وجب في تركته ما يكمل لهم ذلك النصيب المقدر لأصولهم المباشرين² على افتراض حياتهم أثناء موت الجد أو الجدة وفي حدود الثلث.

وأما لو وهب البعض من الحفدة دون الآخر، وجب لمن لم يهب له وصية بمقدار ما أوجبه القانون في تركة المتوفى بمثل نصيب أصلهم ميراثا.

فلو أعطى الجد أو الجدة عطايا أو وصايا في حياته لحفدته بغير عوض:

- فإذا كانت تعادل نصيب مورثهم فلا يجب التنزيل.

- أما إذا كانت أقل من نصيب مورث المنزلين على افتراض حياته أثناء موت مورثه، فيكون مقدار التنزيل

بما نقص من النصيب فقط.

وعليه فإذا أوصى المتوفى قبل موته بمثل فرعه للمتوفى قبله لأولاده، وكان مساويا لثلث التركة نفذت الوصية، وأما إذا كان النصيب الموصى به للحفدة بمثل نصيب فرعه المتوفى قبله أو معه أقل من الثلث نفذ كما هو دون زيادة ولا نقصان، أما إن كان أكثر من الثلث وجبت الوصية في مقدار الثلث وما زاد تكون وصية اختيارية يجري عليها أحكامها (تتوقف على إجازة الورثة).

وإن لم يوصي لهم، وجب لهم بمثل نصيب أصلهم ما دام في حدود ثلث التركة، بأن كان مساويا له أو أقل منه، ويطبق هذا أيضا في حالة ما إذا أوصى لبعض الحفدة وترك البعض الآخر، فيعطى نصيبه في الوصية كاملا من باقي الثلث إن كان يتسع لذلك، وإن لم يكن كافيا كمل له نصيبه مما أوصى به لغيره.

¹ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 337.

² - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 252.

المبحث الثاني: تنزيل أولاد البنات في اجتهاد المحكمة العليا.

جعل قانون الأسرة الجزائري للتنزيل أركاناً يبنى عليها وشروطاً أساسية لا بد منها حتى يجب التنزيل للحفدة، وعلى هذا أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، لأتناول في الأول أركان التنزيل في اجتهاد المحكمة العليا، وفي الثاني الشروط، وذلك في ظل الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا.

المطلب الأول: أركان التنزيل في اجتهاد المحكمة العليا:

تنص المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري على: " من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية " .

من خلال هذا النص وصلنا إلى أن أركان التنزيل تتمثل في: المنزل، والمنزل (الأحفاد)، ومحل التنزيل. ولعل أن أهم ما يمكن أن يثار في هذا الصدد؛ هو ما تعلق بالمنزل، أي الأحفاد، فيما إذا كان المشرع يقصد بذلك أنهم أبناء وبنات الأولاد من الذكور، أم أنهم كذلك أبناء البنات. وبالعودة إلى التطبيقات القضائية، يمكن أن نلاحظ بأن الاجتهاد القضائي في هذه المسألة، كان يسير على توجه ثم تحول وأصبح له توجه آخر في تفسيره للفظ الأحفاد.

ف نجد أن المحكمة العليا قد أشارت إلى أن المقصود من التنزيل هو ابن الابن الذي توفي أبوه قبل الجد، وذلك في قرار بتاريخ 1994/03/22 ملف رقم 95385، ومما جاء فيه: " من المقرر شرعا أن التنزيل لا يتم إلا بين الأصول والفروع ويكون بتنزيل الفرع منزلة الابن المتوفى من قبل الأصل ليأخذ المنزلون مناب المتوفى في حدود ما قرره القانون والشرع، ولا يجوز الحكم بغير ذلك " ¹.

وعلى خلاف ذلك، نجد قراراً آخر صادراً عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/12/25 اعتبرت فيه أن التنزيل يشمل أبناء الأولاد ويشمل أيضاً أولاد البنات، وهو ما قضت به محكمة الدرجة الأولى بتلمسان، والذي اعتبرت فيه أن التنزيل يشمل أولاد الأبناء وأولاد البنات. بينما جهة الاستئناف ألغت هذا الحكم وفسرت لفظ الحفدة على أنه مقتصر على أولاد الأبناء فقط دون البنات.

أما المحكمة العليا فاعتبرت أن التنزيل يشمل الاثنين معاً. وبالتالي نقضت القرار الصادر عن مجلس قضاء تلمسان وبدون إحالة، مما يعني أن المحكمة العليا أيدت محكمة الدرجة الأولى فيما ذهبت إليه.

¹ - المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، 1995، ص 134.

ومما جاء في هذا القرار، عن الوجه الثاني المأخوذ من مخالفة القانون المادة 233 فقرة 5 من قانون الإجراءات المدنية. بدعوى أن مجلس قضاء تلمسان أسس قراره على أن الوصية الواجبة تتصرف حسب أحكام الشريعة الإسلامية إلى أبناء الابن وليس إلى أبناء البنت طبقاً لنص المادتين 169 و 170 من قانون الأسرة، مع أن المواد اللاحقة تبين أن التنزيل يكون بالنسبة لأبناء الابن وأبناء البنت عملاً بالمادتين 171 و 172 من قانون الأسرة مما يترتب عنه النقض¹.

كما نجد قراراً آخر بتاريخ 2005/12/14 ملف رقم 335503 اعتبرت فيه المحكمة العليا أن التنزيل يشمل ابن البنت أيضاً بحيث يحل محل والدته المتوفاة قبل أمها، وهذا بعدما رفض مجلس قضاء الجزائر هذا التنزيل وكذلك الشأن حكم المحكمة الابتدائية بسيدي امحمد بالجزائر. واعتبرت المحكمة العليا بأن ما ذهب إليه المحكمة الابتدائية ومجلس قضاء الجزائر ينطبق قبل صدور قانون الأسرة لا بعد صدوره.²

إن ما يمكن أخذه على هذا التوجه للمحكمة العليا، هو تسويتها بين الحفيد الذي هو على عمود النسب وهو من العصبية، غاية ما في الأمر أنه محجوب من الميراث، وبين أبناء وبنات البنت لأنهم من ذوي الأرحام³ يأتون في مرتبة متأخرة بعد أصحاب الفروض والعصبات.

وكخلاصة لما سبق، فإن قضاء المحكمة العليا قد فسّر نص المادة 169 من ق.أ. وأصبح مستقراً على أنّ التنزيل يشمل أبناء الأولاد ويشمل أيضاً أولاد البنات⁴.

المطلب الثاني: شروط التنزيل في اجتهاد المحكمة العليا:

بالنظر إلى المواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة يمكن استخراج شروط استحقاق التنزيل، وهي:

- أ) أن تكون أسهم الأحفاد بمقدار حظ أصلهم حياً في حدود الثلث.
- ب) الأحفاد غير وارثين من أصولهم وعدم منح الأصل لهم وصية أو هبة أثناء حياته.
- ج) أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم مالا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه.

ففيما يخص الشرط الثاني، وبالرجوع إلى القرار السابق الإشارة إليه الصادر بتاريخ 2005/12/14 ملف رقم 335503، فبعد أن اعتبرت فيه المحكمة العليا أن التنزيل يشمل ابن البنت أيضاً بحيث يحل محل

1 - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 59.

2 - المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 2005، ص 388.

3 - يعتبر القانون الجزائري هو الوحيد في بلاد المغرب العربي الذي نص على ميراث ذوي الأرحام.

4 - للتفصيل أكثر، أنظر: دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة الجزائر، 2009، ص 142.

والدته المتوفاة قبل أمها، نجدها لم تجز للحفيد المنزل الجمع بين التنزيل والوصية معا بقولها: " وما دام الطاعن قد آل إليه جزء من تركة جدته عن طريق التنزيل فلا يحق له أخذ جزء من مخلفاتها بواسطة الوصية لأن المادة 171 من قانون الأسرة تمنع ذلك"¹.

ولعل أنّ من أبرز ما يؤخذ على هذا القرار، هو عدم تطبيقه السليم لأحد شروط التنزيل الوارد بنص المادة 171، حينما نص على منع الطاعن من الوصية لأنه قد آل إليه جزء من التركة بالتنزيل، وكان يفترض أن يكون العكس، بأن لا يستحق الطاعن التنزيل لأن الجدة قد أوصت له، على أن يتم التنزيل فقط بقدر ما يتم به نصيبه من التركة.

وفيما يتعلق بالشرط الثالث، نجد أن المحكمة العليا قد أكدت على هذا الشرط وعلى ضرورة توفره وإلا فلا يستحق التنزيل، وذلك في قرار بتاريخ 2007/11/14 ملف رقم 403828، حيث جاء فيه " حق الأحفاد، المنزّلين منزلة أبيهم، مشروط بألا يكونوا قد ورثوا من أبيهم ما لا يقل عن مناب مورّثهم، من أبيه"². فمن خلال هذا القرار نجد أن المحكمة العليا -بصفتها محكمة قانون- راقبت تطبيق شروط التنزيل وأحسنّت تطبيق أحكام المادة 172 ق.أ على الوقائع التي أثارها القضية المعروضة أمامها، وبالتالي نقضت وأبطلت القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء الجزائر.

خاتمة:

بصدور قانون الأسرة وفي ظل وجود نصوص منظمة للتنزيل، فقد بقي لاجتهاد المحكمة العليا أهميته في تكملة النقص والقصور في النصوص أحيانا؛ وفي مراقبة تطبيقها السليم أحيانا أخرى. حيث تولّت المحكمة العليا تفسير نص المادة 169 من قانون الأسرة، وأصبحت مستقرة على أنّ التنزيل يشمل أولاد الأبناء ويشمل أيضا أولاد البنات، حيث كان الرد على أن كلمة الأحفاد الواردة في المادة السابقة تعني الذكور والإناث معا. وإذا ما قارنا العبارات التي استعملتها بعض القوانين العربية، نجدها كانت أكثر دقة وجزما من العبارات التي أخذ المشرع الجزائري بها، وهو ما يدعو إلى التوصيات الآتية:

¹ - المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 2005، ص 388.

² - مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2011، ص 241.

- ضرورة تعديل نص المادة 169 من قانون الأسرة والنص صراحة على تنزيل أولاد الابن وكذا أولاد البنت، وعدم الاكتفاء بلفظ الأحفاد.
- ضرورة توحيد العمل القضائي والأحكام القضائية، فيما يتعلق بتنزيل أولاد البنت.

قائمة المراجع:

النصوص القانونية

- قانون الأسرة الجزائري.

الكتب الفقهية والقانونية:

- ابن منظور، لسان العرب، ج 4، ط 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1988،
 - العربي بلحاج، قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 1994.
 - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث و الوصية، ج2، دم.ج، الجزائر، 1994.
 - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج5، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
 - مصطفى شلبي، أحكام المواريث بين الفقه و القانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1978،
 - أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، لبنان، 1989.
 - ابن منظور، لسان العرب، ج 4، ط 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1988.
 - بن شويخ رشيد، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
 - دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009.
 - محمد ابن بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، 1990.
 - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، مصر، 1978.
- Ghaouti Benmelha ; LES SUCCESSIONS en Droit Algérien,O.P.U, Algérie, 1984, P146.

القرارات القضائية:

- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، 1995.
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 2005.
- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 2005.
- مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2011.

الدور الاجتهادي للقاضي الإداري في حالة غياب النص القانوني

د. مقيمي ريمة و د. موشارة حنان

جامعة 8 ماي 1945-قالمة

ملخص:

بالنظر للطبيعة الخاصة التي يتمتع بها القانون الإداري و الظروف التاريخية لنشأته، و كذا عدم تقنين كل قواعد القانونية نظرا لاتساع و تعدد مجالات نشاطه، كل هذه العوامل أدت إلى أن يلعب القاضي الإداري دورا مميزا في ابتداع قواعد القانون الإداري في حالة عدم وجود نص قانوني يحكم النزاع المعروض عليه، حيث يصبح القاضي الإداري مشرعا يحل قضاؤه محل القانون وذلك من خلال قيامه بوظيفة الاجتهاد القضائي. و بذلك فإن قيام القاضي الإداري بوضع القواعد القانونية الملائمة للنزاع المعروض أمامه، يضيف على قواعد القانون الإداري الطابع العملي الذي يتماشى واحتياجات العمل الإداري و مقتضيات حسن سير المرافق العامة.

الكلمات المفتاحية: قاضي إداري، اجتهاد قضائي، فراغ تشريعي، قانون إداري، مجلس الدولة

summary:

Given the special nature of administrative law and the historical circumstances of its emergence, as well as the lack of codification of all its legal rules due to the breadth and multiplicity of its fields of activity, all of these factors led to the administrative judge playing a distinctive role in creating the rules of administrative law in the absence of a legal text to govern The dispute before him, where the administrative judge becomes a legislator whose judiciary replaces the law, by performing the function of judicial jurisprudence. Thus, the administrative judge's establishment of the appropriate legal rules for the dispute before him gives the rules of administrative law a practical character that is consistent with the needs of administrative work and the requirements of the proper functioning of public facilities.

Keywords: administrative judge, jurisprudence, legislative vacuum, administrative law, Council of State

مقدمة:

من المتصور أن تعرض على القاضي الإداري منازعات لا يكون لها حكم في التشريع أو في مصادر القانون الوضعي الأخرى و مع ذلك فإنه يتعين على القاضي الإداري أن يفصل في النزاع و لا يتهرب من الحكم فيه بحجة عدم وجود نص يمكن تطبيقه و إلا فإنه يكون قد ارتكب جريمة لانكار العدالة، و يكون قد خرج عن مقتضى وظيفته القضائية و التي يلزم بمباشرتها حتى في حالة عدم وجود نص في القانون يمكن تطبيقه على الحالة المعروضة عليه.

بالنظر للخصائص المميزة لقواعد القانون الإداري، لاسيما كونه قانون غير مقنن و سريع التطور و كذا الظروف التاريخية لنشأته، مما جعل القاضي الإداري يلعب دورا مميزا في ابتداع قواعد القانون الإداري، في حالة عدم وجود نص قانوني يحكم النزاع المعروض عليه، حيث يصبح القاضي الإداري مشرعا يحل قضاؤه محل القانون و ذلك من خلال قيامه بوظيفة الاجتهاد القضائي.

فإلى أي مدى ساهم القاضي الإداري في الجزائر في إثراء القاعدة القانونية من خلال ممارسة دوره الاجتهادي سيما في حالة انعدام النص القانوني؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم هذه المداخلة إلى محورين كما يلي:

المحور الأول: التأصيل المفاهيمي للدراسة

تناولنا من خلاله أولا: مفهوم الاجتهاد القضائي الإداري

ثانيا: الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية في الجزائر

المحور الثاني خصصناه لعرض بعض التطبيقات القضائية للاجتهاد القضائي الإداري في حالة غياب النص القانوني

المحور الأول: التأصيل المفاهيمي للدراسة

ان الاجتهاد القضائي ضرورة عملية تقتضيها طبيعة النصوص القانونية و الوظيفة القضائية، حيث نجد النصوص القانونية تتصف بالتجريد و المحدودية، في حين متطلبات الحياة و الظروف المحيطة بالافراد

متجددة و متطورة باستمرار، لذا كان لابد من بذل الجهد في سبيل اصدار الاحكام القضائية المناسبة لكل نزاع

للاحاطة بالاطار المفاهيمي لدرستنا سنحاول تحديد مفهوم الاجتهاد القضائي الإداري بصفة عامة، ثم نسلط ل ضوء على واقع الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية في الجزائر.

أولاً: مفهوم الاجتهاد القضائي الإداري

سنقوم بتوضيح مفهوم الاجتهاد القضائي من خلال تحديد المقصود به وكذا بيان أسباب توظيف القاضي الإداري للاجتهاد القضائي.

1/ تحديد المقصود بالاجتهاد القضائي

الاجتهاد القضائي -بصفة عامة- هو مساهمة القضاء، أو إضافات القضاة و نتائج جهودهم في تفسير القانون وسد النقص الموجود فيه أو تكملته ورفع التناقضات الموجودة بين قاعدتين أو تحديد معاني القواعد إذا شابها الغموض.¹

و الاجتهاد القضائي الإداري هو الجهد الذي يبذله القاضي الإداري في إيجاد واستنباط الحلول و الاحكام القانونية ليطبقها على النزاع المعروض عليه في اطار القانون العام وينطلق القاضي فيها من قواعد استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص.²

2/ أسباب إعمال القاضي الإداري للاجتهاد القضائي

بالنظر للخصائص المميزة لقواعد القانون الإداري، لاسيما كونه قانون غير مقنن و سريع التطور و كذا الظروف التاريخية لنشأته، مما جعل القاضي الإداري يلعب دورا مميزا في ابتداع قواعد القانون الإداري، في حالة عدم وجود نص قانوني يحكم النزاع المعروض عليه، حيث يصبح القاضي الإداري مشرعا يحل قضاؤه محل القانون و ذلك من خلال قيامه بوظيفة الاجتهاد القضائي.

¹ مفتاح عبد الجليل، دور القاضي الإداري: وضع القاعدة القانونية أم تطبيقها؟، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 116.

² المهدي خالدي، الاجتهاد القضائي في المادة الادارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2018/2017، ص 30.

و يمكن إجمال الأسباب التي تدفع القاضي الإداري للقيام بوظيفة الاجتهاد فيما يلي:³

أ/ حالة غياب النص القانوني

إن القاضي الإداري على -خلاف القاضي العادي- إلى جانب تطبيقه لقواعد القانون الإداري وتفسيره لها بما يناسب النزاع المطروح أمامه، فهو يؤدي دورا إيجابيا أكثر جدية و جرأة في مجال صناعة القاعدة القانونية ذاتها في حالة انعدام النص التشريعي.

لذلك كان ولا يزال القاضي الإداري منشئاً للقواعد القانونية في مجال القانون الإداري، حيث أنه في المادة الإدارية هناك الكثير من الحلول المقدمة من القضاء الإداري في غياب النص القانوني و هي أكثر و أبعد من مجرد تفسير للنص.

بذلك نجد أن المشرع يكتفي بصياغة بعض الأحكام التي تنظم الجوانب المختلفة للحياة الإدارية، سواء في مجال التنظيم أو المنازعات تاركا المجال للقاضي ليجتهد ويبتكر ليصل لحل للنزاع المعروض عليه، فيتقصد بذلك دور المشرع و القاضي في ذات الوقت.

ب/ حالة غموض النص القانوني:

الأصل في النص أن يكون واضح الدلالة، فلا يحتاج القاضي الإداري إلى اجتهاد في البحث عما يراد من النص لأن المشرع يبين بوضوح ما يقصده و ما يريده من خلال إصداره له، غير أن هناك نصوص قانونية تتميز بالغموض، فيتعين على من يطبقها السعي لإزالة ذلك الغموض، فالتفسير القضائي هو عنصر جوهري في تطبيق القانون و هو ضروري لتطبيق القاعدة القانونية على واقع النزاع المعروض على القاضي الإداري.

بذلك يلعب القاضي الإداري دورا جوهريا في انشاء قواعد و أحكام القانون الإداري بالرغم من تعدد التشريعات إلا أن بها العديد من الثغرات و الفجوات و الغموض، يجعل القاضي الإداري ملزما لمواجهة النزاع المطروح أمامه وابتداع الحل المناسب و الملائم له و المبني على أساس الموازنة بين المصلحة العامة و مصالح الأفراد.

³ حسن محمود محمد حسن، دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2005، ص 287 و ما بعدها.

ثانيا: الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية في الجزائر

سنحاول توضيح واقع الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية في الجزائر و ذلك من خلال تسليط الضوء على دور مجلس الدولة باعتباره جهة مخولة بتوحيد الاجتهاد القضائي في الجزائر، و ذلك من خلال النقاط التالية:

1/ مجلس الدولة كجهة مخولة بالاجتهاد القضائي في المادة الإدارية في الجزائر

يتولى مجلس الدولة في الجزائر وظيفة توحيد الاجتهاد القضائي طبقا للمادة 179 من التعديل الدستوري لسنة 2020، و التي نصت في فقرتها الثالثة على أنه: " تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون."

و هو ما أكده القانون العضوي لمجلس الدولة رقم 01/98 في المادة الثانية منه و التي جاء فيها: " مجلس الدولة هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية وهو تابع للسلطة القضائية يضمن توحيد الاجتهاد الإداري في البلاد ويسهر على احترام القانون..."

من خلال المهمة القضائية التي يمارسها مجلس الدولة، فإنه يسهر على تطبيق القانون بمعناه الواسع، سواء كان ذلك بالتطبيق المباشر للقرارات التي يصدرها أو بالتفسير الذي يعطيه للقوانين و الذي يرفعه للإدارة و للمواطنين في شكل اجتهاد و هكذا يشارك مجلس الدولة في تقويم عمل الإدارة العامة.⁴

و بهذه الولاية القضائية يكون مجلس الدولة قد أسند لمجلس الدولة وظيفته الطبيعية، كونه الجهة القضائية العليا في جهات القضاء الإداري، يعمل على تقويم القرارات القضائية النهائية الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية⁵ و المتمثلة وفقا للنظام القضائي الإداري في الجزائر في المحاكم الإدارية ومجلس الدولة.

2/ مدى اجتهاد مجلس الدولة الجزائري في حل النزاع الإداري

و إن كنا سلمنا بداية بالدور الريادي للاجتهاد القضائي لمجلس الدولة في حل النزاع الإداري، و إثراء القاعدة القانونية الإدارية، إلا أن هذا الأمر تعثره بعض المآخذ، ذلك أنه لا يمكن الحديث عن قانون إداري

⁴ من كلمة رئيس مجلس الدولة بمناسبة افتتاح السنة القضائية 99/98، نقلا عن: عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، الطبعة الثاني، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص 162.

⁵ لعقون عفاف، شريط وليد، مساهمة القاضي الإداري في إثراء القاعدة القانونية، حوليات جامعة الجزائر 01، المجلد 35، العدد 01، 2020، ص 377.

جزائري قضائي، لا في أسسه و لا في تقنياته، مرد ذلك هيمنة القاعدة التشريعية في القانون الإداري الجزائري، و عدم وجود قاضي إداري له القدرة على ابتكار القاعدة القانونية خارج النص التشريعي، فالقرارات القضائية الصادرة عن جهات القضاء الإداري لا تحتوي على اجتهاد ذو قيمة إبداعية، و مرد ذلك تأثر القاعدة القانونية الإدارية للنزعة المكتوبة بدل النزعة القضائية، مما أدى بالقضاة الابتعاد عن الاجتهاد و الابتكار و اللجوء إلى تطبيق قواعد القانون المدني، أو اللجوء للاجتهاد القضائي الأجنبي في بعض الأحيان.⁶

إن قيام مجلس الدولة بوظيفة الاجتهاد القضائي، يستوجب تحريره و اعفائه من مهمة القضاء الابتدائي و النهائي و الاستئناف على حد سواء و الإبقاء على وظيفته كجهة نقض دون سواها، فحسب المادة 11 من القانون العضوي 01/98 المعجلة بالقانون العضوي 11/22 فإن مجلس الدولة يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة، يفهم من ذلك أن المشرع مازال يمنح مجلس الدولة الاختصاص بالفصل كجهة ابتدائية ونهائية في بعض المنازعات، كالمنازعات البنكية الممنوحة لاختصاص القضاء الإداري و المتمثلة في القرارات الصادرة عن مجلس النقد و القرض وذلك حسب ماجاء في نص المادة 65 من قانون النقد و القرض، بحيث يفصل مجلس الدولة في دعوى الإلغاء التي يرفعها الوزير المكلف بالمالية، و من جهة أخرى و حسب المادة 10 من القانون العضوي لمجلس الدولة المعدلة بالقانون العضوي 11/22 يختص بالفصل في استئناف القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية للاستئناف للجزائر العاصمة في دعاوى الالغاء، التفسير و تقدير المشروعية في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية و المنظمات المهنية الوطنية و الهيئات العمومية الوطنية، و بذلك فكيف يتسنى لمجلس الدولة الجزائري ممارسة وظيفة الاجتهاد على الصعيد الإداري و يساهم في تقنين و تطوير أحكام ومبادئ القانون الإداري، إذا كانت الاختصاصات القضائية المعهودة له كثيرة و متنوعة؟

المحور الثاني: تطبيقات قضائية للاجتهاد القضائي الإداري في حالة غياب النص القانوني

أولاً: اجتهادات القاضي الإداري الجزائري في مجال المسؤولية الإدارية

عمل القضاء الإداري في الجزائر على إرساء قواعد القانون الإداري في مجملها بما في أحكام المسؤولية سواء على أساس الخطأ أو بدونه و نذكر من ذلك:

⁶ نفس المرجع، ص 378.

- قيامه بتحديد أساس مسؤولية المستشفى: من خلال القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2003/03/11 في قضية (م. ح) ضد مستشفى بجاية و من معه، جاء في حيثيات القرار: "...حيث أن المستأنف عليه أخل بواجبه المتمثل في أخذ الاحتياطات اللازمة من أجل الحفاظ على السلامة البدنية للمريض الموجود تحت مسؤوليته.

و أن عدم مراقبة الآلات المستعملة من طرف أعوانه يشكل خطأ للمرفق العام.

و أنه بالنتيجة و بما أن المستأنف عليه ساهم في وجود الضرر بسبب تقصيره في مراقبة آلات الجراحة المستعملة أثناء العملية الطبية، فإنه ملزم بتعويض الضرر اللاحق بالمستأنف.

و أن للمستأنف بالتالي الحق في الحصول على تعويض عن الضرر..."⁷

- مسؤولية مرفق الشرطة: و ذلك من خلال القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2007/07/25 في قضية صندوق الضمان الاجتماعي ضد ذوي حقوق المرحوم و الذي جاء فيه: "... إن الحادث الواقع داخل مركز الأمن المؤدي إلى قتل عون نتيجة استعمال زميله سلاح الخدمة خطأ يجعل مسؤولية المرفق الأمن قائمة ويفتح المجال لذوي حقوق الضحية لمطالبته بتعويضهم عن الأضرار المادية و المعنوية اللاحقة بهم دون إخلال بحقهم في منحة الوفاة..."⁸

ثانيا: اجتهادات القاضي الإداري الجزائري المتعلقة بإرساء قواعد دعوى الإلغاء

عمل الاجتهاد القضائي على إرساء مبادئ دعوى الإلغاء بما فيها حماية لحقوق و حريات الأفراد من تعسف الإدارة و حدد طبيعة القرار الإداري القابل للطعن، كل ذلك في غياب النصوص القانونية المحددة لنظام هذه الدعوى، متأثرا في ذلك بموقف الاجتهاد القضائي الفرنسي و من بين القرارات القضائية التي اعتمد فيها القاضي الإداري على الاجتهاد القضائي بصفة صريحة في تسبيب قراراته نذكر:

- ما أقره حول استحالة سحب القرار الإداري الصحيح الذي تتخذه السلطة الإدارية و ينشئ حقوقا للأفراد، وذلك في حيثيات القرار المؤرخ في 27 نوفمبر 1982 تحت رقم 29432، بخصوص إصدار بلدية القبة قرار إداري بإلغاء رخصة البناء على أرض اشتراها شخص بموجب عقد رسمي و على أساس ذلك ألغت الغرفة الإدارية القرار الإداري وسببت الإلغاء بالحيثية التالية: " حيث أنه

⁷ مجلة مجلس الدولة، العدد 05، 2004، ص 208.

⁸ مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009، ص 98.

مهما يكن الحال فإنه تجدر الإشارة أن القضاء الثابت كرس تطبيق المبدأ العام للقانون وهو استحالة سحب قرار صحيح تتخذه السلطة و يكون منشأ للحقوق.⁹

- ما أقره حول مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية: حيث جاء في قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس الأعلى: " ... متى كان من الثابت و من المبادئ المعمول بها بأن القرارات الفردية الضارة بالأفراد لا تطبق بحقهم بأثر رجعي و إنما تطبق ابتداءا من تاريخ تبليغ قرار التصريح بالعقوبة و من ثم فإن القرار الإداري الذي يقضي بعقوبة تأديبية خلافا لما ورد في أحكام هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون..."

- ما أقره حول شرط ارفاق القرار المطعون فيه لقبول دعوى الإلغاء: حيث أصدر مجلس الدولة بتاريخ 2006/06/28 قرار ينص على أن: "... دعوى الإلغاء المرفوعة أمام القضاء الإداري لا تستوجب وجود قرار إداري و بالتالي لا يلزم المدعي بتقديم القرار الإداري متى امتنعت الإدارة المدعى عليها من تمكينه منه، و يقع على المدعي إثبات واقعة الامتناع لبيادر القاضي بإلزام جهة الإدارة بتمكين المعني بنسخة من القرار تحت إشراف قضائي..."¹⁰ و قد كرس المشرع الجزائري هذا الاجتهاد القضائي في مابعد من خلال نص المادة 819 ق إ م التي تناولت نفس الأحكام.

خاتمة:

في الإخير يمكن القول أن القاضي الإداري قد ساهم إلى جانب السلطة التشريعية في إرساء قواعد القانون الإداري، ذلك أن القاضي الإداري يجد نفسه مطالب بإيجاد حلول للفصل في النزاع الإداري المطروح عليه، في ظل نقص القانون الإداري أو في حالة وجود فراغ تشريعي تجنبنا لجريمة انكار العدالة.

ومن خلال بحثنا في هذا الموضوع توصلنا للنتائج التالية:

- مرد الدور الاجتهادي للقاضي الإداري في حالة غياب النص القانوني هو خصائص قواعد القانون الإداري (عدم التقنين و التطور السريع) و كذا اختلاف مركز طرفي الدعوى من جهة أخرى.
- يمارس مجلس الدولة في الجزائر مهمة توحيد الاجتهاد القضائي و ذلك وفقا لما جاء في أحكام الدستور و كذا القانون العضوي المنظم لاختصاصات مجلس الدولة.

⁹ المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 01، 1990، ص 188.

¹⁰ مجلة مجلس الدولة، العدد 05، 2004، ص 48.

- يلعب القاضي الإداري دورا جوهريا في انشاء قواعد و أحكام القانون الإداري، حيث يوجد في المادة الإدارية الكثير من الحلول المقدمة من طرف القضاء الإداري في حالة غياب النص القانوني، كأحكام المسؤولية الإدارية و قواعد دعوى الإلغاء.
- رغم اعتماد الجهات القضائية الإدارية على قواعد الاجتهاد القضائي في إرساء مبادئ المسؤولية الإدارية، إلا أن القاضي الإداري لم يستغني عن أحكام القانون الخاص و ذلك لانعدام فكرة التخصص (تخصص القضاة في المادة الإدارية)

و انطلاقا مما تقدم فإننا نوصي بما يلي:

- تخفيف العبء على مجلس الدولة من أجل تمكينه من القيام بوظيفة الاجتهاد القضائي في المادة الإدارية.
- ضرورة تلقي القضاة تكوينا متخصصا في المسائل الإدارية بما يمكنه من التحكم في الفصل في الدعاوى الإدارية و كذا ممارسة دورهم الابتكاري في خلق القواعد المناسبة في المادة الإدارية في حالة انعدام النص التشريعي.

قائمة المراجع:

النصوص القانونية

الكتب:

عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، الطبعة الثانية، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008

أطروحات الدكتوراه:

المهدي خالدي، الاجتهاد القضائي في المادة الادارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،

2018/2017.

حسن محمود محمد حسن، دور القاضي الإداري في خلق القاعدة القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،
جامعة أسيوط، مصر، 2005

المقالات:

لعقون عفاف، شريط وليد، مساهمة القاضي الإداري في إثراء القاعدة القانونية، حوليات جامعة الجزائر
01، المجلد 35، العدد 01، 2020

مفتاح عبد الجليل، دور القاضي الإداري: وضع القاعدة القانونية أم تطبيقها؟، مجلة الاجتهاد القضائي،
العدد الثاني، جامعة محمد خيضر بسكرة

المجلات القضائية:

المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد 01، 1990

مجلة مجلس الدولة، العدد 05، 2004، ص 208.

مجلة مجلس الدولة، العدد 09، 2009،

سلطات القاضي الإداري في ظل القانون 22-13

د. ماضي نبيلة

جامعة 08 ماي 1945 - قالمة

Profmadi24@gmail.com

د. آمنة صدوق

جامعة 08 ماي 1945 - قالمة

saddokamina23@gmail.com

الملخص:

يفصل القضاء الإداري في المنازعات الإدارية ويعمل على حماية الفرد من انتهاكات الإدارة، ولكن لا تتحقق له الحماية بمجرد حصوله على حكم يعترف له بحقه، لذا ينبغي أن يتابع إجراءات التنفيذ للحصول على الحماية الفعلية لأن الأحكام والقرارات القضائية تفقد قيمتها القانونية والعملية في حالات عدم التنفيذ وإذا كان قد قيل أن قوة الدولة تكمن في قوة قضائها، فإن قوة القضاء كمؤسسة دستورية تكمن في تنفيذ أحكامه وقراراته. إذ ما الفائدة من الاعتراف للأفراد بموجب نص دستوري من اللجوء للقضاء، ورفع دعاوى ضد الإدارات المختلفة (المركزية والمحلية) ثم عندما يحسم القاضي الإداري في النزاع وينصف رافع الدعوى بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه، تبادر جهة الإدارة لعدم تنفيذ هذا الحكم.

مقدمة:

لاشك أن الارتباط بين مبدأ المشروعية وتنفيذ أحكام القضاء وثيق وأن العلاقة قائمة بينها، فمبدأ المشروعية يلقي احتراماً وتطبيقاً كلما بادرت جهة الإدارة إلى تنفيذ أحكام القضاء والتزمت بمضمون هذه الأحكام ونفذتها بمختلف جزئياتها.

لأن نجاح القضاء يقاس بمدى تنفيذ واحترام أحكامه فلا بد من توفير حماية حقيقية للمحكوم له و هذا يدعو للبحث عن الدور الذي يلعبه القاضي الإداري، باعتباره الحامي لها من تعسف الإدارة التي قد تتجاوزها بحجة السعي لتحقيق المصلحة العامة، و ذلك بالنظر للامتيازات التي منحها لها القانون.

ونظرا لكون امتناع الإدارة عن التنفيذ دون سبب مشروع يعد مخالفة للقانون، وانتهاكا لما يتطلبه فقد سعى المشرع الجزائري إلى وضع مجموعة من الوسائل الهادفة إلى تأمين تنفيذ القرارات القضائية قصد الحد من هذه الظاهرة، إذ خصص بابا لتنفيذ الأحكام الإدارية الصادرة في مواجهة الإدارة و الوسائل التي يمكن اللجوء إليها في حالة عدم تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها.

والسؤال الذي يطرح:

- ما هي الوسائل القانونية التي وفرها المشرع الجزائري لضمان تنفيذ الإدارة لأحكام القضاء. و هل هذه الوسائل كفيلة بحماية مبدأ المشروعية ؟

وللإجابة على هذا التساؤل ارتأينا استخدام المنهج الوصفي والتحليلي، وقد قسمنا الخطة إلى مبحثين، حيث عنونا المبحث الأول سلطة القاضي الإداري اتجاه الإدارة، أما المبحث الثاني فعنونه ب القيود المفروضة على القاضي الإداري اتجاه الإدارة.

المبحث الأول: ميكانيزمات تجسيد الأحكام القضائية الإدارية

يترتب على حجية الأمر المقضي فيه نوعين من الالتزامات على الإدارة أولهما سلبي وهو واجب الامتناع عن القيام بأي عمل يتعارض مع الحكم القضائي، و ثانيهما إيجابي و هو اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتنفيذه.

إلا أن التمسك بمبدأ الفصل بين السلطات للحد من توجيه أوامر ضد الإدارة في حالة مخالفتها للتنفيذ قد تجاوزه الزمن بحيث أصبح له مفهوما حديث مفاده التعاون و التكامل للوصول إلى التنفيذ و تطبيق القانون على وجه سليم ، و من ثم فإن خروج الإدارة عن حدود الشرعية و عدم احترام مبدأ قوة الشيء المقضي فيه يعد خروجا عن حدود وظيفتها، لذا القضاء ملزم بإضفاء الفاعلية على الأحكام القضائية من خلال ضمان التنفيذ الذي يعد نهاية للخصومة.

عمد المشرع الفرنسي ومؤخرا الجزائري عن فرض الغرامة التهديدية كوسيلة لضمان تنفيذ الأحكام الصادرة عن الإدارة، مع ذلك تبين من خلال اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي أن ذلك غير كافي لاسيما

في مجال الأحكام المتضمنة التزاما عينيا إذ قد تمتنع الإدارة عن التنفيذ حتى في حالة شمول الحكم بغرامة تهديدية سعيا نحو ضمان حقوق المتقاضي نص المشرع على إجراءات و متابعات جزائية ضد أعوان الدولة لكن اتضح في الواقع صعوبة تكريسها¹.

المطلب الأول: سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة

إن الأساس الذي تأسس عليه حظر الحلول هو الذي تأسس عليه حظر الأمر فلا توجد جهة قضائية¹ تسمح لنفسها بإعطاء أمر للإدارة بتنفيذ التزاماتها لكن بالرجوع إلي النصوص القانونية المختلفة، لا نجد أي نص صريح و ضمني يحظر على القاضي الإداري في الجزائر توجيه أوامر للإدارة. لكن بالرجوع إلي النصوص القانونية المختلفة، لا نجد أي نص صريح و ضمني يحظر على القاضي الإداري في الجزائر توجيه أوامر للإدارة.

و بالرغم من ذلك ، فإن القاضي الإداري الجزائري أكثر تقييدا لذاته في الالتزام بمبدأ الحظر ، خاصة ما تعلق بقضاء الإلغاء ، فإن القاضي الإداري دأب على أن تكون سلطته في تقرير ما إذا كان عمل أو قرار إدارة معيبا أو مشوبا بعيب من العيوب الداخلية أو الخارجية دون أن يكون له حق إصدار الأوامر للإدارة ، لعله قصد بذلك ترك الفرصة لقاضي التعويض الإداري الذي يتمتع بسلطات واسعة في مواجهة الإدارة تصل إلي درجة تحديد ما يجب فعله أو عمله من طرف الإدارة تنفيذا لحكمه³ غير أنه و مهما كانت مهمة القاضي - في نظر البعض - تقتصر في دعوى الإلغاء على التحقق من مدى مشروعية القرار

1 - باية سكاكي - مرجع سابق - ص 251.

1 - تقرر في فرنسا منع المحاكم (العادية) من التدخل في أعمال الإدارة وتوجيه لها أوامر أو تعليمات بموجب مرسوم 16 فريكتيدور السنة الثالثة، وفي وقت سابق بموجب المادة 13 من القانون رقم 16-24 المؤرخ في 24/08/1790 التي تنص: "تعتبر الوظائف القضائية وتظل دائما منفصلة عن الوظائف الإدارية. ولا يستطيع القضاة أن يعرقلوا بأية طريقة كانت أعمال أجهزة الإدارة، تحت طائلة الخيانة العظمى. ولا يمكنهم تكليف رجال الإدارة بالحضور أمامهم بسبب وظائفهم

" Les fonctions judiciaires sont et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux des administrateurs - أنظر أمقران بوشير - Code administratif, op. cit, p 306

2 - شفيقة ن صاولة - مرجع سابق - 123

3 - قرار المحكمة العليا مؤرخ في 15 ديسمبر 1991 قضية ب، ع ضد وزير التعليم العالي والبحث العلمي (مجلة القضائية، العدد الثاني، 1993).

الإداري من حيث مدى مطابقتها أو عدم مطابقتها للقانون و روحه بمعناه الواسع ، و ليس للقاضي أن يصدر أوامر إلي الإدارة بعمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء .
و ذهاب البعض الآخر إلي القول أن منح القاضي الإداري الحق في توجيه أوامر الإدارة لن تكون له أية قيمة عملية ، ذلك أنه إما أن تبادر الإدارة إلي تنفيذ الأمر ، و في هذه الحالة لن أن يكون هناك أي إشكال ، و إما ترفض الإدارة الامتثال للأمر و في هذه الحالة لا يملك القاضي وسيلة لإجبارها على الامتثال للأمر الذي يحتويه حكمه .

بالفعل إذا كان المبدأ هو أن الإدارة لا تستطيع تلقي أوامر من القاضي الإداري، فليس هناك بالمقابل أساس قانوني صريح يؤكد هذا المنع، ويطرح الأستاذ أحمد محيو نفس السؤال في قوله " من الممكن التساؤل حول هذا الحضر للتدخل فيما إذا كان مؤسسيا قانونيا، لأنه لا شيء يمنع فعليا أن يأمر القاضي، في حدود معينة بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل.¹

إلا أنه حسب المستشار شفيقة بن صاولة فيجب أن تبقى عبارة أمر خاصة بالحالة التي تقوم فيها القاضي بتوجيه أوامر للإدارة فقط دون الحلول محلها إذ أن الأمر لا يعتبر قرارا إداريا وإنما فقط تدابير يتخطاها القاضي تعزيزا لحكمه الصادر

الفرع الأول: معنى الأمر

هو طلب صادر عن القاضي الإداري إلى أحد أطراف النزاع باتخاذ سلوك معين، وذلك بإنجاز عمل أو الامتناع عنه أو الامتناع عن انجازه، إذا كان في طور التحضير

أ- التعريف القضائي للأمر:

لم يتطرق الاجتهاد القضائي إلى تعريف الأمر، كونه لا يدخل ضمن الدور المنوط به ، إلا أنه تناول هذا المصطلح بصدد بيان سلطته تجاهه ، باستحالة أن يوجه القاضي الإداري أوامر للإدارة ، و ذلك في عدد من أحكامه، كما استخدم في أحكام أخرى ما يثبت حظر تدخله في نطاق نشاط الإدارة، أو ما يطلق عليه الحلول محل الإدارة، وعليه هناك فرق بين المصطلحين:

¹ - باية سكاكني، دور القاضي الإداري بين المتقاضين والإدارة، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2006 ، ص 73.

فالمقصود بالأول؛ منع توجيه أمر للإدارة باتخاذ موقف محدد، و ذلك ضمن منطوق حكمه، و بالتالي يملئ عليها سلوكها دون الحلول محلها

بينما يقصد بالثاني؛ أن القاضي الإداري محذور عليه استبدال سلطاته بسلطات الإدارة، أو أن يتقلد اختصاصاتها.¹

ومنه فالأمر القضائي ليس بقرار إداري، و إنما هو مجرد إجراء إعدادي لأنه موجه لفرد² إداري محدد، *caractère individuel* يتميز بالطبيعة الفردية كم ضمن حالة وظروف واقعية محددة، و هو بذلك يترك حرية العمل كاملة للإدارة خارج النطاق الذي سبب تدخل القاضي

ب- التعريف الفقهي للأمر:

ربط الفقه على الدوام بين مصطلح الأمر ومشكلة تنفيذ الأحكام الإدارية، رغم الفرق الشاسع بينهما؛ بسبق الأمر لمشكلة عدم تنفيذ الحكم القضائي، وتباعد لحظة وجود كل منهما، ذلك أن الأمر مسألة سابقة على مشكلة التنفيذ ومدرجة في الحكم، وهي مسألة تتعلق بالقاضي، أما مشكلة التنفيذ فهي لاحقة لا تنثور إلا بعد صدور الحكم القضائي و تبليغه للإدارة

الفرع الثاني: حالات النطق بالأوامر

إن القاضي ينطق بالأوامر المطلوبة إلا في حالتين:

أولاً: الأمر باتخاذ تدبير محدد يستلزمه تنفيذ الحكم

إذا فصل القاضي في الدعوى و حكم بإلغاء القرار الإداري الصادر عن الإدارة، يقوم القاضي هنا بفحص دقيق لما ينجر عن هذا القرار و الذي يكون من الناحية القانونية ممكناً و ضرورياً، و يأمر الإدارة صراحة و مباشرة باتخاذ التدبير الذي يفرضه عليها و الذي يراه مناسباً مع تحديد أجل للتنفيذ عند الاقتضاء.²

¹ - أمال يعيش تمام - مرجع سابق - ص 20.

² - مهند نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 20 العدد الثاني، سوريا، سنة 2004 - ص 187.

² - أنظر المادة 978 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ثانياً: أمر الإدارة بالتحقيق والفصل واتخاذ قرار جديد

هنا القاضي أيضاً فصل في الدعوى و ألغى القرار و كان لزاماً على الإدارة اتخاذ تدابير تنفيذ معينه با لعدم طلبها في الخصومة الأولى. فسلطة القاضي الإداري تقتصر في هذه الحالة³

المطلب الثاني: الغرامة التهديدية

كان مجلس الدولة الفرنسي خلال فترة زمنية طويلة يمتنع عن توجيه أوامر مشمولة بغرامة تهديدية، استناداً إلى أن الأوامر التي توجه إلى الإدارة تكون تدخلا في تسيير المرافق العامة⁽²¹⁾. إن تعنت الإدارة و امتناعها عن تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضدها دفع بالمشرع إيجاد آليات ذات طابع مالي تمس بالذمة المالية للإدارة الأمر الذي يشكل بالنسبة لها ضغطاً كبيراً عليها و بالتالي فإنه على الإدارة التفكير ملياً قبل أن تبدي عدم رغبتها في التنفيذ. تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة لتنفيذ الأحكام الإدارية الحائزة لقوة الشيء المقضي به وكذا وسيلة لحمل الإدارة على تنفيذ تلك الأحكام، والقاضي الإداري وهو يقوم بتوقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة لا يعتبر تدخلا منه ضد الإدارة ولا هو يحل محلها في شيء ولا يمس في ذلك الفصل بين

³ - تنص المادة 979 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09.08 على مايلي "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد طلبها في الخصومة السابقة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك، بإصدار قرار إداري جديد في أجل محدد__".

² - « S'il appartient au juge de constater les droits et obligations réciproques des parties et de fixer les dommages intérêts auxquels elles peuvent éventuellement prétendre, il ne saurait intervenir dans la gestion du service public en adressant, sous une menace de sanction pécuniaire, des injonctions soit à l'administration, soit à ceux qui ont contracté avec elle, à l'égard desquels elle dispose des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution dudit service». - أمخند بوبشير - مرجع سابق - ص 09.

السلطات، ولكنه لا يفعل سوى أن يذكر الإدارة بالتزاماتها الأساسية المتمثلة في احترام مضمون قوة الشيء المقضي به مع إلباس هذا التذكير ثوب التحذير الرسمي وهو التهديد بجزاء مالي¹

الفرع الأول: تعريف الغرامة التهديدية

للتوصل إلى تعريف شامل لأي نظام، يتطلب الأمر، التطرق إلى تعريفه من الجانب التشريعي، الجانب القضائي وكذلك الجانب الفقهي، وهذا ما سنتبعه في النقاط التالية:

أولاً: التعريف التشريعي للغرامة التهديدية

إن المؤسس الدستوري الجزائري، قد نص من خلال المادة 141 من دستور 1996 على أن أحكام القضاء تصدر باسم الشعب، بما يضمن لها قوة التنفيذ، وحتى يبعث الدستور الجزائري مهابة لأحكام القضاء و يضمن لها حسن التنفيذ، جاءت المادة 145 من دستور 1996 ، ملزمة كل أجهزة الدولة المختصة، بأن تقوم في كل وقت و في كل مكان وفي جميع الظروف بتنفيذ أحكام القضاء .
فالمادة 145 من الدستور، كفلت للأحكام القضائية في المادة الإدارية و العادية، على حد سواء، حسن التنفيذ، و لم تجز لأي جهاز من أجهزة الدولة، أن يتناول على أحكام القضاء، أو يحاول تحت أي ظرف أو حجة عدم تنفيذها أو التأخر في هذا التنفيذ، طالما صدرت هذه الأحكام باسم الشعب¹.
و هو ما يؤكد حرص المؤسس الدستوري الجزائري على تكريس دولة القانون و استقلال القضاء و هيبة الأحكام القضائية.

إلا أن هذا التطبيق للغرامة التهديدية للمشرع الجزائري يعترضه نوع من الغموض و اللبس، وهذا نلتمسه من خلال عمومية نص المادة 471 قانون الإجراءات المدنية السابق، و التي جاء فيها " يجوز للجهات القضائية بناء على طلب الخصوم، أن تصدر أحكاما بتهديدات مالية²

¹ محمد قصري - تنفيذ الأحكام الإدارية " الغرامة التهديدية و الحجز " - مقال منشور على الموقع الإلكتروني : www.dpm.xooit.fr تاريخ الاطلاع : 28 جوان 2015.

¹ - عمار بوضياف - دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية - المرجع السابق - ص 212
² - إن الحكم بالغرامة التهديدية ليس ضرباً من ضروب التعويض، فالغرامة التهديدية لا تقاس بمقياس الضرر و لا تتوقف عليه إطلاقاً، فالحكم بها طريق من طرق التنفيذ الجبري غير المباشر رسمها القانون و قصر نطاق تطبيقها على الالتزامات التي يقتضي الوفاء بها بالضرورة تدخل المدين ذاته، و الحكم بها لا يحتاج إلى تسبب عكس الحكم بالتعويض، و هي

فاستعمال المشرع عبارة " جهات قضائية " في هذه المادة ، دليل على شمولية العبارة لكل الجهات القضائية.

إلا أن شمولية هذه العبارة دفعت بالجهات القضائية الإدارية إلى التردد في الحكم بالغرامة التهديدية لكن بصدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09.08 نجد أن المشرع الجزائري، أزال الغموض و اللبس الذي اعترى المادة 471 ق.إ.م السابق، حيث أجاز بصريح العبارة للجهات القضائية الإدارية بالحكم بالغرامة تهديدية، هذا ما تؤكدته المادة 980 ق.إ.م و إدارية . حيث جاء فيها " :يجوز للجهات القضائية الإدارية، المطلوب منها اتخاذ أمر بالتنفيذ، وفقا للمادتين 978 - 979 أعلاه، أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها.

مما سبق يتبين، أن المشرع الجزائري بالرغم من نصه على جواز تطبيق الغرامة التهديدية، سواء في الجانب المدني أو الجانب الإداري، إلا أنه لم يقدم لنا تعريفا قانونيا للغرامة التهديدية، وإنما اكتفى بتبيان الأحكام التشريعية المنظمة لها مما يستوجب علينا، البحث عن تعريف قضائي للغرامة التهديدية.

ثانيا: لتعريف القضائي:

إن القضاء الجزائري، فقد عرف تذبذبا و غموضا حول مسألة توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة، هو ما لاحظناه بالنسبة لموقف المحكمة العليا "الغرفة الإدارية"، أما بالنسبة لمجلس الدولة، فقد تأرجحت قراراته هو الآخر بين الإجازة و المنع¹ وسوف ندعم موقف القضاء الإداري الجزائري من توقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة، ببعض القرارات سواء تلك الصادرة عن الغرفة الإدارية على مستوى المحكمة العليا - سابقا ، أو الصادرة عن مجلس الدولة.

ثالثا: التعريف الفقهي

ليست بعقوبة لأن العقوبة النهائية غير قابلة لتحويل، واجبة التنفيذ كما تم النطق بها، عكس الغرامة التهديدية - مبدئيا - وقتية، بحيث تتزايد بتطور عنصر الزمن الناجم عن إصرار المدين و استمرار عناده على عدم التنفيذ العيني لالتزامه. لمزيد من التفاصيل أنظر مصطفى قويدري - الغرامة التهديدية في ظل أحكام القانون المدني و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية - مجلة المحكمة العليا - العدد الأول - لسنة 2012 - ص 52.

¹ - قرار منشور في المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا لسنة 1998 ، العدد الأول، ص 193 و 194.

يعتبر موضوع الغرامة التهديدية من أهم مواضيع التي تطرق إليها الفقه ضمن كتب الالتزام و طرق التنفيذ غير أن جل التعريفات جاءت متشابهة و تصب في قالب واحد و عليه نورد بعض التعريفات الفقهية في هذا الخصوص

عرفها الأستاذ عبد الرزاق السنهوري : " إن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينا في خلال مدة معينة، فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزما بدفع الغرامة تهديديه عن هذا التأخير، مبلغا معيناً عن كل يوم أو كل أسبوع أو كل شهر أو أية وحدة أخرى من الزمن، أو عن كل مرة يأتي عملاً يخل بالتزامه، و ذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو إلى أن يمتنع نهائياً عن الإخلال بالالتزام، ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية، و يجوز للقاضي أن يخفض هذه الغرامات أو أن يحوها بتاتا¹.
عرف الغرامة التهديدية عز الدين مرداسي بأنها " : مبلغ من النقود يحكم به القاضي على المدين عن كل عن فترة زمنية معينة لا يتم فيها تنفيذ المدين لالتزاماته عينا حيث يكون التنفيذ العيني يقتضي تدخلا شخصيا من جانبه"².

الفرع الثاني: خصائص ومميزات الغرامة الإدارية

تتمثل خصائص الغرامة التهديدية، و التي يمكن حصرها في النقاط التالية:

أولاً: الغرامة التهديدية ذات طابع تهديدي :

الغرامة التهديدية ليست بتعويض لجبر الضرر الحاصل بل تهديداً مالياً، يجب أن يؤدي في النهاية إلى هدفه الرامي إلى تحقيق الغاية المرجوة و المتمثلة في رضوخ المدين الممتنع عن الامتثال للتنفيذ¹، بموجبها يتم الضغط على إرادة المحكوم عليه ويلزم على تنفيذ التزاماته²

1 - عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص 807.

2 - عز الدين مرداسي - الغرامة التهديدية في القانون الجزائري - دار هومة للطباعة و النشر - الجزائر سنة 2008 - ص 13،14.

1 - مصطفى قويدري - مرجع سابق - ص 53.

2 - فريدة مزياني - علي قصير - مرجع سابق - ص 4.

إن الهدف من استعمال التهديد المالي، هو التغلب على الموقف السلبي الذي يتخذه المحكوم عليه بالتنفيذ و الذي نقصد به في دراستنا هذه الإدارة، و لا يتم ذلك إلا عن طريق التهديد، إذ يستعمله القاضي لإجبار ه على التنفيذ - ونقصد بالتنفيذ هنا الالتزام بتنفيذ الأحكام و القرارات الصادرة عن القضاء الإداري-، و إلا تعرض للحكم عليه بمبلغ من المال³.

و حتى يتحقق معنى التهديد، نجد أن القاضي لا يحدد مقدار الغرامة دفعة واحدة، مما يجعل المحكوم لصالحه يحس أنه كلما طال وقت تأخره عن التنفيذ، كلما زاد مبلغ الغرامة التهديدية المحكوم به⁴. إلا أن بعض الشراح يرى أنه يمكن للقاضي⁵ أن يحكم بالغرامة التهديدية كمبلغ كلي أو إجمالي، و إن كان ذلك نادرا ما يحدث.

القصد هنا هو الضغط على المدين، لذلك يحدد بالقدر الذي يرى القاضي أنه منتج لتحقيق الغاية منه، و إذا رأى القاضي أن مبلغ الغرامة التهديدية قد تجاوز مقدار الضرر الذي أصاب الدائن فيجوز له أن يأمر بتحويله للخزينة العمومية¹.

ثانيا: الغرامة التهديدية ذات طابع مؤقت:

لا تكون واجبة التنفيذ، حتى و إن صدرت عن محكمة آخر درجة²، الغرامة التهديدية ذات طابع مؤقت، فعلى القاضي الذي أمر بالتهديد المالي، بعد جلاء موقف المدين التنفيذ الكلي أو الجزئي للالتزام أو التأخر في التنفيذ - أن ينظر في هذا الأمر مرة ثانية، لمراجعة و تحويل المبلغ من مصفى إلى مبلغ من المال، يجوز التنفيذ بمقتضاه أي تحديد المبلغ النهائي، و منه فإن التهديد المالي في بادئ الأمر هو إجراء

³ - وفاء بوالشعور - سلطات قاضي الإلغاء في الجزائر - مذكرة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة عنابة - ص 125.

⁴ - عز الدين مرداسي - الغرامة التهديدية في القانون الجزائري - مرجع سابق - ص 15.

⁵ - لقد ورد أن وسيلة التهديد المالي وليدة الاجتهاد القضائي الفرنسي، و كان القاضي " اسمان " الذي عرف عنه أنه حكم بتطبيق الغرامة التهديدية قبل اعتمادها كوسيلة شرعية، و قد استعملها القضاء الفرنسي هذه الوسيلة دون تردد كبير رغم الانتقادات التي وجهت له، و من بين هذه الانتقادات تلك التي تركز على انعدام الأساس القانوني حتى صدر القانون رقم 626/ 72 بتاريخ 05 - 07 - 1972 الذي نظم هذه الوسيلة و أعطاه الأساس القانوني الذي يستند إليه بمقتضى المادة 1036 من القانون المدني الفرنسي. لمزيد من التفاصيل أنظر مصطفى قويدري - مرجع سابق - ص 55.

¹ - مصطفى قويدري - مرجع سابق - ص 53.

² - عز الدين مرداسي - مرجع سابق - ص 15.

وقتي، المقصود منه حمل المحكوم عليه وإجباره على التنفيذ، متى اتخذ هذا الأخير موقفا نهائيا، وذلك بعد تصفية المبالغ المتراكمة، و تحديد المبلغ النهائي من قبل القاضي .

ثالثا: الغرامة التهديدية ذات طابع تحكيمي

للقاضي الحرية في تقدير المبلغ المالي بغض النظر عن ما لحق الدائن من ضرر، قد يحددها أكثر من قيمة الضرر لإجبار الإدارة على التنفيذ، وله سلطة تحديد الغرامة من عدمها. وله أن يفرض الغرامة³، لا مقياس له إلا بالقدر الذي يرى القاضي أنه منتج في تحقيق غايته و هي إخضاع المحكوم عليه و حمله على أن يقوم بتنفيذ التزام¹، لذا يجوز للقاضي المختص تعديل مقدار الغرامة المالية التهديدية كلما دعت الضرورة إلى ذلك².

يتجلى تقدير القاضي للغرامة التهديدية من خلال :

- 1- سلطته في رفض أو قبول طلب المحكوم لصالحه للتهديد المالي، دون أن يشترط أن يكون المقدار مقاربا للضرر الذي يصيب المحكوم لصالحه، بل لا يشترط للحكم بالتهديد المالي وجود ضرر أصلا.
- 2- سلطته في تحديد الأجل الذي يراه مناسبا للتنفيذ
- 3- سلطته في رفع قيمة الغرامة التهديدية، متى تبين له أن المبلغ المحكوم به، غير كاف لإجبار المحكوم عليه على التنفيذ³.

الفرع الثالث: تمييز الغرامة التهديدية عما يشابهها

نظر لتشابه الغرامة التهديدية ببعض النظم القانونية الأخرى إضافة إلى ذلك و إن إعطائها مصطلح الغرامة التهديدية عبارة عن عقوبة و هي ذلك لمبدأ المشروعية، هذا يتطلب منا التمييز بينها و بين العقوبة، كما أن القضاء الفرنسي أخطأ بين الغرامة التهديدية و التعويض عمدا و ذلك في بداية تطبيقه

³ - فريدة مزياني - علي قصير - مرجع سابق - ص 4.

¹ - عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام الإثبات - آثار الإلتزام - منشورات .الحلبي الحقوقية - بيروت- لبنان- الجزء الثاني - الطبعة الثالثة - سنة 1998 - ص 813

² - مصطفى قويدري - مرجع سابق - ص 56.

³ - وفاء بوالشعور - مرجع سابق - 128.

لنظام الغرامة التهديدية، كان هذا يجب أساسا قانونيا يبرر تطبيقه لها⁴، إلا أنه يوجد فرق كبير بين الغرامة التهديدية والتعويض وهو ما سنفصل من خلال العنصرين التاليين :

أولا: التمييز بين الغرامة التهديدية و العقوبة

الغرامة التهديدية ليست عقوبة و إن كانت تشبه العقوبة، و الفرق بينهما أن العقوبة نهائية يجب تنفيذها كما نطق بها، أما الغرامة التهديدية فهي شيء وقتي¹.

لقد اعتمد التشريع الجزائري و كذلك التشريع الفرنسي مصطلح التهديد المالي للدلالة على نظام الغرامة التهديدية و هذا لتجنب أي لبس بينها و بين العقوبة²، و هذا بخلاف الاجتهادات القضائية الجزائرية و التي تعتمد مصطلح الغرامة التهديدية رغم وجود عدة انتقادات وجهة له³.

و بصدد قرار مجلس الدولة الجزائري في 08 - 04 - 2003 و الذي جاء فيه : " إن الغرامة التهديدية التزام ينطق به القاضي كعقوبة و بالتالي فإنه ينبغي أن يطبق عليه مبدأ قانونية الجرائم و العقوبات"⁴.

إذا اعتبرنا أن الغرامة التهديدية عقوبة مثلما ذهب إليه مجلس الدولة فلا بد بكل بساطة معرفة النص الجنائي الذي كرسها و النص الذي جرم الأفعال التي ترتبط بها.

و رجوعا لمبدأ المشروعية الذي نصت عليه المادة الأولى من قانون العقوبات و التي تنص : " لا عقوبة و لا جريمة بدون نص"، و عليه فإنه لا يوجد أي نص يكرس الغرامة التهديدية كعقوبة ، كما أن امتناع عن التنفيذ ليس جنحة يعاقب عليها القانون.

4 - فايزة براهيمى - الأثر المالي لعدم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية - مذكرة ماجستير - كلية الحقوق جامعة أمحمد بوقره بومرداس - سنة 2012/2011 - ص 75.

1 - عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص 815-

2 - فايزة براهيمى - مرجع سابق - ص 75.

3 - عز الدين مرداسي - مرجع سابق - ص 16.

4 - قرار رقم 014989 - مجلة مجلس الدولة - عدد الرابع - سنة 2003 - ص 145.

إن العقوبة نهائية ينبغي تنفيذها وفقا للنطق بها على عكس الغرامة التهديدية فهي ذات طابع وقتي لا ينفذ إلا عندما تتحول إلى تعويض⁵، كما أنه لا تسجل في صحيفة السوابق للمدين، لأن الأمر لا يتعلق بمتابعة جزائية و إنما أمام امتناع عن التنفيذ فالعقوبة تمس الأفراد في حرياتهم أساسا و هي تترتب على مخالفة قواعد القانون الذي يختص بضمان الأمن في المجتمع، أما الغرامة التهديدية فهي وسيلة للضغط على المدين و التغلب على عناده حتى يحمل على تنفيذ إلتزامه.

ثانيا: تمييز الغرامة التهديدية على التعويض

إن الغرامة التهديدية مستقلة عن التعويض و تختلف عنه في عدة جوانب فالأولى لا تهدف إلى معاقبة السلوك الماضي للإدارة و لكنها تهدف إلى حثها على التنفيذ، في حين أن التعويض يهدف إلى جبر الضرر و إصلاحه، و بالرجوع إلى نص المادة 982 من قانون 09/ 08 الذي يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي تنص على : " تكون الغرامة التهديدية مستقلة عن

التعويض "

حيث أن الغرامة التهديدية لا تعتبر تعويضا و هذه المادة تقرر صراحة استقلالية الغرامة التهديدية عن التعويض، فهي منفصلة عنه و هذا بصريح العبارة.

و عند تقرير التعويض من طرف القاضي، فإنه يتقيد بما جاء في النصوص القانونية و التي تلزمه بمراعاة ما فات الدائن من كسب و ما لحقه من خسارة عند تقريره لقيمة التعويض على عكس الغرامة التهديدية فهي ذات طابع تحكمي و غير مقيدة بتلك العناصر.

و قد يكون التعويض في بعض الحالات معادلا للغرامة التهديدية لاسيما إذا أمعن المدين في العنت و الإصرار على عدم تنفيذ التزامه، و قد يتغير التهديد المالي فينقلب من تهديد مالي إلى تعويض¹ في مرحلة تصفية الغرامة، إلا أنها تحتفظ بفعاليتها كوسيلة تهديد و ضغط².

⁵ - عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص 816.

¹ - عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص 822.

² - سهيلة مزياني - مرجع سابق - ص 23.

فالغرامة التهديدية تهدف فقط لضمان تنفيذ قرار قضائي³، حيث تعتبر ذات طابع تحكمي و سلطات القاضي عند الحكم بها واسعة جدا، هذا ما يجعلها مختلفة تماما عن التعويض، و هي بذلك مستقلة تماما عنها⁴

الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للغرامة التهديدية:

إن الغرامة التهديدية هي عبارة عن تنبيه الإدارة عن الجزاءات المالية التي يتعرض لها إن هي استمرت في مقابلة تنفيذ الحكم الصادر ضدها و نجد المشرع الجزائري جعل الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني و بذلك فتهدف إلى إجبار المتعنت على التنفيذ العيني، كما تعتبر طريقة غير مباشرة وسيلة لضمان تنفيذ بعض أحكام القضاء.

أولاً: الغرامة التهديدية وسيلة لإجبار المدين على التنفيذ العيني :

تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة من وسائل التنفيذ الجبري و هي وسيلة غير مباشرة¹، إلا أنه في بعض الحالات فإن إجبار المدين بطريق مباشر يستدعي جزا على حريته الشخصية، هذا لا يعني امتناع المدين يجعل التنفيذ مستحيلا لأنه لو كان الأمر كذلك لأصبح التنفيذ العيني متوقفا على إرادة المدين . فقد منح المشرع الجزائري للدائن وسيلة للضغط على المدين المتعنت ماليا لإجباره على التنفيذ العيني و هي الغرامة التهديدية و ذلك طبقا للمادتين 174 و 175 قانون مدني، و كذا ما كرسته المواد من 978 إل 985 من قانون 09/08 و كذلك المادتين 987 و 988 التي كرست الغرامة التهديدية كوسيلة لتنفيذ أحكام الجهات القضائية الإدارية.

قد تتجح وقد لا تتجح وسيلة الغرامة التهديدية في تحقيق الغاية التي من أجلها قررت فقد ينصاع المدين المنفذ عليه فينتهي الوفاء بالتزامه، و قد يصر على عدم التنفيذ².

³ - شفيقة بن صاولة - اشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية - دراسة مقارنة - دار هومة - الجزائر 2010 - ص 278.

⁴ - فايزة براهيمية - مرجع سابق - ص 82.

¹ - عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص 816.

² - مصطفى قويدري - مرجع سابق - ص 49.

إنّ فالغرامة التهديدية هي وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري و هي وسيلة غير مباشرة و لقد اعتنق القضاء الفرنسي هذا المفهوم باعتبار أنه ينظر إلى التهديد المالي على أنه وسيلة لإجبار و ضغط يهدف من وراء استعمالها إجبار المدين على تنفيذ التزامه و بطريق غير مباشر تنفيذ أحكام القضاء و هو نفس الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري من خلال نص المادتين 174 - 175³.

ثانيا: الغرامة التهديدية وسيلة لضمان تنفيذ بعض أحكام القضاء

إن الإدارة و هي بصدد تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية المتضمنة إلغاء جزاءات إدارية عامة، تنفذ هذه الأحكام بموجب التزام الذي يقع على عاتقها، و إذا كان هذا الالتزام يعتمد على حسن نية الإدارة في تطبيق الأحكام القضائية و تنفيذها.

و تشكل الغرامة التهديدية ضغطا ماليا على المدين¹ "الإدارة" الذي صدر حكم يدينه بتنفيذ الأحكام القضائية، بصفته صاحب حق ثابت بموجب سند تنفيذي رسمي نهائي فهي تمثل إعطاء ضمانات أوفر للدائن²

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري و بخصوص في المادة 174 من القانون المدني اعتبر الحكم بالغرامة التهديدية في الأصل تبعا لحكم إلزام المدين بالتنفيذ العيني فهي وسيلة لضمان تنفيذ الأحكام القضائية ذات الطابع الإلزامي و تستند إلى قاعدة دستورية منصوص عليها في المادة 145 من الدستور.

إنّ تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية الحائزة لقوة الشيء المقضي به و كذا وسيلة لحمل الإدارة على تنفيذ تلك الأحكام القضائية الصادرة ضدها و القاضي الإداري هو من يقوم بفرض تلك الغرامة ، و لا تعتبر تدخلا منه ضد الإدارة، و لا يمس كأصل عام بمبدأ الفصل بين السلطات و إنما هو تذكير للإدارة بالتزاماتها باحترام مضمون قوة الشيء المقضي به.

ثالثا: شروط توقيع الغرامة

³ - مرجع نفسه - ص 51.

¹ - عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق - ص 816.

² - مصطفى قويدري - مرجع سابق - ص 49.

يشترط لتوقيع الغرامة التهديدية تدابير معينة لأجل تنفيذ الحكم أو القرار القضائي، وهذا يعني انه لا محل لتوقيع الغرامة التهديدية، إذا لم تأمر الجهة المختصة قضائيا بتدابير تنفيذية، إذن الشروط هي:

1- أن تخالف الإدارة ذلك الالتزام الواقع على عاتقها³.

2- لا يشترط لتوقيع الغرامة التهديدية ضرورة تقديم طلب من صاحب الشأن إذ توجي صياغة المادتين

980 و 981 بأن للمحكمة أن تحكم بها تلقائيا متى قدرت أنها لازمة لإكراه الإدارة على اتخاذ التدابير

المطلوبة لتنفيذ الأمر الحكم أو القرار القضائي المتضمن إلغاء الجزاءات الإدارية، ويفسر هذا

الوضع إرادة واضعي قانون الإجراءات المدنية والإدارية،

منح القاضي الإداري دورا ايجابيا في المنازعة الإدارية، وذلك عن طريق منحه هامشا كبيرا من حرية

تقدير إلزامية الغرامة التهديدية.

وطبقا للمادة 987 لا يجوز تقديم طلب إلى المحكمة الإدارية من اجل استخدام سلطة الأمر لضمان تنفيذ

حكمه النهائي، وطلب الغرامة التهديدية لإكراه الإدارة على التنفيذ إلا بعد رفض التنفيذ من طرف الإدارة

وانقضاء مهلة ثلاثة (03) أشهر تبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي لحكم المحكمة الإدارية¹.

المبحث الثاني: القيود المفروضة على القاضي الإداري

عملت الجزائر على ضمان استقلال وسمو الإدارة على القضاء¹. وهكذا تنص المادة 2/116 من

قانون العقوبات على معاقبة "القضاة الذين يتجاوزون حدود سلطاتهم بالتدخل في القضايا الخاصة

بالسلطات الإدارية، سواء بإصدار قرارات² في هذه المسائل أو بمنع تنفيذ الأوامر الصادرة من الإدارة... "

من خمس إلى عشر سنوات.

³ - لحسين بن شيخ آت ملويا - مرجع سابق - ص 494

¹ - عبد القادر عدو - مرجع سابق - ص 18

¹ - أمقران بوبشير - حدود الصلاحيات المستحدثة للقضاء الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية - الملتقى

الوطني حول سلطة قاضي الإلغاء في المنازعة الإدارية - جامعة قلمة 2011 - ص 2.

² - يقصد بذلك التنظيمات، وفق النص المحرر باللغة الفرنسية (règlements).

يعتبر القاضي الإداري الجزائري أنه غير قادر على توجيه أوامر للإدارة، وقد استند القاضي الإداري الجزائري، في رفضه توجيه أوامر للإدارة، إلى المادة 168 من قانون الإجراءات المدنية والتي منعت تطبيق أمر الأداء ضد الإدارة، وبالرجوع إلى أحكام أمر الأداء (174، 182 من ق.إ.م) نجد أنه يتعلق بديون من النقود ثابتة بالكتابة والتي يلتزم المدين بأدائها، فهذه الأوامر لا تتعلق بتنفيذ القرارات القضائية، فقد ألغى المشرع تطبيق أمر الأداء على الإدارة خلافاً للأفراد، لأن تحصيل ديون الإدارة يخضع إلى نظام قانوني خاص وهو القانون الذي يحكم نفقات الدولة، ثم إن تطبيق أمر الأداء يتطلب أن ينفذ خلال 15 يوماً فإذا لم يبادر المدين إلى الوفاء خلال هذه المهلة، فإنه سيُجبر على ذلك بالوسائل القانونية في التنفيذ ومنها التنفيذ الجبري وهذا الأخير مستبعد ضد الإدارة¹. لقد ظل القضاء الإداري يرفض مبدأ إخطار جهة الإدارة وتذكيرها بواجبها في تنفيذ الأحكام، بل وتعدى² ذلك إلى رفض مجرد التلميح لها بالإجراءات الإيجابية الواجب اتخاذها لتنفيذ أحكامه، وذلك بناءً على أنه لا يجوز للقضاء أن يحل محل جهة الإدارة فيما هو من اختصاصها.

غير أن هذا الحظر تم التخفيف منه بواسطة قانون 08 فبراير 1995، الذي سمح للقاضي الإداري بإصدار أوامر للإدارة بهدف تنفيذ الأحكام والقرارات الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه³.

المطلب الأول: مبدأ حظر حلول القاضي محل الإدارة

يعتبر الحلوس وسيلة رقابة إدارية يمارسها الرئيس على مرؤوسه بناءً على نص صريح، ويشترط لممارستها أن يكون العضو مندمجاً في الإدارة لا أجنبياً عنها، ولما كان القاضي أجنبياً عن الإدارة سواء من الناحية العضوية أو الوظيفية، يمارس عملاً مختلفاً من حيث الطبيعة مع عمل الإدارة، والقاضي لا يملك سلطة رئاسية على الإدارة، وعليه ليس بإمكانه الحلوس محلها، ولا يستطيع التدخل في الإدارة الفعلية.

¹ - إلهام فاضل - سلطات قاضي الإلغاء لضمان تنفيذ أحكامه " في التشريعين الفرنسي و الجزائري " - مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الوطني حول سلطات قاضي الإلغاء في المنازعة الإدارية - كلية الحقوق جامعة 08 ماي 1945 قالمة - يومي 26 و 27 أفريل 2011 - ص 11.

² - بندر بن عبد الرحمان الفالح - مرجع سابق - ص 11.

³ - لحسين بن الشيخ أث ملويا - دروس في المنازعات - مرجع سابق - ص 433.

و بموجب القانون 09/08 المعدل والمتمم بالقانون 22-13 نجد المشرع منح القاضي سلطة أمر الإدارة دون النص على إمكانية الحلول محلها عند امتناعها عن تنفيذ الأحكام القضائية التي تصدر ضدها.

لكن مهمة القاضي تنتهي حين يصدر حكمه، وهذا ما يقتضيه الفصل الوظيفي⁴، ففي القضاء الكامل يكتفي القاضي بالحكم القاضي بالحكم على الإدارة بالدفع، أما في الطعن لتجاوز السلطة يلتزم بعدم اجتياز حدود، يقصد بمبدأ " حظر حلول القاضي الإداري محل الإدارة ": " أن القاضي يقوم بالفصل في الدعوى المطروحة عليه، دون أن يحل محل جهة الإدارة في القيام بأي عمل من الأعمال التي تدخل في اختصاصها، فدور القاضي¹ يقتصر على ممارسة وظيفته القضائية التي تتمثل في إنزال حكم القانون على المنازعة القائمة أمامه، دون أن يتجاوز حدود هذا الدور، و يحل محل الإدارة في ممارسة الوظيفة الإدارية، فهو لا يستطيع أن يصدر القرارات الإدارية أو أن يعدل فيها أو يغير مضمونها حتى التأكد من عدم مشروعيتها، لأنه لو قام بذلك يكون قد تدخل في صميم عمل الإدارة و خرج عن دوره كقاضي مشروعية. يرتكز أساس مبدأ حظر الحلول القاضي محل الإدارة إلى أساسين، أولهما يتمثل في استقلال الوظيفة الإدارية في مواجهة الوظيفة القضائية و هو أساس نظري، أما الأساس الثاني فيتمثل في طبيعة الوظيفة القاضي و اختصاصه فقط في الفصل في المنازعة²، و مهمة القاضي تنتهي حين يصدر حكمه،

⁴ - هذه الفكرة تولدت في فرنسا عن قانون 16 / 24 - 08 1790 حيث لم يعد القاضي الإداري رجل إدارة كما لم يعد

مجلس الدولة بمثابة هيئة إدارية عليا بعد صدور قانون 24 ماي 1872.

¹ - يذهب البعض إلى اعتبار وظيفة القاضي هي تطبيق القانون فقط معتبرين أن التشريع وحده كفيل بضبط كل العلاقات القانونية، و هو ما أدى إلى ظهور نظرية كمال التشريع التي تعتبر شاملا لجميع الحلول و لا يتصور أن يكون ناقصا و الدافع لذلك الخشية من وجود سلطة القاضي تشبه سلطة المشرع عند نقص التشريع، و في المقابل كانت هناك نظرية أخرى ترى أن تعقيدات الحياة و أحداثها المختلفة تصعب من قدرة المشرع على ضبط كل روابطها و علاقاتها، فالحياة متجددة و التشريع حبيس النصوص ، لذلك ظهرت نظرية نقص التشريع ما أدى إلى حرص التشريعات تبيان المصادر التي يعود إليها القاضي لاستكمال أي نقص في التشريع القائم.

² - سامي جمال الدين - الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - منشأة المعارف - الإسكندرية - 2004 - ص 54

و هذا ما يقضيه الفصل الوظيفي، ففي القضاء الكامل يكتفي القاضي بالحكم على الإدارة بالدفع، أما الطعن لتجاوز السلطة يلتزم القاضي اجتياز حدود إلغاء القرار³.

لا يجوز للقضاء الإداري أن يتعدى الرقابة القانونية أو رقابة المشروعية عن أعمال الإدارة ليحل محلها بأن يصدر بدلا من الإدارة قرارات إدارية أو يعدل قراراتها لو قام القاضي الإداري بذلك يكون قد تدخل في صميم عمل الإدارة و خرج عن دوره كقاضي مشروعية، إذا ألغى⁴ أو أبطل قرارا إداريا لعد مشروعيته فليس له أن يصدر قرارا أخرا بدلا عنها أو يعدل القانون الملغى، ذلك أن إصدار القرار الجديد أو تعديل القرار المشروع هو من صلاحيات الإدارة وحدها.

فتدخل القاضي محل الإدارة يفرق استغلال الإدارة باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصلي إلا أنها عند ممارستها سلطة الحلول تكون مقيدة فإن منع تدخل القاضي الحلول محل الإدارة منطقيا رغم أنها تملك لسلطة الحلول إلا أنها مقيدة في ذلك¹.

فالحلول هو وسيلة من وسائل الرقابة الإدارية المركزية منها واللامركزية على مرؤوسيتها، ولكي تمارس يشترط أن يكون ممارستها عضو في الإدارة ويمارس عملا إداريا ولهذا يعتبر القاضي عنصرا أجنبيا في الحلول وممارسته للحلول يجعله خارجا على حدود وظيفته عند ممارسة عمل الإدارة².

و لا يكون الحلول إلا بنص قانوني صريح باعتباره وسيلة رقابة إدارية ممارسة من هيئة إدارية على أخرى³.

إن ضرورة الفصل بين العمل القضائي و النشاط الإداري يحول دون جعل للقاضي دور رجل إدارة، يتسنى له التقرير بدلا منها و يكون ذلك مثلا عن طريق استبدال القرار الذي ألغاه بقرار آخر⁴، و

³ - شفيقة بن صاولة - مرجع سابق - ص 117.

⁴ - باية سكاكني - دور القاضي الإداري في حماية الحقوق و الحريات الأساسية - أطروحة دكتوراه - كلية الحقوق

جامعة مولود معمري تيزي وزو - سنة 2010/2011 - ص 215.

¹ - عمار عوابدي - مبدأ تدرج السلطة الرئاسية - المؤسسة الوطنية للكتاب، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية - الجزائر 1984 - ص 175.

² - لحسين بن الشيخ أث ملويا - دروس في المنازعات - مرجع سابق - ص 434.

³ - عمار عوابدي - مرجع سابق - ص 168.

⁴ - باية سكاكني - مرجع سابق - ص 216.

يترتب على هذا المبدأ أنه لا يكون بمقدوره التدخل في شؤون الإدارة و رسم الاتجاه العام لها في مزاولته نشاطها.

و عليه يجب أن يكون للإدارة دورها و يكون للقاضي سلطة الرقابة على هذا الدور دون التدخل في ممارسة و هو ما يقيد القاضي بعدم المساس باستقلال الإدارة العامة أو التعرض لأعمالها بالتأويل⁵.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ الحلول

الفرع الأول: البطلان الجزئي

يفسد به قابلية عناصر القرار الإداري للفصل بينها، حيث يكون العنصر غير المشروع قابل للفصل عن بقية العناصر، و بمعنى آخر أن يكون القرار الإداري قابلاً للتجزئة، و إلا فإنه لا يجوز للقاضي الإداري أن يحكم بالبطلان الجزئي، كما لو تعلق الأمر بقرار لجنة المقاطعة لضم الأراضي و المنصبة على الأملاك الكاملة لأحد الملاك، أو إذا تعلق الأمر برخصة البناء التي تعد قرار غير قابل للتجزئة. ونشير إلى أن القاضي الإداري في هذه الحالة يمكنه أن يحل محل الإدارة عندما يطلب منه ذلك العارض، أو عندما يبدو ذلك ممكناً، و بقيامه بالإبطال الجزئي، يمارس القاضي شكلاً من أشكال سلطة إصلاح القرار الإداري، لأنه يعدل القرار الأولي، بالرغم من كونه لا يضيف إليه أي عنصر جديد، و لا يعدل ما هو جوهري و الحقيقة أن الإبطال الجزئي لقرار إداري هو أقصى ما يمكن أن يذهب إليه القاضي في تدبيره بالنظر إلى امتداد سلطاته، لكونه يقوم آنذاك بإعادة " إنشاء القرار الإداري " .

الفرع الثاني: الإحلال الصادر عن القاضي

نقصد به إحلال القاضي للأساس القانوني للقرار الإداري وكذلك إحلال الأسباب.

أ- إحلال الأساس القانوني

تتخذ السلطة المختصة قراراً تحترم فيه الأشكال الإلزامية، مع تأسيس هذا القرار على نص قانوني لا يخول لها حق اتخاذ مثل هذا القرار، فيقوم القاضي بإحلال الأساس القانوني الصحيح محل النص المقدم دون حق، كإحلاله لقانون 26 يونيو 1941 م - الذي أوجب عدم جواز الجمع بين مهنة المحاماة مع

⁵ - فريدة مزياني ، أمانة سلطاني - مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة و الاستثناءات الواردة عليه في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية - مجلة المفكر - العدد السابع - سنة - ص 123.

الوظيفة العمومية - محل المرسوم التشريعي الصادر في 29 أكتوبر 1936 كأساس لقرار وزير الفلاحة، الذي طلب من مكلف بالأشغال في مدرسة الفلاحة الاستقالة من المحاماة¹

ب- إحلل الأسباب:

في الحالة التي تعتمد فيها الإدارة على أسباب غير صحيحة في إصدارها للقرار الإداري، و في حقيقة الأمر أن الإدارة إذا اعتمدت على أسباب غير صحيحة عند إصدارها للقرار الإداري، فإن القاضي يقوم بإلغاء ذلك القرار²، و لا يمكنه الحلول محل الإدارة لاستبدال تلك الأسباب بأسباب أخرى صحيحة، إلا في حالة ما إذا كانت الإدارة ملزمة باتخاذ القرار المتنازع فيه، ففي هذه الحالة إذا اعتمدت على أسباب غير صحيحة، يجوز للقاضي الإداري أن يحل محلها و يستبدل تلك الأسباب بأخرى صحيحة، ليعطي ذلك القرار أساسا شرعيا، كإحلال القاضي للسبب الصحيح محل السبب الغلط

الفرع الثالث : حالة حلول القاضي محل الإدارة في المنازعات الضريبية

يتمتع القاضي بسلطة الحلول محل الإدارة في مجال المنازعات الضريبية، فتشمل سلطته بإلغاء الضريبة غير المشروعة وكذا تعديل السعر المفروض من قبل الإدارة، وذلك بتخفيض سعر الضريبة وكذا إلغاء قرار الوزير المختص المحدد للوعاء الضريبي الخاص بضريبة معينة، فالقاضي له سلطة إلغاء الضريبة عند التأكد من عدم شرعيتها الماسة بالطاعن وله تخفيض مبلغها الذي حددته الإدارة سابقا، كل هذا يندرج ضمن حلول قرار وتقدير القاضي محل ما يصدر عن الإدارة من قرارات³.

الخاتمة:

إن سلطات قاضي الإلغاء في الجزائر توسعت بفضل الإصلاح الإجرائي لسنة 2008، والتعديل لقانون 13-22 فلم يعد دوره يقتصر على النطق بإلغاء القرار الإداري غير المشروع، وإنما تجاوزه إلى مرحلة التنفيذ أيضا وصارت له كالقاضي العادي أدواته التي تفعل تأديته لهذا الدور فلم تعد امتيازات

1 - لحسين بن شيخ آت ملويا، المرجع نفسه، ص 435 وما بعدها.

2 - شفيقة بن صاولة - إشكالية تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية - المرجع السابق - ص 121 .

3 - فائزة براهيمي - مرجع سابق - ص 18.

السلطة العامة تقف حاجزا أمام خضوع الإدارة للغرامة التهديدية، فأصبحت في مركز متساوي مع الأفراد سواء في مرحلة الحكم أو في مرحلة التنفيذ التي خيارات الإدارة فيها محصورة، إما تنفيذ بدفع أو تنفيذ بلا دفع. ومن جهة أخرى فإنه بموجب ما يصدره من أوامر تنفيذية يتولّى توضيح وبيان للإدارة الإجراءات والتدابير التي يستلزمها تنفيذ حكمه . خلال المدة التي يحددها لذلك وهو بذلك يقطع على الإدارة سبل التحايل على تنفيذ حكمه حال تذرّعها بغموض منطوقه، أو تعلل بعدم استطاعتها معرفة كيفية تنفيذه. ومن ثمة فإن حكم الإلغاء أصبح يمثل عملية هدم تعقبها عملية بناء .

وفي ذلك تحقيق لمصالح المتقاضين، لأنّه بالنسبة للمحكوم له فإنّ الحكم القضائي لا يساوي إلاّ نتيجته العملية، ومن جهة أخرى فإنّ هذا الإصلاح سيعيد للأحكام القضائية مكانتها وحجيتها ويفرض لها مهابة خاصة وحماية مميزة تكرر وتجسد أبرز معالم دولة القانون ودولة المؤسسات.

وان كان يعاب على المشرّع الجزائري أنّه لم يسمح بتحديد الغرامة التهديدية في صلب الحكم الفاصل في النزاع وبمعزل عن تسجيل الامتناع عن التنفيذ، لأن ذلك يضمن التنفيذ بشكل سريع و يخفف العبء على المتقاضي فلا يعود للقضاء من جديد في حال امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء للمطالبة بتحديد الغرامة التهديدية.

دور القاضي الإداري في إرساء قواعد المسؤولية الإدارية

د. يوسف ليندة

جامعة 8 ماي 1945-قائمة

المخلص:

إن المسؤولية الإدارية أضحت من أعقد مواضيع القانون الإداري وأدقها، وموضوعها يكتسي أهمية كبيرة لارتباطه ب الأنشطة التي تزاولها الإدارة، والتي يصاب من جرائها الأشخاص بأضرار سواء ثبت خطأ أم لا، ولقد كان للاجتهاد القضائي حضورا باهرا في مادتها، فكان وراء فكرة التخلي عن عقيدة اللامسؤولية وغير القناعة التي كانت سائدة قبلا، فقرر مبدأ مسؤولية الدولة وعمل على تكريسه، ثم تعميمه حتى أصبح يشمل أغلب نشاطات الإدارة، فمن مسؤولية الموظف الشخصية إلى مسؤولية الإدارة عن أخطائها الجسيمة ليتمد إلى كل خطأ إداري، إلى مسؤوليتها عن أفعالها الضارة ولو لم ترتكب الخطأ، ومازالت قواعدها حصيلة اجتهاداته ما دام نظامها القانوني في حركة وتطور وبناء مستمر.

وفي سياق هذا التطور يحتفظ القاضي الإداري في اجتهاده بالفكرة الأساسية المتحكمة في عملية الإبداع، مفادها « محاولة إيجاد التوازن بين المصلحة الخاصة المضمونة وسمو المصلحة العامة» تأسيسا لدولة الحق وتحقيق للأمن القانوني.

الكلمات المفتاحية: الاجتهاد القضائي الإداري، المسؤولية الإدارية، الأمن القانوني، الفراغ التشريعي.

Abstract: Administrative responsibility has become one of the most complex and precise topics in administrative law, and its subject is of great importance because of its connection to the activities carried out by the administration, as a result of which people suffer damages, whether proven wrong or not. The jurisprudence had a remarkable presence in its subject matter. It was behind the idea of abandoning the doctrine of irresponsibility and changed the belief that had prevailed before. It decided on the principle of state responsibility and worked to consolidate it, then generalized it until it included most of the administration's activities, from the employee's personal responsibility to the administration's responsibility for its grave mistakes. It extends to every administrative error, to its responsibility for its harmful actions even if it did not commit the error, and its rules are still the result of its jurisprudence as long as its legal system is in constant movement, development and construction.

In the context of this development, the administrative judge maintains in his jurisprudence the basic idea controlling the innovation process, which is "trying to find a balance between the guaranteed private interest and the supremacy of the public interest," in order to establish the state of right and achieve legal security.

Keywords: administrative jurisprudence, administrative responsibility, legal security, legislative vacuum.

مقدمة :

يعتبر القانون الإداري فرع القانون العام الأكثر تميزاً، ومنه أخذ القاضي الإداري تميزه عن غيره من القضاة، ولقد لعب القاضي دوراً مهماً في إنشاء قواعده القانونية، فما كان حبيساً للنص القانوني، وما كان له أن يتذرع بعدم وضوح النص أو عدم وجود نص يصلح للركون إليه في حسم المنازعة الإدارية، لأن ذلك يجعله مرتكباً لجريمة إنكار العدالة، وليس للقاضي الإداري وهو حامي المشروع أن يكون كذلك، بل كان له حرية التفسير والاجتهاد، وذلك لأنه إذا كان الاجتهاد القضائي للهيئات القضائية العادية (العادية) مرتبطاً بالتشريع، فإن الاجتهاد القضائي للهيئات القضائية الإدارية مستقل بصورة ملحوظة عن التشريع، ويظهر أثر ذلك بوضوح فيما ذكره الأستاذ احمد محيو بأنه:

« إذا ألغى التشريع المدني بشطب قلم لن يكون هناك قانون مدني، لأنه الحلول الاجتهادية ستفقدتها مستنداً، أما إذا ألغيت كل التشريعات الإدارية بنفس شطب قلم، فإن الجزء الأساسي من القانون الإداري سيبقى، لأن الاجتهاد استخلصت منه القواعد الأساسية دون الاستناد إلى النصوص»¹. الأمر الذي سمح بتحول الدولة من دولة التشريع إلى دولة القانون.

ويعتبر مبدأ مسؤولية الإدارة المبدأ الأهم في دولة القانون الذي استغرق الجهد الكبير للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية، وكان من ثمار هذا الاجتهاد التخلي عن عقيدة اللامسؤولية، وأمام إعلان عدم صلاحية القانون الخاص للتطبيق على الإدارة وعجز النصوص القانونية على مواكبة التطورات الحاصلة، انطلق القضاء الإداري في البحث عن قواعد تقييم التوازن المنشود بين شرعية إنصاف الفرد المتضرر وضمانة استمرارية المرفق العمومي، وهو ما يفسر استغراق الاجتهاد القضائي سنوات طويلة لبناء صرح هذه المسؤولية وتعميمه حتى أمكن مده إلى جميع أعمال وتصرفات مختلف الأجهزة الإدارية حتى تلك الخاصة بالمرافق السيادية، فمن المسؤولية الإدارية عن أخطائها الجسيمة إلى كل خطأ إداري مرفقي، إلى مسؤوليتها عن أفعالها الضارة ولو لم ترتكب أخطاء سواء كان مصدرها المخاطر أو بسبب النصوص القانونية، وما زال اجتهاده متواصل ما دام نظامها القانوني في حركة وتطور وبناء مستمر.

فإلى أي مدى ساهم القاضي الإداري في إرساء قواعد المسؤولية الإدارية، وما أثر هذا الاجتهاد في المنظومة القانونية الإدارية في الجزائر.

للإجابة عن هذه الإشكالية اخترنا أن نتبع خطى اجتهاد القاضي الإداري الفرنسي في بعض مجالات المسؤولية الإدارية الخطئية أو المسؤولية المستقلة عن الخطأ، ونجد في ذلك مبرراً للكشف عن الأساس

1- احمد محيو، ترجمة محمد عرى صاصيلا، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ط1، د.م.ج، الجزائر، 1985م، ص44.

التاريخي والبعد النظري الذي تأثر به القاضي والمشرع الجزائريين وكذا الكثير من القوانين الوضعية. وقد اتبعنا في ذلك المنهج الوصفي باعتباره المنهج المناسب لوصف وتحديد بعض المفاهيم المتعلقة بالموضوع إضافة إلى المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل القرارات القضائية الصادرة عن جهات القضاء الإداري في فرنسا المدعمة لهذه الدراسة. واقتضت الدراسة تقسيم الموضوع إلى مبحثين:

المبحث الأول: دور الاجتهاد القضائي الإداري في إقرار مسؤولية الإدارة.

المطلب الأول: العدول عن مبدأ عدم مسؤولية الدولة.

المطلب الثاني: التكريس القضائي للمسؤولية الإدارية.

المبحث الثاني: دور الاجتهاد القضائي في إقرار مبادئ المسؤولية الإدارية.

المطلب الأول: المبادئ الاجتهادية المتعلقة بالمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ.

المطلب الثاني: المبادئ الاجتهادية المتعلقة بالمسؤولية الإدارية دون خطأ.

المبحث الأول: دور الاجتهاد القضائي الإداري في إقرار مسؤولية الإدارة.

عرفت المسؤولية الإدارية تطورات ملحوظة، ومرت بمرحلتين تميزت الأولى بعدم مسؤولية الدولة أو الإدارة عن أعمالها مهما كانت طبيعة ودرجة الضرر، وفي مرحلة ثانية أقرت مسؤوليتها تدريجياً وبصفة صريحة بعد صدور قرار بلانكو الشهير في 08-02-1873م.

المطلب الأول: العدول عن مبدأ عدم مسؤولية الدولة:

مع نهاية القرن 19 وبداية القرن 20، بدأ المفهوم المطلق لعدم مسؤولية الدولة يتلاشى، مما نتج عنه إلحاق أضرار بالأشخاص والأموال، وشيئاً فشيئاً بدأت فكرة مسؤولية الإدارة تشق طريقها نحو التطبيق.

ومما ساعد على إقرارها نذكر:

أولاً: العدول عن مبدأ سيادة الدولة من مدلوله المطلق، وهذا بعد تعرضه لانتقادات لادغة من طرف الفقه والقضاء واعتباره مبدأ مجافي للقانون والمنطق.

ثانياً: حلول النظام الديمقراطي وانتشاره، وهو النظام الأكثر تقبلاً لفكرة المسؤولية ورقابة القضاء والاحتكام لدولة القانون.

ثالثا: تغير دور الدولة من حارسة حامية لحقوق الأفراد وسلامتهم داخليا وخارجيا، إلى متدخلة في مختلف المجالات لاسيما الاقتصادية، واتساع نشاطها وزيادة المرافق وزيادة اتصال الأفراد بهذه المرافق، مما نجم عنه ازدياد الأضرار التي قد تسببها للأفراد فازدادت الحاجة الملحة لمساءلتها إنصافا للمتضررين.

رابعا: جهود القضاء الإداري في فرنسا، على رأسه مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع، الذي عمد إلى وضع عدة نظريات وتبني عدة أفكار وإقرار عدة مبادئ، حددت معالم هذه المسؤولية وارتبطت بلورتها بالتطور الذي حدث عند تنازع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري من بينها:

- نظرية الدولة المدانة، الذي ركز عليها مجلس الدولة الفرنسي منطلقا من فكرة مفادها "كل دين على الدولة يجب أن يسوى إداريا".

- فكرة التمييز بين أعمال السلطة وأعمال التسيير، وقررت مسؤولية الإدارة على النوع الثاني.

- معيار المرفق العام الذي ربط بقضية (بلانكو).

وتجدر الإشارة أن فكرة المسؤولية الإدارية في فرنسا وإن كانت حديثة نسبيا قد أقرت على مرحلتين المرحلة الأولى اعترفت بها القوانين في نطاقات ضيقة كالمادة 17 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن التي نصت على التعويضات في حالة الاعتداء على الملكية العقارية، وكذلك قانون بلوفيزور للسنة الثامنة في المادة الرابعة منه.

حيث تعرضت وبصورة عارضة لمسؤولية التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأشغال العامة.

المطلب الثاني: التكريس القضائي للمسؤولية الإدارية.

يعود التكريس القضائي للمسؤولية الإدارية إلى محكمة التنازع الفرنسية التي أيدت مجلس الدولة الفرنسي من خلال قرار بلانكو الصادر بتاريخ 08-02-1873م تتلخص وقائعها:

في أن المدعوة انياس بلانكو طفلة في الخامسة من عمرها تعرضت لحادث تسببت فيه عربة مقطورة تابعة لوكالة التبغ التي كانت تنقل إنتاج هذه الأخيرة من المصنع إلى المستودع مما سبب لها أضرار جسيمة.

بادر والد الضحية بالإجراءات، فرفع دعوى أمام القاضي العادي ضد ممثل الدولة مؤسسا دعواه على أحكام القانون المدني لا سيما المواد 1382 و1383 وما يليها.

دفع مدير مقاطعة بورديو بعدم اختصاص المحاكم العادية للنظر في القضية، وهو ما أدى إلى عرض النزاع على محكمة التنازع الفرنسية التي أصدرت قرارها في الموضوع بترجيح صوت وزير العدل الذي كان رئيساً للمحكمة بعد انقسام أعضائها إلى فريقين متساويين، فقضت في 08 فيفري 1873م باختصاص القضاء الإداري للنظر في النزاع بناء على تقرير مفوض الدولة السيد (دافيد)، حيث جاء في حيثية قراره: "...إن مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تلحق الأفراد بسبب تصرفات الأشخاص الذين تستخدمهم في المرفق العام لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقرها القانون المدني للعلاقات بين الأفراد.

وهذه المسؤولية ليست بالعامّة ولا بالمطلقة بل لها قواعدها الخاصة التي تتغير بحسب حاجات المرفق وضرورات التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة".

ويعتبر هذا القرار نقطة تحول كبيرة في تاريخ القضاء الفرنسي وقفزة نوعية من عدم المسؤولية، ووضع حد لهذا الاعتقاد البدائي إلى الاعتراف بمسؤوليتها، ونقطة تحول كبيرة نحو استقلالية القضاء الإداري ككل.

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري كان يتشدد في بداية الأمر في شروط المسؤولية الإدارية، مراعاة للمصالح العام، وحتى لا يشل عمل جهة الإدارة، ولذلك كان يتطلب لقيام هذه المسؤولية ليس فقط ضرورة أن يكون هناك خطأ، وإنما يجب أن يكون هذا الخطأ جسيماً.

ولكن ومع تطور المبادئ الديمقراطية، وبالأخص مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، بدأ القضاء يخفف من حدة تلك الشروط بل وبدأ يوازي بين اعتبارات الصالح العام واعتبارات العدالة في تعويض الأفراد عما أصابهم من أضرار نتيجة ممارسة النشاط الإداري ليتحول النقاش إلى أساس هذه المسؤولية.

المبحث الثاني: دور الاجتهاد القضائي في إقرار مبادئ المسؤولية الإدارية.

السائد في نظام القضاء المزدوج - فرنسا بالخصوص أن أساس مسؤولية الإدارة يمكن في مجموعة من القواعد القانونية المغايرة والتميزة عن القواعد القانونية المدنية التي تطبقها المحاكم العادية في مجال المسؤولية، وهي قواعد قانونية تتلاءم مع طبيعة الروابط الإدارية، وتضفي طابعاً خاصاً ومستقل على المسؤولية الإدارية وهي من صنع القضاء الإداري، قررها منذ زمن بعيد، منذ أن اصدر حكمه في قضية (rotchild) عام 1855م¹، وتأكد ذلك بصدور حكم محكمة التنازع في قضية Blanco عام 1873م، وهما حكمان وضعاً في الحقيقة اللبنة الأولى لاستقلال المسؤولية الإدارية عن المسؤولية المدنية، إذ قرر فيهما

1- مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ط1، دار المعارف، مصر، 1959م، ص556.

مجلس الدولة أن "مسئولية الدولة عن الأضرار التي تصيب الأفراد والناجمة عن تصرفات العاملين في المرافق العامة، لا يمكن أن تنظم بواسطة المبادئ المستقرة في القانون المدني من أجل علاقات الأفراد بعضهم ببعض، وأن هذه المسؤولية ليست بالعامّة ولا بالمطلقة، ولها قواعدها الخاصة والتي تختلف بحسب حاجات المرافق والضرورة في التوفيق بين حقوق الدولة ومصالح الأفراد.....ولذا فإن القاضي غير ملزم بالقواعد¹ المدنية وهو بصدد النظر في أحكام المسؤولية الإدارية" وتنظيم أحكام هذه المسؤولية متروك للقضاء الإداري باعتباره قضاءً إنشائياً وقادراً على موازنة هذه الأحكام مع طبيعة تلك المسؤولية.

فما هي أهم المبادئ التي أقرها القضاء الإداري في مجال المسؤولية الإدارية كنظرية قضائية؟

المطلب الأول: المبادئ الاجتهادية المتعلقة بالمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ.

الأصل أن مسؤولية الإدارة قائمة على فكرة الخطأ فلا يمكن تحميل الإدارة المسؤولية وإلزامها بدفع التعويض دون ثبوت ارتكابها للخطأ، ذلك أن إثبات خطأ الإدارة هو الذي يعطي لرافع دعوى المسؤولية حق المطالبة بجبر الضرر عن طريق التعويض، وأطلق عليه اسم الخطأ المرفقي أو المصلي تمييزاً له عن الخطأ الشخصي.

استعمل هذا المصطلح (الخطأ المرفقي) في فرنسا من طرف مفوضوا الدولة في مذكراتهم التي قدموها إلى مجلس الدولة من سنة 1903م إلى 1905م، تبناها هذا الأخير سنة 1904م، ربطه البعض بقضية (Blanco)، وأرجعته الأغلبية إلى قضية (Pelletier)، وبذلك ثبت كأساس للمسؤولية الإدارية.

ولقد اتفق القضاء الإداري على صعوبة تعريف الخطأ المرفقي فعرفوه عن طريق السلب وذلك بتمييزه عن الخطأ الشخصي وعلى صعوبة إثباته في بعض الحالات فأوجدوا ما أسموه بقريئة الخطأ المفترض.

أولاً: معايير تمييز الخطأ المرفقي عن الخطأ الشخصي:

رغم أهمية التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في حسم النزاع، إلا أن القضاء الإداري باعتباره قضاءً إنشائياً يتطور بتطور الحياة الإدارية، لم يصنع قاعدة عامة، ولم يرغب كعادته في أن يقيد نفسه بضوابط محددة سلفاً، مفضلاً ترك الأمر لتقديره في ضوء ظروف وملابسات كل حالة على حدى وذلك لمرونة فكرة الخطأ ذاتها، ورغم ذلك ميّز القضاء الإداري حال فصله في بعض القضايا حسب معايير، نوجزها في ما يلي:

1- أنظر: محمد عبد الواحد الجميلي، قضاء التعويض، دار النهضة العربية، 1995م، ص421.

1- معيار الخطأ المنفصل عن الوظيفة

الخطأ المنفصل عن الوظيفة هو خطأ شخصي، يرتكبه الموظف في حياته الخاصة، بعيدا عن ارتباطات وظيفته ويستوي أن يكون الانفصال ماديا، كالعون البلدي الذي كان يتجول بدراجته النارية خارج المرفق متسببا في حادث، أو معنويا وهو ما جسده محكمة الشارع الفرنسية في قضية (Gerondet)، التي تتلخص وقائعها أن أستاذ تلفظ داخل القسم بكلمات مشينة وفاحشة ومنافية للدين، فقررت المحكمة أن "هذا العمل لا يمكن أن تكون له علاقة بالتعليم، ويعتبر خطأ منفصل عن ممارسة وظيفته الأستاذ".¹

2- معيار الخطأ العمدي:

الخطأ العمدي هو الخطأ الذي يرتكبه الموظف العمومي أثناء ممارسة مهامه الوظيفية، ينطوي على نية سيئة لدى فاعله، كالإضرار بالغير، أو تحقيق مصالح شخصية محضة، كالقتل العمدي بسلاح المرفق أثناء تأدية المهام.

3- معيار الخطأ الجسيم

هو خطأ شخصي يرتكبه الموظف أثناء تأدية مهامه الوظيفية، يتميز عن سابقه بأنه لا ينطوي على نية سيئة، فالباعث على الإيذاء منعدم وغير متوفر، ومع ذلك يتحمل العون المسؤولية الشخصية وذلك لخطورة الفعل الذي أقدم عليه، لان كان عليه التزام على الأقل عناية الموظف العادي، وهذا تنبيه للموظف حتى يحتاط أكثر ويلتزم بواجباته الوظيفية حسبما تقرره القوانين و الأنظمة².
وتبقى هذه المعايير بمثابة توجيهات يسترشد بها القضاء الإداري عند تطبيق قواعد المسؤولية الإدارية الخطيئة، لأنه يعطي لنفسه سلطة البحث في كل حالة ويختار لها ما يلائمها من المعايير³.

ثانيا: قرينة إثبات الخطأ المرفقي (الخطأ المفترض)

القاعدة العامة أن عبء إثبات الخطأ يقع على الضحية، لنكون أمام ما يسمى بالخطأ الثابت، إلا انه في بعض الحالات و لصعوبة إثبات ذلك على الضحية، اتجه القضاء الإداري نحو تسهيل شروط انعقاد المسؤولية الإدارية إلى الاستعانة بالقرائن القضائية لإثبات ركن الخطأ، فابتكر قرينة الخطأ المفترض، بان

1- رمضان محمد بطيخ، الإلغاء و التفويض في القضاء الإداري، شروط قبول دعوى التعويض، منشورات المنظمة العربية للتمية الإدارية، القاهرة، مصر، 2009 م، ص171.

2- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني(الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية، جسر للنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، 2013م، ص129.

3- نفس المرجع السابق، ص173.

يفترض أن الإدارة أخطأت، فيقع عليها واجب إثبات عدم وجود خطأ يمكن نسبته إليها، فإن وفقت في ذلك تعفى من تحمل المسؤولية، وهو عبء صعب لتعلقه بواقعة سلبية.

والحقيقة أن افتراض الخطأ يبزر الاهتمام المتزايد بجعل الضحية في وضعية أكثر حماية.

ومن أهم المجالات التي يستعمل فيها القاضي الإداري قرينة الخطأ المفترض المنازعات الخاصة بمرتفقي الأشغال العمومية و مستعملي المباني و المنشآت العامة و حوادث المرور، فمسؤولية الإدارة في مثل هذه الحالات قائمة على أساس الخطأ المفترض¹

المطلب الثاني: المبادئ الاجتهادية المتعلقة بالمسؤولية الإدارية دون خطأ.

المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ وان كانت الأصل، أصبحت غير كافية بمفردها لمواجهة العديد من الحالات التي يترتب عليها تعويض الضرر، مما أدى بمجلس الدولة الفرنسي إلى سد هذه الفجوة بابتداع أساس آخر لمسؤولية الإدارة أطلق عليه اسم المسؤولية دون خطأ.

المسؤولية الإدارية دون خطأ هي مسؤولية استثنائية احتياطية، يلجا إليها القاضي الإداري في مجالات يصعب فيها إثبات الخطأ، مراعاة منه لمبدأ الإنصاف و العدل، وحتى لا تترك الضحية تثن تحت وطأة مخاطر النشاط الإداري².

ظلت هذه المسؤولية تتطور في اتجاه أفقي، حيث أرسى القضاء الإداري الفرنسي مسؤوليات جديدة تبقى غير معروفة في قضاء مجلس الدولة الجزائري، كما هو الحال مثلا للمسؤولية الإدارية بسبب النصوص القانونية و المعاهدات الدولية والمسؤولية الإدارية عن عدم تنفيذ الأحكام القضائية.

أولاً: إقرار مبدأ المسؤولية الإدارية على أساس المخاطر:

تعتبر المخاطر في هذا النوع من المسؤوليات العنصر الأساسي الذي يعتمد عليه القاضي لإقامة هذه المسؤولية لتمكين الضحايا الاستفادة من التعويض، سواء كانوا من الموظفين، أو المشاركين الظرفيين في المرافق أو حتى ضحايا مستعملي المرافق الخطرة.

1- لحسين بن الشيخ أث ملوية، دروس في المسؤولية الإدارية، ط1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر 2006م، ص32.

2- في هذا الموضوع راجع: مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقها في القانون الإداري، د.م.ح، الجزائر، 2000م ص03 وما يليها.

ولقد اوجد هذا النوع من المسؤولية مجلس الدولة الفرنسي في قضية (comes)، بقرار صادر له بتاريخ 21-06-1895م الذي اعتبر أن الإدارة مسؤولة عن المخاطر التي تصيب العاملين معها نتيجة مشاركتهم في تسيير المرفق العمومي، بعد أن تعرض احد العمال لإصابة نتيجة شظية أصابت يده فقد على أثرها قدرته على العمل.

بادر الضحية إلى رفع دعوى أمام مجلس الدولة مطالبا تعويضه، فقضى مجلس الدولة الفرنسي بأن العدالة توجب مسؤولية الدولة عن تعويضه.

اعتبر هذا القرار الأول من نوعه الذي تبنى هذا المبدأ، وبرز بشكل جلي الدور الإبداعي للاجتهاد القضائي و تأثيره في التشريع للمخاطر الاجتماعية و المهنية ومختلف المخاطر الإدارية¹، نذكر منها:

1- أضرار الأشغال العامة:

اعتمد القضاء الإداري في البداية على طبيعة الضرر الحاصل كمعيار لتحديد مسؤولية الإدارة، وجرى التمييز بين الضرر الدائم و الضرر العرضي، في النوع الأول أسست المسؤولية على ساس المخاطر على اعتبار أن الضرر نتيجة حتمية و محسوبة ضمن مخاطر الأشغال العامة، أما في النوع الثاني اشترط لتعويضه وجود خطأ، لان الضرر كان ممكن أن لا يحصل كونه عرضي مؤقت و طارئ وليس نتيجة حتمية للأشغال العامة بل هو حادث من حوادث تنفيذها.

لكن القضاء الإداري هجر هذا المعيار لغموضه وصعوبة تطبيقه، ليستند إلى معيار آخر هو معيار الضحية حيث ميز بين الضحية إذا كان مشاركا أو مستفيدا أو من الغير، واختلف تبعا لذلك أساس المسؤولية، فإذا كانت الضحية مشاركا أقيمت المسؤولية على أساس الخطأ، أما إذا كانت مستفيدا أقيمت المسؤولية على أساس خطأ الصيانة العادية للمنشئ العمومي وهي نظرية استمدها الاجتهاد القضائي من فكري الخطأ و المخاطر.

أما إذا كانت الضحية من الغير، فان الاجتهاد القضائي قد أسس المسؤولية على أساس المخاطر، شرط توفر شرطين :

- أن يكون الضرر غير عادي و خاص.
- وجود رابطة سببية مباشرة بين الشغل أو المنشأ العمومي و الضرر المشكو منه.

2- المتفجرات و الذخيرة :

وضع قواعدها القضاء الإداري الفرنسي ابتداء من 1919م في قضية (رونو دي روزي)¹.

تتلخص وقائع هذه القضية في انفجار مهول وقع في مخزن للأسلحة تابع للإدارة العسكرية، كان موجود بجوار حي سكني، ذهب صحبته عدد كبير من الأشخاص وتسبب بأضرار مادية بليغة، فقرر مجلس الدولة الفرنسي انه:

"...باعتبار الضرر الذي لحق الضحايا غير عادي، لان تكديس المتفجرات يشكل خطرا يفوق حدود المخاطر التي تتجم طبيعيا..."، فقرر مجلس الدولة الفرنسي تعويض المتضرر على أساس نظرية المخاطر. ولقد اخذ القضاء الإداري في الجزائر بهذه النظرية مباشرة سنة 1977 م في قضية بن حسان احمد ضد وزارة الداخلية، أين انفجر خزان كان مملوء بالببنزين، أصاب هذا الانفجار منزل السيد بن حسان المجاور وأدى إلى وفاة زوجته الحامل و ابنته.

ولما تابع الأمر أمام القضاء، حكم المجلس الأعلى لصالحه، وجاء في قراره ما يلي :

"...حيث أن هذا الخزان يشكل مخاطر غير عادية على الأشخاص و الأموال، فان الأضرار المتولدة عن هذا الضرر تفوق خطورتها الحدود التي يتحملها الجيران في الأحوال العادية..."

3- الأسلحة و الأشياء الخطرة :

في حالة الأسلحة المستعملة من طرف قوات الأمن من شرطة و درك، و الأسلحة المستعملة من طرف عناصر الجيش والتي تسبب أضرار للغير، ميز القضاء الإداري بين الضحية إذا كانت غير مقصودة، فإذا كانت الضحية مقصودة أسست المسؤولية على الخطأ البسيط وإذا كانت غير مقصودة أقيمت المسؤولية على أساس المخاطر، وكان ذلك ابتداء من 24 جوان 1949م².

1- راجع هذا الموضوع : سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرف الطعن في الأحكام، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986م، ص212.

1- بوحميده عطاء الله ، القضاء الإداري، (تنظيم عمل واختصاص)، دار هو من للنشر، الجزائر، 214م، ص324.

وقد اخذ مجلس الدولة الجزائري بمسؤولية الدولة الناجمة عن مخاطر استعمال السلاح الناري في قضية وزير الداخلية و الجماعات المحلية ضد ورثة (خ.ا)، حيث تتلخص وقائع القضية بإصابة هذا الأخير بطلقات نارية بصفة غير عمدية من سلاح شرطي أثناء قيامه بمهامه المتمثلة في مقاومة التجمهر و التجمعات¹.

4- الأنشطة و المرافق الخطرة :

من أمثلتها :

- مؤسسات إعادة التربية :

حيث أسسها مجلس الدولة الفرنسي على الخطأ الجسيم، ولكنه غير موقفه بعد ذلك وأسسها على المخاطر، ومرد ذلك طبيعة نشاط هذا النوع من المؤسسات الذي يخلق مخاطر استثنائية خاصة بالنسبة للسكان في الجوار، ثم مده إلى آخرين بعيدين بسبب تطور وسائل النقل، فغير بذلك مفهوم الجوار واستبدل قاعدة المخاطر غير العادية للجوار بقاعدة المخاطر الغير عادية للغير، فوسع بذلك من مفهوم الضحية، شرط أن ترتكب الجريمة في وقت قريب من الفرار حتى لا تنتفي العلاقة السببية بين واقعة الفرار و إلحاق الضرر².

- مستشفيات الأمراض العقلية:

أقيمت المسؤولية الإدارية في البداية على الخطأ الجسيم، وبالتالي أسست على المخاطر لان الخروج منها ولو كان مرخص لبعض المرضى يشكل مخاطر غير عادية للجوار³.

5- المشاركة الظرفية في المرافق العمومية:

إن مجلس الدولة الفرنسي ميز بين الأعوان الدائمين والأعوان غير الدائمين، حيث أقام مسؤولية الأعوان الدائمين التابعين للإدارة الذين كانوا ضحايا عملهم في البداية على أساس المخاطر، ولكنه غير موقفه هذا خاصة بعد صدور النصوص القانونية المتعلقة بإصابات العمل والأمراض المهنية⁴.

أما بالنسبة للمعاونين العربيين قد أقامها القضاء الإداري الفرنسي على أساس المخاطر وتدرج في تطبيق هذه النظرية، حيث كان في بداية تطبيقها تمس فقط معاونين المجبرين على تقديم المساعدة إلى الإدارة، إذ نجد

1- قضية وزير الداخلية و الجماعات المحلية ضد ورثة (خ.ا) قرار 47 7 19 مؤرخ في 2005/11/29م، مذكور في مرجع

(خلوفي رشيد، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، د.م.ح، الجزء الثالث، الجزائر، 2013م، ص 1414.

2- بوحميده عطاء الله، المرجع السابق، ص320.

3- المرجع نفسه، ص 321.

4- صدرت هذه القوانين في الجزائر سنة 1983م.

بعض النصوص القانونية سواء في فرنسا أو في الجزائر تلزم بعض الأفراد بتقديم المعاونة إلى الإدارة إذا طلبت منهم ذلك، إذا ألحقهم ضرر جراء ذلك كان القضاء الإداري لا يتردد في الحكم بمسؤولية الإدارة على أساس المخاطر المهنية استنادا إلى شرطي الضرر الخاص والضرر الجسيم¹.

من التطبيقات القضائية في فرنسا قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 05 مارس 1943م، الذي قضى بمنح التعويض لأحد الأشخاص عن الأضرار التي لحقت به نتيجة إجباره على تقديم المعاونة لرجال الدرك الوطني الفرنسي لإخماد الحرائق، وكذلك قراره الصادر بتاريخ 30 نوفمبر 1945م الذي قضى بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بأحد الأشخاص نتيجة إجباره على تقديم المساعدة لرجال الشرطة لمنع وقوع انتحار. وقد توسع القضاء الإداري لتطبيقه لنظرية المخاطر المهنية لتشمل كذلك الأضرار التي تقع على الأفراد الذين يتقدمون لمساعدة الإدارة بصفة اختيارية بناء على طلب الإدارة.

من التطبيقات القضائية الفرنسية في هذا المجال نجد قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 22/نوفمبر/1946 في قضية تتلخص وقائعها في إصابة معاونين متطوعين بجروح جراء قيامهما اختياريا بمساعدة البلدية في القيام بإطلاق العاب نارية في احتفال محلي بناء على طلب مقدم من طرف البلدية. حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية البلدية عن الأضرار التي أصابت معاونين على أساس المخاطر المهنية وهو نفس ما تبناه القضاء الإداري الجزائري الذي يستشف من قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى الصادر بتاريخ 11/03/1989م، الذي قضى بمسؤولية البلدية دون خطأ على أساس المخاطر المهنية في حادثة وفاة أحد الأشخاص أثناء قيامه بتقديم مساعدته لإدارة الجمارك مجانا مؤسسا موقفه على أن الاجتهاد القضائي في الجزائر قد أقر مسؤولية الإدارة حتى في حالة انعدام الخطأ اتجاه الأشخاص والحوادث عندما يكونون مدعويين لتقديم مساعداتهم.

ومن خلال التطبيقات القضائية لهذه النظرية سواء في القضاء الإداري الفرنسي أو الجزائري يمكن القول أنه وللحكم بمسؤولية الإدارة على أساس المخاطر المهنية سواء تعلق الأمر بالمعاونة الإجبارية أو الإختيارية وجب توفر شروط:

- أن يكون من شأن النشاط الذي قام به المعاون تأدية خدمة لصالح مرفق عام.
- أن تتم عملية المساعدة بناء على طلب الإدارة (صراحة أو ضمنا).

1- نجد على سبيل المثال نص المادة 20 من القانون رقم 12/84 المتضمن النظام العام للغابات الذي يمنح السلطات المختصة لمكافحة حرائق الغابات أن تلزم ما تشاء من الأفراد لمعاونتها لدرء الكوارث العامة، فإذا أصابهم ضرر نتيجة ذلك كان لهم حق المطالبة بالتعويض.

- أن يقع الضرر خلال الفترة التي يعتبر فيها الشخص معاوناً للإدارة.

ثانياً: إقرار مبدأ المسؤولية على أساس المساواة أمام الأعباء العامة:

تقوم هذه المسؤولية على أن المواطنين يلتزمون بالمساهمة في التكاليف والأعباء المترتبة على إدارة وتسيير المرافق العامة كل في حدود إمكانياته، وهو ما يحقق التوازن العادل لهذه التكاليف والأعباء المترتبة على إدارة وتسيير المرافق العامة كل في حدود إمكانياته، وهو ما يحقق التوازن العادل لهذه التكاليف وتلك الأعباء، فإذا نتج عن نشاط تلك المرافق ضرر لأحد أو بعض المواطنين، فإن عبء هذا الضرر يوزع على مجموع المواطنين، وذلك بتعويض المتضررين في أشخاصهم وأموالهم والقول خلاف ذلك يعني إهدار لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، الأمر الذي يتنافى مع اعتبارات العدالة.

وتجدر الإشارة إلى أن نشاط الإدارة في هذه الحالة لا ينطوي على فكرة المخاطر، وإنما هو فكرة المساواة أمام التكاليف العامة الذي يقضي بوجود عدم تحميل بعض المواطنين لأعباء إضافية لا يتحملها مجموع المواطنين على قدم المساواة، فالتعويض - كما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي - هو وسيلة لإعادة المساواة بين المواطنين الذي اختلف نتيجة تحمل البعض منهم دون الآخرين لأعباء جسيمة يتجاوزون بها الأعباء العادية التي يتحملها كافة أفراد المجتمع .

و ينحصر تطبيقها في مجالين هما:

1- مسؤولية الإدارة الراضة لتنفيذ أحكام القضاء:

إذا صدر حكم قضائي نهائي لصالح شخص ضد شخص آخر، له الحق في طلب مساعدة القوة العمومية لتنفيذ هذا الحكم، فإن هي رفضت ذلك لدواعي أمنية، كان قرار رفضها مبرراً، ومثل هذا القرار يمنح المستفيد من الحكم القضائي حق المطالبة بالتعويض استناداً إلى مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة وهذا إذا كان الضرر غير مألوف.

كان أول من أرسى هذه المسؤولية هو قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 23-11-1923م في قضية (كوتياس) اليوناني الأصل، الذي تمكن من الحصول على أراضي زراعية في الجنوب التونسي كان قد اشتراها من احد ورثة الأشراف القدامى، وكان يقيم بها سكان معظمهم فلاحون، رفضوا الخروج منها فاستصدر حكم لصالحه من محكمة سوسة التونسية بتاريخ 13/02/1908م.

ولما استعان بالسلطات العمومية لتنفيذ حكمه رفضت التدخل لأنها رأت في تدخلها تمرد وعصيان الأهالي و قد يؤدي الأمر إلى نشوب حرب معهم.

أمام صعوبة الوضع، لجأ إلى مجلس الدولة الفرنسي مطالباً بالتعويض عن الأضرار التي سببها امتناع الإدارة من أداء واجبها في تنفيذ الأحكام.

فقرر مجلس الدولة الفرنسي أن لكل متقاضٍ حصل على حكم لصالحه، الحق في مساعدة القوة العمومية للحصول على حقوقه، فإن هي امتنعت بحجة الحفاظ على النظام العام، فإنه يستحق التعويض تجسيداً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

2- المسؤولية بسبب النصوص القانونية والمعاهدات الدولية.

انطلاقاً من الربع الأخير من القرن التاسع عشر وبعد التطور الذي بلغته المسؤولية الإدارية أقرّ مجلس الدولة مبدأً آخر من المسؤولية وهو مسؤولية الدولة عن عملها التشريعي الذي رأى النور يوم 14 جانفي 1938م بمناسبة نظره في قضية (La Fleuriate)، التي تتلخص وقائعها في:

أصدر المشرع الفرنسي نصاً قانونياً بتاريخ 09 جوان 1934م، يهدف إلى حماية المنتجات المصنوعة من الحليب الصافي، فمنع بموجب أحكامه صناعة بعض مشتقات الحليب وحددها حصراً.

عند تطبيق هذا النص تضرر شخص واحد هو صاحب هذه الشركة.

رفعت الشركة دعواها أمام مجلس الدولة الفرنسي مطالبة بتعويض الأضرار التي لحقتها جراء تطبيق هذا القانون، فحكم لها مجلس الدولة بذلك معلناً: "...أن هذا العبء الذي وقع على الشركة، وقرر لصالح الجميع لا بد أن يتحمل الجميع عبء ذلك لا أن يقع على الشركة الغرم كله....."

وبحكمه هذا عوضت الشركة عن الأضرار التي لحقتها جراء تطبيق هذا القانون هذا وقد امتد تطبيق المسؤولية إلى المعاهدات الدولية والقرارات الإدارية .

وهكذا وكما هو واضح لم يقتصر مجلس الدولة الفرنسي على أساس واحد يقيم عليه المسؤولية وإنما على أساسين متميزين.

خاتمة:

وختاماً يمكن القول أن القضاء الإداري في فرنسا وعلى رأسه مجلس الدولة الفرنسي يتبع سياسة حكيمة في المجال الإداري بصفة عامة، وفي مجال المسؤولية الإدارية بصفة خاصة، وهي سياسة عدم التقيد بشكل مسبق بقواعد عامة، فهو يفضل في واقع الأمر استنباط قواعد جديدة يطبقها في هذا المجال، قواعد تحكمها روابط القانون العام، حيث تكون من المرونة بما يجعلها تسير تطور مقتضيات الحياة الإدارية،

وتعمل على التوفيق بين هذه المقتضيات وبين حماية الحقوق الخاصة بالأفراد وترك الأمر لتقديره حسب ظروف وملابسات كل حالة على حدى، ولهذا كان يردد باستمرار مقولة: "أن قواعد المسؤولية الإدارية تتنوع وفقا لحاجات المرفق وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة وحقوق الفرد"

ومن ثمة القاعدة الاجتهادية تتولد من خلال البحث عن تحقيق التوفيق بين ضرورة العملية الإدارية وحقوق وحرىات المواطنين، ومنه أضفى طابعا خاصا ومستقلا على المسؤولية الإدارية وهذا لا يجعل القاضي مشرعا ولا يجسد اجتهاده خلقا ذاتي للقانون بل اكتشفا له، وهنا فقط يمكننا القول أننا انتقلنا لمن دولة التشريع إلى دولة القانون.

قائمة المصادر والمراجع

1- احمد محيو، ترجمة محمد عرى صاصيلا، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ط1، د.م.ج، الجزائر، 1985م، ص44.

2- بوحميدة عطاء الله، القضاء الإداري، (تنظيم عمل واختصاص)، دار هو من للنشر، الجزائر، 214م.

3- خلوفي رشيد، سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، د.م.ج، الجزء الثالث، الجزائر، 2013م.

4- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرف الطعن في الأحكام، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986م.

5- رمضان محمد بطيخ، الإلغاء و التقويض في القضاء الإداري، شروط قبول دعوى التعويض، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر.

6- محمد عبد الواحد الجميلي، قضاء التعويض، دار النهضة العربية، 1995م.

7- مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري، د.م.ج، الجزائر، 2000م.

8- مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ط1، دار المعارف، مصر، 1959م.

9- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني(الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية، جسور للنشر والتوزيع، ط1، الجزائر، 2013م.

10- لحسين بن الشيخ أث ملوية، دروس في المسؤولية الإدارية، ط1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر 2006م.

1 – Remy Cabrillac, Droit des Obligation, 3eDaloz, paris, 1998, p158.

دور القاضي المدني في سد الفراغ التشريعي في مجال منازعات التسجيل و الشطب في

القوائم الانتخابية وفقا للأمر 01-21 المتضمن القانون العضوي للانتخابات

د. خميسي زهير

جامعة 8 ماي 1945-قالمة

khemissi_z24@yahoo.fr

الملخص: إن القضاء يساهم في إحداث حماية حقيقية وفعالة للعملية الانتخابية، خصوصا إذا تعلق الأمر بحق التصويت في الانتخابات، حيث يجمع الفقهاء وعلماء القانون على أن أفضل وسيلة قانونية لتحقيق إنتخابات نزيهة هو إتباع مبدأ رقابة القضاء، لما يتميز به القضاء من استقلالية وحفاظ على الحقوق الأساسية لجميع أفراد المجتمع، وهو ما يحقق لنا انتخابات نزيهة وبعيدة عن التزوير ومعبرة عن آراء جميع الناخبين. وتعد مرحلة التسجيل في القوائم الانتخابية، من الأعمال التحضيرية للعملية الانتخابية التي تسبق الاقتراع، حيث تكون شروط وأجال وإجراءات التسجيل محددة ومنظمة بموجب قانون الانتخابات. و من هنا نطرح الاشكالية التالية : كيف يساهم القاضي المدني في تكريس الحماية اللازمة لحق الانتخاب من خلال التسجيل في القوائم الانتخابية ؟

الكلمات المفتاحية : العملية الانتخابية - القوائم الانتخابية - الضمانات الدستورية -

الضمانات القانونية

The elections are the best democratic way for the citizens to participate in the management of their daily life and business and therefore to express themselves and their choice and convictions with freedom and independence. All these could be done and realized by a clean and transparent election all along its steps by respecting the laws by everyone. One of the most important steps of these elections is the step of inscription in the electoral lists. It is one of the conditions which permits to the citizens to exercise their elective rights besides other conditions. That's why, the law -maker has given a great importance to this step which is very sensitive by giving constitutional and judicial warranties which were reinforced during the last rectification of 2016 and the organic law 16-10 which concerns the regulations of the elections in order to protect it from the fraud and from any other act which may change the choice, the will of the electors.

Keywords: Electoral operation, Electoral lists, Constitutional guarantees, Juridical guarantees.

المبحث الأول: مفهوم عملية التسجيل في القوائم الانتخابية

تعد عملية التسجيل في القوائم الانتخابية الحلقة الأساسية للعملية الانتخابية بإعتبار أن التسجيل هو الدليل على إكتساب المواطن صفة الناخب، و لكي يتمكن هذا المواطن أن يكون عضوا في هيئة الناخبين والتي تعني المواطنين البالغين سن الرشد السياسي لابد أن يقيد بصفة رسمية في إحدى القوائم الانتخابية

نتناول في هذا المبحث تعريف القوائم الانتخابية و خصائصها في (المطلب الأول) و التسجيل في هذه القوائم و مراجعتها في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف القوائم الانتخابية وخصائصها

نتناول في هذا المطلب تعريف القوائم الانتخابية و خصائصها .

الفرع الأول: تعريف القوائم الانتخابية

سنحاول التحدث في هذا الفرع إلى تعريف القوائم الانتخابية فقها وتشريعا من خلال ما يأتي:

أولاً- التعريف التشريعي للقوائم الانتخابية:

أ - بالنسبة للمشرع الجزائري لم يعرف صراحة القوائم الانتخابية ولكن إكتفى بذكر خصائصها وطرق التسجيل فيها، و كيفية إعدادها والجهة المختصة بذلك ومراجعتها، ومن بين التشريعات العربية المختلفة التي عرفت القوائم الانتخابية يمكن أن نذكر ما يلي:

ب - المشرع التونسي نجد أن المشرع التونسي عرفها بقوله >> يقصد بالسجل الانتخابي هو قاعدة بيانات الأشخاص المؤهلين للتصويت في الانتخابات والإستفتاء << .

ج - المشرع الفلسطيني كان دقيقا في تعريفه للقوائم الانتخابية حيث قسم مرحلة التسجيل إلى قسمين:

القسم الأول: أو المرحلة المؤقتة (الأولى) والقسم الثاني: سماها بإسم المرحلة النهائية (الثانية).

حيث عرف الأولى >> بأنها السجل الذي يحوي أسماء وبيانات المواطنين التي تتم إعدادها ونشرها <<. (1)

ثانيا- التعريف الفقهي للقوائم الانتخابية:

لقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للقوائم الانتخابية، بسبب أن عملية التسجيل في القوائم الانتخابية تتصل بالعديد من الجوانب القانونية والسياسية والاجتماعية لما يعود على مصلحة البلاد، فمنهم من ركز في تعريفه على أنها :

" تلك القوائم التي تخص بصفة رسمية المواطنين المستوفين للشروط المطلوبة قانونا " ، فيما ركز جانب آخر من الفقهاء على عنصر نزاهة العملية الانتخابية بقولهم أن القوائم الانتخابية هي: " الوثيقة التي تحصي عدد الناخبين و تحرر مقدما وفي مواعيد محددة سابقا قبل موعد الانتخابات (2)

الفرع الثاني: خصائص القوائم الانتخابية

للقوائم الانتخابية أهمية بالغة في نزاهة العملية الانتخابية من بدايتها إلي نهايتها، وبذلك فإنها تتميز بمجموعة من الخصائص يمكن أن نشرح أهمها من خلال ما يأتي:

أولا - وحدة القوائم الانتخابية:

تتمثل وحدة القوائم الانتخابية بأنها لا تكون مقيدة في إعدادها بنوع واحد من الانتخابات أو نوع معين من الاستفتاءات، كما أن لكل دائرة إنتخابية قائمة إنتخابية واحدة تضم المواطنين المقيمين في تلك الدائرة فقط، و تكون هذه القوائم الانتخابية صالحة لكل الانتخابات المحلية وحتى الوطنية وجميع أنواع الاستفتاءات المختلفة (3)

ثانيا- دوام القوائم الانتخابية:

يمكن القول بأن هذه الخاصية تعني بأن يكون السجل معد مسبقا على سبيل الدوام والاستمرار ويمكن إستخدامه عند الحاجة إليه بحيث لا يتم إستحداث هذه السجلات لكل عملية إنتخابية، إنما يقتصر الأمر على تعديل هذه القائمة وتحديثها فقط، وذلك في حالة توفرت الشروط القانونية للناخب في المواطنين (4)

ثالثا- علنية القوائم الانتخابية:

تعني أنها ليست سرية بل علنية ويمكن لأي شخص الإطلاع عليها إذا أراد، وذلك حسب نص المادة 70 من الأمر رقم 21- 01 بقولها >> تلتزم السلطة المستقلة بوضع القائمة الانتخابية البلدية أو القائمة الانتخابية للمراكز الدبلوماسية والقنصلية بالخارج، بمناسبة كل إنتخاب، تحت تصرف الممثلين المؤهلين قانونا للأحزاب السياسية المشاركة في الإنتخابات والمترشحين الأحرار دون المساس بالمعطيات ذات الطابع الشخصي.

- تسلم السلطة المستقلة نسخة من هذه القوائم الانتخابية إلى المحكمة الدستورية.

- لكل ناخب الحق في الإطلاع على القائمة الانتخابية التي تعنيه متى طلب ذلك.

- تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من رئيس السلطة المستقلة الذي ينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية <(5)>.

رابعاً- ثبات القوائم الانتخابية:

يتمثل مبدأ ثبات القوائم الانتخابية في أنها لا تقبل أي تعديل عليها كقاعدة عامة إلا خلال فترة زمنية معينة من كل سنة، وكما نعلم أنه لكل قاعدة إستثناء، والإستثناء في ثبات القوائم الانتخابية يكون في حالة حدوث بعض التغييرات مثل بلوغ أحد المواطنين سن الرشد السياسي مما يلزم إضافتهم لهذه القائمة، فيما يتوفى آخرون أو يصبحون غير مقبولين بسبب صفاتهم أو تخلف أحد الشروط القانونية بحدوث مانع من موانع الأهلية كالحجز أو الحجر أو الجنون وغيرها من الأسباب والموانع

التي تحول دون تسجيلهم (6)

المطلب الثاني: التسجيل في القوائم الانتخابية ومراجعتها

لقد أوكل المشرع الجزائري مهمة مراجعة القوائم الانتخابية للجنة تسمى لجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية حسب نص المادة 63 من الأمر 21- 01 لذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتحدث في (الفرع الأول) عن التسجيل في القوائم الانتخابية ، أما بالنسبة لأنواع المراجعة للقوائم الانتخابية سوف نتعرف عليها من خلال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التسجيل في القوائم الانتخابية

يتم إعداد القوائم الانتخابية بتسجيل المواطنين فيها وهناك حالات تستدعي شطبهم منها سوف نتعرف عليها من خلال ما يأتي:

أولاً- أنواع التسجيل في القوائم الانتخابية:

أ- التسجيل الإداري (التلقائي):

بمقتضى هذه الطريقة تتولى الجهة المختصة بتسجيل المواطنين الذين تتوفر فيهم الشروط الموضوعية للانتخاب، و يكون قيد الناخبين في القوائم الانتخابية تلقائياً ودون طلب خاص منهم، هذا التسجيل لا يعني للمواطن حتمية الذهاب للانتخابات ولكن يتيح فرصة أكبر للراغبين في المشاركة في العملية الانتخابية حتى ولو جاء قرارهم بالمشاركة قبيل ساعات قليلة من إنتهاء يوم الإقتراع (7)

ب - التسجيل الإرادي (الشخصي):

نصت عليه المادة 55 من الأمر رقم 21-01 بقولها >> يجب على كل جزائري وكل جزائرية يتمتعان بحقوقهما المدنية والسياسية ولم يسبق لهم التسجيل في قائمة إنتخابية أن يطلبوا تسجيلهما <<. كما تؤكد في نفس السياق المادة 57 من الأمر السالف الذكر على ضرورة طلب تسجيل المواطنين أنفسهم بقولها >> ... يمكن لكل الجزائريين والجزائريات المقيمين في الخارج والمسجلين لدى الممثلات الدبلوماسية والقنصلية الجزائرية أن يطلبوا تسجيلهم <<. من نص هذه المواد نفهم أن التسجيل في القوائم الإنتخابية يكون عن طريق توجه المعني إلى مكتب التسجيل المختص إقليميا مرفق بالوثائق اللازمة لكي يتم تسجيله في هذه القوائم الإنتخابية وبذلك يتمكن من ممارسة مختلف حقوقه الإنتخابية.(8)

ثانيا- شروط التسجيل في القوائم الإنتخابية

لكي يتمكن المواطن من تسجيل نفسه في القوائم الإنتخابية يجب أن يتوفر على مجموعة من الشروط يمكن أن نوجزها من خلال ما يأتي:

أ - شرط التمتع بالجنسية الجزائرية:

المشرع الجزائري لم يحدد ما إذا كانت هذه الجنسية أصلية أم مكتسبة، ومرد هذا الشرط أنه لا يكون حق الإنتخابات إلا للأشخاص الذين يرتبطون إرتباطا مباشرا بالدولة بشكل يجعلهم أشد حرصا على مصلحتهم ومصلحة وطنهم،

ب - شرط السن:

حدد المشرع الجزائري سن الإنتخاب ببلوغ الشخص (18) ثمانية عشر سنة كاملة. و ذلك من خلال نص المادة 50 من الأمر رقم 21-01 بقولها >> يعد ناخبا كل جزائري وجزائرية بلغ من العمر ثماني عشرة (18) سنة كاملة يوم الإقتراع، وكان متمتعا بكل حقوقه المدنية والسياسية...<<.

ج - التمتع بالحقوق المدنية والسياسية:

من شروط التسجيل في القوائم الإنتخابية أن يكون المواطن متمتعا بكل حقوقه المدنية والسياسية حسب نص المادة 50 من الأمر رقم 21-01 >> ... وكان متمتعا بحقوقه المدنية والسياسية ولم يوجد في إحدى حالات فقدان الأهلية المحددة في التشريع الساري المفعول وكان مسجلا في القائمة الإنتخابية <<. ولم يكن موجود في إحدى حالات فقدان الأهلية وقد نصت المادة 52 من هذا الأمر بقولها >> لا يسجل في القائمة الإنتخابية كل من سلك سلوكا مضادا لمصالح الوطن أثناء ثورة التحرير الوطني.(9)

د - شرط المواطن الإنتخابي (الإقامة):

الموطن الانتخابي هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي، كما نصت المادة 51 من الأمر رقم 01-21 >> لا يصوت إلا من كان مسجلا في القائمة الانتخابية للبلدية التي بها موطنه بمفهوم المادة 36 من القانون المدني <<

الفرع الثاني: مراجعة القوائم الانتخابية

تخضع القوائم الانتخابية للمراجعة الدورية خلال فترات محددة قانونا ويمكن أن نوجز أنواع مراجعة القوائم الانتخابية فيما يلي:

أولا - أنواع مراجعة القوائم الانتخابية:

1 - المراجعة العادية للقوائم الانتخابية:

هذه المرحلة تكون خلال الثلاثي الأخير من كل سنة بموجب أمر من السلطة الوطنية المستقلة، حيث دعت السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات من خلال المواد 62 و 63 و 64 من الأمر رقم 01-21. تنهي السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات إلى علم المواطنين والمواطنات أن المراجعة الدورية للقوائم الانتخابية لسنة 2022 ستكون في الفترة الممتدة من الأحد 4 ديسمبر 2022 إلى غاية الأربعاء 14 ديسمبر 2022 (10).

كما تنص ف 1 من المادة 62 الأمر رقم 01-21 المتعلق بالانتخابات على >> القوائم الانتخابية دائمة، وتكون محل مراجعة خلال الثلاثي الأخير من كل سنة <<.

2- المراجعة الإستثنائية للقوائم الانتخابية:

هذه المرحلة ذكّرت في نص المادة 62 ف 2 من الأمر 01-21 بقولها >> يمكن مراجعة القوائم الانتخابية إستثناء بموجب المرسوم الرئاسي المتضمن إستدعاء الهيئة الناخبة والذي يحدد فترة إفتتاحها و إختتامها <<. (11)

ثانيا: الجهة المختصة بمراجعة القوائم الانتخابية

1 - داخل الوطن:

تتم مراجعة القوائم الانتخابية من طرف اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية والتي تعمل تحت إشراف السلطة الوطنية المستقلة، تشكيلة هذه اللجنة طبقا للمادة 63 ف 2 من الأمر رقم 01-21 : >> تتكون اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية من:

- قاض يعينه رئيس المجلس القضائي المختص إقليميا رئيسا.

- و ثلاث (3) مواطنين من البلدية تختارهم المندوبية الولائية للسلطة الوطنية المستقلة من بين الناخبين المسجلين في القائمة الانتخابية للبلدية المعنية.

- توضع تحت تصرف ورقابة اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية بأمانة دائمة يديرها موظف بلدي يتمتع بالخبرة و الكفاءة و الحياد... <<(12)

2- خارج الوطن:

بالرجوع إلى ف1 من المادة 64 من الأمر رقم 01-21 نجدتها تنص على: >> يتم إعداد القوائم الانتخابية ومراجعتها في كل دائرة دبلوماسية أو قنصلية تحت مسؤولية السلطة المستقلة من قبل اللجنة لمراجعة القوائم الانتخابية تتكون من:

- رئيس الممثلة الدبلوماسية أو رئيس المركز القنصلي أو ممثليه، رئيسا.

- ناخبين (2) إثنين مسجلين في القائمة الانتخابية للدائرة الدبلوماسية أو القنصلية، تعيينهما السلطة المستقلة، عضوين .

- موظف قنصلي، عضوا. وتعين اللجنة أمينا لها من بين أعضائها <<(13)

المبحث الثاني: دور القضاء المدني في المنازعات المتعلقة بالقوائم الانتخابية

المطلب الأول: دور القضاء المدني في مرحلة التظلم (أمام اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية)

لقد حدد المشرع الجزائري بدقة الإجراءات الواجب إتباعها في رفع التظلمات، فالتظلم هو ذلك الطلب الذي يقدمه صاحب الشأن إلى اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية، التي أصدرت القرار، يطالب تعديله أو سحبه ومن هنا سنتحدث في (الفرع الأول) عن شكل وأجال التظلم، و (الفرع الثاني) عن تبليغ الجهة المختصة و الفصل في التظلم.

الفرع الأول: شكل وأجال التظلم

للتظلم شكل محدد وأجال محددة سوف نتعرف عليها فيما يلي:

أولا- شكل التظلم:

لم يورد المشرع الجزائري تفاصيل حول التصريح بشكل التظلم والبيانات التي يجب أن يتضمنها شكل التظلم تحت طائلة رفضه شكلا، وبالتالي يجهل شكل التصريح بحيث يتعين طرح التساؤل هل يجب أن يقدم التظلم كتابيا أم يمكن حتى تقديمه شفاهيا؟ ومن جهة أخرى في حالة ثبوت أنه يجب تقديمه كتابيا ماهي البيانات التي يجب أن يتضمنها؟ لكن يستحسن أن

يتم تقديم التصريح الذي يفيد التظلم كتابيا، وأن يتضمن البيانات الضرورية لعريضة إفتتاح الدعوى. المنصوصي عليها في المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (14)

ثانيا- آجل التظلم:

وذلك حسب المادة 66 من الأمر رقم 01-21 بقولها >> يمكن كل مواطن أغفل تسجيله في قائمة إنتخابية أن يقدم تظلمه إلى رئيس اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الإنتخابية ضمن الأشكال والآجال المنصوص عليها في هذا القانون العضوي <<. ما نلاحظه على نص هذه المادة أنها مكلفة بالإعداد والمراقبة والمراجعة الدورية والإستثنائية للقوائم الإنتخابية، كما أنها تفصل بموجب قرار في كل طعن أو شكوى أو إعتراض يتعلق بالتسجيل أو الشطب من القائمة الإنتخابية.

- كما تنص المادة 67 أيضا على حق تقديم الإعتراضات بقولها >> لكل مواطن مسجل في إحدى قوائم الدائرة الانتخابية، حق تقديم إعتراض معلل لشطب شخص مسجل بغير حق، أو لتسجيل شخص مغفل في نفس الدائرة، ضمن الأشكال والآجال المنصوص عليها في هذا القانون العضوي <<.

- أما بالنسبة للجالية الجزائرية بالخارج فقد نصت المادة 64 من هذا الأمر على >> يتم إعداد القوائم الإنتخابية ومراجعتها في كل دائرة دبلوماسية أو قنصلية تحت مسؤولية السلطة المستقلة من قبل لجنة لمراجعة القوائم الإنتخابية <<.

- يجب تقديم التظلمات أو الإعتراضات خلال (10) عشرة أيام الموالية لتعليق إعلان إختتام عملية مراجعة القوائم الإنتخابية، ويخفف هذا الأجل إلى (05) خمسة أيام، في حالة المراجعة الإستثنائية للقوائم الإنتخابية، وتحال هذه التظلمات على اللجنة البلدية الإنتخابية، التي تبت فيها بقرار في أجل أقصاه (03) ثلاثة أيام ويبلغ رئيس اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الإنتخابية أو رئيس الممثلة الدبلوماسية أو القنصلية قرار اللجنة في ظرف (03) ثلاثة أيام كاملة إلى الأطراف المعنية بكل وسيلة قانونية، وذلك حسب المادة 68 من الأمر رقم 01-21 بقولها " يجب تقديم الإعتراضات على التسجيل أو الشطب المذكورين في المادتين 66 و 67 من هذا القانون العضوي خلال العشرة (10) أيام الموالية لتعليق إعلان إختتام العمليات المذكورة في المادّة 65 من هذا القانون العضوي، يخفّض هذا الأجل إلى خمسة (5) أيام، في حالة المراجعة الاستثنائية. تحال هذه الإعتراضات على اللجنة المنصوص عليها في المادتين 63 و 64 من هذا القانون العضوي، التي تبتّ فيها بقرار في أجل أقصاه ثلاثة (3) أيام، يجب على رئيس اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الإنتخابية أو رئيس الممثلة الدبلوماسية أو القنصلية أن يبلّغ قرار اللجنة في ظرف ثلاثة (3) أيام كاملة إلى الأطراف المعنية، بكل وسيلة قانونية" (15)

الفرع الثاني: تبليغ الجهة المختصة و الفصل في التظلم

سندرس في هذا الفرع تبليغ الجهة المختصة والفصل في التظلم والتي نقسمها إلى قسمين أساسيين لا يمكن التفريق بينهما: (أولا) تبليغ الجهة المختصة و(ثانيا) الفصل في التظلم.

أولاً- تبليغ الجهة المختصة بالتظلم:

تأتي أحكام الجهة المختصة بالفصل في هذا التظلم أو الاعتراض في نص المادة 63 من الأمر رقم 21-01 والتي تنص على تقوم السلطة المستقلة بتحديد القائمة الإسمية لأعضاء لجنة مراجعة القوائم الانتخابية، بموجب قرار من رئيسها ينشر بكل وسيلة مناسبة ومؤكدة. نستنتج من هذه المادة أن المشرع الجزائري حدد اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية بأنها هي الجهة المختصة بالفصل في التظلمات و الاعتراضات التي يرفعها المواطنون، و التي بدوؤها تعمل تحت إشراف السلطة الوطنية المستقلة حسب نص المادة 68 من الأمر 21-01 توجد حالتين للتظلمات والاعتراضات:

الحالة الأولى:

وهي الحالة العادية لمراجعة وإختتام القائمة الانتخابية والذي يجب أن تتقدم التظلمات والاعتراضات خلال العشرة (10) أيام الموالية لتعليق إعلان إختتام العمليات، المقصودة بها إغفال شخص أو مواطن في التسجيل في القائمة الانتخابية أو إعتراض على أشخاص مسجلين في القائمة الانتخابية بغير وجهي حق.

الحالة الثانية:

وهي في حالة المراجعة الإستثنائية أي في حالة الدعوى إلى إنتخابات محلية او تشريعية أو رئاسية فإن الأجل السابق ينخفض إلى النصف وهو خمسة (5) أيام.

ثانياً- ميعاد و تبليغ قرار اللجنة:

أما عن أجل البت في التظلم يجب على رئيس اللجنة تبليغ الأطراف المعنية في ظرف ثلاثة (3) أيام من تاريخ تقديم التظلم أو الاعتراض بكل وسيلة قانونية، وهذا الأجل قصير نوعا ما، وذلك يرجع سببه إلى خصوصية المنازعة التي تتطلب السرعة وكذلك مدة العملية الانتخابية وهي مدة أيضا قصيرة جدا.

أما عن إختصاصها فهي مكلفة بالإعداد والمراقبة والمراجعة الدورية للقائمة الانتخابية، كما أنها تفصل بموجب قرار في كل طعن أو شكوى أو إعتراض يتعلق بالتسجيل أو الشطب من القائمة الانتخابية وفقا للإجراءات والمواعيد المحددة قانونا(16)

المطلب الثاني: دور القضاء المدني في مرحلة الطعن القضائي

الطعن القضائي يكون أمام الجهات القضائية المختصة ويكون ضد القرارات الصادرة عن اللجنة البلدية للانتخابات ينتج عنها قرار قضائي، عندما تصدر اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية، قرارها في التظلمات أو الاعتراضات أو الشكاوي أو الطلبات المقدمة إليها من قبل الطاعنين، نكون أمام وجود قرار إداري يحتاج إلى طعن قضائي، وهنا فتح القانون الانتخابي مجال الطعن أمام القضاء، للطعن القضائي فرعين أساسيين سندرسهما في هذا المطلب من خلال (الفرع الأول) شكل و أجال الطعن القضائي، و تبليغ الجهة المختصة بالطعن القضائي من خلال (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شكل وأجال الطعن القضائي

لكي يتمكن المواطنون من رفع الطعون يجب أن يكون هناك شكل محدد لهذا الطعن و أجال محددة سنحاول التعرف عليها في هذا الفرع من خلال ما يأتي:

أولاً- شكل الطعن القضائي:

حسب نص المادة 69 من الأمر رقم 01-21 التي تنص على >> يسجل هذا الطعن بمجرد تصريح لدى أمانة ضبط المحكمة التابعة للنظام القضائي العادي المختصة إقليمياً، أو المحكمة التابعة للنظام القضائي العادي بالجزائر العاصمة بالنسبة للجانلية الجزائرية المقيمة بالخارج. <<.

ثانياً- أجل الطعن القضائي:

نصت على أجال الطعن القضائي المادة 69 من الأمر رقم 01-21 من قبل الأطراف المعنية بقولها " يمكن الأطراف المعنية تسجيل الطعن في ظرف خمسة (5) أيام كاملة، إبتداء من تاريخ تبليغ القرار . في حالة عدم التبليغ، يمكن تسجيل الطعن في أجل ثمانية (8) أيام كاملة، إبتداء من تاريخ الإعتراض". (17)

الفرع الثاني: الجهة المختصة بالطعن القضائي و أجال الفصل فيه

لقد أسند المشرع الجزائري إختصاص الفصل في منازعات الاقوائم الانتخابية إلى القاضي العادي في ظل القانون العضوي للانتخابات و حتي في القوانين السابقة، لأن هذا المجال من المنازعات مخصص للقضاء العادي بطبيعته وذلك نظرا لما تتميز به من طابع خاص كون هذه المنازعات تتعلق بمسائل تندرج في صميم القانون الخاص، و كذلك نظرا لتعلقها بالحالة الشخصية للفرد و الجنسية للمواطن و كذا أهليته لذلك التي يختص بها عادة القاضي المدني.

أولاً- الجهة المختصة بالطعن القضائي:

تختلف الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطعن القضائي بإختلاف الجهة المصدرة لقرار رفض الإعتراض على التسجيل أو الشطب من القائمة الانتخابية:

أ - بالنسبة لقرارات اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية داخل الوطن:

يسجل الطعن ضد قرارات اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية بمجرد قيام ذوي الشأن بالتصريح لدى أمانة الضبط أمام المحكمة المختصة إقليمياً، أي أمام المحكمة التي تقع في دائرة إختصاصها مقر اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية، فالمرجع الجزائري أناط الإختصاص القضائي بالفصل في منازعات القوائم الانتخابية إلى القضاء العادي (المحكمة المختصة إقليمياً)(18)

ب - بالنسبة لقرارات اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية خارج الوطن:

لقد أحال المشرع الجزائري أمر الإختصاص للفصل ضد القرارات رفض الإعتراض على التسجيل أو الشطب من القائمة الانتخابية إلى المحكمة العادية بالجزائر العاصمة، وفي هذا تجدر الإشارة أن المشرع لم يتطرق في التشريعات الانتخابية السابقة إلى الجهة المختصة بالنظر في طعن بالقرارات الصادرة عن اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية في الخارج، ، فهو محاوله لتدارك النقص وتوسيع نطاق العملية الانتخابية وضمان مصداقيتها بعيدا عن أي تعسف، فبعد صدور قرار اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية يمكن للأطراف المعنية به حال عدم الإستجابة لطلبهم، يكون الطعن أمام المحكمة العادية المختصة بالجزائر العاصمة.(19)

ثانيا- أجل الفصل في الطعن القضائي:

بطبيعة الحال أن المشرع حدد أجال الطعن أمام المحكمة المختصة وكذلك خص هذه المحكمة بالزامية الإسراع في الفصل في الدعوى المرفوعة أمامها وهذا ما سنوضحه في هذا الجزء.

تفصل المحكمة في الدعوى المرفوعة أمامها من خلال نص المادة 69 فقرة 3 بقولها "... التي تبت فيه بحكم في أجل أقصاه خمسة (5) أيام دون مصاريف الإجراءات وبدون إلزامية توكيل محام، وبناء على إشعار عادٍ يرسل إلى الأطراف المعنية قبل ثلاثة (3) أيام".

وبعد أن يرفع الطعن القضائي و الفصل فيه تصدر المحكمة حكمها في الدعوى، و هو حكم غير قابل لأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية، إذ جاء في في الأخيرة من نص هذه المادة 69 :

" يكون حكم المحكمة غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن".

الملاحظ من نص المادة بأن هذا القرار يكون غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن، و ذلك لخصوصية المنازعة لان العملية الانتخابية مربوطة بوقت محدد لذلك تحتاج إلى السرعة في الفصل في منازعاتها و عدم القابلية للطعن بعد صدور الحكم،(20)

الخاتمة

لقد هدفت هذه الدراسة إلى التعرف على النظام القانوني للتسجيل في القوائم الانتخابية، وكذلك إبراز أهم الإجراءات المتعلقة بأهمية التسجيل والشروط اللازم توفرها في المواطنين، مع العلم أن هذه العملية تمر بعدة مراحل وتخضع للمراجعة دوريا قبل كل عملية إنتخابية، وكذلك تعرف على الدور المهم الذي تلعبه وخاصة دوره في المراقبة والإشراف على عملية التسجيل في القوائم الإنتخابية.

وهنا تجلى الدور الأكبر و نظرا لكثرة التجاوزات والأخطاء الإنتخابية بادر المشرع الجزائري قام بحماية القوائم الإنتخابية بمجموعة من الضمانات من خلال منح المواطنين الحق في رفع التظلمات والإعتراضات أمام اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الإنتخابية، وعند إصدار هذه الأخيرة لرأيها في هذه الإعتراضات والتظلمات بقرار يكون قابلا للطعن القضائي أمام المحاكم المختصة.

أولا - النتائج:

ومما سبق توصلنا إلى نتائج التالية:

1. كما أن منح رئيس المجلس القضائي صلاحية اختيار واسعة يمارسها في تعيين القاضي الذي سيرأس هذه اللجنة، يجعل انتماء هذا القاضي مفتوحا، سواء إلى جهة القضاء العادي أم إلى القضاء الإداري
2. من الملاحظ أن المشرع الجزائري أشرك السلطة القضائية في عملية مراجعة القوائم الانتخابية من خلال إيكال رئاسة اللجنة الإدارية إلى قاض، وعليه فإن وضع إعداد ومراجعة القوائم الانتخابية من طرف لجنة إدارية تحت رئاسة قاضي يعين من طرف رئيس المجلس القضائي المختص إقليميا، وذلك مما يضمن حياد واستقلالية هذه اللجنة، ويضفي عليها نوعا من الاحترام المعنوي والنزاهة
3. إن حكم المحكمة العادية غير قابل للطعن بأي شكل من الأشكال وهذا يعد إنتهاكا لمبدأ التقاضي على درجتين المكرس دستوريا بهدف حماية حقوق المواطنين المتقاضين.
4. أنط المشرع مهمة ضمان مسك القائمة الانتخابية طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية للقاضي رئيس اللجنة، وخوله بذلك حرية تعيين ناخبين عضوين في اللجنة، ودعوة أعضاء اللجنة للإجتماع بمقر البلدية وهذا يعني أيضا أن

الإجراءات التحضيرية للعملية الانتخابية ستكون محل مراقبة قضائية من قبل اللجنة الإدارية منذ بدايتها، على الرغم من أن عمل هذه اللجنة يغلب عليها الطابع الإداري

5. يقوم رئيس اللجنة الإدارية الانتخابية على المصادقة على قائمة ناخبي كل مكتب تصويت، حيث تتضمن هذه القوائم أسماء الناخبين وألقابهم وعناوينهم والرقم الترتيبي لكل ناخب، وتشكل هذه النسخة قائمة التوقيعات يوم الإقتراع

ثانيا: الإقتراحات:

وكذلك توصلنا إلى الإقتراحات التالية:

1. كان من المفترض تدعيم هذه التشكيلة بالعنصر القضائي أكثر مما هي عليه حاليا، وهذا نظرا لما يتمتع به القضاة من نزاهة وشفافية واستقلالية، وعدم الاكتفاء بترك رئاستها إلى قاض، الذي يمكن أن يكون أكثر نجاعة في أداء مهامه في حالة مساعدته من طرف قاض آخر، والذي كان بإمكان المشرع الجزائري أن يدرج عضويته في هذه الهيئة بصفة نائب رئيس اللجنة، وهذا الطرح يتماشى أكثر في ظل إمكانية غياب رئيس اللجنة نتيجة لعارض معين.

2. تدعيم مختلف هيئات اللجنة البلدية لمراجعة القوائم الانتخابية المعنية بمراقبة الإنتخابات بممثلين عن الجهات القضائية.

3. لابد على المشرع الجزائري إقرار مبدأ التقاضي على درجتين في مادة الانتخابات، إذ أنه لا يمكن التحجج دائما بالطابع الاستعجالي للمنازعات الانتخابية، وتكون أثر ذلك منح حق الطعن للناخب والمترشح على حد سواء، للدفاع عن أهم حقوقه السياسية المتمثلة في الانتخاب والترشح

4. وجب الفصل في اختصاص القضاء العادي والقضاء الجنائي فيما يخص النزاع ذو الطابع الانتخابي، خاصة المتعلق بصحة ومشروعية عمليات التصويت، ونظرا للأثر المباشر الذي قد يمس نتائج العملية الانتخابية، وجب النص على تكامل دور كل من قاضي الانتخاب والقاضي الجنائي بالإحالة التي قد تكون من كل طرف إلى الآخر لا سيما ما تعلق بالأفعال الغير المشروعة التي تحتمل وصفا مزدوجا إداريا وجنائيا.

5. الحماية الجزائرية المنتهجة من قبل المشرع في مجابهة الجرائم لا تحقق الردع الكافي الأمر الذي يستلزم تشديد العقوبة و ذلك بإعادة تكييف بعضها إلى جنایات بالإضافة إلى ضرورة تجريم كافة الأفعال الماسة بسلامة القوائم الإنتخابية سواء كانت عمدية أو غير عمدية.

6. ضرورة التفكير في إقرار التسجيل الإلكتروني للناخبين و إقرار بطاقة إلكترونية للناخب قصد وضع قاعدة للمعطيات الإلكترونية من أجل رقمة التسجيل في القوائم الإنتخابية.

8- أصبح مطلب الإشراف القضائي الكامل على جميع مراحل العملية الانتخابية، مطلب ملح تنادي به جميع الاطراف الفاعلة في العملية الانتخابية ، خصوصا الطبقة السياسية .

قائمة الهوامش و المراجع :

1. محمد لمين سلطاني، التنظيم القانوني للتسجيل في القوائم الانتخابية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، سنة 2018-2019، ص 08.
2. بن هدي محمد، الرقابة على العملية التحضيرية للإنتخابات، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عام معمق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2015 - 2016، ص 07.
3. الطيب بالواضح، أولاد سيدي صالح سناء، النظام القانوني للقوائم الانتخابية في الجزائر، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، المجلد 04، العدد 01، سنة 2019، ص 176.
4. سعيدي فرحات، النظام القانوني للانتخابات في الجزائر (الانتخابات التشريعية)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2018-2019، ص 50.
5. أنظر المادة 70 من الأمر رقم 21-01، المؤرخ في 10 مارس 2021، المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، جريدة رسمية رقم 17، الصادرة في 10 مارس 2021
6. بلقوت خالد، المنازعات الانتخابية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة 2011-2012، ص 05.
7. محمد حمودي، الضوابط الموضوعية للعملية الانتخابية في الجزائر دار هومة الطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2018، ص، 31.
8. أنظر المادة 57 من الأمر رقم 21-01.
9. أنظر المواد 50-52 من الأمر رقم 21-01.
10. العيد سعاد، الرقابة على العملية الانتخابية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة سنة 2011-2012، ص 21.

-
- 11 . أنظر ف 2 من المادة 62 من الأمر رقم 01-21
- 12 .أنظر المادة 63 من الأمر رقم 01-21.
- 13 . أنظر ف 1 من المادة 64 من الامر رقم 01-21
- 14 . دواخة أميرة، برحايل نسيبة، المنازعات الإنتخابية المحلية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عام، (منازعات إدارية)، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم العلوم القانونية و الإدارية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، سنة 2015-2016، ص 7.
- 15 . أنظر المادة 68 من الأمر رقم 01-21
- 16 . رميسة لزعر، المنازعات الإنتخابية المحلية في ظل القانون العضوي 16-10 مذكرة لنيل شهادة الماستر، قسم الحقوق، تخصص منازعات عمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة 2016-2017، ص 14.
- 17 . أنظر الفقرة 1-2 من المادة 69 من الأمر 01-21.
- 18 .رغدي فاطمة، المنازعات المتعلقة بالمرحلة التحضيرية للانتخابات في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص المنازعات العمومية، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، سنة 2016-2017، ص 18-19.
- 19 . رميسة لزعر، مرجع سابق، ص 15-16
- 20 . أنظر الفقرة 3 و الأخيرة من المادة 69 من الأمر رقم 01-21.

دور القضاء الإداري في سد الفراغ التشريعي في منازعات التعمير (إدراج البعد البيئي في التعمير)

أ.د سماح فارة

قسم الحقوق جامعة قالمة

ملخص: لقد قيد القانون الإدارة بمبدأ المشروعية كما ضمن لها مجالاً من الحرية والتقدير في سبيل تحقيق المصلحة العامة، غير أن التوازن بينهما قد يختل عندما تقرر الإدارة الخروج عن المعقولية في تقديراتها، بما يعرض حقوق الأفراد وحررياتهم للظلم والتعسف خصوصاً أمام حرمان القضاء من الدخول إلى المجال التقديري الممنوح لها، أدرك القضاء الإداري خطورة هذا الوضع، فكان توجهه يتوسع ليمتد من حماية مبدأ المشروعية إلى صيانة حقوق الأفراد وحررياتهم، بشكل لا يخل بالمجال التقديري للإدارة العامة من خلال استحداثه لرقابة الموازنة، وعليه سنتناول في هذه الورقة البحثية رقابة الموازنة كألية رقابية استخدمها القضاء الإداري لسد الفراغ التشريعي، خصوصاً أمام خاصية عدم تقنين أحكام وقواعد القانون الإداري وسنتناول في الدراسة مجال منازعات التعمير والبيئة.

الكلمات المفتاحية: رقابة الموازنة، القضاء الإداري، المنافع والأضرار، البيئة، التعمير.

Abstract : The law has restricted the administration by the principle of legality and guaranteed it a scope of freedom and discretion in order to achieve the public interest. However, the balance between them may be disturbed when the administration decides to deviate from the reasonableness of its estimates, which exposes the rights and freedoms of individuals to injustice and arbitrariness, especially in the face of depriving the judiciary of entering the realm of discretion. granted to it, the administrative judiciary realized the seriousness of this situation, so its approach was expanding to extend from protecting the principle of legality to preserving the rights and freedoms of individuals, in a way that does not prejudice the discretionary scope of public administration through its introduction of budget control, Accordingly, in this research paper, we will discuss budget control as a monitoring mechanism used by the administrative judiciary to fill the legislative vacuum, especially in the face of the characteristic of not codifying the provisions and rules of administrative law. We will address in the study the field of construction and environmental disputes.

Key words: Budget control, administrative judiciary, benefits and damages, environment, and reconstruction.

مقدمة:

لقد أدركت الدول منذ زمن غير بعيد أهمية التدخل في المجال العمراني سواء من حيث التنظيم من خلال الإعداد والتخطيط والتي ترجمت في مخططاتها العمرانية، وسواء من حيث الرقابة على أعمال التعمير السابقة واللاحقة والتي ترجمت فيما يعرف بقرارات التعمير .

إن هذه الأعمال الإدارية لا بد وأن تكون محل منازعات مع الأفراد أمام القضاء، مما يجعل لهذا الأخير دور مهم في تحقيق مبدأ سيادة القانون، آخذين في الاعتبار أن المجال المنازعاتي للعمران يتضمن تطبيق القانون المدني في مجال المسؤولية التقصيرية، والقانون الجنائي في مجال العقاب على جرائم قانون التعمير، والقانون الإداري في مجال الأعمال الإدارية طبعاً آخذين بالمعيار التشريعي في الاختصاص.

وبناء عليه انعقد الاختصاص للقضاء الإداري في منازعات التعمير بشأن الأعمال الإدارية التي تمارسها السلطة الإدارية المختصة، والتي تتمثل في مجملها في القرارات الإدارية العمرانية، ولقد استقر اجتهاد القضاء الإداري على مد نطاق الرقابة على عناصر المشروعية في القرار الإداري دون امتدادها إلى عناصر الملاءمة فيه، التي يرخص فيها للإدارة العامة ممارسة سلطتها التقديرية بعيداً عن الرقابة القضائية.

ولئن كان هذا الوضع يحفظ مبدأ المشروعية وسيادة القانون، وكذلك يضمن للإدارة العامة مجال من الحرية والتقدير في سبيل تحقيق المصلحة العامة، غير أن هذا التوازن قد يختل عندما تقرر الإدارة الخروج عن المعقولة في تقديراتها، بما يعرض حقوق الأفراد وحياتهم للظلم والتعسف خصوصاً أمام حرمان القضاء من الدخول لهذا المجال.

لقد أدرك القضاء الإداري خطورة هذا الوضع، فكان توجهه يتوسع ليمتد من حماية مبدأ المشروعية إلى صيانة حقوق الأفراد وحياتهم، بشكل لا يخل بالمجال التقديري للإدارة العامة من خلال استحداثه لرقابة الموازنة.

وعليه سنتناول في هذه الورقة البحثية رقابة الموازنة كألية رقابية استخدمها القضاء الإداري لسد الفراغ التشريعي، خصوصاً أمام خاصية عدم تقنين أحكام وقواعد القانون الإداري ونخص الدراسة بالحصص في مجال منازعات التعمير، على أن تكون الدراسة في مبحثين الأول يخص مفهوم رقابة الموازنة والثاني تطبيق القضاء الإداري لرقابة الموازنة في مجال منازعات التعمير .

المبحث الأول: مفهوم رقابة الملاءمة

لقد أدى تطور الحياة وتعقدتها في المجتمعات إلى تنوع وظائف الدولة خصوصا مع اقتحام التكنولوجيا والعولمة حياة الأفراد والدول، هذا التطور لم يقف القضاء الإداري بمنأى عنه وإنما ترجمه من خلال تحديث مختلف وسائله الرقابية، بما يمكنه من حماية مبدأ المشروعية وتحقيق التوازن بين المصلحتين العامة والخاصة.

المطلب الأول: نشأة رقابة الموازنة

إن رقابة الموازنة هي تقنية أو آلية قضائية من صنع مجلس الدولة الفرنسي، والتي تعتبر تطبيقا لمبدأ التناسب بإجماع الفقه الفرنسي، وعليه سنتناول نشأة هذه التقنية في فرنسا ثم عمل القضاء الإداري بها في الجزائر.

الفرع الأول: رقابة الموازنة في فرنسا

أدى اقتناع القاضي الإداري الفرنسي بقصور أوجه الرقابة القضائية على القرار الإداري، مع اتساع مجال تقديرات الإدارة في شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية، وعجزها عن تحقيق الطمأنينة في نفوس الأفراد وتقديم حماية فعالة لحقوقهم، فقادته إلى وقت غير بعيد لاعتماد هذه الوسيلة الرقابية الجريئة والمتميزة.

أولاً- المجال الأول لتطبيق رقابة الموازنة: إن أول استخدام لمجلس الدولة رقابته القائمة على الموازنة بين المنافع والأضرار كان في مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، ففي هذا المجال تتمتع الإدارة العامة بسلطة تقديرية كبيرة في المساس إلى حد التعدي على أحد أهم الحقوق الفردية ألا وهو حق الملكية، والملاحظ أن رقابة القاضي الإداري هي رقابة شكلية خاصة، وإن كانت تطال جوانب موضوعية لكنها متعلقة بممارسة اختصاص مقيد، من حيث التأكد من الوجود المادي للوقائع والهدف المرجو من العملية، مما يعني أن رقابة القضاء الإداري في هذه المرحلة لا تطال المجال التقديري الواسع الذي تتمتع به الإدارة من خلال وزن الوقائع واختيار التوقيت ... وغير ذلك من عناصر التقدير، لم يستطع القاضي الإداري البقاء مكتوف اليدين بشأنه، و خاصة أمام التقديرات غير المعقولة للإدارة، ما دفعه إلى تطوير وسائله الرقابية مع الحفاظ على دوره كقاض وحام للمشروعية، صرح مجلس الدولة في حكمه **Nouvelle ville Est** الصادر في 21 ماي 1971 والذي

تناول فيه لأول مرة تقنية رقابة تمتد إلى ملاءمات الإدارة، فكان بذلك الحكم المبدئي الذي كرس الاتجاه الحديث لرقابة القضاء الإداري، و قبل تحليل هذا المسلك، سنتناول ملخص هذه القضية.

في إطار محاولة إعادة تخطيط مدينة " ليل " وبقصد نقل الجامعة من وسط المدينة، نظرا لما يسببه وجودها من مشكلات في المواصلات والمرور وتواجد عدد كبير من طلاب الجامعة (حوالي 30 ألف طالب) وأساتذتها والعاملين بها، لذلك ارتأت السلطات المحلية نقل الجامعة بكافة كلياتها ومعاهدها ومبانيها وخدماتها إلى شرق المدينة، مع إقامة حي جديد متكامل يتسع لعدد من السكان يتراوح ما بين 20 إلى 25 ألف نسمة، وكان هذا التخطيط الجديد يقتضي نزع الملكية ما يقرب عن 500 هكتار من الأراضي بتكلفة تبلغ مليار فرنك فرنسي، غير أن تنفيذ هذا المشروع كان يقتضي نزع ملكية وإزالة 250 منزلا كان بعضها حديث البناء، بل أن بعضها كان مقاما وفقا لتراخيص بناء لم يمض عليها أكثر من عام.

وأمام الاحتجاج الصارخ من جانب أصحاب المنازل، خطت الإدارة خطوة نحو التخفيف من حدة الآثار التي تترتب على تنفيذ المشروع، فقامت بإجراء تعديل في التخطيط بحيث سمح هذا التعديل بخفض عدد المنازل المطلوب إزالتها إلى 88 منزل فقط.

ولكن الإدارة في نفس الوقت رفضت تعديلا تقدمت به "جمعية الدفاع عن منازل السكان المراد نزع ملكيتهم"، ويرمي هذا التعديل إلى تجنب هدم أي منزل من المنازل الواقعة في المنطقة.

وبالفعل أصدرت الإدارة قرارها بإقامة المشروع ونزع ملكية 88 شخص وإزالة مساكنهم التي تعوق تنفيذ المشروع وفقا للتخطيط الموضوع له، وقد صدر بالفعل قرار وزير التخطيط والإسكان بتاريخ 3 أفريل 1968، وقد طعننت جمعية الدفاع عن السكان التي أقيمت خصيصا لهذا الغرض في القرار المشار إليه.¹

لم تكن هذه المرة الأولى التي يطعن فيها أمام القضاء الإداري في قرار صادر بنزع الملكية، ولكنها المرة الأولى التي يقر فيها القضاء الإداري مبدأ جديدا، لذا اعتبر الحكم الصادر في هذه القضية حكما مبدئيا يشهد على عصر جديد من رقابة القاضي الإداري، فبعد أن كانت رقابته متوقفة عند حد بحث مدى توافر شرط المنفعة العامة دون الخوض في تفاصيل المشروع، وخاصة في اختيار الإدارة لقطع الأراضي التي ترغب في نزع ملكيتها، أصبحت هذه الحدود الرقابية منتقدة خاصة في ظل التوسع والتخطيط العمراني، فبعد أن كان نزع

الملكية يمس قطاعاً صغيراً محدوداً من الأراضي أو الأملاك، اقتضى التخطيط الحديث للمدن وإقامة الطرق السريعة نزع ملكية المئات من الناس بل والآلاف وإزالة كم كبير من المنازل.²

وإزاء هذا التوسع، اقتضى أن يطور القضاء الإداري أسلوب رقابته بما يتناسب مع المعطيات الجديدة في سبيل تحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، ولا يكتفي في ذلك بالنظرة المجردة أي توفر المنفعة العامة، بل ينظر إلى ما يحققه القرار الصادر بنزع الملكية من "فائدة" من خلال الموازنة بينها وبين المصالح التي يمسها، وهذه هي النظرة الموضوعية الحديثة لفكرة المنفعة العامة التي نادى بها وفصل فيها مفوض الحكومة **G.Braibant** في مذكرته لهذه القضية.

إن هذه النظرية الاقتصادية التي تقوم أساساً على الموازنة بين منافع المشروع و مضاره قد تحولت إلى أداة رقابة قانونية، أدخل بها القاضي الإداري ما كان يعتبر عنصر ملاءمة بالأمس في تقدير الإدارة للمنفعة العامة إلى مجال المشروعية، لرد الإدارة إلى تقدير معقول حافظاً على حقوق الأفراد.

وقد صرح مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم المبدئي بقوله "العملية لا تعتبر مشروعة لإعلان المنفعة العامة، إلا إذا كانت الاعتداءات الواقعة على الملكية الخاصة والتكلفة المالية والسلبيات المحتملة على النظام الاجتماعي غير متجاوزة بالنظر للمصلحة المقدمة" فهذه هي صيغة "نظرية الموازنة" والتي ضمنها مجلس الدولة في قراراته اللاحقة.

ثانياً - امتداد نطاق رقابة الموازنة: لقد امتد نطاق تطبيق رقابة الموازنة خارج نطاق نزع الملكية للمنفعة العامة، حيث قضى مجلس الدولة في قضية **Sainte- Marie l'assomption** عندما وازن بين مصلحتين عامتين، المصلحة العامة المتمثلة في الخدمات الطبية التي يقدمها مستشفى الأمراض النفسية للسكان باعتباره المستشفى الوحيد المتخصص في المنطقة، وبين مصلحة عامة أخرى متمثلة في إقامة طريق عام يربط بين فرنسا وإيطاليا.

فمن خلال هذا الحكم نجد أن نظرة الموازنة لقضاء مجلس الدولة ليست ثابتة وإنما تتطور مع تطور المستجدات، وإن كان من الفقه من عارض فقد أراد من مجلس الدولة أن لا يتعرض لمسألة المفاضلة بين مصلحتين عامتين، وعلى كل فإن الملاحظ من خلال هذا التطور أن جوهر رقابة الموازنة لا يعتمد على ثبات عناصر المقارنة، وإنما يعتمد ويقوم أساساً على فكرة الترجيح بين كفتين متنازعتين، أحدهما تمثل الجانب السلبي

للعملية بعناصر متنوعة ومتغيرة تطرحها العملية، وأخرى تمثل الجانب الإيجابي الممثل للمصلحة العامة، إن هذا الأساس يجعل من رقابة الموازنة صالحة للتطبيق خارج مجال نزع الملكية.

في مجال تسريح ممثلي العمال طبق مجلس الدولة رقابة الموازنة بصورة إيجابية لأول مرة في اجتهاد مشهور *SAFER Auvergne contre Bernette* في 05 ماي 1976³، إذ صدر قرار بتسريح السيد Bernette وصدق مفتش القانون الاجتماعي عليه، وبناء على طعن رئاسي قدم إلى وزير العمل و الذي أكد فيه هذا الأخير الموافقة على التسريح، طعن السيد Bernette أمام القضاء الإداري، فاعتبر مجلس الدولة بمناسبة نظره الدعوى أن الأخطاء المنسوبة للسيد أعلاه ليست جسيمة بشكل كاف تبرر الترخيص بتسريحه، وقبل أن يتوصل إلى هذه النتيجة قام بوضع مبدأ في حماية القضاء لممثلي العمال وجاء فيه:

- يجب ألا يكون للتسريح صلة مع الوظيفة التمثيلية التي تمارس أو الانتماء النقابي للمعنيين.

- في حالة التسريح التأديبي يجب أن تبحث الإدارة ما إذا كانت الوقائع المنسوبة للعامل على درجة من الجسامة الكافية من أجل تبرير هذا التسريح

- حتى ولو كنت الأخطاء المرتكبة من المعني تبرر التسريح، فالترخيص يمكن أن يكون مرفوضا من جانب الإدارة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة.

الفرع الثاني: رقابة الموازنة في الجزائر

أولاً- التوجه القضائي: التزم اجتهاد القضاء الإداري في الجزائر الحدود التقليدية، فقد جاء في أحد قرارات الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا "... وحيث أنه فيما يخص اختيار قطع الأراضي محل نزع الملكية، فإن القاضي الإداري غير مؤهل بمراقبة ملاءمة اختيار الإدارة للأراضي محل نزع الملكية، قصد إنجاز المشروع ذو المنفعة العامة..."⁴، وقد توقف عمل القاضي الإداري الرقابي بالبحث في الأطر التقليدية للمشروعية، فزيادة على رقابة المشروعية الخارجية فإن رقابة المشروعية الداخلية للأسباب قد توقفت عند حد التأكد من وجود أو من مادية الوقائع، و تكييفها القانوني، ومن ذلك قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا جاء فيه "...حيث يستنتج من تقرير الخبرة أنه ليست هناك منفعة عامة، لكون العملية لا تستجيب لأية حاجة ذات مصلحة عامة، إنما تفيد عائلة واحدة تتوفر أصلا على طريق، حيث أن الغرض الذي ترمي إليه العملية، أي إشباع حاجة ذات مصلحة عامة لا يبرر الاعتداء على ملكية المدعين..."⁵.

غير أن اجتهادات مجلس الدولة الجزائري لا تكشف عن أخذ هذا الأخير بالمسار المتطور للرقابة القضائية المقارنة.

ثانيا- موقف الفقه الجزائري من توجه القضاء الإداري: فعن الاتجاهات الحديثة في قضاء مجلس الدولة الجزائري، يقول الفقه لم نجد أثرا كبيرا في تطبيقاته توحى بتبني ذلك المجلس لرقابة الموازنة بالمفهوم والمعنى الذي هي عليه في القضاء الفرنسي، وذلك نظرا لعدم تأثر القاضي الجزائري بهذا التطور والاجتهاد القضائي، حيث يبقى في نظرنا معاديا لرقابة الملاءمة نظرا للفواصل البعيدة بينه وبين الإدارة...⁶

وبالرغم من موقف القاضي الإداري الجزائري السلبي من هذه الرقابة، فإن بعض الفقه يرى أنه من حق القاضي الإداري أن يراقب مدى احترام هذه المبادئ خاصة في مجال نزع الملكية، ونرى أن المسألة تعد محسومة ما دام المنشور الوزاري المشترك رقم 007 المؤرخ في 11 ماي 1994 قد تبنى النظرية التقييمية "أي الموازنة" في تعريفه للمنفعة العامة.⁷

ومن هذا المنطلق يمكننا القول أن للقاضي الإداري نص قانوني يمكنه أن يستند إليه ليوسع من رقابته وبخاصة في مجال نزع الملكية، فالقانون فتح بابا لم يرد القاضي الإداري الجزائري أن يدخله، وفي هذا الصدد نستذكر قول رئيسه مجلس الدولة سابقة الأستاذة فريدة أركان " ... إن الحد الفاصل بين مفهوم القانونية ومفهوم الملاءمة جد دقيق، وتتنطبق الملاءمة بالمفهوم القانوني على التقديرات التي لا تخضع و على ضوء ما هو عليه واقع النصوص والاجتهاد القضائي لرقابة تجاوز السلطة، أي أن الحد الفاصل بين القانونية و الملاءمة هو من فعل ونتيجة لإرادة القاضي والاجتهاد القضائي وليس خطأ محددًا مسبقًا...".⁸

المطلب الثاني: أسس رقابة الموازنة

حاول الفقه إيجاد أساس لرقابة الموازنة ضمن أسس رقابة المشروعية التقليدية والحديثة كما يلي:

الفرع الأول: ضمن أسس رقابة المشروعية التقليدية

أولاً- رقابة الموازنة تدرج في عيب الانحراف بالسلطة: بالنظر لارتباط موضوع الموازنة بوجود سلطة تقديرية واسعة للإدارة تتمتع بها بعيدا عن أي رقابة قضائية، فكانت الوسيلة القضائية الوحيدة المتاحة أمام الأفراد هي الطعن بالانحراف أو التعسف باستعمال السلطة، لكونه العيب الوحيد المرتبط بممارسة السلطة التقديرية.

ثانياً - رقابة الموازنة تدرج في عيب المحل: يذهب بعض الفقه إلى القول بأن رقابة المنافع والأضرار يتصل بعنصر المحل في القرار الإداري، مبرراً في ذلك رأيه بتقديم رقابة القضاء الإداري على ضرورة حماية حق الملكية بتضمين قوانين نزع الملكية للمنفعة العامة شرطاً قانونياً لنزعها، وهو ضرورة توافر صفة المنفعة العامة في المشروع، لكن المشرع لم يحدد هذا الشرط تحديداً كافياً، مما اضطر القاضي إلى التدخل لوضع معيار عام يقيس به ما تدعي الإدارة أنه محقق للمنفعة العامة، وهو **الآثار تزيد أعباء المشروع على مزاياه زيادة مفرطة**، وهذا بلا شك يدخل في نطاق عمل القاضي رغم أنه يرد على سلطة تقديرية تركها المشرع.⁹

ثالثاً - رقابة الموازنة تدرج في عيب السبب: يذهب العلامة **M.Waline** إلى القول بأنه توجد في الواقع حالات لا يكون فيها القرار الإداري مشروعاً إلا باستجابته لضرورة عامة، ويشبه حق الملكية في هذا المجال بالحريات العامة في مجال الضبط الإداري، ويذهب إلى القول بأن الحرية العامة لا يمكن تقييدها إلا إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وأن الرقابة على ملاءمة القرارات التي تتضمن اعتداء على هذه الحرية تدخل من تلقاء نفسها في رقابة المشروعية.¹⁰

الفرع الثاني: ضمن أسس رقابة المشروعية الحديثة (مبدأ التناسب)

أن رقابة الموازنة تدرج في مبدأ التناسب غير أنه تجدر الإشارة أن هناك من الفقه من يفرق بين مبدأ التناسب ومبدأ الضرورة تفريقاً قاطعاً لا يمكن الجمع بينهما أبداً وهذا غير صحيح، ذلك أن موضوع ضرورة الإجراء بشأن الضبط الإداري المتعلق بالحريات، فمن بين شروط ضرورته تناسبه مجموعة مع الوقائع محل الإجراء، وأن مسألة الضرورة تطرح أكثر من التناسب لأن الإدارة تجد نفسها مضطرة إلى الأخذ بذلك السلوك دون سواه، ودون أن تكون لها فرصة الاختيار بين بدائل متاحة، فالفرق بين المبدأين إذن هو طبيعة الموضوع الذي يفرض على الإدارة إمكانية الاختيار من عدمها.

وفي رأيه حول أساس رقابة الموازنة نجد أن **الدكتور محمود سلامة جبر** يضرب مثلاً بقرار نزع ملكية من أجل إقامة مشروعات سياحية و اقتصادية، فإقامة هذه المشروعات وما تحققه من مصلحة عامة يمثل ركن السبب في القرار، أما نزع الملكية فيتمثل في المحل أي الأثر المترتب على هذا القرار، وغايته المصلحة السياحية والاقتصادية المقصودة من القرار، وفيما يتعلق بركن السبب فإن تقدير شرعية المصلحة السياحية والاقتصادية المبررة لنزع الملكية، يستلزم معرفة المضار المترتبة على نزع الملكية أي تقدير شرعية سبب القرار

لا يتم بمعزل عن محل القرار، بمعنى أن شرعية السبب تقدر بالنظر لعلاقته بالمحل في القرار الإداري وذلك للصلة الوثيقة بينهما في هذا المجال.¹¹

إن إخضاع تقدير الإدارة بشأن الحاجة العامة لمشروع ما وما قد يحققه من مزايا لرقابة القضاء الإداري هو تقييم للسبب وتقدير مشروعيته، لكن هذه الأخيرة لا تتم إلا في حالة الوصول إلى عدم تناسبه مع الأثر، أي مع المضار المترتبة على عملية نزع الملكية أي محل القرار الإداري، لنصل إلى القول بأن القرار الإداري غير مشروع، ومعنى ذلك أن هذه الموازنة بين مزايا وأضرار العملية أصبحت شرطا لإقرار مشروعية قرار النفع العام وهو الهدف من العملية، وهو شرط اكتشفه مجلس الدولة الفرنسي ودفع إليه التطور.

ونتفق مع الفقه الذين وصلوا إلى التقرير بأن هذه الأداة الرقابية هي تطبيق لمبدأ التناسب، إذ وازن القاضي الإداري في حكم مدينة الشرق الجديدة بين المزايا والأضرار الناجمة عن تقدير أهمية السبب وأهمية الآثار المترتبة عنه، بحيث إذا أفرزت هذه الموازنة عن عدم توافق مفرط كان القرار غير مشروع أي غير مؤد للنتيجة المرجوة وهي تحقيق المنفعة العامة.

المبحث الثاني: تطبيق نظرية الموازنة في مجال منازعات التعمير والبيئة

لقد اتضحت الصورة عن تطبيق القضاء الإداري لرقابة الموازنة في كونها نظرية اقتصادية خالصة، تقوم على حساب غلبة عناصر على عناصر أخرى، فمن أجل توضيح كيفية تطبيق هذه الرقابة في مجال التعمير والبيئة وجب أولا معرفة عناصر الموازنة فيها، كما يلي:

المطلب الأول: عناصر رقابة الموازنة

لقد قام مفوض الحكومة G. Braibant في مذكرته بشأن الحكم المبدئي السابق ذكره بوضع جملة من العناصر تشكل في مجموعها معيار رقابة الموازنة تؤخذ بعين الاعتبار، ومن بينها:

الفرع الأول: عنصر الملكية الخاصة

يوازن القاضي الإداري طبقا لهذا العنصر بين الأضرار التي يمكن أن تصيب هذا الحق نتيجة نزع الملكية، وبين الفوائد التي قد تترتب عن المشروع المراد إنجازه¹²، وهذا ما جاء في حكم لمجلس الدولة Ep.

Perez بتاريخ 25 نوفمبر 1988 إذ أبطل مجلس الدولة قرار (Dup) الذي من شأنه أن يحرم مالكي إحدى الفيلات من كل مساحة حديقتهم تقريبا لإنشاء مساحة خضراء، في حين أن البلدية غنية بالمساحات الخضراء أصلا.¹³

الفرع الثاني: عنصر التكاليف المالية

حيث يأخذ القاضي الإداري في الاعتبار عند القيام بالموازنة بين منافع المشروع و مضاره من خلال الكلفة المالية للمشروع الذي ستتحمله الإدارة نازعة الملكية، والتأكد مما إذا كانت قادرة فعلا على تنفيذ المشروع من توافر الأموال اللازمة لذلك، ومن ذلك حكم مجلس الدولة Grassin في 26 أكتوبر 1973¹⁴ بشأن نزع الملكية لإنشاء مطار في حين أن تكلفته المالية لا تتناسب مع الموارد المالية للبلدة التي سيقام فيها، وأيضا حكم Mlle Drexel Dahlgren في 27 جويلية 1979 إذ أعلن مجلس الدولة عن عدم وجود منفعة عامة من نزع ملكية فندق لإقامة و بصفة مؤقتة المدرسة الوطنية للجسور و الطرق، ويعود ذلك إلى التكلفة العالية لنزع الملكية ونفقات التجهيز، في حين أن العقار لا يستجيب للاحتياجات الدائمة لسيرورة المدرسة.¹⁵

الفرع الثالث: عنصر التكاليف الاجتماعية للمشروع

ويتمثل في الآثار الاجتماعية التي قد يتسبب فيها المشروع سواء بالنسبة للأفراد أو البيئة أو الاقتصاد وغير ذلك من الآثار، ومن ذلك نجد حكم مجلس الدولة في قضية SCI, Sainte-Marie de l'assomption السابق الذكر، حين ألغى قرار المنفعة العامة بنزع قطعة أرض تمثل حديقة مستشفى للأمراض النفسية hôpital psychiatrique لاستكمال تنفيذ طريق وربطة بالطريق القديم، إذ قدر أن ظروف الاستشفاء وهذه المؤسسة وهي الوحيدة التي تستجيب لمتطلبات سكان des Alpes-Maritimes ستتعرض لاضطراب خطيرة من سير الطريق وحرمانه من المساحة الخضراء الوحيدة المتوفرة لديه.¹⁶

وفي حكم آخر له في قضية Bo أقر مجلس الدولة شرعية قرار المنفعة العامة لتوسيع حلقة لسباق الخيل لمجموعة قرى تطل على البحر، لما يؤدي إليه من المساهمة في التنمية السياحية والاقتصادية لقرى Cagnes et Nice مجتمعة، وقد وصل إلى هذا الحكم بعد قيامه بدراسة خاصة لظروف الدعوى والمنطقة ومجموعة القرى.¹⁷

هذا وتجدر الإشارة إلى أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد أضاف عنصرا آخر في معياره، والذي أثار جدلا في أوساط الفقه منذ حكم Sainte- Marie l'assomption السابق الذكر، بشأن المفاضلة بين المصالح العامة فيما بينها، فبعد أن كانت القاعدة التي بنيت عليها هذه الرقابة الموازنة بين المنافع والأضرار الناجمة عن نزع ملكية خاصة للمنفعة العامة.

إنه من خلال تتبع منهجية القضاء الإداري في التقرير بمشروعية قرار المنفعة العامة، فإننا نصل إلى القول بأن القضاء الإداري يمارس رقابته على ملاءمات الإدارة وبموجب وسيلة رقابة صريحة هي رقابة الموازنة لإضفاء صفة المشروعية على قراراتها، وأن هذا الوضع ليس بغريب عليه ذلك أنه قد أدخله بمناسبة الرقابة على القرارات الماسة بالحريات العامة، وكذلك القرارات الصادرة عن الهيئات المحلية، مما يدفعنا إلى القول بأن الصورة التي رسمها مفوض الحكومة **Braibant** في مذكرته بشأن الحكم المبدئي، قد تطور فيها القضاء الإداري نحو التوسع، مما جعل بعض الفقه يصفه بالانحراف، وأصبح القاضي اليوم بموجب هذه الرقابة لا يقف عند حد القرارات المتجاوزة أو غير المبررة أو غير المعقولة أو حتى غير المدروسة جيدا، بأن أصبح القاضي يناقش الإدارة في تقديراتها ويطبق مبدأ التناسب بصورة حقيقية كما نادى به مفوض الحكومة بقوله:

« Traditionnellement le juge ne se contentait de vérifier si une opération d'expropriation avait un objet d'utilité publique, appréciée de façon abstraite et générale ; et comme la notion d'utilité publique ne cessait de s'entendre, en raison du développement de l'interventionnisme économique et social, le contrôle du juge tendait à devenir de moins en moins efficace ; pour lui rendre sa portée et assurer une meilleure protections des intérêts en présence le conseil d'état a en recours à l'idée de proportionnalité ».

المطلب الثاني: تطور نطاق رقابة الموازنة بإدراج البعد البيئي في منازعات التعمير

لقد طور قضاء مجلس الدولة الفرنسي نطاق تطبيق رقابة الموازنة خارج مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، بأن أقر مجالات عدة تتعلق بالتعمير والبيئة وحتى الدمج بينهما، مما يجعل لهذه الرقابة بعد هام ومعقد من

حيث التطبيق يجتهد القاضي من خلالها على حث الإدارة على الالتزام بالمعقولية والفعالية في قراراتها وتدخلها الإداري بصفة عامة.

الفرع الأول: في مجال التعمير L'urbanisme

لقد كرس مجلس الدولة نظرية الموازنة في مجال الإجراءات الاستثنائية لقواعد التنظيم العمراني، وكان ذلك في قضية ville de limoges الصادر حكمها في 18 جويلية 1973، حيث انتهى إلى وضع مبدأ مهم يتمثل في أنه لا يمكن السماح قانونا بأي إجراء استثنائي على قواعد التنظيم العمراني، إلا إذا كانت الأضرار التي يلحقها هذا الإجراء بالمنفعة العامة التي تحميها هذه القواعد، غير مفرطة أو مبالغ فيها بالنظر إلى المنفعة العامة التي يربتها الإجراء الاستثنائي.¹⁸

إن هذا الاجتهاد القضائي قد أصبح اليوم مكرسا بموجب نصوص قانونية صريحة تبنت هذه التقنية¹⁹، ومن الاجتهادات الحديثة لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن حكمه الصادر في قضية Commune de la Rochette الصادر في 22 أكتوبر 2003²⁰، وكذلك حكمه في قضية Cts yx et gaec du cerisiery في 30 جويلية 2003 بشأن إنشاء منطقة عمرانية بحيث تكون منافع إنشائها على التنمية الاقتصادية وخلق مناصب العمل، تفوق أضرارها خاصة من جهة التكلفة المالية والاعتداءات على الملكية الخاصة وعلى البيئة.²¹

الفرع الثاني: في مجال حماية البيئة

لقد أصبح المجال البيئي من أهم وأكثر المجالات التي تثار بشأنها هذه الرقابة، وإن كان يجدر التنويه إلى أن مسألة حماية البيئة والحفاظ على احترام قواعد التخطيط والتنظيم العمراني من الأمور الواجب احترامها وأخذها بعين الاعتبار، ونجد لها مكانا كان في الماضي في مجال نزع الملكية غير أنها اليوم أصبحت مستقلة بذاتها، وذلك لرغبة القاضي الإداري في توسيع رقابته ليس فقط عمقا و لكن أيضا امتدادا.

ومن بين الأحكام الصادرة في هذا الشأن حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Association SOS Rivières et environnement، بتاريخ 22 أكتوبر 2003²²، وفي حكم في 10 جويلية

Association interdépartementale et intercommunal pour la protection du lac 2003
de Sainte-Croix des lacs et sites du verdon.²³

وقد اعتبرت هذه القضية من أصعب القضايا التي عرضت على مجلس الدولة الفرنسي في الترجيح بين مصلحتين عامتين، الحفاظ على البيئة المحيطة والمنفعة العامة العائدة من المشروع الاقتصادية والاجتماعية.

الهوامش:

- 1 - د/ نبيلة عبد الحليم كامل، دور القاضي الإداري في الرقابة على شرط المنفعة العامة في حالة نزاع الملكية (الاتجاه الحديث لمجلس الدولة في مصر وفرنسا)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 17 و ما بعدها.
- 2 - نفس المرجع ، ص 19.
- 3 - د/ أحمد أحمد الموافي، بعض ملامح الاتجاهات الحديثة في الرقابة القضائية على السلطة التقديرية، دار النهضة العربية، بدون بلد نشر، 2008، ص 45
- أ/ لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، وسائل المشروعية، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 396.
- 4 - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا في 1990/04/21 ملف رقم 66960، قضية الفريق (غ) ضد والي ولاية البويرة، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992، ص 158.
- 5 - وارد في مرجع أ/لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات والإدارية، مرجع سابق، ص 410.
- 6 - أ/ زروق العربي، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا، مجلة مجلس الدولة، العدد رقم 08، 2006، ص 125.
- 7 - أ/ ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية، مجلة مجلس الدولة، العدد 03، جانفي - جوان، 2003، ص 18.
- 8 - أ/ فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، 2001، ص 41.
- 9 - د/ أحمد أحمد الموافي، مرجع سابق، ص 40 و 41.
- 10 - د/ محمود سلامة جبر، نظرية الغلط البين في قضاء الإلغاء، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، القاهرة، 2007، ص 166.
- 11 - نفس المرجع، ص 172.
- 12 - أ/ العربي زروق، مبدأ الموازنة، مقالته السابق، ص 136.
- 13 - René Chapus, Droit administratif générale, tome 2, 8ème édition, MONTECHRETIEN, Paris, 1995, p665.
- 14 - د/ أحمد أحمد الموافي، مرجع سابق، ص 36.
- 15 - René chapus, op-cit, tome 2, p 665.
- 16 - René chapus, Ibid.

- 17 - د/ محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص 160.
- 18 - أ/ مايا محمد نزار أبودان، الرقابة القضائية على التناسب في القرار الإداري، دراسة مقارنة فرنسة مصر ولبنان، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 179 و 180.
- 19 - أ/ حنان الحجال، رقابة التناسب في اجتهاد القضاء الإداري، دراسة مقارنة لبنان فرنسا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية، لبنان، 2005، ص 107.
- ²⁰ - M. Long et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 16ème édition, DALLOZ, 2007, p 618.
- ²¹ - Pierre Tifine , expropriation (régime général et objet de la procédure) , Lexis Nexis SA Administratif, Fasc 10, 2008 ,p 24.
- ²² -M. Long et autres, OP-CIT, p 617.
- ²³ - Simon Gilbert et Emmanuel Simonet, l'expropriation pour cause d'utilité publique, chronique de jurisprudence , 2005- 2006 , AJDA, N 1, 2007, p 27.

سلطة القاضي لاستعجالي في توجيه الأوامر للإدارة في مادة إبرام العقود

والصفقات" بين الفعالية و المحدودية"

د.سمراء لربيس

جامعة أم البواقي

د. وفاء عزالدين

جامعة 8 ماي 1945. قالمة

الملخص :

تماشيا من المشرع الجزائري مع ما توصلت إليه القوانين المقارنة من معايير لتدعيم دولة القانون، وعلى رأسها القانون الفرنسي، منحت للقاضي لاستعجالي سلطات واسعة، وقد ظهر ذلك من خلال تخصيصه لباي كامل في الاستعجال الإداري فضلا عن استحداث المشرع الجزائري لاستعجال الحريات الأساسية والاستعجال في مادة التسبيق المالي فقد منح الحق لقاضي الاستعجال الإداري في توجيه أمر صريح ومباشر لجهة الإدارة بقصد احترام القواعد القانونية المتعلقة بالإعلان عن إجراءات العقود التي تبرمها والالتزام بتحقيق الشفافية من خلال الالتزام بقواعد الإشهار والمنافسة وذلك في مادة إبرام العقود والصفقات.

الكلمات المفتاحية: قاضي إستعجالي، عقود، صفقات عمومية، أوامر للإدارة.

Summary :

In line with the Algerian legislator's findings of comparative laws in terms of standards for strengthening the state of law, most notably the French law, the judge was granted wide powers to exercise urgency. This was demonstrated by his devoting an entire chapter to administrative urgency, in addition to the Algerian legislator's introduction of urgency to basic freedoms and urgency in the matter of precedence. The Financial District has granted the right to the administrative urgency judge to issue a clear and direct order to the administration with the intention of respecting the legal rules related to announcing the contract procedures it concludes and committing to achieving transparency by adhering to the rules of advertising and competition in the matter of concluding contracts and deals.

Keywords: urgent judge, contracts, public deals, administration orders.

مقدمة :

لقد منح المشرع في ق.إ.م إ سلطات واسعة ومتعددة لقاضي الاستعجال الإداري في مادة إبرام العقود والصفقات العمومية، وذلك لتمكينه من رقابة الإدارة العامة في مرحلة الإبرام⁽¹⁾، وذلك في حالة مخالفة الإجراءات المسبقة لإبرام الصفقات العمومية، والعقود الإدارية بصفة عامة، لا سيما قواعد الإشهار التي تضمنت الشفافية ومساواة المتنافسين⁽²⁾، وقد نص على ذلك في المادة 946 من ق.إ.م إ، والتي جاء فيها أنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

يتم من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على هذا الإخطار مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد.

يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه.

ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد.

ويمكن لها كذلك وبمجرد إخطارها أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما.

هذا وبالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 247/15

المؤرخ في 2015/09/16 (السالف الذكر)، نجد أن منازعات الصفقات العمومية تصنف أساسا

(1) بوكحيل ليلي، دور القضاء الإداري في حماية مبدأ حرية المنافسة، مداخلة أقيمت بمناسبة الملتقى الوطني حول حرية المنافسة في التشريع الجزائري، المنعقد بجامعة باجي مختار، عنابة (الجزائر)، يوم 28 ماي 2013، ص 7.

تجدر الإشارة أن دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد قد تبناها المشرع الفرنسي في القانون رقم 10/92 المؤرخ في 1992/01/24، وتم إدراج ذلك في المادة 551 الفقرة الأولى والثانية من قانون العدالة الإدارية (**le référé précontractuel**) راجع في ذلك: كسال عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 227.

(2) سي العربي بن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 80.

حسب المراحل التي تمر بها الصفقة العمومية إلى صنفين، الأول يتمثل في المنازعات التي تنشأ في مرحلة إعداد الصفقة العمومية وإبرامها، والثاني يتمثل في المنازعات التي تنشأ في مرحلة التنفيذ، وطبقا للمادة 946 من ق.إ.م إ. المذكورة أعلاه، نجد أن المشرع حصر مجال اختصاص القاضي الإداري الاستعجالي في مرحلة إبرام الصفقات العمومية والعقود الإدارية، ولعل تبنيه الدعوى الاستعجالية في هذا المجال جاء نتيجة الفراغ القانوني المتمثل في غياب أي إجراء قضائي تصحيحي وقائي سابق لعملية إبرام الصفقة العمومية أو مصاحب لها، في ظل قصور دعوى الإلغاء على تحقيق ذلك بحكم تدخل قاضي الإلغاء بعدم إبرام الصفقة وتنفيذها واقتصار حق التقاضي فيها على أطراف الصفقة، في حين أن المادة 946 من ق.إ.م إ. جعلت من هذه الدعوى الاستعجالية إجراء يمارس من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد أو الصفقة أو المتضرر منها.⁽³⁾

ومرد ذلك هو لضمان أكبر نجاعة للعقود الإدارية والصفقات العمومية⁽⁴⁾ فلا بد مراعاة واحترام الشروط الخاصة بمرحلة ما قبل التعاقد والمتعلقة بعملية الإشهار والمنافسة بان تتم في شفافية ليتمكن عدد كبير من المتعاملين والمتعهدين الاقتصاديين من المشاركة وتقديم أحسن عرض، وذلك مرهون بتوسيع عملية الإعلان والنشر وتنزيه اللجان المكلفة بدراسة العروض وإرساء المناقصات عن كل المغريات.⁽⁵⁾

وهذا ما يسوقنا لطرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى يمكن لسلطة القاضي الاستعجالي سد الفراغ التشريعي في مجال الصفقات والعقود وإلى أي مدى يمكنه الإجتهد؟

المحور الأول: تعزيز السلطات الممنوحة للقاضي الاستعجالي في مادة إبرام العقود

والصفقات

⁽³⁾ بن عيشة عبد الحميد، دور القاضي الإداري الاستعجالي في مجال منازعات الصفقات العمومية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، المجلد 54، العدد 1، مارس 2017، ص 229.

⁽⁴⁾ جاء في المادة 5 من المرسوم 247/15 أنه: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم"

⁽⁵⁾ موساوي فاطمة، دور القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المسيلة، العدد 11، سبتمبر 2018، ص 270.

باستقراءنا لنص المادة 946 من ق.إ.م إن نستشف من خلالها السلطات الواسطة الممنوحة للقاضي الاستعجالي الإداري في إعماله لسلطة توجيه أوامر للإدارة في مجال إبرام العقود والصفقات العمومية وذلك في حال الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة بالأمر بالامتنال لهذه الالتزامات مع تحديد أجل لذلك (أولاً) ، مع إمكانية الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد (ثانياً)، كما يمكن للقاضي الأمر بتأجيل إمضاء العقد بمجرد إخطاره إلى غاية نهاية الإجراءات لمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوماً(ثالثاً).

أولاً: سلطة الأمر بالامتنال لالتزامات الإشهار والمنافسة التي ثبت الإخلال بها

إن القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في الصفقات العمومية هو إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية، ومن أجل ذلك فقد أجاز المشرع الجزائري وفقاً للمادة 4/946 من ق.إ.م.إ، للقاضي الإداري الاستعجالي أمر المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة بالامتنال لهذه الالتزامات وذلك في أجل معين، كأمر الإدارة مثلاً بنشر إعلان الصفقة وفقاً للمقتضيات المحددة قانوناً والتي لم تلتزم بها وبكل الإجراءات التي تحقق مبدأ المنافسة،⁽⁶⁾ كأمر الإدارة بتمكين المترشحين من بعض الوثائق الضرورية كدفاتر الشروط التي امتنعت عن تسليمها لهم، أو أمرها بقبول بعض المترشحين الذين تم رفضهم دون مبرر...إلخ.⁽⁷⁾

ويثبت الحق في إخطار المحكمة الإدارية من أجل استصدار أمر إلى الجهة الإدارية المتسببة في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، لكل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، كما يثبت هذا الحق لممثل الدولة على مستوى الولاية، وذلك إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.⁽⁸⁾

⁽⁶⁾ بن عيشة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 240.

⁽⁷⁾ بوكحيل ليلي، المرجع السابق، ص 5.

⁽⁸⁾ ميسوري عمار، التدابير الاستعجالية قبل إبرام الصفقات العمومية وبعدها، مداخلة في إطار يومين دراسيين حول الصفقات العمومية منعقدتين بمجلس الدولة في 27 و28 نوفمبر 2016، ص 9، بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 479.

إلا أن هناك سؤال يثور في ما إذا كان للوالي هذا الحق على المستوى المحلي فمن هو صاحب الحق في إخطار المحكمة في حالة صفقة مبرمة من طرف مؤسسة عمومية مركزية.⁽⁹⁾ أما عن أسباب منح المشرع سلطة الفصل في منازعات إبرام العقود والصفقات على القاضي الإداري الاستعجالي وفقا للمادة 01/946، فهي ترجع أولا إدخال عنصر الشفافية في تسيير كل ما تعلق بالتصرفات التي تعتمد على الجانب المالي وذلك رغبة من المشرع في مواكبة معظم القوانين المقارنة التي سعت لذلك، وثانيا من أجل اعتماد مبدأ تكافؤ الفرص أمام كل المتعهدين والابتعاد عن كل ما هو سلبي في إبرام هذه الصفقات وهو ما دعت إليه المادة 5 من المرسوم الرئاسي 247/15 السالفة الذكر، وهذين السببين مرتبطين بما حدده المشرع في المادة 946 من ق.إ.م.إ، كقيد وشرط في مدان تطبيقها بشيئين اثنين لا ثالث لهما وهو الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة.

وبناء على ذلك فإن كل فراغ يخرج عن مجال الإخلال بهذه الإجراءات (الإشهار أو المنافسة) لا يدخل ضمن هذا النوع من النزاعات وأن القاضي الاستعجالي عندما عرض عليه نزاع غير هذا يقضي برفض الدعوى لعدم التأسيس⁽¹⁰⁾.

ويعتبر القضاء من قبيل مخالفة قواعد العلانية عدم مراعاة نشر الإعلانات لدى الجهات المحددة، أو خرق القواعد المتعلقة بمدد استلام العروض كما يعتبر خرقا لقواعد المنافسة عدم احترام الإدارة للشروط المنصوص عليها في وثائق العقد، وبموجب النصوص الناظمة لهذه الصورة من الاستعجال فإن للقاضي سلطة الرقابة في القضاء الكامل في سبيل البحث عن مدى احترام الإدارة المتعاقدة لالتزاماتها بشأن العقد أو الصفقة يبحث في الأسباب التي دفعت إلى إقصاء الشخص من الحصول على الصفقة وإرسائها عليه⁽¹¹⁾

⁽⁹⁾ ميسوري عمار، نفس المرجع، ص 9.

وفي هذا المقام تجلّى لنا حرص المشرع على ضمان مشروعية الصفقات العمومية المحلية، في حين تجاهله لا مكانية خرق هذه المشروعية الصفقات المركزية فما هي بالتالي ضماناتها؟

⁽¹⁰⁾ ولقد طبق مجلس الدولة ذلك في العديد من قراراته وذلك مثلا في قراره رقم 074854 حيث توصل فيه إلى أن المحكمة الاستعجالية خالفت ما جاء في المادة 946 من ق.إ.م.إ لما فصلت في نزاع لا تعلق لا بالإخلال بإجراءات الإشهار ولا بالمنافسة، أنظر في ذلك: ميسوري عمار، المرجع السابق، ص 8 وما بعدها.

⁽¹¹⁾ كسال عبد الوهاب، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، المرجع السابق، ص 228.

وكما قلنا فإن لقاضي الاستعجال الإداري الذي أخطر بعريضة من قبل من له مصلحة في إبرام العقد، أن يأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته مع إمكانية تحديد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه، إلا أن ما يجدر التساؤل حوله هو في حالة ما إذا لم تلتزم الإدارة اتجاه الأمر الصادر ضدها، وانقضى الأجل المحدد لها بالامتثال له؟ هذا التساؤل سنجيب عليه في العنصر الموالي.

ثانيا: سلطة فرض الغرامة التهديدية بعد انقضاء الأجل المحدد

لقد تصدى المشرع الجزائري لمسألة عدم التزام الإدارة اتجاه الأمر الصادر ضدها حول ضرورة الامتثال لالتزاماتها الخاصة بعمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية، وذلك بمنح قاضي الاستعجال الإداري إمكانية الحكم بالغرامة التهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد لها بالامتثال، وذلك حسب ما جاء في الفقرة الخامسة من المادة 946 من ق.إ.م (12)، ويفهم من الفقرة المذكورة أنه لا يمكن للقاضي الجمع بين توجيه الأمر بالامتثال لتلك الالتزامات وتوقيع الغرامة التهديدية حيث لا تطبق إلا في حالة انقضاء الأجل المحدد (13).

وكذلك يفهم من عبارة " يمكن لها " أن للقاضي الاستعجالي السلطة التقديرية في فرض الغرامة التهديدية من عدمه في حال انقضاء هذا الأجل. ويمكن القول بأن الغرامة التهديدية قد تعمل كوسيلة ضغط على الإدارة المخالفة لإجراءات الإشهار أو المنافسة بإجبارها على إعادة النظر في ذلك بتصحيح الاختلالات التي ارتكبتها في هذه الإجراءات.

ثالثا: سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد

للتفصيل أكثر حول صور الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة كخرق قواعد الإعلان عن الصفقة، والإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد، أو الحرمان من الصفقة دون وجه حق، راجع في ذلك: مقيمي ريمة، المرجع السابق، ص 106 وما يليها وكذلك: محمد فقير، رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، مداخلة قدمت في إطار الملتقى الوطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، المدينة (الجزائر) يوم 20 ماي 2013، ص 10.

(12) تنص الفقرة الخامسة من المادة 946 من ق.إ.م إ على أنه: "...ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري

من تاريخ انقضاء الأجل المحدد..."

(13) بوكحيل ليلي، المرجع السابق، ص 7.

منحت الفقرة السادة من المادة 946 من ق.إ.م.إ، للقاضي سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوماً⁽¹⁴⁾ ويعد هذا التأجيل بحد ذاته وسيلة ضغط على الإدارة لتفي بالتزاماتها وهي سلطة خطيرة تشل عمليات العقد وتؤثر على سير المرفق العام بانتظام وإطراد، لكن في حال رفع هذه الدعوى بعد إبرام العقد يصبح هذا الأمر دون جدوى ومن هذا المنطلق تطرح أمامنا مسألة الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات ويثور حولها إشكال في التناقض الصريح بين الطابع الوقائي الذي تتسم به هذه الدعوى من حيث أنها تهدف إلى إصلاح المخالفات قبل إبرام العقد، وإمكانية رفعها بعد إبرام العقد؟ فالمنطلق الوقائي يفرض أن ترفع الدعوى قبل إبرام العقد⁽¹⁵⁾، حيث يمارس القاضي الاستعجالي سلطته فيوجه أمراً للمتسبب بالإخلال للامتثال لالتزاماته أو أن يأمر بتأجيل العقد طبقاً للفقرتين 4 و6 من المادة 946 من ق.إ.م.إ، أما في حالة أن أبرم العقد فما محل هذه الدعوى؟ وفي ذلك فقد قبلت المحاكم الإدارية بفرنسا النظر في الدعوى حتى بعد إبرام العقد في السنوات الأولى من تكريس القضاء الاستعجالي قبل التعاقد، غير أن مجلس الدولة الفرنسي مافتى أن تبنى مبدأ مستقر مفاده أن تطرق القاضي الاستعجالي إلى مشروعية العلانية والمنافسة بعد إبرام العقد يخرجها من رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية، وعلى هذا الأساس أجمع الرأي القانوني العام في فرنسا على أن المجال الزمني لرفع هذه الدعوى ينحصر في الفترة السابقة لإبرام العقد أو الصفقة العمومية⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ إن هذه المدة (20 يوماً) يمكن أن تتوافق مع الطابع الاستعجالي الذي يخدم ضمان حسن سير المرافق العامة وعدم تعطيل المصلحة العامة، غلا أنها مدة قصيرة مقارنة بالإشكالات التي يمكن أن تثور بشأن مسألة معقدة كالعقود والصفقات العمومية بحكم تشعب جزئياتها وأنواعها وطرق إبرامها واختلاف إجراءات كل منها.

⁽¹⁵⁾ تجدر الإشارة في هذه النقطة أن المشرع لم يشر إلى شرط الاستعجال صراحة بل أولى هذا النوع من المنازعات إلى قاضي الاستعجال الإداري بنص القانون دون النظر في مدى توفر حالة الاستعجال بالمفهوم التقليدي، بل اعتبر التأكد من توفر هذه الخروقات والمخالفات هو بمثابة عنصر الاستعجال، فأحياناً لا يرقى الأمر إلى درجة الخطر المحدق بل فقط المحافظة على حقوق ثابتة ولكن باتت صيانتها بصفة مستعجلة ضرورية.

للتفصيل أكثر أنظر: بن عيشة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 233، محمد براهيم، القضاء المستعجل، المرجع السابق، ص 95.

⁽¹⁶⁾ محمد فقير، المرجع السابق، ص 12.

ذلك أنه في مجال قضاء الإلغاء لا يمكن الاستناد إلى مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز طلب إلغاء القرار الإداري، فدعوى الإلغاء هي جزء لمخالفة مبدأ المشروعية والالتزامات المترتبة على العقود الإدارية هي التزامات شخصية.

فالقاعدة العامة أن الطعن بالإلغاء لا يكون إلا ضد القرارات الإدارية، وهذا يعني استبعاده للعمليات المركبة كالعقود الإدارية، فالعقد الإداري عملية مركبة تتكون من عدة مراحل تشمل كل مرحلة عدة قرارات إدارية، وهي كعملية قانونية متكاملة تخرج ككل على نطاق دعوى الإلغاء.

غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، بل ترد عليها بعض الاستثناءات تتعلق أساسا بإمكانية الطعن بالإلغاء ضد القرارات المنفصلة عن العقد لا سيما مرحلة انعقاد العقد، وإمكانية الطعن بالإلغاء من قبل الغير على أساس أن دعوى القضاء الكامل تخص فقط أطراف العقد⁽¹⁷⁾.

وبالرغم من ذلك فقد أبدع القاضي الإداري الفرنسي في ابتكاره لاجتهاد حديث أسس لنظرية جديدة في مجال العقود الإدارية ومنازعاتها القضائية وذلك بمقتضى قراره الصادر في 2007/07/16 في قضية " société tropic travaux signalisation " حيث رفض فيها القاضي الاستعجالي الدعوى تأسيسا على أنه لا محل لها لأن العقد قد أبرم ونفذ كلياً، وفي ذلك استأنفت الشركة الحكم أمام مجلس الدولة الذي أقر بأنه " يمكن للغير المطالبة بوقف الصفقة ذاتها بعد إبرامها بالتبعية لحقهم في مخاصمة العقد ذاته، إلا أنه رفض الاستئناف لأنه لا مجال لأي تجاوز للسلطة أو إخلال بالعلانية أو المنافسة، ويكون مجلس الدولة بمقتضى هذا القرار قد استحدث أمرين هما: إمكانية رفع الدعوى الاستعجالية في مجال العقود والصفقات قبل أو بعد إبرام العقد وهو ما يرجى من المشرع الجزائري باعتماده لتسمية الدعوى "شبه الاستعجالية في مجال العقود الإدارية " بدلا من الاستعجالية قبل التعاقدية.

⁽¹⁷⁾ سليمان السعيد، " دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، مداخلة ألقيت في إطار أعمال الملتقى الدولي " نحو الطابع التعاقدى للعلاقات القانونية "، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان(الجزائر)، يومي 23 و 24 أبريل 2006، ص 12.

وكذلك حق الغير في مخاصمة العقد ذاته بعد أن كان الأمر حكرا على أطراف العقد وهو ما سيؤدي إلى قلب نظرية العقد الإداري رأسا على عقب في سبيل ضمان مشروعيته.⁽¹⁸⁾ وعلى العموم وبالرجوع إلى سلطة تأجيل إمضاء العقد الممنوحة لقاضي الاستعجال الإداري بموجب الفقرة "6" من المادة 946 فإنه له السلطة التقديرية في ذلك حيث راعى المشرع الجزائري في هذه الفقرة التوازن بين المصلحتين العامة والخاصة لأنه إذا لم يتم تأجيل إمضاء الصفقة فإنها ستوقع وربما سيشرع في تنفيذها في الوقت الذي تسري فيه إجراءات الدعوى أمام القضاء وإلى أن يصدر الأمر فقد تترتب نتائج يصعب تداركها بما يلحق الضرر بمصلحة المدعي.

على أن يتم تأجيل توقيع العقد لمدة لا تتجاوز (20) يوما، وهذا الأجل هو نفسه المحدد للفصل في الدعوى كما هو منصوص عليه في المادة 946 من ق.إ.م.إ.⁽¹⁹⁾ ويمكن اعتبار سلطة تأجيل إمضاء العقد بمثابة سلطة وقائية يباشرها القاضي بمجرد إخطاره بالدعوى ولا يحتاج فيها للتأكد من ثبوت المخالفة.⁽²⁰⁾

وفي الأخير لا يسعنا سوى القول بأن المشرع الجزائري ومن خلال هذه المعالجة القانونية لمنازعات العقود والصفقات العمومية قبل التعاقدية الخاصة بمرحلة الإبرام بمنح اختصاص الفصل فيها للقاضي الإداري الاستعجالي وذلك عند الإخلال بمبادئ الإشهار والمنافسة، فقد حاول إعطاء القاضي مساحة واسعة وتمييزة من السلطات، كسلطة الأمر بالامتنال للالتزامات في أجل محدد، وفرض غرامة تهديدية كجزاء على الإخلال بذلك، وكذلك إمكانية الأمر بتأجيل إمضاء العقد إذا رأى القاضي ضرورة لذلك بمجرد إخطاره بالطلب من طرف من له مصلحة في إبرامه، وكل ذلك رغبة منه في إحاطة هذا النوع من المنازعات بحماية فعالة باستحداث هذا النوع من الدعوى الاستعجالية التي لا تحمل في طياتها المعنى الحقيقي للاستعجال بقدر ما تعد وسيلة لحماية المال

⁽¹⁸⁾ بزاحي سلوى، رقابة القضاء الاستعجالي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية (الجزائر)، المجلد 3، العدد 1، سبتمبر 2012، ص 40.

⁽¹⁹⁾ نصت المادة 947 من ق.إ.م.إ. على أنه: "تفصل المحكمة الإدارية في أجل عشرين (20) يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة 946 أعلاه"

⁽²⁰⁾ بوكحيل ليلي، المرجع السابق، ص 8.

العام والمصلحة العامة إلى جانب المصلحة الخاصة للمتضرر من أساليب التلاعب التي تمارسها الإدارة في خرق إجراءات الإشهار أو المنافسة، فهي بذلك دعوى وقائية ذو حدين.

إلا أنه بالرغم من سمو غاية المشرع من هذه الدعوى، إلا أنه وبالرجوع إلى الجانب الإجرائي المتعلق بمدى إمكانية الطعن في الأوامر الصادرة تطبيقاً للمادتين 946 و 947 من ق.إ.م إ خاصة وأنه لم يتم الإشارة فيهما لقابلية الطعن من عدمه هذا كان قبل التعديل وفقاً للقانون 13/22 حيث تم تعديل المادة 936 بموجب المادة 10 منه بالنص صراحة على أن الأوامر الصادرة في مادة الاستعجال قابلة للطعن، فقد كان المشرع تاركاً لفرغ تشريعي في ظل المادة بالصياغة السابقة (21) حول هذه المسألة ولعل مرد هذا الغموض هو نصه صراحة في حالات أخرى عن قابلية الأمر الصادر للطعن مثل حالة التسييق المالي وأكثر من ذلك فقد نص في المادتين (936)(22) و(937)(23) على الأوامر القابلة للاستئناف وكلاهما لم تتضمن الأوامر الصادرة في منازعات إبرام العقود والصفقات مما يقود إلى طرح الاحتمالات والتأويلات من أجل إزالة هذا الغموض، لأن المسألة تبقى مبهمة بعدم النص صراحة على ذلك من طرف المشرع، مما يفتح المجال أمام اجتهادات القضاء.

فمن ناحية يمكن اعتبار الأمر الصادر في هذا النوع من المنازعات، بمرتبة الأوامر الصادرة تطبيقاً للمواد 919 و 921 و 922 وهي غير قابلة لأي طعن، وذلك بالنظر إلى خصوصية الهدف من الاستعجال في مادة الصفقات والعقود والذي سبق الإشارة إليه، خاصة أن الطعن يزيد من بطء الإجراءات مع مراعاة عدم تعطيل سير المرفق العام.

أما بعد النص صراحة على قابلية الأوامر الاستعجالية للطعن دون تحديد يمكن اعتبار الأمر الصادر بمرتبة الأوامر القابلة للطعن بالاستئناف طالما أن المادة (947) نصت على أجل للفصل

(21) راجع في ذلك: مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية (نظرية الاختصاص)، المرجع السابق، ص 144، بن عيشة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 246.

(22) نصت المادة 936 من ق.إ.م إ على أنه: "الأوامر الصادرة تطبيقاً للمواد 919 و 921 و 922 أعلاه غير قابلة لأي طعن"

(23) نصت المادة 937 من ق.إ.م إ على أنه: "تخضع الأوامر الصادرة طبقاً لأحكام المادة 920 أعلاه للطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة 15 يوماً التالية للتبليغ الرسمي أو التبليغ..."

في الدعوى، وعليه يمكن حساب ميعاد الاستئناف ابتداء من هذا الأجل وفقا للقواعد العامة التي تسري على استئناف الأوامر الاستعجالية (المادة 950 من ق.إ.م. إ. المعدل و المتمم).
إلا انه يتبادر إلى ذهننا تساؤل في حال كانت العقود والصفقات تابعة للإدارات المركزية حين يكون مجلس الدولة هو صاحب الاختصاص كدرجة أولى وأخيرة، حيث لم تشر المادتين 946 و 947 إلى ذلك، واكتفى المشرع بالإشارة إلى الحالة التي تكون فيها المحكمة الإدارية هي صاحبة الاختصاص في الفصل في المنازعة وهو ما يضي على معالجة المسألة قصورا واضحا يرجى من المشرع سده وإعادة النظر فيه.

المحور الثاني : مظاهر فعالية سلطة الأمر في مادة العقود و الصفقات

يمكن القول عن مجال الأمر الاستعجالي بالامتثال للالتزامات في مادة إبرام العقود و الصفقات بان التكريس التشريعي غير المسبوق في الجزائر للاستعجال قبل التعاقد ، من شأنه تفعيل المنظومة القانونية بسد الفراغ الذي كان سائدا في هذا المجال و رأب الصدع الذي تعرفه الصفقات العمومية من تجاوزات أثرت على الاقتصاد الوطني ، بالإضافة إلى إعطاء القاضي الإداري مساحة واسعة وغير مألوفة من السلطات كسلطة الأمر وفرض الغرامة التهديدية ، وكذا الأمر بتأجيل إمضاء العقد، و ذلك بهدف إيجاد دعوى فعالة تفصل في نزاع محاط بحالة من الاستعجال ، مما ينتج عنه أن هذا القضاء ليس قضاء مستعجلا بمعنى الكلمة بل تقنية خاصة في سبيل حماية الصفقة العمومية والمال العام ، يمكن تسميتها بالدعوى شبه الاستعجالية في العقود الإدارية و الصفقات العمومية²⁴، و يمكن أن يرد ذلك إلى مدى حساسية المجال الذي تمارس فيه هذه الدعوى مما ينجر عنه إمكانية التلاعب بمنح الصفقة وفقا لتجاوزات تنطوي تحت لواء الفساد الإداري الذي يهدد بدوره المال العام مما يؤدي إلى ضرورة انطوائها تحت لواء الحماية الاستعجالية أو كما أطلق عليها "بشبه الاستعجالية" .

المحور الثالث: مظاهر نسبية فعالية سلطة الأمر في إطار الاستعجال في مادة العقود والصفقات

باعتبار العقد الإداري عمل قانوني اتفاقي فإنه يرتب حقوقا والتزامات على كلا الطرفين، غير أن مركز الإدارة أسمى من مركز المتعاقد معها وذلك نظرا للشروط الاستثنائية التي يتضمنها

العقد، مما أدى إلى تقرير حق المتعاقد مع الإدارة للجوء إلى القضاء - باعتباره حقا دستوريا- لاستفتاء حقه والدفاع عن مركزه اتجاهها²⁵ ، و بالرجوع إلى ما قننه المشرع الجزائري في مجال الاستعجال ما قبل التعاقد الذي سبق و ان تطرقنا اليه ، نجده قد حاول إثراء القضاء الاستعجالي بكل ما من شأنه كبح جماح تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها و حيادها عن تحقيق هدف المصلحة العامة ، و لعل إقرار الاستعجال في مادة العقود و الصفقات العمومية يعد اتجاها محمودا يؤكد إرادة المشرع الجزائري في تطوير المنظومة القانونية ، و مواكبة التطورات الحاصلة في مجال الصفقات العمومية، إذ تعد هذه الأخيرة الأداة القانونية و الاقتصادية الأكثر فعالية لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية المحلية على حد سواء، ذلك أن سياسة الاستثمار التي تنتهجها الحكومة تقوم أساسا على آلية الصفقة العمومية التي تضطلع بدور أساسي في هذا المجال ، نظرا لصلتها الوثيقة بالخزينة العامة، و لما كان الغلاف المالي الذي سيمول مشاريع تنمية ضخمة يحتاج لإرفاقه بإجراءات قانونية سريعة تكفل مشروعية الصفقة العمومية من جهة، و تضمن حماية المال العام من جهة أخرى ،فضلا عن كون مجال إبرام الصفقات هو مجال خصب لالتواءات الإدارة و خرقها لمصادقية الإجراءات المتبعة و التزامها بمدى احترام قواعد العلانية والمنافسة²⁶ ، فقد استلزم الأمر من المشرع حمايته بما يعرف بالتدابير الاستعجالية التي اقرها بموجب المواد 946 و 947 من ق إ م إ ، إلا أن هذه النصوص شابها قصور كبير ، يظهر من خلال النقاط التالية :

أولاً: إطلاق الاختصاص التقديري للقاضي الإداري في استخدامه لسلطة الأمر

باستثناء المادة 946 فقرة 4، 5، و 6 من ق إ م إ، يتبين لنا بوضوح السلطة التقديرية الواسعة للقاضي الإداري الاستعجالي في أمر المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة بالامتثال

25 - سليمان السعيد، دور القاضي الإداري في معالجة منازعات عقود الإدارة، مداخلة قدمت في إطار أعمال الملتقى الدولي الموسوم بعنوان " نحو الطابع التعاقدى للعلاقات القانونية" ، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان (الجزائر)، أيام 23 و 24 افريل 2006 ، ص 09.

26 - ويقصد بالتزامات الإشهار أو ما يعرف بمبدأ العلانية إلزام الإدارة بالإعلان مسبقا عن تاريخ ومكان إجراء الصفقة حتى يتسنى للمستثمرين المهتمين المشاركة فيها عن طريق تقديم عروضهم في الوقت و الشكل المطلوب ، انظر في ذلك : عمار عوابدي ، القانون الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2000 ،

لالتزاماته بعد إخطاره بذلك مع تحديد اجل الالتزام ، مع إمكانية الحكم بالغرامة التهديدية في حال انقضاء الأجل ، فضلا على إمكانية الأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات .
و ما نعيب على ذلك هو عبارة " يمكن " التي كان من الأجدر أن تكون " يجب " على المحكمة حين تأكدها من أن هناك فعلا إخلال بإجراءات الإشهار أو المنافسة أن تأمر المتسبب في ذلك بالامتنثال لالتزاماته وفقا لما يقره القانون ، لان بقاء سلطته تقديرية في ذلك حتى مع ثبوت الإخلال يعد إضعاف لهذه الآلية في تحقيقها للحماية الاستعجالية المنشودة .
و فضلا عن ذلك نجد أن سلطة توقيع الغرامة التهديدية لا تطبق إلا في حالة انقضاء الأجل المحدد من طرف المحكمة عند توجيهها الأمر بالامتنثال لالتزامات الإشهار والمنافسة، بمعنى أنه لا يمكن للمحكمة الجمع بين توجيه الأمر بالامتنثال لتلك الالتزامات وتوقيع الغرامة التهديدية(فقرة 4 و 5 من المادة 946 من ق إ م إ).

ثانيا: حصر الاختصاص القضائي على المحكمة الإدارية

يؤخذ على المادتين 946 و 947²⁷ المنظمتين لهذه الدعوى حصر اختصاص القضائي في المحكمة الإدارية دون الإشارة إلى اختصاص مجلس الدولة بنظر هذه الدعوى باعتباره جهة استئناف (هذا في حال ما لم نتصور كونه جهة ابتدائية في الدعوى الإستعجالية المتعلقة بإخلال المنافسة و العلانية في الصفقات العمومية المركزية)²⁸.

هذا و يرى مسعود شيهوب أن صياغة المادة 946 من الناحية الشكلية غير دقيق ، فهي تتحدث عن جواز إخطار المحكمة الإدارية والصحيح جواز رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية من جهة ، ومن جهة أخرى لم تحدد طبيعة العريضة التي نصت على أن المحكمة تخطر بها فهل المقصود هو عريضة قضائية ترفع وفقا للإجراءات المقررة للعرائض الاستعجالية وهذا هو الأرجح ، رغم أن المادة لم توضح ذلك؟!²⁹

ثالثا: غموض الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية في إطار مادة إبرام العقود و الصفقات

²⁷ - راجع المواد 946 و 947 من ق إ م إ.

²⁸ - محمد فقير، المرجع السابق ، ص 14.

²⁹ - مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الادارية (نظرية الاختصاص)، المرجع السابق ، ص 144.

ولعلّ أهم إشكالية يطرحها الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية في مادة إبرام العقود و الصفقات هي: التناقض الصريح بين الطابع الوقائي الذي تتسم به هذه الدعوى من حيث أنها تهدف إلى إصلاح المخالفات قبل إبرام العقد و إمكانية رفعها بعد إبرام العقد؟ فالمنطق الوقائي يفرض بأن ترفع الدعوى قبل إبرام العقد ,حيث يمارس القاضي الاستعجالي سلطته فيوجه أمرا للمتسبب للامتثال لالتزاماته ,أو يأمر بتأجيل إمضاء العقد طبقا للفقرتين 4 و 6من المادة 946 ، أما إن أبرم العقد فما محل هذه الدعوى؟³⁰ و المشرع الجزائري لم يبين في المادة المذكورة الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية بوضوح و ذلك نظرا للسياغة المبهمة التي اعتورتها و التي تحمل في طياتها تأويلات عدة تحتمل إمكانية رفعها سواء قبل أو بعد العقد حسب الحالة التي يثبت من خلالها وجود الإخلال بالالتزامات الخاصة بمرحلة الإبرام إلا أن التساؤل يثور فيما إذا كان العقد قد تم إبرامه فما الجدوى من الدعوى الاستعجالية؟ و مامصير العقد المبرم؟ و هل يمكن اتباع مبدأ ما بني على باطل فهو باطل في حال ثبوت الإخلال ، و تثار إشكالات عدة فيما إذا كانت الصفقة تم إبرامها و شارف صاحبها على الانتهاء من بنودها فيكون الرجوع إلى الوراء صعبا ، أو أنها في بدايتها فيمكن مراجعتها؟؟؟؟ كل ذلك بقي في ملعب الاجتهاد القضائي في انتظار ما سيسفر عنه من تطبيقات يمكن أن تجلي الغموض الذي يكتنف هذه المادة .

أما بالرجوع إلى القضاء الفرنسي فنجده قد حسم أمره نظرا للصفة الإبداعية التي تميزه³¹.

30 - بزاحي سلوى ، المرجع السابق ، ص 39 ، ميسوري عمار ، المرجع السابق، ص 11.

31 - لقد قبلت بعض المحاكم الإدارية بفرنسا النظر في الدعوى حتى بعد إبرام العقد في السنوات الأولى من تكريس الإستعجالي قبل التعاقد،، غير أن مجلس الدولة الفرنسي ما فتئ أن تبنى مبدأ مستقرا مفاده أن تطرق القاضي الإستعجالي إلى مشروعية العلانية و المنافسة بعد إبرام العقد يخرجها من رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية و على هذا الأساس أجمع الرأي القانوني العام في فرنسا على أن المجال الزمني لرفع هذه الدعوى ينحصر في الفترة السابقة لإبرام الصفقة العمومية غير أن إبداع القاضي الإداري الفرنسي أبى إلا أن يبتكر اجتهادا حديثا أسس لنظرية جديدة في مجال العقود الإدارية و منازعاتها القضائية و ذلك بمقتضى قراره الصادر في 2007/07/16 ، مفاده إمكانية رفع الدعوى الإستعجالية في مجال العقود الإدارية و الصفقات قبل أو بعد إبرام. انظر في ذلك :

رابعاً: الإغفال التام ل ضمانات هذه الدعوى الإستعجالية في مرحلة بعد التعاقد

تقتصر أحكام المادة 946 الخاصة بالاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات على تبيان الضمانات الممنوحة من أجل إلزام المخل بالتزاماته بالامتثال لها و الخاصة بالتزامات الإشهار أو المنافسة ، هذه الإجراءات التي تتميز بها فقط مرحلة ما قبل الإبرام ، مع التعقيب على أنه و بالرغم من هذه الضمانة إلا أن المشرع لم يبين إمكانية الطعن في الأوامر الصادرة بهذا الشأن أمام مجلس الدولة أم لا ؟؟؟؟ مما نعيب عليه نقص تنظيم هذا النوع من الاستعجال إجرائياً، مع إغفال تام لمرحلة التنفيذ التي تأتي بعد إبرام العقد أو الصفقة و التي لا تخلو هي كذلك من حدوث تجاوزات و إخلال بالتزامات سواء من الإدارة أو المتعامل معها ، مما يفتح المجال للتساؤل عن الضمانات المتاحة في مرحلة ما بعد التعاقد؟؟؟.

خاتمة :

قد رأينا طي هذه الدراسة تحرر القاضي الإداري الجزائي من القيود التي فرضها على نفسه، ومما لا شك فيه أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أتى بالعديد من الإيجابيات، ولا ريب أن ما جاء فيه من تعديلات خاصة في مجال التنفيذ، من شأنها أن تخفف فعلاً من حدود فعالية الرقابة القضائية وممارسة القاضي الإداري لوظيفته، وذلك من خلال تفعيل عدة أحكام، التي كانت محل مد وجزر بين مؤيد ومعارض، إلى جانب النص صراحة على أنه أصبح بمقدوره أن يوجه أوامر للإدارة، في إطار الخصومة الإدارية سواء في الشق الموضوعي أو الإستعجالي، رغبة من المشرع في إضفاء نوع من التوازن خاتمة والتكافؤ بين طرفي هذه الخصومة، بتضمين الأحكام الإدارية أوامر تنفيذية و إمكانية إقرانها بتهديدات مالية إذا ما اقتضى الأمر ذلك وعليه مما سبق نخلص إلى النتائج التالية :

-إن استعجال إبرام العقود و الصفقات يسعى من خلاله المشرع إلى حماية المتعامل مع الإدارة و إرساء التوازن بين المصلحة العامة والخاصة، بما يعرف بالتدابير الاستعجالية التي أقرها بموجب المواد 946 و 947 من ق إ م إ، إلا أن هذه النصوص شابها قصور كبير، يظهر من خلال نقاط عدة أبرزها إطلاق الاختصاص التقديري للقاضي الإداري في استخدامه لسلطة الأمر اتجاه المتسبب

في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، وذلك بالامتنال لالتزاماته بعد إخطاره بذلك مع تحديد أجل الالتزام، مع إمكانية الحكم بالغرامة التهديدية في حال انقضاء الأجل، فضلا على إمكانية الأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية نهاية الإجراءات، إلا أن ما نعيب على ذلك أن سلطة توقيع الغرامة التهديدية لا تطبق إلا في حالة انقضاء الأجل المحدد من طرف المحكمة عند توجيهها الأمر بالامتنال لالتزامات الإشهار أو المنافسة، بمعنى أنه لا يمكن للمحكمة الجمع بين توجيه الأمر بالامتنال لتلك الالتزامات وتوقيع الغرامة التهديدية (فقرة 4 و 5 من المادة 946 من ق إ م إ)، و الذي من شأنه أن يضعف من قوة الأمر لعدم اقترانه بوسيلته في الضغط - فضلا عن حصر الاختصاص القضائي على المحكمة الإدارية في النظر في ذلك، دون استكمال ما يأتي بعد ذلك من إجراءات تكفل للمتعاين حقوقه مع الإدارة المخلة بالالتزام بالتنفيذ، مع التنويه إلى غموض الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية في إطار مادة إبرام العقود والصفقات، حيث يعد أهم إشكال يطرحه الإطار الزمني للدعوى الاستعجالية في ذلك هو التناقض الصريح بين الطابع الوقائي الذي تتسم به هذه الدعوى من حيث أنها تهدف إلى إصلاح المخالفات قبل إبرام العقد وإمكانية رفعها بعد إبرام العقد؟ - فالمنطق الوقائي يفرض بأن ترفع الدعوى قبل إبرام العقد، حيث يمارس القاضي الاستعجالي سلطته فيوجه أمرا للمتسبب للامتنال لالتزاماته، أو يأمر بتأجيل إمضاء العقد طبقا للفقرتين 4 و 6 من المادة 946 أما إن أبرم العقد فما محل هذه الدعوى؟ نظرا للصياغة المبهمة التي اعتورت المادة المذكورة والتي تحمل في طياتها تأويلات عدة تحتمل إمكانية رفعها سواء قبل أو بعد العقد حسب الحالة التي يثبت من خلالها وجود الإخلال بالالتزامات الخاصة بمرحلة الإبرام، إلا أن التساؤل يثور فيما إذا كان العقد قد تم إبرامه فما الجدوى من الدعوى الاستعجالية؟ و ما مصير العقد المبرم؟ و هل يمكن إتباع مبدأ ما بني على باطل فهو باطل في حال ثبوت الإخلال، وتثور إشكالات عدة فيما إذا كانت الصفقة تم إبرامها وشارف صاحبها على الانتهاء من خاتمة 392 بنودها فيكون الرجوع إلى الوراء صعبا، أو أنها في بدايتها فيمكن مراجعتها؟؟؟؟ كل ذلك بقي في ملعب الاجتهاد القضائي في انتظار ما سيسفر عنه من تطبيقات يمكن أن تجلي الغموض الذي يكتنف هذه المادة - . كما نعيب على المعالجة القانونية لذلك الإغفال التام لضمانات هذه الدعوى الإستعجالية في مرحلة ما بعد التعاقد، وهو ما يجدر بالمشروع سد ثغرتة.

ومن المقترحات ما يلي:

-يمكن التعقيب على أنه وبالرغم من إقرار استعجال إبرام العقود و الصفقات إلا أن المشرع لم يبين إمكانية الطعن في الأوامر الصادرة بهذا الشأن أمام مجلس الدولة أم لا ؟؟؟؟ مما نعيب عليه نقص تنظيم هذا النوع من الاستعجال إجرائيا، مع إغفال تام لمرحلة التنفيذ التي تأتي بعد إبرام العقد أو الصفقة والتي لا تخلو هي كذلك من حدوث تجاوزات و اِ خلال بالالتزامات سواء من الإدارة أو المتعامل معها ، مما يفتح المجال للتساؤل عن الضمانات المتاحة في مرحلة ما بعد التعاقد، وهو ما يرجى من المشرع إعادة النظر فيه و سد الثغرات التي تخللته.

دور محكمة التنازع في بلورة قواعد الاختصاص النوعي في الجزائر

د. نويرة سامية

جامعة 8 ماي 1945-قائمة

ملخص:

تقتضي الأزواجية القضائية وجود هرمين قضائيين مختلفين، وهما هرم القضاء العادي وهرم القضاء الإداري، إلى جانب محكمة للتنازع تفصل في حالات تنازع الاختصاص المحتملة بين جهات قضائية تابعة لهرمين قضائيين مختلفين.

ولا تعد مسألة تحديد الجهة القضائية الأحق بنظر النزاع أمرا هينا، إذ لا بد من وضع معايير دقيقة وحاسمة، خاصة أن تنازع الاختصاص من بين النتائج السلبية لنظام الأزواجية القضائية، لأنه يطيل من الأمد اللازم لحل النزاعات، ومن ثمة اقتضاء المتقاضين لحقوقهم المنتهكة، وقد وضحنا من خلال هذه المداخلة الدور الإيجابي الذي لعبته محكمة التنازع في هذا المجال، وإن كانت ترجح دائما أعمال المعيار العضوي على حساب موضوع النزاع وخصوصيته.

Summary :

Duplication of jurisdiction requires the existence of two different judicial pyramids, the ordinary judicial pyramid and the administrative judicial pyramid, together with a dispute court, which will decide on possible conflicts of jurisdiction between jurisdictions of different judicial pyramids.

The question of the judiciary's determination of the right to consider the dispute is not easy. conflict of jurisdiction is one of the negative consequences of the system of duplication of justice ". litigants ", as it prolongs the time needed to resolve disputes, hence requiring litigants to have their rights violated In this intervention, we have demonstrated the positive role played by the Dispute Tribunal in this area, Although the organic standard's work always prevails over the subject matter of the dispute and its privacy.

مقدمة:

لم يكن وضع معيار عام لتحديد الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات الإدارية محل اتفاق من قبل الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا، فقد ثار التساؤل في الفقه الفرنسي خلال القرن التاسع عشر عن معيار نطاق تطبيق القانون الإداري، ونطاق اختصاص مجلس الدولة القضائي، بل وقد طرح هذا الإشكال قبل صدور قانون ماي 1872 المنشئ لمجلس الدولة الفرنسي، لكن التساؤل ازداد وتردد صده في قضاء مجلس الدولة الفرنسي خاصة منذ منحه الاختصاص البات حتى يومنا هذا.

ولا يختلف الأمر بالنسبة للمشرع والقضاء الجزائريين، حيث ومن تاريخ تبني الازدواجية القضائية منذ التعديل الدستوري لسنة 1996، وبالتحديد نص المادة 152 منه، طرح الاشكال حول المعيار المعتمد من أجل اسناد الاختصاص القضائي لإحدى جهتي القضاء العادي أو الإداري، وقد لعبت محكمة التنازع دورا بارزا في هذا المجال، سواء في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى أو في ظل قانون الإجراءات المدنية الحالي، ومن هنا يطرح التساؤل عن الدور الذي تلعبه محكمة التنازع في إرساء قواعد الاختصاص النوعي في المنظومة القضائية الجزائرية؟

للإجابة على هذه الإشكالية، سنقسم هذه الدراسة إلى محورين:

المحور الأول: دور محكمة التنازع في اعمال المعيار العضوي

المحور الثاني: دور محكمة التنازع في اعمال المعيار المادي

المحور الأول: دور محكمة التنازع في اعمال المعيار العضوي

يقصد بالدور الموضوعي لمحكمة التنازع، دورها في وضع معايير توزيع الاختصاص بين هرمي القضاء العادي والقضاء الإداري، حيث تعمد محكمة التنازع منذ انشائها سنة 1998 بمقتضى القانون العضوي رقم: 98-03 إلى اعتماد المعيار العضوي كأساس، سنوضح دورها في هذا المجال من خلال النقاط التالية:

أولاً: التكريس التشريعي للمعيار العضوي

يعد المعيار العضوي وليدا للتفسير الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات، الذي كرسه الثورة الفرنسية، التي أكدت على ضرورة الفصل بين السلطة التنفيذية والسلطة القضائية، الأمر الذي استدعى اختصاص القضاء الإداري بنظر كل نزاع تكون السلطة الإدارية طرفا فيه، لذلك اعتبر المعيار العضوي مبدأ رئيسيا في تحديد مجال اختصاصه.

وقد كرس قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008، في المادة 800 المعيار العضوي الذي تتحدد بموجبه المنازعات التي تنظرها جهات القضاء الإداري (المحاكم الإدارية ومجلس الدولة) وهو ذات المعيار الذي لا يزال المشرع الجزائري وفيها له حتى في آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالضبط تعديل المادة 800 من القانون رقم: 13/22. ومفاد هذا المعيار هو اشتراط صدور التصرف عن جهة إدارية، حتى يعتبر تصرفا إداريا تحكمه قواعد القانون الإداري، ويخضع لاختصاص القضاء الإداري باعتباره نزاعا إداريا، بغض النظر عن طبيعة النشاط، ولا تخرج الدعوى المتعلقة به عن القاضي الإداري إلا بموجب نص قانوني صريح يخول الخروج عن المعيار العضوي كأساس .

حسب نص المادة 800 ق.إ.م.إ المعدلة (م7 ق.إ.م. قديم) يتحدد اختصاص جهات القضاء الإداري، المتمثل في المحاكم الإدارية كلما كان التصرف الإداري (القانوني أو المادي) منسوبا إلى " الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية أو المنظمات المهنية الوطنية أو الهيئات العمومية الوطنية ". فالمنازعة الإدارية تتحدد حسب المعيار العضوي بناء على شكل الشخص الإداري المراد مخصصته.

بناء على ما تقدم ذكره، يمكن القول أن التصرفات التي تباشرها المؤسسة الاقتصادية في إطار نشاطها اليومي الهادف للربح تبقى خاضعة لقواعد القانون الخاص. وبالتالي تتم مقاضاتها أمام المحاكم العادية. مثلما هو الحال بشأن معاملاتها التجارية أو تعديدها على الخواص.

ثانيا: التكريس القضائي للمعيار العضوي

لقد أكدت محكمة التنازع توجه المشرع الجزائري المصير على اعتماد المعيار الأول منذ الصباغة الأولى للمادة 07 من قانون الإجراءات المدنية، وذلك ما يتضح من خلال قرار أصدرته يوم 2005/07/17 تحت رقم 16 بشأن تنازع سلبي في الاختصاص بين الغرفة الإدارية والغرفة المدنية لمجلس قضاء تيزي

وزو، اللتين قضت كل واحدة منهما بعدم اختصاصها في نظر دعوى رفعها مواطن ضد الشركة الجزائرية للكهرباء والغاز (سونلغاز)، طالبا فيها إلزام هذه الأخيرة بإزالة عمود كهربائي أقامته في أرضه. فقضت محكمة التنازع، قائلة: " حيث أن المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 195/02 المؤرخ في 1995/06/01 تنص على أنه: تحول المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، دون إنشاء كشخصية معنوية جديدة، إلى شركة أسهم. وبأن تمسك محاسبة على الشكل التجاري. وحيث... أنه وبتغليب المعيار العضوي باعتباره المبدأ. فإنه يتعين التصريح باختصاص الجهة القضائية المدنية للفصل في النزاع المعروض عليها. وبالنتيجة ابطال قرار عدم الاختصاص الصادر عن مجلس قضاء تيزي وزو الفاصل في القضايا المدنية... وإحالة الدعوى والأطراف أما هذه الجهة القضائية للفصل في هذه القضية برمتها."⁽¹⁾

لقد كرست محكمة التنازع هذا التوجه الخاص بالمعيار العضوي في العديد من قراراتها. نذكر منها . على سبيل المثال لا غير . قرار أصدرته يوم 2011/01/31 رقم 95. فقضت أنه " حيث أن المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية القديمة التي تم إدراج محتواها في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على أن: >> المحاكم الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها <<. وأنه وببصريحها بعدم الاختصاص للفصل في نزاع توجد مديرية أملاك الدولة لولاية البلدية طرفا فيه لم تأخذ الغرفة الإدارية لمجلس قضاء البلدية بعين الاعتبار المقتضيات القانونية المذكورة أعلاه."⁽²⁾

يمكننا أن نذكر كذلك قراراً آخر أصدرته محكمة التنازع يوم 2011/05/16 رقم 110. قضت فيه أيضاً بترجيح المعيار العضوي. ويتعلق الأمر بنزاع كان مطروحا بين شركة خاصة وبلدية العلمة أمام القسم التجاري لمحكمة العلمة، حول طلب تعويض قدمته تلك الشركة ضد البلدية المذكورة. فقضت محكمة التنازع، مصرحة بما يلي: " بما أن الدعوى كانت قائمة بين شركة خاضعة للقانون الخاص وبلدية، فإن الجهات القضائية العادية لم تكن مختصة للفصل. وكان عليها التصريح بعدم اختصاصها..."⁽³⁾

في نفس السياق، أصدرت محكمة التنازع لاحقا قرارا يوم 2012/01/09 تحت رقم 112. ويتعلق الأمر بدعوى مدنية أقامها شخص طبيعي أمام محكمة الجلفة ضد شركة الكهرباء الغاز (سونلغاز) طالبا فيها الحكم على هذه الشركة بتعويضه عن الأضرار التي لحقت أرضه مقابل تمريرها أنابيب الغاز عليها

¹ - مجلة مجلس الدولة. 2008. عدد 8. ص 247.

² - مجلة المحكمة العليا. 2011. عدد 01. 372.

³ - قرارات محكمة التنازع. عدد خاص. طبعة المحكمة العليا.

بناء على قرار من والي ولاية الجلفة. وبعد أن قضت المحكمة بتعويضه استنادا إلى خبرة، قضت الغرفة المدنية يوم 2004/06/01 بإلغاء حكم المحكمة وصرحت بعدم الاختصاص النوعي، باعتبار ان النزاع يدخل في اختصاص القضاء الإداري. وبعدها رفع المعني دعوى جديدة أمام الغرفة الإدارية بالجلفة ضد شركة سونلغاز وبحضور والي الولاية، قضت هذه الغرفة بتعيين خبير في النزاع للقيام بتقييم الأضرار اللاحقة بأرض المعني. لكن مجلس الدولة أصدر قرارا في 2007/12/27 إثر استئناف الشركة، قضى فيه بإخراج والي الولاية من الخصام، وصرح بعدم اختصاصه نوعيا للفصل في النزاع. ولما وصل هذا التنازع السلبي في الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري أمام محكمة التنازع، أصدرت هذه الأخيرة قرارها المشار إليه أعلاه، مرجحة اختصاص القضاء المدني استنادا إلى فكرة المعيار العضوي. وجاء في حيثيات القرار المذكور ما يلي: " بما أن النزاع قائم بين شخص طبيعي خاضع للقانون الخاص ومؤسسة عمومية اقتصادية؛ فإن الفصل فيه من اختصاص الجهات القضائية الخاضعة لنظام القضاء العادي."⁽⁴⁾

المحور الثاني: دور محكمة التنازع في اعمال الاستثناءات الواردة على المعيار العضوي

اعتمد المشرع الجزائري على فكرة المعيار العضوي من أجل تحديد المنازعة الإدارية التي ينظرها القضاء الإداري منذ سنة 1966، وكرس الفكرة نفسها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي . غير أن هذا التوجه ليس متروكا على إطلاقه، لأن المشرع نفسه أورد عليه عدة استثناءات تخالف فكرة المعيار العضوي. منها ما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية ذاته. ومنها ما أورده نصوص تشريعية نوعية أخرى متفرقة .

تشكل هذه الاستثناءات ما يسمى بالمعيار المادي، الذي يهتم بموضوع العمل أو النشاط الإداري أو مادته، دون الاعتداد بالعضو أو الهيئة التي صدر عنها العمل . وإجمالا، يمكننا أن نجمع تلك الاستثناءات الواردة على المعيار العضوي في صنفين من الاستثناءات، يسييران في اتجاهين متقاطعين: الصنف الأول، يضم عددا من المنازعات ينظرها القضاء الإداري رغم أن الإدارة العامة لا تكون طرفا فيها. أما الصنف الآخر، فهو يشمل عددا من الخصومات التي تكون فيها الإدارة العامة طرفا، ومع ذلك فهي تخرج عن صلاحيات القضاء الإداري، وتدخل في اختصاص القضاء العادي.

أولاً: المنازعات التي ينظرها القضاء الإداري رغم أن الإدارة العامة لا تكون الإدارة طرفاً فيها

يستند المشرع الجزائري - في حالات خاصة - على معايير أخرى يراعي فيها، في المقام الأول، طبيعة النشاط الذي يظهر به بعض أشخاص القانون الخاص من خلال قيامهم بتسيير بعض المرافق العامة أو مساعدتها على الإستمرار والديمومة. أو من أجل تحقيق مصلحة عامة محدد. أو عندما يسمح القانون لبعض المؤسسات الاقتصادية العمومية بممارسة صلاحيات السلطة العامة. ففي مثل هذه الوضعيات يتم الاستناد إلى المعيار المادي الذي يأخذ في الحسبان موضوع النشاط الذي يُمارسه الشخص حتى ولو كان نشاطه المعتاد خاضعاً في الأصل لأحكام القانون الخاص. ففي مثل هذه الحالات الاستثنائية يتولى القضاء الإداري نظر المنازعات التي تثار المؤسسة على المعيار المادي، لأنه تُراعى فيها هنا طبيعة نشاط ذلك الشخص القانوني. وخير مثال على ذلك ما ورد بالنسبة لنشاط بعض المؤسسات العمومية ذات الصبغة الاقتصادية (الفرع الأول). أو بالنسبة لنشاط بعض المنظمات المهنية ذات الامتداد الوطني (الفرع الثاني).

1- منازعات متعلقة بممارسة بعض المؤسسات العمومية الاقتصادية تسيير أملاك عامة أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو إنجاز مشاريع عمومية تابعة للدولة

منذ تحول الجزائر نحو الاقتصاد الليبرالي صدر القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12/01/1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسة الاقتصادية. فأصبح ينص على أن المؤسسة العمومية الاقتصادية صارت مستقلة عن التسيير الإداري .

غير أن المؤسسات العمومية الاقتصادية التي تُطبق عليها، في الأصل، أحكام القانون الخاص، وبالتالي تخضع في مقاضاتها أمام جهات القضاء العادي (المدني والتجاري)؛ يجعلها القانون . أحياناً . تُطبق عليها قواعد القانون العام (القانون الإداري). وذلك سواء بسبب تسييرها مباني أو أملاك عامة (الفرع الأول). أو ممارستها صلاحيات السلطة العامة (الفرع الثاني). أو بسبب إنجازها مشاريع ممولة من طرف الدولة (الفرع الثالث) .

2- المنازعات المتعلقة بتسيير المؤسسة العمومية الاقتصادية مباني عامة أو أملاك عامة

أوردت المادة 55 من القانون رقم 88 . 01 المشار إليه أعلاه على أنه: " عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانوناً بتسيير مباني عامة أو جزء من الأملاك العامة الاصطناعية وذلك في إطار المهمة المتوسطة بها، يضمن تسيير الأملاك العامة طبقاً للتشريع الذي يحكم الأملاك العامة. وفي

هذا الإطار يتم التسيير طبقا لعقد إداري للامتياز ودفتر الشروط العامة، وتكون المنازعة المتعلقة بملحقات الأملاك العامة من صيغة إدارية.

ثانيا: المنازعات الخاصة بممارسة المؤسسة الاقتصادية صلاحيات السلطة العامة.

نصت المادة 56 من القانون رقم 88 . 01 المشار إليه أعلاه، قائلة: " عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانون لممارسة صلاحيات السلطة العامة وتسلم بموجب ذلك باسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى، فإن كفاءات وشروط ممارسة هذه الصلاحيات وكذلك تلك المتعلقة بالمراقبة الخاصة بها تكون مسبقا موضوع نظام مصلحة يعد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما. تخضع المنازعة المتعلقة بهذا المجال للقواعد المطبقة على الإدارة".

3- المنازعات المتعلقة بالمشاريع التي تنجزها المؤسسة العمومية الاقتصادية بناء على مساهمة من للدولة

يقصد بهذا النوع من المنازعات: القضايا المتعلقة بالصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تنجز هذه المؤسسات مشاريع استثمارية بمساهمة من الدولة. حيث تخضع تلك التصرفات لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، وهو ما أورده المادة 6 منه، عندما جاء فيها: " لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات: - الدولة... - المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة، كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية".

لقد نص قانون الصفقات العمومية على اعتبار العقود المنجزة من قبل المؤسسات ذات الطابع التجاري بمساهمة من الدولة من قبيل الصفقات العمومية، لكن ذات القانون لم ينص على إسناد النزاع للقضاء الإداري، في حالة نشوبه بهذا الصدد بين الإدارة من جهة والمؤسسة الاقتصادية من جهة أخرى متى أنجزت المشروع بمساهمة منها. إلا أن محكمة التنازع في اجتهاد لها سنة 2007 اعتبرت هذا النوع من النزاع من قبيل النزاع الإداري، وأسندته تبعا لذلك لهم القضاء الإداري بدرجتيه.

ثانيا: المنازعات المتعلقة بأنشطة المنظمات المهنية ذات الطابع المهني

أحيانا، تورد القوانين الأساسية للمنظمات المهنية ذات الطابع الوطني نصوصا تخول بمقتضاها للقضاء الإداري صلاحية نظر المنازعات التي تثار بشأن الخلافات ذات الطابع المهني. وذلك لما لتلك المهن ذات الطابع الوطني من أهمية تتمثل في مساعدة تسيير بعض المرافق العامة التي تتبعها. كما هو الشأن بالنسبة لبعض مهن أعوان القضاء ومساعدتي العدالة. مهنة المحاماة ومهنة المحضرين القضائيين ومهنة الموثقين ومهنة الوكيل المتصرف القضائي.

ثالثا: المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها وتخرج عن اختصاص القضاء الإداري.

لقد كرس المشرع الجزائري - في حالات خاصة - الأسباب التاريخية التي جعلت القضاء الفرنسي يوكل النظر في منازعات معينة إلى القضاء العادي، رغم أن الإدارة تكون طرفا في تلك المنازعات. وذلك راجع لما يوليه المشرع في فرنسا من عناية للقاضي العادي باعتباره، تاريخيا، هو حامي الحريات العامة. نذكر في هذا الصدد، وعلى سبيل المثال فحسب، بعض المنازعات التي أوردها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. والبعض الآخر من المنازعات الوارد في نصوص قانونية نوعية.

أولا: منازعات واردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

خول قانون الإجراءات المدنية والإدارية للمحاكم العادية صلاحية النظر في ثلاثة أنواع من المنازعات، كي تفصل فيها رغم أن الإدارة العامة قد تكون طرفا فيها. المنازعة الأولى متعلقة بالتبادل العقاري بين الدولة والخواص. والمنازعة الثانية تخص الأضرار اللاحقة بالطرق العامة. أما المنازعة الأخيرة، فهي تعني الأضرار التي تلحقها مركبات الإدارة العامة بالغير.

1- المنازعات المتعلقة بتبادل عقارات تابعة للأمالك الخاصة للدولة بعقارات تابعة للخواص

أورد قانون الإجراءات المدنية والإدارية منازعة معينة وأدخلها في اختصاص المحاكم العقارية (أي المحاكم العادية) كي تنظرها بصفة استثنائية، رغم أن الإدارة تكون طرفا فيها. وهي الحالة المنصوص عليها بالمادة 517 منه. وتتعلق بالدعوى الخاصة بتبادل العقارات بين الدولة وأشخاص القانون الخاص. وهو ما أورده هذه المادة، حيث جاء فيها: " ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بمقايضة عقارات تابعة للأمالك الخاصة للدولة مع عقارات تابعة لملكية الخواص".

2- الاعتداءات الواقعة على الطرق العامة (مخالفات الطرق)

استتنت المادة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " مخالفات الطرق " من اختصاص القضاء الإداري وأوكلتها إلى المحكمة العادية. ويقصد بمخالفات الطرق جميع الاعتداءات التي تقع على الطرق العامة سواء كانت برية أم بحرية. وسواء كان الاعتداء واقعا عمدا عن طريق التخريب أو عن طريق عرقلة المرور. أو كان الضرر اللاحق بالطريق غير عمدي .

وقد يقع التعدي على الطرق ذاتها بالتخريب أو الاستغلال غير المشروع بوسائل تؤدي إلى هلاك مكوناتها الأساسية. كما قد يقع التخريب على اللواحق التابعة للطرق مثل الأشجار التي تغرس من أجل حماية الطرق، أو تخريب الشبكات الحديدية التي تشيد على حواف الطرق من أجل حمايتها من الانهيار .

في مثل هذه الحالات، يجب على الإدارة أن تلجأ إلى القضاء العادي، أي القسم المدني أو القسم الجزائي بمناسبة نظره للدعوى العمومية عندما يتعلق الأمر بجريمة التخريب العمدي للطريق العمومي، من أجل المطالبة بالتعويضات المستحقة من جراء الاعتداءات الواقعة على طرقها.

والحقيقة أن عبارة " مخالفات الطرق " المترجمة عن العبارة الفرنسية " Les contraventions de voiries " منتقدة في التشريع الجزائري، لأن هذا الأخير لا يخول للقضاء الإداري، صلاحية الحكم بغرامات ذات طابع جزائي على مرتكبي مخالفات الطرق الكبرى Les contraventions de grande voiries (مثل الطرق السريعة وطرق النقل النهري ... إلخ). فقد كان الوضع في فرنسا إلى غاية سنة 1923، يخول للقضاء الإداري صلاحية توقيع غرامات جزائية ضد المخالفات التي تُرتكب على الطرق الكبرى. لكن مجلس الدولة الفرنسي أزال بعد ذلك هذه التفرقة وأوكل جميع الدعاوي المتعلقة بمخالفات الطرق إلى القضاء العادي. وعليه، كان من المفروض أن يُطلق على موضوع هذا النوع من المنازعات في القانون الجزائري عبارة " الاعتداءات الواقعة على الطرق العامة " دون حاجة إلى البقاء على مثل تلك العبارة المقلدة تقليدا أجوفاً عن القانون الفرنسي.

3- المنازعات المتعلقة بمسؤولية الإدارة عن حوادث مركباتها

استتنت المادة 802 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من اختصاص القضاء الإداري " المنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب تعويض الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة، أو لإحدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية " .

نستخلص من خلال هذه المادة ضرورة توافر مجموعة من الشروط في المنازعات المتعلقة بمسؤولية الإدارة عن حوادث مركباتها، إذ يشترط أن تنصب المنازعة على دعوى خاصة بالمسؤولية، التي تبنى أساسا على الخطأ المفترض في ذمة الإدارة. كما يشترط أن تكون المركبات مملوكة لشخص عام، على اختلاف أنواعها وأماكن تواجدها، إذ قد تكون في الطرقات مثل السيارات والشاحنات والجرارات، كما قد تشمل وسائل الأشغال وما يتبعها من آلات لها محركات أو بدونها، تتدرج على العجلات، كما قد تحتوي على الحيوانات التي تسخر في نقل بعض خصوصيات الأشخاص العامة.

وقد تكون المركبات بحرية، كالبواخر والزوارق والغواصات، كما تشمل أيضا مركبات الدفاع من دبابات ومجنزرات وغيرها من وسائل النقل العسكرية. كما تشمل أيضا المركبات الفضائية، وأي مركبة مملوكة لشخص عام قابلة للتخليق والطيوان.

الواقع أن قانون الإجراءات المدنية القديم في صياغته الأولى سنة 1966 لم يورد هذا الاستثناء، مما جعل الغرفة الإدارية والغرفة الجزائية بالمجلس القضائي الأعلى تتجاذبان الاختصاص فيما بينهما. فالأولى تقضي باختصاص القضاء الإداري على أساس المعيار العضوي الذي جاءت به المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية السابق، بينما تقضي الثانية باختصاص القضاء الجزائي. وذلك عملا بالمادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية، التي كانت . في صياغتها الأولى . تجيز آنذاك للقاضي الجزائي نظر الدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى العمومية المنسوبة إلى موظفي الإدارة العمومية. وكذلك عملا باستدراك كانت قد أوردته إدارة الجريدة الرسمية في نفس السنة 1966 على قانون الإجراءات المدنية السابق. تضمن إضافة فقرتين أخريين إلى المادة 7 . وقد لقي ذلك الاستدراك نقدا لاذعا في حينه؛ مما جعل المشرع يعدل سنة 1969 كلا من قانون الإجراءات المدنية وقانون الإجراءات الجزائية في وقت واحد. حيث غلب المشرع اختصاص القضاء العادي بصفة استثنائية كي ينظر دعاوي التعويض المتعلقة بالأضرار التي تحدثها المركبات الإدارية. حيث أزال الفقرتين المضافتين إلى المادة 7 ق.إ.م. (وهما اللتان كانتا تخصان تأسيس الدولة مدنيا أمام القضاء الجزائي مكان موظفيها، سواء كمتهمين، بصفتها مسؤولا مدنيا عنهم. أو كضحايا، بصفتها طرفا مدنيا تنوب عنهم) . فاستثنى المشرع صراحة في المادة 7 الدعاوي المتعلقة بطلب التعويض عن الأضرار الناتجة عن الحوادث التي تسببها "سيارة" تابعة للإدارة العامة ممثلة في الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية من اختصاص القضاء الإداري/ وأوكلها إلى المحاكم العادية (أمر 69-77 في 16/09/1969). كما نص المشرع صراحة في تعديل قانون الإجراءات الجزائية

الواقع في نفس التاريخ على جواز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العمومية في وقت واحد أمام القضاء الجزائري. وذلك عندما يكون الغرض من الدعوى المدنية هو طلب الحصول على تعويض ضرر سببته " مركبة " تابعة إلى تلك الإدارات العامة (أمر 69-73 في 16/09/1969). وهو التوجه الذي لازال يحتفظ به المشرع إلى اليوم في المادة 802 قانون الإجراءات المدنية والمادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية.

يبدو أن سبب ترك المشرع الاختصاص للمحاكم العادية كي تنظر الدعاوي الخاصة بالاعتداءات الواقعة على الطرق العامة والدعاوي المتعلقة بالأضرار التي تتسبب فيها مركبة حكومية يعود إلى طبيعة حادث المرور. فهو عمل مادي محض تكون المسؤولية فيه مبنية على الضرر، حيث يفترض خطأ من يرتكبه، وذلك حماية للضحية إن وُجدت، من جهة. وتقاديا لتطويل الإجراءات على المتقاضين، بمنع تلاطمها بين القضاء العادي والقضاء الإداري، من جهة أخرى .

تجدر الإشارة إلى أن قانون الإجراءات المدنية الملغى كان يورد استثناءات أخرى في المادة 7 مكرر منه، زيادة على الاعتداءات الواقعة على الطرق العامة والأضرار التي تسببها مركبات الإدارة. وقد كانت تتمثل في: عقود الإيجارات الزراعية والتجارية والسكنية والمهنية التي تبرمها الإدارة مع الخواص، باعتبارها عقودا خاصة حتى لو كانت الإدارة طرفا فيها، غير أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي لم يذكر تلك الاستثناءات في المادة 802 منه. وبالتالي، فإن المنازعات التي تُثار بشأن تلك المواد صارت اليوم من اختصاص القضاء الإداري، تطبيقا للقواعد العامة وعملا بالمعيار العضوي الغالب في التطبيق.

ثانيا: منازعات واردة في نصوص قانونية نوعية

إضافة إلى الاستثناءات الواردة على المعيار العضوي، السالف ذكرها أعلاه، والتي تضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أورد المشرع الجزائري استثناءات أخرى على المعيار العضوي، تضمنتها نصوص قانونية منقرقة رغم أن الإدارة العامة تكون طرفا فيها، متأثرا في غالب الأحيان بنظيره الفرنسي، نوردتها فيما يلي :

1- المنازعات الجمركية.

أوكل المشرع المنازعات المتعلقة بالمادة الجمركية صراحة إلى جهات القضاء العادي، سواء كانت هذه الجهات محكمة مدنية أم محكمة جزائية. فقد نصت المادة 273 من القانون رقم 79-07 المؤرخ في 19/07/1979 المتضمن قانون الجمارك على أنه: " تنظر الجهة القضائية المختصة بالبت في القضايا

المدنية في الاعتراضات المتعلقة برفع الحقوق والرسوم واستردادها ومعارضات الإكراه البدني وغيرها من القضايا الجمركية الأخرى التي تدخل في اختصاص القضاء الجزائري".

كما أكدت المادة 272 على اختصاص القضاء الجزائري بنظر الدعوى العمومية والدعوى الجبائية معا، ومما جاء فيها: " تنظر الجهة القضائية التي تبت في القضايا الجزائرية في المخالفات الجمركية وكل المسائل الجمركية المثارة عن طريق استثنائي. وتتنظر أيضا في المخالفات الجمركية المقرونة أو التابعة أو المرتبطة بجنحة من اختصاص القانون العام".

تطبيقا لهذه الأحكام التشريعية، قضى مجلس الدولة في 16/07/2001 أنه: "...حيث أن النزاع يرمي إلى استرداد حقوق متمثلة في السيارة المتنازع من أجلها أو ثمنها بعد بيعها من طرف إدارة الجمارك بدون وجه حق. وحيث أن النظر في هذا الموضوع يؤول إلى القاضي المدني طبقا للمادة 273 من قانون الجمارك، لكونه يتعلق باسترداد حقوق. وهذا لا يدخل في اختصاص القاضي الإداري ()".

كما أكد مجلس الدولة هذا التوجه في قرار آخر أصدره يوم: 11/03/2003: "حيث أن دعوى استرجاع الأمتعة المودعة مع السيارة المحجوزة، ما هي سوى دعوى من طبيعة مدنية. وحيث أن قواعد الاختصاص من النظام العام. وأنه تطبيقا للمادة 272 من قانون الجمارك التي تحدد قواعد الاختصاص؛ فإنه كان على المستأنف تقديم طلبه للقاضي المختص ()".

وكرس المجلس هذا التوجه، أيضا، في قرار أصدره بتاريخ 16/01/2004، عندما قضى قائلا: " حيث يستخلص من الأوراق المودعة في الملف أن السيد ق ف لم يكن محل متابعة جزائية. وأن الدعوى الجزائرية التي رفعتها إدارة الجمارك ضد تصريح كاذب وجهت ضد وكيل العبور الذي استفاد من قرار براءة. ومنه، فإن النزاع الحالي، الرامي إلى الأمر باسترداد الشاحنة الرافعة التي تم حجزها من قبل إدارة الجمارك، ليس من اختصاص الغرفة الإدارية. وأن قضاة الدرجة الأولى أخطأوا في تمسكهم باختصاصهم ()".

كما قضى المجلس يوم 29/11/2005 بإثارة عدم اختصاصه تلقائيا في نظر المنازعة ذات الطابع الجمركي، فصرح بما يلي: " حيث دون حاجة إلى مناقشة دفوع الطرفين؛ فإنه يتجلى من الرجوع إلى مختلف الوثائق التي اشتمل عليها الملف أن نزاع الحال يتعلق بدفع الحقوق والرسوم الجمركية. ولا يدخل في اختصاص القضاء الإداري طبقا للمادة 272 وما بعدها من قانون الجمارك ()".

يبدو من خلال هذه التطبيقات القضائية لنص المادتين 272 و 273 من قانون الجمارك أن المنازعات الجمركية في مجموعها من اختصاص الجهات القضائية العادية (جزائية ومدنية)، خاصة عند التوقف أمام عبارة: " وغيرها من القضايا الجمركية الأخرى " المنصوص عليها في المادة الأخيرة . غير أن الأمر ليس كذلك في جميع الأحوال. بل أن القضاء الإداري يبقى مختصا في نظر بعض المنازعات التي تعني الإدارة الجمركية ولو في جزء يسير منها .

يقول الدكتور أحسن بوصقيعة المختص في القانون الجمركي الجزائري في هذا الصدد: "يبدو للوهلة الأولى أن هذه العبارة تعني القضاء الإداري نهائيا من النظر في المنازعات الجمركية. غير أن الحقيقة غير ذلك . إذ أن الجهات القضائية الإدارية غير مبتعدة كلياً في المجال الجمركي. فالنزاعات التي تخص الجمارك لا تنتهي كلها أمام الجهات القضائية العادية. لكي يعرض النزاع على القضاء العادي؛ يجب أن يعني النزاع إدارة الجمارك وأن يكون منصبا على الجباية من حيث التحديد (Taxation) حيث ذكرت المادة 273 صراحة: (دفع الرسوم واستردادها ومعارضات الإكراه)". وأضافت إليها: (القضايا الجمركية الأخرى). فيستتبع الأمر إلى ما له صلة بعمليات (الوعاء والتحصيل) بمفهومها الواسع ()".

وبناء على ما تقدم تبقى المنازعات التي تعني سير مرفق الجمارك من اختصاص القضاء الإداري ما دامت غير متعلقة بالدوى الجبائية.

فقد سبق لمجلس الدولة أن تمسك باختصاصه في نظر نزاع جمركي يتعلق باسترداد رسوم دفعت خطأ إلى الإدارة الجمركية. وذلك في قرار منشور مؤرخ في 2002/06/10، عندما قضى مصرحا: "حيث أن المستأنف دفع مبلغ الرسم الجمركي وفقا للنظام الجديد الذي لا يخضع إليه قانونيا. مما يجعله محق في طلب استرداد المبلغ المدفوع و غير المستحق طبقا للنظام السابق...وعليه يتعين على الغرفة إلزام إدارة الجمارك برد هذا المبلغ لصاحبه وهو المستأنف ()".

كما قضت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا على إدارة الجمارك يوم 1998/06/08 من أجل ضياع حلي ذهبية كانت مودعة لدى مصالحها، فقالت: " حيث أن المستأنف المدير العام للجمارك مسؤول، لأنه كان يشرف على حراسة المصوغ محل النزاع . فلهذا أصاب قضاة الدرجة الأولى عندما حكموا عليه بقيمة المصوغ الضائع ()".

بالمقابل لذلك قضت الغرفة الجزائرية الثانية بالمجلس الأعلى في قرار مؤرخ في 10-7-1984 قائلة "إن المحكمة بامتناعها عن الفصل في الدعوى الجبائية المقامة من طرف إدارة الجمارك إما بالرفض أو بالقبول مكتفية بحفظ حقوق الإدارة المذكورة، فإن حكمها يكون مشوباً بالقصور ويجب بالتالي نقضه في الدعوى الجبائية ()".

لتفادي التذبذب الواقع في تطبيقات مجلس الدولة بشأن اختصاصه وعدم اختصاصه في نظر المنازعات الجمركية، من جهة. وما ترتب عن ذلك أحيانا من تنازع إيجابي في الاختصاص مع المحكمة العليا، من جهة أخرى. أصدرت محكمة التنازع يوم 13 ماي 2013 قرارا يحمل رقم 153، قضت فيه بأن جميع النزاعات متعلقة بالمخالفات الجمركية تبقى من اختصاص القضاء العادي بشقيه: الجزائي والمدني. وبالتالي لا دخل للقضاء الإداري فيها. وغني عن البيان القول بأن باقي المنازعات الأخرى التي يمكن أن تحدث بين إدارة الجمارك وموظفيها، فهي تكون من اختصاص القضاء الإداري، تطبيقا للمعيار العضوي.

2- المنازعات الخاصة بمادة السجل التجاري

يعد مركز السجل التجاري عبارة عن مؤسسة عمومية ذات طابع إداري حسب القانون الذي أحدثته. غير أن معاملة المركز المذكور مع الغير تعد ذات طابع تجاري، وبالتالي يؤول الإختصاص بشأن المنازعات التي تُثار حول تلك المعاملات أمام القضاء التجاري، أي القضاء العادي. فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 25 من القانون رقم 90-22 المؤرخ في 19/08/1990 المتعلق بالسجل التجاري، المعدل والمتمم، على أنه: "يمكن أي شخص له مصلحة أن يبادر بالطعون المتعلقة بالنزاعات الناجمة عن الاعتراض على أهلية التاجر أو الناجمة عن التسجيل في السجل التجاري أمام القاضي المكلف برقابة السجل التجاري، والذي يبيت في المسألة باصدار أمره في شأنها.

في هذا الصدد، قضت الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا يوم 14/10/2003، مصرحة: "...حيث استقر اجتهاد المحكمة العليا على أن المركز الوطني للسجل التجاري مؤسسة ادارية. وهذا ما نصت عليه بصريح العبارة المادة 15 مكرر من القانون رقم 90 . 22 المؤرخ في 18/08/1990 (المعدل والمتمم بالقانون رقم 91 . 14 المؤرخ في 14/09/1991). وأكدت ذلك المادة 2 من المرسوم رقم 92 . 68 المؤرخ في 18/02/1992 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالمركز الوطني للسجل التجاري وتنظيمه (المعدل والمتمم بالمرسوم 79.91 المؤرخ في 17/03/1997). وأضافت تلك المادة بأن للمركز مهمة المرفق العام.

ولو أنها اعتبرته تاجرا في معاملاته مع الغير. فإن هذا لا يؤثر على كون المركز مؤسسة إدارية وبالتالي تكون المنازعات المتعلقة بعلاقات العمل من اختصاص القضاء الإداري. ذلك أن المادة 3 من القانون رقم 90 . 11 المؤرخ في 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل أخضعت مستخدمي المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري كلهم من دون استثناء لأحكام تشريعية وتنظيمية خاصة، و بالتالي فإنها استثنتهم من معرفة القاضي الاجتماعي ()..

3 -دعوى مسؤولية الدولة عن الحبس المؤقت غير المبرر:

يحدث لمرفق القضاء أثناء سيره أن يلحق أضرارا بالأفراد . لذلك خول القانون لهؤلاء إقامة دعوى مدنية أمام المحكمة العليا للمطالبة بالتعويض. مثلما هو الحال بالنسبة للحبس المؤقت غير المبرر، والخطأ القضائي. فقد أجاز قانون الإجراءات الجزائية بإحداثه الواقع سنة 2001 للمادة 137 مكرر وما يليها، إمكانية منح تعويض نقدي للشخص الذي كان محل حبس مؤقت غير مبرر خلال متابعة جزائية انتهت في حقه بصدور قرار نهائي قضى بالألا وجه للمتابعة أو بالبراءة، ومتى ألحق به ذلك الحبس ضررا ثابتا ومتميزا.

ونص القانون على أن دعوى طلب التعويض ترفع أمام هيئة قضائية تدعى " لجنة التعويض". وتعد جلساتها بمقر المحكمة العليا. وهي وتتكون من الرئيس الأول للمحكمة العليا أو ممثله ومن قاضيين اثنين من نفس المحكمة يعينهما سنويا مكتب المحكمة العليا.

وقد أكدت المادة 137 مكرر 3 على أنه: " تكتسي اللجنة طابع جهة قضائية مدنية". وذكرت المادة 137 مكرر 6 على أن العون القضائي للخزينة يمثل الدولة أمام لجنة التعويض .

وكثيرا ما أصدرت اللجنة المذكورة قرارات بتعويض الأشخاص المضرورين من جراء الحبس المؤقت غير المبرر. وهي قرارات منشورة في الأعداد الأخير بنشرية " مجلة المحكمة العليا". كما نشرت مصالح المحكمة العليا قرارات اللجنة في عدد خاص من المجلة المذكورة سنة 2010.

4 -دعوى مسؤولية الدولة عن الأخطاء القضائية:

نصت الدساتير الجزائرية لسنوات 1976 و 1989 و 1996 على أن الخطأ القضائي يترتب عنه تعويض من الدولة. غير أن تطبيق هذا المبدأ الدستوري لم يجسد في نص تشريعي سوى سنة 2001.

ويختلف الخطأ القضائي عن الحبس المؤقت غير المبرر، في أن المبرر في حالة الخطأ القضائي يكون سبق أن تمت إدانته ثم أعيدت محاكمته من جديد بناء على طعن بطريق التماس إعادة النظر. بينما في حالة الحبس المؤقت غير المبرر، المعني بالأمر لا تتم إدانته أصلا.

فقد ذكرت المادتان 531 مكرر و531 مكررا من قانون الإجراءات الجزائية المحدثان سنة 2001 أنه يمنح للمحكوم عليه المصرح ببراءته بطريق التماس إعادة النظر، أو لذوي حقوقه في حالة وفاته، تعويضا عن الضرر المادي والمعنوي الذي تسبب فيه حكم الإدانة.

و يتم منح التعويض عن طريق دعوى ترفع أمام لجنة التعويض المذكورة بالمحكمة العليا بنفس الكيفيات التي تقضي بها في تعويض الحبس غير المبرر على الوجه المبين أعلاه .

خاتمة:

نخلص من خلال هذه المداخلة إلى النتائج التالية:

- أن محكمة التنازع كانت تسند الاختصاص للقاضي الإداري لنظر منازعات نص المشرع صراحة بموجب المادة 07 مكرر من قانون الإجراءات المدنية الملغى على اختصاص القضاء العادي بنظرها، ويتعلق الأمر بمنازعات السكنات المهنية والأماكن المعدة للسكن، ومنازعات الأيجار والعقود التجارية.
- أن محكمة التنازع تتوسع كثيرا في اعمال المعيار العضوي المكرس بموجب نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لدرجة أن هذه الأخيرة قد مدت اختصاص القاضي الإداري ليشمل منازعات لا علاقة لها بالقانون العام بصفة عامة، والقانون الإداري بصفة خاصة.
- أن محكمة التنازع لم تعمل المعيار المادي في جميع الاستثناءات الواردة على المعيار العضوي، حيث وجدنا أنها أخرجت العديد من القضايا من اختصاص القضاء الإداري رغم الطابع العام لهذه المنازعات، مثل المنازعات الجمركية، مما يجعلنا نتساءل دائما عن المعيار الحقيقي الذي يعمله قضاء محكمة التنازع من أجل اسناد الاختصاص لجهة قضائية معينة واقصاء الجهة القضائية المقابلة.

تبعاً لذلك نقترح الاقتراحات التالية:

- ضرورة إعادة ادراج الاستثناءات التي كانت واردة على المعيار العضوي ضمن نص المادة 07 مكرر من قانون الإجراءات المدنية الملغى، خاصة منازعات الأيجار والعقود التجارية فهي منازعات ذات طبيعة خاصة، ومن غير السليم أن يسند النظر فيها للقضاء الإداري.
- ضرورة تحلي قضاة محكمة التنازع بالشجاعة الكافية من أجل تطبيق المعيار الموضوعي على حالات تنازع الاختصاص النوعي، وعدم الاكتفاء بالتطبيق الأعمى للمعيار العضوي، خاصة في المسائل التي لم يرد فيها نص.

الاجتهاد القضائي في حالة فقدان النص التشريعي

The judicial in cace no specific provision stated.

د. براهيمي آسية

جامعة بلحاج بوشعيب- عين تموشنت

assia.brahimi@yahoo.fr

الملخص:

كان لزاما على القاضي أن يصدر الحكم في النزاع المعروض عليه رغم فقدان النص التشريعي أو غموضه وإلا اعتبر منكرا للعدالة وممتعا عن احقاق الحق، وهذا ما يتعلق بالعملية القضائية التي تحتم على القاضي أن يصدر حكما في النزاع المعروض عليه في كل الأحوال، وأن لا يتعذر بفقدان النص التشريعي، وقد أحال المشرع الجزائري القاضي في المادة واحد من القانون المدني الجزائري، في حالة فقدان النص التشريعي الرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية فان لم يجد حلا للنزاع المعروض عليه انتقل الى العرف، فإن لم يجد فقواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة ويعد اجتهاد القاضي غير ملزم ، إلا لنزاع نفسه.

الكلمات المفتاحية: اجتهاد - نص - قضاء - حكم - تشريع .

Abstracte :

The Jordanian judiciary system relied, in general, to the provisions of the honorable Islamic Sharia in the most of its articles and the jurisprudential decisions, by that means open the field in front of All judgments to draw from Sharia sources, for that insinuate the articles legal to organize the interrelation between people. To be a treatment for people's disputation and conflicts.

This Study reach in the first chapter (understandable of the diligence legal, it's argue, its terms, its fields, and the significance in the Sharia and legislation), discussed circulate about the diligence connotation, legal, and the diligence legislation, from the definition this in the langue and terms.

In the Second Chapter from this search come on (measurement in Jordanian diligence judicial) discusses the definition of measurement and the statement argue in the Sharia and legislation, that become obvious that the legislation consider the measurement proof in legislation and invention.

After that, discusses about measurement application in the Islamic judicial diligence, (inheritance grandmother, annexation kinship for resemblance, guarantee), for that we conclude that the Islamic Judicial

for the measurement in the sources from the legislation rules so as no article on it.

After that enter to the point of the thesis . the disuse come about how to measurement application in the legislation Jordanian vital statistics and the fundamentals of Shari' prosecution, civil and reward. After that, discusses about application measurement in the civil legislation.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

Chapter Three including (custom in Jordanian diligence Legislation). Its discus about custom understanding, argue, and proofing) about that seek to ascertain legislation find that the condition custom about argue to legislation, in addition it is a proofing to release judgment so as no article. After that deal with the practices of custom in Jordanian diligence Legislation (Alimony appreciation, sale Al Mo'tat). After that, deal with the custom practicable in th The thesis deal with application custom in the Jordanian civil legislation.

In Chapter Four from this thesis, under address (Al Estshab and satisfaction Jordanian diligence Legislation), after that taking the Al Estshab in the Jordanian diligence Legislation as for Al Estshab definition and the argue in Sharia and legislation, and statement some of legislation application in the Islamic judiciary to deepened in the Al Estshab, after that treated the study to research Al Estshab application in personal legislation law, and the principles procedure the legislation and civil, and the civil law.

After that taking the claim rejection in the Jordanian diligence Legislation, as to definition claim rejection and his argue in the legislation and Sharia, and jurisprudential application statement to annihilation on custom, and application to him in personal law, and the principles in the civil law, and the principles of procedure Sharia and legislation, and civil law.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit The researcher talked about sender interest in Jordanian diligence

Legislation, and treated the definition and argue of sender interest in Sharia and legislation, and application in diligence Islamic law on the sender interest, after that the application statement in Jordanian diligence legislation in the personal law and civil law. For that reach the researcher through to take into consideration that the law for the interest sender in the legislation and invention the judgment After studies many of jurisprudential law decision and his application on the origin consequently sources, the researcher have some results :

- 1- the Jordanian law take with the diligence without no article, observed with the legislation Islamic.
- 2- the Sharia diligence different in the law as for the condition about whoever.

3- lean on the Jordanian Law to the Islamic jurisprudence, in general, and the science of jurisprudence origin, in special, in most of his subjects, and his judicial diligence.

4- the Islamic judiciary lean to subordination source in the jurisprudence origin to judgment invention, without no article.

5- the Jordanian law lean to the subordination sources to judgmente

key words:

المقدمة:

إن النص التشريعي غير ميسر في جميع الحالات المعروضة على القضاء نظرا لمحدوديتها، لذا كان لزاما على القاضي أن يبحث عن الحل القانوني في مصادر القانون الأخرى غير النص التشريعي .

و بغية انتظام العمل القضائي وعدم اضطراب أحكامه وجب على المشرع أن يبين للقاضي مصادر القانون الأخرى غير النص التشريعي ليتمكن الرجوع إليها عند فقدان النص.

لذا يمكن طرح الإشكالية الآتية: ما المقصود بالاجتهاد القضائي ؟ في حالة فقدان النص التشريعي فيما تتمثل مصادر الحكم الأخرى؟ ماهي شروط العمل بالمصادر الأخرى غير النص التشريعي؟

وللإجابة على هاته التساؤلات اتبعت في منهج الدراسة المنهج المقارن من خلال مقارنة النصوص القانونية بالمذاهب الاسلامية والمنهج التحليلي وذلك بتحليل النصوص القانونية التي تحيل القاضي إلى مصادر أخرى في حالة فقدان النص التشريعي.

وقد جرى تقسيم البحث إلى بحثين تناولنا في المبحث الأول مفهوم الاجتهاد القضائي في المطلب الأول أما الثاني فتطرقنا فيه الى شروط العمل بالمصادر الأخرى للحكم القضائي غير النص التشريعي أما المبحث الثاني فتطرقنا فيه إلى مصادر الحكم القضائي عند فقدان النص التشريعي وذلك في ثلاثة مطالب الأول تناولنا فيه أحكام الشريعة الإسلامية والثاني مبادئ العرف اخيرا قواعد العدالة.

المبحث الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي وشروط العمل بالمصادر الأخرى في حالة فقدان النص التشريعي.

الاجتهاد القضائي ضرورة علمية و عملية تقتضيها طبيعة النصوص التشريعية والعملية القضائية، وتحديد مصطلح الاجتهاد القضائي

المطلب الأول: مفهوم الاجتهاد القضائي

الاجتهاد القضائي مصطلح مكون من كلمتين، هما موصوف و هو : الاجتهاد، و صفة، و هو القضائي، ولا بد قبل تعريف المصطلح كاملا من تعريف مكوناته.

الفرع الأول: تعريف الاجتهاد

أولاً- الاجتهاد لغة: مصدر اجتهد، و أصله جَهَدَ، الجهد بفتح الجيم و ضمها: الطاقة، و الجهد بالفتح المشقة، و الاجتهاد و التجاهد: بذل الوسع و المجهود¹ و لما كان الاجتهاد مأخوذا في اللغة من الجهد، و هو المشقة و الطاقة: فإنه يختص بما فيه كلفة و مشقة، فيخرج عنه ما لا مشقة فيه.

قال الرازي²: و هو في اللغة عبارة عن استقراغ الوسع في أي فعل كان، يقال: استقراغ وسعه في حمل الثقل، و لا يقال استقراغ وسعه في حمل النواة³.

ثانياً- الاجتهاد اصطلاحاً: تعددت تعريفات العلماء للاجتهاد اصطلاحاً، فقد عرّفه الرازي في المحصول بأنه: " استقراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم، مع استقراغ الوسع فيه"⁴.
* و قد بين هذا التعريف حقيقة الاجتهاد، من حيث أنها استقراغ الوسع، كما جاء في المعنى اللغوي، و لهذا فإن من لا يستقراغ وسعه يكون مقصراً، و لا يعد مجتهداً بالمعنى الشرعي.

¹- ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الافريقي المصري، لسان العرب، مادة جهد، 15 م، بيروت الطبعة الثالثة، 1414هـ، ج3، ص 134 - 135.

الجوهري، أبو نصر، اسماعيل بن حماد، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، (ت 393 هـ) الصحاح: تاج اللغة و صحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة 1407 هـ -1987، ج2، ص 406.

²- الرازي، فخر الدين بن محمد عمر بن الحسن البكري، قرشي النسب أبو عبد الله، الإمام المفسر، ولد في سنة 544 هـ -1150 م و توفي سنة 606 هـ -1210 م، الزركلي، خير الدين بن محمد بن علي بن فارس (1984)، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال و النساء من العرب المستعربين و المستشرقين، دار العلم للملايين، ط 15 أيار/مايو-2002، ج3، ص10.

³- الرازي، فخر الدين بن محمد بن عمر، المحصول في علم الأصول، دراسة و تحقيق الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1418 هـ -1997م، ج6، ص06.

⁴- الرازي، المحصول، مصدر سابق، ج 6، ص6 و ما بعدها.

وقد عبر الأمدى⁵ عن هذا المعنى بقوله: "بذل الوسع إلى أن يحس من نفسه العجز عن المزيد فيه، كما جاء في تعريفه للاجتهاد⁶.

ثم انتقل في التعريف من المعنى اللغوي، وهو مطلق استفراغ الوسع وخصص هذا الاستفراغ في النظر والتفكير والتأمل في الواقعة و النظر في الأدلة لاستنباط الحكم⁷.

التعريف الراجح :

مما سبق عرضه من تعريفات تكاد تكون متفقة من حيث المضمون، يمكن أن يكون تعريف الأمدى هو التعريف الذي يعبر عن المعنى المقصود للاجتهاد أكثر من غيره و ذلك للأسباب التالية⁸.

- استخدام المعنى اللغوي للاجتهاد و هو استفراغ الوسع بحيث جعل هناك رابطاً بين المعنيين اللغوي و الاصطلاحي .

- ذكر أن الهدف من بذل الوسع، و هو طلب الظن بشيء من الأحكام الشرعية و ليس القطع، و ذلك بحسب نظر المجتهد .

- ذكر الأحكام الشرعية، هي المطلوب استنباطها، و غيرها من الأحكام بشكل مطلق، و هذا يجعل تعريفه مقتصرًا على الاجتهاد الشرعي دون سواه.

- بين أن المجتهد هو من يبذل جهدًا كبيرًا بحيث لا يدخر في وسعه أدنى جهد في سبيل التوصل إلى الحكم الشرعي.

⁵- سيف الدين الأمدى، علي بن محمد بن سالم الثعلبي، أبو الحسن، وولد في آمد (ديار بكر تركيا حالياً) سنة 551 هـ - 1156 م، و توفي في دمشق سنة 631 هـ - 1233 م، و له عشرون مصنفاً، الزركلي، الأعلام، مصدر سابق، ج4، ص 332.

⁶- الأمدى، أبو الحسن سيد الدين على بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق عبد الرزاق عفيفي المكتب الإسلامي بيروت - دمشق - لبنان (د ط) ج4، ص162.

- الشوكاني: محمد بن على بن محمد بن عبد الله (1250 هـ) إرشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول، تحقيق الشيخ أحمد عز و عناية، دار الكتاب العربي، دمشق، الطبعة الأولى 1419 هـ - 1998 م، ج2، ص205.
قال الغزالي: " و الاجتهاد التام أن يبذل الوسع في الطلب بحيث يحس من نفسه بالعجز عن مزيد طلب" الغزالي، أبو حامد بن محمد، المستصفي، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشاقي دار الكتب العلمية الطبعة الأولى 1413 هـ - 1993 م، ص 342.

⁷- الأمدى، الإحكام في أصول الاحكام، مصدر سابق، ج4، ص163.

⁸- صالح خالد صالح الشقيرات : الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه و تطبيقاته في الشريعة و القانون :إشراف الدكتور العبد خليل أبو عبيد : أطروحة دكتوراه في القضاء الشرعي ،كلية الدراسات العليا الجامعية الأردنية ،كانون الثاني 2007 م، ص 36.

الفرع الثاني: تعريف القضاء

لقد ورد للقضاء في اللغة معاني عديدة من أبرزها:

أولاً - تعريف القضاء لغة : القضاء لغة الحُكْمُ، و أصله، قضاي، لأنه من قضيت إلا أن الياء لما جاءت بعد الالف همزة، و الجمع الاقضية ،و القاضي معناه في اللغة القاطع للأمر المحكم لها ،و استقضى فلان أي جعل قاضيا بحكم بين الناس ،و القضايا :الأحكام واحدها قضية ،و أصله القطع و الفصل ،يقال :قضى يقضي قضاءً فهو قاض إذا حكم و فصل⁹.

-الإحكام و الفراغ، يقال: قضاء الشيء إحكامه و إمضاؤه ،و الفراغ منه فيكون بمعنى الخلق

-الأداء و الإنهاء ،نقول قضي دينه ،و منه قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ أَنَّ دَابِرَ

هُؤُلَاءِ مَقْطُوعٌ مُصْبِحِينَ ٦٦﴾¹⁰ أي أنهيناها إليه و أبلغناه ذلك.

-الحكم و الأمر ،قال تعالى: ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾¹¹ أي أمر

ربك و حتم ،و هو أمر قاطع حاتم¹².

و بعد ذكر هذه المعاني اللغوية للقضاء نخلص إلى أن كلمة القضاء في اللغة ترد لعدة معان هي :

الحكم و القطع و الفصل و الفراغ و الأداء و الإنهاء و الصنع و العمل و الحتم و الأمر و الخلق

و كلها معان تجمعها عملية إتمام العمل و إنهاؤه سواء بالحكم أو القطع أو الفصل أو غير ذلك.

⁹- ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج15، ص 186.

¹⁰- سورة الحجر الآية 66.

¹¹- سورة الإسراء، الآية 23.

¹²- انظر هذه المعاني و غيرها في:

- ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج15، ص 186.

- الرازي ،زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر عبد القادر الحنفي(66هـ)، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ

محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت-صيدا، الطبعة الخامسة،1420هـ/1999م، ص255.

- ابن الاثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني (606 هـ) النهاية في غريب،

الحديث و الأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي- محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت (1399 هـ-1979م)-ج4،

ص78.

ثانيا: مفهوم القضاء في الاصطلاح : تعددت تعريفات علماء الشرعية للقضاء ،و سأورد فيما يلي بعض هذه التعريفات في المذاهب الاربعة.

1. **الحنفية :** عرّفه الكسائي¹³ بأنه " الحكم بين الناس بالحق"¹⁴لم يتناول هذا التعريف حقيقة القضاة ،و هي فصل الخصومة بين الناس إضافة إلى أنه لم يتناول ذكر الالتزام في عملية الحكم ،كما أنه لم يأت على ذكر نوع معين من الأحكام الشرعية .

2. **المالكية :** و عرفه المالكية بأنه : " الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الالتزام

15»

و قد يتوهم من لفظ الإخبار أنه محتمل للصدق و الكذب و ليس هذا هو المراد ،بل هو ما يأمر به القاضي من حكم شرعي على سبيل الالتزام و يدخل في ذلك حكم الحاكمين بين الزوجين ،وفي جزاء الصيد ،إذا صدر ذلك الحكم على الوجه الشرعي¹⁶.

3. **الشافعية :** فمن تعريفاتهم للقضاء شرعا : " أنه فصل الخصومة بين خصمين فأكثر

بحكم الله تعالى"¹⁷ وقد بين هذا التعريف ماهية القضاء و هو أنه فصل الخصومة ،و قد زاد قيد بحكم الله تعالى للدلالة على الحكم بغير حكم الله تعالى لا يعد قضاء بالمعنى الشرعي .

4. **الحنابلة :** " الالتزام بالحكم الشرعي و فصل الخصومات "¹⁸

بين هذا التعريف حقيقة القضاة المتمثلة بالزام أطراف الدعوى لما يصدر من حكم شرعي بهدف إلى فصل الخصومة بين المتخاصمين، في حين لم يبين من الذي يقوم بإصدار هذا الحكم.

¹³ - أبو بكر بن احمد الكسائي، فقيه حنبلي من أهل حلب ،و قد توفي فيها سنة 578هـ - 1191 م.

- الزركلي، الأعلام، مصدر سابق ،ج5 ، ص 215.

¹⁴ - الكسائي، علاء الدين أبو بكر بن مسعود (ت587)، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، م7 ، 1406هـ-1986م ،ج7 ،ص 3.

¹⁵ - الحطاب ،محمد ابن عبد الرحمن أبو عبد الله المغربي ،(ت954) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ،دار الفكر ،بيروت ،ط3، (1412-1992)، ج6، ص 86.

¹⁶ - المصدر نفسه، ج6، ص86.

¹⁷ - الشربيني ،شمس الدين بن محمد الخطيب ،معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة 1 (1415هـ-1994م)، ج6 ،ص 257.

¹⁸ - البهوتي، منصور يونس بن صلاح الدين بن حسن ابن إدريس (1051 هـ)، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط) (د ت)، ج6، ص285.

التعريف المختار: مما سبق عرضه من تعريفات متعددة و ما تلاه من تعقيب يمكن أن نختار تعريف الحنابلة للقضاء و هو "الالزام"¹⁹ بالحكم الشرعي و فصل الخصومات " ، و ذلك لاستمالة أكثر من غيره على عناصر التعريف المانع و الجامع ، و ذلك بسبب:

- بيانه صفة الالزام في القضاء و هي ما يميزه عن الفتوى 4.

- الإشارة إلى أن هذا الحكم لا يكون إلا ممن له صفة الالزام (و هو الحاكم أو من يقوم

مقامه) و هذا يفهم من خلال لفظ "الالزام" فالإلزام لا يكون إلا من ملزم.

- بيانه لحقيقة القضاة المتمثلة بفصل الخصومات بين الناس²⁰

الفرع الثالث: تعريف الاجتهاد القضائي كمركب

أولاً: الاجتهاد القضائي: سبق أن ذكرنا تعريف كل من الاجتهاد و القضاء في اللغة و الاصطلاح، و بما أن (الاجتهاد القضائي) مصطلح مركب منهما كان لا بد أن نعرفه كمصطلح مستقل.

ورد تعريف لاجتهاد القضائي على لسان بعض المعاصرين، و من أبرز تعريفاتهم له ما يلي:

- "المسلك الذي يتبعه القضاة في أحكامهم، أسواء منها ما يتعلق بنصوص القانون، أم استنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص"²¹.

و هذا التعريف يشمل جميع الأحكام التي يصدرها القضاة على اختلاف درجات المحاكم سواء منها المحكمة الابتدائية، أو الاستئناف أو المحكمة العليا، و هو شامل أيضا الحكم في حالة وجود نص في الواقعة المعروضة أمام القضاء أو عدم وجود نص فيها .

¹⁹ - الالزام الذي هو في ظاهر الأمر هو الذي يميز القضاء عن الفتوى مع القضاء في ان كلا منهما اخبار عن الحكم الشرعي، و لكن الذي يميز القضاء عن الفتوى أن الفتوى إخبار عن الحكم و لا إلزام فيها، أما القضاء فهو إخبار عن الحكم على سبيل الإلزام.

- أنظر: محمد رأفت عثمان النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، الطبعة الثانية، 1415 هـ - 1994م، ص 15.

²⁰ - صالح خالد الشقيرات، الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه و تطبيقاته في الشريعة و القانون، مرجع سابق، ص 42.

²¹ - مذكور، محمد سلام، منهاج الاجتهاد في السلام، الناشر، جامعة الكويت، ج2، ص 338، 1393 هـ - 1973 م .

وللقضاء عدة دلالات ، فيراد به السلطة القضائية المختلفة ، ويقصد به أيضا مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم ، كما يراد به الكيفية أو الطريقة التي تعالج بها المحاكم مشكلة قانونية معينة فهي التفسير أو التأويل القضائي لقاعدة قانونية ما ، أو مجموع المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار أحكام القضاء على العمل بها واتباعها في مسألة معينة وهذا المعنى الأخير هو المقصود في هذا المقام ، ويطلق عليها كذلك اسم الاجتهاد القضائي .²²

ومن ثم كان اليوم في عالم القانون والنظم القانونية أن رأي محكمة النقض (المحكمة العليا) وحدها في تفسير النص القانوني هو الاجتهاد القضائي الملزم ، ليكون الاجتهاد القضائي (كالنص القانوني) رأيا تفسيريا واحد معروفا²³

ثانيا: الاجتهاد في العرف القضائي :

من المقرر أن أحكام المحاكم لا تعتبر حجة إلا في المسائل التي فصلت فيها ، وذلك يعني أن أحكام المحاكم لا تكون ملزمة باتباع المبادئ التي وضعتها من قبل ،ولكن الذي يحدث عمليا أنه إذا عرض على المحاكم نزاع لا يوجد نص قانوني يحكمه ،أو يكون تطبيق هذا النص محل خلاف ،فإن هذه المحاكم تسير كلها في نفس الاتجاه ،أو تختلف المحاكم فيما بينها فتقوم المحكمة العليا وهذا هو دورها الرئيسي ، بتوحيد المبدأ القانوني في هذه المسألة عندما تعرض عليها

ومما سبق بيانه يمكن القول بأن الاجتهاد القضائي في القانون الوضعي هو ما يعبر عنه بالمبادئ القضائية أو السابقة القضائية .²⁴

ثالثا: العلاقة بين الاجتهاد و الحكم القضائي: يعد الحكم القضائي النتيجة المنطقية للاجتهاد الذي يمارسه القاضي عند نظره للدعوى، ذلك أن النص التشريعي لا يكون متيسرا دائما بصدد القضية المعروضة على القاضي بل انه يكون متيسرا أحيانا إلا انه غير واف بالغرض إذ قد يكون النص التشريعي غامضا يحتاج الى تفسير أو تأويل، و حيث أنه يجب على القاضي أن يصدر حكما في القضية المعروضة عليه لذا فقد

²² علي فيلالي ، مقدمة في القانون ،موفم للنشر ،طبعة جديدة ومنقحة ،2010 ، ص 268 .

-محمد سعيد جعفرور ، المدخل إلى العلوم القانونية ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 2007 ، ص 208- 211 .

²³ مصطفى الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، ط 2 ، ج 1 ، ص 316 .

²⁴ محفوظ بن الصغير ، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري ، مرجع سابق ،

أجاز له المشرع اللجوء إلى الاجتهاد في هذا المجال حيث يكون النص غامضاً أو مفقوداً إذ يتوجب على القاضي في كل الأحوال إصدار الحكم القضائي و لا يجوز له الامتناع عن إصدار الحكم القضائي بحجة فقدان النص التشريعي أو غموضه²⁵.

و في الخلاصة نقول أن الاجتهاد القضائي يعني الحال الذي تتخذه الجهة القضائية في قضية معروضة أمامها في حالتها عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق أو غموضه أو عدم كفايته²⁶.

رابعاً: الفرق بين الاجتهاد الفقهي والاجتهاد القضائي :

يمكن التمييز بين نوعي الاجتهاد بشكل ظاهر مبسط، فعندما يقوم به فقيه من الفقهاء يكون اجتهاداً فقهياً و عندما يقوم به القاضي عند النزاع المعروض عليه فيكون اجتهاداً قضائياً وهذا التمييز لا يعدوا أن يكون تميزاً اصطلاحياً وظيفياً

ويشترك الاجتهاد القضائي مع الاجتهاد الفقهي في مطلق الاجتهاد بأن فيه استقراغ للوسع والطاقة ، ولا يعد من لم يستقرغ وسعه مجتهداً ، كما أن استقراغ الوسع والطاقة ويكون في تحصيل ظن بحكم شرعي عملي ، وبهذا يشترك الاجتهاد القضائي مع الاجتهاد الفقهي ، بمعناه العام ، إلا أن الاجتهاد القضائي اجتهاد مخصوص من حيث أنه صادر من قاض منفرد أو من هيئة قضائية ، كما أنه يكون في واقعة متنازع عليها ، وفي في هذا يتميز الاجتهاد القضائي عن مطلق الاجتهاد ، بأنه بذل للجهد في استنباط حكم في واقعة متنازع عليها ، ويكون ما توصل له القاضي من حكم ملزماً لأطراف الخصومة ، وهو بذلك يتفق مع الاجتهاد الفقهي من حيث أنه استقراغ الوسع في معرفة الحكم الشرعي ، حيث يقوم به الفقيه بالبحث في حكم مسألة من المسائل للوصول إلى حكم الشرع فيها ، إلا أنه يخالفه في أن المسألة التي يبحثها الفقيه قد تكون واقعة وقد تكون متوقعة ، وقد يوجد سائل يسأل عنها وقد لا يوجد ، والحكم الذي يتوصل له المجتهد في هذه المسألة لا يعد ملزماً للسائل إن وجد²⁷

²⁵-الداقوقي، عباس قاسم مهدي. الاجتهاد القضائي (مفهومه - حالاته-نطاقه) دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي معززة بالتطبيقات القضائية، المصدر القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015، ص48-49

²⁶ - بوبشير محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق، مقال جامعة ملود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق. ص01.

²⁷ عبد المهدي ، أحمد العجلوني ، قواعد تفسير النصوص وتطبيقها في الاجتهاد القضائي الأردني ، مرجع سابق ،

المطلب الثاني: شروط العمل بالمصادر الأخرى غير النص التشريعي.

يشترط لغرض العمل بمصادر الحكم القضائي الأخرى غير النص التشريعي، وهي مبادئ الشريعة الإسلامية، وقواعد العدالة شرطين أساسيين:

أولاً: أن يكون القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض على القاضي خالياً من نص تشريعي يعالج النزاع سواء أكان ذلك متعلقاً بالجوانب الشكلية أم الموضوعية.

ويقصد بفقدان النص التشريعي بصدد الدعوى المعروضة على القاضي فقدان التام للنص التشريعي أو ما يسميه البعض بـ"شغور النص"²⁸.

أما لو كان النص التشريعي قائماً إلا أنه كان غامضاً لسبب من أسباب الغموض عند ذلك لا يمكن للقاضي أن يلجأ إلى المصادر الأخرى لحل النقطة القانونية في النزاع المعروض عليه بل عليه أن يرفع الغموض الوارد في النص التشريعي عبر اللجوء إلى قواعد التفسير التي تتضمنها الكتب، كأن يزيل التعارض الأولي الأولى بين نصين تشريعيين يبدوا ظاهراً أنهما متعارضين عبر الجمع بينهما وفقاً لقواعد الجمع العرفي وإن تعذر ذلك فترجيح أحدهما على الآخر وفقاً لقواعد الترجيح .

وخلاصة القول في الشرط الأول لإعمال قاعدة الأخذ بمصادر الحكم القضائي الأخرى غير النص التشريعي هو فقدان النص تماماً.

أما في حالة غموض النص التشريعي فلا يمكن إعمال هذه القاعدة وإلا كان حكم القاضي معرضاً للنقض.

ثانياً: أن يتم الأخذ بالمصادر الأخرى غير النص التشريعي وفقاً للترتيب المنصوص عليه في المادة 01 من القانون المدني²⁹، وهي اللجوء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية أولاً، فإن لم يوجد فالقواعد العرفية، فإن لم يوجد فقواعد العدالة أو القانون الطبيعي فعلى القاضي أن يعمل وفقاً للترتيب المتقدم، إذ إن المشرع قد نص صراحة على الأخذ بالترتيب المتقدم لئلا يمكن تقديم مصدر على آخر خلافاً للترتيب المذكور .

²⁸ الدافوقي، الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص218.

²⁹ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27-02-2005.

المبحث الثاني: المصادر التي يتوجب على القاضي الرجوع إليها عند عدم وجود نص تشريعي.

إن القاضي لا يمكنه الامتناع عن الفصل في النزاعات المطروحة عليه مدعيا عدم وجود نص تشريعي، بل هو ملزم قانونا بالفصل في النزاع، وله أن يرجع إلى المصادر الاحتياطية التي ذكرها المشرع، وفق ترتيب إلزامي ذكره في المادة 01 من القانون المدني³⁰ وهي، مبادئ الشريعة الإسلامية، ثم العرف، فقواعد القانون الطبيعي و العدالة.

المطلب الأول: مبادئ الشريعة الإسلامية.

يقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية، مبادئها العامة وأصولها الكلية التي لا يختلف جوهرها باختلاف المذاهب، دون حلولها التفصيلية أو أحكامها التفصيلية أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء، وهذا في مجال المعاملات التي هي وحدها دون العبادات قابلة للتطور وإبداء الرأي فيها.³¹

ومن هنا نتساءل عن مآل المبدأ الذي كرسه الدستور في مادته الثانية: "الإسلام دين الدولة، وعن شرط الإسلام بالنسبة لرئيس الجمهورية، وكذا نص اليمين التي يؤديها رئيس الجمهورية التي يؤديها رئيس الجمهورية، والتي جاء فيها على وجه الخصوص: ".....أقسم بالله العظيم، أن أحترم الدين الإسلامي وأمجده....." كما نتساءل عن الغرض من تأسيس مجلس إسلامي أعلى لدى رئيس الجمهورية تكون من بين مهامه: " الحث على الاجتهاد و ترقيته....." ، ووجود وزارة الشؤون الدينية، ألا يكون القانون المخل بمبادئ الشريعة الإسلامية غير دستوري؟ فالإسلام إذن أحد المراجع أو المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الجزائري ولكنه ليس بالمرجع الوحيد، فهناك مبادئ أخرى أقرها الدستور، لاسيما ما تعلق بنظام الحكم ومصدر السلطة.³²

ولابد من الملاحظة أن التطبيق الفعلي لمبادئ الشريعة الإسلامية سوف لن يحدث إلا نادرا ، وذلك لكفاية التشريع عموما لحل مختلف النزاعات القانونية المطروحة على القاضي .

³⁰ تنص المادة واحد من القانون المدني الجزائري الفقرة 2: " فإن لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائر شرعا فإذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية

³¹ زعلاني، عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للقانون، دار هومة ، الجزائر، سبتمبر 2008 ، ص 75 .

³² على فيلالي، مقدمة في القانون، موفم للنشر ، الجزائر، 2010، ص 241.

ولكن تعتبر إحالة المشرع الجزائري على مبادئ الشريعة الإسلامية في حد ذاته أمرا مهما للغاية وذلك لما يمكن أن يترتب على هذه الاحالات من أثر واضح في الاجتهاد وإنقاذ الفقه الإسلامي وإحيائه³³

وقد أضاف بعض فقهاء القانون شرطان يتعلقان بالرجوع إلى الفقه الإسلامي باعتباره مصدرا من مصادر الحكم القضائي، إذ يجب أن يراعي أمران وهما:

الامر الأول: هو عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها، ولا يجب التقيد بمذهب فقهي معين.³⁴

وعدم تقييد القاضي بمذهب فقهي معين، لا يخلوا من المحاسن، ولا يسلم من المفاسد.

الامر الثاني: هو أن يراعي في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي عدم التعارض مع المبادئ الأساسية للقانون.

المطلب الثاني: العرف.

يقصد بالعرف اعتياد الأشخاص على اتباع سلوك معين في مسألة معينة بحيث يستقر الشعور لدى الجماعة باعتباره سلوكا ملزما و متبعا بوقوع الجزاء عند المخالفة، ويعد العرف أقدم مصادر القانون ظهورا فقد عرفته الإنسانية منذ زمن بعيد واليه يعود الفضل في تنظيم العلاقات وقطع الكثير من النزاعات³⁵

الفرع الأول: أركان العرف.

تقوم قاعدة العرف على ركنين:

أولا: الركن المادي، ويتمثل في اطراد أو تكرار سلوك الناس في مسألة معينة بما يكفي لإنشاء عادة تتوفر فيها شروط أساسية و هي:

³³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، ص48. نقلا عن عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص76.

³⁴ إسماعيل الشيخ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، تحت إشراف، ليلي جمعي، جامعة وهران - السني - كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، 2012-2013، ص132.

³⁵ عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية - النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري - جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة أكتوبر 1428هـ - 2007م، ص167.

- أن تكون عامة ويكفي أن تكون كذلك ولو كان العرف محليا أو مهنيا.
- أن تكون قديمة أي مضت على ظهورها مدة كافية لتأكيد استقرارها، وتختلف هذه المدة باختلاف البيئة، وهكذا تتحقق الأقدمية للعادة التي تنشأ في البيئات التجارية لكثرة تكرارها في وقت أقصر مقارنة بالعادة التي تنشأ في بيئة زراعية.³⁶
- أن تكون العادة ثابتة أي اتبعت بنفس الصورة منذ ظهورها بغير انقطاع.

ثانيا: الركن المعنوي.

ويتمثل في اعتقاد الناس بأن العادة التي اطرد سلوكهم على اتباعها ملزمة لهم كقاعدة قانونية عرفية وتوافر هذا الركن هو الذي يسمح بتميز العرف عما يختلط به من أوضاع كالعادة الاتفاقية.³⁷

الفرع الثاني: دور العرف.

من وظائف العرف الأساسية دوره التكميلي وهذا عند سكوت المشرع وغياب النص، وقد يلعب دورا مساعدا للتشريع غالبا بإحالة هذا الأخير.

أولاً: العرف المكمل للتشريع .

إن دور العرف الأساسي هو تكميل التشريع وفي هذه الحالة يفترض عدم وجود النص المكتوب ، مما يفرض على القاضي اللجوء للمصدر الذي يلي التشريع في المرتبة وهو مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإن لم يجد لجأ للعرف ، فإن وجد في العرف ما يفصل النزاع المعروض عليه عد العرف هنا بمثابة مصدر مكمل للتشريع لأنه سد النقص الموجود وساهم في حل مشكلة قانونية .³⁸

ثانيا: العرف المساعد للتشريع.

كثيرا ما تحيل النصوص التشريعية صراحة بخصوص مسألة معينة إلى العرف فيقوم هذا الأخير بتفسير ما أحل إليه المشرع، ومن هنا يتوقف تطبيق القاضي للتشريع على ضرورة رجوعه للعرف لتفسير المسألة

³⁶ عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص79.

³⁷ المرجع نفسه ص80.

³⁸ عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية ، مرجع سابق، ص179.

التي أحال إليها المشرع ، فان المشرع رسم للقاضي الخط لتفسير العلاقات التي يحوم حولها غموض بشأن تكيفها ، ومن هنا يتعذر على القاضي تطبيق التشريع إذا لم يستعن بالعرف.³⁹

المطلب الثالث: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

ذكر المشرع الجزائري في المادة الأولى من القانون المدني مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة كمصدر يمكن أن يلجأ إليه القاضي عندما لا يجد قاعدة يطبقها في التشريع لذا سنحاول في هذا المطلب التعرّيج إلى المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وتبيان المقصود بإحالة المشرع على هذه المبادئ .

الفرع الأول: المقصود بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

إن القانون الطبيعي *droit naturel* فكرة يسودها غموض كبير منذ نشأتها القديمة جدا حيث كانت تعني نوعا من إسقاط التوازن المثالي للطبيعة⁴⁰ على الحياة الاجتماعية مما يضمن مبدأ سامي للعدالة ومن ثم يقترن القانون الطبيعي دائما بفكرة العدالة.

لكن مفهوم القانون الطبيعي مر بمراحل متعددة من فكرة فلسفية مثالية عند اليونان إلى فكرة فلسفية قانونية عند الرومان، إلى فكرة اصطبغت بصبغة دينية عند الكنيسة إلى مذهب واضح المعالم على يد الفقيه الهولندي جروسيوس الذي حاول بناء القانون الدولي بمنطلق إقامة العلاقات بين الدول على أساس القانون الطبيعي في السلم والحرب بالنظر إليه " كمجموعة قواعد عقلية يتبين فيها بوضوح العدل من الظلم" ومن ثم يكون هذا القانون ثابتا خالدا يسموا على القوانين الوضعية ، وصار القانون الطبيعي فيما بعد عند كثير من الكتاب قانونا كاملا وكافيا لخلق أي قانون وضعي على يد المشرع⁴¹.

³⁹ ومن الأمثلة ما جاء في المادة 488 من القانون المدني بقولها : " يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها أو تنقص من هذا الانتفاع بها أو تنقص من هذا الانتفاع نقصا محسوسا لكن لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها " فحتي يعرف القاضي العيوب التي جرى التسامح فيها وجب أن يستعين بالعرف ليحدد خاصة مسؤولية المؤجر .

-عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، مرجع سابق، ص179

-عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق ، ص82-83.

⁴⁰ عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، مرجع سابق، ص85.

⁴¹ عبد المجيد زعلاني، المدخل للعلوم القانونية ، مرجع سابق، ص86.

-الداقوقي، الاجتهاد القضائي ، مرجع سابق، ص296 وما بعدها.

الفرع الثاني: المقصود بالإحالة على مبادئ القانون الطبيعي.

يتبين لنا من قراءة المادة الأولى من القانون المدني أن المشرع قد رتب مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة في المرتبة الثالثة من بين المصادر الاحتياطية، والإحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تعني إلزام القاضي أن يجتهد رأيه حتى يصل إلى حسم النزاع المعروض عليه وحتى يقطع عليه سبب يل النكال عن القضاء.

ولم يكن من المتصور إثارة مسألة تمكين القاضي من الاجتهاد لو أن التشريع كان كاملا لا يشوبه أي نقص ، فكل عمل إنساني مشوب بالقصور حتما ، ولا يمكن للبشر أن يحيط علما بكل صغيرة وكبيرة وينظم مختلف العلاقات وسلوك الأشخاص في الحاضر و أن يتنبأ إلى أنجع الوسائل لحسم الخلافات المستقبلية⁴².

وهكذا يكون هذا المصدر الرسمي الاحتياطي بمثابة مصدر مادي يتم على أساسه الاجتهاد القضائي La jurisprudence ، وما يصدر عن اجتهاد القاضي غير ملزم عدى الحالات التي صدر في شأنها، إلا أنه يمكن القول أن الاجتهاد القضائي يلعب دورا هاما في تكوين القانون خاصة أن القضاء في الواقع ومنه القضاء الأعلى يتمتع بهيبة كبيرة وغالبا ما يحترم من القضاء الأدنى ، فيمكن القول أن هناك إلزاما معنويا، أما من الناحية القانونية البحتة فيبقى القضاء غير ملزم⁴³.

الخاتمة:

1-أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية والعرف ومبادئ العدالة، والقانون الطبيعي، بهذا الترتيب استنادا للمادة الأولى من القانون المدني.

2- لم يقيد المشرع القاضي أثناء الرجوع لأحكام الشريعة الاسلامية بمذهب معين من المذاهب الفقهية فللقاضي اختيار الأرجح في المسألة.

3-الإجتهاد القضائي غير ملزم غير أن اجتهاد المحكمة العليا يتمتع بإلزام معنوي لما له من هبة ووقار من طرف المحاكم الدنيا.

⁴² محمد بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، مصدر سابق، ص181.

⁴³ عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، مصدر سابق، ص90.

التوصيات :

- ضرورة تقنين المسائل الخلافية المتداولة في المحاكم حسماً للخلاف، وسعيها إلى توحيد الاجتهاد القضائي من جانب، وتسيرها على القاضي والمتقاضي من جانب آخر
- ضرورة اعداد القضاة ، وتكوينهم تكويناً يثمر دربه على التعامل مع المراجع الفقهيّة .

قائمة المصادر والمراجع:**أولاً: قائمة المصادر.****القوانين:**

- 1 - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالأمر 05-02، المؤرخ في 27-02-2005.

الكتب:

- 1- ابن منظور :أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الافريقي المصري، لسان العرب، مادة جهد، 15 م، بيروت الطبعة الثالثة،1414هـ.
- 2-الجوهري ،أبو نصر ،اسماعيل بن حماد، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، (ت 393 هـ) الصحاح :تاج اللغة و صحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة 1407 هـ -1987 .
- 3- الزركلي، خير الدين بن محمد بن علي بن فارس (1984) ،الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال و النساء من العرب المستعربين و المستشرقين ، دار العلم للملايين، ط 15 أيار- مايو-2002.
- 4 - الرازي ،فخر الدين بن محمد بن عمر ،المحصل في علم الأصول، دراسة و تحقيق الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، 1418 هـ-1997م.
- 5- الأمدي، أبو الحسن سيد الدين على بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق عبد الرزاق عفيفي المكتب الإسلامي بيروت -دمشق- لبنان(د ط).
- 6- الشوكاني: محمد بن على بن محمد بن عبد الله(1250هـ) إرشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول، تحقيق الشيخ أحمد عز و عناية، دار الكتاب العربي، دمشق، الطبعة الأولى 1419 هـ-1998م.
- 7-أبو حامد بن محمد، المستصفي، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشاقي دار الكتب العلمية الطبعة الأولى 1413هـ-1993 م .
- 8- الرازي ،زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر عبد القادر الحنفي(66هـ)، مختار الصحاح، تحقيق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت-صيدا، الطبعة الخامسة،1420هـ/1999 م.

- 9- ابن الاثير، مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني (606 هـ) النهاية في غريب، الحديث و الأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي- محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت (1399 هـ- 1979م).
- 10- الكسائي : علاء الدين أبو بكر بن مسعود (ت587)، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، م7 ، 1406هـ-1986م ، ج7 ، ص3.
- 11- الحطاب، محمد ابن عبد الرحمن أبو عبد الله المغربي ، (ت954) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ،دار الفكر ،بيروت ،ط3، (1412-1992).
- 12- الشربيني ،شمس الدين بن محمد الخطيب ،معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة 1 (1415هـ-1994م).
- 13- البهوتي، منصور يونس بن صلاح الدين بن حسن ابن إدريس (1051 هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، (د ط) (د ت).
- 14- محمد رأفت عثمان النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، الطبعة الثانية، 1415 هـ-1994م.
- 15- منكور، محمد سلام ،منهاج الاجتهاد في السلام ،الناشر ،جامعة الكويت ،ج2 ،ص 338 ، 1393 هـ - 1973 م .
- 16- علي فياللي ، مقدمة في القانون، موفم للنشر ،طبعة جديدة ومنقحة ،2010 .
- 17- محمد سعيد جعفرور ، المدخل إلى العلوم القانونية ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 2007.
- 18- مصطفى الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم ، دمشق ، ط 2 .
- 19- الداوقى، عباس قاسم مهدي. الاجتهاد القضائي (مفهومه - حالاته-نطاقه) دراسة مقارنة بالفقه السلامي معززة بالتطبيقات القضائية، المصدر القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2015.
- 20- زعلاني، عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للقانون، دار هومة ، الجزائر، سبتمبر 2008 ، ص75 .
- 21- عمار بوضياف ، المدخل إل العلوم القانونية - النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري- جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر، الطبعة الثالثة أكتوبر1428هـ-2007م .
- الرسائل الجامعية:**
- 1- صالح خالد صالح الشقيرات ، الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه و تطبيقاته في الشريعة و القانون :إشراف الدكتور العبد خليل أبو عبيد، أطروحة دكتوراه في القضاء الشرعي ،كلية الدراسات العليا الجامعية الأردنية ،كانون الثاني 2007م.
- 2- إسماعيل الشيخ ، الإشكالات الواردة على تطبيق المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون ، تحت إشراف ، ليلي جمعي، جامعة وهران - السنيا - كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية ، قسم العلوم الاسلامية ،2012-2013 ، ص132.
- 3- محفوظ بن الصغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري.
- 4- عبد المهدي ، أحمد العجلوني ، قواعد تفسير النصوص وتطبيقها في الاجتهاد القضائي الأردني ، دراسة أصولية مقارنة' أطروحة دكتوراه في القضاء الشرعي' تحت اشراف عبد الله الكيلاني، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية كانون الثاني، 2005 .
- المقالات العلمية:**

1- بوبشير محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق، مقال جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق .

دور القاضي المدني في سد الفراغ التشريعي

أ.د. خواترة سامية

جامعة امحمد بوقرة، بومرداس

s.khouatra@univ-boumerdes.dz

المخلص:

يتمتع القاضي المدني بمركز قانوني ذو أهمية بالغة في إعطاء صورة واضحة عن النظام القانوني للدولة، فدوره لا يقتصر فقط على إصدار أحكام في الخصومات المعروضة عليه، ولكنه أيضا يشارك في وضع النظام القانوني، من خلال اجتهاداته التي تصنع القاعدة القانونية، دون أن ننسى دوره في تفسير النصوص القانونية الغامضة وتكملة النقص الحاصل فيها، بحيث يصبح الاجتهاد القضائي مصدرا مباشرا للقانون، من أجل المحافظة على استقرار المعاملات وتحقيق الأمن القانوني.

الكلمات المفتاحية: القاضي المدني، النص التشريعي، تفسير النص، غياب النص.

Abstract

The civil judge has a legal status of great importance in giving a clear picture of the legal system of the state, as his role is not only limited to issuing rulings in the disputes submitted to him, but also participates in the development of the legal system, through his jurisprudence that makes the legal base, without forgetting his role in interpreting ambiguous legal texts and completing the shortage in them, so that jurisprudence becomes a direct source of law, in order to maintain the stability of transactions and achieve legal security.

Keywords: civil judge, legislative text, interpretation of text, absence of text .

مقدمة:

يرى البعض أن دور القاضي يقتصر فقط على تطبيق النصوص التشريعية، من خلال إسقاط القواعد والأحكام الكلية المستمدة من النصوص التشريعية على جزئيات الوقائع في النزاعات التي تعرض أمامه، إلا أن الممارسة الفعلية في الواقع العملي، أثبتت العكس من ذلك تماما ففي كثير من الاحيان تجد المحاكم نفسها أمام وقائع لا تدخل في صريح النصوص التشريعية على الرغم من فرضية شمولية القوانين وكليتها لانتصف بالكمال والشمولية لكل الوقائع القانونية والمادية، والروابط الاجتماعية التي يعرفها المجتمع والتي تتغير وتستحدث بحسب تغير المكان واختلاف الزمان.

وطبقا لقاعدة لا اجتهاد في وجود النص التشريعي، الا أنه في المقابل لا يجوز للقاضي أن يعتكف عن الحكم لغياب النص أو وجود غموض فيه، فالقاضي إن وجد نفسه أمام الهوة بين النص والواقع، أو واجه ارباكا لما في النصوص من تناقض أو اختلاف وجب عليه البحث عن الحل وفقا لاجتهاده بانشاء حكم يحمل نصا يمكن اعتماده تشريعا، ومهما اختلفت المحاكم واختصاصاتها فان الاجتهاد الانشائي للنص القانوني متعارف عليه على سبيل الاستثناس به خاصة عندما يصدر عن محاكم الدرجات العليا

ولقد نصت المادة 469 من قانون الإجراءات المدنية القديم (الملغاة) توجب على القضاء الفصل في كل قضية ترفع إليه ولو حكم فيها بالشطب، فلا يجوز للقاضي الامتناع عن الفصل في أحد الطلبات حتى ولو كان النص القانوني غامضا أو منعدما¹، ولا يستطيع القاضي أن يمتنع عن الفصل في أي نزاع يعرض عليه بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يمكن تطبيقها وإلا عد مرتكبا لجريمة إنكار العدالة².

وفي هذا قضت المادة 4 من التقنين المدني الفرنسي على مايلي: "القاضي الذي يمتنع عن الحكم بحجة سكوت أو غموض أو نقص التشريع يمكن أن يتابع بتهمة ارتكاب إنكار العدالة"³، فواجب الفصل في

¹ بوبشير محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 2، الجزء 41، لسنة 2004، ص ص 154-186.

² محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، الطبعة 16، لسنة 2008، ص 208.

³ الصياغة باللغة الفرنسية لنص المادة 3 من التقنين المدني الفرنسي كمايلي:

" le Juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ,pourra être " poursuivi comme coupable de d'ini de justice

النزاع المطروح من جهة، وعدم وجود النص من جهة أخرى، يجعلان القاضي ملزماً بالبحث والاستنباط والاجتهاد للوصول إلى قاعدة يطبقها على النزاع⁴.

وتظهر أهمية هذا البحث في اظهار دور القاضي في وضعه للنص القانوني، فهو بذلك يقوم بعمل أقرب إلى عمل المشرع بحيث يجعل نفسه مشرّعاً فيضع نفسه في المركز القانوني للمشرع في حالة ما اذا أراد تنظيم هذه المسألة فمذا كان سيفعل⁵؟.

إن إحلال القاضي محل المشرع لسد الثغرات القانونية وإيجاد حلول للمسائل المطروحة أمامه، يعبر عنه بالاجتهاد الانشائي أو الخلاق هدفه تحقيق العدالة وإرضاء الشعور العام بها، وهو بذلك يسعى إلى تعزيز ثقة المخاطبين بالقاعدة القانونية بالنصوص التشريعية وتكريس أمنهم وشعورهم بالأمان عند الاحتكام إليه والرضا بأحكامه. والعكس تماماً في حالة وجود نص تشريعي فإن سلطة القاضي تنقيد تماماً وفقاً لقاعدة لا اجتهاد مع وجود نص قانوني⁶.

يطرح هذا البحث اشكالية هامة تتمثل في ما هو الحل الذي يتخذه القاضي في قضية معروضة أمامها، مع انعدام النص القانوني الواجب التطبيق أو حالة غموضه أو عدم كفايته؟

لقد أوجد القانون والفقه التزام آخر للقاضي وهي الالتزام بالاجتهاد في حالات محددة نتطرق لها من خلال خطة البحث والمكونة من مبحثين:

المبحث الأول: حالة تفسير النص التشريعي

المبحث الثاني: حالة غياب النص التشريعي

لنصل في الاخير الى خاتمة نظمها نتائج الدراسة من جهة، ومن جهة أخرى نقدم اقتراحات تخدم هذا الموضوع.

المبحث الأول: حالة تفسير النص التشريعي

يقال أن دور القاضي في المحكمة يقتصر على إخراج النص القانوني المناسب للقضية الواقعة بين يديه ويطبقه عليها، ولكن في الحقيقة عمل القاضي صعبٌ للغاية لأنه يحاول أن يطبق العدالة في هذا المجتمع وأن يصدر قرار بناء على أسس وأدلة كي ينصُر المظلوم ويحاسب المُجرم.

⁴ تقصد في هذا المقام طبعاً القاضي المدني بالمفهوم الواسع للكلمة دون القاضي الجزائي الذي يمنع عليه مبدأ الشرعية

القياس أو الاجتهاد في قانون العقوبات أو قانون الاجراءات الجزائية

⁵ د/محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق، ص 200.

⁶ بغداداي جيلالي، الاجتهاد القضائي، الديوان الوطني لأشغال التربوية، طبعة سنة 1993، ص 157.

ومن خلال هذا المحور سنبي ما هو تفسير النص القانوني؟ وما هي الشروط الذي وجب على القاضي أن يراعيها أو يقوم بها في حالة تفسيره؟ وما هي الخطوات التي يتخذها القاضي في إصدار القرار حالة عدم وجود نص قانوني ينص عن عمل قانوني أو عمل مادي معين؟

يعرّف تفسير القاعدة القانونية أو القانون على أنه "عبارة عن توضيح المعاني والأحكام الذي يقصدها المشرع من النصوص، وبيان المعاني المستفادة من النصوص، حيث أن الأشخاص القانونيين يطبقوا ما الذي قصده المشرع من النص وما هو فحوى النص أي يأخذوا فحواه على القضايا الموجودة لديهم".

ولقد عرف جانب من الفقه النص الغامض بأنه النص غير واضح الدلالة فهو لا يدل على ما فيه بصيغته ذاتها بل يتوقف فهم هذا المراد على امر خارجي أي امر خارج عن عبارته وهي الحالة التي يكون فيها النص غامضاً أو مبهماً في احد الفاظه أو جميعها فتكون لتلك الالفاظ اكثر من معنى حيث يتعين على القاضي عند ممارسته لعملية التفسير ان يختار اكثر المعاني قرباً إلى قصد المشرع من وراء النص، وقد اعترف المشرع الفرنسي في وقت بعيد للقاضي بالدور الانشائي حيث تضمن القانون المدني الفرنسي الصادر في عام 1804 في نص المادة 4 منه على ان القاضي الذي يرفض ان يحكم بحجة سكوت التشريع أو غموضه أو عدم كفايته يعد مرتكب لجريمة الامتناع عن الحكم.⁷

المطلب الاول: الشروط الواجب على القاضي مراعاتها في حالة التفسير:

- يجب أن يكون النص القانوني في هذه الحالة يحتمل التأويل (فضفاض) يمكن أن يفهم منه أكثر من معنى حيث أن المشرع لم يشرح ما هو المستفاد من ذلك النص، و يأخذ القاضي بالمعنى الذي فهمه من النص ويطبقه على تلك القضية.
- في حالة إيجاد حكم معين لتلك القضية من طرق أخرى (تشريعات الدول الأخرى، الأعراف، أحكام المحاكم) وجب على القاضي أن يبين في تعليقه أسباب تفسيره للنص والأدلة التي استخدمها لإصدار ذلك القرار.

يمكننا القول بأن عمل القاضي ليس بهين ولا ببسيط، حيث يقوم بدراسة وقائع تلك القضية ودراسة النصوص القانونية والأخذ بالمعنى الذي فهمه فإن لم يجد نص يتحدث عنها يلجأ إلى وسائل أخرى

⁷ ايمان أحمد يعكوب، دور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية (دراسة مقارنة)، الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، حزيران، 2022، ص 75.

لاستخراج حكم مناسب لها، حيث يقوم القاضي أيضاً بأخذ مدة مناسبة للقيام بتلك الأعمال حتى يستطيع أن يطبق العدالة بحذاويرها على كل القضايا التي بين يديه والتي ستصبح بين يديه في المستقبل.

المطلب الثاني: الخطوات التي يتبعها القاضي للوصول الى الحكم العادل

أولاً: عندما تكون بيد القاضي قضية معينة يقوم القاضي بالبحث عن نص قانوني يُلائم ويتحدث عن تلك القضية في التشريع المطبق في تلك البلاد كالدستور أو القوانين الوضعية (العادية) فإذا وجد القاضي نص يُلائم تلك القضية يقوم بتطبيق فحواه، حيث يكون النص في بعض الاحيان مقترن بنص آخر يشرح ويوضح ما المقصود منه، وأن وجود النص يلزم القاضي الأخذ به، ولا يجوز للقاضي أن يجتهد من تلقاء نفسه في هذه الحالة تطبيقاً لقاعدة: لا اجتهاد في مورد النص، فإن لم يجد يبحث مجدداً لإيجاد نص قانوني يتحدث عن قضية مشابهة يقوم القاضي بأخذ فحواها ويقوم بالتعديل عليها بما يتناسب مع وقائع القضية الموجودة لديه.

ثانياً: في حالة عدم وجود نص يُلائم تلك القضية يتوجه القاضي إلى العرف السائد في البلاد فينظر في العرف ويبحث فيه محاولاً إيجاد ما إذا العرف نظم تلك الاعمال أولاً، فالعرف لا يؤخذ به إلا في حالة غياب النص القانوني.

ثالثاً: فإذا لم يجد في العرف يتوجه القاضي الأحكام القضائية (أحكام المحاكم) فينظر إلى تلك الأحكام ويحاول إيجاد قضية مشابهة حيث يأخذ الحكم الصادر لها ويقوم بتعديله بما يتناسب مع وقائع القضية لديه، وهي غير ملزمة للقاضي حيث يمكنه أن يأخذ بها أو ولا (حسب النظام اللاتيني وهو المطبق في فلسطين)، عكس النظام الأنجلوسكسوني الذي يعتبر الاحكام القضائية ملزمة للقاضي.

رابعاً: إذا لم يجد القاضي في الأحكام القضائية ما يناسب الواقعة بين يديه فيمكن للقاضي أن يتوجه إلى تشريعات وديساتير وقوانين العادية للدول الأخرى، حيث يملك القاضي أن يتوجه إلى تشريعات الدول الأخرى وينظر إليها محاولاً إيجاد حكم للقضية التي لديه أو إيجاد واقعة مشابهة لديها حكم فيأخذ بها ويقوم بتعديلها بما يتناسب مع القضية.

خامساً: فإذا لم يجد في التشريعات الأخرى يقوم القاضي بالاجتهاد بنفسه لإصدار قرار وحكم مناسب، عندما يقوم القاضي بالاجتهاد فإن اجتهاده ملزم له بينما يكون غير ملزم للمحاكم الأخرى (يمكن أن يأخذوا بها أو لا)، ولا يستطيع القاضي أن يتخلف عن القضية وعدم إصداره للحكم فيها، حيث وجب عليه إصدار حكم بكل قضية موجهة إليه.

من ما سبق نستخلص بأنه لا تكون نصوص القانون واضحة دائما، اذ قد يعتريها غموض يجعل الفاظها غير واضحة، او ان تحتل اكثر من معنى، او ان يوجد تعارض بين النصوص في المفاهيم، وهذا القاضي ملزما بالبحث عن مدلولها الذي يقصده المشرع عن طريق نشاط ذهني هو عبارة عن تفسير قضائي وهو يعد مسالة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا وفقا لقواعد تفسير النصوص.

وإذا كان النص غامضا ليس له معنى محدد ويحتمل اكثر من تأويل فان القاضي يجتهد لإبراز قصد المشرع منه، وهذا ما يعرف بالتفسير القضائي للنص القانوني⁸.

مع ملاحظة ان التفسير القضائي للنص يعد تطبيقا له، فالقاضي عند قيامه بتفسير النص الذي يعتريه الغموض ويحتمل عدة تأويلات لا يعد متطوعا، بل يعد تفسيره للنص من صميم عمله في فض المنازعات، لان مهمته هي بيان حكم التشريع في النزاع المطروح عليه حتى ولو لم يطلب منه اطراف الخصومة ذلك⁹.

كما ان قيام القاضي بتفسير النص القانوني يكتسي طابعا عمليا ، فهو يتصل بالنزاع الذي عرض عليه ولذلك تتأثر عملية التفسير بظروف القضية ومعطياتها ويؤدي تفسيره الى اثراء النظريات الفقهية وبيان الجوانب الواقعية والتطبيقية لها¹⁰.

المبحث الثاني: حالة غياب النص التشريعي

يمتد دور القاضي الى حالة الفراغ القانوني، فقد يصدر نص قانوني دون مراسيمه التنفيذية ما يدفع القاضي الى البحث عن الحل المناسب واستلهامه من مجموعة المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني في الدولة.

ويعرّف غياب النص التشريعي هو حالة يواجهها القاضي خلال قيامه بمهمته في تطبيق قواعد التشريع على الحالة المعروضة أمامه سواء كان هذا التشريع موضوعيا أم إجرائيا، فالقصور والفراغ التشريعي ظاهرة قانونية نجدها في كل القوانين الوضعية، لأن التشريع عبارة عن عمل بشري يقوم به المشرع ولا يمكن للمشرع أن يصل إلى درجة الكمال بحيث يصيغ كل الوقائع المادية والقانونية التي يقوم بها الانسان.

المطلب الأول: أسباب غياب النص التشريعي

⁸ عمار بوضياف، المدخل الى العلوم القانونية ، دار جسور للنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة 3 ، لسنة 2007، ص181.

⁹ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 285.

¹⁰ ، المرجع نفسه، ص285.

أولاً- العلاقات الاجتماعية والتصرفات والأعمال الفردية المتطورة باستمرار: لا يستطيع المشرع الالمام بجميع العلاقات الاجتماعية والتصرفات التي يقوم بها الفرد باختلاف أنواعه، خاصة الحديثة منها، وكمثال ذلك فالنظام القانوني للذكاء الاصطناعي غر واضح المعالم في الجزائر، لحدائثة

ثانياً: العامل البشري وما يتصل بقدرات الإنسان المحدودة: المشرع انسان وقدراته محدودة في تقنين كل ما يقوم به الانسان فردا أو مجموعة.

ثالثاً: الخصائص المحددة للقواعد القانونية لها: يصعب سن قاعدة قانونية عامة ومجردة وملزمة عن طريق مخاطبة أشخاص بصفاتهم لا بذواتهم، لتنظيم روابطهم وبالنظر للنقاط المشتركة بينهم.

المطلب الثاني: طرق سد القصور في حالة غياب النص التشريعي

بالرجوع لنص الفقرين الثانية والثالثة من المادة 01 من القانون المدني الجزائري التي نصت ما يلي: « وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاض بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

نستنتج من هذه المادة أن النص التشريعي هو المصدر الرسمي الاول الذي يلجا اليه القاضي اثناء نظره في النزاع تمهيدا للفصل فيه، ولهذا يبذل المشرع وسعه في اصدار تشريعات تستجيب لكل مستجدات المجتمع، ويعمد الى تعديلها في كل مرة يتبين عدم احاطتها بالوقائع غير المتناهية.

و في حالة غياب النص التشريعي، يحكم القاضي وفقا لقواعد الشريعة الاسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وبالتالي أعطى المشرع للقاضي مصادر احتياطية أخرى يلجأ إليها عند وجود فراغ قانوني يخص المسألة المعروضة أمامه. وقد جاء بترتيب قانوني لهذه المصادر فلا يجوز للقاضي أن يتخطاه وليس له الحرية في اختيار المصدر الذي يستشف منه حكمه وانما عليه احترام الترتيب، وبقوة القانون وتحت جزاء الطعن في الحكم الذي لم يحترم فيه ترتيب المصادر الاحتياطية ، وسنشرح هذه المصادر باختصار وحسب الترتيب القانوني الوارد في نص المادة المذكورة أعلاه.

أولاً الشريعة الاسلامية: إن الشريعة الإسلامية هي ما شرع هلا سبحانه وتعالى لعباده من أحكام على لسان رسوله صلى هلا عليه وسلم، سواء أكان بالقرآن أو بسنة رسوله من قول وفعل أو تقرير وهي تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

-علم الكلام: يتعلق بأصول الدين أي العقائد الاساسية للإسلام، كالإيمان بالله ورسله وكل المواضيع التي تدخل ضمن علم التوحيد.

- علم الاخلاق: الاحكام التي تتناول تهذيب النفس، وما يجب أن يتحلى به الفرد من فضائل كالصدق والوفاء .

- علم الفقه: مجموعة الاحكام المتعلقة بما ينشأ بين الأفراد من معاملات.

اتفق جمهور الفقهاء على أن المصادر الاصلية للفقه الاسلامي هي الكتاب، السنة، الاجماع والقياس، وعلى القاضي أن يأخذ في عين الاعتبار عند استعانته بمبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر للقاعدة القانونية ما يلي:

1- أن يرجع القاضي إلى أحكام الشريعة إلا بعد التأكد من غياب نص تشريعي يمكن تطبيقه.

2- لا يجوز للقاضي أن يأخذ حكم مخالف للمبادئ العامة الأساسية التي يقوم عليها التشريع.

3- على القاضي البحث عن الحل في كل المذاهب، وأن لا يقتصر فقط على مذهب واحد.

ثانيا: العرف

يقصد بالعرف اعتياد الأفراد على اتباع سلوك معين في مسألة معينة، بحيث يستقر الشعور لدى الجماعة باعتباره سلوكا ملزما يوجب بتوقيع الجزاء عند مخالفته، كما عرف أيضا بأنه قاعدة تكونت عفويا عبر مراحل زمنية متعاقبة ناجمة عن التعود على سلوكيات وعادات ارتبطت بها الجماعة وسارت على نهجها، وهو أقدم مصادر القانون ظهورا، له دور كبير في تنظيم سلوك وعلاقات الافراد، وهو يتكون من ركن مادي يتمثل كرار الناس لسلوك معين في مسألة معينة، أو اعتياد الناس إتباع مجموعة من الافعال والتصرفات التي تخص أحد أمور حياتهم في المجتمع، بحيث تنشأ بينهم عادة معينة نتيجة تكرر ذلك الاعتياد وتواتره، بينما يتمثل الركن المعنوي العنصر النفسي الداخلي، إذ تتكون عند الذين يتبعون السلوك المعتاد بأن هذا الاخير ملزم لهم قانونا أي شعورهم بالزاميته.

ثالثا: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة: القانون الطبيعي يتكون من قواعد عامة أبدية ثابتة، صالحة لكل زمان ومكان، أنها إنما تصدر عن طبيعة الأشياء، وأن الإنسان يكشف عنها بعقله، وكلما أدى ذلك إلى سمو القانون الوضعي وقربه من الكمال والعدالة، ويعرف ايضا انه " مجموعة القواعد التي تحقق العدالة في أسى صورها".

أما العدالة تعني ضرورة المساواة في الحكم، ومراعاة جميع الظروف الشخصية التي أدت إلى وجود هذه الحالة قبل اصدار الحكم عليها، فهي مراعاة الجانب الانساني ومنح الحق في المساواة للجميع، فإذا كان القانون الطبيعي متصل بالإنسان فعليه الأخذ بعين الاعتبار طبيعة هذا الانسان، قيمه، ومعايير، وحاجته الى الحرية والأمن.

نفس الشيء لا يمكن للقاضي أن يتخذ من القانون الطبيعي وقواعد العدالة مصدرا احتياطيا، إلا بعد التحقق من غياب نص تشريعي، وصعوبة تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية والعرف أولا.

وقد وضع القانون للقاضي طريقا لا بد من السير عليه في حالة عدم وجود نص في التشريع المكتوب؛ إذ يجب عليه في هذه الحالة البحث في مبادئ الشريعة الإسلامية عن الحكم المناسب للنزاع¹¹ فان لم يهتد إلى الحل بحث عنه في العرف، فإن وجد عرفا التزم بتطبيقه كما لو طبق القانون حتى ولو لم يتمسك به الخصوم، وهو في تطبيقه للعرف يخضع لرقابة المحكمة العليا حين تراقب التطبيق السليم للقانون¹².

وإذا لم يوجد عرف يحكم النزاع، بحث القاضي في مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة والتي يقصد بها مجموعة المبادئ والقيم الإنسانية التي يهتدي العقل الإنساني إليها في أي مجتمع بشري .

ويرى الفقه أن إحالة القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إنما يقصد بها تكليفه بأن يجتهد برأيه باحثا عن الحل العادل للنزاع حتى لا يكون منكرا للعدالة. وهو إذ يفعل ذلك، ينبغي عليه ألا يتأثر بأفكاره ومعتقداته الشخصية، وإنما يتعين عليه ان يصدر اجتهاده بناء على اعتبارات موضوعية تراعي المبادئ التي تسود النظام القانوني بأكمله.

من ما سبق لا يجوز لأي محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة فقدان النص وإلا عد القاضي ممتنعا عن احقاق الحق، وعلى القاضي في الدعاوى المدنية ان يطبق قواعد العدالة عند عدم وجود النص التشريعي او عدم وجود العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية عملاً بأحكام المادة الأولى من القانون المدني التي اوجبت على القاضي إيجاد الحل العادل للنزاع عن طريق الرجوع الى قواعد العدالة ولهذه القاعدة القانونية مثيلات في المادة الأولى من كل من القانون المدني الجزائري، ويتضح من ذلك ان فكرة الفراغ في القانون معترف بها في التشريعات العربية والاجنبية، ومع ذلك فهناك بعض الفقهاء ممن يقولون بكمال التشريع وانه لا يوجد فراغ فيه، وتتخلص آراءهم من انه اذا لم يوجد نص في التشريع فمعنى ذلك الدخول في منطقة الإباحة القانونية، اي لا يلتزم الانسان بأي عمل ايجابي او سلبي فالنقص في التشريع هو في الحقيقة إباحة، بمعنى ان الموافقة على وجود نقص في التشريع تعني السماح للقضاة بأن يحلوا افكارهم الأخلاقية والسياسية محل تلك التي يعتنقها المشرع، إلا ان الواقع في كمال فكرة التشريع قد اصبحت مهجورة من قبل معظم الفقهاء وبنصوص صريحة في القوانين العربية والأجنبية.

¹¹ علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون في البلاد العربية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1993، ص 27.

¹² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار احياء التراث، لبنان، 1952، ص 52.

عالت جميع النصوص القانونية العربية والغربية مشكلة الفراغ والقصور تلزم القاضي بالاجتهاد وعلى القاضي في اجتهاده ان يسترشد بالفلسفة القانونية والاجتماعية والاقتصادية في المجتمع، واجتهاد القاضي لا يبني على مجرد الهوى او التحكم ولكنّه يبني على حسن ادراك المقاصد الكلية للقانون فالاجتهاد يجب ان يخدم اهداف القانون ويحدد خطوات القاضي نحو حل القضايا العملية اذ يجب ربط حكم العادل الذي سيصدره بالواقع الحي للمجتمع، وقد يلجأ القاضي احياناً الى القياس وهو اعطاء واقعة مسكوت عنها حكم واقعه اخرى منصوص عليها لاتحاد العلة في الواقعتين.

إنّ العملية القضائية ليست مجرد تطبيق حرفي لنصوص القانون بل انه ايضاً قضاء انشائي يبتدع الحلول العادلة لحسم النزاع وهذا يقتضي من القاضي ان يبذل مجهوداً شاقاً مضمناً في البحث والتأصيل والملاءمة بين المصالح المتضاربة للخصوم في الدعوى، فالجانب الإنشائي في العملية القضائية لا يمكن ان تكون عملية شكلية بل هو توفيق ايضاً بين مجموعة من القيم الانسانية ومصالح الخصوم فلا بدّ للقاضي من الاجتهاد عند وجود النزاع في القانون.

ننتهي في الاخير الى الاعتراف بحق القاضي في صنع النص القانوني، وعلى ضرورة البحث في القيمة القانونية لذلك النص ومصيره بعد تلك الواقعة التي سن فيها، فهل بعد تجسيده في حكم صادر من المحكمة العليا كقاعدة محدودة الاثر بالخصومة التي تقررت بشأنها إلى قاعدة عامة ملزمة، أو من شأنه التواتر لأن يرقى الى مصاف المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، ام انه مهما اطرده تطبيق القاعدة، وآيا ما كانت منزلة المحكمة التي أصدرتها فانه يظل رغم ذلك مجرد من كل قوة ملزمة، يؤخذ به عى سبيل الاستئناس.

ان دور القاضي في سد الفراغ القانوني يؤدي بنا الى بيان طبيعة ونطاق الوظيفة القضائية، وما إذا كانت تقف عند مجرد التطبيق الآلي للقواعد القانونية المقررة، أم أنها تتعدى ذلك إلى إنشاء وصنع قواعد قانونية جديدة ومستحدثة، كما يثور التساؤل حول المصادر الرسمية للقاعدة القانونية وما إذا كانت تقتصر على التشريع والعرف أم أنها تشمل المبادئ القضائية أيضاً.

خاتمة:

يهدف هذا البحث إلى الوقوف على اشكالية غياب النص التشريعي أو في عدم وضوحه ودور القاضي عندئذ لمعالجته تصرفات الاشخاص القانونية العامة والخاصة، وبيان موقف القضاء في معالجة هذه الاشكالية عندما تعرض عليه مسألة ما لحلها، دون ان يكون امامه نص تشريعي مكتوب يستطيع الاستناد عليه في اصدار حكمه أو كان غامضاً وغير واضح في تطبيقه.

وقد توصلنا في هذه الدراسة الى العديد من النتائج والتوصيات أهمها:

- غياب النص التشريعي وصعوبة تفسيره لا يؤدي الى توقف الاشخاص القانونية العامة والخاصة عن مباشرة تصرفاتها وفق مبادئ المشروعية الاخرى، على ان لا تخالف في تصرفاتها قواعد المشروعية حسب قوتها النابعة من تدرجها في القوة والالزام، كما ان للقاضي ايضا اللجوء الى قواعد المشروعية الاخرى في حال غياب النص التشريعي لان القاضي ملزم بإصدار الحكم في القضية المعروضة عليه والا عد ناكرا للعدالة او ممتنع عن احقاق الحق.

- غياب النص التشريعي أو عدم وضوحه يجعل المصادر التي يتعين على الاشخاص القانونية العامة او الخاصة الرجوع اليها مختلفة وذلك بحسب القواعد التي تتلاءم مع طبيعة العلاقة التي تحتاج الى تنظيم، ففي الوقت الذي نجد فيه قواعد العرف تأتي بعد التشريع مباشرة في مجال العلاقات والتصرفات التي يحكمها القانون المدني، نجد بان الاحكام القضائية تأتي بعد التشريع في اهميتها في مجال القانون الاداري وهكذا بقية فروع القانون.

كذلك الامر بالنسبة للقضاء، اذ ان المصادر الاصلية والاحتياطية تختلف باختلاف الجهة القضائية التي يعرض امامها النزاع، ففي حال غياب المصدر الاصيلي يكون على القضاء اللجوء الى المصادر الاحتياطية التي تكون ملائمة لحل النزاع المطروح امامه.

كما يتضح ان المشرع الجزائري كغيره من المشرعين يعترف بوجود النقص في التشريع، وان التشريع المكتوب مهما بلغت صياغته وتطوره لابد ان تعثره نقائص ناجمة عن عدم احتوائه جميع سلوكيات البشر غير المتناهية، وعلى القاضي ايجاد حل قانوني للمسألة المعروضة عليه.

- نقترح أنه في حالة تدخل القاضي واجتهد في حكم قانوني طبقه على النزاع المعروض عليه يجب مراقبة هذا الحل الذي قدمه بأن تتوافر فيه الشفافية والمصادقية لأنها عنصران يتم بهما تحقيق العدالة.

- كما نرى بأن تتم عملية تقنين ذلك أو جمع اللاجتهادات القضائية، وأن هذا الأخيرة لرقابة لجنة علمية من أجل ضبط صياغتها ونشرها، حيث يوجد الكثير من الاجتهادات طبقت في قضايا ثم اعتمدت كنصوص تشريعية خاصة في مجال الاحوال الشخصية.

الهوامش والمراجع:

- ¹ بوبشير محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 2، الجزء 41، لسنة 2004، ص ص 154-186.
- ² محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، الطبعة 16، لسنة 2008، ص 208.
- ³ الصياغة باللغة الفرنسية لنص المادة 3 من التقنين المدني الفرنسي كمايلي:
le Juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de "l'insuffisance de la loi ,pourra être poursuivi comme coupable de dini de justice
- ⁴ تقصد في هذا المقام طبعا القاضي المدني بالمفهوم الواسع للكلمة دون القاضي الجزائري الذي يمنع عليه مبدأ الشرعية القياس أو الاجتهاد في قانون العقوبات أو قانون الاجراءات الجزائرية
- ⁵ محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق، ص 200.
- ⁶ بغدادي جيلالي، الاجتهاد القضائي، الديوان الوطني لأشغال التربوية، طبعة سنة 1993، ص 157.
- ⁷ ايمان أحمد يعكوب، دور القاضي الاداري في انشاء القاعدة القانونية (دراسة مقارنة)، الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، حزيران، 2022، ص 75.
- ⁸ عمار بوضياف، المدخل الى العلوم القانونية ، دار جسور للنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة 3 ، لسنة 2007، ص 181.
- ⁹ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 285.
- ¹⁰ المرجع نفسه، ص 285.
- ¹¹ علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، الشريعة الاسلامية كمصدر للقانون في البلاد العربية ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1993، ص 27.

¹² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني، دار احياء التراث، لبنان، 1952،
ص 52.

سلطة القاضي في تعديل العقد

أ.د فريدة مزباني

أ.د مونة مقلاتي

جامعة باتنة 01

جامعة 8 ماي 1945 قالمة

مقدمة:

متى نشأ العقد صحيحا بأن توافرت أركانه وفقا للقانون، ترتبت عليه آثار يضي عليها القانون قوة الإلزام تشبه إلى حد بعيد قوة القانون حيث يصبح المتعاقدين خاضعين لقوة العقد ملزمين بتنفيذ ما تضمنه بحسن نية، وينتج عن هذا المبدأ قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، والتي مفادها غل يد المتعاقدين والقاضي عن العقد، إذ لا يجوز لهم الخروج عن إرادة المتعاقدين، وهذا هو الأصل لكن خروجاً عن هذه القاعدة فقد منح للقاضي سلطة يمكن وصفها بالإستثنائية لأجل تعديل العقد في حالة وجود ظروف تؤدي إلى إختلال التوازن العقدي، لذا حرصت مختلف التشريعات الحديثة على حماية العقد من الإنهاء وذلك بتعديله إما بتدخل سلطة أطرافه أو بتدخل القاضي إذ أصبح لهذا الأخير دور إيجابي في مجال العلاقات العقدية، قصد حماية المصالح المتضاربة للمتعاقدين، وجبر الضرر الذي سيلحقهم، ويتأتى ذلك من خلال مراقبة العقد منذ نشأته إلى غاية تنفيذه.

بناء على ذلك تثار الإشكالية المحورية والتي يمكن صياغتها على النحو التالي: إلى مدى تبرز حدود القاضي في تعديل العقد في حالة إختلال توازنه العقدي؟ وهل هذه السلطة مطلقة أم مقيدة؟

المبحث الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة التكوين:

منح للقاضي سلطة بموجب القانون لتعديل أو إنهاء أو مراجعة العقد، وتكون مهمته في مرحلة تكوين العقد وقائية، لأن المتعاقدين سيبرمان عقداً، ويتجنبنا الأسباب التي قد تؤدي إلى تعديل العقد، ومن أبرز الأسباب الموجبة لتدخل القاضي في العقد وممارسة دوره في إعادة التوازن له، عندما يكون هناك تفاوت فادح بين إلتزامات الطرفين ناتج عن حالة غبن أو استغلال أحد الطرفين أو حينما يكون العقد عقد إذعان.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الإستغلال:

يعرف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه، بمعنى آخر هو الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين، لذا فهو يعتبر المظهر المادي للاستغلال، والغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة أما العقود الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن⁽¹⁾.

أما الاستغلال فهو أمر نفسي عبارة عن استغلال أحد المتعاقدين لحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا يقابلها منفعة لهذا الأخير ، أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوت غير مألوف، ولكي يمارس القاضي هذه السلطة يجب أن يتأكد من توافر الشروط المطلوبة قانونا أي توافر حالة الاستغلال بعنصريها المادي والمعنوي، لأنه بتوافرها يجوز للقاضي بناء على طلب من المتعاقد المغبون أن يبطل أو يعدل العقد، وتقدير توافر عناصر الاستغلال هو مسألة متروكة لقاضي الموضوع، الذي يجوز له بناء على طلب المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات المتعاقد المغبون، إذا كانت التزاماته متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه من فائدة، بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد، إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل عليه من طيش أو هوى (2)، وقد نص المشرع في المادة 90 على النظرية العامة في الاستغلال كأصل عام، وأورد عليها إستثناء من خلال المادة 91 إذ تنص على أنه: "يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود"، وتعليل ذلك أن المشرع اعتبر الإستغلال عيبا يشوب الرضا، وجد أنه لا بد من الأخذ بالغبن في بعض العقود، بإعتباره عيبا في العقد ذاته بصرف النظر عن وجود الإستغلال كعيب في الرضا، وهذه الحالات واردة على سبيل الحصر في نصوص قانونية متفرقة ، كحالة بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، طبقا للمادة 358 خلال 03 سنوات من يوم انعقاد البيع، أو حالة غبن الشريك في القسمة ، إذ يجوز لكل من لحقه غبن يزيد عن الخمس من القسمة الحاصلة بالتراضي، أن يقيم دعوى الغبن طبقا للمادة 732 ق م ج فهذه الحالات واردة على سبيل الحصر في نصوص متفرقة ، فلا يجوز للقاضي التوسع فيها، أو القياس عليها، ويكون الجزاء إما بإبطال العقد أو تكملة الثمن، ولذلك فإن القاضي لا يملك سلطة تقديرية في كيفية إعادة التوازن العقدي بين الأطراف فسلطته محددة قانونا(3)

والتساؤل المطروح ما مدى السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في اختيار أحد الجزئين المنصوص عليهما في المادة 90 ، وما مدى سلطته التقديرية في تقدير العرض الكافي لرفع الغبن توفيقا لدعوى إبطال العقد؟

الفرع الأول: سلطة القاضي في دعوى إبطال العقد:

إذا اختار المتعاقد المغبون رفع دعوى الإبطال، فهذا لا يعني بالضرورة إبطال العقد بل إن الأمر متوقف على السلطة التقديرية للقاضي، الذي له أن يستجيب لطلبه ويقضي بإبطال العقد إذا رأى أن الاستغلال قد أفسد رضاه، وأن هذا الأخير لم يكن ليبرم العقد أصلا لولا هذا الاستغلال، وإما أن ينقص من التزامات هذا

المتعاقد تعديلا للعقد بدلا من الحكم بإبطاله إلى الحد الذي يراه كافيا لرفع الغبن عنه، إذا رأى بأن رضاه لم يكن معيبا لحد معين، أي إذا رأى القاضي أن الإنقاص كاف لإزالة التفاوت الكبير فحكم به دون أن يقضي بإبطال العقد، فالمشعر الجزائري استعمل عبارة "يجوز" مما يعني أن القاضي غير ملزم بالاستجابة لطلب المتعاقد المغبون المتعلق بإبطال العقد⁽⁴⁾ فقد يحكم القاضي بالإبطال إذا كان أحسن وسيلة لرفع الغبن، وقد يكتفي بإنقاص التزامات الطرف المغبون، ولا يحكم بالإبطال " باعتباره هدم للعقد" وهو في اختياره هذا يعتمد على فكرة الملائمة في أعمال الجزاء وفقا لتقديره القضائي

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير العرض الكافي لتوقي دعوى الإبطال:

وسع المشرع من سلطة التعديل، التي يتمتع بها القاضي عندما أجاز في الفقرة 03 من المادة 90 للطرف المستغل أن يتوقى البطلان بعرض زيادة في التزامه، ورأى القاضي أن هذه الزيادة مناسبة وكافية لرفع الغبن⁽⁵⁾ وتعتبر مسألة الزيادة في التزامات المتعاقد المستغل أمر إرادي محض، يتم برضا المتعاقد وإرادته، والقاضي ملزم بقبول عرض المستغل، إلا أن تقدير الزيادة الكافية لإزالة التفاوت الفاحش بين الالتزامات يبقى خاضع لتقديره، فهو من يقدر حجم الزيادة في الأداء المقابل، ويعود بالاختلال الفادح بينهما إلى التوازن المعقول، فالمطلوب من القاضي ليس إعادة المساواة بين الأداءات المتقابلة، بل أن تصبح متعادلة قدر الإمكان لرفع التفاوت الفاحش فقط⁽⁶⁾.

ومن ثمة فائق الإبطال بالزيادة التي يعرضها الطرف المستغل مرهون بمدى تحقيقه للهدف الذي ابتغاه المشرع وهو رفع الاختلال في التوازن بين التزامات طرفي العقد، فإذا حقق ذلك فإن القاضي سيحكم باستمرار العقد وفقا للتعديلات الجديدة .

إن الخيار بين إبطال العقد أن إنقاص إلتزامات الطرف المغبون، أو الزيادة في إلتزامات الطرف المستغل يسترشد فيه القاضي بملاسات القضية وظروفها، فالمسألة مسألة واقع لا رقابة للمحكمة العليا عليها.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان⁽⁷⁾:

أعطى المشرع للقاضي الحرية المطلقة للنظر في طبيعة الشرط التعسفي دون تقييده بأي ضابط غير ضرورة مراعاته لمقتضيات العدالة وهو ما أكدته نص المادة 110 التي تنص على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل إتفاق خلاف ذلك"⁽⁸⁾

الملاحظ أن المشرع لم يحدد معايير للقاضي على ضوءها يقوم بتكييف الشروط التعسفية، لذلك يعتبر تحديد الشرط ما إذا كان تعسفيا أم لا متروك لسلطة القاضي، والمعيار الذي يسترشد به القاضي مراعاة مقتضيات

العدالة معيار غامض يختلف تقديره من قاضي لآخر لذلك عادة ما يبحث القاضي في عقود الإذعان عن كون الشرط تعسفيا أم لا

وقد عرف المشرع الشرط التعسفي في القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية على أنه: "كل شرط من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"
الفرع الأول: صور تدخل القاضي في عقود الإذعان:

أعطى المشرع في المادة 110 ق م للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها، كما أعطاه سلطة تقديرية في تفسير عقد الإذعان في حالة غموض عباراته ونص في المادة 112 على أنه: "يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"

يتضح من هذين النصين أن المشرع خول للقاضي سلطة واسعة لتعديل الشروط التعسفية، بل وإغائها ولا يحده في ذلك غير مقتضيات العدالة⁽⁹⁾
أولاً: حالة تعديل الشروط التعسفية:

بالرجوع للمادتين 110-112 نلاحظ أن المشرع الجزائري وفر حماية خاصة للطرف المذعن في عقود الإذعان إذ أعطت المادة 110 للقاضي سلطة تعديل هذه العقود بما يخرجها عن مهمته التقليدية المقتصرة على التفسير فقط، بل أكثر من ذلك فقد استثنى المشرع عقود الإذعان من تطبيق القاعدة المعروفة، في تفسير العقود حينما يعتري الشك عبارات العقد ، "يؤول الشك لمصلحة المدين" بل أوجب تفسير هذه العقود بما يراعي مصلحة الطرف المذعن فيؤول الشك لمصلحته سواء كان دائنا ، أو مدينا بحيث يزيل القاضي في عقود الإذعان ما فيها من تعسف، أو يعفي الطرف المذعن منها بشكل تام، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ليضمن المشرع لتلك الحماية التي خص بها الطرف المذعن في العقد الجديدة جعل سلطة القاضي في هذا الشأن من النظام العام، فلا يجوز للطرفين في عقد الإذعان أن يتفقا على استبعاد هذه السلطة فمثل هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته النظام العام⁽¹⁰⁾ إذ جاء في المادة 110 من ق م : "... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"

فالقاضي يقوم بتعديل الشرط يعني الإبقاء عليه مع رفع أوجه التعسف التي يتضمنها بالوسيلة التي يراها ملائمة، فيكون التعديل إما بالزيادة أو النقصان بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض أو الهدف الذي توخاه المشرع من منح القاضي هذه السلطة وهو التوازن بين الأداءات

المتقابلة مثال ذلك " في الأجرة في عقد الإيجار أو الثمن في عقد البيع لا يمكن إلغائها بل يمكن للقاضي إذا رأى أنها تشكل شرطا تعسفيا أن يعدلها طبقا لمقتضيات العدالة.

ثانيا: حالة الإعفاء من الشروط التعسفية:

إذا رأى القاضي في هذه الحالة بأن تعديل الشرط التعسفي لا يفي بالغرض، أي لا يضمن الحماية الكافية للطرف المذعن، فإنه يستطيع أن يعطل هذا الشرط بإعفاء الطرف المذعن من تنفيذه كما لو كان الشرط متمثلا في شرط من شروط الإعفاء من المسؤولية فمثلا إذا تضمن عقد الكهرباء شرطا بقطع التيار نهائيا على الرغم من إلزام الطرف المذعن بدفع الفاتورات دوريا فإن للقاضي التدخل ورفع الشرط التعسفي، وأهم الشروط التي يمكن اعتبارها شروطا تعسفية في عقد البيع وبالتالي وجب استبعادها هي :

* شرط استبعاد المسؤولية بالضمان.

* شرط تعديل العقد بالإرادة المنفردة للمحتكر.

* الشرط الجزائي في حالة المبالغة في التعويض⁽¹¹⁾

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلة تنفيذ العقد:

منح المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد في مرحلة تكوينه حرصا منه على حماية حقوق الطرف المتضرر، فقد عاد ومنح نفس الحماية في مرحلة التنفيذ نظرا لاختلال التوازن العقدي بين المتعاقدين

المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة:

منح المشرع للقاضي بموجب المادة 107 / 3 سلطة التدخل لتعديل العقد بسبب الظروف الطارئة وذلك لإعادة التوازن العقدي الذي اختل بسبب تغير الظروف تحقيقا للعدالة، إلا أن هذه السلطة رغم ما يظهر من اتساعها مقيدة بتحقيق الشروط التي يتطلبها المشرع في ظرف الطارئ وموازنته بين مصلحة الطرفين بمراعاة الظروف المحيطة بالقضية

الفرع الأول: مراعاة القاضي لشروط نظرية الظروف الطارئة:

سعى المشرع إلى تقييد ظرف بشروط معينة لتطبيق هذه النظرية، وهي أن يطرأ حادث استثنائي عام ، غير متوقع أثناء مرحلة التنفيذ ، وأن يؤدي الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا، وأن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ

أولاً: أن يكون الحادث إستثنائيا عاما:

تعد نظرية الظروف الطارئة استثناء على القوة الملزمة للعقد، لذا فالدعامة الرئيسية لهذا الاستثناء هي أن يكون ظرف الطارئ ناشئا عن حادث استثنائي غير مألوف، ومن أمثلة ظرف الاستثنائي الحوادث

الطبيعية " الزلازل- الفيضانات- الأوبئة كوفيد " أو الحوادث التي يتسبب فيها الإنسان كالحروب والانقلابات والثورات وقد يكون الطرف بسبب تغيرات اقتصادية كارتفاع الأسعار، أو فرض تسعيرات جبرية أو رفعها كما يجب أن يكون الحادث الاستثنائي عاما والمقصود بالعمومية ألا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين ، ولا يشترط فيه بالضرورة أن يعم البلاد بكاملها بل يكفي أن يشمل أثره مجموعة من أفراد المجتمع الذين ينتمون إلى إقليم معين أو مدينة أو حي من الأحياء أو طائفة منهم كالمزارعين أو منتجي سلعة بذاتها أو المتاجرين بها. (12)

ثانيا: ألا يكون الحادث الطارئ متوقعا وقت التعاقد:

هذا هو الشرط الجوهرى الذي سميت النظرية باسمه ذلك أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر والمقصود بعدم التوقع أي أن يكون المتعاقد المدين ليس بوسعه أن يتوقعه حين التعاقد، وإلا سقط حقه في طلب تعديل الالتزام استنادا إليه، لأنه يكون قد ارتضى الالتزام بوجود هذا الحادث، كما يجب ألا يكون في استطاعة المدين أن يدفع هذا الحادث عن نفسه فلو أن فيضانا عاليا بدرجة غير عادية كان في وسع المدين أن يتوقاه ببذل جهد معقول ولكنه لم يفعل فلا يحق له أن يستفيد من حكم النظرية.

ثالثا: أن تجعل هذه الظروف تنفيذ العقد مرهقا للمدين:

يعد شرط الإرهاق من أهم الشروط الواجب توافرها لتطبيق النظرية فمهما توفرت الشروط السابقة فإنها تكون عديمة الجدوى إذا لم ينتج عنها إرهاق في تنفيذ العقد، ووجود الإرهاق على أحد المتعاقدين سبب كافي لتقرير الحماية له، ويقصد بالإرهاق⁽¹³⁾ وصف يلحق بالالتزام أحد المتعاقدين يجعل تنفيذه لالتزامه مهددا إياه بخسارة فادحة نتيجة تأثر هذا الالتزام بظرف طرأ بعد إبرام العقد، وأثر نظرية الظروف الطارئة يقتصر على تخفيف من عبء الالتزام المرهق على المدين فحسب، وذلك برد الالتزام المرهق إلى حد معقول ، ولم يحدد المشرع مقدار الخسارة حسابيا بل إكتفى بوصفها بالخسارة الفادحة أي الخسارة الغير مألوفة مما يستدعي تدخل القاضي لتقدير مدى فداحة الخسارة فهو في هذا المجال يتمتع بالسلطة التقديرية الواسعة⁽¹⁴⁾.

رابعا: أن يكون العقد المراد تعديله متراخي التنفيذ:

المقصود بهذا الشرط أن توجد مدة زمنية بين تاريخ انعقاد العقد وتاريخ نفاذه سواء كانت قصيرة أو طويلة وهذا غالبا ما نجده في العقود الزمنية، التي تقتضي طبيعتها أن يمر تنفيذها على مراحل متتالية من الزمن سواء كانت من العقود دورية التنفيذ كعقود التوريد أو من عقود المدة المستمرة التنفيذ، مثل عقود الإيجار والمقاولات ، أما بالنسبة للعقود الاحتمالية وعقود المضاربة في البورصة فيجب استبعادها من نطاق تطبيق

نظرية الظروف الطارئة ، لأن مثل هذه العقود يفترض بطبيعتها أن يتعرض أحد المتعاقدين للخسارة أو الربح مهما كانت الخسارة جسيمة أو الربح كبيرا (15).

الفرع الثاني: موازنة القاضي بين مصلحة الطرفين بمراعاة الظروف المحيطة بالقضية:

بتوفر الشروط السالفة الذكر أعطى المشرع للقاضي سلطة التدخل في تعديل العقد بغرض إعادة التوازن الاقتصادي الذي اختل تحقيقا للعدالة، إلا أن هذه السلطة رغم ما يظهر من اتساعها فقد حرص المشرع على تقييدها بوضع ضوابط تحكم ممارسة القاضي لها ويمكن حصر هذه الضوابط فيما يلي:

أولاً: ضابط مراعاة القاضي للظروف المحيطة بكل عقد على حدة:

فالظروف المحيطة بالمتعاقدين وظروف التعاقد أو التنفيذ تختلف من عقد لأخر، فعبارة: ".... تبعا للظروف" المنصوص عليها في المادة 107/3 توسع من سلطة القاضي التقديرية وتفتح له مجالاً واسعاً في أداء مهمته في تعديل العقد المختل اقتصادياً المطروح عليه من عدمه .

ثانياً: ضابط قيام القاضي بالموازنة بين المصالح المتضاربة للمتعاقدين:

يقوم هذا الضابط على مبدأ توزيع العبء الطارئ بين المتعاقدين ذلك أن العقد وقت نشأته إنعقد على مصالح متوازنة بين طرفيه، غير أن تغير الظروف أدى إلى اختلال تلك المصالح وانعدام التعادل بينهما، فأصبح طرفاً الرابطة العقدية مابين كاسب وخاسر، لذا حرص المشرع على أن يتم التعديل بعد تقدير الظروف المحيطة وإجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين المتعاقدين وهذه الموازنة تتم في ميزان الظروف الاستثنائية الجديدة (16)

ثالثاً: ضابط الحد المعقول الذي يجب أن يصل إليه القاضي في رد الالتزام المرهق:

المراد برد الالتزام إلى الحد المعقول إشراك طرفاً العقد "الدائن والمدين" معا في الخسارة التي نتجت عن حوادث طارئة غير متوقعة لا أن يتحملها المدين وحده، ومن بين الآليات المتاحة للقاضي من أجل إعادة التوازن العقدي هو إما أن يقوم بالإنقاص من الالتزام المرهق أو الزيادة في الالتزام المقابل أو يوقف تنفيذ العقد لحين زوال الظرف الطارئ أو يقضي بفسخ العقد

01- إنقاص القاضي للالتزام المرهق:

قد يكون الالتزام التعاقدى مرهقا للمدين، ويلحق به خسارة فادحة لذلك جاءت هذه الوسيلة من وسائل رفع الإرهاق ليلجأ القاضي إليها عند ارتفاع سعر محل الالتزام لندرته في السوق، سواء كان ذلك لمنع استيراده أو قلة إنتاجه أو لأي سبب آخر، فيلجأ القاضي إلى إنقاص الكمية التي التزم بها المدين، وذلك بالقدر الذي يجعل الالتزام في الحدود المعقولة (17)، مثال ذلك أن يتعهد شخص بتوريد كميات محددة من سلعة معينة

بمواصفات متفق عليها، اثناء تنفيذ الالتزام طرأ حادث استثنائي جعل الحصول على السلعة أمراً غير ممكناً، هنا يرخّص القاضي للمدين الوفاء بنفس الكمية المتفق عليها، ولكن من سلعة أقل جودة منها يكون من السهل الحصول عليها دون إرهاق.

كما يمكن للقاضي أن ينقص من الكمية المتفق عليها عند التعاقد إذا توافرت الشروط الموجبة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

01- زيادة القاضي في الالتزام المقابل:

هنا يتحمل الدائن جزء من الزيادة غير المتوقعة في سعر الشيء محل الالتزام، أما المدين فيتحمّل الزيادة المألوفة ومثال ذلك التزام صاحب مصنع الزيت بتوريد كميات من الزيت إلى مصانع الحلويات مثلاً بسعر 40 دج للتر الواحد، ثم ترتفع الأسعار بسبب أزمة اقتصادية بحيث يصبح سعر اللتر 160 دج فيجوز للقاضي هنا أن يزيد السعر الذي تدفعه المصانع للمورد ، لأن الفارق بين السعر القديم والجديد أصبح كبيراً جداً يقدر بـ 120 دج لأن من المألوف أن يرتفع سعر الزيت مثلاً إلى 50 أو 60 دج ولكنه من غير المألوف أن يرتفع إلى 160 دج فيقوم القاضي بتقسيمها وفقاً لما يراه متفقاً مع العدالة، وليس بالضرورة أن يوزع الزيادة مناصفة بينهما ، فالقاضي يحمل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين للموازنة بين مصلحة كل منهما (18).

02- وقف تنفيذ الالتزام المرهق للمدين:

إذا لم يكن في وقف التنفيذ ضرر جسيم للدائن، ويكون ذلك نوعاً من نظرة الميسرة المادة 181 ق م لكن بشرط ألا تزيد مدة الوقف عن سنة، يلجأ القاضي إلى هذه الوسيلة إذا ما قدر أن الحادث الطارئ وقتياً، يقدر له الزوال بعد فترة قصيرة، فيرى القاضي وقف تنفيذ العقد لمدة معينة حتى يزول الحادث الطارئ (19). وهذا التعديل الذي يقوم به القاضي في هذه الحالة، لا مساس فيه بالعناصر الموضوعية أو المادية للعقد إذ تظل الالتزامات فيه محتفظة بقيمتها ومقاديرها، دون أن تتأثر وإنما ينصب التعديل على عنصر الزمن المتفق عليه في العقد (20).

03- فسخ العقد:

هل يجوز للقاضي فسخ العقد بدلاً من الزيادة أو الإنقاص أو وقف تنفيذ الالتزام ؟ صحيح أن سلطة القاضي مطلقة في تعديل الالتزام المرهق، لكن هذه السلطة لا يجوز أن تتجاوز حدود تعديل الالتزام ، ففي تعديل الالتزام توزيع عادل للخسارة بين طرفي العقد، إذ يجوز للدائن وحده أن يطلب

فسخ العقد إذا لم يقبل ما طرحه القاضي من حلول، لأنه لا يجوز فرض الحل الذي رآه القاضي مادام الدائن يؤثر التخلي عن العقد، والفسخ في هذه الحالة لا يؤثر على المدين لأنه يخلصه من التزام يهدده بخسارة فادحة، أما المدين فلا يحق له طلب الفسخ وإنما يتعين عليه أن يؤدي التزامه وفق التعديل الذي يراه القاضي، فحقه قاصر على طلب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول⁽²¹⁾.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي:

الشرط الجزائي هو إتفاق مسبق بين المتعاقدين يحدد فيه مقدار التعويض المستحق للدائن عند إخلال المدين بالتزامه سواء كان هذا الإخلال عند عدم التنفيذ أو التأخير فيه وهذا ما أوجبه المادة 183 ق م بقولها: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو إتفاق لاحق"

الفرع الأول: سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي:

للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي في حالة كون هذا الشرط مرتفعا إلى درجة كبيرة أو في الحالة التي يكون فيها الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.

أولاً: أن يكون تقدير الشرط الجزائي مفرطاً أو مبالغاً فيه:

الأصل أن المتعاقدين إتقفا على تقدير التعويض عن الضرر المتوقع والقانون يحترم إرادتهما، ولا يمكن للقاضي أن يتدخل لتعديل الجزء إلا إذا كان مبالغاً فيه أو مفرطاً ، وقد نص المشرع صراحة على هذا في المادة 184/2 ق م ج بقولها: "يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض الإتفاقي إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً"

يستخلص من هذه المادة أن للقاضي سلطة تقديرية في أن يتدخل في تخفيض الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه، وهي مسألة جوازية له أن يقبل أو يرفض بصريح العبارة "يجوز" لكن لم يحدد معيار المبالغة ولا طريقة تخفيضها⁽²²⁾ فإذا أثبت المدين أن التقدير الإتفاقي للتعويض مبلغه يزيد كثيرا "مفرطاً" عن الضرر الذي لحق الدائن، جاز للقاضي تخفيضه إلى الحد الذي يراه معقولاً، ولا يلزم أن يخفض التعويض إلى الحد الذي يكون مساوياً للضرر وهذا الأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي.

ثانياً: حالة تنفيذ الالتزام الأصلي في جزء منه:

إذا كان الشرط الجزائي مشروطاً لضمأن التنفيذ، وكان الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، فللقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي الذي إتفق عليه وفقاً لما يراه مناسباً شريطة :

* ألا يكون هناك إتفاق مسبق بين الطرفين على أسلوب التخفيض في حالة التنفيذ الجزئي، فالقاضي هنا ملزم بإحترام إرادتهما.

* أن يقبل الدائن التنفيذ الجزئي للالتزام الأصلي، حتى يمكن تخفيض الشرط الجزائي، فلا يمكن إجبار الدائن على قبول استيفاء جزء من الالتزام حتى ولو كان هذا الالتزام قابلاً للتجزئة .

الفرع الثاني: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي:

إذا كانت السلطة المخولة للقاضي في تخفيض الشرط الجزائي مقررة لحماية مصالح المدين، فإن سلطته في زيادته مقررة لحماية مصالح الدائن، وإذا كان الأصل والمبدأ العام هو عدم جواز زيادة التعويض الإتفاقي إلا إستثناءً وهذا حسب مضمون المادة 185 ق م بقولها: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب أكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً"

وحسب هذه المادة فإن زيادة الشرط الجزائي تكون في الحالتين التاليتين:

* إرتكاب المدين غشاً ، فإذا أثبت الدائن أن المدين لم ينفذ إلتزامه رغم قدرته على ذلك بسوء نية فإنه يمكن للقاضي أن يحكم بتعويض إضافي لصالح الدائن المتضرر ليكون بذلك متناسباً مع مقدار الضرر الذي لحقه.

* حالة إرتكاب المدين لخطأ جسيم⁽²³⁾.

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تعديل أجل تنفيذ العقد:

أجاز المشرع في إطار ما يعرف بنظرة الميسرة للقاضي أن يمنح المدين أجل معقول للوفاء بإلتزامه، إذا إستدعت حالته ذلك وتعتبر نظرة الميسرة مظهراً من مظاهر تدخل القاضي في تعديل شروط العقد على أنه لا يمكن للقاضي إعمالها مالم تتحقق الشروط التالية:

أولاً: أن لا يوجد نص في القانون يمنع من تطبيق نظرة الميسرة .

ثانياً: أن تكون حالة المدين تستدعي ذلك، بأن كان في عسرة مؤقتة ينتظر زوالها .

ثالثاً: أن لا يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم

رابعاً: أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين أجلاً معقولاً، ويجوز له أن يمنح المدين أجلاً متعاقبة لا أجلاً واحداً بأن يقسط الدين على أقساط بحسب قدرة المدين، فإذا توافرت هذه الشروط جاز للقاضي أن يمنح المدين هذا الأجل أو الأجل المعقولة، والأمر متروك لتقدير القاضي⁽²⁴⁾.

خاتمة:

نخلص في نهاية هذه الورقة البحثية إلى جملة من النتائج نجملها على النحو التالي:

- 01- تعد سلطة القاضي في تعديل العقد خروج على أهم مبدأ من مبادئ القانون التي تحكم العقد ، وهو المبدأ القاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين .
- 02- أصبح دور القاضي إيجابيا ولم يعد يقتصر على تفسير العقود فقط، بل تعدها ليحقق موازنة أكبر بين مصالح المتعاقدين.
- 03- تجسدت سلطة المشرع في مراقبة مضمون العقد من خلال السلطة المخولة للقاضي، للتدخل في تعديله وإعادة تنظيم العلاقات التعاقدية وهذا كاستثناء يرد على القوة الملزمة للعقد.
- 04- حماية للطرف الضعيف تدخل المشرع بوضع أحكام والتي وإن هزت مبادئ قانونية راسخة كالقوة الملزمة للعقد ومبدأ سلطان الإرادة لكنها أعادت التوازن للعقد.
- 05- تبقى سلطة القاضي في تعديل العقد تقديرية يحكم بها حسب الظروف والملايسات المعروضة أمامه لكن هذه السلطة تكون في حدود الإنقاص أو الزيادة دون الإنهاء.

الهوامش

- (1)-صبري محمد السعدي، النظرية العامة للإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، ط 02، 2004، ص: 202.
- (2)-ربيعة نصيري، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 09، العدد 01، 2021، ص: 120.
- (3)-نورة سعداني، سلطة القاضي المدني في تعديل العقد طبقا لأحكام القانون المدني، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، العدد 02 ، ص: 30.
- (4)-عبيدة نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2015، 2016، ص: 37، 38.
- (5)-نورة سعداني، المرجع السابق، ص: 31.
- (6)-محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقاه الإسلامي، رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون ، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة ، 2011، 2012، ص: 124.
- (7)-يطلق على عقود الإذعان في القانون الفرنسي عقود الانضمام ، وفي القانون المصري تسمى عقود التسليم، وفي القانون اللبناني عقود الموافقة.
- (8)-يحصّر المشرع الجزائري الحماية في الطرف المذعن ، أما الفرنسي بكلا الطرفين، كما إختلف المشرع الجزائري أيضا عن الفرنسي من حيث دائرة العقود التي تشملها الحماية بعقود الإذعان فقط، أما المشرع الفرنسي فلم يحدّد الشروط التعسفية بعقود الإذعان فقط بل جعل مجالها كل العقود سواء كانت عقود إذعان أو مساومة

- (9) -جماموي الشريف، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية دراسة مقارنة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 02 جوان 2014، ص: 107.
- (10) -نورة سعداني، المرجع السابق، ص: 33، 34.
- (11) -جماموي الشريف، المرجع السابق، ص: 109.
- (12) -صورية غربي، سلطة القاضي في تعديل العقد المدني بسبب الظروف الطارئة في مرحلة التنفيذ، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 04، العدد 03، 2021، ص: 388.
- (13) -دون أن يبلغ درجة الاستحالة وهنا يبرز الفرق الهام بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة التي يترتب عنها انقضاء الإلتزام ولا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه بعكس الحادث الطارئ الذي يرد فيه الإلتزام إلى الحد المعقول ويتحمل بذلك المدين شيئاً من تبعة الحادث .
- (14) -طبيب ليلي، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد في مرحلة التنفيذ، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مستغانم 2019، 2020، ص: 53، 54.
- (15) -غربي صورية، المرجع السابق، ص: 390.
- (16) -نورة سعداني، المرجع السابق، ص: 37.
- (17) -ربيعة نصيري، المرجع السابق، ص: 125.
- (18) -غريب صورية، المرجع السابق، ص: 395.
- (19) -ومثال ذلك أن يتعهد مقاول ببناء السكنات ثم يطرأ ارتفاع غير متوقع في سعر الإسمنت مما يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا للمقاول، بحيث يهدده بخسارة فادحة فإذا ما تبين للقاضي أن هذا الإرتفاع في الاسعار سيزول قريباً فإنه سيوقف الإلتزام المتعلق بالمقاول بتسليم السكنات في الموعد المتفق عليه، حتى يستطيع المقاول تنفيذ إلتزامه دون إرهاق إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق بأصحاب السكنات .
- (20) - بوكماش، المرجع السابق، ص: 250.
- (21) -طبيب ليلي، المرجع السابق، ص: 68.
- (22) -سي يوسف زاهية حورية، سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي، المجلة النقدية، ص: 11.
- (23) -تغريب رزيقة، "الشرط الجزائي بين سلطان الإرادة وسلطة القاضي"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 15، العدد 01، 2022، ص: 2308.
- (24) -نورة سعداني، المرجع السابق، ص: 40.

دور قاضي شؤون الأسرة في إعمال فكرة النظام العام في الزواج المختلط.

The role of the family affairs judge in implementing the idea of public order in mixed marriage.

د. ملوك نوال

جامعة الشاذلي بن جديد- الطارف

د. عائشة عبد الحميد

جامعة الشاذلي بن جديد -الطارف

draicha614@gmail.com

الملخص:

الزواج المختلط أضحى ظاهرة عالمية اجتماعية وقانونية، فهو اختلاط نجده غالبا بين الدول الإسلامية خاصة منها معظم دول المغرب العربي، والدول الغربية الأوروبية خاصة منها فرنسا، وإذا كان الزواج المختلط ظاهرة قانونية في مجال القانون الدولي الخاص، كونه أكثر العلاقات تعرضا للتنازع بين القوانين، لأن الأنظمة التشريعية الدولية أخضعت مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة والزواج بصفة خاصة إلى قواعد وأحكام أمرة كونه وثيقة الصلة بالمفاهيم السياسية والاجتماعية والدينية لنظام معين.

الكلمات المفتاحية: الزواج؛ قاضي شؤون الأسرة؛ الأحوال الشخصية، النظام العام.

Abstract :

Mixed marriage has become a global social and legal phenomenon. It is a mixture that we often find among Islamic countries, especially most of the Maghreb countries. Western European States, in particular France, and if mixed marriage is a legal phenomenon in private international law, was the most conflicting relationship between laws, since international legislative regimes subjected matters of personal status in general and marriage in particular to peremptory norms and provisions that were relevant to the political, social and religious concepts of a particular system.

Keywords: marriage; Family Judge; Personal status, public order.

مقدمة:

يلعب النظام العام دورا هاما في استبعاد القانون الأجنبي خاصة في مجال الأحوال الشخصية، بحيث تعتبر العلاقات الأسرية ذات العنصر الأجنبي أفسح مجالا لإعمال فكرة الدفع بالنظام العام. وذلك يرجع إلى أن العلاقات الأسرية وفي مقدمتها الزواج تقوم على مفاهيم اجتماعية وأخلاقية ودينية.

وباعتبار قواعد قانون الأسرة غالبا والقانون الجزائري الأسري هو قواعد أمر، فإنه يتعين على القاضي الوطني عدم مخالفته أو مخالفة نصوصه وقواعده.

ولما كان الزواج في كل دولة مرتبط باعتبارات دينية واجتماعية معينة فإن مسألته تعد ميدانا خصبا لإثارة تدخل القاضي هنا وإعماله لفكرة النظام العام، طالما كنا أمام فكرة الزواج المختلط الذي يصطدم بالأسس الجوهرية والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع الجزائري.

وعليه تبرز إشكالية الموضوع من خلال:

- ما مدى إمكانية تدخل القاضي وإعماله لفكرة النظام العام الجزائري في قضايا الزواج المختلط؟
- نجيب عن هذه الإشكالية من خلال استخدامنا منهج تحليلي ومنهج وصفي.
- ونقسم الدراسة إلى ما يلي:
- أولا: دفع القاضي الجزائري بالنظام العام.
- ثانيا: إعمال القاضي للشريعة الإسلامية في قانون شؤون الأسرة.

أولاً- دفع القاضي الجزائري بالنظام العام:

يمارس القاضي سلطة واسعة في تفسير القانون الوصفي نظراً لعمومية القواعد القانونية وتجريدها، والقضاء تحت ستار تفسير النصوص القانونية التشريعية أو تحقيقاً لملاءمة هذه النصوص للظروف الاجتماعية اللاحقة أو وضعها.

1- مفهوم النظام العام:

لقد بدلت محاولات عدة فردية وجماعية في سبيل الوصول إلى تعريف مشترك لفكرة النظام العام، إلا أن الجهود التي بدلت بهذا الصدد لم تحقق هدفها المنشود فقد جاءت التعاريف غامضة لم تحدد بشكل دقيق المقصود من النظام العام، وذلك يرجع لسعة نطاق فكرة النظام العام مما يحول دون تحديدها وتعيينها بشكل ثابت.¹

كما أن فكرة النظام العام هي فكرة وطنية، تتعلق أساساً بالقيم التي يقوم عليها المجتمع من أسس اجتماعية واقتصادية لدولة القاضي، وترمي خصيصاً لحماية هذه الأسس الجوهرية بهدف حماية السياسية التشريعية لدولة القاضي المعروض عليه النزاع.²

ويتربت على ذلك أن ما يعد مخالفاً للنظام العام في دولة معينة قد لا يعد كذلك في دولة أخرى، فمثلاً تعدد الزوجات غير مخالف للنظام العام في الدول الإسلامية في حين ظانه يعتبر معارض للنظام العام في الدول الأوروبية.

كما تعتبر فكرة النظام العام فكرة ذات طابع قضائي، لأن القاضي هو من يتولى تقدير مدى تعارض القانون الأجنبي المختص مع النظام العام في دولته، ولو كانت هذه السلطة مقيدة غير مطلقة.

هذا بالإضافة إلى أن فكرة النظام العام فكرة ذات طابع نسبي تتسم بالمرونة والتطور، فقد تختلف من دولة لأخرى، بل وقد تتغير من زمان لآخر داخل نفس النظام القانوني³. وبذلك تمتاز فكرة النظام العام بنسبيتها من حيث الزمان والمكان.

¹- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص184.

²- درية أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2007-2008، ص93.

³- سنيات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، تلمسان، 2008-2009، ص28.

ولذلك ليس هناك مفهوم جامع ومانع لفكرة النظام العام رغم تحديد معالمه التي تدور في معظمها حول كونه مجموعة من القيم التي يؤمن بها المجتمع والخاصة بنظام الحكم في الدولة أو النظام الاقتصادي أو العلاقات الفردية¹.

ومن أهم ما قيل فقها في صدد تعريف النظام العام أنه مجموعة المبادئ والأفكار الأساسية المختلفة سياسية واقتصادية واجتماعية وخلقية التي يقوم عليها مجتمع معين في لحظة معينة من تاريخه، ولا يمكن السماح بمخالفتها من قبل القانون الأجنبي الواجب التطبيق سواء كانت هذه المبادئ أو تلك الأفكار محددة بنصوص تشريعية أو كانت تشكل قواعد لتنظيم الأفراد أو كانت تهيمن على تنظيم المجتمع ككل².

ورغم عدم تمكن الفقهاء من الاتفاق على تحديد فكرة النظام العام فإنه لا خلاف بينهم على مفعولها باعتبارها بمثابة دفع لاستبعاد القانون الأجنبي المختص³. فالنظام العام يعد كصمام الأمان الذي يحمي الأسس الجوهرية في المجتمع⁴، وهو وسيلة تحمي المصالح العليا العامة سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو أخلاقية أو دينية والتي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلوا على مصلحة الفرد⁵. وعليه، يعتبر النظام العام الوسيلة التي تحمي الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون القاضي من القانون الأجنبي الواجب التطبيق⁶.

فمن المسلم به أنه كلما اتضح للقاضي في دولة ما أن تطبيق القانون الذي عينته قاعدة الإسناد يتعارض مع الأسس والمبادئ الجوهرية في مجتمعه، تعين عليه في هذه الحالة استبعاد هذا القانون باسم

¹ - دنونيهجيرة، التقرير التمهيدي للملتقى الدولي موضوع النظام العام والعلاقات القانونية، دراسات قانونية، تلمسان، 2008، العدد 05، ص 11.

² - محمود لطفي محمود عبد العزيز، تنازع الاختصاص القانوني في خطابات الضمان الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2011، ص 468-469.

³ - حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 178.

⁴ - أشرف عبد العلم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة الدكتوراه، جامعة منصور، مصر، 1996، ص 23.

⁵ -ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الأول، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص 93.

⁶ - Cf. paul LAGARDE, recherches sur l'ordre public en droit international privé, librairie générale de droit et de jurisprudence, soufflot, 1959, p.219.

النظام العام¹، الذي يلعب في مثل هذه الحالات دور المصحح لقاعدة الإسناد. ويعتبر بالتالي كأداة لاستبعاد القانون الأجنبي المختص، الذي يتقرر تطبيقه إشارة من قواعد الإسناد الوطنية واستبداله بقانون القاضي². وعليه يتلخص دور النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص في منع تطبيق القانون الأجنبي المختص وفقا لقاعدة الإسناد الوطنية إذا كان في تطبيقه مساس بالأسس التي يقوم عليها المجتمع الوطني³. إذن يمكن تعريف الدفع بالنظام العام بالنظر إلى الوضعية التي يؤديها في مجال العلاقات الخاصة الدولية على أنه يعد مانعا يحول دون تطبيق الأجنبي التي أشارت إليه قاعدة الإسناد متى كان هذا القانون يتعارض بطريقة صارخة مع الركائز الأساسية والثابت الرئيسية والمقومات العليا والمفاهيم الراسخة في مجتمع القاضي ونظامه القانوني⁴. وبعبارة أخرى هو يمثل تلك الوسيلة التي يستبعد بها القانون الأجنبي الواجب التطبيق على العلاقة القانونية وإحلال القانون الوطني محله بسبب اختلافه مع هذا الأخير اختلافا جوهريا بحيث يتنافى مع المصالح الحيوية للدولة⁵.

2- شروط الدفع بالنظام العام:

يشترط لجواز الدفع بالنظام العام لاستبعاد القانون الأجنبي المختص توافر شروط قانونية تتمثل فيما يلي:

يلي:

أ- أن يثبت الاختصاص التشريعي لقانون أجنبي وسواء ثبت له ذلك بموجب قاعدة الإسناد الوطنية أو بموجب اتفاقية دولية⁶.

¹ - Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Traité de droit international privé, Tome 1, 8^e édition, p.569.

² - غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ط4، دار وائل للنشر، 2005، ص 243-244. ولكن يجب على القاضي ألا يتشدد في إعمال الدفع بالنظام العام، وذلك مخالفة أن يحول هذا الدفع دون تحقيق الهدف الذي تسعى إليه قاعدة الإسناد وهو تطبيق أكثر القوانين الملائمة لحكم النزاع المطروح، أنظر: أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط1، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص383.

³ - Cf. Elodie COURTY, la mutabilité des conventions matrimoniales en droit international privé, mémoire de D.E.A, université de Bourgogne- DIJON-, 1995-1996, p.28.

⁴ - محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 2013، ص230.
⁵ - نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص112.

⁶ - يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، دراسات قانونية، تلمسان، 2008، العدد 05، ص214.

ب- أن يكون القانون الأجنبي الواجب تطبيقه متعارض في أحكامه مع الأسس الجوهرية التي يقوم عليها قانون دولة القاضي، أي أن يتعارض في حكمه مع مقتضيات النظام العام الوطني¹. على أن مسألة تقدير مخالفة القانون الأجنبي للنظام العام تخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وهو في ذلك خاضع لرقابة المحكمة العليا².

ج- أن تكون مخالفة النظام العام حالية وقت رفع الدعوى: فالعبرة في تقدير مقتضيات النظام العام هي بلحظة الفصل في الدعوى. وعليه إذا كان القانون الأجنبي يتعارض مع النظام العام وقت نشأة المركز القانوني ثم لم يعد كذلك عند رفع الدعوى على أثر تعديل القانون الأجنبي قبل الفصل في النزاع فإنه لا يمكن استبعاد تطبيق ذلك القانون³.

ثانياً- إعمال القاضي للشريعة الإسلامية في قانون شؤون الأسرة:

إن الأصل في القانون هو حرية استخلاص الأحكام من أي مصدر، فقد تراعي القواعد الأخلاقية على الاعتبارات الاقتصادية، أو الاعتبارات الدينية على القواعد الاقتصادية، كما لو حرم المشرع بيع الخمر وهنا تعد الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للقانون، كل ذلك في إطار قواعد النظام العام والآداب العامة⁴.

ويختلف مبدأ استناد القاضي من دولة إلى أخرى، وبالرجوع إل نص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري نجدها تنص على ما يلي: "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ التشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرق، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"⁵. حيث تعد الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني لقواعد القانون.

¹- بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986، ص137.

²- حسن الهداوي، مرجع سابق، ص187.

³- صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص30.

⁴- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2006، ص03.

⁵- الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، والمتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

في المجتمعات القديمة كان القانون مختلطا بالدين، إلى درجة أن رجال الدين كانوا هم في نفس الوقت رجال القانون، وكان احترام القواعد القانونية يعتمد أساسا على الاعتقاد بأنها تعبير عن الإرادة الإلهية، ومن هنا استمد القانون في تلك العصور هيئته.

وكان للدين دور وتأثير كبير في تكوين قواعد القانون التي كانت إما قواعد دينية أو قواعد عرفية، أسهمت الأديان في تقويمها على ضوء مبادئها.

ثم جاءت الأديان السماوية ومنها ما تناول أمور الدين والدنيا، بتنظيم شامل، وفي ظل الشريعة الإسلامية، قد ارتبط القانون بالدين ارتباطا وثيقا.

فقد كانت الشريعة الإسلامية مطبقة في كثير من البلاد الإسلامية، بحيث تعد المصدر الرسمي الأصيل للقانون في هذه البلاد، ثم تقلص دور الشريعة نتيجة لاقتباس هذه البلاد قوانينها من القوانين الغربية الحديثة.

ومع ذلك فما زالت الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا أصليا للقانون في بعض الدول الإسلامية، فضلا عن ذلك فهي المصدر الرسمي الأصيل بالنسبة للأحوال الشخصية.¹

تعد مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الاحتياطي الأول للقانون الجزائري، ويقصد بذلك أن على القاضي الجزائري أن يلجأ إلى مبادئ الشريعة الإسلامية لإيجاد الحل على هداها حيث لا تسعفه النصوص التشريعية في فروع القانون المختلفة أو المبادئ العامة في القانون الوضعي الجزائري بالحل المنشود لموضوع النزاع القائم أمامه.

ويقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية التي يجوز للقاضي - في غيبة النصوص التشريعية وغيبة المبادئ العامة للقانون الوضعي الجزائري - استنباط الحلول منها، المبادئ العامة لهذه الشريعة، أي المبادئ المتفق عليها بلا خلاف بين المذاهب الإسلامية، وهي أربعة مذاهب: المذهب الحنفي، والمذهب المالكي، والمذهب الشافعي والمذهب الحنبلي.

بحيث لا يملك القاضي أن يستند في حل النزاع القائم أمامه على القواعد التفصيلية التي تختلف بشأنها المذاهب.²

يلاحظ في التشريع الجزائري، أنه في مجال الأحوال الشخصية لا تعد الشريعة الإسلامية مجرد مصدر احتياطي، بل هي ما زالت مصدرا رسميا أصيلا للقانون الجزائري في هذا المجال.

¹ - حبيب ابراهيم الخليفي، مرجع سابق، ص 327.

² - حبيب ابراهيم الخليفي، مرجع سابق، ص 15.

وبقدر ما يصدر من تشريعات منظمة للأحوال الشخصية، يتأثر دور الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي أصيل إذ يقوم مقامها عندئذ التشريع كمصدر رسمي أصيل. فبمقتضى النظام الإسلامي أن تكون جميع أنواع التشريع، وعلى رأسها الدستور، غير مخالفة للقرآن والسنة، حيث يستمد التشريع شرعيته منها، وهو ما يتوافق ظاهريا مع نص المادة 02 من الدستور الجزائري التي تنص على الإسلام دين الدولة.¹

1- الأحكام الموجودة في القانون الجزائري المستمدة من الشريعة الإسلامية:

تظل الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسائل التي ينظمها التشريع هي المصدر المادي والتاريخي، لأن التشريع في هذه المسائل يعترف منها وتظل مصدرا رسميا احتياطيا بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية المنظمة بتشريع أسوة بمسائل الأحوال العينية على غرار الكثير من المسائل التي عالجهما التقنين المدني على ضوء أحكام الفقه الإسلامي ومن أهمها:

- نظرية التعسف في استعمال الحق: المادة 41 من القانون المدني.
- نظرية الظروف الطارئة: المادة 107 من القانون المدني.
- أحكام خيار رؤية الشيء المبيع: المادة 325 من القانون المدني.
- أحكام البيع في مرض الموت: المادة 408 من القانون المدني.
- أحكام الشفعة: المادة 794 من القانون المدني.²

يأخذ القاضي بأحكام الشريعة الإسلامية في:

2- المسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة للمجتمع الجزائري:

يقصد بالنظام العام مجموعة المصالح الجوهرية للمجتمع أو مجموعة الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية منها تعدد الزوجات، وإباحة الطلاق في حين أنه يحرم المعاشرة السيئة.

أما الآداب العامة فهي تلك الأسس الخلقية الضرورية لحفظ كيان المجتمع وهي جزء من النظام العام، وهي تمثل الجانب الأخلاقي في المجتمع، حيث يعد ضرورة اتخاذ العلاقة بين الرجل والمرأة شكلا معيناً وهو الزواج حتى تكون علاقة مشروعة ولهذا تعد القواعد الآمرة للزواج قواعد أمرية.³

¹- محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 65.

²- حبيب ابراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص 120.

³- حبيب ابراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص 111.

نجد أيضا من ناحية أخرى أوجه عديدة لاستناد القاضي لمبادئ الشريعة الإسلامية على غرار عقوبة الإعدام - رغم أنها مازالت محل جدل كبير في التشريع الجزائري - حيث نجد أن قانون القضاء العسكري الجزائري، رقم 18-14 يحيلنا إلى المرسوم رقم 64-193 المؤرخ في 3 يونيو 1964، والرسوم رقم 64-201، المؤرخ في 7 يوليو 1964، حيث يكمن مضمون المرسومين أن عقوبة الإعدام تكون وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.¹

3- قانون الأحوال الشخصية (قانون الأسرة الجزائري):

ترك المشرع الجزائري تنظيم الأحوال الشخصية للقواعد الدينية وهي هنا القواعد المستمدة من الشريعة الإسلامية، نذكر منها:

- الذمة المالية للمرأة: تحكمها المادة 37 من قانون الأسرة، رقم 05-02، حيث أعطى للمرأة الحرية في التصرف في مالها.²
- تقرير شروط الحضانة في التشريع الجزائري وهذا ما يتوافق مع الشريعة الإسلامية.³
- طلب الخلع طبقا للمادة 54 من قانون الأسرة.
- أحكام التطليق، طبقا للمادة 53 من قانون الأسرة.⁴
- الشروط الاتفاقية لعقد الزواج.⁵
- أركان انعقاد عقد الزواج، إذ يفسخ الزواج عند تخلفها قبل الدخول، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل⁶ ويعطي القاضي الجزائري أهمية بالغة لتطبيق الأحكام الخاصة المتعلقة بالميراث وأحكامه

¹- القانون رقم 18-14، المؤرخ في 29 يوليو 2018، يتضمن قانون القضاء العسكري الجزائري، (ج.ر عدد 47/ لسنة 2018).

²- عبد الفتاح تقيبة، الذمة المالية للزوجة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، جوان، 2011، ص157.

³- سامية بن قوية، آثار الحضانة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والقانونية والسياسية، العدد 1، 2010، ص137.

⁴- لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، العدد 3، 2012، سبتمبر، 2012، ص327.

⁵- العشي نورة، الشروط الاتفاقية في عقد الزواج في قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، العدد 3، مارس 2013، ص369.

⁶- العشي نورة، مدى نجاعة التعديلات الواردة في الأمر رقم 05-02 في حماية عقد الزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 02، جوان 2012، ص167.

للشريعة الإسلامية وللقرآن الكريم، منها: (أسباب الإرث، أصناف الورثة، أصحاب الميراث "الأنصبة")، العصاب، الحجب، وغيرها.

خاتمة:

مما تقدم نخلص إلى ما يلي:

- 1- إن الدفع بالنظام العام ما هو إلا استثناء على القاعدة الأصلية التي تقضي بتطبيق القانون الأجنبي، وقد ظهرت هذه الخاصية بعد تطور مفهوم النظام العام الذي أصبح دفعا استثنائيا عاما.
- 2- يستبعد القاضي الوطني تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق أصلا على مسائل انعقاد الرابطة الزوجية أو الآثار المترتبة عنها.
- 3- إعمال القاضي الجزائري لنص المادة 24 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر".

قائمة المصادر والمراجع:

I. النصوص القانونية:

1. القانون رقم 14-18، المؤرخ في 29 يوليو 2018، يتضمن قانون القضاء العسكري الجزائري، ج.ر عدد 47، لسنة 2018.
2. الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، والمتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

II. المؤلفات القانونية:

1. أحمد محمد الهواري، الوجيز في القانون الدولي الخاص الإماراتي، ط1، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
2. حسنا الهداوي، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.
3. صلاح الدين جمال الدين، فكرة النظام العام في العلاقات الخاصة الدولية بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
4. غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، الكتاب الأول، ط4، دار وائل للنشر، 2005.

5. محمد الروبي، تنازع القوانين في مجال الالتزامات غير التعاقدية، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 2013.

6. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2006.

7. نادية فضيل، تطبيق القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.

8. ناصر عثمان محمد عثمان، القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الأول، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2009.

III. المقالات العلمية:

1. دنونيجيرة، التقرير التمهيدي للملتقى الدولي موضوع النظام العام والعلاقات القانونية، دراسات قانونية، تلمسان، 2008، العدد 05.

2. سامية بن قوية، آثار الحضارة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والقانونية والسياسية، العدد1، 2010.

3. عبد الفتاح تقية، الذمة المالية للزوجة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، جوان، 2011.

4. العشي نورة، الشروط الاتفاقية في عقد الزواج في قانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، العدد3، مارس 2013.

5. العشي نورة، مدى نجاعة التعديلات الواردة في الأمر رقم 05-02 في حماية عقد الزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد02، جوان2012.

6. لمطاعي نور الدين، سلطة قاضي شؤون الأسرة في التكييف القانوني للوقائع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، العدد3، 2012، سبتمبر، 2012.

7. يوسف فتيحة، النظام العام والعلاقات الأسرية في القانون الدولي الخاص، دراسات قانونية، تلمسان، 2008، العدد 05.

IV. المذكرات والرسائل:

1. أشرف عبد العلم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة الدكتوراه، جامعة متصورة، مصر، 1996.

2. بلمامي عمر، الدفع بالنظام العام في القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 1986.
3. دربة أمين، قواعد التنازع المتعلقة بالزواج وانحلاله، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2007-2008.
4. سنيوات عبد الله، دور النظام العام في حماية الرابطة الزوجية وانحلالها في إطار القانون الدولي الخاص، مذكرة ماجستير، تلمسان، 2008-2009.
5. محمود لطفي محمود عبد العزيز، تنازع الاختصاص القانوني في خطابات الضمان الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2011.

v. المراجع باللغة الأجنبية:

1. Cf. Elodie COURTY, la mutabilité des conventions matrimoniales en droit international privé, mémoire de D.E.A, université de Borgogne- DIJON-, 1995-1996.
2. Cf. Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Traité de droit international privé, Tome 1, 8^édition.
3. Cf. paul LAGARDE, recherches sur l'ordre public en droit international privé, libraire générale de droit et de jurisprudence, soufflot, 1959.

L'insuffisances d'incrimination en matière de la sécurité sociale

ط.د نويري شهلة

جامعة علي لونيبي بلدية 02

nouirichahlaghada@gmail.com

Les normes incriminatrices doivent être rédigées avec clarté et précision. Cette exigence qui découle des principes directeurs forment l'ossature du Droit pénal de la sécurité sociale. Elle se trouve nettement affaiblie, voire méconnue, par les dispositions pénales en la matière, qui s'en écarte sur bien des points.

L'incrimination en Droit de la sécurité sociale se caractérise par une production législative de moindre qualité, tant en ce qui concerne imprécision des textes incriminateurs en matière de sécurité sociale (A), que l'incrimination redondante de la fraude en matière de sécurité sociale (B) et l'incrimination limitée en la matière (C).

A- L'imprécision des textes incriminateurs en matière de sécurité sociale

La clarté de la loi se manifeste à deux degrés : la qualité de la structure de la manière et la qualité de la rédaction des textes. La clarté est souvent à celle de codification, qui rend la norme plus accessible et plus lisible ⁽¹⁾.

Le législateur algérien, compte tenu de l'importance du système de sécurité sociale dans les finances publiques, s'est abstenu d'adopter un code distinct sur la criminalisation de la sécurité sociale.

L'absence de codification à l'heure actuelle s'accompagne de procédés défectueux de rédaction des incriminations, ce qui aggrave l'obscurité du Droit ; il est en ainsi notamment de l'incrimination par renvoi en Droit de la sécurité sociale (I) et l'incrimination en blanc (II).

I - L'incrimination par renvoi en Droit de la sécurité sociale

Il est rare que le comportement interdit soit décrit entièrement dans une disposition autonome. Le procédé utilisé, le plus souvent, est celui du renvoi : la loi pénale ne définit pas directement le comportement qu'elle sanctionne, mais se borne à renvoyer à un texte extra pénal, en l'occurrence la loi sociale. Ce renvoi

⁽¹⁾ - F.Kéfer, op cit, p13.

peut être interne à la loi : celle-ci dans ses derniers articles, au chapitre « dispositions pénales », exprime, par une seule phrase, que les conventions aux dispositions ou à certaines des dispositions qu'elle édicte sont punies, sans spécifier ni le comportement ni l'omission sanctionné.

L'incrimination par renvoi oblige praticiens et justiciables à se référer à plusieurs textes, voire à plusieurs codes, pour réunir la norme de comportement à sa norme de pénalité et ainsi reconstituer pièces par pièces l'incrimination ⁽²⁾.

On trouve cette insuffisance en matière de contrôle, où le législateur algérien incrimine le fait de la divulgation du secret professionnel commis par l'agent de contrôle par renvoi aux dispositions pénales, sans avoir mentionné le texte d'incrimination, conformément à l'art. 34 de la loi n°83-14, qui stipule Précisément que les agents de contrôle sont tenus au secret professionnel et ne doivent, en aucun cas, relever les procédés et les résultats d'exploitation dont ils pourraient prendre connaissance dans l'exercice de leurs fonctions, sous peine des sanctions pénales prévues en la matière.

Pour le législateur, ce procédé présente l'avantage de la simplicité, puis qu'il supprime tout le travail de la définition des éléments constitutifs des infractions ; ce procédé offre peu d'intérêt pour le justiciable par rapport au précédent, puisque le comportement n'est pas décrit ; il faut encore se référer au texte dont la méconnaissance est punissable ⁽³⁾.

On trouve également l'incrimination de la fausse déclaration aux fins de bénéficier d'indemnités indues ou de se soustraire aux obligations de l'ordonnance 97-01 du 11 janvier 1997 instituant l'indemnité de chômage intempéries pour les travailleurs des secteurs du bâtiment, des travaux publics et de l'hydraulique et fixant les conditions et les modalités de son attribution, l'ordonnance est prévue et réprimée par l'art. 16, et quiconque se rend coupable de ce comportement prohibé est passible des dispositions prévues par le code pénal.

Donc le législateur incrimine cette infraction en se référant aux dispositions du Droit pénal, sans avoir mentionné le texte d'incrimination, ce qui affaiblit le principe de légalité.

⁽²⁾ - P. CAZALBOU, op cit, p94.

⁽³⁾ - F.Kéfer, op cit, p14.

II- L'incrimination en blanc en Droit de la sécurité sociale

Le procédé de la délégation est particulièrement critiquable d'un point de vue constitutionnel, lorsque la loi n'établit même pas à l'avance les grandes lignes de la protection et donne blanc-seing au pouvoir exécutif de décrire n'importe quel état infractionnel, qui est sanctionné pénalement par cette loi vide de tout contenu propre. Des comportements ou omissions, qui ne sont encore définis par aucune norme, sont sanctionnés de manière anticipé et, a-t-on écrit, aveuglément⁽⁴⁾. Cela a été appelé par la doctrine « l'incrimination en blanc ».

L'imprécision d'un texte incriminateur, en premier lieu, autorise le juge à étendre le champ de la répression à des comportements dont on ne pensait pas *a priori* qu'ils pouvaient en relever⁽⁵⁾.

La difficulté de comprendre des incriminations en Droit de la sécurité sociale peut être liée à la nécessité, fréquente, de consulter plusieurs normes différentes en la matière, qui se complètent, se modifient ou se remplacent, avant d'avoir déterminé le comportement à adopter, ce qui dépasse ses compétences.

Il en est ainsi en matière de sécurité sociale, de l'incrimination du fait d'obtenir des prestations indues. Cette imprécision du texte pénal exige une consultation du juge répressif de toute l'armada législative et réglementaire en la matière, afin de déterminer la notion des prestations sociales fournies et le cadre justificatif et illicite pour obtenir ces prestations.

De ce fait, Le juge pénal sera fréquemment obligé dans certaines incriminations de consulter de textes extérieurs à la loi pénale⁽⁶⁾, à titre d'exemple, les infractions d'atteinte à la carte CHIFA.

Nous constatons également l'infraction de défaut de paiement de la contribution d'ouverture des droits en matière d'assurance chômage, où le contrevenant s'expose aux sanctions pénales prévues par l'art. 39 du décret législatif n°94-11 du 26 mai 1994 instituant l'assurance chômage en faveur des salariés susceptibles de perdre de façon involontaire et pour raison économique leur emploi, pour les manquements aux dispositions aux articles 8 et 9 et les alinéas 1 et 2 de l'art.10 du même décret législatif.

(4) - Ibid., p30.

(5) - P. CAZALBOU, op cit, p94.

(6) - P. CAZALBOU, op cit, p253.

En effet, cette imprécision du texte oblige le juge pénal à se familiariser avec toutes les dispositions qui s'y rapportent, afin de connaître la volonté du législateur au moment de l'élaboration de ce décret législatif, ce qui conduit souvent à une violation du principe d'interprétation stricte du texte pénal, qui est l'un des principes les plus importants de légalité criminelle.

De plus, le juge pénal doit appliquer le principe de « tout doute est interprété, dans tous les cas, dans l'intérêt de l'accusé »⁽⁷⁾, donc à chaque fois que le texte criminel semble confus, ambigu ou en doute sur son contenu, ce dernier sera toujours dans l'intérêt de l'accusé, en vertu d'une autre origine, à savoir que l'original dans les objets est la justification.

B- L'incrimination redondante en matière de sécurité sociale

La notion d'incrimination doublon vise les hypothèses dans lesquelles un même comportement est susceptible d'être appréhendé par plusieurs textes pénaux, dont les champs d'application viennent alors à se recouper⁽⁸⁾.

La multiplication des textes, des codes, et le recours quasi systématique en Droit de la sécurité sociale pour assurer le respect des dispositions diverses de ce dernier, engendrent souvent des doubles incriminations des mêmes faits, qui, outre leur inutilité, mettent le juge face à un inextricable conflit de qualifications, et le justiciable dans l'impossibilité de prévoir avec certitude les conséquences pénales de ses actes.

Il en est ainsi de l'incrimination de la fausse déclaration, qui est sanctionnée dans le Droit commun par l'art. 223 alinéa 1 de code pénal, en tant qu'une forme de faux, et d'une manière spécifique en Droit de la sécurité sociale par à l'art. 83 de la loi n°08-08 du 23 février 2008 relative aux contentieux de sécurité sociale, ainsi que l'incrimination de l'escroquerie afin d'obtenir les prestations indues de la mutuelle sociale est prévue et réprimée par l'art. 106 de la loi n°15-02 du 4 janvier 2015 relative aux mutuelles sociales.

L'on découvrirait alors que la fraude aux prestations sociales faisait l'objet d'incriminations multiples, non pas uniquement dans le Code pénal mais également, dans les dispositions pénales en matière de sécurité sociale. On

⁽⁷⁾ - L'art. 1/-5 de CP.P.

⁽⁸⁾ - P. CAZALBOU, op cit, p98.

constatait que ces incriminations fonctionnaient pour beaucoup d'entre elles par renvoi de pénalité voire même de matérialité.

La question n'a pas été portée devant le Conseil constitutionnel algérien, malgré sa violation du principe de légalité. Au contraire, elle a été portée devant le Conseil constitutionnel français⁽⁹⁾.

Le Conseil ne répondait néanmoins pas, comme il y était invité, sur le terrain de la légalité criminelle mais soulevait d'office le grief d'une atteinte au principe d'égalité des citoyens face à la loi en estimant que "la loi pénale ne saurait, pour une même infraction, instituer des peines de natures différentes, sauf si cette différence est justifiée par une autre situation en rapport direct avec l'objet de la loi"⁽¹⁰⁾.

Une telle décision ouvre des perspectives de réflexions quant au traitement constitutionnel des redondances de la répression de la fraude aux prestations sociales, de même qu'elle impose d'évoquer la reconfiguration de la répression de ces fraudes opérée par le législateur à sa suite⁽¹¹⁾.

Selon la doctrine pénale française, les infractions spécifiques de fraude en matière sociale auront vocation à s'appliquer préférentiellement en vertu du principe « *specialia generalibus derogant* », selon lequel la qualification spéciale doit s'appliquer préférentiellement à la qualification générale⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ - Le Conseil constitutionnel ramenait l'attention de la doctrine sur l'une de ces branches du droit pénal ayant prospéré discrètement à l'extérieur du Code pénal. L'on découvrait alors que la fraude aux prestations sociales faisait l'objet d'incriminations multiples, non pas uniquement dans le CASF mais également, et entre autres, dans le Code de la sécurité sociale, dans celui de la construction et de l'habitation ainsi que dans le C.pén. On constatait ainsi que ces incriminations fonctionnaient pour beaucoup d'entre elles par renvoi de pénalité voire même de matérialité, Certaines étaient générales, applicables aux fraudes à toutes prestations sociales quand d'autres, spéciales, ne s'appliquaient qu'aux fraudes à certaines aides sociales, selon l'art. 262-50 du CASF, relatif à la fraude au RSA, et l'art. 821-5 du CSS, relatif à la fraude à l'allocation adulte handicapé, renvoyaient ainsi tous à l'article loi n°114-13 du CSS pour la détermination de la pénalité applicable à la fraude. Voir : Ibid., p97.

⁽¹⁰⁾ - Il constatait alors que la même fraude aux prestations sociales était passible des peines prévues pour l'escroquerie, soit cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende et, selon l'art. 114-13 du Code de la sécurité sociale, d'une simple amende de 5 000 euros. Aucune différence de situation en rapport avec l'objet de la loi ne venant justifier une telle différence de traitement, le Conseil constatait la violation du principe d'égalité des citoyens face à la loi et abrogeait avec effet immédiat l'art. 135- 1 du Code français de l'action sociale. Voir : P. CAZALBOU, op cit, p97.

⁽¹¹⁾ - Ibid., p97.

⁽¹²⁾ - Néanmoins, en application de la jurisprudence de la Cour de cassation, selon laquelle une action unique doit être réprimé « *sous sa plus haute expression pénale* », (Cass. crim., 26 juin 1930, bull. crim., n°190), les infractions de Droit pénal général, plus sévèrement sanctionnées, seront en pratique privilégiées, chaque fois que les éléments constitutifs de celles-ci sont caractérisées. Voir : R. SALAMON, La fraude pénale en droit de la sécurité sociale, op cit, p21.

À la différence de la législation pénale algérienne, en se référant à l'art. 32 du code pénal, si le fait unique est susceptible de plusieurs qualifications, il doit être apprécié selon la plus grave d'entre elles ⁽¹³⁾.

Dans le cas où cet acte unique est susceptible d'incriminations de Droit commun et de Droit de la sécurité sociale, il sera apprécié selon l'incrimination la plus grave. Après tout cela, on constate une incrimination redondante en Droit de la sécurité sociale qui constitue une brèche majeure au principe de légalité d'incrimination.

C- l'incrimination limitée en en matière de sécurité sociale

Il s'agit de la responsabilité pénale limitée des personnes morales en la matière (I) et l'incrimination limitée de la tentative (II).

I- La responsabilité pénale limitée des personnes morales en matière de sécurité sociale

Devant la gravité et la dangerosité des infractions atteignant le système de sécurité sociale, leur impact négatif sur les biens des organismes de sécurité sociale, notamment les cotisations sociales en tant que droits des assurés sociaux, le législateur limite le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes morales en Droit de la sécurité sociale, dans les incriminations portant sur la carte électronique et la clé sociale de l'assuré.

Cela conduit au fait que les personnes morales ne sont pas tenues responsables de nombreuses incriminations causant des dommages, à des degrés divers sur le système de sécurité sociale, en l'occurrence les infractions relatives aux assujettis, et les infractions portant sur les prestations en espèce, précisément l'incrimination de la fausse déclaration afin d'obtenir des prestations indues, sachant que cette incrimination sera tributaire des pertes occasionnées au niveau des organismes de sécurité sociale.

⁽¹³⁾ - Ce cas-là constitue le concours idéal, qui signifie que « lorsque, par un seul et même fait, le délinquant se rend coupable de plusieurs infractions soit de même espèce, soit d'espèces différentes. Il n'y a dans ce concours qu'un fait unique ; il ne peut donc y avoir aussi qu'une peine unique, à savoir la plus forte. ». Voir : O. MICHIELS et E. JACQUES, les principes de Droit pénal, op cit, p174.

II - L'incrimination limitée de la tentative en matière de sécurité sociale

L'infraction tentée ou tentative est une entreprise criminelle ou délictuelle qui n'atteint pas son résultat mais que le législateur, dans certains cas, punit comme l'infraction consommée⁽¹⁴⁾.

Elle se justifie pourtant par celui qui tente de commettre une infraction, dans les conditions légales, présente la même dangerosité que celui qui réalise l'infraction⁽¹⁵⁾.

Le législateur incrimine la tentative dans certaines infractions y compris les infractions portant sur la carte électronique. Cependant, il a simplement criminalisé le fait des tentatives dans des limites étroites et d'une manière serrée, ce qui atténue la politique d'incrimination.

Une autre limitation constatée de la tentative en matière d'incrimination de sécurité sociale, s'agissant de l'incrimination de la complicité à la perception induite de prestations de la mutuelle sociale par l'art. 105 de la loi n°15-02 relative aux mutuelles sociales, ce texte pénal incrimine le fait consommé de la complicité, sans incriminer la tentative de ce délit, malgré que cette limitation porterait atteinte aux fonds de la mutuelle sociale, ce qui influence sur les droits des membres adhérents.

Il est devenu courant de fustiger la piètre qualité de la production législative en matière pénale, « L'art de légiférer se perd-il ? »⁽¹⁶⁾.

I- Les ouvrages

1 - Les ouvrages généralisés

- Ahmed LOURDJANE, Le code Algérien de procédure pénale, 2^{ème} éd, Entreprise nationale du livre, Alger, Algérie, 1984.
- Jean Yves LASALLE, Amende – Jour-amende, Dalloz, France, 2003.
- François DUQUESNE et Corinne SACHE-DURAND, Droit du travail : 60 fiches, GUALINO éd, France, 2016.

⁽¹⁴⁾ - Le législateur pénal algérien définit la tentative dans l'art. 30 du code pénal qui prévoit que : « **Est considérée comme le crime même, toute tentative criminelle qui aura été manifestée par un commencement d'exécution ou par des actes non équivoques tendant directement à le commettre, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, alors même que le but recherché ne pouvait être atteint en raison d'une circonstance de fait ignorée par l'auteur.** »

⁽¹⁵⁾ – X.PIN, op cit, p132.

⁽¹⁶⁾ - P. CAZALBOU, op cit, p93.

- Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, Le nouveau droit pénal, partie 1, 7^{ème} éd, ECONOMICA éd, Paris, France, 2000.
- Frédéric-Jérôme PANSIER, Méthodologie du droit, Lexis Nexis éd, France, 2016.
- Michel FRANCHIMONT, Ann JACOBS et Adrien MASSET, Manuel de procédure pénale, 4^{ème} éd, Larcier éd, Bruxelles, Belgique, 2012.
- Xavier PIN, Droit pénal général, 3^{ème} éd, DALLOZ, France, 2009.
- S,n, ABC sur la protection sociale et études de cas, éd Unité d'études et planification, Port-au-prince, Haïti, 2009.
- Zahir BATTACHE, Le grand manuel du Droit du travail, Berti éditions, Alger, Algérie, 2018.
- Zahir BATTACHE, Le grand manuel du Droit de la sécurité sociale, éd BERTI, Alger, Algérie, 2019.

2 - Les ouvrages spécialisés

- Ahmed BOUHARROU, Le Droit Pénal du Travail et de la Sécurité Sociale, éd El Maarif Al Jadida, Rabat, Maroc, 2012.
- Fabienne KEFER, Précis de Droit pénal social, éd collection criminelle, France, 2008.
- Mireille DELMAS-MARTY, Catherine TEITGEN-COLLY, Punir sans juger : de la répression administrative au droit administratif pénal, ECONOMICA éd, Paris, France, 1992.
- Renaud SALOMON, Agnès MARTINEL, Droit pénal social, 5^{ème} éd, éd ECONOMICA, Paris, France, 2019.
- Renaud SALAMON, La fraude pénale en droit de la sécurité sociale, éd ECONOMICA, Paris, France, 2013.
- Tayeb BELLOULA, La responsabilité pénale des dirigeants, éd Dahlab, Alger, Algérie, 1997.

III- Les mémoires et les thèses académiques

- [Aline BOURGEOIS](#), Les sanctions répressives dans le système français de Sécurité Sociale, thèse de doctorat, université de Bordeaux 4, France, Soutenue en 2010.
- Ely CHEIKH DAHA, Protection sociale : étude comparative franco-mauritanienne, thèse de doctorat, Université de Perpignan - Via Domitia, France, Soutenue le 27 septembre 2017.
- Justine POTIER, Le prononcé de l'amende, mémoire de master en Droit Pénal et Sciences Criminelles, Université de Reims Champagne-Ardenne, France, Année universitaire 2011/2012.
- [Kristel Zarli Meiffret DELSANTO](#), La fraude en droit de la protection sociale, Thèse de Doctorat, université d'Aix-Marseille, Ecole doctorale sciences juridiques et politiques, , France, soutenue le 15 décembre 2016.
- Marie-Line DRAGO, Le principe de normativité criminelle, reconfiguration du principe de légalité criminelle, thèse de doctorat, université de Montpellier, faculté du Droit et science politique, France, soutenue le 5 décembre 2016.

- Margaux GROULEZ, L'individualisation de la sanction pénale, mémoire de master, Université Lille 2, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Lille, France, Année universitaire 2016-2017.
- Mohammad ALTAMIMI, La condition de la double incrimination en droit pénal International, Thèse de doctorat, Université de Poitiers Droit et science politique « Pierre COUV RAT », France, soutenue le 7 février 2019.
- Stéphanie KRUG, Le principe de légalité pénale, mémoire de master, Université catholique Louvain, faculté du Droit et de criminologie, Belgique, année universitaire 2013-2014.
-

IV- Les articles scientifiques

- Alain COEURET, « la responsabilité pénale de personnes morales pour accident du travail », in. revue de Droit social, éd techniques et économiques, n°02, février, France, 1996.
- Ali FILALI, « sécurité sociale et travail informel », in. revue algérienne du travail, Edition institut national du travail, N° 31, Algérie, s.d.
- Abdelmadjid ZAALAN, « la responsabilité pénale des personnes morales », in. revue Algérienne des sciences juridiques, politiques et économiques, université Ben youcef Ben khedda d'Alger, v°36, n°01, Alger, Algérie, juin 1999.
- C. LAZERGES, « Du principe de légalité », in. revue de Droits et libertés fondamentaux Dalloz éd, Paris, France, 1996.
- Gilles HUTEAU, « Le contrôle du juge sur les sanctions administratives des organismes de Sécurité sociale », in. revue de l'école nationale de sécurité sociale (En2S), n°47, France, 2015.
- Franck VON LENNEP, « Les prestations sociales de 1981 à 2014 : trois décennies de maîtrise des dépenses de santé et de vieillesse », in. revue des études et résultats DRESS, imprimerie centrale de Lens, n°946, France, février 2016.
- Kahina SLIMANI et Mouloud DEBIANE, « Etendue et limites des mesures de lutte contre la corruption dans les marchés publics », in. journal forum for studies and economic recherche, université Ziane Achour de Djelfa, v°01, n°01, Djelfa, Algérie, décembre 2017.
- Mouhammed HACHEMAOUI, « La corruption politique en Algérie: L'envers de l'autoritarisme », in. revue esprit, éd Esprit, n°06, Paris, France, 2011.
- Mohammed MEZAOULI et Saleh LARBAOUI, « La responsabilité pénale des personnes morales en Droit Algérien », in. cahiers politique et Droit, université Kasdi MERBAH, n° 08, Ouargla, Algérie, janvier 2013.
- Paul CAZALBOU, « Les incriminations redondantes de la fraude aux prestations sociales », in. revue des affaires de la qualification juridique, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, France, 2015.
- Sébastien FUCINI, « Principe non bis in idem et cumul de poursuites administratives et pénales pour les mêmes faits : les nouveaux problèmes actuels de sciences criminelles », in. Revue de Presses universitaires d'Aix-Marseille, s.é, France, 2014.

- Sofie GEEROMS, « La responsabilité pénale de la personne morale : une étude comparative », in. revue internationale du Droit comparé, éd Presse, v°48, n°03, France, Juillet-septembre 1996.
- Stephen Duval, « La responsabilité pénale des patriciens libéraux vis-à-vis des caisses de Sécurité sociale », in. revue du Droit Déontologie & Soins, Jouve éd, v°12, Issue 1, France, 2012.
- Thierry TAURAN, « Le personnel des organismes de Sécurité sociale : entre droit du travail et droit de la Sécurité sociale », in. revue du Droit de la sécurité sociale ouvrier, éd Lamy Axe Droit de la sécurité sociale, N°756, France, juillet 2011.
- Walid. MEROUANI, Nacer-Eddine HAMMOUDA et Claire EL MOUDDEN, « le système Algérien de protection sociale : entre bismarckien et Beveridgien », in. les cahiers du CREAD, s.é, n°107-108, Alger, Algérie, 2014.

5- Les rapports et les communications

- Amel BOUSSIS, l'usager au cœur de la transformation digitale de la CNAS, communication dans le cadre de colloque sur « la transformation digitale des organismes de la sécurité sociale : Enjeux et défis », Ecole supérieure de la sécurité sociale, Alger, Algérie, le 17 décembre 2019.
- Bureau international du travail, « Extraits du compte rendu des travaux sur la Commission de l'application des normes de la Conférence », rapport in CENT 6^{ème} session, Genève, Suisse, 2017.
- Caisse nationale de sécurité sociale des non-salariés, journée sur le contrôle, région « EST », Sétif, Algérie, 6 juin 2013.
- Cour française des comptes, « La lutte contre les fraudes aux prestations dans les branches prestataires du régime général », communication de la commission des affaires sociales de l'assemblée nationale, France, Avril 2010.
- Groupe de travail intergouvernemental sur la prévention de la corruption, « rapport analytique sur les leçons tirées de l'expérience concernant l'élaboration, l'évaluation et l'impact des stratégies de prévention de la corruption », rapport in 10^{ème} Réunion intersessions, Vienne, Italie, le 4 au 6 septembre 2019.
- Organisation Internationale du Travail, « Etude d'ensemble concernant les instruments relatifs à la sécurité sociale à la lumière de la Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable », rapport III (Partie 1B) du troisième question à l'ordre du jour, in 100^{ème} session, Genève, Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, 2011.

VI- Les cours

- Abderrahmane KHELIFI, cours dispensés de «Sources du Droit de la protection sociale », Ecole supérieure de la sécurité sociale, Alger, Algérie, année universitaire 2017-2018.
- Comité éditorial pédagogique, cours dispensés dans le module de « la sécurité sociale », Université Médicale Virtuelle Francophone, France, année universitaire 2011-2012.
- Marine WIEBER, , cours dispensés dans le cadre de module du « Droit pénal spécial », université Libre de Bruxelles, Faculté de Droit, Belgique, Année académique 2013-2014.
- Olivier MICHIELS et Elodie JACQUES, cours dispensés dans le cadre de module de « principes de Droit pénal », université de Liège, Faculté de Droit, Belgique, Année académique 2015-2016.
- Olivier MICHIELS et Elodie JACQUES, cours dispensés dans le cadre de module de Procédure pénale, université de Liège, Faculté de Droit, Belgique, Année académique 2013-2014.

VII- Documents

- Abderrahmane KHELIFI, Guide méthodologique, Ecole supérieure de sécurité sociale, Alger, Algérie, 2018.
- Convention collective des organismes de sécurité sociale, élaborée en 2019.
- Direction du Recouvrement et du Contentieux (CNAS), Guide des procédures de l'agent de contrôle, Alger, Algérie, 2017.
- Ministère de la justice, la présentation de colloque sur la responsabilité pénale des personnes morales, organisé par le centre de recherche juridique et judiciaire, Alger, Algérie, le 27 novembre 2014.
- Ministère du travail, l'emploi et la sécurité sociale, « présentation du système de la sécurité sociale en Algérie », Alger, Algérie, 2010.
- Règlement intérieur de la caisse nationale d'assurance sociale des travailleurs salariés, document photocopié estampillé République algérienne démocratique et populaire, direction générale de la CNAS, daté en juin 2020.
- .

IX- Les dictionnaires et lexiques

- Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, 11^{ème} éd, Puf éd, France, 2016.

X- WEBOGRAPHIE

(Dernière confirmation le 08 août 2020)

1 - Articles, notes, communications

- S,n, « Quel est le rôle du témoin en assurance » : <https://www.lesfurets.com/assurance/guide/quel-est-le-role-du-temoin-en-assurance/>.

- Cécile PERRET, « Le système de protection sociale en Algérie », feuille du travail, s.é, France, May 2014, p12, publié sur le lien :
<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00995378/document>.
- S.n, « Les cas courants de fraude à l'assurance maladie » :
<https://www.lelynx.fr/mutuelle-sante/indemnisation/securete-sociale/fraude/>.

2 - Pages web consultées

- Le site officiel de Secrétariat général du Gouvernement Algérien « Journal officiel » :
www.joradp.dz .
- Le site officiel de l'organisation internationale du travail :
- <https://www.ilo.org/>.
- Le site officiel de la caisse nationale des assurances sociales des travailleurs salariés en Algérie (CNAS) :
<https://cnas.dz/fr/>.
- Le site officiel de la jurisprudence en France :
<https://www.legifrance.gouv.fr/>

دور المحكمة العليا في سد الفراغ التشريعي في المواد الجزائية.

ط.د خالد لوالي

جامعة بن خلدون - تيارت

khaled.louali@univ-tiaret.dz

ملخص

يعتبر القصور التشريعي ظاهرة حتمية لا يخلو منها أي تشريع، حيث أن هذا الأخير من صنع البشر، فواضع النص التشريعي سيما النص الجزائي لا يمكنه أن يلم بكل شيء، كما أنه لا يستطيع أن يتنبأ بكل مستجد، لذلك كان الفراغ التشريعي نتيجة لابد منها في القانون الجزائي، وقد يكون هذا الفراغ في صورة غموض في النص قد يحتمل العديد من التأويلات، كما قد يكون في صورة نقص في النصوص التشريعية. الأمر الذي اقتضى من المحكمة العليا باعتبارها أعلى هيئة في القضاء الجزائي، وظيفتها توحيد الاجتهاد القضائي والسهر على حسن تطبيق القانون، القيام بتفسير النصوص القانونية الغامضة، وحل الإشكالات القانونية التي لم يتطرق إليها المشرع، إيجاد حلول لها، دون أن تتجاوز دورها القضائي، ودون أن تمس بمبدأ الشرعية الجنائية الذي يعتبر أكبر دعامة يقوم عليها القانون الجزائي.

الكلمات المفتاحية: الفراغ التشريعي - القضاء الجزائي - الشرعية الجنائية - المحكمة العليا.

Summary:

Legislative deficiency is considered an inevitable phenomenon that is not devoid of any legislation, as the latter is man-made. The author of the legislative text, especially the penal text, cannot be aware of everything, nor can he predict every new development, so the legislative vacuum was an inevitable result of the law. This void may be in the form of ambiguity in the text that may allow for many interpretations, and it may also be in the form of a deficiency in the legislative texts.

Which required the Supreme Court, as the highest body in the criminal judiciary, aim is to unify judicial jurisprudence and ensure the proper application of the law, to interpret ambiguous legal texts, and to solve legal problems that the legislator did not take in mind, to find solutions to them, without exceeding its judicial role, and without It affects the principle of criminal legality, which is considered the largest pillar on which criminal law is based.

Keywords: legislative vacuum - criminal judiciary - criminal legitimacy - the Supreme Court.

مقدمة:

يكاد يجمع غالبية فقهاء القانون الجنائي أن القانون لم ولن يستطيع أن يحدد ويحل ويتوقع كل شيء، بناء على قاعدة أن النصوص متناهية والوقائع غير متناهية، ومن ثم كانت ظاهرة الفراغ التشريعي ظاهرة حتمية في كل القوانين سيما القوانين الجزائية التي تتميز بنوع من الخصوصية تميزها عن باقي القوانين. الأمر الذي جعل القضاء الجزائي مقيد بنصوص لا يجوز له التوسع في شرحها إضرارا بمصالح المتهم. لكن رغم هذا فإن الغموض الذي يعترى بعض هذه النصوص تارة وأخطاء صياغتها تارة أخرى يفرض على القاضي استنباط أحكامها والبحث عن إرادة المشرع من ورائها، وبالرجوع إلى القوانين الجزائية نجد أن هناك مواد يتناقض ظاهرها مع المنطق القانوني، الأمر الذي جعل المحكمة العليا باعتبارها الهيئة المخولة بتوحيد الاجتهاد القضائي وتفسير النصوص الغامضة من أجل الوصول إلى التطبيق السليم للقانون من طرف الجهات القضائية الدنيا،¹ ملزمة بشرح وتفسير ما كان غامضا منه وتصويب أخطاء الصياغة التي تعترى بعض النصوص.

بل أن المحكمة العليا في الكثير من الأحيان تجد نفسها أمام فراغ تشريعي سيما في ظل التطور الضروري اللازم في كل المجالات، حيث تظهر لنا كل يوم احتياجات جديدة، ومواقف جديدة، لا يستطيع المشرع أن يعرفها أو ينتبأ بها سلفا.

والمحكمة العليا باعتبارها أعلى هيئة على قمة التنظيم القضائي الجزائي فهي ملزمة بحل كل الإشكالات القانونية التي تعرض عليها، وإيجاد الحلول لها، دون أن تتجاوز في ذلك دورها القضائي.

من هذا المنطلق تبرز الإشكالية التي يثيرها هذا الموضوع والتي نطرحها كالآتي:

* كيف عالجت المحكمة العليا القصور التشريعي في المادة الجزائية في ظل الشرعية الجنائية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج التحليلي من أجل استقراء وتحليل مختلف النصوص القانونية والقرارات والمبادئ التي جاءت بها المحكمة العليا في هذا السياق.

ولإيفاء هذا الموضوع حقه من الدراسة ارتأينا تقسيم هذه المداخلة إلى محورين، تطرقنا في المحور الأول إلى الدور التفسيري للمحكمة العليا في سد الفراغ التشريعي في المادة الجزائية، بينما تناولنا في المحور الثاني الدور الإنشائي للمحكمة العليا في سد الفراغ التشريعي في المادة الجزائية.

المحور الأول: الدور التفسيري للمحكمة العليا في سد الفراغ التشريعي في المادة الجزائية.

¹ - تنص المادة 178 من الدستور على: «تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد، ويسهران على احترام القانون»

باعتبار أن المحكمة العليا هي الجهة الوحيدة التي خوّل لها الدستور توحيد الاجتهاد القضائي والسهر على حسن تطبيق القانون، فإن ذلك لا يتأتى لها إلا من خلال تفسير النصوص القانونية الغامضة، وعليه سوف نبين من خلال هذا المحور ماذا يقصد بالنصوص الجنائية الغامضة وكيف يتم تفسيرها من طرف المحكمة العليا، لنتطرق إلى بعض التفسيرات التي خرجت بها المحكمة العليا في هذا الشأن.

أولاً: المقصود بغموض النص الجنائي وكيفية تفسيره.

من البديهي أن المشرع الجزائري قبل إصداره للنص القانوني يحدد الإطار القانوني للمسألة محل هذا القانون، ومن المفترض أن تكون القوانين تتميز بالوضوح في الألفاظ والأفكار التي تتضمنها لكي يسهل تطبيقها على الوقائع، لكن وبما أن أي عمل إنساني مشوب بالقصور، فهناك بعض النصوص تأتي غامضة أو مبهمّة أو تحمل عدة دلالات بحيث يصعب التعامل معها عند التطبيق، في هذه الحالة يتعين على القاضي أن يجتهد في حدود النص ليتوصل إلى التطبيق السليم والأنجع للنص القانوني على وقائع الدعوى.

ومن الطبيعي ألا يكون الاجتهاد على نحو واحد، فالاختلاف نتيجة ضرورية لا بد منها ما دامت الرؤى والأفكار متفاوتة، وعليه فإن الاختلاف الناشئ عن الاجتهاد هو أمر مألوف بين القضاة الذين يطبقون القوانين التي صيغت في مواد محدودة، فإنهم كثيرا ما يختلفون في فهم وتفسير وتطبيق بعض هذه المواد لعدم وضوح دلالتها على الأحكام مما يجعلها ظنية فتكون محلا للاجتهاد.¹

من هنا يبرز دور المحكمة العليا في تفسير النصوص الجنائية -الموضوعية منها والإجرائية- الغامضة، وذلك من خلال المبادئ التي تصدر عنها، وبما أن القوانين الجزائية ذات طبيعة خاصة تختلف عن باقي النصوص التشريعية، فهي محكومة بجملة من القيود، وعلى رأسها مبدأ الشرعية الجنائية²، الذي يعتبر الدعامة الكبرى للقانون الجزائي، فإن تفسير النصوص الغامضة منها يختلف عن تفسير باقي النصوص التشريعية.

¹ - الغوثي بن ملحّة، أفكار حول الاجتهاد القضائي، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2000، ص 43.

² - مبدأ الشرعية الجنائية: هو حكم القانون وسيطرته وسيطرة كلية ومطلقة على عملية التجريم والعقاب وإجراءاتهما متابعة وحكما، وكيفية توقيع للعقوبة وتنفيذ الأحكام بما يضمن حرية الأفراد ويؤمن المجتمع، واضعا بذلك حدا للسلطة من التحكم والتعسف، بقواعد عامة مجردة وصيغت مسبقا قبل التطبيق. ينظر: محمد محمّد، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء الثالث، دار الهدى للطبع والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، الطبعة الأولى، 1992، ص 176.

فالنظر في القوانين الجزائية يجد أن بعضها بيّن وواضح المعنى لا يحتاج إلى إيضاح، والبعض الآخر يحتاج إلى بيان وتفسير، وقد يكون ذلك بسبب أن اللفظ مجملاً يحتاج إلى إظهار، أو خفياً يحتاج إلى تفسير أو مشكلاً يحتاج إلى بيان.¹

والغموض صورة من صور القصور التشريعي، وقد يكون راجعاً إلى عدم وضوح صيغة النص أو راجعاً إلى عدم وضوح فكرته، ويرجع ذلك إلى عجز المشرع الجزائري في اختيار ألفاظ وعبارات واضحة المعنى جلية الدلالة على الفكرة التي قصد التعبير عنها والهدف الذي وضع النص من أجله.

فالمشرع قد لا يوفّق في اختيار الألفاظ المعبرة عن المعنى الذي يقصده، وقد يكون هذا المعنى من الخفاء وعدم الظهور بما لا يمكن إدراكه بسهولة، وإنما يحتاج إلى إعمال العقل والاستعانة بما توصل إليه علماء اللغة من قواعد لغوية وفقهية تعين على فهم الألفاظ وتحديد معناها وبالتالي تفسير النصوص تفسيراً حقيقياً سواء أكان التفسير لغوياً أم منطقياً.²

فالنص التشريعي مجموعة من الألفاظ لا يمكن أن يكون لها سوى معنى لغوي واحد، وبالتالي لا يكون لها إلا معنى قانوني محدد قابل للانطباق حقيقة على المصطلحات المستخدمة بالنص وهو المعنى الذي قصده المشرع بالمعالجة التشريعية.³

من أجل ذلك تلجأ المحكمة العليا إلى عملية التفسير لرفع الغموض على النص التشريعي الجزائري، والتي تعتبر عملية معقدة تتطلب الكثير من الجهد.

وإذا كان تفسير القواعد القانونية عموماً هو: "عملية علمية عقلية منطقية تحدد المعنى الحقيقي للقاعدة القانونية وتعين مداها من واقع ألفاظ النص والحق أو المركز القانوني محل الحماية ويقصد إعلان حكم القانون في الحالة الواقعية المعروضة"⁴

فإن تعريف تفسير القاعدة الجنائية يجب أن يكون تعريفاً يتلاءم مع طبيعتها ووظيفتها وما تتضمنه من معطيات أو حقائق، وعلى هذا الأساس يرى جانب من الفقه بأن تفسير القاعدة القانونية الجنائية هو: "عملية ذهنية علمية تعتمد على استخدام قواعد اللغة والمنطق والعدالة بقصد الوقوف على المعنى الحقيقي للألفاظ والعبارات المستخدمة في صياغة النص لاستظهار الحق المعتدى عليه ومشروعية المصلحة في الحماية أو

¹ - بدران أبو العينين بدران بيان النصوص التشريعية طرقه وأنواعه، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1982، ص 1.

² - كمال عبد الواحد الجوهري، القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي، دار الكتاب الحديث، مدينة نصر، مصر، الطبعة الأولى، 1994، ص 215.

³ - كمال عبد الواحد الجوهري، المرجع السابق، ص 215.

⁴ - عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1983، ص 381.

رد الاعتداء والعلة من المعالجة التشريعية بغية تطبيق النص على الحالة الواقعية المعروضة التي أجريت العملية بمناسبة إعلان حكم القانون فيها¹

من خلال هذا التعريف نستشف أن القائم بعملية تفسير النصوص الجنائية يجب أن يتمتع بقدر كبير من الخبرة والتجربة الطويلة والكفاءة العالية في مجال العمل القضائي، متمكنا من استنباط الأحكام القانونية، وهذا ما يجب أن يكون عليه قضاة المحكمة العليا باعتبارهم القائمين على العملية التفسيرية للنصوص الجنائية، والمسؤولين عن توحيد الاجتهاد القضائي، وذلك من خلال ترجيح أحد التفسير المتباينة للجهات القضائية الدنيا أو الخروج بتفسير جديد للقاعدة القانونية الجنائية يكون بمثابة رافد ينهل منه قضاة الدرجات الدنيا.

ثانيا: نماذج عن دور المحكمة العليا في تفسير القواعد الجزائية.

من بين المسائل الكثيرة التي كانت غامضة وتحتاج إلى تفسير واجتهدت المحكمة في رفع اللبس عنها نذكر نموذجين كالآتي:

أ- تفسير حالة الجنون كمانع من موانع المسؤولية:

يستعمل المشرع مصطلحات لكل منها دلالة على مفهوم معين ومتفق عليه مثل « لا جريمة » في المادة 39 من قانون العقوبات² لإبعاد وصف الجرم عن الفعل كليا ومصطلح «يعفى من العقوبة» في المادة 92 من نفس القانون كعذر قانوني للإعفاء من العقاب فقط مع بقاء المسؤولية الجزائية لكنه استعمل مصطلح «لا عقوبة» في المادة 47 من ذات القانون على من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة وهو مصطلح مبهم وغامض هل يفيد إعفاء المتهم من العقاب مع إدانته، مع أن الجنون ليس عذرا قانونيا، أم أنه يفيد عدم المسؤولية الجزائية وهو بذلك غير متطابق مع المصطلح المتعارف عليه في هذا المجال « لا يعتبر مسؤولا جزائيا» وقد اتجهت المحكمة العليا نحو انعدام المسؤولية وليس العقوبة بالنظر إلى المادة 368 من قانون الإجراءات الجزائية³ التي تنص على أنه: «...إذا قضي ببراءة المتهم بسبب حالة جنون اعترته حال وقوع الحادث فيجوز للمحكمة أن تجعل على عاتقه المصاريف...» وهو ما يسمى بالجنون المطلق الذي يعفي صاحبه من المسؤولية الجزائية لا من العقوبة كما ورد في نص قانون العقوبات، وهو الأقرب إلى المنطق ما دام مرتكب الفعل قد فقد وعيه، وعدم تمييزه بين ما هو ممنوع وغير ممنوع، وصار كائنا متحركا وسط المجتمع

¹ - كمال عبد الواحد الجوهري، المرجع السابق، ص 215.

² - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالأمر رقم 21-08 المؤرخ في 08 يونيو 2021، ج ر ج ج، العدد 45، المؤرخة في 09 يونيو 2021.

³ - الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، معدل ومتمم بالأمر رقم 21-11 المؤرخ في 25 غشت 2021، ج ر ج ج، العدد 65، الصادرة في 26 غشت 2021.

لا يملك فيه غير الشكل الخارجي للإنسان وأن محاكمته تعتبر ضربا من اللغو وهو الاتجاه الذي سلكته المحكمة العليا، لكنها أجازت في نفس الوقت محاكمة من كان مصابا إصابة خفيفة بهذا المرض دون أن يؤثر ذلك على كامل قواه العقلية بناء على تقرير طبي يعتمده القاضي في تعليل حكمه.

لكن هذا وإن كان لا يطرح إشكالا في مادة الجرح إلا أنه في الأحكام الجنائية التي تعلل بالأسئلة والأجوبة المعطاة عنها يخلق إشكالية في ظل النصوص الحالية، فالمادة 305 ق.أ.ج تفرض طرح كل سؤال رئيسي متضمنا عبارة الإدانة « مذنب » وهي تدل على أن المتهم إضافة إلى أنه هو مرتكب الفعل فإنه لم يكن له مبرر شرعي في ذلك ولم يكن في حالة جنون وهو ما يصعب من إثبات الإصابة بالجنون الخفيف في ظل هذه العبارة الأمر الذي تقطن إليه المشرع الفرنسي فعند المادة 349 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي والتي تقابلها المادة 305 ق.أ.ج في التشريع الجزائري والتي تنص على أنه إذا تبين للرئيس أن هناك احتمال وجود أسئلة تتعلق بالمسؤولية الجزائية جاز له حذف عبارة «مذنب» من السؤال الرئيسي ثم يطرح بعد ذلك سؤالا حول السبب المؤدي إلى تخفيف المسؤولية أو انعدامها وهو حل ذكي لهذه الإشكالية في تعليل الحكم الجنائي لكن المادة 305 ق.أ.ج الجزائري لا زالت تفرض ذكر عبارة الإدانة «مذنب» في جميع الأسئلة الرئيسية الأمر الذي يجعل المحكمة تجيب على السؤال الرئيسي بالإيجاب ولو كان المتهم مصابا بجنون خفيف حتى لا تعفيه من كامل المسؤولية لكنها تراعي في تحديد العقوبة هذا المرض وتجعله ظرفا مخففا فقط أما إذا كان مصابا بجنون مطلق فيتعين الإجابة بالنفي رغم ثبوت الوقائع وتكفي الإشارة إلى المادة 47 من ق.ع في المنطوق للدلالة على أنها أخذت بعين الاعتبار انعدام المسؤولية الجزائية كليا، وتجدر الإشارة إلى أن هذا كان قبل تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 17_07 والذي كان للمحكمة العليا دور كبير في دفع المشرع إلى تعديل هذا القانون، مع العلم أن ثبوت الجنون أو انعدامه مسألة موضوع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا.

لقد حاولت المحكمة العليا إبراز عيوب صياغة المادة 47 ق.ع وفسرتها تفسيراً يتماشى مع المنطق القانوني وهو ما ورد في قرارها رقم 718218 بتاريخ 15 - 12 - 2011 والذي شرحت فيه كيفية التعامل مع هذه المادة ففرقت بين ارتكاب المتهم لجريمته وهو في حالة جنون مطلق وبين الحالة التي تعتريه لاحقا قبل المحاكمة ففي الأولى لا تتم المحاكمة إذا ما ثبت من خلال تقرير طبي أنه كان فعلا في حالة جنون مطلق وتطبق عليه تدابير الأمن فقط من طرف قاضي التحقيق وفي الحالة الثانية تتم المتابعة لكن المحاكمة توقف حتى شفائه

ما لم تنقض الدعوى العمومية بالتقادم كما أصدرت قرارات أخرى تجيز فيها محاكمة المصاب بجنون خفيف ومنها القرار رقم 336330 بتاريخ 22-06-2005.¹

من خلال الاطلاع على الملفات الجنائية يتبين أن معظم الاحكام الصادرة في تطبيق المادتين 47 و48 من قانون العقوبات تشوبها أخطاء منها أن محكمة قضت على المتهم بالسجن المؤبد مع إعفائه من العقاب ووضعه في مؤسسة استشفائية كتدبير أمن،² فبعد أن أجابت على السؤال الرئيسي بالإيجاب طرحت سؤالاً ثانياً فيما إذا كان المتهم في حالة جنون وقت ارتكابه للفعل وأجابت عليه أيضاً بالإيجاب.

إن الجنون ليس عذراً قانونياً ولا ظرفاً مخففاً للعقوبة، فالمحكمة أخطأت في التطبيق من عدة جوانب أول هذه الأخطاء أنها تناقضت في إجابتها حين اعتبرت المتهم مسؤولاً في السؤال الأول وأدانتته ثم أقرت في سؤالها الثاني بأنه كان في حالة جنون علماً بأن عبارة الإدانة من بين معانيها أن المتهم لم يكن في حالة جنون وهو ما يشكل تناقضاً بين السؤالين إضافة إلى أن منطوق الحكم تضمن الإدانة والإعفاء من العقاب وهو خطأ آخر كون الإعفاء من العقاب لا يكون إلا مع توفر عذر قانوني والجنون ليس عذراً قانونياً. أما الخطأ الثالث فيتمثل في الإدانة رغم أن المادة 47 فسرتها المحكمة العليا بأنها تعفي من المسؤولية لا من العقوبة كما ورد في النص. والخطأ الرابع هو القضاء بعقوبة السجن المؤبد مع الإعفاء منه وهو تناقض في موقف المحكمة أيضاً، فالإعفاء يترتب عنه عدم القضاء بأية عقوبة وتبقى الإدانة وحدها بالفعل الذي ثبت ارتكابه من طرف المتهم حين يكون هناك عذر قانوني صريح يجيز ذلك.

وما يقال عن الجنون يقال أيضاً عن القوة القاهرة أو الإكراه وفقاً للمادة 48 من نفس القانون فقد أصدرت المحكمة العليا قراراً حولها يحمل رقم 818139 بتاريخ 17/01/2013 نقضت فيه حكماً أدان شخصين بتمويل جماعة إرهابية وأعفاهما من العقاب بعد أن تبين للمحكمة أنهما ارتكبا فعلهما تحت الإكراه والتهديد بالقتل، إذ طرحت السؤال الرئيسي وأجابت عليه بالإيجاب ثم سؤالاً حول الإكراه وأجابت عليه بالإيجاب أيضاً مما ترتب عنه تناقض في موقفها نتيجة عدم فهم معاني عبارة الإدانة «مذنب» .

كما أنه قد جاء حكم من مجلس قضاء الجزائر فصل في قضية بعد النقض وقضى بالبراءة طعن فيه النائب العام بالنقض ثانية وفصلت المحكمة العليا في هذا الطعن بقرارها رقم 0901819 بتاريخ 18/07/2013 ومما جاء في عريضة الطاعن أن مسألة الجنون مسألة موضوعية تنحصر حول مدى قيام المسؤولية الجزائية تجاه المتهم وتبقى محكمة الجنايات مختصة وحدها بتقديرها. وما يعاب على الحكم المطعون فيه أن

¹ - المجلة القضائية، العدد 1، عام 2005، ص 349

² - قرار المحكمة العليا رقم 0901819 بتاريخ 18_07_2013.

القضاة قاموا باستجواب المتهم والتأكد من هويته وقد اعترف صراحة مما لا يدع مجالاً للشك وهي التصريحات التي أدلى بها عبر كامل مراحل التحقيق، بل قد برر قيامه بالجريمة انتقاماً من زوجته التي تزوجت عرفياً بشخص آخر ورغم هذه الاعترافات قضت المحكمة ببراءته وأمرت بوضعه في مؤسسة استشفائية إضافة إلى إثبات الخلل العقلي في الحكم وأن المادة 47 تنص على أنه لا عقوبة وليس لا جريمة ومما جاء في رد المحكمة العليا على هذا الوجه : حيث أن قول الطاعن بأن مسألة الجنون مسألة موضوعية يختص بها قضاة الموضوع وحدهم تعليق سليم لكن نعيه على الحكم بكونه قضى بالبراءة رغم اعتراف المتهم بفعلته غير وجيه ومخالف لما بدأ به حديثه فالمحكمة لها وحدها سلطة التقدير فيما إذا كان المتهم مصاباً بجنون أم لا ولا تعقيب عليها في ذلك من المحكمة العليا.

ب- موقف القضاء الجزائي من جرائم الشيك:

لقد انصب الاختلاف في تطبيق نص المادة 374 من قانون العقوبات المتعلقة بجريمة إصدار شيك بدون رصيد بين القضاة على جوانب متنوعة، سواء ما تعلق منه بالاختصاص المحلي أو بطبيعة العقوبة المسلطة، أو بالركن المعنوي للجريمة...إلى غير ذلك.

ولعل السبب في ذلك يرجع إلى صياغة المادة التي جاءت كما يلي : " يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة لا تقل عن قيمة الشيك أو عن قيمة النقص في الرصيد...".

فبعض الجهات القضائية سلطت على المتهمين بجنحة إصدار شيك بدون رصيد عقوبة الحبس والغرامة، وبعض الجهات القضائية الأخرى سلطت على المتهمين إحدى العقوبتين فقط أي الحبس وحده أو الغرامة وحدها، وغالبا ما تلجأ هذه الجهات القضائية إلى تطبيق عقوبة الغرامة مع تخفيض مبلغها إعمالاً لنص المادة 53 من قانون العقوبات المتعلق بالظروف المخففة.

كما أن بعض الجهات القضائية اشترطت لتحريك الدعوى العمومية في جريمة إصدار شيك بدون رصيد وجوب تقديم شكوى من المتضرر من الجريمة. وجهات قضائية أخرى ارتأت بأنه يجب تقديم الاحتجاج عن عدم الدفع قبل تقديم الشكوى ومباشرة المتابعة.

كما أن جهات قضائية قضت بالبراءة على أساس أن سوء النية غير ثابت في حق المتهم عند إصداره الشيك أو أن النقص في الرصيد ضئيل أو تافه، أو أن المتهم سدد قيمة الشيك بعد المتابعة القضائية. كذلك اعتبرت جهات قضائية أن مكان تحرير الشيك يخول لها الاختصاص المحلي للفصل في النزاع، رغم أن الشيك تم طرحه للتداول في دائرة اختصاص جهة قضائية أخرى، وأدانت بعض الجهات القضائية

المتهم بجريمة إصدار شيك بدون رصيد رغم أن الدعوى العمومية تقدمت، في حين أن جهات قضائية اعتبرت أن تقديم أصل الشيك ضروري للمتابعة.

لكن اجتهاد غرفة الجنح والمخالفات بالمحكمة العليا، أبرز بما لا يدع مجالاً للتأويل أن جرائم الشيك لا تخضع للأركان القانونية العادية للجريمة لأن إثبات جريمة إصدار شيك بدون رصيد جاء مبنيًا على شرط واحد ألا وهو انعدام الرصيد أو قلته.

و يتوفر القصد الجنائي في الحالات الواردة في نص المادة 374 من قانون العقوبات:

- بإصدار شيك بسوء نية لا يقابله رصيد قائم، أو كان الرصيد أقل من قيمة الشيك أو قام بسحب الرصيد كله أو بعضه بعد إصدار الشيك أو منع المسحوب عليه من صرفه.

- بقبول أو تظهير شيك صادر في الظروف المشار إليها في الفقرة السابقة مع علمه بذلك.

- بإصدار أو قبول أو تظهير شيك واشتراط عدم صرفه فوراً، بل جعله كضمان.

والملاحظ أن سوء النية الذي أشارت إليه المادة السالفة الذكر يتوفر حسب ما جاء في بعض قرارات المحكمة العليا بمجرد علم مصدر الشيك بعدم وجود مقابل وفاء في تاريخ إصدار الشيك، وهو علم مفترض في حق الساحب.

هذا الاجتهاد الذي جاءت به المحكمة العليا بشأن الركن المعنوي للجريمة (سوء النية المفترض)، كان محل نقد بعض الفقهاء الذي رأى أن سوء النية الواجب توافره لقيام الجريمة يجب أن يقوم على العلم الحقيقي أو الفعلي لا على مجرد الافتراض. فإذا أقام المتهم الدليل على حسن نيته، وأنه قد أخطأ في تقدير الموقف لأسباب جدية يعود تقديرها للمحكمة، فإنه قد يتخلص من نتائج عمله بإثبات حسن النية.¹

وبالنسبة للعقوبة فإن المشرع الجزائري عندما عاقب مصدر الشيك بدون رصيد بالحبس والغرامة المالية التي ربطها بقيمة الشيك أو قيمة النقص في الرصيد، إنما أراد إعطاء حماية خاصة للتعامل بالشيك الذي هو عبارة عن أداة وفاء مثل النقود وليس أداة ائتمان.

وبالتالي فإن القاضي الجزائري ملزم بالنطق بالغرامة ولا يجوز له التغيير من قيمتها التي تساوي قيمة الشيك أو النقص في الرصيد، فالغرامة المالية كما هو واضح في هذه الجريمة، لا تخضع لتقدير القاضي الجزائري مادام أن المشرع حددها سلفاً وفقاً لمعيار الغرامة المساوية لقيمة الشيك في حالة عدم وجود رصيد، أو غرامة تساوي قيمة النقص في الرصيد مقارنة بقيمة الشيك. فالعقوبة المالية في هذه الجريمة هي عقوبة تكميلية إجبارية لا تخضع لعامل الظروف المخففة طبقاً للمادة 53 من قانون العقوبات.

¹ - بوري يحي، الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الأول، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص34.

ويبقى الحبس المنصوص عليه في المادة 374 من قانون العقوبات هو وحده الذي يخضع لتقدير القاضي الجزائي في إطار المادتين 53 من قانون العقوبات و 592 من قانون الإجراءات الجزائية، ذلك أن عقوبة الحبس في جريمة إصدار شيك بدون رصيد هي عقوبة أصلية.¹ لتتحول المحكمة العليا بعد ذلك عن جملة من الاجتهادات في هذا الصدد، حيث أصدرت غرفة الجناح والمخالفات القسم الثالث في جلساتها المنعقدة في نهاية سنة 2011 وبداية سنة 2012 مجموعة من القرارات بخصوص جنحة إصدار شيك بدون رصيد أو برصيد غير كاف، المنصوص والمعاقب عليها في المادة 374 ق ع، تتعلق بإجراءات المتابعة وتطبيق ظروف التخفيف على الغرامة المقررة لهذه الجنحة،² تتضمن تحولا جوهريا في اجتهاد المحكمة العليا بخصوص المسألتين المذكورتين بل وتشكل قطيعة مع ما استقرت عليه المحكمة العليا لعقود من الزمن.

ولم يكن هذا التحول وليد الصدفة أو عشوائيا وإنما جاء لمسايرة التعديلات التي أدخلها المشرع على جريمة الشيك، لاسيما بعد صدور القانون رقم 05-02 المتمم والمعدل للقانون التجاري،³ واستجابة للانتقادات الفقهية التي كثيرا ما عابت على المحكمة العليا عدم أخذها بالتعديلات الجديدة.

فأما بخصوص إجراءات المتابعة، فقد أكدت المحكمة العليا الطابع الإلزامي للإجراءات المصرفية الأولية غير أن موقفها تطور بالنسبة لطبيعة الإجراءات الأولية من اعتبارها من النظام العام إلى الأخذ بنسبية البطلان المترتب على عدم مراعاتها.⁴

وأما بخصوص تطبيق ظروف التخفيف ونظام وقف تنفيذ العقوبة على الغرامة المقررة لجنحة إصدار شيك بدون رصيد أو برصيد ناقص، فقد تحول قضاء المحكمة العليا من عدم جواز ذلك إلى جوازه، وقد صدرت عدة قرارات عن غرفة الجناح والمخالفات بالمحكمة العليا بقصد توحيد الاجتهاد القضائي للجهات القضائية في مسألة تطبيق عقوبة جريمة إصدار شيك بدون رصيد، وفي غيرها من المسائل التي تهم هذه الجريمة.

المحور الثاني: الدور الإنشائي للمحكمة العليا في سد الفراغ التشريعي في المادة الجزائية.

¹ - ملف رقم 188085 ، قرار بتاريخ: 1998/09/28، غرفة الجناح والمخالفات، المحكمة العليا.

² - ملف رقم 552400 ، قرار بتاريخ: 2012/01/26، غرفة الجناح والمخالفات، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص364.

³ - الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005، ج ر ج ج، العدد 61، الصادرة في 07 فيفري 2005.

⁴ - أحسن بوسقيعة، الجديد في اجتهاد المحكمة العليا بخصوص جنحة إصدار شيك بدون رصيد، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2012، ص

يجمع غالبية فقهاء القانون الجزائري أن القصور التشريعي ظاهرة قانونية عامة، لا يخلو منها أي تشريع في أي نظام قانوني وضعي، فالقانون في أي زمان وفي كل مكان هو من صنع البشر، ولا بد أن يحمل صفاتهم وخصائصهم والتي من ضمنها عدم الكمال.¹

وإذا كنا قد رأينا في المحور الأول أن الفراغ التشريعي في المادة الجزائية قد يكون في صورة غموض في النصوص الجزائية، فإنه في أحيان أخرى قد يكون في حالة عدم وجود نص يحكم الواقعة. وبما أن المحكمة العليا هي أعلى درجة على قمة هرم التنظيم القضائي عموماً والقضاء الجزائي على وجه الخصوص، فقد يقع على عاتقها في الكثير من الأحيان اللجوء إلى سد الفراغ التشريعي فيما لا نص فيه، من خلال المبادئ التي تقرها، بل أنها تجاوزت ذلك في الكثير من الأحيان إلى حد خلق وإنشاء قواعد قانونية دون أن تتجاوز في ذلك دورها القضائي.

وبما أن القانون الجزائري محكوم بمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات، والذي لا يمكنه تجاوزه بأي حال من الأحوال، فإن إنشاء قواعد قانونية من طرف جهة لم يخول لها القانون سن قواعد قانونية تتعلق بالتجريم والعقاب يعتبر انتهاك صارخ لمبدأ الشرعية، وهدم لمبدأ الفصل بين السلطات.

وبما أن القانون الجزائري يتضمن قواعد موضوعية تتعلق بالتجريم والعقاب في أغلبها، وقواعد إجرائية وضعت لتأمين حسن سير العدالة وضمان حقوق المتهم، وهي مدرجة في مجملها في قانون الإجراءات الجزائية الذي يعرف بأنه دستور الحريات.

الأمر الذي جعل بحث مدى مشروعيتها من حيث التفسير أو القياس أو الرجعية ليس بقدر أهمية القواعد الموضوعية الذي أظهر الأخيرة دون الأولى.²

وعليه فقد سعت المحكمة العليا إلى سد الفراغ التشريعي في القواعد الإجرائية، فأنشأت في سبيل ذلك قواعد تقوم إلى جانب قواعد القانون تكملها وتضيف عليها، دون أن تخرج في ذلك عن دورها القضائي إلى الدور التشريعي. وللتوضيح أكثر سنتطرق في هذا المقام إلى حالتين كان للمحكمة العليا فيهما الفضل في إنشاء قواعد

عامة تعتبر بمثابة القواعد القانونية على النحو التالي:

أولاً: انسحاب الدفاع من الجلسة دون تنازله عن التأسيس.

1 - أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 1972، ص 13.

2 - محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء الثالث، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، الطبعة الأولى، 1991-1992، ص 186.

لقد شكلت ظاهرة انسحاب الدفاع من الجلسة دون تنازله عن التأسيس إشكالات قانونية، حيث سببت في الكثير من الأحيان عائقا لسير عمل المحاكم، إلى درجة شل عملها نتيجة إصرار الدفاع على قيام المحكمة بإجراء معين في حين أن هذه الأخيرة تراه غير ضروري أو لا يفيد في إظهار الحقيقة، الأمر الذي يؤدي إلى انسداد في السير بالدعوى، وببدل أن يتقدم الدفاع بدفع كتابي تكون المحكمة مجبرة بالرد عليه بواسطة حكم فرعي يكون قابلا للطعن بالنقض مع الحكم الفاصل في الموضوع ينسحب من جلسة المحاكمة حتى يفرض الأمر الواقع، رغم أن هذا التصرف ليس منصوصا عليه لا في قانون الإجراءات الجزائية ولا في قانون المحاماة، وأمام هذا الوضع تدخلت المحكمة العليا لتقرر أنه: "يشكل انسحاب المحامي، غير المتنازل عن التأسيس، تصرفا غير قانوني، لانعدام النص السامح بالانسحاب"¹ فلقد بينت المحكمة العليا من خلال هذا المبدأ عدم قانونية هذا الانسحاب رغم بقاء التأسيس، ذلك أن المحكمة مجبرة على توفير ظروف حصول المتهم في مادة الجنايات على مدافع سواء كان ذلك باختياره أو بالتعيين التلقائي، وأمام إصراره على التمسك بدفاعه المنسحب دون تنازله عن التأسيس فإن ذلك لا يعيق الاستمرار في المحاكمة وعواقب هذا الانسحاب يتحملها الدفاع الذي أخل بالعقد المبرم بينه وبين المتهم.

ومن ثمة فإن المحكمة لا تتحمل مسؤولية أخطاء الدفاع وتقديره السيء في كيفية دفاعه، فقد لا ينسحب ويكتفي في مرافعته بكلمات لا تفيد المتهم في شيء وكلتا الحالتين لا تختلفان من حيث النتيجة وبناء على ذلك فإن المحكمة العليا أقرت هذا المبدأ الذي مفاده أن غياب الدفاع الذي لم تتسبب فيه المحكمة أو رئيسها أو النيابة العامة لا يشكل خرقا للإجراءات وأنها غير مجبرة بتعيين مدافع تلقائيا ما دام المنسحب لم يتنازل عن تأسيسه.

فحق الدفاع مكرس دستوريا وقانونيا وهذا المبدأ لا نقاش فيه، لكن الإشكال يبقى قائما حول كفاءات وأساليب ممارسة هذا الحق والتي يجب أن تخضع لضوابط قانونية محددة يعود الإحتكام إليها عند كل خلاف حتى لا تتفقت الأمور أو تنزلق نحو اتجاهات لا تخدم العدالة تحت هذا الغطاء.

ثانيا: استدراك القرار كآلية لمراجعة قرارات المحكمة العليا.

من بين المسائل التي اتخذت المحكمة العليا فيها موقفا جريئا وحكيما في نفس الوقت، استدراك ومراجعة القرارات الصادرة عنها والتي يشوبها خطأ إجرائي منسوب إليها أو إلى كتابة ضبطها.

فكما نعلم أن قرارات المحكمة العليا، تصدر نهائية وغير قابلة لأي طعن أو مراجعة حيث يصبح القرار حائز لقوة الشيء المقضي به، وهذا مبدأ هام لضمان استقرار المجتمع ونجاعة وصرامة مرفق العدالة،

¹ - ملف رقم 567092 قرار بتاريخ: 2009/07/15، المجلة القضائية، العدد 2، 2010، ص 294.

ووصولاً لهذه الغاية أجاز المشرع إعادة النظر في الأحكام والقرارات الصادرة بواسطة طرق الطعن المحدد حصراً في القانون، فإذا استنفذت تلك الطرق وانتهت فإنه لا يجوز الطعن أو مراجعة أي حكم صادر من المحكمة العليا، بالرغم من إجازة طلب تصحيح الأخطاء المادية أو تفسيرها بشرط عدم المساس بالحقوق التي تم الفصل فيها نهائياً.¹

ولكن لا يستبعد أن يقع خطأ إجرائي أثناء مرحلة النقض ترتكبه المحكمة العليا أو كتابة ضبطها دون أن يتسبب في ذلك أي طرف من أطراف النزاع، مما سيؤثر مباشرة في النتيجة التي تعتمدها المحكمة العليا في قرار نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به، فينتج عنه عدم الإنصاف وانعدام العدالة، هذه الحالة جعلت أهل القانون يتقدمون بطلب مراجعة القرار رغم كونه نهائياً، لأن الخطأ إجرائي من المحكمة العليا وقضائتها، وهذا ما قبلت به هذه الأخيرة لتعديل ومراجعة القرارات الصادرة والبت من جديد في الطعن بالنقض .

ويعرف استدراك أو مراجعة القرار بأنه: " عريضة يقدمها أحد الخصوم المتضررين من قرار قضائي نهائي، تهدف إلى الرجوع عن ذلك القرار لصدوره نتيجة خطأ إجرائي منسوب إلى المحكمة العليا أو كتابة ضبطها، يطلب فيها إعادة الفصل في القضية بعد تصحيح الخطأ الإجرائي"²

والإشكاليات التي تكون سبباً في استدراك ومراجعة القرارات كثيرة ومتعددة، فقد ترفض عريضة طلب نقض لورودها بعد انقضاء شهرين أي مهلة النقض من تاريخ تبليغ الحكم المستأنف دون التنبه إلى وجود طلب مساعدة قضائية من طالب النقض مما يجعل أجل النقض موقف حيث تنص المادة 365 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يترتب على تقديم طلب المساعدة القضائية، توقيف سريان أجل الطعن بالنقض أو أجل إيداع المذكرة الجوابية"

ومن بين القرارات التي أجازت فيها المحكمة العليا استدراك ومراجعة القرارات الصادرة عنها القرار رقم 536660 والذي نص المبدأ فيه على: "أن المحكمة العليا، تجيز اجتهاداً منها، استدراك القرار الصادر عنها، المشوب بخطأ مادي، أو المصرح بعدم قبول الطعن، نتيجة خطأ مصححي، قياساً على ما هو منصوص عليه في المادة 294 من قانون الإجراءات المدنية"³

وفي قرار آخر للمحكمة العليا رقم 518657 صادر بتاريخ 19/03/2008 عن الغرفة الجنائية - القسم الثاني - "حيث بالرجوع إلى ملف القضية الصادر عن الغرفة الجنائية لدى المحكمة العليا في 2007/01/24

¹ - عبد العزيز خليل بدوي، الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999، ص35.

² - بيار إميل طويبا، الخطأ الإجرائي وطلب استعادة القرار القضائي المبرم، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2010، ص5.

³ - ملف رقم 536660 قرار بتاريخ: 2008/04/23، المجلة القضائية، العدد1، 2009، ص327.

تحت رقم 415911 يتضح أن العارض لم يتبين إبلاغه بالإندار قصد تقديمه مذكرة الطعن بالنقض حسبما توجبه أحكام المادة 505 من قانون إج م مما يتعين قبول طلب الاستدراك المقدم من طرفه شكلا بالاستناد الى أوجه ثلاث للطعن مأخوذة من مخالفة قواعد جوهرية للإجراءات إغفال الفصل في وجه الطلب، والخطأ في تطبيق القانون".

وفي قرار آخر للمحكمة العليا نجد أنها قبلت نقض ثاني على نفس القضية وأبطلت الحكم ولم تتقضه لمخالفة جوهرية في الإجراءات، حيث جاء المبدأ كآتي: "الطعن لصالح القانون المؤسس على خرق قاعدة جوهرية في الإجراءات المرفوع من طرف النائب العام لدى المحكمة العليا، بناء على تعليمات وزير العدل حافظ الأختام، يعرض القرار المطعون فيه للإبطال وليس النقض. يستفيد المحكوم عليه من الإبطال.

سبق فصل المحكمة العليا بعدم القبول، لا يحول دون فصلها في الطعن لصالح القانون، المنصب على نفس القرار محل الطعن بالنقض"¹

من المبادئ أعلاه نستنتج أن المحكمة العليا جعلت من سياستها القضائية مراجعة الخطأ المرفقي المرتكب وإعادة النظر في القضية بعد تصحيح الخطأ المرفقي (الشكلي) وأعطى المبدأ قياسا على إمكانية الخطأ المادي، إلا أن الخطأ المادي يشترط فيه عدم المساس بما تم فيه الفصل سابقا من حقوق. وما دفع المحكمة العليا إلى تكريس استعادة قراراتها ومراجعتها نتيجة خطأ إجرائي صدر منها، هو ترسيخ الشعور بالعدالة والإنصاف ورفع الظلم عن المتقاضين، كما أن نظام الاستدراك يجوز في المواد المدنية والمواد الجزائية على السواء، وهو آلية تهدف إلى تمكين المحكمة العليا من تصحيح خطأ إجرائي وقعت فيه ولا ينسب إلى طالب المراجعة، ولقد جاء تحت ضغط الحاجة إلى رفع الظلم عن المحكوم عليه. من خلال ما سبق يتبين لنا أن استدراك ومراجعة قرارات المحكمة العليا لا يمكن أن يقبل إلا بتوافر جملة من الشروط لعل أبرزها أن يكون الخطأ قد أثر على نتيجة القرار، وأن يكون هذا الخطأ إجرائيا تسببت فيه المحكمة العليا أو أحد أجهزتها، وأن يكون هذا القرار صادر من المحكمة العليا مستنفذا كل طرق الطعن.

خاتمة:

ختاما لدراستنا لموضوع دور القضاء الجزائي في سد الفراغ التشريعي، خلصنا إلى أن ظاهرة الفراغ التشريعي أو كما يسميها البعض القصور في التشريع، ظاهرة حتمية لا بد منها سيما في ظل التطور المستمر في كل مناحي الحياة، ولا يظهر هذا القصور إلا عند تطبيق النصوص القانونية من طرف القضاء، فالقضاء

¹ - ملف رقم 570886 قرار بتاريخ: 2008/10/22، المجلة القضائية، العدد2، 2008، ص 377.

سيما القضاء الجزائي_ في الكثير من الأحيان يجد نفسه أمام نصوص غامضة تحمل أكثر من دلالة، فتختلف الأحكام القضائية اتجاهها باختلاف التأويلات، كما قد يكون أمام وقائع يظهر فيها المساس بالمصالح المحمية واضحا ولكن لم تخطر ذلك على بال المشرع وقت وضع النصوص القانونية.

من هنا كان دور المحكمة العليا بارزا في سد الفراغ التشريعي في المواد الجزائية باعتبارها محكمة قانون تعطي قمة القضاء الجزائي، وتسهر على توحيد الاجتهاد القضائي وحسن تطبيق القانون.

وفي هذا الصدد نعرض بعض النتائج التي توصلنا إليها، مع اقتراح بعض التوصيات التي ارتأينا أنه يجب على المشرع تداركها وأخذها بعين الاعتبار لسد الفراغ التشريعي في المواد الجزائية قدر الإمكان:

أولاً: النتائج

- كان للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في المواد الجزائية دور فعال في سد الفراغ التشريعي، سواء من خلال تفسير النصوص الغامضة، أو من خلال إنشاء قواعد تعتبر بمثابة القواعد القانونية تساهم في حل الكثير من الإشكالات القانونية.

- إن وجود المحكمة العليا في قمة هرم النظام القضائي في المواد الجزائية يساهم في استقرار الأحكام القضائية من خلال دورها في تقويم العمل القضائي وتوحيد الاجتهاد.

ثانياً: التوصيات

من التوصيات التي نقدمها في هذا الصدد:

- تعزيز مكانة الاجتهاد القضائي سيما في المادة الجزائية، والذي أثبت أنه جدير بالمساهمة في تطوير النصوص القانونية.

_ إعادة النظر في مبدأ الشرعية الجنائية وتطويره بما يتماشى ومتطلبات العصر.

- سعي المحكمة العليا إلى توحيد المصطلحات تقاديا للشك والخلط وتحقيقا لغايات توحيد الاجتهاد.

قائمة المصادر والمراجع:

- 1- المرسوم الرئاسي رقم 20-442، المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتضمن التعديل الدستوري، المصادق عليه في إستفتاء أول نوفمبر، ج ر ج ج، العدد 82، المؤرخة في 30 ديسمبر 2020.
- 2- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، معدل ومتمم بالأمر رقم 21-11 المؤرخ في 25 غشت 2021، ج ر ج ج، العدد 65، الصادرة في 26 غشت 2021.
- 3- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالأمر رقم 21-08 المؤرخ في 08 يونيو 2021، ج ر ج ج، العدد 45، المؤرخة في 09 يونيو 2021.

- 4-الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005، ج ر ج ج، العدد 61، الصادرة في 07 فيفري 2005.
- 5-أحسن بوسقيعة، الجديد في اجتهاد المحكمة العليا بخصوص جنحة إصدار شيك بدون رصيد، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2012.
- 6-أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 1972.
- 7-بدران أبو العينين بدران بيان النصوص التشريعية طرقه وأنواعه، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1982.
- 8-بوري يحي، الاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الأول، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
- 9-بيار إميل طوبيا، الخطأ الإجرائي وطلب استعادة القرار القضائي المبرم، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2010.
- 10-عبد العزيز خليل بدوي، الطعن بالنقض والطعن أمام المحكمة الإدارية العليا، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1999.
- 11-عبد الوهاب حومد، دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1983.
- 12-الغوثي بن ملح، أفكار حول الاجتهاد القضائي، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2000.
- 13-كمال عبد الواحد الجوهري، القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي، دار الكتاب الحديث، مدينة نصر، مصر، الطبعة الأولى، 1994.
- 14-محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء الثالث، دار الهدى للطبع والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، الطبعة الأولى، 1992.
- 14-ملف رقم 336330، قرار بتاريخ 2005/06/22، المجلة القضائية، العدد 1، عام 2005، ص349
- 15-ملف رقم 188085 ، قرار بتاريخ: 1998/09/28، غرفة الجناح والمخالفات، المحكمة العليا.
- 16-ملف رقم 552400 ، قرار بتاريخ: 2012/01/26، غرفة الجناح والمخالفات، المحكمة العليا، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص364.
- 17-ملف رقم 567092 قرار بتاريخ: 2009/07/15، المجلة القضائية، العدد2، 2010، ص 294.
- 18-ملف رقم 536660 قرار بتاريخ: 2008/04/23، المجلة القضائية، العدد1، 2009، ص 327.
- 19-ملف رقم 570886 قرار بتاريخ: 2008/10/22، المجلة القضائية، العدد2، 2008، ص 377.

القاضي الإداري الجزائري، أي دور في صناعة القاعدة القانونية؟

Algerian administrative judge, what role in the legal rule industry

الدكتور: عمر غول

جامعة عنابة

mghomar85@gmail.com

ملخص:

تهدف هذه الورقة البحثية لتسليط الضوء على مكانة الإجتهااد القضائي الإداري من أجل سد الفراغ التشريعي في الجزائر خاصة في ظل التعديل الدستوري المؤرخ في 2020/12/30 لا سيما المواد 163/2-171-165 منه و كذا مختلف النصوص القانونية ذات العلاقة الصادرة مؤخرا خصوصا القانون 13/22 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القانون العضوي رقم 11/22 المعدل و المتمم لقانون مجلس الدولة، فمقارنة بالنظام القضائي الإداري الفرنسي الذي يعد سابقا في هذا المجال يمكن التساؤل و وضع دراسة نقدية عن مدى توجه القاضي الجزائري و أخذه بالإجتهااد من أجل سد الفراغ القانوني إن وجد في ظل هذا النظام القانوني القائم.

الكلمات المفتاحية: القاضي، الإدارة، القانون، الإجتهااد.

Summary:

This paper aims to highlight the status of administrative jurisprudence in order to close the legislative vacuum in Algeria, especially in the light of the constitutional amendment of the 30/12/2020, in particular articles 163/2-165-171 thereof, and the various relevant legal texts promulgated recently, in particular the 22/13 Law amending and supplementing the Code of Civil and Administrative Procedure and Organic Law N° 22/11 amending and supplementing the Law of the State Council. In comparison with France's former administrative judicial system, a critical study could be drawn up of the Algerian judge's diligence to close the legal vacuum, if any, under the existing legal system.

Keywords: Judge, Administration, Law, Jurisprudence

مقدمة

إن من الأبجديات التي تُدرس في الجامعات الجزائرية و المتعلقة بمقياس القانون الإداري أن لهذا الأخير خاصية متميزة عن غيره من فروع القانون الأخرى و هي أنه "ذو طبيعة قضائية"؛ أي أن قواعده ظهرت نتيجة لاجتهادات القاضي الإداري (الفرنسي) عند النظر في القضايا المطروحة أمامه، حيث يعمل على تحديثها لتتماشى مع التطورات الحاصلة في جميع المجالات أو ابتكار غيرها إن اقتضى موضوع المنازعة ذلك، فهل تم تجسيد ذلك في قرارات القاضي الإداري الجزائري مقارنة مع نظيره الفرنسي؟.

إجابة على هذا التساؤل يتم التطرق إلى محورين هما:

المحور الأول: الإجتهد القضائي الإداري في فرنسا.

المحور الثاني: الإجتهد القضائي الإداري في الجزائر.

المحور الأول: الإجتهد القضائي الإداري في فرنسا

إن الخاصية "القضائية" تُعد متوفرة و قائمة بامتياز في القانون الإداري الفرنسي، على الأقل في المراحل الأولى لظهوره، و إن تراجع في الفترة الأخيرة و لكن لم تنعدم⁽¹⁾، فعلى عكس قواعد القانون المدني التي هي من وضع المشرع، تُعتبر المبادئ الأساسية التي تشكل القانون الإداري الفرنسي هي بالأصل قضائية، فمثلا القواعد المتعلقة بالطابع التنفيذي للقرارات، المسؤولية، العقود هي بالأساس قضائية، و لكن هذا لا يعني أن القواعد التشريعية غائبة في هذا المجال بل هي في ازدياد مضطرد، لكن يبقى الإجتهد القضائي يقدم القواعد العامة المشتركة و التشريع يقدم القواعد الإستثنائية.

لذلك أكد في هذا الصدد فقيه القانون المقارن "R. David" هذه الفكرة بقوله: "إذا قام مشرع مخبول بإلغاء بالجملة - و بدون أن يعوضه- التقنين المدني لن يكون هناك قانون مدني... أما إذا ألغى القوانين الإدارية (باستثناء مبدأ الفصل بين السلطات القضائية و السلطات الإدارية) سيكون هناك قانون إداري بالتأكيد أقل بساطة و لكن من المحتمل أكثر ترابط و تلاحم...".

كما أشار الأستاذ "De Forges" إلى أن: "القواعد الأساسية للقانون الإداري يعود أصلها لاجتهادات مجلس الدولة"، هذا ما أكده الأستاذ "J. Chevallier" بقوله أن: "هيكله القانون الإداري تمت تهيئتها بشكل مستمر بفعل الوزن الخاص للإجتهد القضائي، ذلك أنه في غياب النصوص العامة قام القاضي بتطويع المبادئ الكبرى و التي على أساسها تشكل القانون الإداري، و شكل هذا العمل فخرا كبيرا للقضاء".

معنى ذلك أن هناك إجماع لدى الفقه الفرنسي بأن أساس القانون الإداري هو ذو طبيعة قضائية جعلته مختلفا عن قواعد القانون الخاص⁽²⁾، كما أن الدكتور "سليمان الطماوي" أقر أن: "القاضي الإداري في أداء مهمته كالقاضي العادي، إلا أن دوره أبعد مدى و أجل أثرا، فهو في بحثه عن نقطة التوازن بين المصالح العامة و الخاصة، كثيرا ما يجد نفسه مضطرا إلى صياغة مبادئ تشريعية، لا تستند من قريب أو بعيد إلى نص تشريعي"⁽³⁾، لكن إنشاء القانون من طرف القاضي الإداري كما ذكر الفقيهين "Debbasch" و "Colin" لا يكون بصفة مجردة؛ ذلك أن القاضي يطوع القواعد من خلال الإستلهام من القواعد العامة للنظام القانوني و فلسفة القانون و علاقة الإدارة بالمواطنين و تطور الأخلاق و التقنيات و الممارسات⁽⁴⁾.

و رغم أن الطابع القضائي للقانون الإداري يُعد أبرز سماته و خصائصه نظرا لأن أغلب مبادئه نتجت عن الإجتهد القضائي إلا أن النصف الثاني من القرن 20م شهد إنتاجا تشريعيًا واسع النطاق و بصورة متزايدة في مجالات القانون الإداري سواء بتحويل المبادئ من وصف الإجتهد القضائي إلى نصوص قانونية و تنظيمية أدت إلى اختفاء صفتها القضائية الأصلية أو بسن نصوص قانونية مبتدأة تسري على المرافق العمومية هيكليا و وظيفيا⁽⁵⁾.

إن هذه الوضعية أثرت على نصيب الإجتهد القضائي في المنازعات الإدارية، فإلى جانب "التضخم التشريعي" بكثرة و تشعب النصوص القانونية و ما تشيره من إشكالات التعارض و عدم التناسب، طُرحت مسألة نسبة تغطية التشريع لمجالات القانون الإداري و عن حظ الإجتهد القضائي في ذلك؟ فالواقع يشير إلى أن النسبة تميل لصالح كفة التشريع تاركا للإجتهد القضائي حيزا ضيقا، هذا الإنحصار للطابع القضائي للقانون الإداري بسبب تدخل المشرع في مختلف مجالاته، و بسبب القانون الأوروبي " Droit communautaire" كان له تأثير على الفقه الإداري الفرنسي، و كان من الأوائل الذين شككوا في إمكانية استمرار الطابع القضائي للقانون الإداري هو الأستاذ "Vedel" الذي تساءل فيما "إذا كان الطابع القضائي أزلّي أو أنه مجرد عمل بشري يمكن أن نتصور تراجعاه في وقت قريب"، حيث طالب أخيرا بوضع حد لهذا

الطابع القضائي و لكن عن طريق صهر ما توصل إليه القضاة في قالب تشريعي، اعتبارا من " أن الاجتهاد هو القانون الداخلي للقاضي، فلماذا لا يقوم بالإفصاح عنه وإخراجه، ولماذا لا نضع من هذه المكتسبات غير القابلة للإسترجاع و الأساسية قانون حقيقي للجميع".

كما دفعت خاصية انحصار الطبيعة القضائية للقانون الإداري أيضا بـ "F. Lorens" للتساؤل إذا ما كان قانون العقود الإدارية ذو طبيعة قضائية أم لا؟ و في إجابته بين أن عددا معتبرا من القوانين و التنظيمات المنظمة للعقود الإدارية لم يعد فيها للقواعد القضائية إلا دورا ثانويا، و هذا ما أشار إليه " Y. Gaudmet"، و بالفعل عرفت فرنسا حركة واسعة لتقنين الاجتهادات القضائية الإدارية، و إصدار جملة من التشريعات المنظمة للأنشطة الإدارية، من ذلك قانون الوظيفة العمومية، قانون التعمير، القانون البيئي و الأمر ذاته بالنسبة للمنازعات الإدارية و غيرها من فروع القانون الإداري فلم يتبقى إلا مجال المسؤولية الإدارية⁽⁶⁾، لكن الأمر غير ذلك لـ "F. Melleray" الذي عبر عن استيائه من هيمنة التشريع على القانون الإداري و إنحصار طابعه القضائي بحجة تبسيط القانون الإداري و جعله في متناول الجميع، فبالنسبة له "زاد التشريع في صعوبته و غموضه"، حتى أن الأستاذان "O. Jouanjan" و "P. Gonod" سارا معه في هذا الإتجاه؛ " فالقوانين التي سُنت من أجل تقنين بعض فروع القانون الإداري كانت سيئة للغاية و زادت بحق من تعقيد⁽⁷⁾".

المحور الثاني: الإجتهد القضائي الإداري في الجزائر

في الجزائر لا نجد للقضاء الفاصل في المواد الإدارية⁽⁸⁾ لا نجد ذلك الدور المنشئ للقواعد كما هو الحال في فرنسا، لأن القاضي الجزائري يحجم عادة عن ابتكار حلول قضائية جديدة و يكتفون بالتشريع الذي يُعد المصدر الأول و الأساسي للقانون الإداري الجزائري، فمن أهم النتائج المترتبة عن ذلك كما ذكر الأستاذ "بودريوة عبد الكريم"⁽⁹⁾ أن: " نطاق الرقابة القضائية على أعمال الإدارة يتقلص إلى أن يصبح القاضي الإداري مطبقا للقانون كمثله في القضاء العادي!!، فالنظر فقط في مدى تطابق أعمال الإدارة مع النصوص القانونية التي عالجت كل التفاصيل يجعل مهمة القاضي الإداري محصورة في إطار ضيق جدا و ينزع منه روح الإبداع و الإجتهد الذي يميزه عن مهمة القاضي العادي...".

فالدارس للقرارات القضائية الصادرة عن الجهات القضائية الجزائرية الفاصلة في المواد الإدارية يجدها لا تحتوي على اجتهاد ذي قيمة إبداعية أو إنشائية⁽¹⁰⁾، و إذا أُتيحت الفرصة لوجود غموض أو نقص أو غياب التشريع تحجم تلك الجهات عن الإجتهد، و قد سبق الإشارة إلى القرار الصادر عن الغرفة

الإدارية للمجلس الأعلى بتاريخ 1972/12/07م كجهة إستئناف الذي بمناسبة تعليق السيد "عبد الحفيظ مختاري" على هذا القرار صرح أن: "...قضاة الدرجة الثانية أعابوا على قضاة الدرجة الأولى عدم الإجتهداد في المسألة ما دام أن المشرع قد سكت، و لذلك تصدوا هم للإجتهداد، و كان من المنتظر أن يؤسسوا هم لقاعدة جديدة يمكن أن يأخذ بها المشرع في المرة القادمة للتشريع، و لكن القضاة ما كان لهم ذلك الإقدام اللازم للإجتهداد و رفضوا إنشاء قاعدة معيارية و لم يبتعدوا عن النص الأساسي و لا أن يحلوا مكان إرادة المشرع"⁽¹¹⁾.

و هذا أمر في غاية طبيعته فكيف لقاضي تكون وفق نظام لا يأخذ بالتخصص خاصة في المادة الإدارية و عمل بالمحاكم و المجالس القضائية لمدة 10 سنوات على الأقل لغاية حصوله على رتبة مستشار كل ذلك في كنف القانون الخاص و كقاضي مطبق للقانون، ثم نطالبه بعد تحويله فقط إداريا إلى المحاكم الإدارية أو المحاكم الإدارية للإستئناف أن يكون قاضي مجتهد، فهذا أمر لا يمكن له أن يتحقق.

و في قرار آخر لمجلس الدولة بتاريخ 1999/02/01م المتعلق بقضية المديرية العامة للأمن الوطني ضد أرملة "لشاني" و من معها⁽¹²⁾ جاء فيه: "...حيث أن المستأنف (المديرية العامة للأمن) يستند في طلبه لإعفائه من المسؤولية على كون (ش،ع) الشرطي السابق، لم يكن في خدمته وقت الوقائع بل كان في جولة غير شرعية بسبب إهماله لمنصب عمله، كما أنه كانت له كامل السلطة في استعمال سلاحه. و لكن حيث أن المادة 136 من القانون المدني تنص على أن المتبوع مسؤول عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا في حالة تأدية وظيفته أو بسبب وظيفته، حيث أن هذا يجعل مديرية الأمن الوطني، و هي المتبوع مسؤولة عن عمل تابعها غير المشروع...".

ففي تعليقه على هذا القرار ذكر الأستاذ "الحسين بن الشيخ أث ملويا"⁽¹³⁾ أن: "...لجوء مجلس الدولة إلى قواعد القانون المدني في تأسيس المسؤولية غير مستساغ؛ لأن هذه القواعد مبنية على أساس المساواة بين المواطنين، في حين أن نشاط الإدارة يتميز بعلاقات قانونية غير متساوية، فمسؤولية مصالح الشرطة و كما هو مطبق في مجال القانون الإداري ذو المصدر القضائي، إنما هي قائمة على أساس استعمال أسلحة خطيرة و ليس على أساس خطأ الشرطي...، و في آخر المطاف فإن المسؤولية هنا أساسها نظرية المخاطر، و لا علاقة لقواعد القانون المدني، و على الأخص مقتضيات التابع و المتبوع المنصوص عليها في القانون المدني بالمسؤولية الإدارية"⁽¹⁴⁾.

و بالتالي فقضاة مجلس الدولة في قرارهم سالف الذكر لم يجتهدوا برأيهم في وضع أساس آخر للمسؤولية الإدارية بل طبقوا مباشرة نص المادة 136 مدني رغم عدم صلاحيتها كأساس لموضوع النزاع كما تم الإشارة إليه.

من جانب آخر فإن ما يُلاحظ على القاضي الإداري الجزائري حتى في حالة خروجه عن النص القانوني في حالات نادرة فإنه يقف موقف المقلد لما توصل له مجلس الدولة الفرنسي من اجتهادات دون أن يؤسس لنفسه ذاتية مستقلة، أو على الأقل يقوم بتطويع هذه الاجتهادات بما يتماشى مع الواقع الجزائري؛ حيث ظهر ذلك من خلال تبني مباشرة عدة نظريات هي أصلا من صنع مجلس الدولة الفرنسي كنظرية أعمال السيادة، نظرية العلم اليقيني وغيرها، والغريب أنه يعلنها صراحة في قراراته، حيث مثلا في قراره المؤرخ في 2002/02/18م⁽¹⁵⁾، جاء في إحدى حيثياته بصريح العبارة: "... حيث أنه و عملا باجتهاد قضائي مكرس من طرف مجلس الدولة الفرنسي، وكذا مجلس الدولة الجزائري، فشرط وجود حجية الشيء المقضي فيه هو وجود نفس الأطراف و نفس النزاع و نفس الموضوع..."، فعمل قضاة مجلس الدولة أبوا إلا أن يكونوا خاضعين إما للمشرع أو لما توصل له مجلس الدولة الفرنسي من اجتهادات. فما هي الأسباب التي تتف وراء إحجام القاضي الجزائري الفاصل في المواد الإدارية عن الاجتهاد؟.

إجابة على هذا السؤال أميل مع رأي الأستاذ "بودريوة عبد الكريم" الذي أشار أن: " المناخ السياسي عموما لا يوفر الإطار المناسب لممارسة القضاء الإداري مهامه مثلما تقتضيه طبيعته، لسبب يرتبط أصلا بطبيعة العلاقات بين المؤسسات الدستورية فيما بينها و مؤسسات الدولة و المجتمع المدني، بحيث أن حالة عدم الثقة هي السمة الأساسية لهذه العلاقات، و لا يكاد الفرق يظهر للمهتمين بالدراسات القانونية بين النظام القديم و الجديد، فالمجال الضيق الذي يحتله القضاء الإداري حاليا يتماثل مع وضعية الغرفة الإدارية على مستوى المجلس القضائي و المحكمة العليا سابقا مع تغيير في التسميات فقط، و بالتالي فإن الطابع الاجتهادي الذي يجب أن يتسم به القضاء الإداري غائب و لم يجد بعد الإطار المناسب لتطبيقه..."⁽¹⁶⁾.

إضافة لذلك فإن من أسباب إحجام القاضي الجزائري الفاصل في المواد الإدارية عن الاجتهاد ما يرجع إلى النصوص القانونية عموما (أولا) و بتكوين القاضي (ثانيا) إضافة إلى الجانب الإجرائي المطبق على المواد الإدارية (ثالثا) و الاتجاه نحو خصصة القانون الإداري الجزائري (رابعا).

أولا: ما تعلق بالنصوص القانونية

انطلاقاً من التعديل الدستوري 2020 الذي أكد فيه المؤسس الدستوري من خلال ما جاء في الفصل الثالث المتعلق بالسلطة القضائية؛ على وحدة هذه السلطة و تبعية مجلس الدولة لها خلافاً لما هو سائد في فرنسا، كما أن القضاء يخضع لمبادئ الشرعية و المساواة ما يعني أن القضاة عموماً دون استثناء لا يخضعون إلا للقانون وفقاً للمواد 163/2 و 165 على التوالي، و بالتالي فالقاضي الفاصل في المواد الإدارية كغيره من القضاة لا يستطيع الخروج عما هو منصوص عليه قانوناً بنص الدستور.

و قد تم تكريس هذه المبادئ أيضاً في القانون العضوي رقم 11/04 المتضمن القانون الأساسي للقضاء؛ حيث أكدت المادة الثانية (02) منه على أن سلك القضاء واحد دونما تمييز لقضاة الجهات القضائية الإدارية، كما أكدت و ألزمت المادة الثامنة (08) منه التي وردت تحت الفصل المتعلق بالواجبات جميع القضاة دون استثناء أن يصدرُوا أحكامهم طبقاً لمبادئ الشرعية و المساواة، و لا يخضعوا إلا للقانون، و زادت واجبا آخر هو الحرص على حماية المصلحة العليا للمجتمع الذي أثار الكثير من الجدل في ظل ضبابية هذا المصطلح و شموليته و عدم دقته.

في نفس السياق أشارت المادة الأولى من القانون المدني التي وردت تحت الباب الأول المتعلق بآثار القوانين و تطبيقها أنه: "يسري (القانون) على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة".

فبتحليل هذه المادة يتضح أن الخطاب الذي تضمنته موجه لكافة القضاة، و القاضي الفاصل في المواد الإدارية واحد منهم، حيث أن المطلق يُؤخذ على إطلاقه، لذا فالإزدواجية القضائية في الجزائر تنحصر في الوظيفة في مقابل وحدة السلطة القضائية؛ فلا فرق و لا تمييز لقضاة الجهات القضائية الفاصلة في المواد الإدارية عن قضاة الجهات القضائية العادية، و أن الفرق فقط يكمن في تخصيص البعض من القضاة العاديين فقط للفصل في المواد الإدارية، فيمكن أن ينتقل القضاة من هرم لآخر بمجرد تعيينهم من طرف رئيس الجمهورية وفقاً لما نصت عليه المادة الثالثة (03) من القانون العضوي رقم 11/04 سالف الذكر.

ثانياً: ما تعلق ببرامج تكوين القضاة

إن جميع القوانين ذات العلاقة بالسلطة القضائية تهمل فكرة التخصص عموماً و في المواد الإدارية خصوصاً، حيث تم تبني نظام موحد لتكوين القضاة و تعيينهم و ترقيتهم، كما أن قضاة المحاكم الإدارية و

قضاة المحاكم الإدارية للإستئناف و قضاة مجلس الدولة هم في الأصل قضاة القانون الخاص قبل تعيينهم على مستوى هذه الجهات القضائية، فكيف يُنتظر وضع قواعد إجتهادية في مجال المواد الإدارية من طرف قضاة تعودوا على قواعد و خصائص القانون الخاص مدة 10 سنوات إلى حين ترقيةهم لرتبة مستشار و نقلهم لجهات القضاء الفاصل في المواد الإدارية بمجرد إجراء إداري، فكما ذكر الأستاذ "مسعود شيهوب" أن: "تعقد المنازعات الإدارية و الطابع الفني لبعضها يفرض تكريس فكرة التخصص حتى داخل هيئات القضاء الإداري نفسه و ليس الإكتفاء بالتخصص العام بين القضاء العادي و القضاء الإداري..."⁽¹⁷⁾.

ثالثا: ما تعلق بالجانب الإجرائي المطبق على المواد الإدارية

فقد أشار الأستاذ "بوجادي عمر" أن: "... الباحث في تركيبة القواعد الإجرائية العامة المطبقة أمام القضاء الإداري حتى بعد صدور القانون 13/22 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القانون العضوي 11/22 المعدل و المتمم لقانون مجلس الدولة يكتشف بأن مكونات البعض منها تتطبع بطابع قاعدي خاص، فمثلا حساب الأجال القانونية أمام القضاء الإداري يخضع للتقويم الميلادي الذي يُحدد من قبل القانون المدني في مادته الثالثة، كما أن تطبيق القوانين و من بينها قانون الإجراءات الإدارية المحتوى من قبل قانون الإجراءات المدنية في الوقت الحاضر حُددت بداية نفاذه بنص المادة الرابعة من القانون المدني، بالإضافة إلى مجموعة كبيرة من المصادر الخاصة الأخرى التي تشارك في بناء القواعد القانونية الإجرائية الإدارية، النتيجة التي تؤدي إلى اعتبار قانون الإجراءات الإدارية في الوضع الذي هو فيه في مثل الحالة المذكورة يكون بمثابة القانون المستعير لعدم قدرته تحقيق الإكتفاء الذاتي..."⁽¹⁸⁾.

إن هذا التوجه من طرف المشرع الجزائري يثبت تمسكه بالنزعة الوحدوية حتى بالنسبة للإجراءات المطبقة على المواد الإدارية و محدودية إرادته الإبداعية في إنشاء قواعد إجرائية إدارية لها خصوصية في مجملها هذا ما تثبته كثرة الإحالات على الإجراءات المدنية التي تقوم على المساواة بين أطراف النزاع و التي قد لا تصلح لتطبيقها على المواد الإدارية، و الأخطر أنها تؤكد عدم تمييز القاضي الفاصل في هذه المواد عن القاضي العادي فهما تقريبا يطبقان نفس الإجراءات، أما فيما يخص توزيع الإختصاص بين الجهات القضائية الفاصلة في المواد الإدارية و العادية؛ فإني أتفق مع رأي الأستاذ "بودريوة عبد الكريم" الذي أشار أن: "أيلولة الإختصاص للقضاء الإداري في النظام القانوني الجزائري وفق معيار عضوي قائم على صفة أطراف النزاع... يثير إشكالات كثيرة من الناحية العملية، أكثر من ذلك، فإن المعيار العضوي يضيق و يقيد القاضي الإداري في التكييف و التصنيف و المقاربة و الإستنتاج و بمعنى أوضح

يمنعه من الإجهاد فيصبح مجردا من أهم ميزة يمتاز بها القاضي الإداري، و يشترك في هذا الإطار مع القاضي العادي⁽¹⁹⁾.

رابعاً: الإتجاه نحو خصوصية القانون الإداري الجزائري

وفقاً لرأي الأستاذ "Vedel" فإن إخضاع الإدارة لقواعد القانون الخاص سيعطي نتائج لا تكون مرضية لا للإدارة و لا للمواطنين، و بين السبب في ذلك: "لأن تطبيق تقنيات القانون الخاص كان يمكن أن تؤدي إلى نتائج مخيبة على المستوى الإداري، ففي مجال مراقبة شرعية القرارات الإدارية ما كان يمكن للتقنيات أن تقدم شيئاً ذو قيمة، و في مجالات أخرى مثل المسؤولية كان يمكن أن تغطي جزء بسيطاً من حالاته، و في حالات أخرى سيحدث الإنسداد".

و أضاف: "يمكن القول أننا لا نملك الدليل العلمي المؤكد على ماذا كان يمكن أن يكون القانون الإداري المشكل منذ مئة و عشر سنوات على أساس القانون التشريعي (التقنين المدني و القوانين الإدارية)، و لكن كل شيء يدفع للقول أن هذا القانون الإداري كان سيكون أقل تلاحماً، أقل كمالاً، أقل استمرارية و أقل تطوراً، و بالجملة لم يكن ليأخذ حظاً كبيراً من التفكير اللازم و عليه سيكون مضمونه أقل نفعاً لتحقيق هدفه المزدوج: السير الحسن للإدارة و حماية حقوق و حريات و مصالح المتعاملين مع الإدارة"⁽²⁰⁾، إلا أنه حالياً و مع التطور الحاصل في مجالات القانون العام عموماً و القانون الإداري خاصة، أصبح هناك حديث حسب رأي الأستاذ "بودريوة عبد الكريم" عن "خصوصية القانون العام" (La privatisation du droit public)، و بدرجة أقل في تقاطع مجالات الممارسة و الإشتراك في معالجة نفس المسائل القانونية بين القانون العام و القانون الخاص؛ حيث اقتحمت مواضيع القانون الخاص مجال القانون العام كموضوع "المنافسة" مثلاً الذي أصبح من المبادئ التي تهيمن على عملية إبرام الصفقات العمومية، لذلك انصب الحديث على ضرورة إصلاح القانون الإداري بالمفهوم التقليدي بإدراج مثلاً تحاليل و اعتبارات إقتصادية و ابتكار تقسيمات فرعية له لم تكن معروفة و مستساغة في ظلّه ضمن مفهومه التقليدي، و بالتالي أصبحت هناك رؤية جديدة لموضوعات هذا القانون التي استقرت منذ عقود طويلة، و هذا ليس غريباً نظراً لخاصية التطور و التغيير التي عُرف بها.

أما بالنسبة للقانون الإداري الجزائري فرغم أن إقحام مواضيع و أساليب القانون الخاص ليس عيباً في ذاته، إنما يستوجب عدم الإفراط نظراً لما يتميز به من مبدأ التساوي في المراكز القانونية ما يؤدي إلى اندثار مفهوم المصلحة العامة التي مُنحت الإدارة إمتيازات السلطة العامة لتحقيقها⁽²¹⁾، فما يُلاحظ على

القانون الإداري الجزائري هو وجود نفس الظاهرة إلا أنها أفرزت نتائج عكسية، مثلا في مجال المسؤولية الإدارية يُلاحظ نزعة القاضي الجزائري الفاصل في المواد الإدارية نحو الإعتماد على الحلول التشريعية من خلال تطبيق أحكام القانون المدني لا سيما المواد: 124 (مبدأ المسؤولية المدنية)، 131 (التقدير عن طريق القضاء التعويض عن الضرر)، 134 (المسؤولية عن فعل الغير)، 136 (مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه)، 137 (حق الرجوع) و 138 (المسؤولية الناشئة عن الأشياء) على منازعات هي في أصلها ذات طبيعة إدارية.

حيث أن هناك عدة قرارات في هذا الشأن صدرت إما عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا (سابقا) أو مجلس الدولة (حاليا) تؤكد هذا المنحى منها:

1- في قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا (سابقا) المؤرخ في 10/10/1993م جاء فيه: "... حيث يتضح أنه بالرجوع إلى مستندات الملف و وقائع الدعوى أن السوق بقيت مغلقة بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي. حيث بالرجوع إلى القانون المدني و خاصة المادة 3/107 إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يُرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول..."⁽²²⁾.

فقضاة الغرفة الإدارية في هذه القضية لم يجتهدوا برأيهم في إيجاد حل مستمد من القانون العام بل فضلوا أن يطبقوا مباشرة حلا تشريعيًا تمثل في المادة 107 من القانون المدني، فهم فيما ذهبوا إليه قد قضاوا على نظرية الظروف الإستثنائية التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي في القرار المبدئي المتعلق بقضية الشركة العامة لإنارة مدينة Bordeaux و ذلك بتطبيق القانون المدني الجزائري، فرغم أن الفرصة كانت متاحة لهؤلاء القضاة للقيام بالإجتهد اختاروا الحل التشريعي المستمد من القانون الخاص لا لشيء إلا لأنهم لم تكن لهم ملكة السبق في إيجاد هذا الحل⁽²³⁾.

2- جاء في قرار مجلس الدولة المؤرخ في 31/01/2000م ما يلي: "... حيث أن المستأنف كان وقت الوقائع يبلغ 21 سنة من عمره، و أصبح مشلولًا و معوقًا مدى الحياة، و لا يستطيع ممارسة أي عمل، و أن المتهم المسؤول عن الأفعال... الذي كان وقتها تابعا لوزارة الداخلية و عليه فإنها ملزمة بالتعويض طبقا للمادتين 136 و 137 من القانون المدني... حيث أن الإدارة مسؤولة عن أفعال موظفيها،..."⁽²⁴⁾.

فقد كتب الأستاذ "الحسين بن الشيخ أث ملويا" في تعليقه على هذا القرار أنه غير مستساغ؛ ذلك لأنه استند على قواعد القانون المدني المتمثلة في المواد 136 و 137 منه و طبقها مباشرة على هذا النزاع، رغم أنه رجوعاً إلى قواعد القانون الإداري فإن المسؤولية في حالة استعمال السلاح الناري لا تقوم على الخطأ الشخصي أو الخطأ المفترض كما هو مسطر في مقتضيات القانون المدني، بل إن أساسها هو "نظرية المخاطر"، فاستعمال الأسلحة النارية كما هو في هذه القضية يشكل خطورة معتبرة على الأفراد دون حاجة إلى إثبات الخطأ أو افتراضه⁽²⁵⁾.

3- جاء في قرار آخر لمجلس الدولة بتاريخ 2001/09/11م ما يلي: "... حيث أنه و اعتماداً على طلبات المستأنفين و دراسة الملف كله يتبين أن عكس ما جاء به وزير الدفاع الوطني فإن المواد 134 و 136 من القانون المدني المثارة من طرف المستأنفين تجعل هذا الأخير مسؤولاً عما حدث أي مسؤولاً عن وفاة الجندي إذ أن هذا الأخير كان خلال تأدية واجباته الوطنية تحت رقابة وزارة الدفاع الوطني و أنها المكلفة برقابة الهالك لم تستطع ان تتخلص من مسؤوليتها إذ أنها لم تستطع حفظه بل لم تتحصل على أي معلومة مفيدة توضح ظروف الوفاة و من هو الجاني..."⁽²⁶⁾.

من جانب آخر فنزعة القاضي الجزائري الفاصل في المواد الإدارية إلى تطبيق قواعد القانون المدني لم تنحصر فقط في دعاوى المسؤولية الإدارية بل هي موجودة أيضاً في مواد أخرى⁽²⁷⁾، فمثلاً قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى (سابقاً) المؤرخ في 1987/11/21م و الذي اعتمد فيه على ما كرسته المادة 1/2 من القانون المدني، إذ جاء فيه: "... حيث أن و حسب مبدأ قانوني مستقر و معمول به فإن تحصيل الضرائب بجميع أنواعها عن سنة معينة يتم طبقاً للقوانين و الأوامر و النصوص التطبيقية الجاري بها العمل عند نشر قانون المالية في الجريدة الرسمية. حيث أن إدارة الضرائب خرقت القانون خرقة واضحة عندما طبقت مقتضيات المادة 49 من قانون المالية لسنة 1983 على نشاط تجاري تمت ممارسته في 1982..."⁽²⁸⁾.

كما تم الإعتماد في قرار آخر للغرفة الإدارية بالمحكمة العليا (سابقاً) المؤرخ في 1990/01/13م على منطوق المادتين 713 و 720 من القانون المدني، حيث جاء فيه: "... حيث أنه من الثابت و بدون منازعة بأن الطاعنين و الدولة شركاء على الشيوع في العمارة المتنازع عليها حسب التعريف المعطى بالمادة 713 من القانون المدني. حيث أنه من الثابت بأن نائب مدير شؤون أملاك الدولة و الشؤون العقارية لولاية

الجزائر متصرف لحساب مصلحة السكن لولاية الجزائر قد باع للسيد (م،ع) محلا يشكل جزء هاما من المبنى المتنازع عليه. حيث أنه حتى في الحالة التي تكون فيها للدولة الأكثرية فإن المادة 720 من القانون المدني تلزمها بتبليغ نقل الملكية بموجب عقد غير قضائي. حيث أنه لا يُستخلص من الملف بأن الدولة قد احترمت هذه الشكلية الجوهرية... حيث أنه نتيجة لذلك فإن والي الجزائر قد خرق القانون...⁽²⁹⁾.

و لم تقتصر هذه النزعة من طرف القاضي الجزائري على أحكام القانون المدني بل امتدت حتى لتطبيق أحكام قانون الأسرة على نزاع إداري فمثلا في قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا (سابقا) المؤرخ في 19/01/1997م، حيث جاء فيه: "من المقرر قانونا أن الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها (المادة 212 ق.أسرة)، و لما كان ثابتا -في قضية الحال- أن قطعة الأرض المتنازع عليها مُنحت للبلدية من طرف مورث المستأنفين بصفة دائمة قصد بناء مدرسة، و إن غلق المدرسة من طرف البلدية لنقص عدد التلاميذ لا يعطي الحق للورثة باسترجاعها لأن المورث ذكر في شهادة الهبة بأن قطعة الأرض ستكون ملكا للبلدية و لم يُذكر أنها مُنحت بصفة مؤقتة حتى يجوز استرجاعها، و من جهة أخرى فإن الورثة لم يثبتوا شغل البلدية لأكثر من نصف هكتار من أرضهم. و من ثم فإن القضاة بقضائهم برفض الدعوى طبّقوا القانون و قدروا الوقائع تقديرا سليما..."⁽³⁰⁾.

إذا و كما ذكر الأستاذ "بودريوة عبد الكريم" فإن: "معالجة المنازعات الإدارية بمنظور القانون الخاص (في الجزائر) يجعلها تشبه و تتماثل مع ما يقوم به القاضي العادي، فما هي إذن جدوى وجود قضاء إداري و نظام الإزدواجية القضائية أصلا!!!..."⁽³¹⁾، فالقاضي الإداري (الفرنسي) لما يجتهد لإيجاد حلول - في غياب نص تشريعي- يكون حرا و لا يتقيد بقواعد القانون الخاص في استنتاج قواعد القانون الإداري و ذلك حسب الإحتياجات الخاصة للحياة الإدارية⁽³²⁾؛ و هذا هو التصور الفرنسي القائم على فكرة استقلالية القانون الإداري الذي ظهر بشكل واضح في تقرير محافظ الدولة لمجلس الدولة الفرنسي السيد "Rivet" في قضية "Savonneries Henri Olive" (قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 25/11/1922م) الذي جاء فيه: "... إذا كان مهما بالنسبة لكم (القضاة الإداريين) تطبيق أحكام التقنين المدني مثلما تطبقه المحاكم العدلية في مسألة دفع باقي الثمن، لا يجب أن تفصلوا في نزاع أحد أطرافه الدولة و ليس نزاع بين أطراف فقط. قراركم يمكن أن يكون مستوحى من مبادئ مختلفة... أنتم أحرار في

اجتهادكم القضائي، عليكم إبتكار تلك الإجتهدات... و لا تستخدموا قواعد التقنين المدني إلا في حالة توافق هذه القواعد مع الحياة الجماعية...»⁽³³⁾.

خاتمة

لذلك و من أجل إقامة قضاء إداري ذو طابع فني و غير مألوف في الجزائر و أمام محدودية و سطحية المعيار العضوي في تحديد الإختصاص التي ثبتت في العديد من التطبيقات القضائية التي خرج فيها القاضي عن هذا المعيار و حكم وفقا لطبيعة النشاط و لو كانت في إطار النصوص التي صاغها المشرع، فلا بد بالإضافة إلى الجوانب الأخرى من إعادة ضبط قواعد اختصاص هذا القضاء، وذلك منعا لأي تضارب سواء على مستوى النصوص القانونية أو على مستوى الممارسة القضائية و ذلك بالإعتراف للقاضي الذي يكون متخصصا في تكوينه في المادة الإدارية بحرية أوسع من تلك التي يحددها له المعيار العضوي، و ذلك عن طريق السماح له قانونا بالإعتماد على المعيار المادي، أو على الأقل تطعيم المعيار العضوي بالمعيار المادي حسب جوهر كل منازعة و بالتالي منح القاضي الجزائري حرية الإجتهد في تقرير اختصاصه بالنظر إلى طبيعة كل منازعة استنادا إلى النشاط الذي هو محور هذه المنازعة.

و بالتالي كإجابة عن وصف القانون الإداري الجزائري بـ"القضائي" أكاديميا فهذا أمر يجافي الحقيقة، ذلك ما تؤكد النصوص القانونية سواء في شقها الموضوعي أو حتى الإجرائي من جهة و واقع الممارسة القضائية في الجزائر الذي يعتمد بصفة تكاد تكون كلية على النصوص المدنية في غياب كلي لأي ابتكار أو إبداع من جهة أخرى، و هذا كما ذكر الأستاذ "دريد كمال" يتناقض مع توجهات غالبية الفقه الإداري الجزائري الذي عمل على ترسيخ اعتقاد أكاديمي خاطئ عندما يستوحي نظريات من القانون الإداري الفرنسي على حساب خصوصية وضع هذا القانون في الجزائر و ما تميز به من ميزات تختلف عن نظيرتها الفرنسية لا سيما فيما تعلق بطابعه التشريعي المحض و انعدام الخاصية "القضائية" التي على أساسها تم بناء القانون الإداري التقليدي⁽³⁴⁾.

الهوامش و المراجع

- 1- عصام نجاح و وناس يحيى، القانون الإداري في الجزائر قضائي أم تشريعي؟، مقال منشور بمجلة الحقيقة، العدد 33، ص 02.
- 2- عصام نجاح و وناس يحيى، مرجع سابق، ص 04 إلى 06. أنظر أيضا:
- Daniel Chabanol , le juge administratif (ouvrage), L.G.D.J, Paris 1993, p 105-106.
- 3- مشار إليه: مصطفى بخوش و عبد الجليل مفتاح، دور القاضي الإداري: وضع القاعدة القانونية أم تطبيقها؟، مقال منشور بمجلة الإجتهد القضائي، مخبر أثر الإجتهد القضائي على حركة التشريع، جامعة بسكرة، ص 118.
- 4- عصام نجاح و وناس يحيى، مرجع سابق، ص 06.
- 5- بودريوة عبد الكريم، هل فقد (فقدان) القضاء الإداري طابعه الإجتهد؟، مقال منشور بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني الصادرة عن مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، المجلد 13/ العدد 01-2016، ص 76.
- 6- عصام نجاح و وناس يحيى، مرجع سابق، ص 9-10.
- 7- مشار إليه: المرجع نفسه، ص 12 و 14.
- 8- هذه التسمية أخذ بها المؤسس الدستوري في المادة 2/179 من التعديل الدستوري 2020.
- 9- بودريوة عبد الكريم، مرجع سابق، ص 77.
- 10- عصام نجاح و وناس يحيى، مرجع سابق، ص 14.
- 11- لتفصيل أكثر حول هذا القرار أنظر: عبد الحفيظ مختاري، التعليق على قرار 1972/12/7، "صمت القانون التفسير، دور القاضي"، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص 59 و ما بعدها.
- 12- قرار غير منشور، فهرس رقم 23، مشار إليه : لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج:1، مرجع سابق، ص 17. أنظر في هذا الصدد أيضا: قرار مجلس الدولة تحت رقم 14043 بتاريخ 1999/02/01م، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص 91.

- قرار مجلس الدولة تحت رقم 160017 بتاريخ 1999/05/31م، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص 99.
- 13- أنظر في هذا الصدد أيضا بالنسبة لموقف مجلس الدولة الفرنسي: Xavier Prétot, op-cit, p 196
- 14- لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج:1، مرجع سابق، ص 22-23.
- 15- قرار غير منشور، قضية (ع،أ) ضد ولاية الجزائر و من معها، فهرس رقم 147، مشار إليه: لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج:3، مرجع سابق، ص 221. أنظر أيضا: قرار مجلس الدولة تحت رقم 5638 بتاريخ 2002/07/15م، مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، 2003، ص 161.
- 16- بودريوة عبد الكريم، مرجع سابق، ص 74-75.
- 17- مسعود شيهوب، من الأحادية القضائية إلى ازدواجية القضاء (أو التحول نحو نظام مستقل للقضاء الإداري)، مقال منشور بمجلة "حوليات" الصادرة عن وحدة البحث إفريقيا العالم العربي، العدد 03/1999، طبعة 1999، ص 51.
- 18- بوجادي عمر، مدى ضرورة سن قانون إجرائي إداري، مقال منشور بمجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، المجلد الثاني، العدد الثاني، ص 12.
- 19- بودريوة عبد الكريم، مرجع سابق، ص 78.
- 20- مشار إليه: عصام نجاح و وناس يحيى، مرجع سابق، ص 08.
- 21- بودريوة عبد الكريم، مرجع سابق، ص 75-76.
- 22- قرار تحت رقم 099694، المجلة القضائية، العدد الأول، 1994، ص 217.
- 23- Mokhtar Bouabdellah, op-cit, p 198-199.
- 24- قرار غير منشور، فهرس رقم 75، مشار إليه: لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج:1، مرجع سابق، ص 273.
- 25- لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج:1، مرجع سابق، ص 281-282.
- 26- قرار تحت رقم 161759، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص 137.

27- Mokhtar Bouabdellah, L'expérience Algérienne du contentieux administratifs (étude critique), thèse doctorat, université de constantine, 13/12/2005, p 200.

28- قرار تحت رقم 054717، المجلة القضائية، العدد الرابع، 1990، ص 182.

29- قرار تحت رقم 062092، المجلة القضائية، العدد الأول، 1991، ص 139.

30- قرار تحت رقم 116191، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1997، ص 144.

31- بودريوة عبد الكريم، مرجع سابق، ص 76.

32- عصام نجاح و وناس يحيى، مرجع سابق، ص 17.

33- مشار إليه: المرجع نفسه، ص 17-18. أنظر أيضا في هذا الصدد:

- Daniel Chabanol, op-cit, p 89-90

34- دريد كمال، القانون الإداري؛ قضائي أم تشريعي؟ دراسة مقارنة بين فرنسا و الجزائر، مقال منشور بمجلة المعيار، المركز الجامعي بتيسمسيلت، المجلد التاسع، العدد الثاني 2018 ، ص 87.

دور الاجتهاد القضائي في إرساء نظرية المرفق العمومي

د. إلهام فاضل

جامعة 8 ماي - قالمة.

fadelilhem@yahoo.fr

د.صالح جابر

جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي.

salahdj@yahoo.com

ملخص:

تمثل نظرية المرفق العمومي، حجر بناء أساسية في القانون الإداري عموماً، ولعلها نقطة المنشأ لبدايات ظهوره وتصدي مجلس الدولة الفرنسي المؤسس للمبادئ الكبرى للقانون الإداري. ففكرة المرفق العمومي لا تزال لليوم معياراً أساسياً في تبني الحلول القضائية على مستوى القضاء الإداري، من خلال المعيار العضوي. بجوار معايير أخرى بطبيعة الحال. نتجت نتيجة التطور المستمر والتحويلات التي تواكب التنظيم الإداري والمرفق العمومي أساساً. ولو نتفحص موضوع المرفق العمومي كنظرية من نظريات القانون الإداري، والتي تمثل الشق الايجابي من النشاط الإداري المقابل لنظرية الضبط الإداري، نجد للاجتهاد القضائي دوراً أساسياً في بلورة عديد الأسس المشكلة لها، في ظل قاعدة تقصير سلطة المشرع في بناء كتلة المرفق العمومي. ولعل أهم الأسس التي تدخل القاضي الإداري اجتهاداً في إرساء نظرية المرفق العمومي، نجدتها في بناء مفهومه، وقانونه، إضافة إلى أسس أخرى تواكب التحويلات المستمرة للمرافق العمومية.

الكلمات المفتاحية:

المرفق العمومي – الاجتهاد القضائي - المبادئ العامة الناظمة للمرفق العمومي - قانون المرفق العمومي.

مقدمة:

تمثل نظرية المرفق العمومي ، حجر بناء أساسية في القانون الإداري عموما، ولعلها نقطة المنشأ لبدايات ظهوره وتصدي مجلس الدولة الفرنسي المؤسس للمبادئ الكبرى للقانون الإداري.

ففكرة المرفق العمومي لا تزال لليوم معيارا أساسيا في تبني الحلول القضائية على مستوى القضاء الإداري، من خلال المعيار العضوي. بجوار معايير أخرى بطبيعة الحال. نتجت نتيجة التطور المستمر والتحويلات التي تواكب التنظيم الإداري والمرفق العمومي أساسا.

ولو نتفحص موضوع المرفق العمومي كنظرية من نظريات القانون الإداري، والتي تمثل الشق الايجابي من النشاط الإداري المقابل لنظرية الضبط الإداري، نجد للاجتهاد القضائي دور أساسي في بلورة عديد الأسس المشكلة لها، في ظل قاعدة تقصير سلطة المشرع في بناء كتلة المرفق العمومي.

ولعل أهم الأسس التي تدخل القاضي الإداري اجتهاد في ارساء نظرية المرفق العمومي، نجدها في بناء مفهومه، وقانونه، اضافة الى أسس أخرى تواكب التحويلات المستمرة للمرافق العمومية.

غير أن التعديل الدستوري لسنة 2020 أحدث نقلة نوعية في مجال القانون الإداري وخاصة ما يتعلق بتعزيز مبادئ تسيير المرفق العام، على خلاف التعديلات التي سبقتها حيث أغفلت تنظيم الكثير من هذه المبادئ، حيث عزز هذا التعديل الدستوري، المبادئ التقليدية لسير المرفق العام، و استحدثت مبادئ أخرى يصطلح عليها بالمبادئ الحديثة لسير المرفق العام، مما قد يؤثر على الدور الاجتهادي للقاضي الإداري في الجزائر .

فالإشكالية التي يمكن طرحها في سياق هذه الورقة البحثية:

ما هو دور الاجتهاد القضائي في بناء قانون أساسي للمرفق العمومي ؟

للإجابة على هذه الإشكالية، اعتمدنا المنهج الوصفي من خلال التعرض إلى مفهوم و مبادئ المرفق العام وإسقاطاتها على ما نص عليه التعديل الدستوري في هذا المجال، وكذا المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص الدستورية للتعديل ونصوص قانونية أخرى ذات العلاقة بموضوع .

سنعالج الورقة البحثية في جزئين:

المطلب الأول: دور القاضي الإداري في بناء مفهوم المرفق العمومي

المطلب الثاني: مبادئ المرفق العمومي بين تقصير المشرع وضرورة تدخل القاضي الإداري

المطلب الأول: دور القاضي الإداري في بناء مفهوم المرفق العمومي

لما كان المشرع قاصرا عن تحديد مضمون ومفهوم المرفق العام، وكانت المصلحة العامة فكرة مرنة فضفاضة لا يمكن كذلك التأسيس عليها بمفردها لتحديد متى نكون أمام مرفق عام ومتى لا نكون أمامه. يمكن للاجتهاد القضائي أن يكون له دور وأثر في نظرية المرفق العام عموما، وفي تحديده على وجه الخصوص، نبين ذلك في الاجتهاد القضائي الفرنسي الكلاسيكي التقليدي (أولا)، ثم في الاجتهاد القضائي الجزائري (ثانيا).

الفرع الأول: المرفق العام أساس للقانون الإداري في الاجتهاد القضائي الفرنسي.

تمثل الفترة الممتدة من 1870 إلى 1914 العصر الذهبي للمنازعة الإدارية، حيث وضع لها مجلس الدولة الأسس اعتمادا على مفهوم المرفق العمومي، وانطلاقا من قرار بلانكو الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية في 1873/02/08، أين اعتبر مجلس الدولة المرفق العمومي معيارا لاختصاص القضاء الإداري، وهذا في القرارات المتتالية:

- Arrêt Terrier du 6 février 1903, l'arrêt Feutry (1908) l'arrêt Théron (1910), l'arrêt Compagnie générale françaises des tramways (1910).¹

أثر صدور هذا الحكم توسعت فكرة المرفق العام لتشمل المرافق العامة المحلية كذلك

وذهبت تعليقات محافظي الحكومة في تدعيم هذا الاتجاه خاصة الأساتذة Pichat, Laferrière Blum Léon, Romieu, Teissier وفي هذا الصدد يقول الأستاذ Romieu: في تعليقه على قرار Terrier Arrêt du 6 février 1903

« Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics constitue une opération administrative, qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative ».

¹Jamil SAYAH, droit administratif, stydyrama, France, 2007, p 89 .

لقد تضمنت الأحكام القضائية في هذه الفترة تجانسا بين مفهوم المرفق العمومي، الشخص العمومي والقانون العام، أي يقوم المرفق العام على ثلاثة عناصر أساسية :

- التدخل المباشر لشخص عمومي لتنظيم وسير مرفق عمومي.

- العمل على تحقيق الصالح العام،

- تخضع كل المرافق العمومية لنظام قانوني يختلف عن القانون الخاص.

غير أن مفهوم المرفق العام قد تطور مع تطور الاجتهاد القضائي الذي كرس مفهوما جديدا ومستحدثا للمرفق العام مخالفا للمفهوم الكلاسيكي المذكور سابقا.

فالقرار المتعلق بالصندوق التعاضدي للمساعدة والحماية الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 13 ماي 1938، كرس مفهوما جديدا للمرفق العمومي من خلال امكانية اصدار بعض أشخاص القانون الخاص قرارات ادارية.

حيث اعترف هذا الحكم بإمكانية تكليف تنظيم خاص بتنفيذ مهام المرفق العام خارج النظام التعاقدية، لكن مع الوضع بعين الاعتبار لثلاثة عناصر:²

* تحقيق المصلحة العامة المعهود بها إلى هذا التنظيم.

* استخدام امتيازات السلطة العامة لأجل تحقيق المنفعة العامة.

* الرقابة التي تمارسها الإدارة عليها.

اليوم يتجه القضاء إلى استعمال سلس لفكرة الامتيازات، وعليه يعتبر قيام شخص خاص بمهمة اجتماعية ذات مصلحة عامة مرفقا عموميا، حتى في غياب امتيازات السلطة العامة، وهو الاتجاه الذي عبر عنه مجلس الدولة في قراراته الأخيرة.³

² M.Long, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 11 édition, Dalloz, 1996, p 135.

³ أكرام مريام ، مكانة المرفق العام في القانون الإداري الفرنسي، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن ، المجلد السادس

.... Considérant qu'indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que, même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission.⁴

الفرع الثاني: المرفق العمومي كأساس للقانون الإداري في الاجتهاد القضائي الجزائري

على الرغم من أن المشرع الجزائري حدد بدقة المسائل التي تدخل في اختصاص القاضي الإداري أي حدد المسائل التي تدخل في اختصاص القاضي الإداري معتمدا على المعيار العضوي وذلك استنادا إلى قانون الإجراءات المدنية الملغى، أو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري التنفيذ. باعتبار أن كل مرفق عام الأصل العام ان نزاعه يؤول إلى الجهات القضائية الإدارية مع الاستثناءات التي قد تعتره هو بالذات أي المرفق العام الذي قد يكون خاضعا لجهة غير الجهات القضائية الإدارية في حالات يحددها المشرع والاجتهاد القضائي. ، أي أن هناك مجالا لإعمال دور القاضي في تفسير النصوص التشريعية الصادرة في هذا الصدد .

ولقد سنحت للقضاء الإداري الجزائري الفرصة في مجارة القضاء الإداري الفرنسي ، حيث قبل المجلس الأعلى دعوى إلغاء ضد منشور صادر عن المدير العام لشركة الوطنية سمباك رغم أنها مؤسسة اقتصادية ، حيث كيف المجلس الأعلى المنشور المطعون فيه المتضمن تحرير نسب استخراج السميد والدقيق ، بأنه قرار انتزاعي يجوز الطعن فيه بدعوى تجاوز السلطة ومرد هنا التكييف هو أن المنشور لم يكتف بتفسير النصوص القانونية السارية المفعول ، وإنما أضاف عليها قواعد جديدة.⁵

⁴ <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000018259406>

⁵ معتوق أم الخير ، خصوصية معيار المرفق العام في قواعد القانون الإداري ، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، المجلد 03/العدد 02 سنة 2018، ص 285.

هذا القرار القضائي ينبئ عن دور القاضي الإداري في تحديد ما يعد نزاعاً إدارياً ، وهنا بالاعتماد على المعيار المادي ، أي النظر إلى طبيعة العمل الصادر عن الهيئة وليس إلى الطبيعة القانونية لهذه الهيئة فيما إذا كانت شخصاً عاماً أو خاصاً

المطلب الثاني: مبادئ المرفق العمومي بين تقصير المشرع وضرورة تدخل القاضي الإداري.

على اعتبار ان المرفق العام في تحديد ماهيته العامة هو عبارة عن جهاز أو هيئة أو مشروع يستهدف مصلحة عمومية، فهو محتاج بلا شك الى قانون ضابط وناظم له، وفكرة وضع النظام القانوني للمرفق العام، يرجعها فقه القانون الاداري الى الفقيه الفرنسي رولان Rolland، حيث صاغ مبادئ أساسية ثلاثة تعرف بقوانين رولان تخص المرفق العام؛ وهي المبادئ التالية: مبدأ المساواة واستمراريته ومبدأ التكيف الدائم له.

وهي تعبر عن مبادئ كلاسيكية في عرف فقه القانون الاداري، وتمثل كذلك التزامات له⁶.

غير أن الفقه الاداري الحديث صاغ مبادئ أخرى مستحدثة تحكم وتضبط المرفق العام، بجوار المبادئ الثلاثة التقليدية، وتمثل في كل من الفعالية والشفافية والجودة والسرعة، وهي على سبيل المثال.

نبين بداية أثر الاجتهاد القضائي الاداري في هذه القواعد التقليدية الثلاثة (الفرع الأول)، ثم أثر ودور

الاجتهاد القضائي الاداري في المبادئ المستحدثة للمرفق العام (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أثر الاجتهاد القضائي الاداري في المبادئ التقليدية للمرفق العام.

ان التشريعات ومن بينها القانون الجزائري يشير الى مبادئ المرفق العام في بعض نصوصه وان كان ذلك ليس مطلوباً باعتبارها مبادئ عامة أساسية.

لكن نظراً لأهمية المرفق العمومي وتقديم الخدمة العمومية للمرتفقين نص عليها - مبادئ المرفق العام -على سبيل المثال في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي الجزائري رقم: 15-247، كما نص على المبادئ الحديثة كمبدأي الشفافية وحرية الوصول للطلبات في نص المادة الخامسة منه، قبل أن يتطرق الى المبادئ التقليدية الثلاثة، والذي نص عليها في المادة 209 من ذات المرسوم. وذلك يؤكد ويدعم فكرة التطور الدائم والتحول المستمر للمرفق العمومي ومكانته المتميزة في نظرية القانون الاداري الجزائري.

فالمرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي نص في المادة 2-209 منه على أنه: " .. يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، على الخصوص، الى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف".

⁶ - أنظر: محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، د م ج، 1995، ص 111.

نبين بداية مبدأ المساواة أمام المرفق العام (أولاً)، ثم مبدأ استمرارية المرفق العام (ثانياً)، ثم مبدأ التكيف الدائم للمرفق العام (ثالثاً)، وأثر الاجتهاد القضائي الإداري في كل ذلك.

أولاً: مبدأ المساواة في المرفق لعام.

السؤال الذي يمكن طرحه في هذا السياق، هل تطبيق مبدأ المساواة أمام المرافق العامة يحتاج الى نص قانوني دستوري أو تشريعي وقانوني؟ أم يكفي فقط باجتهاد قضائي يخصه ويحميه ويكرسه؟ ان هذا المبدأ هو في الأصل مبدأ واقعي، حيث قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ أول يوليو 1949 أنه من الواجب على السلطة الادارية بأن تسوي في المعاملة بين الناس اذا اتحدت ظروفهم فيما أعطاه المشرع من سلطات في تصريف الشؤون، فلا تعطي حقاً لأحد من الناس ثم تحرم غيره منه متى كانت ظروفهما متماثلة⁷.

لكن ذلك لم يمنع من تأصيله قانونياً وتشريعياً، نبين بداية تعريف المبدأ وأساسه القانوني، ثم دور وأثر الاجتهاد القضائي بخصوصه.

1. في تعريف مبدأ المساواة وأساسه القانوني:

لفظ المساواة يحتوي عدة صياغات لغوية أهمها فكرة الاستقامة والتساوي والعدل، وفي علم الرياضيات المساواة تعني المعادلة، وفي العلوم الاجتماعية، تعرف المساواة بالمعالجة على قدم المساواة أو الفصل بين الأمور دون تمييز عنصري أو تحيز والابتعاد عن الاعتبارات الشخصية⁸. ويمكن تعريف المساواة في تطبيقها على المرفق العمومي بأنها: عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانوني، أمام المرفق العام، والتزام المرفق العام بتقديم الخدمات للمنتفعين دون تمييز لا مبرر له، وعدم التمييز بين الأفراد بسبب الأصل أو اللغة أو الجنس أو الثروة أو العقيدة. والمساواة في الانتفاع بخدمات المرفق العام نسبية لا مطلقة.

أما الأساس القانوني لمبدأ المساواة في المرفق العام، يمكن النظر اليه من خلال قواعد القانون الدولي وقواعد القانون الداخلي كذلك:

⁷- أشار اليه: أنور أحمد رسلان، مرجع سابق، ص 237.

⁸- أنظر في ذلك معاجم اللغة العربية.

ففي قواعد القانون الدولي؛ يعتبر مبدأ المساواة على المستوى الدولي سياسي بامتياز، جاء عقب الحركات الثورية في أوروبا، ومن أهمها الثورة الفرنسية، التي فرضت في المادة الأولى من وثيقة اعلان حقوق الانسان والمواطن لسنة 1789 ضرورة المساواة بين الناس دون أي عنصرية: "يولد الناس ويعيشون أحراراً متساوين في الحقوق". ثم جاء الاعلان العالمي لحقوق الانسان سنة 1948 مقرا هذا المبدأ في المادة الأولى منه: "يولد جميع الناس أحرار متساوين في الكرامة والحقوق". ونفس الحكم جاء في العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966.

وقد تواترت قواعد القانون الدولي مبينة هذا المبدأ ومكرسة له في عديد التشريعات الدولية. أما في قواعد القانون الداخلي الجزائري؛ يمكن النظر في ذلك من خلال الدستور وفي باقي التشريعات الداخلية.

حيث نص الدستور الجزائري الأول لسنة 1963 ضمناً على مبدأ المساواة في نص المادة 12 منه قائلاً: " لكل المواطنين من الجنسين نفس الحقوق ونفس الواجبات ". أما دستور 1976 فقد نص صراحة على المبدأ في نص المادة 39 منه قائلاً: " كل المواطنين متساوون في الحقوق والواجبات.

يلغى كل تمييز قائم على أحكام مسبقة تتعلق بالجنس أو العرق أو الحرفة". وفي نفس الإطار كرس دستور 1989 الذي جاء مكرساً ومركزاً على الحريات الفردية والحقوق السياسية، ومتبنياً الخيار الرأسمالي، تكلم عن مبدأ المساواة في نص المادة 28 منه، ودستور 1996 لم يحد عن مبادئ دستور 1989 حيث كرس هو الآخر المساواة بنص صريح في المادة 35 منه.

وعليه يمكن القول إن مبدأ المساواة في تقديم خدمات المرفق العام أصبح اليوم مبدأ دستوريا مكرس في جميع النظم القانونية المقارنة، لذا يحتل مكانة هامة سياسية وقانونية. إضافة الى النص الدستوري، كرست القوانين الداخلية مبدأ المساواة ومن ذلك في قانون الوظيفة العمومية لسنة 2006، في الأمر 03-06 في المواد 27، 28، 74، عبي سبيل المثال.

حيث تنص المادة 74 الأخيرة على: " يخضع التوظيف الى مبدأ المساواة في الالتحاق بالوظائف العمومية"⁹.

⁹- الأمر: 03-06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، المادة 74.

كما يمكن التأسيس القانوني لمبدأ المساواة من التنظيم، وذلك على سبيل المثال، في المرسوم الرئاسي رقم: 12-415 المؤرخ في: 11 ديسمبر 2012 يتضمن التصديق على الميثاق الافريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة، والمعتمد بأديس بابا بتاريخ: 31 يناير 2011¹⁰.

والذي جاء في المادة الثالثة منه على: "تتفق الدول الأعضاء على تنفيذ الميثاق وفقا للمبادئ الآتية:

- المساواة بين مستخدمي الخدمة العامة والادارة العامة...".

وفي المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي كذلك، كما ذكرت قبل قليل، نص في المادة 209-2 منه على أنه: "يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه، على الخصوص، الى مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف".

1. دورو أثر الاجتهاد القضائي في مبدأ المساواة أمام المرفق العام:

يرى الباحث أن للاجتهاد القضائي دورا أساسيا في تطبيق مبدأ المساواة بصورة عامة، وأمام المرفق العام بصفة خاصة. كما يقول الفقه القانوني اجمالا ودون أي نافي لذلك. وذلك للاعتبارات التي ذكرنا بعضها في ما سبق من البحث وبين ثناياه.

فمبدأ المساواة أمام المرافق العامة، أصبح اليوم مبدأ عاما للقانون على خلاف مبدأ المساواة أمام القانون الذي أصبح لدى رأي فقهي من المبادئ الدستورية، وتنبثق عنه عدة مبادئ فرعية، كالمساواة أمام القانون والمساواة في تحمل الأعباء العامة¹¹.

غير أنه يمكن أن يكون مبدأ المساواة أمام المرافق العامة ذو طبيعة مزدوجة، مبدأ قانونيا عاما إذا ما تم تطبيقه من قبل القاضي الاداري متى عرض عليه نزاع. ومبدأ ذو قيمة دستورية إذا ما طبق من قبل المجلس الدستوري¹².

وتعقيبا على الرأيين السابقين نرى أنهما يستغرقان بعضهما البعض، حيث يمكن اعتبار مبدأ المساواة أمام المرفق العام مبدأ عاما فوق دستوري، على اعتبار أنه يمكن اعتبار المبادئ العامة للقانون قواعد فوق دستورية.

¹⁰ - ج ر، ع 68، المؤرخة في: 2 صفر 1434هـ، 16 ديسمبر 2012م.

¹¹ - محمد نشطاوي، المرافق العامة الكبرى، ط 1، أكتوبر 2002، ص 181.

¹² - المرجع نفسه، ص 181.

وتطبيقات ذلك في اجتهاد المحاكم والجهات القضائية الادارية كثيرة من جهة، تخص المساواة في تقلد الوظائف العامة، وفي تحمل أعباء المرفق العام، والاستفادة من خدماته.

كالمساواة بين المنتفعين في الحقوق، وفي تقلد الوظائف العامة مثلاً، والمساواة بين المنتفعين في ممارسة الحقوق السياسية.

والمساواة بين المنتفعين في الواجبات العامة، خاصة أمام الضرائب العامة، والمساواة في أداء الخدمة العسكرية.

ورفض التمييز بين المنتفعين لاعتبارات عامة، سواء أكانت اعتبارات سياسية، أو اعتبار يخص حرية الرأي والتعبير.

ورفض التمييز بين المنتفعين لاعتبارات خاصة، سواء أكانت اعتبارات دينية، أو اعتبار جنس المنتفع.

ومن جهة ثانية يرى للباحث استعراض الاستثناءات التي قد ترد على مبدأ المساواة في خدمات المرفق العام، حيث ان الاستثناء في الغالب مضمونه قد يكون التمييز بين المنتفعين بسبب القانون، أو التمييز بين المنتفعين بسبب المزايا، سواء بسبب المكان، أو بسبب نوع الخدمة، أو بسبب الغرض والهدف.

وكلها مجالات يمكن للقاضي الاداري اعمال سلطته الاجتهادية في تكريس وتعزيز مبدأ المساواة في المرفق العام خاصة.

ثانياً: مبدأ الاستمرارية للمرفق العام.

تنشأ المرافق العامة وتنظم لكي تشبع حاجات الجمهور العامة التي لا غنى له عنها، لذلك، كان لزاماً باسم المصلحة العامة، أن تؤدي هذه المرافق خدماتها العامة على نحو يمكن الجمهور من الاستفادة منها. ولا يمكن تحقيق هذا الهدف الذي قصد إليه من وراء إنشاء هذه المرافق -إلا بضمان سيرها بانتظام واطراد¹³، لأن الحاجات الجماعية التي تنشأ المرافق العامة لإشباعها بشكل كاف، لا تعتبر أنها قد أشبعت، وأن المرفق العام

¹³ - Buttgenbach: (A), Manuel de droit administratif, paris 1959 P. 79

محكمة القضاء الإداري 18 يناير سنة 1954: مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، السنة 6، رقم 236، ص 469.

محكمة القضاء الإداري 2 يونيو سنة 1957: مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة 11،

رقم، 216 ص 493. سليمان محمد الطماوي، المبادئ العامة للقانون الإداري، مرجع سابق هامش 73، ص 528.

حقوق رسالته التي أنشئ من أجلها، إذا تم هذا الإشباع بشكل وقتي، أو على فترات متقطعة، بل يجب أن تكون هذا الإشباع بصفة دائمة ومنتظمة¹⁴.

ومبدأ استمرارية المرافق العامة يعتبر من المبادئ الأساسية، على الرغم من أنه لم يرد بشأنه نص صريح في النظر القانوني عموماً، سواء في فرنسا أو في الجزائر. لأن هذه النصوص سواء كانت واردة في الدستور، أو منخرطة في سلك التشريع العادي أو فيما دونهما في أدوات التشريع اللائحي، إنما تعتبر مقررة بمبدأ أساسي من مبادئ القانون الإداري، وليست منشئة له¹⁵.

حيث نجد المشرع الجزائري كرس مبدأ الاستمرارية للمرفق العمومي في تقديم الخدمة العمومية، وذلك في المرافق العمومية الاقتصادية بمناسبة قرار 03 مارس 1965 الذي منح مؤسسة الكهرباء والغاز امتيازاً على شبكات تموين وتوزيع الطاقة الكهربائية¹⁶، والذي حتم في المادة 12 منه ضرورة استمرارية تقديم الخدمة العمومية من قبل هذه المؤسسة العمومية الوطنية.

أما بخصوص المرافق العمومية الإدارية فإن الاعتراف القانوني له بهذا المبدأ جاء متأخراً حيث صدر الأمر بشأنها بموجب المادة 11 من قانون رقم: 85-07 المؤرخ في: 06 غشت 1985 المتعلق بإنتاج الطاقة الكهربائية ونقلها وتوزيعها وبالتوزيع العمومي للغاز، والتي نصت¹⁷:

" يتعين على المؤسسة صاحبة الاحتكار أن تزود غيرها دائماً بالكهرباء والغاز.

غير أنه يمكنها أن توقف تقديم الخدمة من أجل تقديم الصيانة وأشغال الإيصال وكل الأشغال القريبة من المنشآت التي يجب توقيفها على سبيل الأمن "

ثم يمكن التأسيس القانوني لمبدأ استمرارية المرفق العمومي في المرسوم رقم: 88-131 الذي ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن¹⁸، وكذلك في النص الدستوري 1996 المعدل والمتمم حين قال: "يسهر - الوزير الأول - على حسن سير الإدارة العمومية والمرافق العمومية"¹⁹.

¹⁴ - GASTON Jéze: Revue du droit public et de la science politique (en France et a l'étranger en France 1938 tome 55 PP 121 et s.

¹⁵ - Jéze: Les Principes Généraux Du droit Administratif Tome I, 1930 PP. 246 et s

¹⁶ - محمد امين بوسماح، مرجع سابق، ص 114.

¹⁷ - القانون رقم: 85-07 المؤرخ في: 06 غشت 1985 يتعلق بإنتاج الطاقة الكهربائية ونقلها وتوزيعها وبالتوزيع العمومي للغاز، الصادر في الجريدة الرسمية، المؤرخة في: 07 غشت 1985، ع 33. المادة 11.

¹⁸ - أنظر: المرسوم رقم: 88-131 المؤرخ في: 04-07-1988، الصادر في ج ر عدد 27، 1988.

¹⁹ - المادة: 112-7 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم.

ونص المادة 3 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة: "تتمثل الأهداف في مجال الصحة في حماية صحة المواطنين عبر المساواة في الحصول على العلاج وضمان استمرارية الخدمة العمومية للصحة والأمن الصحي .."²⁰.

وفي المادة 06 منه أيضا²¹: "تهدف المنظومة الوطنية للصحة الى التكفل باحتياجات المواطنين في مجال الصحة بصفة شاملة ومنسجمة ومستمرة.

ويرتكز تنظيمها وسيرها على مبادئ الشمولية والمساواة في الحصول على العلاج والتضامن والعدل واستمرارية الخدمة العمومية والخدمات الصحية".

أما على المستوى الدولي في الميثاق الافريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة في المادة الثالثة الفقرة الرابعة منه، حين قالت: "تتفق الدول الأعضاء على تنفيذ الميثاق وفقا للمبادئ الآتية:..

1. استمرارية الخدمات العامة في كل الظروف.."²².

ان مبدأ الاستمرارية كما يصفه بوسماح محمد أمين له صبغة سياسية أكبر مقارنة بالمبادئ الأخرى، وذلك ما نجده عند اللجوء الى الاضراب من قبل أعوان المرافق العمومية، حيث يظهر الجدل بخصوصه، لتأثره بالمناخ السياسي والاجتماعي للدولة²³.

ولما كان الطابع السياسي قد يميز هذا المبدأ، فالباحث يرى ان تدخل القاضي الاداري بخصوصه أمر ضروري ومهم وجدي، سواء أكان منظما تشريعيًا أو لا، ومن ذلك عند ممارسة حق الاضراب وحق الاستقالة لعون الادارة العمومية، كما يمكن ان يكون له دور في نظرية المال العام والعقد الاداري أيضا.

ولقد طبق القاضي الاداري مبدأ الاستمرارية في تقديم الخدمة العمومية في اجتهاده، ومن ذلك اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي عندما أيد قرار للإدارة العامة مخالفا للقانون في التعاقد مع أشخاص من أجل

²⁰ - القانون: 18-11 المؤرخ في: 02 يوليو 2018، الصادر في ج ر، ع 46، المؤرخة في: 29 يوليو 2018، المتعلق بالصحة.

²¹ - القانون: 18-11 المتعلق بالصحة.

²² - أنظر: المرسوم الرئاسي رقم: 12-415 المؤرخ في: 11-12-2012، يتضمن التصديق على الميثاق الافريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة، والمعتمد باديس ابابا بتاريخ: 31 يناير لسنة 2011.

²³ - محمد أمين بوسماح، المرفق العام في الجزائر، مرجع سابق، ص 114.

الحيلولة دون توقف مرفق عام قام العاملون فيه بالإضراب، تطبيقاً لنظرية الضرورة ومبدأ استمرارية المرفق العام.²⁴

وجاء في قرار للمجلس الأعلى الجزائري بتاريخ: 14 جانفي 1989، والذي أقر أن التقسيم الإداري الجديد ينقل التزامات البلدية القديمة الى البلدية الجديدة تطبيقاً لمبدأ استمرارية المرفق العام، حيث لا يمكن ان تتجاهل البلدية المستحدثة ما التزمت به البلدية القديمة حماية لحقوق الغير وضمان لسير المرفق العام بانتظام واطراد.²⁵

حيث جاء في فحوى القرار القضائي²⁶: "حيث أن هذا التقسيم الإداري لم يؤد الى انقطاع في نشاط المرفق العام، مادام نشاط البلدية السابقة المتعلق بتراب البلدية الجديدة تتكفل به البلدية الجديدة تطبيقاً لمبدأ استمرارية المرفق العام..".

ثالثاً: مبدأ تكيف المرافق العمومية.

نظراً للإصلاحات الإدارية المتواصلة التي تنتهجها النظم الإدارية المختلفة، وبقصد تحسين الخدمة العمومية للمرتفقين، أصبح لمبدأ التكيف الدائم للمرفق العمومي مكانة متميزة من بين المبادئ الأساسية الناظمة للمرفق العمومي حديثاً.

حيث يعبر التكيف الدائم للمرافق العمومية عن الإصلاح المتواصل للمنظومة المرفقية مساهمة للتحويلات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية. بما يتيح انسجاماً ما بين المرافق العمومية والمرتفقين. فمبدأ التكيف الدائم للمرافق العمومية هو تلبية للواقع واستجابة لقانون موضوعي للنظام الاجتماعي ولبديهية طبيعية، باعتبار المرفق العمومي نشاط ملموس يقصد تلبية الخدمة العمومية بصفة دائمة، حيث لا شك أن تحقيقها تتغير بتغير التقنيات والتقدم العلمي والاقتصادي وتطور الطلبات الاجتماعية، أي أن تسيير المرفق العمومي يجب أن يتكيف باستمرار ومتطلبات الصالح العام المتغيرة.²⁷

²⁴ - أنظر: نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2006، ص 338.

²⁵ - سايس جمال، ج 1، مرجع سابق، ص 313.

²⁶ - سايس جمال، مرجع سابق، ص 313.

- محمد أمين بوسماح، مرجع سابق، ص 120.²⁷

ولهذا المبدأ أثر واضح في الاجتهاد القضائي الاداري، فهو يمثل مصدرا تقليديا لقواعد وضعها مجلس الدولة الفرنسي في البدايات، كحق وامتياز الادارة في أن تغير من جانب واحد البنود التنظيمية لعقود الامتياز التي تمنحها، وحق المرتفق في أن يطلب من القاضي ادخال تغيير بالخدمة أو أن يعارض أي تعديل، وحق فسخ العقد الاداري من جانب واحد²⁸.

الفرع الثاني: المبادئ الحديثة الناظمة للقانون الأساسي للمرفق العمومي. أثر بارز للاجتهاد القضائي.

مع التحولات الحديثة الضابطة للمرفق العمومي سواء في الجزائر أو في النظم الادارية المقارنة، ظهرت بجوار المبادئ الأساسية التقليدية السالفة الذكر، مبادئ حديثة وليدة اشراك القطاع الخاص في تسيير المرفق العام، حيث لا يوجد اجماع حولها وهي غير محددة على سبيل الحصر، انما تخضع دائما لرؤية اجتهادية في تنظيم وتسيير المرفق العام، تبعا لنصوص قانونية داخلية وحتى اتفاقات دولية²⁹.

والمشعر الجزائري أولى عناية بهذه المبادئ المستحدثة، وذلك بالنص على بعضها على سبيل المثال، في المادة الخامسة من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي، والمتمثلة في مبدأ حرية الوصول للطلبات العمومية، والشفافية، اضافة الى المبدأ التقليدي وهو المساواة³⁰.

كما أن المادة 209 من المرسوم الرئاسي: 15-247 ذاته، أكد على بعض هذه المبادئ الواردة في نص المادة 5 منه، بالإضافة الى تأكيد المبادئ الثلاثة التقليدية وهي: مبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف على الخصوص³¹.

أما المرسوم التنفيذي رقم: 18-199 المتعلق بتفويض المرفق العام، بين في المادة الثالثة منه المبادئ التي يجب أن يتم تفويض المرفق العمومي في اطارها، وهي مبادئ المساواة والاستمرارية والتكيف، مع ضمان معايير الجودة والنجاعة في الخدمة العمومية، وكل ذلك دون الاخلال بما ورد في نص المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي³².

– أنظر الاحكام القضائية التي أشار اليها محمد أمين بوسماح في المرجع نفسه، ص 120-121.28

– أنظر: نادية ظريفي المرفق العام، مرجع سابق، ص 229.29

– المرسوم الرئاسي: 15-247 المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي، المادة 05.30

– المرسوم الرئاسي: 15-247 المتعلق بقانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي، المادة 209.31

32- المرسوم التنفيذي رقم: 18-199 يتعلق بتفويض المرفق العام، المادة 03.

ويعني ذلك أن المرسوم التنفيذي الجديد المتعلق بتفويض المرفق العمومي جاء مؤكداً على المبادئ الأساسية التقليدية الثلاثة، مع إضافة معايير الجودة والنجاعة في تقديم الخدمة العمومية.

كما أن المرسوم الرئاسي 12-415 المتضمن التصديق على الميثاق الافريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة بين في المادة الثالثة منه أنه³³: "تتفق الدول الأعضاء على تنفيذ الميثاق وفقاً للمبادئ الآتية:

- 1- المساواة بين كل مستخدمي الخدمة العامة والادارة العامة.
- 2- منع جميع أشكال التمييز مهما كانت أسسه، بما في ذلك على أساس الانتماء الجغرافي، والعنقي، والجنسي، والديني، والاثني، والاعاقة، والآراء السياسية، والانتماء النقابي أو الانتماء الى منظمة قانونية.
- 3- الحياد والانصاف، واحترام الشرعية في تقديم الخدمات العامة.
- 4- استمرارية الخدمات العامة في كل الظروف.
- 5- تكييف الخدمات العامة مع احتياجات المستخدمين.
- 6- المهنية والأخلاقيات في الخدمة العامة والادارة العامة.
- 7- تعزيز حقوق مستخدمي واعوان الخدمة العامة وحمايتهم.
- 8- التأسيس لثقافة المساءلة، والنزاهة، والشفافية في الخدمة العامة والادارة العامة.
- 9- الاستخدام الفعلي، والفعال، والمسؤول للموارد".

بينت المادة السابقة المبادئ التقليدية لسير وادارة المرافق العامة الثلاثة في كل من مبدأ المساواة والاستمرارية والتكيف، بالإضافة الى مبادئ أخرى والتي تدخل عملياً في المبادئ غير التقليدية بالأساس. حيث من خلال قراءة نص المادة يمكننا تبين هذه المبادئ غير التقليدية، والمستحدثة أو الجديدة، على سبيل المثال، وهي التالية:

ففي الفقرة الثالثة؛ جاء النص على الحياد والانصاف واحترام الشرعية في تقديم الخدمات العامة. حيث يعتبر بعض الفقه، مبدأ الحياد والانصاف مبادئ مستحدثة، والبعض الآخر يصنفها ضمن مضمون مبدأ المساواة.

³³ - المرسوم الرئاسي رقم: 12-415 المؤرخ في: 11-12-2012، يتضمن التصديق على الميثاق الافريقي لقيم ومبادئ الخدمة العامة والادارة، والمعتمد باديس ابابا بتاريخ: 31 يناير لسنة 2011.

أما احترام الشرعية في تقديم الخدمات العامة، فإن ذلك لا يمكن اعتباره مبدأ مستحدثاً أو تقليدياً حتى، لأن مسألة احترام الشرعية في من يقدم الخدمات العامة مسألة مبدئية وأولية لا تحتاج إلى تأسيس مستحدث.

وفي الفقرة السادسة؛ جاء النص على المهنية والأخلاقيات في الخدمة العامة والادارة العامة. حيث تشير الفقرة إلى مبدأ المهنية ومبدأ أخلاقيات الخدمة العامة والادارة العامة. ويمكن اعتبارها من البادئ المستحدثة

وفي الفقرة الثامنة؛ جاء النص على التأسيس لثقافة المساءلة، والنزاهة، والشفافية في الخدمة العامة والادارة العامة.

ومنه يمكن أن نجد المبادئ التالية: المساءلة، والنزاهة، والشفافية. وفي الفقرة التاسعة؛ جاء النص على الاستخدام الفعلي، والفعال، والمسؤول للموارد. ومنه يمكن استنتاج المبادئ التالية: الفعلية والفعالية للخدمة العامة. ومن خلال ما تقدم، يمكن ان نحدد المبادئ الحديثة الناظمة للقانون الأساسي للمرفق العمومي في عديد المبادئ وهي ليست حصرية: كمبدأ الشفافية، وحرية الوصول للطلبات، والجودة، والنجاعة، والمساءلة، والنزاهة، والفعلية والفعالية، والمهنية، والأخلاقية. يمكن للباحث تبين هذه المبادئ الناظمة للمرفق العامة ودور الاجتهاد القضائي الاداري تجاهها ومبرره:

أولاً: مبدأ الشفافية في المرفق العام.

الشفافية مصطلح يستخدم في عديد المجالات، ومنها السياسية والتي قد تعني أخلاقيات الحياة السياسية، ويعد مبدأ ناظماً للمرفق العمومي، باعتباره وسيلة لرقابة الخدمات المؤداة بواسطة المرفق العام بغية التأكد من أن المصالح الاقتصادية للمنتفعين قد احترمت من قبل الشخص المكلف بتحقيق المرفق العمومي، وعلى الخصوص المرافق المحلية³⁴.

³⁴ - Michel Bazex, obligation communautaires de transparence et prestation de service public, édition jurisclasseur, octobre 1993, p 15.

حيث يشكل مبدأ الشفافية نقطة صراع بين المرتفقين والشخص المكلف بتسيير المرفق العام، حيث المرتفق من حقه ومصالحته اعلامه بكيفية تأدية المرفق العام لنشاطه ونوعية الخدمة وتسعيرتها وشروط الاستفادة منها والامتيازات الاضافية وعملية الرقابة كيفية الاعتراض، بينما من مصلحة مسير المرفق العام هو عدم الافصاح عنما سبق³⁵.

وتكريس الشفافية في تقديم الخدمة العمومية من قبل المرفق العام تكون من خلال آليات وضمانات عديدة، من بينها؛ تلك التي تكلم عنها على سبيل المثال قانون الوقاية من الفساد ومكافحته الجزائي، ومن بينها³⁶:

الاعلام الاداري، وتبسيط الاجراءات الادارية، وحق الحصول على الوثائق الادارية، وتسبب القرارات الادارية وتبيين طرق الطعن فيه للموطن. وللقاضي الاداري أثر بارز وضروري و متميز في كل هذه الاجراءات والتدابير، للحفاظ على مبدأ الشفافية في تسيير المرافق العامة³⁷.

فقد يواجه تفعيل مبدأ شفافية المرفق العام تصرف من قبل المرفق العمومي يعرقله أو يحد منه، وذلك بالخصوص لما يمنع حق الغير من الاعلام وحق الحصول على الوثائق الادارية، وعدم تسبب القرارات الادارية. فالعمل الاداري على الخصوص يفرض على نشاطها طابع السرية والتكتم، من خلال احاطة العون والموظف الاداري بجو يسمح على اتخاذ قرار بعيد عن المؤثرات الخارجية، فتعمد الادارة العمومية والمرفقية للسرية بقصد ذلك.

وإذا كان المشرع قد يقيد حق الاعلام الاداري في بعض الأحيان، ومن ذلك على سبيل المثال ما جاء في المادتين 26-30 من قانون البلدية واللتان تستثنيان من علانية الجلسات النشر واعلام الجمهور المداولات التي تتعلق بالنظام العام والحالات التأديبية. وقانون الولاية الذي أجاز التداول سرا في الحالات المتعلقة بالكوارث الطبيعية والتكنولوجية، ودراسة الحالات التأديبية للمنتخبين.

³⁵ - نادية ظريفي، مرجع نفسه، ص 231.

³⁶ - أنظر: القانون رقم: 06-01 المؤرخ في: 20 فبراير 2006 متعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته الصادر في ج ر، ع 14، صادر في: 08-03-2006، المعدل والمتمم، المادة 11.

³⁷ - Michel Gribal, Transparence et délégation de service public, les petites affiches, septembre, 1995, p 16.

عن نادية ظريفي، مرجع نفسه، ص 232.

إلا أن القاعدة العامة وتطبيقاً لمبدأ شفافية الخدمة العمومية، ضرورة اعلام الادارة العامة والمرافق العامة بصوره المختلفة عن مختلف ما يفيد ويطلبه المرتفق.

ثانياً: مبدأ المساءلة في المرفق العام.

يمكن تحديد المقصود بالمساءلة في المرفق العام، الحق والقدرة والتمكين على مساءلة ومراجعة وتقييم أداء المرفق العام للخدمة العامة، تطبيقاً لمعايير محددة مسبقاً، بناء على معطيات وبيانات صحيحة، بهدف تقديم خدمة عامة مرفقية ايجابية³⁸.

كما يمكن تحديد المقصود بالمساءلة أيضاً؛ التزام مستغل المرفق العام والمشرف عليه الخضوع للمساءلة، وتحمل المسؤولية عن الأداء، من خلال تفسير وتبرير كل نشاط يستهدف تحقيق المصلحة العامة من هذا المرفق العام³⁹.

حيث يرى الباحث، في هذا السياق أن دور القاضي الاداري قد يبرز بصورة جلية، من خلال امكانية رقابته و" مساءلته " لمسير المرفق العام فيما يجب أن يقدمه للمرتفقين من خدمات، وفي مدى تحقيق الشروط الواجبة الاتباع بخصوصه. وذلك بمعية السلطات والأجهزة الأخرى، سواء الادارية وحتى الشعبية.

ثالثاً: مبدأ الجودة والفعالية في المرفق العام.

مفهوم الجودة يعد أحد المبادئ المستحدثة لسير المرافق العمومية، ويعود الى سنوات الثمانيات من القرن الماضي، ويعبر عن التخلي عن النمط الكمي الى نمط جودة الخدمات المقدمة من المرافق العمومية، حيث المواطن اليوم بات يطالب بالخدمة مع جودتها أيضاً، باعتبارها حق ينتزعها بشروط خاصة ومن بينها جودتها، وبالتالي نفي اعتبارها هبة أو مزية أو منحة من قبل مرافق الدولة⁴⁰.

³⁸ - أنظر: بن علي خليل، سبل تمكين المجتمع المدني في تعزيز المساءلة والشفافية في الادارة المحلية، مجلة أبحاث، ع 5ع أبريل 2018، ص 91.

³⁹ - أنظر: بومدين حسين، أوجامع ابراهيم، " تعزيز قيم الشفافية والنزاهة والمساءلة ومشاركة المواطنين من أجل تحسين الخدمات العامة المحلية "، المجلة الجزائرية للمالية العامة، ع3، ديسمبر 2013، ص 193.

⁴⁰ - نادية ظريفي، مرجع سابق، ص 234.

والمشروع الجزائري جاء مؤكداً لمبدأ الجودة في تسيير المرفق العام بالإضافة الى ما ذكرنا سابقاً، في المادة 06 من المرسوم 88-131 المنظم للعلاقات بين الادارة والمواطن، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم: 03-232 المحدد لمضمون الخدمة العامة للبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية والتعريفات المطبقة عليها وكيفية تمويلها المعدل والمتمم.

رابعاً: مبدأ أخلقة المرفق العام ونزاهته.

ان المبادئ الناظمة للمرفق العام، لا تقتصر فقط في تلك المرتبطة بالطابع المادي، بل قد تتعداه الى مبادئ ذات طابع معنوي، وموجهة للسلوك اللامادي للمرفق العام وأعوانه. حيث يتعدى مفهوم المرفق العام الى روح الدولة، هذه الأخيرة روح الدولة رفعا الى مستوى الأخلاق كما قال Bordeaux⁴¹.

لذلك يصح أن يتأسس مبدأ ناظماً للمرفق العام يمثل " أخلقة المرفق العام ونزاهته ".

حيث يرى محمد أمين بوسماح، أن ما سماه روح الدولة وروح المسؤولية، الذي يعبر في مفهوم " تبني الأخلاقية في ادارة وتسيير الشأن العام والمرافق العامة كذلك، كان عالياً غداة الاستقلال الوطني، ثم تراجع في العشرية السبعينية، من خلال الانحراف الذي سلكه بعض أعوان الادارة والمرافق العامة. لذلك – يقول – تبني الخطاب الرسمي في الميثاق الوطني لسنة 1976 ولسنة 1986 ضرورة التحلي بالروح الأخلاقية والمدنية⁴².

ان مبدأ أخلقة المرفق العام ونزاهته يطرح تساؤلاً في المواجهة التشريعية القضائية، خاصة لما يقدر من جانب مبدأ حسن نية النشاط الاداري من جهة، ومن جهة ثانية حفظ وحماية حقوق وحرريات المواطن والمصالح العامة للمرتفقين بوجه عام؟

تنص المادة 10 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم على أنه: " لا يجوز للمؤسسات أن تقوم بما

يأتي:

.. السلوك المخالف للخلق الاسلامي وقيم ثورة نوفمبر".

حيث النص الدستوري عام، ينص على كافة مؤسسات الدولة، والتي قد يدخل في مضمونها مؤسسات المرفق العام، والتي يجب عليها التزام اتباع السلوك المتطابق مع الخلق الاسلامي وقيم ثورة نوفمبر.

⁴¹ - محمد أمين بوسماح، مرجع سابق، ص 96، 97.

⁴² - المرجع نفسه، ص 97.

بمعنى أنه يمكن، تبني دسترة أخلقة ونزاهة السلوك المتبع من قبل المرافق العامة وأعوانه، من خلال النص أعلاه.

ونص المادة 23 منه – الدستور – نصت على أنه: "لا يمكن أن تكون الوظائف والعهدات في مؤسسات الدولة مصدرا للثراء، ولا وسيلة لخدمة المصالح الخاصة".

حيث يتبنى النص الدستوري حسن سلوك المسؤول عامة، ومنهم أعوان المرافق العامة – من خلال التفسير الواسع للنص الدستوري –، وبراءة ذمتهم المالية، والتي هي بالتأكيد مرتبطة بأخلقة ونزاهة المرافق العامة في الجوانب المالية.

ونص المادة 25 منه كذلك والذي تطرق الى: "عدم تحيز الادارة يضمه القانون". يمثل في جانب منه الى ضمان حيادية الادارة العامة وعدم تحيزها لطرف ما على حساب آخر، وهو في تفسير منه مرتبط بأخلقة ونزاهة الادارة العامة كذلك.

وبالتالي يمكن اعتبار النصوص الدستورية السابقة دسترة لمبدأ أخلقة المرفق العام ونزاهته ولو بصفة غير مباشرة.

وبالنظر الى قانون الوظيفة العمومية، الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، نجده نص في حيثيات مواده على مبدأ أخلقة المرفق العام، من خلال النص على مجموعة من الواجبات والأخلاقيات التي يجب على الموظف العام احترامها من جهة مقابل المرافق العامة، كما يجب على المرفق العام بما يمثله من موارد بشرية احترام هذه المبادئ تجاه المرتفقين في المقابل.

ومن قبيل ذلك على سبيل المثال؛ التزام الطاعة كما جاء في نص المادة 04 منه، والالتزام بالتحفظ كما جاء في نص المادة 26 منه، والالتزام بالسر المني بموجب المادة 48 منه، الالتزام بتقديم الخدمة كما نص عليه المادة 128 منه، والالتزام بالنزاهة والاستقامة كما نص عليه في المادة 41 منه.

وان كان المشرع له دور أساسي في تبني مبدأ الأخلقة للمرافق العامة والنزاهة في سلوكه، فان للقاضي الاداري على الخصوص دور وأثر محوري في تبني المعايير الايجابية والسلبية والتي قد تؤسس لنقطة التوازن في احترام هذا المبدأ من قبل المرافق العامة.

خاصة وأن هذا المبدأ يعبر عن قيم معنوية بالأساس، واحترام اللياقة والأدب في السلوك المتبع من قبل أعوان المرافق العامة تجاه المرتفقين.

خاتمة:

بعد استعراضنا للورقة البحثية، يمكننا الوصول الى النتائج التالية:

_ دور المشرع في بناء نظرية ومادة المرفق العمومي لا ينكر، ولا يجب التسليم بعدم ضرورته، فالتشريعات القانونية لا تزال تواكب تحولات نظرية المرافق العمومية، وتطبيقاتها القانونية والعملية.

_ الدور التشريعي للقانون الإداري في مادة المرافق العمومية، خطأ خطوات نحو تثبيت بعض موضوعات المرافق العمومية، لاسيما في مجال التسيير والادارة في عقود التفويض مثلا، وبقي الدور شبه منقوص في مجال المبادئ القانونية، والتي لا تزال مجالا خصبا في سلطة الاجتهاد القضائي الإداري.

_ دور القاضي الإداري في ابتداع الحلول القضائية لكل قصور يخص مادة المرافق العمومية مازال مبررا ومستمرا.

دور القاضي الإداري في بناء مبادئ المرافق العمومية، واضح في ظل غياب النص القانوني المكتمل.

_ النقص التشريعي لمادة المرافق العمومية سيبقى مستمرا نتيجة لتحولاتها المستمرة، مما يبرر بقاء القاضي الإداري يبتدع الحلول القضائية الملائمة، حتى لا يوصف بنكران العدالة.

_ تداخل القانون الخاص والقانون العام في مادة المرافق العمومية، يبرر بشكل كبير بقاء الدور القضائي في فض أي اشتباك بينهما وفي بناء مفاهيم وقواعد يتبناها المشرع في ما بعد تثبيتا لتوجهات القضاء في ذلك. وبناء على ما سبق نقترح بعض التوصيات فيمايلي:

- تعزيز دور القاضي الإداري المتمثل في مجلس الدولة الجزائري باعتباره أعلى جهة قضائية إدارية تضمن توحيد الاجتهاد القضائي، من خلال دور الغرف المجتمعة في تبني الحلول القضائية في كل نقص يخص مادة المرافق العمومية، وذلك من خلال الإطار القانوني المنظم لذلك.

- الدعوة لاقتراح قانون لأخلاقيات المرفق العمومي، يكون بمثابة مؤطر للعلاقة بين المرافق العمومية بصفة عامة والمرتفقين، يمنح من خلاله الخلقة حياة الخدمات العمومية.

سد الفراغ التشريعي في مادة الضبط الإداري أمام قاضي الإلغاء

د. ذيب آسيا

د. عبد الرزاق مرابط

كلية الحقوق جامعة باجي مختار - عنابة

كلية الحقوق جامعة باجي مختار - عنابة

abderrezzaqmerabet@yahoo.fr

ملخص :

من بين أهم الأدوار التي يلعبها القاضي الإداري هي دور حامي الحقوق و الحريات، حيث يواجه قرارات الإدارة العامة الرامية لضبط حريات و حقوق الأفراد عن طريق ما يعرف بدعوى الإلغاء، ومن بين ما يصطدم به القاضي الإداري في كثير من الأحيان عند تصديه لقرارات الضبط الإداري سكوت المشرع عن تنظيم طريقة ممارسة حرية أو حق فردي مما ينشأ لنا فراغا تشريعيا، يجعلنا نحتكم لأمرين إما أن نعتبر ما سكت عنه المشرع فهو مباح و يمارس دون قيود و التي يمكن من خلالها الوصول لخلل في النظام العام من جهة ، و يمكننا الاحتكام لقاعدة السلطة التقديرية للإدارة و التي تكون سببا لإصدارها لقرارات الضبط الإداري التي تمس بحقوق و حريات الأفراد الذين مكنهم القانون بحق الطعن في القرارات الإدارية أمام القاضي الإداري الذي يتصدى للفراغ التشريعي و يسبب قراراته التي من الممكن أن تصبح اجتهاد يترجم مستقبلا كتشريع مثلما كان عليه التطور في بلد منشأ القانون الإداري بمفهومه الضيق، وهذا ما سنتناوله هذه المداخلة من إشكاليات لعنوانها المتمثل في سد الفراغ التشريعي في مادة الضبط الإداري أمام قاضي الإلغاء.

Summary :

Among the most important roles played by the administrative judge is the role of the protector of rights and freedoms s rights through what is known as abolition, One of the often encountered by the administrative judge when dealing with administrative control decisions is the lawmaker's silence on regulating the manner in which freedom or individual right is exercised, creating a legislative vacuum. It makes us judge two things, either to consider the lawmaker's silence as permissible and practised unrestricted and through which a public order imbalance can be reached on the one hand, We can invoke the rule of discretion of the administration, which is the reason for its issuance of administrative control decisions affecting the rights and freedoms of individuals who are enabled by law to appeal administrative decisions to the administrative judge who addresses the legislative vacuum and causes its decisions that could become a case law translated into legislation in the future, as was the development in the country of origin of administrative law in its narrow sense.

And this is what this intervention will address the problems of its title of closing the legislative vacuum in the administrative control article before the annulment judge.

مقدمة :

يظهر نشاط الإدارة العامة في مواجهة الجمهور في صورتان أساسيتان الأولى تتمثل في الخدمات التي يستفيد منها الجمهور لهذا أسس فقه القانون الإداري نظرية المرفق العام الذي من خلاله تظهر أهمية الغدارة العامة في تنظيم المجتمع و توفير مجموع الخدمات الضرورية للمجتمع والدولة، أما الصورة الثانية للنشاط الإداري فيظهر من خلالها تدخل هيئات الإدارة العامة في تنظيم ممارسة الحقوق و الحريات الفردية و الجماعية في إطار الحفاظ على النظام العام بما يدعى بالضبط الإداري.

تظهر أهمية تدخل الإدارة العامة في تنظيم ممارسة الحقوق و الحريات العامة في حماية الحقوق و الحريات العامة في حد ذاتها من جهة و حماية حقوق و حريات المجتمع ككل كمن جهة أخرى فممارسة الحقوق و الحريات على إطلاقها قد يسبب خلافا في المجتمع و خلافا في حدود الحقوق و الحريات في حد ذاتها.

يظهر تدخل الإدارة العامة في ممارسة الأفراد و الجماعات لحقوقهم و حرياتهم الفردية والجماعية من خلال مجموع القرارات الإدارية التي تصدرها لتنظيم ممارسة هذه الحقوق و الحريات والتي بدورها في الظروف العادية يمكنها أن تكون محل منازعة إدارية يختص بالنظر فيها القاضي الإداري حامي الحقوق و الحريات.

لا يتوقف دور القاضي الإداري في مراقبة القرار الإداري من حيث أركانه فقط بل يمتد للأسباب التي بني عليها القرار الإداري التي قد تظهر من خلالها بعض التجاوزات الإدارية لما يسمح به القانون من جهة و الظرف المادي الذي أدى بالإدارة لمنع أو حضر ممارسة حق من الحقوق الفردية أو الجماعية و حرية من الحريات الفردية أو الجماعية.

من خلال هذه المداخلة نعمل على إظهار أهمية دور القاضي الإداري في تجاوز لغة النص القانوني إلى روح النص القانوني الذي ينطلق من مبدأ إباحة الأفعال ما لم يمنعها القانون من جهة والدور الاجتهادي للقضاء الإداري في سد الفراغ التشريعي الناتج عن تطور نشاطات

الأفراد والمجتمعات الذي يلزمه مواكبة الإدارة لتلك التطورات خاصة في مجال الحقوق و الحريات لضبطها من جهة وتنظيمها من جهة ثانية.

يطرح موضوع سد الفراغ التشريعي في مادة الضبط الإداري أمام قاضي الإلغاء إشكالية تتمحور حول ما مدى حدود تدخل القضاء الإداري في سد الفراغ التشريعي الواقع عند رقابته على قرارات الضبط الإداري؟

من خلال هذه الإشكالية يمكننا طرح إشكاليات فرعية تتمثل في ما المقصود بقرارات الضبط الإداري؟ و ما هو دور القاضي الإداري في الرقابة على قرارات الضبط الإداري؟. للإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج الوصفي في مجال ضبط مفاهيم قرارات الضبط الإداري والمنهج التحليلي في مجال تحديد دور القاضي الإداري في الرقابة على مشروعية و ملائمة قرارات الضبط الإداري حيث يظهر دور القاضي في سد الفراغ التشريعي في مادة الضبط الإداري .

المبحث الأول : قرارات الضبط الإداري

عرف الفقه الضبط الإداري بمعيارين هما المعيار العضوي والمعيار الموضوعي. فتبعا للمعيار العضوي يمكن تعريف الضبط الإداري على أنه مجموع والهيئات التي تتولى القيام بالتصرفات والإجراءات التي تهدف إلى المحافظة على النظام العام. منطلق المعيار الموضوعي يمكن تعريف الضبط الإداري على الإجراءات والتدابير التي تقوم بها الهيئات العامة حفاظا على النظام العام. أو النشاط التي تقوم به السلطات العامة من أجل المحافظة على النظام العام¹.

المطلب الأول : صور قرارات الضبط الإداري

قرارات الضبط الإداري هي عبارة عن قرارات تنظيمية تصدر عن الإدارة في شكل مراسيم أو قرارات يكون موضوعها ضبط ممارسة الحريات العامة وينجم عن مخالفتها جزاءات تحددها النصوص²

¹ عمار بوضياف الوجيز في القانون الإداري ، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص 368
² عمار بوضياف الوجيز في القانون الإداري ، المرجع نفسه ، ص 384

تظهر صور قرارات الضبط الإداري في مختلف الأشكال التي تحافظ من خلالها السلطات الإدارية على النظام العام حيث يخولها القانون أن تصدر قرارات الضبط الإداري لمنع أو حصر ممارسة سلوك ما و قد يسمح لها القانون بأن تقيد ممارسة سلوك آخر عن طريق رخصة مسبقة صادرة عنها و في حال خروج الأفراد و الجماعات يمكنها استعمال وسائلها الجبرية لمنع السلوك .

الفرع الأول : الحظر أو المنع

وهو أعلى أشكال المساس بالحريات العامة من الإدارة بهدف المحافظة على النظام العام، وعندما تفرض الإدارة على الأفراد نشاطا معيناً فلا تمنع بمجرد المنع، وإنما لتحقيق مقصد عام يعود بالنفع على جميع أفراد المجتمع، فمنع المرور على جسر آتل للسقوط ومنع التجول ليلاً في ظروف غير عادية إنما الهدف منه حماية الأرواح¹.

الفرع الثاني الترخيص:

قد تشترط الإدارة وطبقاً لنصوص القانون أو التنظيم على الأفراد ترخيصاً معيناً إن هم أرادوا ممارسة حرية معينة أو القيام بعمل معين كما لو أراد الأفراد ممارسة حق التجمع أو إقامة مسيرة فمن حق الإدارة أن تفرض عليهم الحصول على رخصة قبل القيام بالنشاط وإلا كان عملهم مشوباً بعييب في المشروعية. كما تستطيع الإدارة أن تفرض على حامل السلاح استصدار رخصة لذلك أو أن تفرض على من أراد الدخول لمنطقة معينة الحصول على إذن من جهة محددة وعادة ما يكون ذلك في الحالات الاستثنائية².

الفرع الثالث استخدام القوة

الأصل هو امتثال الأفراد لقرارات الإدارة وخضوعهم إليها، أنه وفي حالات معينة يجوز استعمال القوة لمنع نشاط معين لم يخضع منظموه للقوانين والتنظيمات كما لو أراد الأفراد إقامة مسيرة معينة ولم يقدموا طلباً للإدارة بذلك أو أنهم قدموه ورفض من جانبها لسبب أو لآخر وتعتمد

¹ عمار بوضياف الوجيز في القانون الإداري، المرجع نفسه، ص 384

² عمار بوضياف الوجيز في القانون الإداري، المرجع نفسه، ص 385

الإدارة في اللجوء للقوة على إمكاناتها المادية والبشرية لصد كل نشاط يؤدي إلى المساس بالنظام العام¹.

المطلب الثاني : ركن السبب في قرارات الضبط الإداري

أركان القرار الإداري هي الركائز التي يقوم عليها القرار الإداري و التي يقسمها الفقه لأركان شكلية و أركان موضوعية و هناك من يسميها أركان داخلية وأركان خارجية و هي على العموم ركن الاختصاص و ركن الشكل و الإجراءات و ركن المحل و ركن الغاية كل هذه الأركان ينقصها ركن أساس و هو ركن السبب الذي يعتبر أساس تبرير الإدارة العامة لقراراتها ككل و قرارات الضبط الإداري خاصة

لما كان القرار الإداري تصرفا يستند إلى إرادة الإدارة، فهو يتم عن اختبار ناتج عن فكرة معينة تولدت في ذهن رجل الإدارة بفعل عامل خارجي *Fait extérieur* وذلك هو سبب القرار الإداري، وهو ما يشبهه العميد الدكتور سليمان محمد الطاوي "بإشارة المرور" التي لا يمكن السير دون مراعاتها، ولكن وجودها يستلزم ضرورة المرور"⁽¹⁾، أو ما يسميه الفقيه الفرنسي *Duguit* بالسبب الملهم أو الدافع *motif impulsif* وعليه، يمكن تعريف السبب بأنه: الحالة الواقعية أو القانونية السابقة على القرار والدافعة إلى تدخل الإدارة لاتخاذها، فهو مبرر وسند خارجي لإصداره².

إذا فركن السبب هو أساس معرفة الدافع لاتخاذ أي قرار إداري و هو الذي يحدد رد فعل الإدارة العامة هل يتناسب مع السبب في موضوع القرار الإداري أي ركن المحل أم لا كما أن ركن السبب هو من يحدد لنا أيضا هدف القرار الإداري عند اقترانه مع المحل و يظهر تجاوز السلطة من عدمه.

المبحث الثاني : دور قاضي الإلغاء في الرقابة على قرارات الضبط الإداري

يتدخل القاضي الإداري من خلال ما يسمح به القانون في الرقابة على أعمال الإدارة العامة و هي رقابة بعدية و ليست قبلية، حيث يمكن للقاضي الإداري بسط رقابته على القرار

¹ عمار بوضياف الوجيز في القانون الإداري ، المرجع نفسه ، ص 385
² محمد الصغير بعلي القرارات الإدارية ، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر ، ص 41

الإداري بعد اخطاره بوجود نزاع عن طريق رفع دعوى قضائية مخاصمة للقرار الإداري أو إقامة لمسؤولية الإدارة العامة .

قرارات الضبط الإداري أيضا تخضع للرقابة على مشروعيتها و ذلك برفع دعوى إلغاء ضد قرارات الضبط الإداري حيث يتدخل القاضي في الرقابة على مشروعية القرار الإداري من جهة وملائمة تصرف الإدارة العامة مع سبب إصدار القرار الإداري من جهة ثانية و من خلال هذا المبحث سنتطرق لرقابة المشروعية في مطلب أول ثم رقابة الملائمة في مطلب ثاني.

المطلب الأول : رقابة المشروعية على قرارات الضبط الإداري

تظهر مشروعية القرار الإداري في بناء أركانه فإن كانت أركان القرار الإداري صحيحة رقابة أركان القرار الإداري ككل الاختصاص بالنظر في المكنة القانونية للإدارة و الشخص و الإقليم الذي أصدر عنه و فيه القرار الإداري .

ينظر القاضي الإداري أيضا في شكل القرار الإداري و صحة توقيعه و المراحل الضرورية لإصدار القرار الإداري عند رقابته على ركن الشكل و الإجراءات. ينظر القاضي أيضا في ركن السبب للحالة القانونية أو الواقعية التي دفعت بالإدارة العامة و رجل الغدرة المختص لإصدار قراره الإداري .

ينظر القاضي الإداري لموضوع القرار الإداري و محله هل يستدعي سببه إصدار ذلك القرار من عدمه و هل هو موضوع مشروع أو غير مشروع .

ينظر كذلك القاضي الإداري في هدف القرار الإداري و هل تجاوزت الإدارة أهدافها القانونية التي من أجلها منحت إختصاص الضبط الإداري و الحفاظ على النظام العام من عدمها.

المطلب الثاني : رقابة الملائمة على قرارات الضبط الإداري

القاضي الإداري هو شخص من الأشخاص المكونين للمجتمع و يعيش داخله لهذا فإن رقابته على القرارات الإدارية لا تتوقف عند النظر في مشروعيتها بل يمتد كذلك لملائمتها .

تظهر رقابة القاضي الإداري على قرارات الضبط الإداري في مجال الملائمة في اعتبار أن مثل بعض القرارات تتجاوز أسباب إصدارها فبعض التصرفات أو السلوكات التي يعتبرها الأفراد و الجماعات مباحة يمكن الإدارة العامة منعها أو فرض رخصة لممارستها و هنا يمكن للقاضي

الإداري التدخل وفقا للظروف التي يعرفها في المجتمع و في غياب النص القانوني يلغي قرار الإدارة العامة في مجال الضبط الإداري ما دام ليس هناك نص قانوني " فراغ قانوني " و يسد ذلك الفراغ عن طريق اباحة التصرف أو أن يؤيد قرار الإدارة العامة و يعتبر فعل أو سلوك ما يدخل ضمن السلوكات المخلة بالنظام العام.

الخاتمة :

من خلال ما تقدم في هذه المداخلة توصلنا إلى ضبط مفهوم الضبط الإداري الذي يعتبر من اهم صلاحيات و وظائف الإدارة العامة من أجل الحفاظ على النظام العام حيث تستعمل من خلالها مجموعة من التدابير في شكل قرارات إدارية و أعمال مادية حيث تتمثل صلاحيات الإدارة العامة في مجال الضبط الإداري في إصدار قرارات الضبط الإداري من منع لممارسة بعض الحقوق و الحريات الفردية و الجماعية كما يمكنها فرض إصدار رخصة لممارسة هذه الحقوق و الحريات كما يمكنها التدخل بالقوة العمومية لفرض النظام العام .

إن صلاحيات الضبط الإداري تخضع للرقابة الإدارية و الرقابة القضائية حيث يعهد للقاضي الإداري الرقابة على تصرفات الغدارة العامة من خلال مختلف الدعاوى القضائية التي يمكن للمتازعين مع الإدارة العامة رفعها أمام هيئات القضاء الإداري و هنا يأتي دور القاضي الإداري في الرقابة على القرارات الإدارية الصادرة في مادة الضبط الإداري حيث منح القاضي اختصاصين اختصاص لوقف تنفيذ القرارات الإدارية الماسة بالحريات العامة من جهة و إختصاص إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة و التي لا تتلائم مع ما يسمح به القانون و ما يتطلبه المجتمع.

عند ممارسة القاضي الإداري لاختصاصه الرقابي قد يصطدم بقرار يتعلق بالضبط الإداري سكت عنه النص القانوني فهل يعتمد على قاعدة ما سكت عنه القانون فهو مباح أي الأصل في الأفعال الإباحة أم يتبع ما تراه الإدارة العامة من منع و مساس للنظام العام و هنا يظهر دور قاضي الإلغاء في مادة الضبط الإداري في سد الفراغ التشريعي.

"دور القاضي الإداري في مجال تنفيذ القرارات القضائية الإدارية في الجزائر"

د. مرجال عائشة

المركز الجامعي سي الحواس بريقة

مخبر آفاق الحوكمة والتنمية المحلية المستدامة

aicha.merdjal@cu-barikadz

ملخص:

تحوز أحكام القضاء حجية مطلقة لما قضت به من أحكام، ويتعلق الأمر بجميع الأحكام القضائية، سواء كانت صادرة عن جهات القضاء العادي أو جهات القضاء الإداري، وتعد الأحكام الصادرة عن هذه الأخيرة أكثر خصوصية، نظرا لاشتمالها على علاقة غير متوازنة أو نزاع غير متساوي جمع بين الإدارة كطرف قوي والشخص الخاص كطرف ضعيف غير حائز لأدلة الإثبات.

ولعل أكبر خيبة يتعرض لها المواطن هي أن تبقى الأحكام القضائية الصادرة في مواجهة الإدارة حبرا على الورق، بسبب امتناعها أو تماطلها في تنفيذها، لذلك منح المشرع الجزائري القاضي الإداري سلطات واسعة في هذا المجال تم ايرادها من خلال هذه المداخلة.

The judgements have absolute authority over their judgements. All judgements, whether rank-and-file or administrative, are more specific, as they include an unbalanced relationship or an unequal dispute between the administration as a powerful party and the private person as a vulnerable party without evidence.

Perhaps the greatest disappointment to the citizen is that the judgements handed down in the face of the administration remain a dead letter, because of their failure or inaction. Therefore, the Algerian legislature has granted the administrative judge extensive powers in this area, which have been included in this intervention.

مقدمة:

يعد مبدأ تنفيذ أحكام القضاء من المبادئ العامة المكرسة في مختلف الدساتير الجزائرية، بما فيها التعديل الدستوري الأخير لسنة 2020 الذي نص في مادته 178 على أن: "كل أجهزة الدولة مطالبة في كل وقت وفي كل مكان، وفي جميع الظروف بالسهر على تنفيذ أحكام القضاء". وقد أطرّت الفقرة الثانية من هذه المادة على أن القانون يعاقب كل من يعرقل حسن سير العدالة وتنفيذ قراراتها¹.

ينطبق الحكم المذكور أعلاه على جميع الأحكام الصادرة عن مختلف الجهات القضائية عادية كانت أو إدارية، وفيما يخص النوع الثاني من الهيئات القضائية، فإن هذه الأخيرة تختص بجميع المنازعات التي تكون الإدارة العامة طرفاً فيها، طبقاً لنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتصدر الأحكام بصفة عامة في المادة الإدارية على نوعين: فمنها الأحكام الصادرة في مواجهة الأفراد أو المواطنين والأحكام الصادرة في مواجهة الإدارة².

بالنسبة للنوع الأول من الأحكام، فإنه لا يثير أي إشكال، على أساس أن الإدارة العامة متى كانت حائزة لسند تنفيذي مهور بالصيغة التنفيذية، فإنها تستطيع تنفيذه بطرق التنفيذ المعروفة أمام القضاء العادي، حيث يتم اللجوء في مرحلة أولى إلى التنفيذ الاختياري الذي يقوم به المدين بمحض إرادته دون تدخل من السلطة العامة، أما إذا تعذر عليه أو في حالة امتناعه عن الوفاء أو التنفيذ الاختياري فيتم اللجوء إلى التنفيذ الجبري أو القهري. والتنفيذ الجبري إما أن يكون تنفيذاً مباشراً أو غير مباشر عن طريق الحجز (في حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود ولاستحالة التنفيذ العيني) أو عن طريق الغرامة التهديدية.

أما النوع الثاني من الأحكام، وهو الأكثر شيوعاً، فيتمثل في الأحكام الصادرة في مواجهة الإدارة العامة، ذلك أن أغلبية الدعاوى تكون الإدارة مدعى عليها فيها لحيازتها لامتيازات السلطة العامة، خاصة آلية التنفيذ المباشر أو الجبري التي تخولها تنفيذ قراراتها جبراً دون حاجة للجوء إلى

1 - التعديل الدستوري لسنة 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 82، المؤرخة في: 30 ديسمبر 2020.

2 - القانون رقم: 09-08 المعدل والمتمم بالقانون رقم: 22-13 المؤرخ في: 12 يوليو 2022، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 48.

القضاء، حيث نجد أن الأشكال الرئيسية بالنسبة لهذا النوع من الأحكام هو امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها، مما يحول هذه الأحكام إلى مجرد شرح نظري للقوانين طالما أنها لا تحمل قوة محمية.

ومن هنا نطرح الإشكال التالي: ماهي السلطات الممنوحة للقاضي الإداري الجزائري من أجل إجبار الإدارة العامة على تنفيذ القرارات القضائية الصادرة في مواجهتها؟

للإجابة على هذه الإشكالية نفرق في هذا الصدد بين تنفيذ الأحكام الإدارية القاضية على الإدارة بدفع مبالغ مالية، وبين تنفيذ أحكام الإلغاء.

المحور الأول: سلطات القاضي الإداري في تنفيذ الأحكام الإدارية القاضية على الإدارة بدفع مبالغ مالية

القاعدة العامة أن أموال الإدارة العامة لا يجوز الحجز عليها من قبل الخواص، كإحدى آليات التنفيذ الجبري المعتمدة ضدها من قبل الخواص، لذلك استحدث المشرع الجزائري آليات قانونية نوعية حدد بمقتضاها كيفية تنفيذ الأحكام القاضية على الإدارة بدفع مبالغ مالية بواسطة موظفين عموميين هم أمناء الخزينة العمومية على مستوى الولايات.

أصدر المشرع في سبيل ذلك القانون رقم: 02/91 المؤرخ في 08/01/1991 المتعلق بالقواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء³، علما أن أحكام هذا القانون قد أغلقت بموجب القانون العضوي، رقم: 22-13 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، بموجب نص المادة 15 منه، والتي نصت على أنه: "تلغى أحكام القانون رقم 91-02 المؤرخ في: 22 جمادى الثانية عام 1411 الموافق ل 08 يناير 1991 الذي يحدد القواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء"، ونقلت أحكام هذا القانون الملغى إلى نص المادة 986 بعد تعديلها بموجب القانون: 22-13.

³ - القانون رقم: 02-91 المؤرخ في: 08-01-1998، المتعلق بالقواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء، ج ر عدد 02، الصادرة بتاريخ: 08-01-1991، ص 24.

وقد فرقت هذه لمادة بين الحكم القاضي بمبلغ مالي لفائدة إدارة عامة أخرى على إدارة عامة،
وحالة الحكم القاضي بمبلغ مالي على الإدارة لفائدة أحد أشخاص القانون الخاص .

أولاً: تدابير تنفيذ الحكم القاضي بمبلغ مالي لفائدة إحدى الإدارات العمومية:

نصت الفقرتان 05 و 06 من المادة 986 سالفه الذكر على هذه التدابير، ويمكن تلخيصها

فيما يلي:

- وجوب تقديم عريضة مرفقة بنسخة تنفيذية من الحكم القضائي المراد تنفيذه، والوثائق والمستندات التي تثبت بأن جميع المساعي الودية لتنفيذ الحكم الإداري طيلة 04 أشهر بدون جدوى.

- تقدم العريضة والنسخة التنفيذية والوثائق إلى أمين خزانة الولاية للإدارة المعنية.

- يقوم أمين خزانة الولاية بفحص الملف وسحب مبلغ الدين من حساب الإدارة المحكوم عليها لفائدة الإدارة المحكوم لها على أن يقوم بذلك، غير أن هذه المادة لم تحدد الأجل الذي يقع على أمين الخزانة عدم تجاوزه، بخلاف القانون 91-02، الذي كان ينص على أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع العريضة.

- يمكن أمين الخزانة، قبل عملية التحويل، طلب معلومات إضافية من الجهة القضائية التي أصدرت الحكم أو القرار المطلوب تنفيذه خلال 04 أشهر.

ثانياً: تدابير الحكم القاضي بمبلغ مالي لفائدة أحد الخواص

نصت على هذه التدابير الفقرات الأولى من المادة 986 على النحو التالي:

- التبليغ الرسمي للتكليف للمنفذ عليه بالوفاء بما تضمنه السند التنفيذي والمصاريف في

أجل شهرين.

- في حالة امتناع المنفذ عليه عن التنفيذ بعد انتهاء الآجال، يحرر المحضر القضائي محضر

امتناع عن التنفيذ.

- يتم اعداد طلب مرفق بوثائق ثبوتية ونسخة تنفيذية للحكم ومحضر الامتناع عن التنفيذ ومحضر التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء ورقم الحساب الجاري، بعد انتظار مدة شهرين على الأقل من تحرير محضر الامتناع أمام أمين خزينة الولاية التي يقع فيها موطن الشخص المحكوم له بالمبلغ المالي.

- يجب أن يتحقق أمين خزينة الولاية من الوثائق الثبوتية وأن يقوم بصرف التعويض خلال مدة لا تتعدى 03 أشهر من تاريخ إيداع الطلب.

- يمكن أمين الخزينة قبل عملية التحويل أن يطلب معلومات إضافية من المحضر القضائي أو من الجهة القضائية المصدرة للحكم أو القرار المطلوب تنفيذه خلال مدة 03 أشهر.

وقد طرحت على الغرفة الإدارية قضية أكدت فيها بمناسبة نظرها في استئناف حكم صادر عن الغرفة الإدارية للدرجة الأولى قضى برفض دعوى شخص طالب القاضي الإداري بالزام بلدية سبق للقضاء أن ألزمها بدفع تعويض مالي امتنعت عن دفعه، لعدم سلوكه للإجراءات المنصوص عليها بالقانون 11/91 من أجل تنفيذ الحكم الذي منحه التعويض ضد بلدية أم البواقي.

المحور الثاني: سلطات القاضي الإداري في تنفيذ الأحكام القضائية الفاصلة في دعوى الإلغاء

توجد جملة من الاشكالات العملية فيما يخص تنفيذ الادارة للأحكام القضائية الصادرة ضدها فيما يتعلق بدعاوي الالغاء، أي عندما يستجيب القاضي لخصمها، ويقوم بإلغاء القرار الاداري المطعون فيه وتتمثل هذه الاشكالات في :

- غموض الحكم الاداري في منطوقه من حيث عباراته ومدلوله بما يجعله قابلا للعديد من التأويلات عند تنفيذه، بما يؤخر ويصعب عملية تنفيذه⁴.

- الموقف السلبي لجهة الادارة تجاه أحكام الالغاء إما بالامتناع عن التنفيذ أو التنفيذ الناقص والمعيب للحكم الاداري أو التماطل عن التنفيذ، والسبب الحقيقي وراء هذا التماطل أو الامتناع أن المسؤولين في الادارة يرون بأن حكم القضاء بإلغاء قراراتهم فيه تحد لارادتهم.

⁴ - سليم بن سهلي، الأحكام الإدارية الصادرة بإلغاء وكيفية مواجهة امتناع الإدارة عن تنفيذها، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2011، ص 233.

في جميع هذه الحالات يستحيل التنفيذ الجبري على الإدارة والزامها عن طريق القوة العمومية بالقيام بعمل معين، إذ تعد خصما شريفا حسن النية، فلا يمكن استخدام القوة العمومية التي توجد تحت تصرفها ضد نفسها لتؤمن تنفيذ الأحكام الصادرة عنها.

تبعاً لذلك وضع المشرع آليات وضمانات من أجل إجبار الإدارة على التنفيذ تتمثل في: توجيه أوامر للإدارة باتخاذ تدابير تنفيذية معينة، توجيه الغرامة التهديدية و توقيع عقوبة جزائية على الموظف الممتنع عن التنفيذ.

أولاً: توجيه أوامر للإدارة باتخاذ تدابير تنفيذية معينة

قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 كان موقف القضاء الإداري متذبذباً في هذا الشأن لكنه حسم الأمر بموجب هذا القانون، وتم الاعتراف صراحة للقاضي الإداري بسلطة توجيه أوامر للإدارات العمومية، حيث كان الاتجاه الغالب له هو رفض توجيه أوامر للإدارة للقيام بعمل معين أو الامتناع عنه اعتماداً على قاعدة الفصل بين السلطات.

وقد كرس قانون الإجراءات المدنية والإدارية سلطة الإدارة في توجيه أوامر تنفيذية لجهة الإدارة العامة من خلال المواد 978، 979، 981، حيث اعترفت المادة 978 بسلطة توجيه أوامر سابقة للتنفيذ أي في الحكم الأصلي، من خلال إلزام الإدارة باتخاذ التدابير المطلوبة في القرار القضائي بالإنهاء بالإضافة إلى توجيه أمر لها مثل الحكم عليها بإعادة الموظف مثلاً إلى منصب عمله، شرط أن يقدم ذلك في الطلب القضائي .

أما المادتان 979 و 981 فتتعلقان بتوجيه أمر لجهة الإدارة العامة باتخاذ تدبير معين لم يطلب في الدعوى الأصلية، وكان تنفيذ الحكم يستدعي ذلك، ففي هذه الحالة يقدم طلب جديد إلى القاضي، لتصدر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك حكماً بإصدار قرار إداري جديد في أجل محدد ، كأن يصدر القاضي قراراً بالإنهاء قرار رفض منح رخصة البناء مثلاً، وسيستدعى تنفيذ هذا الحكم أن يأمر القاضي رئيس البلدية بإصدار قرار جديد بمنح طلب التنفيذ رخصة البناء.

أما المادة 981 فتتعلق بالحالة التي قد تمتنع فيها الإدارة عن تنفيذ الحكم، ولم تحدد التدابير التنفيذية في الحكم القضائي الصادر ضدها، فتقوم الجهة المطلوب منها ذلك بتحديدتها، ويجوز لها توجيه أمر مع تحديد أجل للتنفيذ.

ثانيا: توقيع الغرامة التهديدية

كان التوجه السائد في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى هو امتناع القضاء الإداري عن توقيع الغرامة التهديدية على جهة الإدارة العامة من أجل إجبارها على تنفيذ أحكام القضاء لعدم وجود نص قانوني يخولها صراحة ذلك لكن بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن هذا الأخير اعترف صراحة بإمكانية توقيع غرامة مالية على الإدارة تكرهها على التنفيذ.

والغرامة المالية هي امتداد لسلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر لجهة الإدارة العامة، لأن القاضي بإمكانه توجيه أوامر للإدارة باتخاذ تدابير تنفيذية معينة تحت طائلة غرامة تهديدية، وقد نظمتها المواد من 980 إلى 988 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتعرف الغرامة التهديدية على أنها وسيلة للإكراه بوجهها القاضي كإدانة مالية احتياطية في حالة عدم تنفيذ الطرف الخاسر للدعوى لمحتوى الحكم القضائي، وهي ليست إصلاحا للضرر بل وسيلة ضغط لتسهيل ذلك التنفيذ.

لابد أن نشير بأنه يوجد نوعان من الغرامة التهديدية: غرامة يقضي بها القاضي في الحكم الأصلي مع اصدار أمر باتخاذ تدابير تنفيذية معينة تحت طائلة غرامة تهديدية، وهناك غرامة لاحقة على صدور الحكم الأصلي طبقا لنص المادة 981 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث ترفع دعوى لطلب تدابير تنفيذية معينة تحت طائلة غرامة تهديدية مع امتناع الإدارة عن التنفيذ، ويشترط انقضاء مهلة 03 أشهر من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم (987) حتى يمكن تقديم طلب للمحكمة الإدارية المختصة من أجل توقيع الغرامة.

وتوقيع الغرامة التهديدية من قبل القضاء الإداري قد يكون تلقائيا أو بناء على طلب من المعني عكس الأمر بتدابير تنفيذية والذي يجب أن يكون دائما بناء على طلب المعني، علما أنه في

حالة تحديد المحكمة الادارية أجلا معيناً للإدارة من أجل اتخاذ تدابير تنفيذية معينة فلا يجوز طلب الغرامة لإكراه الإدارة على اتخاذ هذه التدابير إلا بعد انقضاء هذا الأجل.

الأمر بالغرامة التهديدية من الجهة التي أصدرت الحكم أو الأمر أي قاضي موضوع أو استعجال محكمة ادارية أم الدولة وقد أكرم ذلك في قرار صادر عنه في 2010/07/14 .

ويظهر الدور الإيجابي للقاضي الإداري في مجال فرض الغرامة التهديدية على الطرف الممتنع عن التنفيذ من خلال النقاط التالية⁵:

1- الحكم بقبول أو رفض طلب الغرامة التهديدية حتى وإن كان الطلب مستوفي للشروط المقررة

قانوناً، كما خوله القانون سلطة فرض الغرامة التهديدية تلقائياً.

2- سلطة تحديد تاريخ سريان الغرامة التهديدية، ولم يضع له المشرع في ذلك ضوابطاً أو حدوداً..

3- سلطة تحديد مقدار الغرامة التهديدية.

4- سلطة القاضي الإداري في قبول أو رفض طلب تصفية مبلغ الغرامة التهديدية

5- سلطة القاضي الإداري في تعديل مقدار الغرامة التهديدية عند تصفيتها بالزيادة أو النقصان

أو الإلغاء، ومنحه سلطة واسعة في توزيع حصيلة الغرامة.

6- سلطة القاضي الإداري في توزيع الغرامة التهديدية بعد تصفيتها.

ثالثاً: المسؤولية الجزائية للموظف العمومي المعرقل لتنفيذ حكم قضائي

إن الانتشار الواسع والخطير لظاهرة امتناع الإدارة عن تنفيذ القرارات القضائية الصادرة ضدها، جعلت المشرع الجزائري يتبنى سياسة جديدة بخصوص هذه المسألة، تتمثل في إقرار المسؤولية الشخصية بمختلف أنواعها على الموظف الممتنع عن تنفيذ تلك القرارات القضائية، إذ أن هذه المسؤولية يمكن أن تظهر في عدة صور، وكل صورة منها تخضع لنظام قانوني معين، يستهدف بعث أكثر فعالية ممكنة لها، وذلك من خلال زجر الموظف الذي يثبت قيام مسؤوليته في مسألة

⁵ - يعقوبي يوسف، سلطة القاضي الإداري في الأمر بالغرامة التهديدية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 13، العدد 02، 2021، ص 167.

عدم التنفيذ، فقيام المسؤولية الشخصية وفقا لهذا المعنى، يعتبر من أهم الطرق الاكراهية التي يمكن أن تعمل لتقويم سلوك الموظف الممتنع عن تنفيذ قرارات الإلغاء الصادرة ضد الإدارة العامة⁶.

لقد نصت المادة 138 مكرر من قانون العقوبات المعدل سنة 2001 على أن كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفيته لرفض تنفيذ حكم قضائي أو امتنع أو اعترض أو عرقل عمدا تنفيذ حكم قضائي يعاقب بالحبس من 06 أشهر الى 03 سنوات وغرامة من 5000 الى 50.000 دج. وقد رد هذا النص من أجل ردع كل التصرفات الشخصية التعسفية التي تصدر عن بعض أعوان الدولة لعرقلة تنفيذ القرار وهي جنحة سوء استعمال السلطة من قبل العون العمومي، غير أن الركن المعنوي لهذه الجريمة صعب الإثبات أي القصد المتعمد عند اتخاذ الموظف السلوك الذي سلكه بالامتناع أو التراخي عن التنفيذ.

كما يصعب في ذات الوقت اثبات الركن الشخصي في جريمة الامتناع، ذلك أن المادة المذكورة أعلاه لم تحدد المقصود بالموظف العام، هل هو ذات المفهوم الوارد في الأمر: 03-06 المتضمن قانون الوظيف العمومي⁷؟ أم أنه مفهوم واسع حسب ما ورد في قانون الفساد رقم: 06-01 المعدل والمتمم.

كما ينتقد نص هذه المادة بسبب صعوبة تكييف جريمة الامتناع عن التنفيذ، ذلك أن أحكام المسؤولية الجزائية في جريمة الامتناع عن التنفيذ كما قررها المشرع غير مجدية، بحيث يمكن أن تنتفي هذه المسؤولية استنادا إلى ظروف وملابسات تصرف الموظف، فالإهمال والتسويق دون النية السيئة في عدم التنفيذ لا يرتبان تطبيق هذه المادة⁸.

خاتمة:

نخلص من خلال هذه المداخلة إلى أن القاضي الإداري يتمتع بسلطات واسعة اتجاه الإدارة الممتنعة عن تنفيذ أحكام القضاء الحائزة لقوة الشيء المقضي به، سواء في دعوى التعويض أو الإلغاء، وإن كانت سلطاته

6 - جفالي أسامة، عوارض المسؤولية الشخصية عن عدم تنفيذ القرارات القضائية الصادرة ضد الإدارة، مجلة المفكر، المجلد 15، العدد 03، 2020، ص 145.

7 - ج ر عدد 14، صادرة بتاريخ: 08 مارس 2006.

8 - جفالي أسامة، المرجع السابق، ص 149.

في دعوى الإلغاء أكثر اتساعا ووضوحا، وإن كانت تعترتها بعض النقائص التي نوردتها من خلال النقاط التالية:

- تمتع القاضي الإداري الجزائري بسلطة توجيه أوامر للإدارة، سواء خلال سير الدعوى، على غرار توجيه أمر لها بتقديم نسخة من القرار الإداري محل الطعن، أو بعد صدور الحكم، من خلال توجيه أوامر تنفيذية في مواجهتها.
- تمتع القاضي الإداري الجزائري بسلطة تقديرية واسعة في فرض الغرامة التهديدية من عدمها وتصفيتها وتعديلها، والحكم بها ولو تلقائيا، إلا أنه أفرد موادا قليلة جدا وغامضة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أجل تنظيم أحكام هذه الغرامة التهديدية.
- قصور أحكام مسؤولية الموظف الجزائية جراء امتناعه عن تنفيذ أحكام القضاء في مواجهة الإدارة التي ينتمي إليها مما يؤدي إلى اضعاف هذه المسؤولية والحد من فاعليتها.

التوصيات:

- ضرورة إزالة الغموض الوارد في النصوص القانونية المتعلقة بالغرامة التهديدية التي يفرضها القاضي الإداري على الإدارة الممتعة عن التنفيذ.
- ضرورة تمتع القاضي الإداري بالجرأة الكافية من أجل فرض الغرامة التهديدية على الإدارة الممتعة عن التنفيذ بمبالغ معتبرة، حتى تكون هذه الآلية ضمانا حقيقية من أجل تنفيذ أحكام القضاء الصادرة في مواجهة الإدارة العامة، والحائزة على قوة الشيء المقضي به.
- ضرورة توضيح أحكام المسؤولية الجزائية للموظف الممتنع عن التنفيذ، حتى تسهل المهمة على القاضي الجزائي من أجل تكييف جريمة الامتناع وتحديد المسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ.

دور مجلس الدولة في تحديد مفهوم الجهات القضائية الإدارية المتخصصة

د. غربي أحسن

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة

ahcenegharbi4@gmail.com

ملخص:

أغفل المشرع الجزائري في الفترة التي سبقت التعديل الدستوري 2020 النص على الجهات القضائية الإدارية المتخصصة التي تفصل في منازعات التأديب سواء بخصوص رقابة انضباط القضاة أو أعوان المهن الحرة المساعدة لجهاز العدالة، خلافا لمجلس المحاسبة، الذي اعتبر جهة قضائية متخصصة في المادة الإدارية، وعليه أمام هذا الفراغ التشريعي أحيانا وغموض النصوص أحيانا أخرى تدخل مجلس الدولة، بموجب قرار صادر عن الغرف المجتمعة مؤسسا بذلك لمرحلة الإقرار القضائي بوجود جهات قضائية إدارية متخصصة، تنتظر استثناء في بعض المنازعات الإدارية، وتصدر قرارات قضائية نهائية تكون قابلة للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة.

الكلمات المفتاحية:

المشرع، مجلس الدولة، الجهات القضائية الإدارية المتخصصة، مجلس المحاسبة، التأديب

Abstract:

In the period preceding the 2020 constitutional amendment, the Algerian legislator neglected to stipulate specialized administrative judicial bodies that adjudicate disciplinary disputes, whether regarding oversight of the discipline of judges or employees of the liberal professions assisting the justice system, in contrast to the Accounting Council, which was considered a judicial body specialized in administrative matter, and accordingly, in the face of this Legislative vacuum at times and ambiguity of texts at other times. The Council of State intervenes, pursuant to a decision issued by the assembled chambers, thereby establishing the stage of judicial approval of the existence of specialized administrative judicial bodies that examine, with exception, some administrative disputes, and issue final judicial decisions that are subject to cassation before the Council of State.

Keywords:

The legislator, the State Council, specialized administrative judicial bodies, the Accounting Council, and disciplinary matters.

مقدمة

لم ينص المؤسس الدستوري والمشرع الجزائري قبل التعديل الدستوري سنة 2020 على الجهات القضائية الإدارية المتخصصة، بالرغم من بعض القرائن التي كانت توحي بوجودها ضمن المنظومة القانونية في الجزائر مثل منح المشرع الجزائري لمجلس المحاسبة الاختصاص القضائي إلى جانب الاختصاصات الإدارية للمجلس، كما أن المؤسس الدستوري كان ينص في المادة 171 من التعديل الدستوري سنة 2016 على عبارة يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية دون أن يحدد مفهومها لا سيما أنها لا تشمل مجلس الدولة، فهل هي تقتصر على المحاكم الإدارية فقط أم أن المؤسس الدستوري من خلال عبارة "الجهات القضائية الإدارية" فتح المجال أمام المشرع لاستحداث محاكم إدارية للاستئناف أم أن المقصود بها هو إنشاء جهات قضائية إدارية متخصصة.

وعليه أمام الغموض الذي اكتنف النص الدستوري وسكوت المشرع تدخل مجلس الدولة الجزائري من خلال النظر في الدعاوى التي رفعت أمامه والتي رفعت ضد قرارات المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كهيئة تأديبية بالإضافة إلى قرارات اللجان الوطنية للطعن في مهن المحاماة والموثق والمحضر القضائي، إذ اعتبرها مجلس الدولة بمثابة جهات قضائية إدارية متخصصة تصدر قرارات قضائية نهائية يطعن فيها أمام مجلس الدولة عن طريق الطعن بالنقض، وعليه فإنها لا تعد قرارات إدارية قابلة للطعن بالبطلان أمام مجلس الدولة. إن نقطة الانطلاق في تحديد مفهوم الجهات القضائية الإدارية المتخصصة من قبل مجلس الدولة كانت بموجب القرار الصادر عن الغرف المجتمعة لمجلس الدولة بتاريخ 07 جوان 2005 والذي بموجبه تم التراجع عن الاجتهاد القضائي الذي كان سائدا في قضاء المجلس، والذي كان يعتبر المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي سلطة إدارية مركزية تصدر قرارات إدارية تقبل الطعن بالبطلان، ويرفع الطعن بالبطلان أمام مجلس الدولة، بالرغم من أن النص القانوني كان ينص على عدم إمكانية الطعن في قرارات المجلس الأعلى للقضاء، إلا أن مجلس الدولة أقر باختصاصه بالنظر في دعاوى إلغاء قرارات المجلس الأعلى للقضاء واستند إلى المبادئ العامة للقانون التي تقر بأن الطعن في تجاوز السلطة لا يحتاج إلى نص قانوني يقره.

تتمثل إشكالية هذه الدراسة في البحث عن الدور الذي لعبه مجلس الدولة الجزائري في إبراز مفهوم الجهات القضائية الإدارية المتخصصة نتيجة سكوت المشرع وغموض بعض النصوص القانونية التي تحكم هذا الصنف من الجهات.

للإجابة عن الإشكالية المطروحة اعتمدنا في هذه الورقة البحثية على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي من خلال سرد الحالات التي سكت فيها المشرع عن تكييف الطبيعة القانونية للعديد من الجهات التي اعتبرها مجلس الدولة جهات قضائية إدارية متخصصة، كما حللنا نصوص القوانين التي تحكمها وبعض القرارات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة للوصول إلى مفهوم واضح للجهات القضائية الإدارية المتخصصة على ضوء قرارات مجلس الدولة.

قمنا بتقسيم هذه الورقة البحثية إلى فرعين، يتمثل الفرع الأول في تحديد المشرع لمفهوم الجهات القضائية الإدارية المتخصصة بين الصمت والغموض أما الفرع الثاني فيتضمن تأرجح موقف مجلس الدولة بخصوص مفهوم الجهات القضائية الإدارية المتخصصة بين الرفض والإقرار الصريح.

الفرع الأول: تحديد المشرع لمفهوم الجهات القضائية الإدارية المتخصصة بين الصمت والغموض

تميز موقف المشرع الجزائري من الجهات القضائية الإدارية المتخصصة تارة بسكوت المشرع عن الإقرار بمثل هذه الجهات القضائية وتارة بالغموض في النص، وبذلك يحمل النص القانوني أكثر من تأويل، إذ نبين في هذه الورقة البحثية بعض الحالات التي يكون فيها موقف المؤسس الدستوري أو المشرع منعدم أو غامض بشأن الجهات القضائية الإدارية المتخصصة، مع الإشارة إلى تغيير المؤسس الدستوري والمشرع موقفه من الجهات القضائية الإدارية المتخصصة منذ التعديل الدستوري سنة 2020، وذلك على النحو التالي:

أولاً-موقف المؤسس الدستوري الجزائري من الجهات القضائية الإدارية المتخصصة

لقد مر موقف المؤسس الدستوري الجزائري تجاه الجهات القضائية الإدارية المتخصصة بمرحلتين، مرحلة ما قبل التعديل الدستوري سنة 2020 وتميزت بالغموض ومرحلة ما بعد التعديل الدستوري 2020 التي أقرت صراحة بوجود أفضية إدارية متخصصة.

1- موقف المؤسس الدستوري قبل التعديل الدستوري سنة 2020

نص المؤسس الدستوري الجزائري في المادة 171 من التعديل الدستوري¹ سنة 2016 على مصطلح "الجهات القضائية الإدارية"، التي تخضع أعمالها لتقويم مجلس الدولة، إذ يفهم من هذه المادة أن المقصود من الجهات القضائية الإدارية ليس المحاكم الإدارية وحدها، لأنه إذا كان هذا هو قصد المؤسس الدستوري لجااء النص متضمنا تقويم مجلس الدولة لأعمال المحاكم الإدارية مثل ما نص عليه في الفقرة السابقة من نفس المادة بخصوص تقويم المحكمة العليا لأعمال المجالس القضائية والمحاكم حيث حدد الجهات القضائية التي تخضع لتقويم المحكمة العليا على سبيل الحصر. أما بخصوص الجهات التي تخضع لتقويم مجلس الدولة فهي غير محددة على سبيل الحصر، إذ لا يندرج ضمن الجهات القضائية الإدارية التي تخضع لتقويم مجلس الدولة، مجلس الدولة نفسه، حيث سبق وأن رفض مجلس الدولة في العديد من قراراته تقويم أعماله سواء عن طريق استئناف قراراته أو الطعن فيها بالنقض، وعليه فإنه تحتل العبارة الواردة في نص المادة 171 أكثر من قراءة:

- يمكن أن يكون المقصود بعبارة الجهات القضائية الإدارية منح المؤسس الدستوري للمشرع صلاحية إنشاء محاكم إدارية استئنافية، إذا ما رأى ضرورة لإنشائها دون الحاجة إلى تعديل نص المادة 171 من الدستور.

- كما يمكن أن يكون المقصود من العبارة وجود جهات قضائية إدارية أخرى تفصل في بعض النزاعات المحدودة على سبيل الاستثناء، وتكون قراراتها نهائية خاضعة لتقويم مجلس الدولة مثلها مثل أحكام المحاكم الإدارية.
- كما يمكن أن تكون الجهات القضائية الإدارية المعنية بنص المادة 171 من التعديل الدستوري 2017 تشمل كل من المحاكم الإدارية والمحاكم الاستئنافية إذا رغب المشرع في إنشائها استناد إلى الفقرة 06 من المادة 140 التي تسمح للمشرع العادي بإنشاء الهيئات القضائية إلى جانب هيئات قضائية إدارية متخصصة "أقطاب متخصصة في القضاء الإداري" تنشأ أيضا في إطار نفس الفقرة السادسة من المادة 140 من التعديل الدستوري سنة 2016، وبالتالي تكون هناك أكثر من جهة قضائية إدارية خاضعة أعمالها لتقويم مجلس الدولة.

2- موقف المؤسس الدستوري بموجب التعديل الدستوري سنة 2020

إن نص المادة 171 من التعديل الدستوري سنة 2016 أصبح نص المادة 179 من التعديل الدستوري² سنة 2020 حيث طرأ تعديل على عبارة "الجهات القضائية الإدارية" التي كانت في نص المادة 171 فأصبحت عبارة "الجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية" حيث ذكرت بهذا الشكل في نص المادة 179 من التعديل الدستوري سنة 2020 إلى جانب كل من المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية للاستئناف حيث تخضع أعمال هذه الهيئات القضائية لتقويم مجلس الدولة، وعليه فإن موقف المؤسس الدستوري أصبح أكثر وضوحا بخصوص إقرار الجهات القضائية الإدارية المتخصصة.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الجهات القضائية الإدارية المتخصصة

يتجلى لنا موقف المشرع الجزائري من مفهوم الجهات القضائية الإدارية المتخصصة من خلال الرجوع إلى النصوص القانونية التي تحكم هذه الجهات القضائية المتخصصة، إذ تتمثل هذه النصوص في ما يلي:

1- القانون العضوي³ رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله

نصت المادة 11 من القانون العضوي 98-01 قبل تعديل 2022 على اختصاص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في الأحكام الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية، كما يختص بالطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة، إلا أنه كان على المشرع النص على اختصاص مجلس الدولة بالنظر في الأحكام والقرارات النهائية وليس الاكتفاء بالأحكام النهائية فقط، لأن الجهات القضائية الإدارية المتخصصة تصدر قرارات قضائية نهائية ولا تصدر أحكام قضائية نهائية، لأن الأحكام تصدر عن المحاكم الإدارية وتكون قابلة للطعن بالاستئناف واستثناء تكون أحكام نهائية تقبل الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، علما أن المادة 11 أصبحت بموجب القانون العضوي رقم⁴ 22-11 المتضمن تعديل القانون العضوي 98-01 نص المادة 9 لكن دون النص على الجهات القضائية الإدارية المتخصصة وإنما أبقى المادة على عبارة الجهات القضائية الإدارية دون توضيحها.

2- القانون العضوي⁵ رقم 04-12 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته: بالعودة إلى نص المواد من 21 إلى 33 من القانون العضوي 04-12 الملغى نجد أنها نصت على كيفية المتابعة التأديبية للقاضي أمام المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي، إذ تعد إجراءات شبيهة بالإجراءات المطبقة أمام الجهات القضائية.

كما نص المشرع أيضا في المادتين 03 و37 من نفس القانون العضوي على عبارة "الجهات القضائية الإدارية" إلى جانب مجلس الدولة حيث تمثل هذه الجهات القضائية الإدارية ضمن تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء بعضوين (2) كما يمثل مجلس الدولة ضمن التشكيلة أيضا بعضوين (2)، لكن المشرع لم يبين ما المقصود بالجهات القضائية الإدارية المعنية.

3- القانون العضوي⁶ رقم 05-11 المتعلق بالتنظيم القضائي: بالرجوع إلى نص المادة 04 من القانون العضوي رقم 05-11 الملغى نجد أنها نصت على جهتين قضائيتين فقط يتشكل منهما القضاء الإداري وهما:

- المحاكم الإدارية

- مجلس الدولة

وعليه لم يفصل القانون العضوي المذكور أعلاه في هاتين الجهتين القضائيتين المنتميتين للقضاء الإداري، لاسيما من حيث التنظيم، عكس المجالس القضائية والمحاكم العادية حيث فصل المشرع من خلال القانون العضوي المذكور في تنظيمها، وبهذا الشكل يكون المشرع من خلال هذا النص قد زاد مسألة الجهات القضائية الإدارية المتخصصة غموضا من خلال عدم إقرارها أو حتى جعل إمكانية وجودها ضمن التنظيم القضائي واستمر هذا الرفض من قبل المشرع حتى في تعديل القانون العضوي سنة 2017 حيث لم يأت التعديل بأي جديد بخصوص هذه الجهات القضائية المتخصصة في المادة الإدارية.

4- قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁷ (08-09): نص المشرع الجزائري في المادة 903 من القانون رقم 08-09 قبل تعديل سنة 2022 على اختصاص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض ضد القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية، دون ذكر عبارة الجهات القضائية الإدارية في اختصاصه بالنظر في الاستئناف لأنه حدد الاستئناف في الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية دون استئناف عمل الجهات القضائية الأخرى أمام مجلس الدولة، إلا إذا وردت بعض الاستئنافات بموجب نصوص خاصة يضعها المشرع.

تجدر الإشارة أن نص المادة 903 أصبحت بموجب القانون⁸ رقم 22-13 المادة 901 إلا أنها لم تأت بأي جديد حول تفسير المقصود بالجهات القضائية الإدارية.

5- الأمر رقم 95-20 المتعلق بمجلس المحاسبة⁹: نص المشرع في المادة 03 من الأمر رقم 95-20 المعدل والمتمم على اعتبار أن مجلس المحاسبة هو جهة إدارية وأيضا يعتبر جهة قضائية، لذا فهو مؤسسة دستورية تتمتع بالشخصية المعنوية تمارس اختصاصات إدارية وأخرى قضائية، كما أنه بالرجوع إلى نص

المادة 110 من نفس القانون نجد أنها نصت على أن الطعن بالنقض ضد القرارات النهائية الصادرة عن الغرف المجتمعة لمجلس المحاسبة حيث يرفع الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة وفق الضوابط والشروط المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبذلك يكون النص الوحيد الذي أشار من خلاله المشرع لوجود جهة قضائية إدارية متخصصة.

6- القوانين التي تحكم أعوان القضاء والمهن الحرة المساعدة للعدالة: تتمثل هذه القوانين في النصوص التالية:

✓ القانون رقم 02-06 والمتضمن تنظيم مهنة الموثق¹⁰ حيث نص على إنشاء اللجنة الوطنية للطعن، تختص بالنظر في قرارات مجالس التأديب الموجودة على مستوى الغرف الجهوية للموثقين دون تبيان نوع الطعن المرفوع أمامها ولا نوع القرار الذي تصدره.

✓ القانون رقم 03-06 والمتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي¹¹، الذي نص على إنشاء اللجنة الوطنية للطعن التي تختص بالنظر في الطعون المرفوعة ضد قرارات المجلس التأديبي في الغرفة الجهوية للمحضرين القضائيين دون تبيان المشرع لنوع الطعن المرفوع أمام اللجنة ولا نوع القرار الذي تصدره اللجنة.

✓ القانون رقم 07-13 والمتعلق بمهنة المحاماة¹²، والذي أكد على اللجنة الوطنية للطعن التي كان منصوص عليها في القانون رقم 04-91 والتي تنظر في قرارات مجالس التأديب الموجودة على مستوى المنظمة الجهوية للمحامين دون أن يبين المشرع نوع الطعن المرفوع أمامها ولا نوع القرار الذي تصدره اللجنة وذلك بالرغم من صدور هذا القانون بعد استقرار مجلس الدولة على اعتبار اللجنة جهة قضائية إدارية متخصصة.

✓ القانون رقم 07-16 والمتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة¹³ (الملغى)، تضمن هو أيضا النص على اللجنة الوطنية للطعن تنظر في قرارات مجالس التأديب الموجودة على مستوى الغرف الجهوية للمحافظي البيع بالمزايدة دون تحديد المشرع لنوع الطعن ونوع القرار الصادر عن اللجنة رغم استقرار موقف مجلس الدولة لمدة طويلة على فكرة الجهة القضائية الإدارية المتخصصة بخصوص لجان الطعن في هذه المهن المساعدة للعدالة.

8- القانون العضوي رقم 10-22 المتعلق بالتنظيم القضائي¹⁴ حيث نص في الباب الرابع على النظام القضائي الإداري من خلال المواد من 29 إلى 38 إلا أنه لم يتطرق المشرع للجهات القضائية الإدارية المتخصصة مكتفيا بتنظيم المحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية فقط.

9- القانون العضوي رقم 12-22 المحدد لطرق انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء وقواعد تنظيمه وعمله¹⁵، حيث نص في المادة 13 على كيفية انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء، إذ من بين أعضاء المجلس، ثلاثة (3) أعضاء يمثلون مجلس الدولة وثلاثة (3) أعضاء يمثلون الجهات القضائية الإدارية من غير مجلس الدولة، إذ لم يبين المشرع ما المقصود بالجهات القضائية الإدارية غير مجلس الدولة. أما

المادة 67 من نفس القانون فكانت أكثر وضوح من خلال إقرار المشرع صراحة إمكانية الطعن في قرارات المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي هذا من جهة ومن جهة أخرى حدد نوع الطعن بأن يكون طعن بالنقض يرفع أمام مجلس الدولة ما يعني أنه اعترف للتشكيلة التأديبية بوصف الجهة القضائية الإدارية المتخصصة، كما أن المواد من 53 إلى 68 تضمنت العديد من الإجراءات التي تشبه الإجراءات المتبعة أمام باقي الجهات القضائية.

الفرع الثاني: تأرجح موقف مجلس الدولة بخصوص مفهوم الجهات القضائية الإدارية المتخصصة بين الرفض والإقرار الصريح

لقد مر موقف مجلس الدولة الجزائري بخصوص مفهوم الجهات القضائية الإدارية المتخصصة بمرحلتين، هما:

أولاً-مرحلة رفض مجلس الدولة لوجود جهات قضائية إدارية متخصصة

اعتبر مجلس الدولة الجزائري في المرحلة الممتدة بين انشائه سنة 1998 وتاريخ 7 جوان 2005 أن المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي واللجنة الوطنية للطعن بمثابة جهة إدارية مركزية تصدر قرارات إدارية تكون قابلة للطعن بالبطلان أمام مجلس الدولة استنادا لنص المادة 9 من القانون العضوي رقم 98-01 قبل التعديل، ومنه لم يقر المجلس بوجود جهات قضائية إدارية متخصصة تفصل في بعض المنازعات الإدارية، ومن أمثلة ذلك:

- قرار مجلس الدولة¹⁶ رقم 172994 مؤرخ في 27-07-1998، أقر مجلس الدولة من خلال هذا القرار اختصاصه بالنظر في الطعن المرفوع ضد قرار المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي بخصوص انضباط القضاة، إذ يرمي الطعن المرفوع أمام مجلس الدولة إلى طلب إلغاء قرار المجلس الأعلى للقضاء وذلك لصدوره مشوبا بعيب تجاوز السلطة. وذلك بالرغم من وجود نص قانوني يمنع الطعن في قرارات المجلس الأعلى للقضاء (المادة 99فقرة 02 من القانون الاساسي للقضاء¹⁷ 21/89)، حيث برر مجلس الدولة اختصاصه بالنظر في الطعن المرفوع أمامه استنادا إلى المبدأ القاضي بأن كل القرارات الإدارية قابلة للطعن فيها بالإلغاء عندما تتخذ مخالفة للقانون أو عندما تكون مشوبة بتجاوز السلطة.

جاء في إحدى حيثيات القرار ما يلي: "أن القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء الفاصل في القضايا التأديبية تعد قرارات صادرة عن سلطة إدارية مركزية وبهذه الصفة تكون قابلة للطعن فيها بالإبطال عندما يثبت أنها اتخذت مخالفة للقانون أو عندما تكون مشوبة بعيب تجاوز السلطة. حيث أن القاضي مثله مثل كل موظف للدولة يستفيد وجوبا من حقوق مضمونة دستوريا وأن القاضي الإداري ملزم بمراقبة احترام هذه الضمانات".

- قرار مجلس الدولة¹⁸ رقم 182491 بتاريخ 17-01-2000، قضى من خلاله مجلس الدولة باختصاصه بالنظر في الطعن بالبطلان المرفوع ضد القرار الصادر عن التشكيلة التأديبية للمجلس الأعلى للقضاء حيث جاء في إحدى حيثياته ما يلي: "حيث وبدون حاجة إلى دراسة كل الأوجه المثارة أن الطعن من أجل تجاوز

السلطة موجود حتى ولو لم يكن هناك نص، ويهدف إلى ضمان احترام مبدأ القانونية طبقاً للمبادئ العامة للقانون.

إن نص المادة 02/99 من القانون الأساسي للقضاء لا يمكن أن يؤدي إلى حرمان العارض من الطعن في تجاوز السلطة المفتوح له في هذا المجال على غرار جميع المجالات الأخرى بموجب المبادئ العامة للقانون".

- قرار مجلس الدولة¹⁹ رقم 5240 بتاريخ 28-01-2002، تطرق من خلاله مجلس الدولة إلى قبول الطعن بالإلغاء ضد القرار الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي والمتضمن عزل قاضي من مهامه للمرة الثانية لنفس الفعل المرتكب من قبل القاضي، وذلك بالرغم من إبطال مجلس الدولة لقرار العزل الأول، حيث أسس مجلس الدولة قراره على أساس خرق قرار العزل لمبدأ حجية الشيء المقضي فيه²⁰.

- قرار مجلس الدولة رقم 011817 بتاريخ 16-03-2004 حيث رفع الطاعن طعن بالإلغاء ضد المقرر رقم 2001/59 المؤرخ في 18-09-2001 الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كهيئة تأديبية. حيث جاء في إحدى حيثيات القرار ما يلي: "... فلا بد أن نذكر أن حق التقاضي هو حق دستوري مفتوح للمتقاضي ولا يجوز حرمان أي فرد من هذا الحق المكرس دستورياً بغض النظر عن الاجتهاد القضائي للغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقاً ومجلس الدولة حالياً استقر على أن الطعن لتجاوز السلطة هو حق يدخل ضمن الحق في التقاضي لما يبقى هذا الأخير هو الطريق الوحيد والأخير للطعن في مقرر صادر عن السلطة الإدارية المركزية... والذي يعتبره الطاعن قد اجحف في حقوقه"²¹.

- قرار مجلس الدولة²² رقم 4827 بتاريخ 24-06-2002، أقر من خلاله مجلس الدولة باختصاصه في النظر في الطعن بالبطلان المرفوع ضد الغرفة الوطنية للمحضرين باعتبارها منظمة مهنية وطنية طبقاً للمادة 09 من القانون العضوي 98-01، إذ لم يكن وقت صدور القرار لجنة وطنية للطعن تنظر في قرارات مجالس التأديب وإنما كانت الوظيفة التأديبية من اختصاص الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين. لقد كيف مجلس الدولة الغرفة الوطنية وكيف قراراتها وذلك من خلال اعترافه للسلطات الإدارية بإصدار قرارات ذات طابع قضائي دون أن يغير من طبيعة الهيئة، إذ جاء في إحدى حيثيات القرار ما يلي: "حيث أن الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين منظمة مهنية وطنية وهي تتخذ عقوبات تنظيمية دون استشارة سلطة إدارية ومن ثم فإن قراراتها تكتسي طابعاً قضائياً وبالنتيجة يمكن الطعن فيها كما هو منصوص عليه في المادة المذكورة أعلاه أمام مجلس الدولة" (يقصد بالمادة المذكورة أعلاه المادة 09 من القانون العضوي رقم 89-01 وهي المادة التي تطرق لها القرار في الحيثية التي سبقت هذه الحيثية).

- قرار مجلس الدولة²³ رقم 27279 بتاريخ 25-10-2005، يتعلق بالطعن بالبطلان ضد القرار الصادر عن الغرفة الوطنية للموثقين طبقاً للمادة 09 من القانون العضوي رقم 98-01 حيث طعن وزير العدل ضد

قرار الغرفة الوطنية للموثقين الذي أُلغى قرار مجلس التأديب واستبدل العقوبة بعقوبة التوبيخ للموثق المعني، حيث قام مجلس الدولة في هذا القرار بإلغاء قرار الغرفة الوطنية للموثقين المؤرخ في 02-02-2005. يستمد مجلس الدولة خلال هذه المرحلة موقفه الذي يعتبر هذه الجهات المذكورة أعلاه كسلطة إدارية مركزية من مقتضيات نص المادة 09 من القانون العضوي رقم 98-01 قبل التعديل الأخير سنة 2022 والتي كانت تمنح الاختصاص لمجلس الدولة ابتدائياً ونهائياً للفصل في الطعون بالبطلان ضد القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات المركزية والمنظمات المهنية الوطنية، ما يعني أن القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء بغض النظر عن نوع تشكيلته وأيضاً القرارات التأديبية، وبحكم أنها قرارات إدارية، تكون قابلة للطعن بالبطلان أمام مجلس الدولة طبقاً لنص المادة 9 قبل تعديل 2022.

لكن بالرغم من رفض مجلس الدولة اعتبار هذه الجهات التي سبق وأن عرضناها جهات قضائية إدارية متخصصة، إلا أنه بخصوص مجلس المحاسبة اتخذ موقف مغاير لذلك ربما يرجع ذلك لوضوح النص القانوني المتعلق بمجلس المحاسبة وهو نص المادة 110 السابق الإشارة إليه، إذ من الأمثلة القضائية على ذلك نذكر: قرار لمجلس الدولة²⁴ رقم 11052 بتاريخ 20-01-2004 ما يلي: "أنه ومن ثم لا يمكن رفض الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة ضد القرارات الصادرة عن مجلس المحاسبة أو ضد القرارات الصادرة نهائياً عن جهات قضائية إدارية. لأنه لا يمكن رفع طعن بالنقض أمام مجلس الدولة ضد قرار صادر عنه".

ثانياً-مرحلة إقرار مجلس الدولة بوجود جهات قضائية إدارية متخصصة

رغم استقرار مجلس الدولة لسنوات على اعتبار المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي سلطة إدارية مركزية تصدر قرارات إدارية تكون قابلة للطعن بالبطلان استناداً لنص المادة 9 من القانون العضوي رقم 98-01 قبل تعديل 2022، إلا أنه تراجع عن هذا الاجتهاد بموجب قرار رقم 16886 صادر عن الغرف المجتمعة لمجلس الدولة بتاريخ 7 جوان 2005، أقر بموجب المجلس أن الطعن في قرارات المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي هو طعن بالنقض وليس طعن بالإلغاء، وذلك لكون المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية هو بمثابة جهة قضائية إدارية متخصصة تصدر قرارات قضائية نهائية، ومنذ هذا القرار توالى قرارات مجلس الدولة التي تعتبر المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية واللجان الوطنية للطعن في المهن الحرة المساعدة لجهاز العدالة بمثابة جهات قضائية إدارية متخصصة تصدر قرارات قضائية نهائية تكون قابلة للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة استناداً لنص المادة 11 من القانون العضوي رقم 98-01 قبل تعديل 2022، إذ من بين الأمثلة القضائية على هذا الموقف نذكر ست (6) قرارات وهي:

- قرار رقم 16886 صادر بتاريخ 07 جوان 2005 عن الغرف المجتمعة للمجلس حيث اعتبر مجلس الدولة من خلاله المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية جهة قضائية إدارية متخصصة وليست سلطة إدارية مركزية مكرساً بذلك المبدأ التالي: "متى اعتبرت مقررات الهيئة التأديبية للمجلس الأعلى للقضاء بمثابة أحكام نهائية صادرة عن جهة قضائية إدارية خاصة فإن رقابة مدى مشروعيتها تتم عن طريق الطعن

بالنقض بدلا من الطعن بالإلغاء المفتوح ضد المقررات الإدارية". كما حاول المجلس من خلال هذا القرار تبرير موقفه من اعتبار المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي جهة قضائية إدارية متخصصة من خلال وضع بعض المعايير التي على أساسها كيف مجلس الدولة المجلس الأعلى للقضاء بأنه جهة قضائية، إذ جاء في إحدى حيثيات القرار ما يلي: "حيث أن المجلس الأعلى للقضاء مؤسسة دستورية وأن تشكيلته وإجراءات المتابعة أمامه والصلاحيات الخاصة التي يتمتع بها عند انعقاده كمجلس تأديبي تجعل منه جهة قضائية إدارية متخصصة تصدر أحكاما نهائية تكون قابلة للطعن فيها عن طريق النقض أمام مجلس الدولة عملا بأحكام المادة 11 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه والتي تنص صراحة على أنه...".

- قرار مجلس الدولة²⁵ رقم 25039 بتاريخ 16-04-2006، الذي تضمن المبدأ الذي مفاده: "كان مجلس الدولة إلى غاية جوان 2005 مستقرا على أن مقررات المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية قابلة للطعن بالبطلان معتبرا أياها أنها صادرة عن هيئة إدارية، وفي 07 جوان 2005 صدر قرارا عن الغرف المجتمعة تحت رقم 16886 غير هذا الاجتهاد وكرس مبدأ جديد مفاده أن مقررات المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية تكتسي طابعا قضائيا وبهذه الصفة لا يمكن الطعن فيها بالبطلان وإنما عن طريق الطعن بالنقض".

كما قضي مجلس الدولة من خلاله برفض الطعن بالبطلان المرفوع ضد قرار صادر عن الهيئة التأديبية للمجلس الأعلى للقضاء بتاريخ 29 ماي 2004 تحت رقم 04/19، يتضمن عزل العارض من سلك القضاء لعدم امتثاله لقرار النقل الصادر سابقا في حقه من قبل مجلس التأديب.

علل مجلس الدولة رفضه للطعن بالإلغاء بنص القرار الصادر عن الغرف المجتمعة رقم 16886 حيث جاء في حيثيات قراره ما يلي: "... استقر على أن المجلس الأعلى للقضاء مؤسسة دستورية وأن تشكيلته وإجراءات المتابعة أمامه والصلاحيات الخاصة التي يتمتع بها عند انعقاده كمجلس تأديبي تجعل منه جهة قضائية إدارية متخصصة تصدر أحكاما نهائية قابلة للطعن فيها بالنقض أمام مجلس الدولة عملا بالمادة 11 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه والتي تنص على ...". كما جاء أيضا في إحدى حيثيات القرار ما يلي: "ولذا فإن قرارات المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كهيئة تأديبية لا تكون قابلة إلا للطعن بالنقض مما يترتب عن ذلك تصريح بعدم قبول الطعن بالبطلان الحالي".

- قرار مجلس الدولة²⁶ رقم 37228 بتاريخ 11-07-2007 قضى فيه برفض الطعن بالنقض شكلا لأنه رفع خارج الأجل، حيث رفع الطاعن طعنا بالنقض ضد المقرر الصادر في 04-12-2004 الصادر عن المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية والقاضي بشطبه من قائمة التأهيل مع النقل الفوري لإهمال منصبه كرئيس محكمة بسبب كثرة الغيابات المتكررة، حيث جاء الطعن بعد سنتين كاملتين أي رفع الطعن بالنقض خارج الأجل القانونية المقررة بشهرين (2). حيث جاء في حيثيات القرار ما يلي: "حيث أن الطاعن برفعه طعنا بالإلغاء يكون قد أخطأ في الإجراءات القانونية المتبعة أمام نفس الجهة القضائية.

حيث أن هذه الإجراءات لا تقطع آجال رفع الطعن بالنقض وبالنتيجة فإن الطعن الحالي يكون قد جاء خارج الآجال القانونية المنصوص عليها في المادة 235 قانون الإجراءات المدنية ولذا يتعين عدم قبوله شكلاً".

- قرار مجلس الدولة²⁷ رقم 037712 بتاريخ 2008/03/12 قضى فيه مجلس الدولة بأنه: "حيث أن المجلس الأعلى للقضاء مؤسسة دستورية وأن تشكيلته وإجراءاته المتبعة أمامه والصلاحيات الخاصة التي يتمتع بها عند انعقاده كمجلس تأديبي تجعل منه جهة قضائية إدارية متخصصة تصدر أحكاماً نهائية تكون قابلة للطعن فيها عن طريق النقض أمام مجلس الدولة".

- قرار مجلس الدولة²⁸ رقم 47841 بتاريخ 2008-10-21 اعتبر فيه مجلس الدولة أن اللجنة الوطنية للطعن في مهنة المحاماة ليست سلطة إدارية مركزية بل هي جهة قضائية إدارية متخصصة تصدر قرارات ذات طابع قضائي وبصفة نهائية، تكون قابلة للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة. حيث جاء في إحدى حيثيات القرار ما يلي: "حيث أن القرار المطعون فيه هو قرار صادر عن اللجنة الوطنية للطعن التي تعتبر جهة قضائية إدارية وتكون قراراتها قابلة للطعن بالنقض وليس الطعن بالإلغاء باعتباره أنه لم يصدر عن سلطة إدارية مركزية أو هيئة عمومية وطنية أو منظمة مهنية وطنية".

حيث نتيجة لذلك فإن الطعن بالإلغاء المرفوع ضد قرار اللجنة الوطنية للطعن بدلاً من الطعن بالنقض الذي كان ينبغي أن يرفعه الطاعن حسب الأشكال والأوجه المقررة للطعن بالنقض حسب مقتضيات المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية لذا يتعين عدم قبول الطعن بالإلغاء".

- قرار صادر عن الغرفة الخامسة بمجلس الدولة صادر بتاريخ 2015-11-19 اعتبر فيه المجلس أن اللجنة الوطنية للطعن للمحامين هي جهة قضائية إدارية متخصصة تصدر قرارات قضائية تقبل الطعن بالنقض وليس الطعن بالبطلان حيث تضمن القرار في إحدى حيثياته التذكير بأن قضاء مجلس الدولة استقر على أن اللجنة الوطنية للطعن ليست سلطة مركزية بل جهة قضائية إدارية تصدر قرارات ذات طابع قضائي قابلة للطعن فيها بالنقض أمام مجلس الدولة وذلك من خلال ما يلي: "حيث أنه نتيجة لذلك فإن الطعن بالإلغاء المرفوع ضد قرار اللجنة الوطنية للطعن بدلاً من الطعن بالنقض الذي ينبغي أن يرفعه الطاعن حسب الأشكال والأوجه المقررة للطعن حسب مقتضيات المواد 959 و358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء مخالف للقانون وعليه يتعين عدم قبول الطعن بالإلغاء"²⁹.

الخاتمة

نستخلص من خلال هذه الدراسة أن الأفضية الإدارية المتخصصة هي من ابداع مجلس الدولة، إذ بالرغم من غموض النص القانوني استطاع مجلس الدولة بعد فترة قصيرة من نشأته من الإقرار بوجود جهات قضائية إدارية متخصصة تصدر قرارات قضائية نهائية تقبل الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة استناداً لنص المادة 11 من قانون مجلس الدولة قبل تعديل سنة 2022، لكن المشرع الجزائري مؤخراً تبنى موقف مجلس الدولة من خلال القانون العضوي رقم 22-12 الذي يحدد طرق انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء وقواعد تنظيمه وعمله حيث نص صراحة على الطعن في قرارات المجلس الأعلى للقضاء في

تشكيلته التأديبية أمام مجلس الدولة عن طريق الطعن بالنقض، وهذا تماشيا مع نص المادة 179 من التعديل الدستوري سنة 2020 التي نصت على الجهات الفاصلة في المواد الادارية. إلا أنه نرى ضرورة إعادة النظر من قبل المشرع في باقي النصوص القانونية الأخرى التي تخضع لها الجهات القضائية الإدارية المتخصصة من خلال النص صراحة على الطبيعة القضائية لها من جهة وتبيان نوع الطعن في قراراتها صراحة وهو الطعن بالنقض من جهة ثانية.

الهوامش:

- ¹ القانون رقم 01-16 مؤرخ في 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة في 07 مارس 2016.
- ² المرسوم الرئاسي رقم 20-442 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية رقم 82 مؤرخة في 30 ديسمبر سنة 2020.
- ³ القانون العضوي رقم 98-01، مؤرخ في 30 مايو 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 37 مؤرخة في 01 يونيو سنة 1998.
- ⁴ القانون العضوي رقم 22-11 مؤرخ في 9 جوان 2022، يعدل ويتمم القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 مايو سنة 1998 والمتعلق بتنظيم مجلس الدولة وسيره واختصاصاته، الجريدة الرسمية رقم 41 مؤرخة في 16 جوان 2022.
- ⁵ القانون العضوي رقم 04-12 مؤرخ في 06 سبتمبر سنة 2004، يتعلق بتشكيل المجلس الاعلى للقضاء وعمله وصلاحياته، الجريدة الرسمية رقم 57 مؤرخة في 08 سبتمبر سنة 2004. (ملغى)
- ⁶ القانون العضوي رقم 05-11 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2005، يتعلق بالتنظيم القضائي، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 51 مؤرخة في 20 يوليو 2005
- ⁷ القانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 21 مؤرخة في 23 أبريل سنة 2008.
- ⁸ القانون رقم 22-13 مؤرخ في 12 يوليو سنة 2022، يعدل ويتمم القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 48 مؤرخة في 17 يوليو سنة 2022.
- ⁹ الأمر رقم 95-20 مؤرخ في 17 يوليو سنة 1995، يتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 39 مؤرخة في 23 يوليو سنة 1995.
- ¹⁰ القانون رقم 06-02 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة في 8 مارس سنة 2006.
- ¹¹ القانون رقم 06-03 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة في 8 مارس سنة 2006.
- ¹² القانون رقم 13-07 مؤرخ في 29 أكتوبر 2013، يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، الجريدة الرسمية رقم 55 مؤرخة في 30 أكتوبر 2013.
- ¹³ القانون رقم 16-07 مؤرخ في 03 غشت 2016، يتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة، جريدة رسمية رقم 46 بتاريخ 3 غشت 2016. (ملغى)
- ¹⁴ القانون العضوي رقم 22-10 مؤرخ في 9 جوان 2022، يتعلق بالتنظيم القضائي، الجريدة الرسمية رقم 41 مؤرخة في 16 جوان 2022.
- ¹⁵ قانون عضوي رقم 22-12 مؤرخ في 27 يونيو سنة 2022، يحدد طرق انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء وقواعد تنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية رقم 44 مؤرخة في 27 يونيو 2022.
- ¹⁶ منشور بمجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 01، الصادر سنة 2002، ص 83 وما بعدها.
- ¹⁷ تنص المادة 99 على ما يلي: "يبيت المجلس التأديبي في القضايا الموكلة إليه في جلسة مغلقة.
- يجب أن تكون مبررات المجلس التأديبي معللة وهي لا تقبل أي طريق من طرق الطعن".
- ¹⁸ القانون رقم 89-21 مؤرخ في 12 ديسمبر سنة 1989، يتضمن القانون الاساسي للقضاء، الجريدة الرسمية رقم 53 مؤرخة في 13 ديسمبر سنة 1989.
- ¹⁸ منشور بمجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 01، الصادر سنة 2002، ص 109 وما بعدها.

- ¹⁹ منشور بمجلة مجلس الدولة الجزائري رقم 02، الصادرة سنة 2002، ص 165 وما بعدها.
- ²⁰ جاء في حيثيات القرار ما يلي: "حيث أنه بموجب قرار مؤرخ في 11-07-1996 تم عزل العارض.
- حيث أن العارض قدم طعن في هذا القرار بسبب تجاوز السلطة
- حيث أنه بموجب قرار مؤرخ في 27-07-1998 قام مجلس الدولة وبعد التصريح باختصاصه باعتباره أن المجلس الاعلى للقضاء ارتكب خطأ صريح في تقدير الوقائع المنسوبة إليه وأن ثمة عدم توافق بين هذه الوقائع والعقوبة المسلطة.
- حيث أن مجلس الدولة أبطل قرار المجلس الاعلى للقضاء .
- حيث ومع ذلك فإنه بموجب مقرر ثاني مؤرخ في 24-11-1999 قرر المجلس الاعلى للقضاء ثانية عزل العارض.
- حيث أن العارض وجه طعنا مسبقا للمجلس الاعلى للقضاء الذي بموجب قرار مؤرخ في 18-03-2000 قام برفض طعنه.
- حيث أن العارض قدم طعنا لإبطال قرار العزل المؤرخ في 24-11-1999 نتيجة للرفض الصريح المؤرخ في 18-03-2000 كرد على طعنه.
- حيث أنه يستخلص من المقرر المؤرخ في 24-11-1999 المستأنف بأن هذا الاخير بالرجوع إلى قرار مجلس الدولة الذي أبطل قراره الأول، قضى هذا المقرر من جديد عزل العارض بسبب نفس الوقائع.
- حيث وبدون حاجة إلى فحص كافة الأوجه المثارة بما في ذلك الوجه المأخوذ من المادة 100 من القانون الأساسي للقضاء الذي قد فصل فيه القرار السابق مصرحا باختصاصه باسم المبادئ العامة للقانون بأن مقرر المجلس الأعلى للقضاء المستأنف هو مقرر غير قانوني لأكثر من سبب
- وحيث بالفعل فإن المجلس الاعلى للقضاء ورغم أنه مشكل من عدة قضاة، فقد أهمل الأخذ بعين الاعتبار " مبدأ حجبية الشيء المقضي فيه" من حيث أن مجلس الدولة قضى ابتدائيا ونهائيا بإبطال -مقرر العزل الذي اتخذه المجلس الاعلى للقضاء بتاريخ 11-07-1996...".
- ²¹ قرار رقم 011817 فهرس 49 صادر عن الغرفة الثانية بمجلس الدولة ، بتاريخ 16-03-2004 قضية (د.ع.و) ضد الرئيس الأول للمحكمة العليا بصفته رئيس المجلس التأديبي للمجلس الاعلى للقضاء ووزير العدل (قرار غير منشور).
- ²² منشور بمجلة مجلس الدولة العدد الثاني، سنة 2002، ص 171 وما بعدها.
- ²³ منشور بمجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 08، الصادرة سنة 2006، ص 235 وما بعدها.
- ²⁴ قرار رقم 11052 بتاريخ 20-01-2004، صادر عن الغرفة الأولى بمجلس الدولة، مجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 08، الصادرة سنة 2006، ص 175 وما بعدها.
- ²⁵ منشور بمجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 09، الصادرة سنة 2009، ص 57 وما بعدها.
- ²⁶ منشور بمجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 09، الصادرة سنة 2009، ص 59 وما بعدها.
- ²⁷ قرار رقم 037712 مؤرخ في 12-03-2008 قضية (ه.ع) ضد وزير العدل.
- مشار إليه في مرجع: **بوعمران عادل**: دور مجلس الدولة الجزائري كقاضي نقض، قراءة تحليلية نقدية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، عدد تجريبي، مارس 2013، ص 192.
- ²⁸ منشور بمجلة مجلس الدولة الجزائري، العدد 09، الصادرة سنة 2009، ص 140 وما بعدها.
- ²⁹ **فرحات فرحات**: مدى قابلية الطعن في قرارات مجلس الدولة، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد العاشر، العدد الرابع، ديسمبر 2017، ص 175-176.

"دور مجلس الدولة في تكييف القرارات التأديبية للمجلس الأعلى للقضاء"

د. الشيخة هوام

جامعة العربي التبسي-تبسة.

chika.houam08@yahoo.com

مقدمة:

يعتبر موضوع الحقوق و الحريات من أكثر المواضيع التي تهتم بها النصوص القانونية الدولية منها و الداخلية، إذ يتم الإعتراف بمجموعة منها في العديد من النصوص، بدءا بالدستور. لكن هذا الإعتراف لا يكفي، إذ يجب توفير الحماية القانونية لها و ذلك عن طريق أجهزة قضائية فعالة، و فعالية هذه الأخيرة لا تكون إلا بالإعتماد على العنصر البشري و هم القضاة.

و ليمكن القاضي من أداء مهامه على الوجه المطلوب و لا يخضع في ذلك إلا للقانون، لا بد من توفير آليات قانونية لضمان حمايته و استقلاليته، تمتثل بالأساس في انشاء المجلس الأعلى للقضاء، الذي يسهر على إدارة الشؤون الوظيفية للقضاة و تأديبهم حال ارتكابهم للأخطاء التأديبية.

و قد أشارت المادة 62 من دستور 1963 صراحة إلى ذلك، إذ جاء فيها: ((لا يخضع القضاة في ممارستهم لوظائفهم إلا للقانون و لمصالح الثورة الاشتراكية.

استقلالهم مضمون بالقانون و بوجود المجلس الأعلى للقضاء))

أما المادة 174 من دستور 1976 المعدل و المتمم، فقد أشارت إلى أن: ((القاضي مسؤول أمام المجلس الأعلى عن كيفية قيامه بمهامه.)) و بالتالي أظهرت هذه المادة المجلس الأعلى كجهة رقابة على القضاة، و هو ذات التوجه الذي أخذ به التعديل الدستوري لسنة 1989، في المادة 140، و التعديل الدستوري لسنة 1996 في المادة 149.

لیعود المؤسس الدستوري في سنة 2020، و ینص صراحة مرة أخرى، أنّ المجلس الأعلى للقضاء مؤسسة دستورية وظيفتها الأساسية حماية استقلالية القاضي، و هو ما یتضح من قراءة الفقرة الثالثة من المادة 172 من الدستور التي جاء فيها: ((ینظر القاضي المجلس الأعلى للقضاء في حال تعرضه لأي مساس باستقلاليته.))

و عليه نجد أنّ المؤسس الدستوري، في مختلف الوثائق الدستورية، اعتبر أنّ الأداة الأساسية لحماية القاضي و ضمان استقلاليته في مواجهة السلطة التنفيذية خصوصا، باعتبارها الجهة المعيّنة، هي المجلس الأعلى للقضاء.

و بما أنّ دور الوثيقة الدستورية یتقصر على وضع المبادئ العامة، فإنّ تنظيم هذه المؤسسة كان بموجب نصوص تشريعية، تمثلت في البداية في القانون الأساسي للقضاء الصادر بموجب الأمر 27-69 المعدل و المتمم، الملغى بموجب القانون رقم 89-21.

لیبادر المشرع لاحقا باصدار نص خاص بالمجلس الأعلى للقضاء، تمثل في القانون العضوي 04-12 الملغى بموجب القانون العضوي 22-12 المؤرخ في 27 يونيو 2022، المحدد لطرق انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء و قواعد تنظيمه و عمله.

و سيتم التركيز في هذه المداخلة على القانون رقم 89-21 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، و القانون العضوي 04-12 المؤرخ في 06 سبتمبر 2006 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء و عمله و صلاحياته، و ذلك لدراسة نقطة أساسية تتمثل في تحديد الطبيعة القانونية للقرارات التأديبية للمجلس الأعلى للقضاء؟

و يرجع اختيار القانونيين السابقين كمجال للدراسة للسببين التاليين:

- أنّ القانون رقم 89-21، سالف الذكر لم یجز الطعن في القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، و ذلك بصريح نص المادة 02/99 منه التي جاء فيها: ((ینب أن تكون مقررات المجلس التأديبي معللة، و هي لا تقبل أي طريق من طرق الطعن.)) و هو ما یشکل مساسا بالحماية القانونية للقاضي.

• أما القانون العضوي 04-12 فلم یشر إلى مدى جواز الطعن في القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، و اكتفت المادة 32 منه بأشترط التعلیل، و هو أداة للرقابة.

و رغم أنّ المشرع سكت - كما لاحظنا- فيما يتعلق بمدى قابلية القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء للطعن، إلا أنها عرضت على مجلس للدولة للرقابة علیها، و الذي قبلها، معتمدا في ذلك على على اجتهاده في تحديد طبيعة الطعن، هل هو إلغاء أم نقض.

و بالرجوع إلى الاجتهادات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة في هذا المجال نجدها قد عرفت توجهين:

الأول | توجه مجلس الدولة نحو تكريس الطبيعة الإدارية للقرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء

في ظل سكوت النصوص القانونية المنظمة للمجلس الأعلى للقضاء عن تحديد طبيعته القانونية حال اجتماعه كهيئة تأديبية، توجه مجلس الدولة في البداية إلى اعتباره هيئة إدارية مركزية، و ما یصدر عنها یعتبر - بطبيعة الحال- قرارات إدارية تخضع للطعن بالإلغاء باعتبارها قرارات مركزية، و هو ما كرسه مجلس الدولة في العديد من قراراته، منها قراره رقم 172994 الصادر بتاريخ 27 جويلية 1998، و الذي تتلخص وقائعه في:

أصدر المجلس الأعلى للقضاء قرارا تأديبيا بتاريخ 11/07/1996 قضى بعزل قاض من مهامه، بدعوى أنه خالف الواجبات المنصوص علیها في المادة 1/13 من القانون الأساسي للقضاء لسنة 1989، التي كانت تمنع على القضاة أن يمتلكوا بأنفسهم أو بواسطة الغير مصالح يمكن أن تشكل عائقا للممارسة الطبيعية لمهامهم أو تمس باستقلال القضاء.

كما أنه تدخل لصالح أحد أفراد عائلته أمام جهة قضائية جزائية، و تغيب عن منصب عمله بالذهاب إلى الخارج.

قام القاضي بتقديم تظلم إلى المجلس الأعلى للقضاء، فقبول بالرفض، فقام القاضي المعزول برفع دعوى الغاء ضد هذا القرار أمام مجلس الدولة، فأصدر قراره سالف الذكر متمسكا باختصاصه كقاضي إلغاء ضد هذه القرارات، مؤسسا قراره على النقاط التالية:

- أنّ القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء الفاصل في القضايا التأديبية تعد قرارات صادرة عن سلطة إدارية مركزية، و بالتالي تكون قابلة للطعن بالإلغاء.
- أنّ القاضي مثله مثل أي موظف في الدولة يستفيد وجوبا من حقوق مضمونة دستوريا، و القاضي الإداري ملزم بمراقبة احترام هذه الضمانات.
- إنّ الأفعال التي ارتكبها القاضي المعزول ذات طابع تبرر تسليط عقوبة تأديبية عليه، إلا أن المجلس الأعلى للقضاء قد ارتكب خطأ صارخا حين سلط عليه العقوبة الأشد.

و بالتالي يكون مجلس الدولة قد تمسك باختصاصه كقاضي الغاء في مواجهة القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، رغم أن المادة 02/99 من القانون الأساسي للقضاء لسنة 1989 كانت تحظر صراحة الطعن في هذا النوع من القرارات.

سنيين من خلال هذه النقطة التعريف المتفق عليه للنظام التأديبي للقاضي ثم نوضح السلطة المختصة بتأديب هذا الموظف حسب توجهات الفقه المقارن، وموقف المشرع الجزائري منها.

1- تعريف النظام التأديبي للموظف العام

توجد قاعدة معروفة في علم الموارد البشرية مفادها أن من لا يعمل لا يخطئ، وبما أن الموظف العام يقدم خدمة معينة للمتعاملين مع المرفق العام الذي يتبعه، فمادام يعمل فإنه يخطئ، ومن هنا يعرف نظام التأديب على أنه: " مجازاة الموظف لاتيانه فعلا إيجابيا أو سلبيا يشكل إخلالا بواجبات الوظيفة ومقتضياتها"¹.

¹ - بوطبة مراد، نظام الموظفين في القانون الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2018، ص 605.

وقد نظم المشرع الجزائري نظام تأديب الموظف العام ضمن الباب السابع من الأمر رقم: 03/06، تحت عنوان: "النظام التأديبي"، وقد تم تقسيم هذا الباب إلى ثلاثة فصول، خصص الفصل الأول للمبادئ العامة، والفصل الثاني للعقوبات التأديبية، بينما جاء الفصل الثالث تحت عنوان: الأخطاء التأديبية، ولا يقتصر التأطير التشريعي للنظام التأديبي للموظف العام على هذا الباب، لأنه يمكن أن تنص بعض النصوص القانونية الخاصة ببعض أسلاك الموظفين على أخطاء تأديبية أخرى خارج الأخطاء المسطرة ضمن الفصل الثالث من الباب السابع.

2- تحديد السلطة المختصة بالتأديب:

تختلف السلطة المختصة بالتأديب باختلاف أنظمة سلطة التأديب ذاتها، إذ من الدول من تأخذ بالنظام الإداري للتأديب، ومنها من تأخذ بالنظام شبه القضائي للتأديب، ومنها من تتبنى النظام القضائي في التأديب، وهو ما سنوضحه فيما يلي:

أ- النظام الإداري لسلطة التأديب:

يقوم هذا النظام على الربط بين السلطة الرئاسية والتأديبية، فمادام المرؤوس خاضعا لأوامر الرئيس وتوجيهاته، فإذا خالف المرؤوس هذه الأوامر وأخل بواجبات وظيفته، فإن السلطة الرئاسية هي من تملك وحدها سلطة التأديب دون استشارة أي جهة أخرى، ودون تدخل من القضاء، وهو ما يمنح سلطة واسعة جدا للسلطة صاحبة التعيين من أجل تكييف الأخطاء التأديبية والعقوبات المقررة لها، وهو ما يبرر عدم حصر هذا النظام للأخطاء التأديبية أو العقوبات المترتبة عنها.

وارتباط أساس حق التأديب بالسلطة الرئاسية يعد تطبيقا لمبدأ أساسي في قانون الإدارة العامة، وهو التلازم بين السلطة والمسؤولية، ومرجع هذه النظرية في الفقه كأساس قانوني للجزاء التأديبي الذي يوقع على الموظف العام بمناسبة اخلاله بأعمال وواجبات وظيفته، فالسلطة الرئاسية هي سلطة تفرضها طبيعة التنظيم الإداري من دون حاجة إلى وجود نص يقرها².

² - سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري المصري والعربي، دراسة مقارنة، دون دار النشر، 1971، ص 363.

ورغم التأييد الواسع لنظرية السلطة الرئاسية، إلا أنها واجهت انتقادات عدة، لأن السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة للسلطة الرئاسية من أجل تكييف الخطأ التأديبي أو تقرير العقوبة المناسبة له، سيؤدي لا محالة إلى تعسف هذه السلطة واجحافها بحقوق الموظفين، كما أن هذا النظام يخرج النظام التأديبي للموظف العام من رقابة القضاء، لأن الإدارة صاحبة التعيين ستحتجج بالسلطة التقديرية الممنوحة لها، ولا يخف على أحد أن السلطة التقديرية من حدود مبدأ المشروعية التي يصعب بسط القاضي الإداري رقابته عليها³.

نتيجة هذه الانتقادات الموجهة لنظرية السلطة الرئاسية، قام المشرع بمنح ضمانات كثيرة للموظفين، وذلك من خلال اشراك القضاء الإداري أو التأديبي في ولاية التأديب أو عن طريق الحد من اطلاقات السلطة الإدارية في التأديب، من خلال إلزامها باستشارة هيئة مشتركة أو عن طريق اقتصارها على فرض الجزاءات الخفيفة⁴.

ب- النظام القضائي لسلطة التأديب:

نظرا لتشابه النظام التأديبي بالمجال الجنائي، تم استحداث قضاء خاص بالتأديب على أن يكون على درجتين، وبالتالي يقوم هذا النظام على الحصر التشريعي للأخطاء التأديبية وكذلك العقوبات المقررة لها، استنادا إلى مبدأ الشرعية المعروف في القانون الجزائي، إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

وقد أخذ المشرع المصري بالنظام القضائي في التأديب بصفة غالبية في محاكمة الموظفين تأديبيا، حيث أنشأ إلى جانب الرؤساء الإداريين ومجالس التأديب ذات الطابع الإداري محاكما تأديبية استنادا إلى القانون رقم 47 لسنة 1972، حيث تشكل هذه المحاكم من أعضاء مجلس الدولة دون سواهم، بعد أن كانت في السابق تضم عناصر غير قضائية، وتتكون المحاكم التأديبية وفقا للمادة السابعة من قانون مجلس الدولة المصري السالف الذكر من نوعين⁵:

³ - المرجع نفسه، ص 364.

⁴ - محمد صباح علي، تقدير العقوبة التأديبية، الطبعة الأولى، مجموعة ثري فريندز، مصر، 2019، ص 138.

⁵ - المرجع نفسه، ص 79.

-النوع الأول: يتألف من محاكم تأديبية من مستوى الإدارة العليا ومن يعادلها، وتتكون من دائرة أو أكثر تتألف في كل منها من ثلاثة مستشارين، وتكون مقراتها في القاهرة والإسكندرية.

-النوع الثاني: محاكم تأديبية للمستوى الأول والثاني والثالث وما يعادلهم، وتتألف من مستشار مساعد على الأقل رئيسا وإثنين من النواب، ويصدر التشكيل بقرار من رئيس المجلس، ومقرها القاهرة والإسكندرية، ويمكن بقرار من رئيس مجلس الدولة انشاء محاكم تأديبية في المحافظات الأخرى، يحدد عددها ومقراتها ودوائر اختصاصها بعد استطلاع رأي مدير النيابة الإدارية، وإذا اشتمل اختصاص محكمة أكثر من محافظة يجوز أن تتعقد في أي محافظة من المحافظات الداخلة في اختصاصها بقرار من رئيس مجلس الدولة.

أما عن اختصاص المحاكم التأديبية في مصر، فهو اختصاص موضوعي، إلا أن المشرع حولها بعض الاختصاصات الولائية، مثل وقف الموظف أو مد وقفه، ومنع الموظف من ممارسة مهامه مؤقتا، أما اختصاصاتها القضائية، فتتمثل في فرض عقوبات تأديبية على شاغلي الوظائف العليا، وتشمل الإحالة على المعاش أو الفصل من الخدمة، وتختص المحاكم التأديبية وحدها بمحاكمة العاملين الذين تركوا الخدمة نظرا لانتهاج علاقتهم بالسلطة الرئاسية، ويندرجون تحت الفئتين الأولى فئة بدأ التحقيق معها قبل انتهاء الخدمة، إذ تستمر المحاكمة التأديبية المختصة بهم إذا كانت المخالفة مالية أو إدارية، أما الفئة الثانية إذا كانت مخالفتها قد اكتشفت بعد تركهم الخدمة، فلا يجوز إقامة الدعوى عليها، إلا إذا كانوا قد ارتكبوا مخالفة مالية، وذلك للحفاظ على المال العام من الضياع ولمدة خمس سنوات من تاريخ انتهاء الخدمة، أما المخالفات الإدارية فلا تتبع الموظف عنها⁶.

وقد انتقد النظام القضائي لسلطة التأديب، على أساس أن منح سلطة التأديب لقضاء تأديب مستقل، سيجعل هذا الأخير يوقع عقوبات على الموظف العمومية بعيدا عن الملابس الحقيقية

⁶ - ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون سنة النشر، ص 232.

المحیطة بارتكابه، لأن القاضي لا یعايش العمل الإداري ولا علم له بخباياه وتفاصيله، وهو ما قد يؤدي إلى توقيع عقوبة على موظف عام لا يستحقها⁷.

ج- النظام شبه القضائي لسلطة التأديب:

مزج هذا النظام بین النظام الإداري والنظام القضائي لسلطة التأديب، من خلال منح الاختصاص للسلطة الرئاسية مع أعضاء لجان مستقلة يجب استطلاع رأيها قبل اتخاذ العقوبة، مع منح الموظف أمام هذه اللجان ضمانات شبيهة بالضمانات الممنوحة للمتهم، مثل الحق في الدفاع، التناسب بین الخطأ والعقوبة، مبدأ الشرعية... إلخ

ويقوم النظام شبه القضائي على تبني مفهوم خاص لمبدأ المشروعية، من خلال ذكر جملة من الأخطاء التأديبية المتعلقة بكل درجة على سبيل المثال لا الحصر، أما العقوبات التأديبية، فيتم تحديد درجاتها ونوع العقوبة المقررة لها على سبيل الحصر لا المثال⁸.

وقد تبني المشرع الج⁹ زائري هذا النظام من التأديب، وهو ما نستشفه من خلال الفقرة الثانية من المادة 165 من الأمر 03/06، التي جاء فيها أنه: "تتخذ السلطة التي لها صلاحيات التعيين بقرار مبرر العقوبات التأديبية من الدرجة الثالثة والرابعة بقرار مبرر، بعد أخذ الرأي الملزم من اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المختصة، المجتمعة كمجلس تأديبي...".

وبالتالي نستخلص من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري تبنى نظام شبه القضاء لسلطة التأديب، من خلال توقيع العقوبة التأديبية للسلطة صاحبة التعيين، ولكن بعد الأخذ بالرأي المطابق للجنة المتساوية الأعضاء المنعقدة كمجلس تأديبي.

⁷ - المرجع نفسه، ص 232

⁸ - GUSTAVE PEISER, Contentieux administratif, 14^e édition, Dalloz, PARIS, 2006, p 28.

كما يؤكد تبني المشرع الجزائري للنظام شبه القضائي أن الأخطاء التأديبية المذكورة على سبيل المثال¹⁰ في المواد من 178 إلى 181، بينما حددت درجات هذه الأخطاء إلى أربع درجات وفقا للمادة 177 من الأمر 03/06، كما حددت العقوبات التأديبية على سبيل الحصر ضمن المادة 163 من ذات القانون.

أما بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 165 المذكورة آنفا، فنجد أنها نصت على: " تتخذ السلطة التي لها صلاحيات التعيين بقرار مبرر العقوبات التأديبية من الدرجة الأولى والثانية بعد حصولها على توضيحات كتابية من المعني".

وبالتالي يلاحظ أن العقوبات التأديبية من الدرجتين الأولى والثانية يتم توقيعها من السلطة صاحبة التعيين دون استشارة للمجلس التأديبي، وهو ما يعني أن المشرع الجزائري أخذ بالنظام الإداري لسلطة التأديب فيما يخص العقوبات التأديبية الأقل خطورة، أي المصنفة ضمن الدرجتين الأولى والثانية، والنظام شبه القضائي بالنسبة للعقوبات من الدرجتين الثالثة والرابعة.

الثاني: توجه مجلس الدولة نحو تكريس الطبيعة القضائية للقرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء

بعد أن استقر الإجتهد القضائي لمجلس الدولة على تكريس الطبيعة الإدارية للقرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، حدث تحول لهذا الإجتهد بصدور قرار الغرف المجتمعة لمجلس الدولة رقم 016886 بتاريخ 07 جوان 2005، و الذي أقر مبدءا جديدا مفاده أنّ تلك القرارات ذات طبيعة قضائية، و بالتالي فإنّ رقابتها من قبل مجلس الدولة تكون عن طريق الطعن بالنقض.

و قد استند مجلس الدولة على مجموعة من الحجج لتبرير تحول اجتهاده، يمكن اجمالها في النقاط التالية:

¹⁰ - أوراك حورية، دور السلطة الرئاسية في تقدير الخطأ المهني، مجلة أفاق، المجلد 11، العدد 04، جامعة تامنغاست، 2019، ص 231.

- **تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء:** يرى مجلس الدولة أن المجلس الأعلى للقضاء حال فصله في دعاوى التأديبية، ينسحب رئيس الجمهورية و وزير العدل من التشكيلة، و تتول رئاسته إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا، و من ثمة تصبح الغلبة للعنصر القضائي. و يصبح دور وزير العدل مقتصرًا على تحريك الدعوى التأديبية.
 - **من حيث طبيعة الإجراءات:** برر مجلس الدولة تغيير اجتهاده، أن الإجراءات المعتمدة أمام المجلس الأعلى للقضاء عند مباشرة اختصاصه التأديبي، تشبه إجراءات التقاضي، إذ تحترم مبدأ الوجاهية، و حقوق الدفاع، و بالتالي فهي تقترب من الإجراءات المعتمدة أمام الجهات القضائية حال فصلها في النزاعات.
- أضف إلى ذلك أنّ المشرع يستعمل عبارة الدعوى التأديبية، مما يوحي أن المشرع يعتبر المجلس الأعلى للقضاء حال التأديب يمارس اختصاصًا قضائيًا و ليس إداريًا.

المبادئ العامة التي تحكم النظام التأديبي للموظف العام:

يحكم نظام تأديب الموظف العام في الجزائر جملة من المبادئ التي تنقيد بها الجهة التي تتولى التأديب، سواء كانت الجهة صاحبة التعيين بمفردها في العقوبات التأديبية من الدرجة الأولى والثانية، أو بعد الأخذ بالرأي المطابق لمجلس التأديب، وتتمثل هذه المبادئ في كل من مبدأ الشرعية، مبدأ الشخصية، مبدأ المساواة، مبدأ عدم شرعية الجزاء التأديبي ومبدأ وحدة الجزاء التأديبي، ومبدأ التناسب بين الخطأ والعقوبة التأديبية.

أ- مبدأ الشرعية:

عادة ما يستخدم مصطلح الشرعية في القانون الجزائي، ويقصد به حصر الجرائم والعقوبات في نصوص مكتوبة، وذلك بتحديد الأفعال التي تعد جرائمًا، وبيان العقوبات المقررة لها ونوعها، وقد صيغت هذه القاعدة قانونًا صياغة مختصرة مفادها أنه: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"¹¹،

¹¹- عبدالله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 73.

وهو ما أكدته المادة الأولى من قانون العقوبات¹² الجزائري، التي نصت صراحة على أنه: " لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بقانون".

والحكمة من الأخذ بهذا المبدأ هو تقييد سلطة القاضي التقديرية إلى أبعد الحدود، حتى تكون هناك عدالة وعدم تحيز لطرف على حساب الطرف الآخر.

وقد عرف الفقه مبدأ الشرعية في المجال التأديبي على أنه: "عدم قدرة السلطة المختصة بفرض العقوبة التأديبية من غير العقوبات المنصوص عليها في القوانين والأنظمة النافذة في مجال الوظيفة العام تطبيقاً لمبدأ لا عقوبة إلا بنص"¹³، كما عرف أيضاً بأنه: "التزام السلطة التأديبية المختصة بتوقيع العقوبات المحددة على سبيل الحصر في قوائم العقوبات التأديبية بواسطة نص واضح ومحدد"¹⁴.

وقد تبني المشرع الجزائري هذا المبدأ من خلال تحديده لدرجات الأخطاء التأديبية إلى أربع درجات، بالإضافة إلى تقييد السلطة التأديبية باتخاذ العقوبات التأديبية الواردة على سبيل الحصر في القانون، فلا يمكنها أن تضع جزاء تأديبياً جديداً.

وقد نص الأمر رقم: 03/06 على هذا المبدأ في المادة 183 منه، التي جاء فيها أنه: "تؤدي الأخطاء المهنية المنصوص عليها في المواد من 178 إلى 181 من هذا الأمر إلى تطبيق إحدى العقوبات التأديبية من نفس الدرجة، كما هو منصوص عليها في الدة 163 أعلاه".

وعليه، لا تملك السلطة التأديبية أن توقع عقوبة لم ينص عليها القانون، بسيطة كانت أو شديدة، أو أن توقع عقوبة أشد من الحد المقرر لها¹⁵، ويقع على السلطة التأديبية أن تلتزم بالقيود الشكلية والموضوعية التي حددها المشرع، فمن حيث الشكل عليها أن تتقيد بذات الاصطلاح الذي أورده

¹² - الصادر بموجب الأمر رقم: 66-156 مؤرخ في: 08 جوان 1966 المعدل والمتمم، ج ر عدد 49 مؤرخة في: 11-06-1966.

¹³ - فوزي حبيش، مسؤولية الموظف العام التأديبي، المجلة العربية للإدارة، المنظمة العربية للعلوم الإدارية، العدد الثاني، المجلد السادس، 1982، ص 32.

¹⁴ - ممدوح طنطاوي، الجرائم التأديبية الولاية والاختصاص، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2001، ص 63.

¹⁵ - Rene Chapus, Droit administratif général, Montchrestien, 11 édition, Paris, 1997, p 104.

المشروع، في إطار ما يعرف بالتقييد اللفظي، فإذا كان من بين العقوبات التي أوردها المشرع عقوبة الإنذار فيتعين حينئذ على سلطة التأديب استخدام ذات الاصطلاح وعكس استبداله بغيره، أما من ناحية الموضوع فإن محل الجزاء التأديبي المساس بمزايا الموظف العام، ومن ثمة إذا لجأت سلطة التأديب إلى المساس بكرامة الموظف كالإهانة أو المساس بحريته كالحبس أو المساس بماله الخاص، فإن إجراءها في مثل هذه الحالات يخرج عن حد الشرعية¹⁶.

ب- مبدأ الشخصية:

يقصد بأن النظام التأديبي للموظف العام ذو طابع شخصي، أي أن الموظف الذي ارتكب الخطأ التأديبي هو من يتعرض للعقوبة التأديبية المقررة لهذا الخطأ دون غيره، ويستشف هذا المبدأ من المادة 160 من الأمر 03/06، التي جاء فيها أنه: "يشكل كل تخل عن الواجبات المهنية أو المساس بالانضباط وكل خطأ أو مخالفة من قبل الموظف أثناء أو بمناسبة تأدية مهامه خطأ مهنيا ويعرض مرتكبه لعقوبة تأديبية...".

ويقصد بشخصية العقوبة التأديبية أنها لا توقع إلا على من ارتكب المخالفة التأديبية وثبتت مسؤوليته التأديبية، ومبدأ شخصية العقوبة بصفة عامة مقرر في جميع المجالات العقابية جنائية كانت أو تأديبية، ولو لم يوجد نص يقره، فهذا المبدأ ينبع من ضمير العدالة¹⁷.

على الرغم من شخصية العقوبة التأديبية، إلا أن آثارها من الناحية الواقعية تتعدى الموظف الذي وقعت عليه، فالعقوبة التأديبية من شأنه أن تسيء إلى أسرة المخالف وذويه، كما أن العقوبة المالية تؤثر على أسرة المخالف وعلى دخلها.

ج- مبدأ التناسب بين الخطأ والعقوبة التأديبية:

¹⁶ - محمد إبراهيم الدسوقي علي، حماية الموظف العام إداريا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 265.

¹⁷ - عبد الحفيظ علي الشيمي ومحمد فوزي نويجي، المسؤولية التأديبية وموانعها للموظف العام، دار مصر، القاهرة، 2019، ص 155.

يقصد بهذا المبدأ أن تكون العقوبة الموقعة على الموظف العام متناسبة مع الخطأ التأديبي المرتكب من قبله، ولقد نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ بطريقة غير مباشرة من خلال حصره للأخطاء التأديبية من خلال المادة 177 من الأمر 07/06 إلى أربع درجات، تقابلها أربع درجات من العقوبات التأديبية نصت عليها المادة 163 من ذات الأمر، وقد روعي التناسب فيما بينها، إذ تقابل الأخطاء التأديبية من الدرجة الأولى مثلا عقوبات تأديبية من نفس الدرجة، وذات الأمر ينطبق على باقي الدرجات.

د- مبدأ المساواة:

يعد مبدأ المساواة أمام القانون من المبادئ العامة للقانون التي كرستها مختلف الدساتير الجزائرية، ويعد مبدأ المساواة في توقيع الجزاء التأديبي من المبادئ المتفرعة عنه، ويستنبط هذا المبدأ من نص المادة 127 من الأمر 03/06، التي نصت على عدم جواز التمييز بين الموظفين بسبب آرائهم أو جنسهم أو أصلهم أو بسبب أي ظرف من ظروفهم الشخصية أو الاجتماعية.

هـ- وحدة الجزاء التأديبي:

يقصد بهذا المبدأ عدم جواز معاقبة الموظف مرتين أو عدة مرات عن خطأ تأديبي واحد، أو معاقبته عن الخطأ الواحد بجزاءين أصليين لم ينص القانون على جواز الجمع بينهما صراحة، أو معاقبته بجزائين لم يقصد اعتبار أحدهما تابعا للآخر¹⁸.

يستشف أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ من خلال نص المادة 183 من الأمر: 03/06 التي جاء فيها أنه: "تؤدي الأخطاء المهنية المنصوص عليها في المواد من 178 إلى 181... إلى تطبيق إحدى العقوبات التأديبية من نفس الدرجة".

ويجد مبدأ وحدة الجزاء التأديبي أساسه القانوني في قاعدة "لا عقوبة إلا بنص" وحجية الأمر المقضي به، وبناء على ذلك، فإن تعدد العقوبات الذي لا يجيزه القانون هو انشاء لعقوبة غير مقررة

¹⁸ - عبد الفتاح حسن، التأديب في الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ، ص 275.

في القانون¹⁹، مما يمثل خروجاً على هذه القاعدة، كما يستند مبدأ وحدة الجزاء إلى قاعدة حجية الأمر المقضي به، إذا كان توقيع العقوبة الأولى بموجب حكم قضائي، والأكد أن عدم احترام هذا المبدأ يشكل اعتداء على نهائية العقوبات الموقعة من السلطات المختصة، بما يمثله من اخلال بما حازته من حجية²⁰.

و- مبدأ عدم الرجعية:

يقصد بهذا المبدأ أن الآثار التي يربتها الجزاء التأديبي لا يكون لها أي أثر على الوضعية الإدارية للموظف المخطيء إلا ابتداء من تاريخ صدور القرار التأديبي، ويستثنى من هذه القاعدة ما يلي²¹:

- سريان قرار التسريح التأديبي أو العزل من تاريخ التوقيف وليس من تاريخ اتخاذ الجزاء.
- يسمح بالأثر الرجعي في حالة تطبيق القاعدة التأديبية الأصلح للموظف المخطيء، قياساً على قاعدة القانون الأصلح للمتهم المعروفة في القانون الجزائي.
- صدور قرارات إدارية منفذة لأحكام قضائية صادرة بالالغاء.

الخاتمة:

و عليه نخلص مما سبق أن موقف المشرع لم يكن واضحاً فيما يتعلق بتكييف القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، في ظل القانون 89-21 و القانون العضوي 04-12 فالأول لم يفتح باب الطعن على الإطلاق مهما كان نوعه، و في ظل هذا المنع توجه مجلس الدولة الى قبول الطعن فيها بالالغاء على أساس أنها قرارات إدارية، أما النص الثاني فسكت عن تكييفها، فرأى مجلس

¹⁹- NATALIE FRICERO, Les Institutions judiciaires, 3^e édition, Gualino éditeur, Paris, 2004, p 26.

²⁰- عبد الحفيظ علي الشبيبي ومحمد فوزي نويجي، المسؤولية التأديبية وموانعها للموظف العام، دار مصر، القاهرة، 2019، ص 149.

²¹- رمضان محمد بطيخ، شرعية العقوبات التأديبية وانقضائها، ورقة عمل مقدمة في ندوة الإجراءات القانونية والإدارية لانضباط وتأديب الموظفين، عمان، بين 14 و 16 أفريل 2007، ص 123.

الدولة تغيير إجتهاده، و فتح باب الطعن فيها بالنقض، على أساس أنها قرارات قضائية للأسباب سالفه الذكر.

و هو الموقف الذي تبناه المشرع صراحة في المادة 67 من القانون العضوي رقم 22-12 المؤرخ في 27 يونيو 2022، الذي يحدد طرق انتخاب أعضاء المجلس الأعلى للقضاء و قواعد تنظيمه و عمله، و التي جاء فيها: ((تكون قرارات المجلس في تشكيلته التأديبية، قابلة للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة)).

دور محكمة التنازع في تعزيز جودة المنظومة القضائية

د. هاجر شنيخر "

جامعة العربي التبسي - تبسة

الملخص :

تبنى المؤسس الدستوري الجزائري الازدواجية القضائية سنة 1996، وأكد ذلك في كل التعديلات الدستورية الموالية واخرها سنة 2020 ، وسلم بوجود ظاهرة تنازع الاختصاص بإعتبارها ضرورة حتمية للعمل بالازدواجية، فقدم الحل القانوني والهيكلية لإشكالات التنازع، فاتفق في إنشاء جهة قضائية تحكيمية لحل إشكاليات الاختصاص التي قد تحدث بين القضاء العادي والقضاء الإداري بإعتبارها الضمانة الأساسية لحسن سير النظام القضائي المزدوج خاصة، وفي تعزيز جودة المنظومة القضائية عامة.

الكلمات المفتاحية:

تنازع الاختصاص، القضاء الاداري، القضاء العادي

Summary :

The Algerian constitutional founder adopted the dual judiciary in 1996. This was confirmed in all the constitutional amendments that were adopted and most recently in 2020. He acknowledged the existence of the phenomenon of conflict of competence as an imperative need for duplication. legal and structural solution to conflict problems ", he agreed to establish an arbitral tribunal to resolve the jurisdictional problems that might arise between the ordinary and the administrative judiciary as the fundamental guarantee of the proper functioning of the dual judicial system in particular, and to enhance the quality of the judicial system in general.

مقدمة :

من المستقر عليه وجود نوعين أساسيين من الأنظمة القضائية: نظام الوحدة القضائية ونظام الإزدواجية القضائية، ويقصد بنظام القضاء الموحد أو بالنظام الانجلوسكسوني أن تتولى الوظيفة القضائية فيه جهة قضائية واحدة هي: المحاكم العادية، والتي تتولى النظر في جميع المنازعات سواء كانت بين الأفراد أو بين الأفراد والإدارة، بما مؤداه أن هذه الجهة القضائية ممثلة في جميع محاكمها على اختلاف أنواعها ودرجاتها تتولى الفصل في جميع المنازعات الإدارية والمدنية التي تطرح عليها على حد سواء، دون تمييز¹ لذا يمكننا القول بأنه لا يعترف بخصوصية المنازعات الإدارية.

ويسود هذا النظام في إنكلترا والولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأخرى، ولكن الأخذ بوحدة القضاء والقانون لا ينفي إمكانية وجود بعض القوانين الإدارية المتميزة عن القانون الخاص العادي.

وهذا النظام يتميز بأنه أكثر اتقافاً مع مبدأ المساواة إذ يخضع الأفراد والإدارة إلي قضاء واحد، وقانون واحد مما لا يسمح بمنح الإدارة أي امتيازات في مواجهة الأفراد، بالإضافة إلي اليسر في إجراءات التقاضي، ولكن ذلك لا يخلو من نقد الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات لأن للقاضي السلطة الواسعة اتجاه الإدارة، وأحياناً قد يوجه أوامر لها، وفي هذا مساس بالسلطة التنفيذية.

وهو ما يختلف عن نظام القضاء المزدوج الذي تتولى الوظيفة القضائية فيه جهتان قضائيتان مستقلتان، إحداهما جهة القضاء العادي، وتختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد، أو بينهم وبين الإدارة عندما تتصرف كشخص من أشخاص القانون الخاص، ويطبق على هذا النزاع أحكام القانون الخاص، والثانية جهة القضاء الإداري، وتختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد والإدارة عندما تظهر بصفتها صاحبة السلطة وتتمتع بامتيازات لا يتمتع بها الأفراد، ويطبق القضاء الإداري على المنازعة قواعد القانون العام.

ومن المهم القول بأن هذا النظام قد نشأ أساساً في فرنسا مهد القضاء الإداري ومنها إنتشر إلي كثير من الدول: "كبلجيكا، اليونان، مصر وسوريا..."² و يقوم على مبدأ الفصل بين السلطات ومقتضاه منع القضاء العادي من النظر في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها احتراماً لاستقلال السلطة التنفيذية.

وتتجلى أهمية وجود قضاء إداري متخصص للفصل في المنازعات الإدارية في أن رقابة القضاء على أعمال الإدارة تعتبر الجزاء الأكبر لمبدأ المشروعية والضمانة الفعالة لسلامة تطبيق القانون والتزام حدوده وبه تكتمل عناصر الدولة القانونية، وحماية حقوق وحرّيات الأفراد من تعسف الإدارة.

وقد إتسم القضاء الإداري بسرعة الفصل في المنازعات الإدارية، والبساطة في الإجراءات ضماناً لحسن سير المرافق العامة، الأمر الذي تملّيه طبيعة المنازعات الإدارية وتعلّقها بالمصلحة العامة غالباً.

لكن لا أحد يختلف في أن تبنى نظام الإزدواجية القضائية ينجر عنه في بعض الحالات مسائل جوهرية تتعلق بتوزيع الاختصاص بين الجهات القضائية العادية والجهات القضائية الإدارية، ووجود إشكالات قد تقع بشأن مجال عمل وإختصاص كل جهة، وصعوبة وضع معيار كفيّل يحدد مجال إختصاص كل منهما.

ولذلك سعى المشرع إلي وضع الضوابط الكفيلة بتحديد إختصاص كل جهة قضائية على نحو واضح ودقيق، والذي: إما يلجأ إلي تحديد إختصاص إحدى الجهتين على سبيل الحصر وترك الولاية العامة للجهة الأخرى، وإما تحديد إختصاص كلتا الجهتين عن طريق قاعدة عامة تعطى للقضاء الإداري الولاية العامة في المنازعات الإدارية، بينما يتولى القضاء العادي الولاية العامة في المنازعات غير الإدارية، وبالتالي يتم ضبط قواعد إختصاص كل هيئة قضائية وبيانها ورسم حدودها.

كما يتحتم فضلاً عن ذلك إنشاء آليات تعنى بمسائل تنازع الإختصاص وتوكل لها مهمة فضها، فإذا كان سهل التسليم بإمكانية حصول تنازع في الإختصاص داخل الجسم القضائي الواحد، فمن باب أولى التسليم بحدوثه بين جهات قضائية تختلف من حيث الهياكل والنظم القانونية الناضمة لها.

والتي هي أساس دراستنا بالدرجة الأولى وموضوع ورقتنا البحثية فإذا كان هذا الإختصاص قد أسند في فرنسا منشأ نظام الإزدواجية القضائية - ففيها نشأت وتطورت أحكامه ومبادئه -، لمحكمة التنازع بموجب القانون الصادر في: 24 ماي 1872، فإن الأمر في الجزائر لم يختلف، فلتقادي أي إشكال قد يقع بين النظامين حول مجال إختصاص وعمل أية جهة قضائية نص المؤسس الدستوري في المادة 152 من التعديل الدستوري لسنة 1996، على تأسيس وإنشاء جهة قضائية تحمل نفس الاسم: "محكمة التنازع" تتولى الفصل في حالات تنازع الإختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، وتم تأكيد ذلك في الفقرة

الثانية من المادة 171 بالتعديل الدستوري الأخير لسنة 2016، وايضا في المادة 179 الفقرة 04 الرابعة بالتعديل الدستوري الاخير لسنة 2020.

كما أفرد لها **المشرع الجزائري نظاما قانونيا خاصا** بها تمثل في القانون العضوي 98-03 المؤرخ في 03 جوان 1998 والمتعلق بإختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، لتوضيح معالم وإختصاصات هذه الجهة.

وبذلك لم يخرج **المؤسس الدستوري الجزائري** عن قاعدة إنشاء هيئة للفصل في تنازع الإختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري كضرورة حتمية لتبني الأزواجية القضائية، لمساهمتها الفعالة في تكريس هذا النظام، وتثبيت دعائمه، وكذا تعزيز جودة المنظومة القضائية والنجاعة".

• لذا سنبحث في هذه الورقة البحثية هذه عن دور الجهة التي تفصل في تنازع الإختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري وعليه ستكون الإشكالية على الشكل التالي:

- إلي أي مدى وفق المشرع الجزائري في وضع الحلول القانونية والهيكلية لتفادي ظاهرة تنازع الإختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري؟
أو بمعنى آخر: ما مدى نجاح المشرع الجزائري في خلق نصوص قانونية وهيكلية كفيلة بضمان حل إشكالات تنازع الإختصاص؟ وتحقيق جودة المنظومة القضائية؟

و تندرج عنه جملة من التساؤلات الفرعية توضح دراستنا لهذا الموضوع:

- ما هي آليات عمل الجهة الفاصلة في تنازع الإختصاص؟ وهل ساهمت في المحافظة على قواعد الإختصاص النوعي؟ أو بعبارة أدق في المحافظة على قواعد النظام العام في مجال الإختصاص القضائي؟
- وما هي قواعد إختصاصها والإجراءات المتبعة أمامها؟ وما طبيعة قراراتها؟ وما مدى حجيتها؟ وما مدى إلزامية تبليغها ونشرها؟

• **المنهج المتبع:**

دراستنا في هذه الورقة البحثية موضوع لها طابعها الخاص لذا استندنا ل:

- **المنهج التحليلي:** ذلك أن الموضوع يستند إلى عدة نصوص قانونية ، بالإضافة إلى ما تم توظيفه من أحكام قضائية والتي تحتاج جميعها إلى تحليل بقصد الوصول إلى مدى نجاعتها من خلال تحديد مواطن قوتها، والنقصان الذي شابها، والكشف عن التناقض إن وجد.

- **الخطة المتبعة :**

ولنتمكن من دراسة الموضوع من كل جوانبه و بناءا على الإشكالية التي سبق طرحها اقتضى الأمر أن نقسم دراستنا إلي بايين:

المحور الأول: تطرقنا فيه لمفهوم محكمة تنازع الاختصاص وتشكيلتها ودورها في تحقيق الجودة وقسمناه المبحث الأول ل: تعريف الجهة الفاصلة في التنازع، أما المبحث الثاني: فحددنا فيه الاساس القانوني والمبحث الثالث تشكيلتها.

أما المحور الثاني: فخصصناه لاختصاصات محكمة التنازع وإجراءات الفصل أمامها ، وقسمناه لمبحثين: المبحث الأول تناولنا فيه الاختصاصات، أما المبحث الثاني: فخصصناه لإجراءات النظر والفصل أمامها.

المحور الأول : مفهوم محكمة تنازع الاختصاص، اساسها وتشكيلتها

المبحث الأول تعريف محكمة التنازع

ظهر نظام ازدواجية القضاء في فرنسا متزامنا مع الثورة الفرنسية سنة 1789⁽¹⁾، فهو بهذا المعنى مرتبط بالمراحل التاريخية التي مر بها القضاء الإداري في فرنسا، وبالتحولات السياسية والدستورية التي عرفتتها على مر هذه المراحل، وصولا لإنشاء محكمة التنازع باعتبارها هيئة قضائية أعلى من هيئات القضاء العادي ومن هيئات القضاء الإداري، وهي مستقلة عنها، أنشئت بقانون: 24 ماي 1872 لتتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، وقبل إنشائها كان اختصاص الفصل في حالات التنازع يعود إلى رئيس مجلس الدولة، ثم انتقل هذا النظام إلى الدول الأوروبية وبعض الدول العربية منها: الجزائر

¹- لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع ل:

- Charles DEBBASCH, Frédéric COLIN, Droit administratif, 7em édition, Economica, Paris, 2004, P613.

- Bernard PACTEAU, Le conseil d'état et la fondation de la justice administrative française au XIX siècle, 1 Edition, presses universitaires de France, 2003, P 125.

- Serge VELLE, Droit administratif, 2 ° édition, Dyna' sud, Vu Ibert, France, 1999, p 21

-Martine LOMBARD et Gille Dumont, Droit administratif, 5 ° édition, Dalloz, 2003, p 4

ففي الجزائر تبني **المؤسس الدستوري الجزائري** ⁽²⁾ النظام القضائي المزدوج بموجب التعديل الدستوري لسنة 1996، وفصل بين القضاء العادي والقضاء الإداري، ولم يخرج عن قاعدة إنشاء هيئة للفصل في تنازع الإختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري كضرورة حتمية لتبني الازدواجية القضائية، لمساهمتها الفعالة في تكريس هذا النظام، وتثبيت دعائمه.

فأنشئ محكمة التنازع (Le tribunal des conflits) بموجب المادتين 152⁽³⁾ و153 من التعديل الدستوري لسنة 1996 كما سبق الإشارة، وأكد المؤسس الدستوري هذا التأسيس الدستوري بموجب المادتين 171 و172 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016، وأصدر القانون العضوي 98-03⁽⁴⁾ المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، كجهة قضائية تحكيمية لحل إشكاليات الاختصاص التي قد تحدث بين النظامين⁽⁵⁾، وهي تعد هيئة دستورية تابعة للسلطة القضائية، ومستقلة في ممارسة مهامها عن السلطة التنفيذية، ولها دور هام في سبيل تحقيق التوازن بين هيئات القضاء.

وإن أردنا تقديم تعريف للجهة التي تفصل في تنازع الاختصاص اتجها إلى الفقه على أساس أن التشريع لا يقدم تعاريف، وفي البداية نبحت في الجزائر، فقد حاول الفقه الجزائري تقديم تعريفات لمحكمة التنازع الجزائرية نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

فنقول أن **محكمة التنازع في الجزائر** تعد هيئة دستورية⁽⁶⁾، تابعة للسلطة القضائية، ومستقلة في ممارسة مهامها عن السلطة التنفيذية، ولها دور هام في سبيل تحقيق التوازن بين هيئات القضاء.

²- التعديل الدستوري للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم: 96-428 المؤرخ في: 26 رجب 1417، الموافق ل: 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء: 28 نوفمبر 1996، ج. ر رقم: 76 المؤرخة في: 08 ديسمبر 1996، الذي تم تعديله بموجب القانون رقم: 02-03 المؤرخ في: 27 محرم 1423، الموافق ل: 10 أبريل 2002، يتضمن تعديل الدستور صادر في ج ر عدد: 25 المؤرخة في: 14 أبريل 2002 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في: 17 ذي القعدة عام 1429 الموافق ل: 15 نوفمبر 2008 المتضمن التعديل الدستوري، ج. ر رقم 63، المؤرخ في: 16 نوفمبر 2008.

³- المادة 152 من التعديل الدستوري لسنة 1996 تنص: "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم. يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون.

تؤسس محكمة تنازع تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة.

⁴- القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في: 8 صفر عام 1419، الموافق ل: 30 مايو 1998 المتضمن اختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية العدد 39، الصادرة في: 07 جوان 1998.

⁵- P. Rachid ZOUAIMIA, P. Marie Christine ROULAULT, droit administratif, BERTI Editions, Alger, 2009, P 224.

- Mokded KOUROGLI, Le tribunal de conflit, revue de la cours suprême, numéro spéciale, tribunal des conflits, 2009, P09.

⁶- أ/ محند بوشير أمقران، النظام القضائي الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 447.

وتعرف⁽⁷⁾ محكمة التنازع بأنها: "هيئة قضائية أعلى من هيئات القضاء العادي وهيئات القضاء الإداري وهي مستقلة عنهم"، "ذات صبغة تحكيمية"⁽⁸⁾، "لها الفصل في إشكالات التنازع بين الهرمين القضائيين"⁽⁹⁾. كما تعتبر⁽¹⁰⁾ مؤسسة قضائية قائمة بذاتها تتوسط قمة الهرمين القضائيين، العادي والإداري، فلا هي تابعة لهما، ولا هي سلطة رئاسية أو وصائية عليهما، وهذا الموقع يسمح لها بالفصل في تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة (المادة 152 فقرة 04 من التعديل الدستوري لسنة 1996)، أو بين الجهات القضائية الإدارية والعادية (المادة 03 من القانون العضوي 98-03 المتضمن قانون محكمة التنازع)، (بموجب المادتين 171 و172 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016). كما تعرف أيضا⁽¹¹⁾:

« le tribunal des conflits est compétent pour le règlement des conflits de compétence entre la juridictions de l'ordre administratif et les juridictions relevant de l'ordre du jour ».

كما تعتبر⁽¹²⁾ محكمة التنازع الهيئة القضائية الأسمى، ومؤسسة ضامنة للسير الحسن للنظام القضائي المزوج بواسطة الرقابة التي تمارسها وتفرضها على الهرمين فيما يتعلق بالاختصاص النوعي. وأيضا تعتبر محكمة التنازع المكمل الطبيعي للازدواجية القضائية، ونتيجة حتمية لتبنيها لمساهمتها الفعالة في تكريس هذا النظام وتثبيت دعائمه، وتعتبر الركيزة الأساسية لبناء قضاء متكامل تحقق له التوازن والنجاحة.

في التشريع الجزائري بصدور القانون العضوي 98-03 المؤرخ في: 03 جوان 1998، المتعلق باختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها. الذي يحدد اختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها السابق الذكر.

وقد جاء في نص المادة 02 من نفس القانون العضوي 98-03 المتعلق بمحكمة التنازع الجزائرية أن مقر محكمة التنازع يكون في الجزائر العاصمة، مع مراعاة أحكام المادة 93 من الدستور.

⁷- د/مسعود شهبوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 152.

⁸- د/ محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، (القضاء الإداري)، الطبعة الثانية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2002، ص 168.

⁹- أ/ سلامي عمور، المنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 20.

⁹- أ/ لحسن بن شيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء مجلة الدولة، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 08.

¹⁰- الد/ عطاء الله بوحميده، الوجيز في القضاء الإداري، تنظيم، عمل واختصاص، الطبعة الثالثة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 111.

¹¹- P. Rachid ZOUAIMIA, OP.CIT, P 226.

¹²- رشيد خلوفي، القضاء الإداري، تنظيم وإختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 195.

وأهمية محكمة التنازع

- تكريس النظام القضائي المزدوج الذي أخذت به الجزائر بموجب التعديل الدستوري لسنة 1996،
- تحقيق حسن سير هذا النظام القضائي.
- ضمان لحل إشكالات التنازع بين هيئات القضاء العادي وهيئات القضاء الإداري، وعدم الوقوع في التناقض بين الأحكام النهائية الصادرة من الجهات القضائية للنظامين.
- تقادي حالات إنكار العدالة بين النظامين القضائيين المتخالفين.
- حمايتها للجهات القضائية الإدارية من تعسف القضاء العادي، وهذا عندما يقر هذا الأخير بإختصاصه في نزاع يعود إلى الجهات القضائية الإدارية⁽¹³⁾، ونفس الأمر بحمايتها للقضاء العادي من تعسف الجهات القضائية الإدارية، وذلك عندما تقضي هذه الأخيرة في نزاع يعود للاختصاص فيه إلى الجهات القضائية العادية.
- بلورة نظرية عامة فقهية قضائية ثرية وقائمة الذات حول اختصاص الجهة القضائية ليضفى على الإزدواجية القضائية مزيدا من التناسق والنجاعة.
- أيضا بالنسبة للمتعاملين مع القضاء كالمحامين عن طريق اجتهادات محكمة التنازع بشأن منازعة معينة، مما سينعكس إيجابا على تكوينهم القانوني⁽¹⁴⁾ لأنها لا تنظر في الموضوع، بل تنظر في مسألة دقيقة، وهي مسألة تتعلق بالاختصاص، فتحسم بمقتضى قرار ملزم لجهتي القضاء العادي والإداري.

المبحث الثاني: الأساس القانوني

تحليل الإطار القانوني المسطر لها من أساس دستوري ومن أساس تشريعي أو القانون الخاص المنشئ لها، ومن بعض النصوص القانونية الأخرى التي لها علاقة، تتضح من خلال معرفة أساسها الدستوري مطلب أول ثم التطرق الى أساسها التشريعي مطلب ثاني

¹³- بمقتضى المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية سابقا.

والمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أ.د/ عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، الإطار النظري للمنازعات الإدارية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 196

¹⁴- لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلي:

أ.د/ عمار بوضياف، النظام القانوني لمحكمة تنازع الاختصاص في التشريع الجزائري، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2003، ص 80.

أ.د/ عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، الإطار النظري للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 196

المطلب الأول : الأساس الدستوري :

المؤسس الدستوري الجزائري قد تولى بنفسه صراحة تأسيس هيئات قضائية جديدة تمثلت في: هياكل القضاء الإداري مجسدة في: مجلس الدولة، المحاكم الإدارية ومحكمة التنازع، إلى جانب هيئات القضاء العادي، ولم يترك حرية إنشائها للسلطة التشريعية، كما فعل المؤسس الدستوري الفرنسي لسنة 1958⁽¹⁵⁾. فنصت المادة 152 فقرة 04 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996 على ما يلي: "...تؤسس محكمة تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة". وتعد المادة المذكورة أعلاه بمثابة شهادة ميلاد دستورية لمحكمة التنازع في الجزائر، إذ أن المؤسس الدستوري كرس فيها الضمانة الأساسية لحسن سير النظام القضائي المزدوج، وأوكل لها اختصاص تحكيمي محدد، وهو الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين هيئات القضاء العادي وهيئات القضاء الإداري. وتأكد ذلك في نص المادة 171 فقرة 04 من التعديل الدستوري لسنة 2016 أيضا، التي تنص على ما يلي: "تفصل محكمة التنازع في حالات تنازع الاختصاص بين هيئات القضاء العادي وهيئات القضاء الإداري".

ويعتبر النص على تأسيس محكمة التنازع بموجب مادة دستورية في حد ذاته ميزة، ويعطيها أهمية كبيرة ومكانة مرموقة على رأس هيئات النظام القضائي الجزائري، كما أنه يكسبها استقلالية في ممارسة مهامها المحددة دستوريا⁽¹⁶⁾.

في حين تنص المادة 153 من التعديل الدستوري لسنة 1996 على أنه: "يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع".

وهو ما أكدته أيضا المادة 172 من التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016 حيث تنص على: "يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا، ومجلس الدولة، ومحكمة التنازع، وعملهم واختصاصاتهم الأخرى".

¹⁵- اعتمد دستور فرنسا في 04 أكتوبر 1958، ويسمى عادة دستور الجمهورية الخامسة، وحل محل دستور الجمهورية الرابعة الذي يعود تاريخه إلى عام 1946.

-Charle DEBBASCH et Jean CLAUD RISI, Contentieux administratifs, O. P. CIT, P141

¹⁶- ولمزيد من التفصيل بشأن النتائج المترتبة على إنشاء محكمة التنازع بنص دستوري التي ننكر أهمها: تتمتع محكمة التنازع بالثبات والحماية، يمكن الرجوع إلي:

- سمية سنوساوي، محكمة التنازع والازدواجية القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، كلية الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، السنة الجامعية 2010-2011، ص 13 وما بعدها.

وايضا المادة 179 من التعديل الدستوري 2020: ¹⁷ تمثّل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال

المجالس القضائية والمحاكم.

يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال المحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية

والجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد،

ويسهران على احترام القانون.

تفصل محكمة التنازع في حالات تنازع الاختصاص بين هيئات القضاء العادي وهيئات

القضاء الإداري.

يحدّد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا ومجلس الدولة ومحكمة التنازع، وسيرها.

وما نلاحظه أنه تم صياغة مادة واحدة بخمسة (5) فقرات على خلاف النصوص الدستورية السابقة

فيما يخص محكمة التنازع عوض مادتين كما كان سلفا لذا نرى أن المؤسس الدستوري وفق في الصياغة

وجاءت أكثر ضبطا بالمقارنة مع النصوص السابقة،

المطلب الثاني: الأساس التشريعي

القانون رقم 07-22 ، المؤرخ في 05 ماي 2022 المتضمن التقسيم القضائي ¹⁸.

القانون العضوي رقم 10-22 مؤرخ في 09 جوان سنة 2022 يتعلق بالتنظيم القضائي ¹⁹

المادة 02: يشمل التنظيم القضائي النظام القضائي العادي والنظام القضائي الإداري ومحكمة التنازع

¹⁷ المرسوم الرئاسي 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق لـ 30 ديسمبر 2020 ، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري ، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 ، ج ر ، عدد 82 ، الصادرة في 30 ديسمبر 2020 ، ص 3-47.

¹⁸ القانون العضوي رقم 07-22 مؤرخ في: 04 شوال عام 1443 الموافق ل: 05 ماي سنة 2022 يتعلق بالتقسيم القضائي

ج. ر عدد 32 المؤرخة في: شوال عام 1443 الموافق ل: 14 ماي 2022 ، ص، ص 4-6.

تلغى أحكام الأمر رقم 97-11 المؤرخ في : 11 ذي القعدة عام 1417 الموافق 19 مارس سنة 1997 والمتضمن التقسيم القضائي

¹⁹ القانون العضوي رقم 10-22 مؤرخ في: 09 ذي القعدة 1443 الموافق ل: 09 جوان سنة 2022 يتعلق بالتنظيم القضائي ، ج. ر 41 مؤرخة في: 16 ذو القعدة عام 1443 ، 16 جوان 2022 ، ص ص 6-10.

القانون العضوي رقم 11-22 المؤرخ في 09 جوان 2022 ، يعدل ويتمم القانون العضوي رقم 01-98 المؤرخ في 30 ماي 1998 والمتعلق بتنظيم مجلس الدولة وسيره واختصاصاته.²⁰

القانون 22 -13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات المدنية والادارية²¹

القانون العضوي رقم 03-98 المؤرخ في: 08 صفر عام 1419 الموافق ل: 3 جوان 1998 والمتعلق باختصاصات محكمة التنازع و تنظيمها و عملها²².

المبحث الثالث: تشكيلة محكمة التنازع

• التنظيم الهيكلي لمحكمة التنازع: 1- الهياكل القضائية لمحكمة التنازع:

أ- رئاسة محكمة التنازع وقضااتها: يكلف بالرئاسة رئيس محكمة التنازع الذي يعين لمدة ثلاث سنوات بالتناوب من بين قضاة المحكمة العليا أو مجلس الدولة من قبل رئيس الجمهورية بإقتراح من وزير العدل، حافظ الأختام و بعد الأخذ بالرأي المطابق للمجلس الأعلى للقضاء .

–يعين نصف عدد قضاة محكمة التنازع من بين قضاة المحكمة العليا و النصف الآخر من بين قضاة مجلس الدولة من قبل رئيس الجمهورية بإقتراح من وزير العدل، حافظ الأختام و بعد الأخذ بالرأي المطابق للمجلس الأعلى للقضاء .

²⁰ قانون عضوي رقم 11-22 المؤرخ في: 09 ذي القعدة 1443 ، الموافق ل: 09 جوان سنة 2022 ، يعدل ويتمم القانون العضوي رقم 01-98 المؤرخ في: 04 صفر عام 1419، الموافق ل: 30 مايو سنة 1998 والمتعلق بتنظيم مجلس الدولة وسيره واختصاصاته، ج. ر عدد 41 مؤرخة في: 16 ذو القعدة عام 1443، 16 جوان 2022، ص ص 13-14.

²¹ القانون 22 -13 المؤرخ في: 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق ل: 12 يوليو 2022 المعدل ويتمم القانون رقم 09-08 المؤرخ في: 18 صفر عام 1429 الموافق ل: 25 فيفري سنة 2008 والمتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ج. ر العدد 48 الصادرة بتاريخ: 18 ذو الحجة عام 1443، الموافق ل: 17 يوليو 2022، ص ص 03 – 11.

²² القانون العضوي رقم 03-98 المؤرخ في: 08 صفر عام 1419 الموافق ل: 3 جوان 1998 والمتعلق باختصاصات محكمة التنازع و تنظيمها و عملها، ج. ر 39 مؤرخة : في 07 جوان 1998

ب- **محافظة الدولة:** يتولها محافظ الدولة ومساعدته حيث يعين قاض بصفته محافظ دولة ولمدة ثلاث سنوات من قبل رئيس الجمهورية بإقتراح من وزير العدل، حافظ الأختام و بعد الأخذ بالرأي المطابق للمجلس الأعلى للقضاء ويعين بنفس الشروط ولنفس المدة محافظ دولة مساعد.

-يقدم محافظ الدولة و محافظ دولة المساعد طلباتهما و ملاحظتهما الشفوية.

-**2الهيكل غير القضائية لمحكمة التنازع:** يتولى كتابة ضبط محكمة التنازع كاتب ضبط رئيسي يعين من قبل وزير العدل حافظ الأختام.

المحور الثاني: فخصناه لاختصاصات محكمة التنازع وإجراءات الفصل أمامها، ودورها في

تعزيز الجودة القضائية

المبحث الأول : اختصاصات محكمة التنازع ودورها في تعزيز الجودة القضائية

تختص محكمة التنازع بالفصل في الحالات المنصوص عليها ضمن القانون العضوي 03/98 وهو ما سنفصله في الفروع التالية:

المطلب الأول : التنازع الإيجابي

يعد التنازع الإيجابي صورة من صور تنازع الاختصاص، التي تختص بنظرها محكمة التنازع في الجزائر، وقد نصت على هذا الاختصاص إلى جانب التنازع السلبي المادة 16 من القانون العضوي 03/98، التي جاء فيها: " يكون تنازعا في الاختصاص عندما تقضي جهتان قضائيتان إحداهما خاضعة للنظام القضائي العادي والأخرى خاضعة للنظام القضائي الإداري، باختصاصهما أو بعدم اختصاصهما للفصل في نفس النزاع.

ويقصد بنفس النزاع ، عندما يتقاضى الأطراف بنفس الصفة أمام جهة إدارية وأخرى قضائية، ويكون الطلب مبنيا على نفس السبب ونفس الموضوع المطروح أمام القاضي".

ما نعيبه على هذه المادة من ناحية الشكل، هو أنها أدرجت تحت عنوان الإجراءات ، في حين أنها تتعلق بالاختصاصات، وذلك لغياب فصل مخصص لاختصاصات محكمة التنازع في القانون العضوي

03/98. رغم أن هذه الاختصاصات تعد الغاية من تأسيس المحكمة. كما نلاحظ أن المادة 03 من نفس القانون، والمتعلقة بدورها باختصاصات محكمة التنازع قد تم ذكرها في الفصل الأول المخصص للأحكام العامة.

إضافة لذلك نجد أن المشرع قد جمع في المادة 16 من القانون العضوي 03/98 بين التنازع الإيجابي والتنازع السلبي وأعطاهما تعريفاً مقتضياً وغير كافٍ، لذا كان عليه أن يكون أكثر وضوحاً ودقة، في تحديد المفاهيم، وذلك بتخصيص مادة مستقلة لكل حالة من حالات النزاع يحدد فيها مفهومها وشروطها.

أما من ناحية الموضوع فنلاحظ أن هذه المادة تؤيد و تسائر ما ذهبت إليه المادة 03 من القانون العضوي 03/98، من أن مجال اختصاص هذه المحكمة لا يقتصر على النزاعات التي قد تحدث بين مجلس الدولة

والمحكمة العليا، كما يستشف من نص المادة 171 من التعديل الدستوري لسنة 2016، وإنما يمتد كذلك لكل النزاعات التي قد تحدث بين جهات القضاء التابعة لكل نظام (عادي أو إداري) والمادة 179 من التعديل الدستوري لسنة 2020²³.

والتنازع الإيجابي بهذا المعنى، يكشف عن وجود عيب في التكييف من إحدى جهتي القضاء بعد أن تمسكت كل واحدة باختصاصها بنظر النزاع المعروض عليها، لسبب ما تراه وجبها وكافياً ليعقد لها الاختصاص دون غيرها، لذلك يفضل لحل مثل هذه الإشكاليات، اللجوء إلى محكمة التنازع، لتحديد الجهة المختصة بالنزاع.

وفي هذا الإطار، يرى الأستاذ رشيد خلوفي²⁴ أن هناك خطأ في تعريف المشرع الجزائري للتنازع الإيجابي في المادة 16 من القانون العضوي 03/98، لكونه لا يتماشى مع مفهوم الازدواجية القضائية ومتطلباتها وهدفها، المتمثل في منع القضاء العادي من التصدي للفصل في منازعات الإدارة، وإسنادها إلى قضاء إداري مستقل، وبالتالي لا يمكن تحريك دعوى التنازع الإيجابي، إلا عندما ترى السلطة الإدارية أن

²³ انظر في ذلك المادة 179 من التعديل الدستوري لسنة 2020 السابق الذكر

²⁴ لمزيد من التفصيل بشأن التنازع الإيجابي يمكن الرجوع لـ:

مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 183 وما بعدها.

-الد/عمار عوايدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 141.

1. د/ مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 146 وما بعدها.

القضاء العادي بصدد النظر في قضية تدخل في الأصل في نطاق اختصاص القضاء الإداري ، وذلك بإتباع إجراءات خاصة تتم على مرحلتين ، وهو المفهوم المتبع في فرنسا.

بينما في الجزائر، تتضمن المادة 19 من القانون العضوي 03/98، توحيداً لإجراءات رفع النزاع أمام محكمة التنازع، في كل أنواع التنازع (التنازع السلبي والإيجابي وحتى تناقض الأحكام)، وذلك برفع الدعوى بعريضة مكتوبة، تودع وتسجل بكتابة ضبط محكمة التنازع .

المطلب الثاني : التنازع السلبي *Le conflit négatif*

وهو ثاني صورة من صور تنازع الاختصاص²⁵ التي تختص بحل إشكالياتها محكمة التنازع ، وعلى خلاف التنازع الإيجابي ، التنازع السلبي هو أن ترفع نفس الدعوى القضائية أمام جهتي القضاء العادي والإداري وأن ترفض كل جهة الفصل فيها ، بدعوى أنها تدخل ضمن اختصاصات الجهة الأخرى ، وقد تضمنته المادة 16 من القانون العضوي 03/98 إلى جانب التنازع الإيجابي ، وجعلت له نفس الشروط رغم أن شروطهما مختلفة. وقد جاء فيها: "... يكون تنازع في الاختصاص عندما تقضي جهتان قضائيتان إحداهما خاضعة للنظام القضائي العادي والأخرى خاضعة للنظام القضائي الإداري بعدم اختصاصهما للفصل في النزاع".

وبالتالي تتمثل شروط التنازع السلبي في الجزائر فيما يلي:

- يجب أن ترفض كل جهة من جهتي القضاء العادي والإداري الفصل في الدعوى المعروضة عليها، بحكم تقرر فيه عدم اختصاصها.
- يجب أن يكون حكم عدم الاختصاص الصادر عن كل جهة مسبباً بأن النزاع يدخل ضمن اختصاصات الجهة الأخرى.
- ورغم أن هذا الشرط يعد شرطاً بديهياً لكونه مكمل للشرط الأول إلا أن المشرع الجزائري أهمله، ولم يذكره في المادة 16 من القانون العضوي 03/98، وذلك لنفس الأسباب المذكورة سابقاً ، وهي جمع المشرع

²⁵ لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع ل:

سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري دراسة مقارنة، دراسة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص222.
رشيد خلوفي، القضاء الإداري، تنظيم واختصاص، المرجع السابق، ص 219.

لصورتى التنازع معا في مادة واحدة مقتضبة ، لم يبين فيها شروط كل حالة بوضوح.

عكس القانون الفرنسي الذي ذكر هذا الشرط ، ونحن نؤيد ذلك لأن في التنازع الإيجابي تتصدى كل جهة لنظر النزاع ، بدعوى أنه يدخل ضمن اختصاصاتها، ولا يدخل ضمن اختصاصات الجهة الأخرى، و بالمقابل سيكون التنازع السلبي، هو أن ترفض كل جهة نظر النزاع، لأنه يدخل ضمن اختصاصات الجهة الأخرى.

- يجب أن يكون حكمي عدم الاختصاص نهائيين، أي غير قابل لأي طعن أمام أي جهة من جهات القضاء. وهو ما يميز الجزائر عن غيرها، ففرنسا مثلا لا تشترط أن يكون قرار عدم الاختصاص الذي أصدرته الجهة الأولى نهائيا عندما يعرض النزاع على الجهة الثانية.

في حين تشترط المادة 17 من القانون العضوي 03/98، أن يكون رفع النزاع أمام محكمة التنازع، في اليوم الذي يصبح فيه القرار الأخير غير قابل للطعن أمام الجهات الخاضعة للنظام القضائي الإداري، وتلك الخاضعة للنظام القضائي العادي²⁶

ويرجع هذا الاختلاف بالأساس، إلى توحيد المشرع الجزائري لإجراءات رفع الدعاوى المتعلقة بالتنازع الإيجابي والسلبي، ، ولو أنه خصص لكل صورة من صور التنازع مادة مستقلة، تتضمن تعريفها وشروطها، لتفادي الإشكاليات التي وقع فيها.

فبموجب المادة 17 يكون على المتقاضى ، أن ينتظر قبل اللجوء إلى محكمة التنازع أن يطعن في القضية مرتين، وما يتطلبه ذلك من وقت ومواعيد يجب احترامها ، في حين أن الأمر لا يتعلق سوى بتحديد الجهة المختصة بنظر النزاع ، وليس بموضوع النزاع في حد ذاته ، كما لا يمكن لصاحب الشأن التوجه إلى محكمة التنازع ، إذا فات ميعاد الطعن في الحكم دون أن يطعن فيه ، لأن المادة 171 من التعديل الدستوري تشترط لرفع دعوى تنازع الاختصاص ، أن يكون الحكمين صادرين عن المحكمة العليا ومجلس الدولة ، و نجد أن هذا الاحتمال صعب التحقيق.

²⁶ أي يجب ألا تكون إحداها قد فصلت في موضوع النزاع، أو رفضت الدعوى شكلا لسبب ما غير الاختصاص، أو رفضت الدعوى لعدم ولاية القضاء لموضوع معين كأعمال السيادة مثلاً: "Les actes de gouvernement"، أو في حالة رفض الاختصاص بالقول بأن الاختصاص يعود إلى جهة قضائية تابعة لنفس النظام الذي تنتمي إليه تلك الجهة.

لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع لـ:

لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 255.

فالمادة 171 من التعديل الدستور لم تكن خاطئة ، كما لم تكن المادة 03 من القانون العضوي 03/98 غير دستورية ، لأن نص المادة 17 من القانون العضوي 03/98 يشترط في حكمي الاختصاص بالنسبة للتنازع الإيجابي ، وكذا حكمي عدم الاختصاص بالنسبة للتنازع السلبي وأيضا في حالة وجود حكمين متناقضين ، أن يكونا صادرين من الدرجة الأخيرة لكل جهة من جهتي القضاء ، أي المحكمة العليا ومجلس الدولة، ولا يقصد بالحكمين النهائيين، أن يكون ميعاد الطعن فيهما قد فات، دون أن يستعمل صاحب الشأن حقه في الطعن، وذلك بهدف خلق نوع من الانسجام بين دستور وبين القانون العضوي 03/98.

المطلب الثالث: تناقض الأحكام في الجزائر

يعتبر تناقض الأحكام الاختصاص الثالث الموكل إلى محكمة التنازع ، إلى جانب اختصاصها في حل إشكاليات الاختصاص الإيجابي والسلبي ، وقد تم النص عليه بموجب المادة 2/17 من القانون العضوي 03/98 المتعلق بمحكمة التنازع ، التي جاء فيها: " في حالة تناقض بين أحكام نهائية ودون مراعاة للأحكام المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه تفصل محكمة التنازع بعديا في الاختصاص ". وما يلاحظ في هذه المادة هو أنها تتعلق بالإجراءات في فقرتها الأولى ، في حين خصصت الفقرة الثانية لحالة تناقض الأحكام ، رغم أنها تتعلق باختصاصات محكمة التنازع ، وكان من الأفضل فصل اختصاصات المحكمة عن الإجراءات المتبعة أمامها.

وقد نظم المشرع الجزائري حالة تناقض الأحكام بمعزل عن بقية اختصاصات محكمة التنازع المتمثلة في حل إشكاليات التنازع السلبي والإيجابي، الذين تضمنتهما المادة 16 من القانون العضوي 03/98، وكان يجب على المشرع أن يكون منهجيا عند وضعه لمواد هذا القانون وذلك بأن يضم هذا الاختصاص إلى اختصاصات المحكمة المذكورة في المادة 16، أو على الأقل أن يخصص له مادة مستقلة عن المادة المخصصة للإجراءات التي تم ذكره فيها، ما دام هو الوجه الثاني لاختصاصات محكمة التنازع .

رغم أن المادة 15 من القانون العضوي 03/98 قد استبعدت ذلك كليا وتناقضت مع المادة 2/17 بنصها على أنه: " لا ترفع أمام محكمة التنازع إلا المواضيع المتعلقة بتنازع الاختصاص ".

وبذلك تكون المادة 15 قد أغفلت ذكر الاختصاص الثالث، الذي من المفروض أن يعهد به إلى محكمة التنازع، وهو تصديها للفصل في النزاع المتعلق بتناقض الأحكام، مع إمكانية تطرقها للموضوع في بعض حالاته عندما تستبعد الحكمين معا ، وتصدر حكما ثالثا يكون هو الواجب النفاذ، فدور محكمة التنازع في تناقض الأحكام، يختلف عن دورها في حل إشكاليات تنازع الاختصاص، فهي في تناقض الأحكام لا

تكتفي بدورها التحكيمي، وإنما تتجاوزته بالتطرق للموضوع في الكثير من الأحيان إذا رأت أن الأمر يستوجب إصدار حكم ثالث يكون هو الواجب التطبيق .

وهو ما تبناه المشرع الجزائري أيضا في المادة 2/17 من القانون العضوي 03/98، الأمر الذي يدعونا إلى التأكيد على ضرورة تدارك الخطأ أو النقص الذي وقعت فيه في المادة 15 من القانون العضوي 03/98 ، فالمادة 03 من نفس القانون نصت على أن النزاع الذي تختص بالفصل فيه محكمة التنازع هو الذي يقوم بين الجهات التابعة لكل نظام ، والجهة المقابلة لها في النظام الآخر، ثم اشترط في المادة 17 من نفس القانون أن يكون الحكمين محل النزاع نهائيين رغم أن هذه المادة لم تبين طبيعة الجهتين المصدرتين للقرارين²⁷، وقد تمسكت محكمة التنازع برأيها هذا في قرارها رقم 11 الصادر بتاريخ 09 / أكتوبر / 2000 حيث قبلت الدعوى المرفوعة من الطاعنة شكلا رغم أن الحكمين المتناقضين صادرين عن مجلس الدولة من جهة ومجلس قضاء البلدية من جهة أخرى ، ولم تكن المحكمة العليا طرفا في النزاع (13) .

- يجب أن يكون هناك تناقض في الحكمين، على أن يصل هذا التناقض إلى درجة إنكار العدالة لاستحالة

تطبيقهما معا، وقد قبلت محكمة التنازع كما سبقته الإشارة في قرارها رقم 11 الصادر بتاريخ 09 / أكتوبر / 2000 الفصل في الدعوى المرفوعة إليها شكلا، لأنها تتعلق بتناقض قرارين نهائيين، رغم أن القرار الأول صادر عن مجلس قضاء البلدية والثاني عن مجلس الدولة(14) .

- يجب أن يتعلق التناقض في النزاع بالموضوع لا بالاختصاص.

وقد تبني المشرع الجزائري نظام الإحالة في المادة 18 من القانون العضوي 03/98 مقتديا بنظيره الفرنسي، بهدف تسهيل إجراءات رفع دعاوى تنازع الاختصاص بنوعيه السلبي والإيجابي وتقصيرها، وحسن فعل.

فإعمال الإحالة في الجزائر، يغني المتناضين عن انتظار صدور حكم الجهة الثانية بالاختصاص أو بعدم الاختصاص، حتى يتسنى له عرض النزاع على محكمة التنازع ، فمتى رأى القاضي المعروض عليه النزاع سواء كان قاضي إداري أو عادي، أن فصله فيه سيؤدي إلى تناقض في الأحكام، لوجود حكم

²⁷ وفي هذا الإطار قررت محكمة التنازع في قرارها رقم 10 الصادر بتاريخ 09 / أكتوبر / 2000 رفض دعوى الطاعنة شكلا، لأن الحكمين الصادرين عن كل من مجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 29 / جوان / 1998، والغرفة الإدارية لدى نفس المجلس في 25 / سبتمبر / 1999، لم يصيرا نهائيين (12)

صادر في نفس النزاع عن جهة تابعة لنظام قضائي مختلف عن النظام القضائي الذي ينتمي إليه، سواء بالاختصاص أو بعدم الاختصاص، فعليه إحالة ملف القضية إلى محكمة التنازع، لتحديد الجهة المختصة بنظر النزاع من بين جهتي القضاء المعروض عليهما. لكن الإحالة التي تقوم بها الجهة القضائية، لا يمكنها أن تحل محل الدعوى التي يرفعها صاحب الشأن أمام محكمة التنازع بنفسه .

المبحث الثاني: الإجراءات المتبعة أمام محكمة التنازع:

يمكن للأطراف المعنية رفع دعواهم أمام محكمة التنازع في أجل شهرين إبتداء من اليوم الذي يصبح فيه القرار الأخير غير قابل لأي طعن أمام الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي الإداري أو النظام القضائي العادي، يرفع النزاع أمامها بعريضة مكتوبة موقعا عليها من قبل محامي معتمد لدى المحكمة العليا و لدى مجلس الدولة، وتصدر محكمة التنازع قراراتها بأغلبية الأصوات في حالة تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس و يجب عليها أن تفصل في النزاع في أجل أقصاه ستة أشهر وقراراتها غير قابلة لأي طعن و هي ملزمة لقضاة النظام القضائي الإداري وقضاة النظام القضائي العادي.

المطلب الأول : إتباع نظام الإحالة في رفع الدعوى أمام محكمة التنازع

الإحالة هي إجراء وقائي ، يحرك عند وجود احتمال لحدوث تنازع في الاختصاص أو تناقض للأحكام بين جهتين قضائيتين تابعتين لنظامين قضائيين مختلفين، مما قد يؤدي إلى خرق القانون، وقد تبنى المشرع الجزائري نظام الإحالة في المادة 18 من القانون العضوي 03/98 مقتديا في ذلك بنظيره الفرنسي ، بهدف تسهيل إجراءات رفع دعاوى تنازع الاختصاص بنوعيه السلبي والإيجابي وتقديرها، وحسن فعل.

فإعمال الإحالة في الجزائر، يغني المتقاضى عن انتظار صدور حكم الجهة الثانية بالاختصاص أو بعدم الاختصاص، حتى يتسنى له عرض النزاع على محكمة التنازع ، فمتى رأى القاضي الإداري أو العادي المعروض عليه النزاع ، أن فصله فيه سيؤدي إلى تناقض في الأحكام، لوجود حكم صادر في نفس النزاع عن جهة تابعة لنظام قضائي مختلف عن النظام القضائي الذي ينتمي إليه، سواء بالاختصاص أو

بعدم الاختصاص، فعليه إحالة ملف القضية إلى محكمة التنازع ، لتحديد الجهة المختصة بنظر النزاع من بين جهتي القضاء المعروض عليهما²⁸.

يشترط لصحة إجراء الإحالة حسب المادة 18 و المادة 2/19 من القانون العضوي 03/98 الشروط

التالية:

- يجب أن يكون هناك قرار بالاختصاص أو بعدم الاختصاص، صادر عن جهة قضائية تابعة لنظام قضائي مختلف عن النظم القضائي الذي ينتمي إليه القاضي الذي قام بالإحالة.

- وجود احتمال وقوع تناقض في الأحكام بين جهتين قضائيتين تابعتين لنظامين قضائيين مختلفين،

بمعنى أن يكون لدى القاضي المعروض عليه النزاع قناعة، أنه من شأن القرار الذي سيصدره أن يناقض قرار نهائي صادر عن الجهة القضائية المقابلة يجب أن يكون قرار الإحالة مسببا ،و محددًا لوجه التناقض ، مع ضرورة إرفاق قرار الإحالة بكافة النصوص القانونية، التي توضح أحقية الجهة التي قامت بالإحالة بالفصل في موضوع النزاع، و ارسله بواسطة كتابة ضبطها، في غضون شهر من تاريخ إصدارها لقرار الإحالة، وهو ما تضمنته المادة 2/18 من القانون العضوي 03/98.

- يجب أن يكون قرار الإحالة نهائي، و غير قابل لأي الطعن، و يجب إيقاف كل الإجراءات المتعلقة بالدعوى ، إلى حين صدور قرار محكمة التنازع، إما بتأييد قرار الإحالة أو برفضه.

²⁸ وفي هذا الإطار قررت الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر، في قرار الإحالة الصادر عنها بتاريخ 02 نوفمبر 1999، إحالة الدعوى المرفوعة أمامها، التي كان قد صدر بشأنها قرار نهائي عن الغرفة المدنية التابعة لنفس المجلس بتاريخ 07 أوت 1996، إلى محكمة التنازع، بعد أن وجدت نفسها مختصة بنظر الدعوى من منطلق أن أحد أطرافها شخص قانوني عام، المتمثل في البلدية ، فتجنبنا منها لوقوع تناقض في الأحكام إذا ما فصلت في الدعوى، فضلت الغرفة الإدارية رفع الأمر إلى محكمة التنازع ، تطبيقاً لنص المادة 1/18 من القانون العضوي 03/98، مرفقة قرار الإحالة بما يثبت أنها مختصة بنظر النزاع.

- يجب أن يكون الحكم الصادر عن الجهة الأولى بالاختصاص أو بعدم الاختصاص نهائيا أي حائزا على قوة الشيء المقضي فيه، عند عرضه على الجهة الثانية، وإلا رفضت الإحالة شكلا، وهو ما تبنته محكمة التنازع في أول ملف عرض عليها بعد تنصيبها بتاريخ 08 ماي 2000²⁹ ،

- يجب أن ترسل الجهة القضائية التي قامت بالإحالة، نسخة من قرار الإحالة.

وما يمكن قوله في الأخير هو أن المشرع الجزائري عند تنظيمه للإحالة في القانون العضوي 03/98، لا سيما المادتين 18 و2/19 منه، ركز على الإحالة الإجبارية، في حين أهمل الاختيارية، التي من المفروض أن تقوم بها المحكمة العليا ومجلس الدولة، كلما تبين لهما أن هناك دعوى معروضة على إحدى الجهات التابعة لهما، من شأن الفصل فيها خلق إشكاليات في الاختصاص، ففتجهان لمحكمة التنازع لأخذ رأيها في الأمر.

المطلب الثاني : رفع الدعوى أمام محكمة التنازع من طرف أصحاب الشأن

وعكس فرنسا لم يفرق المشرع الجزائري بين إجراءات رفع دعوى تنازع الاختصاص الإيجابي والسلبي، لأن التنازع الإيجابي في الجزائر لا يحمل المعنى الخاص الذي تبنته فرنسا ، لذلك نجد وحدة في شروط رفع الدعوى أمام محكمة التنازع وإجراءاتها بالنسبة لنوعي الاختصاص، وكذا بالنسبة لحالة تناقض الأحكام.

وحتى يتمكن أصحاب الشأن من رفع الدعوى أمام محكمة التنازع، يجب توفر الشروط العامة الواجب توفرها في كل الدعاوى المرفوعة أمام القضاء ، إضافة إلى بعض الشروط التي فرضتها الطبيعة القانونية لمحكمة التنازع، باعتبارها جهة تحكيمية الأمر وسنتعرض لهذه الشروط على التوالي:

أولا : محل الدعوى: يجب أن يكون محل الدعوى المرفوعة أمام محكمة التنازع، حكمين نهائيين غير قابلين لأي طريق من طرق الطعن، صادرين عن جهتين قضائيتين تابعتين لنظامين قضائيين مختلفين، يقضيان باختصاصهما أو بعدم اختصاصهما بنظر نزاع معين. بشرط أن يشترك الحكمين في موضوع النزاع وأطرافه وسببه. أي أن تكون هناك وحدة في النزاع .

²⁹ حيث قبلت الإحالة شكلا لأن الجهة المحيلة قد استوفت كل مقتضيات وشروط المادة 18 من القانون العضوي 03/98، في حين قضت في الموضوع بعدم وجود تنازع للاختصاص بين القضاة، لأن القرار الصادر عن الغرفة المدنية بمجلس قضاء الجزائر العاصمة، قد حاز على قوة الشيء المقضي فيه ، رغم عدم اختصاصها بنظر النزاع.

واشترط أن يكون الحكمين نهائيين، يعود لاعتبارات عملية، حتى تكون محكمة التنازع الجهة الأخيرة التي يلجأ إليها أصحاب الشأن، حسب ما قضت به محكمة التنازع (22) في قرارها رقم 10 الصادر بتاريخ 09 / أكتوبر / 2000، أين رفضت دعوى الطاعنة شكلاً لتخلف شرط من شروطها، وهو وجود حكمين نهائيين صادرين عن جهتين قضائيتين مختلفتين . التي يفهم منها أن رفع الدعوى أمام محكمة التنازع ، يجب أن يتعلق بنزاع بين المحكمة العليا ومجلس الدولة، مما يعني ضرورة أن يستوفي الطاعن كل طرق الطعن أمام جهتي القضاء إلى أن يصل إلى المحكمة العليا ومجلس الدولة، حتى يتمكن من رفع دعواه أمام محكمة التنازع.

ثانياً: الطاعن: يشترط في من يقوم برفع الدعوى أمام محكمة التنازع، أن تتوفر فيه الشروط العامة المطلوبة لرفع أي دعوى، والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، من صفة وأهلية للتقاضي ومصلحة. و إن كان قد عدل بقانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد بالمادة 13 منه وتمثل في صفة ومصلحة .

ثالثاً: الميعاد: ترفع الدعوى أمام محكمة التنازع من أصحاب الشأن في غضون شهرين، يبدأ حسابها من اليوم الذي يصبح فيه القرار الأخير الصادر عن إحدى جهتي القضاء نهائياً أي غير قابل لأي طعن، وهو ما نصت عليه المادة 1/17 من القانون العضوي 03/98 " يمكن للأطراف المعنية رفع دعواهم أمام محكمة التنازع في أجل شهرين، ابتداء من اليوم الذي يصبح فيه القرار الأخير غير قابل لأي طعن أمام الجهات القضائية الإدارية أو العادية " .

و الملاحظ على المدة التي منحها المشرع لأطراف النزاع، ليمكنوا من رفع دعواهم أمام محكمة التنازع، أنها طويلة مقارنة بالمدة التي منحها للجهات القضائية عند إعمال نظام الإحالة التي حددتها المادة 2/18 بشهر واحد ابتداء من يوم النطق بقرار الإحالة.

والسبب في ذلك واضح، ويرجع بالأساس إلى كون رفع الدعوى من طرف جهة قضائية لها الخبرة، وعلى علم بأدق التفاصيل عن الإجراءات القضائية، وتملك كل الوثائق المتعلقة بالدعوى يجعل عملية إحالة الدعوى، بمثابة عملية نقل شيء من بنائة إلى أخرى، وهو ما يفنقر له المتقاضين الذين عادة ما يضيعون حقوقهم لعيب في الإجراءات أو خطأ في المواعيد.

ولكن ما يعاب على المادة 1/17 من القانون العضوي 03/98، هو أنها لم تنص على الحالة التي ترفع فيها الدعوى بعد فوات الأجل المحددة، حيث كان يجب الذكر أنها تعد باطلة.

رابعاً : الإجراءات أو الشكليات: يشترط في العريضة التي يرفع بها النزاع، أو تفتتح بها الخصومة أمام محكمة التنازع، أن تكون مكتوبة باللغة العربية ، وأن يتم تسجيلها بكتابة ضبط المحكمة وهو ما نصت عليه المادة 1/19 من القانون العضوي 03/98، حتى تقيد مباشرة في السجل العام لقضايا الجهة القضائية ، الموجود على مستوى كل جهة قضائية ويتم التسجيل حسب ترتيبها ما بين الدعاوى الأخرى. كما يجب تسجيل أسماء أطرافها، وأن يعطى لها رقما ، مع وجوب تحديد ميعاد أو تاريخ للجلسة الأولى، بعد إتمام كل هذه الإجراءات، يقوم كاتب الضبط بفتح ملف خاص لوضع نسخ من العريضة فيه مرفقة بالوثائق المتعلقة بالقضية، ثم يحيله إلى محكمة التنازع، أين تسجل في " سجل الجلسات "، قبل أن يتم الفصل فيها من طرف قضاة محكمة التنازع.

ويشترط في العرائض أو المذكرات المقدمة أمام محكمة التنازع أن تكون موقعة من طرف محام معتمد لدى المحكمة العليا أو مجلس الدولة، حسب المادة 1/20 من القانون العضوي 03/98، لكن بالرجوع إلى القانون 04/91 المؤرخ في 08 يناير 1991 المتضمن قانون المحاماة نجد أنه لم ينص على كيفية اعتماد المحامين لدى مجلس الدولة، لأنه صدر في عهد الأحادية القضائية، وهو ما يستدعي ضرورة تعديله، حتى يتماشى مع النظام القضائي القائم وهو وجود نظامين قضائيين مستقلين للقضاء العادي والإداري، يوجد على رأس الأول المحكمة العليا وعلى رأس الثاني مجلس الدولة.

ويتوجب على المحامين كذلك، التوقيع على النسخ المرفقة بالعرائض والمذكرات، التي سيتم تبليغها للأطراف المعنية حسب عددهم ، وإذا لم يقم أطراف النزاع أو من ينوبهم بتقديم هذه النسخ، على كاتب ضبط محكمة التنازع أن يوجه لهم إنذارا، ويمهلهم مدة شهر آخر فإذا لم يمتثلوا حتى بعد هذا الإنذار تعرضت عرائضهم ومذكراتهم للبطلان، حسب ما نصت عليه المادة 2/21 من القانون العضوي 03/98 .

الخاتمة:

- على ضوء هذه الورقة البحثية ومن خلال ما تناولناه نخرج بجملة من النتائج هي كالتالي:

1- أن المؤسس الدستوري الجزائري تبنى الازدواجية القضائية بموجب التعديل الدستوري سنة 1996، وأكدها في التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016، وأكدها في التعديل الدستوري الأخير 2020 بالمادة 179 منه.

فالمشروع الجزائري تبنى الإزدواجية القضائية التامة دستوريا، وتم تجسيدها قانونيا وهيكلها

2- من حيث أن تنازع الاختصاص هو ظاهرة طبيعية وصحية في ظل العمل بالازدواجية القضائية، وضرورة حتمية سلما بوجودها كل من المشروع الجزائري فأنشأ محكمة التنازع بمقتضى القانون العضوي 98-03 المتضمن اختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها السابق الذكر، في تحديدها وضبط خصائصها كجهة قضائية تحكيمية لحل إشكاليات الاختصاص التي قد تحدث بين النظامين بإعتبارها الضمانة الأساسية لحسن سير النظام القضائي المزدوج.

3- من حيث أن الأخذ بالإزدواجية القضائية وتأسيس محكمة التنازع في الجزائر كان بموجب نص

دستوري دون أن ننسى بعض النصوص القانونية أولها القانون الناظم لها ونصوص أخرى

4- من حيث أن استقلالية وحياد الهيئة الفاصلة في التنازع مرهون بكيفية تنظيمها، تتشكل محكمة

التنازع من: " الرئيس، 06 قضاة، ومحافظ دولة مع مساعد له "، وفي أداة اختياره عن طريق

التعيين، وأيضا في أداة التعيين، أي بموجب مرسوم رئاسي

أيضا في مدة العهدة فحددها المشروع 03 بثلاث سنوات.

5- من حيث أنه لا يختلف أحد أن صور التنازع تتعدد، وجود حالتي التنازع الإيجابي والسلبي، صورة

تناقض الأحكام، صورة الإحالة إختيارية، وهو جعل محكمة التنازع في التشريع الجزائري لها

التكريس الأشمل والأوفى لمجال الاختصاص وبالتالي لها تحقيق الجودة .

6- من حيث أنه لرفع دعوى التنازع العديد من الطرق، هناك طريقتين، وذلك إما بإتباع طريق الإحالة

من الجهات القضائية، أو بعريضة مقدمة من أصحاب الشأن.

7- من حيث إختلاف إجراءات رفع دعوى تنازع الاختصاص بإختلاف صور التنازع، فلم يفرق المشروع

الجزائري بين التنازع الإيجابي والسلبي، لذلك نجد وحدة في شروط رفع الدعوى أمام محكمة التنازع،

وفي إجراءاتها بالنسبة لنوعي الاختصاص، وكذا بالنسبة لحالة تناقض الأحكام.

8- من حيث أن دعوى تنازع الاختصاص تمر بمجرد رفعها أو إحالتها بعدة إجراءات متمثلة في تعيين

المستشار المقرر وعقد الجلسة إضافة للمداولة وصولا لإصدار الجهة الفاصلة في التنازع لقرار الفصل

في النزاع، المقيد بجملة من الشروط والبيانات

وعلى أساس النتائج المتوصل إليها - يمكن لنا أن نقدم جملة من **التوصيات** والتي تشكل تصورات بالنسبة للمستقبل وحلول يمكن تطبيقها:

أولاً: من حيث الإطار القانوني

- كان من الأفضل حسب وجهة نظرنا ضرورة إعادة النظر في القانون العضوي المنظم لمحكمة التنازع بالجزائر، وذلك بتعديل مواده وإعادة تقسيمه، وأن تأخذ بعين الإعتبار كل الملاحظات والثغرات التي سواء قدمت من جانبنا أو قدمت من جانب العديد من الفقهاء في هذا الشأن، وإعادت ترتيب كل المواد من الناحية المنهجية، **لضمان المساهمة الفعالة في جودة المنظومة القضائية**
- ونوصي أيضا بوضع نظام داخلي لمحكمة التنازع يعمل علي تنظيمها وتسيير قضاتها وضبط جلساتها، وتنظيم كل مسألة لم يتم بتنظيمها القانون العضوي.

ثانياً: من حيث تشكيلة الجهة الفاصلة في التنازع

- لضمان استقلالية وحياد الهيئة الفاصلة في التنازع ولدعم قاعدة التمثيل المزدوج نقترح:
- نقترح بالنسبة **للمشروع** أن يذكر الرئيس صراحة ضمن فئة القضاة، لتجاوز كل التأويلات، وأن يحدد حالة وقوع مانع لحضوره على أن يخلفه القاضي الأكثر أقدمية ضمن القضاة الممثلين لنفس الجهة القضائية التي ينتمي إليها الرئيس الغائب، تطبيقاً لقاعدة التناوب، أو أن يتم إستحداث منصب النائب ينتخبه الأعضاء من بينهم، لخلافة الرئيس في حالة تغيبه.
- أما عن كاتبة الضبط فلابد **على المشروع** النص على كيفية وأداة اختيار أعضاءها وعددهم، ومدة العهدة، وإمكانية التجديد وذلك من أجل تحسين سير وعمل محكمة ومجلس التنازع وضمان فاعليتها

ثالثاً: من حيث اختصاصات الجهة الفاصلة في التنازع

- بالرغم من تكريس المشرع الجزائري للاختصاص الأشمل والأوفى لمحكمة التنازع في: حالتي التنازع الإيجابي والسلبي وحالتي التناقض والإحالة، إلا اننا نقدم بعض الإقتراحات نجملها فيما يلي:
- تخصيص **المشروع** مادة مستقلة لكل حالة من حالتي التنازع -السلبي والإيجابي- محدد فيها مفهومها وشروطها وإجراءاتها، والأبعد من ذلك تخصيص فصلا كاملا لإختصاصات محكمة التنازع
- رابعاً: من حيث الإجراءات المتبعة أمام الجهة الفاصلة في التنازع

- أن يتم تخفيض مدة الإحالة لمحكمة التنازع والمقدرة بـ **شهر**، والتي ترهق المتقاضى، ويمكن أن نكتفي بـ **عشرة 10 أيام** مثلا فهي مدة كافية طالما كانت كل الوثائق موجودة بأصل ملف الدعوى،
- **على المشرع تحديد الجهة التي ينتمي إليها المستشار المقرر وكان من الأجدر أن يضيفاه في تشكيلة محكمة التنازع**
- **على المشرع تقليص المدة التي أوجب فيها على محكمة التنازع الفصل في القضايا، والمحددة بـ أجل أقصاه ستة 06 أشهر**، وعليهما أيضا أن ينص على الجزاء المترتب عن عدم احترام هذا القيد الزمني المقرر للفصل، وفي حالة تجاوزه ما مصير الدعوى التي لم يفصل فيها في غضون تلك المدة.

نخلص بذلك في نهاية المطاف، إلى أن عملية البت في تنازع الاختصاص هي عملية مركبة تمر بمجموعة من المراحل طبقا لجملة من الاجراءات، التي ينبغي إعادة النظر فيها بشكل يضمن امكانية الحسم في مسألة الاختصاص في جو من الاستقلال، وفي أقصر الآجال الممكنة، بالإضافة إلى ذلك لا بد من أن يتم تقييم النشاط السنوي لهذه الجهة الفاصلة في التنازع.

وفي الأخير نقول أنه لا يمكن تصور نظام قائم على ثنائية الهياكل القضائية، دون إشكالات جوهرية تتعلق بتوزيع الإختصاص، تتكفل بحلها **الضوابط القانونية لقواعد الإختصاص الكفيلة بتحديد إختصاص كل جهة قضائية، والضوابط الهيكلية التي تعنى بمسائل تنازع الاختصاص وتوكل لها مهمة فضها، وهو ما جسده المشرع الجزائري على نحو واضح وجلى والتي يكون لها المساهمة الفاعلة في اصلاح وجودة المنظومة القضائية.**

قائمة الهوامش:

¹⁻ لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع لـ:

- Charles DEBBASCH, Frédéric COLIN, Droit administratif, 7em édition, Economica, Paris, 2004, P613.
- Bernard PACTEAU, Le conseil d'état et la fondation de la justice administrative française au XIX siècle, 1 Edition, presses universitaires de France, 2003, P 125.
- Serge VELLE, Droit administratif, 2^e édition, Dyna' sud, Vu lbert, France, 1999, p 21
- Martine LOMBARD et Gille Dumont, Droit administratif, 5^e édition, Dalloz, 2003, p 4

¹-التعديل الدستوري للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم: 96-428 المؤرخ في: 26 رجب 1417، الموافق ل: 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء: 28 نوفمبر 1996، ج. ر رقم: 76 المؤرخة في: 08 ديسمبر 1996، الذي تم تعديله بموجب القانون رقم: 02-03 المؤرخ في: 27 محرم 1423، الموافق ل: 10 أبريل 2002، يتضمن تعديل الدستور صادر في ج ر عدد: 25 المؤرخة في: 14 أبريل 2002 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في: 17 ذي القعدة عام 1429 الموافق ل: 15 نوفمبر 2008 المتضمن التعديل الدستوري، ج. ر رقم 63، المؤرخ في: 16 نوفمبر 2008.

¹- **المادة 152 من التعديل الدستوري لسنة 1996 تنص:** "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم.

يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية.

تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون.

تؤسس محكمة تنازع تتولى الفصل في حالات تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة.

¹- القانون العضوي رقم 98-03 المؤرخ في: 8 صفر عام 1419، الموافق ل: 30 مايو 1998 المتضمن اختصاصات محكمة التنازع وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية العدد 39، الصادرة في: 07 جوان 1998.

¹ -P. Rachid ZOUAIMIA, P. Marie Christine ROULAULT, droit administratif, BERTI Editions, Alger, 2009, P 224.

-Mokded KOUROGHLI, Le tribunal de conflit, revue de la cours suprême, numéro spéciale, tribunal des conflits, 2009, P09.

¹ -أ/ محند بوشير أمقران، النظام القضائي الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 447.

¹ -د/مسعود شهبوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 152.

¹ -د/ محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، (القضاء الإداري)، الطبعة الثانية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2002، ص 168.

-أ/ سلامي عمور، المنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 20

¹ -أ/ لحسن بن شيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء مجلة الدولة، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 08.

¹ -الد/ عطاء الله بوحميذة، الوجيز في القضاء الإداري، تنظيم، عمل واختصاص، الطبعة الثالثة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 111.

¹-P. Rachid ZOUAIMIA, OP.CIT, P 226.

¹ -رشيد خلوفي، القضاء الإداري، تنظيم وإختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 195.

1- بمقتضى المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية سابقا. والمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أ.د/ عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، الإطار النظري للمنازعات الإدارية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 196

1- لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلي:

أ.د/ عمار بوضياف، النظام القانوني لمحكمة تنازع الاختصاص في التشريع الجزائري، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2003، ص 80.

أ.د/ عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، الإطار النظري للمنازعات الإدارية، المرجع السابق ، ص 196

اعتمد دستور فرنسا في 04 أكتوبر 1958، ويسمى عادة دستور الجمهورية الخامسة، وحل محل دستور الجمهورية الرابعة الذي يعود تاريخه إلي عام 1946.

-Charle DEBBASCH et Jean CLAUD RISI, Contentieux administratifs, O. P. CIT, P141

1- ولمزيد من التفصيل بشأن النتائج المترتبة على إنشاء محكمة التنازع بنص دستوري التي نذكر أهمها: تتمتع محكمة التنازع بالثبات والحماية، يمكن الرجوع إلي:

- سمية سنوساوي، محكمة التنازع والازدواجية القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، كلية الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، السنة الجامعية 2010-2011، ص 13 وما بعدها.

المرسوم الرئاسي 20-442 المؤرخ في 15 جمادى الأولى عام 1442 الموافق لـ 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020، ج ر ، عدد 82 ، الصادرة في 30 ديسمبر 2020 ، ص 3-47.

¹ القانون العضوي رقم 22-07 مؤرخ في: 04 شوال عام 1443 الموافق ل: 05 ماي سنة 2022 يتعلق بالتقسيم القضائي ج. ر عدد 32 المؤرخة في: شوال عام 1443 الموافق ل: 14 ماي 2022، ص، ص 4-6.

تلغى أحكام الأمر رقم 97-11 المؤرخ في: 11 ذي القعدة عام 1417 الموافق 19 مارس سنة 1997 والمتضمن التقسيم القضائي

¹ القانون العضوي رقم 22-10 مؤرخ في: 09 ذي القعدة 1443 الموافق ل: 09 جوان سنة 2022 يتعلق بالتنظيم القضائي ج. ر 41 مؤرخة في: 16 ذو القعدة عام 1443، 16 جوان 2022، ص ص 6-10.

¹ قانون عضوي رقم 22-11 المؤرخ في: 09 ذي القعدة 1443 ، الموافق ل: 09 جوان سنة 2022 ، يعدل ويتمم القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في: 04 صفر عام 1419، الموافق ل: 30 مايو سنة 1998 والمتعلق بتنظيم مجلس الدولة وسيره واختصاصاته، ج. ر عدد 41 مؤرخة في: 16 ذو القعدة عام 1443، 16 جوان 2022، ص ص 13-14.

¹ انظر في ذلك المادة 179 من التعديل الدستوري لسنة 2020 السابق الذكر

¹ لمزيد من التفصيل بشأن التنازع الإيجابي يمكن الرجوع ل:

مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 183 وما بعدها.
-الد/عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 141.

1. د/ مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 146 وما بعدها.

¹ لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع ل:

سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري دراسة مقارنة، دراسة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 222.

رشيد خلوفي، القضاء الإداري، تنظيم واختصاص، المرجع السابق، ص 219.

¹ أي يجب ألا تكون إحداهما قد فصلت في موضوع النزاع، أو رفضت الدعوى شكلا لسبب ما غير الاختصاص، أو رفضت الدعوى لعدم ولاية القضاء لموضوع معين كأعمال السيادة مثلاً: "Les actes de gouvernement"، أو في حالة رفض الاختصاص بالقول بأن الاختصاص يعود إلى جهة قضائية تابعة لنفس النظام الذي تنتمي إليه تلك الجهة.
لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع ل:

لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 255.

وفي هذا الإطار قررت محكمة التنازع في قرارها رقم 10 الصادر بتاريخ 09 / أكتوبر / 2000 رفض دعوى الطاعنة شكلا، لأن الحكمين الصادرين عن كل من مجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 29 / جوان / 1998، والغرفة الإدارية لدى نفس المجلس في 25 / سبتمبر / 1999، لم يصيرا نهائيين

¹ حيث قبلت الإحالة شكلا لأن الجهة المحيلة قد استوفت كل مقتضيات وشروط المادة 18 من القانون العضوي

03/98، في حين قضت في الموضوع بعدم وجود تنازع للاختصاص بين القضاء، لأن القرار الصادر عن الغرفة المدنية بمجلس قضاء الجزائر العاصمة، قد حاز على قوة الشيء المقضي فيه ، رغم عدم اختصاصها بنظر النزاع.