

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول: الدكتور صلاح الدين دكدك / العدد 22 : غشت 2014

➤ من مواضيع العدد 22 : غشت 2014 :

- الفقه الإسلامي في ثوبه الحساني.
- قضية حظر النقاب في فرنسا.
- مواصفات التصنيع الغذائي.
- إجراءات الحجز والبيع العقاري.
- الأهلية التعاقدية للأجير الحدث.
- الطعن القضائي كضمانة للموظف.
- معايير تحديد الصفقة العمومية.
- إبرام الصفقات عن طريق التراضي.
- الوفاء بالبطاقة المغناطيسية.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | مدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والمراسلات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | اتصل بالمجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مجنوبي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30) ... المزيد	الصفحة الرئيسية
كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديثي عميد جامعة لاهوت الدولية (2012/10/21) ... المزيد	الجنة الاستشارية
إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفتن المغربي : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17) ... المزيد	أهداف المجلة
قراءة في النظام القانوني للموائع (قانون 02/15) : الأستاذ النقيب الطيب بن لمقدم محام ببيئة الرباط خمسات (2012/10/14) ... المزيد	أخبار المجلة
	المؤلفون
	المدير المسؤول
	شروط النشر
	مقالات فقهية
	مقالات شرعية
	مقالات مقارنة
	مقالات بلترسية
	حوارات علمية
	تقارير جامعية
	المساهمون بالمجلة
	أعداد المجلة
	اشترك بالمجلة

العدد الثاني والعشرون : غشت 2014

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي. (ترسل في ملف word)
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال قد سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن أربع صفحات (ما يقارب 1200 كلمة) .
- كتابة الهوامش بتقنية (word) كل هامش على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال. (اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكدك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطه : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني: أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلاود بوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبي أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الثاني والعشرون : لشهر غشت 2014

محتويات العدد :

✓ كلمة العدد :

1. كلمة العدد الثاني والعشرين : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكدك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. الطعن القضائي كضمانة للموظف العام في مواجهة قرار سلطة التأديب - دراسة في أحكام قضاء مجلس الدولة الفرنسي وقضاء مجلس الدولة الجزائري : فضيلة الأستاذ الدكتور بوادي مصطفى دكتوراه في القانون العام من كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة تلمسان مدرس بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة معسكر - الجزائر.....06

3. معايير تحديد الصفة العمومية في التشريع الجزائري وموقف القضاء الإداري منها : فضيلة الأستاذ الدكتور عمار بوضياف عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية من جامعة تبسة - الجزائر الشقيقة.....40

4. الالتزام بالإعلام في القانون المغربي - دراسة على ضوء مدونة التأمينات الجديدة : الأستاذ يوسف الزوجال دكتور في الحقوق مستشار بالمركز الأكاديمي للدراسات الأسرية بطنجة عضو المركز الأكاديمي للدراسات القانونية و القضائية بأصيلة.....62

5. الفساد الإداري والمالي بين جهود المنظمات الدولية و واقع الجزائر العملي : الدكتور زرار العياشي أستاذ محاضر قسم - أ - كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير من جامعة 20 أوت 1955 سكيكة الجزائر.....73

6. التوجهات الجديدة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في ضوء قضية حظر النقاب في فرنسا : حميد بلغيت بلحث بصف الدكتوراه بمختبر الدراسات والأبحاث في حقوق الإنسان كلية الحقوق - جامعة محمد الأول بوجدة.....90

7. إجراءات الحجز والبيع العقاري على ضوء القانون المغربي "دراسة تطبيقية" : يونس المراكشي طالب بلحث بسلك ماستر قانون المنازعات العمومية بكلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية بفاس منتدب قضائي بالمحكمة التجارية بفاس - المغرب.....95

8. واقع عقد الامتياز في مجال المياه الصالحة للشرب في التشريع الجزائري : جمال رواب أستاذ محاضر قسم "ب" دكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق بجامعة سعد دحلب بالبليدة - الجزائر.....112

9. إشكالات إبرام الصفقات عن طريق التراضي في التشريع الجزائري وأثره على حماية المال العام : الأستاذ كمال معيفي صف الدكتوراه - جامعة تبسة - الجزائر.....125

10. الفقه الإسلامي في ثوبه الحساني : نظرات في نظم الشيخ محمد المامي أحكام الفقه الإسلامي بالحسانية الدكتور بوزيد الغلى دكتوراه في الدراسات الإسلامية من كلية الآداب - الرباط - المغرب.....134

11. الأهلية التعاقدية للأجير الحدث في القانون الاجتماعي المغربي : يونس الحكيم : طالب باحث ، سلك الدكتوراه وحدة قانون الأسرة المغربي والمقارن بكلية الحقوق - بطنجة.....142
12. المواصفات القياسية والجزاءات الجنائية في التصنيع الغذائي : الأستاذة بشاطة زهية أستاذ مساعد- أكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة جيجل - الجزائر الشقيقة147
13. الوفاء بالبطاقة المغناطيسية : الأستاذ حشيفة مجدوب صف الدكتوراه تخصص قانون بنوك فرع قانون البنوك أستاذ متعاقد بالمركز الجامعي بالنعامة - الجزائر.....159

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

14. Le Réglementation de la fraude fiscale : Docteur wafaa fares Professeur fac de droit de mohammedia.....169
15. La Participation démocratique de l'enfant au Maroc : Acquis et perspectives : Par : Ahmed EL MORABETY / Chercheur doctorant en Droit public, FSJES-Fes.....177
16. Le droit à un procès équitable : un souci d'un droit pénal équitable : Hicham MOUJAHID : Doctorat en Droit Privé Université de Perpignan Via Domitia Académie de Montpellier.....192

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة نعبّر عن آراء كاتبها ولا نعبّر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد الثاني والعشرين لشهر غشت 2014



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور : صلاح الدين دكداك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين والمرسلين ، وبعد ، بمناسبة حلول عيد الفطر السعيد تتقدم إدارة مجلة الفقه والقانون إلى جميع المشتركين الكرام بأحر التهاني والتبريكات راجية من العلم القدير أن يدخل هذا العيد عليكم وعلى الأمة الإسلامية بالخير العميم والرخاء وباليمن والبركات وقضاء الحاجات إنه سميع مجيب الدعوات .

نضع بين أيديكم عددا جديدا من مجلة الفقه والقانون يحمل بين جنباته مجموعة من المواضيع المهمة لثلة الباحثين الأفاضل من جنسيات مختلفة ، آثروا إلا أن يساهموا في لم شمل المغرب العربي الكبير والأمة الإسلامية من خلال البحث العلمي الجاد الرصين الذي يحقق المعجزات ، ومن بين مواضيع هذا العدد ما يلي :

- الطعن القضائي كضمانة للموظف العام في مواجهة قرار سلطة التأديب .
- معايير تحديد الصفقة العمومية في التشريع الجزائري وموقف القضاء الإداري منها .
- الالتزام بالإعلام في القانون المغربي -دراسة على ضوء مدونة التأمينات الجديدة .
- الفساد الإداري والمالي بين جهود المنظمات الدولية و واقع الجزائر العملي .
- التوجهات الجديدة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في ضوء قضية حظر النقاب في فرنسا .
- إجراءات الحجز والبيع العقاري على ضوء القانون المغربي "دراسة تطبيقية" .
- واقع عقد الامتياز في مجال المياه الصالحة للشرب في التشريع الجزائري .
- إشكالات إبرام الصفقات عن طريق التراضي في التشريع الجزائري وأثره على حماية المال العام .
- الفقه الإسلامي في ثوبه الحساني : نظرات في نظم الشيخ محمد المامي أحكام الفقه الإسلامي بالحسانية .
- الأهلية التعاقدية للأجير الحدث في القانون الاجتماعي .
- المواصفات القياسية والجزاءات الجنائية في التصنيع الغذائي .
- الوفاء بالبطاقة المغناطيسية .

هذا فضلا عن مجموعة أخرى من الدراسات القيمة باللغة الفرنسية . لن أطيل عليكم وأترككم تستمتعون بفقرات هذا العدد الجديد .

مع تحيات المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك

دراسات وأبحاث بالعربية :

الطعن القضائي كضمانة للموظف العام في مواجهة قرار سلطة الناديب -دراسة في أحكام قضاء مجلس الدولة الفرنسي وقضاء مجلس الدولة الجزائري-



دراسة من إعداد : فضيلة الأستاذ الدكتور بوادي مصطفى
دكتوراه في القانون العام من كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة تلمسان
مدرس بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة معسكر - الجزائر
Email : bouadi_1970@hotmail.fr

الملخص :

إن عملية الرقابة القضائية على سلطات الجهات التأديبية هي الضمانة اللاحقة والنهائية لكافة الضمانات القانونية والإدارية لحماية الموظف العام في مواجهة القرارات التأديبية غير المشروعة وغير العادلة من خلال فرض رقابة الإلغاء والتعويض عن القرارات التأديبية.

Résumé :

Le contrôle juridictionnel de la répression disciplinaire joue un rôle très important dans le domaine disciplinaire. Ce contrôle du juge se manifeste sous les formes habituelles du contentieux de l'annulation et du contentieux de la réparation.

مقدمة :

تعتبر عملية الرقابة القضائية من أقوى وأكثر أنواع الضمانات في دولة القانون حيث تترتب عليها حماية حقوق وحريات الإنسان بصفة عامة، وحماية الموظفين العمامين في مواجهة سلطة التأديب بصفة خاصة نظرا للخصائص والمميزات التي تتسم بها هذه الرقابة¹.

إن عملية الرقابة القضائية هي أمر ضروري وحتمي، لأنها بمكانتها ودورها في النظام الرقابي في الدولة، وبخصائصها المتفردة والتميزة، يحتم وجودها وممارستها لتحقيق أهداف دولة القانون، ومنها هدف حماية الموظف العام في مواجهة السلطات الإدارية الرئاسية، ولاسيما حمايته في مواجهة سلطة التأديب².

¹ طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1970، ص. 93-98،
عمار عوايدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1994، ص. 25.
² أنظر: طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص. 93-98.

فبالإضافة إلى الضمانات الإدارية، فإن عملية الرقابة القضائية على سلطات الجهات التأديبية هي الضمانة اللاحقة والنهائية لكافة الضمانات القانونية والإدارية لحماية الموظف العام في مواجهة القرارات التأديبية غير المشروعة وغير العادلة من خلال فرض رقابة الإلغاء والتعويض عن القرارات التأديبية. ونظرا لحيوية ودور هذه الرقابة وخصائصها الذاتية، فقد نصت كل المواثيق والنصوص القانونية الوطنية والدولية على حق الإنسان والمواطن في تحريك هذه الرقابة ضد أعمال الدولة بصفة عامة، وأعمال الإدارة العامة بما فيها سلطة اتخاذ العقوبات التأديبية بصفة خاصة، لحماية الحقوق والحريات¹.

وعلى هذا الأساس يعتبر الطعن القضائي ضمانة أخرى للموظف في مواجهة تعسف الإدارة في المجال التأديبي، والملاذ الأخير بالنسبة للموظف عندما يستنفذ كافة الضمانات الأخرى في تحقيق ما يصبو إليه من إلغاء العقوبة التأديبية، وذلك بممارسة حقه في الالتجاء إلى مرفق القضاء، عن طريق ما يعرف بدعوى الإلغاء أو دعوى التعويض، وفقا للأوضاع المقررة قانونا². ولا يمكن للموظف أن يستند في لجوئه إلى القاضي الإداري إلا ضد القرار المتضمن العقوبة التي أصدرتها السلطة التأديبية. أما قرار مجلس الطعن للتأديب فإنه يستند فقط على الرأي المقدم من طرف لجنة الطعن التي رفضت عريضته³.

إضافة إلى دعوى الإلغاء التي يستند عليها الموظف لإلغاء القرارات التأديبية غير المشروعة، فإنه يمكنه إلى يلجأ إلى القاضي الاستعجالي إذا دعت الضرورة لذلك⁴.

وتأسيسا على ذلك، تم إحاطة الجزاء التأديبي بسياج من الضمانات المختلفة في مقابل السلطة التقديرية الواسعة التي تتمتع بها الإدارة، حتى لا تنقلب تلك السلطة وتصبح مصدر تهديد للموظف العام والنيل من حقوقه الأساسية. ومن ثم كلما اتسع نطاق السلطة الرئاسية وجب أن يتسع نطاق الضمانات التأديبية في مواجهتها. وأفضل هذه الضمانات هي الضمانات القضائية.

فهكذا تتميز هذه الرقابة بالحياد والموضوعية والعدالة والفعالية نظرا للضمانات والحصانات التي تحوزها، ومنها مبدأ استقلالية القضاء ومجانيته. كما تتميز ضمانة رقابة القضاء المقررة للموظف العام في مواجهة سلطة التأديب بالقوة والفاعلية، في توفير الحماية نظرا لمتنع القضاء بالقدرة والعقلية القانونية المتخصصة في اكتشاف أوجه الخطأ والصواب والشرعية وعدم الشرعية.

إيماننا بأن الرقابة القضائية قرينة لمفهوم دولة القانون وضمانا لمبدأ المشروعية، ووسيلة قانونية كفلها المشرع للموظف لحماية حقوقه الوظيفية أثناء إحالته إلى المساءلة التأديبية، فإن حسن استيعاب فعالية هذه الضمانة يفرض

¹ أنظر أحكام المواد من 138-143 من الدستور الجزائري لسنة 1996. وأحكام المادة الثامنة 08 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948.

² أنظر: منصور إبراهيم العتوم، المسؤولية التأديبية للموظف العام، دراسة مقارنة، مطبعة الشرق، عمان، الطبعة الأولى، 1984، ص.353.

على الرغم من أهمية الضمانات القضائية في كافة المجالات، إلا أن أهميتها في نطاق التأديب أشد حاجة إليها لسببين رئيسيين :

أولهما :أنه على الرغم من أن العقوبة التأديبية إجراء عقابي، إلا أنها لا تصدر عن قضاء حقيقي، مع أن توقيع الجزاء كأصل عام، كما هو مستقر عليه فقها وقضاء هو من اختصاص القضاء. ثانيهما: لم يعد من المقبول اعتبار سلطة التأديب فرعا من سلطة الدولة لا معقب عليها، نظرا لأن هذا التصوير يتناقض مع الحلول التشريعية والقضائية على حد سواء. فهذه الحلول مجمعة على ضرورة خضوع سلطة التأديب للرقابة القضائية، وأن تتم هذه السلطة طبقا لإجراءات وضمانات دقيقة. أنظر : محمد عصفور، تأديب العاملين المدنيين في القطاع العام ومقارنته بنظم التأديب الأخرى، عالم الكتب، القاهرة، 1972، ص.147.

³ C.E., 23 décembre 1994, Paolucci, Cité par Anne Jourda-DARDAUD, La procédure disciplinaire dans la fonction publique, éditions du Papyrus 2009, p.86.

⁴ Anne Jourda-DARDAUD, op, cit., p.86.

علينا التعرض إلى القضاء المختص بالطعن في العقوبات التأديبية (المبحث الأول)، ثم بيان الآثار المترتبة على الطعن في تلك العقوبات (المبحث الثاني).

المبحث الأول: القضاء المختص بالطعن في العقوبات التأديبية :

نظرا لما يشكله القرار التأديبي من أهمية بالغة سواء بالنسبة للموظف العام، أو الجهة الإدارية، فإن تحديد الجهة المختصة بالرقابة القضائية على القرار التأديبي هو أمر بالغ الأهمية. ولا شك أن تحديد الجهة القضائية المختصة بالرقابة على القرار التأديبي هو أمر يرتبط بصورة أو بأخرى بالضمانات. فكلما استطاع المشرع أن يسهم في رفع مستوى الرقابة القضائية، سواء من حيث طريقة تشكيل المحكمة، أو أسلوب الرقابة، أو إلى غير ذلك من مختلف الأمور الهامة، فإنه يقدم بذلك خدمة هامة للعدالة وللموظف العام.

على أنه من غير المنطقي أن نتعرض لأحكام تلك الجهات القضائية، والضمانات التي توفرها، دون أن نشير للمحكمة المختصة بالرقابة على القرار التأديبي. وهذا أمر ضروري حتى نستطيع أن نناقش مستوى وأداء تلك الجهات القضائية في مجال أعمال الضمانات التأديبية، ومستوى تطبيقها.

وعلى أي حال تذهب بعض التشريعات¹، إلى إسناد الاختصاص القضائي في الرقابة على القرارات التأديبية إلى المحاكم العادية. فتختص تلك المحاكم بالإضافة إلى نظر المنازعات المدنية والجنائية في نظر كافة المنازعات الإدارية منها، وغير الإدارية. ويطلق على هذا القضاء نظام القضاء الموحد.

كما أن المشرع قد يعهد بالرقابة على أعمال الإدارة إلى قضاء متخصص، على أن يقوم بالفصل في المنازعات المدنية والجنائية إلى اختصاص المحاكم العادية. ويطلق على هذا القضاء المزدوج وتعتبر فرنسا من أبرز الأمثلة على نظام القضاء المزدوج².

ومن ناحية أخرى، فإن المشرع في نظام القضاء المزدوج، قد يعهد بمهمة الرقابة على القرارات التأديبية إلى محاكم متخصصة داخل نطاق القضاء الإداري. بينما نجد بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي لا تعرف نظام المحاكم التأديبية كجزء من القضاء الإداري. فالنظام التأديبي الفرنسي يقوم على ما يعرف بمجالس التأديب *conseils de discipline*³. وعليه سوف نتناول القضاء المختص بالرقابة على العقوبات التأديبية في كل من فرنسا (المطلب الأول)، ثم في الجزائر (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القضاء المختص بالرقابة على العقوبات التأديبية في فرنسا :

كانت رقابة القضاء الإداري الفرنسي رقابة مشروعية، وليست رقابة ملاءمة. إلا أنه بعد تبني مجلس الدولة الفرنسي لنظرية الخطأ البين في أحكامه الحديثة، لم تعد جهة الإدارة تملك مطلق الحرية في توقيع العقوبات التأديبية، على الموظف مهما كان خطؤه، وإنما يكون عليها اختيار العقوبة المناسبة للخطأ المرتكب من طرف الموظف. فإذا هي بالغت في العقوبة كان لها القضاء بالمرصاد⁴.

¹ إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية اللتان تأخذان بنظام القضاء الموحد. أنظر في هذا الصدد :

Louis Leventhal JAFFE, Judicial control of administration action, Boston, Little, Brown, 1965.p.155.

² لمزيد من التفاصيل عن القضاء المزدوج أنظر :

André DE LAUBADERE, Jean-Claude VENEZIA, Yves GAUDEMET, Droit Administratif, 15^{ème} édition, L.G.D.J., Paris, 1995.p.321.

³ Ayoub ELIANE, Le conseil de discipline dans la fonction publique, R.D.P., Sep-Oct.1977.p.1140.

⁴ أنظر: عادل الطيطبائي، الرقابة القضائية على مبدأ التناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة الوظيفية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السادسة، العدد الثالث، 1982، ص.93.

ويقوم القضاء الإداري الفرنسي بفحص القرارات التأديبية التي يتم الطعن فيها من قبل الموظفين، حيث يقوم بتأييدها إذا كانت موافقة للقانون. أما إذا عتري هذه القرارات أي عيب من العيوب التي تؤدي إلى البطلان، كعيب عدم الاختصاص¹، أو عيب الشكل²، أو عيب مخالفة القانون³، أو عيب إساءة استعمال السلطة، أو الانحراف⁴، أو عيب انعدام التسبب⁵، أو عيب الخطأ الظاهر، أو البين⁶، فحينها يقوم القضاء الإداري بإلغاء تلك القرارات⁷.

إن أسباب بطلان القرارات التأديبية قد يتولى المشرع بنفسه تحديدها بنصوص صريحة، وقد يترك هذه المهمة للقضاء. وهذا هو مسلك النظام الفرنسي، حيث تولى مجلس الدولة تحديد العيوب التي تشوب القرار الإداري، وإليه يرجع الفضل في النظريات والمبادئ القانونية التي ابتدعها بالنسبة لهذه العيوب المختلفة التي تصم القرار الإداري بعدم المشروعية⁸. ويجب على القضاء الإداري أن يتحقق من الوجود المادي للوقائع المنسوبة للموظف، ومدى اعتبار هذه الوقائع إخلالا بواجبات وظيفته.

ويتوزع الاختصاص في فرنسا، بنظر الطعون المقدمة من الموظفين ضد العقوبات التأديبية الصادرة ضدهم، كما في بقية القرارات الإدارية الأخرى، بين كل من المحاكم الإدارية (الفرع الأول)، و كذا مجلس الدولة الفرنسي (الفرع الثاني).

الفرع الأول : اختصاص المحاكم الإدارية في مجال التأديب :

كان مجلس الدولة الفرنسي ولعقود طويلة، هو صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات الإدارية. فكان ينظر مباشرة بالدرجة الأولى، والأخيرة في جميع القضايا التي لا يسندها في نص صريح إلى قضاء إداري آخر⁹. على أن مجلس الدولة، أصبح مثقلا بالأعباء نتيجة تراكم المنازعات الإدارية التي يختص بها، والتي وصلت إلى حد يدعو إلى التفكير والإصلاح. وتطبيقا لذلك صدر المرسوم رقم 934-53 بتاريخ 30 سبتمبر 1953، والذي بموجبه انتقلت صفة قاضي القانون العام من مجلس الدولة، إلى المحاكم الإدارية التي أصبحت تختص بنظر كافة المنازعات التي تثور في نطاق الإقليم التابع لها، سواء تعلق الأمر بالإلغاء، أو التعويض، أم بفحص المشروعية، إلا ما استثني بنص قانوني، ليصبح من اختصاص مجلس الدولة، كالطعون المقدمة من الموظفين المعيّنين بمرسوم، والتي ينعقد الاختصاص بنظرها إلى مجلس الدولة، أو اختصاص محكمة إدارية أخرى¹⁰. و يطعن الموظف أمام المحكمة الإدارية المختصة في القرار الصادر بتوقيع العقوبة عليه، خلال شهرين من تاريخ إعلامه به. وإذا تظلم من القرار، فإن مدة الشهرين تبدأ من تاريخ إعلامه بقرار الرفض. و في حالة سكوت الإدارة، وعدم إصدارها قرار بشأن التظلم، فإن مدة الطعن القضائي تبدأ بعد أربعة أشهر من تاريخ تقديمه. ويستأنف حكم المحكمة الإدارية الصادر بشأن القرار التأديبي أمام مجالس الاستئناف المختصة، والتي تم إنشائها في فرنسا، طبقا للقانون تحت رقم 1127 بتاريخ 31 ديسمبر 1987¹¹.

¹C.E., 10 juin 1961, Joseph, Rec., p.119.

²C.E., 16 avril 1949, Louis, Rec., p.168.

³C.E., 2 février 1945, Moineau, Rec., p.27.

⁴C.E., 4 mars 1964, Borderier, Rec., p.157.

⁵C.E., 20 janvier 1920, Terpont, Rec., p.65.

⁶C.E., 9 juin 1978, Lebon, Rec., p.245.

⁷أنظر: رمضان محمد بطيخ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص.261 وما بعدها.

⁸أنظر: نوفان العقيل العجارمة، سلطة تأديب الموظف العام، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2007، ص.212-213.

⁹سعد نواف العنزي، الضمانات الإجرائية في التأديب، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص.460-461.

¹⁰أنظر: رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص.120-121.

¹¹Henri ISAIA, Les cours administratives d'appel, Economica, 1993, p.37.

ولا يختلف الطعن في القرارات التأديبية أمام المحاكم الإدارية عن بقية الطعون التي يمكن توجيهها إلى باقي القرارات الإدارية. ومن ثم، فإنه يشترط توافر كافة الشروط العامة اللازمة لقبول الدعوى، وأبرزها المصلحة الشخصية المباشرة¹، وأن ينصب الطعن على قرار إداري نهائي. فالطعن القضائي لا يقبل إذا وجه إلى الإجراءات، أو الأعمال التحضيرية السابقة على صدور القرار النهائي².

الفرع الثاني : إختصاص مجلس الدولة في مجال التأديب :

يختص مجلس الدولة كأول، وآخر درجة بالنسبة للطعن في القرارات التأديبية الصادرة في حق الموظفين المعنيين بمراسيم. ويختص كمحكمة استئناف، بنظر الطعون في القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للوظيفة العامة. ويختص كمحكمة نقض، بنظر الطعون في القرارات التأديبية الصادرة عن المجالس ذات الصلة القضائية، كالمجلس الأعلى للقضاء. ومن ثم سوف نتطرق إلى هذه الاختصاصات بصفة موجزة بخصوص اختصاص كل منها على النحو الآتي:

أولاً : إختصاص مجلس الدولة كمحكمة أول وآخر درجة :

يختص مجلس الدولة بالنظر في طعون الموظفين المعنيين بمرسوم. ومن ثم فإن القرار التأديبي الصادر في حق هؤلاء الموظفين من قبل السلطة التأديبية يكون خاضعاً للطعن به أمام مجلس الدولة مباشرة. ويكون الطعن في هذه القرارات على أساس الطعن بالإلغاء³.

ثانياً : إختصاص مجلس الدولة كمحكمة استئناف :

يختص مجلس الدولة كمحكمة استئناف بالنسبة للقرارات التأديبية التي تتضمن عقوبة أشد من العقوبات المنصوص عليها قانوناً، باقتراح اللجنة الإدارية المشتركة، على أن يكون المجلس الأعلى للوظيفة قد أيد عدم مشروعيتها. ويشترط في هذا الطعن ما يلي⁴ :

أ- أن يكون لمقدم الطعن مصلحة تبرر هذا الطعن.

ب- أن يقدم الطعن خلال شهرين من تاريخ إعلان القرار التأديبي.

ج- أن يراعي الإجراءات المقررة أمام مجلس الدولة، لاسيما فيما يتعلق برفعه عن طريق محام في بعض الحالات. ويقوم مجلس الدولة بإصدار قرار إما بتأييد، أو بإلغاء، أو بتعديل الحكم المطعون فيه. ولا يترتب على الطعن بالاستئناف وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه، ما لم يقرر مجلس الدولة خلاف ذلك⁵.

¹C.E., 8 janvier 1982, Lambert, Rec., p.17. Voir aussi : C.E., 27 février 1987, Michel Noir.1987.Rec.,p.84.

²C.E., 22 juin 1984, Henriquet. Rec.,p.238.

³أنظر : مليكة الصروخ، سلطة التأديب في الوظيفة العامة بين الإدارة والقضاء، دراسة مقارنة، دون دار النشر، 1981، ص.230.

⁴أنظر في ذلك: علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والإنجليزي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2004، ص.254.

⁵علي جمعة محارب، المرجع السابق، ص.254.

ثالثا : إختصاص مجلس الدولة كمحكمة نقض :

يختص مجلس الدولة باعتباره محكمة نقض، بنظر الطعون ضد القرارات التأديبية الصادرة عن المجالس ذات الصفة القضائية، والتي لا يجوز استئنافها، كالمجلس الأعلى للقضاء¹، والمجلس الأعلى للغرف الجهوية للحسابات²، والمجلس الأعلى للمحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية³، لهيئات التدريس⁴.

على أن أوجه الطعن بالنقض لا تختلف عن أوجه الطعن في دعوى الإلغاء، وهي عيب عدم الاختصاص، وعيب الشكل، وعيب مخالفة القانون، وعيب إساءة استعمال السلطة، وعيب انعدام السبب، وعيب الخطأ الظاهر. وعلى الرغم من أن قاضي النقض يحكم بالقانون، إلا أنه ليس هناك ما يمنع القاضي من التثبت من تحقيق الأفعال المنسوبة إلى الموظف والتي بني عليها قرار الجزاء⁵. ومن ثم يتوجب على القضاء وهو بصدد النقض التحقق من التكييف القانوني للوقائع⁶. كما أن قاضي النقض قد يلجأ إلى التأكد من عدم تزييف الوقائع المنسوبة إلى الموظف⁷.

والجدير بالذكر، إلى أنه يشترط لقبول الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، اتباع إجراء عرض طلب الطعن بالنقض على لجنة خاصة، للتحقق من جديته قبل عرضه على مجلس الدولة⁸.

وفي هذا الصدد، نشير إلى أن تعدد درجات القضاء في فرنسا أدى إلى إطالة أمد التقاضي، وهو أمر له آثاره السلبية على الموظف، والذي يرغب بكل تأكيد في وضع حد سريع لمعاناته من الجزاء التأديبي، على الرغم من أن حق المتهم في المحاكمة السريعة، والمعقولة يعد من حقوقه الرئيسية التي لا ينبغي الانتقاص منها.

وعلى ضوء ذلك، أدى بطء القضاء الإداري في فرنسا إلى إدانتها من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قرار بتاريخ 24 أكتوبر 1989 و 31 مارس 1992⁹، وذلك بسبب تنكرها للمادة 6 الفقرة الأولى من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي نصت على أنه " لكل شخص الحق في أن يستمع إلى قضيته بإنصاف وفي مهلة معقولة"¹⁰.

¹C.E., 12 juillet 1969, Sieur L'Etang. Rec., p.388 ; R.D.P., 1970, p.387, note M. Waline ; A.J.D.A., 1969, p.558, chron. J-L. Dewost et R. Denoix de Saint Marc.

²Frédéric LAURIE, LA faute disciplinaire dans la fonction publique, tome2, Presses Universitaires D'aix-Marseille, 2002, p.502.

³Art 17 de laLoi n°86-14 du 6 janvier 1986 fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, J.O.R.F., du 7 janvier 1986, p.332, modifiée par la loi n°87-1127 du 31 décembre 1987 portant réforme du contentieux administratif, J.O.R.F., du 1^{er} janvier 1988, p.7 ; décret n° 87-554 du 17 juillet 1987 relatif au Conseil supérieur des tribunaux administratifs et au secrétariat général des tribunaux administratifs, J.O.R.F., du 19 juillet 1987, p.8083.

⁴Art 22 de la loi n° 89-486 du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation, J.O.R.F., du 14 juillet 1989, p.8862 ; C.E., 20 juin 1913, Téry. Rec.,p.736.

⁵C.E., 5 juillet 1929, Commune de Relizane. Rec.,p.679.voir aussi : C.E., 7 octobre 1957, Bordereau. Rec.,p.529 ; C.E., 4 mars 1964, J-C Mellinger, Rec.,p.157 ; C.E., 11 juillet 1991, Carment, Rec.,p.282.

⁶C.E., 21 mars 1947, Baudinière, Rec.,p.118 ; C.E., 18 février 1977, Hervouët, Rec.,p.98.

⁷C.E., 4 janvier 1952, Simon. Rec.,p.13 ; C.E., 25 novembre 1987, Mme Frappier de Mont benoît-Gervais, Rec.,p.911.

⁸ Olivier GOHIN, op, cit., p.p.345.et s.

⁹موسى مصطفى شحادة، مبدأ حق الإنسان في محاكمة عادلة في المنازعات الإدارية وتطبيقاتها في أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، بتاريخ 28 جوان 2004، ص.173.

¹⁰ جورج فيدل وبيار دلفولفيه، جورج فيدل، بياردلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2001، ص.105.

المطلب الثاني : القضاء المختص بالرقابة على العقوبات التأديبية في الجزائر :

يعتبر القضاء الإداري في الجزائر حديث النشأة عند مقارنته بالقضاء الإداري الفرنسي، بحيث كان نظام وحدة القضاء هو المطبق لعقود طويلة من الزمن. فالاختصاص بنظر الطعون في القرارات التأديبية كان موزعا بين الغرف الإدارية بالمجالس القضائية، وكذا الغرفة الإدارية بالحكمة العليا. إلا أنه بموجب دستور 28 نوفمبر 1996 تم استحداث نظام ازدواجية القضاء، وتأسيس هيئات قضائية إدارية جديدة، المتمثلة في مجلس الدولة، والمحاكم الإدارية. فقد نصت المادتين 152 و153 من الدستور على تأسيس مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية. وتأسيسا على ذلك تم إصدار القانون العضوي رقم 01/98 المؤرخ في 30-05-1998 الذي ينظم ويحدد اختصاص مجلس الدولة (الفرع الأول)، و القانون العضوي رقم 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية (الفرع الثاني)، إضافة إلى المراسيم التنفيذية لهذه القوانين.

الفرع الأول : اختصاص مجلس الدولة الجزائري :

يختص مجلس الدولة بفحص مشروعية القرارات التأديبية المطعون فيها، ومن ثم النطق بإلغائها إذا كانت غير مشروعة، أو رفض الدعوى إذا كانت تلك القرارات مشروعة. و من ثم يكون مجلس الدولة أحيانا كمحكمة أول وآخر درجة (أولا)، وأحيانا أخرى كجهة استئناف (ثانيا)، وأخيرا يختص بالطعون بالنقض (ثالثا).

أولا : اختصاص مجلس الدولة كمحكمة أول وآخر درجة :

يختص مجلس الدولة بالنظر في طعون الموظفين التابعين للهيئات والتنظيمات المركزية، تطبيقا لنص المادة 9 من القانون العضوي 01/98 التي نصت على أن : " يفصل مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا في :
1- الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية...".

ومن ثم فإن القرار التأديبي الصادر في حق هؤلاء الموظفين من قبل السلطة التأديبية يكون خاضعا للطعن فيه مباشرة أمام مجلس الدولة. على أن يكون الطعن في هذه القرارات على أساس الطعن بالإلغاء، طبقا للمادة التاسعة من القانون العضوي لمجلس الدولة.

ثانيا : اختصاص مجلس الدولة كمحكمة استئناف :

يختص مجلس الدولة كمحكمة استئناف بالنسبة للقرارات التأديبية الصادرة ابتدائيا من المحاكم الإدارية، وذلك طبقا للنص العام الذي جاء في المادة 10 منه والتي نصت على أن : " يفصل مجلس الدولة في استئناف القرارات الصادرة ابتدائيا من قبل المحاكم الإدارية في جميع الحالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

وعليه تكون جميع القرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية، وحتى الغرف الإدارية التي كانت تفصل في المجال التأديبي قبل إسناد هذا الاختصاص إلى المحاكم الإدارية، من اختصاص مجلس الدولة بالطعن فيها بالاستئناف ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، أي على عدم قبول الطعن بالاستئناف أمامه.

ثالثا : اختصاص مجلس الدولة كمحكمة نقض :

يختص مجلس الدولة باعتباره محكمة نقض، بنظر الطعون ضد القرارات التأديبية الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية، والتي لا يجوز استئنافها، كلجان التأديب المختصة بتوقيع العقوبات التأديبية على أعضاء المهن التابعة للمنظمات المهنية، وكذا القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، وذلك طبقا لنص المادة 11 منه التي جاء فيها على أن : " يفصل مجلس الدولة في الطعون بالنقض في قرارات الجهات القضائية الإدارية الصادرة نهائيا و كذا الطعون بالنقض في قرارات مجلس المحاسبة ".

و الجدير بالذكر، إلى أن مجلس الدولة الجزائري قد نهج نفس النهج الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي في تمسكه باختصاصه في الطعون المقدمة ضد القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، وذلك بتقديم مجموعة من الأسباب¹ التي تبرر هذا الموقف. فمن خلال نص المادة 55 من دستور 1996 الذي أعطى للمجلس الأعلى للقضاء صفة الهيئة التي تسهر على متابعة المسار المهني للقاضي، مما يجعل مجلس الأعلى للقضاء مؤسسة إدارية مركزية، والقرارات التي يصدرها في مجال التأديب لها طابع إداري، وأن إضفاء الطابع القضائي عليه من أجل تشكيلته التي تتكون من القضاة غير ممكن. ذلك أن القضاة ليسوا أعضاء بصفتهم كقضاة، وإنما قصد المشرع ضمان مصداقية العمل المطلوب من أجل مشاركتهم في اتخاذ القرارات التأديبية، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن الأساس القانوني الذي يبرر موقف مجلس الدولة في بسط رقابته على مشروعية القرارات التأديبية التي يصدرها المجلس الأعلى للقضاء، هو نص المادة 9 من القانون العضوي رقم 98-01، الذي يمكنه من الفصل عن طريق دعوى الإلغاء ضد القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية والمنظمات المهنية.

ومن الأحكام التي قرر فيها مجلس الدولة هذا المبدأ قراره الصادر في 27 جويلية 1998²، أين اعتبر القرارات الفاصلة في القضايا التأديبية المتخذة من المجلس الأعلى للقضاء في هيئته التأديبية ذات طبيعة إدارية مركزية، وبهذه الصفة يمكن للقاضي الذي صدر ضده قرار تأديبي أن يطعن فيه أمام مجلس الدولة.

هذا وقد تمسك مجلس الدولة بموقفه السابق إلى غاية صدور قرار عن الغرفة المجتمعة في 07 جوان 2005، الذي غير من موقفه السابق، متجها نحو إقرار مبدأ جديد مفاده أن مقررات المجلس الأعلى للقضاء المتضمنة لعقوبة تأديبية تكتسي طابعا قضائيا، وبهذه الصفة لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء وإنما بالنقض فقط أمام مجلس الدولة عملا بالمادة 11 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمها، التي تنص على أن: "يفصل في الطعون بالنقض في قرارات الجهات القضائية الصادرة نهائيا".

والجدير بالإشارة، إلى أن الغرفة الإدارية القائمة سابقا بالحقكمة العليا، لم تكن تتمتع بهذا النوع من الاختصاص، بحيث كانت إما قاضي إلغاء (قاضي اختصاص)، أو قاضي استئناف. في حين أصبح مجلس الدولة في -مرحلة ازدواج القضاء- إضافة إلى ذلك، باختصاصه بالفصل في الطعون بالنقض³.

الفرع الثاني : اختصاص المحاكم الإدارية :

كانت الغرف الإدارية على مستوى المجالس القضائية هي صاحبة الولاية في النظر في القرارات التأديبية، إلا أنه بعد استحداث المحاكم الإدارية في ظل نظام ازدواجية القضاء، أصبحت المحاكم الإدارية هي المختصة بنظر كافة المنازعات التي تثور في نطاق الإقليم التابع لها، سواء تعلق الأمر بالإلغاء، أو التعويض، أم بفحص المشروعية، إلا ما استثنى بنص قانوني، وهذا طبقا لنص المادة الأولى من القانون العضوي رقم 98/02 المتعلق بالمحاكم الإدارية التي نصت على أن: " تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية، يحدد عددها و اختصاصها الإقليمي عن طريق التنظيم ".

¹ غناي رمضان، موقف مجلس الدولة من الرقابة على القرارات التأديبية الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء، مجلة مجلس الدولة، العدد السادس، 2005، ص. 38 وما بعدها.

² مجلس الدولة، الغرفة الثانية، قرار رقم 172994، مؤرخ في 27 جويلية 1998، قضية (قاضي)، ضد (المجلس الأعلى للقضاء)، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، الجزائر، 2002، ص. 83-87.

³ أنظر : محمد الصغير بيلي، القضاء الإداري، مجلس الدولة، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2004، ص. 72 وما بعدها.

والجدير بالملاحظة ، أن قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية سالف الذكر، نص على الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية في المادة 800 التي جاء فيها : " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية".

ومن ثم تختص المحاكم الإدارية 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، وهذا ما أكدته المادة 801 التي حددت الاختصاص النوعي للمحكمة الإدارية للفصل في :

- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية و الدعاوى التفسيرية و دعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن :
- الولاية و المصالح غير المركزة للدولة على مستوى الولاية،
- البلدية و المصالح الإدارية الأخرى للبلدية،
- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.

أما المادة 803 فنصت على أن الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية، يحدد طبقا للمادتين 37 و 38 منه. و بالرجوع إلى هذه المواد نجد أنها تنص على أن الاختصاص الإقليمي، يؤول للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه. و إن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له. و في حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي لجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

و في حالة تعدد المدعي عليهم، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم.

كما تختص المحاكم الإدارية في المواد المبينة في المادة 804 من نفس القانون بما يلي :

- مادة المنازعات المتعلقة بالموظفين أو أعوان الدولة أو غيرهم من الأشخاص العاملين في المؤسسات العمومية الإدارية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان التعيين (المادة 804 الفقرة الرابعة)
- وبهذا نجد أن المشرع وحد الجهات القضائية الخاصة بنظر دعاوى الإلغاء، و تخلص من ذلك التقسيم بين الجهات القضائية المحلية، و الجهات القضائية الجهوية ، التي كانت تشكل عائقا أمام الموظف.
- والحقيقة على ما يبدو أن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا عندما عمد إلى تبسيط الإجراءات، و توحيد الجهات القضائية الإدارية المختصة بنظر دعاوى الإلغاء المرفوعة سواء ضد القرارات الولاية، أو البلدية، والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

إلا أنه يعاب على التنظيم الإداري الجديد هو غياب محاكم استئناف إدارية، كما هو الحال في فرنسا أين نجد محاكم استئناف إدارية تعمل على تخفيف الضغط على مجلس الدولة الفرنسي، بالنظر في الطعون التي تقدم أمامها من المحاكم الإدارية. ومن ثم فإنه كان يتوجب استحداث هذه المحاكم في الجزائر كجهة استئناف في المواد الإدارية، ومنها المجال التأديبي، وهذا من شأنه تعزيز الازدواجية الحقيقية للقضاء. ذلك أن استئناف الأحكام التأديبية مباشرة أمام مجلس الدولة قد يفوت الفرصة على الموظف في الطعن في قرارات مجلس الدولة، خاصة عندما يتعلق الأمر في الطعن بالنقض. فاستحداث محاكم استئناف إدارية تعتبر ضمانا قضائية أخرى تضاف إلى المحاكم الإدارية، بغرض تبسيط مراحل الدعوى واختصار الطريق على الموظف، هذا من جهة. ومن جهة أخرى تجنّب مجلس الدولة النظر في بعض القضايا التأديبية التي من حقها أن تنظر على المستوى المحلي. ومن ثم فإنه من المفروض أن تسنفذ جميع الطعون على

المستوى المحلي، ليتسنى للموظف فيما بعد اللجوء إلى مجلس الدولة. فهذا الأمر يؤكد لنا بأن المشرع مازال محتفظاً بسمه وحدة القضاء، وإن كان في الظاهر قد أخذ بنظام الازدواجية.

والجدير بالذكر أن الدعاوى التي ترفع أمام المحاكم الإدارية يجب أن ترفع بعريضة موقعة من محام طبقاً للمادة 815 مع مراعاة أحكام المادة 827 المتعلقة بالبيانات الضرورية التي ينبغي أن تتضمنها العريضة، وهي البيانات المشار إليها في المادة 15 من القانون السالف الذكر¹.

وفي هذا الصدد، وحسب قانون رقم 08-09، فإن عريضة الافتتاحية للدعوى تودع بأمانة ضبط المحكمة الإدارية مقابل دفع الرسم القضائي، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وذلك حسب المادة 821 من هذا القانون. وقد نصت المادة 844 على أن رئيس المحكمة الإدارية يعين التشكيلة التي يؤول إليها الفصل في الدعوى، بمجرد قيد عريضة افتتاح الدعوى بأمانة الضبط. ويعين رئيس تشكيلة الحكم، القاضي المقرر الذي يحدد بناء على ظروف القضية الأجل الممنوح للخصوم من أجل تقديم المذكرات الإضافية، والملاحظات، وأوجه الدفاع، و الردود. ويجوز له أن يطلب من الخصوم كل مستند، أو أية وثيقة تفيد في فض النزاع. ويجوز لرئيس تشكيلة الحكم، عندما تقتضي ظروف القضية أن يحدد فور تسجيل العريضة التاريخ الذي يختتم فيه التحقيق، و يعلم الخصوم به عن طريق أمانة الضبط.

وعلى هذا الأساس، فإن القاضي الإداري الذي ينظر في دعوى إلغاء العقوبة التأديبية، يتمتع بسلطات واسعة في البحث، والتحري بخصوص الشرعية. ولا يقتصر هذا التحري على القرار موضوع التظلم، ولكن يمتد أيضاً إلى الإجراءات المتبعة. فيقوم بالتأكد على ضوء مستندات الملف التأديبي من الأدلة المادية للوقائع، التي استندت عليها جهة الإدارة، وصحة تكييفها للعقوبة التأديبية التي سلطت على الموظف. وعليه فإن القاضي الإداري، يتمتع بسلطة التكييف القضائي للوقائع، وبإمكانه رفض التقدير الذي أعطته السلطة التأديبية لهذه الوقائع. وبذلك أصبح القاضي الإداري يتأكد من ملائمة القرار المتضمن العقوبة التأديبية، بعدما ظل لفترة زمنية طويلة يتوقف دوره فقط على الوجود المادي للوقائع وتكييفها القانوني².

المبحث الثاني : الآثار المترتبة على الطعن في العقوبات التأديبية :

يترتب على الطعن في العقوبات التأديبية العديد من الآثار الهامة. ولعل من أهم تلك الآثار، هو إلغاء العقوبة التأديبية غير المشروعة (المطلب الأول)، وكذا طلب التعويض (المطلب الثاني).

المطلب الأول : إلغاء العقوبة التأديبية غير المشروعة :

يترتب على إلغاء القرار المتضمن العقوبة التأديبية، اعتبار الجزاء كأن لم يوقع. وهذا الأمر يستتبع العودة بالحالة وكأن القرار الملغى لم يصدر قط، أو لم يكن له أي وجود قانوني. ومن ثم يقتضي الأمر إهدار كل أثر للقرار المذكور من وقت صدوره³.

كما أن إلغاء الجزاء التأديبي لا يسري بالنسبة للمستقبل فحسب، وإنما يمتد سريانه إلى يوم اتخاذ الجزاء التأديبي. وبالتالي يعتبر الجزاء كأن لم يكن أصلاً¹.

¹ طبقاً للمادة 827 فإنه تعفى الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 من نفس القانون، من التمثيل الوجوبي بمحام في الإدعاء، أو الدفاع أو التدخل. ويكفي أن توقع العرائض ومذكرات الدخول باسم الدولة أو باسم الأشخاص المشار إليهم في المادة 800 من نفس القانون من طرف الممثل القانوني. المادة 2/827 من القانون سابق الإشارة إليه.

² تمكن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 9 جوان 1978 في قضية السيد LEBON من فرض الرقابة في حالة تقرير العقوبات التأديبية من طرف السلطة المختصة دون ارتكابها خطأ واضح في تقدير جسامته الوقائع. أنظر: سعيد مقدم، الوظيفة العمومية بين التطور والتحول من منظور تسيير الموارد البشرية وأخلاقيات المهنة، ديوان المطبوعات الجامعية 2010، ص 480-481.

³ Bernard PACTEAU, Contentieux administratif, P.U.F., Paris, 1985, p.20.

وغني عن البيان أن هذا الإلغاء لا يقتصر على الجزء ذاته فحسب، بل يشمل الآثار المترتبة عليه، كالعقوبات التبعية التي تزول بزوال الجزء الأصلي. كما أن الحكم الصادر بالإلغاء لا يستتبع سوى إلغاء القرار المطعون فيه، ولا يمتد إلى قرارات أخرى، لا تعد من الآثار القانونية التي تترتب على القرار المطعون فيه.

على أن التساؤل الذي قد يطرح في هذا الصدد، هو مدى جواز التصدي للتأديب بعد إلغاء العقوبة التأديبية؟ هذا التساؤل قد يدفعنا إلى معرفة ما إذا ألغت المحكمة الإدارية العقوبة التأديبية، فهل يجوز لجهة الإدارة مساءلة الموظف عن ذات الذنب مرة أخرى؟.

للإجابة على هذا التساؤل نجد أن أحكام القضاء الإداري قد استقرت على أن الحكم الصادر بإلغاء العقوبة التأديبية المشوبة بعيب عدم الاختصاص، أو عيب الشكل، لا يمنع الجهة المختصة من إعادة النظر في تأديب الموظف مع مراعاة الأشكال المطلوبة². و من ثم فإنه بإمكان السلطة التأديبية عند مراعاة هذا الشرط، أن تفرض من جديد عقوبة تأديبية جديدة، بل وفي وسعها تشديد العقوبة أشد من العقوبة الملغاة³.

و إذا كان بوسع الإدارة أن تعود إلى إصدار القرار الملغى بعد أن تقوم بتصحيحه من عيوب الشكل، إلا أن الإشكال الذي قد يطرح نفسه في هذا الجانب، هو حول ما يجب إعادته من الإجراءات؟ وهل تعاد بأكملها، أم تقتصر الإعادة على مجرد الإجراءات المشوبة بالعيب فقط، دون بقية الإجراءات الصحيحة؟.

إن إلغاء قرار العقوبة التأديبية لا يقتضي بالضرورة إلغاء الإجراءات التأديبية المتخذة في هذا الصدد. ذلك أن سبب الإلغاء يجب أن يذكر بصورة واضحة. أما إذا كان الإلغاء منصبا على عيب في الإجراءات، فإنه يمكن لجهة الإدارة أن تتخذ نفس العقوبة باتباع إجراءات تأديبية أخرى صحيحة. أما إذا كان الإلغاء ناتجا عن عدم كفاية أسبابه، فإنه يتعذر إعادة الإجراءات بناء على نفس القواعد الأولى⁴.

وعلى هذا الأساس فإن إعادة الإجراءات يجب أن يقتصر على الشق المعيب فقط دون غيره من بقية الإجراءات، لما في إعادة تلك الإجراءات من مشقة بالغة. إذ لا فائدة من تكرار بقية الإجراءات التي وقعت صحيحة. وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قراره بتاريخ 21 جويلية 1970⁵.

وعلى الرغم من ذلك، يذهب بعض الفقهاء⁶ إلى أن القول بضرورة إعادة كافة الإجراءات التي سبقت إصدار القرار حتى ما كان منها سليما. فإذا ما قضي بإلغاء قرار الجزء لصدوره من غير جهة مختصة، فليس ثمة موجب لإهدار التحقيق الذي سبق صدور قرار الجزء، والقول بضرورة إجراء تحقيق جديد.

والجدير بالذكر أن بطلان إجراء معين يترتب عليه بطلان كل الإجراءات التي تليه، والتي استندت عليه، تأسيسا على القاعدة التي تقضي بأن ما يبنى على باطل فهو باطل. ولذلك فإن بطلان قرار الإحالة إلى التحقيق لصدوره من غير جهة مختصة، يترتب عليه بطلان إجراءات التحقيق، ولو وقعت صحيحة، مما يستدعي إعادة إجراء ذلك التحقيق، إذا ما ألغى قرار الجزء التأديبي.

¹ Anne Jourda-DARDAUD, op, cit., p.92.

² C.A.A., Paris, 10 octobre 2002, Mme Sylvie, A.J.D.A., 17 février 2003, p.301.

³ C.E., 18 avril 1956, Gaudet-Traffi, Rec., p.920.

⁴ Anne Jourda-DARDAUD, op, cit., p.p.91-92.

⁵ C.E., 21 Juillet et 1970, Thomas, Rec., p.532.

⁶ ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى بداية القرن 21، المرجع السابق، ص.968.

وما ينبغي التنبيه عليه، قبل التطرق إلى آثار إلغاء العقوبة التأديبية، هو أن هناك مسألة هي في غاية الأهمية، تتمثل في مدى فعالية الأحكام الصادرة بإلغاء العقوبة في نطاق التأديب، والتي ترجع إلى عدة أسباب¹، لاسيما بسبب تزايدها في الواقع العملي.

وعليه فإن الآثار المترتبة على إلغاء العقوبة التأديبية، والتي سنخصصها بالدراسة والمقارنة قد تكون متاحة فقط من الناحية النظرية دون إمكانية تحقيقها على أرض الواقع، والتي تتمثل في حق الموظف في إعادة إدماجه (الفرع الأول)، ثم تسوية وضعيته المهنية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : حق الموظف في إعادة إدماجه : La réintégration :

وفي هذا الصدد، قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية Veron-Réville²، كمبدأ عام بإعادة الموظف إلى وظيفته على اعتبار أن إعادة إدماجه في وظيفته الأصلية هو الأثر الطبيعي المترتب على إلغاء قرار العزل. إذ ما الفائدة من إلغاء قرار العزل طالما لا يكون بإمكان الموظف أن يعود إلى شغل وظيفته³، وهذا تطبيقاً للمبدأ القاضي بأن ما يلغى لا يكون له أي أثر "quod nullum est nullum producit effectum"⁴.

وتأسيساً على ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي أن تنفيذ الحكم القاضي بإلغاء قرار العزل الذي يشكل أغلب الحالات المطبقة في نطاق التأديب يقتضي أمرين. الأمر الأول يتعلق بإعادة إدماج الموظف المعزول في منصب وظيفته. و الأمر الثاني هو تسوية وضعيته بأثر رجعي منذ صدور قرار العزل، كما هو الشأن في قضية السيدة Dietsch⁵، واعتبار أن العزل كأن لم يتم من تاريخ صدوره⁶.

وقد أكد القضاء الفرنسي، على ضرورة إعادة إدماج الموظف في منصب وظيفته وكأنه لم يتعرض إلى عقوبة التسريح⁷. كما أن الإدماج يجب أن يكون بسرعة، وفي أقرب الآجال الممكنة. وهذا ما كرسه قضاء مجلس الدولة

¹ من الأسباب التي تحول دون فاعلية الحكم الصادر بإلغاء العقوبة التأديبية، يمكن الإشارة إلى أمرين هما: أولاً: النظام القانوني لدعوى الإلغاء: مما ينبغي التنبيه عليه، هو قصور دعوى الإلغاء في الوصول إلى النتائج المتوخاة من إسباغ حماية بالغة على الموظفين، وهذا ليس مرجعه من أن قضاء الإلغاء قاصر عن تأدية دوره في هذا الشأن، وإنما مرده النظام القانوني الذي تخضع له، تأسيساً على اعتبارها دعوى موضوعية، أو عينية تقوم على مخاصمة قرار لا أكثر. وهذا غير مجد في نطاق الجزاءات التأديبية التي تنتقص من الحقوق المالية، والمهنية للموظفين بشكل لا يكون مفيداً لهم مجرد إلغاء الجزاء، وإنما اتخاذ القاضي لإجراء عملي يحل من خلاله محل الإدارة، فيعدل الجزاء إذا ارتأه ظاهر الغلو، أو يخفف من قدره إذا استبان له فحش الخطأ في تقديره. لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر: محمد باهي أبو يونس، الرقابة على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، 2000، ص.260. ثانياً: امتناع الإدارة ومماثلتها في تنفيذ الأحكام الصادرة بإلغاء العقوبات التأديبية: على الرغم من أهمية تنفيذ الأحكام، فقد ظلت مشكلة عدم تنفيذ الأحكام الإدارية، وخاصة المتعلقة بالموظفين، كإعادة الموظف المفصول إلى وظيفته، من أبرز المشاكل التي تفرق الباحثين في القانون الإداري إلى يومنا الحالي. أنظر: رياض عيسى، دعوى الإلغاء في الجزائر، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 13، العدد 4، ديسمبر 1989، ص.96.

والواقع أن انتهاك حجية الأحكام ظاهرة خطيرة تمس في جانب منها وجه العدالة، لذلك ينبغي مواجهتها بحزم، فلم تعد تقتصر على عدم اتخاذ إجراءات تنفيذ الحكم وتأخير تنفيذه فحسب، بل وصلت حتى إلى الرفض الصريح لتنفيذ الحكم. أنظر: محمد الصغير بعلي، تنفيذ القرار القضائي الإداري، التواصل، عدد 17 ديسمبر 2006، ص.150-151. أنظر كذلك: غناي رمضان، عن موقف مجلس الدولة من الغرامة التهديدية، مجلة مجلس الدولة، العدد 4-2003، ص.145 وما بعدها.

² C.E., 27 mai 1949, Véron-Réville, Rec., p.246.

³ C.E., 24 juillet 1981 C.A.A., Morvillards, R.D.P., n° 3.1982, p.p.875-876.

⁴ André de LAUBADERE Yves GAUDEMET, Traité de droit administratif, Tome 5, la fonction publique, 12^e édition, op.cit., p.213.

⁵ C.E., 25 novembre 1992, Ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de la privatisation c/Mme Dietsch, req n° 90.907. Cité par Jacques BAZIN, La suspension dans le droit de la fonction publique, Editions du papyrus, 2000, p.177.

⁶ C.E., 16 mars 1996, GUIGON, Rec., p.1109.

⁷ C.E., 5 janvier 1979, Ripoll, Rec., p.5.

الفرنسي بتاريخ 28 فيفري 1996¹، في قضية السيد Cartier. فالغاء القرار المتضمن العزل، يقتضي بالضرورة إعادة إدماج المعني بالأمر في وظيفته². وبالتالي يتحتم على جهة الإدارة أن تعيد الموظف الذي تعرض إلى عقوبة العزل إلى المنصب الذي كان يشغله سابقا. وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 22 سبتمبر 1993 في قضية الأنسة Dimitru ضد وزير التربية الوطنية³. كما أنه يمكن إعادة إدماجه في منصب يعادل رتبته، إذا استحال إدماجه في منصبه السابق⁴.

إلا أن مجلس الدولة اعتبر أن إعادة إدماج الموظف في منصب آخر عقب انتهاء فترة التوقيف يعد بمثابة نقل إجباري، يعطي للموظف الحق في الإطلاع على ملفه⁵.

وتماشيا مع هذه الاعتبارات أخذ المشرع الجزائري بفكرة إعادة إدماج الموظف المفصول بصفة غير مشروعة إلى منصب وظيفته. وبالتالي إذا كان القضاء يهدم القرارات غير المشروعة، ويحكم على الإدارة بضرورة إعادة إدماج الموظف في منصبه، فإنه من باب أولى أن تلتزم الإدارة بإلغاء قرار التوقيف، بوصفه مجرد تدبير مؤقت يتخذ في مواجهة الموظف. ومن ثم استقرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بالتأكيد على هذا الموقف بموجب قرارها الصادر في 15 ديسمبر 1991⁶، الذي قضى ببطالان قرار رفض إعادة إدماج الموظف (ب.ع)، في منصب عمله بعد أدائه للخدمة الوطنية، على أساس وجود انحراف بالسلطة من طرف وزير التعليم العالي. وهذا ما يظهر في هذا القرار من رفض إعادة إدماجه، الذي هو بعيدا عن المصلحة العامة، مخالفا في ذلك المرسوم رقم 85-59، خاصة المادة 116 منه، التي تلزم الإدارة بإعادة إدماج الموظف في رتبته الأصلية، عند انقضاء فترة الخدمة الوطنية، ولو كان زائدا عن العدد.

وقد أكد مجلس الدولة في قراره المؤرخ في 22 ماي 2000⁷، الذي أيد القرار المستأنف، الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر في 03 جوان 1997 بإلزام المدعى عليه بإعادة إدماج المدعي في منصب عمله الأصلي كسائق للسيارات، مع دفع كامل حقوقه في التعويض. أما الراتب الذي يتقاضاه الموظف، فلا يكون إلا مقابل الخدمة الفعلية فقط. وهذا ما تم تكريسه من طرف مجلس الدولة في قراره بتاريخ 22 ماي 2000⁸.

كما أكد مجلس الدولة الجزائري هذا الموقف أيضا، في قراره بتاريخ 14/02/2000⁹، في قضية بوحالة نبيل ضد بلدية الجمعة بني حبيبي. وتتلخص وقائعها في أنه بتاريخ 1997/06/04، قام المدعي بوحالة نبيل بواسطة محامية برفع

¹C.E., 28 février 1996, Mme Cartier c/Maison de retraite Emmanuel Bardot, rec., n°152151.

² C.E., 29 décembre 1995, Karadine, R.F.D.A., 1996. Rec., p.164.

³C.E., 22 septembre 1993, Mlle Dimitru c/Ministre de l'éducation nationale. Cité par Jacques BAZIN, op, cit., p.177.

⁴C.E., 16 octobre 1959, Guille, Rec., p.516 ; C.E., 10 janvier 1969, Jarry, Rec., p.872

⁵C.E., 7 janvier 1953, Cullie, Rec., T.685. Cité par Jacques BAZIN, op, cit., p.176.

⁶الغرفة الإدارية، المحكمة العليا، قرار رقم 62279، مؤرخ في 15 ديسمبر 1991، قضية (ب.ع) ضد (وزير التعليم العالي والبحث العلمي)، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 1993، ص.138-141.

⁷ مجلس الدولة، الغرفة الأولى قرار رقم الفهرس (737)، مؤرخ في 22 ماي 2000، قضية (ياهوني كمال) ضد (الوكالة الوطنية للآثار وحماية المعالم التاريخية)، (قرار غير منشور). أشار إليه : حسين بن الشيخ آت ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، "وسائل المشروعية"، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص.486-487.

⁸ مجلس الدولة، الغرفة الرابعة قرار رقم الفهرس (328)، مؤرخ في 22 ماي 2000، قضية (معنان الطاهر) ضد (رئيس بلدية باتنة)، (قرار غير منشور). أشار إليه : حسين بن الشيخ آت ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثالث، دار هومة، الجزائر، 2007، ص.347.

الجدير بالتأكيد أن الموظف لا يستحق الراتب إلا إذا أدى الخدمة الفعلية، وهذا ما نصت عليه المادة 32 من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، السنة 2006، العدد (46)، بقولها : " للموظف الحق، بعد أداء الخدمة، في راتب".

⁹ مجلس الدولة، قرار رقم 197882 مؤرخ في 14/02/2000، رقم الفهرس 152، (قرار غير منشور). أشار إليه إلياس بن سليم، الفصل التأديبي للموظف العام في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2001-2002، ص.113.

دعوى أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء جيجل، ضد بلدية الجمعة بني حبيي، ولاية جيجل، يلتبس فيها إلغاء القرار 96/98 الصادر في 1998/05/20 عن المدعي عليها. و ذكر المدعي أنه يعمل لدى المدعي عليها، منذ 1990/09/24، ومصنف في سلك ملحقي الإدارة، وأنه أحيل على الاستيداع بناء على طلبه لمدة سنة كاملة ابتداء من 1995/05/15 إلى غاية 1996/05/14. فتقدم بطلب إعادة إدماجه في منصب عمله في 1996/04/30، غير أن المدعى عليها ردت عليه بأنه كان قد تم توقيفه بموجب القرار موضوع النزاع.

والجدير بالملاحظة أن هذا القرار تضمن إلغاء القرار المعاد الصادر في 1994/10/04 عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء جيجل، وتصدى من جديد القضاء بإبطال القرار موضوع الخصومة الصادر في 1996/05/20 رقم 96/98، عن المستأنف عليها مع الأمر بإدماج المستأنف في منصب عمله، وبتحمل المستأنف عليها المصاريف القضائية. والجدير بالإشارة أن إعادة إدماج الموظف لا تكون ملزمة في حالتين:

الحالة الأولى إذا كانت العقوبة التأديبية قد تم إلغاؤها لسبب خارجي عن شرعية العقوبة¹، أو بسبب خطأ في تقدير الخطأ المرتكب من طرف الموظف².

الحالة الثانية إذا كان الموظف الذي تم تسريحه قد شاف سن الإحالة إلى التقاعد³، أو إذا كان الأمر يتعلق بالموظف المتعاقد الذي انتهت فترة عقده مع الإدارة⁴.

وعلى الرغم من حق إعادة إدماج الموظف إلى منصب وظيفته، إلا أن إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل إلغاء القرار كقرارات الفصل، أو التسريح من الوظيفة، تثير العديد من الإشكالات، والتي أهمها كيفية إعادة الموظف المفصول إلى وظيفته. وهذا ما سنتطرق إليه من خلال التعرض إلى حالة وجود منصب مماثل (أولا)، ثم حالة شغل الوظيفة الوحيدة (ثانيا)، وأخيرا حالة إلغاء الوظيفة الوحيدة (ثالثا).

أولا : حالة وجود منصب مماثل :

ففي هذه الحالة لا تثار أية مشكلة، في حالة بقاء المنصب الذي كان يشغله الموظف سابقا. فبمقتضى حكم الإلغاء يتوجب أن يعود الموظف إلى منصب وظيفته التي كان يشغلها قبل قرار الفصل. كما أنه لا توجد صعوبة في حالة تعيين خلف في الوظيفة التي كان يشغلها الموظف المفصول، طالما كان بإمكان الإدارة إعادة إدماج الموظف في وظيفة مماثلة لتلك الوظيفة. وبناء على ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي لا يلزم الإدارة بأن تعيد الموظف المفصول إلى نفس الوظيفة السابقة، إذ يكفي للموظف أن يطلب إدماجه في نفس الدرجة، وفي نوع الوظيفة التي كان يشغلها سابقا⁵.

وقد تبنى مجلس الدولة هذا الاتجاه، على أساس أن الموظف المفصول قد لا يصلح لوظيفته السابقة. فمصلحة المرفق العام قد تفرض على الإدارة إسناد وظيفة أخرى للموظف الذي أعيد إدماجه في وظيفته، بشرط أن تكون مماثلة لنفس الوظيفة التي كان يشغلها سابقا⁶.

¹C.E., 21 avril 1967, Département de la Mayenne, Rec., p.173.

²C.E., 20 mai 1955, Sagols, Rec., p.274.

³C.E., 29 février 1956, DlleGouy, Rec., p.95.

⁴C.E., 13 février 1959, Dlle Fernaud, Rec., p.112 ; C.E., 6 juin 1986, Mme Lesne, Rec., p.598 ; C.E., 15 mars 2000, Allais, n° 189042.

⁵C.E., 16 octobre 1995, Guille, Rec., p.516.

⁶C.E., 10 janvier 1969, Jarry, Rec., p.872.

على أن إعادة الموظف إلى وظيفة مماثلة لنفس الوظيفة التي كان يشغلها سابقا لا يعني حلها من كل قيد، بل تكون خاضعة لرقابة القضاء الإداري الذي يتأكد من عناصر المطابقة بين الوظائف، من خلال عدد الساعات، والعطل، ودرجة المسؤولية بينهما¹.

والجدير بالإشارة إلى أنه يجب أن تتوافر في الموظف الذي أعيد إدماجه شروط شغل الوظيفة، بحيث لا يكون قد فقد تلك الشروط، كفقده القدرة الصحية، أو لتجاوزه السن المقرر لتلك الوظيفة، أو غير ذلك من الشروط المعتبرة قانونا. إذ أن بلوغ سن التقاعد يمنع الموظف من العودة إلى وظيفته².

ثانيا: حالة شغل الوظيفة الوحيدة:

إن قيام الإدارة بشغل الوظيفة التي كان يشغلها الموظف المفصول بموظف آخر دون أن يكون لتلك الوظيفة ما يماثلها من الوظائف، هي من الصعوبات التي قد تثار في هذا الصدد في حالة تنفيذ الحكم الصادر بإلغاء قرار الفصل. و من ثم فقد استقر القضاء³ على وجوب إعادة إدماج الموظف، إلى ذات الوظيفة التي كان يشغلها سابقا، مع سحب قرار تعيين من خلف الموظف المفصول، طالما كانت تلك الوظيفة هي الوحيدة، وليس ثمة وظائف أخرى مماثلة لها. وهذا هو الحال بالنسبة لإعادة إدماج أمين عام لبلدية، مع سحب قرار تعيين خلفه الذي بقي في هذا المنصب مدة أربع سنوات⁴. كما أن الموظف يعاد إدماجه في منصب الموظف الذي كان يخلفه، إذا قامت جهة الإدارة بسحب قرار تعيينه نظرا لعدم شرعيته في هذا المنصب⁵.

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن حكمه السابق المتضمن إلغاء قرار عزل المحكوم له من وظيفته، كمدير عام لمسرح (la Comédie-Française)، ينطوي على التزام الإدارة بإعادة إدماجه إلى هذه الوظيفة، باعتبارها الوظيفة الوحيدة، وبالتالي يعتبر كأن لم يتوقف عن شغلها⁶.

وبناء على ذلك يتبين صعوبة التوفيق بين آثار حكم الإلغاء، وبين احترام الحقوق المكتسبة للموظف الذي قام بشغل وظيفة الموظف المفصول، على اعتبار أن الإدارة تكون ملزمة بسحب قرار تعيينه في تلك الوظيفة، احتراماً لحجية الحكم القضائي. هذا من جهة. ومن جهة أخرى، قد يثور الإشكال فيما إذا كانت شروط سحب القرار التأديبي، لا تنطبق على هذا الموظف بسبب تحصن القرار، كأن تكون مدة ميعاد السحب قد انقضت.

والحقيقة أن مثل هذه الحالات، قد تضع الإدارة في مأزق، وبالتالي لا ضير في هذه الحالة بالتضحية بالعديد من المبادئ التي تحكم عملية السحب، إذ يقع لزما على الإدارة أن تقوم بعملية سحب القرار الإداري، ولو لم يستوف الشروط، نزولا عند حجية الحكم القضائي.

وفي هذا الصدد، يؤكد مجلس الدولة الفرنسي، على مسؤولية الجهات الإدارية في السهر على تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة بالإلغاء، وإلا أخلت بذلك بحجية الأمر المقضي. ومن ثم يتوجب عليها القيام بإخلاء المركز

¹C.E., 31 mai 1995, Rodriguez, Rec., p.223.

²C.E., 14 février 1997, Colonna, R.D.P., 1997, 1, p.149.

³C.E., 20 janvier 1939, Hollender, Rec., p.20.

⁴C.A.A., Lyon, 29 novembre 1999, Darbeau, req n° 9900726.

⁵C.E., 6 février 1948, Dlle Mollet, et Salvan, Cité par Frédéric LAURIE, La faute disciplinaire dans la fonction publique, op.cit., p.764.

⁶C.E., 1 décembre 1961, Breart de Boisanger, Rec., p.676.

الوظيفي من خلال سحب قرار تعيين الموظف الجديد، واعتبار أن المنصب لازال شاغرا¹، وأن يكون الإدماج ذلك في وقت معقول².

كما أنه يمكنها نقله إلى مركز وظيفي آخر، خاصة إذا كان المنصب ذو طابع خاص³.
على أن الموظف المفصول يستفيد من هذا الحق، إذا لم يرقم المستخلف بالطعن في المواعيد المحددة للطعن القضائي⁴.
إضافة إلى ما سبق بيانه، فإن هناك أربع حالات يتعين فيها إدماج الموظف المفصول في وظيفته. حالة ما إذا بقي المنصب شاغرا بدون شاغل⁵، وحالة ما إذا كان المنصب متعذر إلغائه⁶، وكذا حالة ما إذا قامت جهة الإدارة بالنقل الإجمالي للموظف⁷، وأخيرا حالة ما إذا تعلق الأمر بالوظيفة الوحيدة⁸.

وعلى كل فمن الواجب على الإدارة التريث وعدم التسرع في تعيين موظف آخر مكان الموظف المفصول، إلى غاية أن تتضح الأمور من جميع جوانبها، وأن تلجأ إلى شغلها عن طريق النيابة، حتى يفصل القضاء في الدعوى بحكم نهائي. وبالتالي يتبين مصير الوظيفة ما إذا كان يمكن شغلها من طرف موظف آخر أم لا. وهذه الإشكالات قد نلجأ فيها في الكثير من الحالات التي لم يفصل فيها القضاء، خاصة عندما تطول الإجراءات، مما قد يوقع الإدارة في مأزق مع مصير الموظف المفصول في حالة إلغاء قرار الفصل. و عليه فإننا نرى لزاما على الإدارة أن تقوم بإيجاد وظيفة للموظف الذي عين في الوظيفة الشاغرة ماثلة لها، أو أن تجعل الموظف الجديد فوق تعداد المناصب المالية إلى حين تسوية وضعيته لاحقا، احتراماً من جهة لحجية الحكم القضائي، وحفاظاً على الحق المكتسب للموظف الجديد الذي عين بحسن نية.

ثالثا : حالة إلغاء الوظيفة الوحيدة :

يثور التساؤل هنا عن الحالة التي يتم فيها إلغاء الوظيفة التي كان يشغلها الموظف المفصول، ولا توجد وظيفة ماثلة لها. فهل يجوز للإدارة أن تتجاهل الحكم القضائي بحجة عدم وجود وظيفة يمكن للموظف أن يشغلها، أو أن تقوم بنقل الموظف إلى وظيفة أقل درجة من الوظيفة السابقة.

تطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن قرار إلغاء الوظيفة الصادر من طرف الإدارة بقصد التهرب من شغلها، بعد إلغاء قرار فصله، لا يعفي جهة الإدارة من تنفيذ حكم القاضي بالإلغاء. وبالتالي يجب عليها اتخاذ ما يلزم لإعادة الموظف المفصول إلى وظيفته، وأن قرارها الذي قامت بتبليغه للموظف بعدم إعادة إدماجه إلى وظيفته، يعتبر مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة⁹.

¹C.E., 28 juin 1946, Terracher, Rec., p.185.

²C.E., 15 juillet 1955, Renteux, Rec., p.446 ; C.E., 23 mai 1969, Gout, Rec., p.269 ; C.E., 6 janvier 1922, Nepoty, Rec., p.18 ; T.A., de Toulouse, 12 mai 1998, Mme Rachel Tricas c/Commune de Cuguron, A.J.F.P., janv.-fév. 1999, p.37.

³ C.E., 3 avril 1998, Ministre de l'Education nationale c/M. Brunet. Cité par Anne Jourda-DARDAUD, op, cit., p.95. Voir aussi : C.E., 27 mai 1949, Veron-Réville, G.A.J.A., p.415.

⁴ C.E., 26 mai 1950, Dirat, Rec., p.322.

⁵C.E., 10 novembre 1967, Ministre de l'éducation nationale c/ Rabdeau, Rec., p.424 ; C.E., 3 janvier 1958, Dejeau, Rec., p.3.

⁶C.E., 26 octobre 1960, Corvisy, Rec., p. 1044.

⁷C.E., 15 novembre 1950, Tricot, Rec., p.554 ; C.E., 22 décembre 1958, Jouval, Rec., p. 938.

⁸C.E., 14 février 1996, M. Sibille, n° 152711.

⁹C.E., 29 juillet 1994, M. Stradella et autre, J.C.A., 1995, p.2.

وعليه فإن جهة الإدارة ملزمة بإعادة الوظيفة التي قامت بإلغائها لتمكين الموظف السابق من شغلها، وعدم التذرع بعدم استطاعة إعادة إدماجهم في تلك الوظائف، أو عدم وجود ما يماثل تلك الوظيفة، بقصد قيامها من التخلص من بعض الموظفين، والنيل منهم عن طريق إلغاء وظائفهم. كما أن جهة الإدارة قد تكون ملزمة في غالب الأحيان بإلغاء الوظيفة الشاغرة، بغرض التمكن من المصادقة على مخطتها لتسيير الموارد البشرية، إذا فرضت عليها مصالح مفتشية الوظيفة العمومية ذلك، وإلا تطلب الأمر الحصول على رخصة من المفتشية العامة للوظيفة العمومية، وما ينجم عنه من تأخر في المصادقة على المخطط. وبالتالي قد تفوت الفرصة على الكثير من الموظفين للترقية بالاقتدار، أو حتى قد يتجاوزها الأجل المحدد لإجراء المسابقات، أو الامتحانات في مواعيدها المحددة. وعليه فإنه من المؤكد ضرورة التنسيق المباشر بين الإدارة، ومصالح مفتشية الوظيفة العمومية، بغرض إيجاد الحلول المناسبة للوظيفة الشاغرة للموظف المفصول، في حال عودته إلى منصبه، ولو كان ذلك فوق تعداد المناصب الفعلية للموظفين، ريثما تتم تسوية وضعيته ضمن المناصب المالية اللاحقة.

كما يجدر التذكير بأن إلغاء الوظيفة بالنسبة للإطارات العليا، أي الشاغلين للمناصب العليا في الإدارة، لا يمكن بأي حال أن يؤدي ذلك إلى إلغاء مناصبهم الأصلية. فشغل المناصب العليا هو من اختصاص السلطة الإدارية التي تدخل ضمن سلطتها التقديرية. في حين أن الرتبة هي ملك للموظف. وبالتالي فإن عودة الموظف المفصول إلى وظيفته، يرتب ذلك عودته إلى رتبته الأصلية، بغض النظر عن المنصب النوعي الذي كان يشغله سابقا، إذ يبقى الأمر من صلاحيات السلطة الإدارية. كما أن إعادة إدماج الموظف في رتبته الأصلية، لا يترتب عليه بالضرورة إدماجه في المنصب النوعي الذي كان يشغله سابقا¹.

وإذا كان للموظف حقا في إعادة إدماجه، إلا أن التساؤل الذي قد يطرح في هذا الصدد، هو هل يجوز للقضاء إلزام الإدارة بإعادة إدماجه في حال تماطلها عن تنفيذ الحكم القضائي؟.

مبدئيا استقر قضاء الغرفة الإدارية بالحكمة العليا ومجلس الدولة حاليا على عدم جواز إصدار القاضي الإداري أوامر للإدارة، بحيث كان يقتصر عمل القاضي على إبطال القرار. وبذلك قضت الغرفة الإدارية بالحكمة العليا في قرارها بتاريخ 15 ديسمبر 1991²، بإبطال قرار رفض إعادة إدماج المدعي مع كل ما يترتب عن ذلك من نتائج قانونية دون الأمر بإلزام الإدارة بإعادة إدماجه في منصب عمله، إذ نجدها تصرح في أسباب قرارها على أنه: "حيث أن للإدارة في هذه الحالة اختصاص مقيد، بمعنى أنه عندما يكون الموظف قد استوفى الشروط المنصوص عليها في القانون... تكون الإدارة ملزمة بإعادة إدماجه، دون أن تخول لها أية سلطة تقديرية بالنسبة لإمكانية إعادة إدماجه...".

فالملاحظ أن القاضي الإداري وإن كان يعترف في هذا القرار بعدم مشروعية القرار، إلا أنه لم يصدر أمرا للإدارة بإعادة إدماج الموظف في منصب عمله، وهذا اعتراف ضمني بعدم جواز إصدار أوامر للإدارة.

وإذا كان هذا هو المبدأ المقرر في القضاء، إلا أن هناك بعض الاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ، ويتعلق الأمر حينما تقضي بعض النصوص التشريعية على إلزام الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وعلى القاضي الإداري إلزام الإدارة إذا أحجمت عن القيام أو الامتناع للحكم القضائي³.

¹Frédéric LAURIE, La faute disciplinaire dans la fonction publique, op.cit., p.764.

²الغرفة الإدارية، المحكمة العليا، قرار رقم 62279، مؤرخ في 15 ديسمبر 1991، قضية (ب.ع) ضد (وزير التعليم العالي والبحث العلمي)، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 1993، ص.141-138.

³أنظر : حسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، وسائل المشروعية، المرجع السابق، 2007، ص.476 وما بعدها.

وبالرجوع إلى أحكام الأمر 06-03 سالف الذكر نجد أن المادة 173 منه تلزم الإدارة بإعادة إدماج الموظف الموقوف عن وظيفته، إذا اتخذت في حقه عقوبة أقل من عقوبات الدرجة الرابعة، أو إذا تمت تبرئته من الأعمال المنسوبة إليه أو إذا لم تبت اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء في الآجال المحددة، مع إلزامها بإعادة كافة حقوقه مع الأجزاء التي تم خصمها من راتبه.

كما أن الموظف المتابع جزائيا والذي تم توقيفه من طرف الإدارة، يجب تسوية وضعيته إذا صدر لصالحه قرار قضائي بالبراءة. فإحجام جهة الإدارة عن إرجاعه إلى منصب عمله، يسمح للقاضي الإداري وبعد رفع القضية إليه، بأمر جهة الإدارة بذلك طبقا للمادة 174 الفقرة الرابعة منه والتي تنص على أنه: "...وفي كل الأحوال، لا تسوى وضعيته الإدارية إلا بعد أن يصبح الحكم المترتب على المتابعات الجزائية نهائيا".

وتبعاً لذلك، قضى مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 09 أكتوبر 2000، بعدم قبول الاستئناف شكلاً وبالتالي تأييد القرار الصادر عن مجلس قضاء المدية (الغرفة الإدارية)، والقاضي بتاريخ 20 يناير 1998 بإلزام مديرية التربية بإعادة إدماج المدعي في منصب عمله الأصلي مع أداء رواتبه الشهرية¹.

وفي قرار آخر، قضى مجلس الدولة بتاريخ 06 نوفمبر 2000² بإلغاء القرار المستأنف وفصلاً من جديد التصريح بإلزام المستأنف عليها بإعادة المستأنفة إلى منصب عملها الأصلي بإكتمالية بوقيرات، مسبباً قراره بما يلي: "...حيث أنه ما دامت لجنة الطعن الولائية بعد النظر في طعنها، أرجعتها إلى منصب عملها، ولم يثبت أي خطأ تأديبي ضدها، فإنه لا يمكن نقلها إلى إكتمالية أخرى، لاسيما وأن النقل إجراء يدخل ضمن العقوبات التأديبية، وبما أن لجنة الطعن قد برأتها، فالتصرف الذي قامت به المستأنفة يعد تجاوزاً للسلطة، ولا بد للمستأنفة أن ترجع إلى منصب عملها الأصلي بإكتمالية بوقيرات حسب قرار اللجنة".

فالملاحظ في هذا الصدد هو أن مجلس الدولة ألزم جهة الإدارة بإعادة إدماج المعنية بالأمر إلى منصب عملها، بناء على قرار لجنة التأديب، مما يؤكد لنا أن القضاء قد يلجأ في بعض الحالات إلى توجيه أمراً للإدارة لتنفيذ الأحكام القضائية.

وإذا كان للقاضي الإدارة سلطة توجيه أوامر للإدارة بغرض إلزامها بتنفيذ القرارات القضائية، فإن التساؤل الذي قد يثار في هذا الصدد، هو هل يمكنه فرض غرامات تهديدية في مواجهة جهة الإدارة عند تماطلها في تنفيذ الأحكام القضائية المتضمنة إعادة إدماج الموظفين، أو حتى في حالة رفض منحهم تعويضات عن ذلك؟.

ففي فرنسا اتجه المشرع الفرنسي إلى إلزام الإدارة بغرامة تهديدية عند امتناعها عن تنفيذ الحكم القضائي، وبالتالي فهي عقوبة مالية تفرض على الإدارة عن كل يوم تأخير في تنفيذ الحكم من أجل حملها على التنفيذ³. فقد صدر القانون رقم 539 لسنة 1980 والذي نص في المادة الثانية منه على أن لمجلس الدولة أن يأمر بغرامة تهديدية على الأشخاص الاعتبارية العامة عن كل تأخير في تنفيذ حكم قضائي⁴.

¹ مجلس الدولة، الغرفة الأولى، رقم الفهرس (737)، مؤرخ في 9 أكتوبر 2000، قضية (زحاف اعمر) ضد (مديرية التربية لولاية مدية)، (قرار غير منشور). أشار إليه : حسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.487.

² مجلس الدولة، قرار مؤرخ في 06-11-2000، الغرفة الأولى، فهرس رقم 747، قضية (دحامي ليندة)، ضد (مديرية التربية والتعليم بمستغانم)، قرار أورده حسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.488.

³ أنظر : سعد نواف العنزي، المرجع السابق، ص.516.

⁴ Jean-François LACHAUME, La Fonction publique, DALLOZ, 1998, p.99.

وتطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بالحكم بغرامة تهديدية على الإدارة بسبب امتناعها عن تنفيذ حكم صادر بإعادة إدماج الموظف، الذي ألغي قرار فصله من وظيفته¹.

والجدير بالذكر، أن مجرد امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم، لا يعدد سببا وحيدا للحكم عليها بالغرامة التهديدية، بل قد يمتد أيضا إلى حالة التنفيذ الناقص للحكم القضائي الإداري. وعلى ضوء ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بغرامة تهديدية تقدر بـ300 فرنك يوميا لحمل جهة الإدارة على التنفيذ الكامل للحكم ودون الاقتصار على جزء منه. فقد قام مجلس الدولة بإلغاء قرار فصل موظفة في إحدى المستشفيات، مع الحكم بتعويضها ابتداء من تاريخ صدور قرار الفصل إلى غاية إعادة إدماجها في وظيفتها، وهو ما قامت به الإدارة، إلا أن هذه الأخيرة قدرت لها تعويضا عن فترة غير تلك التي قررها الحكم².

كما أكد مجلس الدولة في قرار آخر على أن إعادة إدماج الموظف دون تسوية وضعيته بأثر رجعي منذ صدور قرار الفصل، فإن الإدارة تكون قد نفذت الحكم تنفيذا ناقصا مما يستوجب الحكم عليها بغرامة تهديدية³.

إذا كان هذا هو الحال في فرنسا، فإن الوضع مختلف في القضاء الجزائري، إذ أن قرارات الغرفة الإدارية سابقا وكذا قرارات مجلس الدولة حاليا، منعت القاضي الإداري من النطق بالغرامات التهديدية في المجال التأديبي ضد الإدارة. ففي قرار لمجلس الدولة الجزائري بتاريخ 08 أفريل 2003⁴، قضى بأنه لا يجوز للقاضي الإداري الحكم بالغرامة التهديدية بسبب انعدام النص القانوني الصريح، إذ جاء ضمن حثياته ما يلي: "...حيث أنه وفي الأخير، وبما أن الغرامة التهديدية التزام ينطق به القاضي كعقوبة، فإنه ينبغي أن يطبق عليها مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات وبالتالي يجب سنّها بقانون.

حيث أنه لا يجوز للقاضي في المسائل الإدارية النطق بالغرامة التهديدية ما دام لا يوجد أي قانون يرخص صراحة بها. وأن القرار المستأنف بإرفاقه قرار الطرد بغرامة تهديدية قد تجاهل هذا المبدأ، مما يستوجب بالنتيجة قبول طلب وقف التنفيذ".

على أن مجلس الدولة وصف الغرامة التهديدية على أساس أنها عقوبة، وبالتالي يجب أن تخضع لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

غير أنه بالرجوع إلى أحكام القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 نجده يميز للجهات القضائية الإدارية أن تأمر باتخاذ تدابير تنفيذ معينة في نفس الحكم القضائي، مع تحديد أجل للتنفيذ⁵.

كما يمكنها أن تأمر بغرامة تهديدية مع تحديد تاريخ سريان مفعولها⁶. ففي حالة عدم تنفيذ أمر أو حكم أو قرار قضائي، ولم تحدد تدابير التنفيذ، تقوم الجهة القضائية المطلوب منها ذلك، بتحديددها، ويجوز لها تحديد أجل للتنفيذ والأمر بالغرامة التهديدية⁷.

¹C.E., 29 juillet 1994, M.. Stradella et autre J.C.A., 1995, p.2 ; C.E., 15 avril 1988, M.B., Rec., p.10

²C.E., 4 novembre 1996, M. Kerbach, Rec., p.436.

³C.E., 15 décembre 1993, M. Bastien, Rec., p.972.

⁴مجلس الدولة، قرار رقم 014989 مؤرخ في 8 أفريل 2003، قضية (ك.م)، ضد (وزارة التربية الوطنية)، مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، السنة 2003، ص.177 وما بعدها.

⁵أنظر المادة 978 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، السنة 2008.

⁶أنظر المادة 980 من القانون رقم 08-09 سابق الإشارة إليه.

⁷المادة 981 من القانون رقم 08-09 سابق الإشارة إليه. لمزيد من التفاصيل فيما يتعلق بالأوامر التي يصدرها القاضي للإدارة، و الغرامة التهديدية أنظر المواد : 979-982-983-984-985-986-987 من القانون رقم 08-09 سابق الإشارة إليه.

ومن ثم يبدو بأن التكييف الذي ذهب إليه مجلس الدولة في قراره بتاريخ 08 أفريل 2003 هو في غير محله. ذلك أن الغرامة التهديدية ما هي إلا وسيلة إكراه جهة الإدارة على تنفيذ أحكام القضاء ولو في غياب نص قانوني يكرسها. فلو تركنا مطلق الحرية للإدارة للتصرف لتحللت من الكثير من إلزاماتها، خاصة عندما ترى ذلك الموظف المضطهد من طرفها يرجع وبجوزته حكما قضائيا، فإنها تستنكف عن الرضوخ للأمر الواقع و تزيد في الوضع تعقيدا عوضا من الاستسلام للقضاء بالتنفيذ المباشر.

الفرع الثاني : تسوية وضعية الموظف المهنية : La reconstitution de la carrière :

تعتبر تسوية وضعية الموظف المهنية من المبادئ التي نص عليها قضاء مجلس الدولة الفرنسي في قراره الشهير بتاريخ 26 ديسمبر 1925 بخصوص قضية Rodière¹. ففي هذه القضية ألزم مجلس الدولة الفرنسي جهة الإدارة تسوية وضعية موظف تم شطبه من جدول الترقية، وذلك بأثر رجعي².

ومن الأحكام التي أكدت هذا المبدأ في القضاء الجزائري، قرار المحكمة العليا بتاريخ 1 أفريل 1978³. على أنه لا يقتصر إلغاء قرار العزل على مجرد إعادة المركز الوظيفي السابق، وإنما يترتب على ذلك حق الموظف في استرجاع المزايا الوظيفية، خاصة الترقية في الدرجات، من تاريخ توقيع العقوبة⁴. إضافة إلى كل ما يتمتع به من حقوق واعتبار أن قرار الإلغاء لم يصدر إطلاقا⁵.

و على هذا الأساس، لم يكتف القضاء الإداري بمجرد إزالة آثار القرار الملغى بخصوص الموظفين، وهو ما اصطلح عليه بالرجعية الهادمة، وإنما قرر ضرورة القيام بإجراء آخر يتمثل في إعادة بناء المركز الوظيفي لمن مسه القرار. وهذا ما اصطلح عليه بالرجعية البناءة لحكم الإلغاء، واعتباره كأن لم يصدر إطلاقا⁶.

وفي هذا الصدد، فإن فكرة الرجعية البناءة تضيف مزيدا من الفاعلية على أحكام الإلغاء الصادرة في شأن الموظفين العموميين، وتكفل لهم حماية حقوقهم على أكمل وجه. كما أنها تستجيب لمقتضيات العدالة والمساواة. إذ ليس من العدل أن يحرم الموظف الذي تعرض لقرار إداري غير مشروع، أن يقف عقبة للاستفادة من المزايا والحقوق التي كان لا بد وأن ينالها لولا صدور هذا القرار، وأن يجمد وضعه بغير سند قانوني، ابتداء من تاريخ صدور قرار الفصل إلى غاية إلغاء هذا القرار، وأن يقتصر حقه على مجرد العودة إلى منصب وظيفته، مما يجعله يتخلف دون وجه حق عن زملائه، ممن هم أحدث منه خدمة وأقل كفاية، وحرمانه من حقوقه المشروعة التي قررها القانون⁷.

¹C.E., 26 décembre 1925, Rodière, Rec., p.1065 ; R.D.P., 1926, p.32, concl. Cahen-Salvador ; S.1925, 3, 49, note Hauriou ; 25 octobre 1963, Dlle Corbière, R.D.P., 1964, p.677, note Waline ; 17 mars 1976 Piquet, R.D.P., 1976, p.1354. Cité par André de LAUBADERE Yves GAUDEMET, op, cit., p.214.

جاء ضمن حيثيات هذا القرار م ايلي :

« Il appartient à l'administration de procéder à un examen d'ensemble de la situation du personnel touché [...] et de prononcer [...] tous reclassements utiles pour reconstituer la carrière du fonctionnaire dans les conditions où elle peut être réputée avoir dû normalement se poursuivre si aucune irrégularité n'avait été commise ».

²Frédéric LAURIE, La faute disciplinaire dans la fonction publique, op,cit., p.760.

³C.S., 1 avril 1987, Zendagui Mohamed Tahar, contre DGSN, R.A.J.A., p.150.

⁴C.S., 24 juin 1966, Mekideche Ferhat, contre Ministre des finances, R.A.J.A., p.164. Voir aussi : C.E., 11 juillet 1958, Fontaine, Rec., p.433.

⁵C.E., 4 février 1955, Marcotte, Cité par Anne Jourda-DARDAUD, op, cit., p.97.

⁶أنظر: عبد المنعم عبد العظيم حيرة، آثار حكم الإلغاء، رسالة دكتوراه، حقوق، القاهرة، 1971، ص.501.

⁷عبد المنعم عبد العظيم حيرة، المرجع السابق، ص.501.

وعلى هذا الأساس يقع لزما على جهة الإدارة ضمان للموظف الموضوع تحت تصرفها كافة حظوظه في الترقيات التي كان من المفروض أن يستفيد منها، وذلك من خلال تيسير كل الوسائل، مقارنة مع زملائه في نفس الدرجة¹. على أنه يرجع إلى جهة الإدارة سلطة تقدير ما إذا كان الموظف المفصول حاضرا لإجراء ترقية داخلية، أو مسابقة، و تقييم نسبة نجاحه لو لم يتم إبعاده عن وظيفته². وبالتالي تعود للموظف كافة حقوقه بأثر رجعي، سواء تعلق الأمر بالأقدمية، أو الترقية في الدرجات، أو حتى العلاوات³. فمن حق الموظف أن يطالب بتسوية وضعيته الإدارية، التي كان سيستفيد منها، لولا توقيع العقوبة التأديبية عليه، خاصة إذا كان الأمر يتعلق بالترقية في الرتبة. أما الترقية بالاختيار، فإن القضاء الفرنسي يذهب إلى وجوب ترقية الموظف المفصول بالاختيار خلال مدة الفصل، إذا كان سيستفيد من هذه الترقية، لو لم يفصل عن وظيفته، وذلك على ضوء ترقية زملائه الذين يتنافسون معه في الدرجة والأقدمية⁴. وبالتالي يتوجب على جهة الإدارة تقييم نسبة نجاحه في هذه الترقية، لو لم يفصل عن الوظيفة⁵.

والجدير بالإشارة، إلى أن الموظف إذا كان يتوقع عدم كفاية حصوله على مجموع حقوقه والتي من جملتها فرصة حصوله على الترقية الكافية على أساس الاختيار، ففي هذه الحالة فإن تسوية وضعيته تستلزم إجراء اختبار لمجموع الموظفين المتنافسين معه على هذه الترقية⁶.

إلا أن قيام جهة الإدارة بهذا الإجراء المتمثل في ضرورة إجراء مسابقة لجميع الموظفين، مقيد بضرورة احترام حجية الحكم القضائي، وكذا الحقوق المكتسبة من طرف الغير⁷. ومن ثم فإن جهة الإدارة تكون ملزمة بضمان للغير الذين لحقهم ضرر من هذا الإجراء تعويضا مناسبا⁸.

على أنه إذا كان الموظف الذي تعرض للتسريح غير المشروع في وضعية متربص، فإن تسوية وضعيته تفرض على الإدارة أن ترسمه في رتبته التي عين فيها⁹.

أما إذا كان الموظف في وضعية انتداب، فإن تسوية وضعيته تكون بانتهاء المدة التي كان من المفروض أن تنتهي بمغادرته المصلحة لو لم يتعرض لقرار التسريح¹⁰.

وغني عن البيان، إلى أن القضاء الإداري قد يطلب من جهة الإدارة إعادة تسوية ملف الموظف الذي كان محل تسريح غير مشروع¹¹. كما أنه يتوجب على جهة الإدارة حساب سنوات الخبرة التي لم يعوض عنها الموظف، وذلك لغرض أخذها في الحسبان عند حساب سنوات الإحالة إلى التقاعد¹².

¹Frédéric LAURIE, op, cit., p.761.

²C.E., 13 juillet 1956, Barbier, Rec., p.338.

³C.E., 31 mai 1957, Balpêtré, Rec., p.362.

⁴C.E., 18 octobre 1961, Marc, R.D.P., 1962, p.175 ; C.E., 13 février 1959, Fernaud, Rec., p.112.

⁵C.E., 10 juillet 1970, Bastard, Rec., p.494 ; C.E., 14 mars 1980, Ministre de l'intérieur c/M. Lebedel, n° 8417.

⁶C.E., 26 janvier 1934, Glon, Rec., p.134 ; C.E., 4 février 1955, Marcotte, Rec., p.70.

⁷C.E., 3 décembre 1954, Caussidéry, Rec., p.640.

⁸C.E., 29 juillet 1932, Association des fonctionnaires de la Marine, Rec., p.825.

⁹C.E., 12 juin 1998, M. Robert, n° 157776.

¹⁰C.A.A., 18 septembre 2000, Lyon, Darbeau, R.F.D.A., 2001, p.757.

¹¹T.A., de Pau., 6 janvier 1998, M. A., A.J.F.P., mai-juin 1998, p.44.

¹²C.E., 6 juin 1952, Sieur Pourcher, Rec., p.297 ; C.E., 8 novembre 1957, Veuve Champion, Rec., p.590 ; C.E., 20 mai 1960, Hennequin, Rec., p.350 ; C.E., 9 novembre 1994, Mme Bensimon, Rec., p.1020.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن قانون الإجراءات المدنية الإدارية رقم 08-09 سالف الذكر، كفل للموظف حق المطالبة أمام القاضي الإداري، بتوقيع غرامة تهديدية، ضد الإدارة التي تمتنع عن تنفيذ حكم قضائي إداري نهائي، مع تحديد قيمتها، وتاريخ سريانها. ويبدأ بعد انقضاء أجل ثلاثة أشهر، ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار¹. وعن مراجعة المسار المهني للموظف، فإن الإدارة مطالبة بتطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية سارية المفعول، بالتاريخ الذي يفترض بدأ سريان مفعول التدابير المتخذة، بعد استنفاد الإجراءات المحددة. ومن ثم إذا كان رأي اللجنة ضروريا- لجنة الترقية، لجنة الانتقاء- فإن الإدارة ملزمة بدعوة اللجنة للاجتماع بتشكيلتها المعروفة، أثناء الفترة التي كان ينبغي أن تتخذ فيها الإجراءات، شريطة أن لا يكون أعضاؤها قد غيروا، أو غادروا السلك المعني، عند تاريخ اجتماع اللجنة المقترح. وفي حال استحالة تشكيل اللجنة، ودعوتها للاجتماع، فيكون بوسع جهة الإدارة إخطار الجهة المختصة بدراسة حالة الموظف، لاتخاذ إجراءات مماثلة ليس لها أثر رجعي².

المطلب الثاني : دعوى التعويض :

تعتبر دعوى التعويض أو دعوى المسؤولية الإدارية، أيضا من أكثر الدعاوى قيمة لحماية حقوق وحريات الإنسان والمواطن بصفة عامة، والموظفين العامين وسائر موظفي الدولة بصفة خاصة، في مواجهة أعمال الإدارة العامة غير المشروعة والضارة، ومنها سلطة التأديب.

و الجدير بالذكر، أنه قد لا تعد دعوى الإلغاء بحد ذاتها ضمانا كافية في مواجهة الآثار المترتبة على القرارات التأديبية غير المشروعة. فقد يترتب على تنفيذ القرار التأديبي بعض الآثار القاسية، كفصله عن الوظيفة، أو وقفه عنها. وهذه الآثار لا يكفي لإزالتها مجرد إلغاء القرار التأديبي غير المشروع، بل لا بد من تعويض الموظف عما لحقه جراء هذا القرار. وبالتالي فإن فكرة التعويض تعد الضمانة اللاحقة لضمانة الإلغاء، ومكملة لضمانات التأديب. ومن ثم إذا كان الإلغاء ينصب على الشكل الخارجي للقرار فيعده، فإن التعويض ينصب على آثاره فيزيلها. و من ثم يكون لكل منهما دورا في إرساء دعائم مبدأ المشروعية³.

وفي هذا الصدد، فإن دعوى التعويض أو المسؤولية الإدارية، هي الدعوى التي يرفعها صاحب الصفة و المصلحة أمام السلطة القضائية المختصة، طبقا للشروط الشكلية، والإجراءات القانونية المقررة للمطالبة بالتعويض الكامل والعدل عن الأضرار الناجمة عن نشاط إداري. وتتميز دعوى التعويض، أو دعوى المسؤولية الإدارية بخصائص هي أنها دعوى قضائية، وأنها دعوى ذاتية. كما أنها من دعاوى القضاء الكامل.

ونظرا لطبيعة وخصائص دعوى التعويض من حيث أنها من دعاوى الحقوق، وأنها دعوى شخصية، فإنها أكثر الدعاوى الإدارية ازدهارا في التطبيق، مما يقوي عملية الرقابة القضائية على الإدارة العامة، لضمان الحماية القضائية اللازمة لحقوق الموظفين العامين، وكذا مصالحهم الجوهرية، ولاسيما في مجال ممارسة سلطة عمل السلطة التأديبية، خاصة عندما يتعلق الأمر بفصل موظف عن وظيفته.

وقد استقرت أحكام القضاء، على حق الموظف في المطالبة بالتعويض نتيجة الآثار التي لحقت من جراء العقوبة التأديبية غير المشروعة، التي وقعت عليه من طرف السلطة التأديبية، عند توافر أركان المسؤولية التي تستوجب التعويض⁴.

¹ أنظر: المادة 987 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات الإدارية والمدنية، سابق الإشارة إليه.

² سعيد مقدم، المرجع السابق، ص. 482.

³ أنظر: عبد العزيز عبد المنعم خلفية، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة المنوفية، 2000، ص. 360.

⁴ C.E., 29 décembre 1995, M. Beaupaire, J.C.A., 1997, p.33.

وعلى هذا الأساس، سوف ندرس حلول فكرة التعويض محل استحقاق المرتب (الفرع الأول) مع بعض التطبيقات القضائية سواء في فرنسا، أو الجزائر، وكذا تقدير التعويض المستحق للموظف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حلول فكرة التعويض محل استحقاق المرتب :

لما كان الأصل هو أداء الموظف العمل (le service fait) للحصول على المرتب، وأن الموظف لم يقوم بأداء هذا العمل طيلة فترة معينة بسبب العقوبة المسلطة عليه، فإن مبلغ التعويض المطالب به من شأنه أن يكون مساويا لمبلغ المرتب غير المحصل عليه، مع الأخذ بعين الاعتبار في تقدير التعويض كل من مبلغ الأرباح التي حرم منه الموظف أثناء سريان العقوبة عليه، وجسامة الخطأ المرتكب من طرف الإدارة، إضافة إلى الخطأ الذي ارتكبه الموظف المعني. وعلى ضوء هذه العناصر المجتمعة يمكن تحديد مستحقات الموظف خلال فترة توقيع العقوبة¹.

وبناء على ذلك، استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على مبدأ ضرورة تعويض الموظف منذ قراره بتاريخ 07 أبريل 1933 في قضية Deberles². وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه بموجب قرار إداري تم عزل السيد Deberles من وظيفته ببلدية Haillicourt، فقام مجلس الدولة بإبطال قرار العزل لكونه اتخذ دون استشارة مجلس التأديب. فبعد صدور قرار الإبطال طلب العارض تعويضاً مالياً مساوياً للأجرة الشهرية التي كان من المفروض أن يتلقاها أثناء فترة عزله عن الوظيفة. لكن مجلس الدولة لم يحكم له إلا بتعويض على أساس مدى خطورة الأخطاء التي تسببت في عزله والمستحقات المالية التي تلقاها أثناء فترة النزاع.

وعلى هذا الأساس قرر مجلس الدولة أن إلغاء قرار عزل السيد Deberles، لا يعطي للطاعن الحق في المطالبة برواتبه التي حرم منها طيلة فترة عزله عن الوظيفة، و لكن له الحق في المطالبة بتعويض الضرر الذي لحقه بفعل العقوبة التأديبية التي سلطت عليه على وجه غير مشروع. وبذلك يكون مجلس الدولة الفرنسي قد هجر نظرية خلفات الراتب، والتي كانت تطبق على الموظف، وكأن أي عقوبة لم تسلط عليه، وهذا ما تأكد من خلال قراراته اللاحقة³.

على أنه قبل قرار Deberles، كان مجلس الدولة الفرنسي يفحص بعمق في العلاقة بين الخطأ والعقوبة الموقعة على الموظف للحكم على الإدارة بالتعويضات⁴. إلا أن هذه التعويضات لا بد من استنادها إلى عدم شرعية العقوبة المسلطة على الموظف⁵. ومن ثم فإن الحكم بالتعويض للموظف لا بد من الاستناد إلى الوجود المادي للخطأ التأديبي. فتوقيع عقوبة تأديبية في غياب خطأ حقيقي، يرتب تعويضات على أساس العقوبة الموقعة⁶.

¹ سعيد مقدم، المرجع السابق، ص. 483.

² C.E., 7 avril 1933, Deberles, Rec., p.439 ; S., 1933, III, p.68, concl. Parodi ; R.D.P., 1933, p. 624, avec concl. ; G.A.J.A., n° 50, p.294.

³ C.E., 6 juillet 1934, Paillat, Rec., p.788 ; C.E., 7 juin 1940, Vuldy, Rec., p.187 ; C.E., 4 juin 1943, Dechavassine, Rec., p.143 ; C.E., 26 juillet 1973, Ville de Paris, c/ Driancourt, Rec., p.78 ; C.E., 12 décembre 1973, Ministre de l'intérieur, c/ Moizard, Rec., p.1101 ; C.E., 22 mai 1974, Charrois, Rec., p.297.

Olivier DORD, Droit de la fonction publique, op, cit., p.330.

⁴ C.E., 12 juin 1929, Raineri, Rec., p.571.

⁵ C.E., 11 mars 1931, Marvic, Rec., p.276.

⁶ C.E., 28 juillet 1952, Lienart, Rec., p.423.

هذا وقد طبق مجلس الدولة الجزائري مبدأ استحقاق الأجر مقابل الخدمة الفعلية في قراره بتاريخ 1999/07/26¹ في قضية (م.م) ضد مديرية التربية لولاية مستغانم. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد (م.م) كان موظفا بصفة أستاذ للتعليم المتوسط بمدينة مستغانم، وقد بدأ عمله بتاريخ 1982/10/10، ولقد اعتقل إداريا من سنة 1992 إلى غاية 1995. فرفع دعوى قضائية ضد مديرية التربية لولاية مستغانم، ملتمسا بموجبها إرجاعه إلى منصب عمله، فقضت الغرفة الإدارية بمجلس قضاء مستغانم بتاريخ 1996/08/14 بإرجاعه إلى منصبه مع رفض دفع الأجرة والتعويض له.

وبتاريخ 1996/10/30 استأنف السيد (م.م) القرار أعلاه أمام مجلس الدولة ملتمسا قبول الاستئناف شكلا، وفي الموضوع بدفع مرتبه الشهري ابتداء من يوم اعتقاله إلى حين إعادة تنصيبه فعليا، مع تعويض قدره مائة ألف دينار تحت طائلة تهديد مالي قيمته 3000 دينار عن كل يوم تأخير، بدء من يوم النطق بالقرار. ولقد أصدر مجلس الدولة قراره بتأييد القرار المستأنف مؤسسا قضاءه على سببين :

السبب الأول : لقد اعتبر المنشور الصادر عن رئيس الحكومة المؤرخ في 1993/02/05 بأن فترة الاعتقال تعتبر بمثابة عطلة غير مدفوعة المرتب.

السبب الثاني : عدم مسؤولية مديرية التربية عن تصرف الإدارات الأخرى، وهي بذلك ليست ملزمة بدفع رواتب الأشهر التي لم يعمل فيها الموظف.

وعليه فإنه يوجد في القانون مبدأ عاما يقضي بأن الأجر لا يستحق إلا بمقابل العمل الفعلي، بحيث تحسب على أساس عدد الأيام التي عملها الموظف أو العامل. فهذا المبدأ نصت عليه المادة 16 من المرسوم رقم 59/85، المؤرخ في 23 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية بقولها: "يتمتع العمال في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما بالحق في الراتب بعد أداء الخدمة...". كما أكدت المادة 86 من المرسوم سالف الذكر بأن الخدمة تكون فعلية. وفسرت المادة 87 أدناه وضعية الخدمة الفعلية بقولها: "يكون العامل في حالة الخدمة الفعلية إذا كان يمارس فعلا الوظائف المطابقة لمنصب العمل الذي عين فيه".

وعلى ذلك فلا يكفي لكي يستحق الموظف الأجر الشهري، أن يتواجد فعليا في مقر عمله، بل يجب أن يمارس فعلا الوظائف المطابقة لمنصب عمله الذي عين فيه.

وعلى ذلك فإن المستأنف وأثناء فترة اعتقاله، الممتدة من سنة 1992 إلى غاية 1995، لم يكن متواجدا في منصب عمله، وبالتالي لم يمارس وظيفته، ومن ثم لا يمكن المطالبة بالأجرة الشهرية عن الفترة التي لم يعمل فيها، لكون شروط استحقاق الأجرة غير متوفرة.

والحقيقة أن مديرية التربية بمستغانم غير مسؤولة عن الضرر الذي لحق بالسيد (م.م)، إذ لم يصدر عنها أي فعل أو خطأ أو إهمال يوجب عليها دفع التعويض. ومن ثم كان يتوجب على المعني بالأمر أن يطالب الجهة التي أدت إلى اعتقاله. فمديرية التربية هي طرف بعيد عن الضرر الحاصل له.

كما أكد مجلس الدولة الجزائري على نفس المبدأ من خلال قراره المؤرخ في 2000/05/22²، بخصوص قضية "معنان" الطاهر ضد رئيس بلدية منعة بباتنة. وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد "معنان" كان يعمل بصفة

¹ مجلس الدولة، قرار مؤرخ في 1999/07/26، الغرفة الرابعة، رقم الفهرس 365. أشار إليه : لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومة، الجزء الثاني، 2008، ص. 105 وما بعدها.

² مجلس الدولة، قرار مؤرخ في 2000/05/22، رقم الفهرس 328، (قرار غير منشور). أشار إليه: لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومة، الجزء الأول، 2003، ص. 347 وما بعدها.

عون راقن ببلدية "منعة"، بباتنة ، منذ سنة 1986، وقد توبع أمام القضاء بتاريخ 1993/04/28. وعلى إثر ذلك ذلك طرد من العمل بقرار مؤرخ في 1993/05/10. وبتاريخ 1994/01/03، قضى المجلس الخاص بقسنطينة ببراءته، فالتمس من البلدية إرجاعه إلى منصب عمله، لكن هذه الأخيرة رفضت ذلك، فقام برفع دعوى إلغاء ضد قرار البلدية القاضي بطرده من عمله. وبتاريخ 1995/10/30، أصدرت الغرفة الإدارية لمجلس قضاء باتنة قرارا بإبطال قرار الطرد مع إلزام البلدية بإعادة إدماجه في منصب عمله، ومنحه تعويضا قدره عشرة آلاف دينار. وبعد ذلك رفع السيد "معنان" دعوى أخرى أمام الغرفة نفسها، طالبا تسديد أجوره من يوم عزله إلى غاية رجوعه الفعلي، فأصدرت الغرفة الإدارية قرارا في 1997/03/31 قضت فيه بقبول الدعوى شكلا ورفضها موضوعا لعدم التأسيس.

استأنف السيد "معنان" بواسطة محاميه القرار أمام مجلس الدولة، الذي أصدر قرارا بتأييد القرار المستأنف. وقد سبب مجلس الدولة قراره، على أساس عدم استحقاق الأجر، إلا مقابل عمل فعلي طبقا للمرسوم رقم 59/85 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية. وبالرجوع إلى المادة 16 من القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية نجد أنها تنص على ما يلي :

"يتمتع العمال، في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما ، بالحق فيما يأتي خاصة :
- الراتب بعد الخدمة...".

هذا وقد أكد الأمر 03/06 الحالي على نفس الحكم في المادة 32 منه التي نصت على : " للموظف الحق ، بعد أداء الخدمة، في الراتب".

وغني عن البيان، إلى أنه يجوز للموظف المطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي لحقت به بسبب قرار عزله، دون أن يكون له الحق في المطالبة برواتبه طيلة فترة عزله، على أساس أن الأجر يحسب يوما بيوم، على أساس العمل الفعلي المقدم في كل يوم. وبالتالي فإنه لا يستحق أيضا الملحققات المتعلقة بالراتب. ولعل السبب في عدم استحقاق الموظف لمرتبته طيلة فترة الإبعاد، هو أن الإلغاء وإن كان يعيد المركز القانوني السابق، إلا أن ذلك لا يعني تحقق الوقائع المادية التي يرتب عليها القانون آثارا معينة. فإعادة الموظف إلى وظيفته، لا يمكن أن تجعل العمل كأنه قد تم فعلا. وبالتالي فإن عدم تحقق العمل الفعلي في الوظيفة يرتب عدم استحقاق الموظف للمرتب، لعدم تحقق سببه، على أساس أن المرتب يرتبط بالخدمة الفعلية للموظف¹.

على أن تواجد الموظف في منصب عمله لا يستلزم حصوله على الأجر، بل لا بد من ممارسة الأعمال التي كلف بها، على اعتبار أن تواجد الموظف في منصب عمله لا يعني أدائه للخدمة، وهذا ما أكدته الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 15 فبراير 1980 في قضية Janot².

والجدير بالإشارة، إلى أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وهو بصدد إجابته على رأي محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة نانت، أكد بأن الاقطاعات الخاصة بالتقاعد، وكذا الاشتراكات الخاصة بالحالات المرضية لا تعطي للموظف الحق في المطالبة بها على أساس مبدأ عدم استحقاق الأجر لانعدام الخدمة الفعلية³.

¹ Anne Jourda-DARDAUD, op, cit., p.p.98-99.

² C.E., 15 février 1980, Janot, Rec., p. 92. Voir aussi : C.E., 13 décembre 1991, Syndicat inter-Co-CFDT, de la Vendée, Rec., p.444 ; C.E., 17 janvier 1996, Mme Gassies, n° 147867.

³ C.E., 8 septembre 1995, M. Noyau, Rec., p.339.

ويرى بعض الفقه¹، أن عدم استحقاق الموظف لمرتبه خلال فترة فصله، والاكتفاء فقط بالمطالبة بالتعويض، من شأنه أن يضعف من فاعلية حكم القاضي بالإلغاء، وينقص من حقوق المحكوم له، وينتج تعقيدات لا مبرر لها، على اعتبار أنه يهدر نتيجة هامة من نتائج الأثر الرجعي لحكم الإلغاء، ويعطل هذا الأثر في مجال الحقوق المالية للمحكوم لصالحه. فمتى كان من أثر حكم الإلغاء اعتبار أن القرار الملغى كأن لم يكن إطلاقاً، فيتعين تبعاً لذلك ترتيب كل النتائج الممكنة والجائزة قانوناً، ومن جملتها استحقاق الموظف لراتبه. كما أن القول بعدم استحقاق المرتب من شأنه أن يضعف حقوق المحكوم له من خلال مقدار التعويض الذي لا يتجاوز في الغالب قيمة المرتب الذي حرم منه الموظف. ومن ثم إما أن يكون مساوياً له، وإما أن يكون أقل من مجموع ما كان يستحقه الموظف.

على أننا لا نؤيد ما ذهب إليه القضاء في حرمان الموظف من مرتبه طيلة فترة فصله. ذلك أن إلغاء قرار الفصل بوصفه غير مشروع، ينبئ عن أخطاء التي ترتكبها الإدارة في حق الموظف. وبالتالي يستحق مرتبه عن مدة الفصل، وإلا وجب أن لا ينقص التعويض عن قيمة المرتب الذي كان يتقاضاه الموظف، إضافة إلى كامل المستحقات التي ترتبط بالراتب، وكذا مستحقات الترقية في الدرجات، أو حتى تعويض عن تأخير ترقيته في الرتبة، بسبب قرار الفصل غير المشروع.

والجدير بالذكر أن التشريع الفرنسي عندما نص على حق الموظف في المرتب كاملاً عند وقفه احتياطياً، فإنه يبدو لنا تطبيقاً صحيحاً، على اعتبار أن هذا الإجراء هو مجرد تدبير مؤقت أملت ظروف المرفق العام في مواجهة الموظف، ولا يعتبر عقوبة تأديبية، وإن كان البعض²، قد اعتبره ثغرة كبرى في منطق الفاعلية، على حساب الضمان، ويتعارض مع قاعدة الأجر مقابل العمل.

على أن هذا الرأي لا نتفق معه، على اعتبار أن الوقف الاحتياطي، ما هو إلا إجراء احتياطي لا أكثر. ثم إن عدم قيام الموظف بالخدمة أثناء وقفه، لا يتعارض مع قاعدة الأجر مقابل الخدمة، لأن وقفه كان خارجاً عن إرادته. وبالتالي فإن العلاقة الوظيفية لازالت قائمة بينه وبين الإدارة. ومن ثم يحق لجهة الإدارة إعادة الموظف إلى منصبه في أي وقت، طالما تحققت الأهداف المرجوة من التوقيف الاحتياطي.

وتأسيساً على ذلك، كرس القضاء الإداري الجزائري فكرة تعويض الموظف العام عن الأضرار التي تلحقه جراء إبعاده عن الوظيفة، عقب إلغاء قرار الفصل غير المشروع. ومن تطبيقات دعوى التعويض في المجال التأديبي، القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2000/02/14³ في قضية حفيظ محمد الصادق، ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية أولاد عمار. وتتلخص وقائع هذه القضية في كون المستأنف موظف ببلدية بن عمار ولاية باتنة، وقدم توظيفه بمقتضى القرار رقم 87/13 المؤرخ في 1992/11/02، وتم ترسيمه في منصب عمله ككاتب إداري في 1989/06/20. وحيث أن المستأنف كان قد صدر بشأنه قراراً يتضمن فصله عن وظيفته، صادر من طرف رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية أولاد عمار المؤرخ في 1995/07/24، و مؤשר عليه من طرف مصالح الوظيف العمومي في 1995/08/19. وحيث طعن المستأنف في القرار المتضمن فصله أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء باتنة، طالباً بإلغاء، وإدراجه تبعاً لذلك في وظيفته، مؤسساً طعنه على أن هذا القرار غير مؤسس قانوناً. فتضمن هذا القرار إلغاء القرار المتضمن فصله،

¹أنظر: عبد المنعم عبد العظيم جيره، المرجع السابق، ص. 514.

²ينتقد بعض الفقه ما ذهب إليه التشريع الفرنسي أن وقف الموظف احتياطياً مع تقاضيه لكامل مرتبه يتعارض مع قاعدة الأجر مقابل الخدمة، أنظر: مليكة الصروخ، المرجع السابق، ص. 312.

³مجلس الدولة قرار رقم 168426 مؤرخ في 2000/02/14، فهرس رقم 75. قضية (حفيظ محمد الصادق) ضد (رئيس المندوبية التنفيذية لأولاد عمار)، (قرار غير منشور). أشار إليه إلياس بن سليم، المرجع السابق، ص. 115.

والتصدي بالفصل من جديد بإلغاء قرار الفصل الصادر عن بلدية بني عمار بتاريخ 1995/07/14. وبالتالي إعادة المستأنف إلى منصب عمله مع دفع حقوقه المالية.

وكذلك ما ذهب إليه مجلس الدولة في قراره 2001/02/05¹، في قضية مركز التكوين المهني والتمهين ببابور ولاية سطيف، ضد منيف لخضر ومن معه. وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه بموجب عريضة مسجلة لدى كتابة الضبط بمجلس الدولة بتاريخ 1998/07/13، استأنف مدير التكوين المهني والتمهين القرار الصادر بتاريخ 1998/07/13، عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء سطيف، والذي يأمر بإعادة إدماج السيد منيف لخضر بنكحل في منصب عمله كأستاذ مع دفع رواتبه.

وتضمن هذا القرار تأييد القرار المستأنف مبدئيا وتعديلا لها لتصريح بما يلي :

- أنه لا يتعين دفع الرواتب.

-الحكم على المركز المستأنف بدفع مبلغ 100.000 دج على سبيل التعويض.

وفي قرار آخر أكد مجلس الدولة على ضرورة دفع مرتبات الموظف إذا كانت جهة الإدارة هي التي تسببت في توقيفه لسبب غير مشروع، كما هو الحال في قراره بتاريخ 2000/05/22² في قضية (ياهووني كمال) ضد الوكالة الوطنية للآثار وحماية المعالم التاريخية. وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه بتاريخ 17 مارس 1997 أوقف السيد (ي.ك) عن العمل بموجب قرار توقيف صادر عن الوكالة الوطنية للآثار وحماية المعالم التاريخية أين كان يعمل كسائق. وبتاريخ 29 مارس 1996 أحيل على المجلس التأديبي، والذي امتنع عن الإدلاء برأيه محيلا الملف على الإدارة من أجل الفصل فيه، فاتخذت هذه الأخيرة قرارا بالعزل بتاريخ 1996/08/26 بسبب غياباته المتكررة، وخاصة بعد تعيينه كمسؤول مصلحة الداخلية لقصر الباي والذي رفض الالتحاق به.

تقدم السيد (ياهووني كمال) أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر طالبا بإلغاء قرار العزل وإعادة إدماجه مع دفع رواتبه.

وبتاريخ 1997/06/03 أصدرت الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر قرارا بقبول الدعوى شكلا، وفي الموضوع بإلزام الوكالة الوطنية للآثار وحماية المعالم التاريخية بإعادة إدماج المدعي بمنصب عمله الأصلي، مع دفع مرتبه الشهري ابتداء من 1996/03/27 تاريخ عزله، إلى غاية رجوعه الفعلي.

وبتاريخ 1997/09/06 استأنفت الوكالة الوطنية للآثار وحماية المعالم التاريخية القرار أعلاه أمام مجلس الدولة. ولقد أسست استئنافها على أوجه عديدة، من بينها أن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر أخطأت في تطبيق القانون بالاستناد إلى المادتين 123 و 127 من المرسوم 59/85، وذلك لعدم إدلاء لجنة التأديب لرأيها في القضية معتبرة الخطأ غير ثابت، في حين أن السلطة التي لها صلاحية التعيين لها أيضا حق العزل.

ولقد أصدر مجلس الدولة قراره بقبول الاستئناف شكلا، وفي الموضوع بتأييد القرار المستأنف مؤسسا قراره على أنه كان يجب على لجنة التأديب إصدار قرار اتجاه المستأنف عليه، ثم تبليغه للإدارة لتنفيذه طبقا لأحكام المادتين 123 و 127 من المرسوم 59/85 المؤرخ في 1985/03/23، وليس الامتناع عن الإدلاء بالرأي وترك التصرف للإدارة، والتي تعسفت وتجاوزت سلطتها.

¹ مجلس الدولة قرار رقم 000862 مؤرخ في 2001/02/05، فهرس رقم 118. قضية (منيف لخضر ومن معه) ضد (مركز التكوين المهني والتمهين ببابور ولاية سطيف)، (قرار غير منشور). أشار إليه إلياس بن سليم، المرجع السابق، ص.116.

² مجلس الدولة، قرار مؤرخ في 2000/05/22، رقم الفهرس 330. (قرار غير منشور)، أشار إليه: لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، دار هومة، الجزء الثاني، 2008، ص.225 وما بعدها.

على أن مجلس الدولة كان محقا عندما أيد القرار المستأنف أمامه، بإعادة إدماج الموظف الذي تم عزله في منصب عمله مع دفع مرتباته الشهرية ابتداء من تاريخ العزل إلى غاية رجوعه الفعلي. ذلك أن جهة الإدارة هي التي تسببت في توقيفه عن الخدمة، فهو يستحق رواتبه كاملة، على اعتبار أن العقوبة التي تم توقيعها على السيد (ياهووني كمال) هي من الدرجة الثالثة حسب المرسوم 59/85، وبالتالي كان يتوجب على جهة الإدارة أن لا تقوم بتوقيع تلك العقوبة إلا بعد موافقة لجنة الموظفين، هذه الأخيرة تصدر رأيا بالموافقة، على أن تذكر الإدارة في حيثيات المقرر بأنها استشارت اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء، وأن هذه الأخيرة وافقت على عقوبة العزل. فلا يكفي إذن أن يعرض الملف التأديبي على لجنة التأديب، بل لا بد من أن تصدر رأيا بالموافقة لتوقيع العقوبة أو بعدم الموافقة. ومن ثم فإن قرار العزل الصادر عن الوكالة الوطنية للأثار هو قرار مشوب بعيب مخالفة الأشكال والإجراءات، والمتمثل في ضرورة استشارة لجنة الموظفين.

أما إذا كان الموظف محل متابعة جزائية، ولم تكن الإدارة مسؤولة عن تحريك الدعوى الجزائية، ففي هذه الحالة لا يحق للموظف المطالبة بالتعويض عن المدة التي كان فيها محل متابعة جزائية خارج عن مسؤولية الإدارة، وهذا ما أكدته مجلس الدولة في قراره بتاريخ 2004/06/15¹. وقد جاء ضمن حيثيات هذا القرار ما يلي: "حيث أن المدعي المستأنف يتمسك بطلبه الأصلي وهو الحكم على المستأنف عليه بدفعه له أجوره لمدة 47 شهرا بعد توقيفه عن العمل بموجب مقرر مؤرخ في 1996/09/21 إلى غاية إدراجه في منصب عمله في 2000/09/02 بصفته قابض البريد.

لكن حيث ثبت من الملف أن المدعي كان محل متابعة من أجل اختلاس أموال عمومية رفقة موظفين آخرين وبأمر من النيابة العامة لمجلس قضاء قسنطينة.

وحيث أن المدعي قد استفاد في الأخير من البراءة بموجب قرار نهائي بتاريخ 2000/05/23. وحيث أن المطالبة بالتعويض غير مؤسسة لكون الإدارة غير مسؤولة عن تحريك الدعوى الجزائية ضد المدعي ولا يمكن إذا المطالبة برواتبه طيلة المدة التي كان محل متابعة جزائية وفي إطار خارج عن مسؤولية الإدارة".

الحقيقة أن هذه القرارات تعد بمثابة نقطة تحول في القضاء الإداري الجزائري، في محاولة لإيجاد نوع من التوازن بين امتيازات جهة الإدارة وبين الموظف باعتباره طرفا ضعيفا في هذه العلاقة، ومن ثم يتوجب على المشرع الجزائري مسايرة الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الذي وسع من نطاق الرقابة على القرارات التأديبية بشكل مجاري فيه نظيره الفرنسي، من أجل وضع حد للسلطة التقديرية للإدارة في المجال التأديبي. ذلك أن رقابة المشروعية على القرار التأديبي المتضمن العقوبة التأديبية تعد من أقوى الضمانات، والتي أتاحت للموظف العام فرصة إلغاء العديد من القرارات التأديبية، دون المساس بحقه في طلب التعويض عما لحقه من ضرر.

على أن التساؤل الذي قد يطرح في هذا الصدد، هو هل أن بطلان القرار التأديبي من الناحية الشكلية يستوجب التعويض كما هو الشأن بالنسبة للبطلان الموضوعي للقرار التأديبي؟

¹ مجلس الدولة قرار رقم 10847 مؤرخ في 2004/06/15، قضية (خ.ع) ضد (مدير الضرائب لولاية قسنطينة ومن معه)، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، الجزائر، 2004، ص. 147-149.

للإجابة على هذا التساؤل، استقر القضاء الإداري الفرنسي¹ على أن الجانب الشكلي للقرار التأديبي، لا يرتب حتما الحكم بالتعويض للموظف، وإن كان يؤدي إلى إلغاء القرار التأديبي، إلا إذا كان العيب الشكلي له تأثير على موضوع القرار. أما العيب الموضوعي فإنه يرتب الحكم بالإلغاء والتعويض معا².

الفرع الثاني : تقدير التعويض :

لتقدير مبلغ التعويض فإنه يجب مراعاة القاعدة المتمثلة في تعويض الضرر عما لحقه من خسارة، وما فاتته من كسب. و من ثم فإن الموظف يستحق التعويض على حسب الضرر الذي لحقه من جراء الجزاء الصادر بحقه. هذا وقد استقرت أحكام القضاء الإداري على عدم استحقاق التعويض في حالة عدم توافر الضرر³. فالتعويض يدور مع الضرر وجودا وعدما، ويقدر بمقداره بما يحقق جبر الضرر وبما لا يجاوز، حتى لا يثري الضرر على حساب المتسبب في الضرر دون وجه حق.

والجدير بالذكر أن القاضي هو الذي يحدد مقدار التعويض. و من ثم فإن هناك عدة عناصر يجب أخذها بعين الاعتبار لتقدير التعويض، وهذا ما يظهر جليا من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 29 ديسمبر 2000، الذي أكد على ضرورة أخذ هذه العناصر في الحسبان، من خلال قضية السيد M.Treyssac⁴ الذي أوقف عن منصبه الذي كان يشغله عن طريق الانتداب بقرار غير شرعي. الأمر الذي جعل مجلس الدولة يحكم له بالرجوع إلى منصبه، والحكم على الدولة بتعويض قيمته 300.000 فرنك.

وبناء على ذلك، فإن مبلغ التعويض يكون في الحدود لإصلاح الضرر الذي أصاب الموظف، وما يلحقه من اضطراب في حالته النفسية، والمعيشية. ذلك أن الضرر هو كل أثر سلبي على حق أو مصلحة مشروعة⁵، مع الأخذ بعين الاعتبار خطورة الأخطاء التي ترتكبها الإدارة⁶، وكذا تلك المرتكبة من طرف الموظف⁷.

والجدير بالإشارة إلى أن مبلغ التعويض يتم تقديره على أساس المرتب الصافي (nette) للموظف وليس الخام (brut) الذي كان يتقاضاه الموظف، لو لم يكن محل فصل من الوظيفة، أو التنزيل في الرتبة⁸. ويستثنى من تقدير التعويض ملحقات الراتب التي يستفيد منها الموظف أثناء أداء وظيفته، كمنحة المردودية، أو تعويض المنطقة. وهذا ما أكدته قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 25 جوان 1976⁹. كما أنه يستثنى أيضا التعويضات المتعلقة بالسكن والمساعدات الاجتماعية التي يستفيد منها الموظف أثناء قيامه بوظيفته¹⁰. كما أن القضاء قد يأخذ في الاعتبار عند

¹C.E., 1^{er} septembre 1944, Bour, Rec., p.241.

²لأكثر تفاصيل أنظر أحكام مجلس الدولة الفرنسي :

C.E., 7 juin 1940, Dame Veuve Hoareau, Rec., p.194 ; C.E., 28 juillet 1951, Mouihau, Rec., p.458 ; C.E., 9 janvier 1959, Dumas, Rec., p.31.

³C.E., 2 octobre 1987, Kahin, Rec., p.728.

⁴C.E., 29 décembre 2000, Treyssac, Rec., p.651 ; C.E., 5 juin 1959, Augé, Rec., p.95.

⁵ Michel PAILLET, La responsabilité administrative, DALLOZ, Paris, 1996, p.133.

⁶C.E., 4 novembre 1996, Mlle, Kerbach, Rec., p.436.

⁷C.E., 20 décembre 2000, Marchal, Cité par Anne Jourda-DARDAUD, op, cit., p.99.

⁸ C.E., 7 octobre 1998, Bousquet, Cité par Anne Jourda-DARDAUD, op, cit., p.99.

⁹C.E., 25 juin 1976, Gaillard, Cité par Anne Jourda-DARDAUD, op, cit., p.100.

¹⁰C.E., 6 mars 1987, Sola, Rec., p.806 ; C.E., 13 janvier 1988, Consort Louchart, Rec., p.880.

تقدير التعويض مدى الفرصة المتاحة للموظف الذي تم إلغاء قرار تسريحه من الالتحاق بوظيفة أخرى تدر عليه دخلا أحسن¹.

و الجدير بالذكر، إلى أن مبلغ التعويض مهما كانت طبيعته قد يخفض، إذا كان الموظف قد تحصل على جزء منه أثناء فترة تسريحه، بما في ذلك منح المساعدات العامة². يستثنى من ذلك المساعدات التي يتحصل عليها الموظف لو لم يكن محل تسريح من وظيفته³.

وقد يكون تقدير التعويض جزافيا، في حالة إعادة إدماج الموظف في منصب عمله السابق⁴. ونفس الحكم أكده اجتهاد مجلس الدولة الجزائري في قضية بوالتره أحمد بتاريخ 27 جويلية 1998⁵، ضد مدير القطاع الصحي لميلة، والذي قضى بأن تقدير التعويض جزافيا في حالة إعادة إدراج الموظف في منصب عمله السابق (نعم)، و منحه رواتبه الشهرية السابقة على قرار الإدماج (لا). وقد جاء ضمن حيثيات القرار ما يلي: "حيث أنه من الثابت قضاء أن مسؤولية الإدارة عن الأضرار التي تلحق الأفراد بسبب تصرفات الأشخاص الذين تستخدمهم في المرفق العام، لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقرها القانون المدني للعلاقات فيما بين الأفراد، وأن هذه المسؤولية ليست بالعمامة، ولا المطلقة، بل لها قواعدها الخاصة التي تتنوع وفقا لحاجيات المرفق، وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة. وحيث أن إلغاء قرار الفصل يجعل الرابطة الوظيفية لا تزال قائمة بين الإدارة والموظف بكافة آثارها، ومن هذه الآثار حقه في المرتب. إلا أن هذا الحق لا يعود إليه تلقائيا بعودة الرابطة بعد انفصالها، بل يخضع لاعتبارات أخرى، أهمها أن هذا الحق يقابله واجب هو أدائه للعمل، وقد حيل بينه وبين أدائه بالفصل. ومن ثم فإن ما ذهب إليه قضاة الدرجة الأولى عندما قضوا للمستأنف بتعويض جزافي هو التطبيق السليم للقانون".

وغنى عن البيان، أن مقدار التعويض عن الضرر قد يتم رفضه بالكلية، نظرا للخطأ الجسيم الذي يرتكبه الموظف، على الرغم من وجود عيب في الإجراءات التأديبية. وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في قراره بتاريخ 14 فيفري 1997⁶.

أما في حالة ما إذا كان الخطأ صادرا عن الإدارة، فإن التعويض في هذه الحالة يكون مهما جدا، سواء كان الإلغاء راجعا لعيب في الشكل أو في الموضوع⁷. أما إذا كان الخطأ جسيما من طرفها، فإن قيمة التعويض تكون مساوية للراتب⁸.

أما إذا كان الخطأ مرتكبا من طرف الموظف المعنى، فإن للقاضي أن يقبل أو يرفض التعويض حسب الحالة⁹. وفي حالة رفض تسديد مبلغ التعويض من طرف جهة الإدارة، فإنه يمكن للموظف المعني الاتجاه إلى الخزينة العامة¹⁰.

¹C.E., 28 octobre 1994, Cochenet, Rec., p.446.

²C.E., 23 janvier 1985, Commune de Saint-Lin, Rec., p.676.

³C.E., 26 juin 1989, Commune de Vincly, n° 77104.

⁴C.E., 24 juin 1977, Dame Deleuse, Rec., p.294.

⁵ مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، قرار رقم 137131 مؤرخ في 1998/07/27، قضية (بوالتره أحمد) ضد (مدير القطاع الصحي لميلة)، (قرار غير منشور).

⁶C.E., 14 février 1997, Colonna, Rec., p.38.

⁷ C.E., 28 juillet 1952, Lienart, Rec., p.413.

⁸ C.E., 14 juin 1946, Ville de Marseille, Rec., p.164.

⁹C.E., 6 mai 1955, Haut-commissaire de France en Indochine, contre Hauger, Rec., p.242. Voir aussi : C.E., 16 juin 1986, Dame Krier, D, 1987, p.193. note Pacteau.

¹⁰ Loi n° 91-02 du 8 janvier 1991 relative aux dispositions particulière à certaines décisions de justice, J.O, n° 2.

والجدير بالذكر، إلى أن بعض المصاريف قد تعطى للموظف الحق في المطالبة بالتعويضات عنها، كما هو الحال بالنسبة لمصاريف تغيير الإقامة المترتبة عن عملية النقل غير المشروع للموظف إلى مكان آخر¹، أو الضرر المعنوي الناتج عن التنزيل في الرتبة². كما أن التوبيخ الذي يتعرض له الموظف قد يعطيه الحق في المطالبة بالتعويض بسبب الضرر المعنوي³.

و تجدر الإشارة، إلى أنه في ظل الأحداث التي عرفتها الجزائر في فترة التسعينات، والذي ترتبت عليها اتخاذ إجراء الوقف، أو عقوبات تأديبية في مواجهة الموظفين الذين تم تسريحهم. فقد طرح إشكالا عن كيفية إعادة إدماج، أو تعويض هذه الفئة من الموظفين.

وفي هذا الصدد، حددت كفاءات إعادة إدماج، أو تعويض الموظفين، الذين كانوا محل إجراءات إدارية كالترسيم من العمل، بسبب الأفعال المتصلة بالمأساة الوطنية، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-124⁴، المؤرخ في 27 مارس 2006.

ومن ثم نجد أن المادة الثانية منه، نصت على أحقية كل موظف كان موضوع إجراءات إدارية للترسيم من العمل، بسبب الأفعال المتصلة بالمأساة الوطنية، أن يقدم طلب إعادة إدماجه في عالم الشغل، أو طلب تعويض، وذلك أمام لجنة أنشأت لهذا الغرض على مستوى الولاية، وذلك في أجل أقصاه سنة ابتداء من تاريخ نشر هذا المرسوم.

و تشكل هذه اللجنة⁵، من الوالي، أو الأمين العام للولاية، رئيسا بعضوية أمين الخزينة للولاية، ممثل الوزارة المكلفة بالتشغيل والتضامن الوطني، ممثل المديرية العامة للوظيفة العمومية، ممثل مصالح مفتشية العمل، ممثل الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، ممثل عن الدرك الوطني، ممثل عن الأمن الوطني، محام.

والجدير بالذكر، أن الموظف الذي يقدم طلب إدماج أو تعويض، يتعين عليه تقديم طلبه إلى هذه اللجنة، مرفقا بالوثائق التي تثبت بأن قرار الترسيم قد تم بسبب المأساة الوطنية⁶.

على أن تفصل اللجنة في الطلب في مدة أقصاها ثلاثة أشهر تسري من تاريخ إيداعه. وقد أناط المرسوم لهذه اللجنة، صلاحية القيام بأي إجراء تحقيقي تراه لازما، كسماع رأي المعني أو أي شخص آخر ترى فائدة في سماعه.

كما يتعين على اللجنة و قبل الفصل في طلب إعادة الإدماج، أو التعويض، أن تثبت أن الموظف المعني كان يمارس عملا، وذلك بموجب شهادة عمل، أو أي وثيقة أخرى، تثبت سنوات الخدمة. إضافة إلى شهادة تثبت انتسابه إلى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي. و في حالة الموافقة على الإدماج، فإن هذه العملية تتم بالنسبة للموظفين في الرتبة الأصلية، أو في رتبة مماثلة لها، أو في منصب عمل آخر بديل تابع للإدارة الأصلية، أو في أي إدارة أخرى.

و في حالة التعويض، فإن اللجنة تمنحه للموظف المعني بناء على طلبه، أو بسبب رفضه منصب العمل المعروض عليه، أو في حالة استحالة إعادة إدماجه، لاسيما إذا حلت الهيئة، أو المؤسسة التي كان يعمل بها، أو كان في حالة عجز

¹C.E., 21 juin 1961, Guille, Rec., p.428.

²C.E., 19 décembre 1970, ministre de l'intérieur c/DlleJarno, Rec., p.1090.

³C.E., 22 octobre 1975, ministre de l'intérieur c/ Panis, Rec., p.1120.

⁴المرسوم الرئاسي تحت رقم 06-124 المؤرخ في 27 مارس 2006، يحدد كفاءات إعادة إدماج أو تعويض الأشخاص الذين كانوا موضوع إجراءات إدارية للترسيم من العمل بسبب الأفعال المتصلة بالمأساة الوطنية، ج.ج.ج. لسنة 2006، العدد 19

⁵أنظر المادة 3 من المرسوم رقم 06-124 سابق الإشارة إليه.

⁶أنظر المادة 5 من المرسوم رقم 06-124 سابق الإشارة إليه.

جسدي، أو عقلي يحول دون ممارسة الموظف نشاطاته المهنية من جديد. وتعتمد اللجنة في حساب التعويض على أساس الأجر الذي كان يتقاضاه المعني بالأمر قبل تسريحه.

وتعتبر قرارات اللجنة سندات تنفيذية بمجرد تبليغها خلال خمسة عشر (15) يوما إلى :

المعني بالأمر والهيئة المستخدمة والمدير الولائي الذي يمثل الوزير المكلف بالتضامن الوطني بالنسبة لقرار إعادة الإدماج.

المعني بالأمر والمدير الولائي الذي يمثل الوزير المكلف بالتضامن الوطني بالنسبة لقرار التعويض. المعني بالأمر والهيئة المستخدمة بالنسبة لقرار الرفض.

على أن قرارات اللجنة تكون غير قابلة لأي طعن مهما تكن طبيعته¹.

وإذا كان التعويض يقتصر فقط على الأضرار المادية التي تصيب الموظف من جراء العقوبات التأديبية غير المشروعة، إلا أن الإشكال قد يطرح بصدد التعويض عن الأضرار الأدبية التي تلحق بالموظفين؟.

بالرجوع إلى أحكام القضاء لا نكاد نعثر على حكم قضائي يصب في هذا المنوال، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن مجرد الحكم بإلغاء القرار التأديبي كاف لرد الاعتبار للموظف وجبر لمعنوياته.

ويدافع البعض عن هذا الاتجاه، ويدعو إلى عدم التوسع في تقرير التعويض عن الأضرار الأدبية في نطاق التأديب، بحجة صعوبة تقديرها من ناحية، فضلا على الحكم بعدم شرعية القرار التأديبي سببا كافيا لجبر ما مس المدعي من أضرار².

على أنه لا نؤيد هذا الاتجاه الذي يدعو إلى التقليل من قيمة الأضرار الأدبية التي تصيب الموظف العام، على الرغم من أهميتها وخطورتها على نفسية الموظف، وكذا سمعته المهنية. و من ثم ندعو إلى إمكانية الحكم بتعويض في عقوبات الدرجة الأولى كالإنذار الكتابي والتوبيخ وعقوبات الدرجة الثانية، كالشط من قائمة التأهيل المنصوص عليها في الأمر 06-03. ذلك أن مثل هذه العقوبات وإن كان التشريع الحالي قد أجاز للموظف طلب رد الاعتبار بعد مرور سنة من توقيع العقوبة، إلا أنها لم تمنح له فرصة المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر معنوي، على اعتبار أن التعويض مرتبط فقط بالحكم بالإلغاء من طرف القضاء. و من ثم لو ألزمت جهة الإدارة بالتعويض عند توقيعها عقوبات الدرجة الأولى والثانية لأدى ذلك إلى تريض الإدارة وعدم التسرع في توقيع مثل هذه العقوبات، وأن تخضع أية عقوبة مهما كانت درجتها إلى الدراسة المعمقة والتعقل، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، قد يؤدي الحكم بالتعويض إلى إحباط كل الدسائس والحيل التي قد تلجأ إليها سلطة الإدارة بقصد تشويه سمعة الموظف والنيل والانتقام منه ولو كان ذلك قاصرا على الجانب النفسي. فالتعويض في هذه الحالة قد يكبح جموح الإدارة إذا ما علمت بأنه سيحكم عليها بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر. فمن أجل ذلك فإننا ننبه كل موظف سلطت عليه عقوبة من الدرجة الأولى أو عقوبة من الدرجة الثانية إلى إمكانية الطعن في هاتين العقوبتين أمام القضاء الإداري والمطالبة بالتعويض عنهما، وأن الأمر ليس مقتصرًا فقط على عقوبات الدرجة الثالثة والرابعة، خاصة إذا علمنا أن الشطب من قائمة التأهيل بوصفه عقوبة من الدرجة الثانية، قد يحرم الموظف من الترشيح للترقية، إذا لم يتفطن الموظف لمثل هذه العقوبة، ولم تبادر جهة الإدارة إلى محو هذه العقوبة بمضي سنتين من توقيعها، من خلال رد الاعتبار بقوة القانون، بشرط أن لا يتعرض الموظف إلى عقوبة جديدة. فالواقع يثبت بأن جهة الإدارة كثيرا ما تلجأ إلى توقيع عقوبة جديدة محل عقوبة قديمة إذا ما شارفت على الانقضاء، بغرض إبقاء الأوضاع على ما هي عليه.

¹ أنظر المواد 9-14-18-19 من المرسوم رقم 06-124 سابق الإشارة إليه.

² عبد العظيم عبد السلام، تأديب الموظف العام في مصر، دار النهضة العربية، 2000، ص. 670.

الخاتمة :

تحقيقا لفاعلية الجهاز القضائي في المجال التأديبي يجب إعادة النظر في التنظيم القضائي الإداري الحالي، وذلك من خلال استحداث محاكم إدارية استئنافية كما هو الحال في فرنسا، تفاديا من اللجوء إلى مجلس الدولة الجزائري، وما يعرفه هذا الأخير من كثرة القضايا المعروضة عليه والتي قد لا يفصل فيها بحكمة وتبصر، هذا من جهة. ومن جهة الأخرى، فإن الموظف المتهم قد لا يسعفه وضعه المالي من اللجوء إلى مجلس الدولة.

إن دراسة الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الإداري في هذا الصدد، تسمح لنا باستخلاص النتائج التالية: ففي المقام الأول إن القاضي يسعى دائما إلى تحقيق مبدأ الموازنة العادلة بين حق الإدارة في تأديب موظفيها، وحق الموظف في حمايته أثناء خضوعه للتأديب.

لتحقيق التوازن بين منطق الفاعلية ومنطق الضمان للموظف محل المساءلة التأديبية، لابد من وضع ضوابط وقيود في ممارسة سلطة التأديب، خاصة الضمانة القضائية، والتي تمكن القاضي الإداري من بسط رقابته الكاملة على القرارات التأديبية. فرقابة المشروعية على القرار المتضمن العقوبة التأديبية تعتبر من أقوى الضمانات القضائية، الأمر الذي يبرر حرص القضاء الإداري على حفظ حقوق الموظف، وضرورة إخضاع ممارسة سلطة التأديب لرقابة المشروعية.

وفي المقام الثاني إذا كانت القرارات القضائية تعبير عن جهد القضاء الإداري في تكريس رقابة مشروعية القرارات التأديبية، فإن هناك بعض النقائص التي قد تعرفها هذه الأحكام. ومع ذلك يجب أن نقدم بعض المقترحات بهدف تفعيل دور القضاء في تحقيق رقابة فعالة.

إن إلغاء القرار المتضمن العقوبة التأديبية من طرف القضاء نتيجة عدم مشروعيته، لا يمكن القاضي الإداري من اختيار العقوبة التي يراها مناسبة، إنما يكون ذلك بالرجوع إلى سلطة التأديب، وهذا الموقف مطابق في الحقيقة للموقف الفرنسي، وهو ما يجعلنا ندعو القضاء إلى ضرورة توقيع العقوبة التي يراها مناسبة على الموظف دون الرجوع إلى سلطة التأديب.

كما أن القضاء الإداري الجزائري وهو بصدد ممارسة رقابة إلغاء القرار التأديبي، يكتفي دوما بتضمين قراراته بالإشارة إلى عيب مخالفة القانون أو عيب تجاوز السلطة الذين يعتبران من المفاهيم الواسعة تاركا ذكر كل عيب على حدة، خاصة عندما يتعلق الأمر بالعقوبات التأديبية المكنة التي لا يجب التقليل من شأنها نظرا لخطورة آثارها على وضعية الموظف، والتي قد تكون مصدرا لتعسف جهة الإدارة، مقارنة مع السلطة التقديرية الواسعة التي تحظى بها الإدارة، وهذا ما يدفعنا دائما إلى البحث عن السبب الحقيقي الذي يستند عليه المتقاضي في دعواه، والذي على أساسه تم إلغاء القرار التأديبي.

إن هذا الاستنتاج الثاني يؤدي بنا إلى القول بأن موضوع الرقابة القضائية على القرارات التأديبية يقتضي ضرورة التعمق في دراسة حالات التأديب حماية لحقوق الموظفين من تعسفات سلطة التأديب.

وفي المقام الثالث، إن مسألة الرقابة القضائية على مشروعية القرارات التأديبية تثير عدة صعوبات ومشاكل في الجزائر، وذلك على العكس مما هو عليه الحال في فرنسا، نظرا لعدم إعطاء هذا الجانب المكانة التي يستحقها، من خلال تحديث وتطوير آليات عمله مقارنة مع الجانب الجنائي، خاصة وأن الدستور وضع على عاتق القضاء، واجب ضمان الحماية القضائية لحقوق وحرية الأفراد من تعسف وانتهاك الإدارة طبقا للمادة 139 منه.

وتحقيقا لهذا الغرض، جاء قانون الإجراءات الإدارية والمدنية باهتمام متميز أين وضع على عاتق القاضي الإلغاء ليس إلغاء الجزاء التأديبي أو فرض تعويض للمضرور عما أصابه من ضرر، إنما وظيفته تتعدى أبعد من ذلك، والتي قد تصل إلى حد توجيه أوامر للإدارة، أو فرض غرامات تهديدية عليها في حالة تعنتها في تنفيذ القرارات القضائية الحائزة على قوة الشيء المقضي فيه، خاصة عندما يتعلق الأمر بإعادة إدماج الموظف إلى منصب عمله، الأمر الذي يعزز ثقة الموظف في عدالة القاضي الإداري ويبعث فيه روح الاطمئنان.

معايير تحديد الصفقة العمومية في التشريع الجزائري وموقف القضاء الإداري منها



فضيلة : الأستاذ الدكتور عمار بوضياف

عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية

من جامعة تبسة - الجزائر الشقيقة

مقدمة :

إذا كانت الصفقات العمومية عقودا إدارية محدّدة بموجب التشريع فلا شك أن المشرع الجزائري بتقنيته للعمل والنشاط التعاقدية للإدارة يكون قد حدّد معالم وعناصر تميّز بها الصفقة العمومية عن غيرها من العقود الكثيرة التي تبرمها الإدارة العامة. وهو ما تأكد في مختلف قوانين الصفقات العمومية.

غير أنّ وضع معايير للصفقات العمومية من جانب المشرّع لم يمنع القضاء وكذلك الفقه من تقديم التفصيل حول هذه المعايير. بل إنّ كثيرا من هذه المعايير ذات منشأ قضائي ولعب الفقه دورا كبيرا في تحليلها وتأصيلها سواء في فرنسا أو مصر أو الجزائر. لذلك قدرنا تقسيم هذه الدراسة لمبحثين سنتناول في المبحث الأول المعايير التشريعية لتحديد الصفقات العمومية. وفي المبحث الثاني موقف القضاء الإداري من هذه المعايير.

المبحث الأول : المعايير التشريعية لتحديد الصفقة العمومية :

رجوعا للمرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المعدل والمتمم نجد المشرع الجزائري حدد جملة من المعايير ما إن توافرت كنا أمام صفقة عمومية، وإن غابت لا يمكن وصف العقد بالصفقة العمومية. فالعبرة بوصف المشرع وليس القاضي أو رجل الإدارة. وسنخصص لكل معيار مطلب.

المطلب الأول : المعيار العضوي.

المطلب الثاني : المعيار الشكلي.

المطلب الثالث : المعيار الموضوعي.

المطلب الرابع : المعيار المالي.

المطلب الخامس : معيار الشرط غير المألوف.

المطلب الأول : المعيار العضوي.

تتميز الصفة العمومية من حيث الجانب العضوي أنّ الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة الإدارية أو أي مؤسسة عمومية أخرى مذكورة في النص طرفا أساسيا فيها. أي أنّ أحد أطراف الصفة شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص حسب الحال. فالعقد الذي لا تكون أحد الجهات المحددة بموجب المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 طرفا فيه أو الجهات التي حددها التشريع لا يمكن اعتباره صفة عمومية.

وإذا عدنا لتعريف الصفقات العمومية في الجزائر وفي مختلف مراحل تطور تشريع الصفقات العمومية (مرحلة 1967 و 1982 و 1991 و 2002 و 2010) نسجل مدى التذبذب الكبير الذي وقع فيه المشرع بين مرحلة تشريعية وأخرى فيما يخص مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية والهيئات المعنية به. فأحيانا يضيّق من مجال التطبيق فيخصص هيئات ويبعد أخرى، وأحيانا أخرى يوسع من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية. ثم يعود فيضيّق ثم يوسع من جديد. ويرجع تفسير ذلك قطعا لطبيعة كل مرحلة التي سنّ فيها قانون أو تنظيم الصفقات العمومية وهو ما سنفصله فيما يلي:

• موقف المشرع الجزائري من المعيار العضوي :

- المرحلة السابقة على صدور تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2002 :

إنّ هذه المرحلة الطويلة نسبيا عرفت صدور أمر ومرسومين للصفقات العمومية. أمر 67-90 مرسوم 82-145 والمرسوم التنفيذي 91-434. فهذا أمر 67 نصّ صراحة على الهيئات المعنية بالصفة هي الدولة الولاية (العمالة) البلدية المؤسسة والمكاتب العمومية مستبعدا بذلك المؤسسات الصناعية والتجارية وواعدة بإصدار مرسوم يبيّن كيفية تطبيق هذا القانون على الشركات الوطنية والمؤسسات والمكاتب العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وهذا ما نصّت عليه المادة الأولى الفقرة 2 من الأمر 67-90، وعلى ذلك اعتبرت المؤسسات الصناعية والتجارية في أول الأمر غير معنية بالخضوع لقانون الصفقات العمومية الأول لسنة 67.

أمّا المرسوم 82-145 المتعلّق بالمعامل العمومي فقد قدمت المادة 5 منه مفهوما واسعا للهيئات المعنية بمجال تطبيقه فجاء فيها عبارة:

- جميع الإدارات العمومية .

- جميع المؤسسات والهيئات العمومية.

- جميع المؤسسات الاشتراكية.

- أي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقات.

ولم يكتفي المرسوم المذكور بشمول أحكامه لأشخاص القانون الإداري كالدولة والولاية والبلدية والمؤسسة الإدارية بل مدها أيضا لجميع المؤسسات الاشتراكية سواء كان نشاطها تجاريا أو صناعيا وحقق بذلك ما لم يحققه أمر

67-90. ووسع المرسوم من نطاق الهيئات المعنية بأحكامه حتى شملت وبمنطوق المادة 20 الاستغلالات الفلاحية المنظمة والمسيرة في إطار التسيير الذاتي والتعاوني¹. وبعبارة (جميع وكل) الواردة في المادة 5 من المرسوم 82-145 أراد المشرع لتنظيم الصفقات العمومية الثاني شمولية أكثر ومجالاً أوسع فخص به جميع القطاعات الإدارية والتجارية والصناعية والفلاحية ، وهذا ما يؤكد الطابع الأيدلوجي لمرسوم 82 ومدى تأثره بالفكر الاشتراكي وهو أمر كان يتماشى وهذه المرحلة.

غير أنّ هذه المرحلة لم تدم طويلاً إذ صدر القانون 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية وتكريساً له صدر المرسوم رقم 88-72 المؤرخ في 29 مارس 1988 والذي نصّت مادته الأولى على أن: "تطبق أحكام هذا المرسوم على الصفقات العمومية التي تبرمها الإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فقط والمسماة أدناه المتعامل العمومي".

وهكذا أخرج المشرع عقود المؤسسات الاقتصادية بعد أن كان قد أدجها في ظل الصفقات العمومية بموجب المرسوم 82-145 المذكور.

وبخصوص المرسوم التنفيذي 91-434 فقد ضيق المشرع من مجال تطبيقه وهذا ما يتضح من خلال مادته الثانية التي عدت على سبيل الحصر الهيئات المعنية فذكرت الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري. وهكذا عاد المشرع واستبعد المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري فلم يشملها بالنص. وهذا إصلاح يلائم طبيعة المرحلة الجديدة بعد إقرار دستور جديد للبلاد لسنة 1989.

- مرحلة تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2002.

نصت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 02-250 على ما يلي: "لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخوصمة ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة".

- مرحلة تنظيم الصفقات العمومية الحالي (المرسوم الرئاسي 10-236).

في البداية ينبغي الإشارة أن المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية والمتعلقة بمجال التطبيق تذكرنا بالمادة 7 من قانون الإجراءات المدنية وما خضعت له من تعديلات كثيرة بين مرحلة وأخرى كيف لا وقد خضعت المادة الثانية لتعديلين بعد ظهور النص الأصلي سنة 2010 ويتعلق الأمر بـ :

¹-لتفصيل أكثر بخصوص الوحدة الاقتصادية راجع: أحمد عماري النظام القانوني للوحدات الاقتصادية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 1984، ص3 وما بعدها. وأيضاً الدكتور عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسر للنشر والتوزيع، 2010، ص40 وما بعدها.

*المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 04 لسنة 2012.

*المرسوم الرئاسي 13-03 المؤرخ في 13 يناير 2013 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 02 لسنة 2013.

وجاءت المادة 2 من المرسوم الرئاسي في صيغتها الجديدة بعد تعديل 2013 المذكور كما يلي: " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل نفقات :

- الإدارات العمومية.

- الهيئات الوطنية المستقلة.

- الولايات.

- البلديات.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري....".

وهذه كلها أشخاص القانون العام تخضع تقليديا لتنظيم الصفقات العمومية.

ثم أضافت المادة 2 ما يلي:

- مراكز البحث والتنمية. وورد ذكرها في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250. وفي النص الأصلي أي المرسوم الرئاسي 10-236.

- المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي. وهي الأخرى مذكورة في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250. ومشمولة بالمادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني. وقد أدرجت أيضا في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250. كما أدرجت في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني. ولم يرد ذكرها في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250 بل شملها تعديل 2008 بموجب المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 62 لسنة 2008. وشملها نص المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236.

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة. وهي مطابقة للمادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250. ومطابقة للمادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236.

وجاء في المادة 2 في صياغتها الجديدة سنة 2013 أنه يتعين على المؤسسات العمومية غير الإدارية عندما تنجز عملية غير ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أن تكييف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية والعمل على اعتمادها من هيئاتها المؤهلة.

وحملت المادة 2 المذكورة حكما صريحا وباتا أن المؤسسات العمومية الاقتصادية لا تخضع لأحكام المرسوم المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية ولا يعينها كأصل عام في تعاقداتها مع الغير. ومع ذلك ألزمها المرسوم باحترام مبادئ الصفقات كمبدأ المساواة بين المترشحين ومبدأ الشفافية وحرية الاستفادة من الطلب.

- المعيار العضوي في المادة 2 من المرسوم الرئاسي الجديد :

واضح من المادة 2 من المرسوم الرئاسي بعد تعديل 2013 أنّ المشرع فصل بشأن مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية والهيئات المعنية به كما يلي :

1- الإدارات العمومية :

لقد وردت عبارة الإدارات العمومية بشكل مطلق وتتسم بشيء من الشمولية والإطلاق. فتدخل تحت طائلة هذا المصطلح الدولة باعتبارها تتمتع بالشخصية القانونية والمعنوية طبقا للمادة 49 و50 من القانون المدني الجزائري. ويدخل تحت هذا الوصف الكبير الأشخاص المركزيّة الأخرى كرئاسة الجمهورية والوزارة الأولى أو رئاسة الحكومة كما كانت تسمى سابقا والوزارات المختلفة والمصالح الخارجية للوزارات المتمثلة في المديرية التنفيذية على مستوى الولايات. وهذا أمر طبيعي طالما تمتعت كل هذه الهيئات بالطابع الإداري. وعدت قراراتها قرارات إدارية. وخضع العاملون بها للقانون الأساسي للوظيفة العامة وللقوانين الأساسية.

2- الهيئات الوطنية المستقلة :

لم يشر قانون الصفقات العمومية الأول لسنة 1967 لهذه الهيئات بصريح النص واقتصرت المادة الأولى كما رأينا على ذكر الدولة والعمالات والبلديات والمؤسسات والمكاتب العمومية. ثم جاء المرسوم 82-145 وذكرت المادة 5 منه عبارة جميع المؤسسات والهيئات العمومية، وتلي بالمرسوم التنفيذي 91-434 والذي أوردت المادة 2 عبارة الهيئات الوطنية المستقلة وهو ذات الوصف المشار إليه في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250.

ونصت المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 أن الهيئات الوطنية المستقلة مشمولة بتنظيم الصفقات ومعنية بالخضوع إليه في روابطها العقدية إذا توافرت كل الشروط المتعلقة بهذا الخضوع.

ويقصد بالهيئات الوطنية المستقلة موضوع المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 السلطات غير التنفيذية المستقلة كالبرلمان بغرفتيه (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) والمجلس الدستوري والحكمة العليا ومجلس الدولة ومجلس المحاسبة والهيئات الاستشارية الوطنية كالمجلس الاقتصادي والاجتماعي. إذ قد تضطرّ هذه الهيئات جميعا إلى الدخول في علاقة عقدية بعنوان صفقة عمومية من أجل قيامها بنشاطها.

وما يميّز الهيئات الوطنية المستقلة عن الهيئات المحلية أنّ نشاط الأولى (الهيئات الوطنية) يمسّ ويشمل كامل إقليم الدولة كما هو الحال بالنسبة للهيئات المذكورة. فلا يتصور مثلا أنّ هيئة وطنية كالبرلمان يقتصر نشاطها على جزء من إقليم الدولة دون الجزء الآخر ومثل ذلك بالنسبة لباقي الهيئات.

3- الولاية :

تعتبر الولاية مجموعة إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وهي وحدة إدارية منفصلة عن

الدولة من جهة انفصالا عضويا وقانونيا، ومنفصلة أيضا عن البلدية. ونظرا لأهميتها ذكرت الولاية كتنظيم إداري في كل الدساتير الجزائرية دستور 1963 في المادة 9 منه ودستور 1976 في المادة 36 ودستور 1989 في المادة 15 ودستور 1996 في المادة 15 منه.

فالولاية تشكل كيانا ذاتيا ولها وجود مستقل كرسه القانون المدني في المادة 49 و50، وكرسه أيضا قانون الولاية الأول لسنة 69 في مادته الأولى والثانية وكذلك قانون الولاية لسنة 90 في مادته الأولى. وقانون الولاية الثالث ساري المفعول لسنة 2012 في نص مادته الأولى.

ولما كانت الولاية تتمتع بأهلية التعاقد الثابتة والمؤكدة في هذه النصوص، فإن وظيفتها داخل التنظيم الإداري للدولة وأعبائها المختلفة تفرض عليها الدخول في علاقات عقدية لتنفيذ مشاريع تنمية وخدمة الجمهور. لذا كان يجب الاعتراف لها من جهة بأهلية التعاقد، ومن جهة أخرى اعتبار عقودها كأصل عام من قبيل العقود الإدارية إذا توفرت فيها العناصر والشروط المذكورة في قانون الصفقات العمومية.

ومن أجل ذلك خصّ المشرع الولاية بالذكر في كل قوانين الصفقات العمومية، فقد ورد ذكرها في المادة الأولى من الأمر 67-90 باسم العمالة (الولاية). وذكرت وصفا في المادة 4 من المرسوم 82-145 بعبارة جميع الإدارات. ثم عاد المشرع وذكرها بالتحديد في المادة 2 من المرسوم التنفيذي 91-434 بعبارة (الولايات) وهي ذات العبارة الواردة في المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 02-250. والمادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 منذ بداية ظهورها.

ولقد أكد المشرع على خضوع الولاية لتنظيم الصفقات العمومية في المادة 113 من قانون الولاية، لسنة 1990 والتي جاء فيها: "تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريد للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري وفقا للتشريع المعمول به". وهو ما تأكد في نص المادة 135 من القانون 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 والمتعلق بالولاية والتي جاء فيها: "تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمطبقة على الصفقات العمومية." ومنه تنضح الإحالة الصريحة والمعلنة من قانون الولاية لتنظيم الصفقات العمومية وهذا مسلك من جانب المشرع نباركه.

4- البلدية :

تعتبر البلدية البنية القاعدية في التنظيم الإداري الجزائري وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي. وهي وحدة إدارية منفصلة انفصالا عضويا وقانونيا عن كل من الدولة والولاية.

وقد تمّ ذكرها هي الأخرى في كل دساتير الدولة، دستور 1963 في المادة 9 منه. ودستور 1976 في المادة 36، ودستور 1989 في المادة 15، ودستور 1996 في المادة 15 منه.

فالبلدية تشكل كيانا مستقلا وذاتيا ثبته القانون المدني في المادة 49 و50 وكرسه أيضا قانون البلدية لسنة 1990 في المادة الأولى منه. وكذلك المادة الأولى من قانون البلدية ساري المفعول لسنة 2011.

ولما كانت البلدية تتمتع بالشخصية المعنوية وبأهلية التعاقد فإنّ وظيفتها ضمن إطار التنظيم الإداري للدولة ومهامها المختلفة والمتنوعة تفرض عليها هي الأخرى الدخول في علاقات عقدية من القانون العام بهدف النهوض

بأعباء التنمية المحلية وخدمة الجمهور سيما وأنها تمثل قاعدة للامركزية.

ولا شك أنّ البلدية حين استعمالها لوسيلة القانون العام فإنها تخضع حينئذ لتنظيم الصفقات العمومية سواء عند إبرامها لعقود الأشغل أو الخدمات أو التوريد.

ولهذا السبب ورد ذكر البلدية في كل قوانين الصفقات العمومية وتمت الإشارة إليها بالوصف الدقيق وبعنوان البلديات في المادة الأولى من أمر 67-90. وورد ذكرها بالوصف المطلق في المادة 5 من المرسوم 82-145 بعبارة جميع الإدارات. ثم ذكرت بالتحديد في المادة 2 من المرسوم التنفيذي 91-434. وذات الأمر في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250.

وإلى جانب قواعد تنظيم الصفقات العمومية، أفرد المشرع في قانون البلدية لسنة 1990 أحكاما خاصة بصفقات البلدية ورد ذكرها في المواد من 117 إلى 120. وقد جاءت هذه المواد لا سيما المادة 117 بالتحديد مؤكدة على خضوع صفقات البلدية المتعلقة بالأشغل والخدمات والتوريد لقانون الصفقات العمومية. بل حتى المؤسسات البلدية التي تحدثها البلدية والتي تتمتع بالطابع الإداري تخضع لقانون الصفقات العمومية. كما نصت ذات القاعدة في القانون 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية صراحة على خضوع صفقات البلدية للتنظيم الساري المفعول على الصفقات العمومية.

وجاءت المادة 2 من المرسوم الرئاسي لسنة 2010 في النص الأصلي والتعديل الوارد عليه مؤكدة على خضوع البلدية لتنظيم الصفقات. ولا غرابة في ذلك فهي هيئة عامة خضعت تاريخيا لتنظيم الصفقات وتقوم سائر نشاطاتها عن طريق الخزينة العامة.

5- مراكز البحث والتنمية وبعض المؤسسات العمومية :

لقد جاءت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 02-250 مفصلة بشأن أنواع المؤسسات العمومية المعنية بالخضوع لقانون الصفقات العمومية. فذكرت المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وهذه الأخيرة شملتها بالذكر والوصف مختلف قوانين الصفقات العمومية سواء أمر 67-90 في المادة الأولى. مرسوم 82-145 في المادة 5. المرسوم التنفيذي 91-434 بمنطوق المادة 2 منه .

غير أنّ الجديد الذي حملته المرسوم الرئاسي لسنة 2002 أنّه فصل في ذكر المؤسسات العمومية إلى جانب المؤسسات العمومية الإدارية ذكر مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي.¹ والمؤسسات العمومية ذات الطابع الثقافي والمؤسسات العمومية ذات الطابع المهني. بل إنّ مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية امتد ليشمل المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بإنجاز مشاريع استثمارية بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة .

ومن الواضح أنّ المشرع أدمج بموجب المادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250 أشخاصا قانونية اختلفت من

¹ - أنظر المرسوم التنفيذي 99-256 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999 بحدد كفاءات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها (الجريدة الرسمية رقم 82-1999) والرسوم التنفيذية رقم 99-257 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999 بحدد كفاءات إنشاء وحدات البحث وتنظيمها وسيرها.

حيث طبيعتها ومن حيث مهامها ومن حيث القانون الذي تخضع له. وهو ما استقر عليه المرسوم الرئاسي 338/08 المذكور. وجاء المرسوم الرئاسي 10-236 في نص مادته 2 مثبتا قاعدة خضوع مراكز البحث في تعاقدها لتنظيم الصفقات العمومية.

فالدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الإداري كلها تمثل أشخاص القانون العام فقرارات هذه الهيئات قرارات إدارية. ومن يعمل فيها يكتسب صفة الموظف العام طبقا للقواعد المقررة في القانون الأساسي للوظيفة العامة. وإلى جانبها ذكرت المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني .

وإذا كان الإشكال لا يطرح بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكذلك ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني كونها لا تبغى من حيث الأصل ربحا من خلال نشاطاتها، فإن الأمر لا يكون كذلك بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري. فالمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي لا يمكن اعتبار قراراتها بمثابة قرارات إدارية. ولا العاملين فيها بالموظفين العموميين الخاضعين لقانون الوظيفة العامة. ولا يمكن اعتبار منازعاتها من قبيل المنازعات الإدارية تطبيقا للمفهوم العضوي للمنازعة الإدارية والمكرس بمطوق المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية الأولى لسنة 1966 والثابت والمؤكد بمقتضى المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008.

• مدى خضوع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لتنظيم الصفقات العمومية :

جاءت المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 لتتبنى ذات التوجه المكرس سنة 2002 والمعدل سنة 2008 والمتعلق بمحاولة مد تنظيم الصفقات العمومية لعدد كبير من المؤسسات العمومية، وإلى جانب المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكذلك ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني ذكرت المادة 2 المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

غير أن خضوعها لتنظيم الصفقات العمومية متوقف على شرط التمويل الجزئي أو الكلي للصفقة من خزينة الدولة. وهكذا نظر المشرع لمصدر التمويل ومعيار تدخل المال العام لخضوع المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لتنظيم الصفقات العمومية.

ولا شك أن النظرة التوحيدية التي توخاها المشرع من خلال المرسوم الرئاسي الجديد ومحاولته لمد أحكامه لكل القطاعات أيا كانت طبيعة المؤسسة وسواء كانت شخصا من أشخاص القانون الخاص أو شخصا من أشخاص القانون العام لها مزايا عديدة كون أن هذه المؤسسات جميعها تستعمل المال العام. ثم أن التوحيد قد يجد من ظاهرة الفساد المالي ويجعل كل صفقات الهيئات العمومية تتم في كنف الشفافية والعلن والوضوح مع تطبيق مبدأ المساواة.

- الإشكالات الناتجة عن مد تنظيم الصفقات للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري :

سبق البيان أن المرسوم الرئاسي 10-326 وبموجب المادة 2 منه حاول مد أحكام تنظيم الصفقات العمومية للقطاع الصناعي والتجاري ولو ضمن شروط وفي حالات معينة.

غير أن هذه الشمولية لجال تطبيق تنظيم الصفقات المكرسة بموجب المادة 2 المذكورة ستحدث إشكالات عملية

على المستوى القضائي في غاية من التعقيد وبالتحديد في مجال الاختصاص النوعي. فإذا كانت المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري طرفا في الصفقة و تعلق الأمر باستثمار ممول من قبل ميزانية الدولة مثلا فطبقا للمادة 2 من المرسوم 10-236 فإن هذا العقد يخضع لتنظيم الصفقات العمومية سواء من حيث طرق الإبرام أو الإجراءات أو التنفيذ أو ممارسة السلطات (سلطات المصلحة المتعاقدة). فإذا حدث نزاع بخصوص هذه الصفقة طرحت إشكالية الاختصاص القضائي فهل تعود المنازعة لاختصاص القاضي العادي أم اختصاص القاضي الإداري طالما نعيش اليوم تنظيما قضائيا مزدوجا وتم فصل القضاء الإداري عن العادي كما تم تنصيب المحاكم الإدارية في أغلب الولايات. ؟

إنّ الإجابة على هذا السؤال ليست على قدر من السهولة بالنظر لآثارها من الناحية القانونية. فلو سلّمنا أنّ الاختصاص سيعقد للقاضي العادي اعتبارا من أنّ المنازعة لا نجد أحد أطرافها شخص من الأشخاص المحددين حصرا في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وهي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العامة ذات الطابع الإداري بل إنّ أحد أطرافها مؤسسة ذات الطابع تجاري أو صناعي. ومن ثم نقر الاختصاص للقاضي العادي.

غير أنّ هذا الحل وإن كان يكرّس المعيار العضوي المعمول به في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنّه يطرح إشكالية أنّ الصفقات العمومية تنطوي على أحكام على الغالب نجدها مقننة وثابتة في تنظيم خاص وهي في مجموعها قواعد تنطوي على الطابع الإداري الخاضع بما يجعلها تختلف اختلافا كبيرا عن العقود المدنية والتجارية. وما قد يضعف من درجة اعترافنا باختصاص القاضي العادي بالفصل في منازعة تتعلق بصفقة عمومية. أنّ هذا الفصل قد ينجم عنه تأثير القاضي العادي بروح القانون الخاص وهو يحكم في النزاع المعروض عليه رغم ما للصفقة العمومية من صلة وثيقة بمجال القانون العام لا الخاص.

ويثور الإشكال أيضا إذا ما نحن أسندنا الاختصاص للقاضي الإداري اعتبارا من أنّ المنازعة تدور حول صفقة عمومية وهذه الأخيرة عقد إداري فوجب أن ينظر فيها القاضي الإداري. غير أنّ مثل هذا الحل من شأنه أن يهز المعيار العضوي المعتمد عليه في توزيع قواعد الاختصاص بين جهات القضاء العادي وجهات القضاء الإداري وهي من النظام العام. فنكون أمام اختصاص للقاضي الإداري رغم أنّ أحد أطراف المنازعة مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري.¹

لذلك ذهب أستاذنا الدكتور محمد الصغير بعلي إلى الحكم على هذا التعدّد المفرط للمؤسسات المشمول بالمادة 2 من المرسوم الرئاسي 02-250 بعدم الجدوى.²

ونحن نؤيّد فيما ذهب إليه وما سجله من ملاحظة. وندعو المشرّع إلى إخراج المؤسسات العمومية ذات الطابع

¹ - لتفصيل أكثر راجع الدكتور عمار بوضياف، المعيار العضوي وإشكالاته القانونية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012، ص 31 وما بعدها. وأيضا الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، جسر للنشر والتوزيع، 2013، ص 315 وما بعدها.

² - أنظر لدكتور محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، عناية الجزائر، دار العلوم، 2005، ص 17. ولتفصيل أكثر بخصوص تطور فكرة المؤسسة في الجزائر وأثرها على الاختصاص القضائي: راجع:

2-RamdanBabadji le droit administratif en Algérie mutation et évolution Thèse de doctorat d'état université de paris 1 sorbone 1989 p 78 et s. El Fassi Fatima Azahra, les marchés publics de fournitures en droit Algérien, thèse de doctorat en droit, université de Montpellier, 1991. Mohamed Kobtan, le régime juridique de contrats du secteur public, étude de droit comparé Algérien et français, thèse de doctorat, université d'Alger. 1995

الصناعي والتجاري من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية. ذلك أنه إن كانت الوحدة القانونية فيما يتعلق بال عقود أو الصفقات مقبولة في مرحلة الاشتراكية أين وجدنا مرسوم 82-145 يطلق الوصف "جميع" "وكل" فإن هذه الوحدة تصبح عديمة الجدوى والفائدة في مرحلة تركزت فيها الازدواجية القانونية والازدواجية القضائية.

ولقد أحسن المشرع التونسي صنعا حين أخضع عقود المنشآت العمومية ومن بينها المؤسسات العمومية ذات الصبغة الصناعية والتجارية للقانون التجاري. وهو ما أكدّه الفصل الأول من قانون غرة فبراير 1989 المتعلق بالمنشآت والمساهمات العمومية. وتكون نزاعاتها راجعة بالنظر إلى المحاكم العدلية طبقا لأحكام الفصل الثاني من القانون عدد 38 لسنة 1999.

ورجوعا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد نجد المشرع اعترف للمحكمة الإدارية بالفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية. فهذه الفقرة 2 من المادة 804 اعترفت باختصاص المحكمة الإدارية بالنظر في الدعاوى المتعلقة بعقد الأشغال العامة وحددت اختصاص المحكمة بمكان التنفيذ. وهذه الفقرة 3 من ذات المادة أقرت الاختصاص للمحكمة الإدارية في مجال العقود الإدارية عامة مهما كانت طبيعتها وهذا بالنظر لمكان إبرام العقد أو تنفيذه.

غير أن الإشكال يظل عالقا أن المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا زال يستعمل التصنيف القديم للمؤسسات واكتفى في المادة 800 بذكر المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية ولم يدرج معها هيئات أخرى ذات طابع عمومي. كالتى جاءت بها المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 وهو ما سيثير إشكالات في غاية من التعقيد في مرحلة تطبيق قانون الإجراءات المدنية والإدارية. فحين ترفع أمام المحكمة الإدارية منازعة تتعلق بصفقة عمومية أحد أطرافها مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني كالجامعة مثلا. فهل يقر القاضي الإداري اختصاصه بالنظر في هذه المنازعة؟

طلما كانت المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي التي حددت قواعد الاختصاص النوعي، إلا أنه بالرجوع إليها لا نجد لها تشير لمؤسسات أخرى ذات طابع عام إلا للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري. وهنا نسجل عدم تطابق واضح بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتنظيم الصفقات العمومية هذا الأخير الذي جاءت مادته الثانية مفصلة في أنواع المؤسسات العمومية.

ومن المؤكد أن إشكالية الاختصاص النوعي ستعرف تعقيدا أكثر إن تعلقت الصفقة بمؤسسة صناعية وتجارية مولة كليا من الدولة. فلأي قاض تخضع المنازعة.

إن الإجابة عن هذا التساؤل لا تبدو واضحة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد. ومن وجهة نظرنا ينبغي الإسراع في مراجعة المادة 800 المذكورة على نحو يضمن قدرا من الملائمة والتنسيق بين نصوص قانونية وتنظيمية.

ولا نخفي تخوفنا من مد أحكام تنظيم الصفقات العمومية للمؤسسات الاقتصادية خاصة وأن هذه الأخيرة تسعى لتحقيق الربح من خلال نشاطها، فكيف يمكن التوفيق بين معيار السرعة الذي تعيش في ظله المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من جهة وبين تنظيم الصفقات الذي يفرض قواعد بطيئة من حيث الأصل كلما تعلق الأمر بإبرام صفقة عمومية من جهة ثانية. ويبقى أنه من الموضوعية أن لا نحكم على نص قبل تطبيقه لمدة معينة

حتى تتجلى لنا مزاياه وعيوبه من الناحية العملية.

- استبعاد التعاقد بين إدارتين عموميتين وإشكالاته القانونية :

جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236: "ولا تخضع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لأحكام هذا المرسوم". وهو ذات التوجه الذي كرسه المرسوم الرئاسي 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 المذكور.

ولعل الحكمة التي أراد المشرع تحقيقها من وراء هذا الاستبعاد من مجال تنظيم الصفقات العمومية بخصوص العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين، أن التعاقد بين الإدارات العمومية لا يثير إشكالية الفساد المالي أو شبهة المعاملة، اعتباراً أن العقد جمع بين جهتين عموميتين.

وتثير عبارة إدارة عمومية إشكالية فيما تعلق بحدود تفسيرها، فهل المقصود بها أشخاص القانون العام أي الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية، أم أن الأمر يمتد لباقي المؤسسات الأخرى مما ورد في المادة 2 من المرسوم الرئاسي 10-236 أي المؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني ومراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري ضمن شروط.

لا شك أن الفقرة الأخيرة من المادة 2 تحتاج إلى ضبط وتدقيق توخيا للوضوح وتفاديا لأي إشكال قد يطرح بشأن تفسير النص خاصة وأن الأمر يتعلق باستثناء وإبعاد من مجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية.

ولا نخفي إشكالا آخر ينجم عن تطبيق مقتضيات المادة 2 الفقرة الأخيرة ويتعلق الأمر بمخالفة مبدأ المساواة وهو من أهم المبادئ التي تبنى عليها الصفقات العمومية على اختلاف أنواعها، وتم تكريسه في المرسوم ذاته وفي المادة 3 منه والتي جاء فيها: " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام. يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في المعاملة...".

هنا نتساءل كيف يمكن تحقيق المساواة في المعاملة إذا كان العقد أصلا معفى من الخضوع لمبدأ الشفافية والإشهار، ويبرم بطريقة مخالفة لإبرام الصفقة العادية والمبينة في المرسوم الرئاسي 10-236، ويتم بطريقة تخلو من كل إعلان وصحافة، وفيها مفاضلة فهي أشبه ما تكون بحالة تراضي بسيط، وإن كانت حالة التراضي البسيط كما سنرى مقيدة بحالة في النص.

ثم أننا نثير إشكالا آخر ينجم عن تطبيق الفقرة الأخيرة من المادة 2 ويتعلق بالإدارات العمومية ذاتها. فإذا كان المرسوم يعفي الإدارة من الخضوع لتنظيم الصفقات العمومية إن هي أبرمت العقد مع إدارة عمومية أخرى، فكيف يكمن المفاضلة بين الإدارات العمومية نفسها. ولنوضح المسألة نضرب المثال التالي:

إذا أرادت الولاية التعاقد مع جهة عمومية ولتكن مؤسسة عمومية ذات طابع علمي وثقافي ومهني وهذا لإنجاز دراسة ما، وتعاقدت رأسا وببساطة إجراءات مع الجامعة. فهذا التعاقد ذاته وإن يصب في مضمون الفقرة الأخيرة من المادة 2، إلا أنه يطرح إشكالية التمييز بين الإدارات العمومية ذاتها. فإن كان مركز بحث وطني ما يستطيع القيام بالدراسة المطلوبة فلماذا يحرم من المشاركة وتعاقد الجامعة مباشرة ودون إجراءات مع غيره؟

كان من الفروض من وجهة نظرنا، وتطبيقا لمبدأ المنافسة من جهة، ومبدأ حرية الصناعة والتجارة وهو مبدأ دستوري من جهة أخرى، أن يفتح المشرع مجال المنافسة بين القطاع العام والقطاع الخاص ليثبت كل جدارته في تنفيذ موضوعات الأعمال محل الصفقات العمومية. وبالتالي نقترح إلغاء الفقرة الأخيرة من المادة 2 سابقة الذكر، وإخضاع الإدارات العمومية لإجراءات المناقصة ولو تم التعاقد فيما بينها.

المطلب الثاني : المعيار الشكلي .

رجوعا لتعريف الصفقات العمومية الوارد في المادة الأولى من الأمر 67-90 والمادة 4 من المرسوم 82-145 والمادة 3 من المرسوم التنفيذي 91-434. والمادة الثالثة أيضا من المرسوم الرئاسي 02-250 نجد المشرع الجزائري ثبت على مبدأ واحد وهو أن الصفقات العمومية عبارة عن عقود مكتوبة.

ولم تخرج المادة 4 من المرسوم الرئاسي 10-236 عن ما سبقها من النصوص فجاءت هي الأخرى معرفة الصفقات العمومية على أنها عقود مكتوبة طبقا للتشريع الجاري به العمل.

ولعلّ سر اشتراط الكتابة والتأكيد عليها في مختلف قوانين الصفقات العمومية في الجزائر يعود لسببين اثنين :

1- إنّ الصفقات العمومية أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية وأداة لتنفيذ مختلف البرامج الاستثمارية لذا وجب وبالنظر لهذه الزاوية أن تكون مكتوبة.

2- إنّ الصفقات العمومية تتحمل أعبائها المالية الخزينة العامة، فالمبالغ الضخمة التي تصرف بعنوان الصفقات العمومية لجهاز مركزي أو محلي أو مرفقي أو هيئة وطنية مستقلة تتحملها الخزينة العامة.

لذا وجب أن تكون الصفقات العمومية مكتوبة إلى جانب أنها تتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة في العقود المدنية والتجارية كما سنفصل ذلك حقا.

وبشرط الكتابة تتميز الصفقة العمومية على بعض العقود المدنية التي قد لا يشترط التشريع من أن تكون مكتوبة كالعقود الرضائية . ويقصد بالكتابة بمفهوم المادة 4 الكتابة الإدارية العادية على ورق عادي موقع من قبل أطراف الصفقة ومختوم ويحمل تاريخا معينا دون حاجة لإفراغه في شكل عقد توثيقي على يد موثق. فالإدارة كما تصدر قراراتها الإدارية، وتتمتع بالطابع التنفيذي، دون حاجة للجوء لسلطة أوجهة أخرى، فكذاك هي من تكتب سائر بنود الصفقة بالنسخ المطلوبة وبعدها تبدأ عملية التوقيع. وطبعاً هذا يدخل أيضاً في مرونة النشاط الإداري فلا يعقل إلزام الإدارة باللجوء للموثق كلما تعلق الأمر بتحرير صفقة عمومية.

- الاستثناء الوارد على القاعدة :

إذا كان المشرع الجزائري قد شدد على عنصر الكتابة في مختلف قوانين الصفقات العمومية كما رأينا للأسباب المذكورة، فإنه أورد استثناء على القاعدة حددته المادة 7 من المرسوم الرئاسي 10-236 بقولها: "تبرم الصفقات العمومية قبل أيّ شروع في تنفيذ الخدمات وفي حالة وجود خطر يهدد استثماراً أو ملكاً للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي يمكن الوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي المعني أن يرخص بموجب مقرر معلل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة. وترسل نسخة من هذا المقرر إلى الوزير المكلف بالمالية ولجلس الحاسبة وتم

إضافة هذا الأخير في تعديل 2013.¹

من النص أعلاه يتبين لنا أن المشرع جعل الأصل أن التنفيذ عملية لاحقة على إبرام وهذا الأخير مرهون بالكتابة، فلا تنفيذ إلا بعد توقيع الصفقة من الجهة المخولة قانونا بذلك. والقاعدة هنا تتماشى والمنطق القانوني فلا يعقل بدء عملية التنفيذ في حين إجراءات تحرير الصفقة أو توقيعها لم يتم بعد.

غير أن المشرع منح ترخيصا للمصلحة المتعاقدة فمكّنها من إجراء تنفيذ العقد أو الصفقة قبل عملية الإبرام، وعلّق الأمر على ترخيص يمنح من قبل الوزير الوصي على القطاع المعني بالصفقة أو مسؤول الهيئة المستقلة أو الوالي المختص إقليميا وهذا بموجب مقرر معلّل أي يحتوي على جملة من الأسباب تسوغ اللجوء للتنفيذ قبل مباشرة عملية الإبرام.

ولا شك أنه لا يمكن اللجوء لهذا الأسلوب أو هذا الترخيص إلا في حالات محدّدة لذلك جاء نص المادة أعلاه بعبارة: "... وفي حالة وجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي...". وهي حالات موضوعية ومعقولة تبرر الوضع الاستثنائي والخروج عن القاعدة بمباشرة الخدمة موضوع الصفقة قبل إتمام عملية الإبرام.

ويبقى أن المصلحة المتعاقدة هي أول من يتحرك لدى الجهات المخولة بالترخيص. ويقع عليها عبء تبرير وجه الخطر، نطاقه وأثاره. كما تبين في حالات أخرى جانب المساس بالملك محاولة منها لإقناع الجهات المعنية (الوزير أو الوالي) بهدف إصدار الترخيص. وإذا صدر الترخيص من الجهة المركزية أو مسؤول الهيئة المستقلة أو السلطة المحلية ممثلة في الوالي وجب إرسال نسخة منه لوزير المالية بما يعكس أثر الصفقة العمومية على الخزينة العامة وإلا ما كان أن يلزم الوزير المعني أو مسؤول الهيئة المستقلة أو الوالي المختص إقليميا بإرسال نسخة من الترخيص لوزير المالية.

كما فرضت المادة 7 من المرسوم الرئاسي 10-236 إعداد صفقة تصحيحية أو صفقة تسوية خلال مدة ستة أشهر من بدء التنفيذ إذا كان موضوع الصفقة يفوق المبالغ المذكورة والمحددة في المادة 6 من تنظيم الصفقات العمومية. بما يؤكد مرة أخرى على أهمية الكتابة. فرغم أن التنفيذ بدأ وقطع شوطا معتبرا. فهذا لا يعني إهمال عنصر الكتابة بل لا بدّ من إجراء وإعداد صفقة تصحيحية. ثم أن وجود الصفقة ورقيا مهمة جدا كوثيقة إدارية ومحاسبة تحفظ ضمن وثائق الإدارة وتستعمل عند الحاجة.

ومن المفيد التذكير بمناسبة الربط بين أحكام المرسوم الرئاسي الجديد لسنة 2010 والمرسوم 02-250. أن المرسوم الجديد تضمن إضافة غفل عنها سابقه فيما خص الأشخاص الذين يملكون إصدار الرخصة ببدء التنفيذ قبل إبرام الصفقة. فمرسوم 02-250 ذكر في المادة 6 منه شخصيتين حصرا هما الوزير المعني والوالي ولم يتم توسيع الأشخاص المؤهلين بإصدار الترخيص حتى بمناسبة تعديل 2008 والذي مس مقطعا من المادة 6.

وهنا طرح السؤال الجوهرى والأساس إذا كان الظرف الاستثنائي المبرر والمتعلق بخطر يهدد ملكا لهيئة وطنية مستقلة وليكن البرلمان أو المجلس الدستوري فهل نلجأ للوزير وأي وزير هو وصي على البرلمان أو المجلس

¹ - ورد ذات الاستثناء في المادة 7 من المرسوم التنفيذي 91-434. وفي المادة 10 من المرسوم 82-145 المذكور.

الدستوري. وهل يعقل أن نلجأ للوالي والأمر يتعلق بهيئة وطنية مستقلة. في الحقيقة غفل المرسوم الرئاسي 02-250 عن ذكر شخصية مهمة هو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة فكان عليه أن يعترف له هو الآخر بسلطة إصدار ترخيص مباشرة التنفيذ إذا توافرت حالات اللجوء لهذا الاستثناء.

ومن محاسن تنظيم الصفقات العمومية الجديد لسنة 2010 أنه استدرك الوضع ونصت المادة 7 منه صراحة أن مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة هو الآخر بإمكانه إصدار ترخيص ببدء تنفيذ الصفقة قبل إتمام عملية إبرام الصفقة.

المطلب الثالث : المعيار الموضوعي .

رجوعا لقوانين الصفقات العمومية الجزائرية والصادرة في مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة نلاحظ أن المشرع لم يثبت على طريقة واحدة في وصف متى نكون من حيث موضوع العقد أمام صفقه عمومية. فتارة نجد النص القانوني يوسع من نطاق الصفقة العمومية أحيانا، وأحيانا أخرى يضيق من هذا النطاق.

إن الإدارة تبرم عقودا كثيرة ولا يمكن بحال من الأحوال اعتبار جميع ما تبرمه من عقود مختلفة بمثابة عقود إدارية إذ الشرط الأساسي لاعتبار العقد إداريا أن تسلك الإدارة فيه طريق القانون العام.

لذا وجب إبعاد جملة من العقود التي تبرمها الإدارات العمومية والحكم بعدم صلاحية إطلاق وصف الصفقة العمومية عليها من قبيل ذلك مثلا عقود التأمين وعقود النقل والتزويد بالغاز والكهرباء وغيرها من العقود الخاصة وهو ما أشارت إليه صراحة المادة 2 من أمر 67-90، والمادة 8 من المرسوم 82-145، والمادة 5 من المرسوم التنفيذي 91-434.

ولما كانت الصفقات العمومية عقودا إدارية محدّدة تشريعا أو تنظيما من حيث موضوعها وجب حينئذ الرجوع للتشريع أو التنظيم لمعرفة موضوع الصفقة العمومية. فالمادة الأولى من أمر 67-90 تحدثت عن إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات وجاء الفصل السادس من ذات الأمر مفصلا في أحكام الصفقات المتعلقة بالدراسات من المادة 64 إلى 67 منه. أمّا أحكام المرسوم 82-145 فقد خصّت بالذكر إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات وما هو ما أشارت إليه المادة 4 المذكورة وهي نفس الصفقات المشار إليها في المادة 3 من المرسوم التنفيذي 91-434. غير أن المرسوم الرئاسي 02-250 إلى جانب ذكره لعقود الأشغال وعقود اقتناء اللوازم وعقود الخدمات أضاف عقود الدراسات.

وجاءت المادة 4 من المرسوم الرئاسي 10-236 مؤكدة على الأصناف الأربعة من الصفقات العمومية وهي عقد الأشغال العامة وعقد اقتناء اللوازم وعقد الخدمات وعقد الدراسات. فخارج هذه العقود الأربعة لا نكون من الناحية الموضوعية أمام صفقة عمومية. وورد تأكيد هذه العقود في المادة 13 من ذات المرسوم الرئاسي.

المطلب الرابع : المعيار المالي :

لما كان للصفقات العمومية صلة وثيقة بالخزينة العامة وجب حينئذ ضبط حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية. ذلك أنه من غير المعقول إلزام جهة الإدارة على التعاقد بموجب أحكام تنظيم الصفقات العمومية في كل الحالات وأيّا كانت قيمة و مبلغ الصفقة بما ينطوي عليه إبرام الصفقة من مراحل طويلة.

لا شك أنّ إيجاب الإدارة على التعاقد في كل الوضعيات والحالات بحسب الكيفية المبينة في تنظيم الصفقات العمومية وما تفرضه من إشهار وإجراءات ورقابة وقيود سيبحث بطئا كبيرا في أداء العمل الإداري. ذلك أنّ الإدارة كما تتعاقد بمبالغ كبيرة وضخمة تتعاقد أيضا بمبالغ بسيطة، وإن كان إلزامها بالخضوع لأحكام تنظيم الصفقات مقبولا وسائغا ومطلوبا بل وضروريا عندما تكون المبالغ كبيرة ومرتفعة، فإنّ الأمر لا يكون كذلك إن تعلّق الأمر بمبلغ بسيط. ويعود من حيث الأصل للمشرّع صلاحية تحديد الحد الأدنى المالي المطلوب لإعداد صفقة عمومية مع إمكانية تغيير هذا الحد بين الفترة والأخرى لأسباب اقتصادية. ومع إمكانية تغيير هذا الحد بين صفقة وأخرى فما صلح كحد لعقد الخدمات لا يصلح كحد لعقد الأشغال العمومية بما تتطلبه هذه الأخيرة من أموال ضخمة.

ويبدو الهدف من وراء فرض حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية، تخضع لتنظيم الصفقات، هو ترشيد النفقات العامة. فكلّما كان المبلغ كبيرا تحملت الخزينة أعباءه ووجب أن يخضع العقد لأصول وأحكام إجرائية تكشف للجمهور وتعلن من حيث الأصل. كما تخضع لأطر رقابة محددة. أمّا إذا المبلغ الناتج عن التعاقد بسيط فلا داعي من إرهاق جهة الإدارة وإجبارها على التعاقد وفق تنظيم الصفقات العمومية عند ما تريد مثلا شراء مستلزمات مكتبية بمبالغ بسيطة.

- العتبة المالية قبل 2010 :

إن دراسة مستفيضة للحد المالي المطلوب لإبرام صفقة عمومية في الجزائر تقودنا إلى نتيجة أن هذا الحد اختلف بين مرحلة وأخرى. وهذا أمر طبيعي فنسبة التضخم تختلف بين فترة وأخرى. لذا وجب أن يكون الحد المالي المطلوب أو العتبة المالية متحركا غير ثابت. وما يؤكد أنّ الحد الأدنى للصفقة قد يختلف من مرحلة إلى أخرى، وقد يختلف من صفقة إلى صفقة.

فالمرسوم التنفيذي 91-434 مثلا في نص مادته 6 ذكر حدا أدنى يفوق مليونين دينار للحكم بوجود صفقة عمومية فجاءت المادة كما يلي: "كل عقد أو طلب يقلّ مبلغه أو يساوي مليونا دينار جزائري 2.000.000 دج لا يتطلب حتما إبرام صفقة بمفهوم هذا المرسوم."

ونظرا لأسباب اقتصادية ومالية تدخل المشرّع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-178 المؤرخ في 26 جوان 1994 فعُدّل أحكام المادة 6 و7 من المرسوم التنفيذي لسنة 1991 ليرتفع بذلك الحد الأدنى المطلوب لإبرام صفقة من مليوني دينار إلى ثلاثة ملايين دينار. ولذات الأسباب السابقة ارتفع الحد الأدنى من ثلاثة ملايين دينار جزائري إلى أربعة ملايين دينار جزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-87 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998. وهو ذات الحد الذي تبناه المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تعديل قانون الصفقات العمومية في المادة 5 منه.

ولم يستقرّ الأمر طويلا إذ أعلن المرسوم الرئاسي 03-303 المعدّل والمتمّم للمرسوم الرئاسي 02-250. المتضمن تنظيم الصفقات العمومية عن أحكام مالية جديدة فميّز بين أنواع الصفقات العمومية من جهة، ومنح وزير المالية أحقية تحيين المبالغ من جهة أخرى.

فميّز المشرّع بين عقود الأشغال وعقود التوريد من جهة وعقود الخدمات والدراسات من جهة أخرى. فالحد الأدنى المطلوب في عقود الأشغال وعقود التوريد طبقا للمادة 5 من مرسوم 2003 المذكور يساوي ستة ملايين دينار أي أقل من هذا الحد لا تلزم الإدارة بإبرام صفقة طبقا لتنظيم الصفقات العمومية.

ولا شك أنّ تحرك المشرّع ورفع الحد الأدنى المالي المطلوب لم يكن من فراغ بل هناك مؤثرات ودوافع اقتصادية أدت إلى ذلك مبعثها ارتفاع أسعار مواد البناء وتدهور قيمة الدينار وتغيّر نسبة التضخم وغيرها من الأسباب. أمّا عقود الخدمات وعقود الدراسات فقد ضبطها النصّ بمحدّد واحد قدره بأكثر من 4 ملايين دينار يمثل القاعدة العامة.

- سلطة وزير المالية في تحيين المبالغ :

نصّت المادة 5 من تعديل تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2003 على أنّ : "يمكن تحيين المبالغ المذكورة أعلاه بصفة دورية بموجب قرار من وزير المالية وفق معدل التضخم المسجل رسميا."

واضح من النصّ أعلاه أنّ المشرّع ومراعاة منه لحركية وتيرة الاقتصاد الوطني ومواكبة نسب التضخم منح وزير المالية سلطة تحيين الحد الأدنى الواجب مراعاته لإبرام الصفقات العمومية ذلك أن غياب إجراء التحيين يعني تعديل القيمة المالية و الحد المالي بنصّ مماثل أي مرسوم رئاسي أو نصّ أعلى منه. ومن الطبيعي أن إصدار مرسوم رئاسي يتطلب مدة أطول مقارنة بقرار وزاري. ورغم أنّ الرخصة منحت لوزير المالية لإحداث تغيير في الحد الأدنى المالي المطلوب لإبرام صفقة عمومية. فإننا لا نخفي الإشكال القانوني الناجم عن ممارسة هذه الرخصة فنكون أمام قرار وزاري صادر عن وزير المالية يعدّل مرسوما رئاسيا أعلى منه درجة وأكثر حجّة بما تطرح هذه الإشكالية من المساس بمبدأ توازي الأشكال ولو أنّ المرسوم الرئاسي فوّض وزير المالية ممارسة سلطة تحيين المبالغ.

و بحسب متابعتنا لأعداد الجرائد الرسمية سجلنا عدم استعمال وزير المالية لهذا الترخيص أو هذا الإجراء رغم اختلاف نسبة التضخم ما بعد 2003.

- الحد المالي في تعديل 2008 :

لقد جاء المرسوم الرئاسي 338/08 معلنا عن تغيير في الحد المالي المطلوب لإبرام صفقة عمومية بما اقتضى تغيير المادة 5 التي رفعت في العتبة المالية في عقد الأشغال العامة وعقد التوريد إلى أكثر من 8 ملايين دينار. أما عقد الدراسات وعقد الخدمات فلم يشملهما التعديل واستقرت العتبة المالية بالنسبة إليهما عند أكثر من 4 ملايين دينار.

- العتبة المالية المطلوبة في المرسوم الرئاسي لسنة 2010 :

نصت المادة 6 من المرسوم الرئاسي 10-236 على أنّ : "كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار 8.000.000 أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين دينار 4.000.000 لخدمات الدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم."

من النصّ أعلاه يتضح جليا أننا لا نكون أمام صفقة عمومية تخضع لإجراءات إبرامها للمرسوم الرئاسي 10-236 إلا إذا تعلق الأمر بقيم مالية محدّدة ومبيّنة في المرسوم ذاته. فهذا الأخير حدّد عتبة مالية بوجودها نكون من الناحية المالية أمام صفقة وبعدم توافر العتبة لا نكون أمام صفقة وتتحرر الإدارة المعنية من الخضوع لإجراءات الإبرام المحددة في المرسوم الرئاسي. بما يعني أن المعاملة العقدية ستعرف سرعة أكثر من حيث الظهور ولا تخضع للإجراءات البطيئة المتعلقة بالصفقة العمومية.

فلو تعلق الأمر بأشغال عامة تريد الإدارة القيام بها و كانت قيمة هذه الأشغال تساوي من الناحية المالية 8 ملايين أو تقل عنها فلا حاجة لإبرام صفقة طبقا للإجراءات المبينة في المرسوم الرئاسي. والإدارة معفاة هنا من الخضوع إليها.

فكأنما المشرع أراد في حدود مالية معينة أن لا يتشدد فيلزم الإدارة في كل الحالات وفيما خص كل القيم المالية بالخضوع لتنظيم الصفقات. لا شك أن وضعاً كهذا سيخلف حالة من الشلل العام وسط الإدارات والمؤسسات العمومية فتصبح الإدارة مقيدة بإجراءات الإبرام ولو تعلق الأمر بقيم بسيطة. وهو ما سيعود بالسوء حتى على المنتفعين من خدمات المرفق العام. لذا أحسن المشرع صنعا حين حدد عتبة مالية معينة بوجودها وتوافرها نكون أمام صفقة عمومية وبغيابها تتحرر الإدارة من إجراءات الإبرام.

- سلطة وزير المالية في تحيين المبالغ :

إن سلطة وزير المالية في تحيين المبالغ بين الفترة والأخرى كما رأينا سلطة جاء بها تنظيم الصفقات العمومية السابق بمناسبة تعديل 2003 كما أشرنا إلى ذلك سابقا. وها هي الفقرة الأخيرة من المادة 6 من المرسوم الرئاسي 10-236 تكرر ذات القاعلة وتعترف لوزير المالية بتحيين المبالغ بصفة دورية تبعا لمعدل التضخم المسجل رسميا. فوزارة المالية هي الوزارة الوصية على الشأن المالي لمختلف قطاعات الدولة. وهي من تعلم قبل غيرها بنسب التضخم المسجلة رسميا. فكان من المعقول الاعتراف بوصايتها على مجال الصفقات العمومية. ولا غرابة في ذلك والأمر يتعلق بنفقات عمومية ستخرج من الخزينة العامة. فوزارة المالية هي من أعدت التقرير العام بخصوص مشروع تنظيم الصفقات العمومية ورفعته للأمانة العامة للحكومة. ويكفي الاستدلال بديباجة المرسوم الرئاسي 10-236 والتي جاء فيها :

إن رئيس الجمهورية.

بناء على تقرير وزير المالية..."

ولعل سر الاعتراف لوزير المالية بتحيين المبالغ المذكورة بين الفترة والأخرى مرده أن إجراءات المرسوم الرئاسي أكثر ثقلا من القرار الوزاري. فعوض تغيير مادة واحدة من المرسوم الرئاسي بمرسوم رئاسي يماثله، وتتمس الأرقام والمبالغ، وقد يستغرق الأمر إجراءات طويلة ووقت كبير، نعترف لوزير المالية بإصدار قرار انفرادي يتضمن تحيين المبالغ.

فوزير المالية هنا لم يضع عتبة مالية جديدة غاية ما في الأمر أنه قام بمعادلة الأرقام بين وضع قديم تضمنه المرسوم الرئاسي وبين وضع جديد فرضته نسب جديدة للتضخم والمسجلة لدى وزارة المالية. وحسنا فعل المشرع حين كرس للمرة الثانية سلطة وزير المالية في تحيين المبالغ.

المطلب الخامس : معيار الشروط الاستثنائية (البند غير مألوف) .

مما لا شك فيه أن وجه تميز العقد الإداري عن العقد المدني يكمن في أن العقد الإداري يخوّل جهة الإدارة ممارسة مجموعة سلطات وامتيازات لا وجود لها على صعيد القانون الخاص. وقد أقرت بالأساس لتمكين الإدارة من تحقيق الأهداف المرجوة من وراء تعاقدتها وفي تلبية حاجات الأفراد وتحقيق المصلحة العامة.

ولقد كرّس المشرّع الجزائري هذا المفهوم في مختلف قوانين وتنظيمات الصفقات العمومية فاعترف للإدارة بممارسة جملة من السلطات والامتيازات التي لا نجد لها مثيلا على مستوى دائرة القانون الخاص.

فهذه المادة 99 من المرسوم الرئاسي 02-250 اعترفت صراحة للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد بعد توجيه إنذار للطرف المتعاقد بهدف الوفاء بالتزاماته وهو ما لم يقرره المشرّع في القانون المدني.¹ وذات التوجه كرسه المشرع في المادة 112 من المرسوم الرئاسي 10-236 والتي اعترفت للمصلحة المتعاقدة بسلطة فسخ الصفقة من جانب واحد بعد توجيه إنذار للمتعاقد معها.

من أجل ذلك ذهب القضاء الفرنسي إلى القول أنّ الشروط الاستثنائية هي التي تمنح المتعاقدين حقوق أو تضع على عاتقهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن يقبلها من تعاقد في نطاق القواعد المدنية أو التجارية.²

وليس بعيدا عن هذا الوصف والتعريف ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى القول : " إنّ العقد الإداري هو العقد الذي تكون الإدارة طرفا فيه ويتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة. وتأخذ فيه الإدارة بأسلوب القانون العام بما تضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد".³

المبحث الثاني : تطبيقات القضاء الإداري للمعايير التشريعية.

إذا كان المشرّع الجزائري قد خصّ العقود الإدارية أو الصفقات العمومية بتشريع خاص ولم يخضعها للقانون الخاص (المدني والتجاري)، فقد حرص من جهة أخرى على تحديد جملة من المعايير التي تميّز الصفقات العمومية عن غيرها من عقود الإدارة المختلفة.

والحقيقة التي لا يمكن إنكارها أنّ هذه المعايير سابقة الذكر ساهمت مساهمة كبيرة في مساعدة أجهزة القضاء الإداري لتطبيق أو إبعاد قواعد الصفقات العمومية بحسب توافر هذه المعايير من عدم توافرها وفيما يلي بعض هذه التطبيقات:

1- معيار أو شرط الكتابة :

لقد تشدّد القضاء الإداري جزائري ممثلا في مجلس الدولة بشأن شرط الكتابة في قرار له صدر بتاريخ 14-05-2001 بين بلدية بوزريعة ومقاوله تحت رقم 001519 الغرفة الرابعة غير منشور بالقول: "...من المقرر قانونا وفقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية فإنّها تعتبر الصفقات العمومية عقودا مكتوبة وإنّه يلزم تحت طائلة البطلان أن تتضمن بيانات محدّدة على سبيل الحصر بما يستفاد منه أنّ الكتابة شرط لانعقاد الصفقة العمومية وتتعلّق بالنظام العام."

¹- راجع وقارن المواد 59 وما بعدها من القانون المدني الجزائري مع المواد من 99 و100، المرسوم الرئاسي 02-250.

²- أنظر: J.WALINE, Droit administratif, 7^{eme} = édition 1957, P 900.

³- أنظر الدكتور عصمت عبد المجيد الشيخ، المرجع السابق، ص181. الدكتور فؤاد العطار، المرجع السابق، ص568.

ويُتبيّن لنا من خلال هذا القرار أنّ مجلس الدولة طبق نصوص تنظيم الصفقات العمومية تطبيقاً كاملاً ولم يجد عنها. فالمشرّع وصف في تنظيم الصفقات الصفقة على أنّها عقد مكتوب، وما كان على القضاء الإداري إلا أن يعترف بهذا العنصر المميّز للعقود الإدارية كونها عقود مكتوبة ولما تنطوي عليه كما رأينا من أهمية وخطورة في ذات الوقت. وبالتالي فإننا نثني على ما ذهب إليه مجلس الدولة في قراره المذكور. ولا نعتقد أنه سيغير موقفه خاصة وأن المادة 4 من المرسوم الرئاسي 10-236 لا تختلف عن المادة 3 من المرسوم الرئاسي 250/02 ولا تختلف في صياغتها عن المادة 3 من المرسوم التنفيذي لسنة 1991 من حيث اعتبار الصفقات العمومية عقود مكتوبة كما سبق البيان.

2- المعيار العضوي :

في قرار له صدر بتاريخ 05-11-2002- ملف رقم 003889 ذهب مجلس الدولة إلى التقيّد حرفياً بنصوص القانون وأقرّ مبدأ عدم خضوع المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري لقانون الصفقات العمومية. وبالتعبية أقرّ أيضاً عدم اختصاص القاضي الإداري للبت في النزاع القائم بخصوص إبرام مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري لصفقة عمومية.¹

وإذا كان مجلس الدولة في القرار أعلاه أصاب إصابة بالغة من حيث مضمون القرار، إلا أنّه لم يكن موفقاً في تأصيله وتسبب به فبدل أن يشير القرار في حثياته للمادة الثانية من المرسوم التنفيذي 91-434 سابقة الذكر والتي ورد فيها فقط عبارة الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وهو ما يعني إقصاء وإبعاد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري بعدم ورودها و ذكرها في نص المادة الثانية من المرسوم 91-434. أشار القرار للأمر 67-90 والذي أقرّ عدم خضوع عقود هذه المؤسسات لمحتوى أحكامه رغم أنّ هذا الأمر كما مرّ بنا من خلال التطوّر التاريخي لتشريع الصفقات العمومية قد ألغيت تقريباً كل مواده بموجب المرسوم 82-145- وبموجب المرسوم التنفيذي 91-434 وخاصة المواد المتعلقة بالمعيار العضوي وبمجال التطبيق.

وأسس مجلس الدولة قراره على المادة 59 من الأمر 67-90 والتي أقرّت عدم خضوع المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري لمقتضيات الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتعلّق بالصفقات العمومية.

وكان حري بمجلس الدولة والنزاع منشور أمامه سنة 2002 أن يطبق التشريع الجاري به العمل ساعة عرض النزاع وهذا التشريع هو المرسوم التنفيذي رقم 91-434 دون حاجة لذكر تشريعات أخرى سبق أن أقرّ إلغائها أكثر من مرة كما تقدم معنا البيان ونعني بذلك الأمر 67/90 المذكور.

¹-قضية (ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق قسنطينة منشور بمجلة مجلس الدولة ، الصادرة عن مجلس الدولة الجزائري ، العدد 3، 2003، ص109.

وللربط والمقارنة أنظر قرار مجلس الدولة بتاريخ 15-04-2003 الغرفة الأولى والذي اعتبر فيه أن الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري هي مؤسسات ذات طابع صناعي وتجاري وبالتالي لا تكون نزاعاً القائمة مع متقاضين خاضعين للقانون الخاص من اختصاص الجهة القضائية الإدارية.

أنظر مجلة مجلس الدولة الصادرة عن مجلس الدولة الجزائري، العدد 4، 2003، ص77.

وأيضاً قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقاً بتاريخ 30-04-1995.

ونعتقد أن المحاكم الإدارية ستواجه إشكالية كبرى في مجال الاختصاص خاصة بالنظر للمعيار العضوي كون أن المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اكتفت بذكر المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية ولم يرد فيها أي إشارة لباقي المؤسسات الأخرى كالمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني. وستتعمق الإشكالية أكثر إن كان أحد أطراف النزاع مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري. وسنفصل هذا الأمر عند التطرق لمنازعات الصفقات العمومية.

3- معيار أو شرط الحد المالي الأدنى المطلوب لإبرام صفقة عمومية :

لقد طبق القضاء الإداري الجزائري ممثلاً في مجلس الدولة شرط الحد الأدنى المالي المطلوب لإبرام صفقة عمومية وهذا من خلال المنازعات المعروضة عليه.

ففي قرار له صدر بتاريخ 30-07-2001 الغرفة الرابعة الفهرس 17/07 رقم القرار 003955 ذهب مجلس الدولة إلى القول: " شرط الصفقة ليس ضروريا في الأشغال التي تقل قيمتها عن ثلاثة ملايين 3.000.000 دج- اتفاق على تقديم أشغال لصالح البلدية نهاية الأشغال وتسليمها - تقويم الأشغال ب 1.214.800 دج اعتبار البلدية بالدين - شرط الصفقة ليس ضروريا في الأشغال التي تقل قيمتها عن 3.000.000 دج".

وعليه قرّر المجلس إلزام بلدية مولاي العربي بدفع مبلغ 1.214.800 دج كمبلغ أصلي و 100.000 دج تعويض.

وفي قرار له غير منشور بتاريخ 08-10-2001 ذهب مجلس الدولة إلى القول : "من المقرر قانوناً أن الاتفاق على الأشغال والتي تبرمه الإدارة ولا يفوق قيمته 3000.000 دج 3 ملايين دينار جزائري لا يكون صفقة عمومية ولا يخضع في إجراءاته في حالة النزاع إلى المادتين 99 و 100 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتعلق بالصفقات العمومية".¹

وفي قرار لنفس المجلس غير منشور صادر بتاريخ 30-10-2001 أكد المجلس على هذا الشرط بقوله: "من المقرر قانوناً أن الأشغال التي تقل قيمتها على ثلاثة ملايين دينار جزائري ليس من الضروري فيها شرط عقد الصفقة وعلى عرض القضية على اللجنة الاستشارية. والثابت في قضية الحال أن الدين ثابت باعتراف المستأنف عليها ولا نزاع فيه وأن قيمته تقل عما استوجبه القانون في عقد الصفقة وبالتالي فلا مجال للحديث عن شرط الصفقة".²

وفي قرار له مؤرخ في 16-12-2003 ذهب مجلس الدولة إلى القول : "إنّ المبلغ المحدّد للحد الأدنى من أجل إبرام صفقة عمومية قد طرأ عليها عدة تعديلات بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-178 المرسوم التنفيذي 96-84 والرسوم التنفيذي رقم 98-87 المؤرخ في 7 مارس 1998 وأنّ هذا المرسوم الأخير قد حدّد الحد الأدنى للمبلغ 4000.000 دج (أربعة ملايين دينار جزائري)، ومتى ثبت في قضية الحال أنّ إبرام اتفاقية إنجاز الأشغال بين طرفي النزاع كان بتاريخ 16-05-1998 وبقيمة 3847165.98 أي أقل من 4000.000 دج الحدّد في المرسوم التنفيذي رقم 98-87 المؤرخ في 07-03-98. وهو الواجب التطبيق في هذه الحالة فإنّ طرفي النزاع لم يكونا ملزمين بإبرام عقد

¹ - القرار رقم 004966 الغرفة الرابعة مدير الصحة والسكان لولاية وهران والمقابلة.

² - القرار رقم 003955 الغرفة الرابعة بلدية م. والمقابلة.

الصفقة العمومية.¹ وهو نفس التوجه من جانب مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 20.07.2004. وبذلك يكون القضاء الإداري الجزائري قد طبق حرفيا الحد الأدنى المطلوب لإبرام صفقة عمومية والمبين بموجب نصوص رسمية.

قائمة المراجع :

أولا :النصوص الرسمية :

- 1-الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية.
- 2-مرسوم 82-145 المؤرخ في 10-04-1982 المنظم للصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي.
- 3-المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
- 4-المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.
- 5-المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 9-11-1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية
- 6-المرسوم التنفيذي 99-256 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999 يحدد كفايات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها .
- 7-المرسوم التنفيذي رقم 99-257 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999 يحدد كفايات إنشاء وحدات البحث وتنظيمها وسيرها.

ثانيا : المؤلفات :

باللغة العربية :

- 1-أحمد عماري النظام القانوني للوحدات الاقتصادية في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 1984.
- 2-الدكتور محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، عنابة الجزائر، دار العلوم، 2005،
- 3-الدكتور عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري، جامعة حلوان، 2002،
- 4-الدكتور عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010
- 5-الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 6-الدكتور فؤاد العطار، القانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديدة، 2001، مصر.

¹ - القرار رقم 011306 الغرفة الأولى بلدية الحمديّة ولاية الجزائر وشركة SCOAL .

باللغة الفرنسية :

J.WALINE, Droit administratif, 7^{eme} = édition 1957,

- ثالثا : المقالات :

الدكتور عمار بوضياف، المعيار العضوي وإشكالاته القانونية في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012
رابعا : المجلات القضائية :

1- مجلة مجلس الدولة العدد 3 سنة 2003.

2- مجلة مجلس الدولة الصادرة عن مجلس الدولة العدد 4.

خامسا : رسائل جامعية باللغة الفرنسية :

- 1- Bennadji Cherif, l'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie, thèse de doctorat d'état, université d'Alger, 1991.
- 2- Ramdane BABADJI le droit administratif en Algérie mutation et évolution Thèse de doctorat d'état université de paris 1 sorbone 1989.
- 3- El Fassi Fatima Azahra, les marchés publics de fournitures en droit Algérien, thèse de doctorat en droit, université de Montpellier, 1991.
- 4- Mohamed Kobtan, le régime juridique de contrats du secteur public, étude de droit comparé Algérien et français, thèse de doctorat, université d'Alger. 1995

الانزاج بالإعلام في القانون المغربي دراسة على ضوء مدونة التأمينات الجديدة



بقلم الأستاذ : يوسف الزوجال، دكتور في الحقوق
مستشار بالمركز الأكاديمي للدراسات الأسرية بطنجة
عضو المركز الأكاديمي للدراسات القانونية والقضائية بأصيلة
Email : ZAOUJAL999@gmail.com

مقدمة :

أثبتت بعض الدراسات التي أجريت في قطاع التأمين بالإضافة إلى غلاء خدمات التأمين والمعاملة السيئة للمؤمن له، صعوبة قراءة وثائق التأمين وغياب الإعلام عن الخدمات التي تقدمها شركات التأمين¹. ومن هنا تبرز الأهمية القصوى للالتزام بالإعلام بحيث لا يمكن أن يستعلم كل متعاقد عن كل الأشياء التي تكون محل التعاقد

فالمستهلك "يحتاج إلى حماية من نوع خاص تبدأ منذ فترة ما قبل التعاقد، وتنتهي بمرحلة ما بعد الاستهلاك فالبائع ملزم بإخبار المشتري وتزويده بكل النصائح والمعلومات التي تساعد على تحديد موقفه من التعاقد"².
و يحقق الإعلام بالنسبة للمستهلك امتيازين هما:

-الامتياز الأول يخول للمستهلك، إمكانية معرفة ثمن السلع أو الخدمات مسبقا، دون إجراء أي اتصال مع المهني، وذلك يعني أن القانون يضمن للمستهلك الحرية التامة في التعبير عن اختياراته، بعيدا عن كل تأثير قد يجبر المستهلك على اختيار بعض الأنواع من الخدمات، التي لا تستجيب لرغباته

-الامتياز الثاني وهو ما يحققه هذا الإعلام من منع في ممارسة التفاضل ما بين المستهلكين، فالقانون يحرم على المهني كل ما من شأنه يؤدي إلى تفضيل مستهلك على آخر، من حيث السعر، بالنظر إلى شخصيته أو صفته الاجتماعية.

¹V. Belouas : "Le secteur des assurances n'a pas bonne presse selon "l'éger & léger", La vie économique, vendredi 17 juillet 1988, p : 19.

54 53 (: 2003 " ' 6 \$ "%& " " :
45 (1994 1 - ". & / 0 1 2 : &, , "3 * "+" , " & 2

على سبيل المقارنة عمل المشرع الفرنسي على إلزام المهني بتوضيح الالتزامات الواردة في العقد، بشكل يمكن المستهلك من استيعاب مضمونها.

ومن أمثلة ذلك ما جاء النص عليه في المادة 15-114 L التي تفرض على المهني ضرورة الإشارة إلى الأجل المحدد الذي يلتزم فيه المهني بتسليم الشيء أو تقديم الخدمة، ويجب توضيح ذلك في العقد بشكل يستوعبه المستهلك. ونظرا للأهمية التي يكتسيها، ركز المشرع المغربي في جل العقود المسماة مثل التأمين على الالتزام بالإعلام باعتباره وسيلة لإعادة التوازن المفقود بإلزام الطرف الأكثر علما بإعلام الطرف الأقل علما.

فما المقصود بالالتزام بالإعلام؟

وما مضمونه في إطار قانون حرية الأسعار و المنافسة خصوصا فيما يتعلق بالخدمات؟

وما جزاء الإخلال به؟

المبحث الأول : ماهية الالتزام بالإعلام و تمييزه عن الأنظمة المشابهة :

سنحاول من خلال هذا المبحث دراسة التأصيل المفاهيمي للالتزام بالأعلام وذلك من خلال التطرق لماهيته في (المطلب الأول) على أن أخصص تمييزه عن النظم المشابهة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول : ماهية الالتزام بالإعلام :

الإعلام في اللغة، هو الإفضاء ويشق من عبارة علم، علما، أي حصلت له حقيقة العلم ويقال أعلمه الأمر أي أطلعه عليه.¹

واصطلاحا فالإعلام عبارة عن بيان أو إشارة أو تعليمات يمكن أن تقدم توضيحا بشأن واقعة أو قضية ما.²

وأول من نادى بضرورة فرض الالتزام بالإعلام على عاتق المتعاقد الفقيه ربير³ Rippert.

يستفاد مما سبق أن الالتزام بالإعلام يستلزم من أحد المتعاقدين إعلام المتعاقد الآخر بكافة الوقائع والمعلومات لضمان تنفيذ العقد.

وهذا ما يسميه البعض "الالتزام الإيجابي" لأنه يفرض الالتزام بالصدق والأمانة نحو المتعاقد الآخر.⁴

يقول ذ. "عباسي بوعبيد" بهذا الصدد "يبدو أن هذا الالتزام حديث نسبيا في القانون حيث يتعلق الأمر بدرجة متممة للصدق والصراحة لاعتبار أن المتعاقد ملزم بالتصرف بشكل إيجابي، وهكذا فعندما يكون المدين على علم ببيان معين ويعتقد بأهميته بالنسبة للطرف الآخر يجب عليه أن يبلغه إليه.

يجب إذن أن يكون هذا الالتزام بالإعلام تلقائيا، فلا يجب استغلال ضعف الطرف الآخر الذي قد لا ينتبه إلى البيانات التي تهمة".⁵

¹ ، 2 - 4) 3 - 2 " ، " 5 : 718) ، " 9 * : " ، 8 ، 1 - 67 ، - 8 " + 2008 : 34)

³ G. Ripert : "La règle morale dans les obligations civiles en droit français", 4^e éd., 1949, n°40, p : 40.

⁴ Roselles : "Le droit pénal et la moralisation du contrat", th Aix-en-provence, 1967, p : 87.

⁵ : (;) 38)

المطلب الثاني : تمييز الالتزام بالإعلام عن الأنظمة المشابهة :

اختلف الفقهاء حول الألفاظ المستعملة للدلالة على الالتزام بالإعلام، فمنهم من استخدم عبارة Renseignement ومنهم من استعمل لفظة information أو عبارة conseil¹.

أما بالنسبة للفقهاء المسلمين والعرب لم يتفقوا بدورهم على مدلول واحد للتعبير عن الالتزام بالإعلام منهم من ركز على لفظ الالتزام بالتبصير² فيما يرى البعض الآخر أنه يستحسن استعمال لفظ "الالتزام بالإخبار"³، بينما بعض الفقهاء يفضلون توظيف كلمة الالتزام بالإعلام⁴.

الفقرة الأولى : تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالتحذير والنصح :

ميز الفقه بين الإعلام والتحذير والنصح⁵.

أولا : تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالتحذير :

التحذير هو "لفت نظر المتعاقد الآخر إلى المخاطر المادية أو القانونية المترتبة على التعاقد، إنه يوجد في منطقة وسطى بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالنصح فهو أقوى من مجرد الإعلام ولكنه لا يصل إلى درجة النصح، كما أن الالتزام بالإعلام يتلخص بصفة عامة في تقديم موضوعات موضوعية".

ثانيا : تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصح :

النصح "فهو التزام تبعي للالتزام الأصلي الذي هو محل العقد".

وفقا لما سبق، يعتبر واجب النصح واجبا لا ينافي في وجوده لأنه التزام يقع على الطرف الذي بسبب موقعه في العقد يملك معلومات لا يشاركه فيها الطرف الآخر⁶.

وهذا ينطبق كذلك فيما مجال التأمين نظرا لصعوبة الحصول على معلومات متعلقة بالعقد زيادة على عدم تخصص المستهلك (المؤمن له)، مما فرض كذلك على المشرع تكريس مبدأ الالتزام بالإعلام في مدونة التأمينات الجديدة.

الفقرة الثانية : تمييز الالتزام بالإعلام عن الإعلان :

الإعلام هو عبارة عن التزام قانوني سابق على إبرام العقد يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية. ويخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها إلى الطرف الآخر بهدف أن يصدر الرضى صحيحا سليماً من طرفي العقد.

فالإعلام هو نشر الحقائق والمعلومات والأخبار بين الجمهور بمعنى نشر الثقافة وتنمية الوعي السياسي

¹ - \$? 7 < = * 2 " ? ! @ > 3 3

: (;) 40A39

² 7 " % : " * % " B7 " , 1990 (: 1)

³ 2 < 6 " , : " * / 8 , % " 9 (: 2008 " 12 \$ " C & " % " 3 67 " % * : ; # :

⁴ 5 : (: 2001 4\$ & % 8 " C

⁵ 38 : (: 2007 / " # 10 \$ 5 " 67 # 2 D " , : / 2 E

⁶ 7 : (;) :

57 : (: 2003 3 \$ % 8 : & ; - " @ " & 8 F0 ; 0 " : # G F < #

⁵ 64 ? 48 : (;) :

⁶ 148 : (: 1991 % 8 & " C " / - : " ' 2

والارتقاء بالمدارك أي يمكن اعتباره أحد أشكال الاتصال التي تقدم بيانات ومعلومات للجمهور.

أما الإعلان فهو يهدف إلى ترويج المنتجات والخدمات بقصد تحقيق الكسب المادي و غالبا ما يكون مدفوع الأجر عادة وبحسب الوقت والمساحة التي تشتري من وسائل الإعلام المختلفة.

ادن الإعلام هو أكثر موضوعية من الإعلان الذي يخلو من قدر من المبالغة والتفخيم في التعبير وفي البيان أوصاف المنتجات والخدمات.

المبحث الثاني : مضمون الالتزام بالإعلام و جزاءه وفق مدونة التأمينات الجديدة :

سنقوم بدراسة هذا المبحث من خلال التطرق مضمون الالتزام بالإعلام (المطلب الأول) على أن نعرج الحديث جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام في مدونة التأمينات الجديدة وذلك من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول :مضمون الالتزام بالإعلام وفق مدونة التأمينات الجديدة :

ميز المشرع المغربي في مدونة التأمينات الجديدة بخصوص الالتزام بالإعلام بين ما يسمى فقها عقد التأمين الفردي وعقد التأمين الجماعي¹. وسنقتصر في دراستنا على الالتزام بالإعلام² في عقد التأمين الفردي.

بغض النظر عن مختلف المراحل التعاقدية ما قبل أو في إطار تنفيذ العقد المبرم من طرف المكتب المؤمن له³ يمكن إجمال الحماية المقررة عموما في مدونة التأمينات الجديدة في النقاط التالية المتطلبات الشكلية اللازم توفرها في بيان المعلومات (أولا) و الإعلام بشروط العقد و التزاماته كأهم وسيلتين حمائيتين مقررتين لحماية رضا المستهلك المؤمن له (ثانيا).

¹ (F & "C \$"') 106 ?B& 9 * : 7 B& , & "C \$"' (F & 1
)H \$ 8 7 & 1 = " 9 <2 G - * 7 F >2 B F 5", 5"- , -"F -
) 7 * 78 & ? 7 F = B8: . * " C 2 -"F " F -
) L7 8, / 8 # " F9 2 I "8 ? -& " - * " # ; "J # / K # " C = 7 > D, *2" 2
)112 : (;) "C . "' + " 2 # : ; "J #
)107 : (;) 99A17 8 I "' : " - * " #
)1934 " 28 M " " % + " * " " & = B ? & " F9 * : / & " , > #
)270 : (;) " <9 & " : " ,
"3 "> &

YAWAGA S: « les obligations précontractuelles de l'assureur », RGDA, 1997, p : 83.

1 2 7> / = @ & 8, (F' ? : "1 2 " " ? 0 "C \$"' / , 3
- 8 ! * "C 1 # & " + , # , - (F' /2 @ " : 8, # 1 2) 67 0 + #
) " * : & * : <>
)7 : (2006 ; > G & 2 '8 " "+" & 5 , B 5"- & " : 7
1 - %& " : # ? " +< + 7 \$ "' 53 8" (+ "% \$"' K 7> <7 - 9 " & , "' D ,
) " * : & * : <> 7, +< (F'
> 1 @ <) % ? %F' ? + # *2" + , # , - (F' ? 0 "C \$"' "
" & " K % # +< ! B "-F # %F' ! 7 +< (F' " : ! " H ! : ; > C
)145 : (2000- " & " : C
40 > <@ ? = ' 3 > : % (F' /2' ? > % . B /2' "C \$"' = 8
) " & # = ' 3 > : % (F' /2 2 " : # ? %
" , > " , ! <@ > & # 2 "C \$"' # P" H "C . "' & 5 " , > D , & 8
) % 8 5 " , <@ / , "-F G& , : 1 "8 : "' < " 3 - & & > (% F
)2 8" @ 104 : (;) "99A17 8" 8 I "' : " - * " 0

الفقرة الأولى : المتطلبات الشكلية كآلية حماية للشخص المكتتب في عقد التأمين :

حدد القانون المغربي مجموعة من الشكليات¹ لإخبار المؤمن له² والمتمثلة في اشتراط الكتابة وشكلها، كما استلزم توفر مجموعة من البيانات في عقد التأمين.

1- الشكليات و البيانات المستلزمة في بيان المعلومات :

I - اشتراط الكتابة :

لم يشترط المشرع المغربي قالبا أو شكلا خاصا في عقد التأمين³، إذ يجوز أن تكون شروط و بنود العقد مطبوعة ومكتوبة على الآلة الكاتبة أو محررة بخط اليد، باستثناء شرط وحيد وهو أن يكون العقد مكتوبا بحروف بارزة أو بحروف بارزة جدا، وهذا ما نصت عليه المواد 6 و 11 و 14 من مدونة التأمينات الجديدة⁴ بمعنى أن يكون تحرير عقد التأمين بحروف واضحة ومقروءة⁵.

و قد توخى المشرع المغربي بذلك تمكين المؤمن له -المستهلك من قراءة شروط العقد قبل إقدامه على التوقيع.

يستفاد مما سبق أن اشتراط الكتابة بحروف بارزة تعد أهم ميكانيزم يساهم في تكوين رضى متبصر للمستهلك عن طريق إعلامه بكافة شروط التعاقد خاصة الشروط الجوهرية.

II- لغة عقد التأمين :

تهدف مدونة التأمينات الجديدة إلى تبصير وتنوير المؤمن له إلا أنها لم تنص على اللغة التي يجب أن يكتب بها عقد التأمين بمعنى أي لغة كتب بها عقد التأمين تعتبر مقبولة من الناحية القانونية ولو كان أحد الطرفين لا

1998 = B " G & 2)) " & , 2' " 6 < 2 " 3

J.P.Pizzio : « formalisme des contrats : de la nécessité d'assurer la sécurité des contrats par le biais du formalisme », INC Hebdo, décembre 1988, n°636à639.

, (F & \$)) " "C & " & " " &, 2 = K# : " F
)132 : (1997A1996 = B "
)110 : (;) 99A17 8 l"" : " - * " 0
 ؟ إذا كانت مدة العقد تفوق سنة يجب كتابتها بحروف بارزة جدا على توقيع المكتتب ويجب التذكير بهذا الشرط في

كل عقد
(2
14
F
8
8

"-

:" = K : # G - & : ? # 1 2 <@ 7 (% - : ? (& , - "' ; >
" * " 5 " 7 " ' # < : % 2 :
" 0 ? 11
@ @ 2 # G >)" 7> B " % @ " " - " " !<@ & 1 " ? (67 31.08 8 \$ " " 8
"C = B& 2# <@ & , - " " ; K - " "

"يجب أن يحرر عقد التأمين كتابة بحروف بارزة".

1 2 # 2"" +< /% 7 K 2 -C "2< # & K K 2 L B" & H 2"
)113: (56 \$? 0 ; = B8 1998006003 M" " % ? 0 ; ""8
(1962 " "C &) &, 2 1 /L 2# +< 1962 " " 8 M" " % ? 0 ; "C " "8 6 < 2 "3
)890

R"5 " " " / , \$"" # %F? , I B # -F # N3> 0 ? I B /@ 2 I B %& @ % <7 I "- /2'9⁵
7 # 7 - @ "J * 5 " !@ 2 # \$" - " ' +< B 5" # " , %&) , -F ? , %8 "C \$" # & ,
) 5" 1 2 & , # J" *" 5" 2 "en italique" L 5" -" 2 , :)@"J . " & 7 ="8 /7 /2' 72'

)60 : (2003 " ' 6 \$ "%& " :

يفهمها¹.

فمن المعلوم أن أغلب عقود التأمين تتم من الناحية الواقعية باللغة الفرنسية رغم أن الدستور المغربي ينص على اللغة العربية باعتبارها اللغة الرسمية للبلاد طبقا لما جاء في تصدير دستور المملكة لسنة 1996².

ونؤيد بعض الفقه في اقتراحه المتعلق بتدخل المشرع بواسطة قانون حماية المستهلك ليفرض صراحة كتابة عقود الاستهلاك باللغة العربية حتى يتسنى للأغلبية المتعاملين بها إدراكها وفهمها³.

و استجابة لهذا المطلب عمل المشرع المغربي على استعمال تقنية تعريف المصطلحات التأمينية⁴.

2- المعلومات المستلزمة في عقد التأمين :

من أهم البيانات الواجب توافرها في عقد التأمين نجد تاريخ التوقيع والمعلومات الشخصية للأطراف ()، ثم نوع التأمين المبرم () . أما باقي البيانات سيتم ذكرها عند التطرق إلى الالتزام بالإعلام في عقد التأمين⁵.

أ - تاريخ توقيع عقد التأمين والمعلومات الشخصية للأطراف :

- أهمية تاريخ توقيع عقد التأمين و آثاره :

تتجلى أهمية تاريخ توقيع عقد التأمين بالنسبة لطرفي عقد التأمين في النتائج القانونية المتمخضة عنه والمتمثلة فيما يلي :

- انعقاد مسؤولية المؤمن له عن مدى صحة البيانات المعلومة لديه المؤثرة على فكرة المؤمن عن الخطر أو المؤثرة على رضائه و تحديد لحظة إبرام العقد فمنذ هذا التاريخ يلزم المؤمن له بأداء الأقساط مقابل تحمل المؤمن الضمان بالإضافة إلى تحديد أساس ترتيب المؤمنين المتعاقدين ضامني الخطر الواحد عندما تتضمن وثيقة التأمين شرطا خاصا يقضي بتوزيع المسؤولية بينهم وفقا للأسبقية في التاريخ (المادة 42 من مدونة التأمينات الجديدة). أما في حالة عدم الإشارة إلى ذكر تاريخ التوقيع في وثيقة التأمين فلا يترتب عن ذلك بطلانها.

¹ M " " % 3A64 8 ; F /%> & - 7 <FO 7 % - "'2 " , C ? & , GLK " - "' : "FS 7 "C = B& . : " T " C @ " , C 2 L H " : ? 0 ; " "8 = <@ 2 "C G , 1965Q01Q26)'6< " "B < # C / ,)127: (36A35 \$? 0 ; = B8 1983Q11Q25 M " " % ? 0 ; " "8)124: (1993 " " 67 \$ "C 2 1992Q06Q17 " "6 <2 "3)167: (145 \$ & = B& 99Q12Q15 M " " % ? 0 ; " "8)39: (2003 " 2# " ' 11 \$ "C 2 " # ? " , C " :1 - # & " /2 7 ,% , 27 0 L7 /2' / 6< T & C ? (% J" "> \$" # % " 9 K 2 " , C " 7 & -# 2 ? 2" " "> " > P # -%) 2" " K 67 , K = 2 C , < # B8) "> C & 2 * ? " % "> 8 ()16h18 2009Q05Q15 \$ - : M " www.senat.fr " 29 .8 "3# 5 " -0 G> "> C & , 2 1 ? (+< 67 G , & 26 /%> / F 2 & = ' ;> @) "> " J P "F# C 2 ?)62: (;) E " % * : B# & !<@ 7 8 , . - ?) & <7 , 7> -% / , U @ " - / 0 / 3 , " "734 /% H & <@ " -% 5 " , ? 0 B <@ -% 5 " , & / , " " !<@ ? " & , - " " , # 6< ? 5B#) / , 7 "6 < -% 46 !<@ 7 " -%)7 @# /80 ? # " -% . I " " 1 2 5"- " & B # D "> 6)7 " -% 5 " ,)2009Q2008 / 0 & " / " " & , " " & 67 & / * 5 . "5

- تحديد المعلومات الشخصية الخاصة بالأطراف المتعاقدة :

تختلف المعلومات الشخصية الخاصة بالأطراف المتعاقدة اللازم تضمينها في العقد من جهة المؤمن أو من جهة المؤمن له.

* من جهة المؤمن يجب تحديد اسم الشركة التعاضدية للتأمين أو اسم شركة التأمين إضافة إلى مقر عملها ورقم قيدها في السجل التجاري وضرورة الإشارة إلى أنها مقبولة خاضعة لأحكام القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة التأمينات، مكتوبة بحروف بارزة وموحدة بعد تسميتها التجارية¹.

* من جهة المكتب المؤمن له يجب ذكر الاسم العائلي والشخصي ثم مهنته وموطن ومقر عمله وفي التأمين على الحياة يلزم أيضا تعيين اسم الغير المستفيد إذا كان محمدا أو اسم الشخص المؤمن على حياته في حالة التأمين على حياة الغير وتاريخ ازدياده بحيث أن هذا التعيين في الشخص المؤمن له أو الغير المستفيد يجب أن يكون محمدا بصفة تنتفي عنه الجهالة².

ب- تبيان نوع التأمين: يجب أن يبين العقد نوعية التأمين أهو تأمين على الأشخاص أو تأمين من الأضرار³. ففي التأمين على الأشخاص يجب تحديد الشخص المؤمن على حياته أو الشخص المؤمن من الإصابات. أما في التأمين على الأشياء يجب بيان الشيء المؤمن عليه من الخطر بكل دقة، وذكر الحل المؤمن عليه من الحريق أو عدد الماشية ونوعها في التأمينات ضد موت الماشية أو المنتجات ونوعها في التأمين ضد البرد⁴.

الفقرة الثانية : إعلام المؤمن له من خلال شروط العقد الخاصة :

في هذا الإطار نصت الفقرة الأولى من المادة 10 من مدونة التأمينات على ما يلي :

"يسلم المؤمن للمؤمن له قبل اكتتاب العقد بيانا للمعلومات يبين على الخصوص الضمانات والاستثناءات المتعلقة بها وسعر هذه الضمانات والتزامات المؤمن له".

1 "J # : 2 ; "C . " (;) : 121

2 : 7 (;) : 76

3 "J # : (;) : 121

4 : 7 (;) : 77

(" 0 ? 57 ? (F B " 1 ? # / " % E H / F 5 / # 8 : , ? B & / 0 @ < 2 L H # " 8 8

وفي نفس السياق تنص المادة 13 من قرار وزير المالية والخصوصية الصادر بتاريخ 27 دجنبر 2004 المتعلق بعقد التأمين على أنه : "يجب أن يتضمن بيان المعلومات على الأقل ما يلي : الضمان أو الضمانات موضوع العقد¹ والاستثناءات والقيود المتعلقة بالضمانات² وحالات سقوط الحق³ وشروط الإحالة⁴ وشروط منح الاسترداد والتسبيق إذا نص العقد على ذلك و شروط إعادة التقييم والمشاركة في الأرباح و الوحدات الحسابية المعتمدة في العقد و كيفية احتساب قسط التأمين أو الاشتراك و إجراءات التصريح بالحوادث وخاصة الوثائق الواجب الإدلاء بها للاستفادة من التعويضات التي يضمنها العقد وآجال الإدلاء بهذه الوثائق و آثار التصريحات الخاطئة عند الانحراف أو عند وقوع الحادث و آثار عدم أداء قسط التأمين أو الاشتراك و نص شرط التحكيم بالنسبة للعقود التي تتضمنه.

يستفاد مما سبق أن المشرع المغربي حرص على توفير الإعلام الكافي للمؤمن له وذلك ما يتضح جليا بداية

" 1 B %&)15 : (1982 - "2> " " & " " 9 > L 2 # # B "3" : * @ 1) K "J # & # /K # = ' D , # G < /C" @ B)14 : (, - "2< 2 H" " 2 " , 9 > B "3" : V D +* .""B)-& " 2 & , " ? + <@ - J: " , 5"- ."" <@ < # "- G> B ? & , ! , " 2 0 " . 2 # "J % & , " : # ? 6 (- !<@ 7 (% - "' G 6< "F # - "' & , 1 2 M" = 365 "% & , 1 # " I " # 1 & /2 (% 1 +< G <@ 6< 6 & , ? 0 / 0 /80 ? / , M > " -F 1 2 <@ 45 7 "' " -F9 B M > G , " , '9 <7 ? 0 /& # 2 # "J , " -F9 <7 ? 0)" 30 27 () & , "% & "- (% # C B = K : # ? 17 (2 E "% = K -F # L > H " "B0 "L F / " : ? D , = * "J / , : B K %& K B K * 1 # ? @ " ') & , 8 " , - " " H & B K " : / 8 "2) K !<@ " < " "B)@ , 43 : (2004 1- - 16 : (2005 + 6 \$ 5 " & , , < - "' B , 2" \$ " : " #)@ , / K / ? 7 "2< " "8 / F 2 <@ " & B & - B = K & , , "' & G - & "C = B& # K " -F0 % F B & & , . K K " > " : = H 2004 " 29 W" ? 0 ; " "8 " 78 & +< 7 K 7 "- >2 # / " # / " 5"- 2" = -F0 / , 0 @ & 7 ' : : # 2# : (2005 + 8 \$: & / 0 & "C 2004Q1Q3Q592 + " 5 2004 " 29 W" 1424 \$? 0 ; " "8)98 ? 96)147 : (2002 " 13 \$, " 2000Q5Q1Q947 8" 5 2000Q12Q14 M" 4877 8" 2 : 6<2 "3# I B - " ' \$"' 5 7 "3) ; # , -F " "B0 "L F 5 F G> + # J" / : # "J "F0 <@ . - ? D J # ; + # 7 ' : B >% , # 67 # 8 , " / , B = K (F D " 0 = K # 1999 + 7 M" " % "> D& 2 " % " "8 =) & , 1 2 / 8 . 7 ' 8 2 7 ' # " =) & E "% "J "J EB "J = K D" B &

Rapport de la cour de cassation, 1999, RGDA2000, n°2, p : 743.

)58 : (;) : 7 " " <@ " # 1996 184 \$ - 0 G - & ; "J # 3 J "F0 <@ .8 +< "' < 2 "J 8 , - "' / , < 7 1" # 7 B 2 - "' 6 9 - "' %& 4 M" " % ? 0 ; " "8 =) "C = B& " "8 <@ * : ? "K > , 2 G> - "' /K 9 - "' 2 < , - " " & , \$ - . \$ - = E "% 8 "J)) 2 2 "- 2 5 " : 1998 " 30 (% F: # +<)) 1 - 1 - " 1980 " 22 W" (F & , # K9 , : "- .8 "J . -)D& B" "J ; # ? @ " "8 8 2 @ @ 2 B& H = B " 2 "- 1 " 2 (% F: " : " * ! " #)96Q4Q1Q201694 + " 5 7968 8" 1998 " 30 M" " % ? 0 ; " "8)38 8" @ 141 : (2004 " - " " , - " , 2'

من خلال اقتراح التأمين¹ و مروراً ببيان المعلومات المسلم لهذا الأخير الذي يحدد ويبين شروط التعاقد.

و في اعتقادنا يكفل بيان المعلومات المسلم للمؤمن له عدم التزامه باعتباره الطرف الأقل قدرة وخبرة بشروط لم تعرض عليه ولم يطلع عليها مما يدل على أن هذا المقتضى وسيلة حامية فعلية للمستهلك في عقد التأمين، فعلمه بشروط الإحالة يفتح له المجال لمناقشتها أو تعديلها حسب مصلحته قبل التزامة.

و وفق المادة 20 من مدونة التأمينات الجديدة فالتزامات المؤمن له هي :

- أداء المؤمن له قسط التأمين² والاشتراك في المواعيد المتفق عليها.

1 " ف0 <@ ? 1 +< / " ? K # "" I " 8 5", ? 0 1 ¹
B " ? + \$ - " @ I " 8) -C 6 - "' K -C " "-F & # " 2 * ,
""& I " 8: <@ = B ? & & # " F0 !<@ 2) ? = - - # "' 7 "- L #
"-F & . 7 . " 0 & K !" P"2 @# I " 8: E% & " D " # / 8
) " , 2
7 " K 2 3)52 : ("2< ; , 5", 2 = B ? " " 8" : / ,
\$"' # 3 2) / 8 & I " 8 G"- 5"- & I " 8 -& / "C \$"' # % <@
B " - < : & I " 8 2 ? " J H ? B & <@ G - ? ? K 8 "C
) / % # 10 / F I " 8: <@ D " < > 8 & , / , 5 L # , # & ,
"% - 8 2 7 B / & & 1 2 ? G X ? 0 1 - 8 ²
) - & % - & : @ #
X " : , <F @ +< "-F & 2 H =" F ! +< X " @ % - & : % - & A
) 7 % - 8 \$ 5 3 7 / % L > " ,
& : / & " = - 7 % F & " & G , 5 2 % - & ? 5 B : A
N " " / # @ 2 5 " % \$ " @ 0 , " 9 & 8 . 1 +< " & - 80 / %
) - ' ? 7 B "> " Y =" 7 1 L " B 5 2 ? B

- التصريح عند إبرام العقد بكل الظروف المعروفة لديه والتي من شأنها أن تمكن المؤمن من تقدير الأخطار.¹

- التصريح للمؤمن طبقا للمادة 24 من مدونة التأمينات الجديدة بالظروف² المنصوص عليها في بوليصة التأمين والتي ينتج عنها تفاقم الأخطار و اشتدادها³.

- إشعار المؤمن بكل حادث من شأنه أن يغير الضمان على أبعد تقدير خلال 5 أيام الموالية لوقوعه.

! , +< ; 0 0 & 2" " , 7 & 7 5", P"F0 , # + C ! , "-F ! , "-F 5 F ¹
) - 8
"-F / & K"2 ? + H @ A2 "J" -F# / & K"2 \$ 8 ? 1 " ""B @ A1 : , 3 "-F & D, P"
) "-F / & B \$ B @ A3 "-F ?
)1 @ 118 : (;) 99A17 8 I"" : "- * " #
) # - "' "-F "% ,
) B " K "-F 2 :# 1 A1)\$ 8 2 "J 2 # , K 2 # "-F -" ' A#: "-F - " ' A
G < E % 7 & / P . " / F & : - & "- * " : & " # <7
17 = @ /,> , H 12" L' & %F' !" & ? B *
)

)119 : (;) : "- * " #

A4)" C " ? # N 45 0 % N 17 0 , - / , ? P* , # 1 "-F , 2
@" J L " % "C # ? & G>)1 S # , 3 5 F "J 2 # +# "' "-F 2
) & , %F' # > F *L "J " * & ,

Picard et Besson : "Traité général des assurances terrestres en droit français", éd. 1938, p : 53-54

: K K - "' "-F " # 1 " : 21 20 : (;) : " 9 "2 5 B
) * H 8"> "-F 2 # A1
) 8 , - ; K "-F 2 # A2
) " ? \$ 8 3 "-F 2 # A3
: - "' !<@ "2<

André Besson : "Les assurances terrestres", T I, LGDJ, 4^{ème} éd., 1977, p : 21 à 24.

)48 47 : (;) : # >- #)86 84 : (;) : " / 2 B # "3#
K & / " ?& +< "-F " @ K "-F : "C "-F K "-F A#: 7%F 2 , : 2#" "-F <F : "-F \$ # A
" / F & (" > F <" 2 "C "-F #)G" "-F B 2 * , / F /80 ? # / F
A1)" %8 & (" 2 < * "-F ? ;2, ? /K * " / F & (" 2 < % "-F ?
+< 7 , "J "-F #) 8" /K & " , / ? " +< "-F @ , "-F : , "C "-F , "-F
"-F B "-F : "FZ & & !<@ ? & D, 5 B) /K "-F G ? "J / 2
% GK 2 +< "-F @ : %F' "-F & \$ B = ' , - ;> U +< "-F @ / 0)+ , + "-F %F'
/ , , +< @ : + , "-F # %& # * 2" ? "K 7 ' / , , @ K #) , -F # !-F # (F'
)"-F ? "K F %F'2 ,

" 2 / "-# "1934 " 28 +* " " = B ? "-F E "% * " :)28 27 : (;) : ; "J #

)77 ? 74 : (199801997 = B " G & 2 (F &

)1992 170 \$ - 0 "-F - "' & "% : G ** , : B # "3

- MON CHARMENT henri : « la déclaration du risque dans les assurances terrestres d'après la loi de juillet 1930, th., Paris.

- PETRIGNANI Louis : « déclaration de l'assuré et constatation de l'assureur en vue de l'évaluation du risque », th, Paris, 1993.

)@ , 94 : (;) : ²

)1998 = B " G & 2 " + " ! ' "-F ↑ * " 1 , ' ³

المطلب الثاني : جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام في مدونة التأمينات الجديدة :

للإخلال بالالتزام بالإعلام عدة آثار على العقد : فقد يكون العقد قابلا للإبطال على أساس نظرية عيوب الرضى.

ينص الفصل 311 ق.ل.على حالات الإبطال في القانون المغربي كما يلي :

" يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصول 4 و 39 و 55 و 65 من هذا الظهير، وفي الحالات الأخرى التي يحددها القانون، وتتقدم هذه الدعوى بسنة في كل الحالات التي لا يحدد فيها القانون أجلا مخالفا، ولا يكون لهذا التقدم محل إلا بين من كانوا أطرافا في العقد".

كما يمكن أن يكون هذا الإبطال كليا أو جزئيا، وقد يكون التعويض كذلك جزاء اعلى خرق الالتزام بالإعلام زيادة على ذلك يمكن للإخلال بالالتزام بالإعلام أن يكون قابلا للفسخ¹.

يضاف إلى ذلك مسؤولية المؤمن استنادا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية.

و يتخذ الإخلال بالالتزام إما شكلا إيجابيا أو سلبيا، ويتجلى الأول في إدلاء المؤمن له للمؤمن ببيانات خاطئة ومخالفة للحقيقة.

نصت المادة 30 من مدونة التأمينات الجديدة على أن عقد التأمين يكون باطلا إذا كتم المؤمن له أمرا أو قد قدم بيانا كاذبا وهو نفس المقتضى الذي كان قد اعتمدته الفصل 21 من القرار الوزاري المؤرخ في 28 نونبر 1934.

أما الثاني فيتمثل في سكوت هذا الأخير بالإدلاء بالمعلومات الهامة، مثلا يمكن ألا يلتزم المؤمن بأداء مبلغ التأمين، وهنا حسب المادة 52 من مدونة التأمينات الجديدة فإن كل مؤسسة التأمين التي لم تقم بدفع التعويض المستحق داخل الأجل المضروب تعاقب بغرامة إدارية من 10000 إلى 100000 درهم.

خاتمة :

في ختام هذه الدراسة يمكن القول بأن الالتزام بالإعلام في مجال الخدمات عموما و خدمة لتأمين على وجه الخصوص التزاما قانونيا ايجابيا ملقى على كاهل المؤمن -المهني- الذي يجعل من هذا الأخير الموجه والمسير في مجال التعاقد مستندا في ذلك على معارفه العلمية و العملية ومدى ضبطه للقوانين المنظمة وكذلك مدى تمكنه من تقنيات تحرير العقود بشتى أنواعها.محققا بذلك نتائج مقنعة الأطراف المتعاقدة .

لكن هذا الالتزام يصطدم من الناحية القانونية بمجموعة من الصعوبات نجملها فيما يلي : تشديد المسؤولية في مجال الالتزام بالإعلام ، فرض عقوبات صارمة تتلاءم مع درجة لخطأ المرتكب من طرف المهني كالغرامات و سحب الرخص لمزاولة المهنة ثم الإغلاق ، إبطال العقد بالنسبة للطرف الضعيف مع التعويض عن الضرر.

الفساد الإداري والمالي بين جهود المنظمات الدولية وواقع الجزائر العملي



الدكتور : زرزار العياشي أستاذ محاضر قسم - أ -

كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير

من جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة - الجزائر

المقدمة :

في ضوء الواقع العالمي برزت ضرورة ملحة خلال العقدين الماضيين للتركيز على إصلاحات رئيسية تتعلق بعمليات وهياكل القطاع الحكومي، وذلك بسبب ما تعانيه من تخلف إداري و قصور في الأداء لأسباب عدة منها: الروتين الطويل المعقد، تضخم الجهاز الإداري، و الأنظمة القديمة والإهمال واللامبالاة من قبل بعض الموظفين، غياب التنسيق وعدم المرونة، المحاباة والمحسوبية، تراجع القيم الإدارية والمركزية الشديدة وإضفاء طابع السرية الشديدة على الأعمال الإدارية، كل ذلك أدى إلى انعزالية الجهاز الإداري عن المواطنين و فقدان الثقة به وبخدماته.

وقد تزامنت هذه الإصلاحات مع تغييرات جذرية في البيئة العالمية، اقتضتها متطلبات العولة وما رافقها من تطورات في مجال النظم المعلوماتية وتكنولوجيا الاتصال و بروز سيطرة واضحة لمنظمات عالمية على توجيه اقتصاد الدول، أدى إلى بروز فلسفة جديدة في إدارة شؤون الدولة الحديثة أطلق عليها مسميات عدة كالإدارة العامة الجديدة أو إعادة اختراع الحكومة، ما يعني تحولا في دور الدولة من موفر للخدمات إلى منظم وميسر لها. هذا ما أدى إلى بروز ما يعرف بأسلوب الحكم الراشد الذي هو بمثابة عقد اجتماعي جديد بين الحكومة، القطاع الخاص والمجتمع المدني في إطار شراكة ثلاثية تهدف لتعبئة أفضل لقدرات المجتمع وإدارة أكثر رشادة لشؤون الحكم.

ولقيت جهود و برامج مكافحة الفساد الإداري وتقوية النزاهة والشفافية اهتماما كبيرا على المستوى الوطني والإقليمي والدولي، كما تصاعد الاهتمام بها من قبل المؤسسات الدولية المعنية بالتنمية وأضحى لها ما يشبه المكانة الرسمية في الخطاب الدولي، ولذلك أضحى مكافحة الفساد كظاهرة عالمية من أهم القضايا المثارة حالياً للأسباب التالية :

- تعدد مجالات الفساد التي يتم الكشف عنها في مختلف دول العالم التي تزداد بشكل مطرد وفقاً لمؤشر مدركات الفساد العالمي الصادر عن منظمة الشفافية الدولية.

- ارتفاع مستوى الفساد يجعل السياسات العامة عديمة الجدوى وبالتالي تحويل الاستثمار والأنشطة الاقتصادية بعيدا عن المسارات الإنتاجية لتتجه نحو أنشطة سرية تدر عائدات مالية مرتفعة.

- حاجة الدول النامية والمتقدمة على حد سواء إلى التنمية الاقتصادية المستدامة.

- أن أغلب حكومات العالم قد وضعت قوانين أو في طريقها لوضع قوانين لمطالبة كافة المنظمات الحكومية وغيرها بمكافحة الفساد.

- علاقة الفساد بتمويل الإرهاب وتشجيع منظمات العنف.

ومما لاشك فيه أن الأسباب السابقة سوف تلقي بظلالها على مهنة التسيير بصفة عامة والتسيير العمومي بصفة خاصة باعتبار المنظمات الحكومية هي الجهات الرئيسية المعنية بتنفيذ سياسات الدولة العامة وتقديم الخدمات وتعزيز الأمن الوطني وتحقيق التنمية.

مشكلة البحث :

نشأت وتفشيت الكثير من الظواهر التي تخص السلوك غير القويم للفرد والمتمثل في الكثير من أعراض الفساد الإداري بأنماطه المختلفة في القطاعات الحكومية المختلفة بالجزائر، وانتشرت عديد الظواهر الإدارية السلبية كالرشوة، الاختلاس، التزوير، التبذير، سوء استخدام السلطة والمحسوبية... هذه الظواهر بدأت تنخر في هيكليّة الدولة، فأصبح الفساد الإداري يمثل تهديدا للأمن الوطني وحفزا لمعدلات البطالة والجريمة، وسببا في تدني دخل الفرد وانخفاض مستوى جودة الخدمات العمومية وارتفاع أسعارها... كل هذا يفرض ضرورة الحد من الممارسات الإدارية الخاطئة التي تضر بالمصلحة العامة، الأمر الذي أدى بنا إلى التساؤل عن أسباب هذا النوع من السلوك ومحاولة وضع الحلول الناجعة له من خلال السؤال الرئيس التالي : ما مكانة قضية مكافحة الفساد الإداري على المستوى الدولي وعلى المستوى المحلي؟ إضافة إلى الأسئلة الفرعية التالية :

1- ما المقصود بالفساد الإداري وما هي مظاهره؟

2- ما مستوى أنماط الفساد الإداري الشائعة في القطاعات الحكومية؟

3- ما هي أهم السبل التي تسهم في الحد من الفساد الإداري في القطاعات الحكومية في الجزائر؟

1- الفساد الإداري : ماهيته، مظهره، خصائصه وأثاره :

تعتبر ظاهرة الفساد بصورة عامة والفساد الإداري بصورة خاصة ظاهرة عالمية واسعة الانتشار، توجد في كافة المجتمعات النامية منها والمتقدمة بدرجات متفاوتة، وظاهرة الفساد بالإضافة إلى كونها ظاهرة عابرة للحدود، فهي ظاهرة ذات جذور عميقة وتأخذ أبعاداً واسعة تتداخل معها وترتبط بها عدة مفاهيم وعوامل يصعب التمييز بينها، وتختلف كذلك درجة توافرها وشموليتها من مجتمع إلى آخر.

فظاهرة الفساد الإداريتين المشاكل الرئيسية التي أجمعت تقارير الخبراء الدوليين على ضرورة معالجتها في الأقطار النامية إذا ما أريد لبرامج التنمية أن تنفذ فيها، فهذه الأقطار مولعة بالفساد الإداري للأسباب التاريخية والحضرية التي

تعيشها، وبالرغم من عدم توفر الإحصاءات عن حجم هذه الظاهرة إلا أنه بات من الواضح أن الممارسات ذات الصلة بالفساد الإداري تكتسب في الوقت الحاضر أهمية خاصة في البلدان النامية لما لها من آثار وانعكاسات سلبية خطيرة على الاستقرار السياسي والاقتصادي الذي تفتقر إليه غالبية مجتمعات الدول نامية، فلحد من ظاهرة الفساد الإداري سيكون هدفاً وفي الوقت نفسه وسيلة للوصول إلى أهداف أخرى تتعلق بالقضاء أو التخفيف من حدة تلك الظاهرة لما لها من تأثير خطير وكبير على أداء العاملين في أجهزة الدولة من جهة و على رضا المواطنين من جهة أخرى.

1-1- ماهية الفساد الإداري : يشتق لفظ الفساد corruption من الفعل اللاتيني Rumpere بمعنى الكسر أي أن شيئاً ما تم كسره هذا الشيء قد يكون سلوكاً أخلاقياً أو اجتماعياً وغالباً قاعدة إدارية من أجل تحقيق نفعاً خاصاً¹، فتعريف مصطلح الفساد يرتبط بفعل لا أخلاقي وغير قانوني، كما أنه يتطور على مدى التاريخ لينتشر في البلاد المتقدمة والمتخلفة على حد سواء، فقد اتهم الإنسان منذ وجوده من قبل الملائكة بالفساد كما أخبرنا القرآن الكريم (وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة قالوا أتجعل فيها من يفسد فيها و يفسد الدماء ونحن نسبح بحمدك و نقدر لك قال إني أعلم ما لا تعلمون) - الآية 30 سورة البقرة - و لقد ورد الفساد في القرآن الكريم بمعنى: العصيان والهلاك والقتل والتخريب والتدمير والقحط والسحر وأكل مال الغير، حيث ورد مصطلح الفساد ومشتقاته في القرآن الكريم حوالي خمسين مرة موزعة على ثلاث وعشرين سورة منه.

عموما يصعب إيجاد تعريف موحد للفساد الإداري، وهذه الصعوبة ترجع لأسباب عديدة من بينها: تعقد ظاهرة الفساد وتشعب معالمها وأسبابها، واختلاف مناهج دراستها وتعدد أشكال التعبير عنها وتنوع خلفيات المشاركين في نقاشها وبحثها حيث ينتمون لحقول معرفية عديدة مثل العلوم القانونية والسياسية والعلوم الاجتماعية والاقتصادية والإدارية بالإضافة إلى الاختلاف في المواقف الأيدلوجية وتباين الميول والاتجاهات لدى الباحثين، وأهمها: تعريف موسوعة العلوم الاجتماعية "الفساد هو سوء استخدام النفوذ العام لتحقيق أرباح خاصة " ولذلك كان التعريف شاملاً لرشاوى المسؤولين المحليين أو الوطنيين، أو السياسيين مستبعدة رشاوى القطاع الخاص. وعرفته كذلك "هو خروج عن القانون والنظام العام وعدم الالتزام بهما من أجل تحقيق مصالح سياسية واقتصادية واجتماعية للفرد أو لجماعة معينة"².

وتعرفه منظمة الشفافية الدولية بأنه "سوء استغلال للسلطة والنفوذ المستمدة من المنصب أو من العلاقات من أجل عدم الإذعان لمبدأ المحافظة على الحدود بين المؤسسات الذي ينص على أن العلاقات الشخصية أو العائلية لا ينبغي أن تلعب أي دور في القرارات الاقتصادية التي يتخذها الموظفون المعنيون في القطاع الخاص أو الحكومة"³ كما تعرفه الأمم المتحدة بأنه "استغلال السلطة العامة لتحقيق مكسب خاص، وهذا المكسب الخاص أحد الجرائم

¹ غالب عوض الرفاعي، أحمد حلمي جمعة: مدخل مقترح لتطوير التدقيق الحكومي في الوطن العربي في ظل الاقتصاد المبني على المعرفة، ورقة مقدمة للمؤتمر الخامس، جامعة الزيتونة الأردنية، أبريل 2005.

² فارس بن علوش السبيعي، دور الشفافية والمساءلة في الحد من الفساد الإداري في القطاعات الحكومية، دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2010، ص 60.

³ عبد الله بن عبد الكريم السالم، استراتيجية الحد من الفساد الإداري: حالة دراسية عن المملكة العربية السعودية، ندوة إدارة المال العام، كوالالمبور، ماليزيا، أكتوبر 2009.

الاقتصادية "، كما أنه «السلوك البيروقراطي المنحرف الذي يستهدف تحقيق منافع ذاتية بطريقة غير شرعية وبدون وجه حق» كذلك عرف الفساد الإداري على أنه «استغلال المنصب لتحقيق أهداف شخصية على حساب المصالح العامة وسوء استخدام الموارد العامة لتحقيق مصلحة أو منفعة شخصية دون وجه حق»¹

إلا أن أكثر التعريفات استخداماً لدى الباحثين في موضوع التسيير العمومي و المهتمين بمواضيع التنمية وما يتناسب مع موضوع بحثنا هو تعريف البنك الدولي المقدم سنة 1996 الذي يعرفه "إساءة استعمال الوظيفة العامة للكسب الخاص"² فالفساد حالة من فقدان قيم النزاهة وعدم احترام المبادئ الأخلاقية السائدة في المجتمع، يحدث عندما يقوم موظف بقبول رشوة أو ابتزاز لتسهيل عقد أو إجراء طرح لمنافسة عامة، كما يتم عندما يعرض وكلاء أو وسطاء لشركات تقديم رشوة للاستفادة من إجراءات عامة للتغلب على المنافسين وتحقيق أرباح خارج إطار القوانين، كما يمكن للفساد أن يحصل دون اللجوء إلى الرشوة عن طريق استغلال الوظيفة العامة وذلك بتعيين الأقارب أو سرقة أموال الدولة...

1-2 - مظاهر الفساد الإداري : في إطار التأسيس العلمي والعملي للفساد ظهرت العديد من النظريات منها نظرية Riggs عن ارتباط الفساد والانحراف الاقتصادي بالتغيرات الاجتماعية وأشارت هذه النظرية إلى أن الفساد أحد الإفرازات الطبيعية لعملية التطور في المجتمع، وتتشابه هذه النظرية مع دراسة Huntington التي أجراها بعنوان "التحديث والفساد" حيث أكدت على ارتباط الفساد بعمليات التحديث الاقتصادي والاجتماعي السريع، وكذلك نظرية كويني وكلينارد تعتبر أن الفساد مرتبط بنظام وأسلوب الحكم، وأخيراً تفرق نظرية Hoogvelt عن ارتباط الفساد والانحراف الاقتصادي بالنسق الاجتماعي غير المتجانس بين نوعين من الفساد، الأول فساد على مستوى صناعة القانون والثاني فساد على مستوى تطبيق القانون.³

و تدلل ظاهرة الفساد على غياب القيم الأخلاقية والأسس والضوابط التي تحكم السلوك الإنساني بوجه عام والإداري بوجه خاص، ما يعطل خطط وبرامج التنمية ويفشلها، وبالتالي من مظاهر الفساد مجموعة السلوكيات التي يقوم بها بعض من يتولون الوظائف العامة والتي قد تأخذ أحد أو أكثر من المظاهر التالية⁴ :

1- الرشوة: من أكثر أشكال الفساد الإداري شيوعاً خاصة في المجتمعات الفقيرة، وتعني حصول الشخص على منفعة تكون مالية في الغالب لتمرير أو تنفيذ أعمال خلاف التشريع أو أصول المهنة، وهي عادة تعرض من قبل المستفيد من الخدمة للموظف المسئول من أجل تسهيل الحصول على الخدمة والتي غالباً ما تكون على حساب الآخرين، كما تعرف أنها "اتجار الموظف بأعمال وظيفته"⁵

¹ مركز أضواء للبحوث والدراسات الاستراتيجية- الأسباب الرئيسية للفساد الإداري والمالي في العراق www.adwaa.org

² اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الإداري، www.interpol.int.

³ الفساد في الحكومة - تقرير الندوة الإقليمية التي عقدتها دائرة التعاون الفني للتنمية (DTCD) ومركز التنمية الاجتماعي والشؤون الإنسانية (CSDHA) بالأمم المتحدة - لاهاي/ هولندا من 11 - 15 ديسمبر 1989 - مطبوع بمعرفة المنظمة العربية للتنمية الإدارية إدارة البحوث والدراسات

⁴ د. سليمان عبد المنعم - الجرائم الذكية تحتاج إلى تشريعات ذكية - www.alexlaw.edu.eg

⁵ خالد عبد الرحمن بن حسن، الفساد الإداري: أنماطه و أسبابه وسبل معالجته، دكتوراه الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2008،

- 2- المحسوبية و المحاباة: المحسوبية هي تنفيذ أعمال لصالح فرد أو جهة ينتمي لها الشخص مثل الحزب السياسي، العائلة، المنطقة... دون أن يكونوا مستحقين لها، أما المحاباة فهي تفضيل جهة على أخرى في الخدمة بغير حق للحصول على مصالح معينة. وتعتبر المحسوبية والمحاباة من أسوأ أشكال الفساد الإداري في شغل الوظائف العامة حيث يؤدي استخدامها إلى اقتران الوظيفة بالأشخاص لا بكفاءاتهم و مهاراتهم.
 - 3- الوساطة : أي تدخل شخص ذا مركز (وظيفي أو تنظيم سياسي) لصالح من لا يستحق التعيين أو إحالة العقد أو إشغال المنصب أو ... الخ،
 - 4-الابتزاز : هو الحصول على أموال من طرف معين مقابل تنفيذ مصالح مرتبطة بوظيفة الشخص المتصف بالفساد، حيث يستغل موقعه الوظيفي بتبديدات قانونية أو إدارية أو إخفاء التعليمات النافذة على الأشخاص المعنيين.
 - 5- نهب المال العام : استغلال الموقع الوظيفي للتصرف بأموال الدولة بشكل سري من غير وجه حق أو تمرير السلع عبر منافذ السوق السوداء أو تهريب الثروة النفطية، فهي تحصل من قبل الموظف الذي سلم أمانة فاستغل ضعف الرقابة للحصول على مكاسب غير مشروعة.
 - 6- التهرب الضريبي : حيث يدفع رجال الأعمال الرشاوي للمسؤولين الحكوميين الفاسدين بغية حصولهم على تخفيض أو إعفاء ضريبي غير مستحق.
- 1-3- الخصائص المميزة للفساد الإداري : من أهم خصائص الفساد الإداري ما يلي :
- 1- الفساد الإداري في مراحله الأولى ظاهرة مرضية غير مرئية يتخذ أشكالا متعددة يصعب الإحاطة بها والتصدي لها، سرعان ما يتفشى وينتشر في باقي الأجهزة الأخرى على الرغم من عامل السرية.
 - 2- تباين واختلاف الوسائل التي يتستر خلفها الفساد الإداري حسب موقع الوظيفة في الهرم التنظيمي والجهة التي تمارسه، وقد أثبتت التجارب أن الصفقات الكبيرة محل الفساد تكون معقدة وغير مباشرة تغري كبار الموظفين على الإقبال على الفساد والمغامرة، لأن احتمالات الشكوك حولها تكون ضعيفة.
 - 3- يتفاعل الفساد الإداري الظروف والمتغيرات المحيطة به ليجعلها مناخا وبيئة مشجعة له.
 - 4- أخطر ممارسات الفساد الإداري تلك التي تتم عبر الوكلاء أو وسطاء والذين يتمثل دورهم في التوفيق بين أطراف الفساد دون معرفة كل منهم الآخر، إذ لا يتم التعامل في قضايا الفساد الكبيرة مباشرة بين مقدم الرشوة والمسئول الحكومي بل يكون هناك وكيل عن المؤسسة مقدمة الرشوة وآخر عن المسئول الحكومي... وهكذا تتعدد الأطراف التي تتعامل مع الفساد مما يجعل منه عملية معقدة مما يزيد من صعوبة مكافحته¹
 - 5- يتميز أطراف جرائم الفساد الإداري بالخبرة والحنكة ما يجعلهم غالبا خارج دائرة الاتهام والقدرة على الإفلات من العدالة.

¹فارس بن علوش السبيعي، مرجع سبق ذكره، ص 102.

6- إذا كانت ممارسات الفساد الإداري في المجتمعات المتخلفة إداريا وحضاريا أكثر شيوعا منها في المجتمعات المتقدمة والمتطورة، فإن المجتمعات المتقدمة تعد بحق بيئة منتجة ومصدرة للفساد عبر حدودها.

7- تعد الحروب والكوارث الطبيعية والأزمات الاقتصادية ظروفًا مشجعة ومواتية لتفشي الفساد الإداري وانتعاشه نتيجة لتدني مستوى المعيشة وارتفاع الأسعار ومن تم تضعف المقاومة لذوي الدخل المحدود.

1-4 أسباب الفساد الإداري : كتب عبد الرحمن بن خلدون في القرن الرابع عشر الميلادي قائلا: إن أساس الفساد هو الولع بالحياة المترفة بين أفراد الجماعة الحاكمة، وقد لجأ أفراد الجماعة الحاكمة إلى الممارسات الفاسدة لتغطية النفقات التي تتطلبها الترف. ويرى Huntington في دراسته التي أجراها بعنوان "التحديث والفساد" أن الفساد مرتبط بعمليات التحديث الاقتصادي والاجتماعي السريع، وأضاف أن المدنية خلقت مناخا لظهور الفساد وانتشاره¹، وذلك بثلاثة عوامل هي :

1- أن المدنية تتضمن تغييرا في قيم المجتمع الأساسية.

2- أن جماعات السلطة في المجتمع لم تستوعب بعد المعايير الجديدة.

3- المدنية تشجع الفساد من خلال التغييرات التي تحدثها في السياسة.

وحسب تقرير الندوة الإقليمية التي عقدتها دائرة التعاون الفني للتنمية للأمم المتحدة في لاهي سنة 1990 فيشير إلى أن من أسباب الفساد الإداري :

1- الأوضاع السياسية، وهي السبب الرئيسي حيث أن الاستبداد يولد الفساد.

2- الأوضاع الاقتصادية، فالفقر والهوة بين الأغنياء والفقراء وتدني الأجور تغذي الميل نحو الفساد.

3- الأوضاع الإدارية، فانعدام أو ضعف أخلاقيات الوظيفة وغياب مفهوم المساءلة والمسؤولية يسهم في تفشي الفساد الإداري.

4- كبر حجم القطاع العام واتساع مجالاته، وهذا يؤدي إلى بيروقراطية ذات توجهات تعني بالإنتاج والتوزيع.

5- بروز أهمية العلاقات الشخصية في الحياة الاجتماعية.

كما تشير دراسة محمد ألطف حول أسباب انتشار الفساد الإداري في دول الشرق الأوسط وشمال إفريقيا إلى العوامل التالية :

1- أسباب نفسية واجتماعية وحب الثراء السريع دون بذل جهد.

2- ضعف الوازع الديني لدى الفرد وعدم قدرته على استيعاب التوجيه الديني منهجا وسلوكا له.

3- تطور متطلبات الحياة شجع بعض الموظفين من ضعاف النفوس على اللجوء إلى الرشوة.

¹ عبد الله بن عبد الكريم السالم، مرجع سبق ذكره.

4- سوء تطبيق الأنظمة وخاصة في الإدارات التي لها علاقة مباشرة بالخدمات العامة، مع غياب الرقابة المستمرة واللاحقة.

1-5- أخطار وتداعيات الفساد الإداري: تختلف آثار ونتائج الفساد الإداري من بلد لآخر إلا أن هناك آثار واحدة في جميع الدول بغض النظر عن مستوى هذه الآثار ونتائجها، فقد ذكرت منظمة الشفافية الدولية في تقريرها السنوي لسنة 2011 أن حجم الخسائر التي تلحق بالاقتصاد العالمي نتيجة انتشار ظاهرة الفساد بأشكالها المختلفة يقدر بأكثر من 400 مليار دولار سنويا، كما أشارت المنظمة إلى أنه ما بين العامين 1990 و 2005 كُشف النقاب عن أكثر من 283 شركة دولية كبرى تورطت في ممارسات الفساد مما كلف دافعي الضرائب نحو 300 مليار دولار، كما أوضحت أيضا أن ظاهرة الفساد أصبحت من المظاهر الرئيسية التي تهدد جميع أشكال التطور التي يشهدها الاقتصاد العالمي، وتؤثر سلبا في اقتصاد الدول وسعيها نحو تحقيق أعلى معدلات النمو، مشيرا إلى أن الفساد في العديد من دول العالم ينطلق أحيانا من ضعف السلطة السياسية أو نتيجة إغفال تطبيق القوانين، وأعطى ذلك التقرير اهتماما خاصا للفساد في البلدان النفطية مشيرا إلى أن الدولة التي تعتمد على الثروات الطبيعية تحتاج إلى بناء معايير خاصة بالشفافية¹.

عموما فانه لا انتشار ظاهرة الفساد آثار سلبية على مجمل الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية في الدول النامية، وتبدو هذه الآثار في المدى المتوسط، حيث يمكن تسجيل ورصد الآثار التالية² :

- 1- يؤثر الفساد على أداء القطاعات الاقتصادية ويؤثر على استقرار وملائمة مناخ الاستثمار مما يزيد من تكلفة المشاريع وعدم التيقن في الاقتصاد ويهدد نقل التكنولوجيا.
- 2- يؤدي الفساد إلى إضعاف جودة البنية الأساسية والخدمات العامة، ويدفع إلى الربح غير المشروع عن طريق الرشاوى بدلا من المشاركة في الأنشطة الإنتاجية.
- 3- يقوم الفساد بتغيير تركيبة عناصر الإنفاق الحكومي، إذ يبدد السياسيون والمسؤولون المرتشون موارد عامة أكثر على البنود التي يسهل ابتزاز رشاوى كبيرة منها مع الاحتفاظ بسريتها.
- 4- يضعف الفساد من شرعية الدولة، ويمهد لحدوث اضطرابات وقلق تهدد الأمن والاستقرار السياسي في الدول النامية.
- 5- تنطوي الرشوة على ظلم، إذ أنها تفرض ضريبة تنازلية تكون ثقيلة الأثر بشكل خاص على التجارة والأنشطة الخدمية التي تضطلع بها المنشآت الصغيرة.
- 6- يقود الفساد إلى التشكيك في فعالية القانون وفي قيم الثقة والأمانة إلى جانب تهديده للمصلحة العامة من خلال إسهامه في خلق نسق قيمى يعكسه مجموعة من العناصر الفاسدة وهو ما يؤدي إلى ترسيخ مجموعة من السلوكيات السلبية.

¹ محمد حليم ليمام، ظاهرة الفساد السياسي في الجزائر، مجلة المستقبل العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، ص 21.

² فارس بن علوش السبيعي، مرجع سبق ذكره، ص 104.

7- تتبدى أهم مخاطر الفساد في تغييرها للحوافز والدوافع السلوكية بحيث تسود نوع من الأنشطة غير الإنتاجية الساعية إلى الربح السريع إلى جانب إهدار جانب من الطاقات الإنتاجية المحتملة من خلال جهود ملاحقة ومتابعة الفساد التي تستأثر بجانب كبير من الموارد.

8- يزيد الفساد من سلطة الأثرياء ويوسع الفجوة بين الطبقات، ويؤثر سلباً على الشريحة الفقيرة من المجتمع ويزيد من نسبة المهمشين سياسياً واقتصادياً واجتماعياً ويخلق عدد من الأمراض الاجتماعية كالبطالة، الفقر، تشتت المجتمع وسيطرة قانون الغابة...

2- أهمية مكافحة الفساد الإداري على المستوى الدولي :

لقد أصبحت مشكلة مكافحة الفساد الإداري مشكلة عالمية وأخذت تشكل عامل قلق رئيسي في الإدارات الحكومية وخاصة في الدول النامية التي أصبحت تولي أهمية قصوى لخفض مستوى الانحرافات في السلوك الرسمي للمسؤولين الحكوميين والحد من تصرفاتهم التي تؤدي إلى الفساد، ومن هنا ظهرت الحاجة إلى التعاون الدولي لمكافحة الفساد الإداري الذي أصبح ينظر إليه الآن على أنه مشكلة عالمية،

وفيما يلي نعرض أهم الجهود الدولية لمكافحة الفساد الإداري و المالي :

2-1- منظمة الشفافية الدولية ITO : تعد منظمة الشفافية الدولية أكبر منظمة غير حكومية في العالم لمكافحة الفساد تأسست عام 1993 ويقع مقرها في برلين، وقد تأسست هذه المنظمة من طرف - بيتر آيجن - الذي عمل مديراً للبنك الدولي لمدة طويلة، وأكسبته إقامته الطويلة في إفريقيا حساسية خاصة ووعياً بالتأثير الهدام للفساد. وفي عام 1993 ترك بيتر آيجن عمله في البنك الدولي، وعمل على تأسيس منظمة الشفافية الدولية ودفع خطاها إلى الأمام، يداً بيد مع أصدقائه وزملائه العاملين في مراكز قيادية في الاقتصاد وفي منظمات مساعدات التنمية. ولا تقوم منظمة الشفافية الدولية -بناءً على منطلقها المبدئي- بالتشهير بحالات فساد فردية، بل تقوم باقتراح مناهذ للخروج من هذا المأزق الواقعي، كما أنها تقوم بتعليل وشرح هذا المبدأ وإثبات فاعليته استناداً إلى أمثلة من الحياة العملية. وتتمثل رسالتها في دعم أنظمة النزاهة على المستويين المحلي والدولي لها خطة عمل أشبه بمنظمة العفو الدولية، وقد وضعت هذه المنظمة ميثاقاً لمكافحة الرشوة في الصفقات العامة الكبيرة وبناءاً على هذا الميثاق يلتزم كل أطراف العقد بعدم الحصول على أي شكل من أشكال التسهيلات أو الرشوة.

هذا وتقوم منظمة الشفافية الدولية بتصنيف دول العالم وفقاً لمؤشر الفساد بداية بأكثر الدول استقامة ونهاية بأكثرها فساداً إجمالاً، يمكن تقسيم الدول وفقاً لمؤشر مدركات الفساد في العالم إلى أربع فئات أو أربع مجموعات، وذلك على النحو التالي¹:

* المجموعة الأولى : الدول النظيفّة أو الأقل فساداً، وهي التي تحصل على درجات تتراوح بين 7 : 10 درجات.

* المجموعة الثانية : الدولة متوسطة الفساد وهي الدول التي تحصل على درجات تتراوح بين 5 درجات وأقل من 7 درجات.

¹أ. ياسر خالد بركات الواعلي - الفساد الإداري مفهومه ومظاهره وأسبابه - www.annabaa.org

* المجموعة الثالثة : هي تحت المتوسطة في درجة الفساد وحصلت على درجات تتراوح بين 3 درجات وأقل من 5 درجات.

* المجموعة الرابعة : هي الدول الأقل نظافة وأكثر فساداً وحصلت على درجات أقل من 3 درجات.

و من أهم الخطوات التي قامت بها منظمة الشفافية الدولية نشر بيانات مؤشر مدركات الفساد العالمي ويتم ترتيب الدول حسب مدى وجود فساد مدرك في صفوف موظفي الدولة و بين السياسيين فيها و يركز المؤشر على الفساد الإداري في القطاع العام، و تتراوح نتيجة مؤشرات إدراك الفساد بين (10) درجات (نظيف جداً)، و (0) درجة (فاسداً جداً)، و يوضح الجدول رقم (1) الدول الأقل فساداً في العالم حسب مؤشر مدركات الفساد الصادر من منظمة الشفافية الدولية للأعوام : 2009، 2010 و 2011

جدول رقم (1) : يوضح ترتيب الدول الأقل فساداً في العالم حسب مؤشر مدركات الفساد :

ترتيب الدول	الدولة	مؤشر مدركات الفساد 2009	الدولة	مؤشر مدركات الفساد 2010	الدولة	مؤشر مدركات الفساد 2011
1	نيوزيلندا	9.4	الدانمارك	9.8	نيوزيلندا	9.8
2	الدانمارك	9.3	نيوزيلندا	9.8	الدانمارك	9.7
3	السويد	9.3	سنغفورة	9.7	السويد	9.7
4	سنغفورة	9.2	فنلندا	9.6	فنلندا	9.6
5	فنلندا	9.0	السويد	9.5	سنغفورة	9.6

المصدر: موقع منظمة الشفافية الدولية www.transparency.org

كما يوضح الجدول رقم (2) الدول الأكثر فساداً في العالم حسب مؤشر مدركات الفساد الصادر من منظمة الشفافية الدولية للأعوام: 2009، 2010 و 2011

جدول رقم (2) : يوضح ترتيب الدول الأكثر فساداً في العالم حسب مؤشر مدركات الفساد :

ترتيب الدول	الدولة	مؤشر مدركات الفساد 2009	الدولة	مؤشر مدركات الفساد 2010	الدولة	مؤشر مدركات الفساد 2011
176	العراق	1.5	أوزبكستان	1.5	السودان	1.6
177	السودان	1.5	العراق	1.3	العراق	1.6
178	ميانمار	1.4	أفغانستان	1.1	أفغانستان	1.2

179	أفغانستان	1.3	ميانمار	1.1	كوريا الشمالية	1.0
180	الصومال	1.1	الصومال	1.0	الصومال	1.0

المصدر: موقع منظمة الشفافية الدولية www.transparency.org

ومع ذلك يمكن القول بأن أرقام مؤشر الفساد العالمي تتسم ببعض التقديرات الذاتية لأنه من المستحيل الوصول إلى مدخل موضوعي في هذا الصدد، لأن الفساد يحكم تعريفه أمر خفي لأنه يشمل مجموعة من التصرفات السرية مثل إساءة استعمال المال العام من جانب المسؤولين الحكوميين، والرشاوى، والاختلاس من الأموال العامة، ويسعى مؤشر الفساد العالمي إلى تقدير درجة مشاركة المسؤولين الحكوميين والسياسيين في دول محددة في الفساد. والبيانات الموضوعية عن الفساد تنتج عن النظام القضائي وعن وسائل الإعلام، ومع ذلك فإن تلك البيانات تقيس في حقيقة الأمر مدى فعالية وسائل الإعلام في الكشف عن الفضائح والإبلاغ عنها، كما تتوقف على جودة التدريب في المجال القضائي.

لقد كان لنشر بيانات مؤشر الفساد العالمي آثار سياسية جوهرية في العديد من الدول مثل باكستان وماليزيا والأرجنتين لأن قادة الدول يعلمون بوجود علاقة بين الفساد وبين الاستثمار الأجنبي المباشر، وبدأ بعض القادة يعملون مع المنظمات الفرعية المنبثقة عن منظمة الشفافية العالمية بهدف تدنية مستويات الفساد في المستقبل؛ كما أن البنك الدولي أقر على سبيل المثال بإخفاقه في مواجهة الفساد المستشري في إندونيسيا قبل الأزمة المالية الحادة التي تعرضت لها البلاد عام 1997؛ وأوضح Thomas, 1998 أن شركة KMPG أجرت مسحاً على 4000 شركة في 18 دولة وتوصلت الدراسة إلى أن أغلب تلك الشركات تتوقع ازدياد ظاهرة الغش والتدليس في الأعوام القادمة¹، وتختلف أسباب ذلك من منطقة لأخرى لكنها تعود بصفة أساسية إلى تدهور الأحوال الاقتصادية وتدهور القيم الاجتماعية وتزايد فرص الغش والتدليس بفعل التقدم التكنولوجي مثل الإنترنت والتحويلات المالية الدولية الإلكترونية.

2-2-2- دور هيئة الأمم المتحدة: لقد أعدت هيئة الأمم المتحدة مشروع اتفاقية دولية لمكافحة الفساد بهدف الحد من خطورة أعمال الفساد وأضرارها ومنها²:

أ- المساس باستقرار المجتمعات وأمنها، وتقويض الديمقراطية والقيم الأخلاقية والعدالة وتعريض التنمية وسيادة القانون للخطر.

ب- وجود صلات بين الفساد والجريمة المنظمة والجريمة الاقتصادية مثل غسيل الأموال.

ج- استنزاف موارد الدول وتهديد الاستقرار السياسي.

د- انتشار الفساد عبر الحدود إلى الدول الأخرى ومن ثم ضرورة التعاون الدولي.

¹ فارس بن علوش السبيعي، مرجع سبق ذكره، ص 62.

² برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، مكافحة الفساد لتحسين إدارة الحكم، 1998، ص 75.

هـ- أن الفساد لا يمكن مقاومته إلا بمساهمات جماعية من أفراد وجمعيات ومنظمات ومؤسسات حكومية وغير حكومية.

كما أشارت الاتفاقية إلى صور الفساد المختلفة وهي: الفساد في القطاع العام؛ الفساد في الدواوين الحكومية؛ الفساد في القطاع الخاص، المتاجرة بالنفوذ، إساءة استغلال الوظائف؛ الرشوة والاختلاس في القطاع الخاص؛ غسل الأموال؛ رشوة الموظفين العموميين؛ الإثراء غير المشروع؛ الفساد الذي يهدد الجهاز القضائي والنيابة العامة؛ الإخفاء وإعاقة سير العدالة، الفساد باختلاس الممتلكات أو تبديدها أو تسيبها بواسطة موظف عمومي والفساد في المشتريات العمومية وإدارة الأموال العامة.

2-2-3- دور منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية: منذ عام 1989 تقوم منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OECD بدور قيادي في الحرب الدولية ضد الرشوة والفساد وفي عام 2003 قامت بإعداد ورقة بشأن دور المجتمع المدني في مكافحة الفساد، ولعل أهم ما أشارت إليه الورقة بشأن دور المجتمع المدني في مكافحة الفساد ما يلي¹:

1- إعداد القوانين وتقديم التسهيلات لتأسيس منظمات المجتمع المدني.

2- المساعدة في تطوير استقلال وسائل الإعلام لتمكين من الفحص الدقيق والعدل للعمليات الحكومية.

3- زيادة الشفافية للعمليات الحكومية والرغبة المخلصة في التعاون مع المجتمع المدني.

4- توفير المعلومات والخبرات لمنظمات المجتمع المدني.

5- دعم البرامج التدريبية لمنظمات المجتمع المدني.

2-2-4- المنظمات المهنية المحاسبية والباحثين : وفي تحرك بطيء لا يتناسب مع دوره في تطوير مهنة المحاسبة على مستوى العالم، عرض مجلس الاتحاد الدولي للمحاسبين للنقاش موضوع الفساد، الذي يعني الرشوة والغش والمدفوعات غير القانونية وغسيل الأموال والتهرب وأن لدى الجميع واجب أخلاقي لمحاربة الفساد، لكن لا أحد يمكن أن يشن هذه المعركة وحيداً، فالحكومات يجب أن تلزم بنفسها بأخذ الخطوة الأولى من خلال تقديم هيكل تشريعي وتنظيمي صلب يحظر أعمال الفساد وتتعامل بصرامة مع جميع الذين يرتكبونها وحماية هؤلاء الذين يعانون من أخطار الفعل الانتقامي، كما أن المسؤولية الأساسية لإحباط ومنع الفساد سواء في عالم الأعمال أو في القطاع العام تقع على عاتق الإدارة بواسطة تقديم أنظمة مناسبة للحكم الراشد، والإفصاح عن مكافحة الفساد، ولكن لدى المحاسبين دور أساسي ضمن جهود المجتمع لتخفيض خطر الفساد .

3- ظاهرة الفساد الإداري في الجزائر وآليات معالجة :

تعاظم الفساد في جل المجتمعات العربية، فعطل النمو وأجل التنمية والعيش الكريم لأبناء الأمة، وفتح الباب أمام تفشي اليأس والإحباط، فسلك الأبناء طرقاً عدة للهرب من الواقع المر بداية بالهجرة السرية وصولاً إلى إضرام النار في الجسد والانتحار حرقاً أمام أعين من يفترض أنهم وكلاء لتلبية مطالب الشعب، أما إذا حاولنا حصر مراكز الفساد في الجزائر فقد شمل كافة مناحي الحياة، إضافة إلى التحولات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي شهدتها المجتمع

¹ غالب عوض الرفاعي، مرجع سبق ذكره.

وأثرت على منظومة قيمة والتي أثرت بالتبعية كذلك على توجهاته وسلوكه فأصبح الفساد نظاما موازيا للدولة أفرغ كل عملية للتطوير الاقتصادي من محتواها وأكسبها صفة التنمية الجزئية بدل التنمية الشاملة والتنمية المادية عوض التنمية الإنسانية فأضحت الأقلية تملك والأغلبية تعيش حياة الفقر، وبما أن الفساد موضوع حساس ويستعصى بطبعه على المراقبة إذ أنه نشاط سري في حد ذاته، فنادرا ما يقر المذنّب بذنبه ويتباهى في الوقت نفسه بكسبه المادي، غير أن زيادة الوعي العام على إزالة طابع الطابو الذي يحيط بأنشطة الفساد في بلادنا سوف يعزز الإرادة السياسية في محاربته من خلال تشكيل قوة ضاغطة بدلا من اعتماد المنظور قصير الأمد الذي يعزز الميل نحو النهب.

3-1- تفسير ظاهرة الفساد الإداري في الجزائر: لا يختلف اثنان في القول أن الاقتصاد الجزائري قد تعرض إلى مستويات أسطورية من الفساد، فقد صرح رئيس الجمهورية في خطابه بمناسبة اختتام السنة الجامعية سنة 2000 "إن الفساد قد فكك أواصر الدولة وسفه قيم الحكم وأربك مسيرة التنمية الاقتصادية الاجتماعية وحرف مفاهيم العمل والكد والنزاهة والتفاني، وقد ولد في النهاية ظاهرة الإرهاب البشعة المدمرة"¹ وهو نفس المطلب الذي أكد عليه سنة 2011 بمناسبة افتتاح السنة القضائية بعد أن كلف الفساد البلاد خلال هذه الفترة خسارة 17 مليار دولار ما يؤكد غياب الإرادة السياسية لمحاصرة الظاهرة.

ورغم غياب الدراسات المتخصصة والمعطيات الدقيقة حول حقيقة الفساد ودرجته في الجزائر، إلا أن الدراسة الوحيدة في هذا المجال قام بها "مركز الدراسات والتحليل حول السكان والتنمية" وهي عبارة عن عملية سبر آراء توصلت إلى أن الفساد مستشري بشكل واسع بمختلف أشكاله، وفي نفس الوقت لم تقدم هذه الدراسة أدوات علمية ومنهجية لقياسه.

كما أفادت الإحصائيات التي أجرتها وزارة العدل الجزائرية بأن قضايا اختلاس الأموال العمومية وسوء استغلال الوظيفة ورشوة الموظفين تصدر قضايا الفساد في الجزائر، فخلال 9 أشهر الأولى من سنة 2010 فصلت المحاكم الجزائرية في 948 قضية فساد وحكمت بالإدانة ضد 1352 متهما².

في آخر تقرير أصدرته المنظمة الدولية للشفافية حول الفساد في العالم يشير فيما يتعلق بالجزائر إلى ما يلي :

- من بين 75% من المؤسسات الجزائرية التي شملها الاستطلاع حول الفساد نجد أن 6% من رقم أعمال هذه المؤسسات وجه للعمولات والرشاوى.

- وضعت المنظمة الدولية للشفافية الجزائر من بين دول إفريقيا الشمالية والشرق الأوسط الأكثر تعرضا لظاهرة الفساد.

- احتلت الجزائر سنة 2010 المرتبة 105 من أصل 178 دولة في انتشار ظاهرة الفساد، وتراجعت سنة 2011 المرتبة 112 عالميا من بين 183 دولة، بمعدل شفافية لا يتجاوز 2.9/10 بعد كل من تونس والمغرب وبنفس المرتبة مع مصر، وهو معدل قريب جدا من مؤشر "فاسد جدا" بحكم أن تصنيف "0" يعني فاسد جدا وتصنيف "10" يعني "نظيف جدا"، وهي نقطة ضعيفة جدا بالنسبة لمنظمة شفافية دولية التي تعتبر أن حصول أي دولة على أقل من 3

¹ تصريح صحفي لرئيس الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد، يومية الخبر، 10 ديسمبر 2011، العدد 6560، ص2.

² أداء الاقتصاد الجزائري على ضوء متغيرات أسعار النفط والفساد والإرهاب، تقرير الاتجاهات الاقتصادية والإستراتيجية، مركز الأهرام للدراسات الإستراتيجية، 2008، ص 168.

نقاط هو مرادف لانتشار الفساد بشكل واسع في دواليب وأجهزة ومؤسسات الدولة وانعدام إرادة سياسية لمحاربته، أما سنة 2012 فقد صنفت في المركز الـ 105 في مؤشر الدول الأكثر فسادا في العالم، فيما احتلت كل من تونس والمغرب في المركزين 75 و 88 على التوالي.

عموما فان تصنيف الجزائر بين 2003 و 2012 كان في مراتب متأخرة، دليل على تعمم الفساد، بشكل يهدد أمن البلد، في وقت أن دولاً حصلت قبل سنوات، على تنقيط أسوأ من الجزائر حققت تقدما كبيرا في مكافحة الفساد وأصبحت أحسن ترتيبا مقارنة بالجزائر.

3-2- المنظومة التشريعية الجزائرية لمحاربة الفساد الإداري : أصدرت الجزائر جملة من التشريعات تصب جلها في معالجة ظاهرة الفساد الاقتصادي، ويتعلق الأمر على وجه الخصوص بـ الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 9 يوليو 1996 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج المعدل والمتمم، وكذا الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقروض، إضافة للأمر رقم 97-04 المؤرخ في 11 يناير 1997 المتعلق بالتصريح بالملكيات، كما صدر قانون يتعلق بتبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها في 6 فيفري سنة 2005 تحت رقم 05-01 ورغم أهمية هذه التشريعات، فإن أهم قانون يتعلق بشكل مباشر بالوقاية من الفساد ومكافحته، صدر سنة 2006 تحت رقم 06-01، والذي يهدف إلى دعم التدابير الرامية إلى الوقاية من الفساد ومكافحته، فضلا عن تعزيز النزاهة والمسؤولية والشفافية في تسيير القطاعين العام والخاص، كما وقعت الجزائر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وأدرجت في قانون مكافحة الفساد الصادر في 2006 جريمة "الثراء غير المشروع" وفقا لتوصيات هذه الاتفاقية، ومن أبرز ما جاء في هذا القانون نجد :

أ- التدابير الوقائية في القطاع العام : وتتعلق هذه التدابير على وجه الخصوص بما يلي :

جانب التصريح بالملكيات: يجب على الموظف العمومي التصريح بملكياته خلال الشهر الأول الذي يعقب تاريخ تنصيبه في وظيفته أو بداية عهده الانتخابية، كما يجدد هذا التصريح فور كل زيادة معتبرة في الذمة المالية لهذا الموظف بنفس الكيفية التي تم بها التصريح الأول، كما يجب التصريح بالملكيات عند نهاية العهدة الانتخابية أو انتهاء الخدمة.

سلوك الموظفين العموميين: من أجل دعم مكافحة الفساد، تعمل الدولة والمجالس المنتخبة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية وكذا المؤسسات العمومية ذات النشاطات الاقتصادية، على تشجيع النزاهة والأمانة وكذا روح المسؤولية بين موظفيها ومنتخبيها.

الشفافية في التعامل مع الجمهور: لإضفاء الشفافية على كيفية تسيير الشؤون العمومية، يتعين على المؤسسات والإدارات والهيئات العمومية أن تلتزم أساسا بـ :

- اعتماد إجراءات وقواعد تمكن الجمهور من الحصول على معلومات تتعلق بتنظيمها وسيرها، وكيفية اتخاذ القرارات فيها.
- تبسيط الإجراءات الإدارية.
- نشر معلومات تحسيسية عن مخاطر الفساد في الإدارة العمومية.

- الرد على عرائض وشكاوي المواطنين.
- ب- التدابير الوقائية في القطاع الخاص : لغرض معالجة ظاهرة الفساد في القطاع الخاص، نص قانون الوقاية من الفساد ومكافحته على :
 - تعزيز التعاون بين الأجهزة التي تقوم بكشف وقمع كيانات القطاع الخاص.
 - تعزيز وضع معايير وإجراءات بغرض الحفاظ على نزاهة كيانات القطاع الخاص المعنية.
 - تعزيز الشفافية بين كيانات القطاع الخاص.
 - الوقاية من الاستخدام السيئ للإجراءات التي تنظم كيانات القطاع الخاص.
 - تدقيق داخلي لحسابات المؤسسات الخاصة بما يؤدي إلى الوقاية من الفساد.
- ج- إنشاء هيئة وطنية للوقاية من الفساد ومكافحته: بمقتضى القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته يتم إنشاء هيئة وطنية مستقلة تساعد على تنفيذ الاستراتيجية الوطنية في مجال مكافحة الفساد، حيث تتولى هذه الهيئة على وجه الخصوص السهر على :
 - اقتراح سياسة شاملة للوقاية من الفساد.
 - إعداد برامج تسمح بتوعية وتحسيس المواطنين بالآثار الضارة الناجمة عن الفساد.
 - جمع ومركز واستغلال كل المعلومات التي يمكن أن تساهم في الكشف عن أعمال الفساد والوقاية منها، لاسيما البحث في التشريع والتنظيم والإجراءات والممارسات الإدارية، عن عوامل الفساد لأجل تقديم توصيات لإزالتها.
 - تلقي التصريحات بالامتلاك الخاصة بالموظفين العموميين بصفة دورية ودراسة واستغلال المعلومات الواردة إليها والسهر على حفظها.
 - الاستعانة بالنيابة العامة لجمع الأدلة والتحري في وقائع ذات علاقة بالفساد.
 - السهر على تعزيز التنسيق ما بين القطاعات وعلى التعاون مع هيئات مكافحة الفساد على الصعيدين الوطني والدولي.
- 3-3- آثار الفساد الإداري في الجزائر :** تشهد البلدان التي يسيطر عليها الفساد حالة من الانكشاف أمام القوى الخارجية كالحكومات الأجنبية والشركات متعددة الجنسيات وهو ما من شأنه تقليل قدرة الدولة على المساومة مع الشركات والفاعلين الدوليين، والأمثلة على ذلك لا حصر لها نذكر منها الصفقات التي عقدتها الحكومة في قطاعات الأسلحة والاتصالات والنقل والأشغال العمومية مع الشركات الأجنبية، وقضية توريد العتاد الحربي المغشوش من روسيا وعقود انجاز الطريق السريع مع الشركة الصينية وغيرها من الأمثلة التي تعكس مدى استخفاف المتعاملين الأجانب بالمسؤولين الجزائريين. بعد أن سبقتها قضية مجمع الخليفة التي تمثل أكبر عملية احتيال عرفتها الجزائر، فكانت خديعة كبرى استغلها بارونات الفساد لسرقة الأموال العمومية وتهريب ملايين الدولارات إلى الخارج بعدما كانوا يوهمون الرأي العام الوطني بأن مجمع الخليفة مكسب للجزائر وراحوا يشبهون الأرقام الوهمية، والنتيجة خسارة فادحة للاقتصاد الوطني بأكثر من 100 مليار دينار جزائري. ثم فضيحة البنك الصناعي والتجاري الجزائري التي كلفت الاقتصاد الوطني خسارة أكثر من 100 مليون دولار.

كما يتجلى تأثير الفساد في الجزائر من خلال دوره في تشجيع الاقتصاد الريعي والموازي ومختلف أشكال النشاط غير المنتج فضلا عن تبذير الموارد المالية العمومية ونهبها وارتهان الدولة من طرف جماعات المصالح. يضاف إلى ذلك بقاء مدراء المصالح العامة وموظفي الإدارة العليا والتنفيذية لفترات طويلة في مناصبهم، مما يجعل البعض منهم يخلط بين الممتلكات الشخصية وممتلكات وأموال المصلحة التي يديرها، إضافة إلى الاختيار غير الموضوعي للقيادات الإدارية في المصالح العامة، والتي غالبا ما تتم على مبدأ الانتماء أو التزكية أو القرابة أو المعرفة الشخصية دون التركيز على التقييم العلمي المبني على الكفاءة والخبرة والإنتاجية¹

ومن جانب آخر اكتسحت الرشوة مجال الصفقات العمومية التي تقدم من خلالها المؤسسات العمومية عروضاً أمام مؤسسات القطاع الخاص بهدف تفويت نشاطات معينة أو إنجاز أشغال محددة، وفي هذا السياق عرفت الإدارات الجزائرية على مر العقود الماضية سباقاً محموماً بين الشركات المتنافسة على الصفقات العمومية عبر أبواب القرابة العائلية والمصالح الشخصية وقامت الرشوة بدور كبير في تحديد من يظفر بتلك الصفقات، نتيجة لذلك ازدهرت الأنشطة الاقتصادية لطبقة المقربين والمحظوظين، واتسعت الهوة بين الفقراء والأغنياء، وانكشف أيضاً حال مؤسسات اقتصادية ضخمة تابعة للدولة كان المسئولون فيها يرمون صفقات مع شركات مقربين منهم كما حصل في عدد من الشركات التابعة للقطاع العام مثل الشركة الوطنية للمحروقات سوناطراك، فأكثر من 95 بالمائة من مداخل الجزائر يُوفرها قطاع المحروقات، يكفي أن أتساءل هل يعرف أي مواطن جزائري حصيلة نشاطات ومبادلات ومشتريات شركة سوناطراك؟ وهل ناقش في يوم ما ثوابنا في البرلمان ميزانية هذه الشركة التي تُشكل "دولة داخل الدولة"؟.

والحقيقة أنه رغم قولنا أن الجزائر شهدت مستويات مذهلة من انتشار الفساد، فهو فساد تمتد جذوره إلى المراحل الأولى من الاستقلال حيث لم تتم عملية بناء أجهزة رقابية مستقلة لمكافحة الظاهرة، بل هي أجهزة تابعة للسلطة التنفيذية وارتبطت فعاليتها بموقف الرئيس من مكافحة الظاهرة فمسألة مكافحة الفساد في الجزائر لا تزال بعيدة عن الجدية والوضوح مقتصرة عن الوعود وإعلان الحملات وتنصيب هياكل ووضع تشريعات وإصدار أحكام تستعمل كمطية لتصفية الحسابات، وهو ما يؤكد على طبيعة الفساد في الجزائر المعقدة والحركية ما دام أن إساءة استخدام السلطة والمنصب العام أصبح عرفاً من أعراف البقاء في الحكم والوسيلة المستخدمة من طرف الأنظمة الاستبدادية في سبيل ضمان استمراريتها وبقائها، وبعد نهب المال العام، وتحويل البلد إلى ملكية إقطاعية للمفسدين، امتد الفساد إلى عملية الاستيلاء على إرادة الشعب وحرية التعبير، وإبداء الرأي، فكان أن شنوا هجوماً كاسحا على المجالس الشعبية المنتخبة، وعلى رأسها البرلمان، إلى درجة أن أحد بارونات المخدرات ضمن مقعده تحت قبة البرلمان، إلى جانب 14 عاملة نظافة في الانتخابات التشريعية الماضية، فالقول بغياب الإرادة ليس دقيقاً باعتبار أن الفاسد يرفض فكرة الإصلاح أصلاً².

الخلاصة :

الفساد يعني الانحلال والتعفن والتلف وهو سوء استعمال موقع لمصلحة شخصية وهو انحلال الأخلاق وهو رشوة الموظف وهو سوء استخدام السلطة العامة لأغراض شخصية وهو إساءة استعمال الوظيفة العامة للكسب

¹ محمد حليم ليام، ظاهرة الفساد السياسي في الجزائر، مرجع سبق ذكره، ص 60.

² أداء الاقتصاد الجزائري على ضوء متغيرات أسعار النفط والفساد والإرهاب، المرجع السابق، ص 171.

الخاص وهو أحد المعايير الدالة على غياب المؤسسة السياسية الفعالة وهو الاتجار بالوظيفة العامة والتعدي على المال العام وهو تعيين الأقارب والأصدقاء في مواقع متقدمة في الجهاز الوظيفي دون كفاءات ودون وجه حق، وهو ما يحتم البحث عن الآليات المناسبة لمكافحة الفساد في الجزائر عن طريق إيجاد هيئة وطنية جديدة لمكافحة الفساد تعطي صلاحيات كبيرة، لأن البلد لم يعد يحتمل المزيد من الفاسدين والمزيد من هدر المال العام، مع التأكيد على اعتماد الحصانة والاستقامة والرقابة الذاتية في مواجهة الفساد والتي عادة ما تغير من القيم والمعتقدات بعيداً عن حسابات الربح والخسارة وهذا ما يتفق مع النموذج الياباني الذي يؤكد على العوامل الناعمة (القيم والمبادئ والاتجاهات)، أي نقل مركز التأثير في مواجهة الفساد من الجوانب الخارجية الفعلية إلى الجوانب الداخلية الذاتية الناعمة وبناء على ما جاء في البحث يمكن صياغة بعض الاستنتاجات أبرزها ما يلي :

- 1- تعد الجزائر من أكثر البلدان في العالم من حيث تفشي الفساد نتج عنه هدر واسع للثروة، يعود ذلك لمجموعة من العوامل أهمها: التحول الاقتصادي وتحرير السوق والخصوصية - قصور الأنظمة المحاسبية والرقابية - انخفاض أجور القطاع العام - العلاقات الاجتماعية والمحابة - احتكار المناصب، خرق القوانين بسبب عدم دقتها- الدعم السياسي والعادات والتقاليد.
 - 2- تلقى عمليات مكافحة الفساد في السنوات الأخيرة قدراً كبيراً من الدعم والتأييد على المستويات العالمية والدولية والإقليمية إلا أن الاهتمام به مازال دون المستوى المطلوب في بلادنا.
 - 3- لدى الجميع واجب أخلاقي لمحاربة الفساد لكن لا أحد يمكن أن يشن هذه المعركة وحيداً، ويجب أن تلتزم الحكومات أنفسها بأخذ الخطوة الأولى في تقديم هيكل تشريعي وتنظيمي صلب يحظر الأعمال المرتشية وتتعامل بصرامة مع جميع الذين يرتكبوها.
 - 4- ضعف الشعور بالمسؤولية الوظيفية لدى مسؤولي الأجهزة الإدارية وهم يتعاملون مع المشاريع الأساسية التي تهم الناس ويكون اهتمامهم أكثر مع المشاريع السطحية ذات الربح السريع.
 - 5- أدى انتشار الفساد الإداري والمالي إلى غياب الاستثمار الأمثل للثروات الطبيعية مما أخل بحقوق الأجيال الحاضرة والأجيال المقبلة.
 - 6- أثر الفساد على أداء القطاعات الاقتصادية وأنتج تداعيات اجتماعية خطيرة على بنية المجتمع الجزائري فأنخفض مستوى النمو الاقتصادي وأضعف المناخ المناسب للاستثمار وارتفعت تكلفة المشاريع.
- المقترحات:** إن التخلص من الفساد الإداري هدف سامي، لكن ذلك يستدعي تطوير في الفكر والرؤى والقوانين واللوائح والأنظمة، و تأسيساً على الاستنتاجات التي توصلنا إليها يمكن تقديم الاقتراحات التالية:
- 1- للحد من تداعيات ظاهرة الفساد الإداري ينبغي أولاً صقل النوايا وتنمية الوازع الديني لدى الموظفين وترسيخ ثقافة وطنية وأخلاقية قائمة على أساس صيانة كرامة الإنسان والوطن.
 - 2- ضرورة تفعيل القوانين الرادعة فوراً بحق المفسدين مهما كانت مواقعهم احتراماً لإرادة الشعب الجزائري الذي دفع ثمناً غالياً نتيجة انتشار الفساد.

3- ضرورة دعم جهود المنظمات والهيئات المهتمة بمحاربة الفساد بكل الوسائل الممكنة شعبياً ورسمياً باعتبارها الباب الوطني للقضاء على الفساد، لذا ينبغي تضافر الجهود الشعبية والرسمية لتخليص المجتمع من هذا الداء الخطير.

4- تدعيم نظم توظيف المستخدمين وفق مبادئ الكفاءة والشفافية والمعايير الموضوعية مثل الجدارة والإنصاف والأهلية ويعني ذلك محاربة الوساطة ونظرية أهل الثقة التي تسود فوق أهل الخبرة وما إلى ذلك من الأفكار التي تتنافى مع المصالح العامة والأخلاق القويمة.

5- إنشاء نظم محكمة لأنواع المشتريات والصفقات تقوم على الشفافية وفتح مجال المنافسة بحيث تتضمن معايير موضوعية في اتخاذ القرارات وتتسم بالفعالية في منع الفساد من خلال :

- توزيع المعلومات المتعلقة بإجراءات الشراء من حيث الدعوة إلى المناقضة أو المزايدة وإرساء العقود مما يتيح لمقدمي العروض المحتملين وقتاً كافياً لإعداد عروضهم وتقديمها.

- نشر شروط المشاركة متضمنة معايير الاختيار وإرساء العقود وقواعد المناقضة بما في ذلك نظام فعال للطعن على القرارات مع الإجراءات مع نشر كل ذلك مسبقاً.

- اتخاذ تدابير مدنية وإدارية للمحافظة على سلامة دفاتر المحاسبة أو السجلات أو البيانات المالية أو المستندات الأخرى ذات الصلة بالنفقات والإيرادات العمومية لمنع تزوير المستندات.

6- تفعيل مبدأ الجدارة في شغل الوظيفة العامة من خلال إجراءات دقيقة تعتمد على الكفاءة والاستحقاق ووضع الرجل المناسب في المكان المناسب.

7- تطوير نظام ضريبي فعال وعادل لإحباط التفاوت والمسئولية التي تؤدي إلى الفساد بحيث لا يسمح للدفعات المرتشية أن تكون مخصومة من الدخل لأغراض الضريبة مثل بنود الإكراميات والتبرعات.

النو جهات الجديدة للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في ضوء قضية حظر النقاب في فرنسا



من إعداد : حميد بلغيت باحث بصف الدكتوراه
بمختبر الدراسات والأبحاث في حقوق الإنسان
كلية الحقوق - جامعة محمد الأول - بوجدة

أصدرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بتاريخ 01 يوليوز 2014، قرارا بخصوص الشكوى المتعلقة بحظر النقاب Interdiction du voile intégral في فرنسا، وتعود أطوار هذه القضية رقم 11/43835 التي رفعتها مواطنة فرنسية من أصول باكستانية تقيم في باريس وتبلغ من العمر 24 سنة، ضد فرنسا في 11 أبريل 2011، وذلك وفقا للمادة 34 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، إلى ما أعقب اعتماد القانون رقم 1192-2010 في 11 أكتوبر 2010، المتعلق بحظر ارتداء ملابس تخفي الوجه في الأماكن العامة، من نقاش عمومي تباينت حوله آراء المهتمين داخل فرنسا وخارجها.

وبالرغم من أن دفاع المدعية قد أثار ضمن دفوعاته أن النقاب بالنسبة للمرأة المسلمة يشكل التزاما بأحكام الشرع، كما أن لباس المدعية للنقاب ناتج عن إرادتها ورغبتها الحرة، حيث لم يكرهها أحد سواء كان زوجها أو أحد أقاربها على لباسه، هذا إلى جانب أنها صرحت بكونها مستعدة للخضوع لكل الإجراءات المتعلقة بكشف الهوية والتفتيش في الأماكن العمومية كالمطارات والمصحات مثلا، ويشكل هذا القانون المذكور حسب رأيها مساسا بحياتها الخاصة وقيدا على حرية اختيارها لنمط لباسها وشكل مظهرها. إلا أن قرار الغرفة الكبرى لمحكمة ستراسبورغ عاكس كل هذه الدفوعات، من خلال اعتبار قانون "حظر ارتداء ملابس تخفي الوجه" لا يتعارض في شيء مع أحكام المواد 8، 9، 10، 11، 14 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي تنص بالتوالي على الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية وحرية التفكير، والضمير والدين وحرية التعبير وحرية الاجتماع وتكوين الجمعيات وحظر التمييز.

ويشير هذا القرار عدة إشكالات قانونية، لا من حيث طبيعة الدفوعات التي قدمتها الدولة المدعى عليها وهي الدولة الفرنسية، ولا من حيث تباين مضمون هذا القرار مع ما كرسته اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في القضايا المثارة أمامها من خلال اجتهاداتها شبه القضائية.

❖ دفعوعات الدولة الفرنسية :

استندت الدولة الفرنسية في معرض رد دفاعها على الادعاءات المثارة من طرف المواطنة الفرنسية ذات الأصول الباكستانية، على معطيات علة، بدءا بالتقرير الذي أعدته الجمعية الوطنية في 26 يناير 2010 حول "ممارسة ارتداء النقاب في التراب الفرنسي"¹، وخلص هذا التقرير الذي أعد في 200 صفحة إلى النتائج التالية :

✓ ارتداء النقاب ظاهرة جديدة في فرنسا، حيث سجل التقرير أنه قبل سنة 2000 لا توجد في فرنسا ولو حالة واحدة لامرأة منقبة؛

✓ لم يتجاوز عدد المنقبات في فرنسا 1900 حالة إلى حدود سنة 2009؛

✓ 90% من المنقبات عمرهن لا يتجاوز الأربعين سنة؛

✓ اثنتين من كل ثلاثة منقبات يحملن الجنسية الفرنسية؛

✓ واحدة من كل أربع منقبات اعتنقن الإسلام حديثا.

وأشار التقرير في بعض من فصوله إلى أمرين أساسيين، أولهما أن هذه الظاهرة غير مرتبطة بالضرورة بأحكام الشرع، حيث أن الإسلام متواجد في فرنسا منذ قرون في غياب تام لظاهرة مرتديات النقاب، وثانيا تم اعتبار هذه الممارسة مناقضة لقيم الجمهورية، التي يعبر عنها شعار "الحرية والأخوة والمساواة"، فضلا عن كون هذه الممارسة ماسة بخيار العلمانية في فرنسا، فإنها منافية لمبدأ المساواة بين الجنسين ومحرضة على الكراهية ورفض الآخر.

وفي المحور المتعلق بـ "تحرير المرأة من ارتداء النقاب" وضع التقرير ثلاثة خطوات أساسية، بدءا بالإقناع مروراً بحماية المرأة وانتهاء بمنع وضع النقاب، وإلى جانب هذه الخطوات تطرق التقرير إلى ثلاثة إجراءات مصاحبة وهي :

- اعتماد قرار مؤكد على قيم الجمهورية ومبادئها، وتحديد سبل مواجهة كل الظواهر التي من المحتمل تهديد هذه الثوابت؛

- فتح نقاش عمومي حول التمييز ورفض الآخر على أساس الأصل أو الدين، قصد تحديد شروط ضمان التعايش في ظل التعدد الديني والمذهبي والروحي؛

- تأهيل المنظومة القانونية عبر اعتماد قوانين مناهضة للممارسات التقليدية الضارة تجاه المرأة.

وعبرت اللجنة الوطنية الاستشارية لحقوق الإنسان² في رأي لها بتاريخ 21 يناير 2010 عن تحفظها على بعض فصول هذا التقرير، خصوصا ما يتعلق بحماية الحياة الخاصة وحرية الفرد في اختيار مظهره الخارجي وحرية المعتقد والضمير والتفكير.

وفي دراسة أعدها مجلس الدولة الفرنسي³ حول نفس الموضوع، بتاريخ 25 مارس 2010، تم التركيز على تساؤل يتعلق بإمكانية ضبط هذه الظاهرة والتحكم فيها عبر المدخل القانوني التشريعي. وتبعاً لهذا حاول مجلس الدولة في دراسته هاته أن يبتعد عن منطق تقرير الجمعية الوطنية الذي أسرف في الربط بين هذه الظاهرة وقيم الجمهورية، إذ

¹ - للمزيد من المعلومات، يمكن الاطلاع على تقرير الجمعية الوطنية على الرابط التالي :

<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2262.asp>

² - للمزيد من المعلومات، يمكن الاطلاع على رأي اللجنة الوطنية الاستشارية لحقوق الإنسان على الرابط التالي :

http://www.cncdh.fr/sites/default/files/10.01.21_avis_sur_le_port_du_voile_integral.pdf

³ للمزيد من المعلومات، يمكن الاطلاع على دراسة مجلس الدولة الفرنسي على الرابط التالي :

<http://www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/possibilites-juridiques-d-interdiction-du-port-du-voile-integral.html>

أنه عمل على ربط هذه الممارسة مع مفهوم النظام العام، من خلال اعتبار إخفاء الوجه ممارسة من شأنها أن تخل بالسكينة العامة.

وذهب المجلس الدستوري في نفس الاتجاه، في قراره بخصوص مدى دستورية المقتضيات الواردة في قانون "حظر ارتداء ملابس تخفي الوجه في الأماكن العامة" بتاريخ 07 أكتوبر 2010، حيث أكد على تطابقها مع المقتضيات الدستورية، وأضاف أن هذا القانون يتغىى مكافحة الممارسات التقليدية الضارة تجاه المرأة، شأنه في ذلك شأن باقي القوانين التي تمنع تعدد الزوجات وزواج القاصرات وختان الفتيات ...

واستعرضت الدولة الفرنسية كل هذه المعطيات من أجل إثارة انتباه الهيئة القضائية إلى أن هذا الموضوع كان محل توافق كبير بين مختلف الهيئات الرسمية الفرنسية، مشيرة كذلك إلى أن هذا القانون قد تم التصويت عليه في الجمعية الوطنية بتاريخ 13 يونيو 2010 بمعدل 335 صوتا لصالح المشروع مقابل صوت واحد، وبمعدل 246 صوت مقابل صوت واحد في مجلس الشيوخ بتاريخ 14 شتنبر 2010.

وفي مستوى آخر من الترافع أكد دفاع الطرف المدعى عليها أن هذا القانون تضمن بعض الاستثناءات، حيث أشار هذا القانون في مادته الثانية إلى أنه يجوز تغطية الوجه في حالة ما أوجبت ذلك نصوص قانونية أخرى، كمدونة السير ومدونة الشغل، أو في إطار ممارسة أنشطة رياضية وفنية وترفيهية ...

وبعد تحديد مفهوم الأماكن العامة أو الفضاء العام، تناولت الهيئة القضائية، إشكالات قانونية جديدة كالتمييز بين التقييد Restriction والتدخل Ingérence بمعنى أن هذا القانون حسب محكمة ستراسبورغ يعد تنظيما للحق وبالتالي تقييدا للحق وليس تدخلا في الحق، وإذا عد تدخلا فليس تدخلا مستداما¹، حيث أنه نص على استثناءات سبقت الإشارة إليها. كما ميزت ذات المحكمة بين السلامة العامة والأمن العام La fraude identitaire ومن شأنه الإخلال بالأمن العام².

أما بخصوص احترام وحماية قيم المجتمع الديمقراطي الذي غالبا ما يتردد في أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في الآونة الأخيرة، فقد أشارت المحكمة إلى أن المساواة بين الجنسين واحترام الكرامة المتأصلة في الذات البشرية، إذ أن ارتداء النقاب يوحي بخضوع المرأة للنزعة الذكورية، ويعد مبدأ المساواة وقيمة الكرامة من التزامات الحد الأدنى بتطلبات العيش في مجتمع ديمقراطي.

❖ اجتهادات الآليات الأهمية لحقوق الإنسان :

بالنظر إلى الاجتهادات الفقهية وشبه القضائية التي راكمتها الآليات الأهمية لحقوق الإنسان فيما يخص حرية الضمير والمعتقد، يبدو أن هذه القضية لو عرضت على أنظار اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أو المقرر الخاص المعني بحرية المعتقد، لكنا أمام قرار غير الذي صدر عن محكمة ستراسبورغ. حيث سبق للجنة المعنية بحقوق الإنسان أن عبرت في تعليقها العام رقم 22 المعتمد بتاريخ 20 يوليوز 1993 حول المادة 18 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المتعلقة بحرية التفكير والضمير والدين، بأن "للفرد حرية إظهار دينه أو معتقده بشكل فردي أو في إطار

¹ - أنظر الفقرتين 110 و 111 من قرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قيد الدراسة.

² - أنظر الفقرة 138 من قرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قيد الدراسة.

جماعي، في فضاء عام أو في فضاء خاص"¹، ونفس الأمر كرسته ذات اللجنة في تعليقها العام رقم 28 المعتمد بتاريخ 30 مارس 2000، حول المادة 3 الخاصة بالمساواة بين الرجال والنساء²، والتعليق العام رقم 27 حول حرية التنقل³، والتعليق العام رقم 34 حول حرية الرأي والتعبير⁴.

وفي قضية RaihonHudoyberganova ضد أوزبكستان رقم 931/2000 بتاريخ 18 يناير 2005 أذانت اللجنة المعنية بحقوق الإنسان التدابير التي اتخذتها الحكومة الأوزبكية في اتجاه منع ارتداء ملابس وحمل رموز ذات حمولة دينية⁵.

وفي تقريره سنة 2006، وضع المقرر الخاص المعني بحرية الدين والمعتقد مبادئ توجيهية قصد قياس ضرورة ونسبية تقييد ارتداء أزياء وحمل رموز ذات بعد ديني⁶، وأوصى في هذا الإطار السلطتين الإدارية والقضائية على حد سواء، بأن يتم التقييد إن كان لزاما، على أساس الإجابات المستخلصة من الأسئلة التالية :

- هل المصلحة المتوخاة من التقييد مشروعة ؟
 - ما هي الفئات أو الحقوق المحمية من وراء هذا التقييد؟
 - هل توجد تدابير مغايرة يمكن عبرها بلوغ نفس الأهداف دون تقييد حق الأفراد في إظهار معتقداتهم؟
 - هل التقييد تم في حدوده الدنيا أم القصوى؟
 - وهل يثير هذا التقييد ردود أفعال تتم عن الإقصاء والتمييز وعدم التسامح؟
- كما ذهب المقرر الخاص في تقريره المؤقت لسنة 2011 إلى أن حظر ارتداء الحجاب الكامل أو النقاب يعد تمييزا مبني على النوع، وقد يعد تمييزا مزدوجا La discrimination croisée في حق المرأة المسلمة.⁷

❖ على سبيل الختم :

يمكن الخلوص في الأخير إلى أن هذا القرار غير المنتظر من حيث بناءاته وحيثياته وتعليقاته لم يخرج عن منطق الاجتهادات القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المكرسة في الآونة الأخيرة، خصوصا في قضايا الحريات الفردية، حيث كثيرا ما تثير المحكمة مسألة متطلبات العيش في المجتمع الأوروبي وقيم المجتمع الديمقراطي، إلى درجة أنها اعتبرت هذه القيم في إحدى القضايا من النظام العام الأوروبي.

ومن المثير كذلك التساؤل حول مناصرة دفعات الدولة الفرنسية، بالرغم من الاتجاه السائد من داخل مجلس أوروبا ما عدا فرنسا وبلجيكا القاضي بعدم مشروعية مثل هذه القوانين، كما لم تولي المحكمة لبعض القضايا التي لا تقل

¹ - الفقرة الأولى من التعليق العام رقم 22، ويمكن الاطلاع على هذا التعليق على الرابط التالي: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/french/f-HRC-comment22.htm>

² - يمكن الاطلاع على التعليق العام رقم 28 على الرابط التالي: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/french/f-gencom28.html>

³ - يمكن الاطلاع على التعليق العام رقم 27 على الرابط التالي: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/french/f-gencom27.html>

⁴ - يمكن الاطلاع على التعليق العام رقم 34 على الرابط التالي: <http://merlin.obs.coe.int/iris/2011/10/article1.fr.html>

⁵ - يمكن الاطلاع على تفاصيل هذه القضية على الرابط التالي: <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/html/931-2000.html>

⁶ - للمزيد من المعلومات، يمكن الاطلاع على التقرير السنوي للمقرر الخاص المعني بحرية الدين والمعتقد سنة 2006 على الرابط التالي: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=E/CN.4/2006/5&Lang=E>

⁷ - للمزيد من المعلومات، يمكن الاطلاع على التقرير المؤقت للمقرر الخاص المعني بحرية الدين والمعتقد لسنة 2011 على الرابط التالي: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/419/43/PDF/N1141943.pdf?OpenElement>

أهمية في هذا السياق، كمسألة استقلالية المرأة المسلمة في أوروبا، وحمايتها من التعرض للتحرش والعنف اللفظي والجسدي، مما أدى إلى تهديد الأمن الشخصي للمحتجبات Les femmes portant le voile ناهيك عن المنقبات Les femmes portant le voile intégral في فرنسا، حسب ما كشفت عنه دراسة أعدتها منظمة Open Society حول أثر هذا القانون في فرنسا سنة 2011 وفي تقرير آخر لها سنة 2013.

إجراءات الحجز والبيع العقاري على ضوء القانون المغربي "دراسة تطبيقية"



يونس المراكشي : طالب باحث بسلك ماستر قانون المنازعات العمومية

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس

منتدب قضائي بالمحكمة التجارية - بفاس - المغرب

مقدمة :

يعتبر موضوع التنفيذ من المواضيع التي تتسم بالصبغة القانونية والقضائية معا، وتعيشه مختلف المحاكم بالملكة عند نهاية المراحل الطويلة للنزاعات أمام القضاء، من خلاله يحصل الدائن على اكتساب حقه ووضع حد لتعنت وعناد مدينه.

فالأصل هو أن يقوم كل مدين بتنفيذ التزاماته اختيارا والوفاء بها طوعا امتثالا لعنصر المديونية¹، وبدون تدخل السلطة العامة، لكنه إذا ماطل في ذلك جاز لدائنه أن يلجأ لهذه السلطة لإجباره على هذا الوفاء استنادا لعنصر المسؤولية²، فقواعد العدالة لا تقتضي اللجوء إلى القضاء من أجل استصدار أحكام وحماية الحقوق فقط، بل تتعدى ذلك إلى التمكين من اقتضاء هذه الحقوق لأنه (لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له)³، فالتنفيذ إذن هو الذي يترجم الأحكام إلى واقع ملموس وبدونه تبقى مجرد توصيات لا فائدة منها.⁴

وطبيعي جدا ألا يقوم المحكوم عليه بالتنفيذ التلقائي والاختياري للحكم الصادر ضده، بالنظر إلى غلبة الطابع الإنساني على سلوكه وتصرفاته، وهذا ما يفرض التنفيذ ولو رغم إرادة المحكوم عليه⁵، الشيء الذي من أجله تدخل المشرع بقواعده الأمره لينظم هذا الموضوع بحيث يوفر الحماية الكافية للأطراف، فمن جهة الاختصاص جعل القضاء هو الوحيد الذي يجوز له التنفيذ جبرا على أموال المدين الممتنع عن الوفاء اختياريا، حيث أصبحت القاعدة تنص على ما يلي: "لا يجوز لأي شخص أن يقتضي حقه بيده"، ومن جهة المسؤولية عن الدين فقد أصبح التنفيذ يقع على

¹ - المديونية هي رابطة بين الدائن والمدين يجب على هذا الأخير بمقتضاها القيام بأداء معين.

² - المسؤولية تمثل خضوع شخص أو أموال المدين لسلطة الدائن للحصول على هذا الأداء.

³ - قالها سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في كتابه إلى قاضيه أبي موسى الأشعري، ذهب البعض إلى القول بأن الحق بدون تنفيذ حق آخرص.

⁴ - محمد سلام رئيس المحكمة الابتدائية بأربعاء سوق الغرب "النظرية العامة للتنفيذ الجبري للأحكام وللإجراءات التنفيذية الأخرى" ساهم به الأستاذ في إطار النشاط الثقافي في رابطة القضاة بدائرة محكمة الاستئناف بالرباط سنة 1987.

⁵ - عبد الكريم الطالب، "الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية"، مطبوعات المعرفة مراكش، الطبعة السادسة أكتوبر 2012، ص 407.

أموال المدين دون شخصه، إلا في حالات قليلة، وكذلك من حيث الإجراءات فقد وضع المشرع إجراءات تضمن حق الدائن وتحمي المدين من تعسف الدائن يجب إتباعها في التنفيذ الجبري وإلا كان باطلا.

فقد عرف الدكتور أبو الوفا التنفيذ الجبري : "الذي تجريه السلطة العامة تحت إشراف القضاء، بناء على طلب دائن بيده سند مستوف لشروط خاصة بقصد استيفاء حقه الثابت في السند من المدين جبرا عنه".

و التنفيذ الجبري إما أن يكون مباشرا و إما أن يكون تنفيذا غير مباشر أي عن طريق الحجز.

إذن في إطار الحديث عن التنفيذ غير المباشر أو عن طريق الحجز، لابد من الإشارة إلى كون المشرع المغربي على غرار باقي التشريعات المقارنة عمل على تناول هذه المساطر في قانون المسطرة المدنية¹، وأفرد لها أبوابا متفرقة تهتم أنواع الحجز²، وطرق تفعيلها وفق إجراءات دقيقة مشمولة بضمانات تخص كل طرف على حدة سواء طالب التنفيذ أو المنفذ عليه، كما تجدر الإشارة على أن المشرع لم يكتفي بتحديد الإجراءات بل حدد طبيعة الأشخاص أو الأجهزة المشرفة على احترام حسن تطبيق القانون.

وفي إطار الدراسة التي سنعمد إلى تحليلها والمتعلقة بإجراءات الحجز المنصبة على العقارات، و بيع هذه الأخيرة بالمزاد العلني، ثم تحقيق الغاية من سنهها، فإنه لطالما نجد أن المشرع اهتم بالعقار باعتباره مكون أساسي للتنمية، انطلاقا من مختلف الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وغيرها هذا من جهة، ومن جهة أخرى تعدد القوانين التي حاول المشرع سد مختلف الثغرات التي قد تعترى إحدى المساطر التي تباشر في إطار الحجزات العقارية، فبالإضافة إلى قانون المسطرة المدنية نجد قانون التحفيظ العقاري رقم 07-14، وظهير 2 يونيو 1915 المنظم للتشريع المطبق على العقارات المحفظة، والقانون رقم 08-39 المتعلق بالحقوق العينية، ثم مرسوم القرض العقاري والسياسي³ المنظم لمسطرة الحجز والبيع بالمزاد العلني للعقارات، وحيث أن مسطرة تحصيل الدائن لدينه تأتي بعد إجراءات البيع وإيداع الثمن بصندوق المحكمة فإنه غالبا ما تطرح إشكالية التوزيع أمام قلة المنتج وكثرت الديون الشيء الذي يستدعي تطبيق مجموعة من النصوص القانونية⁴ تتمثل حسب أنواع الدائنين.

انطلاقا من كل ما ذكر أعلاه، وحيث أن أهمية الموضوع تحضنا بالدراسة والتتبع بشكل جلي سواء في الساحة العملية أو القانونية، حيث نجد كنه ذلك ليس في الترسانة القانونية المشار إليها سابقا، بل حتى في العمل المتواصل الذي تسعى إلى تحقيقه الوزارة الوصية أي وزارة العدل من خلال تقاريرها المنجزة حول وثيرة عمل أقسام التنفيذ بمختلف المحاكم، ومدى تكريس الضمانات القانونية التي أشار إليها المشرع المغربي من خلال التطبيق القضائي.

إذن بتتبعنا لمختلف هذه المراحل نجد أن تمت إشكاليات عدة تطرح سواء على مستوى الممارسة العملية أي إجراءات ومساطر، أو على مستوى التطبيقات القضائية أي أحكام وقرارات، حيث يستشف مما ذكر آنفا الإشكالية التالية :

ما مدى مساهمة الترسانة القانونية والأجهزة الإدارية والقضائية في إضفاء صبغة الضمانة الممنوحة للدائن والمدين في إطار واقعة حجز العقار وبيعه بالمزاد العلني واستيفاء الدين؟

1 - ظهير شريف بميثاق قانون رقم 447-74-1 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالصادقة على نص قانون المسطرة المدنية وفق آخر التعديلات.

2 - أنواع الحجز المنصوص عليها في ق م م المغربي: الحجز التحفظي، الحجز التنفيذي، الحجز لدى الغير، الحجز الاستحقاق، الحجز الارتهاني

3 - مرسوم ملكي بميثاق قانون رقم 552.67 بتاريخ 26 رمضان 1388 (17 دجنبر 1968) يتعلق بالقرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندي.

4 - مدونة التجارة، مدونة تحصيل الديون العمومية، قانون الالتزامات والعقود، ظهير المنظم للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي... الخ

وعلى ضوء هذه المعطيات سنقتصر في حديثنا عن دراسة الإطار القانوني المنظم لهذه المساطر، مبرزين أهم الأدوار التي تقوم بها الأجهزة المكلفة بهذه الإجراءات، والمشاكل التي تعترضها على مستوى التطبيق، مع الإشارة إلى بعض الأحكام والقرارات الصادرة في إطار هذه العمليات والتي تخص أحد طرفي مسطرة التنفيذ (طالب التنفيذ والمنفذ عليه)، معتمدين على التصميم التالي :

المبحث الأول : الجوانب الشكلية لتفعيل مسطرة البيع الجبري على عقار محفظ.

المبحث الثاني : قراءة تقنية لإجراءات الحجز والبيع الجبري على عقار محفظ.

المبحث الأول : الجوانب الشكلية لتفعيل مسطرة البيع الجبري على عقار محفظ :

جرى الفقه على تعريف الحجز أنه وضع المال تحت يد القضاء، وحظر مالكه من التصرف فيه إضراراً بحقوق الدائنين الحجزين، باعتباره ضماناً عاماً للدائنين¹، ومن ناحية الإجراءات يمكن تعريفه بأنه ذلك الوصف الإجرائي الذي يلحق بمال المدين نتيجة إجراء معين يتخذه الدائن طبقاً للقانون يرتب آثاراً قانونية معينة.

و نعتقد أن مسطرة الحجز العقاري شرعت لمصلحة الدائن قصد عرقلة حرية المدين في التصرف في حقه العيني العقاري عن طريق تقييده مؤقتاً بالرسم العقاري، إلى حين الوفاء الاختياري من قبله، أو بيع العقار المحجوز عليه بالزاد العيني².

والجدير بالذكر أنه عندما نمنع النظر في إجراءات التنفيذ على العقار ندرك فوراً أن المشرع يوليها عناية خاصة، مقارنة مع حجز و بيع المنقولات، حيث أفرد للحجز العقاري فصول هامة في قانون المسطرة المدنية³، انطلاقاً من الدور النموذجي الذي يسعى إلى تحقيقه المشرع المغربي من خلال الترسنة القانونية المذكورة سابقاً، وأمام كم الإجراءات التي تباشر على مستوى جهاز كتابة الضبط فإن أقسام التنفيذ بمختلف محاكم المملكة تعمل جاهدة من أجل ضبط عملها القانوني المتمثل أساساً في توثيق وضبط مختلف الإجراءات من بينها فتح ملفات تنفيذ الحجزات العقارية (المطلب الأول)، وبعد ذلك تكلف الأجهزة المعهود لها قانوناً بترتيب المراحل المسطرية المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية وغيرها من القوانين الخاصة الأخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مكونات ملف البيع الجبري للعقار المحفظ :

إن الحديث عن مكونات ملف البيع القضائي يستلزم منا الأمر الإشارة إلى مجموعة من العناصر التي تحظى بالأهمية القصوى في مجال الإجراءات المسطرية بخصوص التنفيذ، فقد ارتأت كمسار تمهيدي الإحاطة بالجانب المحوري لهذه المسطرة ألا وهما أطراف التنفيذ (الفقرة أولى)، لأنقل إلى الجانب الثاني والمتعلق بالتزامات هذا الأخير حول تقديم السند التنفيذي المبرر لمطالبته بالدين موضوع البيع الجبري للعقار المحفظ (الفقرة الثانية).

¹ جاء في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) ما يلي: "إنه بمقتضى الفصل 1241 من ق ل ع م فإن أموال المدين ضمان عام لدائنيه..." قرار عدد 529 صادر بتاريخ 19 أكتوبر 1987 ملف اجتماعي رقم 1985/5482 - منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 41 السنة العاشرة 1988.

² الدكتور حسن فتوخ، "التقييد الاحتياطي وعلاقته بالحجوز والإنذارات العقارية" سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة العدد 15 ، دار الأفاق للنشر والتوزيع بالدار البيضاء، الطبعة الأولى السنة 2008 ، الصفحة 88.

³ الباب الرابع (حجز المنقولات والعقارات)، الفرع التنفيذي...حجز العقارات من الفصول 469 إلى 487 من قانون المسطرة المدنية.

الفقرة الأولى : صفة أطراف ملف التنفيذ :

~ طالب التنفيذ (الدائن) :

لقد نص المشرع المغربي في الفصل 429 من ق م م في فقرته الأولى على ما يلي: "تنفذ الأحكام الصادرة عن محاكم المملكة في مجموع التراب الوطني بناء على طلب من المستفيد من الحكم أو من ينوب عنه..."، يفهم من هذه الفقرة أن المستفيد هو ذلك الشخص سواء كان ذاتيا أم اعتباريا له مصلحة في تقديم طلب حجز وبيع عقار بالمزاد العلني، فقد تنتج الصفة في الغالب من وضعية الطرف الإيجابي في السند التنفيذي كالحكوم له بموجب حكم قضائي، أو دائن إذا كان السند التنفيذي هو شهادة تسجيل الرهن أو عقد أجنبي مزيل بالصيغة التنفيذية، كما تثبت الصفة أيضا لمن انتقل إليه الحق في التنفيذ، سواء كان خلفا عاما أم خاصا، وفي هذه الحالة فإن هذا الخلف يحل محل الدائن في مواصلة إجراءات التنفيذ لكن شريطة إعلام المدين وتبليغه بالسند المثبت لانتقال الحق¹، على اعتبار أن أي إجراء خلاف ذلك سوف يؤدي لا محالة إلى بطلان إجراءات التنفيذ.

علاوة على ذلك، فإن العبارة المذكورة في الفقرة أعلاه حول الفصل 429 والتي تشير إلى تقديم طلب التنفيذ ممن ينوب عن المستفيد، جائزة مع إمكانية تتبع النائب القانوني أو القضائي سلسلة مختلف مراحل التنفيذ الجبري ولا يمكن التنازل أو التراجع عنها إلا إذا تم إيقاف تلك الرابطة التي تؤهله للقيام بذلك.

إذن يستشف مما ذكر أعلاه أنه يجوز لكل دائن²، أن يتخذ إجراءات الحجز في مواجهة مدينه سواء أكان هذا الدين عاديا أم مرتهنا أم امتيازيا، ويجب أن يكون دائنا وقت الحجز فإن لم تثبت له هذه الصفة إلا بعد الحجز ولو قبل إتمام إجراءات التنفيذ كان الحجز باطلا، نجد مبرر ذلك كون المشرع يؤكد على أن تبدأ إجراءات التنفيذ بالإضافة إلى مقدماته في صورة جدية حتى يتحقق المدين من إصرار الدائن على التنفيذ فيعمل جادا على تفاديه.

~ المنفذ عليه (المدين) :

يقصد بهذه الصفة أي المدين ذلك الذي تشترط فيه صفة المديونية، وتثبت هذه الصفة لمن كان مسؤولا عن الدين سواء أكان مدينا أصليا أو تابعا كالكفيل الذي يلتزم بالدين معه.

ويجب توافر الصفة كذلك في خلف المنفذ عليه أيضا سواء أكان خلفا عاما كالوارث أو خلفا خاصا كالموصي له بالدين أو بجزء من التركة في حدود ما استحقه الوارث أو الموصى له من تركة الهالك³، على هذا الأساس يتطلب الأمر إتباع الإجراءات المسطرية المنصوص عليها في القوانين المنظمة لذلك لتحديد مدى التزام الخلف بديون السلف.

فضلا عن ذلك أن هناك أشخاص يمنع القانون اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهتهم و على أموالهم، كالإدارة وخصوصا على الأموال العامة التي لا تقبل الحجز بحجة أنها تعهد لخدمة المصلحة العامة، وفي هذا الإطار فالدولة المغربية تعمل جاهدة لخلق مسطرة إدارية خاصة تتلاءم والأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية بمختلف درجاتها.

¹ عبد العلي حفيظ، "إجراءات البيع الجبري للعقار المحجوز في القانون المغربي" مقارنة في الوظيفة الانتمائية للقاعدة الإجرائية على ضوء العمل القضائي، المطبعة دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى السنة 2012 الصفحة 22.

² انعدام الصفة يؤدي إلى بطلان إجراءات التنفيذ وهذا البطلان متجدد بتمسك به الخصم في أية حالة تكون عليها الإجراءات.

³ أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية، السنة 1986، ص 262.

الفقرة الثانية : طلب تنفيذ الحجز على عقار ومرفقاته :

قد يختلف الأمر في تقديم طلب التنفيذ الآنف الذكر من وضعية إلى أخرى، حسب خصوصيات الدين والدائن، ومادام كذلك فإنني سأحاول الحديث عن السندات التنفيذية المتعلقة بالأحكام القضائية النهائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به، ثم ننتقل إلى السندات المتعلقة بشواهد التقييد الخاصة:

~ فبالنسبة للأولى أي سند تنفيذي مجسد في حكم قضائي نهائي: حماية لحق الدائن الحائز لهذا الحكم أو القرار أقر المشرع ضرورة السهر على تبليغه حتى ينتهي أجل الطعن و يصبح حائزا لقوة الشيء المقضي به، علاوة على ذلك يستوجب إرفاق طلب التنفيذ بما يفيد قيام الدائن بالحجز التحفظي على العقار الذي يعمل على مباشرة البيع بخصوصه في إطار المزاد العلني، هذا الأخير يتم تحويله مباشرة بعدما يتضح أن المدين حرر بشأنه محضر بعدم وجود ما يحجز طبقا للفصل 469 من م م ق م في فقرتها الأولى، مؤكداين على إضافة مسألة في غاية من الأهمية والمتعلقة بشهادة الملكية التي تثبت أن العقار موضوع البيع مملوك لفائدة المدين، فالأصل هو أن الدائن لما لجأ إلى مسطرة الحجز التحفظي إنما كان له اليقين في ملكية العقار للمدين ولكن رغم ذلك وخصوصا على مستوى إجراءات البيع التي يشرف عليها القضاء لابد من الإدلاء بالوثائق الدالة والهادفة إلى ثبوت الدين وكذا التأكد من وضعية العقار والتقييدات المضمنة في شهادة الملكية.

~ أما بخصوص السندات المتمثلة في شواهد التقييد الخاصة¹، فإنها تخضع لإجراءات نموذجية أكثر دقة، شأنها شأن باقي إجراءات الحجز في طور التنفيذ، حيث يتطلب تكوين ملف التنفيذ من طلب مؤدى عنه الرسوم القضائية، بالإضافة إلى مجموعة من الوثائق منها شهادة الملكية، الإنذار العقاري - ما يفيد تبليغه إلى كل من الحافظ على الأملاك العقارية وكذا المدين الراهن -، إذن من البديهي التعريف بالدائن صاحب شهادة التقييد الخاصة كون هذا الأخير يتمثل في إحدى المؤسسات المالية أو البنكية التي تمنح قروض مختلفة للأطراف مقابل تسجيل الرهن² على العقارات المملوكة لفائدة أصحابها كضمانة، تستوفى ديونهم إذا ما تقاعس أحد هؤلاء عن أداء ما بذمتهم، عن طريق إتباع إجراءات خاصة من بينها التي نحن بصدد دراستها.

وجدير بالذكر أن من بين أهم الوثائق المذكورة أعلاه هو الإنذار العقاري، هذا الأخير الذي نجد تعريفات كثيرة بشأنه منها : "إشهار يوجهه الدائن المرتهن إلى المدين الراهن بواسطة عون التبليغ، يطالب فيه بأداء الدين المضمون بالرهن تحت طائلة نزع ملكية العقار المرهون، وبيعه بالمزاد العلني لتسديد هذا الدين وفوائده ومصاريفه"³

والإنذار العقاري له شكليات وبيانات محددة ينبغي أن تلازمه تحت طائلة بطلانه وتتجلى هذه الشكليات فيما يلي :

- إنذار المدين أو الكفيل بالوفاء خلال مدة معينة أي تحديد أجل الوفاء.

- بيان مفصل للعقار المراد حجزه، اسمه، مساحته، حدوده ورقم رسمه العقاري المسجل بالمحافظة العقارية.

¹- تعتبر هذه الشهادة السند التنفيذي في مسطرة تحقيق الرهن الرسمي فهي تغني عن اللجوء إلى القضاء قصد استصدار حكم يقضي بأداء الدين الذي يكون ثابتا بمقتضى عقد الرهن وشهادة التقييد الخاصة لا تسلم إلا مرة واحدة للدائن المرتهن بناء على عقد الرهن المسجل والتي تمنحه الحق في بيع العقار المرهون عند الإخلال بالالتزام المبني عليه الرهن (الفصل 58 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ).

²- عرف ابن عرفة الرهن بقوله: "الرهن مال قبض توثقا به في دين ويمكننا أن نعرفه تعريفا أكثر دقة ووضوحا بأنه عقد بين الدائن والمدين يتفقان فيه على أن يخصص المدين أو من يعمل لمصلحته شيئا ماليا معينا يضمن للدائن دينه، وليكون له الحق - قبل غيره من الدائنين - في استيفاء دينه من ثمن ذلك الشيء إذا لم يوف بالدين عند حلوله.

³- محمد سلام: "تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي" طبعة 1 السنة 2002 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الصفحة 24

- ذكر السند التنفيذي المعتمد في توجيه الإنذار.

- تحديد قيمة الدين المطالب به بما فيه الفوائد القانونية والاتفاقية والمصاريف.¹

المطلب الثاني : الإشراف الإداري والقضائي لإجراءات البيع الجبري على عقار :

لقد أسندت مهام التسيير والإشراف في مسطرة التنفيذ بصفة عامة إلى مجموعة من الأجهزة الأساسية²، وعلاقة بالحجوزات العقارية في إطار البيع بالمزاد العلني، فإن المشرع أوكل مهمة مباشرة الإجراءات إلى نخبة إدارية - كتابة الضبط - (الفقرة الأولى)، وجعل مهمة الإشراف والتتبع لجهاز قضائي - قاضي التنفيذ - (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : كتابة الضبط (المكلف بالتنفيذ) :

يعد مأمور إجراءات التنفيذ موظفا عموميا أناط به المشرع مهمة تنفيذ الأوامر والأحكام و القرارات الصادرة عن القضاء فهو بهذه الصفة يعتبر ممثلا للسلطة العامة الموكل إليها تلك الإجراءات، شريطة أن يكون على بينة من القواعد القانونية المطبقة كلما كانوا بصدد مباشرة عملية التنفيذ، وقد وردت ضمن القواعد العامة للتنفيذ الجبري التي حددتها المسطرة المدنية، كما وردت في نصوص خاصة أخرى أوجبها المشرع لحسن سير العمل واعتبرها من النظام العام.

بعد هذا التعريف الوجيز عن المكلف بالتنفيذ وانطلاقا مما ذكر سابقا، حول إجراءات بيع العقارات بالمزاد العلني والتي تبتدئ من إيداع طلب التنفيذ إما بتحويل الحجز التحفظي على عقار إلى حجز تنفيذي، أو بناء على تحويل إنذار عقاري إلى حجز عقاري، كلاهما يقوم مأمور الإجراءات بتتبع وتفعيل مقتضيات قانون المسطرة المدنية المغربي، بالإضافة إلى قوانين أخرى خاصة حسب الحالات الواردة في طلبات التنفيذ الجبري.

وحتى نكون حريصين على إضفاء طابع الشمولية لهذه الإجراءات، فإن هناك مساطر أخرى تدخل في نطاق المساطر الجماعية تسمى معالجة صعوبة المقاول، التي يتم تعيين السنديك في حكم صادر عن الهيئة بقيامه بجميع العمليات التي من شأنها أن تساعد المقاول سواء في إطار التسوية أو التصفية القضائية، فتعيين السنديك يتم حسب الفقرة الأخيرة من المادة 568 من مدونة التجارة "تزاوّل مهامهما لسنديك من طرف كاتب الضبط ويمكن للمحكمة، عند الاقتضاء، أن تسندها للغير."، على هذا الأساس سواء عين السنديك من داخل أو خارج المحكمة فهو جهاز مكلف بتطبيق المقتضيات القانونية كما هي سيما تلك المتعلقة بموضوع الدراسة.

الفقرة الثانية : مؤسسة قاضي التنفيذ :

في إطار الوعي بأهمية تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية، ساهمت الوزارة الوصية -وزارة العدل- من خلال مجهوداتها المبذولة إلى الإحاطة بهذه المرحلة التي تعتبر النهائية في مسار الدعوى وبالتالي بموجبها يصل أصحاب الحقوق إلى تحقيق هدفهم المنشود، كما أن المشرع المغربي على غرار باقي التشريعات المقارنة، بادر إلى خلق جهاز

¹ تقرير حول إجراءات كتابة الضبط والإنذار العقاري المحكمة التجارية وجدة "القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية" الجزء الثاني، منشور بمجلة الحقوق المغربية سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الطبعة الأولى 2010 الصفحة 278.

² - مساعدي القضاء : - المفوضين القضائيين، - مأموري إجراءات التنفيذ، - السلطة المحلية...

قضائي انحصرت مهمته في الإشراف والتتبع على مختلف إجراءات التنفيذ منذ فتح الملف التنفيذي بكتابة الضبط إلى غاية تحرير محضر التنفيذ سواء من طرف مأمور الإجراء أو المفوض القضائي.

فقد عهدت هذه المؤسسة في الاختصاص إلى قاض يتم تعيينه بموجب الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون إحداث المحاكم التجارية رقم 95-53 التي تنص على ما يلي: "...يعين رئيس المحكمة التجارية باقتراح من الجمعية العمومية قاضيا مكلفا بمتابعة إجراءات التنفيذ".

علاوة على ذلك نجد الرسالة الدورية الصادرة عن وزير العدل تحت عدد 16 وتاريخ 17 دجنبر 1998 الموجهة للرؤساء الأولين لمحاكم الاستئناف ورؤساء المحاكم الابتدائية - وإن كانت لا ترقى لمرتبة قانون فهي مؤشر على توجهات الحكومة في هذا المجال - إذ أوصت بضرورة "تكليف قاض من بين قضاة المحكمة الابتدائية لمساعدة الرئيس في الإشراف على متابعة إجراءات التنفيذ... مع تفرغه لذلك عند الاقتضاء"¹، وتأكيدا على حرص المشرع والتزامه بسد الفراغ التشريعي الذي تعرفه المحاكم العادية فيما يتعلق بمؤسسة التنفيذ، فقد عدل الفصل 429 من ق م م بموجب القانون رقم 03-72 حيث أضاف في فقرته الثالثة ما يلي: "...يكلف قاض بمتابعة إجراءات التنفيذ يعين من طرف رئيس المحكمة الابتدائية باقتراح من الجمعية العامة...".

وفي ختام هذه الفقرة أود أن أشير إلى كون مسطرة بيع العقار المحجوز عن طريق المزاد العلني لا يتضمنها قانون المسطرة المدنية فقط بل هناك مواد في مدونة التجارة نظمها المشرع في إطار نظام معالجة صعوبة المقاول² كما سبقت الإشارة، حيث أقر الحكم أو القرار القاضي بفتح إحدى المسطرتين أي التسوية أو التصفية القضائية ضرورة تعيين جهازين أساسيين هما القاضي المنتدب والسنديك³، فعلاقتهم بمسطرة الحجز العقاري والبيع بالمزاد العلني تقتضي بالدرجة الأولى احترام مجموعة من المقتضيات قد تختلف عن باب الحجز العقاري في ق م م من خلال بعض فصوله، و من بينها تتبع وإشراف جهاز مؤسسة التنفيذ التي سبق وأن تكلمنا عنها حيث تتم المراقبة من طرف القاضي المنتدب كونه مشرفا على حسن سير المسطرة منذ افتتاحها إلى غاية قفلها، إضافة إلى ضرورة إبراز غاية المشرع من هذه المساطر ألا وهي الحفاظ على موجودات الشركة ضمانا لحقوق الدائنين وحماية لمصلحة المدين سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا، وخلاصة القول يتضح لنا أن علاقة رئيس المحكمة أو من ينوب عنه في متابعة إجراءات التنفيذ تختلف تماما عن ما أقره المشرع في الكتاب الخامس من مدونة التجارة، وللإشارة فإن الحديث بتفصيل عن هذه التقنيات التي تباشرها هذه الأجهزة سوف نتطرق إليها عند تحليلنا لأهم المراحل التي يمر منها بيع العقار المحجوز بالمزاد العلني.

المبحث الثاني : قراءة تقنية لإجراءات الحجز والبيع الجبري على عقار محفظ من خلال القانون المغربي :

يجب على المكلف بإجراءات التنفيذ قبل البدء في مسطرة التنفيذ أن ينظر إلى الطلب المقدم إليه ويتأكد من نوعه، هل المطلوب منه حجزا عقاريا بناء على سند تنفيذي، أو إنذار عقاري مبني على رهن رسمي، وما إذا كان العقار محفظا أو غير محفظ انطلاقا من شهادة الملكية المدلى بها، وأخيرا ما إذا كان العقار ملكا مشاعا أم لا، لأن هذا الإجراء رغم

¹ - عبد العلي حفيظ، مرجع سابق الصفحة 161.

² - الكتاب الخامس من مدونة التجارة

³ - المادة 637 من مدونة التجارة في فقرتها الأولى: "تعين المحكمة في حكم فتح المسطرة القاضي المنتدب والسنديك".

أنه سبق وأن أشرنا سلفا إلى حيثياته، فالقصد من إعادته يدخل في ضرورة حرص المكلف بالتنفيذ على ضبط وتوثيق كل مرحلة على حدة لأن ذلك يدخل في اختصاصات كتابة الضبط.

وعملا بمقتضيات قانون المسطرة المدنية و بالضبط في الشق المتعلق بالحجز على العقارات، ونظرا لكون هذه المساطر تحظى بالأهمية القصوى من قبل الممارسين وكذا أصحاب الحقوق علاوة على المدينين ووعيا منا بواقع المسطرتين اللتان سبق ذكرهما، فإننا سنحاول الحديث بشكل موجز عن طلب التنفيذ بناء على تحويل إنذار عقاري إلى حجز عقاري، دون التطرق إلى تحويل حجز تحفظي إلى حجز تنفيذي على عقار، حيث يختلفان في بداية المسطرة على مستوى تبليغ السند للمدين، أما باقي الإجراءات فهي منظمة بنفس الفصول، وقبل الحديث عن المسطرة انطلاقا من المراحل المهمة لإعداد ملف البيع القضائي (المطلب الأول)، وكذا تاريخ بيع العقار بلمزاد العلني والآثار المترتبة عنه (المطلب الثاني)، سننظر بظلنا على الإجراء الذي كان يعهد سابقا للمكلف بالتنفيذ والمتعلق بتحويل الإنذار العقاري إلى حجز العقاري قبل دخول ق رقم 08-39 حيز التطبيق وفق الآتي :

~ تحويل إنذار عقاري إلى حجز عقاري :

بداية تجب الإشارة إلى أن طلب تبليغ إنذار عقاري إلى المدين يقتضي هو الآخر فتح ملف التبليغ خاص به يؤدي عنه رسم قار محدد في مبلغ 20 درهما، حيث يكلف المفوض القضائي بالسهر على تبليغ وفق الإجراءات التالية :

~ تبليغ الإنذار العقاري إلى المدين : يبلغ هذا الأخير بالإنذار مرفقا بصورة من شهادة التقييد الخاصة وكذا بصورة من عقد الرهن المسجل وذلك عن طريق المفوض القضائي أو المكلف بالتبليغ حيث يبلغ شخصا أو في موطنه أو محل عمله أو في أي مكان آخر يوجد فيه... (الفصل 37 من ق م م)، والغاية من توجيه الإنذار العقاري إليه هو إعطائه الفرصة ليؤدي ما عليه داخل أجل 20 يوما، وإذا تعذر التبليغ إلى المدين لعدم العثور عليه تطبق في حقه مقتضيات الفصل 39 من ق م م، كما يمكن أن يعين في حقه قيم إذا كان محل إقامته غير معروف.¹

~ تبليغ الإنذار العقاري إلى المحافظ على الأملاك العقارية : يوجه هذا التبليغ إلى المحافظ على الأملاك العقارية وذلك قصد تسجيله في السجل العقاري لأن هذا الإجراء يكرس مبدأ الضمانة الممنوحة لفائدة الدائن في استحقاق دينه.

~ تحويل الإنذار العقاري إلى حجز عقاري: مباشرة بعد تبليغ المدين والحفاظ على الأملاك العقارية بنص الإنذار العقاري، وعدم وفاء المدين بأداء الدين في حدود الأجل المذكور وهو 20 يوما، وبعد التأكد من رجوع شهادتي التسليم و صحة التبليغ من الناحية القانونية مخافة من تعرض هذه الوثيقة لأي تزوير أو تغيير في المعطيات التي حررها المكلف بالتبليغ، لأن أي تصرف مخالف للمقتضيات المنصوص عليها قانونا حول بيانات التبليغ قد تعرض المسطر ككل إلى البطلان.

المطلب الأول : المراحل المهمة لإعداد ملف البيع القضائي :

تعد دراسة المراحل المهمة للحجز العقاري من الأهمية بمكان، كونها أولا تخضع لنظام قانوني جد معقد وبطيء، ثانيا إلى تعدد الإجراءات المزمع القيام بها من قبل مأمور الإجراءات، هذه الأخيرة حددتها فصول قانون المسطرة المدنية وكذا قانون الحقوق العينية سأحاول التطرق إليها بشكل عملي ومنهج :

¹ - القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية، مرجع سابق، الصفحة 283.

الفقرة الأولى : الأسس القانونية والعملية لإعداد محضر واقعة الحجز :

~ مرحلة حجز العقار: باعتبارها أول مرحلة في المسطرة، ونظرا لأهميتها فإن المشرع المغربي في الفصل 470 من ق م م حاول تأطير مأمور الإجراء بمجموعة من البيانات التي يجب أن يعاينها انطلاقا من وقوفه على العقار، و تضمينه كل ذلك في محضر الحجز، هذا الأخير الذي يفرغ في نموذج معد من قبل وزارة العدل (نموذج رقم 1998/32055)، حيث إن الغاية من ذلك هو ضرورة ملئ جميع الخانات الفارغة حيث إذا ما تم نسيانها أو تجاهلها سوف تعرض إجراءات التنفيذ للبطلان، فباستقراءنا لمقتضيات الفصل 470 من ق م م في فقرته الأولى، سنجد المشرع أوجب تحديد بعض العناصر الضرورية، سنحاول إعطاء مدلول كل واقعة بشكل مختصر كما يلي :

- تاريخ تبليغ الحكم : شرط أساسي يفيد عدم التزام المدين بأداء ما بذمته في مواجهة الدائن.
- حضور أو غيبة المحجوز عليه في عمليات الحجز : تقتضي الوجوب لأن الأمر قد يسهل على مأمور التنفيذ في التعرف على مشتملات العقار وتوابعه في وقت وجيز جدا، وكذا سيساعده على تضمين معطيات يقينية ليست مبنية على فرضيات ربما قد تنعكس على المتزايد الذي سيقبل عرضه وبالتالي يصبح راسي عليه المزداد، كما أن هذه الواقعة هي ضمانه للمدين كونه سيعمل جاهدا على التخلص من هذا العار الذي أحل به.
- موقع العقار : كما هو معلوم أن العقار في إطار البيع الرضائي له ارتباط بالحيط المتواجد به، فبالأحرى عندما تكون البيوعات بالمزاد العلني لها طابع خاص ربما يجعل الأشخاص تقتني الأشياء ليس بالثمن البخس وإنما بثمان أقل من السوق.
- رسم الحدود بأكثر دقة : حتى يتأكد المشتري من الحدود المرسومة له في العقار المبيع.
- تضمين الحقوق المرتبطة به والتكاليف التي يتحملها إن أمكنت معرفتها وعقود الكراء المبرمة في شأنه : وتهم الحقوق العينية المرتبطة بالعقار المبيع، وبالنسبة للتكاليف أي حقوق الارتفاق كحق المجرى وحق المسيل، وأخيرا عقود الكراء حيث يندرج ضمن ذلك الإشارة إلى وجود أصل تجاري بالعقار من عدمه.¹

¹ - عبد العلي حفيظ، مرجع سابق ص 233.

- حالة العقار موضوع الحجز تجاه المحافظة على الأملاك العقارية عند الاقتضاء : يفترض من كل دائن الإدلاء بشهادة الملكية المتعلقة بالعقار موضوع البيع، حتى يتمكن أولاً مأمور التنفيذ من تضمين دفتر التحملات بمعطيات صحيحة ومسجلة وكذا تعطى الفرصة للأغيار لمعرفة جميع التقييدات المسجلة بالرسم العقاري.

فانتقال المكلف بالتنفيذ إلى عين المكان يبقى مشروطاً بمعرفة المعطيات التي سبق تحديدها، وتضمينها في وثائق ستأتي دراستها فيما بعد، إلا أنه هناك بعد المساطر الخاصة المتعلقة بالحجز والبيع العقاري التي لا ينجز فيها محضر الحجز، وإنما يتم تبليغ الإنذار عن طريق الإشهار في إحدى الجرائد الوطنية، كما نص عليه الفصل 61¹ من مرسوم 17 دجنبر 1968 وبالتالي يصبح الإشهار المذكور بمثابة حجز على عقار.

وبالمقابل نجد المشرع المغربي في إطار تحديث منظومته القانونية واهتمامه بالشأن العقاري والحقوق العينية بصفة عامة، اتخذ منحى غير الذي اتبعه في قانون المسطرة المدنية بشأن إعداد محضر حجز العقار، فوفقاً لمقتضيات القانون رقم 39-08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية²، التي تنص في قسمها الثالث المتعلق بـ: "في الحجز والبيع الجبري للعقارات" المواد من 214 إلى 221، نجد هناك إجراءات إذا ما تم استقراءها يلاحظ أن المشرع حاول تقليص مدة هذا النوع من التنفيذ خلافاً لما كان يتسم به من بطء وتعقيد - نشير إلى أن المشرع استعمل في القانون رقم 39-08 مصطلح مكلف بالتنفيذ عوض عون التنفيذ الذي تضمنته فصول قانون المسطرة المدنية، وهذا إن دل إنما يدل على حرص المشرع على تتبع التعديلات والتغييرات التي تطرأ على مختلف القوانين، من بينها النظام الأساسي المتعلق بهيئة كتابة الضبط.³

و ارتباطاً بواقعة إعداد محضر الحجز، فإن المادة 216 في فقرتها الثانية أشار المشرع من خلالها إلى مايلي: "...يعتبر الإنذار المذكور بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره".

باستقراءنا لهذه الفقرة يتضح أن المشرع حاول تبسيط إجراءات التنفيذ الجبري المتعلق ببيع العقارات، وأعطى للدائن الحاصل على شهادة التقييد الخاصة بتقييد الرهن لفائده والمسلمة له من طرف المحافظ على الأملاك العقارية الحق في طلب بيع العقار المرهون بالمزاد العلني عند عدم وفاء المدين بدينه في الأجل المحدد، حيث تكتسي الشهادة الخاصة قوة سند قابل للتنفيذ⁴، وبناء على تقديم طلب التنفيذ إلى كتابة الضبط يعمد المكلف بالتنفيذ إلى توجيه إنذار⁵ إلى

1- نص الفصل 61 من المرسوم الملكي بمثابة قانون الصادر بتاريخ 1968: "تقوم مؤسسة القرض المقبولة للتمكين من بيع العقار المرهون بتوجيه إنذار إلى المدين بواسطة مكتب التبليغات بالمحكمة المختصة. وتبلغ كتابة الضبط هذا الإنذار الموضوع طبقاً للفصل 205 من الظهير الشريف الصادر في 19 رجب 1333 (2 يونيو 1915) بتحديد التشريع المطبق على العقارات المحفظة وذلك قصد تقييده في السجل العقاري بمكتب المحافظة على الأملاك العقارية الواقعة الأملاك في دائرتها، ويعتبر الإنذار المذكور وحده بمثابة حجز عقاري خلافاً للقواعد المتعلقة بالتفويض في الاختصاص بميدان الحجز العقاري. وفي حالة عدم الأداء بعد مرور خمسة عشر يوماً، فإن الإنذار المذكور ينشر ست مرات طيلة السنة أسابيع الموالية لتقييده في إحدى جرائد الإعلانات القانونية الصادرة بالدائرة الواقعة فيها الأملاك، ويعلق الإعلان عنه مرتين تفصل بينهما مدة خمسة عشر يوماً. ويأشّر هذا الإعلان في قاعة المحكمة التابع لها المكان الذي يجب أن يقع فيه البيع وفي الملك إذا كان الأمر يتعلق بعقار مبنى. ويبلغ الإعلان الأول في ظرف ثمانية أيام إلى المدين والدائنين المقيدين بالمكان المعين للمخابرة معهم في الدائرة الموجودة فيها العقارات مع إنذارهم بالإطلاع على كناش التحملات. وبعد مرور خمسة عشر يوماً على استكمال هذه الإجراءات، يباشر البيع بالمزاد بمحضر المدين أو بعد استدعائه قانونياً أمام المحكمة الواقعة بدائرتها الأملاك كلها أو بعضها. غير أنه يمكن للمحكمة بناء على طلب تقدمه مؤسسة القرض المقبولة قبل النشر الأول أن تأمر بإجراء البيع إما في محكمة أخرى أو لدى موثق تابع للإقليم الموجودة فيه الأملاك. ويكون هذا الحكم غير قابل للاستئناف. ولا يمكن أن يقع التعرض على ذلك إلا في ظرف الثلاثة أيام الموالية للتبليغ الذي يجب أن يوجه إلى المدين بإضافة أجل وصوله إليه".

2- ظهير شريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية

3- مرسوم رقم 2-11-473 صادر في 15 شوال 1432 (14 سبتمبر 2011) بشأن النظام الأساسي الخاص بهيئة كتابة الضبط.

4- المادة 214 من ق رقم 39-08.

5- يتضمن الإنذار المعد من طرف المكلف بالتنفيذ : "اسم المالك المقيد واسم الملك المرهون وموقعه ومساحته ومشتملاته ورقم رسمه العقاري"، هذا ما نصت عليه المادة 216 في فقرتها الأولى.

كل من المنفذ عليه أي مالك العقار¹ والحائز لأداء الدين أو التخلي عن العقار موضوع البيع داخل أجل 15 يوما من تاريخ التوصل²، كما يبلغ هذا الإنذار إلى المحافظ على الأملاك العقارية بالدائرة التي يتواجد بها العقار حفاظا على حقوق الدائن المرتهن.

الفقرة الثانية : الجوانب التقنية المعدة للبيع الجبري للعقار :

~ مرحلة تعيين خبير: يمكن تسمية هذه المرحلة بالتقنية أو الفنية، حيث يباشر من خلالها أحد الأشخاص اللذين لهم مؤهلات في ميدان المعاينات العقارية الكفاءة والدراية الكافية في معرفة اقتصاد السوق العقاري ومدى التحولات الطارئة عليه، فقد نظم المشرع إطارهم العملي بقانون رقم 00-45³، وأعطى الحق للمكلف بإجراءات التنفيذ تقديم طلب إلى السيد رئيس المحكمة أو قاضي التنفيذ حسب التجربة العملية، هذا الأخير يصدر أمره بتعيين أحد الخبراء مع تحديد المهام التي سوف يقوم بها والمتمثلة أساسا في البيانات التي سبق الحديث عنها بخصوص العقار المبيع، إضافة إلى إلزامه بتعيين الثمن الافتتاحي الذي ستنتقل منه المزايدة وفي بعض الأحيان يطلب من الخبير كذلك تحديد الثمن الحقيقي للعقار، على اعتبار أن الثمن الأول هو مجرد اقتراح من الخبير يتضمن مبلغا أقل من قيمة العقار الحقيقية المغزى منه هو تشجيع المتزايدين على الحضور للمزايدة، كما تتضمن المأمورية مبلغ الأتعاب المستحقة للخبير حيث تبقى السلطة التقديرية للقضاء في تحديدها، بعد إنجاز ما تمت الإشارة إليه، يقوم المكلف بالتنفيذ بتبليغ تلك المأمورية للدائن قصد إيداع أتعاب الخبير بصندوق المحكمة، على أن يوجهها بعد إيداع تلك المصاريف إلى الخبير قصد القيام بالمطلوب.

~ مرحلة إعداد دفتر التحملات : يعتبر دفتر التحملات مرجعا قانونيا لشروط البيع بالمزاد العلني يطالع عليه العموم قبل إجراء السمسرة، حيث نظمه الفصل 474 من ق م م⁴، وقد أفردت له وزارة العدل نموذجا خاصا (98/32057) يتضمن 14 فصلا نذكر من بينهم على سبيل المثال :

- أسماء الأطراف وتاريخ تبليغهم ، نوع السند التنفيذي.
- موقع العقار المحجوز، صفاته، حدوده...
- الثمن المحدد لانطلاق المزاد العلني.
- اعتبار محضر إرساء المزاد كسند ملكية ولا يكون له الحق في المطالبة بسندات التمليك الأخرى.
- يصبح المشتري مالكا للمبيع بعد رسو المزاد عليه ويتسلمه على الحالة التي يوجد عليها...

¹- نصت المادة 219 من القانون المذكور على ما يلي: "بالإضافة إلى الإخطار المنصوص عليه في الفصل 473 من قانون المسطرة المدنية فإن المكلف بالتنفيذ يوجه إلى المحجوز عليه وشركائه وإلى جميع أصحاب الحقوق العينية الواردة على الملك إنذارا للإطلاع على دفتر التحملات والشروط وذلك داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ إيداع هذا الدفتر".

²- المادة 215 من ق م م رقم 39-08.

³- قانون متعلق بالخبراء القضائيين الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-01-126 المؤرخ ب 29 من ربيع الأول 1422 الموافق ل 22 يونيو 2001 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4918 وتاريخ 2001/07/19.

⁴- نص الفصل 474 في فقرته 1: "بمجرد ما يقع الحجز العقاري أو ينصرم أجل الشهر المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من الفصل 471، فإن عون التنفيذ يقوم بعد تهيئ دفتر التحملات بإجراء الإشهار القانوني على نفقة الدائن ويبين الإعلان عن المزاد تاريخ افتتاحه وإيداع محضر الحجز ووثائق الملكية بكتابة الضبط وكذلك شروط البيع....".

- قبول ماله وما عليه من حقوق الارتفاق الظاهرة وغير الظاهرة.¹

- لا يشرع المشتري في التصرف في البيع بعد رسو المزاد إلا ابتداء من اليوم الذي فيه أداء الثمن.

وغير ذلك من الشروط التي يستوجب على كافة المتزايدين الالتزام بها وعدم مخالفتها.

~ إشهار البيع وتلقي العروض : بعد استكمال الإجراءات السابقة الذكر يقوم المكلف بالتنفيذ بتقديم جميع الملفات الجاهزة للبيع إلى السيد قاضي التنفيذ، حيث يتم تعيين تاريخ إجراء السمسرة من قبل هذا الأخير، مع ضرورة احترام الآجال المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية والتي لا يمكن أن تقل عن شهر.

الإشهار: و تتميز مسطرة إشهار البيع بتكريس طابع الشفافية والمصادقية أمام الراغبين بالمشاركة في المزاد العلني، فوسيلة الإشهار بإحدى الجرائد الوطنية وبالضبط في الجرائد التي تحظى بشعبية كبيرة ومتضمنة لمختلف الأحداث الراهنة قد تساهم بدون تأكيد في استقطاب المتزايدين من أجل اقتناء العقار المبيع، و المشرع لم يكتفي في المادة 474 من ق م م بهذا الإجراء فقط الذي يتوقف هو الآخر على إيداع طالب التنفيذ لمصاريف الجريدة التي تقوم بعملية الإشهار، بل حدد وسائل أخرى تهم إطلاع الأغيار على فحوى البيع القضائي من بينها :

- التعليق بباب المسكن المحجوز عليه وعلى كل واحد من العقارات المحجوزة وكذا في الأسواق المجاورة لكل عقار من هذه العقارات.

- التعليق باللوحة المخصصة للإعلانات في المحكمة الابتدائية التي يوجد مقرها بمحل التنفيذ.

- التعليق بمكاتب السلطة الإدارية المحلية.

إضافة إلى ما تضمنه الفصل المذكور نجد على المستوى العملي ومن أجل استقطاب عدد كبير من المتزايدين لإثراء جلسة المزايدة والرفع من مبلغ العقار المراد تفويته، عملت المحاكم على توسيع دائرة النشر بحيث شملت حتى وسيلة الانترنت، التعليق بمختلف المحاكم التي تدخل في دائرة نفوذ المحكمة المشرفة على البيع... وغير ذلك من الوسائل المتاحة قانونا.

تلقي العروض : لقد نص الفصل 474 من ق م م في فقرته الأخيرة على ما يلي : "يتلقى العون المكلف بالتنفيذ العروض بالشراء إلى غاية إقفال محضر المزاد ويثبتها حسب ترتيبها التاريخي في أسفل محضر الحجز".

يلاحظ من خلال الفقرة الآنفه الذكر أن المشرع لم يحدد بداية تاريخ تلقي العروض بل حدد أجلا لنهاية قبولها وهو إقفال محضر المزاد²، علاوة على ذلك لم يحدد شكل وطريقة تقديم تلك العروض هل كتابة أم شفويا ؟ ، للجواب عن هذا التساؤل يستلزم الأمر تقديم العرض كتابة لغرض أساسي أولا وهو معرفة هوية صاحب العرض بما في ذلك اسمه، رقم هاتفه، وعنوانه إضافة إلى المبلغ المقترح للمزايدة، وحتى لا يتعارض مع صريح الفقرة الأخيرة من الفصل 476 من ق م م التي تنص على : " يستدعى في الأيام العشرة الأخيرة من نفس المدة لنفس التاريخ المحجوز عليه والمتزايدين الذين قدموا عروضهم طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 474"، لكن ما تشهده الساحة العملية في كثير

¹ - كما هو معلوم أن أي عقار ممكن أن يتضمن حملات تكتسي طابع المديونية التي تقدم ضمانا لمختلف الدائنين فهناك الامتيازات والرهون، الحجوزات، إضافة إلى التقييدات الاحتياطية.

² - عبد العلي حفيظ ، مرجع سابق، ص 287.

من المحاكم أن جل المتزايدين لا يحضرون إلا عند تاريخ إجراء السمسرة وبالتالي قلما تقدم عروض ويتم استدعاء أصحابها وفق ما ذكر أعلاه.

المطلب الثاني : تاريخ إجراء سمسرة بيع العقار المحجوز والآثار المترتبة عنه :

من المؤكد أن المكلف بالتنفيذ عند وصوله إلى تاريخ إجراء السمسرة يكون قد قطع أشواطاً جد مهمة في التحضير لاستقبال المتزايدين أصحاب العروض المقدمة وفق ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من الفصل 474 أو عند حضورهم وقت وساعة المزايدة، فأهمية هذه المرحلة لها وقع في غاية من الأهمية إذ على إثرها يتم معرفة حصيلة الملفات المنفذة في هذا الاختصاص، ولكي نقرب تلك الأهمية على مستوى التحليل سنعمد بشكل وجيز للحديث عن إجراءات سمسرة بيع العقار المحجوز (الفقرة الأولى)، على أن نتطرق إلى أهم الآثار الناتجة عن هذه الأخيرة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : ساعة وتاريخ إجراء سمسرة بيع العقار المحجوز :

لقد حدد المشرع إجراءات السمسرة في الفصول من 476 إلى 479 من ق م م، وعلى أساسها يتطلب من المكلف بالتنفيذ أن يتبع مقتضياتها علاوة على إشعار مؤسسة التنفيذ في شخص القاضي المعين للتتبع والإشراف على كل المراحل السابقة الذكر، فالحماية التي أولاها المشرع للمنفذ عليه تمتد إلى غاية تاريخ إجراء البيع، تتجلى في ما أقره الفصل 477 من ق م م في فقرته الأولى: "إذا حل اليوم والساعة المعينان لإجراء السمسرة ولم يؤد المنفذ عليه ما بذمته..."، فرغم قيام المكلف بالتنفيذ بمجملته من الإجراءات المذكورة إلا أنه ونظراً لقيمة الحقوق المملوكة للمدين المنصبة على ذلك العقار أو العقارات المبيعة تبقى له الأحقية في مباشرة أداة ما بذمته ولو لآخر فرصة كما سبقت الإشارة إليها.

و تقع السمسرة في كتابة الضبط أو في قاعة معدة لذلك تتواجد بالحكمة، يحضر لها المتزايدون و المدين الراهن الذي سبق وأن أشعر بتاريخ البيع القضائي، والمقصود بالإشعار ليس فقط التبليغ بيوم السمسرة بل من المفروض الاعتداد بكل المراحل التي أشار إليها المشرع والتي تدخل في إطار إعلام المدين، منها محضر الحجز وفق ما أشارت إليه فصول قانون المسطرة المدنية، و تبليغه بالإندار حسب ما نص إليه قانون الحقوق العينية رقم 08-39، علاوة على تعليق إعلان البيع بمحل العقار المبيع، إذن نستشف أن كل هذه المساطر إذا ما أضفنا إليها مسطرة التبليغ المتعلقة بتاريخ إجراء السمسرة سوف تكون هناك لا محالة ملاحظة وتسويق في مختلف الإجراءات بدون قصد بل مستمدة بشكل غير مباشر من فصول المواد المنظمة لهذه الإجراءات، كما تجدر الإشارة إلى أن تعديل قانون المسطرة المدنية في الفصول المتعلقة بالتبليغ قد أحدثت مجموعة من الإشكاليات، حيث صدرت بشأنها مجموعة من الأحكام والقرارات التي أقرت إبطال إجراءات التنفيذ لعدم تبليغ المنفذ عليه بتاريخ السمسرة.¹

¹ - في قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس تحت عدد 707 وتاريخ 18-05-2010 قضى: "بالغاء الحكم المستأنف القاضي بالرفض والحكم من جديد بإبطال إجراءات البيع وكذا محضر إرساء المزاد المنجز في 19-08-2008 والمتعلقة بجلسة المزاد المنعقدة بتاريخ 07-08-08 في ملف التنفيذ عدد 299/6/2007 وأمر السيد المحافظ على الأملاك العقارية بفاس بالتشطيب على البيع المقيد لفائدة الراسي عليه المزاد والحكم تبعاً لذلك بإعادة إجراءات البيع..."، من خلال قراءة وقائع القرار ودفعات الأطراف إضافة إلى حيلياته نجد أن واقعة تبليغ المنفذ عليه بتاريخ جلسة السمسرة واجب قانوني، فرغم أن هذه الوسيلة قد تجعل ملف التنفيذ بطيء في تحقيق النتيجة المرجوة من خلاله إلا أن الاتجاه القضائي حاول تكريس مبدأ المساواة والشفافية بين الدائن والمدين ضماناً لحماية هذا الأخير انطلاقاً من الحيثية التالية: "حيث تبين حقا من نص الفصل 476 من ق م م المحتج به أن إعلام المنفذ عليه بالمزاد العلني يعتبر إجراء لازم وجوهري وأن هذا الإعلام ينبغي أن يتم ضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل 469 من نفس القانون..."، علاوة أن وقائع القرار تفيد أن المنفذ عليه بلغ في مكان عقاره المتواجد بمدينة فاس وليس في موطنه: "وإنما تم توجيه جميع الإجراءات المتعلقة بالبيع بالمزاد العلني إلى العقار موضوع البيع الكائن بمدينة فاس، والحال أن موطن الطاعن يوجد برقم 6 زنقة القاضي أحمد حي السويسي الرباط وذلك حسب ما هو ثابت من خلال الإنذار العقاري و...".

على هذا الأساس تنطلق السمسرة في التاريخ والساعة المحددين من قبل قاضي التنفيذ، ويتم إخبار المكلف بالتنفيذ بالتفصيل جميع الحاضرين بمشتملات المبيع، حسب ما تضمنه دفتر التحملات من حقوق والتزامات مفروضة على الجانبين أي المدين والمتزايدين وفق ما نص عليه الفصل 477 من ق م م في فقرته الأولى، ويلاحظ ما إذا كانت هناك عروض في أظرفة محتومة يبقى على المكلف بالتنفيذ تسطير جميع ما جاء فيها في محضره أي محضر المزايدة، الذي بعد تلاوته يتبين للحاضرين أعلى عرض تم تقديمه، على إثره تفتح المزايدة ويؤدي كل واحد رغبته في تقديم عرض أعلى من أجل اقتناء العقار موضوع البيع أو العقارات¹، إلى أن يتم الإعلان عن نهاية المزاد مباشرة بعد إطفاء ثلاث شموع مدة كل منها دقيقة واحدة تقريباً يتم إشعالها على التوالي ويحرر محضر بإرساء المزايدة، هذا حسب نص الفقرة من الفصل 477.

و تجدر الإشارة إلى أن تاريخ السمسرة لا يمكن تغييره إلا بأمر من رئيس المحكمة الذي يقع التنفيذ بدائره لسبب خطير ومبرر، أو لعدم حضور أي متزايد، ففي هذه الحالة يتم إشعار قاض متابعة إجراءات التنفيذ بموجب محضر يعده المكلف بالإجراءات على إثره يعين البيع لتاريخ لاحق بنفس الطريقة ووفق نفس الكيفية المستدل بها سابقاً.

في حديثنا عن مؤسسة التنفيذ سابقاً حاولنا الإشارة إلى أهمية هذه الجهة ومدى فعاليتها على مستوى تحقيق مساعي الوزارة الوصية، بمعنى أن مساهمة قاض التنفيذ ليست بالعبث بل تحاول إنقاذ ما يمكن إنقاذه بطريقة قانونية صرفة، كما تستوجب على ممثل هذه المهمة أن يكون له علم بمسار تطور العقارات في السوق الاقتصادية، وملامسة الجوانب الاجتماعية التي يتخبط فيها المدينون المالكون لهذه العقارات، فسد ما تمت الإشارة إليه هو القرار الذي يخلص إليه قاض التنفيذ في قبول أو رفض المبلغ المقترح من طرف المتزايد من أجل اقتناء العقار، فالواقع العملي لا يعتبر مقدم أعلى عرض راسياً عليه المزاد إلا بعد موافقة قاض التنفيذ، حيث آنذاك تحتسب العشرة أيام المذكورة في الفصل 479 من ق م م والتي تعطي الحق لكل من رغب في الزيادة بالسدس التقدم بعرض كتابي يوضح من خلاله رغبته في اقتناء المبيع، مع تحديد مبلغ السدس بشكل واضح يعني أن يتعهد ببقائه متزايداً بثمن المزاد الأول مضافاً إليه الزيادة، و بعد إبداء رغبته في ذلك تقع سمسرة نهائية يعلن عنها وفق الإجراءات الأولية للبيع².

كما تجدر الإشارة كذلك إلى أن إجراءات الحجز والبيع للعقار أو العقارات المملوكة للأشخاص الذاتية أو المعنوية المفتوحة في حقها المسطرة، لا تختلف عن سابقتها التي يكلف بإعدادها المكلف بالتنفيذ ويشرف عنها قاض التنفيذ، إلا في طريقة تعيين تاريخ السمسرة، حيث تتميز هذه المسطرة بتعيين كل من القاضي المنتدب الذي يشرف على مسطرة التسوية أو التصفية القضائية وكذا السنديك الموكول له الاختصاص بمقتضى مواد الكتاب الخامس من مدونة التجارة بحكم صادر عن غرفة المشورة، وارتباطاً بعملية السمسرة، تعقد جلسة رسمية يعلن عنها القاضي المنتدب بحضور كاتب الضبط، والسنديك بعد استدعاء طبعاً جميع المتزايدين الذين تقدموا بعروضهم وفق فصول قانون المسطرة المدنية، وبموجب تلك الجلسة وبعد الإعلان عن إرساء المزاد على صاحب أعلى عرض يتم استصدار أمر قضائي باسم جلالة الملك وطبقاً للقانون، يمكن لأحد الأطراف التي لها المصلحة استعمال وسائل الطعن المنوطة قانوناً في حالة ما إذا شابت الإجراءات السابقة أحد العيوب، فالخصائص التي ميز بها المشرع هذا النوع من المساطر والتي تسمى بالمساطر الجماعية لا تعني لنا رجحان هذا الأخير لكفة دون الأخرى بقدر ما حاول حسب رأيي

¹ حالة تعدد عقارات المدين فإن المشرع لم يجز بيعها دفعة واحدة أو الواحدة تلو الأخرى إلا بناء على أمر رئيس المحكمة وهذا ما نصت عليه المادة 217 من ق 08-39 على ما يلي: "في حالة رهن عدة أملاك لضمان أداء دين واحد فإن بيع كل واحد منها يتم بناء على إذن من رئيس المحكمة المختصة الواقع في دائرة نفوذها الملك".

² مضمون ما تمت الإشارة إليه في الفصل 479 من ق م م

الشخصي حماية تلك المقولة التي تقدم رئيسها أي مسيرها القانوني بطلب فتح المعالجة إما بتسوية وضعيته أو بتصفيته تجاه كتلة الدائنين.

الفقرة الثانية : الآثار المترتبة عن إجراءات البيع الجبري :

يعتبر محضر المزايدة سندا للمطالبة بالثمن وكذا سند ملكية لصالح الراسي عليه المزايدة بصفة نهائية بعد أدائه الثمن التي رست فيه المزايدة والمصاريف وتسليمه محضر إرساء المزايدة من أجل السهر على تسجيله بالرسم العقاري، هذا المحضر الذي يتطلب تحضيره بطريقة جد مركزة وقانونية على اعتبار أنه يحظى بمثابة العقد الرسمي للبيع¹ وينتج آثار قانونية جد هامة في حالة الإخلال بأحد مقتضيات المتضمنة له، قد يفضي الأمر إلى بطلان البيع، على أساسه سنحاول إبراز البيانات المتضمنة له وفق الآتي :

- اسم المكلف بالتنفيذ الذي قام بالسهر على سير إجراءات السمسرة.
- اسم طالب التنفيذ ومحاميه إن وجد.
- الإشارة إلى السند التنفيذي، مضمونه، تاريخ إنشائه.
- الإشارة إلى أسماء المتزايدين مرتين حسب التسلسل التاريخي لتقديم العروض مع الإشارة إلى بطاقة تعريفهم.
- مشتملات المبيع وأعني العقار، لأنه بمجرد إيداع هذا الأخير سواء في إدارة التسجيل أو المحافظة العقارية، سوف تحدد مصاريف التسجيل انطلاقا من الوضعية التي هي عليها العقار أو العقارات.
- الثمن الذي رست عليه السمسرة مع تحديد اسم الراسي عليه المزايدة ورقم بطاقته الوطنية.
- وأخيرا توقيع المحضر من قبل المكلف بالتنفيذ والراسي عليه المزايدة.

وفي إطار انتقال ملكية العقار المبيع إلى الراسي عليه المزايدة بعد إيداع ثمن البيع وتسليمه محضر إرساء المزايدة النهائي، فإنه من بين الآثار التي تنتج كما سبق القول هو مآل سند الملكية هذه الأخيرة تفضي إلى طرح مجموعة من الأسئلة التي ترتبط بهذا الحق، هل يعتبر هذا السند ناقل للملكية من تاريخ تسليم محضر إرساء المزايدة؟ أم من تاريخ تسجيله لدى المحافظة العقارية وفق ما ينص عليه الفصل 212 من ظهير 2 يونيو 1915²، الأجوبة قد تختلف على أساس أن جل القوانين المنظمة لم تحدد بشكل تلقائي وصريح حدود هذا المقتضى، فالفصل 211 من ظهير 2 يونيو 2015 حاول حصر آثار تسجيل محضر إرساء المزايدة فقط على تطهير العقار من الرهون والامتيازات دون الإشارة إلى نقل الملكية، خلافا لما أكدته المادة 220 من ق 08-39 المتعلق بالحقوق العينية³، التي تفيد أن انتقال الملكية لا تتحقق إلا بتسجيل الراسي عليه المزايدة المحضر بالمحافظة العقارية، علاوة على أن مثل هذه البيوعات تجبر المحافظ بالتشطيب على جميع الرهون والتقييدات المسجلة بالرسم العقاري عدا المتعلقة بالتقييد الاحتياطي⁴، وفي إطار سلسلة الاجتهادات

¹- يختلف الأمر حول عقود البيع الرضائية والجبرية

²- عبد العلي حفيظ، مرجع سابق ص 332.

³- المادة 220 : "لا تسلم كتابة ضبط المحكمة محضر إرساء المزايدة إلا بعد أداء الثمن المستحق أو إيداعه بصندوق المحكمة إيداعا صحيحا لفائدة من له الحق فيه. يترتب على تقييد محضر إرساء المزايدة بالرسم العقاري انتقال الملك إلى من رسا عليه المزايدة وتطهيره من جميع الامتيازات والرهون ولا يبقى للدائنين حق إلا على الثمن".

⁴- يقصد بالتقييد الاحتياطي هو ذلك التقييد العقاري المؤقت الذي يرمي إلى ضمان الحفاظ على مركز قانوني متعلق بحق عيني على عقار محفظ، في انتظار تمكن المستفيد منه من التقييد النهائي أو انقضائه بأحد الأسباب المحددة قانونا.

القضائية الصادرة عن محاكم المملكة نسود اجتهادا على سبيل الاستثناس، تأكيداً لما سبقت الإشارة إليه حول أحقية تشطيط المحافظ على الأملاك العقارية على جميع الامتيازات والرهون عدا التقييد الاحتياطي وفق ما نص عليه الفصل 211 من ظهير 2 يونيو 1915، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 810-11-2 وتاريخ 10-03-2005 ما يلي :

في الشكل: بقبول....

في الموضوع : باعتباره وإلغاء الأمر المستأنف والحكم من جديد بعد التصدي برفض الطلب وتحميل المتأنفة الصائر. هذا القرار الذي عالج المقال الاستثنائي الذي تقدم به السيد المحافظ على الأملاك العقارية جراء توصله بأمر استعجالي عدد 710-04 وتاريخ 29-09-04 في الملف رقم 610-04 : "...التشطيب على التقييد الاحتياطي المسجل بالرسم العقاري عدد..."

فإمكانية التشطيب على التقييد الاحتياطي لها مبرراتها ومساطرها ولا تدخل في عداد الامتيازات والرهون المقيدة بالرسم العقاري لهذه الأخيرة التي يتم التشطيب عليها في إطار البيوعات الجبرية التي تشرف عليها المحاكم، فقد جاء في إحدى حيثيات القرار المذكور ما يلي: "وحيث إن الفصل 211 من ظهير 1915/6/2 جعل التطهير ينصب على الامتيازات والرهون أي الحقوق الشخصية ولإبطال التقييدات الاحتياطية المسجلة بناء على دعاوى متعلقة بالعقار المبيع والتي قد تنتج حقوقاً لأصحاب التقييد الاحتياطي على هذا العقار ذلك أن التقييد الاحتياطي هو ضمان لحق عيني عقاري بناء على دعوى عقارية ولا يتأتى رفعه إلا بعد معرفة مال الدعوى".

إذن كخلاصة للإجراءات المتعلقة بقبول عرض المتزايد واستحقاقه للعقار موضوع البيع وإيداع الثمن الذي رسا عليه المزاد إضافة إلى نسبة 3% من مبلغ البيع مقابل الضريبة والمصاريف القضائية، طبعاً بعد موافقة قاضي التنفيذ، فإن المشتري تنتهي مهمته، وتقوم الأجهزة المكلفة بتوزيع منتوج البيع على الدائن (طالب التنفيذ) و المتعرضين إن وجدوا (الدائنين)، على أساس أنه في حالة عدم كفاية المبلغ فإن المسطرة تخضع إلى التوزيع بالخاصة، وخلال هذه المرحلة يحتكم القاضي إلى جملة من الفصول والمواد القانونية تساعد على توزيع المبالغ وفق صاحب الحق بالامتياز.

خاتمة :

يتضح جلياً من خلال ما تم عرضه على مستوى جميع المراحل أن هناك اهتمام من قبل المشرع المغربي لمثل هذه الإجراءات والمساطر المتبعة، حيث نجد سند ذلك من خلال الترسنة القانونية والمتمثلة في قانون المسطرة المدنية، قانون التحفيظ العقاري، ثم قانون الحقوق العينية... الخ، وفي معرض حديثنا عن تلك الإجراءات نلاحظ أن كثرتها أدت إلى مزيد من التعقيد والبطء، - تجب الإشارة إلى أنه من الصعب الحديث عن كل المراحل بتفصيل الشيء الذي سعت من ورائه تحديد أهم المحاور فتجاوزي للبعض منها ليس نقصاناً من قيمتها بقدر تأكيد على غاية المشرع من سن كل هذه الإجراءات -، مادام أن العقار له أهمية قصوى في المجال الاقتصادي لأي بلد وبالتالي تستوجب حماية مالكيه من تعسف أو سوء تصرف من أي جهة كانت، لكن مع العلم أن الحماية القانونية المقننة من طرف المشرع جاءت مستفيضة في فصولها وموادها وماطرة لكل المراحل، إلا أنه قد تتخللها إشكاليات عدة سواء على المستوى القانوني المذكور أو على المستوى الواقعي الملموس، الشيء الذي يستدعي تضافر الجهود وخلق تعديلات ربما تبتدئ في شكل توصيات لتحقيق الهدف المنشود، هذا ما أكدته فعلاً معظم الندوات المحلية، الجهوية والوطنية التي أعدت في إطار

اجتماع هيئة الحوار الوطني لإصلاح منظومة العدالة والتي أرى من وجهة شخصية أنها اعتمدت على جوانب نظرية وأخرى تقنية ليس انطلاقاً من المشاركة الفعالة للأجهزة المباشرة لمثل هذه المساطر بل مجرد إحصائيات ودراسات عامة

إذن كاستنتاج لهذا النموذج من المساطر التي تعتزم المحاكم من ورائه تحقيق النتائج المرجوة والتي تسعى إليها الوزارة الوصية، لا بد من وضع إطار قانوني خاص أكثر دقة يعتمد على محورين أساسيين:

- الأول : إبراز دور الأجهزة المساهمة في جميع المراحل التي تشهدها عملية الحجز والبيع الجبري للعقارات المحفظة.
- الثاني : وضع إطار أكثر شمولية يتضمن الإحاطة بمجموع الثغرات التي تعترى تلك المساطر على المستوى القانوني.

واقع عقد الإمياز في مجال المياه الصالحة للشرب في التشريع الجزائري



جمال رواب : أستاذ محاضر قسم "ب"

دكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق

بجامعة سعد دحلب بالبلدية - الجزائر

email : Rouabdjamel@yahoo.fr

مقدمة :

تشكل قضية الموارد المائية خلال السنوات الأخيرة أولوية انشغالات المجتمع الدولي واهتمامات السياسة الوطنية والعالمية، كون أن المياه أثمن الثروات الطبيعية والحيوية للبشرية من جهة، ونتيجة لتعقد وخطورة المسألة التي تحولت إلى أزمة وطنية في كثير من دول العالم، بل وأصبحت أزمة دولية تفرض نفسها على الإنسانية مهددة ومعركة مسيرة التطور التنموي الحضاري فيها من جهة أخرى.

ولقد شغلت أيضا جوهر كل البرامج البحثية والدراسات العلمية وأعمال الملتقيات والندوات الوطنية والإقليمية والدولية، قصد بحث واقتراح مختلف الحلول والبدائل الممكنة لهذه المعضلة من جهة، والمساهمة من جهة أخرى في تصور الاستراتيجيات الفعالة لمثل هذه الموضوعات العلمية في عمقها، الاقتصادية والاجتماعية في واقعها، وذات الصلة المباشرة بحياة الإنسان مفتاح كل عملية تنمية.

وتعتبر الجزائر إحدى الدول التي تشهد هذه الأزمة المائية التي تتزايد حداثتها باستمرار مؤدية إلى إعاقة التنمية واستدامتها؛ وذلك من بسبب تزايد الطلب على هذه السلعة الضرورية والاستراتيجية بوتيرة كبيرة من جهة، وتراجع احتياطها في الجزائر بسبب الظروف المناخية المتذبذبة غير المنتظمة، وتوسيع المساحات المسقية وغياب التسيير الرشيد والفعال من جهة ثانية. والارتفاع النسبي للنمو السكاني الذي أدى إلى تزايد الاستهلاك تبعاً للظروف الحضرية الجديدة، وزيادة عدد المشتركين في شبكة توزيع الماء الصالح للشرب من جهة ثالثة. هذا بالإضافة إلى تزايد تلوث المياه بسبب النفايات الصناعية والتدهور البيئي ومختلف أوجه النشاط الاقتصادي بصفة عامة.

شهد قطاع المياه بالجزائر كغيره من قطاعات الدولة، معالجة متباينة للنصوص القانونية عبر مراحل مختلفة ترجمت تطورات سياساتها في إدارة وتسيير المرافق العمومية، تماشياً مع الاختلاف في التوجه الأيديولوجي الذي تتبعه؛ بحيث يعتبر القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه بمثابة النص التشريعي الأخير المنظم لهذا القطاع والذي صدر في إطار الرؤية الاستراتيجية المستقبلية الشاملة التي تبنتها السلطات العمومية بهدف ضمان إدارة متكاملة للموارد المائية تأخذ بعين الاعتبار حقوق الأجيال القادمة من هذه الثروة وهو ما أكدته المادة الأولى من هذا القانون التي تنص :

"يهدف هذا القانون إلى تحديد المبادئ والقواعد المطبقة لاستعمال الموارد المائية وتسييرها وتنميتها المستدامة كونها ملكا للمجموعة الوطنية .".

ومن أجل ضمان تحقيق المبادئ السالفة الذكر نجد أن المشرع الجزائري قد فتح الباب أمام القطاعين العام والخاص - سواء كان أجنبي أو وطني- لخوض غمار تسيير وإنتاج المياه سواء عن طريق الترخيص أو الامتياز أو التسيير المفوض وهي التعديلات التي نجم عنها اللجوء إلى إسناد إنتاج وتسيير المياه إلى مؤسسات حديثة تعتمد على الآليات العصرية والتقنيات التي من شأنها التوظيف الرشيد للموارد المالية والبشرية المتوفرة ولا ينحصر هذا التوظيف في الطاقات الذاتية للإطار المهني بل يتعدى ذلك إلى انسجامها مع التقنيات الحديثة في مجال التسيير والتكوين. وسيتم التعرض في هذه الدراسة القانونية إلى تحليل عقد الامتياز في مجال الموارد المائية الصالحة للشرب من الجانبين الشكلي والموضوعي ، وذلك انطلاقا من خطة عامة تتكون من مبحثين :

المبحث الأول : مفهوم عقد الامتياز في مجال الخدمات العمومية للموارد المائية.

المبحث الثاني : النظام القانوني لامتياز الخدمات العمومية للموارد المائية .

المبحث الأول : تحديد عقد الامتياز في مجال الخدمات العمومية للموارد المائية.

إن عقد الامتياز في مجال تسيير الموارد المائية يعتبر أحد أهم صور تفويض المرفق العمومي في الجزائر؛ وسيتم التطرق تحت هذا المبحث إلى تعريف عقد امتياز في مجال المياه الصالحة للشرب في مطلب أول ، ثم الانتقال إلى إبراز كيفية نشأة هذا العقد في مطلب ثاني .

المطلب الأول : تعريف عقد الامتياز في مجال المياه الصالحة للشرب.

أولا : التعريف التشريعي .

لقد اختلفت المعاني المتعلقة بعقد الامتياز في مجال تسيير الموارد المائية باختلاف المراحل التنظيمية التي مر بها القطاع ، وبتعدد النصوص القانونية ذات الصلة ، وعليه ثم سنقتصر في هذه الدراسة على قانون المياه الصادر في سنة 2005 وما تلاه من نصوص تنظيمية.

أ/الامتياز في ظل القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه¹: الشيء الملاحظ في هذا القانون هو عدم وجود تعريف شامل محدد لطبيعة ومحتوى الامتياز، وفي مقابل ذلك فإن الامتياز في مجال الخدمات العمومية للمياه لا يمنح إلا للأشخاص الاعتبارية الخاضعة للقانون العام دون سواها من الأشخاص الخاصة ، حيث تنص المادة 101 في فقرتها الثانية على أنه : " يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام على أساس دفتر شروط ونظام خدمة يصادق عليهما عن طريق التنظيم ...".

ب/الامتياز في ظل المرسوم التنفيذي رقم 54/08² : تطبيقا لما جاء في قانون المياه من أحكام متعلقة بامتياز تسيير الموارد المائية، لاسيما ما جاء في أحكام المادة 101 الفقرة الثانية ، صدر المرسوم التنفيذي المرسوم التنفيذي رقم 54/08 الصادر بتاريخ 09 فيفري 2008 يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به ، والذي نصت المادة الثانية من دفتر الشروط الملحق بهذا المرسوم على أنه : " تعريف امتياز الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب : يتمثل امتياز الخدمة العمومية للتزويد

¹ القانون رقم 12/05 المؤرخ في 04/08/2005 ، المتعلق بالمياه ، ج.ر ، رقم 60 ، المؤرخة في 04/09/2005 ، ص 3.

² المرسوم التنفيذي رقم 54/08 المؤرخ في 09/02/2008 ، الذي يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به ، ج.ر ، رقم 8 ، المؤرخة في 13/02/2008 ، ص 15.

بالماء الشروب في ضمان التزويد بالمياه عن طريق الاستغلال والصيانة والتجديد وإعادة تأهيل وتطوير منشآت هياكل الحشد والمعالجة والربط والتخزين وتوزيع الماء الشروب...".

ثانيا : المعنى الفقهي .

وردت تعاريف عديدة للامتياز من الناحية الفقهية، ومن بينها التعريف الوارد لإريكلا ندوت **ricLandot** : " ...تحميل صاحب الامتياز المسؤولية الكاملة في إنشاء المرفق العمومي للمياه وضمان تسييره ، مقابل تلقيه رسوم تدفع من قبل المنتفعين بخدمات هذا المرفق"¹.

ثالثا : التعريف القضائي .

عرّف مجلس الدولة الفرنسي الامتياز في قرار له على أنه : " ذلك العقد الذي يتم بموجبه تكليف شخص خاص أو شركة بمهمة تنفيذ مشروع عام أو ضمان تسيير مرفق عمومي بتكاليفه، بمساعدات أو بدونها، وبضمانات فوائد أو بدونها، ويأخذ مقابله عن طريق تلقي الأتاوى من المنتفعين من خدمات المرفق العمومي"².

يتبين من خلال ما سبق، أنَّ عقد الامتياز في مجال تسيير الموارد المائية يتميز بمجموعة من الخصائص منها :

1- ينصب الامتياز على مرفق حيوي وحساس في نفس الوقت، ألا وهو المرفق العمومي للمياه الصالحة للشرب، فكل من الاجتهاد القضائي والقانون يقران بهذه الصفة فقضاء مجلس الدولة الفرنسي قديم في هذه النقطة، يعود إلى الربع الأخير من القرن التاسع عشر ، فنشاط المرفق العام للمياه حسب المجلس يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، وله علاقة مباشرة وعضوية بالإدارة ، ويخضع لنظام قانوني خاص هو القانون العام. أما فيما يتعلق بالاعتراف القانوني ؛ فتتضمن المادة 100 من قانون المياه على: " يشكل التزويد بالمياه الشوب والصناعي والتطهير خدمة عمومية". كما جاء في المادة 6 في فقرتها الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 101/01، المتضمن إنشاء الجزائرية للمياه³ على : " وتكلف المؤسسة، بهذه الصفة ، عن طريق التفويض بالمهام الآتية :

- الخدمة العمومية لمياه الشرب لضمان وفرة المياه للمواطنين في ظروف مقبولة عالميا والساعية لتلبية أقصى طلب لمستعملي شبكة المياه العمومية..."، ومما جاء أيضا في نص المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 102/01، المتضمن إنشاء الديوان الوطني للتطهير⁴ أنه : " يضمن الديوان الوطني للتطهير تسيير امتياز الخدمة العمومية للتطهير".

2- إمكانية تولي شخص معنوي عام أو خاص وطني أو أجنبي مهمة تسيير الخدمة العمومية للمياه ، وذلك بغية تحقيق هدف عام يتمثل في تحسين أداء المكلفين بهذه الخدمة.

3- أنَّ الامتياز ينصب على ملك عام وطني ، ويظهر ذلك من خلال المادة 17 من دستور 1996، بحيث تم تصنيف الموارد المائية ضمن الملكية العامة للمجموعة الوطنية ، وقد تم تأكيد هذا المبدأ في المادة 14 و 15 من قانون الأملاك الوطنية⁵ وكذا المادة 02 من قانون المياه المذكور أعلاه، ومن ثم فإن الملك العمومي سواء كان طبيعي أو صناعي تتمتع به الدولة لوحدها ، وهو غير قابل للتنازل عنه ولا للتقادم.

¹ÉricLandot , La commune Et L'eau Potable , Edition Foucher , Paris , 1999, P 50.

²حسين أوكال ، المرفق العام للمياه في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، فرع : الدولة والمؤسسات العمومية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2009 - 2010 ، ص 111.

³المرسوم التنفيذي رقم 101/01 المؤرخ في 2001/04/21، يتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، ج.ر. ، رقم 24 ، المؤرخة في 2001/04/22 ، ص04.

⁴المرسوم التنفيذي رقم 102/01 المؤرخ في 2001/04/21، يتضمن إنشاء الديوان الوطني للتطهير، ج.ر. ، رقم 24 ، المؤرخة في 2001/04/22 ، ص11.

⁵القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 ، المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، ج.ر. ، رقم 52 ، المؤرخة في 02 ديسمبر 1990 ، والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008 ، ج.ر. ، رقم 44 ، المؤرخة في 03 أوت 2008.

4- عقد امتياز تسيير الموارد المائية عبارة عن عقد إداري ، وذلك لأن مضمونه يتطابق مع المعايير الموضوعية من الفقه والقضاء والتشريع لتحديد مفهوم العقد الإداري وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى.

5- عقد امتياز تسيير مرفق المياه ينصّب على المنشآت والهياكل التابعة للأملاك العمومية الاصطناعية للمياه . هذه الخاصية تظهر في المادة 102 من القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه ، حيث كلفت صاحب امتياز تسيير الخدمات العمومية للماء و/ أو التطهير في إطار الحدود الإقليمية للامتياز باستغلال المنشآت والهياكل التابعة للأملاك العمومية الاصطناعية للماء وصيانتها وتجديدها وإعادة تأهيلها وتطويرها .

5- عقد امتياز تسيير مرفق المياه من العقود المحددة المدة ، بحيث تتأسس وقتية هذه العقود على تطور المرفق العمومي وسلطة الملائمة التي تتمتع بها إدارة الموارد المائية المألحة للامتياز من زاوية تغيير طريقة إدارة المرفق العمومي للمياه ، وفي الوقت ذاته بالنسبة لصاحب الامتياز تحفز وقتية هذا العقد صاحب الامتياز أن يقتضي من استغلال المرفق ما يكافئ نفقاته وفوائد رأسمال المستثمر¹.

وقد أكدت المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 54/08 المذكور أعلاه، على أن الامتياز يمنح لمدة ثلاثين سنة.

المطلب الثاني : نشأة عقد الامتياز في مجال تسيير مرفق المياه الصالحة للشرب.

سنتناول بالدراسة تحت هذا العنوان تحديد أطراف عقد الامتياز (أولا) ومن ثم ننتقل إلى بيان طريقة منح هذا الامتياز ومكوناته (ثانيا) .

أولاً: أطراف عقد الامتياز .

إن عقد امتياز تسيير الموارد المائية له طرفان ، الطرف الأول هو الشخص المعنوي العام المانح للامتياز ، أما الطرف الثاني فهو الشخص المستفيد من الامتياز "صاحب الامتياز".

أ/ مانح الامتياز .

يتم منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه عن طريق الدولة الممثلة بوزارة الموارد المائية ، وتبعاً لذلك فإن الإدارة المألحة للامتياز هي مديرية التزويد بالمياه الصالحة للشرب لدى وزارة الموارد المائية طبقاً لنص المادة 04 أولاً ، ثانياً ، ثالثاً ، رابعاً ، خامساً وسابعاً من المرسوم التنفيذي رقم 325/2000 الصادر بتاريخ 25 أكتوبر 2000 ، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الموارد المائية².

وتباشر مديرية التزويد بالمياه الصالحة للشرب صلاحياتها تحت إشراف الوزير المكلف بالموارد المائية طبقاً لنص المادة 03 في فقرتها السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 324/2000 المؤرخ في 25 أكتوبر 2000 ، المحدد لصلاحيات وزير الموارد المائية³ ، والتي تنص : " يمارس وزير الموارد المائية صلاحياته ، بالاتصال مع القطاعات المعنية في الميادين الآتية : - إنجاز واستغلال وصيانة منشآت حجز المياه ووحدات معالجة وضخ المياه وشبكات التزويد بالمياه وتخزينها وتوزيعها ، وكذا شبكات ومنشآت التصفية والتطهير ،....".

¹أنظر: صدراتيصدراتي ، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، بحث مقدم لنيل شهادة ماجستير في العلوم الإدارية والمالية ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 1983-1984 ، ص 11.

²المرسوم التنفيذي رقم 325/2000 المؤرخ في 2000/10/25 ، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الموارد المائية ، ج.ر ، رقم 63 ، المؤرخة في 2000/10/25 ، ص 14 ، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 11/08 المؤرخ في 2008/01/27 ، ج.ر ، رقم 05 ، الصادرة في 2008/01/30 ، ص 7 ، والمعدل والمتمم أيضاً بالمرسوم التنفيذي رقم 291/10 المؤرخ في 2010/11/23 ، ج.ر ، رقم 72 ، الصادرة بتاريخ 2010/11/28 ، ص 10.

³المرسوم التنفيذي رقم 324/2000 المؤرخ في 2000/10/25 ، يحدد صلاحيات وزير الموارد المائية ، ج.ر ، رقم 63 ، المؤرخة في 2000/10/25 ، ص 12.

كما خول المشرع للبلديات صلاحية منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه وفقا لنظام التسيير عن طريق مؤسسة عمومية طبقا لنص المادة 04 من نفس المرسوم والمادة 101 الفقرة الثالثة من قانون المياه، والمادتين 150 و 151 من القانون رقم 10/11 المؤرخ في 2011/06/22 المتعلق بالبلدية¹.

ب/صاحب الامتياز .

يبرم عقد الامتياز بين الإدارة المختصة بتنظيم المرفق العمومي للمياه وشخص معنوي عام وهو ما أكدته المادة 100 في فقرتها الثانية والثالثة من قانون المياه ، وكذلك المادة الأولى في فقرتها الأخيرة من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 54/08 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به ، والتي تنص : " يبرم عقد الامتياز بين السلطة المانحة للامتياز والشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسمى فيما يأتي : " صاحب الامتياز " .

ويتمثل صاحب الامتياز المكلف بتأمين سير مرفق الماء الصالح للشرب في الجزائرية للمياه ، والتي أسند لها المشرع هذه المهمة في شكل امتياز حصري على المستوى الوطني وذلك بموجب المنشور الوزاري المشترك المؤرخ في 2005/10/23 ، يتعلق بتحويل أنشطة ووسائل تسيير الخدمة العمومية للمياه الصالحة للشرب والتطهير إلى كل من الجزائرية والديوان الوطني للتطهير في إطار نظام الامتياز وذلك في أجل أقصاه 2007/12/31.

ثانيا : طريقة منح الامتياز ومكوناته .

أ/طريقة منح الامتياز .

تختلف الطريقة التي تتم بها عملية منح امتياز تسيير الموارد المائية باختلاف طبيعة السلطة الإدارية المانحة له ، إن كانت مركزية أو محلية .

1- منح الامتياز على المستوى المركزي : يتم منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه على المستوى المركزي بموجب قرار صادر من الوزير المكلف بالموارد المائية ، وهو ما أكدته المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 54/08 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به ، والتي تنص : " يمنح الامتياز لتسيير الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب بقرار من الوزير المكلف بالموارد المائية ... " .

ويتضمن هذا القرار دفتر الشروط الخاص الملحق به الذي يضم البنود المنصوص عليها في دفتر الشروط النموذجي والمنصوص عليه في أحكام المادة 02 من المرسوم التنفيذي الصادر سنة 2008 . كما يجب أن ينشر قرار المنح هذا في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية طبقا للمادة 04 من نفس المرسوم .

وما تجب الإشارة إليه في هذا الإطار، هو عدم صدور القرار الوزاري المذكور أعلاه إلى يومنا هذا ، رغم تمتع الجزائرية للمياه بامتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه الصالحة للشرب ، وهو ما يشكل فراغ قانوني يجب تداركه .

(2) منح الامتياز على المستوى المحلي : قبل أن يبرم عقد الامتياز، من الضروري أن يقرر المجلس الشعبي البلدي اعتماد الامتياز كطريقة لتسيير المرفق العمومي للمياه ، وذلك بموجب مداولة مصادق عليها من طرف السلطة الوصية الممثلة في الوالي .

فبعد أن يقرر المجلس التداولي اعتماد تقنية الامتياز لتسيير مرفق المياه ، تطبق مجموعة الإجراءات التي تقوم بها الهيئة التنفيذية من إعداد دفتر الشروط وتحرير لعقد الامتياز النهائي الذي يتم عرضه على المجلس التداولي لمناقشته والموافقة عليه .

¹ القانون رقم 10/11 المؤرخ في 2011/06/22 المتعلق بالبلدية ، ج.ر ، رقم 37 ، المؤرخة في 03 /07/ 2011 ، ص 22.

لكن العقد لا ينعقد من الناحية القانونية إلا بعد المصادقة عليه من قبل الوالي المختص إقليميا بموجب قرار ، وهذا ما أكدته التعليمات الصادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية¹. وما تجب الإشارة إليه هو وجوب احترام الإدارة المانحة للامتياز للمعايير الموضوعية عند اختيار المتعاقد معها (الكفاءة والقدرة المالية) وأن تتم هذه الإجراءات في علنية وشفافية تامة².
ب/ مكونات الامتياز .

يتكون عقد الامتياز في مجال تسيير مرفق الموارد المائية الصالحة للشرب من وثائق عدة تشكل وحدة متكاملة وتكون البناء النهائي لعقد الامتياز .

1- دفتر الشروط : وهو يشكل المنبع الأساسي لشروط امتياز تسيير مرفق الموارد المائية . حيث يحدد بدقة الشروط الفنية التي تنظم قواعد وشروط سير المرفق وكذلك الحقوق والالتزامات المتبادلة لطرفي العقد. لذلك يمثل دفتر الشروط الجزء الأطول في عقد الامتياز ، حيث يحتوي على نوعين من الشروط هي:
* **الشروط ذات الطابع التنظيمي :** وهي التي تتعلق بالقواعد التقنية لسير مرفق المياه ، توضع من قبل الإدارة دون تدخل من صاحب الامتياز وعليه أن يقبلها من دون نقاش .

* **الشروط التعاقدية :** وهي التي تهم طرفي عقد الامتياز كتلك المتعلقة بالأعباء المالية المتبادلة بين الجهة الإدارية مانحة الامتياز من جهة والملتزم من جهة أخرى ، ومدة الامتياز وكذا المزايا المالية التي تتعهد الإدارة بتقديمها للملتزم . تعتبر هذه الوثيقة لب الامتياز لذلك يتوجب على الجماعات الإقليمية عند إعدادها لهذه الوثيقة أن تحرص على مطابقتها لدفتر الشروط النموذجية المعدة مسبقا.

2- عقد الامتياز : وهو اتفاق بين الإدارة المانحة للامتياز وصاحب الامتياز حيث يقتصر على تحديد طرفي الامتياز بدقة ، وضبط مضمون الاتفاق الذي يتمثل في التزام الإدارة بمنح تسيير المرفق العمومي للمياه لصاحب الامتياز ، والالتزام هذا الأخير باستغلال المرفق طبقا لقواعد دفتر الشروط.

لكن ما يلفت الانتباه، أن المرسوم التنفيذي المتعلق بامتياز تسيير الخدمة العمومية للتزويد بماء الشرب ونظام الخدمة المتعلق به ، الصادر سنة 2008 لم يشير إلى وثيقة عقد الامتياز ولم يبين محتواها ، إلا أن المنشور الوزاري المشترك المؤرخ في 2005/10/23 المتضمن تحويل تسيير أنشطة ووسائل الخدمة العمومية للمياه الصالحة للشرب والتطهير إلى الجزائرية للمياه والديوان الوطني للتطهير في إطار الامتياز، جاء باتفاقية نموذجية للامتياز تكون ملحقة بالمرسوم التنفيذي المصادق عليه سنة 2008 إلى جانب دفتر الشروط النموذجي.

3- الوثيقة المتعلقة بنظام الخدمة : توضح هذه الوثيقة شروط وكيفيات توفير الخدمة العمومية للمياه إلى المستعملين من قبل صاحب الامتياز، بحيث تم التنصيص عليها في قانون المياه في المادة 101 الفقرة الثانية ، وألحقت بدفتر الشروط النموذجي المصادق عليه سنة 2008 ، حيث تضم 30 مادة بالنسبة للخدمة العمومية للتزويد بماء الشرب.

¹ التعليمات رقم 842/3-94 المؤرخة في 07/ 12/ 1990 ، المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها .
² نفس المرجع ، ص 05.

المبحث الثاني : النظام القانوني لامتياز الخدمات العمومية للموارد المائية.

يترتب على تنفيذ عقد امتياز تسير الموارد المائية حقوق وواجبات خاصة بكل طرف في العقد ، في حين يظهر تفوق الإدارة مانحة الامتياز على صاحب الامتياز نظرا لتمتعها بسلطات هامة في مواجهته ، لكن ، وفي هذا المبحث سيتم تبين حقوق وواجبات صاحب الامتياز في مطلب أول ، ثم القيام بدراسة صلاحيات وواجبات السلطة المانحة للامتياز في مطلب ثاني .

المطلب الأول : حقوق وواجبات صاحب الامتياز.

تستخلص آثار الامتياز بالنسبة لصاحب امتياز تسير المرفق العمومي لمياه الشرب أساسا من بنود عقد الامتياز والتنظيم (قانون المياه وما تلاه من نصوص تطبيقية).

الفرع الأول : حقوق صاحب الامتياز.

أولا : الانفراد باستغلال المرفق العمومي للمياه داخل محيط الامتياز .

وفي هذا السياق تنص المادة 06 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 54/08 أنه : " يتولى صاحب الامتياز ضمان الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب في نطاق الامتياز المحدد في المخططات المذكورة في الملحق الأول من دفتر الشروط الخاص. "

وبمقتضى ذلك تتعهد الإدارة المانحة للامتياز بعدم منح غيره من المنافسين التسهيلات التي تمنحها إياه كإعانات المالية والقروض الطويلة المدى ، إذا استلزم المرفق العمومي للمياه نفقات باهضة في الإنجاز والصيانة فيصبح صاحب الامتياز محتكرا للمرفق العمومي احتكارا فعلي بسبب عدم قدرة أي شخص على منافسته¹. كما أن هذا العقد يخول لصاحب الامتياز حسب المادة 102 من قانون المياه القيام بالأعمال اللازمة لاستغلال المرفق العمومي للمياه .

ويستجيب هذا الحق لمبدأ سير المرفق العمومي بانتظام واطراد أو كما أطلق عليه المشرع "السير الحسن للخدمة" وتحويل السلطة المانحة لصاحب الامتياز سلطات إدارية للقيام بالانشآت الضرورية للمرفق العمومي للمياه مثل نزع الملكية، وفي ذات الإطار خولت المادة 07 و المادة 09 من المرسوم التنفيذي الصادر في سنة 2001² للجزائرية للمياه، صلاحية اقتناء الملكية وتسييرها والتي تعتبر ضرورية لهما طبقا للقواعد المتعلقة بنزع الملكية .

ثانيا : قبض المقابل المالي من مستعملي المرفق العمومي .

يعد هذا الحق من أهم الحقوق الأساسية لصاحب عقد امتياز تسير الموارد المائية ، على اعتبار أنه مستثمر يتوخى تحقيق الربح في إدارته لهذا المرفق³. حيث تنص المادة 102 من قانون المياه : " كما يكلف صاحب الامتياز كذلك بالاستغلال التجاري للامتياز عن طريق إدخال مجموع عمليات الفوترة وتحصيل المبالغ المستحقة على مستعملي الخدمة العمومية للمياه أو التطهير طبقا لنظام التسعيرة. "

ويعكس هذا الحق إحدى الجوانب الأساسية في إضفاء الطابع الاقتصادي على المياه⁴.

¹ مروان محي الدين القطب ، طرق خصخصة المرافق العامة الامتياز- الشركات المختلطة - BOT - تفويض المرفق العام ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان ، ص 133.

² المرسوم التنفيذي رقم 101/01 المؤرخ في 21 أفريل 2001، المتضمن انشاء الجزائرية للمياه، ج.ر، رقم 24، المؤرخة في 22 أفريل 2001، ص 4.

³ أنظر : مروة هيام ، ، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة وطرق إدارتها - الاستملاك الأشغال العامة - التنظيم المدني) ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 2003 ، ص 108.

⁴ أنظر : قدور بوضياف، عقد الامتياز في مجال تسير الموارد المائية، مذكرة ماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، فرع: الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2012/2013، ص 52.

وتقع هذه الرسوم والتعريفات تحت نظام تسعيرة الخدمات العمومية للمياه المحدد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13/05 المؤرخ في 2005/01/09¹ بحيث يغطي ويجسد قبض هذه الرسوم والتعريفات عبر عمليات الفوترة لمستعملي الخدمة العمومية للمياه جزئيا أو كليا الأعباء المالية التي يتحملها صاحب الامتياز في أشغال الصيانة ، التجديد والاستثمار ، أي أعمال التسيير المنصبة على المنشآت و/ أو الهياكل محل عقد الامتياز في الاستغلال التجاري الممارس بعنوان أداء هذه الخدمة العمومية .

ومراعاة لمصلحة صاحب الامتياز في ممارسة حق الاستغلال التجاري لمرفق المياه ، فقد أوجد المشرع إجراءات مراجعة التعريفات المقررة في نص المادة 142 من قانون المياه .

ثالثا : ضمان التوازن المالي للعقد .

فاستغلال صاحب الامتياز لمرفق عمومي ما بمقتضى عقد الامتياز لا يخلو من المخاطرة ، والمقصود بالتوازن المالي مواجهة صاحب الامتياز أعمال السلطة المانحة التي قد تؤدي إلى اختلال في التوازن المالي للمرفق العمومي محل الامتياز ، كأن تقوم السلطة المختصة في منح الامتياز بإجراء تعديلات جوهرية في نظام سير المرفق العمومي أو تخفيضات بليغة في أسعار الخدمات ، بحيث ينجم عن ذلك خسائر وأضرار تصيب صاحب الامتياز الأمر الذي يحول له الحق في الرجوع على الإدارة لإعادة التوازن المالي وفقا لنظرية فعل الأمير² ، وفي ذات السياق تنص المادة 140 من قانون المياه أنه : " في حالة ما إذا أدى تطبيق الالتزامات العارضة إلى أسعار لا تتوافق والتكلفة الحقيقية المبررة من صاحب الامتياز أو المفوض له ، يمكن أن يمنح له تعويض مالي يساوي الأعباء المالية الإضافية التي تحملها في هذا الصدد." .

رابعا : تفويض تسيير الخدمات العمومية للمياه .

خولت المادة 104 من قانون المياه لصاحب امتياز الخدمات العمومية للمياه حق تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمة محل الامتياز الممنوح لمعاملين عموميين أو خواص لهم مؤهلات مهنية وضمانات مالية كافية . غير أن المادة 105 من نفس القانون ألزمت صاحب الامتياز عرض هذا التفويض على المنافسة ، وبالتالي فإن المشرع خول لصاحب الامتياز إبرام صفقة عمومية في إطار الامتياز مثله مثل الإدارة المكلفة بالموارد المائية ، لكون هذا الأخير يسير مرفق عمومي من جهة ولكونه شخصا من أشخاص القانون العام من جهة أخرى ، نظرا وأن المادة 02 من المرسوم الرئاسي 23/12 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن الصفقات العمومية³ تنص : " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة ... والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات الاقتصادية عندما تكلف بإنجاز مشاريع واستثمارات عمومية بمساهمة مؤقتة ونهائية من ميزانية الدولة..." .

على أنه في نفس الوقت يجب أن ينصب التفويض على إنجاز مشاريع في إطار عقد أشغال عمومية محل تمويل من ميزانية الدولة من جهة ، ومن جهة أخرى يتعين على صاحب الامتياز المفوض طلب الموافقة المسبقة من إدارة الموارد المائية ، وهذا ما أكدته المادة 108 من قانون المياه .

¹ ج.ر ، رقم 05 ، المؤرخة في 2005/01/12 ، ص 4 .

² أنظر : صدراتيصدراتي ، المرجع السابق ، ص 47 وما بعدها .

³ ج.ر ، رقم 58 ، المؤرخة في 2012/01/26 ، ص 3 .

الفرع الثاني : واجبات صاحب الامتياز .

يقع على عاتق صاحب امتياز تسيير الموارد المائية مجموعة من الالتزامات ، الهدف الرئيسي منها ضمان سير حسن ومنتظم للخدمات العمومية للموارد المائية .

أولا : القيام بالإنشاءات الضرورية لتسيير المرفق العمومي .

إن المنشآت والهياكل المشكلة في مجموعها للمرفق العمومي للموارد المائية تعود ملكيتها للدولة أو البلديات طبقا لنص المادة 16 من قانون المياه ، والتي تعد في نفس الوقت السلطات المانحة للامتياز ، فلها أن تعتمد إلى إقامة هذه المنشآت والهياكل الضرورية بنفسها لتوفير هذه الخدمة في إطار عقود الأشغال العمومية ثم تمنح بعد ذلك امتياز تسيير هذه الخدمة العمومية للمياه لصاحب الامتياز أو أن تكلف هذا الأخير ببداية الأشغال العامة الضرورية لتسيير هذا المرفق بمقتضى عقد مقاوله مبرم مع السلطة مانحة الامتياز ، بإقامة المنشآت والهياكل اللازمة ويكون الالتزام باستغلال المرفق العمومي تبعا لأصلا ، باعتباره المقابل الذي يتحصل عليه صاحب الامتياز في تنفيذ الأشغال .

غير أن الشيء الملاحظ في المادة 102 من قانون المياه هو حصر نطاق تسيير الخدمات العمومية للمياه بالنسبة لصاحب الامتياز في استغلال ، صيانة وتجديد وإعادة التأهيل وتطوير المنشآت والهياكل التابعة للأملاك العمومية الاصطناعية ، أي الأملاك المنجزة من قبل الدولة والجماعات الإقليمية أو تنجز لحسابها .

فالجزائية للمياه صاحبة امتياز تسيير الخدمات العمومية لمياه الشرب حولها المشرع صلاحية القيام بأشغال عمومية لحسابها الخاص في إطار مهمتها في العديد من المواد الواردة بالمرسوم التنفيذي رقم 101/01 المتضمن إنشاءه¹؛ وهذا ما يتماشى مع أحكام المادة 08 من دفتر الشروط الصادر في سنة 2008، والتي يستفاد منها بأن المنشآت والهياكل المنجزة للخدمات العمومية للمياه من ميزانية الدولة هي ملك للسلطة مانحة الامتياز ، أما الأملاك المكتسبة أو المنجزة من الأموال الخاصة تشكل ملك لصاحب الامتياز .

ثانيا : الالتزام باستغلال المرفق العمومي للمياه .

يعد هذا الالتزام أمر جوهري في عقد الامتياز وأساس وجوده ، بحيث يجب أن يقوم صاحب الامتياز باستغلال المرفق بنفسه ، ولا يجوز التنازل عن الالتزامات الملقاة على عاتقه إلى الغير ، إلا بعد أخذ إذن من السلطة مانحة الامتياز². كما يقع عليه أيضا ضمان سيرورة المرفق العمومي للموارد المائية بصفة مستمرة ومنتظمة ومسيرة للتطور .

وقد أكدت المادة 13 من دفتر الشرط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 54/08 على شروط استغلال الخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب والمتمثلة أساسا في :

ثالثا : القيام بأشغال التهيئة.

إن المياه النابعة من مصادر مختلفة عبارة عن أوساط حية وهي معرضة للتوحد أو التلف من جراء العوامل الطبيعية والإنسانية ، لذلك يجب القيام بالصيانة المنتظمة لها بهدف إرجاعها لحالتها الطبيعية³. كما تمتد أشغال التحسين عند تاريخ سريان مفعول الامتياز لكل المنشآت والهياكل والأجهزة المرصودة لأداء الخدمة العمومية للمياه ، وهو ما أشارت إليه المادة 102 من قانون المياه .

¹ أنظر على سبيل المثال المادتين 8 و 9 من المرسوم المتضمن إنشاء الجزائرية للمياه السالف الذكر .

² أنظر : ناصر لباد ، الوجيز في القانون الإداري ، الطبعة الرابعة ، دار المجدد للنشر والتوزيع ، سطيف ، الجزائر ، 2010 ، ص 225.

³ أنظر : محمد مرسل ، المياه في الوطن العربي ، مجلة المبرز ، العدد 12 ، جانفي - جوان 1999 ، ص 129.

وتهدف هذه الأعمال بصفة أصلية إلى تحقيق المنفعة العامة بتزويد مستعملي هذه المنشآت والهياكل بالمياه، بحيث يجد هذا الالتزام مرجعيته في نص المادتين 05 و 67 الفقرة الثانية من القانون رقم 30/90 المتضمن الأملاك الوطنية¹.

رابعاً: التسيير العقلاني للموارد المائية .

ينطوي هذا الالتزام بالنسبة لصاحب الامتياز على قاعدة اقتصاد استعمال الماء للمستفيدين من الخدمة العمومية للمياه ، باستعمال صاحب الامتياز المناهج والتجهيزات التي تهدف إلى اقتصاد الماء عبر مراحل أداء هذه الخدمة من الإنتاج إلى التوزيع .

ويتبلور التزام التسيير العقلاني للموارد المائية في كل من دفتر الشروط ونظام التسعيرة عبر مراحل إقامة عدادات مختلفة من أجل الحصول على معطيات إحصائية لكمية إنتاج الماء واستهلاكه . هذه المعطيات يتعين على صاحب الامتياز تقديمها للإدارة المكلفة بالموارد المائية ، التي ستعِدُّ نظام للإعلام حول الماء طبقاً للمادة 67 من قانون المياه وهو ما أطلق عليه المشرع بنظام التسيير المدمج للإعلام حول الماء ، المنظم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 326/08 المؤرخ في 2008/10/19².

خامساً: تسليم المنشآت والتجهيزات بانقضاء مدة الامتياز .

يشمل هذا التسليم بالإضافة إلى المنشآت والتجهيزات المملوكة من طرف السلطة مانحة الامتياز ، المنشآت والتجهيزات المنجزة من أجل تسيير المرفق العمومي للموارد المائية داخل محيط الامتياز والتي هي جزء منه ، بحيث لا يمكن لصاحب الامتياز أداء الخدمة العمومية للمياه بدونها والتي تصبح بدورها بانقضاء مدة الامتياز ملكاً يرجع للسلطة المانحة للامتياز . هذا الالتزام يجد مرجعيته القانونية في المادة 17 من قانون المياه ، والمادة 05 من دفتر الشروط الصادر في 2008 (المذكور أعلاه).

المطلب الثاني: صلاحيات وواجبات السلطة مانحة الامتياز .

سيتم التطرق في هذا المطلب إلى صلاحيات السلطة مانحة الامتياز في فرع أول ، ثم بيان الواجبات الملقة على عاتقها في فرع ثاني .

الفرع الأول: صلاحيات السلطة مانحة الامتياز .

تتمتع الإدارة مانحة الامتياز بسلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها إلى حد وصفها بالغير المألوفة في القانون الخاص ، ومرد ذلك أن الإدارة رغم تنازلها عن مهمة تسيير مرفق المياه لصاحب الامتياز إلا أنها تبقى مسؤولة دوماً عن تنظيمه وسيره بانتظام .

أولاً: مراقبة تسيير الخدمات العمومية للموارد المائية .

يقوم هذا الحق على أساس القاعدة التي تقضي بضرورة سير المرفق العمومي للمياه بانتظام واطراد، ومن ثم لا يلزم لممارسة هذا الحق أن ينص عليه صراحة في العقد .

وتراقب السلطة المانحة للامتياز تسيير واستغلال الخدمة العمومية مباشرة أو بواسطة هيئات مراقبة يتم تعيينها ، وهذا ما أكدته المادة 05 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 54/08 .

¹ القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 ، المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، ج.ر ، رقم 52 ، المؤرخة في 1990/12/02 ، ص 1661 ، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14/08 المؤرخ في 2008/07/20 ، ج.ر ، رقم 44 ، المؤرخة في 2008/08/03 ، ص 10 .

² ج.ر ، رقم 60 ، المؤرخة في 2008/10/19 ، ص 8 .

فبالنسبة لهيئات الرقابة المعنية تتمثل في شرطة المياه ، التي تتكون من سلك الأعوان التابعين للإدارة المكلفة بالموارد المائية . حيث تنص المادة 163 من قانون المياه : " قصد البحث عن المخالفات ومعاينتها ، يحق لأعوان شرطة المياه الدخول إلى المنشآت والهياكل المستغلة بعنوان الأملاك العمومية للمياه ، كما يمكنهم مطالبة مالك أو مستغل هذه المنشآت والهياكل بتشغيلها من أجل القيام بالتحقيقات اللازمة كما يمكنهم أن يطلبوا الإطلاع على كل الوثائق الضرورية لتأدية مهمتهم."

وتدعيما لهذه الرقابة تم إنشاء سلطة ضبط مستقلة في مجال الخدمات العمومية للمياه ، والتي تكلف ب¹ : - السهر على احترام المبادئ التي تُسير الأنظمة التسعيرية وتراقب تكاليف وتسعيرات الخدمات العمومية للمياه . - تقوم بالتحقيقات المتعلقة بتقييم نوعية الخدمات المقدمة للمستعملين .

- مراقبة مدى احترام نظام تسيير الخدمات العمومية للموارد المائية .
ثانيا : حق تعديل البنود التنظيمية الواردة في العقد بإرادة الإدارة المنفردة .

يمكن للسلطة مانحة الامتياز تعديل الشروط التنظيمية ، والمتعلقة على الخصوص بسير وتنظيم مرفق المياه الصالحة للشرب ، وذلك حتى يتماشى هذا الأخير مع المستجدات الاجتماعية والاقتصادية الضرورية ، غير أن ممارسة السلطة لهذا الحق محكوم بشروط هي :

- اقتصر التعديل على الشروط التنظيمية دون الشروط التعاقدية ، إلا إذا كان التعديل ضروريا لمصلحة المرفق وملبيًا لاحتياجات المرتفقين .

- ألا يكون التعديل جوهريا ، بحيث يغير موضوع الامتياز .

- إذا مسَّ التعديل التوازن المالي للعقد ، فيجب على الإدارة تعويض صاحب الامتياز مالياً بما يحفظ التوازن المالي للاتفاق² .

ثالثا : حق توقيع جزاءات على صاحب الامتياز إذا لم ينفذ التزاماته .

يجد هذا الحق مصدره في امتيازات السلطة العامة ، التي تخول للإدارة توقيع جزاءات بحق صاحب الامتياز لامتناعه ، أو إهماله للقيام بواجباته ، وأهم هذه الجزاءات :

(1) - فرض غرامات مالية على الملتزم في حالة عدم وفائه بالالتزامات المفروضة عليه في دفتر الشروط دون الإخلال بتعويض الضرر اتجاه الغير عند الاقتضاء .

(2) - جزاء تقصيرية : وتتمثل في وضع المرفق تحت الحراسة نتيجة ارتكاب صاحب الامتياز خطأ جسيم ثابت . إذ تحل الإدارة محل الملتزم المقصر بصورة مؤقتة لتسيير المرفق العمومي للمياه على حسابه ونفقته وتحت مسؤوليته ، لضمان سير حسن ومنظم وبدون انقطاع ، وفي ذات المعنى تنص المادة 16 الفقرة الثانية من دفتر الشروط الملحق بالرسوم التنفيذي رقم 54/08 أنه : " وفي حال عدم تمكن صاحب الامتياز من صيانة المنشآت والهياكل ، تنفذ السلطة المانحة للامتياز تلقائيا ، على عاتق صاحب الامتياز ، الأشغال الضرورية لسير الخدمة."

رابعا : توسيع نطاق الامتياز .

لقد أقرت المادة 11 من دفتر الشروط الملحق بالرسوم التنفيذي 54/08 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشرب ونظام الخدمة المتعلق به ، بأنه يمكن توسيع نطاق

¹ عز الدين عيساوي ، ضبط المرافق العامة : نموذج مرفق المياه ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، مجلة سداسية - عدد 2 / 2010 ، ص 105 ، 106 .

² محمد فاروق عبد الحميد ، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهوم التقليدي والإشترافي ، د.م.ج ، الجزائر ، 1987 ، ص 9 .

الامتياز إلى مناطق أنجزت عليها هياكل جديدة للتزويد بالماء الشروب . وذلك يتمشى مع سلطة الملائمة وصلاحيات تعديل العقد الإداري ، لأن تدرج أي منطقة كانت داخل محيط الامتياز إذا كانت هذه الأخيرة محل تعمير وبناء .
خامسا : تفويض تسيير الخدمات العمومية للموارد المائية .

يتجلى دور التفويض في فتح مجال تسيير الخدمات العمومية للموارد المائية لأشخاص معنوية خاصة، ويسمح في نفس الوقت بتجسيد المبادئ التي يقوم عليها المرفق العمومي من ديمومة وانتظام وتطور وكذا توفير الخدمة العمومية للمياه والتطهير في أغلب الظروف. وتماشيا مع ذلك ، تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 324/2000 المحدد لصلاحيات وزير الموارد المائية، أن : " يكلف وزير الموارد المائية من أجل تكفل أحسن بالمرفق العام للمياه ، بتكثيف طرق استغلال وتسيير المنشآت وشبكات الري التي تدخل في مجال اختصاصه مع مقتضيات اقتصاد السوق والمتمحورة أساسا حول تطوير المنافسة والتفتح على القطاع الخاص."

وتنص أيضا المادة 101 الفقرة الثانية من قانون المياه أنه : " يمكن للدولة منح امتياز تسيير الخدمات العمومية للمياه...كما يمكنها تفويض كل أو جزء من تسيير هذه الخدمات لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام أو القانون الخاص بموجب اتفاقية."

سادسا : حق استرداد المرفق قبل نهاية مدة الامتياز .

إذا تبين للسلطة العامة أن طريقة الامتياز لم تعد تتفق مع المصلحة العامة التي أنشئ المرفق العام من أجلها ، يمكنها استرداد المرفق العمومي للمياه وتعوض صاحب الامتياز عما يلحق به من أضرار ولا يجوز له أن يحتج بالحق المكتسب ولا بالقاعدة الملزمة للعقد ، بل حقه الوحيد هو التعويض فقط .
الفرع الثاني : واجبات السلطة مانحة الامتياز .

تقع على الإدارة المانحة للامتياز مجموعة من الالتزامات قبل صاحب الامتياز تسري ابتداءً من دخول الامتياز حيز التنفيذ ، وهذه الواجبات هي :

أولا : تسليم منشآت الري بعد منح الامتياز .

فبمجرد منح امتياز تسيير الموارد المائية تسلم السلطة المانحة للامتياز لصاحب الامتياز جميع الهياكل والمنشآت محل الامتياز الممنوح ، وهذا ما أكدته المادة 12 من دفتر الشروط الملحق بالرسوم التنفيذي المصادق عليه سنة 2008 . ويتم إثبات تسليم الهياكل الجديدة حسب المادة المذكور أعلاه بموجب محضر موقع بين السلطة مانحة الامتياز وصاحب الامتياز مرفق بجميع الوثائق المنصوص عليها في المادة 07 أعلاه من نفس المرسوم .
ثانيا : جرد للأمولاك والمنشآت المودعة لدى صاحب الامتياز .

يقع على عاتق السلطة مانحة الامتياز حسب نص المادة 07 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالرسوم التنفيذي المصادق عليه سنة 2008 قبل تسليم المنشآت والأملاك والهياكل ذات الصلة بالمياه الصالحة للشرب لصاحب الامتياز القيام بجردها.

ثالثا : ضمان استمرارية المرفق العمومي للمياه .

يتعين على السلطة مانحة الامتياز ضرورة اتخاذ الإجراءات المناسبة من أجل ضمان الاستغلال المتواصل للموارد المائية ، وهذا إلى غاية أخذ الجزائية للمياه الحيازة الكاملة للبنى التحتية والتجهيزات والوسائل التي يجب أن تتم في أجل أقصاه شهر . وعند الوصول لهذا الطور ، المحضر الذي سيقام بين الطرفين سيكرس نقل تسيير المرفق العمومي للمياه .

خاتمة :

يتجلى من خلال دراسة مفهوم امتياز تسيير الخدمة العمومية لمياه الشرب ونظامه القانوني أن المشرع من خلال قانون المياه رقم 12/05 ، المعدل والمتمم ، وما تلاه من نصوص تطبيقية، قد جسد فعلاً عقد الامتياز بأهم شروطه ومكوناته ، بعدما كان غير متضح المعالم في السنوات الماضية .

لكن الشيء الذي يلفت الانتباه ، أن هذا الامتياز لا يمنح إلا لأشخاص معنوية خاضعة للقانون العام على شاكلة ما كان معمولاً به في قانون المياه الصادر سنة 1983 ، حيث كان يمنح لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية والمجموعات المحلية من دون إشراك للقطاع الخاص في ذلك ، ولعل هذا يعكس نية واضحة للدولة بغية تجسيد سيطرة وهيمنة للقطاع العام على امتياز تسيير الخدمات العمومية للموارد المائية مع فتح الباب أمام القطاع الخاص في إطار تفويض تسيير الخدمة (المادة 101 في فقرتها الثانية من القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه) .

وعلى العموم يمكن للامتياز باعتباره كأسلوب للتسيير أن يحقق الكثير فيما يخص فعالية ونجاعة مرفق المياه خاصة وأنه لقي نجاحاً كبيراً في فرنسا، إلى جانب الإيجار، إلا أن تطبيق مثل هذه الطريقة في الجزائر يقتضي المزيد من التأطير القانوني المحكم، والضبط بالشكل الذي لا يسمح بحدوث تجاوزات على حساب المبادئ العامة التي تحكم عمل وسير المرفق العمومي.

اشكالان إبرام الصفقات عن طريق التراضي في التشريع الجزائري وأثره على حماية المال العام



مقال من إعداد : الأستاذ كمال معيفي
صف الدكتوراة - جامعة تبسة - الجزائر

ملخص المداخلة :

بغرض حماية المال العام وصيانتها من الاعتداءات المختلفة حتى لا يخرج أو يحد عن الإطار المرسوم له والمتمثل في تحقيق النفع العام، قيد المشرع الإدارة في مجال التعاقد عن طريق إبرام الصفقات بأسلوب المناقصة باعتباره القاعدة في ذلك، وفي المقابل ترك لها الحرية في حالات خاصة أن تبرم صفقات عن طريق التراضي - وهو الاستثناء - بالرغم من أنه يتناول صفقات ذات أموال ضخمة.

لذلك تطرح هذه الدراسة إشكالية إبرام الصفقات عن طريق التراضي، دون المرور بالإجراءات الشكلية المعروفة في المناقصات والمخاطر الناجمة عن ذلك، والتي يمكن أن تؤدي إلى إهدار المال العام، ومن ثم محاولة بلورة اقتراحات قد تساهم في ضبط هذا الأسلوب، والوصول إلى تسيير أكثر رشادة للمال العام.

مقدمة :

لكي تمارس الإدارة نشاطها ومهامها وجب توفير الوسائل الضخمة والمتمثلة أساسا في المنقولات والعقارات اللازمة والاعتماد المالية، بالإضافة إلى الإطار القانوني الذي يضمن التسيير الحسن والفعال لتلك الوسائل، ومن بين الأطر القانونية التي تتحرك وفقها الإدارة لصرف المال العام وإنجاز المشاريع نجد التنظيم القانوني للصفقات العمومية الذي يثير باستمرار الجدل والنقاش. وهو ما يفسر التعديلات الكثيرة التي يتعرض لها.

ومن النقاط الحساسة التي يطرحها هذا الموضوع هي طرق الإبرام والتي نالت حظا وافرا من اهتمام المشرع باعتبارها السبيل إلى العملية التعاقدية أين جعل أسلوب المناقصة هو القاعدة العامة ليكفل بذلك حق المشاركة لأكبر عدد من العارضين، ويقيد الإدارة المتعاقدة بمجملتها من الإجراءات لضمان ترشيد النفقات العمومية وإبعادها عن المعاملات المشبوهة، أو تفضيل عارض على آخر، وإضفاء الشفافية على العملية التعاقدية.

إلا أنه في مقابل ذلك - ولأسباب يراها البعض موضوعية- اعترف المشرع لجهة الإدارة باختيار المتعامل المتعاقد في ظروف وحالات خاصة دون المرور بإجراءات النشر والإشهار وتلقي عروض مختلفة، وهو ما أطلق عليه أسلوب التراضي الذي جاءت حالاته كاستثناء لأسلوب المناقصة، إلا أن هذه الاستثناءات تكاد تغطي أغلب عمليات التعاقد المتعلقة بالمشاريع الكبرى ذات المبالغ المالية الضخمة، مما يطرح التساؤل حول جدوى تقييد الإدارة بإجراءات معقدة من جهة، ومن جهة أخرى وبمحجة الضرورة تطلق يدها في ذلك. وما هي مبررات المشرع في تحديد حالات اللجوء الى أسلوب التراضي، وهل الضمانات التي قدمها كافية لإضفاء الشفافية على أبرام الصفقة عن طريق التراضي وإبعادها عن التلوث بالفساد. وما علاقة صفقات التراضي بالوقاية من الفساد وحماية المال العام. وكيف يمكن التوفيق بين المطالب الكثيرة لتعميم إجراء التراضي على أغلب الصفقات بحجة الإسراع في انجاز البرامج والمشاريع، والابتعاد عن التعقيدات التي يفرضها أسلوب المناقصة، ووقف التزايد الخطير لظاهرة الفساد الإداري والمالي خاصة في المؤسسات العمومية.

لهذا ارتأينا التطرق لهذا الموضوع الهام، ومعالجة الإشكالات التي يطرحها أسلوب التراضي، وفق الخطة التالية :

- أولا : مفهوم التراضي في تنظيم الصفقات العمومية.
- ثانيا : تقدير المبررات التشريعية لحالات اللجوء لأسلوب التراضي.
- ثالثا : أسلوب التراضي وحماية المال العام من الفساد في الصفقات العمومية.
- أولا : مفهوم التراضي في تنظيم الصفقات العمومية.

1- تعريف التراضي :

عرفه المشرع الجزائري في معظم النصوص القانونية التي تناولت تنظيم الصفقات العمومية بعبارات متشابهة، ومنها المرسوم 10-236¹ في مادته رقم 27 بقولها: التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة.

فهو الإجراء الذي يمكن الإدارة من اختيار المتعامل المتعاقد معها دون التقيد بالشروط الواردة في أسلوب المنقصة²، مما جعل البعض يفضل تسميته بالاتفاق المباشر³ لدلالة المصطلح على عملية الاتفاق المباشر للوصول إلى العملية التعاقدية، وكذا الابتعاد عن الخلط بين التراضي والرضا الذي هو ركن في كل العقود، أو لافتراض وجود الخصومة بين الأطراف ويعتبر التراضي حلا لها، وهو ما لا يتفق وتوظيف المصطلح في مجال الصفقات العمومية.

إذن فأسلوب التراضي يجعل الإدارة مبدئيا في وضع مريح، ويوفر عليها الجهد والوقت، في إبرام عقودها، وانجاز مشاريعها، لذلك اعتبر استثناء عن المناقصة التي اعتبرها المشرع الأصل في إبرام الصفقات. والقاعدة أن الاستثناء يجب أن يقدر بقدره، فلا يجوز القياس عليه ولا التوسع في تفسيره، كما يجب أن

¹ المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 58 لسنة 2010.

² عمار بوضباف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007، ص 132.

³ ماجد راغب الحلو، العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2009، ص 109.

يكون هناك المبرر الكافي للجوء إليه¹. وهو ما سنحاول التعرض له في هذه المداخلة من خلال تقدير المبررات التشريعية في تحديد حالات التراضي، وعلاقة ذلك بالوقاية من الفساد.

2- أشكال التراضي : قسم المشرع التراضي إلى صورتين أو شكلين هما :

أ. التراضي البسيط :

نصت المادة 43 من المرسوم 10-236 على أنه تلجأ المصلحة المتعاقدة الى التراضي البسيط في الحالات التالية :

- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة.
 - في حالات الاستعجال الملح الملعل بمخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان ولا يسعه التكيف مع آجال المناقصة، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.
 - في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد، أو توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.
 - عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية، وفي هذه الحالة يخضع اللجوء الى هذا النوع الاستثنائي لإبرام الصفقات للموافقة المسبقة من مجلس الوزراء.
 - عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقاً حصرياً للقيام بمهمة الخدمة العمومية.
 - عندما يتعلق الأمر بترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج، وفي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء الى هذا الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات للموافقة المسبقة من مجلس الوزراء.
- يمكن من خلال النظر في هذه الحالات إبداء الملاحظات التالية :

الملاحظة الأولى :

أن الاستغراق في حالات الاستثناء يجعله يطغى على القاعدة، وكما سبقت الإشارة فإن الاستثناء لا يجب التوسع فيه، ويجب أن يقدر بقدره. حتى لا تكون الإدارة في موضع الاتهام وتكون في كل مرة ملزمة بتبرير اختياراتها، حيث يصبح اللجوء إلى الاستثناء ليس سببه سرعة الانجاز والتخلص من تعقيد الإجراءات، ولكن سببه التحايل على القانون خاصة وأن الأمر يتعلق بالمال العام. ولعل هذا ما يفسر دعوة كثير من الولاة والمسؤولين إلى توسيع مجال التراضي وتعميمه على معظم الصفقات بحجة التخلص من القيود والتعقيدات الإجرائية والإسراع في الانجاز. ومثال ذلك ما نصت عليه وزارة السكن في العمران في تعليماتها² الى الولاة والمديرين العاملين لدواوين الترقية والتسيير العقاري باعتبارهم المسؤولين عن دراسة العروض، من تحديد شروط منح الصفقات بالتراضي البسيط

¹ عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2003، ص 60.

² تعليمية رقم 414 الصادرة عن وزير السكن والعمران بتاريخ 27 فيفري 2013.

التي اضطرت الحكومة لاعتمادها في إطار إنهاء البرنامج السكني المرتقب انتهاء آجال انجازه عام 2014 ، واشترطت الوزارة أن تمنح هذه الصفقات في حدود القائمة القصيرة " شورت ليست " التي يتم تحديدها بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية ووزير السكن¹. وجاء في نفس التعليمية أنه وبالنظر الى أهمية برنامج السكن العمومي التجاري الذي يجري تجسيده على أرض الواقع، اضطرت المصالح المركزية على مستوى وزارة السكن والعمران وبعض الولايات إلى اللجوء إلى اعتماد صيغة الصفقات بالتراضي البسيط بعد عرض كل طلب على مجلس الوزراء أو مجلس الحكومة حسب الحالة للدراسة والموافقة.

وتبرر الوزارة تفضيل أسلوب التراضي كونه كفيلا بتقليص الأجل في الانجازات المسجلة برسم البرنامج الخماسي للتنمية.

وبخصوص شفافية تلك الصفقات وقانونيتها فان نفس التعليمية ترى بأن عديد الأحكام القانونية والتنظيمية متوفرة للتحقق من شفافية النفقات العمومية وقانونيتها، ابتداء من المفتشية العامة للمالية، إلى غاية مجلس الحاسبة ووصولاً إلى المحاكم إذا اقتضى الأمر ذلك.

الملاحظة الثانية :

إن الحالات الواردة في التراضي البسيط تتعلق بصفقات ذات اعتمادات مالية ضخمة، وهذا ما يفرض التشدد أكثر في طرق تنفيذها، ولا يجب أن تكون الرغبة في الحصول على مكاسب سياسية دافعا للانحراف بالمبادئ العامة للصفقات العمومية.

ب - التراضي بعد الاستشارة :

تلجأ المصلحة المتعاقدة الى التراضي بعد الاستشارة في الحالات التالية² :

- عندما يتضح أن الدعوة إلى المنافسة غير مجدية، وذلك إذا تم استلام عرض واحد فقط، أو إذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط بعد تقييم العروض المستلمة.
- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء الى المناقصة.
- في حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة.
- في حالة العمليات المنجزة في إطار استراتيجية التعاون الحكومي، أو في إطار اتفاقات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية.

إن هذه الحالات تستوقفنا لإبداء الملاحظات التالية :

الملاحظة الأولى :

أن المرسوم لم يعالج الأسباب والنتائج المتعلقة بعدم جدوى المناقصة، ففي الأسباب ذكر حالتين هما : إذا تم استلام عرض واحد فقط ، وإذا تم التأهيل الأولي التقني لعرض واحد فقط. أما النتيجة فهي إعادة الإجراء، ولم يحدد ما إذا

¹ أنظر المادة 43 من المرسوم 10-236 سابق الذكر

² أنظر المادة 44 من نفس المرسوم

كان الإجراء يخص المناقصة، أو الاستشارة. إلا أن التعديل الأخير¹ أجاب عن ذلك في المادة 6 منه، حيث نص على أنه في حالة إعادة الإجراء عن طريق المناقصة أو التراضي بعد الاستشارة، وتم استلام أو التأهيل التقني الأولي لعرض واحد فإنه يمكن المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة مواصلة إجراء تقييم العرض الوحيد. وهذا ما يحفظ تحويل الإجراءات عن مقصدها. ويوازن بين ربح الوقت وشفافية التعاقد.

الملاحظة الثانية :

أن قائمة اللوازم والخدمات التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء الى مناقصة فهو إجراء مبهم²، وقد ترك أمر تحديد قائمتها للوزير المكلف بالمالية والوزير المعني. كما أن صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة، لم يكن هناك داع لهذا التحديد الذي يضع المؤسسات السيادية للدولة عرضة لسهام النقد والشبهات. إن التراضي يجب أن يستهدف بالدرجة الأولى الحصول على أفضل عرض من حيث الجودة والسعر وآجال التنفيذ، وهذا يكون عن طريق المفاوضة بين المصلحة المتعاقدة والمتعهدين المختارين.

ثانيا : تقدير المبررات التشريعية لحالات اللجوء الى أسلوب التراضي :

من خلال استعراض حالات اللجوء الى التراضي بنوعيه، يمكن حصر مبررات اللجوء الى هذا الأسلوب فيما يلي:

1- الاستعجال :

الاستعجال حالة قانونية عامة ومكرسة في كثير من الميادين والمجالات، وليست متعلقة فقط بالصفقات العمومية، لذلك حاول المشرع تقييد هذه الحالة بمجموعة من الشروط هي:

أ. تعليل حالة الاستعجال بالخطر الداهم الذي لا تستطيع معه الإدارة التكيف مع آجال المناقصة، وبالتالي فالإدارة هنا هي من يقع عليها عبء إثبات هذه الحالة، وكان يمكن حصر حالات الخطر الداهم الذي يمكن أن يتعرض له ملك أو استثمار، خاصة وأنها حالات يمكن مشاهدتها على الظاهر، كالفيضانات، الزلازل...الخ.

ب. أنه لم يكن في وسع الإدارة توقع الظروف المسببة لحالات الاستعجال، أو نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها وهو شرط قريب من الخيال كما يرى العض³ نظرا للضعف التسييري للإدارة الجزائرية، لأن هناك ظروفًا يمكن توقعها وتوخي الحذر بشأنها.

2- الأهمية الوطنية للمشروع :

ويعود هنا تقدير تلك الأهمية للمصلحة المتعاقدة، مما يجعل مساءلتها في ذلك صعبة، لذلك فهو معيار شفاف ومرن، كما أن مصطلح الأهمية الوطنية مبهم وغامض يمكن أن توضع تحته كل المشاريع والبرامج التي يعود نفعها على المواطن، وفي ظل هذا العنوان طالب كثير من الولاة بتعميم حالات اللجوء الى التراضي في معظم المشاريع، بالرغم من أن المشرع حاول وضع ضمانات لعدم الانحراف واستغلال هذا الباب وذلك بفرض الموافقة المسبقة لمجلس الوزراء على هذه الصفقات، حيث سوف يتحول بذلك مجلس الوزراء الى لجنة لتقييم

¹ المرسوم الرئاسي رقم 13-03 مؤرخ في 13 يناير 2013 يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 سابق الذكر، ج.ر عدد 02 لسنة 2013

² فريد خلاطو، الصفقات العمومية، داخلة مقدمة في ملتقى حول تسيير الجماعات المحلية، 9 و 10 جانفي 2008، مخبر المغرب العربي الكبير الاقتصاد والمجتمع، جامعة قسنطينة، ص 83.

³ فريد خلاطو، المرجع السابق.

العروض، وهذا غير ممكن، لأن طريقة اتخاذ القرار في هذا المجلس تعتمد على عرض الوزير المعني بالدرجة الأولى، كما انه مجلس ذو طابع سياسي، حيث تغيب الحيادية في أغلب الأحيان.

3- ترقية الأداة الوطنية العمومية للإنتاج :

وهو تبرير يقصد به تفضيل المؤسسات العمومية الوطنية، فإذا كان من جهة يدفع إلى ترقية الإنتاج الوطني، إلا أنه من جهة أخرى يؤثر سلباً على الاستثمار الأجنبي الذي يشكو دائماً اختلال المنظومة القانونية في الجزائر، ويؤدي إلى رداءة الإنتاج، والحال أنه في مجال السكن خاصة فإن المؤسسات الوطنية فشلت فشلاً ذريعاً في مساهمة وتيرة الإنتاج التي تقترحها المؤسسات الأجنبية، فماداً يفيد تفضيلها في الصفقات.

4- الوضعية الاحتكارية للمتعاقد :

ويقصد بذلك عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو ينفرد بامتلاك الطريقة التكنولوجية التي اختارتها المصلحة المتعاقدة، إلا أن هذه الحالة أصبحت نادرة مع توسع الاستثمارات وتقدم التقنيات التكنولوجية والانفتاح الاقتصادي.

إن التراضي إجراء استثنائي غير أن تعدد حالات اللجوء إليه بمبررات غير قوية في غالب الأحيان وغير دقيقة وغير محددة، قد جعله في الواقع قاعدة تلجأ إليها أغلبية المصالح المتعاقدة.

وان ما يفسر خطورة هذا الإجراء ما يشهده القضاء من متابعات لكثير من المسؤولين تورطوا في صفقات مشبوهة عن طريق التراضي، كما أن هناك المئات من الصفقات محل تحقيق من المفتشية العامة للمالية.

إنه باستثناء مبرر الاستعجال، فإن بقية الحالات يمكن أن تشكل مجالا للانحراف بأهداف المحافظة على المال العام، مما يستوجب ضبط العملية التعاقدية وتسييجها بإجراءات مكتملة، مثل تقنين إجراء الاستشارة، وتعميم لجان فتح الأظرفة وتقييم العروض على صفقات التراضي.

ثالثاً : أسلوب التراضي وحماية المال العام من الفساد في الصفقات :

تأخذ جرائم الفساد المتعلقة بالصفقات العمومية ثلاث صور هي¹:

- إبرام عقد أو صفقة أو التأشير عليها أو مراجعتها خرقاً للأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل، بغرض امتيازات غير مبررة للغير وهي جنحة المحاباة.
- استغلال النفوذ للحصول على منفعة أو فائدة عند إبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها.
- قبض أجر أو فائدة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد باسم الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها، وهذا ما يعرف بالرشوة.

كما انه في إطار مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية خصص المشرع المواد 26، 27، 34 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته لجرائم الصفقات حيث حاول المشرع تجريم كل اعتداء كل اعتداء على المال العام عند إبرام وتنفيذ الصفقة، وتتمثل هذه الاعتداءات في المحاباة، واستغلال نفوذ أعيان الهيئات والمؤسسات

¹ فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس ، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة

العمومية للحصول على امتيازات غير مبررة، وقبض العمولات من الصفقات العمومية أو الرشوة في هذا المجال.

1- جنحة المحابة :

تقوم جريمة المحابة على توافر ثلاثة أركان¹ :

أ. **صفة الجاني** : حيث يشترط أن يكون موظفا بمفهوم قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، وهو كل من يشغل منصبا أو يتولى وظيفة أو وكالة في الإدارات والهيئات والمؤسسات العمومية، وكل شخص آخر يتولى وظيفة في مؤسسة خاصة تقدم خدمة عمومية.

ب. **الركن المادي** : يتمثل في قيام الجاني بإبرام عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق أو تأشيرة دون مراعاة الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها ، وذلك بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير².

ومن أمثلة ذلك: المساس بالقواعد المتعلقة بالإشهار كعدم نشر الإعلان، أو المساس بالقواعد المتعلقة باعتماد المترشحين كمحاولة إبعاد متعامل مؤهل للفوز لحساب مترشح آخر. وكذا عدم احترام معايير الاختيار المعلن عنها.

ت. **الركن المعنوي**: أو ما يسمى القصد الجنائي فيتمثل في قيام الجاني بإعطاء امتيازات للغير مع علمه أنها غير مبررة.

2- استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة :

ويقصد بالنفوذ تمتع الشخص بنفوذ فعلي لدى السلطات العامة أو إحدى الجهات الخاضعة لرقابتها³، وهي أن يقوم أي شخص طبيعي (حرفي أو مقاول...) بإبرام صفقة مع الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها، ويستفيد من سلطة أو تأثير أعوان هذه الهيئات للحصول على منفعة تتمثل في الزيادة في الأسعار: كأن تنص الصفقة على تزويد مؤسسة بأجهزة إعلام آلي بسعر 50000 دج واستغل المورد علاقته بمسئول المؤسسة وسوق الأجهزة بسعر أكثر، أو تعديل لصلحه في نوعية المواد أو الخدمات: كما لو كان الاتفاق على توريد أجهزة تكييف من نوع خاص، فيقوم المورد بجلب نفس السلعة لكن من نوعية أخرى أقل جودة، أو في آجال التسليم أو التمويل، وهذا بنص المادة 128 مكرر من قانون العقوبات.

إن الأمر هنا يتطلب منظومة قانونية متكاملة تجمع بين الأسلوب الوقائي الذي تضمنه النصوص القانونية المتعلقة بالتوظيف والتعيين في المناصب الإدارية الهامة، وكذا النصوص المتعلقة بإبرام الصفقات وإجراءاتها، والأسلوب العلاجي الردعي الذي يحيط بالجرائم المتجددة ويضع لها العقاب المناسب.

3- قبض عمولات أو فائدة من الصفقات العمومية :

وتتمثل هذه الجريمة في قبض أو محاولة قبض أجر أو فائدة (رشوة) من طرف الأشخاص المخولين قانونا بإبرام الصفقات باسم الدولة ، وهي الجريمة المنصوص عليها في المادة 27 من قانون الوقاية من الفساد

¹ أحسن بوصفيقة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، دار هومة، الطبعة الرابعة، ص111.

² المادة 26 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر عدد 14 لسنة 2006.

³ زوزولوخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الساسية ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011/2012، ص 85 .

ومكافحته¹، وقد تكون هذه الأجرة أو الفائدة ذات طبيعة مادية: كالحصول على سيارة أو ملابس، أو نزهة مدفوعة الأتعاب، أو شيكا أو سداد دين في ذمته، وغير ذلك مما يقوم ماديًا، أو ذات طبيعة معنوية كحصول الجاني على ترقية، أو إعارته شيئًا يستغله.

وينبغي أن تتم هذه الجريمة بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق بالصفقة باسم الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها.

إن أي شخص يرتكب الأفعال المشار في النصوص القانونية يكون قد خرق المبادئ الأساسية للصفقات العمومية والتي تضمن نزاهتها وشفافيتها والتي جاءت في المادة 9 من القانون 06-01 حيث تنص على أنه : يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية، ويجب أن تكرر هذه القواعد على الخصوص :

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات.
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.
- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية .
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية.

إن هذه الجرائم التي تم التنصيص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، إضافة للجرائم المنصوص في قانون العقوبات، تجد في صفقات التراضي أرضية خصبة للانتشار والتفشي، ومما يساعد على ذلك إهدار وإلغاء أهم المبادئ التي تقوم عليها شفافية الصفقات وهي حرية المنافسة وتعدددها، وكذا مبدأ الإعلان، حيث من السهل على من تسول له نفسه الحصول على المكاسب ، أو القيام بالتصرفات غير المشروعة المشار إليها سابقا الحصول عليها، ويكون من الصعب في نفس الوقت على هيئات الرقابة إثبات تلك الجرائم، حيث يحتفي أصحابها وراء نصوص قانونية تعطيها الحق فيما تقوم به، وتبرر لهم ذلك، وعندئذ نكون أمام فساد مقنن، لذلك يجب تشديد العقوبات المقررة لجرائم الصفقات حتى تحقق الردع الكافي².

خاتمة :

من خلال ما تقدم نستنتج أن المشرع الجزائري اعتبر نظريًا أن المناقصة هي القاعدة في إبرام الصفقات العمومية، واعتبر اللجوء إلى أسلوب التراضي استثناء، حيث حدد حالاته على سبيل الحصر، إلا أنه من جهة أخرى لم يكن دقيقًا في تبرير اللجوء إلى تلك الحالات ولم يضع الشروط الكافية لضمان عدم الانحراف بالمقصد الرئيسي لهذا الاستثناء والمتمثل في : تجنب الإدارة طول الإجراءات وتعقيدها وتحقيق الانجاز في أسرع وقت، الأمر الذي أدى إلى هيمنة الاستثناء على القاعدة.

وبناء على ما تقدم، ومساهمة في إثراء هذا الموضوع يمكن تقديم الاقتراحات التالية :

¹ المادة 27 من القانون 06-01 سابق الذكر .

² حمزة خضري، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية، دفاتر السياسة والقانون، العدد السابع، جوان 2012، ص186.

- تقليص حالات اللجوء إلى التراضي البسيط، والاكتفاء بحالة الاستعجال والضرورة الملحة مع تقييدها بشروط موضوعية.
 - تعميم بعض الإجراءات التي تضمن الشفافية على صفقات التراضي، مثل: تلقي أكثر من عرض، المرور عبر لجان فتح الأظرفة ولجان تقييم العروض، الإعلان عن المنح المؤقت لصفقات التراضي، وفتح المجال للطعون.
 - إعطاء استقلالية مادية وبشرية أكبر للجان الرقابة الداخلية والخارجية، لتمكين من ممارسة مهامها بفاعلية.
 - إعادة النظر في العقوبات المقررة لجرائم الصفقات تشديدا حتى تحقق الردع الكافي.
- قائمة المراجع :
- 1- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007 ، 132.
 - 2- ملجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 109.
 - 3- عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2003، ص 60.
 - 4- أحسن بوصقيعة ، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، دار هومة، الطبعة الرابعة، ص 111.
 - 5- زوزو زوليك، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الساسية ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011/2012 ، ص 85 .
 - 6- فريد خلاطو، الصفقات العمومية، داخله مقدمة في ملتقى حول تسيير الجماعات المحلية، 9 و 10 جانفي 2008، خبر المغرب العربي الكبير الاقتصاد والمجتمع، جامعة قسنطينة، ص 83.
 - 7- حمزة خضري، الوقاية من الفساد ومكافحته في إطار الصفقات العمومية، دفا تر السياسة والقانون، العدد السابع، جوان 2012، ص 186.
 - 8- فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس ، خبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 126 .
 - 9- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر عدد 14 لسنة 2006.
 - 10- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 58 لسنة 2010.
 - 11- المرسوم الرئاسي رقم 13-03 مؤرخ في 13 يناير 2013 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 سابق الذكر، ج.ر عدد 02 لسنة 2013 المرسوم الرئاسي رقم 13-03 مؤرخ في 13 يناير 2013 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 10-236 سابق الذكر، ج.ر عدد 02 لسنة 2013
- تعليمه رقم 414 الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2013.

الفقه الإسلامي في ثوبه الحساني : نظرات في نظم الشيخ محمد المامي أحكام الفقه الإسلامي بالحسانية



من إعداد الدكتور : بوزيد الغلى
دكتوراه في الدراسات الإسلامية
من كلية الآداب - الرباط - المغرب

اخترت موضوعا لم تطمئه أيدي الباحثين المشتغلين بالفقه الإسلامي بالصحراء ، ولم تعج عليه أقلام المهتمين بجمع ودراسة تراث الحسانية الفقهية والشعرية والأدبي ، وإنما وضعته مؤسسة زاوية الشيخ محمد المامي مادة سائغة للدراسة بين دفتي " ديوان الشعر الحساني (لَعْن) للولي العالم الرباني الشيخ محمد المامي بن البخاري الباركي (1202هـ - 1282هـ) . وقبل أن ننبري لبسط الكلام عن المسائل الفقهية التي ضمنها الشيخ رحمه الله ديوانه بدءا ببعض أحكام الأذان والصلاة والزكاة و علم الفرائض و أحكام الدماء ، يحسن ابتداء التعريف بالناظم و مرتبته أو منزلته العلمية و كذا مصنفاته في العلوم الشرعية .

➤ من هو الشيخ محمد المامي ؟

هو أبو عبد الله محمد المامي بن البخاري بن حبيب الله بن برك الله فيه (واسمه المختار ، وهو الجد الجامع لقبيلة أهل برك الله فيه) ابن أحمد بن أبي يزيد بن يعقوب بن أبي يعلى بن عامر أبي يعلى بن أبي هندام ابن محمد بن يعقوب ابن سام بن عبد الله بن عمر بن حسان ، ويرتقي نسبه إلى عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما¹ ، و " المامي تحريف لـ : الإمام كما يقول الشيخ في نسخة من وسيلة السعادة (نظم أهل بدر الكبير) ، قال :

قال محمد الفقير اللاهي

ابن البخاري بن حبيب الله

سمي والي بوصيات المامي

صاحب الاستهداف بالأنظام

¹ ترجمة موجزة للعلامة الشيخ محمد المامي ، مقدمة ديوان " ديوان الشعر الحساني (لَعْن) للولي العالم الرباني الشيخ محمد المامي ، نشر زاوية محمد المامي ، انواكشوط 2013 ، ص

ولد عام 1202هـ بموضع شمالي تيرس يدعى " آشقيق صدره لعظام " أشار إليه بقوله :

آشقيق صدرت لعظام /// شابح من عين الخدام

غير رب مول الاحكامم /// اوسع الروح المنهزم

و توفي رحمه الله عام 1282هـ ، ودفن قرب جبل " أيق " بتيرس ، تاركا خلفه تركة علمية وفيرة عمادها

مصنفاته الجمة في مختلف العلوم الشرعية و اللغوية التي قال عنها العلامة محمد الخضر بن حبيب المباركي (ت 1345هـ) : " لم يحفظ عشر عشر معشارها ... و ذلك لثلاث : لجهل البداة و جفائهم - كما في الحديث وغيره - ، و لعموم داء الحسد ... و للزهد اليوم في العلم " ¹ .

➤ زمن أهم تلك التأليف نذكر :

- نظم مختصر خليل ² : صدر عن زاوية الشيخ محمد المامي في طبعته الأولى سنة 2005.
 - كتاب البادية ، كتاب البادية تأليف محمد المامي ابن البخاري ، الطبعة الأولى ، نشر زاوية الشيخ محمد المامي ، انواذيبو ، موريتانيا 2006
 - رد الضوال والهمل الى الكروع في حياض العمل : ضمن كتاب مجموعة من مؤلفات الشيخ محمد المامي ، ط 1 - 2008.
 - الميزابية وشرحها : ضمن كتاب مجموعة من مؤلفات الشيخ محمد المامي ، ط 1 - 2008.
 - الجمان : ضمن كتاب مجموعة من مؤلفات الشيخ محمد المامي ، ط 1 - 2008.
 - صداق القواعد (نظم القواعد المالكية) وشرحه ، صدر عن زاوية الشيخ محمد المامي ، ط 1 - 2009.
 - كتاب الاجماعيات ، مخطوط بزاوية الشيخ محمد المامي .
 - نظم ورقات امام الحرمين ، مخطوط بزاوية الشيخ محمد المامي .
 - نظم سلم البيان ، مخطوط بزاوية الشيخ محمد المامي .
 - الديوان الفصيح ، صدر في طبعة أولية عن زاوية الشيخ محمد المامي ، ط 1 - 1985 .
 - الديوان الحساني (عمدتنا في هذه الدراسة) .
- و قد كان الشيخ رحمه الله مالكيًا مذهبًا ، قادرًا طريقة كما ذكر في أول نظمه للقواعد المالكية :
- قال عبيد ربه المقتدر /// محمد بن البخاري الأشعري
- القادري المالكي المذهب /// المغربي الباركي النسب ³ .

¹ مفاد الطول و القصر على نظم المختصر ، ص 62.

² من المفيد الإشارة إلى أن اهتمام فقهاء المغرب بمختصر الشيخ خليل باعتباره أهم من أتى بالأقوال المشهورة في الفقه حسب تعبير العلامة " أكبيل " ، تجسد في نزوعهم الى نظمه بكل اللغات العامية حسانية وشلحية كما قال الأستاذ أحمد العثماني في رسالته : ألواح جزولة و الفقه الاسلامي ، دراسة لاعراف قبائل سوس في ضوء التشريع الإسلامي ، منشورات وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية 2004 ، حيث نقل عن العلامة المعروف بأكبيل قوله في مقدمة كتابه الحوض (نظم مختصر خليل بالشلحية قوله :

سيدي خليل اديوين لقوال لي شهرين /// ع لكتاب " لمختصر " نَّانْ أَدْ تَابَعِ اغي

و معناه : سيدي خليل هو الذي أتى بالأقوال المشهورة في الفقه في كتابه " المختصر " ، وهو الذي أتبعه.

أنظر : أحمد العثماني في رسالته : ألواح جزولة و الفقه الاسلامي ، دراسة لاعراف قبائل سوس في ضوء التشريع الاسلامي ، منشورات وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية 2004 ، ص 49 .

³ ديوان الشيخ محمد المامي ، نشر زاوية الشيخ محمد المامي ، ط 1 ، 1985.

➤ مسائل الفقه الإسلامي في ديوان الشعر الحساني للعلامة محمد المامي :
صدر الإمام نظمه المتصل بالأحكام الشرعية بمسألة تتعلق بفقه الاعتقاد ، حيث بين الفرق بين الموحد بدليل والمقلد ، ومن دونهما حيث قال :

المقلد فيه الخلاف /// كَانَ كَافِرٌ وَلَّ مُسْلِمٌ
وَلَّ دُونُ قَالَ الْقَرَّافُ /// كَانَ اسْكَيْتَ فِي الدَّارِ يَسْلَمُ¹
ثم ثنى ببيان وجوب قيام الاعتقاد على دليل ، حيث قال:
العقيدات المسائل /// تَنْجَابُ أَعْلِيَهُ دَلَائِلُ
وَالدَّلَائِلُ كَتَسَائِلُ /// رَمَزُ الْجُمْلِ دَالٌ أَمْكَسَمُ
للعقل والنقل كامل /// وَاجِدُ لُ " حَق " أَوْاحِدُ " خَم " ²
و انتهى الى وجوب الوحدة لله عقلا ونقلا قائلا :
أَهْلٌ قَدِيمٌ غَيْرُ اللَّهِ /// جَائِزٌ عَقْلًا وَنَقْلًا ؟؛ مُحَالٌ
كَيْفَ الشَّرِيكَ الْمُبَاهِ /// بَغْضُ أَهْلِ السَّنِّ بِيَهُ كَالِ³.

و نظرا لأهمية التوحيد عن علم ، اعتبر الشيخ رحمه الله الفقه بأمور العقيدة ومسائلها مقدمة ضرورية لطلب الأحكام الشرعية العملية ومعرفة حكم الشرع في مختلف المسائل والنوازل معتبرا في هذا الصدد أن الجاهل بأحكام العقيدة كمن بيع في سوق الجهال (صُوكُ الجهال) حيث قال :

وَلَّ يَدَوْرُ الْفَقْهِ ابْسَيْتَرُ /// مَا فَاتَ اعْرِفَ ذَاكَ مُحَالٌ
تَوْحِيدٌ بَلَا مَنْطِقَ جَعَرَ /// بَيْنَ الْمُقَدَّمِ وَ النَّالِ
جَاهِلٌ لِصُطْلَاحِ اسْكَرْ /// وَ انْبَاعُ افْصُوكُ الْجَهَّالِ⁴.

وإدراكا من الشيخ رحمه الله لوجوب الإمام بعلوم الآلة⁵ قبل استخراج الأحكام الفقهية والنظر في أدلتها ، اعتبر اللغة جوهر ماهية العلم الشرعي حيث قال :

اللُّوْعُ جَفٌّ وَالْكَشْرُ /// وَالنَّحْوُ اكْشُورُ الْحَرْفُ التَّالِ
و الْبَيَانُ احْكِيمًا لَوْسَرُ /// وَالْمَنْطِقُ رَسْغُ الْمَتْبَالِ
الْأُصُولُ اتْسَرْسِيرَتُ خَبَرُ /// فِي هَذِهِ الْخُلْطُ مِنْ تَالِ⁶.

و جماع الفنون التي نبه الشيخ الى ضرورة العناية بها و إنضاج المعرفة بها كما تنضج النار الطعام خمسة جمعها في قوله :

اِكْدِ النَّارَ اَعْلَ احْمَسُ فَنُونُ /// فَتْ أَصُولُ الْفَقْهِ الشَّرِيفِ

¹ ديوان الشعر الحساني (لَعْنٌ) للولي العالم الرباني الشيخ محمد المامي ، نشر زاوية محمد المامي ، انواكشوط 2013 ، ص 65.

² نفسه ، ص 65.

³ نفسه ، ص 67.

⁴ نفسه ، ص 107.

⁵ من أهم تراجم الديوان أو عناوينه الفرعية ما نجده في الصفحة 124 : " أهمية البدء بعلوم الآلة " ، وتحتة :

تلمود في سنتين اطيّب /// تدكليت ماو زين

و لا ما ظاك الين حليب /// شهر الاول فيه اشوين

⁶ نفسه ، ص 107.

المنطق والبيان الدّونّ /// فن النحو أفنّ التصريف¹.

وفي تقديري ، فإن غرة الكلام عن مسائل الفقه الإسلامي التي نظمها هذا الطود المنيف من الرجال هي إدراكه إدراكا عميقا للتطور الذي شهده تاريخ الفقه والتشريع منذ عصر الرسول عليه السلام إلى العصور التي تلت ، حيث أضحي سرحة أو غابة مورقة عظيمة مثمرة ، مشبها تشبيها تمثيلا " النصوص الشرعية وشمولها للمسائل بالبذر وكثرة ما يثمر منه ، حيث قال :

كانت في ازمان الصحاب /// لمسايل ماه شغاب
و اليوم اظحات اصدر غاب /// فرع وامرك (مورق) و امشوك
فرع بالفصول صاب /// لبيظ لورك و الشوك الشك².

و سنعمد فيما يأتي إلى تقديم قطوف دانيات و ثمار ناضجات من أحكام الفقه الإسلامي المبثوثة في ديوان الشيخ المامي ، وذلك وفق الترتيب المقتبس من عناوين و ترجمات أبواب الديوان :

* أحكام النجاسة.

* أحكام الأذان.

* أحكام تتعلق بالصلاة .

* زكاة مال النزاع.

* موجبات لزوم الضمان وحطه.

➤ أحكام تتعلق بالنجاسة :

تنبغي الإشارة ابتداء إلى أمرين :

- أولهما إن الإمام محمد المامي قد سار على نهج أصحاب المصنفات الفقهية في البدء بتناول أحكام الطهارة قبل غيرها من الأحكام الفقهية ، و الناظر المتصفح لكتاب " المنارة " - نظم بداية المجتهد و نهاية المقتصد لابن رشد الحفيد - تأليف الدكتور حمداتي شبيها ماء العينين ، يجد كتاب الطهارة في صدارة أبواب الكتاب الذي احتفظ الناظم بترتيب عناوينه كتباً وأبواباً ، ونظمه في " ستة آلاف و سبعمائة و أربع و ثلاثين بيتاً " ³.

- ثانيهما : لم ينظم الشيخ محمد الإمام كل الأحكام الفقهية المتعلقة بالطهارة وغيرها من الأبواب ، إذ ليس المقصود تأليف كتاب فقهي بالحسانية أو نظم كتاب فقهي بها سيرا على منهجه في نظم مختصر خليل بالفصحي ، لكنه أورد أحكاماً هامة تهم نوازل أو مسائل تعم بها البلوى ⁴ . ففي باب إزالة النجاسة اكتفى بالقول :

في النجاس خلاف اكبير *** علته ضعف المدارك
والسن شهرة الأمير *** والياسر من مذهب مالك .

¹ نفسه ، ص 171.

² نفسه ، ص 184.

³ حمداتي شبيها ماء العينين ، المنارة ، نظم بداية المجتهد و نهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط 2011، ص 8.

⁴ قال المصنف رحمه الله في كتاب البادية موضحاً هذا الأمر : " فأوردت مسائل مما تعم به البلوى ، مستفتياً فيها و مرشداً لا مفتياً ، إلا لمن يرى ما أرشدت إليه ، إن لم يرشدني هو إلى خير منه ، فإن من العلم نوعاً يسمى " الإرشاد " ينحو نحو الباب الجامع " . انظر : كتاب البادية تأليف محمد المامي ابن البخاري ، الطبعة الأولى ، نشر زاوية الشيخ محمد المامي ، انواذيبو ، موريتانيا 2006، ص 54-55.

أضاف الناشر في هامش الصفحة 55 تعليقا على كلام الشيخ عما يسمى هـ " الإرشاد " الذي ينحو منحى الباب الجامع : " وهو الذي يدعى بالرشان ، و يدعى به الرشان عند الفقهاء كرشان أبي محمود ورشان أبي المودة ورشان ابن الحاجب ، ذكر لي عند أهل الآبار الشرقية " .

والخلاف الذي يثيره البيت الأول و يصفه بالكبير نطالع في المنارة تفصيله حيث نص ابن رشد والناظم على " اختلافهم على الماء المتنجس ، و اختلافهم على الماء المتغير واختلافهم على الماء المستعمل " ¹ ، ومن ذلك قول الناظم :

وكل نجس لم يغير وصفا *** للماء فالحلاف فيه يُلْفَى ².

➤ أحكام تتعلق بالأذان :

خصص الشيخ محمد المامي للأذان (طلعة) أي قصيدة من عشر أبيات ، استهلها بتعظيم الله و شكره على ما ميز به الأمة الإسلامية من إعلام بدخول وقت الصلاة بالأذان دون حاجة إلى قرع طبل أو رفع علم ، مشبها وظيفه الأذان بالتجارة الخاصة التي اقتطع لها سوق خاص ، مشيرا إلى ما تعارفت عليه بعض البلدان من تخصيص أجر للمؤذن ، حيث قال :

سبحان الّ واسّ الاذان *** اتجار مكّوع لها صوك
واكرات اعليه البلدان *** الّ حمر والّ معتوك
أبدلّ بعلام الكتان *** أبلفنار أطبل البوك

ثم انتقل إلى بيان بعض أحكام الأذان وشروط المؤذن معللا ما ذهب اليه الفقهاء من أن ترك أهل بلد الأذان يوجب قتالهم ، حيث قالوا " فان تركه أهل بلد قوتلوا عليه " ³ ، وموضحا في الأذان ذاته موقع الأذان من المناصب والوظائف الشرعية موضحا أنه أدنى مرتبة من السلطان ، ولذلك لا يشترط فيه " السلامة من الجرحه ، والسلامة من الجهل ، و سلامة الأعضاء " .

قال الشيخ محمد المامي :

واركب عن قذر السلطان *** أمن السلطان اعلّ الفوك
والسوات أهل البادي *** ف الخطاب بالسني
أطاشت سن كفاي *** بيهم كلت قائد مرشوك
إبدله بالعيني *** أيعط من بيت المال الصوك
واكره ابلكل والري *** والحسب ما خلط في اشدوك
وجر السن فماتي *** للكار ماه للمرزوك ⁴.

قال الشيخ رحمه الله شارحا ما ضمنه هذه الأبيات من أحكام :

"... المناصب الشرعية متفاوتة أعلاها الإمامة العظمى ... ، وأدناها وزارة التنفيذ لأنها لا يشترط فيها الإسلام ، وبينهما مراتب كثيرة لا يضر فيها الفسق ولا الجرحه كما نص خليل في المؤذن.

ومن شعائر الإسلام ما ليس فرضا ولا من المناصب الشرعية كالتنصيب بالنسبة الى الفاعل والمفعول ، وإحياء سنة ... فرض ، و في كل فرض اجر سبعين سنة ، وليس في ترك سبعين سنة إثم فرض واحد ، وأما قولهم في الأذان :

¹ المنارة ، ص 26-27.

² نفسه ، ص 26.

³ ذكر المصنف رحمه الله في كتاب البادية : " أهل مصر يتوالون على ترك الأذان ، فانهم يقاتلون على ذلك ، فان أذن واحد في مصر ، سقط به طلب الأذان عنهم " - كتاب

البادية ، ص 71.

⁴ نفسه ، ص 192.

"فإن تركه أهل بلد قوتلوا"، وكذلك الاختتان وكل سنة، لأن إحياء السنن فرض بخلاف فعلها فهو مصب السنة وإماتتها حرام بخلاف تركها دون الإماتة، فهو مصب الكراهة، والله أعلم¹.
وتجدر الإشارة إلى أن بعض ما أورده الشيخ من أحكام تتعلق بالأذان لا يسلم له ن إذ فيه خلاف نص عليه ابن رشد ونظمه الشيخ الجليل حمداتي ماء العينين بقوله:

والعلماء الأذان فيه اختلفوا *** هل واجب أم سنة إذ وصفوا
إن كان واجبا فهل كفاية *** أم فرض عين أيهم قد ثبتوا
والأجر في الأذان عند السلف *** يمنع في الآثار حكما فاعرف
فابن العاص حكى عن النبي *** من يبتغي اجر الأذان جنّب².

➤ أحكام تتعلق بالصلاة:

من المعلوم أن الشيخ محمد المامي قد خصص بابا من "كتاب البادية" لمسائل متفرقة من فقه الصلاة سماه "باب في مساجد البادية" كما خص أحكام الجمعة في الحضر والبادية بباب آخر سماه "باب في صلاة الجمعة"، أما ديوانه الشعري الحساني فقد أورد فيه مسائل تتعلق بـ "صحة الصلاة على وجه الأرض وبطلانها في باطنها³ حيث قال:

اصلاة التيار أكرار *** و السرداب أحفرت كلوج
ش مصححه في ذاك الغار *** و مبطله فعلا ب اللوج⁴.

قال شارحا ما عنه في هذين البيتين:

"...وهم عللوا بطلان صلاة الداخل في البير لأنه تحت القبلة، وصحة صلاة طالع الجبل ونحوه لأنه مصادف القبلة، لأنها بين السماء والأرض كالعمود، فإذا صححنا صلاة المصلي في الغور العميق فكيف نبطل صلاة المصلي في بير فوقه بكثير على رأس علم. وإذا أبطلنا هذه فكيف تصح الصلاة التي تحتها في الغور، وأيضا يستلزم جميع هذا أن كل بير وسعت من جانبها تصح الصلاة في قعرها، وهو خلاف الإجماع، فلا بد من القيد السابق⁵".

و من المفيد التنويه إلى الخلاف في المواضع التي لا يصلى فيها، فبينما أجاز بعضهم الصلاة في كل الأماكن بشرط عدم النجاسة، حدد بعضهم المواضع التي لا تصح الصلاة فيها في سبعة، أجملها الناظم بقوله:

والبعض سبعة من الأماكن *** منعا على مسافر و قاطن
مزبلة قارعة ومجزرة *** معاطن الابل و ثم المقبرة
و ظهر بيت مثله الحمام *** صلاتنا في كلها آثم⁶.

وعلاوة على المسألة المتقدمة، ألح الشيخ محمد المامي على "بدار المسبوق لإدراك ركوع الركعة الأولى قائلا:

لا أدركت الركعة تسع *** ألا أعكبت الرفع السفل
ما أبطل يكون الركعة *** ألا أرفعت أبرفع تبطل⁷.

¹ نفسه، ص 191.

² المنارة، ص 73 - 74.

³ ديوان الشعر الحساني (لغز)، ص 193.

⁴ نفسه، ص 193.

⁵ نفسه، ص 193.

⁶ المنارة، ص 81.

⁷ ديوان الشعر الحساني، ص 195.

كما أوضح " الفرق بين السجود القبلي و البعدي " بقوله :

اسْجُدْ وَرُكَّعْ فِي الْآخِرَيْنِ *** وَالْقَبْلَ لِلسَّوَرِ سَجْدٌ
وَسَجْدٌ وَجَلْسٌ بَعْدَ اثْنَتَيْنِ *** وَرُكَّعٌ وَاجْلِسْ وَسَجْدٌ بَعْدُ .

➤ زكاة مال النزاع :

أفرد الامام محمد المامي فصلا من كتاب البادية ل: مال النزاع، صدره بقوله : فان قلت : كيف يمكن في المسلمين مال ، يغدو ويروح ، ينظر اليه الفقراء والمساكين ولا تخرج زكاته ؟ ، قلنا المسألة في مال النزاع ، وأضعف النزاع نزاع العبد لسيده ، لأن العبد يملك ملكا مزلزلا ، والمشهور في مال العبد أنه لا زكاة فيه ¹ ، كما ناقش في السياق نفسه مسألة زكاة مال ازنائة قائلا : " ورد سؤال عما عمت به البلوى في بلادنا هذه من تعطيل زكاة مال النزاع بين المدافع و المربي ، فوجدنا الملك غير التام ، يجب تمامه على كل من المتنازعين لثلا يكونا متمالئين على عدم الزكاة على القول بأن " ما لا يتم الواجب إلا به ، فهو واجب ² " .

و مما ينهض دليلا على اهتمام الشيخ البالغ بهذه المسألة التي عمت بها البلوى في زمانه الذي نحت له وصفا دقيقا من جمان المفاهيم الاسلامية (بلاد الفترة) ، مؤثرا اياه عن لفظ أو مصطلح آخر ذي حمولة ثقافية أخلاقية قاذحة " السيب " بالحسانية ³ ، أنه خص زكاة مال النزاع بطلعة مشحونة بالإيحاء :

آنَ شُهُودٍ مَاهُمَا بَعِيدٌ *** نَضُّ أَخْلِيلٍ أُشْرَاحُ
وَلَا مَا جَاوِظَ الْعِيدَ *** أَبْطَاؤُ إِلَى مَرَاخِ
مَلِكٍ أَكْمَلَ مَا فَاتَ صَحْ *** كَالْأَخْلِيلِ أَنَّ مَا أَضْلَحَ
فِي أَمْنَيْنِ السَّفَرِ أَظْهَرَ أَلْبَحْ *** وَاغْشَتِ الْبَابُ أَصْلَاحُ
بَلَّحْتُوهُ أَكْبَلَ مَا أَفْصَحَ *** بِشُهُودٍ عَنْ تَصْحَاحُ
مَنْ مِتَبَعَرَصَ لَشُهُودٍ *** إِلَى مَا دَرَسَ فِي أَجْلُودِ
وَجَدَادُ فَيَدِينُ أَجْنُودُ *** وَالْمَدَارِسُ وَأَفْلَاحُ
غَيْرَ الِّ خِلَاوِ أَجْدُودُ *** يَلْتَاخُ أَفَاشُ النَّاحِ ⁴ .

➤ موجبات لزوم الضمان وحطه :

الضمان النخط ابنوعين *** والتلف واحد في الضدين
الَّ فَيَدُ حَازَ التَّضْمِينَ *** كَيْفَ الضَّامِنُ فِي الْمَهْرِ
الْوَلِّ بِالْغَقْدِ فِي التَّمَكِينِ *** وَلَّ بِالْقَبْضِ فِي الْمَشْرِ
اسْتِحْقَاقِ الْكُلِّ فِي الدِّينِ *** عَيْبٌ مِنْ حَكْمٍ مُتَبَرِّ
بَعْضُ الْمُتَعَدِّدِ وَالْوَاحِدِ *** وَالْوَاحِدُ حَيٌّ وَجَامِدُ
بَعْضُ تَافِهِ وَلَّ كَاعِدُ *** أَمِنْ الثَّلَثِ فِي الْأَكْثَرِ
وَلَّ ثَلَاثَ الْجُحْمِ وَارِدُ *** لَا جَابِتَ شَرِكٍ لِلْضَرِّ

¹ كتاب البادية ، ص 117 .

² كتاب البادية ، ص 109 .

³ نفسه ، ص 98 .

⁴ ديوان الشعر الحساني ، ص 199 .

ولا سلمت من عايد *** شريك الطار بالقدر
و المتعدد مثل طالق *** و الموصوف بحكم صادق
شور واحد مال فارق *** ومعين مقوم غر
بالنص التمسك لاحق *** غير اتخير في الأكثر
والعيب مخالف الاستحقاق *** في الحي الواحد في اللصاق
أفي الربع والثلث شقاق *** وفكثرتهم عند السبر
الثلث اقليلا فلستحقاق *** أياسر في العيب ال مشر
ول قليل الاتفاق *** في تكلال الربع امغر¹

قال الإمام محمد المامي شارحا بعض معاني هذا النظم :
" (في الربع والثلث) أي في التمسك بنوعيه (شقاق) أي خلاف بين الاستحقاق والعيب وبين العلماء في القلة والكثرة.

(وفكثرتهم) فتعييب بعضه كتعييب كله الماضي (عند السبر الثلث اكليل افلستحقاق) أي فلا يخير فيه ، (أياسر في العيب المشر) فيخير بين خياره في اكثر من الثلث في الاستحقاق كما مضى (ول قليل الاتفاق) أي اتفاق الاقوال في عيب الربع واتفاق الحكم في استحقاق الربع و تعييبه (في تكلال الربع مغر)².

و ختاماً ، فإن من الجميل عرفان الجميل لأهله ، وذاك ما رامه الشيخ محمد المامي حين أثنى على مختصر خليل و قواعد الونشريسي بعد أن نظمهما ، معتبرا أن فضلهما على علماء الصحراء و أهلها عميم حري به أن يذكر ولا ينكر ، معتبرا إياهما من الأكابر الذين تلمس منه الأعذار حسب قوله الآتي :

مصر أو فاس اتنكليت *** بجميله فهل الصحر
كدحين عنهم سكمت *** تعرض اجواد أتاب اخر
افواحدارظ ال كصع *** فيه انخله و المرع
واخليل للثان شمع *** شغلات بنجوم النثر
واجب لكم ماه شبع *** سترؤ اعلين يا الكبر³.

¹ ديوان الشعر الحساني ، ص 204 - 205.

² نفسه ، ص 205.

³ نفسه ، ص 215.

الأهلية التعاقدية للأجير الحدث في القانون الاجتماعي المغربي



مقال من إعداد : يونس الحكيم : طالب

باحث، سلك الدكتوراه وحدة قانون الأسرة

المغربي و المقارن بكلية الحقوق بطنجة

تعتبر ظاهرة تشغيل الأحداث آفة اجتماعية جد معقدة مرتبطة بمجموعة من العوامل كالمستوى المعيشي المتدني للأسر وارتفاع نسبة الهدر المدرسي.

فاندماج الاقتصاديات الوطنية في الاقتصاد العالمي، أخذ ينبئ عن تراجع في الحماية الاجتماعية إزاء مناخ عولة الاقتصاد، وهو ما يدعو إلى ترسيخ قيم الإنسانية والضمانات القانونية، باعتبار هذه الأخيرة، تبقى الضامن للعدالة بالنسبة لجميع أفراد المجتمع وخاصة الأحداث منهم في مواجهة تحديات عولة الاقتصاد.

ويقصد بشغل الأحداث كل نشاط منتج يمارسه الأطفال سواء بكيفية دائمة أو مؤقتة، خاصة أن هذا المعنى ينعكس على الإحصائيات والتقديرات التي تحاول إعطاء صورة عامة عن حجم ومدى انتشار هذه الظاهرة في مختلف مناطق العالم.

الأحداث في اللغة هم حديثو السن، ورجل حدث بين الحداثة والحدوث أي شاب، فيقال حدث أي فتي السن، ورجل أحداث السن وحدثاؤها، ويقال هؤلاء قوم حدثان، جمع حدث وهو الفتي السن وكل فتي من الناس والدواب والإبل حدث والأنثى حدثاة¹.

إذن من حيث اللفظ فإن الإنسان الحدث هو إنسان صغير السن.

أما في الاصطلاح القانوني، فيختلف تعريف الأحداث باختلاف القوانين في تحديد السن الأدنى للتشغيل وبتفاوت المرحلة العمرية، التي يعتبر فيها الشخص حدثا في مفهوم تلك القوانين و التي يحظى فيها بحمايتها وتدخلها لتنظيم تشغيله.

¹ - جمال الدين ابن منظور: لسان العرب، المجلد الثاني، دار صادر بيروت (بدون تاريخ الطبع) ص 132.

وإذا كان المشرع المغربي لم يعرف المقصود بالحدث إلا أنه وضع حدا أدنى لا ينبغي النزول عنه وهو خمس عشرة سنة بالنسبة للأعمال غير الخطرة وثمان عشرة سنة بخصوص الأعمال الخطيرة والشاقة.

لهذا يمكن تعريف الحدث في مدونة الشغل بأنه كل شخص ذكر أم أنثى عمره ما بين الخامس عشرة وثمان عشرة سنة.

وفي هذا المجال يبقى القانون ذلك الملجأ الحمائي لهذه الفئة الضعيفة من المجتمع لضمان عدم المساس بها أو الإضرار بحقوقها، لاسيما في ظل سيادة مناخ عالمي يعتبر حقوق الإنسان الهدف المشترك الذي ينبغي تحقيقه، لكونها المحرك الأساسي للجهود التي تبذل على الصعيد الوطني أو الدولي.

علما أنه وحسب النشرة الإخبارية للمندوبية السامية للتخطيط لسنة 2009 فإن 16,6 في المائة من الأطفال يشتغلون موازاة مع تدرسهم، وأن 84,6 في المائة من الأطفال لا يتوفرون على أي مستوى دراسي مقابل 13,4 في المائة لهم مستوى ابتدائي.

وإذا كانت الأحكام العامة للأهلية المدنية للفرد، تخضع إلى كل من مدونة الأسرة¹ وقانون الالتزامات والعقود²، فإن أهلية إبرام عقد الشغل يخضع لقانون الشغل المغربي³، وباعتبار إبرام عقد الشغل تصرف قانوني، فإنه لا بد من توفر الأهلية القانونية لصحته، والتي تختلف ما بين الحدث الذي لم يصل إلى سن التشغيل (I) والحدث الذي بلغ سن التشغيل (II).

I- الحدث الذي لم يصل سن التشغيل :

ينبغي في البداية الإشارة إلى أن المقصود بالأهلية هنا، أهلية الأداء وهي حسب الأستاذ مأمون الكزبري : "صلاحية الشخص لممارسة التصرفات والحقوق والتحمل بالالتزامات على وجه يعتد به قانونيا"⁴. وإذا كان المشرع المغربي في ظهير 2 يوليوز 1947 المتعلق بضابط الخدمة في القطاع الصناعي والتجاري والمهن الحرة الملغى، قد منع استخدام الأطفال، قبل بلوغهم الثاني عشر من عمرهم، حيث كان هذا العمر يتطابق تمام المطابقة مع سن التمييز على المستوى المدني، فإن مدونة الشغل⁵، قد رفعت هذه السن إلى خمس عشرة سنة في المادة 143 التي تنص على أنه « لا يمكن تشغيل الأحداث ولا قبولهم في المقاولات أو لدى المشغلين قبل بلوغهم سن خمس عشرة سنة كاملة»، وبالتالي فالحدث الذي لم يبلغ سن خمس عشرة سنة لم يكن أهلا لإبرام عقد الشغل ويكون مصير العقد في حالة إبرامه البطلان لعدم توفر السن الأدنى العام للقبول في العمل⁶، ذلك أن المشرع بتحديد هذه السن أراد توفير حد أدنى من الحماية للحدث بحيث لا يجوز مخالفتها لتعلقها بقاعدة آمرة ومساسها بالنظام العام، بل ذهب بعض الفقه⁷،

¹-أنظر المواد من 206 إلى 211 من مدونة الأسرة المتعلقة بالأهلية.

²- يقضي الفصل 3 من قانون الالتزامات والعقود المغربي «الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية».

³-وورد بالمادة 15 من مدونة الشغل في فقرتها الأولى من أنه «تتوقف صحة عقد الشغل على الشروط المتعلقة بتراضي الطرفين وبأهليتهما بالتعاقد وبمحل العقد وبسببه كما حددها قانون الالتزامات والعقود».

⁴- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مطابع دار القلم ببيروت 1974 ص 136.

⁵- ظهير شريف رقم 1-03-194 صادر في 14 رجب 1424 الموافق 11 سبتمبر 2003 القانون رقم 99-65، المتعلق بمدونة الشغل، الجريدة الرسمية عدد 5167 بتاريخ 13 شوال 1424 الموافق 8 ديسمبر 2003 ص 3969 وما بعدها.

⁶- حسن كيزة: أصول قانون العمل، عقد العمل، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثالثة 1979 ص 202.

⁷- همام محمد محمود: قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار المعرفة الجامعية الإسكندرية، طبعة 1987 ص 225.

إلى أن تحديد السن على هذا النحو يعد تحديدا لأهلية الأداء، والقول بغير ذلك فيه إهدار السن الأدنى العام والخاص لسن التشغيل الذي وضعه المشرع.

وهكذا فإن إبرام القاصر لعقد الشغل وهو دون سن التشغيل يجعل العقد باطلا ولو وافق عليه الولي، ونفس الحكم بالنسبة لسن التشغيل في بعض المهن الخاصة، لكن ذلك لا يعني حرمان الأجير الحدث من حقوقه المخولة له بسبب عمله كأجير والتعويض عن حوادث الشغل مثلا¹، وذلك نظرا لكون عقد الشغل عقدا زمنيا أو متتابعا بحيث أن البطالان يترتب عليه الأثر الذي يترتب على الفسخ فقط، لأنه يسري على المستقبل ولا يحو الماضي.

II- الحدث الذي بلغ سن التشغيل :

ليكون عقد الشغل المبرم من طرف القاصر صحيحا، يجب توفر شرطين: الأول: بلوغ القاصر سن خمس عشرة سنة والثاني موافقة النائب الشرعي.

فباستكمال الحدث خمس عشرة سنة، يكون قد توفر على الشرط الأول الذي تنص عليه المادة 143 من مدونة الشغل، وإذا كان هذا الشرط لا يثير أي خلاف، فإنه بخصوص موافقة النائب الشرعي، كما يقضي بذلك الفصل 725 من ق.ل.ع الذي ينص على أن «عقد إجارة الخدمة لا يكون صحيحا إلا إذا كان الطرفان المتعاقدان يملكان أهلية الالتزام، ويجب مساعدة المحجور عليه والقاصر ممن له الولاية عليهما».

فإنه قد يثار بعض اللبس بخصوص هذا الشرط وذلك لأن المشرع المغربي في القانون 65.99 المتعلق بمدونة الشغل (ونفس الشيء في مشروع 95)، لم يتعرض مطلقا لذلك الشرط، عكس مشروع 98 الذي نسخ جل أحكام عقد إجارة الخدمة في قانون الالتزامات والعقود ومن ضمنها الفصل 725 السالف الذكر. لهذا وكما ذهب إلى ذلك بعض الفقه²، فبما أن مدونة الشغل لم تعتمد إلى نسخ مقتضيات قانون الالتزامات والعقود المتعلقة بعقد إجارة الخدمة وخاصة الفصل 725، فإن ذلك يعني استمرار نفاذه، وبالتالي استمرار اشتراط موافقة النائب الشرعي بجانب القاصر، عند إبرام عقد الشغل وإلا وقع العقد قابلا للإبطال أو التصحيح من طرف الولي بعد علمه به، وهذا ما يتماشى مع مقتضيات المادة 225 من مدونة الأسرة التي تعتبر هذا العقد قابلا للإبطال، حيث يتوقف نفاذ العقد على إجازة النائب الشرعي، باعتبار عقد الشغل من العقود الدائرة بين النفع والضرر³.

وهذا ما يتماشى مع ما ينص عليه قانون الالتزامات والعقود من أنه إذا تعاقد ناقص الأهلية بغير إذن الأب أو الوصي أو المقدم لم يلزم بتعهداته، وله أن يطالب بإبطالها⁴. وهو ما ينسجم كذلك مع توجه الفقهاء المسلمين الذين يعتبرون تشغيل الحدث ضربا من ضروب التربية، ولذلك عمدوا إلى وضعها في باب الولاية على النفس،

¹ - احمد ماسي: مفهوم النظام العام في قانون الشغل، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، الرباط 1985 ص 168.

² - عبد العزيز العتيقي- محمد الشرقاني-محمد القري اليوسفي: دراسة تحليلية نقدية لمدونة الشغل: المرتقبة (مشروع 1998)، مطبعة دار النشر الجسور، الطبعة الأولى 1999- ص 135.

³ - تنص المادة 225 من مدونة الأسرة: «يتوقف نفاذها (تصرفات الصغير المميز) إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة نائبه الشرعي حسب المصلحة الراجحة للمحجور وفي الحدود المخولة لاختصاص كل نائب شرعي».

⁴ - الفصل 11 من ق.ل.ع. «إذا تعاقد القاصر وناقص الأهلية بغير إذن الأب أو الوصي أو المقدم فإنهما لا يلزمان بالتعهدات التي يبرمها ولهما أن يطلبوا إبطالها وفقا للشروط المقررة بمقتضى هذا الظهير...»

ومن ثم لم يجزوا له حق تأجير نفسه لأن « إجارة النفس ليست من المصالح وضعاً، بل هو كد وتعب وإنما تثبت الولاية فيه، على الصغير لحاجته إلى تعلم الأعمال وذلك يزول بالبلوغ»¹.

إذا ثبت ما سبق، يمكن التساؤل عن إمكانية إبرام عقد الشغل من طرف النائب الشرعي فقط؟

إن عقد الشغل باعتباره يتعلق بشخص القاصر نفسه، فإن نائبه الشرعي لا يمكنه أن يبرم العقد بدون موافقة القاصر الشخصية (...). خلافاً لما يجري حين يتعلق الأمر بالعقود المالية، حيث يجوز للنائب الشرعي أن يبرم العقد بدون موافقة القاصر²، إلا أن هذه القاعدة استثناءان وهما:

الأول : موافقة النائب الشرعي قد تكون ضمنية، كما إذا أبرم القاصر العقد بمفرده، دون اعتراض من طرف نائبه الشرعي.

الثاني : في حالة إبرام العقد بواسطة النائب الشرعي مع الموافقة الضمنية للقاصر التي تتخذ شكل التنفيذ الاختياري³.

وأحد هذه الحلول قد تم الأخذ بها من طرف المشرع المغربي، كما هو الشأن في الفصل 725 من قانون الالتزامات والعقود، لهذا فالقول بأن القاصر يجب أن يكون مساعداً من طرف من له الولاية عليه يعني أمرين:

الأول أن العقد يجب أن يبرم من طرف القاصر نفسه، والثاني أنه يجب أن يساعده في العقد نائبه الشرعي، كأن يأذن له بإبرامه، أو يصادق عليه بعد أن يبرمه القاصر.

وفي هذا الصدد ينبغي التأكيد على أن شرط مشاركة النائب الشرعي للقاصر في إبرام عقد الشغل، من مقتضيات التي تضمنتها اتفاقية منظمة الشغل الدولية وذلك تكريساً للحماية القانونية الواجبة للقاصر عند مرحلة تشغيله.

ومن جهة أخرى ينبغي حماية الحدث من أي استغلال أبوي أو ضغط معنوي قد يتعرض له، بإقرار قيود حماية في هذا المجال، كاشتراط أن يكون الحدث قد انقطع فعلاً عن متابعة الدراسة وانعدمت كل الفرص لاستئنافها من جديد⁴، وهو ما يتماشى مع المادة 54 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه : «للأطفال على أبويهم الحقوق التالية :

5- اتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال، بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية وبصحتهم وقاية وعلاجاً».

¹ - شمس الدين السرخسي: المبسوط : الجزء الرابع، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1414 هـ / 1993م ص 213، أنظر كذلك طلال أحمد الغزاوي، حماية القاصر بين التشريع المغربي والشريعة الإسلامية، رسالة لنيل دبلوم العليا في القانون الخاص جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق الدار البيضاء 1985-1986، ص 101.

² - موسى عبود: دروس في القانون الاجتماعي، المركز الثقافي العربي، الطبعة الثالثة 2004 ص 184.

3- MOUSSA ABBOD : la condition juridique du Mineur au Maroc, Edition la pote Rabat, 1968 p 229

⁴ - المحمودي فريدة: إشكالية ممارسة الحق في الشغل على ضوء قانون الشغل المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق أكدال الرباط 2000-2001 ص 154.

وتتعلق بأهلية الحدث أو القاصر كذلك، مسألة فسخ عقد الشغل من طرف القاصر، حيث أن طبيعة عقد الشغل، كعقد يرد على عمل الأجير والذي لا ينفصل عن شخصيته، تسمح له أن يفسخ هذا العقد، إذا ما تم إبرام العقد من طرف النائب الشرعي فقط، حيث لا يستطيع أحد إجبار الحدث على مواصلة الشغل رغما عن إرادته.

إلا أن الفسخ التعسفي لعقد الشغل من طرف القاصر، يترتب عنه المسؤولية طبقا للفصل 758 من قانون الالتزامات والعقود التي تلزم بتعويض الضرر الحاصل لرب العمل نتيجة لهذا الفسخ، وذلك بنفس الشروط التي تطبق في الفسخ التعسفي من جانب الأجير الراشد، ولا يكون من حق الحدث إلا المطالبة بالفرق بين الأضرار التي تسبب فيها وأجرة المدة التي عمل خلالها إن وجدت²، وهذا ما يتماشى كذلك مع المادة 20 من مدونة الشغل، التي ترتب مسؤولية الأجير الناتجة عن عدم احتياطه أو إهماله أو رعونته³، كما يسأل كذلك طبقا للفصل 738 من قانون الالتزامات والعقود عن عدم تنفيذ التعليمات المعطاة له، بمقتضى الشغل المكلف بإنجازه ما لم يكن هناك مبرر خطير يدعوا لمخالفتها، وهنا يطرح التساؤل هل مسؤولية الحدث التقصيرية طبقا للنصين الآخرين ثابتة؟ ألا يمكن إدخال كذلك المسؤولية العقدية للأبوين أو من في حكمهم، ولو من باب الكفالة استنادا للفصل 725 من قانون الالتزامات والعقود؟

إن الجواب على هذا السؤال هو النفي، فمن جهة ليس هناك مجال لتطبيق المسؤولية التقصيرية، ذلك أننا أمام علاقة تعاقدية بين القاصر ورب العمل زيادة على كون الضرر ناتج عن عدم تنفيذ أحكام العقد أو التعليمات المعطاة بمقتضاه، والتي تدخل في إطار المسؤولية العقدية بين القاصر ورب العمل وهو ما يعني عدم خضوعها لمقتضيات المسؤولية التقصيرية، استنادا للفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود، ومن ناحية أخرى، فإنه لا يمكن القول بالمسؤولية العقدية للنائب الشرعي على أساس الكفالة، نظرا لكون هذا الأخير قام بمساعدة القاصر على إبرام العقد، فالقاصر تعاقد مع رب العمل بمحض إرادته، زيادة على أن الفصل المذكور، لا يضيف صفة الكفيل على النائب الشرعي⁴.

¹ - ينص الفصل 758 ق. ل. ع. « إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزاماته أو إذا فسخها فجأة وفي وقت غير لائق ومن غير مبرر مقبول وجب إلزامه بالتعويضات لصالح المتعاقد الآخر... ».

² - المصطفى شنضيف: عقد الشغل الفردي في ضوء مدونة الشغل الجديدة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2004 ص 45.

³ - تنص المادة 20 من مدونة الشغل « يكون الأجير مسؤولا في إطار شغله عن فعله أو إهماله أو تقصيره أو عدم احتياطه ».

⁴ - صقلي حسني: حقوق الطفل في القانون المغربي، مجلة الملحق القضائي العدد 15 أكتوبر 1985 ص 177.

المواصفات القياسية والجزاءات الجنائية في التصنيع الغذائي



ذ. بشاطة زهية أستاذ مساعد- أ

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة جيجل- الجزائر الشقيقة

• الملخص :

نحاول في هذا المقال إلقاء الضوء على موضوع التصنيع الغذائي، وكيفية توفير الحماية اللازمة للمستهلك من خطر ظاهرة الغش المتفشية في مجال تصنيع المنتجات الغذائية، حيث نركز اهتمامنا في دراسة هذا الموضوع على الناحية القانونية، ومدى إمكانيةها من إرساء قواعد و قوانين تنظيمية وعقابية للحد من جرائم الغش في هذا المجال، بناء على وضع مواصفات ومقاييس قانونية تضبط جودة وسلامة المنتجات الموجهة للمستهلك، حيث تسعى مختلف النظم والتشريعات إلى إعطاء أهمية كبرى للجانب القانوني والتنظيمي الذي يقوم عليه التصنيع الغذائي، حتى يتم التحكم في عجلة الإنتاج الصناعي المتنامي بشكل كبير الذي يجعل القوانين عاجزة عن ضمان سلامة المنتجات المعروضة في سوق الاستهلاك، مما يضطرها إلى البحث عن حلول أخرى للحد من الإنتاج وعقوبات لكل من يحاول مخالفتها.

مقدمة :

لقد صاحب التطور التكنولوجي والصناعي في وقتنا الراهن، وجود أصناف عديدة من السلع المعروضة بأسعار مختلفة وجودة متفاوتة، في وقت حلت فيه المواد الكيماوية والاصطناعية محل المواد الطبيعية المكونة للسلع الغذائية، وظهرت أساليب مبتكرة ومعقدة لغش المستهلك في سبيل تحقيق الربح، إزاء هذا الوضع تعاظمت أهمية الالتزام بإخضاع المصنعات الغذائية إلى الموصفات القياسية القانونية باعتبارها الركيزة الأساسية لممارسة الأعمال الصناعية والإنتاجية والخدمية، و إذا كان التقييس يضمن خلو المنتجات من العيوب والمضار، فإن المشرع قد أورد نصوصا قانونية لجرائم الغش والمعاقبة على مخالفتها أو الإخلال بها، وعليه فإن التساؤل المطروح هو إلى أي مدى يمكن اتخاذ المواصفات القياسية كأساس لوضع جزاءات تحد من ظاهرة الغش في التصنيع الغذائي؟ وهو ما نحاول التطرق إليه في بحثين أساسيين، الأول نتناول فيه الإطار المفاهيمي للمواصفات القياسية، والثاني نتطرق فيه إلى الجزاءات المقررة في مجال جرائم التصنيع الغذائي.

المبحث الأول : الإطار المفاهيمي للمواصفات القياسية :

في ظل التطور الاقتصادي والتكنولوجي الذي يشهده العالم في مجال المبادلات التجارية سواء كان ذلك على المستوى المحلي أو الإقليمي أو العالمي، تشهد الأسواق تدفقا هائلا من السلع الأصلية وغير الأصلية (المقلدة) مما صعب على الجهة المكلفة بالرقابة مراقبتها أو السيطرة عليها وإخضاعها للمواصفة القياسية هذا من جهة، ومن جهة أخرى يصعب على المستهلك التمييز بين المنتجات الأصلية و المزورة المجهولة المصدر والتي قد تعود بأثر سلبي على صحته في حالة تناولها أو استعمالها.

وهو ما ألزم المشرع إلى ضرورة التشديد في وضع اطر ومواصفات قانونية للمنتجات الصناعية يمكن من خلالها ضمان جودة المنتجات، وذلك بإخضاعها لطرق علمية عند تصنيعها وتوفير السلامة والأمن للمستهلك، وهذا ما نتطرق إليه في هذا المبحث الأول بالشرح والتفصيل تحت مطلبين، نحاول في المطلب الأول الإحاطة بمفهوم المواصفة القانونية ثم نتعرض في المطلب الثاني إلى أنواع المواصفات.

المطلب الأول : مفهوم المواصفة القياسية :

يعتبر التقييس النظام والآلية التي تحقق وضع المواصفات والمقاييس القانونية التي تضبط وتحدد جودة المنتج حتى ينال رضا المستهلك في إشباع رغباته وضمان أمنه وصحته، وذلك عن طريق وضع المواصفات المطلوبة في المنتج باعتبارها حلقة وصل بين عملية التقييس ومراقبة الجودة.

الفرع الأول : مفهوم عملية التقييس :

تعتبر كلمة التقييس لغة جديدة في القاموس العربي، لأنها مشتقة من الكلمة الانجليزية "Standardization"، كما تستخدم أحيانا كلمة المواصفات والمقاييس، أو التوحيد القياسي غير أن المصطلح الشائع تداوله في الدول العربية هو التقييس⁽¹⁾، والذي يعني " نشاط يعطي حلولاً ذات تطبيق متكرر " لمشاكل تقع في الغالب في مجالات العلم والتكنولوجيا والاقتصاد، ويهدف إلى تحقيق أكبر درجة من النظام في محيط معين، يتعلق النشاط عادة بعملية إعداد المواصفات وإصدارها وتطبيقها"⁽²⁾. أما في التشريع الجزائري فقد ورد تعريفه في نص المادة رقم 2 من القانون 04/04 المتعلق بالتقييس على أنه " النشاط الخاص المتعلق بوضع أحكام ذات استعمال موحد ومتكرر في مواجهة مشاكل حقيقية أو محتملة يكون الغرض منها تحقيق الدرجة المثلى من التنظيم في إطار معين ويقدم وثائق مرجعية تحتوي على حلول لمشاكل تقنية وتجارية تخص المنتجات والسلع والخدمات التي تطرح بصفة متكررة في العلاقات بين الشركاء الاقتصاديين والعلميين والتقنيين والاجتماعيين"⁽³⁾. وبذلك فإن التقييس كنشاط ضروري لضمان جودة المنتجات بصفة عامة وحماية سلامة المستهلك بصفة خاصة، مما يجعل منه ضرورة أخرى لتغطية جميع مجالات النشاط الاقتصادي والاجتماعي للمستهلك، وهذا بهدف:

- تحسين جودة السلع والخدمات ونقل التكنولوجيا؛
- التحقيق من العوائق الفنية للتجارة وعدم التمييز؛
- اشتراك الأطراف المعنية في التقييس واحترام مبدأ الشفافية؛
- تجنب التداخل والازدواجية في أعمال التقييس ؛

- التشجيع على الاعتراف المتبادل باللوائح الفنية والموصفات وإجراءات التقييم ذات الأثر المطابق؛
- اقتصاد الموارد وحماية البيئة؛
- تحقيق الأهداف المشروعة؛⁽⁴⁾

الفرع الثاني : تعريف المواصفة القياسية :

تعرف المواصفة القياسية وفقا لدليل الإيزو واللجنة الكهروتقنية الدولية " ISO/IEC " رقم 02 لعام 1996⁽⁵⁾ على أنها وثيقة أعدت على أساس من الاتفاق، تم إعدادها بواسطة منظمة معترف بها لتقدم (للاستخدام المتكرر) قواعد وإرشادات أو خواص متعلقة بأنشطة أو بنتائجها بهدف تحقيق الدرجة المثلى للنظام في إطار معين، كما تعني الخصائص والمميزات الخاصة بالمنتج لتأدية غرض محدد. وقد عرفت هيئة الإيزو المواصفة بأنها " وثيقة معتمدة من سلطة معترف بها بإتباع نظم وأساليب التوحيد القياسي في مجال ما لشمل مجموعة الاشتراطات التي ينبغي توافرها⁽⁶⁾ .

أما المشرع الجزائري فقد عرف المواصفة من خلال القانون 04/04 المتعلق بالتقييس على أنها " وثيقة غير إلزامية توافق عليها هيئة تقييس معترف بها تقدم من اجل الاستخدام العام المتكرر، القواعد والإرشادات أو الخصائص المتضمنة الشروط في مجال التغليف والسمات المميزة أو اللاصقات للمنتج أو عملية أو طريقة إنتاج معينة⁽⁷⁾ .

والواضح من خلال هذه التعاريف الواردة أن المواصفة القياسية قد تشمل مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والفنية، ويشترط أن تكون صياغة هذه المواصفات من طرف لجان فنية بالتنسيق مع هيئات متخصصة، نذكر على سبيل المثال على المستوى المحلي الهيئة الوطنية للتقييس والمسماة بالمعهد الجزائري للتقييس⁽⁸⁾، وعلى المستوى الإقليمي المعهد الأوروبي للتقييس في مجال الاتصال " ETSI " المتواجد مقرها في فرنسا أما على المستوى الدولي يكفي أن نذكر المنظمة الدولية للتقييس " ISO 9000 " ومقرها في جنيف، وهذا من اجل وضع الوثائق التي تشمل القواعد التنظيمية والأطر القانونية الصحيحة والمتصفة بالدورية، حيث يتم تحيينها كلما دعت الضرورة أو الحاجة لذلك لضمان مساهمتها للواقع والتطورات الحاصلة في المجتمع ومختلف مجالات الحياة، وفي النهاية تأخذ هذه الوثائق صفة المرجعية حتى يتم الاستناد إلى نصوصها القانونية.

نلاحظ مما تقدم في هذا المطلب أن أهم شيء يجب التركيز عليه في المواصفة القياسية لتصنيع المنتجات هو الحفاظ على الحد الأقصى لشروط وخصائص الجودة الواجب توفرها في المنتج من اجل ضمان صلاحية الاستهلاك أو الاستعمال دون تشكيل أي خطر على صحة و سلامة المستهلك⁽⁹⁾ .

الفرع الثالث : مفهوم الجودة :

تعتبر الجودة من أهم العناصر التي تدفع المستهلك لاقتناء السلعة أو الخدمة، وهي بذلك تدخل في تركيب السلع والمنتجات بصورة معنوية غير مباشرة ، يستشفها المستهلك من خلال نوعية السلعة أو الخدمة المقدمة، ومدى سمعة الشركة المصنعة لها (منتجات شركة سوني) مثلاً باعتبارها ذات جودة عالية _ ماركة مسجلة _ تحمل مواصفة قياسية لها سمعة عالمية، الشيء الذي جعلها تكسب ثقة المستهلك، لتوفرها على الشروط والمواصفات القياسية القانونية ، ونفس الشيء بالنسبة لمأكولات (ماكدونال) الواسعة الاستهلاك ، وقد جاء في مؤتمر " الرقابة على الجودة

وحماية المستهلك"، على أنها " اتحاد مجموعة الصفات المميزة لمنتج ما بحيث تؤثر على المستهلك ويقبل على شراء تلك السلعة أو الخدمة و بتعبير أدق هي مدى ملائمة المنتج للغرض الذي صنع من اجله ⁽¹⁰⁾ ". أي محاولة إعطاء أولوية وأهمية للمنتجات بمختلف أنواعها لأن ذلك يرجع بالفائدة على المستهلك والمنتج.

المطلب الثاني : أنواع المواصفات :

تعتبر المواصفات القانونية النشاط الذي تنطلق منه كل الأنشطة المتصلة بالتقييس، فبدونها لا يمكن الوصول إلى إجراءات المطابقة وتأكيد الجودة ويوجد نوعان من المواصفات تختلف بحسب طبيعة إصدارها ، فهناك المواصفات التي تشهد عليها الهيئات العامة ، والتي يطلق عليها المواصفات الجزائرية ، وهناك المواصفات التي تضعها المؤسسات ، والتي يطلق عليها مواصفات المؤسسة.

الفرع الأول: المواصفات الجزائرية (الوطنية) : حسب ما نصت عليه المادة 13 من القانون 04/04 المتعلق بالتقييس، فإن هذه المواصفات تصدر عن الهيئة الوطنية للتقييس كل ستة أشهر، حيث تبين برنامج عملها المتعلق بالمواصفات الوطنية الجاري إعدادها ، أو المواصفات المصادق عليها في الفترة السابقة ، بناءً على الاحتياجات الوطنية المعبر عنها.

وتتضمن هذه المواصفات وحدات القياس، وشكل المنتجات وتركيبها وأبعادها وخاصيتها الطبيعية والكيميائية ونوعها، المصطلح والتمثيل الرمزي وطرق الحساب والاختبار والمعايرة، والقياس والأمن والصحة وحماية الحياة ووسم المنتجات وطريقة استعمالها و التي تقوم على أساسها اللجان التقنية الوطنية بعملية الفحص الدوري للمواصفات الوطنية.

الفرع الأول : مواصفات المؤسسة : هي تلك المواصفات التي تم إعدادها بمبادرة من الهيئة المعنية وهي تتناول جميع المواضيع التي هي ليست محل مواصفات جزائرية (وطنية) بشرط أن لا تكون مواصفات المؤسسة مناقضة للمواصفات الوطنية (الجزائرية).

ويجب وضع نسخة من مقاييس المؤسسات لدى الهيئة المكلفة بالتقييس لأن هذه الهيئات مكلفة بإجراء تحقيقات لدى كل متعامل عمومي وتعني مقاييس لمؤسسات بوجه عام حسب المادة 17 من قرار 03 نوفمبر 1990 المنتجات وأساليب الصنع والتجهيزات المصنوعة أو المستعملة داخل المؤسسة نفسها ، ويتم إعداد المقاييس ونشرها بمبادرة من مديرية المؤسسة المعنية مع إلزامية تقديم نسخة من مقاييس المؤسسة لدى الهيئة المكلفة بالتقييس والتي تسهر على مدى مطابقتها للمقاييس الجزائرية القائمة ويتولى ترتيبها ⁽¹¹⁾ وهو ما يسمح لأي شخص بالاطلاع على مقاييس المؤسسة.

المبحث الثاني : الحماية الجزائية للمستهلك من جرائم التصنيع الغذائي :

تندرج الحماية الجنائية للمستهلك، ضمن حماية المنتج الصناعي من الغش، عن طريق وضع مواصفات قياسية يراعى احترامها أثناء عملية التصنيع الغذائي ومعاينة كل من يحاول الإخلال بها، باعتبار ذلك جريمة جنائية يتوافر فيها الركن المادي والمعنوي، وهو ما دفع بالمشرع إلى وضع جزاءات عقابية للجرائم المرتكبة في مجال الغش، حيث أورد المشرع الجزائري على أنه " تعرف المادة الغذائية، و التي تتمثل في كل مادة معالجة أو معالجة جزئياً أو خام، موجهة لتغذية الإنسان أو الحيوان، بما في ذلك المشروبات وعلك المضغ، وكل المواد المستعملة في تصنيع الأغذية و تحضيرها

ومعالجتها،الخ، فكل غش في هذه المادة يعتبر فعلا معاقب عنه قانونا و الذي نركز عنه في المطلب الأول أركان جريمة التصنيع الغذائي، ثم نتطرق إلى الجزاءات العقابية المطلب الثاني.

المطلب الأول : أركان جريمة التصنيع الغذائي :

تقوم الجرائم الجزائية في التصنيع الغذائي على ركنين أساسيين، هما الركن المادي و يتمثل في إضافة أو تغيير سواء بالزيادة أو النقصان في المكونات التي تدخل في تركيب المنتج المراد تصنيعه، مشتملا بذلك على كل الأفعال المتعلقة بالسلع المصنعة و المعروضة للتعاقد، أما الركن المعنوي فهو يعني علم الجاني بأن الفعل المراد القيام به، فعل منافي ومخالف للقانون بالإضافة إلى اتجاه الإرادة إلى القيام بذلك الفعل، وهو ما أوردته واتفقت عليه مختلف التشريعات.

الفرع الأول : الركن المادي :

يشمل هذا الركن كل الأفعال المتعلقة بالسلعة المعروضة للتعاقد والتي يتم تصنيعها بإدخال مواد مغايرة للتكوين الطبيعي للمنتج أو بإضافة مادة مختلفة ولو من نفس طبيعة المنتج لكن اقل جودة، لذلك عمد المشرع الجزائري إلى تجريم كل من يقبل على ارتكاب هذا الفعل باعتباره يخل بمطابقة المادة الغذائية للمواصفات القياسية القانونية التي يجب احترامها ومراعاة توفرها في المنتج المصنع.

أولا : ما ورد في نص المادة 429 من قانون العقوبات :

حيث حدد المشرع الجزائري في نص هذه المادة العناصر التي تقع عليها الجريمة وهي الطبيعة والصفات الجوهرية أو التركيب ونسبة المقومات اللازمة لكل هذه السلع⁽¹²⁾.

إذ يتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع ركز على كل فعل يحاول أو يهدف إلى إدخال مواد مغايرة للتكوين الطبيعي للمنتج، أو إضافة مواد أخرى مخالفة أو مشبوهة كأن تكون اقل جودة ولو أنها من نفس طبيعة المنتج⁽¹³⁾، فإن إظهارها كمنتجات أصلية حقيقية تعد خداعا وهي بذلك جريمة يعاقب عليها القانون.

وما شدد عليه المشرع في هذه المادة أن كل من يخدع أو يحاول الخداع سواء في طبيعة المنتج أو الصفات الجوهرية أو التركيب ونسبة المقومات اللازمة لكل هذه السلع تعتبر جريمة خداع، فمثلا بالنسبة لطبيعة المنتج فهو يقصد بذلك أن يتم نزع أو تغيير كل أو جزء من العناصر الحقيقية المكونة للمادة الطبيعية، مما يؤدي إلى التقليل من قيمة المنتج أو صفاته الجوهرية، وذلك بهدف الكسب من وراء العنصر الذي تم إنقاصه من مكونات المنتج كمادة أولية، بسبب غلائه و استبداله بمواد أخرى رخيصة الثمن.

ثانيا : ما ورد في نص المادة 431 من قانون العقوبات :

لقد أحال المشرع الجزائري نص المادة 70⁽¹⁴⁾ من قانون حماية المستهلك، تسليط العقوبات الجزائية على الجرائم المرتكبة في مجال التصنيع الغذائي وفقا للنصوص الواردة في المادة 431 من قانون العقوبات على أنه "كل من يزور منتج موجه للاستهلاك أو للاستعمال البشري أو الحيواني"، و تؤكد الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه " يعاقب

كل من يغش مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوانات أو مواد طبية أو مشروبات أو منتجات فلاحية أو طبيعية مخصصة للاستهلاك.⁽¹⁵⁾

ومن خلال مضمون هذه المادة نلاحظ أن الأغذية التي أشار إليها المشرع والتي تدخل في عملية الغش هي تلك المخصصة لتغذية الإنسان أو الحيوان سواء كانت مصنعة أو غير مصنعة، وهو بذلك لم يستثن الأغذية غير المصنعة حرصاً منه على عدم تحويلها إلى مشتقات أو إدماجها في منتجات مصنعة أخرى، وباتساع دائرة استهلاك المواد والأغذية المصنعة في وقتنا الحالي، مثل اللحوم، الألبان ومشتقاتها، إضافة إلى المنتجات الطبيعية التي يتم إنتاجها بطرق اصطناعية كمزارع تربية الدواجن المحاصيل الزراعية التي يتم تحويلها إلى مواد غذائية اصطناعية، كصناعة العصير والمشروبات.

على هذا الأساس فإن علة تجريم الأغذية المصنعة أو التي يتم تحويلها من صورتها الطبيعية بطرق وأساليب صناعية أو إنتاجها في ظروف مكيفة، ينحصر أساساً في الوقاية والحفاظ على صحة وسلامة المستهلك، وهو ما يحتم إخضاعها لموصفات ومقاييس قانونية محددة يجب احترامها عبر مراحل التصنيع حتى تصل إلى المستهلك.

وعلى سبيل التدقيق فيما ذهب إليه المشرع الجزائري نقول انه استطاع سد الثغرات والسبل التي قد تؤدي إلى الغش والتزوير في تصنيع المنتجات الغذائية، حيث جرم كل من يزور أو يغش حتى في تصنيع أغذية الحيوانات باعتبارها هذه الأخيرة منتجة لمواد أخرى يستهلكها الإنسان، مما سيؤدي إلى إلحاق الضرر بالمستهلك والذي قد تسبب له بعض الأمراض أو التسمم القاتل.

ونقول في الأخير أن الجريمة المرتكبة في هذا المجال المتعلق بتصنيع الأغذية، سواء كانت غشاً أو تزويراً لا تتحقق إلا بثبوت نشاط مادي عملي الغرض منه إعداد منتج للبيع، و قد يقع فعل الغش أو التزوير بصفة تامة، كما قد تتوقف عملية الغش أو التزوير في مرحلة الشروع، وفي كلتا الحالتين تترتب عليها العقوبة المحددة قانوناً، وعلى هذا ارتأينا أن نأخذ كمثال طريقة الغش بالإضافة .

• **الغش بالإضافة :** وهي إحدى الطرق المتبعة في غش المصنعات الغذائية، حيث يتم إضافة مادة مختلفة إلى المنتج المراد تصنيعه، مما يؤثر سلباً على نوعية المنتج ويضعف من قيمته الغذائية أو يحدث تغييراً في طبيعته يجعله يفقد بعض خواصه، مما قد يسبب ضرراً للمستهلك.

وتعتبر مواد تغيير الطعم والمواد الملونة هي الأكثر انتشاراً في أوساط المصنعات الغذائية، لما لها من قدرة وأهمية بالنسبة لممارسي الغش في تغيير صورة المادة الحقيقية وإخفاء عيوبها أو ذوقها من السيئ إلى الأفضل، وهو ما شدد عليه المشرع الجزائري في نص المادة 69،⁽¹⁶⁾ وبالتحديد في العمليات التي تهدف إلى التغيير عن طريق الغش في مكونات المنتج.

وعليه فإن إخفاء عيب في المنتج أو احد عناصره يعد غشاً بصريح نص المادة السابقة، ومع ذلك فليست كل إضافة أية من العناصر إلى مكونات المنتج يعتبر غشاً، فقد يستثنى من ذلك المواد أو المقادير التي ويصنفها القانون ويسمح باستعمالها.

• **الغش بالإنقاص** : تعد عملية إنقاص أو انتزاع عنصر من العناصر الأساسية المكونة للمنتوج المصنع، طريقة صعبة الاكتشاف نوعاً ما، حيث من الصعب وضع ضوابط و معايير تكشف عن محتويات تكوين المنتج أو أن يكون هذا الأخير منقوصاً من أحد مكوناته أو تم استبداله بمكون آخر اقل قيمة، ما يؤدي إلى إحجام المشتري عن اقتناء مثل هذه المنتجات في حالة علمه لذلك⁽¹⁷⁾، خوفاً من أن هذا النقص أو التغيير في مكوناتها قد يسبب فساد السلع وتلفها قبل استفاء مدة صلاحيتها، كما قد ينقص ذلك من قيمتها الغذائية أو تلحق ضرراً به.

يبدو أن هذه الحالة تحتاج إلى وضع رقابة من طرف أعوان الأمن الغذائي أثناء عملية التصنيع.

• **الغش بالخلط** : وهي إحدى الطرق الأخرى المتبعة في تصنيع المنتجات الغذائية، عن طريق مزج بعض المواد الأخرى عديمة الفائدة أو الأقل قيمة، من أجل زيادة الكمية أو التخفيض من تكاليف المواد الحقيقية المكونة للمنتوج ، كما قد تضيف بعض المواد المضافة ذوقاً خاصاً يجعلها أكثر استهلاكاً وإدماناً، مثل الحلويات الموجهة للأطفال، المثلجات التي تضاف إليها بعض النكهات ، التوابل تضاف إليها بعض الأتربة والمساحيق المجهولة المصدر وقد تكون من نفس النوع لكنها منتهية الصلاحية.

الفرع الثاني : الركن المعنوي :

هذا الركن لا يقل أهمية عن الركن المادي، حيث يركز الاهتمام على توافر القصد الجنائي العام، والذي يقوم على علم الجاني واتجاه الإرادة إلى القيام بالفعل.

أولاً : توافر العلم :

أ. وفقاً لما ورد في نص المادة 429 من قانون العقوبات : الدارس لحتوى نص هذه المادة يجد أنها أولت اهتماماً كبيراً لتوفر القصد الجنائي الذي يشير إلى العلم المسبق للجاني ودرايته بأن الفعل المراد القيام به هو فعل منافي للقانون، وبذلك أورد المشرع في نص المادة عبارة "...على أن كل من يخدع أو يحاول أن يخدع..." وهو تأكيد يثبت أن كل من يقوم بهذا الفعل له علم سابق بأن الفعل المقبل على القيام به يعاقب عليه القانون، ويمكنه تركه أو التراجع عن فعله ، ومع ذلك فهو يقوم بذلك بمحض إرادته، وهو ما يبين أن المشرع لم يترك مجالاً للشك، حيث ربط بين علم الجاني واتجاه الإرادة كشرطين متلازمين لتحقيق القصد الجنائي العام والخاص الذي يقوم عليه هذا الركن.

ب. وفقاً لما ورد في نص المادة 431 من قانون العقوبات : فإن الغش في المنتجات الموجه للاستهلاك سواء كانت طبيعية أو مصنعة، يعتبر من الجرائم العمدية والتي تقوم بناءً على قصد جنائي عام في نظر القانون، لأن الشرط الجنائي فيها يتصور أن يقع عن طريق الخطأ العمدي ، أي أن يكون هناك تعمد من شأنه تغيير طبيعة المنتج، ثم لجوء الجاني في حالة إدانته بجريمة الغش إلى التصريح بأنه خطأ وقع منه دون قصد، مما يجعل من الخطأ غير مؤسس.

لذلك لجأ المشرع في نص المادة 431⁽¹⁸⁾، إلى ذكر كل المواد التي يمكن أن يقع فيها الغش وذلك على سبيل الحصر لا التحديد، كما حدد العقوبة المسلطة على الجاني والتي أوردها في الفقرة الأولى قبل أن يتعرض إلى ذكر المنتجات التي قد يقع فيها الغش، وهي إشارة منه إلى أن كل الأفعال التي تنحصر في هذا المجال تتصف بالعمد و محددة بعقوبة قطعية مسبقاً تتمثل في الحبس لمدة تتراوح ما بين سنتين وخمسة سنوات، وترك فيها التقدير للقاضي

حسب جسامه وخطورة الجريمة المرتكبة والأضرار الناجمة عنها، حيث نص المادة كما يلي: "كل من يغش مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوانات أو مواد طبية أو مشروبات أو منتجات فلاحية أو طبيعية مخصصة للاستهلاك".

ثانيا : اتجاه الإرادة إلى القيام بالفعل :

يقصد بهذا الشرط المتمثل في اتجاه إرادة الجاني للقيام بالفعل، بنيته في ارتكاب الجريمة عن قصد وتعمد وعلم مسبق، وأن ما ينوي القيام به هو جريمة يعاقب عليها القانون، وهو ما يصطلح عليه بالقصد الجنائي الخاص الذي يشترط توافره إلى جانب القصد الجنائي العام المتمثل في العلم كشرطين متلازمين، وقد اشرنا إلى ذلك آنفاً.

فالمنتج أو المصنع في مجال الغذائي الذي عمد إلى خلط أو إضافة مواد أخرى لا تدخل في تركيبة المنتج المراد تصنيعه، أو تبديل بعض مكوناته كلياً بمواد أخرى لا تحتوي على نفس القيمة الغذائية التي تحددها المواصفات القياسية لذلك، أو إنقاص أو زيادة في كمية المكونات، يعتبر مرتكباً لجريمة لتوفر شرط النية والقصد بناء على ما قام به من أفعال، لأنه لا يستطيع إنكارها أو الاعتذار بجهله لها، ولا تتم براءته إلا في حالة ثبوت حسن النية لديه.

غير أن المتأمل في نص المادة القانونية يجد أن ثبوت حسن النية لا يتحقق إلا بانتفاء شرط العلم، سواء كانت المكونات أو الكميات التي تمت إضافتها أو خلطها أو إنقاصها أو ما إلى ذلك تمت من طرف آخر لا علم له به أو جهله لها أو توافر أي سبب آخر يكون كافياً في نظر القانون لانتهاء شرط العلم وبذلك ثبوت حسن النية، وبذلك انتفاء القصد الخاص.

و في هذا الصدد نذكر مثلاً عن قضية غش الجبن والتي قضت فيها محكمة النقض المصرية ، أورده هذه القضية المحامي وجدي شفيق⁽¹⁹⁾ في كتابه_ قضايا الغش والتدليس مع الدفوع والمذكرات_ ، حيث يوضح إدانة المتهم ومعاقبته وفقاً لنص المادة التي نصت على "معاقبة كل من خدع أو شرع في أن يخدع المتعاقد معه بأي طريقة من الطرق في أحد الأمور التي عدتها ومنها حقيقة البضاعة أو طبيعتها أو صفاتها الجوهرية، أو ما تحتويه من عناصر نافعة وعلى العموم العناصر الداخلة في تركيبها، ومؤدى هذا النص أن يكون المتعاقد عالماً بالنقص أو بالغش الذي أدخله أو يحاول إدخاله على المتعاقد الآخر علماً حقيقياً واقعياً يبرر وصف المشرع لفعله بأنه خدع أو شرع في أن يخدع فإذا كان دفاع المتهم يقوم على أنه عهد لآخر بصنع الجبن في معاملته الخاصة بعيداً عنه ودون إشراف منه عليها وأن يورد الجبن نيابة عنه للمتعاقد الآخر معه، وكان ما قاله الحكم للتدليل على ثبوت حكم الطاعن بالغش الموجود في الجبن قد بني على الافتراض والتخمين ولم يدعم بوقائع معينة تؤدي إلى إثبات العلم الواقعي، فإن الحكم يكون قاصراً واجبا نقضه .

و نخلص في الأخير إلى القول أن جريمة الغش أو الخداع في تصنيع المنتجات الغذائية لا تقوم إلا بتوافر أركان الجريمة وهما الركن المادي والمعنوي، كما هو موضح بنص المادة القانونية، كما راعت في ذلك أن هذين الركنين لا تتحقق صحتهما إلا بناء على أسس وشروط محددة تضمنها نص المادة، ففي الركن المادي عمد المشرع إلى اعتبار كل التغيرات سواء بالنقص أو الزيادة أو التبديل أو الخلط في المكونات الحقيقية للمنتج المصنع أو الطبيعي، وبذلك فهو إخلال بالمواصفات القياسية والقانونية المحددة، أو المتفق عليها والتي يجب مراعاتها أثناء عملية التصنيع أو الإنتاج، أما الركن المعنوي فقد أورده المشرع لاستيفاء أركان قيام الجريمة وثبوتها ومعرفة مرتكبها، دون أن يغفل أو يتساهل في وضع شروط يقينية يجب توفرها وهي العلم المسبق بأن ما يراد القيام به جريمة يعاقب عليها القانون،

بالإضافة إلى الإرادة في القيام بالفعل، وهما شرطان ينفي كل منهما الآخر، أو يمنع حدوثه في غيابه، حيث لا يتحقق الركن المعنوي إلا بتوافرها معاً. وبهذا يكون المشرع قد استطاع فرض حماية المنتج من الغش بقوة القانون في الشق الأول من الركن المادي، حيث إن المساس بالمنتجات المصنعة أو الطبيعية بصفة عامة يعتبر غشاً، كما أورد في الشق الثاني وهو الركن المعنوي، عن طريق وضع شرطي النية والإرادة لقيام هذا الركن، وحتى لا يتم إسناد الجريمة لشخص المتهم دون أدلة تثبت ذلك.

المطلب الثاني : الجزاءات العقابية :

تعتبر الجزاءات العقابية مجموعة من العقوبات المحددة للجرائم الجنائية المرتكبة في مجال الغش، و التي ضمنها المشرع تدابير و إجراءات قانونية متخذة في شكل مواد ونصوص قانونية في حال الإخلال بها من طرف المصنع أو المنتج بذلك.

الفرع الأول : العقوبات المقررة لجرائم التصنيع الغذائي :

إن العقوبات المقررة لجرائم الغش السابقة الذكر، لم يكتف المشرع الجزائري بالمدة المحددة لها حيث شدد في هذا العقاب تشديداً كبيراً بتوافر ظروف معينة وفقاً لما نصت عنه المادة 432⁽²⁰⁾ على انه في حال إلحاق المادّة الغذائيّة أو الطيبة المغشوشة أو الفاسدة بالشخص الذي تناولها أو الذي قدمت له مرضاً أو عجزاً عن العمل ، فإن العقوبة المقررة هي الحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 20000 إلى 200000 دج.

إذاً فالمشرع الجزائري تشدد في جرائم الغش والفساد في أغذية الإنسان أو المستلزمات الطبية إذا أدت إلى وقوع ضرر بصحة الإنسان.

ولم يكتف المشرع بهذه العقوبة وإنما تشدد في حالة تعرض الغير لخطر حال بالموت أو بجراح من تلك التي ينشأ عنها قطع عضو أو حدوث عاهة مستديمة ، إلى تغليظ العقوبة لجعلها السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة ، و الأمر من ذلك هو حالة تسببت هذه المواد المغشوشة في موت شخص أو أشخاص فإن العقوبة المقررة هي الإعدام.

و الواضح من خلال ما ورد في نص المادة أن المشرع الجزائري جعل من جسامة النتائج المترتبة عن جريمة الغش ظرفاً مشدداً للعقاب.

الفرع الثاني : التدابير التحفظية والاحتياط :

إن سعي المشرع الجزائري إلى حماية المستهلك دفعت به إلى إعطاء سلطات واسعة لأجهزة الرقابة ، للقيام في أي وقت وأية مرحلة من مراحل عرض المنتج للاستهلاك بعملية التحري ومراقبة المطابقة للمقاييس القانونية، إلى حد يسمح لهم بالقيام بكافة التدابير التحفظية والوقائية الرامية إلى حماية صحة وسلامة المستهلك، والتي نذكر منها ما يلي :

أولاً : الحجز :

حوّل القانون لأعوان الرقابة الحق في حجز المنتجات في حالة عدم إمكانية ضبط مطابقتها، وذلك عن طريق تغيير اتجاهها أو إعادة توجيهها وإما إتلافها.

- **تغيير الاتجاه :** يقصد بتغيير الاتجاه إن هذا المنتج المحجوز يعتبر صالح للاستهلاك أن الشيء الذي دفع بأعوان المراقبة إلى حجزه كونه غير مطابق للمواصفات والمقاييس ، ففي هذه الحالة يتم مباشرة تغيير اتجاهه وذلك عن طريق إرساله إلى هيئة ذات منفعة عامة لاستعماله في غرض مباشر وشرعي⁽²¹⁾.
- **إعادة التوجيه :** وفقاً لنص المادة 58 من القانون 03/09 فإن المنتج المحجوز إذا كان قابلاً للاستهلاك ، فيمكن لأعوان الرقابة القيام مباشرة بإعادة توجيهه أي انه يتم إرساله إلى هيئة لاستعماله في غرض شرعي بعد القيام بعملية تحويله.
- **إتلافه :** تتم عملية إتلاف المنتج في حالة عدم إيجاد استعمال قانوني أو اقتصادي ملائم له ، ويتمثل الإتلاف في القيام بتغيير طبيعة المنتج، كتغييره من الاستهلاك البشري إلى الاستهلاك الحيواني⁽²²⁾.

ثانياً : السحب :

يقصد بسحب المنتج ، قيام أعوان الرقابة بمنع صاحب المنتج من عرض منتوجه أو التصرف فيه في حالة اشتباههم في عدم مطابقتها، وذلك في إطار التدابير التحفظية و الوقائية الرامية إلى حماية صحة المستهلك وأمنه، وتتمثل سلطة أعوان الرقابة إما في السحب المؤقت للمنتج أو السحب النهائي.

- **السحب المؤقت :** إن القيام بعملية السحب المؤقت من قبل أعوان الرقابة تتطلب انتظار نتائج التحريات المعمقة ، لاسيما نتائج التحليل والاختبارات أو التجارب، وفي حالة عدم القيام بإجراءات السحب المؤقت، ويتم تسديد كافة المصاريف الناتجة عن عمليات الرقابة والتحليل أو الاختبارات أو التجارب من طرف المتدخل المقصر، إما في حالة عدم إثبات المطابقة عن طريق التحاليل، فانه يتم تعويض قيمة العينة للمتدخل المعني على أساس ما تم تسجيله في محضر الاقتطاع.
- **السحب النهائي :** بالإضافة إلى قيام أعوان الرقابة بالسحب المؤقت ، فإن القانون أتاح لهم كذلك السحب النهائي للمنتج ، ودون اخذ رخصة مسبقة من السلطة القضائية المختصة، وذلك في حالات تعتبر طارئة نتيجة خطورة المنتج وهي كالتالي⁽²³⁾ :

- المنتجات ثبت عدم صلاحيتها للاستهلاك
- المنتجات ثبت أنها مزورة أو مغشوشة أو سامة أو انتهت مدة صلاحيتها
- حيازة المنتجات دون سبب شرعي ، والتي يمكن استعمالها في التزوير
- المنتجات مقلدة
- الأشياء أو الأجهزة التي تستعمل للقيام بالتزوير

و إذا كان المنتج قابل للاستهلاك ، فإنه يمكن للمتدخل تحمل المصاريف واسترجاع هذا المنتج المشتبه فيه. أما إذا كان مقلداً أو مزوراً أو غير صالح للاستهلاك ، فإنه يتم إتلافه مباشرة مع ضرورة إعلام وكيل الجمهورية ، وفقاً لحضر موقع عليه ، ومقدم من طرف الأعوان.

ثالثا :توقيف النشاط :

لقد نص القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على ضرورة توقيف نشاط المؤسسات مؤقتاً لغاية زوال الأسباب التي أدت إلى ذلك وفقاً لنص المادة 65 التي تنص على أنه " يمكن لمصالح الرقابة بالتوقيف المؤقت نشاط المؤسسات التي ثبت عدم مراعاتها للقواعد المحددة في هذا القانون. وبالتالي فإن الغلق أو المنع من ممارسة النشاط يفرض على الأشخاص الذين اثبتوا أثناء ممارستهم نشاط معين عدم قدرتهم على الالتزام بالقواعد التي نظم بها المشرع ذلك النشاط.

خاتمة :

يمكننا القول أن الإحاطة بهذا الموضوع تبقى صعبة المنال، في ظل هذا التطور الاقتصادي والصناعي و التنافس المتنامي في إنتاج وتصنيع المواد الغذائية، وبذلك يبقى المجال فيها مفتوحا للبحوث العلمية من أجل وضع مقاييس ومواصفات قانونية لضمان سلامة وصحة المستهلك، كما أنها قد تفتح مجالا واسعا للدراسات القانونية المتعلقة بالمنتجات الموجهة للاستهلاك، والإسراع إلى سد الثغرات القانونية التي تزداد يوما بعد يوم، جراء استعمال الوسائل التكنولوجية في التصنيع و الإنتاج سواء كان ذلك بالسلب أو الإيجاب، و بذلك يبقى استهلاك المنتجات المصنعة هاجسا يشغل بال المستهلك ويهدد صحته و سلامته في ظل غياب مراقبة صارمة و اطر قانونية كافية لمواجهة الغش في التصنيع الغذائي باعتباره المجال الأكثر خطورة وتأثيرا على حياة الأفراد والمجتمعات.

وعليه نرى من الضروري وضع قوانين للحد من الإنتاج والتصنيع الغذائي، ووضع شروط قانونية مضبوطة وفقا لمواصفات قياسية مسبقة لإنتاج أو تصنيع أية سلعة، حتى يتم التقليل من سرعة وتنامي وتيرة التصنيع الغذائي الذي طغت عليه ظاهرة الغش، وبحثا عن السبل والآليات الكفيلة للحد منها، كأن نسعى جاهدين لتوفير القدرة البشرية والعلمية بغرض تسخير اكبر كم ممكن من الوسائل التكنولوجية الأكثر دقة وفعالية في ضبط و تحديد مكونات المنتجات واثبات سلامتها، وبذلك انه يجب اللجوء إلى تنوع وابتكار طرق أخرى للرقابة في الإنتاج، واضطرار المنتج إخضاع منتجاته لها، وهذا من اجل ضمان جودتها والحفاظ على صحة و سلامة الإنسان.

الهوامش :

1. كاتب الموضوع سائد المنتدى - منتدى البحوث : <http://essarcom.com/vb210425poste34.html>
2. لطفي هراوي ، نظم الجودة الحديثة في مجال التصنيع الغذائي، دار الكتاب العلمية للنشر والتوزيع، القاهرة 2003.
3. المادة 3، 2 من القانون 04/04، المؤرخ في 23 يونيو المتعلق بالتقييس ج.ر. عدد 41.
4. المادة 4 من القانون 04/04.
5. احمد كمال الدين موسى، الحماية القانونية للمستهلك في المملكة العربية السعودية، 1402هـ ص 204.
6. المواصفات والمقاييس ودورها في التنمية الاقتصادية لدول التعاون الخليجي، إعداد الأمانة العامة لاتحاد غرف دول مجلس التعاون الخليجي، فبراير 2008، ص 03.
7. التقييس (مواصفات -مقاييس -جودة) إعداد الأمانة للمنظمة العربية للمواصفات والمقاييس، جامعة الدول العربية، الطبعة الأولى 1985، ص 23.
8. القانون 04/04، السابق الذكر.

9. م. فتيحة محمد العاقل وآخرون، "الرقابة على الجودة وحماية المستهلك"، مؤتمر الجودة تحت شعار من أجل تعزيز مبادئ و أسس الجودة، مركز البحوث الصناعية 2005 الطبعة الفرنسية، ص 02.
10. القانون 04/04، السابق الذكر.
11. المادة 19 من قرار 03 نوفمبر المتعلق بإعداد المقاييس الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد 54.
12. تقنين العقوبات.
13. المرسوم التنفيذي رقم 39/90، المؤرخ في 20 يناير، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الجريدة ال.
14. القانون 03/09، المؤرخ في 25/02/2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الجريدة الرسمية عدد 15
15. تقنين العقوبات.
16. القانون 03/09، السابق الذكر
17. علي محمود علي حمودة، الحماية الجنائية للتصنيع الغذائي في ضوء التشريعات المطبقة، دار النهضة العربية، 2003 ص 65 .
18. تقنين العقوبات.
19. وجدي شفيق، قضايا الغش و التدليس مع الدفع والمذكرات، الطبعة الثانية، الإسرء للطباعة، 2007، ص 98 .
20. تقنين العقوبات.
21. المادة 58 من القانون 03/09 ، السابق الذكر
22. الدكتور محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر 2006، ص 296
23. المادة 62 من القانون 03/09 ، السابق الذكر.

الوفاء بالبطاقة المغناطيسية



الأستاذ: حشيفة مجدوب صف الدكتوراه

تخصص قانون بنوك فرع قانون البنوك

أستاذ متعاقد بالمركز الجامعي بالنعامة - الجزائر

Email : madjdoub22@live.fr

مقدمة :

إن من تأثيرات التجارة الإلكترونية بزوغ البطاقة المغناطيسية كآلية للوفاء وذلك لتناسبها مع التجارة الالكترونية في الخصائص المتمثلة في السرعة والسهولة هذه البطاقة أصبحت في الوقت الحاضر إحدى أهم آليات الوفاء نظرا لمزاياها المتعددة وهو ما جعل مختلف التشريعات تنظيمها بنصوص قانونية أكسبت التعامل بها صبغة قانونية من خلال تبيانها وتحديد معالم استعمالها وتجريم الأفعال التي من شأنها الإضرار بمستعملها هذه البطاقة التي بدا استعمالها في الجزائر حديثا وهو ما يحتم علينا التعرف على هذه الآلية وكذا معرفة حقيقة وجودها في الجزائر وما هي أهم المشاكل التي تحول دون تقدم وتطور استعمالها في الجزائر وإعطاء حلول من شأنها المساهمة في زيادة استخدامها.

المبحث الأول : مفهوم البطاقة المغناطيسية :

إن البطاقة المغناطيسية تعتبر من أدوات الدفع المستحدثة في ميدان التعامل التجاري والمالي بالخصوص هذه الآلية ساهم في وجودها العجز الموجود في أساليب الوفاء الأخرى أضف إلى ذلك مزاياها المتعددة.

المطلب الأول : نشأة البطاقة المغناطيسية :

قد يتبادر إلى الأذهان أن البطاقة المغناطيسية كانت نشأتها على يد البنوك لكن في الحقيقة كانت نشأتها على يد شركات النفط الأمريكية عام 1914 التي أصدرت لعملائها بطاقة لشراء ما يحتاجونه من منافذ التوزيع التابعة لها وتسوية الحساب في نهاية كل مدة محددة ثم تطور استخدام هذه البطاقات حيث استعملتها الفنادق والمحلات التجارية ولما كانت البنوك هي المجال الرحب لتداول الأموال ولما كانت البطاقة بمثابة بديل عن النقود الأمر جعل الفضل يعود للبنوك في زيادة انتشارها وكان بنك : { ناشيونال فرانكلين } السباق لإصدار البطاقة المغناطيسية عام 1950 كما قام

بنك أمريكا بالمساعدة على انتشار هذه الأداة من خلال السياسة التي انتهجها والتي تمثلت في عدم فرض رسوم على مستعملي هذه البطاقات لتصدر بعد ذلك منظمة الفيزا بطاقة تحمل vizacard

وذلك عام 1977 أما في أوروبا فنجد أن فرنسا مثلاً عرفت هذا النوع من آليات الوفاء حيث أصدرت مجموعة من المقاولات التجارية بطاقة الأداء و الائتمان عام 1954¹

لتنشر بعد ذلك في أنحاء العالم وما ساعد على انتشار هذه البطاقات هو المزايا التي تميزها عن غيرها من أدوات الوفاء الأخرى

إذ أنها تعتبر وسيلة أمنة وهذا على عكس النقود التي تكون عرضة للسرقة والضياع كما أن الوفاء بها يكون أكثر أمناً من الشيك وذلك لأن الحامل الذي يعلم أنه ليس له رصيد لا يقدم البطاقة للوفاء بها كما أنها تمكن صاحبها من الاستفادة من القروض التي تقدمها البنوك لحامليها بسهولة أكبر من الطرق التقليدية ، أضف إلى ذلك أنها تمكن التاجر وتضمن له الحصول على الوفاء الكامل²

المطلب الثاني : تعريف البطاقة المغناطيسية :

إن الانتشار الواسع في مجال التعامل بالبطاقات رافقته محاولات فقهية لتعريف البطاقة كما حاولت بعض النصوص التشريعية توضيح حدود استعمالها .

فبالنسبة للتعريف الفقهية نجد أن بعض الفقهاء عرفوا البطاقة بأنها "عقد يتعهد بمقتضاه مصدر البطاقة بفتح اعتماد بمبلغ معين لمصلحة شخص آخر حامل البطاقة الذي يستطيع بواسطتها الوفاء بمشترياته لدى المحلات التجارية التي ترتبط مع مصدر البطاقة بعقد يتعهد بموجبه بقبول الوفاء بمشتريات حامل البطاقة الصادرة عن الطرف الأول على أن تتم التسوية النهائية بعد كل مدة محددة"

كما عرفها جانب آخر من الفقه على أنها "البطاقات التي يقتصر دورها في كونها أداة للوفاء بثمان السلع والخدمات التي يحصل عليها حاملها من بعض التجار المقبولين لدى الجهة المصدرة للبطاقة ."

أما بالنسبة لدور المشرعين في تعريف البطاقة وبيان حدود استخدامها فنجد التوصية الأوربية الصادرة في 17 نوفمبر 1988 التي نصت على أدوات الوفاء بقولها " تعرف أداة الوفاء بالبطاقة أو أية وسيلة أخرى تسمح لصاحبها القيام بالوفاء الإلكتروني سحب النقود وإيداعها وإيداع الشيكات وإجراء العمليات المرتبطة بذلك لدى أجهزة إلكترونية خاصة وأيضاً بالوفاء غير الإلكتروني بواسطة بطاقة خاصة حتى ولو تطلب الأمر طلب توقيع وإصدار فاتورة بقيمة السلع المشتراة أو الخدمة المؤداة باستثناء البطاقة المستعملة حصراً لضمان الوفاء بقيمة الشيكات المسحوبة".

أما على صعيد التشريعات الداخلية فنجد أن المشرع الفرنسي حاول تعريف البطاقة بموجب القانون 91-1382 المؤرخ في 30 ديسمبر 1991 الذي أدخل بموجبه تعديلاً على القانون التجاري الفرنسي الصادر سنة 1935 فقد عرفت المادة 58 / 1 منه بطاقة الوفاء على أنها "بطاقة مصدرة من قبل مؤسسة تسليف أو من قبل الهيئات المشار

¹سميحة القليوبي -الأوراق التجارية دار النهضة العربية -الإسكندرية -الطبعة الرابعة -سنة 2005-ص556

²نادر عبد العزيز شافي -المصارف والنقود الالكترونية -المؤسسة الحديثة للكتاب -طرابلس -لبنان طبعة 2007 -ص238

إليها في المادة 8 من القانون 46-84 المؤرخ في 23 جانفي 1984 الخزينة الفرنسية البنك المركزي دوائر البريد والمالية وتعطى لحاملها حق سحب أو تحويل الأموال "كما عرفت المادة المذكورة سابقا بطاقة السحب بأنها "بطاقة صادرة عن المؤسسات الأنفة الذكر و التي تسمح لصاحبها بسحب الأموال"¹.

ومن بين التشريعات العربية نجد المشرع التونسي و الذي عرف البطاقة المغناطيسية بموجب القانون رقم 51 لسنة 2005 وذلك في الفصل الأول الفقرة الخامسة و التي جاء فيها ما يلي : " البطاقة كل أداة تحويل إلكتروني للأموال تكون وظيفتها محمولة على وثيقة مغناطيسية أو ذكية"².

أما عن المشرع الجزائري فنجد أنه قد تدخل بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المعدل والمتمم للقانون التجاري وذلك بموجب المادة 543 مكرر 23 والتي نصت على "تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية والمؤهلة قانونيا وتسمح لصاحبها سحب أو تحويل الأموال .

تعتبر بطاقة سحب كل بطاقة صادرة عن البنوك أو الهيئات المالية المؤهلة قانونيا وتسمح لصاحبها فقط بسحب الأموال ."

أما عن شكل البطاقة فهي تتخذ شكلا موحدا وفقا لتوجيهات منظمة المعايير الدولية ISO وهي عبارة عن قطعة مستطيلة بلاستيكية لها وجهين الوجه الأول يحمل اسم البطاقة ورقمها وفترة صلاحيتها وكذا اسم البنك الذي أصدرها واسم حاملها إضافة إلى وجود رقاقة puce الإلكترونية أما الوجه الثاني فيحتوي على شريط مغناطيسي وعينه من توقيع حاملها .

المطلب الثالث : أنواع البطاقة المغناطيسية :

هناك عدة أنواع للبطاقة المغناطيسية , فهي تنقسم باختلاف وظائفها وباختلاف الجهة التي تتولى إصدارها وكذا باختلاف أنواعها :

1- البطاقة المغناطيسية حسب وظائفها.

أ- بطاقة الدفع .

هي بطاقة يصدرها البنك للعميل الذي يكون له حساب مصرفي في ذات البنك فهي أداة وفاء حيث يقوم البنك من خلالها بالسحب المباشر من حساب العميل فور ورود فاتورة العملية التي قام بها وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 543 مكرر 1 ق ت والتي جاء فيها "تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونيا وتسمح لصاحبها بسحب وتحويل أموال".

¹Michel jeantin –paul le connu –thirry grenier-droit commercial instruments piment et crédit titrisation 7^e édition-dalloz-2005 –p134

²قانون 51 لسنة 2005 مؤرخ في 27 جوان 2005 – الرائد للجمهورية التونسية 28 جوان 2008

ب- بطاقة السحب :

هي بطاقة تخول لصاحبها سحب الأموال وذلك عند سقف محدد ويقوم بعدها البنك بعملية محاسبية عند نهاية المدة المتفق عليها وهذه المحاسبة تكون بفاتورة واحدة وقد تبناها المشرع الجزائري بموجب نص المادة 543 مكرر 2/23 ق ت بقولها " وتعتبر بطاقة سحب كل بطاقة صادرة عن البنوك أو الهيئات المالية المؤهلة قانونيا وتسمح لصاحبها فقط بسحب الأموال".

ج- بطاقة الائتمان :

إن هذا النوع من البطاقة يتم من خلاله خصم نسبة معينة من إجمالي قيمة ما استخدمه العميل كل شهر وما تبقى من مبالغ يتم تسديدها على أقساط دورية تكون متناسبة مع دخله مع أخذ فائدة من الرصيد المتبقي وهذا ما يجعل من هذه البطاقة أداة دفع وائتمان في ذات الوقت¹.

د- بطاقة ضمان الشيكات :

إن هذا النوع من البطاقات يصدر خصيصا لمهمة ضمان الوفاء بالشيكات وهذه البطاقة يتم من خلالها الوفاء بقيمة الشيك عن طريق ضمان من البنك مصدرها وهي نوع من أنواع الضمان صادر في ورقة مستقلة وما على العميل إلا وضع رقم بطاقته على ظهر الشيك حتى يتمكن المستفيد من هذا الضمان والسبب الذي كان وراء إصدار هذه البطاقات هي المخاوف الناجمة عن التعامل بالشيكات مخافة عدم وجود رصيد وهو ما جعل البنوك تقدم الدعم لعملائها عن طريق إصدار هذا النوع من البطاقات².

ج - البطاقة الذكية :

إن هذا النوع من البطاقة يعتبر من أحدث أدوات الدفع غير النقدي حيث استطاعت البنوك خلق بطاقة لها استعمالات متعددة فهذه البطاقة فوائد جمة فلها القدرة على تخزين معلومات كثيرة كما تجنب حاملها مخاطر الاحتيال التي تعترض سبيل المتعامل بالبطاقات الأخرى .

2-البطاقات المغناطيسية حسب الجهة المصدرة لها :

أ- بطاقة الفيزا العالمية :

هي نوع من البطاقات الأكثر رواجاً وانتشاراً في العالم وهي صادرة عن منظمة الفيزا العالمية التي مقرها في سان فرانسيسكو بولاية كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية حيث يشارك في عضوية هذه المنظمة مؤسسات مالية ومصرفية تتعاقد معها لأجل إصدار هذه البطاقات وفقاً لشروط وضوابط معينة ومن بين أهم بطاقتها بطاقة الفيزا الذهبية وبطاقة الفيزا الفضية .

¹deukeuwer-défaussez- droit bancaire -6 édition-Dalloz 1999-P79

²شريف محمد غنام -محفظة النقود الالكترونية -رؤية مستقبلية -دار الجامعة الجديدة -الإسكندرية -طبعة 2007-ص18

ب- بطاقة المستر كارد :

هذا النوع من البطاقات يأتي من حيث الرواج والانتشار بعد بطاقة الفيزا العالمية والمركز الرئيسي لهذه البطاقات هو سانت لويس بالولايات المتحدة الأمريكية وهي تقدم نفس الخدمات التي تقدمها الفيزا العالمية وتتشابه معها إلى حد كبير من خلال التنظيم والإدارة كما تشارك عضويتها مؤسسات مصرفية تتعاقد معها من أجل إصدار بطاقة المستر كارد التي تحمل علامتها المسجلة.

ج- بطاقة أمريكا اكسبريس :

هذا النوع من البطاقات صادر عن مؤسسة أمريكا اكسبريس التي لا تمنح أي ترخيص لأي مؤسسة ما بإصدار بطاقتها حيث تتولى إصدارها هي أو أحد فروعها سواء داخل الولايات المتحدة الأمريكية أو خارجها.

د- بطاقة داينرز كلوب الدولية :

تصدر هذه البطاقة عن مؤسسة داينرز كلوب التي تسمح كذلك للمؤسسات المصرفية المنظمة إليها بإصدار بطاقتها ويوجد مقر هذه المنظمة في مدينة منفيس الأمريكية وتصدر هذه المنظمة بطاقات متعددة كبطاقة الصرف البنكي لكافة العملاء وبطاقة الأعمال التجارية لرجال الأعمال وبطاقة التعاون مع الشركات الكبرى مثل شركات الطيران¹.

3- البطاقة المغناطيسية من حيث المزايا المقدمة :

أ- البطاقة الذهبية :

لهذا النوع من البطاقات حدود ائتمانية عالية حيث تصدر لكبار العملاء الذين يتميزون بدرجة مخاطر ضئيلة وفي المقابل لهم معدلات إنفاق عالية واستخدامات متكررة وهي تصدر بمبالغ كبيرة .

ب- البطاقة العادية أو الفضية :

يتمتع حامل هذه البطاقة بمزايا قليلة مقارنة بحامل البطاقة الذهبية وذلك لأن حدودها الائتمانية منخفضة نسبيا ورغم ذلك تعتبر الطاقة العادية الأكثر انتشارا نظرا لأنها تصدر وفقا لشروط يسيرة ومصاريف قليلة².

المبحث الثاني : واقع البطاقة المغناطيسية الجزائر :

الجزائر كغيرها من الدول بدأت تعرف نظام التعامل بالبطاقات المغناطيسية حتى وإن كان في بداياته سواء من ناحية النص عليها في نصوص تشريعية أو من ناحية استعمال الوسائل التكنولوجية لعمل هذه الآليات رغم العوائق التي تحول دون تطورها فما هو واقع البطاقة المغناطيسية في الجزائر وما هي المشاكل التي تحول دون تطورها وما هي أهم الحلول للمساعدة على تطورها.

¹ زناقي سيد أحمد -التكنولوجيات الحديثة للمعلومات والاتصال ومدى فعالية البنوك الجزائرية -مذكرة ماجستير -كلية الاقتصاد - جامعة تلمسان سنة 2006 ص61

² رياض فتح الله بصله -جرائم بطاقة الائتمان-دراسة معرفية تحليلية لمكوناتها وأساليب تزييفها وطرق التعرف عليها -دار الجامعة الجديدة -الإسكندرية ص14

المطلب الأول : واقع البطاقة المغناطيسية في الجزائر :

إن النظام المصرفي الجزائري يتسم بمشاكله العديدة والمعقدة التي تظهر جلية أثناء تقديمه لخدماته وهذه المشاكل ما انفكت تقف عائقا أمام تطوره وهو ما خلف أثرا سلبية على الاقتصاد و بالتالي على الدولة برمتها وهذه المشاكل تتعلق أساسا بالكفاءة والسرعة في الأداء هذا على المستوى المحلي أما على المستوى الدولي فإن المنظومة البنكية في الجزائر تعتبر الأسوء من حيث المنظومات المصرفية الدولية.

لكن في محاولة لتجاوز هذه التعقيدات وهذا التأخر بادرت بعض المؤسسات الجزائرية بتطوير شبكات إلكترونية للدفع والسداد منتشرة في نقاط محدودة من التراب الوطني لكن عدم القدرة على التحكم في تسييرها جعل البعض منها تتوقف عن تقديم خدماتها بفعل اعتماد هذه المؤسسات على حلول وأنظمة مستوردة غير متوافقة وخصائص السوق الجزائرية لكن تزايد الطلب على هذه الخدمات مثل خدمات السداد والدفع ببطاقات المعاملات المالية شجع بعض المؤسسات المالية على مواصلة تقديمها مثل بطاقة السحب عبر الصرافات الآلية لمؤسسات البريد وكذا البطاقات البنكية للسحب والدفع في البنوك ومن أشهر البنوك العاملة بهذه الأنظمة في الجزائر القرض الشعبي الجزائري وبنك الجزائر الخارجي وبنك الفلاحة والتنمية الريفية والصندوق الوطني للتوفير والاحتياط وكذا بنك الخليفة سابقا الذي يعتبر أول بنك أصدر بطاقة مالية دولية بالجزائر وذلك بالتعاون مع مؤسسة ماستركارد وكان بإمكان عملائه استخدامها لتسديد معاملاتهم المحلية والدولية .

كم أن الجزائر حاولت تكييف منظومتها البنكية حتى تتماشى مع الحركية المالية العالمية وذلك من خلال وضع اتفاقيات شراكة لتطوير هذه المنظومة ومن بين هذه الاتفاقيات نذكر الاتفاقية بين وزارة المالية ووزارة البريد والمواصلات من جهة وشركتين أجنبيتين شركة هولندية مكلفة بالمساعدة التقنية وشركة برتغالية أوكلت لها مهمة دراسة المشروع وتقييم احتياجات القطاع المعني لكي يسمح ذلك بربط جميع البنوك ببعضها البعض من أجل إنشاء وسائل دفع جديدة و استعمال النقود الإلكترونية وجعل الاتصال بين البنوك يتم في زمن قياسي وهذا المشروع يقوم على أربعة مراحل¹.

أ- المرحلة الأولى :

يتم في هذه المرحلة دراسة الاحتياجات المتعلقة بالخدمات ذات القيمة المضافة كما هو الحال في البنوك المتطورة في العالم هذه المرحلة أنجزت في جانفي 2000 .

ب- المرحلة الثانية :

يتم من خلالها اختبار نظام تقني بتكلفة بسيطة يدعى: WIRELESS FIXED ACCESS وقد تم اختبار العملية بنجاح بين المدن الثلاث الجزائر العاصمة والبلدية وتيزي وزو.

ج- المرحلة الثالثة :

وفيها يعمم المشروع على كافة أنحاء القطر الوطني.

¹بودالي محمد الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر دراسة مقارنة رسالة الدكتوراة كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس 2002 , 2003

د- المرحلة الرابعة :

تقوم هذه المرحلة على تكوين موظفي البنوك كما تقوم وزارة العدل والمالية بتكوين كبار موظفيها في ميدان التسيير المالي كما تم خلال هذه المرحلة إنشاء 1000 موقع موزعة على التراب الوطني تتحكم فيها مراكز جهوية ومركز وطني يعتبر بمثابة وحدة الإدارة والقيادة لهذه الشبكة بشكل يضمن الأمن في تدفق المعلومات عبر المحطات القاعدية المنتشرة عبر كامل التراب الوطني .

كما أنشئت مؤسسة تقدم المساعدة للبنوك الجزائرية سميت بالجزائر لخدمات الصيرفة الإلكترونية وهذه المؤسسة نتجت عن اتفاق شراكة بين المجموعة الفرنسية diagramed في مجال البرمجيات المتعلقة بالصيرفة الإلكترونية وأمن تبادل البيانات المالية وثلاث مؤسسات الجزائرية هي Soft engineering و Mage et multimédia ومركز البحث في الإعلام العلمي والتقني Grist تمخضت عن هذه الشركات ما يسمى بالجزائر لخدمات الصيرفة الإلكترونية التي تقدم خدماتها المتعلقة بالمصارف و عن بعد و تسيير أمن تبادل البيانات المالية لجميع البنوك والمؤسسات المالية¹.

هذا على المستوى التقني أما على المستوى التشريعي فنجد أن المشرع الجزائري وضع عدة إصلاحات على الجانب القانوني نذكر من بينها إلغاء قانون النقد والقرض رقم 90 - 10 المؤرخ في 14 ابريل سنة 1990 وإصدار قانون النقد والقرض رقم 03 - 11 المؤرخ في 26 اوت 2003 المعدل والمتمم والذي أخذ بوسائل الدفع الإلكترونية وذلك بموجب المادة 69 منه التي جاء فيها " تعتبر وسائل دفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل الأموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل"²

كما أن المشرع الجزائري قد عدل القانون التجاري بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 وأضاف وسائل جديدة للدفع بموجب الفصل الثالث والمتمثلة في بطاقة السحب والدفع وأمر التحويل والإقتطاع³ كما تم الأخذ بنظام المقاصة الإلكترونية بموجب الأمر رقم: 05-06 المؤرخ في 15 ديسمبر 2005 المتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض.

المطلب الثاني : أسباب ضعف استعمال البطاقة المغناطيسية في الجزائر :

توجد مجموعة من الأسباب تحول دون التقدم في استعمال البطاقة المغناطيسية في الجزائر هذه الأسباب منها ما هو تقني ومنها ما هو بشري نورد بعضها كالآتي :

أ- انعدام ثقة أفراد المجتمع الجزائري اتجاه استعمال هذه الوسائل الحديثة نتيجة لسيادة التعامل النقدي داخل هذا المجتمع وحدثة استعمال هذه الوسائل من جهة أخرى.⁴

ب- عدم وعي الجزائريين الكافي بمنافع النظام الإلكتروني ومحدودية معرفتهم للنشاط البنكي.

¹ بلحشر عائشة-واقع وأفاق التجارة الإلكترونية في الجزائر-مذكرة ماجستير-كلية الاقتصاد-جامعة تلمسان -2003-ص185

² الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 اوت 2003 المتضمن قانون النقد والقرض المعدل والمتمم.

³ الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

⁴ أحمد باشي -واقع التجارة الإلكترونية-مقال منشور بمجلة الإدارة-الجزائر-العدد 26-سنة 2003-ص82 .

ج- انعدام الكفاءات الجزائرية القادرة على التحكم بما فيه الكفاية في هذه الآليات.

ه- النظام المعلوماتي في الجزائر غير فعال إذ أن الوسائل والتقنيات الموجودة أداؤها ضعيف وغير متحكم فيه.

د- كثرة الإعطاب والتوقفات التي تصيب الأجهزة التي تستعمل في سحب ودفع النقود.

المطلب الثالث : حلول زيادة استعمال البطاقة في الجزائر :

إن المشاكل التي تحول دون انتشار استخدام البطاقة المغناطيسية في الجزائر يحتم على القائمين عليها تبني سياسة ناجعة يتحقق على إثرها الوجود الواقعي لهذه الوسائل في الجزائر وذلك من خلال تبني بعض الحلول التي نوردتها كالآتي "

1- العمل على تكوين إطارات متخصصة في ميدان التكنولوجيا وذلك بتلقي العاملين في البنوك برامج تدريبية على استخدام التكنولوجيا باعتبارها عنصر رئيسي لتحقيق التطوير المطلوب في مهارات موظفي البنك .

2- الاستعانة بالخبرات الأجنبية وذلك بتدريب الموظفين على استخدام أدوات العصر الحديث مثل الانترنت والسويفت وغيرها.

3- تحسيس المستهلك بمميزات الخدمات البنكية وهذا من خلال الإشهار وتنظيم الأيام الدراسية.

4- العمل على تأمين كل الخدمات والتحويلات الالكترونية ضد كل عمل من أعمال القرصنة أو التجسس الالكتروني .

5- تشجيع العاملين المتميزين والمجدين على بذل المزيد من الجهد واستنهاض طاقاتهم الإبداعية وذلك باستخدام الحوافز والكفاءات إما بصورة مادية أو عن طريق الترقية لوظائف أعلى .

6- التعاون مع دول المغرب العربي من أجل الاستفادة من الخبرات في هذا المجال .

الخاتمة :

ما يستخلص من هذا البحث المتواضع أن البطاقة المغناطيسية تحتل مكانة هامة من بين آليات الوفاء حيث غزت مختلف المجالات وهو ما جعلها تنظم بنصوص تشريعية بينت كيفية التعامل بها، و الجزائر من بين الدول التي بدأت حديثا في إحاطة هذه الوسائل بنصوص تشريعية وكذا وضع هياكل تقنية لتسهيل التعامل بها رغم ما يعوز ذلك من مشاكل تحول دون التقدم في استعمال هذه الآليات.

قائمة المراجع والمصادر :

أ- المراجع بالعربية :

1- جهاد رضا الحباشة الحماية الجزائرية لبطاقة الوفاء -دار الثقافة -عمان- الطبعة الأولى- سنة 2005

2- رياض فتح الله بصله -جرائم بطاقة الائتمان -دراسة معرفية تحليلية لمكوناتها وأساليب تزييفها وطرق التعرف عليها -دار الشروق الأولى - القاهرة - الطبعة الأولى -سنة 1995

3- سميحة القليوبي- الأوراق التجارية دار النهضة العربية الإسكندرية الطبعة الرابعة -سنة 2005

4- شريف محمد غنام -محفظة النقود الالكترونية -رؤية مستقبلية -دار الجامعة الجديدة -الإسكندرية -طبعة 2007

5- نادر عبد العزيز شافي -المصارف والنقود الالكترونية -المؤسسة الحديثة للكتاب -طرابلس -لبنان - طبعة 2007

ب- المراجع بالأجنبية :

1-deukeuwer-defossez -droit boncair -6e édition Dalloz 1999 2-Michel jeantin -Paul le connu -Thierry grenier -droit commercial instruments pement et le crédit titrisation 7e édition Dalloz 2005

ج- الرسائل الجامعية والمقالات :

1- أحمد باشي واقع وأفاق التجارة الالكترونية -مقال منشور بمجلة الإدارة -الجزائر -العدد 26- سنة 2003

2- بلحشر عائشة -واقع وأفاق التجارة الالكترونية في الجزائر- مذكرة ماجستير -كلية الاقتصاد -جامعة تلمسان - 2003 .

3- بودالي محمد- الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر دراسة مقارنة رسالة الدكتوراة كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس 2002 , 2003.

4- زناقي سيد أحمد -التكنولوجيا الحديثة للمعلومات والاتصال ومدى فعالية البنوك الجزائرية -رسالة ماجستير - كلية الاقتصاد تلمسان -الجزائر 2005.

د- القوانين والمراسيم والأنظمة :

5- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم.

6- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقروض المعدل والمتمم.

7- قانون رقم 51 لسنة 2005 المؤرخ في 27 جوان 2005 -الرائد للجمهورية التونسية الصادر في 28 جوان 2005.

دراسات وأبحاث بالفرنسية :

Le Réglementation de la fraude fiscale



Docteur wafaafares Professeur

fac de droit de mohammedia

La fraude fiscale n'est pas le fait de la population, mais bien d'une élite qui est à la tête des nations. Les uns sont impliqués dans les trafics d'armes, les autres dans les trafics de drogue, quand ce n'est pas la prostitution ou la traite des blanches et d'enfants. Tous ces trafics nécessitent l'utilisation de faux documents ou la complicité de dirigeants politiques qui font passer des législations appropriées, permettant l'évasion des capitaux. L'Etat surtaxe la population mais détaxe en quelque sorte l'élite.

Il convient de noter que le système fiscal comporte trois grandes catégories d'impôts :

- ↳ Les droits d'enregistrements et de timbres,
- ↳ Les impôts directs : impôt sur les sociétés, I.R.P.P (Impôt sur le revenu des personnes physiques), impôts sur les revenus, des capitaux mobiliers,
- ↳ Les impôts locaux : taxes diverses¹, taxe sur la valeur ajoutée et les contributions indirectes (c'est-à-dire sur les boissons, les spectacles, les véhicules etc.

¹- Les délits spéciaux en matière de taxe sur le chiffre d'affaire est l'escroquerie qui est le principal délit retenu.

La loi continue de réprimer, par des dispositions spéciales, un certain nombre d'agissements qui, dans la pratique, ne sont pas poursuivis ou sont inclus dans le cadre des poursuites, pour fraude fiscale. Elle consiste à la mise en œuvre par un contribuable ou une société de moyens destinés à tromper le fisc en utilisant notamment des documents faux, falsifiés ou inexacts tels que livres comptables, comptes de résultat, bilans, certificats de salaires et autres attestations. La fraude fiscale peut donc être apparentée à une escroquerie¹ ou à un faux dans les titres².

A- La constitution de l'acte incriminé :

Le délit est constitué dès qu'il y a soustraction ou tentative de soustraction à l'établissement ou au paiement de tout ou partie de l'impôt. Il peut s'agir des impôts directs³ sur le revenu des personnes physiques et morales, de la taxe sur les produits et sur les services. Ceci a nécessité de prévoir une réglementation rigoureuse afin d'instituer des mesures de nature à prévenir et supprimer la fraude et l'évasion fiscale dans le cadre d'une procédure légale garantissant les droits des contribuables. Elle aura également pour objet de promouvoir et consolider les finances des collectivités locales en tenant compte des exigences du développement économique et social dans le cadre d'une justice sociale.

Celle-ci est réglementée par une loi-cadre n° 3-83 relative à la réforme fiscale publiée au Bulletin Officiel n° 3731 du mercredi 2 mai 1984/ Dahir n° 1-83-38 du 21 rejb 1404 (23 avril 1984) portant promulgation de la loi-cadre n° 3-83 relative à la réforme fiscale. Plus précisément, il s'agit de l'article 27 qui traite de la fraude fiscale et insiste sur le fait qu'il sera procédé dans les formes et selon les critères qui seront définis par la loi, à la rectification des déclarations des contribuables dont il sera établi que les dépenses sont manifestement en discordance avec le revenu déclaré. Cette incrimination concerne donc les comptables qui exercent une profession libérale, il ne s'applique pas à l'employé comptable qui travaille pour le compte d'un industriel ou d'un commerçant dont il est le salarié, le «préposé aux écritures»⁴.

¹ - L'article 540 du Code pénal marocain définit cet acte comme suit : « Quiconque, en vue de se procurer ou de procurer à un tiers un profit pécuniaire illégitime, induit astucieusement en erreur une personne par des affirmations fallacieuses, par la dissimulation de faits vrais, exploite astucieusement l'erreur ou se trouve une personne et la détermine ainsi à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers, est coupable d'escroquerie et puni de l'emprisonnement d'un à 5 ans et d'une amende de 500 à 5.000 DH ».

² - D'après les dispositions de l'article 351 : « Le faux en écriture est l'altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie dans un écrit par un des moyens déterminés par la loi ».

³ - Les délits spéciaux d'impôt : organisation de fausse comptabilité par un professionnel, défaut de déclaration distincte des revenus, encaissement des coupons appartenant à des tiers, production de pièces fausses ou inexactes pour obtenir un dégrèvement, publication irrégulière des listes de contribuables, etc.

⁴ - Gilbert TIXIER, Philippe DEROUIN, *Droit pénal de la fiscalité*, Paris, Dalloz, 1989, p 69.

L'énumération des titres n'est pas exhaustive, il doit s'agir d'une sorte d'entrepreneur en comptabilité ; il importe peu que cette personne exerce son activité sous une forme individuelle ou comme dirigeant ou agent salarié d'un cabinet comptable ayant adopté la forme sociale. Il n'est pas nécessaire que cette personne physique ou morale poursuive un but lucratif «le terme association est expressément employé » une condition est cependant requise : ces personnes doivent exercer leur activité de conseil en comptabilité à titre de profession. La loi a entendu atteindre les professionnels de la comptabilité, elle ne paraît pas vouloir viser les personnes qui, à titre occasionnel, prêtent leur concours à des tiers. pour la tenue des comptabilités.

La généralité des termes employés par le législateur autorise les poursuites contre tous ceux qui de près ou de loin ont commis les faits incriminés par les textes, à savoir les auteurs principaux¹, les coauteurs et les complices². L'incrimination s'étale pour tout établissement, par un professionnel de la comptabilité de faux documents produits pour la détermination des bases imposables de ses clients. Elle vise par-là tout agent d'affaires, expert et toute autre personne qui fait profession, soit pour son compte soit comme dirigeant ou agent salarié de société, association, groupement ou entreprise quelconque de tenir les écritures comptables de plusieurs clients et qui est convaincu d'avoir établi ou fait établir de faux bilans³, inventaires, comptes et documents, de quelque nature qu'ils soient, produit pour la détermination des bases des impôts dus par lesdits clients⁴.

En effet, pour que l'infraction pénale délimitée soit caractérisée, il faut que l'élément matériel et l'élément intentionnel soient réunis.

¹ - L'auteur peut être le signataire de la déclaration entachée de fraude ou, en cas d'omission volontaire, de la personne qui était légalement tenue de souscrire la déclaration manquante.

² - les complices du délit encourrent les mêmes peines que l'auteur principal, ce qui suppose un fait principal punissable, un accord de volonté et une action positive.

³ - Le bilan d'une société constitue un ensemble d'écritures comptables, la totalité des écritures de l'exercice ; il vaut preuve à l'encontre de la société concernée ; l'administration fiscale peut, en effet retenir le bénéfice constaté comme assiette de l'impôt, le bilan doit être publié pour permettre aux associés et aux tiers de connaître la situation réelle de l'entreprise ; il s'ensuit que le bilan d'une société commerciale est un ensemble d'écriture de commerce qui, rendu volontairement inexact dont l'utilisation est susceptible de nuire à autrui, est un faux en écriture de commerce »

⁴ - Pour obtenir l'approbation des comptes d'une SARL lors d'une assemblée générale, des écrits comportant des mentions mensongères sont établis pour minorer les stocks figurant au bilan de la société. Le gérant, le directeur technique, le commissaire aux comptes et le comptable de cette société sont condamnés comme auteurs ou complices de faux en écritures de commerce. Un autre prévenu, le PDG d'une SA titulaire de 4% des parts de la SARL est également condamné pour complicité par aide et assistance pour avoir approuvé par son vote l'établissement de ce faux en ayant connaissance de la minoration de la valeur des stocks dans la présentation des comptes. Cass. Crim. 22 août 1995, pourvoi c/CA Dijon, 14 avril 1994, Juris-Data n° 002780. in Albert MARON et autres, *Le droit pénal des affaires en 350 décisions de 1989 à 1998*, ouvr. cité. p 130.

C'est ainsi que la Cass. a confirmé la culpabilité d'un expert comptable qui, ayant constaté, en établissant l'inventaire, l'absence de machines et le non-paiement de leur prix a pris l'initiative d'établir une déclaration de destruction et passé une écriture qu'il savait fausse, au lieu de rétablir la vérité. Michèle-Laure RASSAT, *Les infractions contre les biens et les personnes dans le nouveau CP*, Paris, Dalloz, 1995, p 64.

a- L'élément matériel :

Cet élément matériel suppose que le comptable ait participé à l'établissement ou à l'utilisation à des fins fiscales de documents comptables inexacts. La loi cite un certain nombre de ces documents : faux bilans, inventaires, comptes etc.¹.

Les textes visent l'hypothèse où un comptable dans le cadre de sa profession établirait et/ou produirait des documents comptables fallacieux à l'appui des déclarations fiscales de ses clients ou en réponses à des demandes de justification de l'administration.

L'élément matériel du délit s'analyse comme un acte de complicité du comptable à la fraude fiscale de son client, mais n'exige pas que la fraude soit établie à l'encontre d'un contribuable. Cependant, aucun fait principal de fraude fiscale ne peut être reproché aux clients, faute d'élément intentionnel de l'infraction. Le prévenu ne peut donc pas être poursuivi comme complice d'une infraction inexistante.

L'acte se matérialise par des faits divers :

- omission de déclaration dans les délais prescrits,
- dissimulation d'une part des sommes sujettes à l'impôt,
- omission d'éléments dans les écritures,
- entremise d'un tiers etc.

En édictant de telles dispositions, la loi entend lutter spécialement contre la manipulation par des professionnels de la comptabilité, donc particulièrement experts en la matière, des documents comptables. Or, ceux-ci constituent pour l'administration, l'outil indispensable lui permettant d'exercer un contrôle sur la sincérité de la déclaration des commerçants ou des dirigeants de sociétés².

b- L'élément intentionnel de l'infraction :

L'élément moral requis est parfois difficile à établir. En effet, un expert comptable peut établir la comptabilité de son client d'après les données que celui-ci lui soumet, mais ces données peuvent avoir été tronquées ou falsifiées sans que le comptable puisse s'en rendre compte. Dans d'autres cas, le chef d'entreprise peut demander au comptable de réduire le bénéfice imposable, si celui-ci accepte, le délit est consommé.

Cependant, il y a des cas limite, c'est le cas lorsque le comptable enregistre de bonne foi

¹- Le fraudeur tient généralement une double comptabilité : , l'une fausse et destinée au fisc (opérations occultes ou fictives », et l'autre exacte mais secrète qui lui est personnelle, et lui permet de suivre les véritables évolutions de l'entreprise.

²- Gilbert TIXIER, Philippe DEROUIN, *Droit pénal de la fiscalité*, ouvr. cité. p 70.

des opérations qui sont inexactes, il peut alors se voir reprocher une faute de négligence ; en pareil cas, seule la sanction fiscale paraît applicable.

Seulement, les juridictions répressives se montrent plus exigeante dans les affaires concernant les comptables professionnels ; il a ainsi été jugé qu'un conseil fiscal et un expert comptable chargés des rapports de l'entreprise avec l'administration, en signant des déclarations fiscales, endossaient la responsabilité de ces déclarations, alors que les irrégularités étaient si apparentes et décelables qu'on ne peut pas admettre qu'ils les aient ignorées, et qu'ils ont pu être trompés par l'employeur en raison de la disproportion entre le bénéfice et le chiffre d'affaires. Le tribunal a conclu à l'existence d'une dissimulation fiscale et à l'établissement de faux inventaires produits pour la détermination des bases des impôts dus par les clients¹.

Le délit est donc établi à la condition d'apporter la preuve de la volonté délictuelle ou l'assistance consciente. Une fois cet acte fut constaté, l'auteur principal est tenu solidairement avec le client au paiement des sommes (pénalités et amendes) dont la constatation aurait été compromise par leurs manœuvres.

Les peines prévues par le Code général des impôts dans son article 1772-1 sont de un à cinq ans de prison et/ou une amende de 3 600 à 30.000 F. en cas de récidive ou de pluralité de délits constatés par un ou plusieurs jugements, la condamnation comporte de plein droit, l'interdiction d'exercer la profession d'agent d'affaires, de conseil fiscal, d'expert ou de comptable (dirigeant ou employé) La fermeture du cabinet peut être également prononcée. Si le condamné enfreint l'interdiction d'exercer la profession ou si un tiers emploie un interdit, la peine encourue est de six mois à deux ans et d'une amende de 3.600 à 120.000 F aux termes de l'article 1775.

Cette peine s'applique aussi bien aux professionnels concernés qu'aux personnes qui utiliseraient leur service en pleine connaissance de cause. Bien entendu les experts comptables ou comptables agréés qui relèvent d'un ordre professionnel encourent également des sanctions disciplinaires en plus des peines prévues.

S'agissant des fausses mentions d'enregistrement ou de formalités fusionnées comportant de faux matériels (fausses écritures et signatures, faux cachets), elles sont constitutives de faux en écriture et ces agissements sont réprimés par le CP. Les poursuites sont engagées sur dénonciation de l'administration et le délinquant est puni des peines prononcées pour le faux

¹- Ainsi, a été condamné un expert comptable qui a eu connaissance de la comptabilité occulte et qui a dressé le bilan selon la comptabilité officielle (minorée) Il en a été de même pour un expert comptable qui,, postérieurement à la déclaration, a renoncé à maintenir les mensonges qu'elle contenait. Cass. Crim. 15 mai 1961, Bull n° 255, p 489. *ibid.* , p 72.

Toutefois, pour pouvoir être réprimé pénalement, l'infraction doit présenter un caractère frauduleux et son auteur doit avoir eu l'intention de frauder. La preuve du caractère intentionnel de l'infraction incombe au ministère public et à l'administration. Il n'y a donc pas de délit si la preuve n'est pas apportée que le contribuable avait connaissance qu'il accomplissait un acte illicite. En conséquence, l'administration doit démontrer que le contribuable a tenté de la tromper en évitant, par exemple, qu'elle soit exactement informée de l'existence et de l'importance de ses revenus ou de ses recettes taxables ou bien de sa situation de fortune s'il s'agit de faire obstacle au recouvrement de l'impôt¹. Cela étant si la preuve du caractère volontaire des agissements constatés est une condition nécessaire du délit, elle en constitue également une condition suffisante..

B- Les formes du délit :

Les actes les plus fréquents qui ressortent tant de dispositions législatives que de la pratique peuvent être classés comme suit :

- ❶ La soustraction ou tentative de soustraction frauduleuse à l'établissement, au paiement partiel ou total des impôts et taxes en vigueur,
- ❷ Le refus de souscrire une déclaration de revenu dans les délais légaux : L'administration doit prouver que cette omission résulte d'une volonté de fraude. En général, même si elle n'y est pas tenue par la loi, l'administration adressera au contribuable défaillant une ou plusieurs mises en demeure d'avoir à souscrire sa déclaration avant de porter plainte. Ce refus s'assimilerait à une rébellion fiscale et devra, après mise en demeure faire l'objet d'une constatation par procès-verbal. Deux relances infructueuses en cas d'omission entraînent établissement d'un procès-verbal de refus.
- ❸ La dissimulation des sommes sujettes à l'impôt. Elle s'entend de tout contrat ou acte juridique dissimulant le vrai caractère de l'opération et de toutes manœuvres tendant à se soustraire à l'impôt, par la dissimulation des sommes sujettes à l'impôt. Cette dissimulation²

¹- La jurisprudence de la Cass. déclare que : «sans qu'il soit nécessaire de constater l'existence de manœuvres frauduleuses, la décision par laquelle les juges du fond ont condamné un cogérant de SARL du chef de fraude fiscale est justifiée. Les juges du fond ont valablement relevé la réunion des éléments constitutifs du délit lorsqu'ils énoncent : que le prévenu a déposé des déclarations de bénéfices et de taxes sur le chiffre d'affaires fortement minorées, que l'existence de ces dissimulations a été établie par le rapprochement des chiffres déclarés avec ceux figurant dans des documents occultes qui enregistraient les recettes réelles de l'établissement et que l'élément intentionnel résultait nécessairement de la tenue de ces documents occultes. Jean-Paul ANTONA-Philippe COLIN- François LENGART, *La responsabilité pénale des cadres et des dirigeants dans le monde des affaires*, Paris, Dalloz, 1996, p 83 – 84.

²- La dissimulation peut porter notamment sur les bénéfices, sur le revenu net global, sur les recettes passibles des taxes sur le chiffre d'affaires ou sur certains éléments de nature à être indirectement pris en compte pour l'octroi de régimes fiscaux particuliers.

résulte le plus souvent de la mise en œuvre de divers procédés frauduleux qui peuvent être, selon l'ingéniosité des fraudeurs, soit simple, soit complexes et qui sont souvent destinés à masquer la situation véritable et à faire échec par avance, aux contrôles et aux vérifications du service. Mais elle peut aussi résulter de la simple souscription de déclaration mensongère, sans qu'aucun procédé de fraude ne soit mis en œuvre ; Tel serait notamment le cas d'un contribuable qui ferait apparaître des déficits fictifs (en totalité ou en partie) ou qui, comptabilisant régulièrement toutes ses opérations, n'en reporterait qu'une partie sur ses déclarations fiscales¹.

④ L'organisation de l'insolvabilité en vue d'échapper au paiement des impôts exigibles. Ce qui peut se traduire par un vidage du patrimoine à l'approche de l'exigibilité de l'impôt par le biais de cessions fictives. Cette organisation suppose que le débiteur a, par un ensemble de mesures, soustrait ou tenté de soustraire ses biens aux poursuites en recouvrement de l'impôt. Ce comportement présente le même degré de gravité que les procédés de fraude touchant à l'assiette des impositions.

La liste des infractions de fraude fiscale détaillée plus haut n'est pas limitative, peuvent s'ajouter tous les faits de soustraction ou de tentative de soustraction à l'établissement ou au paiement de l'impôt. Ces infractions peuvent consister en toute opération montée dans un souci de contourner ou d'éluder: soit par le fait d'avoir sciemment omis de passer ou de faire passer des écritures inexactes ou fictives au livre journal et au livre d'inventaire ou dans les documents qui en tiennent lieu lorsque les irrégularités concernant des exercices dont les écritures ont été arrêtées ; ou par le fait d'avoir utilisé des factures ou mentionné des résultats ne se rapportant pas à des opérations réelles, notamment en ce qui concerne l'établissement des Etats.

Chaque fois, il importe de veiller à l'établissement du caractère frauduleux en mettant en évidence : l'élément matériel, l'élément intentionnel et le préjudice subi au Trésor public².

La tenue de documents comptables est une obligation légale, ils doivent être conservés pendant 10 ans. Ce sont des écritures qui permettent d'enregistrer les mouvements et les transactions entreprises. Toutefois, le Code général des impôts français a assimilé toute omission, inexactitude ou fictivité des documents comptables au délit de fraude fiscale, il le punit comme tel : quiconque a sciemment omis de passer des écritures ou a passé ou fait passer

¹- Jean-Paul ANTONA- Philippe COLIN- François LENGART, *La responsabilité pénale des cadres et des dirigeants dans le monde des affaires*, ouvr. cité. p 84.

²- Gilbert TIXIER, Philippe DEROUIN, *Droit pénal de la fiscalité*, ouvr. cité. p 72.

des écritures inexactes ou fictives au livre-journal et au livre d'inventaire ou dans les documents qui en tiennent lieu

Les commerçants sont soumis aux obligations suivantes :

- Etablissement des comptes annuels ; bilan, comptes de résultats et annexe,
- Tenue d'un livre-journal, d'un grand livre et d'un livre d'inventaire¹.

Les omissions d'écritures et la passation d'écritures inexactes ou fictives sont punissables lorsqu'elles sont relevées non seulement dans le journal ou le livre d'inventaire dont la tenue est prescrite par le Code de commerce, mais également dans les documents, tenant lieu de livres comptables ainsi prescrits. Ainsi, peuvent être sanctionnées, les irrégularités comptables imputables aux industriels et commerçants, mais aussi celles commises par tous les contribuables à qui une disposition légale impose la tenue de certains documents comptables².

¹ - Le livre journal se compose d'un côté d'un journal qui est un livre comptable sur lequel les opérations matérialisées par les documents sont enregistrées opération par opération et jour par jour. Cet enregistrement est fait sous forme d'articles qui peut être détaillé en un ou plusieurs journaux auxiliaires. De l'autre côté, le grand livre qui est l'ensemble des comptes d'une entreprise qui doivent faire l'objet d'un enregistrement après les enregistrements dans le journal. Le grand livre relate les renseignements chronologiques du journal par nature d'opérations dans les différents comptes conservés.

² - ANTONA Jean-Paul, Philippe COLIN, François LENGART, *la responsabilité pénale des cadres et des dirigeants dans le monde des affaires*, ouvr. cité. p 94 – 95.

La Participation démocratique de l'enfant au Maroc : Acquis et perspectives



Par : Ahmed EL MORABETY / Chercheur
doctorant en Droit public, FSJES- Fes

INTRODUCTION :

La notion de participation¹ désigne l'ensemble des procédures, instruments et dispositifs qui favorisent l'implication directe des citoyens au gouvernement des affaires publiques. La participation des citoyens à l'élaboration des politiques publiques s'exerce de plus en plus aujourd'hui à travers ce qu'on nomme « la démocratie participative ». Cette forme récente de démocratie vise à donner la parole aux citoyens grâce aux différentes formes de participation, plus ou moins formelles.

Les citoyens peuvent se prononcer à différents niveaux sur une question qui les intéresse directement². La participation s'opère sous différentes procédures. Ainsi, soit les citoyens prennent la parole de leur propre initiative, soit ils sont sollicités pour le faire, leur participation vise à construire une réponse collective à un problème particulier³, tout pour arriver à assurer une bonne pratique et jouissance de leur droit à la participation démocratique et, en général, de

¹ « Généalogiquement, la notion de « participation » a connu une évolution continue. Depuis les années 60, elle est devenue une monnaie courante dans les politiques des pays développés et commence même à être incluse dans les planifications. Cependant, il a fallu attendre la tenue à Rome en 1979 de la conférence mondiale sur la réforme agraire et le développement rural pour que ce concept s'impose avec certitude dans les politiques socio-économiques des pays ayant atteint un seuil avancé de croissance. Cette émergence incontestable de la notion de participation a obligé les pays développés à revoir leur conception du développement en plaçant les populations locales au centre de leur vision stratégique. De même, des gouvernements et des organismes non gouvernementaux ont été conduits, par la force des changements, à abandonner progressivement le paradigme de « modernisation » utilisé dans les années 70 pour s'engager publiquement en faveur de la participation active des populations afin d'enclencher un processus d'auto-développement »...pour plus de détails sur l'évolution de ce paradigme, prière de voir : Marie-Hélène BACQUE et Yves SINTOMER, La démocratie participative inachevée : Genèse, adaptations et diffusions, Edition Yves Michel, Paris, 2010, pp. 3-4-5.

² M. HURAD, « la participation citoyenne au développement durable », WorkingPaper, Think Tank européen pour la solidarité, Aout 2011, pp.4-5.

³ Fanny COOLS, « La démocratie participative : une opportunité pour encourager la participation des personnes en situation d'exclusion », WorkingPaper, CBCS, Janvier 2012, pp.4-5.

leurs droits humains comme ils sont reconnus dans les législations nationales et les déclarations internationales en matière de droits de l'homme. C'est tout à fait la question qui abordera l'étude présente, en axant particulièrement sur le droit de l'enfant à la participation.

En effet, la convention internationale des droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989 par les Nations Unies, reconnaît, pour la première fois dans l'histoire humaine, les enfants comme étant des personnes à part entière, dont la dignité doit être respectée, et comme des citoyens titulaires des libertés fondamentales d'expression, d'information, d'association, de réunion, de pensée et de conscience. Et, par son article 12, elle leur accorde le droit de donner leurs avis sur toute affaire les concernant, les Etats doivent garantir que leurs opinions soient prise en considération.

Pour le comité des droits de l'enfant des Nations Unies, qui est chargé de contrôler l'application de la Convention par les Etats, l'article 12 est l'un des principes de base de la Convention, entraînant une révision fondamentale de l'approche traditionnelle qui voit dans les enfants les destinataires passifs de la protection des adultes.

Généralement, les enfants, selon les dispositions de cette convention, peuvent participer dans les contextes suivants :

- Les évènements tenus au niveau local, régional et national ou international dans lesquels les enfants sont invités à donner leur point de vue ;
- Les initiatives destinées aux enfants (loisirs, colonies de vacances, activités culturelles, parlement de l'enfant, conseils communaux de l'enfant...etc).
- Les projets et activités des associations et les acteurs associatifs travaillant avec les enfants ;
- Les projets de développement au niveau local dans lesquels les enfants sont impliqués directement ou indirectement¹.

¹Othman MAKHON et Hmida SAHER, Droits de l'enfant et action associatif au Maroc : Elements d'analyse et axes d'intervention, Espace Associatif, DAR –AL-QALAM, Rabat, 2009, pp.130-131.

Dans ce contexte, l'approche participative, théoriquement institutionnalisée et adoptée par la nouvelle constitution 2011 au Maroc et de plus en plus mise en pratique dans les dernières années, part d'une vraie tendance nationale vers le renforcement de la démocratisation du processus décisionnel dans les administrations publiques, et ceci vient dans le cadre plus large des engagements du Royaume dans le domaine des droits de l'homme, tout particulièrement dans la nouvelle constitution du pays¹.

Nous nous sommes fixés comme objectif principal de notre étude, de comprendre par l'analyse la contribution de la démocratie participative à la promotion des droits de l'enfant et les liens explicites qui existent entre ces deux notions.

Cet objectif est décliné en des objectifs spécifiques suivants qui visent à :

- Aborder l'approche participative, selon ses méthodes et ses outils, comme un nouveau paradigme de l'action public au Maroc ;
- Vérifier dans quelle mesure le droit à la participation est appliqué aux enfants;
- Démontrer, à travers les politique publique et les pratiques, l'interaction et les liens entre la démocratie participative et droits de l'homme, et analyser comment ce processus participatif contribue à la consolidation et renforcement d'une dynamique démocratique au Maroc..

Ainsi, notre mémoire tentera de répondre à la problématique centrale suivante : **Dans quelle mesure la démocratie participative contribue à la promotion des droits de l'enfant au Maroc ?** Et quels sont les défis, les difficultés et les obstacles qui se mettent debout devant ce processus participatif ? La réponse provisoire à ces interrogations se trouve dans la formulation de l'hypothèse relative à cette étude.

Notre hypothèse générale concernant cette problématique centrale est que la démocratie participative au Maroc est en faveur des droits de l'enfant. Cette hypothèse centrale est divisée en deux sous hypothèses correspondant chacune à un Chapitre du présent étude comme suit :

- Dans le premier chapitre, nous aborderons tout d'abord les différents aspects de la participation des enfants dans la prise de décision ; soit en ce qui concerne la possibilité de participer au niveau des questions qui le concernent directement, ou bien de participer à la vie de sa communauté (participation citoyenne).

¹ Suite au référendum du 1er juillet 2011, le Maroc a adopté une nouvelle constitution qui consacre les droits de l'Homme tels que reconnus universellement et stipule la protection de ces droits, en prenant en considération leur universalité et leur indivisibilité. La constitution marocaine a adopté l'ensemble des droits de l'Homme prévus dans la déclaration universelle des droits de l'Homme, consacré la primauté des conventions internationales ratifiées par le Maroc sur la législation nationale et affirmé l'engagement du Maroc à harmoniser ces législations avec les dispositions de ces conventions. En ce qui concerne le droit à la participation, la Constitution a réservé une dizaine d'articles à la participation citoyenne sous ses différentes formes : soit directement soit via les associations, les parties politiques, les syndicats, les acteurs sociaux..

- La deuxième chapitre se concentre sur les contraintes et les défis qui l'empêchent de jouir de ce droit, en parlant particulièrement des efforts à accomplir et des lacunes à remplir pour que le Royaume renforce ses réalisations en la matière afin de développer et consolider la participation démocratique.

PREMIER CHAPITRE : Les aspects de la participation des enfants au processus décisionnel :

D'après l'article 12 de la CDE et ses applications par les Etats-parties¹, le droit à la participation de l'enfant s'entend comme le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité². Liberté d'expression constitue en effet un élément angulaire qui ouvre la porte à la démocratie³.

Dans le cadre de la mise en œuvre de cette convention en faveur des droits de l'enfant, le Maroc a instauré un département gouvernemental chargé du suivi de la question de l'enfance. De même, le Congrès national des droits de l'enfant a été mis en place pour évaluer les progrès réalisés et identifier les actions à mener. Il a pour organe exécutif l'Observatoire des Droits de l'Enfant⁴.

Afin de garantir le droit de l'enfant à la participation, le paysage démocratique du Maroc a connu la création des instances qui ont contribué, d'une manière efficace et novatrice à la promotion des droits de l'enfant (I), sa participation s'exerce également aux plusieurs espaces publiques (II).

I - Aux niveaux des instances élus :

- Parlement de l'enfant : crée en 1999, ce parlement a permis aux enfants d'exprimer leurs soucis, d'intervenir dans les actions qui les concernent, d'interpeller le Gouvernement et de mener une action de plaidoyer auprès des différentes institutions et autorités concernées par l'enfance.

¹ Lors de la session extraordinaire de l'Assemblée Générale des NU consacrée aux enfants en 2002, les chefs d'Etats et de gouvernement ont affirmé leur détermination « à saisir cette occasion sans précédent de changer le monde pour les enfants et avec eux ». Dans cette déclaration, ils reconnaissaient que l'avenir du monde ne peut se faire sans la participation des enfants. Ils s'engageaient à « écouter les enfants et assurer leur participation » et « à respecter leur droit d'expression et de participation à toutes les questions qui les touchent... » in : Boukhari SOUPHI(ed), la situation des enfants au Maroc, Analyse selon l'approche basée sur les droits de l'homme, UNICEF-Maroc, 2007, p. 82.

² BENNANI Saad, les droits des enfants : de nouvelles approches, Rabat, 2005, p.56.

³ "An interest in children's participatory rights has become quite strong over the last decade, particularly within the sociology of childhood, which has emphasized children as citizens, social agents, and social participants" in: Tom O'Neill and Zinga, Children's rights, Multidisciplinary Approaches to Participation and Protection, University of Toronto Press, London, p. 227.

⁴ Prière de voir : Engagement du Royaume du Maroc en matière des Droits de l'Enfant, ONDE, Rabat, 2008, p.16.

D'après la charte de ce dernier¹, les objectifs de parlement de l'enfant sont :

- le suivi de la mise en application de la convention des Nations Unies relative aux Droits de l'Enfant. L'ancrage de la culture des droits de l'enfant et la sensibilisation à son importance.
- La promotion de l'éducation démocratique, de la citoyenneté et de la tolérance.
- La promotion d'une culture de dialogue entre les enfants d'une part et entre les enfants et les responsables d'une autre part.
- L'activation des droits de participation chez les enfants².
- Conseils Communaux de l'Enfant :

L'expérience, menée depuis 2001 relative à la création de Conseils Communaux de l'Enfant, initiée par le SEFEPH, en collaboration avec le M.I, le MEN, l'ONDE et les CCE, permet aux enfants de s'imprégner des principes de la démocratie locale, de se familiariser avec la gestion des affaires locales et de sensibiliser les élus locaux aux problèmes ainsi qu'aux attentes des enfants³.

En plus, le Plan de Développement Communal (PDC) en faveur de l'Enfant, initié dans le cadre du Programme de Coopération Maroc-UNICEF intitulé "*Soutien des Enfants en Milieu Rural*", s'appuie sur une approche participative, visant l'élaboration d'un diagnostic participatif, d'une monographie communale de l'enfance, et d'une meilleure protection des enfants des communes rurales visées par ce programme.

Il existe également d'autres structures qui constituent des milieux d'apprentissage de la citoyenneté, des canaux de promotion de la culture des droits de l'enfant et du suivi de la mise en œuvre de la Convention relative aux Droits de l'enfant, telles : le Conseil National de l'enfant, les Comités Juniors et les Clubs d'Enfants, créés à l'initiative de la Ligue marocaine pour la protection de l'enfance, ainsi que le Forum des jeunes marocains du 3^{ème} millénaire⁴.

II- Autres niveaux de la participation de l'enfant :

¹Prière de voir : paragraphe 3 de la charte. Tandis que la 4^{ème} paragraphe stipule que : « *Le parlement de l'enfant joue un rôle sur les plans régional et national dans la défense de l'enfant et de ses droits ainsi que dans l'intervention auprès des responsables par le biais des recommandations, des propositions et des questions* ».

²La participation de l'enfant via le parlement de l'enfant, constitue également un important dispositif dans le processus de mise en œuvre par le Maroc de la Convention des Droits de l'Enfant. Le parlement de l'enfant est un forum qui offre l'occasion à des enfants appartenant aux différentes tranches d'âge et provenant de l'ensemble des régions du Royaume de disposer d'un cadre permanent et d'une structure d'échanges et de débats pour exprimer leur point de vue sur l'ensemble des affaires les concernant, proposer des solutions et participer de manière effective aux actions menées en leur faveur. Cité dans : Plan d'action nationale pour l'enfance 2006-2015, Maroc digne de ses enfants, Royaume du Maroc, Rabat, p.45.

³Une première session de formation en faveur des Conseils Communaux pour enfants a été organisée les 29 et 30 avril 2005 à la ville de Bouznika ; 150 enfants membres des conseils communaux pour enfants et du personnel encadrant ont bénéficié de cette formation pour : - Contribuer à la promotion de la culture de la citoyenneté, de la démocratie et de la tolérance chez les enfants – Enrichir le dialogue et la concertation entre enfants – Sensibiliser les enfants dans les domaines concernant les enfants en apportant une attention particulière aux phénomènes émergents – Encourager les jeunes élus à exprimer leur point de vue. Cette première session de formation a aussi été l'occasion pour les enfants bénéficiaires d'enrichir le Projet Plan d'action national pour l'enfance (2006-2015) dans le cadre d'ateliers de travail sur l'éducation, la santé et la protection.

⁴Plan d'Action Nationale pour l'Enfance 2006-2015, op, cit., p.46.

Dans ce cadre, on cite particulièrement la participation au niveau de l'école, des législations et dans des centres et des institutions de sauvegarde.

Au niveau scolaire¹, la réforme de l'éducation et de la formation a constitué un cadre favorable à la mise en place d'un certain nombre d'initiatives et de projets destinés à décroquer l'école et à l'ouvrir sur son environnement social. Certaines de ces initiatives ont permis de mettre en place quelques expériences de promotion de la participation des enfants à la gestion de leurs établissements scolaires. Il s'agit plus particulièrement de :

- La mise en place des Conseils de gestion des établissements de l'enseignement secondaire (lycées) au sein desquels la participation des élèves est requise ;
- La création des coopératives scolaires au niveau des écoles primaires avec la possibilité de désignation (élection) des délégués de classe
- L'expérience des clubs de droits de l'homme et de la citoyenneté créés au sein de plusieurs établissements secondaires dans l'urbain et en partenariat avec les ONG ;²
- Les partenariats entre le Ministère de l'Education Nationale (MEN) et plusieurs ONG (y compris les ONG travaillant dans le domaine des droits de l'homme et de la citoyenneté) ;
- L'élaboration de nouveaux manuels portant sur l'éducation à la citoyenneté comportant dans le cadre du socle des compétences programmées, le concept de la participation de l'enfant. Par ailleurs, certaines leçons focalisent directement sur la participation (notamment en 5ème et 6ème primaire, voir annexe). Enfin, des notions sur la participation sont intégrées aux différentes leçons³.

Toutefois, en dépit de ces avancées, il semble que ces expériences souffrent de plusieurs limites parmi lesquelles :

- faible institutionnalisation de ces initiatives qui sont loin d'être généralisées ni dotées des moyens et ressources suffisants et qui n'ont pas fait l'objet d'un suivi ni d'une évaluation ;
- les conseils de gestion des établissements ne sont pas ouverts aux élèves du primaire;
- un déficit notable est enregistré en matière d'encadrement de ces initiatives et de

¹ Selon la charte de l'éducation nationale, et conformément à l'esprit de l'article 13 de la CDE, l'enfant a le droit à la participation fondée sur l'approche des droits de l'homme afin de le préparer pour assumer activement des responsabilités de la vie dans sa propre société. Acetégard, on peut dire que :

"Schools, as a small models of society, provide structures that encourage young people to exercise their rights, they at the same time engage in a process of education-young people learn to value their rights and they develop the skills and attitudinal dispositions that are central to democratic citizenship" in: Tom O'Neill and Zinga, Children's rights, Multidisciplinary Approaches to Participation and Protection, op, cit, p. 227.

² Conformément à l'article 15 qui reconnaît les droits de l'enfant à la liberté d'association et la liberté de réunion, les clubs de l'éducation à la citoyenneté et aux droits de l'homme ont pour mission d'inculquer un ensemble de valeurs et de comportements responsables aux enfants, tout en développant leurs talents, leur autonomie et leur capacité de prise en décision.

³ Espace Associatif, *Droits de l'enfant et action associative au Maroc Eléments d'analyse et axes d'intervention*, Espace Associatif, Rabat, 2011, p.132.

mise en place des processus de participation des enfants¹.

En effet, la participation ne peut être effective si l'enfant ne dispose pas du droit à l'information², car l'enfant mal informé est une personne mal outillée pour participer efficacement au processus de décision. Dans cet esprit, le Plan d'Urgence d'éducation et de formation tout comme la Charte Nationale de l'Education, accélérerait la conception et la mise en place de programmes de télé-enseignement et d'équipement des écoles en nouvelles technologies d'information et de communication, afin de faciliter et d'avancer vers l'égalité des chances d'accès aux bases de données et aux réseaux documentaires, dans le but de faciliter le droit de participation pour les différents composants de l'école, particulièrement pour les enfants³.

Ainsi, la création de revues de presse pour les enfants, l'utilisation de l'internet, non seulement ont fait entrer le droit à l'information⁴ dans la pratique courante des écoles marocaines, mais aussi ils contribuent effectivement à faciliter la communication, et par conséquent, la participation active et effective à la vie scolaire.

Au niveau des législations également, les progrès ont été notables durant les dernières années surtout par la promulgation du Code de la Famille (2004) et par la révision partielle du Code Pénal (2003). Ces deux textes ont introduit de nouvelles dispositions visant à promouvoir le droit de l'enfant à la participation.

Dans ce cadre, le nouveau Code de la Famille confère à l'enfant le droit de choisir son parent gardien en cas de dissolution des liens du mariage (Art. 166) qui dispose que « *Lorsqu'il est mis fin à la relation conjugale, l'enfant qui a atteint 15 ans révolus a le droit de choisir lequel de son père ou de sa mère assumera cette garde* » et, en cas d'absence des deux, « *il peut choisir l'un de ses proches parents* »⁵.

¹Prière de voir : Talach ISMAHAN, Participation à la gestion des institutions de l'enseignement au Maroc, Darthakafa, Casablanca, 2000, p.82.

²Comme l'indique le Manuel relatif à l'établissement des rapports sur les droits de l'homme, 1997, « *il faut donner à l'enfant les informations nécessaires sur les différentes solutions possibles et sur leur conséquences. Une décision ne peut être libre que si son auteur est informé* ».

³Programme d'Urgence 2009-2012, Royaume du Maroc, Ministère de l'enseignement, Maroc, 2009.

⁴L'article 17 de la CDE stipule que: « *Les Etats parties reconnaissent l'importance de la fonction remplie par les médias et veillent à ce que l'enfant ait accès à une information et à des matériels provenant de sources nationales et internationales diverses, notamment ceux qui visent à promouvoir son bien-être social, spirituel et moral ainsi que sa santé physique et mentale. A cette fin, les Etats parties: a) Encouragent les médias à diffuser une information et des matériels qui présentent une utilité sociale et culturelle pour l'enfant et répondent l'esprit del'article 29; b) Encouragent la coopération internationale en vue de produire, d'échanger et de diffuser une information et des matériels de ce type provenant de différentes sources culturelles, nationales et internationales; c) Encouragent la production et la diffusion de livres pour enfants; d) Encouragent les médias à tenir particulièrement compte des besoins linguistiques des enfants autochtones ou appartenant à un groupe minoritaire e) Favorisent l'élaboration de principes directeurs appropriés destinés à protéger l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être, compte tenu des dispositions des articles 13 et 18.* »

⁵Espace Associatif, Droits de l'enfant et action associative au Maroc, op, cit., p.132.

Cette disposition, hormis l'abolition de la discrimination entre garçon et fille, est sujette à controverse :

-D'une part, la spécification de l'âge (15 ans). Un enfant est un sujet actif de droit qui devrait être écouté dans toute procédure judiciaire dès qu'il est capable de discernement. L'article 12 de la CDE ne fixe d'ailleurs aucune limite inférieure pour l'âge à partir duquel l'enfant a le droit d'exprimer ses opinions¹.

-D'autre part, l'enfant a, selon le Code de la Famille «le droit de choisir», et non seulement de donner son opinion. Cette disposition peut, en effet, paraître comme étant une application à la fois de l'intérêt de l'enfant et de son droit à donner son opinion. Or, choisir c'est décider la décision peut être lourde à porter par l'enfant.

Dans ce cas précis, l'enfant pourra faire des choix allant à l'encontre de son **intérêt supérieur**. Mais, d'un autre côté, il est en droit d'opter pour le parent le plus apte à lui assurer les meilleures conditions de vie. En définitive, la décision ne devrait pas être entièrement imposée à l'enfant.

Toutefois, malgré ces avancées, le Code de la Famille ne mentionne la « *prise en compte de l'opinion de l'enfant sur toute question l'intéressant...* » (Art.12 de la CDE) dans aucun article, de façon explicite permettant son invocation devant les tribunaux².

Concernant le Code Pénal, la nouvelle révision du Code pénal n'a pas suffisamment pris en compte le droit de l'enfant à la participation. Les modalités de participation de l'enfant à la procédure judiciaire ne se conforment pas pleinement aux standards internationaux relatifs à la justice des enfants³. Ainsi, par exemple, en cas de violence familiale, la loi ne fait pas obligation au juge d'écouter/consulter l'enfant. Enfin, un travail d'harmonisation entre le code pénal et le Code de la famille reste à entreprendre⁴.

Dans ce cadre, il est à noter que les ONG travaillant dans le domaine des droits de l'enfant doivent développer leur stratégie de plaidoyer afin de :

- Faire amender les textes juridiques dans le sens de garantir une plus grande protection des enfants contre les violences et la maltraitance;
- Faire adopter des mesures de signalement et de dénonciation des violences et de maltraitance des enfants;
- Faciliter l'accès des enfants et des organisations de droits de l'enfant à la justice ;

¹Ibid.

²Espace Associatif, Droits de l'enfant et action associative au Maroc, op, cit., p.34.

³CNDH, Enfants dans les centres de sauvegarde : une enfance en danger, pour une politique de protection intégré de l'enfant, publication CNDH, p.23.

⁴Idem.

-Faire participer les enfants qui ont le droit d'être écoutés / consultés dans tous processus d'élaboration des lois les concernant.

Au niveau des institutions de sauvegarde, certaines actions positives ont été mises en place récemment, notamment l'élaboration par le ministère de la Justice d'un guide des droits des mineurs destiné aux mineurs placés dans les institutions de sauvegarde et dans les prisons.

Toutefois, les participants ont été unanimes à souligner les déficits et lacunes actuels en matière de mécanismes et processus de participation des enfants placés dans les institutions de sauvegarde et dans les orphelinats. Ces déficits sont à la fois d'ordre juridique (absence de textes législatifs en la matière) et de vécu des enfants dans ces institutions.

Ainsi, malgré l'élaboration du guide des droits de mineurs, dans plusieurs prisons (exemples le pavillon des mineurs de la prison de Kenitra), seuls les devoirs des mineurs sont inscrits sur le mur du pavillon¹.

Dans ce cadre, Les associations ont la responsabilité de proposer et de plaider auprès des pouvoirs publics en faveur de:

- L'élaboration et la mise en œuvre de décrets d'application de la loi sur les établissements pénitentiaires pour mineurs;².

- L'élaboration d'un cahier de charge (CPS) stipulant les normes et les mécanismes de participation des enfants détenus placés dans les institutions de sauvegarde, orphelinats et prisons et à la gestion de ces établissements. Le processus d'élaboration des CPS doit intégrer les enfants eux même;

- La mise en place des structures d'écoute des mineurs dans ces établissements. Ces structures doivent être dotées d'autonomie, de compétences et de ressources suffisantes.

Par ailleurs, les loisirs constituent un élément fondamental pour l'intégration des jeunes dans leur environnement économique, social et culturel.

Ainsi, trente centres d'accueil sont implantés dans différentes régions du Maroc. Ils proposent des activités éducatives, culturelles ou sportives dans le cadre de voyages culturels, stages de formation, séminaires, compétitions, etc. Mais ils sont sous-utilisés et monopolisés par un public très limité³.

En un mot, le droit à la participation de l'enfant dans les différents espaces, privés et publics, a connu des avancées très considérables au long de la dernière décennie, cependant,

¹Espace Associatif,Droits de l'enfant et action associative au Maroc, op,cit., p.135.

²Espace Associatif,Droits de l'enfant et action associative au Maroc, op, cit., p.136.

³Rapport National sur le suivi du Sommet Mondial pour les Enfant, Royaume du Maroc, Ministère des Droits de l'Homme, Décembre 2000.

ce droit se heurte à des contraintes majeures qui restent en besoin des grands efforts afin de les surmonter. C'est la question que nous aborderons dans la section suivante.

PREMIERE PARTIE: Limites et contraintes de la participation de l'enfant :

Les causes immédiates du non réalisation du droit de l'enfant à la participation sont le non réalisation de son droit à l'information et les limites posées à ses capacités d'expression. Les enfants ont peu l'occasion de s'exprimer et leurs opinions sont rarement prises en considération. En famille comme à l'école, l'autoritarisme domine¹.

La principale cause sous-jacente est l'absence de politique nationale visant la participation des enfants et la promotion de ce droit, qui reste largement ignoré. Les causes structurelles sont la conception dominante de l'enfant, vu comme un être fragile et soumis²; le mauvais rendement du système scolaire, dominé par le conservatisme, le manque de créativité et d'esprit critique ; l'insuffisance des ressources allouées à l'enfance pour couvrir ses besoins en matière de santé, scolarisation, loisirs et culture³.

En effet, les contraintes des enfants, au niveau de leur droit à la participation, réside presque dans tous les niveaux dont nous avons y parlé en haut (I), comme elles se voient particulièrement dans la vie interne des enfants des centres (II).

I- Limites au niveau familial, scolaire et instances élus :

Au niveau familial, une enquête a été menée dans le cadre du programme de Coopération Maroc-UNICEF 2002 à 2008, avec plusieurs partenaires (Haut Commissariat au Plan, Ministère de l'Education Nationale, Ministère de l'Intérieur, Ligue marocaine pour la protection de l'enfance, Observatoire Nationale des droits de l'enfant, etc.). Cette étude a montré que le droit de l'enfant à la prise de décision reste trop faible⁴.

De même, une autre enquête menée auprès de jeunes marocains a constaté que ces derniers considèrent « *la famille comme un espace d'autorité exagérée, de privation et de frustration* ». Cette attitude serait, selon l'enquête, plus courante en milieu urbain⁵.

¹Rapport National sur le suivi du Sommet Mondial pour les Enfants, Royaume du Maroc, Ministère des Droits de l'Homme, Décembre 2000.

²Le Comité des droits de l'enfant des NU entraîne une révision fondamentale de l'approche traditionnelle qui voit dans les enfants les destinataires passifs de la protection des adultes, cité dans : Manuel relatif à l'établissement des rapports sur les droits de l'homme, OHCHR, Genève, 393-505.

³Rapport national sur le suivi du Sommet Mondial pour les Enfants, MND, 2000 .

⁴Une enquête menée par l'UNICEF et l'état, avec plusieurs partenaires à Fès, Marrakech et Tanger, a constaté que les parents prennent peu en compte les opinions de leurs enfants, même pour les décisions concernant l'enfant. Ainsi, seulement 17,6% des personnes interrogées de moins de 18 ans dans le processus de prise de décision. En outre, «les familles à revenu limité sont moins favorables à demander l'avis de l'enfant dans le cas d'une décision de ménage. Sur certaines questions relatives à la famille, les parents semblent plus favorables à la consultation filles.

⁵Ministère de la jeunesse et de sport, consultation nationale des jeunes, Enquête auprès de 18000 jeunes, 2001.

Les parents sont encore peu conscients du droit des enfants à la libre expression en famille et disposent souvent de ressources limitées pour favoriser leur accès à l'information et leur épanouissement intellectuel. Les directeurs d'établissements scolaires ne sont pas tous convaincus de la pertinence du droit à la participation des élèves et les enseignants sont peu formés aux droits de l'enfant et aux méthodes pédagogiques innovantes. Les administrations comme les acteurs de la société civile n'ont pas de ressources à consacrer à ces questions, alors que les besoins les plus élémentaires des enfants ne sont pas comblés, surtout en milieu rural¹.

Au niveau scolaire, il est à constater que, malgré les initiatives faites pour fin de faciliter le droit de participation pour l'enfant, celles-ci sont limitées et n'ont pas tous faits l'objet d'une évaluation. De plus celles qui ont montré leur efficacité et qui demandaient des financements raisonnables tardent à être institutionnalisées, faute de moyens suffisants. Les établissements manquent de compétences dans ce domaine malgré que les expériences de processus participatif menées ont montrés que les responsables éducatifs étaient ouverts à cette démarche².

Au niveau des instances élus, l'expérience de ce dernier suscite des critiques ; les enfants parlementaires sont sélectionnés sur la base de leurs performances scolaires, ce qui n'est pas fécond en termes de l'apprentissage de la démocratie. De plus, ce processus lancé il ya plusieurs années gagnerait à être évalué, à commencer par les enfants eux-mêmes. Enfin, la question se pose de savoir si les délibérations de Parlement de l'enfant sont prises en compte par les politiques publiques³.

Au niveau des instances judiciaires, on constate que malgré les avancées du Code de la famille, aucune article ne mentionne de façon explicite la possibilité d'invoquer devant les tribunaux la « *prise en compte de l'opinion de l'enfant sur toute question qui l'intéressant...* »⁴. Par ailleurs, la récente révision du Code pénal n'a pas suffisamment pris en compte le droit de l'enfant à la participation. En cas de violence familiale par exemple, la loi ne fait pas obligation au juge d'écouter ou de consulter l'enfant⁵.

¹Rapport National sur le suivi du Sommet Mondial pour les Enfant, Royaume du Maroc, Ministère des Droits de l'Homme, Décembre 2000.

²Espace Associatif, Droit de l'enfant et action associatif, op, cit., 139.

³Espace Associatif, Droit de l'enfant et action associatif, op, cit., p.140

⁴Ibid.

⁵Rapport National sur le suivi du Sommet Mondial pour les Enfant, Royaume du Maroc, Ministère des Droits de l'Homme, Décembre 2000.

Au niveau des espaces culturels, le vécu quotidien montre qu'ils sont sous-utilisés, comme ils sont monopolisés par un public très limité dans le cadre d'échanges épisodiques¹. Les maisons de jeunes, aussi, ne conviennent guère aux enfants de plus de 15 ans : les adolescents n'y trouvent ni les équipements éducatifs et sportifs à leurs attentes ni les activités adaptées à leur évolution physique et psychologique.

II- Limites et obstacles de la participation de l'enfant dans les centres :

Concernant la participation des enfants dans les centres, ceux-ci se voient confier un certain nombre de tâches tels que le ménage, le jardinage, la surveillance des enfants plus jeunes, la responsabilité des dortoirs, etc. Les enfants interviewés ne considèrent pas ces tâches comme une réelle implication dans la vie et la gestion du centre mais plutôt comme une exploitation palliant l'insuffisance en ressources humaines².

De même, la notion de participation des enfants aux prises de décision qui les concernent est quasi absente chez l'équipe pédagogique. Sur l'ensemble des centres visités, seulement deux centres ont mis en place des «conseils d'enfants» :

Le centre de Abdeslam Bennani a mis en place «le conseil citoyen de l'enfant» qui participe à la gestion du centre et à l'accueil des nouvelles filles; le centre de Benslimane a désigné des représentants d'enfants qui se réunissent une fois par semaine et chaque fois que cela est nécessaire avec le directeur pour exposer l'ensemble des problèmes rencontrés par les enfants, mais les enfants interviewés contestent le fait que les représentants aient été désignés par le directeur et non choisis selon des critères connus et acceptés par l'ensemble des enfants³.

A ce propos, il est à noter que la situation de l'enfant des centres à l'égard de participation au processus judiciaire, tout comme les autres enfants, reste loin de respecter les obligations de la convention des Nations Unies des droits de l'enfant. Ainsi, lors des visites et entretiens, il est apparu clairement que le droit des enfants d'être informés et entendus lors du processus judiciaire est très peu respecté, leur protection et leur intérêt supérieur sont peu pris en compte, et ce bien que la législation marocaine en principe leur garantit pleinement ces droits :

- En attendant leur présentation devant le juge, les enfants sont retenus dans les commissariats de police, dans des conditions souvent très précaires ;

«Les gendarmes ont fait une descente au village et m'ont menotté et embarqué devant les voisins et mes amis. A la brigade, je leur ai expliqué la situation mais personne ne voulait

¹Idem.

²CNDH, Enfants dans les centres de sauvegarde..., op.cit.

³Rapport National sur le suivi du Sommet Mondial pour les Enfants, Royaume du Maroc, op.cit.

m'écouter. Ils m'ont giflé et insulté et m'ont présenté au juge. Ce dernier m'a placé dans le centre et j'attends son jugement depuis trois mois. J'espère que lui au moins prendra en considération ma situation»témoignage d'un enfant¹.

- Les enfants ne sont pas dûment informés par le juge sur la procédure de placement ainsi que sur leurs droits ;
- Les parents ou tuteurs ne sont pas systématiquement avisés ;
- La priorité n'est pas accordée aux enfants ayant passé la nuit dans les locaux de la police pour comparaître devant le juge des mineurs (certains enfants devant attendre une bonne partie de la journée dans les couloirs du tribunal avant la comparution devant le magistrat;
- L'évaluation médicale et psychologique notamment des enfants présentant des troubles de comportement et /ou des addictions, n'est pas systématisée;
- L'octroi de l'assistance légale se fait au dernier moment et souvent dans le couloir en attendant la comparution devant le juge ;
- L'avis de l'enfant n'est pas souvent pris en compte ;
- Le recours à la procédure de conciliation reste faible ;
- Les longs délais de réalisation des enquêtes familiales ne concourent pas à la prise de décision rapide du juge quant à la prise en charge appropriée de l'enfant ;².

Le témoignage suivant illustre bien ces contraintes qui envisagent l'enfant :

***« Moi je n'ai commis aucun délit. Je travaillais, j'avais une petite charrette et je vendais des CD. J'aidais ma mère qui ne pouvait pas travailler. L'autre jour, les agents des Forces auxiliaires sont arrivés, m'ont cassé tous les CD et m'ont giflé. J'ai protesté et j'ai essayé de leur expliquer ma situation, ils ne voulaient pas m'entendre. Et voilà aujourd'hui je suis enfermé, ma mère n'est pas au courant. J'essaye chaque jour de voir avec les encadrants et le directeur pour qu'ils demandent ma remise en liberté par le juge, sans succès. Je ne sais quoi faire, je n'ai pas les moyens d'avoir un avocat et je n'ai personne qui viendra me chercher à part ma mère qui souffre et qui m'attend à la maison*»**³.

- Le recours au placement dans les centres reste largement privilégié par rapport à la prise en charge en famille ou en milieu ouvert sous le régime de la liberté surveillée, et ce souvent au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant ;

¹ibid.

²Ibid.

³Ibid.

- Le suivi des enfants placés, qui doit être assuré par le juge comme le prévoit la loi, reste très aléatoire. Ceci entraîne souvent des placements de longue durée du fait de l'absence de révision des mesures judiciaires initiales¹.

Ces dysfonctionnements résultent de plusieurs facteurs relatifs à :

- La méconnaissance des lois par les acteurs intervenant auprès des enfants mais également par les enfants et leurs familles;
- L'insuffisance de ressources humaines dûment qualifiées, telles que les juges pour mineurs, les substituts officiers de police chargés de la protection des mineurs et les travailleurs sociaux.
- L'insuffisance de formation en matière de lois et procédures des officiers de police, des juges, des procureurs, des travailleurs sociaux et même des avocats;
- L'insuffisance de contrôle effectif des postes de police par le Parquet selon les modalités fixées par le législateur ;
- L'insuffisance de moyens matériels et logistiques.
- Le droit des enfants placés à la participation n'est pas pleinement garanti.
- Le droit des enfants d'être entendus, protégés et assistés légalement tout au long du processus judiciaire n'est pas pleinement respecté².

Au niveau des medias, en dépit des efforts entrepris dans le cadre du Forum des médias pour l'enfant, l'image des enfants et des jeunes dans les medias reste presque exclusivement liée à l'événementiel, à la polémique au sensationnel. Les règles éthiques à l'égard des enfants sont rarement respectés : faible protection de l'identité de l'enfant, violation de la vie privée, victimisation des plus vulnérables, des enfants maltraités et exploités, etc. La plupart des medias diffusent des messages qui renforcent l'image dominante de « l'enfant objet » et de l'enfant soumis³.

Dans ce cadre, il est à noter encore que les associations d'une façon générale, et plus particulièrement celles qui sont quantitativement les plus nombreuses (travaillant dans le domaine des activités culturelles et de loisirs) adoptent très peu l'approche basée sur les droits et enregistrent de grandes lacunes en matière de promotion du principe du droit de l'enfant à la participation tant en interne que vis-à-vis des pouvoirs publics.

¹ibid.

²ibid.

³Programme de coopération Maroc-UNICEF 2002-2006, rapport de l'Atelier des jeunes, Rabat, Aout 2004.

Les associations travaillant dans le domaine de l'enfance (contrairement aux associations des droits des femmes, par exemple) investissent très peu le plaidoyer étant qu'un outil efficace et efficient pour influencer sur les législations, mécanismes et politiques publiques dans le sens d'une plus grande prise en compte du droit de l'enfant à la participation¹.

Devant ces défis et contraintes, et afin de développer le droit de la participation des enfants, le Comité de l'enfant des Nations Unies a recommandé en 2003 à l'Etat marocain de « promouvoir et de favoriser au sein de la famille, à l'école, dans les tribunaux et les organes administratifs, le respect des opinions des enfants et leur participation dans toutes les affaires les concernant, conformément à l'article 12 de la Convention », et de « mettre en place dans les communautés des programmes de formation à l'intention des enseignants, des travailleurs sociaux, des fonctionnaires locaux et des chefs religieux pour leur permettre d'aider les enfants à exprimer leurs vues et opinions en connaissance de cause et de prendre celles-ci en considération ».

CONCLUSION :

Après avoir situé les dispositions internationales en matière de la participation démocratique de l'enfant, cette étude a permis de présenter dans le détail les différents aspects de la participation de l'enfant marocain au processus décisionnel dans la sphère privée et publique, notamment l'implication de l'enfant dans la gestion des affaires se rapportant à la vie familiale, scolaire et publique reste un élément clé pour le préparer à assumer sa responsabilité dans la société, dans le but de bâtir une citoyenneté active et effective.

¹CNDH, Enfants dans les centres de sauvegarde..., op.cit., p.143.

Le droit à un procès équitable : un souci d'un droit pénal équitable



Hicham MOUJAHID : Doctorat en Droit Privé

Université de Perpignan Via Domitia Académie de Montpellier

Email : moujahid.hicham1@gmail.com

Introduction :

Partant de cette citation " Le droit à un procès équitable : un souci d'un droit pénal équitable ". Le Maroc ne réalisera la démocratie qu'elle entend promouvoir que si la justice et en particulier la justice pénale répond, de la manière la plus juste, la plus adéquate et la plus pertinente, aux légitimes aspirations de la communauté. Cette exigence fondamentale concerne tous les citoyens dans tous les aspects de leur vie et de leurs activités. Elle s'impose à toutes les structures et à toutes les organisations judiciaires et parajudiciaires marocaines. En effet les exigences et les souhaits sont primordiales, pour une justice pénale attentive aux problèmes qui lui sont soumis et qui veille à y apporter dans les meilleurs délais, la réponse la plus juste, la plus pertinente et la plus adéquate.

Certainement, ces objectifs doivent être visés par le pouvoir législatif marocain qui connaissait que la justice pénal au Maroc ne répondait pas encore entièrement à l'aspiration, notamment de célérité des citoyens¹. Lenteur au niveau des jugements, procès inéquitable. Cette situation paraît contradictoire avec la volonté du Maroc de la démocratisation de la justice pénale, démocratie qui exige qu'aucune entrave ne peut être mise à l'accès à la justice, ainsi qu'au droit

¹ Prenant l'exemple de la loi anti terroriste marocaine qui a fait l'objet de plusieurs critiques, les défenseurs des droits de l'homme lui reprochent le manque de garanties du respect des droits humains et l'omniprésence du souci sécuritaire. Parmi les critiques les plus significatives soulevées par cette loi, on peut signaler : la violation manifeste du principe de la présomption d'innocence, de légalité et du procès équitable, elle est marquée par une restriction des libertés et une régression grave par rapport à certains acquis. Ceci se manifeste surtout au niveau de la prolongation de la période de la garde à vue qui peut atteindre douze jours en vertu de la loi anti_ terrorisme il ya eu prolongation pour les crimes de terrorismes de la durée de la garde à vue 96 heures renouvelables deux fois pour une durée de 96 chaque fois sur autorisation écrite du ministère public. La possibilité d'effectuer des perquisitions à domicile à toute heure du jour et de la nuit en dehors des heures légales..... . « *Le difficile chemin des droits de l'homme au Maroc ; du déni à la reconnaissance* », Par SAADI Mohamed, L'Harmattan 2009.

d'un procès équitable. Plusieurs questions demandent de réponse pour mesurer le degré de la démocratie pénale au Maroc. Entre autre l'accès à la justice pénale est-il réellement et véritablement réalisé lorsqu'il faut attendre des années avant de connaître la décision réservée à la demande et qu'en raison du temps écoulé pour l'obtenir ? Est ce que le droit d'un procès équitable est respecté dans les phases procédurales ?

Nous répondons au préalable à ces questions par un oui. Effectivement, il y'a un respect du principe du droit à un procès équitable que dans les textes de loi, dans l'attente de sa mise en œuvre effective dans la pratique que ce soit au niveau national **I** ou international **II**.

I. La nécessité de la mise en œuvre effective de la notion du procès équitable dans la pratique judiciaire marocaine

Il ne faut pas méconnaître les efforts effectués par le Maroc afin de garantir un procès équitable aux justiciables, ni réduire le droit d'accès à ce principe. Cependant, on ne devrait pas songer à des mesures qui pourraient, de manière séparée ou cumulative, développer la qualité même de cet accès en remédiant à d'autres alternatives pour assurer le respect des droits de l'homme en procédure pénale. Alternatives qui pourraient porter sur une meilleur contrôle et sur l'instauration et le développement de procédures parallèles, sur l'efficacité des interventions judiciaires et à l'exécution de leurs décisions. Cela ne demande pas des assises et des conférences mais des interventions concrètes et effectives afin de retoucher et d'enrichir et d'appliquer la proposition de loi en formulant des amendements qui ont pour but de dégager les lacunes dans les textes des lois mise en œuvre, lacunes qui ne sont pas couvertes par le code de procédure pénale et mettent à mal une harmonisation de la législation nationale aux principes internationales des droits de l'homme.

En effet, harmoniser le droit marocain avec ces principes internationaux, permettra une meilleure justice et une répression effective des crimes par les juridictions marocaines. Il s'agit de respecter les droits à un procès équitable de telle sorte que les décisions judiciaires qui sanctionnent ces procès soient exemptes de violations essentielles de ces droits aussi bien quant au fond que quant à la procédure¹.

Un appel est donc lancée aux décideurs que sont les parlementaires mais aussi à l'intention des membres du gouvernement, membres de la société civile et autres institutions intéressées d'apporter leur soutien à l'adoption des mesures procédurales garantissant les droits de l'homme². Parmi ces mesures la consécration de la notion de procès équitable non seulement devant un tribunal, mais encore durant l'intégralité de la procédure. Par exemple, en cas de recours à des techniques spéciales d'enquête, la présomption d'innocence et le droit au silence doivent être respectés. Les droits de la défense font intrinsèquement partie du procès équitable et de l'égalité des armes.

Ainsi et afin d'éviter le recours déraisonnable ou arbitraire à l'enquête proactive et aux techniques spéciales d'enquête, l'Etat devrait dûment informer toute personne des mesures prises à son encontre et prévoir des recours devant un tribunal. En cas d'arrestation policière ou de détention, la personne doit pouvoir invoquer « *l'habeas corpus* » et disposer de la présence d'un avocat et d'un interprète. Aucune détention préalable ne peut être fondée sur un témoignage anonyme illégal ou sur une preuve obtenue par l'utilisation abusive de techniques spéciales d'enquêtes. La personne arrêtée doit être présentée dans les meilleurs délais devant un tribunal. La charge de justifier l'arrestation ou la détention incombe à l'Etat, même pour les crimes organisés et les actes de terrorismes.

¹ De plus l'Etat a l'obligation concrète de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour garantir l'exercice aussi bien théorique que pratique de ces droits. Cela englobe la mise à disposition de moyens financiers suffisants au profit de l'appareil judiciaire. Les points abordés dans ce manuel revêtent une importance particulière pour les juges, qui sont les premiers gardiens des droits consacrés par l'article 6. Il leur appartient de veiller à ce que la procédure judiciaire, que ce soit au moment de l'instruction, du procès ou de l'exécution du jugement, soit conforme à l'ensemble des normes prévues. Ils ne sont toutefois pas les seules fonctionnaires auxquels incombent de telles responsabilités. Les services de police et le parquet ont en effet l'obligation, vis-à-vis des victimes d'infractions pénales d'exercer efficacement l'action publique. « *Le droit à un procès équitable, un guide sur la mise en œuvre de l'article de la convention européenne des droits de l'homme* », Par, MOLE Nuala et HARBY Catharina, Précis sur les droits de l'homme, n° 3, direction générale des droits de l'Homme Conseil de l'Europe, édition 2007.

² Parmi les nouveautés ou niveau de la protection des droits des détenus, c'est la convention cadre pour la réalisation d'un programme de réinsertion socioprofessionnelle des détenus. La présente convention a pour objet d'arrêter le cadre général de partenariat entre la fondation Mohammed VI pour la réinsertion des détenus, le ministère de la justice, le secrétariat d'Etat chargé de la formation professionnelle et l'office de la formation professionnelle et de la promotion du travail, pour le développement de la formation professionnelle dans les établissements pénitentiaires. Cette convention arrête, par ailleurs, le mode général d'organisation, de fonctionnement, de gestion et de suivi de la formation professionnelle dans les centres de formation professionnelle existants et futurs à implanter dans les établissements pénitentiaires, « *Fondation Mohammed VI pour la réinsertion des détenus, convention cadre pour la réalisation d'un programme de réinsertion socioprofessionnelle des détenus* », année 2003.

Au niveau de la divulgation des preuves durant le procès pénale, le recours à des témoins anonymes et les preuves classifiées devraient être exceptionnels et qu'avec une autorisation préalable d'un tribunal, dans l'hypothèse d'une menace sérieuse, claire et imminente pour la vie ou en cas de conviction raisonnable que la mesure soit nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de victimes vulnérables ou de la sécurité nationale. Les preuves anonymes émanant des agents chargés de faire observer la loi ou des services de renseignement devraient être strictement justifiées, le tribunal doit fournir des motifs suffisants pour refuser la divulgation des preuves et pour justifier que ce refus constitue une limitation proportionnée au droit de l'accusé à la divulgation, qu'il est nécessaire pour protéger des intérêts légitimes et qu'il peut être contrebalancé au cours de la procédure par des mesures compensatoires de nature à préserver le procès équitable. La défense aussi peut vérifier directement, dans la phase préparatoire ou au cours du procès, la fiabilité de la preuve et de la crédibilité d'un témoin. Donc afin d'assurer un procès équitable, aucune condamnation ne peut être fondée sur un témoignage anonyme illégal, ou sur une preuve obtenue par l'utilisation abusive de techniques spéciales d'enquête.

Dans le même processus de la garantie de procès équitable, les Etats garantiront que les déclarations, preuves et autres informations obtenues, directement ou indirectement, par la torture ou des traitements ou peines inhumains ou dégradants, ne peuvent être utilisées dans aucune procédure judiciaire, administrative ou autre, si ce n'est pour établir la commission d'un tel acte. Les preuves obtenues, directement ou indirectement, par des moyens constituant une violation d'autres droits de l'homme ou de dispositions légales internes, qui compromettent l'égalité des armes ou l'équité du procès, seront irrecevables.

Notons que, le Maroc possède un arsenal juridique solide qui vise à garantir les droits de l'Homme dans les phases procédurales, mais il souffre de la problématique de l'ineffectivité. La pratique quotidienne a révélé l'existence de plusieurs lacunes et problèmes liés à l'ineffectivité des garanties des droits de l'Homme en matière pénale, notamment au niveau de l'enquête préliminaire. Pour dépasser cette situation déplorable, le pouvoir exécutif doit veiller à l'application concrète des lois, pour qu'on passe de l'ineffectivité à l'effectivité.

II. *La nécessité de la mise en œuvre effective de la notion de procès équitable dans la pratique judiciaire internationale*

La notion de procès équitable concerne non seulement la procédure devant les juridictions nationales, mais encore devant les juridictions internationales¹. Notons ainsi, qu'après le déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, le droit à un procès équitable est apparu successivement dans les instruments universels : dans le pacte international des droits civils et politiques de 1966 dans son article 14, ainsi qu'aux instruments régionaux des droits de l'Homme, notamment (l'article 6 de la convention européenne des droits de l'Homme, l'article 7 de la charte africaine des droits de l'Homme et des peuples et complété par la résolution de 1992 et l'article 8 de la convention interaméricaine des droits de l'Homme). Aussi, ce principe est la contestation des différentes organisations non gouvernementales opérant dans le domaine des droits humains à travers le monde².

Le renvoi au procès équitable se trouve aussi bien dans les documents constitutifs que dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda. La montée de crimes internationaux nécessite de multiples interventions du droit pénal international, intervention qui ne peut être efficace qu'avec une coopération effective des Etats concernées.

Les Etats devraient respecter les droits de l'homme consacrés au niveau international et régional et lorsqu'il est applicable, le droit international humanitaire et ils ne peuvent jamais agir en violation des normes impératifs de droit international, même quand il est fait usage de mesures procédurales spéciales pour enquêter et poursuivre le crime organisé et le terrorisme. Les Etats sont exhortés à accepter l'autorité des juridictions internationales des droits de l'homme. Les normes et standards internationaux, qui ont un effet contraignant, devraient avoir

¹ De même pour son efficacité, le droit à un procès équitable doit être effectif. Il ne suffit Delors pas que les apparences de la justice soient demeurées sauves et que les parties aient bénéficié des facilités nécessaires à la préparation de leur défense pour que l'exigence de procès équitable se trouve rencontrée en l'espèce. Le droit à un procès équitable n'est pas garanti du seul respect purement formel des règles de procédure, le prévenu devait effectivement disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense. « *Justice pénale et procès équitable : tome 2* », Par KUTY Franklin, p. 354.

² Les dispositions internationales pertinentes. L'article 6, § 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que « tout personne a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable par un tribunal qui décidera du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle : l'article 14, S3 du pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose, quant à lui que toute personne d'une infraction pénale a droit à être jugée sans retard excessif : ces deux dispositions internationales ont la même portée et le même but, de sorte qu'en contrôlant la cause à la lumière de l'exigence du délai raisonnable de l'article 6 de la convention les juges l'ont nécessairement également contrôlée à la lumière d'un jugement sans retard excessif prévue à l'article 15, S 3 du pacte international. Justice pénale et procès équitable: Tome 2: Exigence d délai raisonnable – Présomption d'innocence droits spécifique du prévenu ... Par Franklin KUTY, année 2006, P. 2.

une valeur égale aux normes et standards constitutionnels, comme ils devraient être respectées et invoquées en justice comme droits subjectifs.

Parmi ces normes à respecter par les Etats, la répression du crime organisé et du terrorisme relève fondamentalement du système judiciaire pénal et ne devrait pas être remplacée par des mesures administratives. Ces dernières ne devraient jamais remplacer le cours ordinaire du procès équitable. Les mesures spéciales en cas de situation d'urgence devraient être prévues par une loi, décidé par le parlement et soumises à l'examen d'un tribunal indépendant, impartial et régulièrement constitué. En outre, toute dérogation aux principes ordinaires de procédure pénale ou aux standards internationaux des droits de l'homme dérogeables¹ tels que le droit à la vie, l'interdiction de la torture ou des traitements ou peines inhumains ou dégradants, le doit d'être reconnu en tant que personne devant la loi et l'égalité devant la loi ne devraient en aucune circonstances être abrogés.

Dans le même souci de garantir un procès équitable, la convention des Nations Unis interdit absolument tout recours à la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, interdit absolument, en toutes circonstances, y compris en situation d'urgence publique. L'interrogation devrait respecter la primauté du droit et les standards en matière de droits de l'homme.

¹Cfr John A.E Vervael, "Mesures de procédure spéciales et respect des droits de l'homme", Rapport général, 2009 Utrecht Law Review 5, no.2, p. 111-112

Conclusion :

Après tout ce qui précède, nous constatons que, le droit à un procès équitable est la source d'autres principes et garanties tels que : droit au juge, droit à l'impartialité et l'indépendance, droit d'être jugé dans un délai raisonnable, présomption d'innocence, principe légaliste, droit de la défense.... Il s'agit donc d'une notion commune dont découle des droits et garanties plus concrètes¹.

De plus, le droit à un procès équitable tant en matière civile que pénale, apparaît donc comme la pierre angulaire de tout système juridique et la condition principale de la construction d'un État démocratique en l'occurrence l'État de droit².

Bibliographie :

- « *Le difficile chemin des droits de l'homme au Maroc ; du déni à la reconnaissance* », Par SAADI Mohamed, L'Harmattan 2009.
- Justice pénale et procès équitable: Tome 2: Exigence d délai raisonnable – Présomption d'innocence droits spécifique du prévenu ... Par Franklin KUTY, année 2006, P. 2.
- . « *Le difficile chemin des droits de l'homme au Maroc ; du déni à la reconnaissance* », Par SAADI Mohamed, L'Harmattan 2009.
- . « *Le droit à un procès équitable, un guide sur la mise en œuvre de l'article de la convention européenne des droits de l'homme* », Par, MOLE Nuala et HARBY

¹Le respect de principes tels que la présomption d'innocence et l'engagement « à armes égales » du litige opposant les parties s'impose au cours de la procédure judiciaire. Une protection particulière doit être accordée aux enfants et aux autres parties vulnérables. Seules les personnes faisant l'objet d'une accusation pénale bénéficient de droits spécifiques (article 6 § 3.a à e), mais la Cour estime que le caractère « équitable » du jugement commande, le cas échéant, l'application au civil de garanties comparables. « *Le droit à un procès équitable ; un guide sur la mise en œuvre de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'Homme* », par Nuala MOLE et Catharina HARBY, précis sur les droits de l'homme, n° 3, p.9.<http://echr.coe.int/NR/rdonlyres/44D3E02B-BB1E-472B-885E-9F89397A1C16/0/DG2FRHRHAND032007.pdf>.

² De plus l'Etat a l'obligation concrète de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour garantir l'exercice aussi bien théorique que pratique de ces droits. Cela englobe la mise à disposition de moyens financiers suffisants au profit de l'appareil judiciaire. Les points abordés dans ce manuel revêtent une importance particulière pour les juges, qui sont les premiers gardiens des droits consacrés par l'article 6. Il leur appartient de veiller à ce que la procédure judiciaire, que ce soit au moment de l'instruction, du procès ou de l'exécution du jugement, soit conforme à l'ensemble des normes prévues. Ils ne sont toutefois pas les seules fonctionnaires auxquels incombent de telles responsabilités. Les services de police et le parquet ont en effet l'obligation, vis-à-vis des victimes d'infractions pénales d'exercer efficacement l'action publique. « *Le droit à un procès équitable, un guide sur la mise en œuvre de l'article de la convention européenne des droits de l'homme* », Par, MOLE Nuala et HARBY Catharina, Précis sur les droits de l'homme, n° 3, direction générale des droits de l'Homme Conseil de l'Europe, édition 2007.

Catharina, Précis sur les droits de l'homme, n° 3, direction générale des droits de l'Homme Conseil de l'Europe, édition 2007.

- Cfr John A.E Vervael, “Mesures de procédure spéciales et respect des droits de l'homme”, Rapport général, 2009 Utrecht Law Review 5, no.2, p. 111-112

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615