

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 25 : نونبر 2014

➤ من موايد العدد 25 : نونبر 2014 :

- استقلال القضاء - أهم المعوقات وطرق معالجتها.
- دلالة اللفظ على المعنى في فقه القضاء التونسي.
- الوكلاء العموميون في الوظيفة العمومية بموريتانيا.
- جريمة ترك مقر الأسرة على ضوء القانون الجزائري.
- حماية الأطفال في مرحلة تنفيذ العقوبات.
- المسح العقاري والآليات الموازية للتطهير.
- دور طبيب العمل في حماية بيئة العمل و العمال.
- تنفيذ القرارات القضائية الإدارية الصادرة ضد الإدارة.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

الصفحة الرئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والبرقيات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

الصفحة الرئيسية

اللجنة الاستشارية

أهداف المجلة

أخبار المجلة

اتصلوا بنا

المدير المسؤول

شروط النشر

مقالات فقهية

مقالات قانونية

مقالات مقارنة

مقالات بلقانية

حوارات علمية

تقارير خاصة

المساهمون بالمجلة

إعداد المجلة

تحت إشراف بالمجلة

استقلال القضاء - أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخوي أستاذ الفقه الخاص (2012/08/30) ... المزيد

كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديوي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21) ... المزيد

إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المعاصر : الدكتور صلاح الدين دكدك مدير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17) ... المزيد

قراءة في النظام الفكري الموالي (قانون 02/15) : الأمانة العلمية : الطبيب بن لمقدم محام ببنية الرباط خمسات (2012/10/14) ... المزيد



العدد الخامس والعشرون : نونبر 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 (مايقارب 1200 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة 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 خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني: أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود 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 الخامس والعشرون : لشهر نونبر 2014

محتويات العدد :

✓ كلمة العدد :

1. كلمة العدد الخامس والعشرين لشهر نونبر 2014 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور

صلاح الدين دكداك.....04

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. استقلال القضاء - أهم المعوقات وطرق معالجتها : إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محبوبى أستاذ بكلية الحقوق -

السويسى - بالرباط.....06

3. مدى فاعلية قواعد الاختصاص القضائي الدولي في حل قضايا الافلاس عبر الحدود - "دراسة تحليلية في القانون

العراقي والقانون الأردني" : فضيلة الاستاذة الدكتورة بسمة محمد نوري كاظم البكري دكتوراه في القانون

التجاري باحثة قانونية مقيمة في الاردن عمان استاذة في جامعة جيهان " اربيل العراق" سابقا.....11

4. خصائص التدابير الوقائية : من إعداد الأستاذ الحسين وبا باحث في عدالة الأحداث -المغرب.....31

5. دلالة اللفظ على المعنى وضعا في فقه القضاء المدني التونسي : رابح بن بوجمه قاسمي باحث في سلك الدكتوراه

اختصاص الشريعة والقانون - جامعة الزيتونة - تونس.....36

6. الوكلاء العموميون في الوظيفة العمومية الموريتانية - تضارب في الأعداد واختلاف في التسميات - الشيخ أحمد

ولد محمدن باحث بسلك الدكتوراه بجامعة محمد الأول بوجدة - المملكة المغربية إداري مدني بوزارة الداخلية

موريتانيا.....52

7. جريمة ترك مقر الأسرة على ضوء نص المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري : الأستاذ العقون رفيق محامي لدى

المجلس والمحاكم الإدارية ملجستير في القانون وباحث في الدكتوراه.....62

8. رقابة الوالي على مالية البلدية : رقابة أم كبح للاستقلالية المالية للبلدية ؟ : بلال فؤاد طالب دكتوراه في القانون

كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مولود معمري - تيزي وزو.....68

9. حماية الأطفال المحكوم عليهم في مرحلة تنفيذ العقوبات في التشريع الجزائري : الأستاذة لعوارم وهيبة تخصص

القانون الجنائي والعلوم الجنائية باحثة دكتوراه قسم الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة -بجاية الجزائر محامية معتمدة

لدى المحكمة العليا و مجلس الدولة.....80

10. المسح العقاري والآليات الموازية للتطهير العقاري : جميلة فسيح ملجستير في القانون تخصص قانون المنازعات

جامعة جيلالي اليابس،كلية الحقوق والعلوم السياسية بسيدي بلعباس.....91

11. دور طبيب العمل في حماية بيئة العمل و العمال : غالي كحلة أستاذة بكلية الحقوق جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم - 107
12. مدى التزام الإدارة بتنفيذ القرارات القضائية الإدارية الصادرة ضدها : ميمونة سعاد أستاذة بجامعة تلمسان باحثة بصف الدكتوراه في القانون العام..... 118

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

13. L'ARTICLE 273 DU CODE TUNISIEN DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS ET L'OPTION ENTRE L'ACTION EN ECUTION ET L'ACTION EN RESOLUTION :
Monsieur Imed ARIBI : Professeur Agrégé de droit privé à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis..... 133
14. Le sort du Traitement Spécial et Différencié dans le cadre de l'O.M.C. : Mme Saadi Belamri Wassila Amel Doctorante à l'école doctorale " droit comparé des affaires" Faculté de droit. Université d'Oran. Algérie. Membre du laboratoire de recherches : « Droit Économique et Environnement »..... 162

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد الخامس والعشرين لشهر نونبر 2014



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكدك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين والمرسلين ، وبعد ، نضع بين أيديكم العدد الخامس والعشرين لشهر نونبر 2014 من مجلة الفقه والقانون ، وقد تناول هذا العدد الجديد العديد من القضايا الهامة المرتبطة بالقضاء من بينها : استقلال القضاء بالملكة المغربية - أهم المعوقات وطرق معالجتها ، ومدى فاعلية قواعد الاختصاص القضائي الدولي في حل قضايا الافلاس عبر الحدود - "دراسة تحليلية في القانون العراقي والقانون الأردني" ، ومدى التزام الإدارة بتنفيذ القرارات القضائية الإدارية الصادرة ضدها ، هذا فضلا عن موضوع هام من تونس الشقيقة عن دلالة اللفظ على المعنى وضعا في فقه القضاء المدني التونسي .

وفي ما يرتبط بالقانون الجنائي تناول العدد خصائص التدابير الوقائية ، وجريمة ترك مقر الأسرة على ضوء نص المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري ، بالإضافة إلى حماية الأطفال المحكوم عليهم في مرحلة تنفيذ العقوبات في الجزائر الشقيقة .

هذا من جهة ومن جهة ثانية شمل العدد الجديد مواضيع أخرى هامة منها : قضية التضارب في أعداد الوكلاء العموميين والاختلاف في تسمياتهم في الوظيفة العمومية في موريتانيا الشقيقة ، وموضوع المسح العقاري والآليات الموازية للتطهير العقاري ، و دور طبيب العمل في حماية بيئة العمل و العمال ، هذا فضلا عن عدة بحوث ودراسات قيمة باللغة الفرنسية .

مع تحيات المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك

دراسات وأبحاث بالعربية : ✓

استقلال القضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها



انجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد محبوبي

أستاذ بكلية الحقوق - السويسي - بالرباط

مقدمة :

يحتل استقلال السلطة القضائية الصدارة الهامة في خضم الإصلاحات الكبرى التي يعرفها المغرب ، وهو من الأمور التي ما فتئت كل الفعاليات الحقوقية و السياسية تنادي به، باعتباره الضمانة الفعلية و الحقيقية لتدعيم أسس دولة الحق والقانون، وترسيخ مبادئ حقوق الإنسان كما هي متعارف عليها دوليا، وتحقيق الأمن القضائي.

ويقضي مبدأ استقلال السلطة القضائية ألا يخضع قضاة الحكم وقضاة النيابة العامة في ممارستهم لعملهم لسلطان أي جهة أخرى، وأن يكون عملهم خالصا لإقرار الحق والعدل، خاضعا لما يمليه عليهم القانون والضمير دون أي اعتبار آخر. ويقصد بهذا المبدأ كذلك عدم جواز التدخل والتأثير من قبل الغير على ما يصدر عن القضاء من إجراءات وقرارات وأحكام.

وقد كفل الدستور الجديد الصادر سنة 2011 استقلال السلطة القضائية وحصانتها و كضمانة أساسية لحماية الحقوق والحريات، بحيث نص الفصل 107 من الدستور الجديد على أنه "السلطة القضائية مستقلة عن السلطة التشريعية وعن السلطة التنفيذية.

الملك هو الضامن لاستقلال السلطة القضائية".

و إذا كان هذا الدستور الجديد قد وضع الإطار المؤسسي لاستقلال السلطة القضائية وبعض المبادئ المحددة لها، فإن ذلك لا يكفي لتحقيق الاستقلالية المنشودة ما دام الدستور قد حدد فقط الخطوط العريضة ولم يتم التفصيل فيها بحيث ترك ذلك للقوانين التنظيمية من جهة، ومن جهة أخرى لأن مفهوم الاستقلالية يعني استقلالية كل من القاضي بصفته المنفردة والسلطة القضائية بصفة عامة، ولأن استقلالية القاضي الفرد تتصل ارتباطا وثيقا بالنصوص القانونية المنظمة لمساره المهني والمؤسسات التي لها سلطة الإشراف على وضعيته الإدارية تقييما وتقويما، لذلك يشكل إعداد القوانين التنظيمية المتعلقة بالقضاء (القانون التنظيمي المتعلق بالقانون الأساسي لرجال القضاء، والقانون

التنظيمي المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية) امتحانا حقيقيا لتعزيز مبدأ استقلال السلطة القضائية المنصوص عليها دستوريا. خاصة وأن الأمر من حيث الممارسة والتطبيق يشهد نماذج مختلفة من الخروقات التي تخل بالاستقلال الحقيقي للسلطة القضائية كما نادت بها جميع الخطب الملكية السامية¹ التي تعد خارطة طريق في مسار إصلاح القضاء بالمغرب، وعلى الأخص فيما يتعلق بدعم استقلالية القضاء حتى يكون في خدمة المواطن وحماية الحقوق والحرص على احترام القوانين.

وعليه فإذا كانت جميع الخطب الملكية السامية والدستور الجديد أكدا على احترام الضمانات لقيام سلطة قضائية مستقلة ومحيدة، فإن هناك العديد من المعوقات القانونية والواقعية مازالت تحول دون تحقق استقلال حقيقي. فمثلا فإن القانون رقم 467-74-1 الصادر بتاريخ 22 نونبر 1974 الذي يحدد النظام الأساسي للقضاة وتنظيم المجلس الأعلى للقضاء وتسييره، يؤثر تأثيرا سلبيا كبيرا على استقلال العدالة وفعاليتها. كما أن هذه المعوقات القانونية والتنظيمية لا تنسجم مع المعايير الدولية في ضمان استقلال السلطة القضائية، ولهذا لا بد من طرق وسبل لمعالجتها.

فمن خلال هذا التقديم سنحاول تحديد أهم المعوقات التي تعتري استقلال السلطة القضائية مع بيان طرق معالجتها من خلال التقسيم التالي:

أولا : استقلال السلطة القضائية المؤسساتية.

ثانيا : استقلال قضاة النيابة العامة.

أولا : استقلال السلطة القضائية المؤسساتية.

من أجل التأكيد على استقلالية السلطة القضائية عن كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية، فإن القضاء يجب أن يستأثر بإدارة شؤونه الداخلية بنفسه؛ وفي هذا الإطار أسند الدستور الجديد لمؤسسة دستورية مشكلة بتركيبة جديدة هي المجلس الأعلى للسلطة القضائية؛ صلاحية تسيير أمور القضاة الوظيفية من تعيين وترقية ونقل وتأديب وإنهاء خدمة. كما استبعد نص الدستور الجديد وزير العدل من تركيبة هذا المجلس وخصه باستقلال إداري ومالي. هذا ما نص عليه صراحة الفصل 113 من دستور 2011 على أنه "يسهر المجلس الأعلى للسلطة القضائية على تطبيق الضمانات الممنوحة للقضاة ولاسيما فيما يخص استقلالهم وتعيينهم وترقيتهم وتقاعدهم وتأديبهم.

يضع المجلس الأعلى للسلطة القضائية، بمبادرة منه، تقارير حول وضعية القضاة ومنظومة العدالة، ويصدر التوصيات الملائمة بشأنها.

يصدر المجلس الأعلى للسلطة القضائية، بطلب من الملك أو الحكومة أو البرلمان، آراء مفصلة حول كل مسألة تتعلق بالعدالة مع مراعاة مبدأ فصل السلط".

وفي هذا الإطار تضمن الدستور الحالي أحكام تعطي للسلطة القضائية الاستقلال المالي والإداري بحيث نصت الفقرة الثانية من المادة 116 على أنه " يتوفر المجلس الأعلى للسلطة القضائية على الاستقلال الإداري والمالي".

1الخطب السامية لجلالة الملك محمد السادس بتاريخ 20 غشت 2009 و 8 أكتوبر 2010 و 9 مارس 2011.

إلا أنه بعد صدور هذا الدستور الجديد وتعيين الحكومة الجديدة لم يتم تشكيل المجلس الجديد وفقا للمقتضيات الدستورية ولم يصدر قانون تنظيمي يعزز قدرة المجلس المؤسسية و يتم عبره تعيين الوظائف الواجب استحداثها وإعداد الوصف الوظيفي والهياكل التنظيمية وإجراءات العمل، بما يمكن المجلس الأعلى للسلطة القضائية من أداء مهامه القانونية وتحقيق الاستقلال الإداري، والذي هو ضرورة أيضا لبناء القدرة المؤسسية للاستقلال المال. وخاصة وأن المجلس الحالي لا يتمتع بأية صلاحيات في الشؤون المالية بل هي جزء من موازنة وزارة العدل.

ومن أجل دعم استقلال السلطة القضائية المؤسسية يجب أن يتبع هذا المرفق مباشرة للملك باعتباره رئيسا للمجلس المختص بشؤون القضاة وذلك طبقا للمادة 115 من الدستور الجديد الذي ينص على أنه " يرأس الملك المجلس الأعلى للسلطة القضائية.....". وهذا ما يأخذ به السودان منذ سنة 1973 حيث يشرف على المحاكم والقضاة كل من رئيس المحكمة العليا ورئيس الجمهورية باعتباره رئيسا لمجلس القضاء العالي.

وتجدر الإشارة أن من بين أهم المعوقات التي تمس مبدأ استقلال السلطة القضائية هي طريقة تعيين القضاة بحيث نلاحظ هيمنة وزارة العدل في جميع مراحلها من مباراة الولوج إلى سلك الملحقين القضائيين إلى غاية التخرج من المعهد العالي للقضاء، مما نستشف غياب المجلس الأعلى للقضاء سابقا الذي لا يظهر إلا في المرحلة النهائية من التعيين. كذلك الشأن بالنسبة للترقية¹ والنقل عن طريق الانتداب² يتم من طرف وزير العدل وفي الأخير يأتي دور المجلس الأعلى للقضاء سابقا من أجل الدراسة والمصادقة.

ومما لا مراء فيه هو أنه حان الوقت لانتقال هذه الصلاحية للمؤسسة الدستورية الجديدة وهي المجلس الأعلى للسلطة القضائية مادام الدستور الجديد أعطاه استقلالية مالية وإدارية. ولهذا نقترح أن يتبع قسم القضاة وكذا المفتشية العامة لهذا المجلس حتى يتجسد الاستقلال الفعلي للسلطة القضائية، هذا الاستقلال الذي يعد شرطا ضروريا لرقى الممارسة الديمقراطية في كل دولة تحترم القانون.

ثانيا : استقلال قضاة النيابة العامة :

تعتبر النيابة العامة مؤسسة قضائية أوكل إليه المشرع مهمة تطبيق السياسة الجنائية والسهر على احترام وتطبيق القانون، وتلعب دورا مهما في ترسيخ العدالة وتعزيز احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، فضلا عن حماية المجتمع بمنع الجريمة ومكافحة المجرمين، فهي تمثل المجتمع في توجيه الاتهام ومباشرة الدعوى العمومية وبذلك تسهر على تطبيق القانون وتنفيذ الأحكام القضائية وفق النصوص القانونية المعمول بها.

بالرجوع إلى قانون المسطرة الجنائية نلاحظ أن المشرع المغربي قد أسند لوزير العدل سلطة الوصاية والإشراف على النيابة العامة فيما يخص تنفيذ السياسة الجنائية للدولة أو سلطة إصدار أوامر كتابية للوكيل العام للملك لإجراء المتابعة في واقعة ما، بحيث تنص المادة 51 من قانون المسطرة الجنائية على أنه " يشرف وزير العدل على تنفيذ السياسة الجنائية، ويبلغها إلى الوكلاء العامين للملك الذين يسهرون على تطبيقها.

1 إن لائحة الأهلية للترقي يقوم بإعدادها وزير العدل يرسم كل سنة وبعد ذلك يقوم المجلس الأعلى للقضاء سابقا بدراستها والمصادقة عليها بحسب المرسوم 883-75-2 الصادر بتاريخ 23 دجنبر 1997 والذي يحدد شروط الترقية إلى أعلى درجة.

2 مدة الانتداب لمدة ثلاثة أشهر قابلة للتجديد.

وله أن يبلغ إلى الوكيل العام للملك ما يصل إلى علمه من مخالفات للقانون الجنائي، وأن يأمره كتابة بمتابعة مرتكبيها أو يكلف من يقوم بذلك، أو أن يرفع إلى المحكمة المختصة ما يراه الوزير ملائماً من ملتمسات كتابية." لكن رغم هذه الصلاحية المخولة لوزير العدل ينبغي معه أن يكون لأعضاء النيابة العامة القدر الكافي من الاستقلالية التي تضمن قيامهم بأعمالهم دون ضغوط أو تدخلات من أية جهة كانت، فإحقاق الحق والوصول إلي معرفة الحقيقية وإقامة العدل هو جوهر عملهم، وهو عمل لا شك محفوف بالمخاطر إذا لم تراعى قداسة وحجم المسؤولية التي يحملونها. لذا فإن استحضار هذه العناصر هو أمر حيوي عند الحديث عن امتداد مبدأ الفصل بين السلطات ليشمل النيابة العامة. ومن ثم فإن هنالك من يرى أن تبعية النيابة العامة لوزير العدل فيه مساس بالثقة التي يضعها الأفراد في نزاهة وحيادية هذا الجهاز الذي يعد المرحلة الأساسية من مراحل الدعوى الجنائية خاصة تلك المرتبطة بحريات الناس.

وتعتبر استقلالية النيابة العامة من الناحية العملية أحد المبادئ الهامة المعترف بها في النظم الإجرائية المعاصرة كما تمثل من الناحية النظرية أحد موجهات السياسة الجنائية الرشيدة. فالنيابة العامة هي سلطة الادعاء التي تنوب عن المجتمع وليس عن الدولة في المطالبة بانزال العقاب بالمتهم. ولا شك أن حسن أدائها لهذه الوظيفة يتطلب منحها قدرًا من الاستقلالية. فاستقلال النيابة العامة ضماناً لفعاليتها وتبعتها إضعاف لهذه الفعالية. وقد حرصت النظم القانونية بدرجات متفاوتة من بلد إلى آخر على محاولة تأكيد هذا الاستقلال من خلال النصوص القانونية المختلفة.

ومما لا مراء فيه أن استقلال النيابة العامة يلعب دوراً مؤثراً في استقلال أعضائها من التأثير السياسي. ولهذا فإن استقلال النيابة العامة يعد من أهم أشكال استقلال القضاء، فالنيابة العامة باعتبارها جزءاً أساسياً من أجهزة السلطة القضائية تنبع أهمية استقلاليتها من كون أعضائها ينوبون عن المجتمع في إرساء مبادئ العدالة الجنائية التي يسعى المجتمع لتحقيقها، فإقامة العدل أحد الأسس الرئيسية التي يقوم عليها عمل النيابة العامة. وفي الوقت الذي ينبغي التأكيد فيه على أهمية استقلال النيابة العامة باعتبارها ممثلة للحق العام، يجدر بنا أن نذكر بأن هذا الاستقلال، كما هو الأمر بالنسبة للقضاء ليس مطلقاً، ذلك أنه من واجب أعضاء النيابة العامة أن يكونوا في مستوى المهام الجسام المناطة بهم، فعليهم بالتالي الالتزام بتطبيق القوانين بإنصاف وبتحريم للإنسان دون تمييز لأي نوع من أنواع التمييز، سواء أكان تمييزاً سياسياً أو اجتماعياً أو جنسياً أو دينياً أو ثقافياً أو أي نوع آخر من أنواع التمييز. فإذا ثبت أن عضو النيابة العامة أخل بواجباته الوظيفية أو تجاوز صلاحياته، فعلى رئاسته أن تتخذ الإجراءات القانونية نحو مساءلته تأديبياً، في نطاق المعايير المهنية والقانونية وطبقاً لأسس موضوعية، تماشياً مع القاعدة الأساسية التي يقوم عليها مبدأ الفصل بين السلطات وهي الصلاحيات والرقابة والمساءلة عند اللزوم. لكن من أهم المعوقات القانونية التي تخص قضية النيابة العامة هي تتجلى بالأساس في الفصل 108 من الدستور الجديد الذي لم يستثن من التنقيح بمقتضى القانون سوى قضية الأحكام، مما يخلق وضعية غير مريحة لقضاة النيابة العامة، الذين يجب عليهم تطبيق القانون. كما يتعين عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها¹. فضلاً عن ذلك، فإن الفصل 58 من القانون المتعلق بالنظام الأساسي للقضاة ينص على أن قضية النيابة العامة يخضعون لسلطة وزير العدل ومراقبة وتسيير رؤسائهم الأعلى ويتم نقلهم بظهير باقتراح من وزير العدل بعد

1 تنص الفقرة الثانية من الفصل 110 من الدستور الجديد على أنه " يجب على قضاة النيابة العامة تطبيق القانون. كما يتعين عليهم الالتزام بالتعليمات الكتابية القانونية الصادرة عن السلطة التي يتبعون لها."

استشارة المجلس الأعلى للقضاء. وطبقا للمبادئ التوجيهية للأمم المتحدة بشأن دور أعضاء النيابة العامة، فإنه يتعين على أعضاء النيابة العامة أن يؤدوا واجباتهم وفقا للقانون، بإنصاف واتساق وسرعة، وأن يحترموا كرامة الإنسان ويحموها ويساندوا حقوق الإنسان، بحيث يسهمون في تأمين سلامة الإجراءات وسلامة سير أعمال نظام العدالة الجنائية¹، في حين يبدو أن المقتضيات الجديدة للدستور حافظت على رقابة وزير العدل على قضاة النيابة، وهو ما من شأنه أن يؤثر على حسن سير العدالة وحيادها.

خاتمة :

إن الإصلاح القضائي المنشود في هذه المرحلة لا تنحصر في تعديلات دستورية لتأكيد مبدأ استقلال السلطة القضائية، بل ينبغي أن ترافق هذا التعديل الدستوري مراجعة عميقة للتشريعات القائمة لضمان استقلالية المجلس الأعلى للسلطة القضائية، وتقوية النظام الأساسي للقضاة. وأن تكون هذه القوانين مطابقة مع المعايير الدولية لاستقلال القضاء بما فيها المعايير المتعلقة بقضاة النيابة العامة.

ويجب الإشارة إلى أن موضوع استقلال السلطة القضائية شأن يتجاوز بكثير حدود القضاة أنفسهم إذ أنه في جوهره وثيق الصلة بقضية العدل وميزان الحرية في المجتمع، وفي العالم المتحضر فإن قيمتي العدل والحرية تتأثران سلبا وإيجابا بمقدار ما هو متوفر من استقلال للسلطة القضائية في كل بلد، لذلك فإننا حين ندافع عن استقلال السلطة القضائية ونتشبهت به، فإننا ندافع عن أنفسنا في حقيقة الأمر، وحين يستشعر القضاة قلقا من جراء نقصان استقلالهم، فإن ذلك القلق ينبغي أن ينسحب علينا و تلقائيا.

وأقول بأن استقلال السلطة القضائية لم يشرع لينعم به القضاة، بل لينعم به المتقاضون. لأن الاستقلال يمنح للقاضي لكي يخدم المجتمع وهذا ما أعلنت عنه المحكمة الكندية سنة 1915 بأن " القضاة خادمو للشعب وليسوا أسيادا عليه ". وإذا كان الاستقلال يؤدي إلى أن يمارس القضاة قدرا هائلا من السلطة، فإن هذه السلطة يجب أن تصاحبها المسؤولية.

1 المبادئ التوجيهية بشأن دور أعضاء النيابة العامة المعتمدة من لدن مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المنعقد في هافانا من 27 غشت إلى 7 شتنبر 1990. (المبدأ 12).

مدى فاعلية قواعد الاختصاص القضائي الدولي في حل قضايا الإفلاس عبر الحدود "دراسة تحليلية في القانون العراقي والقانون الأردني"



فضيلة الاستاذة الدكتورة بسمة محمد نوري كاظم البكري

دكتوراه في القانون التجاري باحثة قانونية مقيمة في الاردن عمان

استاذة في جامعة جيهان "اربيل العراق" سابقا من 2012- الى 2014

المقدمة :

لقد أدت التسهيلات التي تمنحها نظم التجارة العالمية وكذلك الإتفاقيات التجارية الثنائية بين الدول إلى توسع النشاط التجاري للشركات والتجار خارج حدود الدولة الواحدة، ولقد أصبح من المتوقع ونتيجة لأسباب متعددة من أهمها الأزمات الاقتصادية العالمية المتتالية والتي تشهدها اغلب دول العالم افلاس هذه الشركات والتجار الافراد ومن ثم احتمالية توزيع الأموال العائدة لهم في أكثر من دولة دون الاستناد الى ضوابط قانونية محددة، بالتالي فإن الإفلاس بطبيعة الحال لم يعد محلياً وإنما تجاوز حدود الدول.

و في ظل تعدد الأحكام القضائية واختلافها بين الدول وفي الدولة الواحدة ايضاً؛ مع غياب قواعد قانونية واضحة تضع حلولاً مباشرة لهذه المسألة؛ سواء من حيث تنظيم مسالة اموال التاجر الموجودة في عدة دول او من حيث حقوق الدائنين المتواجدين في الدولة التي اشهر فيها افلاس التاجر او خارجها وسواء كانوا من نفس جنسية المدين او من جنسية اخرى، نتج عنه مشاكل قانونية كثيرة ليس من السهولة بمكان السيطرة عليها إلا بعد تحليل القواعد القانونية الخاصة بذلك ودراسة الحلول القانونية الممكنة سواء الموجودة حالياً أو البحث عن حلول أخرى لمعالجة هذه المسائل.

ومن هذه الحلول يكون من خلال البحث في مدى إمكانية الاستعانة بقواعد الاختصاص القضائي الدولي "والمقصود عليها في القوانين الوطنية لكل دولة" في حل إشكاليات الإفلاس الدولي ومن أهمها تحديد المحكمة المختصة في نظر قضايا الإفلاس عبر الحدود، حيث حاولت هذه الدراسة إيجاد حلول قانونية من خلال التطبيق على كل من نصوص القانون العراقي والقانون الأردني مع الاستعانة بقواعد قانون الإفلاس عبر الحدود الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "الأونستيرال".

وذلك فقا للخطة التالية :

المبحث الاول : الأثر القانوني للإفلاس عبر الحدود.

المطلب الاول : - مفهوم الإفلاس عبر الحدود ومعيار دوليته.

المطلب الثاني : - آثار قواعد الإفلاس في القانون العراقي على حقوق الدائنين.

المبحث الثاني : - علاقة قواعد الاختصاص القضائي بالإفلاس عبر الحدود.

المطلب الاول : - قواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون العراقي.

المطلب الثاني : - قانون اليونسيترال والاجراءات القضائية في الإفلاس عبر الحدود.

المبحث الاول : الأثر القانوني للإفلاس عبر الحدود :

لم يعد نشاط التاجر فردا أو شركة مقتصر على دولة واحدة ، نظرا لاستمرار التوسع في النشاط التجاري والاستثمار على الصعيد العالمي، فإذا كان للتاجر تجارة في اكثر من دولة وتوقف عن دفع الديون التجارية المستحقة الاداء، فهل يشهر افلاسه في دولة واحدة ام اكثر وهل يمتد اثار حكم الإفلاس ليشمل اموله المدين الموجودة في الدول الاخرى؛ ام سيقصر اثره على الدولة التي اشهر فيها إفلاسه؟ وهل شهر افلاسه في دولة يمكن من افتتاح تفليسات اخرى في باقي الدول؟¹ فعند اشهار افلاس التاجر في هذه الحالة نكون امام حالة افلاس لكن ليست حالة الافلاس التقليدية؛ انما حالة افلاس تتعدى في عناصرها حدود الدولة الواحدة بشكل او بآخر. وبما أن مسائل الافلاس تتعلق بالنظام الذي وضعه المشرع للتفليس فيكون حكم الافلاس اقليميا او دوليا تبعا للنظام الذي بني عليه.

وتبعا لذلك يأتي دور القضاء والتنسيق بين المحاكم المعنية ومدى كفاية قواعد الاختصاص القضائي الدولي في معالجة هذه المسألة.

وقبل التطرق الى قواعد الاختصاص القضائي وعلاقتها بالإفلاس عبر الحدود لا بد لنا من بيان مفهوم الافلاس عبر الحدود و اثر حكم الافلاس على حقوق الدائنين ومنها نستمد اهمية هذا الموضوع.

المطلب الاول : مفهوم الافلاس عبر الحدود ومعيار دوليته :

يستخدم مصطلح الافلاس عبر الحدود لوصف الحالة التي يكون فيها لدى المدين المفلس اصول و أو دائنين في اكثر من دولة.²

¹ - زمزم، عبد المنعم . الافلاس التجاري بين الاقليمية والدولية، بحث منشور في مجلة جامعة الامارات العربية المتحدة، ابو ظبي، 2011، ص 336 .

ولكن ما هو معيار دولية الإفلاس فقد تختلف جنسية الدائن عن جنسية المدين او قد يمارس التاجر تجارته على اراضي أجنبية وهذا ما يسمى بالمعيار القانوني، على اساس ان مسألة تنازع القوانين تثور عند اكتساب العلاقة القانونية الصفة الاجنبية فتصبح علاقة دولية خاصة¹.

وقد أيد الفقه الفرنسي هذا الاجتهاد لأن الدولية في نظرهم يكفي لتوافرها اشتغال النزاع على عنصر يخرج من النطاق الوطني البحث، كاختلاف جنسية المحكم أو الخصوم، أو اختلاف مراكز أعمال الخصوم وأجنبية القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.²

و يرى بعض الباحثين في مجال الإفلاس الدولي³ أن دولية الإفلاس تتحدد وفقا للمعيار الاقتصادي⁴ المستمد من موضوع العلاقة وهو كون أموال المدين موزعة في أكثر من دولة.⁵

إلا أنه يمكننا ان نتبين معيار دولية الإفلاس من خلال النظر الى الأسباب التي من اجلها وضع القانون النموذجي للإفلاس الدولي، حيث كان من ضمنها المعيار القانوني؛ إفلاس التاجر الفرد او المؤسسة أو الشركة عبر الحدود يتمثل بوجود عنصر أجنبي في الإفلاس ويمكن ان نطلق عليه " الإفلاس في القانون الدولي الخاص".

فإفلاس التاجر فردا أو شركة يعني أن يكون بعض دائنيه غير منتمين الى الدولة التي اتخذت فيها اجراءات الإفلاس أو أن يكون للتاجر أصولا وأموالا خارج الدولة التي اشهر فيها افلاس، بالتالي نكون أمام قضية حصر اموال المدين وتوزيعها على الدائنين بموجب قانون الدولة التي اشهر إفلاسه وعلى المحكمة أن تبحث في مدى تطبيق هذا القانون فيما اذا كان اقليميا ام يشمل اموال المدين الموجودة خارج الحدود، بالتالي نكون امام افلاس بين دولتين او اكثر وربما يؤدي ذلك إلى تطبيق قواعد افلاس في دولتين او اكثر.

وقد اختلف موقف الفقه حول هذا الموضوع، فقد تبني جانب كبير من الفقه الفرنسي مبدأ وحدة الإفلاس، فيرى فريق منهم⁶ ان اموال المدين هي وحدة واحدة ومن ثم يكون لحكم الإفلاس اثره الى كل الدول التي يمتلك فيها المدين أموالا، وكذلك الامر بالنسبة لأحد فقهاء القانون التجاري في مصر⁷ فنجده يقرر قبول مبدأ وحدة الإفلاس مع تقرير اثر دولي لحكم شهر الإفلاس مع تسليمه بأن حل هذا الخلاف فيكمن في القانون الدولي الخاص، بينما ذهب

1 - زمزم، المصدر السابق، ص337

2 - د. سعيد البستاني، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص279

3 - أنظر د. عبد المنعم زمزم، المصدر السابق، ص337

4- أنظر في هذا المعيار: د. هشام علي صادق: (2003). تنازع القوانين، دراسة تحليلية بالمبادئ والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري. الإسكندرية: منشأة المعارف: ص65، ص82 وما يليها

5 - زمزم، ص337

6 - ومنهم الفقيه الفرنسي سافيني، انظر M.Trochu, Conflits de lois et conflits de juridictions en matière de faillite, Paris, Sirey, 1967, p. 4.

7 - وهو الدكتور مصطفى كمال طه، أنظر: اصول الإفلاس، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2005

ص83 وما يليها

فريق آخر¹ الى اعتبار كل جزء من أموال المدين ذمة مالية مستقلة بحيث لا ينتج حكم الافلاس أي أثر خارج حدود الدولة التي صدر فيها. ويبررون هذا الاتجاه بأنه من غير المعقول ان تقبل الدولة التي تقع الأموال على اراضيها التنفيذ عليها بواسطة السلطات العامة في الدولة التي صدر فيها الحكم.²

ونتيجة لتزايد حالات الإفلاس عبر الحدود، فقد اختلفت الأسس العامة لنظام الإفلاس في قوانين بعض الدول عمّا كانت عليه في السابق، وذلك لتمكن من ايجاد الحلول لمثل هذه القضايا، ففي بعض التشريعات الأجنبية يهدف نظام الإفلاس -إضافة الى حماية حقوق الدائنين- إلى إقالة التاجر من عثرته او الشركة التجارية واستعادتها لنشاطها التجاري من جديد؛ كالقانون الانجليزي³ و الأمريكي⁴ وكذلك قانون اليونيسترال النموذجي للإعسار عبر الحدود والذي تعددت أهدافه والتي سنأتي على ذكرها لاحقاً.

ولكن لا تزال الأسس العامة لنظام الإفلاس في التشريعات العربية تختلف عنها في التشريعات الأجنبية، حيث تعمدت بالدرجة الاولى على حماية الدائنين من تصرفات مدينهم التي قد تخرج أمواله من الضمان العام بالتالي تضييع حقوقهم، سواء بقيامه بتهريب أمواله او بترتيب حقوق للغير، فأنشأ المشرعين لدى أغلب الدول نظام الافلاس واخضعوا كافة قواعده وإجراءاته لرقابة القضاء، مع بقاء اجراءات التنفيذ على أموال المدين في حدود اقليمية اي يتم التنفيذ على الأموال الموجودة على ارض الدولة التي صدر فيها حكم شهر الإفلاس.

وبما أن الغرض من التوسع في النشاط التجاري وعبره حدود الدولة الواحدة هو زيادة الاستثمار والنهوض بالاقتصاد في عدة دول ، فلا بد من تطوير قواعد الافلاس لتوفر حماية اكثر شمولية لحقوق الدائنين اضافة الى إقالة المدين التاجر من عثرته والنهوض مجدداً بنشاطه دفعا لعجلة الاقتصاد بدلا من ايقافها.

لذا كانت ولا زالت جهود تبذل لوضع قواعد قانونية تعنى بقضايا الافلاس من هذا النوع ، لوجود فجوة بين تزايد هذه القضايا وبين القواعد القانونية الموجودة حالياً، ولا سيما في التشريعات العربية ومنها التشريع العراقي ، لذا سنتناول في المبحث التالي أثر قواعد الافلاس في القانون العراقي على حقوق الدائنين. لبيان اهمية قواعد الاختصاص القضائي الدولي ودورها في هذا الشأن.

المطلب الثاني : آثار قواعد الإفلاس في القانون العراقي والأردني على حقوق الدائنين :

من الموضوعات ذات العلاقة الوثيقة بأثر قواعد الإفلاس على حقوق الدائنين هو أثر حكم شهر الافلاس على موجودات المدين الموجودة داخل وخارج حدود الدولة التي اشهر فيها افلاسه.

1 - انظر د. هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص 459

2- زمزم، ص 359

3 - قانون الافلاس لسنة 2002 ، واصبح نافذاً في 2004/4/1. متاح على الموقع الالكتروني :

http://en.wikipedia.org/wiki/Bankruptcy_in_the_United_Kingdom#Bankruptcy_in_England_and_Wales

4 - قانون الافلاس الامريكي لعام 1978 وتعديلاته، متاح على الموقع الالكتروني:

. وانظر : فتحي، نبيل عمر : النظام القانوني للافلاس عبرا http://en.wikipedia.org/wiki/Bankruptcy_in_the_United_States الحدود ، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، 2007، ص 350 وما بعدها.

فلو فرضنا ان تجرا عراقيا أو غير عراقي اشهر افلاسه على الاراضي العراقية، فهل سيشمل حكم الافلاس اموال التاجر المدين الموجودة خارج العراق؟ فالإجابة ستكون بالنفي، حيث نجد ان حكم الافلاس طبقا للقواعد الموجودة في قانون التجارة العراقي كغيرها مثل التشريع الأردني لازالت قواعد محلية ولا تتعدى حدود الدولة الواحدة، إلا ما يتعلق منها بالاتفاقيات الثنائية وعلى وجه التحديد اتفاقيات الاعتراف بالحكم الأجنبي. بالرغم من أن قانون التجارة العراقي قد خرج الى حد ما عن حدود الاقليمية كما سنأتي على ذكره لاحقا.

ومعنى اقليمية حكم الافلاس على وجه التحديد ان الحكم بشهر الافلاس لا ينتج اثاره ولا يجوز على حجته المطلقة إلا بالنسبة لأموال المدين الموجودة في اقليم الدولة التي صدر فيها حكم الافلاس¹.

وينتج عن الاخذ بهذا المبدأ انه اذا كان للتاجر نشاط تجاري في دولة اجنبية وأعلن افلاسه فيها؛ فلا يعتبر مفلسا في بلده ولا تجوز تصفية أمواله الموجودة فيه الا اذا اكتسب الحكم الصيغة التنفيذية فيها او أعلن افلاسه من قبل محاكمها².

فبموجب مبدأ اقليمية الافلاس يعدّ المال الذي يملكه المدين في دولة معينة كيانا مستقلا عن الاموال التي يملكها في دولة أخرى أي تعتبر ذمة مالية مستقلة بحيث يصلح كل منها لأن يكون تفليسة لا تتأثر بأي حكم صادر بافلاس المدين في دولة أخرى بالتالي يطبق عليه قانون الدولة التي توجد فيها تلك الاموال³.

ولكن الاخذ بهذا المبدأ يؤدي إلى تمكن التاجر من تهريب امواله خارج حدود الدولة التي اشهر فيها إفلاسه، إضافة إلى إمكانية قيامه بنشاطه التجاري في الخارج وتعامله مع الغير دون أن يعلم بإفلاسه مما قد يعرض حقوق الأخير للضياع⁴.

وعلى عكس الافتراض الاول فلو فرضنا أن تجرا عراقيا أشهر إفلاسه على أرض غير العراق، وكانت له أموال وأصول موجودة على الأراضي العراقية، فهل يشمل حكم الإفلاس هذه الأموال، ام يقتصر على الأموال الموجودة في الدولة التي اشهر فيها افلاسه؟ هذا يعتمد على طبيعة النصوص القانونية التي تعالج موضوع الافلاس في الدولة التي اشهر فيها إفلاسه وفيما اذا كان الحكم القضائي الذي صدر يشمل الاموال العائدة للتاجر والموجودة في الخارج أم لا.

ولكن قانون التجارة العراقي قد خرج عن حدود الاقليمية الى حد ما وذلك في نص المادة 753 منه⁵ ..

1 - البستاني، احكام الافلاس والصلح الوافي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007. ص122

2 - القاضي الياس ناصيف، الكامل في الافلاس، بيروت، 1989 ص147

3 - زمزم، ص 358

4 - وبالرغم من الأثر السلبي لهذا المبدأ على حقوق الدائنين عبر الحدود، إلا أن هناك رأي في الفقه يرى أن لهذه النظرية مزايا عديدة؛ منها قدرة المحكمة المحلية على تقدير المركز المالي للتاجر داخل البلد وسهولة القيام بإجراءات التفليسة، حيث يرى بعض الدائنين في ذلك مصلحة لهم من حيث تطبيق قواعد و أنظمة البلد، وأغلبية هذا المبدأ يصب في مصلحة المدين حيث يتفادى إشهار إفلاسه في بلدان أخرى بالتالي يمكنه حماية نفسه كتاجر ويحمي نشاطه. ناصيف، 1989، ص145

5 - وذلك وفقا للتعديل الاخير للقانون لسنة 2004 لقانون التجارة رقم 30 لسنة 1984. ولخوله من احكام الافلاس والصلح الوافي نصت الفقرة اولا من المادة 321 منه على الاحتفاظ باحكام الافلاس والصلح الوافي في المواد منه (566-791) من قانون التجارة السابق رقم 149 لسنة 1970.

حيث جاء فيها - :

2 - للتاجر الذي يخضع لاجراءات افلاس في دولة اجنبية وله فرع في العراق ان يطلب من المحكمة المختصة بنظر طلبات وفقا لما يلي:

ا - ان يطلب وقف جميع المنازعات الفردية المقامة ضده من قبل دائنين عاديين او دائنين ذوي امتياز عام .
ب - امر بمنع حجز موجودات التاجر اينما وجدت في العراق ما لم تكن هذه الموجودات مرهونة او ذو امتياز بموجب قانون عراقي .

ج - ان يطلب منع الاطراف الثالثة الحاملين لاموال المدين من تسليمها الى ممثل التاجر .

د - ان يطلب اتخاذ اي اجراءات ضرورية اخرى .

3 - على المحكمة أن تأخذ بعين الاعتبار المسائل التالية عند اتخاذ القرار المناسب بشأن الطلبات التي يقدمها التاجر وفق احكام الفقرة السابقة : -

ا - حماية الدائنين في العراق ومدى الاخلال بقدرتهم على المطالبة بحقوقهم من خلال اجراءات افلاس في دولة اجنبية.

ب - المساواة بين جميع الدائنين من خلال تطبيق اجراءات افلاس موحدة .

ج - ما اذا كانت اجراءات الافلاس الاجنبية معترف بها ضمن نظم قانونية اخرى .

د - ما اذا كانت اجراءات الافلاس الأجنبية تعترف بحقوق الدائنين وأصحاب المصلحة وذلك بصورة مشابهة الى حد كبير لإجراءات الافلاس في العراق .

هـ - مدى اعتراف أحكام الافلاس الأجنبية بإجراءات الإفلاس العراقية وقوة نفاذها في إقليمها.

ويلاحظ أن الفقرة الثالثة من هذه المادة أكدت على أهمية حقوق الدائنين وذلك من خلال اشتراط قبول المحكمة المختصة لطلبات التاجر المفلس بمراعاة حقوق الدائنين في العراق بغض النظر عن جنسيتهم، سواء كانوا عراقيين او غير عراقيين وعدم تأثير قبول هذه الطلبات على حقوقهم كون إجراءات الافلاس قد بدأت في دولة أجنبية، وما اذا كانت هذه الاجراءات تعترف بحقوقهم أم لا. وهذا يحسب للمشرع العراقي، حيث ان اساس الافلاس هو حماية الدائنين سواء كانوا ينتمون الى جنسية المدين المفلس او لا ينتمون، وقد يساهم هذا النص بحماية حقوق الدائنين دون تمييز في مسائل الافلاس عبر الحدود.

أما الفقرة هـ من هذه المادة فهي تدل على اهتمام المشرع العراقي بموضوع الاعتراف بإجراءات الافلاس بين العراق ودولة أجنبية؛ والذي يؤثر بدوره بشكل كبير على حقوق الدائنين .

اما بالنسبة لموقف القضاء الاردني من الافلاس وأثره على حقوق الدائنين فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاردنية : أن توقف المتهم عن دفع ديونه ولم يدعم الثقة المالية به إلا بوسائل يظهر بجلاء أنها غير مشروعة فان هذا الوصف يشكل جريمة الافلاس الاحتيالي¹.

كما أكدت محكمة التمييز الاردنية على تجريم الافلاس الاحتيالي كونه يضر بحقوق الدائنين وذلك في قرار جاء فيه²: عرفت المادة 316 من قانون التجارة الافلاس بأنه توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية او لا يدعم الثقة المالية به الا بوسائل غير مشروعة ، كما ان اختلاس المال كركن من أركان الافلاس الاحتيالي هو تعديل التاجر لوضعه المادي او القانوني بقصد الحيلولة دون استعمال الدائنين حقهم في التنفيذ عليه ، اما تبديد المدين لامواله فهو كل عمل مادي او تصرف قانوني يأتيه المدين ويكون من شأنه حرمان الدائنين استعادة المال، ويكفي لقيام القصد الجنائي لدى التاجر التوقف عن الدفع ان يكون عالماً بأن التصرف الذي يقوم به باختلاس او اخفاء قسم من امواله او تبديدها من شأنه الحاق الضرر بدائنيه ودون ان يكون لزوما قصد الاضرار بالدائنين وعليه فان قيام المشتكى عليه بتحرير شيكات لا يقابلها رصيد ثمنا للبضاعة التي اشترها من المشتكين وقيامه بتهريب هذه البضاعة بقصد الاضرار بالدائنين يشكل جرم الافلاس الاحتيالي.

ونلاحظ في هذا القرار ان المحكمة اعتبرت قيام التاجر بأي تصرف يقصد منه تهريب امواله والإضرار بدائنيه انه إفلاس احتيالي حيث شددت المحكمة العقوبة في هذه الحالة، ولكن لم يتخذ اي اجراء من قبل المحكمة بشأن الاموال التي تم تهريبها سواء كانت منقولة او غير منقولة.

فيا حبذا لو بين المشرع الأردني وكذلك العراقي موضوع مصير الأموال المهربة خارج البلاد.

ويثور التساؤل التالي: كيف تتعامل المحاكم في حالة الافلاس في اكثر من دولة؟ وكيف يتم التنسيق بينها وهل تكفي قواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون العراقي والقانون الأردني؟ هذا ما سنحاول الاجابة عليه في المبحث التالي.

المبحث الثاني : علاقة الاختصاص القضائي الدولي بالإفلاس عبر الحدود :

لم يعد هدف القضاء التعبير والحرص على السيادة والعمل على تحقيق الانسجام والتناسق بين المحاكم في الداخل وحسب حفاظا على وحدة الدولة؛ وإنما تطبيق القانون على العلاقة القانونية، والاهتمام بنفس الوقت بضرورة إقامة التناسق مع المحاكم في الخارج كما في الداخل تحقيقا لفكرة التعاون القضائي الدولي. فالدولة عندما تصيغ قواعد الصلاحية القضائية لم يعد هدفها الأساسي مجرد تأكيد سيادتها تجاه الدول الأخرى، فظاهرة الحدود كانت دائما ولا تزال في جوهر العمل القضائي سواءاً من ناحية تحديد الاختصاص الدولي لذلك القضاء أو من ناحية الاختصاص التشريعي الدولي الذي يعمل ذلك القضاء، مع ما في ذلك من تلازم بين الاختصاصيين³ وتعتبر قواعد الاختصاص القضائي الدولي صمام الأمان للمنازعات القضائية التي تتضمن عنصرا اجنبيا الا أن المشكلة التي تواجه القضاة ان هذه القواعد قد لا تكون كافية لحل العديد من المسائل والقضايا التي تتضمن عنصرا اجنبيا .

1 - قرار تمييز جزاء رقم 154 لسنة 1979، منشور في المجلة القضائية رقم 02 سنة 1980 ، ص 669

2 - قرار تمييز جزاء رقم 732 لسنة 1998 ، سنة النشر 1999 ، عدد 01 متاح على موقع التشريعات الاردنية: <http://www.lob.gov.jo>

3 - بديع سامي منصور، القضاء اللبناني وظاهرة الحدود. محاضرة القيت في جامعة طرابلس. 2001 .

إن الاختصاص هو سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة، واختصاص محكمة ما معناه القضايا التي يجوز لها الفصل فيها، وتعنى قواعد الاختصاص القضائي بتحديد المحكمة المختصة بنظر نزاع معين من بين كافة المحاكم.¹

والقانون الدولي الخاص بمفهومه الضيق والمتمثل بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المتضمن عنصرا اجنبيا من خلال قواعد الاسناد المنصوص عليها في قانون القاضي، يشمل قواعد الاختصاص القضائي الدولي، لأن تطبيق القانون الملائم على النزاع يعد المرحلة الثانية بعد تقرير المحكمة لاختصاصها بالنزاع ذو العنصر الاجنبي.

وقد اختلف الفقهاء في وضع تعريف محدد لمصطلح الاختصاص القضائي الدولي، ولكن يمكننا ايراد أهمها: حيث عرفه جانب من الفقه، بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تتحدد بمقتضاها ولاية محاكم الدولة بنظر المنازعات التي تتضمن عنصراً أجنبياً إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى في مقابل قواعد الاختصاص القضائي الداخلي تلك التي تعين اختصاص كل محكمة من محاكم الدول المعنية إزاء غيرها من المحاكم التابعة للدولة ذاتها² وهنا يثور التساؤل هل ان قواعد الاختصاص القضائي الدولي في التشريع العراقي او الاردني كافية لحل مسائل الافلاس عبر الحدود والمشاكل التي تنجم عنها؟

يمكن الاجابة على هذا التساؤل من خلال البحث في ضوابط الاختصاص القضائي الدولي في القانون المدني العراقي مقارنة بقانون اصول المحاكمات المدنية الأردني في المطلب التالي.

المطلب الاول: الاختصاص القضائي الدولي في القانون المدني العراقي :-

لقد وضع المشرع العراقي قواعد الاختصاص القضائي بناء على ضوابط ومعايير وهذه المعايير تكون مبينة إما على اعتبار شخصي او موضوعي او اقليمي.

والاعتبار شخصي متعلق بشخص المدعي او المدعى عليه بالنظر الى جنسيته او محل اقامته او موطنه ، اما الاعتبار الموضوعي فهو المتعلق بموضوع النزاع ، سواء بشأته التزام او تنفيذه في الدولة اما الاعتبار الاقليمي فيتعلق بموقع المال.

ويبدو ان الاعتبار الاقليمي مرتبط مع الاعتبار الموضوعي حيث ينعقد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة في حال نشأة الالتزام او تنفيذه في أرضها، وكذلك الدعاوى المتعلقة بإشهار الافلاس الذي تم من قبلها. ومن ضوابط الاختصاص القضائي الدولي المبنية على الاعتبار الشخصي هو ضابط جنسية المدعى عليه :

أولا : ضابط جنسية المدعى عليه :

نصت المادة 14 من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951³ على أنه " : يقاضى العراقي أمام محاكم العراق عما ترتب بذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج.

1 - د. الزعبي، عوض. 2003، اصول المحاكمات المدنية، ص 119 .

2 - هشام خالد ، القانون القضائي الخاص 2001، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص 37

3 - صدر هذا القانون في عام 1951 وتم نشره في الوقائع العراقية الوقائع العراقية ، العدد: 3015 بتاريخ: 1951/09/08 | رقم الصفحة: 243

وهذا النص يمكن تطبيقه على قضية متعلقة بإفلاس تاجر عراقي اشهر افلاسه في الخارج ، حيث يمكن لدائنه ان يرفع دعوى للمحاكم العراقية عما ترتب في ذمة مدينه من حقوق سواء كانت هذه الحقوق موجودة في العراق او خارجه ، بدليل نص المادة 14 : " عما ترتب بذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج " .

وفي هذا النص اعطى المشرع مرونة للمحاكم في ان تبسط سلطتها على الالتزامات التي تنشأ في ذمة المدعى عليه العراقي في داخل العراق وخارجه ، ويعد هذا أحفظ للحقوق ، وأكثر تماشياً مع اتساع الانشطة التجارية وعبرها حدود الدولة الواحدة .

ويضاف الى ذلك فإن المحاكم العراقية تعد ذات اختصاص بنظر جميع الدعاوى التي ترفع على العراقي سواء كان الطرفان عراقيين أم كان أحدهما أجنبياً.¹

كما حددت المادة 15 من نفس القانون اختصاص المحاكم العراقية بنظر المنازعات التي يكون المدعى عليه فيها أجنبياً، حيث قضت المادة المذكورة بأن محاكم العراق تختص بمقاضاة الأجنبي في الحالات الآتية :

- 1 إذا وجد في العراق .
- 2 إذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق أو بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى.
- 3 إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه ، أو كان التقاضي عن واقعه في العراق ."

وبذلك ، فإن اختصاص المحاكم العراقية سينعقد حال تعلق الدعوى بذلك حتى لو لم يكن للأجنبي موطن أو محل إقامة في العراق وقت النزاع أو وقت إتمام العقد إذا كان موضوع الدعوى عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق.

ويلاحظ على الصور الثلاث التي أوردتها المادة الخامسة عشرة أن كل صورة جاءت مستقلة بحيث يكفي تحقق أية واحدة منها منح الاختصاص للمحاكم العراقية.

اما بالنسبة لقانون اصول المحاكمات الاردني فالقاعدة العامة هي اختصاص المحاكم الأردنية بالدعاوى المدنية التي ترفع من المواطن الأردني او عليه شريطة ان يكون له موطن او محل اقامة في المملكة الأردنية الهاشمية² .

وذلك وفقاً للفقرة الاولى من المادة 27 من قانون اصول المحاكمات الأردني حيث نصت هذه المادة على أنه: تمارس المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الأشخاص في المواد المدنية ، باستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء الى محاكم دينية أو محاكم خاصة بموجب أحكام أي قانون آخر".

و بالنسبة لاختصاص المحاكم في الدعاوى التي ترفع على الاردني الذي ليس له موطن او محل اقامة في الاردن ، فقد ذكر بعض الكتاب في هذا المجال ان الاختصاص ينعقد للمحاكم الاردنية في هذه الدعاوى بناء على نص الفقرة الاولى من المادة 27 السالفة الذكر على اساس ان هذا النص عام³ .

1 - العيسى، طلال ياسين(2009). دراسة قانونية "في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. المجلد 25. العدد الأول، ، ص325

2 - القضاة ، مفلح عواد.2008، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي. دار الثقافة ، عمان: . ص124 .

3 - الاخرس، نشأت عبد الرحمن. شرح قانون اصول المحاكمات المدنية. ج.1. عمان: دار الثقافة، 2008.

كما اكدت محكمة التمييز الاردنية هذا الاتجاه في قرار لها جاء فيه انه بموجب احكام المادة 27 من قانون اصول المحاكمات المدنية فان المحاكم الاردنية النظامية مختصة بممارسة حق القضاء على الاشخاص الاردنيين في المواد المدنية بغض النظر عن مكان اقامة المدعى عليه فيما اذا كان داخل الاردن او خارجه.

كما تختص المحكمة الأردنية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي سواء كان المدعي اردنيا ام اجنبيا وذلك وفقا للمادة 28 من القانون، حيث نصت على أن: تختص محاكم الأردن بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل اقامة في الأردن وذلك في الأحوال الآتية :

- 1- اذا كان له في الأردن موطن مختار .
- 2- اذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الأردن أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بافلاس أشهر فيها.
- 3- إذا كان لأحد المدعي عليهم موطن أو محل اقامة في الأردن.

فالقاعدة بالنسبة لغير الأردني هي اختصاص المحاكم الأردنية بالدعاوى التي ترفع متى كان له موطن في الأردن أو كان له فيها محل إقامة غير معتاد أي سكن فلا يكفي مجرد الوجود العارض في الأردن لانعقاد الاختصاص المحاكم الأردنية وذلك وفقا لنفس المادة من القانون.¹

ثانياً : ضابط موطن المدعى عليه :

ويرجع أساس الأخذ بهذا الضابط إلى مبدأ قوة النفاذ وذلك على اعتبار أن محكمة موطن المدعى عليه هي أقدر المحاكم على كفالة آثار الحكم الصادر عنها لما لها من سلطة فعلية تستطيع بموجبها إلزامه بالحكم الصادر منها، فتوطن المدعى عليه في إقليم دولة معينة يفيد أن ثمة رباطاً بينه وبينها، ذلك أن موطن المدعى عليه هو المكان الذي تتركز فيه مصالحه وأوجه نشاطه²

وقد سبقت الإشارة الى موطن المدين في الحديث عن ضابط جنسية المدعى عليه ويلاحظ أن كل من المعيارين السابقين قد ذكروا في نفس النص ، فكلما ورد في النص جنسية المدعى او المدعى عليه اقترن بمعيار موطنه، فهما معياران متلازمان الى حد كبير.

وننتقل الى الضابط الاقليمي للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم ، والذي يعد ذو صلة وثيقة بموضوع الدراسة. وهو ضابط موقع المال :

ثالثاً : ضابط موقع المال :

ويعتمد هذا الضابط اختصاص محاكم الدولة التي يوجد بها موقع المال، ويتميز بأنه ضابط موضوعي، لأنه يكتفي به وحده دون النظر إلى أشخاص الخصوم، كما أنه يقتصر على طائفة معينة من المنازعات وهي تلك المتعلقة بالأموال، وإقليمي لأنه يتحدد بالنظر إلى إقليم الدولة، وواقعي لأنه يعتد في شأنه بالواقع دون أعمال أية فكرة قانونية³

1 - الزعبي، مرجع سابق، ص 122 .

2 - العيسى، مرجع سابق، 314

3 - العيسى، مرجع سابق، ص 313 .

كما ينعقد اختصاص القضاء العراقي بناء على هذا الضابط بموجب الفقرة ب من المادة 15 من القانون المدني العراقي النافذ والتي نصت على أنه: " يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال الآتية: إذا كانت المقاضاة في حق متعلق بعقار موجود في العراق أو بمنقول موجود فيه وقت رفع الدعوى.¹ "

والهدف من وضع هذا المعيار في التشريعات، هو الصلة الوثيقة بين النزاع المتعلق بعقار او بمال معين وبين اقليم الدولة، حيث أن المحاكم أكثر دراية بشؤون بعقار موجود على اقليم دولتها و أقدر على النظر في الدعاوى المتعلقة به ، ومن جهة اخرى فإن اجراءات تنفيذ الحكم بعد صدوره تكون تمتاز باليسر والسرعة في التنفيذ². حيث يعد اختصاص المحكمة مظهر من مظاهر سيادتها على الاقليم وليس فقط على الاشخاص.

وهو ما أخذ به المشرع الأردني في المادة 28 من قانون اصول المحاكمات المدنية.

رابعا: ضابط محل مصدر الالتزام أو محل تنفيذه :

بموجب هذا الضابط ينعقد الاختصاص لمحاكم الدولة التي يوجد بها محل نشوء الالتزام أيًا كان مصدره أو محل تنفيذه.

ويتميز هذا المعيار بالموضوعية لأنه لا يكتفي بعقد الاختصاص بصرف النظر عن أشخاص الخصوم من جهة ، وبالإقليمية لأنه يتحدد بمراعاة إقليم الدولة، وأخيراً بالخصوصية لأنه يقتصر على طوائف معينة من المنازعات هي المتعلقة بالالتزام سواء من ناحية مصدره أو من جهة محل تنفيذه.³

وقد تبنى المشرع العراقي ضابط محل الالتزام بموجب المادة 15 / الفقرة ج من القانون المدني العراقي، حيث نصت على أنه: إذا كان موضوع التقاضي عقداً تم إبرامه في العراق أو كان واجب التنفيذ فيه أو كان التقاضي عن حادثة وقعت في العراق".

ويلاحظ ان القانون العراقي لم يورد اختصاص المحاكم العراقية الدولي في الدعاوى الناشئة عن افلاس اشهر في العراق، كما هو واضح من نص المادة 15 السالفة الذكر ، الا ان نص المادة 14 من القانون يمكن أن يطبق على اي دعوى متعلقة بحقوق حتى التي نشأت في الخارج الا انها مقصورة فقط على العراقي دون الأجنبي، والتي نصت على على أنه: " يقاضى العراقي أمام محاكم العراق عما ترتب بذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج.

ولكن في نفس الوقت يمكن ان نستنتج من الفقرة الاولى من نص المادة 15 والتي نصت على: بأن محاكم العراق تختص بمقاضاة الأجنبي في الحالات الآتية : أ- إذا وجد في العراق، بأنه يمكن ان ينعقد الاختصاص للمحاكم العراقية في الدعوى المرفوعة على الأجنبي اذا وجد في العراق، حتى لو كانت ناشئة عن افلاس اشهر فيه، لأن النص لم يحدد نوع الدعوى في حال وجود الأجنبي في العراق.

1 - النداوي، آدم وهيب. (1988). المرافعات المدنية، جامعة الموصل: مطبعة دار الكتب. ص474

2 - حداد، حفيظة السيد.(2002). القانون الدولي الخاص الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، (الكتاب الثاني). بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ص18

3 - حداد، مرجع سابق، ص18

ومن الجدير بالذكر أن المشرع العراقي - وعلى خلاف القانون الأردني والمصري - قد حدد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الاجنبية وذلك في المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية، حين نص على اعتبار المحكمة الأجنبية ذات صلاحية، وذلك حال تحقق أحد الشروط الآتية:¹

أ. كون الدعوى متعلقة بأموال منقولة أو غير منقولة كائنة في البلاد الأجنبية.

ب. كون الدعوى ناشئة عن عقد وقع في البلاد الأجنبية، أو كان يقصد تنفيذه هناك كله أو قسم منه يتعلق فيه الحكم.

ج. كون الدعوى ناشئة عن أعمال وقع كلها أو جزء منها في البلاد الأجنبية.

د. كون المحكوم عليه مقيماً عادة في البلاد الأجنبية أو كان مشغولاً بالتجارة فيها في التاريخ الذي أقيمت فيه الدعوى.

ه. كون المحكوم عليه قد وافق على قضاء المحكمة الأجنبية.

وعليه يمكن القول: إن الاختصاص المبنى على المادة 14 / من القانون المدني العراقي لا يخول المحاكم العراقية اختصاصاً استثنائياً من شأنه أن يحول دون مشاركة محاكم دولة أجنبية في اتخاذ قرارات يكون المدعى عليه فيها عراقياً بل إن ما جاء في المادة 14 / يعد مبدأ عاماً يقيد كلما وردت حالة من الحالات التي جاءت بها المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية، مما يستدعي إمكان تخلي المحاكم العراقية عن نظر دعوى أجنبية، ودون أن يعد ذلك مخالفاً لقواعد النظام العام في الدولة العراقية.²

وينعقد الاختصاص للمحاكم الأردنية اذا كانت الدعوى مرفوعة على أجنبي ومتعلقة بمال موجود في الأردن او التزام نشأ او نفذ او كان واجب التنفيذ فيها، وذلك وفقاً للفقرة 2 من المادة 28 من قانون اصول المحاكمات المدنية.³

ويستفاد من هذا النص ان دائني التاجر الاجنبي مهما كانت جنسيتهم يمكنهم المطالبة بديونهم من اموال التاجر الموجودة في الأردن.

كما أن النص الذي ينظم اختصاص المحاكم الأردنية في قضية مال موجود في الأردن، يعطي الحق للمحاكم الأردنية بالنظر بالدعوى المتعلقة به اذا كانت تتعلق بإفلاس اشهر في الأردن.

وبمعنى اوضح، ان هذا النص المتعلق بموقع المال يمكن ان يطبق على قضية تاجر أردني اشهر افلاسه في الخارج ولديه اصول واموال في الأردن ، ورفعت دعوى ضده من قبل دائنيه للحجز على هذه الاموال ليشملها حكم الافلاس الصادر في الخارج فينعقد الاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية على الرغم من ان حكم الافلاس لم يصدر في الأردن، ويبدو ان هذا الامر لا بد ان يسبقه الاعتراف بالحكم الاجنبي وفقاً للشروط المطلوبة ومن ثم أعمال هذا النص للتنفيذ على اموال التاجر الموجودة في الأردن.

1 - قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية العراقي

2 - . الداوودي، غالب وحسن الهداوي، 1988 القانون الدولي الخاص، ص 424 .

3 - وقد اكدت على ذلك محكمة التمييز الأردنية في قرارها المرقم 1043 لسنة 93، ويندرج تحت الاعتبار الاقليمي الاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية في دعوى متعلقة بإفلاس أشهر في الأردن وذلك وفقاً للمادة 28 من القانون الفقرة 2 اذا كانت الدعوى مرفوعة على الاجنبي ليس له موطن او محل اقامة في الأردن، فلا بد ان تكون الدعوى مرفوعة على اجنبي ليس له موطن او محل اقامة في الاردن و ان تكون المحكمة التي اصدرت الحكم أردنية.

ولكن يلاحظ أن قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم الاردنية نظمت اختصاصها في الدعاوى المتعلقة بإفلاس اشهر فيها؛ اي ان النص يعالج فقط الاختصاص في حالة اشهار افلاس التاجر في الاردن ، ولكن اي محكمة سينعقد لها الاختصاص في حال ادعت اكثر من دولة الاختصاص لمحاكمها بدعوى شهر الافلاس؟، فعلى افتراض تاجر لبناني يباشر تجارة في الأردن و له املاك في لبنان فهل يمكن اعلان افلاسه في لبنان اذا توقف عن دفع ديونه؟ وما الاسس القانونية لحل هذا الخلاف¹

من خلال قراءة ضوابط الاختصاص القضائي الدولي السالفة الذكر، تبدو هناك بعض التساؤلات حول مدى فاعليتها وإمكانية تطبيقها على قضايا الافلاس عبر الحدود، وفيما اذا كانت هناك بعض الصعوبات تعترض ذلك. حيث نجد ان طبيعة قضايا الافلاس عبر الحدود قد لا تتلاءم مع قواعد الاختصاص القضائي الدولية للمحاكم الوطنية، على الرغم من ان المشرع قد وضعها مراعاة منه لخصوصية النزاعات المتضمنة عنصرا أجنبيا ، الامر الذي يستدعي ايجاد قواعد تحكم علاقاته حيث تعددت فيها العناصر من جنسيات وأماكن انتشرت فيها الاموال والنشاطات التجارية وجهات قضائية متعددة، وعدم وجود جهة دولية واحدة لحل هذه القضايا، والمقصود هنا هو وضع قواعد للتنسيق بين المحاكم وليس المقصود التعدي على قواعد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة. ومن أهم مظاهر الاهتمام الدولي بهذا الأمر هو ما جاء في نصوص قانون اليونسيترال للإفلاس عبر الحدود، حيث يعد من اهم أهدافه الرئيسية هو توفير سبل للتعاون والتنسيق بين محاكم الدول المعنية في قضايا الافلاس الحدودية. وهذا ما سنبحثه في المطلب التالي.

المطلب الثاني : قانون اليونسيترال والاجراءات القضائية في الافلاس عبر الحدود.

جاء في تقرير صدر عن لجنة قانون اليونسيترال للإعسار عبر الحدود عام 1999 : انه نظرا لتزايد اهمية الافلاس عبر الحدود لابد من تيسير الاعتراف بالحكم والاجراءات الاجنبية ، والتنسيق والتعاون بين المحاكم وان تبني الدول هذا القانون سيوفر وسائل فعالة تكفل تحقيق هذا الهدف.²

كما جاء في تقرير للبنك الدولي حول هذا الموضوع في عام 2001 يبين فيه كيفية التعاون في مجال الافلاس عبر الحدود ، حيث جاء فيه ان الافلاس قد يتضمن محاور دولية ، لذا على الدول ان تضمن قوانين الافلاس قواعد للاعتراف بالأحكام الاجنبية والتعاون بين محاكم الدول المختلفة مؤكدا على ضرورة عدم التمييز بين الدائنين على اساس الجنسية ، او محل الإقامة "الموطن" ، كما اكد على ضرورة سرعة الاعتراف بإجراءات الافلاس الاجنبية التي افتتحت، وفقا للمعايير القضائية الدولية المتعارف عليها.³

ولقد جاء القانون النموذجي ببعض الوسائل التي تساعد في الوصول الى هذا الهدف منها:⁴ البدء بتغيير التشريعات الوطنية والتي اعتبرها القانون من اهم الخطوات للتوصل الى اطار تشريعي يتضمن التعاون في قضايا الافلاس الحدودية، بالمقارنة مع التعديلات التي تمت في نطاق محدود التي لم تلق نجاحا بهذا الشأن.

1 - ناصيف، ص147

2 - انظر : www.uncitral.org

3- World Bank Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems, Principle 24, page 52 .

4- Hon,Ian Campell, p15

كما ستساعد رؤية هذا القانون في مواجهة الصعوبات التي تحول دون محاولات انقاذ الشركة المفلسة في اكثر من نظام قضائي، اضافة الى توفير نوع من الموازنة المعقولة بين افلاس التاجر الفرد و مصالح الدائنين المحليين . والسبب في اعطاء مسألة التنسيق بين المحاكم هذه الأولوية هو غياب الاطار التشريعي وافتقار القوانين الوطنية الى قواعد تهيء أساسا للتعاون بين المحاكم الدول المختلفة والتنسيق فيما بينها؛ والذي يعد عقبة كبرى امام دعاوى الافلاس عبر الحدود؛ وهذا التعاون لا يقتصر بين قضاة المحاكم انما يوفر الاطار اللازم للتعاون بين المحكمة في الدولة المشترعة " المحلية" وممثل اجنبي، او بين امين تفليسة في الدولة المشترعة ومحكمة اجنبية او ممثل اجنبي.¹

وقد جاءت المواد من 25 إلى 27 من القانون النموذجي تحت عنوان " التعاون مع المحاكم الأجنبية والممثلين الأجانب، أي التعاون بين المحكم المحلية والأجنبية وأمناء التفليسة في أكثر من دولة لمنع تبديد أصول المدين أو رفع قيمة هذه الأصول أو التوصل إلى حل لإعادة تنظيم المؤسسة التجارية.²

مما يؤكد حرص لجنة القانون التجاري الدول على تغيير فكرة الإفلاس الأحادية الجانب والتي ترمي فقط إلى عقاب المدين.

ونصت المادة 25 من القانون على التعاون المباشر بين المحكمة المحلية والمحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب في خصوص طلبات المساعدة المقدمة منهم أو تلك التي تطلبها المحكمة المحلية منهم، كما أكدت المادة على حق المحكمة في الاتصال المباشر بالمحاكم والممثلين الأجانب وغيرها من المسائل المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون وطلب المعلومات والمساعدة المباشرة منهما³

والهدف من ذلك هو السرعة و اختصار الإجراءات الشكلية أو اللجوء إلى القنوات الدبلوماسية.⁴

أما المادة 26 من القانون فقد نصت على التعاون المباشر بين أمين التفليسة المعين في الدولة المعنية وبين المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب في المسائل المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون .⁵

ولم تشترط أي من المادتين لتحقيق هذا التعاون سبق الإعتراف بدعوى إفلاس أجنبية⁶

فقد جاءت المادة 28 من القانون النموذجي بحل لتكون إدارة الدعوى إدارة مجددة بأن يمتد نطاقها ليشمل بعض أصول المدين الموجودة في الخارج إلا أن ذلك مشروط بقيدين وهما :

1 - نبيل عمر فتحي، النظام القانوني للإفلاس عبر الحدود، رسالة ماجستير، مصر: جامعة المنصورة، 2007، ص205.

2 - الدليل العملي للقانون النموذجي، بند 173 ص89

3- www.uncitral.org/arabic

4 - فتحي، ص206

5- الدليل التشريعي لقانون الإعسار، المرفق الثالث، الجزء الثاني؛ والنص متاح كذلك في القسم المعنون بنصوص القانون وحالتها على موقع الأونيسترال الإلكتروني : www.uncitral.org.

6 - فتحي، مرجع سابق، ص207

أن تتم إدارة هذه الأصول وفقاً لقانون الدولة المشترعة، والقيود الثاني هو أن يتم ذلك بالقدر الضروري لتنفيذ التعاون والتنسيق بين المحاكم على النحو المبين في المواد 25 إلى 27 من القانون النموذجي،¹

وأرى انه لا داعي لوضع القيد الثاني؛ لأن الهدف الأساسي من وضع هذه المواد هو تحقيق التعاون والتنسيق بين محاكم الدول المعنية كحل لمشكلة إقليمية أحكام الإفلاس لا سيما فيما يتعلق بأصول المدين، إضافة إلى مشكلة تمسك المحاكم بفكرة السيادة الوطنية ورفض التعاون في إدارة مثل هذ الدعاوى خارج الحدود الإقليمية، خاصة وأن القانون قد حث من خلال المادتين 25 و26 على التعاون بين المحكمة وأمين التفليسة بالتعاون إلى أقصى حد ممكن.

كما تضمنت المادة 28 من القانون أنه إذا كانت للمدين أصول في أكثر من دولة فيكون من الأفضل أن تتم إدارة هذه الأصول في دعوى الإفلاس المحلية، فلا بد في هذه الحالة أن يتم التعاون بين أمناء التفليسة في دعوى الإفلاس الرئيسية والمحلية.²

ويبدو أن هذا الأمر يقدم حلاً جيداً لمسألة التعاون القضائي بين الدول التي توجد فيها أصول للمدين مما يحقق للدائنين حماية قانونية وبتكاليف أقل.

أما المادة 27 من القانون فقد تضمنت خمس نقاط لأشكال التعاون والتي خصص لها في الدليل العملي للقانون قسم مستقل، وهي:³

- أ. تعيين شخص أو هيئة بناء على توجيهات المحكمة.
- ب. إبلاغ المعلومات بأية وسيلة تعتبرها المحكمة مناسبة .
- ج. تنسيق إدارة الأصول المدين وشؤونه والإشراف عليه.
- د. موافقة المحاكم على الاتفاقات المتعلقة بتنسيق الإجراءات أوقيامها بتنفيذها .
- هـ. التنسيق بين الإجراءات المترامنة المتعلقة بالمدين ذاته.
- و. يجوز للدولة المشترعة أن تضيف قائمة بأشكال إضافية للتعاون.

ومعنى ذلك أن القانون يقدم أمثلة لمساعدة الدول لوضع إطار قانوني عملي للتنسيق بين المحاكم في هذه القضايا. ويمكن لكل دولة أن تضيف أي أسلوب آخر تراه ملائماً للتعاون.

وفيما يتعلق بالفقرة (دال) والمتعلقة بالاتفاقات المتعلقة بالإفلاس، فقد تم عقد مثل هذه الاتفاقات في ظروف عدم وجود قوانين ميسرة وطنية أو دولية معتمدة في هذا المجال وقد صممت هذه الاتفاقات لمعالجة المنازعات الإجرائية أو الموضوعية التي يمكن أن تنشأ عن مثل هذه القضايا ذلك لتسويتها بكفاءة من خلال التعاون بين المحاكم والمدين وسائر أصحاب المصلحة، وبطبيعة الحال لا بد أن توافق المحكمة المعنية أولاً على هذا النوع من الاتفاقات.⁴

1 -فتحي ، مرجع سابق ، ص210

2 -فتحي، ص211

أما بالنسبة لتنسيق الإجراءات المتزامنة المتعلقة بالمدين ذاته، أي في حالة خضوع المدين لإجراءات أجنبية ومحلية في نفس الوقت؛ فتعالج المادة هذا التنسيق بين هذه الإجراءات لضمان إمكانية تسييرها دون تعليقها بلا داع ضروري.¹

كما تضمنت المادة 32 من القانون مبدأ المساواة بين الدائنين، تفادي الحالات التي قد يحصل فيها دائن على معاملة أفضل من معاملة سائر الدائنين المنتمين إلى الرتبة نفسها بحصوله على سداد نفس المبلغ الذي يطالب به في إجراءات إعسار في ولايات قضائية مختلفة.

فعلى سبيل المثال، قد يتلقى دائن غير مضمون "دائن عادي"، نسبة ٥% من المبلغ الذي يطالب به في إجراء إعسار أجنبي؛ لكنه يشارك أيضا في إجراء إعسار في الدولة المشترعة، حيث تبلغ نسبة التوزيع ١٥ %، فمن أجل أن يتساوى الدائن في الوضع مع سائر الدائنين في التوزيع ١٥ %، فمن أجل أن يتساوى الدائن في الوضع مع سائر الدائنين في الدولة المشترعة، يتلقى الدائن ١٠ في المائة من المبلغ الذي يطالب به في الدولة المشترعة . وتحول المادة ٣٣، ضمينا، المحكمة المتلقية صلاحية إصدار أوامر لإنفاذ تلك القاعدة.²

ولنا في لائحة المجلس الاوروبي خير مثال على ذلك فيما يتعلق بالاعتراف بالاحكام الصادرة في دعاوي الافلاس، فقد أخذت لائحة المجلس الاووبي رقم 1346 لسنة 2000 بحل عملي هو الاعتراف الفوري و التلقائي داخل الدول المتعاقدة بحكم الافلاس الذي يصدر من محكمة افلاس مختصة - وفقا للاتفاقية في أية دولة متعاقدة اخرى من وقت صيرورة الحكم نافذا في الدولة التي اصدرته. و يسري هذا الاعتراف في الدول المتعاقدة و لو كان من غير الجائز افلاس المدين نفسه امام محاكمها لأسباب متعلقة باهليته.³

وتجدر الاشارة إلى أنه قد تم تبني نصوص قانون اليونسيترال في الولايات المتحدة بصدر قانون اكتوبر لعام 2005 والذي يشار اليه اختصارا باسم **BAPCPA** ، ، فيما يتعلق بالتعاون والتنسيق بين محاكم الدول المعنية وذلك في الفصل الخامس عشر منه؛ حيث نصت المادة 1515 من هذا القانون، على ان الممثل الاجني يتقدم بطلب الاعتراف بدعوى الافلاس الاجنبية والتي تعرف بدعوى الافلاس التابعة، الى المحاكم الأمريكية- وبالتحديد محكمة محل موطن المدين- ويبين في الطلب صفته وحدود سلطته، ويتم الفصل في هذا الطلب اي الاعتراف بدعوى الافلاس الاجنبية- بأسرع وقت ممكن وذلك وفقا للمادة 1517 من القانون.⁴

1 - الدليل العملي للقانون النموذجي، بند 14، ص22

2 - ولا تمس المادة ٣٢ بالترتيب الهرمي للمطالبات حسبما يقرره قانون الدولة المشترعة، ولا يقصد من المادة سوى تقرير المعاملة المتساوية للدائنين المنتمين إلى نفس الرتبة. وطالما أن مطالبات الدائنين المضمونين أو الدائنين ذوي حقوق عينية تسدّد بالكامل، وهو أمر يتوقف على قانون الدولة التي ينفذ فيها الإجراء، فإن تلك المطالبات لا تتأثر بالحكم المذكور.

وتستخدم عبارة "المطالبات المضمونة للإشارة عموما إلى المطالبات المضمونة بموجودات معينة، في حين يقصد بعبارة "الحقوق العينية" الإشارة إلى الحقوق المتعلقة بمتلكات معينة والقابلة للإنفاذ أيضا ضد أطراف ثالثة. ويمكن أن يندرج حق معيّن في نطاق العبارتين كليهما تبعاً للتصنيف المستخدم والمصطلحات المستخدمة في القانون المنطبق. وللدولة المشترعة أن تستخدم مصطلحا آخر أو مصطلحات أخرى للتعبير عن هذين المفهومين.(الدليل العملي للقانون النموذجي، بند 148 .

3 - فتحي، ص369.

ولكن من الضرورة بمكان الإشارة إلى أن هذا التعاون القضائي لا يعني تجاوز القواعد الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام في الدولة المطلوب منه المساعدة، فعلى سبيل المثال إذا تضمن طلب المساعدة معلومات عن حسابات المدين في البنوك فلا بد من اتباع التعليمات والإجراءات المتعلقة بالحسابات المصرفية وسريتها في تلك الدولة¹.

بناء على ذلك تظهر أهمية و ضرورة التنسيق بين محاكم الدول المعنية خصوصاً إن توحيد قواعد الإفلاس بينها لا يزال بين أمرين أما صعوبته وتعذره أو أنه لا يزال قيد العمل والتطوير، كما أن عدم اهتمام المشرع الوطني بهذا الأمر يؤدي حتماً إلى تضييع حقوق الدائنين فضلاً عن الإخلال بمبدأ المساواة بينهم.

و للبدء بتطوير قواعد قانونية تعالج هذه المسألة يمكن إدراج بعض القواعد الموجودة في قانون اليونيسترال النموذجي للاعسار عبر الحدود في التشريعات الوطنية ذات العلاقة ، او وضعها في قانون مستقل وتعديلها بما يراه المشرع ملائماً.

ويبدو أن كل ذلك مرتبط بمدى استعداد الدولة التي يشهر فيها الإفلاس أو التي يوجد فيها جزء من أموال المدين أن تتبنى هذا التعاون وتأذن لمحاكمها بالسير في هذا الاتجاه².

الخلاصة :

لقد أصبح الإفلاس عبر الحدود أمراً يفرضه واقع الاقتصاد العالمي، ويواجه هذا النوع من الإفلاس فراغاً تشريعياً في التشريع المحلي مما أدى إلى تزايد المشاكل القانونية التي تحتاج إلى حلول سريعة وفعالة ، وذلك لحماية الدائنين والمشروعات التجارية في ذات الوقت ومن أجل استقرار الاقتصاد الوطني وتطوره.

وقد تناولنا في هذا البحث دور قواعد الاختصاص القضائي الدولي في القانون العراقي والقانون الأردني ودورها في قضايا الإفلاس عبر الحدود ووجدنا ان طبيعة قضايا الإفلاس عبر الحدود قد لا تتلاءم مع قواعد الاختصاص القضائي الدولية للمحاكم الوطنية، على الرغم من ان المشرع قد وضعها مراعاة منه لخصوصية النزاعات المتضمنة عنصراً أجنبياً.

ورأينا أن المجتمع التجاري الدولي قد أصبح بلا حدود، الأمر الذي يستدعي إيجاد قواعد تحكم علاقاته حيث تعددت فيها العناصر من جنسيات وأماكن انتشرت فيها الأموال والنشاطات التجارية وجهات قضائية متعددة، وعدم وجود جهة دولية واحدة لحل هذه القضايا ، فمن الأفضل ان تكون هناك قواعد قانونية للتنسيق بين عمل المحاكم المعنية واجراءاتها تمكنها من ادارة التفليسة ادارة ناجحة وتحفظ حقوق الدائنين .

1 - فتحي، مرجع سابق، ص 218 .

2- وقد أكد على أهمية هذا الأمر البنك الدولي في ورقة عمل صادرة عنه أنه من انجح الوسائل لتحقيق التعاون بين المحاكم بهذا الشأن هو تبنيها لقانون اليونيسترال للإفلاس عبر الحدود. (cross-border p14) على الموقع الالكتروني: www.treasure.org

وقد توصلنا في هذه الدراسة الى بعض النتائج واقترح بعض التوصيات.

• النتائج :

- إن قضايا الإفلاس عبر الحدود في تزايد و أصبحت واقعا لا يمكن تجاهله ، و بحاجة الى عناية المشرع الوطني.
- لكل من اقليمية الإفلاس وعالميته مميزاته وسلبياته، ولكن الأخذ بعلمية الإفلاس يواكب التطور في مجال في الإفلاس الدولي، ويحقق الحماية القانونية للدائنين.
- تناول قانون التجارة العراقي جانبا من مواضيع الافلاس عبر الحدود وذلك في نص المادة 573 منه مما ساهم في الحد نسبيا من إقليمية قواعد الإفلاس.
- لم تنظم قواعد الاختصاص القضائي الدولي اختصاص المحاكم العراقية في إفلاس أشهر خارج العراق، إنما اكتفى بتحديد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم في القضايا المتعلقة بإفلاس أشهر في العراق.
- هناك فراغ تشريعي في قانون المرافعات المدنية العراقي؛ حيث لم يتضمن القانون قواعد إجرائية تنظم الاختصاص القضائي والاعتراف بالإجراءات الأجنبية والتعاون الدولي بين المحاكم العراقية ومحاكم الدول المعنية ، لتعقب الأموال التي يتم تهريبها خارج حدود الدولة التي أصدرت حكم الإفلاس مما يؤثر سلبا على حقوق الدائنين.
- يعد قانون اليونسيترال النموذجي من افضل الحلول الموجودة حاليا لتوفير مظلة قانونية يحتمي بها كل من الدائن والمدين المفلس، حيث أن من اهداف القانون حماية الدائنين عبر الحدود واعادة تنظيم نشاط التاجر اذا توافرت شروط ذلك.
- تضمن قانون اليونسيترال اختصاص المحاكم والتنسيق والتعاون بين محاكم الدول المعنية في قضايا الافلاس في الاجراءات المتخذة من قبلها لتوفير اكبر قدر من الحماية القانونية للدائنين.
- يتميز قانون اليونسيترال بأنه يتصف بالدولية؛ لذا من السهولة بمكان تبني نصوصه من قبل اي دولة ترغب في تحديث تشريعاتها المتعلقة بهذا الشأن.

وبناء على النتائج التي تم التوصل اليها في هذا البحث تم اقتراح بعض التوصيات كما يلي :

• التوصيات :

- يمكن للمشرع العراقي تبني نصوص قانون اليونسيترال للاعسار عبر الحدود كلا أو جزءا لحل قضايا الإفلاس عبر الحدود .
- من الفائدة بمكان تشريع قانون مستقل للافلاس عبر الحدود لمعالجة مسألة الإفلاس عبر الحدود لتيسير تطبيقها من قبل المحاكم على هذا النوع من القضايا.
- للقضاء العراقي أن يتخذ إجراءات بشأن أموال وأصول التاجر الموجودة خارجه، بناء على المادة 573 من قانون التجارة العراقي " ، وبما أنه ليس هناك نص يمنع ذلك.

- تعديل قواعد الاختصاص القضائي الدولي في قانون المرافعات المدنية العراقي بحيث يشمل اختصاص المحاكم بشأن إفلاس أشهر خارج العراق، وكذلك التنسيق والتعاون بين المحاكم العراقية ومحكم الدول المعنية لتعقب أموال التاجر المفلس خارج العراق.

• المراجع باللغة العربية :

الأخرس، نشأت عبد الرحمن. (2008). شرح قانون أصول المحاكمات المدنية ج.1. عمان: دار الثقافة.

البستاني، سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2004

البستاني، سعيد يوسف. (2007). أحكام الإفلاس والصلح الوافي في التشريعات العربية. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

الحجاية، نور محمد. (2008). الاتفاق على اختيار المحكمة المختصة في النزاعات ذات الطابع الدولي "دراسة في التشريع الأردني". مجلة الحقوق الكويتية. العدد الثاني. السنة الثالثة والثلاثون: الكويت

العيسى، طلال ياسين (2009). دراسة قانونية "في علاقة الاختصاص القضائي الدولي بقواعد النظام العام"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية. المجلد 25. العدد الأول.

القضاة، مفلح عواد. (2008). قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني. الجزء الأول. عمان: دار الثقافة.

النداوي، آدم وهيب. (1988). المرافعات المدنية، جامعة الموصل: مطبعة دار الكتب.

خالد، هشام. (2001). القانون القضائي الخاص الدولي. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.

زمزم، عبد النعم . (2011). الإفلاس بين العالمية والإقليمية. مجلة الشريعة والقانون. الإمارات. أبوظبي : جامعة الإمارات العربية المتحدة.

منصور، سامي بديع. (2001). القضاء اللبناني وظاهرة الحدود. محاضرة القيت في جامعة طرابلس.

الزعبي، عوض. (2003). قانون أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي. عمان : دار الثقافة.

بهنسي، محمد حمدي. (2006). الجوانب القانونية للإفلاس الدولي، القاهرة: دار النهضة

نصيف، إلياس. (1989). الكامل في قانون التجارة "الإفلاس"، بيروت.

صادق، هشام علي. (2003). تنازع القوانين، دراسة تحليلية بالمبادئ والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري. الإسكندرية: منشأة المعارف

طه، مصطفى كمال، و بندق، وائل أنور. (2005). أصول الإفلاس. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.

فتحي، نبيل عمر. (2007). النظام القانوني للإفلاس عبر الحدود، رسالة ماجستير، مصر: جامعة المنصورة.

• المراجع الاجنبية :

1-Fletcher, I. (2005). International Insolvency in International Private Law, Oxford press university, 2nd edition, London.

2- World Bank Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems, Principle 24, page 52)

Campbell, H. I. (2002). Cross-border insolvency corporation and coordination, retrieved from: <http://www.treasury.gov.au>

• المواقع الالكترونية :

www.unictral.org/arabic

www.worldbank.org

http://www.reedsmith.com/_db/_documents/crab0603.pdf.11-05-2006

<http://www.treasury.gov.au>

http://en.wikipedia.org/wiki/Bankruptcy_in_the_United_Kingdom#Bankruptcy_in_England_and_Wales

<http://www.lob.gov.jo>

مقال بعنوان : خصائص التدابير الوقائية



من إعداد الأستاذ : الحسين وبيا

باحث في عدالة الأحداث -المغرب

مقدمة :

تشكل ظاهرة جنوح الأحداث خطورة كبيرة في العالم بأسره، إذ أنها تمثل تهديدا لأمن المجتمع واستقراره ومخططاته التنموية وبنائه الأسري، وقد استأثرت اهتمام المحللين والأخصائيين الاجتماعيين والنفسانيين ورجال القانون، نظرا لما أصبحت تشكله شريحة الأحداث الجانحين من خطر على نفسها وعلى المجتمع برمته، لدرجة أصبح يستحيل استيعابها واحتوائها داخل محيطها الأسري. وظاهرة جنوح الأحداث لا يوجد لها سبب واحد يؤدي بهم إلى الانحراف، وإنما توجد عوامل مختلفة ومتراصة تضغط باستمرار وبعنف لتعطي في الأخير إنسانا متدمرا يقوم بمجموعة من الأشياء، وهذه العوامل منها ما هو اجتماعي، ثقافي، وتربوي. وهذا ما يؤدي بهم إلى الشعور بعدم فائدتهم وجدواهم وأيضا عدم فعاليتهم داخل محيطهم الاجتماعي.

وباعتبار الأحداث عماد المستقبل للمجتمع بصفة عامة والأسرة بصفة خاصة، فقد بات لزاما الاهتمام بهذه الظاهرة وبدل كل الجهود لإيجاد الحلول الملائمة للقضاء عليها، لأن الحد من جنوح الأحداث جزء جوهري من منع حدوث الجريمة.

تتميز التدابير المطبقة على الأحداث بمجموع من الخصائص والسمات تختلف عن التدابير والعقوبات المطبقة على المجرمين البالغين، فهي تمتاز بكونها تدابير حمائية تهيئية (المبحث الأول)، وتفرض تبعا لحالة الحدث (المبحث الثاني)، كما يمكن اعتبارها ليست باثة أو نهائية (المبحث الثالث)، وتكون واجبة التنفيذ بمجرد الحكم بها (المبحث الرابع)، ولا تخضع لنظام رد الاعتبار أو العود (المبحث الخامس).

المبحث الأول : التدابير الوقائية تدابير حمائية تهيئية :

يجمع فقهاء علم الاجتماع والمهتمين بالسياسة الجنائية على أن جنوح الأحداث يمثل في الدرجة الأولى ظاهرة سلوكية اجتماعية تمتد جذورها إلى أعماق نفسية الحدث وإلى الظروف التي نشأ فيها في بيئته الاجتماعية والتي فرضت عليه أنماطا معينة من السلوك المخالف للقانون أو من العادات والأعراف التي تشبع بها مجتمعه.

ومن هنا، يذهب المشرع إلى ضرورة مواجهة جنوح الأحداث بأساليب الوقاية والتقويم الملائمين وخاصة منها التي ترمي إلى الإصلاح والتهذيب والحماية من الخطورة التي تعترض مستقبله جراء الانحراف، ومن ثم تأهيله¹. فالمحكمة تستهدف من جراء تطبيق التدابير الوقائية، حماية ورعاية الحدث²، وإعادة إدماجه في المجتمع.

وهذا ما يتضح من خلال ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 481 من قانون المسطرة الجنائية بحيث أطلق على التدابير التي تطبق في حق الأحداث تدابير الحماية أو التهذيب بحيث جاء في المادة ما يلي: "يمكن لغرفة الأحداث أن تتخذ في شأن الحدث واحد أو أكثر من تدابير الحماية أو التهذيب الآتية...".

أما المشرع المصري فقد عد التدابير التي يمكن اتخاذها في حق الحدث من خلال المادة 101 من قانون الطفل لسنة 1996، ويتضح من خلال قراءة هذه المادة أن هذه التدابير ذات طبيعة حمائية.

فالمشرع قد يرى بأن العقوبات الجنائية قد تفسد الأحداث في مرحلة مبكرة من مراحل العمر، وأن إصلاحهم وحمايتهم وتهذيبهم عن طريق التدابير الوقائية أمر ميسور في غالب الأحيان دون اللجوء إلى تطبيق العقوبات بحقهم، لذلك كان هدف المشرع من وراء تطبيق التدابير واستبعاد العقوبات هو إنقاذ الحدث من الوضع السيئ الذي يوجد فيه وتهذيب الحدث وتقويمه وإتاحة طريق الحياة المنتجة والشريفة له حتى يعيش في وفاق المجتمع³.

المبحث الثاني: التدابير الوقائية تفرض تبعا لحالة الحدث :

إذا كان المبدأ الأساسي الذي يحكم نظام العقوبات والتدابير الوقائية أنه لا يجوز الحكم على شخص بسبب جريمة معينة إلا بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة أو بالتدبير الذي نص عليه القانون كجزاء مقرر لها، ومن ثم لا يستطيع قاضي الموضوع، إنزال أي جزاء جنائي آخر مهما كانت أسبابه ودوافعه، فإذا كان قانون الجريمة موضوع الدعوى يقرر عقوبة الغرامة، فلا يجوز له أن يحكم بعقوبة الحبس أو بعقوبة الغرامة التي تتجاوز الحد المنصوص عليه في القانون، أو بأي تدبير وقائي غير منصوص عليه صراحة كجزاء لتلك الجريمة، فلا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير وقائي بغير نص، فإذا خرج القاضي عن ذلك وقضى بعقوبة ليست واردة في النص بالنسبة للجريمة المرتكبة، عد حكمه باطلا لمخالفته القانون وانتهاكه مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات⁴.

أما إذا تعلق الأمر بالجزاءات التربوية المقررة في نطاق معاملة الجانحين، فإن القاضي غير ملزم بتوقيع "جزاء بعينه" من الجزاءات المنصوص عليها في القانون، فله أن يختار التدبير الذي يراه أكثر فاعلية في تربية وإصلاح الحدث من بين الجزاءات التربوية الواردة في القانون.

1 - عبد الرحمن مصلح الشراي: مرجع سابق، ص: 206.

2- علي محمد جعفر: مرجع سابق، ص: 156.

3- فوزي عبد الستار: "معاملة الأحداث، الأحكام القانونية والمعاملة العقابية"، 1977/1978، ص: 153.

4- محمد سليمان: مرجع سابق، ص: 264.

فمعظم التشريعات لا تنص على تدبير تربوي محدد لكل جريمة على حدة¹، وإنما عدد المشرع التدابير والجزاءات التربوية التي يجوز فرضها على الأحداث فإذا ارتكب الحدث جريمة، فإن للقاضي أن يختار من بين تلك الجزاءات التربوية، ما يراه مفيدا ونالجا، دون تقييد بتدبير معين.

ومعنى ذلك أن القانون أي قانون الأحداث الجانحين ينتهج نهجا مختلفا عن النهج السائد في النظام الجنائي التقليدي الذي يرتب عقوبة معينة لكل جريمة تبعا لجسامة هذه الجريمة، ولهذا تختلف العقوبات باختلاف الجرائم تبعا لهذه الزاوية.

أما في نطاق معاملة الأحداث الجانحين، فإن المشرع يعدد الجزاءات التربوية ليس تبعا لجسامة الجريمة أو نوعها جنائية أو جنحة أو مخالفة، وإنما ليختار القاضي منها ما يشاء لا يقيد أي قيد، لا من حيث اختيار التدبير ولا من حيث مدته إلا مصلحة الحدث ومدى جدوى التدبير المختار لإصلاح حاله.

المبحث الثالث : التدابير الوقائية ليست بآلة أو نهائية :

تختلف التدابير الوقائية عن العقوبات فيما يتعلق بنهائية الحكم الصادر فيها، فمتى صار الحكم بالعقوبة الجنائية نهائيا أو باتا لم يعد بإمكان المحكمة التي أصدرته إجراء أي تعديل فيه بالنقص أو الإضافة أو الإلغاء، فقد صار الحكم عنوانا للحقيقة وحاز بذلك قوة الأمر المقضي.

غير أن الوضع بالنسبة للتدابير الوقائية في محيط الأحداث الجانحين فليس على هذا الوجه، بل هو مختلف، إذ يجوز لقاضي الأحداث أن يجري التعديل اللازم في حكمه بعد صدوره فيما يتعلق بالتدبير الذي قضى به على الحدث، فله أن يستبدله أو يلغيه حسب حالة الحدث ومدى حاجته إلى الرعاية والحماية، وفي هذا الصدد تنص المادة 501 من قانون المسطرة الجنائية المغربي على أنه : "يمكن في كل وقت لقاضي الأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث إما تلقائيا وإما بطلب من النيابة العامة أو بناء على تقرير يقدمه المندوب المكلف بالحرية المحروسة أو بناء على طلب من الحدث أو ممثله القانوني أو الشخص أو المؤسسة المكلفة برعايته، أن يعيد النظر في التدابير المنصوص عليها في المادة 481 وذلك كيفما كانت الهيئة القضائية التي أصدرت المقرر" كما تنص المادة 3-3 من قانون الأحداث اللبناني على أنه : " لمحكمة الأحداث، بناء على اقتراح مندوب جمعية حماية الأحداث أن تعود عن تدبيرها أو تعدله متى وجدت أن مصلحة الحدث تقضي بذلك".

وفي القانون الليبي تنص المادة 7 من قانون الأحداث المرشدين على أنه: "يجوز لمحكمة الأحداث بناء على التقارير المقدمة لها أن تعيد النظر في الحكم التي أصدرته بناء على طلب للنيابة العامة وأن تعدل عن حكمها إلى ما تراه ملائما لحالة الحدث من التدابير الأخرى المنصوص عليها في القانون".

1 - في هذا الصدد تشير المادة 2 من قانون الأحداث المنحرفون اللبناني إلى أنه: "تفرض على الأحداث المذكورين أعلاه التدابير التالية : 1- الحماية، 2- المراقبة الاجتماعية..."، وهذا ما قرره المشرع المصري في المادة 101 من قانون الطفل، وكذلك المشرع السوري في المادتين 3- أو 4 من قانون الأحداث الجانحين، أما المشرع المغربي فقد عدد التدابير الخاصة بالأحداث في المادة 481 من ق.م.ج.

كما تنص المادة 137 من قانون الطفل المصري على أن: " للمحكمة أن تأمر بعد إطلاعها على التقارير المقدمة إليها أو بناء على طلب النيابة العامة أو الطفل أو من له الولاية أو الوصاية عليه أو من سلم إليه بإنهاء التدبير أو بتعديل نظامه أو بإبداله...".

فالتدابير المقررة للأحداث لا يحدد لها القاضي حين النطق بها مدة وإنما يقتصر على الأمر بها، وتحدد السلطة المختصة بتنفيذ التدبير لحظة انقضائه حيث يظهر لها أنه قد حقق غرضه غير أن الحد الأدنى للتدبير ملزم به وعلّة ذلك الحرص على حماية الحريات بالإضافة إلى أن التدبير لا يلائم من جاوز سنا معيناً¹.

المبحث الرابع : التدابير الوقائية واجبة التنفيذ بمجرد الحكم بها :

لما كانت التدابير الوقائية تهدف إلى حماية ورعاية الحدث ولم تشرع للعقاب والزجر، فإنها من هذه الزاوية تعتبر واجبة النفاذ ومن أجل ذلك لا يجوز الأمر بوقف تنفيذها أو تأجيلها أو تعليق تنفيذها على شرط معين.

ووجوب تنفيذ التدابير التربوية يعتبر مبدأ هاماً من مبادئ العدالة الجنائية في مجال الطفولة الجانحة، حتى لو كان الحكم الصادر بها غير نهائي، بأن كان قابلاً للإستئناف مثلاً، والهدف من هذا النص هو الرغبة في تقويم الحدث وإصلاحه وحمايته، ولهذا فإن الحدث الجانح إذا كان في حاجة إلى الحماية والرعاية والتقويم، فإنه يجب في هذه الحالة الاستجابة لتلك الحاجة عن طريق التدابير التوقيمية والتربوية والتهديبية التي يجب تنفيذها بمجرد صدور الحكم بها حتى لو كان الحكم الصادر بها ابتدائياً.

ولهذا تحرص معظم التشريعات الخاصة بالأحداث الجانحين على الأخذ بهذا المبدأ، ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة 130 من قانون الطفل المصري بأن: " يكون الحكم الصادر على الطفل بالتدابير واجبة التنفيذ ولو كان قابلاً للإستئناف".

ومع ذلك هناك بعض التشريعات تجيز لمحكمة الموضوع أن تأمر بوقف تنفيذ التدابير المقررة في نطاق معاملة الأحداث الجانحين أو المعرضين للجنوح ومن أمثلة هذه التشريعات، القانون الإماراتي في المادتين 26 و 32 - 1 من قانون الأحداث.

المبحث الخامس : التدابير الوقائية لا تخضع لنظام رد الاعتبار أو العود :

من مظاهر الاختلاف بين العقوبات والتدابير الوقائية، أن الأخيرة لا تخضع لنظام رد الاعتبار المقرر في القانون للمحكوم عليه بالإدانة، وعلّة ذلك ترجع إلى أن التدابير الإصلاحية هي وسائل تربوية وتوقيمية وليست من قبيل العقوبات، وهي بهذا المعنى تتجرد من طابع اللوم المعنوي أو الأخلاقي ومن أي معنى من معاني الألم التي تتسم بها غالبية الجزاءات الجنائية التقليدية، ومن ثم فلا معنى لرد اعتبار من يحكم بأي من تلك التدابير التربوية.

وفي هذا الإطار أيضاً لا يعتبر الحكم بالتدبير التربوي سابقة في العود، وعدم الاعتداد بظرف العود الذي يترتب عليه تشديد العقوبة بالنسبة لمرتكب الجريمة التالية في محيط الأحداث الجانحين يعتبر مبدأ رئيسياً منصوصاً عليه في معظم التشريعات الجنائية.

1 - عبد الحميد الشواربي: " جرائم الأحداث"، دار المطبوعات الجامعية، 1991، ص: 80 - 81.

لقد بات لزاما على المشرع المغربي أن يتدخل من جديد لتحديث الترسنة القانونية المتعلقة بالأحداث، من خلال تخصيص قانون للأحداث مستقل عن قانون المسطرة الجنائية. يشتمل على قواعد إجرائية وأخرى موضوعية وإحداث محاكم جنحية وجنائية خاصة بالنظر في قضايا الأحداث وتفادي الإشكاليات التي سبقت الإشارة إليها في هذا العرض والمتمثلة أساسا في إلغاء المسطرة الغيابية في قضايا جنائيات الأحداث واستبدالها بمسطرة القيم المعمول بها في جميع القضايا الجنحية وتفادي ازدواجية العقوبة والتدبير في حقهم، مع ضرورة التخلي إن أمكن عن العقوبة السالبة للحرية واستبدالها بتدابير تضمن تأهيل الحدث ليصبح مرة أخرى عنصرا فعالا في المجتمع. هذا فضلا عن إحداث مراكز ومؤسسات خاصة بالفتيات الجانحات على مستوى كل أقاليم المملكة وأخرى للأحداث المصابين بأمراض عقلية أو نفسية أو تسمم نتيجة الإدمان على المخدرات بجميع أنواعها خاصة وأن المراكز الاستشفائية التابعة للدولة لا تتوفر على جناح خاص بالإدمان باستثناء بعض المدن الكبرى كالدار البيضاء والرباط، وضمان توفير مراكز جديدة لحماية الطفولة بكل دائرة استئنافية على الأقل حتى يبقى الحدث قريبا من وسطه الأسري من جهة، وتيسيرا لحسن سير إجراءات البحث والتحقيق والمحاكمة من جهة أخرى.

دلالة اللفظ على المعنى وضماً في فقه القضاء المدني التونسي



إعداد : رابح بن بوجمه قاسمي باحث في سلك الدكتوراه

اختصاص الشريعة والقانون - جامعة الزيتونة - تونس

المقدمة :

من المعلوم أن العدل قوام العمران البشري، فبغيا هذا المبدأ تهدر الحقوق، وتنتهك الحرمات، وتهان كرامة البشر، ولهذا جرّمت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية كل مظاهر الظلم والحيف، وأوجب كلاهما إقامة الحدود ردعاً للمتغربين الذين سولت لهم أنفسهم اغتصاب الحقوق سواء كانت مادية أم معنوية، وأمرًا بإيصالها إلى أصحابها، والقاضي هو الوحيد القادر على تحقيق ذلك عملياً إذا ما التزم الصدق في القول والإخلاص في العمل وشعر بوظة الأمانة المناطة بعهدتهم.

وللقيام بمهامهم بكل حرفية وجب على القضاة فهم أسرار اللغة العربية التي ستحول لهم التفسير الجيد للنصوص الشرعية والقانونية، ومن ثم استنباط أحكام قضائية واضحة كل الوضوح، عادلة كل العدل، فلا يضيع حق شرعي ولا يتمتع الظالم بحقوق المظلومين. والمتأمل في الأحكام القضائية التي تصدرها المحاكم التونسية سيتبين له مدى ثرائها بالمسائل الدلالية التي أسس عليها علم أصول الفقه، وقد جاءت هذه الدراسة توضح مدي تعويل محكمة التعقيب (التمييز) على القواعد الأصولية الدالة على اللفظ وضماً.

تعريف فقه القضاء المدني :

المقصود بفقه القضاء جملة القرارات التي وضعها القضاة أثناء تعاملهم مع القضايا المعروضة عليهم، بمعنى أن جُلّ ما تنتجه المحاكم على اختلاف درجاتها يسمّى بذلك، وضيّق آخرون من هذا المعنى ليقولوا بأنّ فقه القضاء هو جملة الاجتهادات القضائية المتواترة في مسألة معينة،⁽¹⁾ والحقيقة الراجحة لدى فقهاء القانون أنّ "نسبته إلى محكمة التعقيب أولى بضبط مفهوم فقه القضاء وأقرب إلى ملاسة معنى الفقه فيه، نظراً لما لهذه المحكمة من مكانة خاصة

1 - شرف الدين، محمد كمال: خمسون علماً من فقه القضاء المدني، علامات فارقة، كتاب خمسون عاماً من فقه القضاء المدني، ص43،44.

باعتبارها محكمة قانون⁽¹⁾. فلا حديث إذاً عن فقه القضاء "إلا من خلال" القرار التعقيبي الذي يمثل لسان محكمة التعقيب المصدر المنفرد لفقه القضاء، فهي الهيئة العليا الوحيدة التي يوكل إليها المشرع مهمة توحيد الآراء القانونية دون أن يمنع ذلك من اجتهاد حكام الأصل⁽²⁾. فهذه المحكمة تسهر على توحيد اجتهاد المحاكم "فتنقض ما تراه فاسداً، وتصلح ما وقع فيه القضاة من خطأ، وتسهر على تطوير القواعد القانونية بما يجعلها ملبية للحاجيات المتعددة ومحافظة على استقرار المعاملات وشعارها الأوحده المصلحة العامة فوق كل اعتبار"⁽³⁾. وهذه المهام تؤدّيها بواسطة دوائرها المجتمعة⁽⁴⁾ "التي تعمل على مراقبة حسن تطبيق القانون وتوحيد الاجتهاد القضائي في حالات التباين"⁽⁵⁾. ففقه قضاء هذه المحكمة يمثل الوجه الحي للقانون، إذ لا معنى "للقانون الوضعي دون قرارات محكمة التعقيب"⁽⁶⁾. ولكن لا يتسنى جعل القانون حياً إلا بتطبيقه، وتطبيقه لا يتسنى إلا بتفسيره⁽⁷⁾. ومن هذا المنطلق سيقع التطرق إلى دلالات العام، والخاص، والمشارك انطلاقاً من فقه القضاء المدني التونسي.

المطلب الأول : العام :

الفقرة الأولى : المدلول :

العام بمعنى الشامل، يُقال مطرٌ عامٌ إذا شمل جميع الأمكنة، وخصبٌ عامٌ، أي شمل البلدان وعمّ الأعيان، ونخلةٌ عميمة أي طويلة⁽⁸⁾.

أما في الاصطلاح الأصولي فالعام عند من اشترط الاستغراق هو ما يتناول أفراداً متفقة الحدود على سبيل الشمول⁽⁹⁾. فكلمة "الاتفاق" قيد في التعريف ليخرج المشترك الذي يتناول أفراداً مختلفة الحدود، وأخرج المطلق بوضع كلمة "الشمول" في التعرف حتى لا يظنّ ظان أنّ المطلق من باب العام، لأنّ ما تعرّض له المطلق وهو الذات

1 - ابن طالب، أحمد: مجلة الالتزامات والعقود أمام الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب، كتاب مائوية مجلة الالتزامات والعقود 1906-2006، ص 241.

2 - ابن عمّو، نذير: القرار التعقيبي، كتاب خمسون عاماً من فقه القضاء المدني، ص 353.

3 - الصباغ، رشيد: تقديم لكتاب أعمال ملتقى التعقيب، من 4 إلى 7 أبريل 1988م، ص 8.

4 - جاء في الفصل 192 من م.م.ت ما يلي: تنظر الدوائر المجتمع أيضاً:

1. إذا كان الأمر يدعو إلى توحيد الآراء القانونية بين الدوائر.

2. عند وجود خطأ بيّن في قرار صادر عن إحدى الدوائر.

ويُعتبر الخطأ بيّناً:

1. عند وجود الرّفص شكلاً غلط واضح.

2. إذا اعتمد القرار نصاً قانونياً سبق نسخه وتنقيحه بما صيّر غير مُنطبقاً.

5 - ابن حليمة، ساسي: التباين في فقه قضاء محكمة التعقيب، مقال سابق ص 173.

6 - ابن عمّو، نذير: القرار التعقيبي، مقال سابق، ص 355.

7 - ابن طالب، أحمد: مجلة الالتزامات والعقود أمام الدوائر المجتمعة، مقال سابق، ص 242.

8 - لسان العرب، ج 4 ص 432.

9 - الدهلوي، محمود بن محمد: إفاضة الأنوار في إضاءة أصول المنار، ت. خالد محمد بن عبد الواحد حنفي، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، ط 1، 2005، ص 159. الزركشي: البحر المحيط، ج 3 ص 5

لما كان موجوداً في الأفراد ويتناول اسم كل واحد من منها، ولكن لا يتناولها على سبيل الشمول⁽¹⁾.

ومن علماء الأصول من بسط مفهوم العام بقوله " هو اللفظ الموضوع وضعاً واحداً للدلالة على جميع ما يصلح له من الأفراد، على سبيل الشمول والاستغراق من غير حصر في كمية معينة أو عدد معين"⁽²⁾.

وذهب لفيف من الأصوليين إلى اعتبار العام ما دل على شيئين فصاعداً ولهذا لم يشترطوا الاستغراق⁽³⁾.

وصفوة القول أن العام ما دلّ بوضعه اللغوي على استغراقه وشمله لجميع الأفراد التي يصدق عليها معناه من غير حصر في كمية معينة⁽⁴⁾.

الفقرة الثانية: صيغ العموم⁽⁵⁾:

ألفاظ العموم بحسب استقرار علماء الأصول هي :

ألفاظ الجموع، مثل "كل" المفيدة للعموم على وجه الأفراد كقوله تعالى (كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ)⁽⁶⁾ و"جميع" الدالة على الإحاطة والشمول على وجه الاجتماع، فإنهما يدلان على العموم بنفسهما فيما يدخلان عليه⁽⁷⁾. ومثلهما في القانون، ما جاء به الفصل 402 من م.ا.ع (مجلة الالتزامات والعقود): كل دعوى ناشئة عن تعميم الذمة لا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة، ونص الفصل 335 من م.ا.ع على ما يلي: "يجوز لمن طُلب بالوفاء بالعقد أن يحتج ببطلانه في جميع الأحوال التي يسوغ له القيام فيها بتلك الدعوى".

الجمع المعروف بـ"أل" المفيدة للاستغراق كقوله تعالى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ)⁽⁸⁾.

وقوله: (لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ)⁽⁹⁾.

ومثال هذا الجمع في القانون التونسي كلمة "الحيوانات" في الفصل 95 من م.ا.ع (مالك الأرض أو مستأجرها لا يضمن ضرر الحيوانات الموجودة في أرضه) وكلمة "الأشياء" في الفصل 96 من م.ا.ع: (على كل إنسان ضمان الضرر

1 - الدهلوي: ن.م، ص 160.

2 - البخاري: كشف الأسرار، ج1، ص33.

3 - هذا ما نقله الزركشي عن القفال الشاشي والمازري وابن فورك وإليكا الهراسي، راجع البحر المحيط، ج3 ص5، 6.

4 - الزركشي: ن.م، ج3 ص5. خلاف: أصول الفقه، ص 212.

5 - اختلف علماء الأصول في صيغ العموم، فما يراه الجمهور أنها وضعت على الحقيقة، وقال أرباب الخصوص هي حقيقة في الخصوص مجاز في غيره، وتردد قول الأشعري بين الوقف والاشتراك. - الغزالي: المستصفي، ج2 ص 34. الجويني: البرهان، ج1 ص320-321-322. الرازي، فخر الدين: المحصول من علم الأصول، ت، جابر قياض العلواني، مؤسسة الرسالة، بيروت، [د.ت] ج2 ص315. الشيرازي: اللمع، ص28. الزركشي: ن.م، ج3 ص17 وما يليها. السيوطي، جلال الدين: شرح الكوكب الساطع نظم جمع الجوامع لسبكي، ت. محمد إبراهيم الحفناوي، مكتبة الإيمان، القاهرة، ط2000، ج1 ص453. العلمي: منهج الدرس الدلالي عند الشاطبي، ص276، 277.

6 - سورة المائدة: 38/74.

7 - الزركشي: ن.م، ج1 ص71. طويلة، عبد الوهاب عبد السلام: أثر اللغة في اختلاف المجتهدين، دار السلام للطباعة والنشر، القاهرة، ط2، 2000، ص355، الكندي، إبراهيم: الدلالات وطرق الاستنباط، دار ابن فتيبة، سوريا، [د.ت] ص88.

8 - سورة البقرة: 223/2.

9 - سورة النساء: 7/4.

الناشئ مما هو في حفظه إذا تبين أن سبب الضرر من نفس تلك الأشياء). وكذلك كلمة المحرمات الواردة ضمن الفصل 15 من م.أ.ش (مجلة الأحوال الشخصية): المحرمات بالقراءة أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل وإن علا، فهذا الجمع يفيد العموم ما لم تكن "أل" للعهد"⁽¹⁾.

وكذلك المفرد المحلي بـ"أل" المفيدة للاستغراق كقوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا)⁽²⁾. وقوله تعالى أيضاً: (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا)⁽³⁾. فلفظ "السارق" و"السارقة" و"البيع" و"الربا" معرّف بـ"أل" التي تفيد الاستغراق، فهو عامّ يشمل كلّ الأفراد لأنّ الجنس يتحقق في كلّ فرد من أفرادها لا في فرد خاصّ أو أفراد مخصوصين⁽⁴⁾. ومثاله في القانون التونسي ما نصّ عليه الفصل 564 من م.أ.ع: "البيع عقد تنتقل به ملكية شيء أو حق من أحد المتعاقدين للآخر بثمن يلتزم به" فلفظ البيع يعمّ كلّ بيع، ولفظ القاتل في الفصل 88 من م.أ.ش: القتل العمد من موانع الإرث، فلا يرث القاتل، الذي يعمّ كلّ قاتل، ولفظ "التعزير" في الفصل 56⁽⁵⁾ من م.أ.ع الذي يعمّ كلّ تعزير.

الجمع المعرّف بالإضافة، كما في قوله تعالى: (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ)⁽⁶⁾. فأولادكم جمع مضاف يفيد العموم، فيشمل جميع الأولاد، ومثاله في القانون التونسي الفصل 15 من م.أ.ش الذي جاء فيه: المحرمات بالقراءة أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل وإن علا. والفصل 16 من نفس المجلة الذي بين أنّ المحرمات بالمصاهرة أصول الزوجات بمجرد العقد عليهن وفصولهن بشرط الدخول بالأم.

المفرد المعرّف بالإضافة ومثاله قوله تعالى (الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ)⁽⁷⁾ أي عن كل أمر من أوامر الله، ومثاله في القانون ما تضمّنه الفصل 56 من م.أ.ش: "مصاريف شؤون المحضون تُقام من ماله"، فكلمة "مال" مفردة معرّفة بإضافة "هاء" الضمير المتصل المفرد المذكر الغائب، فالمال هنا يستغرق جميع أنواع المال (هبة، ميراث...).

التكررة في سياق النهي أو النفي أو الشرط، ومن أمثلة النوع الأول قوله تعالى: (لَا يَسْخَرُ قَوْمٌ مِّنْ قَوْمٍ)⁽⁸⁾.

1 - الشيرازي: ن.م، ص26. الزركشي: ن.م، ج3 ص86. الزحيلي: أصول الفقه، ج1، ص247.

2 - سورة المائدة: 38/5.

3 - سورة البقرة: 275/2.

4 - السمعاني، منصور بن محمد: قواطع الأدلة في أصول الفقه، ت، عبد الله الحكيمي، مكتبة التوبة، الرياض، ط1، 1998، ج1 ص315. السعدي: تفسير النصوص، ص405.

5 - نصّ الفصل: التّغريب يوجب الفسخ إذا وقع من أحد الطّرفين أو من نائبه أو ممّن كان متواطئاً معه أو كتابات حملت الطّرف الآخر العقد بحيث أنّه لم يتمّ إلا بها.

6 - سورة النساء: 11/4.

7 - سورة النور: 63/24.

8 - سورة الحجرات: 11/49. وورد عن القرافي أن النكرة في سياق النفي هي من العجائب في إطلاق العلماء من النحاة والأصوليين حيث يقولون النكرة في سياق النفي للعموم، وأكثر هذا الإطلاق باطل، واستشهد بقول سيبويه "لا رجل في الدار" بالرفع لا تعم، بل هو نفي الرجل بوصف الوحدة، فتقول العرب لا رجل في الدار بل رجلان، فهذا نكرة في سياق النفي وهي لا تعم أجماعاً، والمختار أنها تقتضي العموم إذا وردت في سياق النفي في قسمين، أحدهما مسموع والآخر قياسي، فالمسموع نحو ما بها من أحد، والقياسي لا يكون إلا في النكرة على الفتح نحو لا صلاة إلا بأتمّ الكتاب" القرافي، شهاب الدين: فائس الأصول في شرح المحصول، ت، عادل أحمد الموجود ومحمد معوض، مكتبة مصطفى الباز، مكة المكرمة، ط1، 1995، ص1796. و اعتبر جمال الدين الأسنوي أن ما ذهب إليه القرافي من باب الخطأ الفاحش، راجع: التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ت، محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، 1981، ص320.

فلفظ "قوم" نكرة وقع بعد النهي فيفيد العموم، وقوله صلى الله عليه وسلم "لا يقتل والد بولده"⁽¹⁾.

ومثالها في القانون التونسي ما نصّ عليه الفصل 10 من م.أ.ش "لا يُشترط في وكيل الزواج... شرط"، فكلّمة شرط جاءت في سياق النهي فتعمّ جميع الشّروط، ونصّ الفصل 1297 من م.أ.ع على ما يلي: "لا يسوغ عزل المديرين الذين وقع تعيينهم..." فهذا النهي يعمّ جميع من وقع تنصيبهم كمديرين.

ومن أمثلة النّفي قوله تعالى: (قَالُوا مَا أَنزَلَ اللَّهُ عَلَيَّ بَشْرًا مِّنْ شَيْءٍ)⁽²⁾. فلفظ "البشر" يفيد العموم لأنّه نكرة، جاء في سياق النّفي، وقوله صلى الله عليه وسلم: "لا هجرة بعد الفتح"⁽³⁾.

وجاء في الفصل 179 من م.أ.ش: "لا وصية لوارث"⁽⁴⁾. فكلّمة وصية جاءت بعد النفي، فتعمّ كلّ وصية.

أسماء الشّروط مثل "من" وصورتها قوله تعالى: (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطْئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ)⁽⁵⁾. ونصّ الفصل 550 من م.أ.ع على أنّ "من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل".

"ما"، ومثالها في القانون التونسي: "الفصل 521 من م.أ.ع: "ما كان غرضه التبرّع يتسامح في تفسيره..." فيشمل عموم ما كان غرضه التبرّع من وصايا وهبات.

الأسماء الموصولة مثل قوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ)⁽⁶⁾. فيعمّ كلّ قاذف.

وقوله تعالى: (وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ)⁽⁷⁾. وجاء ضمن الفصل 336 من م.أ.ع: "... يجب ... على كلّ منهما (المتعاقدان) أن يردّ لصاحبه ما قبضه منه..." فيعمّ هنا كلّ مقبوض.

ومثل "من" وصورتها الفصل 58 من م.أ.ش: "إذا كان مستحقّ الحضانة ذكراً أن يكون عنده من يحضن من النساء..."، فيعمّ الأمّ والأخت والزوجة⁽⁸⁾.

1 - الترمذي: السنن، كتاب الديات، باب ما جاء في الرّجل يقتل ابنه، حديث رقم 1401، مج 13، ج 4، ص 19. ابن ماجه: السنن، كتاب الديات، باب لا يقتل الوالد بولده، حديث رقم 2662، مج 18، ج 4، ص 19

2 - سورة الأنعام: 91/6.

3 - البخاري: الصّحيح، كتاب الجهاد، باب لا هجرة بعد الفتح، حديث رقم 3078، ج 2، ص 625.

4 - هذا الفصل مأخوذ من قوله صلى الله عليه وسلم: "إنّ الله قد أعطى لكلّ ذي حقّ حقه فلا وصية لوارث".

أخرجه: الترمذي: السنن، كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، حديث رقم 2120، مج 13، ج 4، ص 824

5 - سورة النساء: 92/4.

6 - سورة التور: 3/24.

7 - سورة النساء: 2/4.

8 - راجع بخصوص صيغ العموم في الشرع: الشيرازي: اللمع، ص 27، 26. الشوكاني، محمد علي: إرشاد الفحول، دار

ابن حزم، بيروت، ط. 1، 2004، ص 264 وما بعدها. وفي القانون التونسي: الزروقي، عبد المجيد: المسار التّأويلي: العقد والقانون أنموذجاً، خمسون عاماً من فقه القضاء المدني، ص 792-794.

والجدير بالذكر أنّ من العامّ ما يذكر ويراد به الخصوص "كلفظ المؤمنين فإنه عامّ بالإضافة إلى آحاد المؤمنين خاصّ بالإضافة إلى جملتهم إذ يتناولهم دون المشركين فكأنه يسمّى عامّاً من حيث شموله خاصّاً من حيث اقتضاره على ما شمله وقصوره عمّا لم يشملته"⁽¹⁾.

وكذا الحال في القانون، إذ لا يعني عموم القاعدة القانونية انطباقها على كافة أفراد المجتمع، فبعض القواعد لا تتوجه إلا لفئة من الناس، فالقواعد المحددة لشروط التبنّي هي قواعد مدنيّة عامّة، ولكنها لا تهمّ إلا فئة محدودة من الأفراد وهم الذين يعينهم التبنّي⁽²⁾.

الفقرة الثالثة : العامّ في فقه القضاة المدني :

أخذت محكمة التعقيب بقاعدة العامّ في تفسيرها للقواعد القانونية، إذ جاء في قرار تعقيبي ما يلي: إنّ عبارة "المؤسسات التعليميّة" الخاضعة لأحكام قانون الأكريّة التجاريّة المؤرّخ في 25 ماي 1977 حسب الفقرة الثالثة من فصله الثاني تشمل محاضن الأطفال⁽³⁾. ومؤسسات تعليم السياقة⁽⁴⁾. نظراً إلى عمومها وعدم ميزها بين ما هو للتربية وما هو للتعليم، وإنها مذكورة بصيغة بالإضافة فتعمّ جميع أفراد الجنس دون تخصيص بنوع معيّن⁽⁵⁾.

وجاء في قرار آخر: إنّ صندوق ضمان حوادث السيّارات يعوّض الأضرار الماديّة، والمعنويّة لعموم عبارة "ضحايا الحوادث..." في الفصل الأوّل من المرسوم عدد 23 المؤرّخ في 30 أوت 1962 المتعلّق بالصندوق المذكور⁽⁶⁾. كما أكدت المحكمة أن إلزام المالك بإعلام الدائنين المرسمين بفسخ كراء الأصل التجاري على معنى الفصل 248 من المجلّة التجاريّة ينسحب على كلّ دعاوى الفسخ بما فيها تلك التي يسري عليها قانون الأكريّة التجاريّة، لأنّ نصّ الفصل المذكور سابقاً لم يميّز أو يستثن من مجال تطبيقه حالات الفسخ التي تسري عليها مقتضيات القانون المؤرّخ في 25 ماي 1977⁽⁷⁾.

وجاء في قرار تعقيبي مؤرّخ في 5 أفريل 1995 ما يلي : "إنّ عبارة العذر الشرعي وإنّ وردت عامّة بالفصل 339 من مجلّة المرافعات المدنيّة والتجارية إلا أنّ هذه الشموليّة لا يجب أن تزيل عن العذر كلّ جدية إلى درجة اعتبار مجرد السهو المحمول عليه الالتزام كاف بإعفائه من تبعة الإخلال به"⁽⁸⁾. ففي هذا القرار تخصيص لعموم العذر الشرعي.

وفي قرارات محكمة التعقيب المتعلّقة بقاعدة العامّ ما يثير الانتباه، إذ جاء في قرار مؤرّخ في 29 نوفمبر 2008 : "إنّ عبارة "الأضرار" مطلقة في الفصل 2 من أمر 3 جانفي 1961 المتعلّق بالتأمين الوجوبي للسيّارات وفي الفصل 107 من

1 - الغزالي: المستصفي، ج1، ص 32.

2 - شرف الدين: قانون مدني، ص 14-15.

3 - قرار تعقيبي عدد 56718 مؤرّخ في 26 فيفري 1997، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1997، ج2، ص 186.

4 - قرار تعقيبي عدد 1130 مؤرّخ في أكتوبر 2002، قرارات الدوائر المجتمعة لسنة 2002، ص 369.

5 - ابن طالب: القواعد العامّة للقانون في فقه قضاء محكمة التعقيب، ص 160.

6 - قرار تعقيبي عدد 6561 مؤرّخ في 25 ماي 2001، نشرية محكمة التعقيب لسنة 2001، ج2، ص 39.

7 - قرار تعقيبي عدد 25156 مؤرّخ في 26 ماي 2003، نشرية محكمة التعقيب لسنة 2003، ج2، ص 278.

8 - مجلّة المرافعات المدنيّة والتجارية المعلق عليها، تعليق محمد المنصف الصخري، دار المعارف للطباعة والنشر، سوسة، 2001، ص

م.ا.ع فتشمل كل أصناف الضرر المادي والمعنوي والجمالي ولا تحتوي على مخصص لضرر دون البقية أو حشر أحدها في الآخرين، ومن ثم فالضرر الجمالي قائم الذات ويعوّض عنه بمفرده⁽¹⁾.

وأقرت الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب أن طلب الرجوع في الإذن على العريضة على معنى الفصل 219 من م.م.ت (مجلة المرافعات المدنية والتجارية) هو من حق كل متضرر من الإذن سواء كان مشمولاً فيه أم لا "لأن" النص المذكور ورد عاماً مطلقاً دون بيان الطرف الذي بإمكانه طلب الرجوع والقاعدة القانونية تقضي أن اللفظ متى ورد عاماً ولم يقم الدليل على تخصيصه وجب حمله على عمومته تطبيقاً لأحكام الفصل 533 من م.ا.ع⁽²⁾ الذي ينص على ما يلي: "إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها".

فمحكمة التعقيب طبقت قاعدة العام في تفسيرها للنصوص القانونية، ولكنها وقعت في خلط بين العام والمطلق، فالعام عمومته شمولي والمطلق عمومته بدلي، فهي لا تفرق بينهما⁽³⁾. إذ القاعدة الأصولية تفيد أن العام على عمومته حتى يخصص، والمطلق على إطلاقه حتى يقيد، والمبرر الأول الذي جعل المحكمة تقع في مثل هذا الخلط خلوه م.ا.ع من قاعدة قانونية تتعلق بالعام، مما جعلها تحشر العام في زمرة الفصل 533 من م.ا.ع⁽⁴⁾.

والمبرر الثاني أن تفسير النصوص القانونية لا يحتاج إلى دقة الأصوليين في تعاملهم مع دلالات الألفاظ⁽⁵⁾.

المطلب الثاني : الخاص :

الفقرة الأولى : مدلول :

الخاص لغةً هو المنفرد، يقال: اختص فلان بكذا، أي انفرد به⁽⁶⁾.

والخاص في معجم أصول الفقه هو "كل لفظ وضع لمعنى معلوم على الانفراد"⁽⁷⁾. فقوله على "الانفراد"

يعني اختصاص اللفظ بالمعنى الذي وضع له، وفي هذا التقييد استبعاد للعام، فإنه وضع لمعنى واحد معلوم،

لكن على وجه الاتفاق بين الأفراد.

1 - قرار تعقيبي عدد 24543 مؤرخ في 23 نوفمبر 2008، نشرية محكمة التعقيب لسنة 2008، ج2، ص 199.

2 - قرار تعقيبي عدد 4925 مؤرخ في 25 جوان 1998، قرارات الدوائر المجتمعة لسنة 1998-1999، ص 49. وراجع هذه الأمثلة المذكورة من القرارات التعقيبية: ابن طالب: مجلة الالتزامات والعقود أمام الدوائر المجتمع لمحكمة التعقيب، مقال سابق، ص 281-282 - القواعد العامة للقانون في فقه قضاء محكمة التعقيب، مقال سابق، ص 159، 160، 161.

3 - الزروقي: المسار التأويلي، مقال سابق، ص 796.

4 - ابن طالب: مجلة الالتزامات والعقود أمام الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب، مقال سابق، ص 283.

5 - السعدي: تفسير النصوص، ص 313.

6 - ابن منظور: لسان العرب، ج2، ص 263.

7 - الدهلوي: إفاضة الأنوار في إضاءة أصول المنار، ص 103. الزركشي: البحر المحيط، ج3 ص 240.

واحترز بـ "المعلوم" عن المشترك فإنه وضع بإزاء معنى من المعاني المختلفة على سبيل الإبهام وغياب المراد⁽¹⁾.
واللفظ الخاص يتناول مدلوله قطعاً ما لم توجد قرينة صارفة⁽²⁾ كقوله تعالى: (فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ)⁽³⁾ فإنه يدل على وجوب صوم الثلاثة دون زيادة أو نقصان، لأن لفظ ثلاثة خاص، فهو حجة قطعية فيما دل عليه.

الفقرة الثانية : صيغ الخاص :

تتمثل صيغ الخاص فيما يلي :

المعنى الواحد لمشخص ويشمل الأعلام، مثل محمد وأحمد وإبراهيم... كقوله تعالى (إِنَّا أَرْسَلْنَا نُوحًا إِلَى قَوْمِهِ)⁽⁴⁾ وقوله عز وجل أيضاً: (وَإِذْ قَالَ عِيسَى ابْنُ مَرْيَمَ يَا بَنِي إِسْرَائِيلَ إِنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَيْكُمْ)⁽⁵⁾.

وهذا النوع من الخاص لا وجود له في القانون التونسي، لأن القاعدة القانونية عامة مجردة، فهي لا تتوجه إلى أشخاص بأسمائهم بل تنطبق على من توفرت فيهم الشروط الضرورية لانطباقها عليهم⁽⁶⁾.

ما يدل على المعاني غير المشخصة كالعدل والرحمة والعلم... ومنه قوله تعالى : (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ...)⁽⁷⁾.

حروف المعاني، ومنها حروف الجر كقوله تعالى: (وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ)⁽⁸⁾ وجاء في الفصل 4 من م.أ.ش: "لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية".

ما وضع للوحدة الاعتبارية كأسماء الأعداد، ومثال ذلك قوله تعالى: (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ)⁽⁹⁾.

وجاء في الفصل 7 من م.إ.ع "كل إنسان ذكراً كان أو أنثى تجاوز عمره ثماني عشرة سنة كاملة يعتبر رشيداً".

1 - الدهلوي: ن. م، ص 103-104.

2 - أصول السرخسي، ت أبو الوفاء الأفعاني، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، 1951، ج1، ص 128.

3 - سورة البقرة 2 / 196

4 - سورة نوح: 1/71.

5 - سورة الصف: 6/61.

6 - وزاني: مناهج تفسير النصوص، ص 223. لا بد من الإشارة إلى وجود استثناء في القانون مثل الأوامر والقرارات المتعلقة بأشخاص معينين كقرارات المصادرة والترقية والتأديب المتعلقة بالوظيفة العمومية.

7 - سورة النحل: 90/16.

8 - سورة الإسراء: 33/17.

9 - سورة النساء: 11/4.

الفقرة الثالثة : الخاص في فقه القضاة المدني :

أكدت محكمة التعقيب في قرارها المدني عدد 76621 المؤرخ في 28 أبريل 2000 أن تلقي "جانين" دروساً دينية في الإسلام قبل وفاة زوجها مجرد قرينة ضعيفة لا تصلح سنداً للحكم... وحتى شهادة المبياعة على الإسلام... لا تصلح هي الأخرى للفترة السابقة عنها لأنه حتى وإن كان المعتقد شأنًا داخلياً فإن الوثيقة الإدارية... تبقى المؤيد الأساسي للوقوف على دين المرأة ومعتقداتها الرسمي...⁽¹⁾. فالقرار ذكر فيه واحد مشخص، وهي "جانين".

وجاء في مبدأ القرار التعقيبي المدني عدد 10232 المؤرخ في 23 أكتوبر 1984 ما يلي: حوّلت أحكام الفصل 32 من مجلة الأحوال الشخصية لرئيس المحكمة أن يتخذ ولو بغير طلب جميع الوسائل المتأكدة الخاصة بسكنى الزوجين والنفقة والحضانة⁽²⁾.

قاعدة: "النص الخاص يقدم على النص العام" :

استقرّ فقه قضاء محكمة التعقيب على تقديم النص الخاص على النص العام⁽³⁾. وأن العام لا يلجأ إليه إلا عندما يضيق مجال الخاص عن حل ما يطرح في مجاله من إشكال⁽⁴⁾. فقد جاء في قرار تعقيبي أن الوكالة عن الشركة ذات المسؤولية المحدودة تخضع للفصل 159 من م.ت (المجلة التجارية) وهو نص خاص يقدم على الفصل 1120 من م.ا.ع الذي هو نص عام⁽⁵⁾.

وأكدت محكمة التعقيب أن الفصل 31 من م.أ.ش نص خاص يقدم على النصوص الإجرائية العامة، فيجوز على أساسه تقديم طلب مباشر في التعويض عن الضرر دون تقييد بتحرير الطلبات في نطاق دعوى معارضة⁽⁶⁾.

وجاء في المادة الشغلية أن التّقدم يخضع لنص خاص به وهو الفصل 147 من مجلة الشغل، فلا يرجع في المدة وبدايتها إلى مجلة الالتزامات والعقود⁽⁷⁾. وأوضحت هذه المحكمة صراحة أنه "إذا اجتمع على موضوع واحد نصان أحدهما خاص والثاني عام انطبق الأول دون الثاني"⁽⁸⁾.

¹ - قرار غير منشور ذكره محمود داوود يعقوب في مقاله: اختلاف الدين في الميراث، دلو في بئر الجد، حوليات العلوم القانونية والاقتصادية والتصرف بجنوبة، ص 98، 99، 100.

² - قرار ذكره محمد بوزغيب في مقاله: الشيخ عبدالعزيز الزغلامي: زيتوني في دائرة التعقيب، خمسون عاماً من فقه القضاء المدني، ص 332.

³ - حمودة، محمّد: إشكاليات الجزاء في النظرية العامة للعقد، خمسون عاماً من فقه القضاء المدني، ص 607.

⁴ - ابن موسى، ميروك: فقه قضاء محكمة التعقيب والتحكيم التجاري الدولي، ن.م، ص 456.

⁵ - قرار تعقيبي عدد 5174 مؤرخ في 7 ديسمبر 2004، نشرية محكمة التعقيب لسنة 2004، ج2، ص 457.

⁶ - قرار تعقيبي عدد 25976 مؤرخ في 11 ديسمبر 2008، نشرية محكمة التعقيب لسنة 2008، ج2، ص 267.

⁷ - قرار تعقيبي عدد 6273 مؤرخ في 13 أبريل 2001، نشرية محكمة التعقيب لسنة 2001، ج2، ص 259.

⁸ - قرار تعقيبي عدد 11571 مؤرخ في 4 جانفي 1975، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1976، قسم مدني، ص 5.

الفقرة الرابعة : أنواع الخاص :

يرد اللفظ الخاصّ بحالات متعدّدة متنوّعة، فقد يردّ مطلقاً أو مقيداً، وقد يكون في صيغتي الأمر والنهي، ولهذه الحالات أحكام خاصة قررها علماء أصول الفقه.

أ. المطلق والمقيد :

المطلق في الحقل المعجمي العامّ هو أن يُذكر الشيء باسمه لا تقترن به صفة ولا شرطاً ولا زماناً ولا عدداً ولا شيئاً يُشبه ذلك. وأمّا التقييد هو أن يذكر اللفظ بقريته، فتكون تلك القرينة زائدة في المعنى⁽¹⁾.

أمّا في الحقل الأصولي، فالمطلق لفظ خاصّ يدلّ على فرد شائع في جنسه دون قيد يقلّل من هذا الشّيوع⁽²⁾.

والمقيد هو اللفظ الخارج عن الشّيوع بقريته ما⁽³⁾.

ومن أمثلة المطلق في النصوص الشرعيّة، لفظ "رقبة" الذي ورد في قوله تعالى : (فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا)⁽⁴⁾. فـ "رقبة" لفظ خاصّ مطلق، إذ تناول رقبة غير معيّنة من جنس الرقاب وغير مقيدة بأي قيد يقلّل من شيوعها في أفرادها، ومن ذلك أيضاً لفظ "الدم" في قوله تعالى : (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالِدَمُّ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ)⁽⁵⁾. فلفظ "الدم" ورد في سياق الإطلاق لأنه شائع في جنس الدماء لم يقيد بأي قيد يقلّل من شيوعه.

ومن أمثلة المطلق في القانون التونسي ما نصّ عليه الفصل 38 من م.ا.ع "يسوغ اشتراط شرط تعود منفعته على الغير وإن لم يعيّن الغير إذا كان ذلك ضمن عقد بعوض أو في تبرع بين المتعاقدين..." فكلّمتنا "عوض" وتبرّع" تدلان على شائع في جنسه لم يقيد بوصف معيّن. والفصل 14 من م.أ.ش الذي يقول : "موانع الزواج قسمان مؤبّدة ومؤقتة... والمؤقتة : تعلق حقّ الغير بزواج أو بعلّة". فلفظ "علّة مطلق لم يقيد بعلّة وفاة أو طلاق. والفصل 3 من نفس المجلّة الذي ينصّ على ما يلي : "...ويشترط لصحة الزواج تسمية مهر للزوجة". فلفظ "مهر" مطلق لم يقيد بمقدار معيّن. والفصل 182 من نفس المجلّة الذي جاء فيه : "لا تصحّ الوصية بالمنافع إلا لطبقة..." فكلّمة "طبقة" مطلقة.

ومن أمثلة المقيد في النصوص الشرعيّة قوله تعالى : (قُلْ لَا أُجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا)⁽⁶⁾. فلفظ "دم" مطلق مقيد بالسفح.

وورد في الفصل 38 من م.ا.ع : "يسوغ اشتراط شرط تعود منفعته". فكلّمة "شرط" مطلقة ووقع تقييدها بـ "تعود منفعته"، فالمراد شرط نافع. وأكد الفصل 3 من م.أ.ش أنّه : "يُشترط لصحة الزواج إسهاد شاهدين من أهل

¹ - ابن فارس، أبو الحسين أحمد: الصحابي في فقه وسنن العرب في كلامها، ت مصطفى الشريعي، مؤسسة بدران للطباعة، بيروت، 1964، ص 194.

² - الزركشي: البحر المحيط، ج 3 ص 413.

³ - السبكي: رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، ج 3 ص 368. فيروز، عبد الرحيم يعقوب: تيسير الوصول إلى علم الأصول، مكتبة العبيكان، الرياض، ط 1، 2003، ص 439. طويلة: أثر اللّغة، ص 402.

⁴ - سورة المجادلة: 3/58.

⁵ - سورة المائدة: 3/5.

⁶ - سورة الأنعام: 145/6.

الثقة"، فلفظ "شاهدين" مطلق وقع تقييده بـ "من أهل الثقة". وكذلك ما ورد في الفصل 4 من نفس المجلة: "لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية"، فكلمة حجة: مطلقة وقع تقييدها بـ "رسمية".

وجاء في إحدى القضايا أن رجلاً كتب على نفسه أنه يتحمل مسؤولية تلف ما أدخلته زوجته إلى بيته من أدباش، وقد رأت محكمة التعقيب أن قصد الرجل ليس مطلق الأدباش بل فقط بعضها، إذ أن هذه الزوجة قد جاءت بمصوغ وفرش وأحذية وروائح طفل وثياب جديدة وقديمة، فقالت المحكمة بصريح العبارة: أما تنصيب الزوج على أنه مسؤول بالتفريط فيه فذلك هو ما كان يجب تحديد المقصود منه، إذ أن الملبوس مثلاً لا يتصور بقاءه دون استهلاك، وكذلك الروائح وأدوات الزينة لا يتصور بقاءها، وفي مثل هذه الحال لا يتصور بقاء الزوج مسؤولاً عنها ومطالبته بقيمتها بعد مدة طويلة من الزواج⁽¹⁾.

وجاء في قرار تعقيبي آخر صادر في 19 جوان 1981 ما يلي: "وحيث اقتضى الفصل 414 من م.ا.ع أن الالتزامات الناشئة من العقد تفسخ إذا تراضى المتعاقدان على فسخها إثر التعاقد في الصور التي يبيحها القانون، واقتضى الفصل 351 من نفس المجلة أن ترجيع رسم الأصل اختياراً من الدائن للمدين يُحمل على إسقاط الدين، وحيث إن عبارات هذين النصين جاءت مطلقة، فهي لا تقتضي تعيين طريقة خاصة في إثبات فسخ الالتزام..."⁽²⁾.

ب. الأمر والنهي:

* الأمر وصيغته:

الأمر هو اللفظ الدال على طلب الفعل على جهة الاستعلاء⁽³⁾. فـ "طلب الفعل" قيد في التعريف احتراز به عن النهي وغيره من أقسام الكلام، وعلى "جهة الاستعلاء" قيد ثان للاحتراز عن الطلب على سبيل الدعاء والالتماس، والمقصود بجهة الاستعلاء هو من كانت له سلطة الأمر⁽⁴⁾.

وللأمر صيغ يفهم منها طلب الفعل، وهي: فعل الأمر "افعل" كقوله سبحانه وتعالى: (اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ)⁽⁵⁾. وقوله تعالى أيضاً: (فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنْحِرْ)⁽⁶⁾.

1 - قرار تعقيبي مدني عدد 2916 مؤرخ في 24 مارس 1964، ذكره عبد المجيد الزروقي في مقاله: المسار التأويلي: العقد والقانون نموذجاً، خمسون عاماً من فقه القضاء، ص 583. وراجع مسألة المطلق والمقيد، نفس المقال، ص 765 و 858.

2 - قرار تعقيبي عدد 5552، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1981، قسم مدني، ج 2، ص 220.

3 - البابرتي، محمد بن محمود: الردود والنقود شرح مختصر ابن الحاجب، تترحيب بن ربيعان الدوسري، مكتبة الرشد، ناشرون، الرياض، ط 1، 2005، ج 2، ص 23. الشيرازي: للمع، ص 12.

4 - الشيرازي: للمع، ص 13، 12. الكبيسي، محمد عبيد وجميل صدقي محمد: أصول الأحكام، ص 342.

5 - سورة آل عمران: 102/3.

6 - سورة الكوثر: 2/108.

وصيغة المضارع المقرون بلام الأمر، ومنه قوله تعالى: (فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ)⁽¹⁾.
وهاتان الصيغتان نادرتا الاستعمال في القانون التونسي⁽²⁾.

وثالثاً اسم فعل الأمر مثل "على"، "عليك"، "عليه"، "عليهم"، "عليكم"، ومثاله قوله تعالى: (عَلَيكُمْ أَنْفُسُكُمْ)⁽³⁾. وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "عليك السمع والطاعة في عسرك ويسرك ومنشطك ومكرهك"⁽⁴⁾.

ومثاله في القانون التونسي ما ورد في الفصل 34 من م.أ.ش: "...على كل امرأة فارقها زوجها بطلاق بعد الدخول أو مات عنها قبل الدخول أو بعده أن تتربص مدة العدة". وما جاء أيضاً في الفصل 82 من م.أ.ع: "من تسبب في ضرر غيره عمداً منه واختياراً بلا وجه قانوني سواء كان الضرر حسيماً أو معنوياً، فعليه جبر الضرر الناشئ عن فعله إذا ثبت أن ذلك الفعل هو الموجب للضرر مباشرة". ونص الفصل 108 من نفس المجلة: "إذا حدث الضرر من أشخاص متعددين ... فعليهم ضمانه".

وجاء في الفقرة الأولى من الفصل 23 من م.أ.ش ما يلي: على كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف ويحسن عشرته ويتجنب إلحاق الضرر به".

وأخيراً الجمل الخبرية التي قصد بها الطلب، كقوله تعالى: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّى الرِّضَاعَةَ)⁽⁵⁾. وقوله عز وجل: (وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ)⁽⁶⁾. فالقصد في الآيتين الأمر لا الإخبار⁽⁷⁾.

ومثاله في القانون التونسي ما جاء في الفقرتين الثانية والثالثة من الفصل 23 من م.أ.ش: "...يقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف والعادة. ويتعاونان على تسيير شؤون الأسرة وحسن تربية الأبناء وتصريف شؤونهم...".

فالمشرع التونسي لا يقصد الإخبار عن أن الأزواج يتعاونون على تسيير شؤون العائلة، بل أوجب على الأزواج التعاون على تسيير الشؤون الأسرية⁽⁸⁾.

1 - سورة البقرة: 185/2.

2 - الزروقي: المسار التأويلي، مقال سابق، ص 801.

3 - سورة المائدة: 105/5.

4 - مسلم: الصحيح، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، حديث رقم 1836، مج 5، ج 2، ص 1467.

5 - سورة البقرة: 233/2.

6 - سورة البقرة: 228/2.

7 - البيضاوي، شمس الدين: شرح المنهاج، ت عبد الكريم بن علي بن محمد نملة، مكتبة الرشد، ناشرون، الرياض، ط 1، 1999، ج 1، ص 312.

8 - الزروقي: المسار التأويلي، مقال سابق، ص 804. راجع بخصوص الجمل الخبرية التي قصد بها الطلب في فقه القضاء القرار التعقيبي التجاري عدد 25750 المؤرخ في 28 أكتوبر 2008 (غير منشور) الذي أكد أن "صيغة (كما يؤخذ برأي الدانين حول الطرح من ديونهم) الواردة ضمن الفصل 36 جديد من قانون الإنقاذ إنما تُفيد استناداً إلى الفصل 532 من م.أ.ع، حسب وضع اللغة وجوب العمل بذلك الرأي، فهي جملة خبرية تُفيد الإنشاء، أي الطلب، وهو ما يتأكد بمراد واضع القانون. ذكره الزروقي في مقاله السابق، ص 806، هامش رقم 244.

ومذهب الجمهور أنّ الأمر يُحمل على معناه الحقيقيّ وهو الوجوب ما لم تقم قرينة تدلّ على خلافه⁽¹⁾ كقوله تعالى: (أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ)⁽²⁾، فالصلاة لا تصحّ إلاّ بالوضوء، والزكاة لا تتمّ إلاّ بمرور الحول وبلوغ النصاب، ولهذا صاغ علماء الفقه قاعدة مفادها: "ما لا يتمّ الواجب إلاّ به فهو واجب". وقد أخذت محكمة التعقيب بهذه القاعدة، إذ جاء في قرارها المؤرّخ في 27 ديسمبر 2004 ما نصه: "وخلافاً لما قام عليه القرار المنتقد من أسانيد فإنّ محكمة البداية لما قضت بإلزام المطلوب بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل الشّعب لم تتجاوز حدود اختصاصها، بحيث لو أنّها لم توضح ذلك لجاء حكمها قاصراً غير مؤجّل إلى الغاية التي تُرجى منه وتكلّماً بحقّ لا نفاذ له، وحيث إنّ ما لا يتحقّق الواجب إلاّ به فهو واجب. وكذلك بالنسبة إلى متمّات الأحكام وتوابعها، فإنّ من حسن القضاء القول فيها حتى يصدر الحكم على أنّ الوجوه وأكملها..."⁽³⁾.

أمّا في حالة وجود القرينة الصّارفة، فقد يأخذ حكم النّدب أو الإباحة⁽⁴⁾. كقوله تعالى: (كُلُوا مِنَ الطَّيِّبَاتِ)⁽⁵⁾، ومثاله في القانون التونسي الفصل 17 من م.ح.ع: "حقّ الملكيةّ هو الحقّ الذي يخوّل صاحب الشيء وحده استعماله واستغلاله والتّفويت فيه" فتصرّف صاحب الحقّ في حقّه مُباح، كما يفيد أيضاً الإرشاد والإنذار والتّأديب⁽⁶⁾.

* النّهي وصيغته :

المقصود بالنّهي لغة المنع، يقال نهاه عن كذا بمعنى منعه عنه⁽⁷⁾.

والنّهي لدى علماء الأصول هو طلب الكفّ عن الفعل على سبيل الاستعلاء⁽⁸⁾.

ويكون النّهي بصيغة المضارع المسبوقة بـ"لا" النّاهية كما في قوله تعالى: (وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ)⁽⁹⁾، وقوله عزّ وجلّ: (وَلَا تَقْرُبُوا الزَّنى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا)⁽¹⁰⁾.

1 - الشيرازي: اللع، ص13. زيدان: الوجيز في أصول الفقه، ص 293.

2 - سورة الحجّ: 78/22.

3 - قرار تعقيبي عدد 5420/2004 مؤرخ في 27 سبتمبر 2004 (غير منشور)، ذكره عظم، أحمد في مقاله: قضاء وقضاة، خمسون عاماً من فقه القضاء المدني، ص 284.

4 - النّدب والإباحة يدخلان ضمن الأحكام التّكليفية، يقول عبد المجيد الزرّوقي: "والحكم التّكليفية هو الحكم القانوني المتعلّق بأفعال الإنسان والموجّه لسلوكه مباشرة في مختلف جوانب حياته الشخصية والعائلية والاقتصادية والسياسية: "الحجّة العقلية ومجلة الالتزامات والعقود (دراسة تحليلية للعلاقة بين الأحكام القانونية، ماثوية مجلة الالتزامات والعقود، ص 121، هامش رقم 190.

5 - سورة المؤمنون: 51/23.

6 - الزركشي: البحر المحيط، ج2، ص428. الزحيلي: أصول الفقه، ج1، ص220.

7 - لسان العرب، ج6، ص 270.

8 - الدّهلوي: إفاضة الأنوار، ص 155.

9 - سورة الإسراء: 31/17.

10 - سورة الإسراء: 32/17.

وللنهي صيغ أخرى كالفعل الوارد في صيغة الأمر الدال على الترك كقوله تعالى: (وَذَرُوا الْبَيْعَ)⁽¹⁾.

والقوانين الوضعية تزجر عن الفعل وتردع عنه لا بصيغة النهي بل بصيغ أخرى⁽²⁾ كلفظ التحريم مثل ما جاء في الفصل 17 من م.أ.ش: "يجرم من الرضاع ما يجرم من النسب". ولفظ الحصر مثل ما ورد في الفصل 19 من نفس المجلة: "يحجر على الرجل أن يتزوج مطلقته ثلاثاً". والفصلين 15 و16 من نفس المجلة: "المحرمات بالقرابة".

ومذهب الجمهور أن النهي المجرد عن القرائن الصارفة يفيد الفساد أو التحريم، ووضعوا قاعدةً أصوليةً مفادها "النهي يقتضي التحريم"⁽³⁾.

وقريب من هذه القاعدة ما جاء به الفصل 539 من م.أ.ع: "إذا صرح القانون بالنهي عن شيء معين كان إتيانه باطلاً لا يبني عليه شيء"، وبُفهم من هذه القاعدة القانونية العامة أن "واضع القانون نفى كل أثر للفعل المنهي عنه، ومنه بطلان التصرف القانوني الممنوع، ومن ثم توول القاعدة القانونية المتضمنة نهياً صريحاً على أنها توجب إبطال التصرف المنهي عنه أو إلغاء الفعل المخالف"⁽⁴⁾.

واستأنست محكمة التعقيب في قرارات لها بمدلول هذا الفصل، إذ ورد في قرارها المؤرخ في 24 مارس 1982 أنه "يمنع كل أثر قانوني منجر عن البناء دون رخصة لأنه منهى عنه قانوناً"⁽⁵⁾.

المطلب الثالث : المشترك :

الفقرة الأولى : المدلول :

المشترك في اللغة هو اللفظ الذي وضع لمعنيين فأكثر بأوضاع متعددة، كلفظ "العين" الذي يُطلق على الباصرة أو عين الماء، والجاسوس، والذهب⁽⁶⁾.

وفي الاصطلاح الأصولي هو "اللفظ الواحد الموضوع لعدة معان وضعاً أولاً"⁽⁷⁾. ومثاله قوله تعالى: (وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ)⁽⁸⁾. فالقراء يُطلق على الحيض والطمهر، فالقصد به لدى الحنفية الحيض، وفسره الشافعية والمالكية على أنه الطهر⁽⁹⁾.

1 - سورة الجمعة: 9/62.

2 - الزروقي: المسار التأويلي، مقال سابق ص 808.

3 - الشيرازي: اللع، ص 24. الشوكاني: إرشاد الفحول، ص 254.

4 - ابن طالب: القواعد العامة في فقه قضاء محكمة التعقيب، مقال سابق، ص 161.

5 - قرار تعقيبي عدد 5846، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1982، ج 2، ص 351.. وذكر أحمد بن طالب قرارات أخرى في مقاله السابق، ص 162-163.

6 - لسان العرب، ج 3، ص 428.

7 - البيضاوي: شرح المنهاج، ج 1، ص 208. البدخشي، محمد بن الحسن: منهاج العقول شرح منهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، [د.ت.]، ج 1 ص 226.

8 - سورة البقرة: 228/2.

9 - قريسة، هشام: الاستدلال وأثره في الخلاف الفقهي، دار ابن حزم، بيروت، ط. 1، 2005، ص 58. البيانوني، محمد أبو الفتوح: دراسات في الاختلاف الفقهي، دار السام، القاهرة، ط. 3، 1985، ص 44.

ومن ذلك أيضاً قوله تعالى: (وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا)⁽¹⁾. فلفظ "اليد" مشترك بين اليدين اليمنى واليسرى، وبين رؤوس الأصابع إلى الرّسغين، وجاءت السنّة العمليّة لتوضّح الغموض الحاصل في هذه الآية الكريمة⁽²⁾.

وقد حصل الاختلاف بين علماء الشريعة الإسلاميّة في كَيْفِيَّةِ الأخذ باللفظ المشترك، فذهب أكثر الحنفيّة وبعض الشافعيّة إلى أنّ المراد به معنىً وحداً، وأمّا وضعه لمعان متعدّدة فعلى سبيل البدل، بمعنى أنّه إمّا أن يدلّ على هذا أو ذاك، إذ لا يعقل أن يحمل لفظ القرء على الطّهر والحيض معاً، وحجّتهم أنّ المشترك لم يوضع لمعانيه ضمن سياق واحد، وإنّما وضع كلّ معنى من معانيه ضمن السياق الوارد فيه، فحمّله على جميع معانيه ضمن سياق واحد مخالف لمقتضيات اللسان العربي⁽³⁾.

وتبقى القرينة هي المعين الأوّل على تعيين المراد من اللفظ المشترك وإزالة ما به من إبهام⁽⁴⁾.

وذهب بعض أئمة الشافعيّة إلى القول باستعمال اللفظ المشترك في جميع ما وضع له من معان في حال انعدام القرينة الصّارفة إلى معنى معين، واحتجّوا بقوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ وَمَلَائِكَتَهُ يُصَلُّونَ عَلَى النَّبِيِّ)⁽⁵⁾. فلفظ الصّلاة مشترك بين الرّحمة والدّعاء، وكلّ منهما مقصود في الآية⁽⁶⁾.

ويمكن أن يحصل الاشتراك بين معان لغويّة حقيقيّة، ومثاله في القانون الوضعيّ التونسيّ لفظ "الشهر" الوارد ضمن الفصلين 34 و35⁽⁷⁾ من م.أ.ش المتعلقين بالعدّة، والفصل 71⁽⁸⁾ من م.أ.ش.الذي يهتمّ أقلّ مدّة الحمل، فلفظ الشهر مشترك بين الأشهر القمرية والأشهر الشمسيّة⁽⁹⁾، والمعولّ عليه قانوناً الأشهر الشمسيّة بصريح الفصل 141 من م.إ.ع.: "إذا قدرّ الأجل بالأسابيع والأشهر والسنين اعتبر الأسبوع سبعة أيام كاملة والشهر ثلاثين يوماً كاملة والسنّة ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً كاملة". وكذلك القانون عدد 31 لسنة 1965 المؤرخ في 24 جويلية 1965 المتعلق بضبط الرزنامة الرسميّة للبلاد التونسية.

1 - سورة المائدة: 38/5.

2 - زيدان: الوجيز في أصول الفقه، ص 329.

3 - الزركشي: البحر المحيط، ج 2، ص 126.

4 - الرّهوني، أبو زكرياء يحيى: تحفة المسؤول في شرح مختصر منتهى السؤل، ت الهادي بن الحسين سبيلي، دار البحوث للدراسات الإسلاميّة، الإمارات العربيّة المتّحدة، ط. 1، 2002، ج 1، ص 312.

5 - سورة الأحزاب: 56/33.

6 - البيضاوي: شرح المنهاج، ج 1، ص 217. الشوكاني: إرشاد الفحول، ص 49. النملة، عبد الكريم بن علي: الجمع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على المذهب الرّاجح، مكتبة الرّشد، ناشرون، الرياض، ط. 4، 2002، ص 168.

7 - الفصل 34: "يجب على كلّ امرأة فارقها زوجها بطلاق بعد الدخول أو مات عنها قبل الدخول أو بعده أنّ تتريّص مدّة العدّة المبيّنة بالفصل الآتي (الفصل 35)

- الفصل 35: "تعدّد المطلقة غير الحامل مدّة ثلاثة أشهر كاملة، وتعدّد المتوفّى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام كاملة"

8 - الفصل 71: "إذا ولدت الزوجة لتمام سنّة أشهر فأكثر من حين عقد الزواج، سواء كان العقد صحيحاً أو فاسداً يثبت نسب المولود من الزوج.."

9 - الزرّوقي: المسار التّأويلي، مقال سابق، ص 815، هامش رقم 265.

الفقرة الثانية : المشترك في فقه القضاء المدني :

حصل الاشتراك في اللفظ " الفراش " الوارد ضمن الفصل 68 من م.أ.ش، هل يقصد به علاقات الزنا أما الزواج؟ ذهبت محكمة التعقيب إلى القول بأنّ المعنى " المقصود من لفظ الفراش الوارد ضمن الفصل 68 من مجلة الأحوال الشخصية إنّما هو الزواج الشرعيّ كيفما كان وجه إبرامه ولا يندرج في مدلوله ومرماه رابطة الاتصال الناتج عن علاقة الزنا"⁽¹⁾.

وكذلك مصطلح الدخول الوارد ضمن الفصل 38⁽²⁾ من م.أ.ش فإنه مشترك بين الدخول الفعلي والدخول الحكمي، ولم يعرف المشرع هذا المصطلح، فاعتبرت محكمة التعقيب " أنّ عبارة الدخول لا تعني فقط الدخول الفعلي بل تشمل أيضاً الدخول الحكمي وهو الحالة التي يمتنع فيها الزوج من الدخول بعد دعوته إليه"⁽³⁾. وبهذا تكون محكمة التعقيب قد حملت لفظ " الدخول " على معنيه الفعلي والحكمي.

1 - قرار تعقيبيّ عدد 4393 مؤرّخ في 6 جانفي 1991، ذكره محمد كمال شرف الدين في مقاله: خمسون عاما من فقه القضاء المدني: علامات فارقة، كتاب خمسون عاماً من فقه القضاء المدني، ص 51

راجع أيضاً: عّظوم، أحمد: قضاء وقضاة، مقال سابق ص 299.

2 - نص هذا الفصل علي ما يلي: يجب على الزوج أن ينفق على زوجته المدخول بها وعلى مفارقتها مدّة عدتها

3 - قرار تعقيبيّ عدد 1229 مؤرّخ في 15 جويلية 1977، نشرية محكمة التعقيب لسنة 1977، ج 2 ص 81.

الوكلاء العموميون في الوظيفة العمومية الموريتانية - نضارب في الأعداد واختلاف في التسميات -



الشيخ أحمد ولد محمدن باحث بسلك الدكتوراه
بجامعة محمد الأول بوجدة - المملكة المغربية
إداري مدني بوزارة الداخلية - موريتانيا

المقدمة :

تعتمد الإدارة لأداء نشاطها على مجموعة من الوسائل، قد تكون قانونية تتمثل في القرار الإداري والعقود الإدارية، وقد تكون مادية تتجلى في الأموال العمومية (أموال الدومين العام)، كما يمكن أن تكون وسائل بشرية تتجسد واقعا وفعليا في الوكلاء العموميين، ويعرف هذا النوع الأخير من الوسائل _أي الوكيل العمومي_ بأنه: "كل شخص يمارس مهام عمومية في مرفق عمومي ويتقاضى أجرا من ميزانية الدولة".

وبالتالي فإن قيام أية دولة واستمرارها مرهون بوجود هذا الشخص وقيامه بعمله المنشود، وهو ما جعل موريتانيا مباشرة بعد اعلان الدولة والحصول على الإستقلال في 28 نوفمبر 1960 تقوم بإصدار أول قانون ينظم وكلائها العموميين ويحدد حقوقهم وواجباتهم والهيئات المسؤولة عن تسييرهم، وهو القانون رقم 61/130 بتاريخ 1 يوليو 1961 المتضمن النظام الأساسي للوظيفة العمومية، والذي تمت مراجعته سنة 1967 من خلال القانون رقم 67/169 الصادر بتاريخ 18 يوليو 1967، ثم إلغاء هذا الأخير ليحل محله القانون رقم 93/09 الصادر بتاريخ 18 يناير 1993 المتضمن النظام الأساسي للموظفين والوكلاء العقديين للدولة¹ الساري به العمل حاليا.

إلا أنه وبالرغم من صدور أول قانون للوظيفة العمومية مباشرة بعد الإستقلال _كما مر بنا_ والذي كان بالإمكان أن يضبط هذه الفئة من الأشخاص، وهو ما انعكسه تعديلاته المتكررة، فإن ذلك لم يقع _للأسف_ بحيث

¹ - القانون رقم 09-93 الصادر بتاريخ 18 يناير 1993، المتضمن النظام الأساسي للموظفين والوكلاء العقديين للدولة في موريتانيا، منشور بالجريدة الرسمية

تسربت إلى إدارتنا العمومية أعداد لا بأس بها من الأشخاص الغير منطوين أحيانا تحت نص ينظمهم كما هو حال الأشخاص غير الدائمين (**Les personnels non permanents**)، مما أدى إلي اختلاف في التسميات من موظفين عمومين إلي عقدويين ووكلاء مساعدين ثم أشخاص غير دائمين.

كما أدى هذا الوضع إلى مسألة أبعد من ذلك وأخطر، وهي التضارب الحاصل في الأعداد النهائية للوكلاء العموميين بالرغم من قيام الدولة بمحاولة ضبط عددهم من خلال احصاء 1991، والذي لم تمكن نتائجه من الأهداف المحددة في البداية، مما دفع بالإدارة إلى احصاء آخر سنة 2008، والذي لم يف بالمطلوب هو الآخر1. وعموما فإن هذا الإختلاف في التسميات والتضارب في الأعداد يعود بشكل أساسي إلى طرق اكتتاب هؤلاء والتي تعد في أغلبها غير قانونية، وبالتالي فإن معالجة هذا الموضوع تتطلب التطرق أولا لأساليب التوظيف في الوظيفة العمومية الموريتانية من خلال مبحث أول، وذلك لكي يتسنى لنا معرفة من هو موظف فعلا ومن هو غير ذلك، ثم أنواع الوكلاء العموميين في الوظيفة العمومية الموريتانية من خلال مبحث ثان.

المبحث الأول : اسلوب التوظيف في الوظيفة العمومية الموريتانية :

تتنوع المصادر المختلفة للحصول على الموظفين بصورة عامة إلي نوعين من المصادر داخلية وخارجية، و يأخذ النوع الأول _ المصادر الداخلية _ لشغل المراكز من الداخل أشكالا متعددة، فقد يكون على شكل ترقية أو على شكل تحويل الأفراد و نقلهم من إدارة إلي أخرى. ولا يهمننا هنا هذا النوع من المصادر وإنما نقصد تلك المصادر الخارجية التي تعني بالشخص الغير حاصل علي صفة موظف أصلا، وهي مصادر كثيرة ومتنوعة من أهمها :

أولا : التوظيف المباشر :

يمكن تعريف التوظيف المباشر بأنه هو ذلك التوظيف الذي يتم دون مباريات مسبقة تتطلب النجاح فيها، أو عقد يحدد طبيعته وفترته. والتوظيف المباشر قد يأخذ إحدى صورتين تختلف الآثار المترتبة عليهما.

النوع الأول- التعيين في المناصب السامية : وهو أسلوب يخول للإدارة أكبر قدر ممكن من الحرية في اختيار أعوانها، بحيث يتم الاحتفاظ بالمناصب العليا -لما لها من ارتباط وثيق ومباشر بسير السياسة الحكومية- لبعض الموظفين الذين يملكون خصائص مميزة ويتحلون بثقة كاملة.

وقد تبنى هذا الأسلوب القانون رقم 93/09 الصادر بتاريخ 18 يناير 1993 المتضمن النظام الأساسي للموظفين والوكلاء العقدويين للدولة في موريتانيا من خلال نصه في المادة (5) منه علي أنه:

"لا يمكن شغل مختلف الوظائف الدائمة المشار إليها في المادة 2 أعلاه إلا طبقا للشروط المقررة في هذا القانون.

وتستثنى الوظائف التالية من القاعدة المبينة في المادة السابقة.

_ الوظائف السامية التي يترك التعيين فيها لتقدير رئيس الجمهورية والمحددة قائمتها بموجب مرسوم.... "

1- العصرية: نشرة اخبارية كانت تصدها وزارة الوظيفة العمومية الموريتانية، العدد 1، يناير 2008، ص: 1.

ويتميز هذا النوع بكونه لا يخول صفة موظف لصاحبه إن لم يكن متوفرا على تلك الصفة قبل التعيين، وهو ما أضافته المادة (5) السابقة الذكر حين نصت علي أنه "... ولا يترتب على تعيين غير الموظفين فيها ترسيمهم في أحد أسلاك الموظفين..."، وبالتالي فهو ليس وسيلة لاكتساب صفة موظف.

النوع الثاني - التوظيف المباشر بناء على الشهادات :

لم يتناول المشرع الموريتاني هذا النوع من التوظيف حين إشارته إلى الاستثناءات الواردة على المسابقات كأسلوب فريد لولوج الوظائف العمومية، وهو لذلك غير معروف في نظام الوظيفة العمومية الموريتانية.

ثانيا : طريقة الانتخاب :

تعد طريقة الانتخاب كوسيلة لاختيار الموظفين العموميين طريقة نادرة بحيث لا يتم اللجوء إليها إلا في بعض الحالات المحدودة، رغم ما تتصف به من ديمقراطية، وذلك نتيجة لعدم إمكانية تطبيق هذا النوع من الوسائل في الوقت الحاضر نظرا لكثافة المجتمعات السكانية وانتشارها. إلا أن تلك الصعوبات لم تمنع من وجود هذا الأسلوب في بعض الدول في مجالات مهنية معينة، بحيث يأخذ أسلوبين أحدهما مباشرا يتم بواسطة الشعب مباشرة، ويلاحظ هذا النوع في الولايات المتحدة الأمريكية كوسيلة لاختيار القضاة، الذين يتم انتخابهم من طرف كل من تتوفر فيه الشروط التي تحددها القوانين والمراسيم التطبيقية. أما الأسلوب الثاني فهو ما يسمى بالانتخاب المغلق بحيث يتم بين عدد محدود من الأفراد بهدف اختيار واحد من بينهم لشغل وظيفة ما، ويتم اقتصار حق التصويت في هذا النوع على نظراء المرشح لشغل الوظيفة، ومن أمثله انتخاب عمداء ورؤساء الكليات في فرنسا ومصر⁽¹⁾، وهو أسلوب غير معترف به في نظام وظيفتنا العمومية أيضا⁽²⁾.

ثالثا : التوظيف عن طريق العقد :

يعد التوظيف عن طريق العقد إحدى الطرق المعروفة للتوظيف، وقد فرض هذا الأسلوب نفسه على موريتانيا غداة الاستقلال، وذلك لسد الفراغ الحاصل في الجهاز الإداري بعد ذهاب المستعمر، ويخضع المتعاقدون في هذا النوع لمقتضيات العقود التي توقع بينهم والإدارة، وللقوانين الخاصة التي تنظم وضعياتهم، والتي يتم التنصيب عليها في تلك العقود، في الوقت الذي يخضعون فيه لمبادئ القانون الأساسي للوظيفة العمومية باعتباره الشريعة العامة لكل أعوان الدولة.

ويميز في إطار التوظيف بناء على عقد بين نوعين من العقود: عقود تتم في إطار القانون العام ويتم اللجوء إليها عادة لاستقطاب بعض الفنيين والتقنيين الذين لا تغريهم مرتبات الوظيفة العمومية في الوقت الذي تحتاجهم الإدارة، وعقود تتم في إطار القانون الخاص، وذلك عندما لا يكون بمقدور الإدارة إسناد أعمال معينة إلى من يشغلون مناصب قارة من الموظفين.

1- مليكة الصروح: القانون الإداري- دراسة مقارنة، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الطبعة السادسة 2007، ص: 388.

2- محمد لمين ولد شيخنا ولد عبيد: الوجيز في النظام الإداري الموريتاني، بدون ذكر المطبعة، الطبعة الأولى 2005، ص: 176.

وقد خصص القانون 93/09 الصادر بتاريخ 18 يناير 1993 المتضمن النظام الأساسي للموظفين والوكلاء العقديين للدولة الباب الثاني منه لهذا النوع، حيث عنوانه بالأحكام المطبقة علي الوكلاء العقديين للدولة ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري، وهو اعتراف منه بإمكانية استخدام هذا النوع من العقود داخل الوظيفة العمومية للقيام بمهام معينة إلا أنه لا يخول أصحابه صفة موظف عمومي لأنه لا يترتب عليه ترسيم في أحد أسلاك الوظيفة العمومية كما هو حال التعيين في الوظائف السامية الذي لا يخول هذه الصفة هو الآخر.

رابعا : طريقة المسابقة :

وهي أكثر الأساليب انتشارا في العصر الحديث لأنها تعتبر من أصلح الوسائل وأكثرها عدالة وأقربها إلي تكافؤ الفرص.

تتم عادة من خلال اختبارين أحدهما كتابي والآخر شفهي. وقد اعتمد القانون الموريتاني هذه الطريقة وحسنا فعلـ كأسلوب فريد للولوج إلي الوظائف العامة، وذلك من خلال نصه في المادة (51) من القانون 93/09 علي أن: "المسابقة هي الطريقة القانونية العادية لاكتتاب الموظفين ويعتبر كل اكتتاب لايرعى هذه القاعدة لاغيا وعديم المفعول ويمكن سحبه في أي وقت" ونصت المادة (52) الموالية علي أنه :

"تنظم المسابقات تبعا لإحدى الطريقتين الآتيتين أو لكليهما :

1. مسابقات مفتوحة للمترشحين الحاصلين على شهادات معينة أو المستكملين لدارسات معينة؛
 2. مسابقات مخصصة لموظفي الدولة المنتمين إلى السلك ذي المستوى الأدنى مباشرة من الاختصاص نفسه...
- وتحدد النظم الخاصة على وجه الخصوص الاختيار بين الطريقتين المبينتين في الفقرة أعلاه" وتفتح هذه المسابقات حسب المادة (6) من القانون 93/09 أمام الأشخاص :
1. موريتاني الجنسية؛
 2. المتمتعين بالحقوق المدنية والمتصفين بحسن السيرة والأخلاق؛
 3. في وضعية شرعية تجاه قوانين الاكتتاب في الجيش؛
 4. يستوفوا شروط القدرة البدنية والعقلية اللازمة للوظائف التي يترشحون لشغلها؛
 5. أعمارهم لا تقل عن ثمان عشرة سنة.

ونظرا لأهمية المسابقة فقد نصت المادة (54) من القانون 93/09 علي انشاء لجنة وطنية للمسابقات تتولي هذا الدور، وهو ماتم بالفعل، حيث تم تنظيم هذه اللجنة لأول مرة بموجب المرسوم 021-1996 الصادر بتاريخ 19/03/1996، وبدأت عملها في سنة 1997، وهي سلطة إدارية مستقلة تتبع للوزير الأول ينظمها المرسوم رقم 076/2008 الذي يقضي بإلغاء واستبدال المرسوم رقم 021-1996 الصادر بتاريخ: 19 مارس 1996 المحدد لتشكلة وترتيبات تنظيم وسير اللجنة الوطنية للمسابقات.

وتوضح المادة (3) من هذا المرسوم أن اللجنة تعتبر سلطة إدارية مستقلة تتمثل مأموريتها العامة في مراعاة شفافية مسابقات النفاذ إلى المناصب العمومية. ومن هذا المنطلق، فإنها تقوم باعتماد نتائج المسابقات غير المشوبة بخروقات خطيرة وتحيلها إلى الإدارات المستفيدة.

وباتالي فإن طريقة المسابقة، ومن خلال النصوص الصريحة بذلك، تظل الطريقة الوحيدة للولوج إلي الوظائف العامة في موريتانيا والحصول علي صفة موظف، وهو ما يبعد أي طريقة أخرى ويجعل التوظيف من خلالها معيبا أو قابلا للفسخ في أي وقت.

المبحث الثاني : أنواع الوكلاء العموميين في الوظيفة العمومية الموريتانية :

لم تعرف موريتانيا قبل الإستقلال في 28 نوفمبر 1960م أي قانون وضعي، ولا أي شكل من أشكال المؤسسات التي يمكن أن تساهم في البناء الهيكلي للدولة، لانعدام وجود دولة بالمعنى الحالي لها، وخاصة من الناحية التنظيمية والقانونية. ونتيجة لهذا الوضع، ونتيجة أيضا للمقاومة الاجتماعية والثقافية التي تصدى بها الموريتانيون للمستعمر والتي بموجبها امتنعوا عن التعليم في مدارسه والعمل تحت إدارته، اضطرت الإدارة الفرنسية في فترة الإستعمار إلى أساليب السخرة (وهو ما يسمى عندنا "انفرصي")، وهو نوع من التوظيف تقوم الإدارة فيه بتسخير ما تحتاجه من اليد العاملة تحت قوة السلاح، كما استخدمت الإدارة الفرنسية العديد من أطرها من الأقاليم الإفريقية التي كانت قد استعمرتها. إلا أن الوضع سيتغير بعد الإستقلال، خاصة مع صدور أول قانون للوظيفة العمومية، وهو القانون رقم 61/130 بتاريخ 1 يوليو 1961 المتضمن النظام الأساسي للوظيفة العمومية، بحيث أصبحت الوظيفة العمومية الوجهة الأولى للباحثين عن العمل من أبناء الوطن، وهو -ربما- أحد الأسباب وراء اكتظاظها بأنواع متعددة من الأشخاص والوكلاء العموميين.

وعموما فإنه بإعتماد التعريف السابق للوكيل العمومي، وكونه ذلك الشخص الذي يمارس مهام عمومية في مرفق عمومي ويتقاضى أجرا من ميزانية عمومية، فإنه يوجد في موريتانيا أربعة أنواع من الوكلاء العموميين هم :

1_ الموظفون العموميون : Les fonctionnaires

تعتبر فئة الموظفين العموميين الفئة الأولى والأهم من أنواع الوكلاء العموميين وهي الركيزة الأساسية التي تقوم عليها الوظيفة العمومية.

تناولت هذه الفئة الفقرة الثانية من المادة (2) من القانون رقم 09-93 المتضمن النظام الأساسي للموظفين والوكلاء العقديين للدولة في إطار تحديد مفهوم الموظفين العموميين، حيث عرفتهم بأنهم: "الأشخاص المعينين في وظيفة دائمة والمرسمين في سلم إدارات الدولة ومؤسساتها ذات الطابع الإداري والذين لهم على هذا الأساس صفة موظفين". كما أشارت نفس المادة في فقرتها الأولى إلي أنهم المعينين بتطبيق أحكام الباب الأول من القانون رقم 09-93 المتضمن النظام الأساسي للموظفين والوكلاء العقديين للدولة.

وأشارت المادة (3) من نفس القانون علي وضعيتهم إزاء الإدارة، حيث نصت علي أنه "يعتبر الموظف إزاء الإدارة في وضعية نظامية تشريعية وتنظيمية خاضعة للقانون العام".

ويصل عددهم حاليا حسب آخر احصائيات إلي 29754 موظف موزعين داخل فئات الوظيفة العمومية الأربعة ("أ"، "ب"، "ج"، "د") حسب الجدول التالي :

الفئات	عدد الموظفين
أ	9903
ب	13467
ج	6267
د	89
موظفين غير مصنفيين في فئة	28
المجموع	29754

المصدر: ¹

2_ الوكلاء المساعدون (الأعوان) : Les agents auxiliaires :

هم فئة من الوكلاء العموميين تم اللجوء اليهم لشغل بعض الوظائف الشاغرة في سبعينات القرن الماضي لسد الثغرة الحاصلة آن ذاك، وبالتالي تم اللجوء إلي سن قانون ينظم وضعيتهم وهو القانون رقم 74_071 الصادر بتاريخ 02 ابريل 1974 يحدد نظام أعوان الدولة ومؤسساتها ذات الطابع الإداري والمجموعات المحلية. تبعه مرسومان تطبيقيان هما:

_ المرسوم رقم 75_055 الصادر بتاريخ 22 فبراير 1975

_ المرسوم رقم 75_056 الصادر بتاريخ 22 فبراير 1975

لايتجاوز عددهم حاليا في الإدارة المركزية حوالي 2000 وكيل، تم وضعهم في حالة انقراض من خلال القانون 93-09، وكان من المفروض أن يدمجوا في الإطار الجديد ولكن ذلك لم يتم حتي الآن، وبالتالي سينتهون مع آخر عون من الأعوان الموجودين وذلك إما بالترسيم أو الوفاة،

لايتميز هؤلاء عن الموظفين سوي من حيث نظام المعاش بحيث لا يخضعون للصندوق الوطني للضمان الإجتماعي الذي يخضع له الموظفون، وإنما يخضعون لصندوق خاص بهم، يوزعون داخل فئات الوظيفة العمومية حسب الجدول التالي :

الفئات	عدد الوكلاء المساعدين
أ	428
ب	328
ج	404
د	702
وكلاء غير مصنفيين في فئة	1
المجموع	1863

المصدر : 1

يمثل الصنفان السابقان (الموظفون والأعوان) الوكلاء الحقيقيين في الوظيفة العمومية المصنفيين في فئات الوظيفة العمومية ويمارسون واجباتهم ويتلقون حقوقهم بصفة مستمرة، ومن خلال الإحصاء الأخير لهؤلاء تبدوا لنا بعض الملاحظات لكننا نورد قبل ذلك جدولاً يضم مجموع أعدادهم مع توزيعهم حسب الفئات.

الفئات	عدد الموظفين	عدد الوكلاء المساعدين	المجموع
أ	9903	428	10331
ب	13467	328	13795
ج	6267	404	6671
د	89	702	791
وكلاء غير مصنفيين في فئة	28	1	29
المجموع	29754	1863	31617

يبين هذا الجدول العدد الإجمالي لوكلاء الوظيفة العمومية، وهو 31617 وكيلا من بينهم 29754 موظفين، أي نسبة 94% من العدد الكلي. و 1863 وكلاء مساعدين، أي نسبة 06% من المجموع، توجد منهم 10331 في الفئة (أ)، أي نسبة 33% من المجموع الكلي، و 13795 في الفئة (ب)، أي نسبة 44% من المجموع الكلي، مع وجود 6671 فقط في الفئة (ج)، أي نسبة 21% من العدد الكلي.

هذا التفاوت الكبير الموجود بين فئات التأطير (أ) و (ب) وفئات التنفيذ (ج) يؤدي إلي نوع من العجز والنتائج السلبية في عمل الإدارة، ذلك أن الفئات (أ) و (ب) المكرسة للتأطير تمثل عددا يقارب 24176 شخصا، بنسبة 76% من العدد الكلي، في الوقت الذي يوجد فيه 6671 شخصا في الفئة (ج)، أي ما يمثل 21% فقط من العدد الإجمالي مخصصة لإنجاز الأعمال التنفيذية.

كما يعتبر الرقم 31617 وكيلا، رقما عاليا لدولة لايتجاوز عدد سكانها 3,5 مليون نسمة، وهو مرشح للزيادة خاصة إذا علمنا أنه في الفترة ما بين 1999 و 2012 كان عدد الموظفين الخارجين من العمل 5713 موظفا، منهم 4235 متقاعدا، مما يعني أن العدد السنوي للمنتهين من العمل لايتجاوز 440 موظفا، بالمقابل يتم سنويا اكتتاب 820 وكيلا، أي بزيادة تبلغ حوالي الضعف، وهو ما يطرح مشكلة كبرى علي نظام الوظيفة العمومية بسبب الأعداد الزائدة التي تؤدي إلي خسارة داخلية ونمو غير مطرد، إضافة إلي مشكلات أخرى من أهمها عدم ضبط كتلة الرواتب، وبالتالي لا بد من وجود وسائل لتصحيح هذه الأخطاء لكي يتم امتصاص الفرق الشاسع بين الداخلين والخارجين، وذلك عن طريق التوفيق بين حاجيات المصالح العمومية من الأشخاص والطبيعة الإقتصادية والإجتماعية للدولة.

3_ العقوديون : Les contractuels

وهم وكلاء عموميون يمكن أن يتم التعاقد معهم داخل الوظيفة العمومية الموريتانية بمستويات اكتتاب أدني من الفئة (ج)، أي للقيام بإحدي المهام المسند للفئة (د)، وهي مهام قد تكون دائمة أو مؤقتة لحساب الدولة ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري، ويعرفون بعبارة "الوكلاء العقوديون"، ولا تخول صفتهم أي حق في الترسيم في أحد أسلاك الموظفين خارج القواعد المنصوص عليها للإلتحاق بتلك الأسلاك، خصص لهم القانون رقم 93-09 المتضمن النظام الأساسي للموظفين والوكلاء العقوديين للدولة الباب الثاني منه، ولا تختلف الترتيبات المتعلقة بهم كثيرا عن تلك المتعلقة بالموظفين، إلا أنهم يبقون غير موظفين.

4_ الأشخاص غير الدائمين : Les personnels non permanents (PNP)

هم مجموعة من الأشخاص يوجدون في مختلف الإدارات العمومية لا ينظمهم قانون معين، جاءوا نتيجة لإختلالات طبعت الإدارة العمومية في ثمانينيات وتسعينيات القرن الماضي، لا يحكمهم من الناحية القانونية إلا مبدأ استمرارية المرفق العام، وذلك أن السبب الظاهر وراء وجودهم هو حاجة الدولة اليهم نتيجة لحظر الاكتتاب الذي كان مفروضا بموجب الإتفاقيات من المؤسسات النقدية إلا فيما يتعلق بالصحة والتعليم، وحيث أن المرفق العمومي يخاف من الفراغ كان لا بد للإدارة أن تجد صيغة ما لاكتتاب حاجتها من هؤلاء الوكلاء لئلا يتوقف المرفق العام. يصل عددهم حوالي 10000 شخص، تحاول الدولة تصحيح وضعيتهم القانونية، لذلك تم إنشاء لجنة علي مستوى وزارة المالية سنة 2006 مكلفة بهذا الشأن، عملت أولا علي إحصائهم وعقلنة نظام المكافئة من خلال تحديد رواتبهم، بحيث تم إرجاعها إلي رواتب تعطيها الدولة بطريقة متعادلة. هذا العمل تبعه إنشاء لجنة أخرى علي مستوى الوزارة الأولي مكلفة بالتشاور مع الإدارات المعنية من أجل إيجاد حل نهائي لوضعية هؤلاء، يرأسها مستشار تقني للوزير الأول، وهي مدعوة قبل إيجاد أي حل إلي تقسيمهم الي أصناف معينة مما يسهل عملية دمجهم أو إبعادهم.

إن هذه الوضعية الفوضوية جعلت الأعداد الحقيقية للأشخاص غير الدائمين متضاربة ، حيث وصل عددهم الي 9287 حسب إحصائيات اللجنة المكلفة بهم علي مستوي وزارة المالية ، في حين توصلت اللجنة الأخرى علي مستوي الوزارة الأولي إلي عدد اجمالي أقل هو 8683، موزعين إما حسب الشهادات أو التخصصات بحيث يمثلون ثلاث فئات علي النحو التالي :

- أشخاص غير دائمين بدون شهادات: 6770، نسبة 78% من المجموع الكلي؛
- أشخاص غير دائمين ذوي إفادات تكوين: 235، نسبة 2,5% من المجموع الكلي؛
- أشخاص غير دائمين ذوي شهادات: 1678، نسبة 19% من المجموع الكلي.

وبالرجوع إلي هذه الأرقام تبرز مجموعة من الملاحظات :

- تظهر النسبة الكبيرة للأشخاص الغير دائمين الذين لا يحملون شهادات وبدون إفادات تكوين 78% عدم الكفاءة المحتملة للغالبية من هؤلاء؛
- وجود تضاربات في الأعداد النهائية للأشخاص الغير دائمين 8683 حسب بعض الإحصائيات و9287 حسب إحصائيات أخرى، وبالتالي تظهر أعداد هؤلاء الأشخاص غير مضبوطة مما يعكر تسييرهم داخل الوظيفة العمومية؛
- لم يكن الأشخاص غير الدائمين يزيدون علي 2500 شخص سنة 1999 مقارنة بالعدد الحالي 9287 شخصا، أي بزيادة تقدر بـ 6787 شخصا خلال فترة 12 سنة، وذلك يعني أن المعدل السنوي للإكتتاب هو 566 شخصا للسنة، وهي نسبة كبيرة إذا ما قورنت بالداخلين الي الوظيفة العمومية من الموظفين الفعليين سنويا 820 موظفا. وبالتالي فإن اللجنة المكلفة بإيجاد حلول لوضعية هؤلاء مطالبة أولا بـ:
 - ✓ توقيف زيادة هذه المجموعة من الأشخاص غير الدائمين؛
 - ✓ وضع برنامج مغادرة طوعية للأشخاص غير المؤهلين (تتم من خلاله مغادرة 60% من الأشخاص المعنيين)، من خلال برنامج تتم مناقشته مع الشركاء الفنيين والماليين؛
 - ✓ امتصاص الباقين عن طريق مسابقات مخصصة لهذه الفئة، أو تسجيلهم كعقدويين علي أضعف مستوي.

الخاتمة :

بالرجوع إلي نص المادة (2) من القانون 93/09 السالفة الذكر نتبين أن صفة موظف عمومي لا تنطبق إلا علي أولئك الأشخاص المعينين في وظيفة دائمة والمرسمين في درجة من سلم إدارات الدولة، مما يعني اشتراط الترسيم لإكتساب هذه الصفة، وهو ما يصدق علي النوع الأول من الوكلاء آنفي الذكر، ويتم من خلاله ابعاد الأصناف الأخرى (الوكلاء المساعدين و العقدويين و الأشخاص غير الدائمين) من صفة موظف. وهو ما يطرح استشكالا يتعلق بالمغزي وراء احتفاظ إدارتنا العمومية بهذه التعددية في وكلائها العموميين.

وبالتالي فإنه بتطبيق المادة (132) من القانون 93/09 التي نصت علي ترسيم فئة الوكلاء المساعدين في أسلاك فئات "أ" ، "ب" ، "ج" للموظفين الخاضعين لأحكام الباب الأول من قانون الوظيفة العمومية حسب شروط يحددها مرسوم، وهو ما لم يتم حتي الآن، وكذلك بإدماج فئة الأشخاص غير الدائمين من خلال مسابقات خاصة بهم أو فتح المغادرة الطوعية أمامهم مع تعويضات مغرية، نكون أمام وظيفة عمومية تحتوي فقط نوعين من

الوكلاء هم الموظفون العموميون والعقديون (في حال دعت الضرورة لإكتتاب هذا النوع الأخير_أي العقديين_ من خلال عقود مفتوحة أو محددة الأجل)، وينظمها قانون واحد هو القانون رقم 09-93 المتضمن النظام الأساسي للموظفين والوكلاء العقديين للدولة، هذا طبعاً بعد احصاء جاد وشامل، نتمكن من خلاله علي القضاء علي الإختلاف الحاصل في عدد الوكلاء العموميين في وظيفتنا العمومية، والذي لا يزال يتسع بين لوائح التسيير الإداري في الوظيفة العمومية ولوائح التسيير المالي في مصلحة الرواتب.

جريمة ترك مقر الأسرة على ضوء نص المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري



مقالة من إعداد : الأستاذ العقون رفیق

محامي لدى المجلس والمحاكم الإدارية

ماجستير في القانون وباحث في الدكتوراه

لقد خص المشرع الجزائري الحياة الأسرية بالترابط و التكافل و هو ما نصت عليه المادة 03 من قانون الأسرة¹ كما تتطلب في نفس الوقت بذل جهد مشترك لإقامة بيت سعيد و آمن و مستقر تحت سقف واحد خصه قانون العقوبات بعبارة مقر الأسرة، فتخلي أحد الوالدين على وظيفته و تركه لمقر الأسرة دون سبب جدي أو شرعي لمدة تتجاوز الشهرين مع تخليه عن التزاماته سواء كانت مادية أو أدبية تعد جريمة معاقب عليها قانونا بموجب نص المادة 330 من قانون العقوبات² إذ نصت في فقرتها الأولى « أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين و يتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، و ذلك بغير سبب جدي، و لا تنقطع مدة الشهرين إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ عن الرغبة في إستئناف الحياة العائلية بصفة نهائية » الأمر الذي يقتضي دراسة أركان هذه الجريمة (الفرع الأول)، و مغزى المشرع في وضع قيد للمتابعة من خلال دراسة إجراءات المتابعة و الجزاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول : أركان الجريمة :

أولا : الركن المادي :

يقوم هذا الركن على العناصر التالية :

1- القانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09/06/1984، و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 12/06/1984، العدد: 24.

2- الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في: 08/06/1966، و المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 11/06/1966، العدد: 49.

أ- الابتعاد جسدياً عن مقر الأسرة : إن هذا الشرط يفيد أن الابتعاد الجسدي هو الابتعاد عن مكان إقامة الزوجين و الأولاد معاً، مما يفهم منه التسليم بوجود مقر للأسرة يترك من طرف الجاني، مما يعني عدم قيام هذا العنصر إذا ظل الزوجان بعد زواجهما يعيش كل منهما في بيت أهله منفصلاً عن الآخر مثلما يعرف بزواج المسيار، و كانت الزوجة ترعى ولدها في بيت أهلها و ذلك لانعدام مقر الأسرة في هذه الحالة و على هذا الأساس قضى في فرنسا بعدم قيام الجريمة¹.

و ينبغي في ذلك ضرورة وجود عقد زواج شرعي و قانوني صحيح يربط بين الزوجين و إرفاق نسخة منه بالشكوى لأن مجرد تقديم شكوى من أية امرأة ضد أي رجل تزعم أنه زوجها و أنه تركها و ترك مقر الأسرة دون مبرر شرعي لا يكفي وحده لإتهام هذا الرجل و متابعته جزائياً و معاقبته على أساس المادة 330 من قانون العقوبات إلا إذا تمكنت تبعاً لذلك من تقديم وثيقة عقد زواج المقيدة أو المسجلة في سجلات الحالة المدنية و هو المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا في حيثيات القرار القاضي بأن: « المتابعة لم تتم إلا بتقديم عقد من الحالة المدنية يثبت منه زواج الشاكي و أن الإدعاء بالزواج يجب أن يجزم إثباته إلى عقد مسجل بالحالة المدنية »².

أما إذا كان عقد زواجهما قد أبرم بالطريقة العرفية وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية و لم يسبق أن وقع تسجيله في سجلات الحالة المدنية فإذا قررت الزوجة تقديم شكوى ضد زوجها الذي كان قد تزوجها عرفياً ثم تخلى عن إلتزاماته نحو أولادهما فإن عليها تثبيت زواجها أولاً وفقاً لأحكام المادة 22 من قانون الأسرة التي جاء فيها أنه: « يثبت الزواج باستخراج من سجل الحالة المدنية، و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي »، بالإضافة إلى إثبات أن العقد ما زال قائماً و لم يقع إنحلاله بالطلاق، و لا بأي سبب من أسباب إنحلال عقد الزواج الأخرى³ و على هذا الأساس جاء في حيثيات الحكم الصادر عن القسم الجزائري لمحكمة عنابة بتاريخ 1996/12/07 فهرس 96/5514 « أن فعل الترك وقع قبل الطلاق و عليه حكمت المحكمة حضورياً على المتهم بإدانته بالجرم المقترف و معاقبته بألفين دينار جزائري غرامة موقوفة النفاذ »، و هكذا يتضح أن القانون يشترط عقد الزواج لقيام الجريمة و قيامها أثناء العشرة الزوجية.

ب- وجود ولد أو عدة أولاد : فالمرجع الجزائري و إبعاداً لأي غموض، إستهلقت الفقرة الأولى من المادة 330 من قانون العقوبات الحديث على أحد الوالدين، الذي يترك مقر أسرته و يتخلى عن كافة إلتزاماته المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية و بالتالي فإن صفة الأب أو الأم تعني بالضرورة وجود الأبناء، مما يفهم و جود ولد أو أكثر و ما إن كان الولد بالضرورة قاصراً أم لا، يفهم من نص هذه المادة التي تتحدث عن الإلتزامات المترتبة عن " السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية " أن المقصود هم الأولاد القصر، إلا أنه على حد تعبير الأستاذ أحسن بوسقيعة أن الأمر يحتاج إلى تمحص في ضوء أحكام قانون الأسرة⁴.

1- أنظر: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 01، دار هومة، ط 10، 2009، ص: 150.

2- قرار المحكمة العليا، غ.ج.في: 1982/11/09، ملف رقم 23022، ن.ق، 1983، 02، ص: 76.

3- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط 02، 2002، ص: 13.

4- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص: 150.

و إن كان الطفل المتبني لا يثير الجدل كون أن القانون الجزائري بموجب قانون الأسرة يمنع التبني¹، إذ أن جوهر التساؤل يخص ما إذا كان الطفل المكفول معني في المادة 330 الفقرة الأولى خاصة و أن المادة 116 من قانون الأسرة عرفت الكفالة بـ: « أنها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بابنه و تتم بعقد شرعي»، الأمر الذي ينشئ للطفل المكفول حقوقا على عاتق الكافل، و إن كان بعض أساتذة القانون الجنائي منهم الدكتور أحسن بوسقيعة توصل أن صياغة المادة تخص الولد الأصلي أي الشرعي دون سواه²، كما لا تقوم الجريمة في حق الزوجين الذين لا ولد لهما، إلا أن الملاحظ أنه و بالرغم من أن المشرع رفع اللبس عن مسألة ضرورة وجود ولد أو أولاد إلا أننا في سياق بحثنا صادفنا بعض الأحكام التي تغفل هذا الأمر على سبيل المثال ما جاء في حيثيات الحكم الصادر عن محكمة تبسة قسم الجناح بتاريخ 1994/05/08 فهرس 94/320 إذ مما جاء فيه « أن نيابة تبسة تابعت المتهم الزوج، بناء على شكوى مقدمة من طرف الضحية الزوجة، بجرم ترك الأسرة طبقا للمادة 330 و أحيل المتهم على المحكمة بموجب التكليف المباشر للحضور فالشكوى قدمت يوم 1994/04/12 و الزوج ترك زوجته من شهر ديسمبر 1993، حيث أن المتهم حضر الجلسة و اعترف بالتهمة المنسوبة إليه و تأسست الضحية طرفا مدنيا مما جعل المحكمة تحكم عليه بعقوبة ستة أشهر عقوبة موقوفة النفاذ و ألف دينار غرامة نافذة و في الدعوى المدنية إلزامه بدفع مبلغ ستة آلاف دينار جزائري للطرف المدني»، فالحكم القاضي بالإدانة ركز في حيثياته أن المتهم قد ترك الزوجة لمدة تتجاوز شهرين دون بيان مسألة وجود الأولاد من عدمه بالرغم من أن القانون و إجتهدات المحكمة العليا واضحة في هذه المسألة.

ج- **عدم الوفاء بالالتزامات العائلية :** عقد الزواج ينشئ التزامات متبادلة للزوجين و كذا إتجاه الأولاد لا يتعين الإخلال بها، فبالنسبة للأب هو صاحب السلطة الأبوية و بالتالي لا يتخلى عن التزاماته في ممارسة ما يفرضه عليه القانون نحو أولاده و زوجته، و بالنسبة للأم بوصفها صاحبة الوصاية القانونية على الأولاد عند وفاة الأب فلا تتخلى عن التزاماتها نحو أولادها و زوجها، و من هنا لا بد من التوقف عند معنى الالتزامات سواء " المادية منها أو الأدبية " إذ يكفي التخلي عن بعض الالتزامات فقط ليقع الجاني والدا أو والدة كانت تحت طائلة القانون.

- **الالتزامات المادية :** فهي محصورة في النفقة و هذا ما يتطلب تناول أحكام النفقة وفقا لأحكام قانون الأسرة فالمادة 78 منه حددت مشتملات النفقة « تشمل النفقة: الغذاء و الكسوة و العلاج، و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة»، و المادة 75 منه أوجبت النفقة أساسا على الأب إلا أن ذلك يختلف تبعا لإعتبارات الجنس و القدرة و الحاجة بالنسبة للذكور إلى سن 19 سنة و الإناث إلى الدخول و تستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزا لإعاقه عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة و تسقط بالاستغناء عنها بالكسب³، كما أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها طبقا للمادتين 37 و 74 من قانون الأسرة.

- **الالتزامات الأدبية :** حددتها المادة 62 من قانون الأسرة و هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا غير أن هذه الالتزامات محددة بموجب قانون الأسرة بالنسبة للذكر إلى

1- تنص المادة 46 من قانون الأسرة أنه: " يمنع التبني شرعا و قانونا " .

2- أنظر: أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص: 150.

3- راجع المادة 75 من القانون رقم: 11/84 السابق ذكره.

بلوغ سن الرشد و إلى بلوغ سن الزواج بالنسبة للأثني، و تقع على الأم في حالة وفاة الأب نفس الإلتزامات التي تقع على الأب نحو أبنائه، و إذا كان الأب حيا و إحتات الرابطة الزوجية تنتقل الإلتزامات الأدبية إلى الأم الحاضنة و في هذه الحالة تنقضي إلتزامات الأم بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات، و بالنسبة للأثني ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج مرة ثانية و هذا بحسب نص المادة 65 من قانون الأسرة¹.

و أحسن المشرع الجزائي لما أولى الإهتمام للإلتزامات الأدبية، لما لها من تأثير على التكون النفسي و العاطفي للفرد و على روابطه العائلية، فهذه الجريمة تساعد على إحداث التفكك و التصدع الأسري، لأن الجانب المعنوي جزء لا يتجزأ من الطبيعة البشرية².

د- ترك مقر الأسرة لمدة أكثر من شهرين: إذ لا يكفي مغادرة مقر الأسرة و التخلي على الإلتزامات العائلية و إنما الأمر يقتضي ضرورة الإستمرار لمدة أكثر من شهرين إذ أن الإكتفاء بالقول أن المتهم تخلى عن الواجبات المادية و الأدبية نحو أولاده لا يدل على قيام الجريمة و هو ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الجنج بتاريخ 1989/03/31 تحت رقم 4807، مع الإشارة أن العودة إلى مقر الأسرة تقطع هذه المهلة، إلا أن أمر ما إذا كانت العودة بقصد إستئناف الحياة أو قطع المهلة متروك لسلطة القاضي التقديرية فلو أن المتهم عاد من أجل تفادي و قطع المهلة من أجل التنصل من الجريمة فإن الرجوع المؤقت لا يعتد به و للضحية إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية.

ثانيا : الركن المعنوي :

تتطلب الجريمة قصدا جنائيا يدل على أن مغادرة مقر الأسرة يكون مصحوبا بإرادة لا تقبل التأويل لترك السكن العائلي و التملص من الواجبات، إذ أن الأمر يقتضي أن يكون الوالد أو الوالدة على وعي خطورة إخلاله بواجباته العائلية و عقبات ذلك.

و في هذا الصدد يمكن القول أنه إذا كانت هناك ظروف خاصة قد دفعت أحد الوالدين إلى ترك مقر أسرته كأن يكون هناك سبب جدي كالخدمة الوطنية، أو بسبب السفر للبحث عن العمل أثناء قيام أزمة البطالة، أو لتحصيل العلم فإن السبب عندئذ سيكون سببا جديا و شرعيا و ليس فيه أي قصد للإصرار بأفراد الأسرة³ إذا ما إستمر في التكفل ماديا بزوجه و أبنائه غير أن سوء النية مفترضة و إثبات قيام السبب الجدي يقع على عاتق تارك مقر الأسرة، و هذا ما جاء في حيثيات الحكم الصادر عن محكمة باتنة قسم الجنج في القضية رقم 01/16668 رقم الفهرس 02/6912 بتاريخ 2002/12/09 و أهم ما جاء فيه « أن المتهمة الزوجة أنكرت ذلك و بررت فعل الترك بسبب خلافات شخصية بينها و بين الضحية الزوج، مما جعل المحكمة تحكم ببراءة المتهمة تأسيسا على أن فعل الترك كان سبب خلافات زوجية »، و بدروه ما جاء في حيثيات القرار الصادر عن المحكمة العليا أنه « يقع تحت طائلة النقض، القرار

1- أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص: 151.

2- محمد عبد الحكيم مكي، جريمة هجر العائلة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر الطبعة، 1999، ص: 25.

3- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص: 15.

القاضي بالإدانة لعدم توضيحه لسبب ذلك الترك¹، و القضاء الفرنسي بدوره قضى بأن سوء معاملة الزوجة كممارسة العنف عليها يشكل سببا شرعيا يبرر مغادرتها لمقر الأسرة.

الفرع الثاني : المتابعة و الجزاء :

أولا : المتابعة :

تبعاً لإعتبارات المحافظة على الروابط الأسرية فالمشرع الجزائري قيد النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية على وجوب تقديم شكوى من طرف الزوج المتروك في مقر الأسرة و هكذا قضت محكمة باتنة قسم الجناح ببراءة المتهم تأسيساً على أن الزوجة هي التي خرجت من مقر الأسرة و تركتهم و ليس الزوج و قد إستشفت المحكمة ذلك من محاضر الضبطية القضائية و تصريحات الضحية و هذا من خلال حيثيات الحكم الصادر بتاريخ 2002/05/29 فهرس 02/4603، بل أن المحكمة العليا ذهبت أبعد من ذلك بأن جعلت عدم الإشارة إلى الزوج المتروك يستوجب النقض و هو ما قضت به في قرارها الصادر بتاريخ 1989/03/31 ملف رقم 48087، و جنحة ترك مقر الأسرة من الجرائم المستمرة و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1981/06/30 عن غرفة الجناح رقم 02 الطعن رقم 21601 و كذا القرار المؤرخ في 1982/06/01 ملف رقم 23000².

و يترتب على هذا القيد النتائج الآتية :

- إذا باشرت النيابة العامة المتابعة بدون شكوى، تكون هذه المتابعة باطلة بطلاناً نسبياً لا يجوز لغير المتهم إثارته، على أن يثيره أمام محكمة أول درجة و قبل أي دفاع³.

- النيابة العامة و لما لها من سلطة الملاءمة يجوز لها تقرير حفظ الشكوى إن رأت أن شروط المتابعة غير متوفرة.

- تقييد المتابعة بالشكوى يقابله وضع حد للمتابعة بسحب الشكوى إذ يجوز للمجني عليه التنازل عنها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى العمومية و التنازل عن الشكوى يعتبر سبباً من الأسباب الخاصة بإنقضاء الدعوى العمومية و عليه لا يجوز للنيابة العامة إتخاذ أي إجراء من إجراءات المتابعة و إلا كان باطلاً⁴، طبق لنص المادة 06 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات الجزائية⁵، و هو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها القاضي بأن: « صفح الضحية، في جريمة ترك الأسرة، يضع حد للمتابعة الجزائية⁶».

1- قرار المحكمة العليا، غ.ج.م.في: 1989/03/31، ملف رقم 48087، م.ق، 1992، 01، ص: 197.

2- جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، ج 01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط 01، 2001، ص: 193.

3- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص: 153.

4- عمر خوري، شرح قانون الإجراءات الجزائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون ذكر الطبعة، 2007، ص: 21.

5- الأمر رقم: 66-155 المؤرخ في: 1966/06/08، و المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم، المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في: 1966/06/10، العدد: 48.

6- قرار المحكمة العليا، غ.ج.م.في: 2010/04/29، ملف رقم 574335، م.ق، 2011، 01، ص: 295.

- إذا أقامت النيابة العامة المتابعة بدون شكوى و أحييت الدعوى إلى المحكمة و أثار المتهم أمامها بطلان المتابعة، يكون الحكم بعدم قبول الدعوى العمومية لانعدام الشكوى.

ثانيا : الجزاء :

عقوبة جنحة ترك مقر الأسرة هي الحبس من شهرين إلى سنة و بغرامة من 25.000 دج إلى 100.000 دج كما نصت المادة 332 من قانون العقوبات على جواز الحكم على المتهم بالحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية و المدنية و ذلك من سنة إلى خمس سنوات كعقوبة تكميلية، و بوجه عام الحكم على الشخص المدان لإرتكابه جنحة بالعقوبات التكميلية الاختيارية المنصوص عليها في المادة 09 من قانون العقوبات¹.

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص: 154.

رقابة الواليج على مالية البلدية : رقابة أم كبح للإستقلالية المالية للبلدية ؟



بلال فؤاد طالب دكتوراه في القانون

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة مولود معمري - تيزي وزو

مقدمة :

تعتبر استقلالية الهيئات المحلية نسبية و ليست مطلقة ، حيث أنه لا مفر من ربط الجهاز المستقل بالجهاز المركزي لضمان وحدة الدولة بإقامة علاقة قانونية قوية دائمة و مستقرة بين الأجهزة المستقلة و الهيئات المركزية ، و هذا عن طريق نظام الوصاية الإدارية¹ ، و يحدد نطاق ممارسة الوصاية الإدارية و إجراءاتها و الجهات المضطلة بها بواسطة القوانين فهي لا تمارس بصورة أصلية بل في الحالات و حسب الأشكال التي يحددها القانون و يختصر الأستاذ " ريفيرو " (J. RIVERO) حدود هذه الوصاية بقوله: " لا وصاية إلا بنص و لا وصاية خارج النص " ² .

تعرف الرقابة الوصائية أو الرقابة الإدارية بأنها : " الرقابة التي تمارسها الدولة على الوحدات الإقليمية قصد المحافظة على وحدة الدولة و تجنب آثار سوء تسيير الوحدات اللامركزية مع ضمان تفسير القانون لصالح إقليم الدولة بأكمله ، على ألا تتم إلا في الحالات المحددة قانونا ، حماية لاستقلالية الوحدات المشمولة بالوصاية المذكورة³ ، و البلدية باعتبارها وحدة إقليمية فإنها تخضع لرقابة وصائية من طرف السلطات الوصية و بالأخص الوالي الذي يملك وسائل تأثير فعالة على الاستقلالية المالية للبلدية وذلك من خلال الرقابة على أعمال البلدية (المطلب الأول) ، و التحكم في مخططات البلدية للتنمية الذي يعتبر بمثابة تكريس لسياسة التهميش المحلي (المطلب الثاني) .

1- عمار بوضياف ، الوجيز في القانون الإداري ، جسر للنشر و التوزيع ، الطبعة الثانية ، 2007 ، الجزائر ، ص 177. للتفصيل أكثر راجع كذلك :

__ سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1986 ، ص 46.

2 - RIVERO (Jean) et Waline (Jean) ، « L'élection en droit administratif , 16 ème édition , DALLOZ , PARIS , 1966 , p 281 . « Pas de tutelle sans texte et pas de tutelle au-delà des textes » .

3 - بابا علي فاتح ، تأثير المركز القانوني للوالي على اللامركزية في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع تحولات الدولة ، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو ، 2010 ، ص 34.

المبحث الأول : رقابة الوالي على أعمال البلدية: رقابة مؤثرة على استقلاليتها المالية :

تعتبر الاستقلالية إحدى أهم الأسس التي يقوم عليها نظام اللامركزية الإدارية و هذه الاستقلالية ليست منحة من السلطة المركزية وإنما هي أصيلة مصدرها القانون ، غير أن هذه الاستقلالية نسبية لا مطلقة، حيث أن الهيئات اللامركزية تمارس اختصاصاتها تحت إشراف الإدارة المركزية ، و هو ما يعرف بالوصاية الإدارية¹ ، و يحدد نطاق ممارسة الوصاية الإدارية و إجراءاتها و الجهات المضطعة بها بواسطة القوانين فهي لا تمارس بصورة أصلية بل في الحالات و حسب الأشكال التي يحددها القانون و يختصر الأستاذ " ريفيرو " (J. RIVERO) حدود هذه الوصاية بقوله : " لا وصاية إلا بنص و لا وصاية خارج النص " ² ، و البلدية باعتبارها وحدة إقليمية فإنها تخضع لرقابة وصائية من طرف السلطات الوصية و بالأخص الوالي الذي يملك وسائل تأثير فعالة على الاستقلالية المالية للبلدية وذلك من خلال الرقابة على أعمال البلدية (المطلب الأول) ، و التحكم في مخططات البلدية للتنمية الذي يعتبر بمثابة تكريس لسياسية التهميش المحلي (المطلب الثاني).

المطلب الأول : فعالية رقابة الوالي على أعمال البلدية.

يملك الوالي وسائل عديدة للرقابة على مالية البلدية، و ذلك في إطار ممارسته للرقابة الوصاية على أعمال البلدية ، و يعد الوالي أول المسؤولين عليها و القائمين بها، سواء بطريقة مباشرة، أو عن طريق أعوان مكلفين بذلك موضوعين تحت إدارته. تأخذ رقابة الوالي على مالية البلدية إحدى الصور التالية: سلطة الإلغاء التي من خلالها يتم سلب الاختصاص المالي للبلدية (الفرع الأول) ، و التصديق الذي يعتبر بمثابة حق فيتو في يد الوالي (الفرع الثاني) ، و كذا سلطة الحلول التي تعبر عن قصور أهلية البلدية (الفرع الثالث).

الفرع الأول : سلطة الإلغاء : سلب للاختصاص المالي للبلدية.

يعرف الإلغاء على أنه إجراء قانوني يؤدي إلى إنهاء الآثار القانونية للمداولة لعدم مشروعيتها، و يتم إلغاء مداولات المجلس الشعبي البلدي لبطانها المطلق، و لا يمكن أن تكون مداولات م.ش.ب محل بطلان نسبي ، و هذا على اعتبار أن المشرع في المادة 60 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية استعمل عبارة « تعد هذه المداولة باطلة، » و هو ما يتضح أكثر في النص الفرنسي حيث استعمل عبارة « ... la délibération est nulle ... » و عليه نقول أن المشرع كان يقصد به البطلان المطلق، و إلا كان ليقول " يمكن أن تكون المداولة باطلة " ، و هكذا فإن المداولات التي تكون محل بطلان هي :

- المداولات المنصوص عليها في المادة 59 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية حيث نصت على ما يلي: " تبطل بقوة القانون مداولات المجلس الشعبي البلدي :

- المتخذة خرقا للدستور و غير المطابقة للقوانين و التنظيمات.

- التي تمس برموز الدولة و شعاراتها.

1- المادة 59 من قانون 10-11 مؤرخ في 22 يونيو 2011 ، يتعلق بالبلدية، ج.ر عدد 37 صادرة بتاريخ 3 يوليو 2011.

2 - بابا علي فاتح، تأثير المركز القانوني للوالي على اللامركزية في الجزائر، مرجع سابق، ص 158.

- غير المحررة باللغة العربية.

يعلن الوالي بطلان المداولة بقرار".

- و كذلك ما جاء في نص المادة 60 من قانون 11-10 المتعلق بالبلدية التي تنص على ما يلي :

" لا يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي أو أي عضو من المجلس في وضعية تعارض مصالحه مع مصالح البلدية، بأسمائهم الشخصية أو أزواجهم أو أصولهم أو فروعهم إلى الدرجة الرابعة أو كوكلاء ، حضور المداولة التي تعالج هذا الموضوع وإلا تعد هذه المداولة باطلة.

- يثبت بطلان هذه المداولة بقرار معلل من الوالي.

- يلزم كل عضو مجلس شعبي بلدي يكون في وضعية تعارض مصالح بالتصريح بذلك لرئيس المجلس الشعبي البلدي.

في حالة ما يكون رئيس المجلس الشعبي البلدي في وضعية تعارض مصالح متعلقة به يجب عليه إعلان ذلك للمجلس الشعبي البلدي".

حسب نص المادة أعلاه فالوالي هو المختص بإلغاء هذا النوع من المداولات بموجب قرار معلل، وذلك خلال (30) يوما¹، من تاريخ إيداعها لدى الولاية وإلا كان قراره هو أيضا باطلا لعدم الاختصاص الزمني²، بالرجوع إلى قانون 90-08 المتعلق بالبلدية نجد أن المادة 3/45 نصت على حق أي شخص له مصلحة أن يطلب الإلغاء من الجهة القضائية المختصة خلال شهر واحد من تعليق المداولة وهو ما لم ينص عليه قانون البلدية الحالي، في المقابل وطبقا لأحكام المادة 61 من قانون البلدية فان لرئيس م.ش.ب حق رفع إما تظلم إداري، أو دعوة قضائية لمخاصمة القرار القاضي بطلان المداولة، أو المعلن عن إبطالها أو رفض المصادقة عليها، وبالمقارنة مع نص المادة 46 من القانون القديم 08/90 نجد أن هذا الحق منح للمجلس الشعبي البلدي.

الفرع الثاني : التصديق حق فيتو في يد السلطة الوصية.

يتوقف تنفيذ الميزانية البلدية على الموافقة أو التصديق الصريح للسلطة الوصية، فالتصديق هو بمثابة حق فيتو شبه مطلق يؤدي في النهاية الى ما يسمى بالإدارة المشتركة للشؤون المحلية بين السلطة المركزية والجماعات المحلية³، و يعرف التصديق على أنه إجراء قانوني يتم بموجبه إقرار السلطة الوصية بأن المداولات قد تمت في إطار المشروعية الشكلية و الموضوعية، وقد يكون صريحا أو ضمنيا.

1- المادة 59 من قانون 11-10 متعلق بالبلدية، مرجع سابق.

2- بابا علي فاتح، تأثير المركز القانوني للوالي على اللامركزية في الجزائر، المرجع سابق، ص 158.

3- صالحى سهيلة، الاستقلالية المالية للجماعات المحلية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع المؤسسات السياسية و الادارية في الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2008، ص 44.

القاعدة العامة: أنه تعد نافذة بحكم القانون مداوات المجلس الشعبي البلدي بعد 21 يوم من تاريخ إيداعها لدى الولاية ، عكس قانون البلدية القديم 90-08 الذي حدد هذه المدة ب 15 يوما¹ ، لكن بعض المداوات تحتاج إلى مصادقة الوالي عليها صراحة ، خلال 30 يوما من إيداعها لدى الولاية ، و هي المداوات المنصوص عليها في المادة 57 من قانون 11-10 المتعلق بالبلدية و التي تنص على ما يلي :

" لا تنفذ إلا بعد أن يصادق عليها الوالي المداوات المتضمنة ما يأتي :

- الميزانيات والحسابات.

- قبول الهبات والوصايا الأجنبية.

- اتفاقيات التوأمة.

- التنازل عن الأملاك العقارية البلدية."

و إذ لم يصادق عليها خلال هذه المدة تعتبر مصادقا عليها² ، و هو ما يعرف بالتصديق الضمني، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد وسع من المداوات الخاضعة لمصادقة الوالي مقارنة بقانون البلدية القديم 90-80 الذي حدد المداوات الخاضعة لمصادقة الوالي في : الميزانيات و الحسابات ، و إحداث مصالح و مؤسسات عمومية بلدية³ .

تم توسيع رقابة السلطة الوصية على مداوات البلدية ، حيث منح اختصاص رقابة مداوات البلدية سنة 1994 لرئيس الدائرة و هذا بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 94-215 بموجب المادة 10⁴ منه ، و هذا بتفويض من الوالي، كما منح المرسوم التنفيذي رقم 82-31 المؤرخ في 23 جانفي 1982 المعدل و المتمم لرئيس الدائرة حق المصادقة على ميزانيات البلدية التي لا يتعدى عدد سكانها 50.000 نسمة، و هذا للاختصاص يمارسه دون تفويض من الوالي. مع العلم أن المواضيع التي نص عليها المرسوم التنفيذي 82-31 المعدل و المتمم⁵ هي نفسها المواضيع

1- المادة 56 من قانون 11-10 متعلق بالبلدية، مرجع سابق.

راجع في ذلك: بركات محمد ، النظام القانوني للمنتخب المحلي في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع الادارة و المالية ، جامعة الجزائر ، 1998 ، ص 207.

2- المادة 58 من قانون 11-10 متعلق بالبلدية ، مرجع سابق.

3- المادة 42 من قانون 90-08 متعلق بالبلدية ، متمم ، مرجع سابق.

4- المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 94-215 المؤرخ في 23 يوليو 1994 ، يضبط أجهزة الإدارة العامة في الولاية و هيكلها ، ج.ر عدد 48 الصادرة في 27 يوليو 1994.

و نصها كالآتي : " يتولى رئيس الدائرة في إطار القوانين و التنظيمات المعمول بها، تحت سلطة الوالي و بتفويض منه على الخصوص ما يأتي:

- ينشط و ينسق عمليات تحضير المخططات البلدية للتنمية و تنفيذها. /- يصادق على مداوات المجالس الشعبية البلدية حسب الشروط التي يحددها القانون والتي يكون موضوعها ما يأتي: - الميزانيات و الحسابات الخاصة بالبلديات و الهيئات المشتركة في البلديات التابعة للدائرة نفسها. /- تعريفات حقوق مصلحة الطرق و توقيف السيارات و الكراء لفائدة البلديات. /- شروط الإيجار التي لا تتعدى مدتها 9 سنوات. /- تغيير تخصيص الملكية البلدية المخصصة للخدمة العمومية. /- المناقصات و الصفقات العمومية و المحاضر و الإجراءات. /- الهبات و الوصايا. /- يوافق على المداوات و قرارات تسيير المستخدمين البلديين باستثناء المتعلقة منها بحركات النقل و إنهاء المهام....."

5 - مرسوم تنفيذي رقم 82-31 مؤرخ في 23 يوليو 1982، يحدد صلاحيات رئيس الدائرة ، ج.ر عدد 4 صادرة في 26 يوليو 1982، معدل و متمم بالمرسوم التنفيذي رقم 82-372 مؤرخ في 27 نوفمبر 1982، ج.ر عدد 48 صادرة في 30 نوفمبر 1982.

المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 94-215 ، إن منح كل هذه الصلاحيات لرئيس الدائرة يعكس رغبة المشرع تقوية المركز القانوني للوالي في مواجهة المجالس البلدية المنتخبة، فرييس الدائرة يبقى مجرد مرؤوس أمام الوالي مما يجد من فعالية اللامركزية بواسطة هذه النصوص¹ ، و لقد أعاد المرسوم التنفيذي رقم 94-215 بالكامل تأهيل السلطات المحلية ، كما أن المرسوم 82-31 المعدل و المتمم جعل من رئيس الدائرة " واليا صغيرا" يملك سلطات فعلية في الوصاية على البلديات² .

ألغيت جميع الأحكام المخالفة للقانون 11-10 بموجب المادة 219 من قانون 11-10 المتعلق بالبلدية ، و عليه فالمرسوم التنفيذي رقم 94-215 ليس له أساس قانوني بعد اليوم و هذا بالرغم من عدم وضوح المادة 219 بشأن هذا المرسوم مما يخلق فراغا قانونيا³ .

الفرع الثالث : سلطة الحلول إنكار لأهلية البلدية.

تضاف إلى جانب الوسائل القانونية التي يتمتع بها الوالي في رقابته على البلدية وسيلة أخرى تعد الأخطر من بينها هي سلطة الحلول التي تبيح له التدخل مباشرة في شؤون البلدية و ذلك في حالة عدم قيامها بالتزاماتها القانونية المكلفة بها، فيحل الوالي محلها للقيام بها.

يعرف الحلول بأنه قيام الهيئة الوصية بعمل هو أصلا من اختصاص الهيئة اللامركزية التي رفضت أو أهملت القيام به ، و لا يمارس إلا وفق شروط محددة وهي⁴ :

- حالة وجود نص صريح يلزم المجلس بالقيام بهذا العمل.
- حالة امتناع المجلس القيام به مع كون هذا الامتناع غير مشروع .
- إنذار المجلس بضرورة تنفيذ الالتزام .

1 - TAIB (Essaid), «La démocratie à L'épreuve de la Décentralisation», in IDARA , (Revue de l'Ecole Nationale d'Administration) ,N°01,1991 , P 68.

2 - TAIB (Essaid) , «Chronique de l'organisation administrative 1994 »,in IDARA ,(Revue de l'Ecole Nationale d'Administration), n°02 , 1995, P 114. Cite par :

KANOUN /TALEB (Nacira) , « Constantes et changement dans la conception algérienne de la décentralisation » , RASJEP , Alger , n°3, 2010 , P49.

« Le décret exécutif n° 94-215 réhabilité pleinement cette autorité locale .il s'agit d'un retour au décret n°82-31 qui faisait de chef daïra un « mini wali » exerçant un véritable pouvoir de tutelle sur la commune » .

3 - voir KANOUN /TALEB (Nacira) , La loi n° 11-10 relative à la commune : Réforme ou simples « réaménagements ? » , inédit , p 30.

« Maintenant que la loi n° 90-08 et toutes les dispositions contraires à la loi n° 11-10 ont été abrogées par l'article 219 de la loi n° 11-10, le décret exécutif n° 94-215 qui à l'origine déjà, n'avait pas de fondement juridique, n'a plus de raison d'exister bien que l'article 219 ne le cite pas explicitement, d'autant plus, que la loi n° 11-10 n'y fait aucunement référence instituant encore une fois un vide juridique. ».

4- سي يوسف أحمد ، تحولات اللامركزية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع تحولات الدولة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2013 ، ص 32.

منح قانون البلدية للولي سلطات حقيقية في مواجهة المجالس البلدية المنتخبة¹ ، حيث يمكن له أن يحل محل م.ش.ب كهيئة مداولة ، أو محل الهيئة التنفيذية (ر.م.ش.ب) و سوف نركز في دراستنا على حلول الوالي في المجال المالي.

1- حلول الوالي محل الهيئة التداولية :

يحل الوالي محل الهيئة التداولية في هذه الحالات :

أ- حالة عدم التصويت على ميزانية متوازنة أو لم تنص على النفقات الإجبارية :

حرص المشرع الجزائري على أن يتم التصويت على الميزانية البلدية وفقا لشروط معينة، و هي أن تكون الميزانية متوازنة ، وأن تنص على النفقات الإجبارية ، و في حالة عدم الإلتزام بهذه الشروط فإن الوالي يحل محل م.ش.ب لضبطها. حيث أن م.ش.ب بعد التصويت على الميزانية يقوم ر.م.ش.ب بإيداعها لدى الوالي و ذلك خلال أجل 8 أيام الموالية للتصويت² يرجع الوالي هذه الميزانية الى ر.م.ش.ب مرفقة بملاحظاته خلال 15 يوما التي تلي استلامها من طرف ر.م.ش.ب الذي يقدمها لمداولة ثانية خلال 10 أيام ، و إذا تم التصويت للمرة الثانية على ميزانية غير متوازنة أو لم تنص على النفقات الاجبارية هنا يقوم الوالي بإعذار م.ش.ب بذلك و على م.ش.ب في هذه الحالة أن يقوم بضبط الميزانية خلال 8 أيام التي تلي إعذاره من طرف الوالي و إلا يحل الوالي محله لضبطها تلقائيا³ .

ب- حالة العجز في تنفيذ الميزانية :

يقصد بالعجز في تنفيذ ميزانية البلدية : الإخلال بمبدأ التوازن الذي تتميز به الميزانية ، أي هو الحالة التي تكون فيه النفقات أكبر من الإيرادات⁴ .

و تنص المادة 184 من قانون البلدية على ما يلي :

" عندما يترتب عن تنفيذ ميزانية البلدية عجز فإنه يجب على المجلس الشعبي البلدي اتخاذ جميع التدابير اللازمة لامتناعه و ضمان توازن الميزانية الإضافية.

إذا لم يتخذ المجلس الشعبي البلدي الإجراءات التصحيحية الضرورية، فإنه يتم اتخاذها من طرف الوالي الذي يمكنه أن يأذن بامتصاص العجز على سنتين ماليتين أو أكثر".

1- مشري عبد الحليم ، نظام الرقابة الإدارية على الجماعات المحلية في الجزائر ، مداخلة ضمن الملتقى الدولي الخامس حول دور و مكانة الجماعات المحلية في الدول المغاربية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، يومي 3 و 4 ماي 2009 ، ص 115 .

2- المادة 55 من قانون 10-11 متعلق بالبلدية ، مرجع سابق.

3- المادة 183 من قانون 10-11 متعلق بالبلدية ، نفس المرجع.

4- حمدي رشيد ، ميزانية البلدية في مواجهة العجز المالي ، (دراسة تطبيقية لثلاث بلديات من ولاية بومرداس) ، بحث مقدم للحصول على شهادة الماجستير في القانون العام ، فرع إدارة و مالية عامة ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2001، 2002 ص 8.

- ج - في حالة حدوث اختلال بالمجلس الشعبي البلدي يؤدي لعدم التصويت على الميزانية :

تنص المادة 102 من قانون البلدية على ما يلي :

" في حالة حدوث اختلال بالمجلس الشعبي البلدي يحول دون التصويت على الميزانية، فإن الوالي يضمن المصادقة عليها و تنفيذها و فق الشروط المحددة في المادة 186 من هذا القانون ."

و بالعودة إلى نص المادة 186 من قانون البلدية نجد أنها تنص على ما يلي :

بعد دراسة هذه الحالات نلاحظ أن الوالي يتمتع بسلطات واسعة في مجال الحلول محل المجلس الشعبي البلدي مما يكرس تبعية هذا المجلس للسلطة الوصية.

-2- حلول الوالي محل الهيئة التنفيذية : (ر.م.ش.ب) :

يحل الوالي محل ر.م.ش.ب بمقتضى أحكام المادة 76 مكرر 4 من قانون رقم 04-05 ، هي رفض ر.م.ش.ب إصدار نفقة لازمة¹.

و يقوم الوالي مقامه في إصدار حوالة الصرف وفقا لما تقتضيه التشريعات السارية المفعول وهذا طبقا لنص للمادة 203 من قانون البلدية².

بالمقارنة مع النظام الفرنسي نجد أن المشرع الفرنسي قد استغنى عن نظام الوصاية الإدارية بعد الانتقادات الموجهة إليه ، واستبدالها بنظام الرقابة القضائية، وهو ما تحقق بصدور القانون 82-213 الصادر في 02 مارس 1982³ ، حيث وحد نظام الرقابة الذي كان يمارس بنفس الطريقة على كل من البلدية و الولاية والإقليم وكذا المؤسسات

1 - المادة 76 مكرر 4 من قانون رقم 04-05 مؤرخ في 14 غشت 2004 ، يعدل و يتم القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة و التعمير ، ج.ر عدد 51 صادرة في 15 غشت 2004.

هناك حالة ثانية لكن لا تخص الجانب المالي ، نصت عليها المادة 76 مكرر 6 و هي : يحل الوالي محل ر.م.ش.ب في حالة عدم إتخاذ ر.م.ش.ب قرار بهدم بناية مشيدة دون رخصة بناء في أجل 8 أيام من تاريخ تسليم محضر المخالفة ، يحل الوالي محله في تهديم البناية في أجل لا يتعدى 30 يوما .

2 - راجع في ذلك : المادة 203 من قانون 10-11 ، متعلق بالبلدية.

و هناك حالات أخرى لحلول الوالي محل البلدية لكن ليس لها علاقة بالجانب المالي و هي : - المحافظة على أرشيف البلدية ، و هو ما نصت عليه المادة 142 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية ، مرجع سابق.

- في مجال الضبط الإداري ، و هو ما نصت عليه المادة 100 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية ، مرجع سابق.

- في حالة امتناع ر.م.ش.ب عن اتخاذ القرارات الموكلة له بمقتضى القوانين و التنظيمات ، و هو ما نصت عليه المادة 101 من قانون 10-11 متعلق بالبلدية ، مرجع سابق.

Voir :

KANOUN TALEB / (Nacira) , « Constantes et changement dans la conception algérienne de la décentralisation » , Op cit , p p 51 - 52 - 53 .

3 - Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, Publiée au journal officiel du 3 Mai 1982.

العمومية، وجعل من القضاء الإداري الوحيد القادر على إلغاء الأعمال المخالفة للقانون¹، و بموجب هذا القانون فإن القرارات الصادرة عن الهيئات الإقليمية تكون نافذة بمجرد نشرها او تبليغها، وعلى ممثل الدولة رفع دعوى إلغاء القرار الذي يرى بأنه غير مشروع أمام القضاء الإداري، كما أن الرقابة على الميزانية المحلية و تسييرها التي كانت تقوم بها السلطة المركزية في إطار ما يسمى بالوصاية المالية قد ألغيت و أوكلت إلى هيئات متخصصة هي الغرف الجهوية للمحاسبة " les chambres régionales des comptes " التي تقوم في الأصل برقابة توجيهية، حيث تقدم اقتراحات لتصحيح الميزانية، و في حالة عدم تصحيحها من الجهة المكلفة محلها ممثل الدولة للقيام بالتصحيحات اللازمة و هذا تنفيذا لقرار الغرفة الجهوية². إلى جانب الرقابة الوصائية التي يمارسها الوالي على مالية البلدية، نجد الرقابة الممارسة على مختلف المخططات البلدية حيث تخضع للإشراف الكامل للوالي، و كذا الرقابة التي تقوم بها مختلف اللجان التقنية تحت مسمى الرقابة التقنية.

1 - LOMBARD (Martine) , Droit Administratif , 3 ème édition , DALLOZ , PARIS, 1999 , P 54 .

2- شيهوب مسعود ، المجموعات المحلية بين الاستقلالية و الرقابة ، مجلة مجلس الدولة ، عدد 3 ، 2003 ، الجزائر ، ص 59

المطلب الثاني : تحكم الوالي في مخططات البلدية للتنمية : تكريس لسياسة التهميش المحلي.

تعتبر المخططات البلدية للتنمية بمثابة البرنامج الاقتصادي الاجتماعي العام الذي يمس جميع القطاعات التنموية التي حددت له على مستوى البلدية ، و تعد هذه المخططات آلية للتحكم في القرار المحلي ، أمام العدد الكبير للبلديات العاجزة ماليا¹ .

و نلاحظ ازديادا ملحوظا لحجم دعم الدولة للبلديات في إطار مخططات التنمية المحلية² ، كل من شأنه أن يجعل البلديات ملحقات للإدارة المركزية و ليست هيئات مستقلة ، و يلعب الوالي دورا فاعلا و مفصليا في هذه المخططات و ذلك عبر مختلف المراحل التي تمر بها هذه المخططات (الفرع الأول) و كذا الرقابة التقنية الممارسة على هذه المخططات التي تركز نظام عدم التركيز الإداري (الفرع الثاني).

1 - « Officiellement, il existe près de 800 communes pauvres en Algérie qui accusent un grave déficit de budget. Pourtant, l'État a institué un Fonds spécial pour les collectivités locales pour financer ces communes déshéritées en leur fournissant les aides directes pour ne pas qu'elles tombent en faillite »

Voir : SMATI Saïd, Budget communal Le talon d'Achille, Liberté, Mercredi, 15 Janvier 2014.

2 -

السنوات	حجم إعانات الدولة للبلديات في إطار مخططات التنمية
2010	60.000.000 مليار دج
2011	60.000.000 مليار دج
2012	67.000.000 مليار دج
2013	40.000.000 مليار دج
2014	65.000.000 مليار دج

المصدر : قوانين المالية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من سنة 2010 لغاية 2014 :

- قانون رقم 12-2007 مؤرخ في 30 ديسمبر 2007، يتضمن قانون المالية لسنة 2008، ج.ر عدد 82 صادرة في 30 ديسمبر 2008.
- قانون رقم 21-2008 مؤرخ في 30 ديسمبر 2008، يتضمن قانون المالية لسنة 2009، ج.ر عدد 74 صادرة في 31 ديسمبر 2008.
- قانون رقم 09-2009 مؤرخ في 30 ديسمبر 2009 ، يتضمن قانون المالية لسنة 2010، ج.ر عدد 78 صادرة في 31 ديسمبر 2009.
- قانون 80-2010 مؤرخ في 30 ديسمبر 2010، يتضمن قانون المالية لسنة 2011، ج.ر عدد 80 صادرة في 30 ديسمبر 2010.
- قانون رقم 72-2011 مؤرخ في 28 ديسمبر 2011 ، يتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج.ر عدد 72 صادرة في 29 ديسمبر 2011.
- قانون رقم 72-2013 مؤرخ في 26 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2013، ج.ر عدد 72 صادرة في 30 ديسمبر 2012.
- قانون رقم 08-13 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013 ، يتضمن قانون المالية لسنة 2014 ، ج.ر عدد 68 صادرة في 31 ديسمبر 2013.

الفرع الأول : الدور الفعّال للوالي في إطار المخططات البلدية للتنمية .

يتم تحضير المخطط البلدي للتنمية وفقا للمراحل التالية :

1- دراسة ملائمة النشاطات.

و هو من اختصاص م.ش.ب ، الذي يجب أن يقوم بتقدير ودراسة ملائمة النشاطات والبرامج الواجب القيام بها، وفق احتياجات سكان البلدية والوضعيات الاستعجالية التي يجب أن تحتل الأولوية، وكذلك دراسة مدى تكامل هذه البرامج وتوافقها مع ظروف البلدية بشكل عام و تكاملها مع مشروعات البلدية الأخرى ، وذلك في ظل الأولويات والتوجهات الوطنية وخصوصيات إقليم البلدية و هو ما يقيد حرية البلدية في اقتراح المشاريع التنموية¹ .

2- إعداد و تحضير المخطط البلدي للتنمية.

يتم تحضير وإعداد المخطط البلدي للتنمية وفق جملة من الأعمال المسبقة، التي تتمثل في معرفة المحيط البشري والمادي للبلدية، من خلال بنك المعلومات الإحصائية الموجود على مستوى كل ولاية، كما يجب دراسة الأراضي العقارية، التي ستقام عليها هذه المشروعات التنموية مدى تأثيرها على النسيج العمراني للبلدية. تمر إجراءات التحضير والتسجيل بالمراحل التالية :

- ضبط قائمة مقترحات المشروعات.

- مشاركة المصالح التقنية لضمان تحقيق وحسن سير المشروع عبر الإنجاز.

- ضمان وجود دراسة وتوفر القطع الأرضية والارتفاقات.

- تحكيم الاقتراحات على مستوى لجنة الدائرة.

- تقديم البرامج للمجلس الولائي بهدف ضمان التكامل مع باقي البرامج.

- إعداد البطاقات التقنية للمشروعات المقبولة.

- تسجيل المشروعات من طرف مديرية التخطيط والتهيئة العمرانية وتبليغها عن طريق الوالي للبلديات.

لم ينظم المرسوم 73-136² عملية إعداد المخطط البلدي للتنمية، وهي صلاحية مخولة ل م.ش.ب ، حيث يقوم بمساعدة المصالح التقنية بحصر وتحديد الاحتياجات المحلية ثم تحضير البطاقات التقنية لكل مشروع أو عملية تلي هذه الاحتياجات ، التي تتمحور أساسا حول التزويد بماء الشرب و التطهير و الطرق و الشبكات و فك العزلة . يجدد م.ش.ب الأولويات و يصادق على المخطط الذي يبقى مجرد اقتراحات ، ويبلغ المخطط البلدي للتنمية للوالي الذي يجدد أولويات المخطط و العمليات الجديرة بالتمويل بمساعدة مجلس الولاية ، ثم يطلب الإعانات المالية اللازمة لتنفيذ المخططات البلدية من السلطات المركزية، و التي تقرها الدولة إجمالا في إطار قانون المالية تحت عنوان المخططات البلدية للتنمية ، و تبلغ الى الولاية رخص البرامج المعتمدة للمخططات البلدية للتنمية³ ، و بالتالي

1 - حشون محمد ، مشاركة المجالس البلدية في التنمية المحلية ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، تخصص علم اجتماع التنمية ، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2010_2011 ، ص 208.

2 - مرسوم 73-136 مؤرخ في 9 غشت سنة 1973 ، يتعلق بشروط تسيير و تنفيذ مخططات البلديات الخاصة بالتنمية ، ج.ر عدد 67 صادرة في 21 غشت 1973.

3- الفقرة 2 من المادة 4 من المرسوم 73-136 ، مرجع سابق.

فالوالي هو صاحب القرار في منح الاعتمادات للعمليات المسجلة في المخطط البلدي للتنمية و يبقى دور م.ش.ب مجرد اقتراح للعمليات فقط¹.

3 - تنفيذ المخطط البلدي للتنمية.

يبلغ الوالي ر.م.ش.ب و المحاسب البلدي بالاعتمادات المخصصة للعمليات المدرجة في المخطط البلدي الموافق عليها، و من هنا يبدأ تنفيذ المخطط البلدي للتنمية بعد أن يسجل م.ش.ب الجدول البلدي المرسل إليه من طرف الوالي، و الذي يعد وثيقة الميزانية الأساسية لإنجاز المخطط البلدي للتنمية². يلتزم ر.م.ش.ب بالنفقات في حدود رخص البرامج المحددة له من طرف الوالي، و يقوم بتصفية النفقات و يأمر بصرفها وفقا لتدرج الأشغال³، و تجدر الإشارة الى أن ر.م.ش.ب يخضع في تنفيذ المخطط البلدي للتنمية إلى رقابة مشددة من طرف الوالي، فلا يجوز له التعديل في رخص البرامج لعملية ما إلا بموافقة الوالي الذي يملك حق التعديل في حدود الاعتمادات الكلية للمخطط، كما يعلم ر.م.ش.ب الوالي عن مدى تقدم الأشغال في العمليات المدرجة و استغلال الاعتمادات المخصصة لها⁴، و يمكن للوالي أن يسحب جزئيا أو كليا الاعتمادات المخصصة لعملية ما، و التي لم يتم تصفيتها إذا رأى أن شروط إنجازها قد لا تؤدي إلى الانتفاع الكلي أو الجزئي بهذه الاعتمادات في نهاية السنة المالية.

الفرع الثاني : المراقبة التقنية: تكريس لنظام عدم التركيز الإداري.

يظهر الدور الرقابي للوالي على مالية البلدية أيضا من خلال الرقابة التقنية التي تمارسها المصالح التقنية التابعة للمديريات التنفيذية المركزية للولاية، و التي تسمى المصالح الخارجية للولاية، و هذا من خلال التأشير التقنية على كل المشاريع .

تشكل هذه الرقابة إحدى مظاهر التدخل في الشؤون المحلية و إدارتها، و يعتبر هذا النوع من الرقابة ضروريا في بعض الأحيان خاصة بالنسبة للبلديات التي لا تملك الوسائل الكافية لإتخاذ القرارات في المجال التقني و الفني، و هو بمثابة تطبيق للوصاية الفنية الحقيقية، و تبقى هذه الرقابة تمارس بقوة في الجزائر، حيث تلتزم البلدية بإرسال تقارير دورية إلى السلطة الوصية أو الهيئة التي يتبعها المشروع ضمن المخطط البلدي للتنمية، تشمل بالأخص نسبة صرف الاعتمادات المالية و نسبة الإنجاز المادي للمشروع⁵، حيث يتحول مصدر القرار من البلدية إلى السلطة الوصية ممثلة في الوالي، و هو ما يعبر عنه بتصادم لامركزية القرار بمرکزية التنفيذ و الإجراءات، فالرقابة التقنية تمارس عن طريق أسلوب عدم التركيز الإداري و هو ما لا يتناسب و مبادئ اللامركزية الإدارية التي تقوم عليها الإدارة المحلية، ولقد أدى سوء التأطير البشري الذي تعاني منه البلديات إلى توجيه هذه الأخيرة للعمل مع المصالح التقنية، و من هنا تتنازل

1- سي يوسف أحمد، تحولات اللامركزية في الجزائر، مرجع سابق، ص 103 .

2- المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 73-136، مرجع سابق .

3- المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 73 - 136، نفس المرجع .

4- صالحى سهيلة، الاستقلالية المالية للجماعات المحلية في الجزائر، مرجع سابق، ص 46.

5- عزيز محمد الطاهر، آليات تفعيل دور البلدية في التنمية المحلية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص تحولات الدولة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011، ص 83-84.

الجماعات المحلية عن ممارسة بعض اختصاصاتها مقابل مجهود استثماري مركزي تعوض به ضمانات مواردها المالية، و يمكن القول أن هذه الرقابة ما كانت لتتقرر لولا التمويل المركزي¹.

يملك الوالي سلطات حقيقية بمعنى الكلمة ، بالإضافة إلى اختصاصات فعلية ، بينما لا تحظى المجالس المنتخبة بذلك ، و هو ما يستنتج من خلال المصطلحات المستعملة ، حيث أنه كلما تم الإشارة إلى الوالي نجد المشرع يستعمل عبارات مثل : سلطات ، يحل ، يقرر. إلخ. بينما لم تحظى المجالس الشعبية البلدية بذلك².

خاتمة :

يعد الوالي عصب الإدارة المحلية في الجزائر ، حيث جعل منه المشرع الجزائري سلطة محلية في مواجهة المجالس المحلية المنتخبة ، و بالرغم من اعتراف المشرع الجزائري لها باختصاصات عديدة ، إلا أن سلطاتها في ممارستها تبقى محدودة إن لم نقل منعدمة في بعض الأحيان ، فالمشكل المالي الذي تعاني منه هذه الأخيرة ساهم بشكل كبير في تكريس التبعية للسلطة المركزية ، و تقوية المركز القانوني للوالي على المستوى المحلي بما لا يخدم اللامركزية ، فبعد أكثر من 50 سنة لم ينجح المشرع الجزائري في إرساء نظام لامركزي فعلي ، حيث بقيت الهيئات المحلية تابعة للسلطة المركزية إداريا و ماليا ، مما استلزم إخضاعها لنظام رقابي شديد التأثير على استقلاليتها لدرجة يمكن وصفها على أنها مجرد أجهزة تنفيذية للسياسات المركزية .

1 - كراجي مصطفى ، أثر التمويل المركزي في إستقلالية الجماعات المحلية في القانون الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ، الاقتصادية والسياسية، عدد 2، 1996، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، ص 357.

2- KANOUN TALEB / (Nacira) , « La dualité au sein de la waliya : réalité ou fiction ? , Revue R .C.D.S.P , N°2 , 2008 , P 18 .

حماية الأطفال المدكوح عليهم في مرحلة تنفيذ العقوبات في التشريع الجزائري



الأستاذة لعوارم وهيبية : تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية

باحثة دكتوراه قسم الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية الجزائر

محامية معتمدة لدى المحكمة العليا و مجلس الدولة - الجزائر

مقدمة :

الطفل برعم الحياة، فهو مخلوق بشري ضعيف، لا تخلو النفس البشرية السوية من الشعور بحبه والحنان عليه وبالتالي حمايته من كل سوء قد يصبه، هو ريبب مجتمعه تسطر على صفحاته البيضاء قواعد السلوك والآداب، وتحفر في عقله الباطن هذا المجتمع ومشاكله .

و إذا كان موضوع الطفل - منذ تشكله جنينا في بطن أمه- قد حظي بعناية قانونية فائقة من قبل المشرع الدولي و الوطني فقد حظي بنفس العناية من أجل رعايته حتى و كان في نزاع مع القانون، و مهما تشعبت العوامل المؤدية لذلك وتداخلت على مختلف المستويات الاجتماعية بدءا بالأسرة فالمدرسة فالواقع الاجتماعي، فهذه الفئة هي بحاجة الى حماية ورعاية الدولة والمجتمع والمؤسسات الأهلة عندما لا يتمكن الاوصياء المكلفون برعايتها من القيام بمهامهم نحوها.

وتعتبر الجزائر من الدول التي تعاملت مع مختلف إشكالات الطفولة بنوع من الوضوح والايجابية من اجل المساهمة في محاربة ظاهرة جنوح الأحداث، للقضاء على مختلف أنواع الاستغلال الذي يتعرض لها الطفل من جهة ومختلف العوامل المسببة في انحراف وإجرام الأحداث، والحدث الجانح لارتكابه جرم ما، هو الاكثر حاجة للحماية القانونية والرعاية النفسية والاجتماعية كونه يقع في ظروف خارجة عن ارادته بحيث يتطلب من الجميع مساعدته في تجاوز تلك الظروف.

فبعد أن يحاكم وفق إجراءات خاصة ليست تلك المعهودة بالنسبة للبالغين، يقرر قاضي الأحداث له جزاء الغاية منه إصلاحه و إعادة تربيته تظهر هذه السياسة الجنائية الإصلاحية في مرحلة تنفيذ العقوبات من خلال الرعاية البعدية للطفل المحكوم عليه.

ونظرا لأهمية هذا الموضوع نتناوله بالدراسة من خلال الاجابة على الاشكالية التالية :

ما هي السياسة الجنائية الإجرائية التشريعية للرعاية البعدية للأطفال المحكوم عليهم؟

للإجابة على هذه الإشكالية نتناول المسألتين التاليتين :

أولا : دور قاضي الأحداث في الإشراف على تنفيذ الأحكام.

ثانيا : دور قضاء الأحداث في تنفيذ الأحكام الجزائية

أولا : دور قاضي الأحداث في الإشراف على تنفيذ الأحكام.

إذا كان الهدف من محاكمة المجرم البالغ هو تمحيص الأدلة وتقييمها بغرض الفصل في موضوع الدعوى بالبراءة أو بالإدانة فإن الهدف من محاكمة القصر لا يركز أساسا على ذلك لأن الحدث المنحرف أو المعرض لخطر معنوي عادة ما يكون ضحية عوامل شخصية، إقتصادية واجتماعية، عجز عن مقاومتها فدخل في دائرة الخطر وذلك ما جعل المشرعون ينظرون إلى محاكمة الأحداث على أنها هيئة اجتماعية قانونية هدفها الأساسي حماية الأحداث الموجودين في خطر ومحاولة تقويم انحرافاتهم ومصالحاتهم مع المجتمع وفق المبادئ الحديثة للدفاع الاجتماعي وفي إطار احترام حقوق الإنسان للطفل.

فسياسة محاكمة الأحداث تقوم على قواعد ومبادئ تختلف عن تلك التي تقوم عليها محاكمة البالغين سواء فيما يتعلق بكيفية تنظيم قضاء الأحداث أو بكيفية سريان المحاكمة أمام محاكم الأحداث أو نوعية الجزاء المتخذ ضد الحدث أو حتى في كيفية تنفيذ العقوبة.

فهدف الجزاء أو التدبير المتخذ ضد الطفل الحدث ليس إيلاجه وإنما إصلاحه وإعادة تربيته و بذلك تتغير السياسة الجنائية في تنفيذ العقوبات بالنسبة للطفل ، و تنتفي معه فكرة حق المجتمع في توقيع العقاب كونه اعتدى على مصلحة محمية قانونا، و تكون عملية الإصلاح إما بالتهذيب عن طريق التعليم، أو بالتهذيب عن طريق العمل و التكوين المهني و إما بالتهذيب الديني و الأخلاقي.

أخضع المشرع التدابير المقررة للأحداث إلى مجموعة من القواعد العامة تتفق مع طبيعة هذه التدابير كما أن هناك خصائص معينة تمتاز بها وهي أنها غير محددة المدة و لا يجوز التنفيذ بطريق الإكراه البدني، و تنفيذ العقوبات المقيدة للحرية تكون في مؤسسات عقابية خاصة و تخضع للإشراف القضائي من حيث التنفيذ،¹

أخذ المشرع الجزائري بنظام قضاء الحكم في تنفيذ العقوبة و الذي يتولى بموجبه قاضي الأحداث مهمة تنفيذ الحكم الصادر ضد الطفل الحدث.

و يظهر دور القضاء جليا فيما تعلق بمراجعة الأحكام التربوية إذ أظهرت عدم نجاعتها و فائدتها أثناء التنفيذ ، و لا نجد هذه القواعد مقررة للبالغين مما تعد من الضمانات المقررة لحماية الطفل الحدث.

1 علي محمد جعفر، حماية الأحداث المخالفين للقانون و المعرضين لخطر الانحراف، مجلد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، 2004، ص 371.

أضف إلى ذلك فإن الأمر 03/72 المؤرخ في 10 فيفيري 1972¹ والمتعلق بحماية الطفولة و المراهقة حول لقاض الأحداث مراجعة التدابير بالنسبة للطفل المعرض للخطر المعنوي،

ويتجلى دور قاضي الأحداث في الرقابة و الإشراف على تنفيذ الأحكام الجزائية في عدة نقاط نوجزها فيما يلي :

1-مراجعة التدابير المتخذة لصالح الطفل الجانح :

بالرجوع لقانون الإجراءات الجزائية نجد أن المشرع قد منح قاضي التحقيق سلطة اتخاذ الإجراءات والأوامر التي يراها مناسبة للوصول إلى الحقيقة وهو ما نصت عليه المادتان 68 و 453 من ق إ ج وبعد انتهائه من الاستجواب يكون لقاضي التحقيق أمامه طريقتين يختار واحد منهما ، التدابير أو الحبس المؤقت ، وأضافت المادة 456 من ق إ ج أنه لا يمكن للقاضي أن يأمر بالحبس دون المرور على التدابير، فإذا مر مباشرة إلى الحبس يجب أن يسبب اختياره لذلك.

يقصد بالتدابير القانونية طرق الحماية والإصلاح التي تنظمها تشريعات الأحداث في كل دولة، ويقوم قاضي الأحداث باختيار ما يراه مناسباً منها وحالة الحدث الجانح المعروض أمامه².

فالتدابير الإصلاحية هي مجموعة من الإجراءات القانونية ، تواجه خطورة إجرامية كامنة في شخصية مرتكب الجريمة، تهدف إلى حماية المجتمع ، عن طريق منع المجرم من العود إلى ارتكاب جريمة جديدة³.

ولم تعد المؤسسات الخاصة بالأحداث مؤسسات عقابية بل أصبحت مدارس ومعاهد للتدريب و التكوين. هذا و من المفروض أن تكون مستويات تأهيل الأحداث تبعا لعدة مراحل :

*- المستوى العلاجي : فيخضع الطفل للعلاج العضوي و النفسي فقد يكون المرض العضوي أو النفسي أحد عوامل انحرافه و يكون علاجه و شفائه من مثل هذه الأمراض سببا في تحسين سلوكه .

*- المستوى المهني : إذا كانت الرغبة و عدم القدرة على مواصلة الدراسة فيجب أن يتعلم الحدث مهنة أو حرفة ، و في كل الأحوال يشعر الطفل بأنه عضو نافع في المجتمع .

*- المستوى التربوي : و التهذيبي و ذلك بمساعدة الطفل الحدث على احترام مختلف الأنظمة⁴.

1 الأمر رقم 03/72 المؤرخ في 25 ذي الحجة عام 1391 هجري الموافق لـ 10 فيفيري 1972 ، المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة، جر عدد 15 الصادرة بتاريخ 10 فيفيري 1972.

2 محمد عبد القادر قواسمية ، جنوح الأحداث في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر ، 1992، ص 167.

3 علي عبد القادر القهوجي، فتوح عبد الله الشاذلي ، علم الإجرام والعقاب ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1998، ص 408.

4 علي عبد القادر القهوجي ،، فتوح عبد الله الشاذلي - علم الإجرام و العقاب - كيفية تنفيذ الجزاء الجنائي على الأحداث - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية، ص 184 -

بالرجوع إلى الأمر 64/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن إحداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة¹ نجد أن المشرع قد عدد هذه المصالح والمراكز في المادة الثانية منه كما يلي :

المراكز المتخصصة لإعادة التربية ، المراكز المتخصصة للحماية، مصالح الحماية والتربية في الوسط المفتوح ، مراكز المتعددة الخدمات لوقاية الشبيبة، وتعد هذه المراكز المتخصصة من المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ، مع العلم أن المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 12-165 المؤرخ في 05 أبريل سنة 2012 والمتضمن تعديل القانون الأساسي النموذجي للمؤسسات المتخصصة في حماية الطفولة والمراهقة²، مصالح الحماية و التربية في الوسط المفتوح و أبقى على المراكز الثلاث.

ومن خلال نص المادة 04 من الأمر 64/75 المتضمن إحداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة فلا يحق لغير قاضي الأحداث والجهات القضائية الخاصة بالأحداث في وضع الحدث في تلك المراكز بالترتيب النهائي أو المؤقت إلا في حالة الاستعجال التي يجوز فيها للوالي أو لممثله أن يأمر بوضع الحدث فيها لمدة لا تتجاوز 08 أيام، فيتعين على مدير المؤسسة عندئذ رفع الأمر فوراً إلى قاضي الأحداث للبت فيه³.

كما يحق لقاضي الأحداث كذلك مراجعة التدابير المتخذة لصالح الطفل الجانح من قبل قضاء في عدة جوانب تتمثل في :

أ- إختصاص قاضي الأحداث في تغيير و مراجعة تدابير الحماية :

يختص قاضي الأحداث وحده في مراجعة و تنفيذ الأحكام و القرارات التي صدرت في مواد الجنائيات والجنح وفقاً للمادة 444 من ق إ ج بغض النظر عن سببها و الجهات التي أصدرت الحكم فيها إذ يمكن له أن يقرر تعديل التدبير من تدابير الوضع في إحدى المؤسسات التي نصت عليها المادة 444 من ق إ ج إلى تدبير التسليم إلى العائلة سواء للوالدين أو الوصي أو شخص جدير بالثقة طبقاً للمادة 1/482 من ق إ ج التي تنص على أنه : " أياً ما تكون الجهة القضائية التي أمرت باتخاذ التدابير المنصوص عليها في المادة 444 فإن هذه التدابير يجوز لقاضي الأحداث تعديلها أو مراجعتها في كل وقت إما على طلب النيابة العامة أو على تقرير المندوب المعين في الإفراج تحت المراقبة وإما من تلقاء نفسه ." ، و ذلك لما في الأسرة من أهمية في تربية الطفل، بل المشرع الجزائري قد ذهب إلى أبعد من ذلك في نص المادة 3/481 ق إ ج بحيث إذا اكتشف وقوع حادث نتيجة إغفال الوالدين أو الوصي لرقابة الحدث فيقوم قاضي الأحداث بالحكم عليهم بغرامة من 10 إلى 500 دج⁴.

1الأمر 64/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن إحداث المؤسسات والمصالح المكلفة بحماية الطفولة والمراهقة، ج ر عدد 77 الصادرة بتاريخ 26 سبتمبر 1975.

2مرسوم تنفيذي رقم 12-165 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1433 الموافق لـ 5 أبريل سنة 2012 يتضمن تعديل القانون الأساسي النموذجي للمؤسسات المتخصصة في حماية الطفولة والمراهقة، ج ر عدد 21 الصادرة بتاريخ 11 أبريل 2012.

3 زقاي علي، من أجل حماية الأحداث و إعادة تربيتهم، المدرسة الوطنية للإدارة، 1985 ، ص 46.

4 زقاي علي ، المرجع السابق، ص 43.

ب- اختصاص محكمة الأحداث في تغيير و تعديل تدابير الحماية :

ويكون ذلك في حالة ما إذا رأى قاضي الأحداث أن تدبير تسليم الطفل إلى والديه أو الوصي أو الشخص الذي يتولى حضنته لم يكن في صالحه ، و أن العائلة لم تكن الوسط الذي يسمح للطفل بإعادة إدماجه و أن الأبوان لم يلعبا الدور في رقابته من الانحراف ولن يتأتى لقاضي الأحداث معرفة أسباب ذلك إلا بالعودة إلى التحقيق الإجتماعي الذي يقوم به المندوبين و لذلك فإن قرار وضعه في إحدى المؤسسات المذكورة في المادة 444 من ق إ ج لا يكون إلا بعد إحالة الملف على محكمة الأحداث طبقا للمادة 2/482 من ق إ ج التي تؤكد انه " غير أنه يتعين على هذا القاضي أن يرفع الأمر إلى قسم الأحداث إذا كان ثمة محل لإتخاذ تدبير من تدابير الإيداع المنصوص عليه في المادة 444 في شأن الحدث الذي ترك أو سلم لحراسة والديه أو وصيه أو شخص جدير بالثقة " .

ج- الجهات التي لها الحق في مطالبة مراجعة التدابير :

يجوز لوكيل الجمهورية أو المندوبين المتطوعين أو قاضي الأحداث من تلقاء نفسه مراجعة تدابير الحماية المنصوص عليها في المادة 444 من ق إ ج دون أن يكونوا مقيدين بزمن معين ، و يلعب المندوبين المتطوعين أو الدائمين دور إيجابي كون أنهم يحتكون بالطفل الحدث مباشرة تنص المادة 483 من ق إ ج على أنه : " إذا مضى على تنفيذ حكم صادر بإيداع الحدث خارج أسرته سنة على الأقل جاز لوالديه أو لوصيه تقديم طلب تسليمه أو إرجاعه إلى حضانتهم بعد إثبات أهليتهم لتربية الطفل و كذا تحسين سلوكه تحسينا كافيا، ويمكن الحدث نفسه أن يطلب رده إلى رعاية والده أو وصيه بإثبات تحسين سلوكه، و في حالة الرفض لا يجوز تجديده إلا بعد انقضاء ثلاثة أشهر." يقدم الطلب إلى قاضي الأحداث المختص هذا بعد أن يثبتوا أنهم جديرين بتربية الطفل و تحسين سلوكه وكذا في حالة ما إذا ظهرت مسألة عارضة طرأت أثناء تنفيذ الإجراء المتخذ من طرف قاضي الأحداث سواء في مصلحة الطفل أو بقاءه تبعا للتدبير السابق لا يوفر له الحماية اللازمة ، كظهور أولياء الطفل الحدث و استعدادهم لتكفل الطفل بعد أن أمر قاضي الأحداث بوضعه في إحدى مراكز الحماية¹.

2- مراجعة التدابير المتخذة لصالح الطفل المعرض لخطر المعنوي :

طالما أن الحدث لم يرتكب أي فعل يعاقب عليه القانون و إنما يوجد في إحدى حالات التعرض للانحراف فلا يتخذ في حقه سوى التدابير التهديبية و التدابير التربوية، أما إذا كان الحدث مصاب بمرض عقلي أو نفسي فإنه يعالج في إحدى المستشفيات المتخصصة².

أجازت المادة 13 من الأمر 03/72 المتعلق بحماية الطفولة و المراهقة السابق الذكر لقاضي الأحداث أن ينظر في ملف الطفل المعرض للخطر أن يعدل حكمه أو قراره، و عليه فإن قرار قاضي الأحداث لا يأخذ الصبغة النهائية و لا يجوز قوة الشيء المقضي فيه .

وتتم المراجعة بدور من قاضي الأحداث أو من الطفل أو ولي أمره و يجب على قاضي الأحداث أن يفصل في الملف في مدة أقصاها 3 أشهر.

1صخري مباركة - محاضرات في مادة الأحداث - ألفت على الطلبة القضاة الدفعة 12 السنة الثانية عشر 2002- 2003 بالمعهد الوطني للقضاء.

2 علي محمد جعفرور، المرجع السابق، ص 224.

ولا يجوز للطفل القاصر أو والديه أن يجددوا الطلب إلا بعد سنة ، كما يجوز مراجعة التدابير في الحالات التالية :
- عدم قدرة المركز على استقبال عدد جديد من الأطفال .

- إذا كان الطفل ذا قصور بدني أو عقلي و كان من اللازم وضعه في مؤسسة استشفائية.

- جنس الطفل لا يسمح له بالبقاء في المؤسسة .

- إذا تجاوز الطفل سن الرشد المدني.

3- قواعد الاختصاص الخاصة بمراجعة التدابير :

هنالك مجموعة من القواعد يجب مراعاتها أثناء مراجعة التدابير و تتمثل في :

*- سن الطفل : يجب على قاضي الأحداث أن يأخذ بعين الاعتبار سن الطفل الحدث في مراجعة التدابير و في كل الأحوال لا يجوز أن يتجاوز سن الرشد المدني و هو ما قرره المادة 484 من ق إ ج التي تنص " أن العبرة في تطبيق التدابير الجديدة في حالة تغير ومراجعة التدابير بالسن الذي يبلغه الحدث يوم صدور القرار " .
*- الاختصاص الإقليمي : يختص إقليميا في تدابير المراجعة و في الدعاوى العارضة في مادة الإفراج تحت المراقبة و الإيداع و الحضانة.

1- قاضي الأحداث أو قسم الأحداث الذي سبق أن فصلا أصلا في النزاع.

2- قاضي الأحداث أو محكمة الأحداث التي يقع فيها موطن والدي الحدث أو موطن الشخص صاحب العمل أو المؤسسة أو المنظمة التي سلم إليها الحدث بأمر من القضاء

3- قاضي الأحداث أو محكمة الأحداث المكان الذي يوجد به فعلا الحدث مودعا أو محبوسا.
و في حالة ما إذا كان الوصف الجزائي للجريمة التي ارتكبها الطفل الحدث تأخذ وصف الجنائية و أن محكمة الأحداث بمقر المجلس القضائي اتخذت إحدى التدابير المنصوص عليها في المادة 455 من ق إ ج فإن هي وحدها لها الاختصاص.
و لحماية الطفل الحدث سمحت المادة 485 من ق إ ج إن اقتضت الضرورة تعديل التدبير المتخذ حتى و لو تعلق الأمر بوضع الطفل في إحدى المراكز المحددة في المادة 444 من ق إ ج بعد أن تم تسليمه لوالديه فيكون ذلك بصفة مؤقتة على أن يتم تحويل الملف إلى قاضي الأحداث المختص.

ثانيا : دور قضاء الأحداث في تنفيذ الأحكام الجزائية :

أشار القانون 04-05 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين أن الأحكام الجزائية الصادرة عن قسم الأحداث و كذا توقيف الأحداث احتياطيا يتم في مؤسسات خاصة تسمى المراكز المتخصصة لإعادة التربية بالنسبة للأحداث الجالحين الذين أصبحت الأحكام الصادرة ضدهم نهائية.

أما حبس الأحداث احتياطيا فإنه يتم داخل مؤسسات الوقاية و هي أقسام خاصة بالأحداث و تسمى بجناح الأحداث.
هذا و لحماية الطفل الحدث المحبوس بصفة مؤقتة أوجب المشرع على قاضي الأحداث أن يراقب أجنحة الأحداث و المراكز المتخصصة في إعادة تأهيل الأحداث .

1- رقابة قاضي الأحداث على الأجنحة الخاصة بالأحداث :

خول قانون 05-04 المتعلق بتنظيم السجون لقاضي الأحداث بصفة دورية مراقبة هذه المؤسسات في حدود اختصاص كل محكمة¹.

بل يمتد الأمر إلى قاضي الأحداث إلى إجراء زيارة للمؤسسة في كل شهر ، إذ نصت المادة 33 من قانون تنظيم السجون و إعادة إدماج المحبوسين على أن لكل من وكيل الجمهورية و قاضي التحقيق و قاضي الأحداث على مستوى المحاكم إجراء زيارة للمؤسسة في كل شهر على الأقل .

و يعد قاضي الأحداث على مستوى المحاكم ، أثناء تقريره السنوي عدد الزيارات التي قام بها ، و في حالة وجود مخالفة القواعد الخاصة بالأحداث فعلى قاضي الأحداث أن يقوم بتعديلها و إرسال التقرير إلى النائب العام² ليتخذ ما يراه مناسباً و هذا كله من أجل حماية الطفل الحدث .

وقد أشار القانون 05-04 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين على بعض الضمانات المقررة للطفل الحدث و التي لا نجد لها تطبيق بالنسبة للبالغين، ومن بينها :
أ- لا يطبق نظام العزلة على الطفل الحدث إلا لسبب صحيح³، بحيث لا يعزل الحدث عن بقية زملائه داخل المركز، بل يوجدون في مجموعات، ويفضل ألا تكون هذه المجموعات كبيرة العدد فلا تزيد مثلاً عن عشرة أفراد ، يتم توزيع هذه المجموعات على مراكز التأهيل المختلفة سواء كانت مراكز دراسية أو مراكز مهنية أو مراكز علاجية ، ويجب فصل الأحداث الذكور عن الإناث، كما يفضل أن تكون المجموعة متقاربة في السن، وأن يسمح للحدث بتنظيم وقت فراغه و توزيعه بين الأنشطة المختلفة التي يرغب ممارستها على ميوله⁴.

ب- يستفيد الحدث في كل يوم بأربع ساعات على الأقل من الفراغ يقضونها في الهواء الطلق، و يمكن إخراجهم لقضاء جولة تحت رقابة المربين ، و أن يشاركوا في مجموعات صوتية و مقابلات رياضية .

ج- يمكن لمدير المركز أخذ رأي لجنة إعادة التربية و منح الطفل الحدث إجازة 30 يوماً أثناء فصل الصيف يقضونها مع عائلتهم أو بإحدى المخيمات الصيفية أو مراكز الترفيه مع إخطار لجنة إعادة التربية و إذا كان الطفل الحدث ذا سيرة حسنة يجوز منحه عطلة استثنائية بمناسبة الأعياد الوطنية والدينية لقضائها مع عائلته، غير أنه لا يمكن في جميع الأحوال، أن يتجاوز مجموع مدد العطل الاستثنائية عشرة أيام في كل ثلاثة أشهر⁵.

1 لا يكفي زيارة الأجنحة بل تمتد عملية الرقابة إلى الوجبات الغذائية المخصصة للأطفال الأحداث و مدى مطابقتها للشروط الصحية، و كذا الحمامات و دورات المياه.

2 تنص المادة 33 في فقرتها الثانية على أنه " يتعين على رئيس المجلس القضائي والنائب العام إعداد تقرير دوري مشترك كل ستة أشهر يتضمن تقييمًا شاملاً لسير المؤسسات العقابية التابعة لدائرة اختصاصهما يوجه إلى وزير العدل حافظ الأختام " .

3 راجع المادة 117 من 04/05 المؤرخ في 06 فبراير 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين ، جر عدد 12 الصادرة بتاريخ 13 فيفري 2005.

4 علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 462.

5 راجع المادة 125 من قانون 05-04 المتعلق بتنظيم السجون .

د- كما لا يكلف الطفل الحدث بعمل شاق ولا يجوز تكليفه للقيام بعمل ليلي، غير أن على الحدث احترام النظام الداخلي للمركز وإلا تعرض عقوبات تأديبية .

ه- لهم الحق في وجبة غذائية متوازنة وكافية لنموهم الجسدي والعقلي، لباس، رعاية صحية وفحوص طبية مستمرة، فسحة في الهواء الطلق يوميا، محادثة زائريهم مباشرة دون حاجز، استعمال وسائل الاتصال عن بعد وتحت رقابة الإدارة¹.

و- يمكن أن يسند إلى الحدث المحبوس عمل ملائم بغرض رفع مستواه الدراسي أو المهني ما لم يتعارض ذلك مع مصلحته².

وتشير المادة 122 من قانون 05-04 المتعلق بتنظيم السجون إلى إحداث على مستوى كل مركز لإعادة التربية و إدماج وفي كل جناح للأحداث بالمؤسسات العقابية لجنة للتأديب يرأسها مدير مركز إعادة التربية و إدماج الأحداث أو مدير المؤسسة العقابية حسب الحالة وتشكل من عضوية: رئيس مصلحة الاحتباس، مختص في علم النفس، مساعدة اجتماعية ومرب.

ويسهر هؤلاء على تربية الطفل الحدث أخلاقيا، وإحياء شعورهم بالمسؤولية³، كما يتم متابعته صحيا و ينشئ له ملف خاص بمتابعته داخل المؤسسة .

نخلص الى القول، أن قانون 05-04 المتعلق بتنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين أولى أهمية من حيث انه خصص باب كامل وهو الباب الخامس تحت عنوان إعادة تربية الحدث وإدماج الأحداث و من بينها السماح للحدث في تلقي الزيارات عن قرب و كذلك استفادته من التكوين المهني و التعليم و أحقيته في الحصول على شهادة تسمح له بالاندماج دون أن يؤثر عليها أنها صادرة عن مؤسسة عقابية.

2- إشراف قاضي الأحداث على لجنة إعادة التربية :

تعتبر اللجنة الهيئة المساعدة لقاضي الأحداث في الإشراف على تنفيذ الأحكام الجزائية و تتولى اللجنة المكونة من قاضي الأحداث رئيسا، مدير مركز إعادة التربية و إدماج الأحداث، أو مدير المؤسسة، طبيب، مختص في علم النفس، مرب، ممثل الوالي و رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله كما يمكن لهذه اللجنة أن تستعين بأي شخص من شأنه أن يفيدها في أداء مهامها⁴.

1 راجع المادة 119 من قانون 05-04 المتعلق بتنظيم السجون.

2 راجع المادة 120 من قانون 05-04 المتعلق بتنظيم السجون .

3 راجع المادة 124 من قانون 05-04 المتعلق بتنظيم السجون .

4 راجع المادة 126 من قانون 05-04 المتعلق بتنظيم السجون .

وتختص لجنة إعادة التربية على الخصوص بإعداد برامج التعليم وفقا للبرامج الوطنية المعتمدة، إعداد البرامج السنوية لحو الأمية والتكوين المهني، دراسة واقتراح كل التدابير الرامية إلى تكييف وتفريد العقوبة المنصوص عليها في هذا القانون، تقييم تنفيذ تطبيق برامج إعادة التربية وإعادة الإدماج الاجتماعي¹.

ثالثا : حماية و رعاية الطفل داخل المؤسسات التي يتم فيها تنفيذ تدابير الحماية :

يتم تنفيذ الأحكام والقرارات المتعلقة بتدابير الحماية و التربية الخاصة بالأطفال سواء الأحداث الجانحين الذين ارتكبوا إحدى الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات أو كانوا ضحايا أو كانوا موضوع تدبير من التدابير القانونية .

ويتم تنفيذ جميع التدابير في مؤسسات إعادة التربية و الحماية ، و ينظم هذه المؤسسات المرسوم التنفيذي رقم 12-165 المؤرخ في 05 أفريل سنة 2012 والمتضمن تعديل القانون الأساسي النموذجي للمؤسسات المتخصصة في حماية الطفولة والمراهقة السابق الإشارة إليه ، وتتمثل هذه المؤسسات طبقا لهذا المرسوم في المراكز المتخصصة² في إعادة التربية المراكز المتخصصة في الحماية³ و المراكز المتعددة الخدمات لوقاية الشبيبة⁴.

إن هذه المؤسسات أنشأت بموجب الأمر رقم 64/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن إحداث المؤسسات و المصالح المكلفة بحماية الطفولة و المراهقة فهي مؤسسات داخلية مخصصة لإيواء الأحداث، و مهمة هذه المؤسسات هي ضمان التربية و إعادة التربية و الحماية وإعادة الإدماج للأحداث الموضوع من قبل الجهات القضائية للأحداث و السهر على صحتهم وأمنهم ورفاهيتهم و تنميتهم المنسجمة.

و تكلف بهذه الصفة على الخصوص ما يأتي :

- ضمان تربية الأحداث وإعادة تربيتهم، و حمايتهم، - القيام بدراسة شخصية الحدث و قدراته و استعداداته بالملاحظة المباشرة لسلوكه و مختلف الاختبارات و التحقيقات الاجتماعية، - تنفيذ تقنيات ملائمة للتكفل بالأحداث، - ضمان المتابعة النفسية و الطبية للحدث، - ضمان تربية مدنية و أخلاقية بهدف تعزيز احترام القيم لدى الحدث، - مراقبة سلوك الحدث و تقيمه،

- ضمان تغذية صحية و متوازنة، - السهر على المرافقة العائلية طوال عملية التكفل بالأحداث قصد الحفاظ على الروابط مع أسرهم، - ضمان التمدرس و التكوين المهني للأحداث بالاتصال مع القطاعات المعنية، - السهر على إعادة التكيف و إعادة الإدماج العائلي و الاجتماعي و المدرسي و المهني للأحداث، - مرافقة الأحداث في إعداد مشاريعهم الاجتماعية و المهنية حسب احتياجاتهم، - ضمان النشاطات الثقافية و الترفيهية و الرياضية.

1 راجع المادة 127 من قانون 04-05 المتضمن تنظيم السجون .

2 تنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي : " تكلف المراكز المتخصصة إعادة التربية في استقبال الأحداث الجانحين قصد إعادة تربيتهم " .

3 تنص المادة 08 من المرسوم التنفيذي : " تكلف المراكز المتخصصة للحماية في استقبال الأحداث في خطر معنوي قصد حمايتهم وإعادة تربيتهم " .

4 تنص المادة 09 من المرسوم التنفيذي : " تكلف المراكز المتخصصة في خدمة الشبيبة في استقبال الأحداث الجانحين / في خطر معنوي في مؤسسة واحدة قصد تربيتهم و حمايتهم وإعادة تربيتهم " .

فهدف تلك المؤسسات تأمين حماية الطفل و المراهق المشكوك فيهم من جراء أوضاعهم معيشتهم و سلوكهم خطر الاندماج الاجتماعي.

أولاً- دور مصلحة الملاحظة و التربية في الوسط المفتوح في الرعاية :

تتكون مصلحة الملاحظة و التربية على المستوى المحلي من اداريين مرابين مندوبين نفسانيين طبيب و مساعد اجتماعي و الكل بهدف الى مراقبة صحة الاحداث تربيتهم تشغيلهم واستعمال اوقات الترفيه أن من تدابير حماية الطفل الجانح هو وضعه تحت نظام الحرية المراقبة و ذلك لفترات محددة و يبقى في هذه الحالة تحت رقابة المندوبين الدائمين أو المتطوعين ، و تقدم مصلحة الملاحظة و التربية تقارير دورية إلى قاضي الأحداث عن حالة الطفل في كل ثلاثة أشهر إذ تسمح هذه القاعدة من مراقبة الطفل - صحيا ، تربويا ، أخلاقياً - مع العلم أنه يتم إطلاع أولياء الطفل الحدث أو وصيه أو الشخص الذي يسلم له الطفل بمؤدى نظام الإفراج و الالتزامات المترتبة عنه ، و في حالة الإخلال بالالتزامات يجوز الحكم على الأب أو الأم أو الشخص الحاضن أو الوصي غرامة مدنية تتراوح ما بين 100 إلى 500 دج.

و نصت المادة 8 من القرار السالف الذكر على أنه : " تحتوي الملاحظة على المراحل التالية : الحادثة مع الحدث عند وصوله في بداية موضعه، الملاحظة الدائمة لسلوك الشاب من خلال كل نشاطات المؤسسة "

ثانيا - دور المراكز المتخصصة للحماية في الرعاية :

يتم فيها وضع الأطفال المعرضين للخطر المعنوي ، يخضعون فيه إلى نظام داخلي يلتزم به الأطفال بعدم الخروج بدون رخصة ، كما يتلقون تكويناً أخلاقياً ، و تربوياً و رياضياً و مهنياً.²

و تتكون هذه المراكز المخصصة لحماية الطفل من :

1- مصلحة الملاحظة : تقوم هذه المصلحة بدراسة شخصية الحدث ، إمكانياته ، أهليته بواسطة الملاحظة المباشرة لسلوكه و هدا عن طريق الفحوص و التحقيقات المختلفة و لا يمكن أن تقل الإقامة في هذه المصلحة عن 3 أشهر و أن لا تزيد عن 6 أشهر و يوجه تقرير إلى قاضي الأحداث المختص.³

2- مصلحة التربية : تقوم بتربية الطفل تربية أخلاقية وفق لبرنامج تربوي و مهني محدد مسبقاً و تعتمد عللاً الاساليب التربوية الحديثة في التعليم و التهذيب عن طريق اخصائيين تعتمد على اساس وضع الاحداث في مجموعات تتفق مع سنهم و ميولهم.

1 راجع المادة 19 من الامر 64-75 المؤرخ في 26 /09/1975، المتضمن إحداث المؤسسات و المصالح المكلفة بحماية الطفولة و المراهقة، مرجع سابق.

2 راجع المادة 13 من الأمر 64-75 المؤرخ في 26 /09/1975، و المتضمن إحداث المؤسسات و المصالح المكلفة بحماية الطفولة و المراهقة، مرجع سابق

3 راجع المادة 5 من القرار الوزاري المؤرخ في 23 مارس 1991- المتضمن النظام الداخلي النموذجي للمراكز المتخصصة للحماية و المراكز المتخصصة لإعادة التربية.

3- مصلحة العلاج البعدي : تبحث هذه المصلحة عن جميع الحلول التي تسمح بالاندماج الاجتماعي للأحداث القادمين من مصلحة التربية أو من المراكز المتخصصة للتربية، ويث قاضي الأحداث المختص بنقل الحدث بناء على اقتراح مدير المؤسسة المعنية¹.

ثالثا- دور المراكز المتخصصة في إعادة التربية في الرعاية :

هي مؤسسات داخلية خاصة بالأطفال الجانحين الذين ارتكبوا جرائم و الذين كانوا موضوع أمر بالوضع النهائي و المؤقت طبقا للمادة 444 من ق إ ج .

و تتكون هذه المراكز من المصالح التالية :

1- مصلحة الملاحظة : تتولى دراسة شخصية الطفل الحدث و تقديم تقرير مفصل عن حالته و التدابير الملائم له و تتم مراجعة تدبير الوضع في هذه المؤسسة تبعا لما تم توضيحه في العنصر الخاص بالمراجعة.

2- مصلحة إعادة التربية : و هي التي تقوم بمهمة إعادة تربية الحدث ضمن برنامج معد من قبل اللجنة التربوية التابعة للمركز.

3- مصلحة العلاج البعدي : مهمتها البحث عن أساليب إعادة إدماج الطفل و تهيئته ، كما يمكن أن تبحث له عن عمل خارجي الذي سيتولاه بعد مدة إيداعه².

رابعا- رقابة قاضي الأحداث للبرنامج التربوي :

إلى جانب ما يتمتع به قاضي الأحداث من سلطات على الرقابة المتعلقة بالمصالح المكلفة بمراقبة الحدث داخل مؤسسات التربية و الحماية أو متعددة الخدمات لوقاية الشبيبة ، فلقاضي الأحداث سلطة رقابة البرنامج المطبق على الأطفال الموجودين بهذه المراكز و ذلك بمساعدة اللجنة التربوية التي تعمل على مراقبة تطبيق البرنامج التربوي ، كما لها صلاحية اقتراح تعديل التدابير المتخذة لصالح الطفل و تشكل اللجنة طبقا للمادة 17 من الأمر الخاص بحماية الطفولة و المراهقة من : قاضي الأحداث الذي تكون المراكز داخل اختصاص المحكمة من الناحية الإقليمية - رئيسا ، مدير المؤسسة و ثلاث مربين ، و مندوب الإفراج المراقب و طبيب اختصاصي تابع للمؤسسة إن وجد و مقر اللجنة هو المركز ، و تجتمع اللجنة كل 3 أشهر .

الخاتمة :

إن دور القاضي لا ينته بتقرير العقوبة أو التدابير و إنما يتعداه إلى السهر على تنفيذ الأحكام الصادرة منه و الإشراف على ذلك كما له صلاحية تغيير و مراجعة التدابير المتخذة في حق الحدث إن رأى ذلك ضروريا حسب تطور ظروف و شخصية الحدث، ولكن هناك صعوبات جمة في الواقع العملي يواجهها قضاء الأحداث الذي من واجبه أن يكون على اتصال دائم بالمراكز المتخصصة و غيرها هذه الأخيرة التي تعاني من نقص فادح في التأطير و الإمكانيات المادية ، وفي الأخير نقول أن المسؤولية هي مسؤولية الجميع في حماية هذه الطاقة الحية من الأمة.

1 زقاي علي، المرجع السابق، ص 62.

2صخري مباركة - المراكز المختصة للأحداث بالمرجع السابق.

المسح العقاري والاليان الموازية للنطهير العقاري



جميلة فسيح : ماجستير في القانون تخصص قانون المنازعات

جامعة جيلالي اليابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية بسيدي بلعباس

email : djamila.sba22@gmail.com

المقدمة :

إن عملية التطهير العقاري هو الشغل الشاغل للإدارة الجزائرية التي ترمي من وراء ذلك إلى إيجاد آليات قانونية تثبت الملكية بسند رسمي له حجية لا يمكن ضحدها ، وحتى يتسنى لها مراقبة الملكية العقارية وجميع التغييرات التي تطرأ عليها.

وتزداد أهمية هذه العملية خاصة أمام التحول نحو اقتصاد السوق وتنشيط الاستثمار الوطني والأجنبي وتخريب المعاملات ، حيث يتطلب ذلك - وأمام خيار الاستثمار - وجود لزوما عقارات لها سندات وضرورة تحديد للأوعية العقارية وتسليم سندات للملكية العقارية ، فبدون هذه السندات لا وجود لاستثمارات ولا مستثمرين وطنيين كانوا أم أجانب ، لذا نجد صندوق النقد الدولي F.M.I في تقريره الخاص بالجزائر لسنة 1998 أوصى بضرورة التعجيل في حسم المسألة عن طريق الإسراع في عملية المسح العقاري⁽¹⁾ ووضع السجل العام للأراضي ومجموعة البطاقات العقارية المكونة له، وإعداد وتسليم دفاتر عقارية للمالكين ومخططات مسح منتظمة تبين وتعكس الجانب القانوني والمادي لهذه الوحدات العقارية.

فقد سعى المشرع جاهدا من خلال التدابير التي جاء بها الأمر 75-74 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري والمرسومين التنفيذيين له في التحكم في القطاع العقاري ، لكن وفق آليات مادية وبشرية محدودة، مما أثر على عملية المسح وتقدمها وأدى إلى نتائج محتشمة في الميدان، فبات من الضروري البحث عن آليات أخرى للتطهير العقاري أكثر سرعة للمرحلة المقبلة وتتم بالتوازي مع هذه العملية.

(1)-حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، الطبعة الثامنة، دار هومة، 2012، ص11.

ومن هنا نتساءل إلى أي مدى تساهم هذه الآليات الموازية لعملية المسح في إنجاح عملية التطهير العقاري؟

فإجابة على هذه الإشكالية لا بد من التطرق إلى التعريف بعملية المسح العقاري كآلية للتطهير العقاري وذلك في المبحث الأول، أما المبحث الثاني نتطرق فيه إلى بدائل المسح والآليات الموازية في إنجاح عملية التطهير وذلك في المناطق غير المسوحة.

المبحث الأول : المسح العقاري كآلية للتطهير العقاري :

وردت كلمة تطهير في القانون 90-25 في المادة 47 منه المتضمن التوجيه العقاري⁽¹⁾، وهو لفظ قانوني أصيل، ويقصد به التسوية بتحديد هوية العقارات وإعطائه الشكل الرسمي واكتسابه حجية وفاعلية قانونية وكذا تسوية العقار من كل ما يعيقه ويشوبه ويعيبه⁽²⁾، وبالتالي تحقيق الاستقرار القانوني والعقاري .

حيث أن الجرد العام للأموال الوطنية والمسح العام للأراضي من شأنه أن يحقق التطهير العقاري الشامل⁽³⁾ فهو أساس التنمية الاقتصادية والاجتماعية المستدامة للمرحلة المستقبلية، فإذا كان الجرد العام يسمح للدولة وهيئاتها العمومية بإحصاء دقيق لأموالها فإن المسح العام للأراضي يساهم في ضبط الأملاك العقارية الخاصة وتسليم دفاتر عقارية للمالكين، مما يساهم في استقراره واستغلاله الاستغلال الكامل، فمن شأن ذلك توفير للمالك حماية قانونية وقضائية.

وحيث أنه لا وجود لسوق عقارية ولا للتداول على الملكية العقارية بدون وضوح مسألة السندات العقارية المثبتة للملكية العقارية⁽⁴⁾.

ولهذا لا بد من معرفة هذه العملية والمراحل والإجراءات التي يمر بها.

المطلب الأول : مفهوم المسح العقاري والجهة المكلفة بذلك :

الفرع الأول : مفهوم المسح العقاري :

تعتبر عملية المسح العقاري أحسن وسيلة لوصف وتحديد الأملاك العقارية لما تتضمنه من معلومات خاصة بالعقار تهدف لاستقرار المعاملات العقارية.

(1)- القانون 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المعدل والمتمم بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25-12-1995 المتضمن التوجيه العقاري، ج ر، ع، 1990.

(2)- محمودي عبد العزيز، المرحوم حاج علي السعيد، إجراءات تفعيل الحيابة القانونية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، الطبعة الأولى، منشورات بغدادية، 2011-2012، ص 09.

(3)- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 151.

(4)- تقرير مشار إليه في كتاب: حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 151.

نجد أن المشرع الجزائري عرف المسح في المادة 02 من الأمر 74-75 على أنه يحدد ويعرف النطاق الطبيعي للعقارات ويكون أساسا ماديا للسجل العقاري⁽¹⁾.

أما الفقه فقد عرف عملية المسح بأنها عملية فنية قانونية تهدف إلى تعيين جميع البيانات تتطلبها المعرفة الكاملة والواضحة لهوية العقار والمتعلقة بموقعه ، حدوده ، وقوامه ونوعه واسم مالكة وكذا أسباب تملكه والحقوق العينية المترتبة له أو عليه ، مما يؤدي إلى تثبيت الملكية والحقوق العينية على نحو ثابت ونهائي .

وعرفها البعض الآخر بأنه عبارة عن إنجاز أشغال ميدانية وتقنية الغرض منها التشخيص لجميع الممتلكات العقارية ، ثم تأسيس وثائق مساحية تتضمن على مستوى كل بلدية الرسم التخطيطي والجرد العقاري ، وبالتالي تشكيل القاعدة المادية للسجل العقاري التي تعرف وتشخص بصفة دقيقة تلك الممتلكات وتسمح بإقامة مخططات على نطاق واسع.⁽²⁾

ويستمد المسح العقاري وجوده القانوني من الأمر 71-73 المتضمن الثورة الزراعية³ لاسيما المادة 25 منه والتي تنص: (عند الانتهاء من العمليات المشروع فيها برسم الثورة الزراعية في بلدية ما يباشر في وضع الوثائق المساحية لهذه البلدية بالاستناد لمجموع البطاقات العقارية ويوضع السجل المسحي العام للبلاد وفق الشروط والكيفيات التي ستحدد بعد).

وأما في الأمر 74-75 تم التطرق للمسح العقاري و ذلك في المواد 01 إلى 12، مبينا أن إعداد مسح الأراضي يكون عند الانتهاء من العمليات المشروع فيها برسم الثورة الزراعية بناء على مجموع البطاقات العقارية.

الفرع الثاني : الهيئة المكلفة بالمسح العقاري :

إن رغبة الدولة الجزائرية في تطهير الملكية العقارية والتحكم في الفضاء العقاري استدعى منها توفير آلية قانونية تتمثل في هيئة إدارية تشرف على عملية المسح العقاري وتتكفل بالإسراع في إنجازها، وهي الوكالة الوطنية لمسح الأراضي .

كانت عملية المسح العقاري من اختصاص الدولة مباشرة تحت وصاية وزارة المالية، إلا أنه ومع سياسة الإصلاحات الاقتصادية لما بعد سنة 1989 والنهج الجديد المعتمد في تيسير الشؤون العمومية ، والمتمثل في تخفيف الأعباء العامة وكذا تقليص دور السلطات المركزية في مجال التيسير المباشر للمشاريع ، تم استحداث الوكالة الوطنية لمسح الأراضي لأنه كان سابقا من مهام إدارة شؤون الدولة والأملاك العقارية⁽⁴⁾.

(1)- الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر، ع 92، سنة 1975.

(2)- ريم مراحي، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دون طبعة، منشورات بغدادي، ص 08 و 09.

(3)- الأمر رقم 73-71 المؤرخ في 18-11-1971 المتضمن الثورة الزراعية، الجيدة الرسمية، العدد 97، سنة 1971.

(4)- محمودي عبد العزيز، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية في التشريع العقاري الجزائري، منشورات بغدادي، 2010، ص 76.

فالوكالة هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية القانونية والاستقرار المالي مقرها الجزائر وتقدم خدمة عامة وهي خدمة تقنية تتمثل في عملية المسح، وهذا ما نص عليه المرسوم⁽¹⁾.

فمن المهام الرئيسية للوكالة الوطنية لمسح الأراضي⁽²⁾ :

- تنفيذ أعمال التحقيق العقاري الخاصة برسم الحدود والطوبوغرافيا بأساليب أرضية أو بواسطة التصوير المساحي الضوئي لوضح مسح الأراضي وترقيم العقارات المسوحة.

- تحضير العقود والملفات اللازمة والمتعلقة بأشغال لجان مسح الأراضي ورسم الحدود المنصوص عليها في إطار التنظيم الذي يخضع له إجراء إعداد مسح الأراضي العام.

- ضبط وتعيين وثائق مخططات المسح العام للأراضي.

- تطبيق عمليات تطابق مسح الأراضي مع السجل العقاري على مستوى المحافظة العقارية.

- تنظيم الأرشفة والاستشارة، ونشر الوثائق المتعلقة بمسح الأراضي بوسائل الإعلام الآلي والسهر على ضبطها بانتظام.

- مراقبة الأشغال التي ينجزها المساحون ومكاتب الدراسات التابعة للخوادم للإدارات العمومية.

- إبرام اتفاقات وعقود مع الأشخاص الوطنيين والأجانب في إطار نشاطها المتعلق بالمسح وتخضع هذه العقود لقانون الصفقات العمومية.

أما بالنسبة لمهامها الاستثنائية، فقد جاء المرسوم التنفيذي رقم 89-234 المؤرخ في 19-12-1989 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي المعدل والمتمم⁽³⁾، بأنها يمكن أن تكلف الوكالة من طرف وزير المالية بتنفيذ الأعمال التالية وذلك في المادة 4/02 منه :

- القيام بجرد عام لعقارات الأملاك الوطنية، وذلك بالتسجيل الوصفي والتقويمي لجميع الأملاك الخاصة و العامة التابعة للدولة و الولاية و البلدية، و التي تحوزها مختلف المنشآت و الهياكل التي تنتمي إليها و التي تخصص للمؤسسات و الهيئات العمومية.

- تنظيم مصنف لمعطيات المسح يحصي الأملاك الوطنية.

(1)-ضيف أحمد، الشهر العيني بين النظرية والتطبيق، مذكرة لنيل درجة الماجستير تخصص القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2006-2007، ص47.

(2)-ضيف أحمد، نفس المرجع، ص53 و54.

(3)-منشور في ج ر، ع54، الصادرة بتاريخ 20-12-1989.

-السهر على متابعة الإحصائيات الخاصة للأموال العقارية الوطنية .

- تطوير وسائل التصميم و الدراسة للتحكم في التقنيات المتصلة بهدفها.

المطلب الثاني : إجراءات إعداد مسح الأراضي العام .

تتم على مستوى إدارة المسح العقاري جملة من المهام يقوم بها أعوان مكتب محافظة مسح الأراضي، تعتمد أساسا على الوثائق المتضمنة لمجموعة من المعلومات الجغرافية والقانونية الخاصة بالعقار، إضافة إلى استعمالهم للصور الطبوغرافية الموضحة لإقليم البلدية، وبعد الانتهاء من تحضير كل ما هو ضروري للعملية، يتم بعد ذلك إعلام الأطراف بافتتاح عملية المسح.

الفرع الأول : افتتاح عملية المسح :

أحاط المشرع عملية المسح بإجراءات واسعة تكفل وصولها إلى علم الجمهور لكي يتدبر كل ذي مصلحة أمر المحافظة على حقوقه .

فبالنسبة لانطلاق عملية المسح فإنها تنطلق بعد نشر قرار الوالي المختص إقليميا في الجريدة الرسمية وكذلك في الجرائد اليومية والوطنية مع ضرورة تبليغ هذا القرار لرئيس المجلس الشعبي البلدي ، ونشره في مدونة القرارات الإدارية والولائية ، وهذا ما جاء في المادة 02 من المرسوم 62-76 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 84-400⁽¹⁾، والمرسوم رقم 92-134⁽²⁾ المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام على: (إن عمليات مسح الأراضي في كل بلدية تكون موضوع قرار من الوالي يبين على الخصوص تاريخ افتتاح العمليات التي تأتي بعد شهر على الأكثر من تاريخ نشر هذا القرار، وينشر القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية وفي مجموعة القرارات الإدارية للولاية المعنية، وكذلك في الجرائد اليومية الوطنية، ويبلغ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني).

فالجماهير يتم إعلامه عن طريق لصق الإعلانات في اللوحة الإشهارية في مقر الدائرة والبلدية المعنية، ويكون ذلك في أجل 15 يوما قبل افتتاح العملية فهذا ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم رقم 62-76 المعدل و المتمم .

فبمجرد افتتاح عملية المسح يتم إنشاء لجنة لمسح الأراضي وذلك من أجل وضع حدود للبلديات وتتكون هذه اللجنة من الأعضاء التاليين⁽³⁾ :

-قاضي أسند له المشرع رئاسة اللجنة، يختاره رئيس المجلس القضائي من بين قضاة المحكمة التي توحد البلدية المراد إجراء مسح أراضي ضمن دائرة اختصاصها، ويشترط أن يتمتع بخبرة في مجال المنازعات العقارية.

(1)-المرسوم 400-84 المؤرخ في 24-12-1984 المعدل للمرسوم 62-76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي ،الجريدة الرسمية،العدد71،بتاريخ 30-12-1984.

(2)-المرسوم 92-134 المؤرخ في 07-04-1992 المعدل والمتمم للمرسوم 62-76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، ج ر، ع 26، 1992.

(3)-أنظر :المادة 07 من المرسوم 92-134 المعدل والمتمم للمرسوم 62-76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي.

-رئيس المجلس الشعبي البلدي أو من يمثله، فوجوده ضروري باعتباره ممثل ومسير للأمالك التابعة للبلدية، بحيث يقدم كل التوضيحات بخصوص حدود أملاك البلدية.

-ممثل للمصالح المحلية للأمالك الوطنية، حيث يعينه مدير أملاك الدولة.

-ممثل مصلحة التعمير في الولاية ، يقوم هذا الممثل بإبداء رأيه عندما يتعلق الأمر بالمخطط العمراني المتعلق بالبلدية.

-الموثق تعيينه الهيئة المخولة في المنظمة المهنية .

-المهندس الخبير العقاري ،هو التقني الذي يقوم بالأعمال الطبوغرافية وتقييم الأملاك العقارية،بحيث له معلومات تقنية عالية يستعين بها القاضي للفصل في القضايا المطروحة.

-الحافظ العقاري، فحضوره ضروري حتى يقوم بالدور الرئيسي لإكمال نتائج المسح والوصول إلى آثار المسح وذلك بتقديم الدفتر العقاري.

-الممثل المحلي لإدارة الضرائب المباشرة، يتم تعيينه من طرف مدير الضرائب بالولاية.

-ممثل لوزارة الدفاع الوطني، وذلك من أجل تعيين الأملاك العقارية التابعة للقطاع العسكرية وتوضيح معالمها.

-المسؤول المحلي للوكالة الوطنية لمسح الأراضي أو ممثله ، يقوم بتقديم كل الوثائق والمخططات المرجوة على مستوى مصالحه.

فقد أسندت لهذه اللجنة عدة مهام نصت عليها المادة 09 من المرسوم رقم 76-62 وهي :

-جمع الوثائق والبيانات الناتجة عن عملية المسح.

-التأكد من الحدود المتفق عليها، ومحاولة التوفيق في حالة النزاع.

-التأكد من صحة سائر الوثائق المتعلقة بسندات الملكية العقارية المسلمة إثر عمليات المعاينة الميدانية.

حيث تجتمع اللجنة بناء على طلب المسؤول الولائي لمسح الأراضي العام أو بدعوة من رئيسها، وتتخذ أصواتها بأغلبية الأصوات وفي حالة التساوي يرجح صوت الرئيس .

الفرع الثاني : بدء عمليات المسح العام للأراضي :

أولا-تحديد إقليم البلدية :

إن أول عملية في مسح الأراضي تتمثل في معرفة حدود إقليم البلدية، فقد نصت على ذلك المادة 1/05 من المرسوم 62-76 المعدل والمتمم: (ينبغي على البلديات أن تحدد محيط أقاليمها).

حيث يقوم التقني المكلف بعملية المسح استنادا إلى الوثائق المتوفرة لدى مكتب أو مصلحة المسح أو البلدية كالمخططات أو الخرائط، الصور الجوية التي تظهر الحدود المادية للبلديات بتحرير محضر من طرفه وينقل عليه هذه للحدود ويسمى بمحضر التحديد ويلحق به مخطط التحديد، بحيث يجرى ذلك التحديد بحضور رئيس المجلس الشعبي البلدي للبلدية المعنية ورؤساء البلديات المجاورة، ويوقع عليه من طرف كل من حضر العملية بموافقة من الوالي أو السيد وزير الداخلية⁽¹⁾ في حالة البلديات الواقعة مع أطراف الولايات ولها حدود مع بلديات أخرى موجودة في ولايات أخرى، وكذا البلديات التي لها حدود مع دولة أجنبية⁽²⁾.

فعملية التحديد تتم بوضع معالم من حجر أو بواسطة علامات أخرى تكون مجسمة بكيفية دائمة، ويتم تحرير المحضر بعدة نسخ يحتفظ بنسختين بمصلحة مسح الأراضي وتسلم لكل مصلحة معنية نسخة.

ثانيا-تحديد العقارات الموجودة داخل إقليم البلدية :

حيث تقوم المصالح المكلفة بالمسح بتقسيم الإقليم البلدي إلى أقسام مساحية لها طابع الثبات لكي يسهل عليها العمل الميداني في تحديد العقارات الموجودة داخل إقليم البلدية.

حيث جاء في المادة 06 من المرسوم رقم 62-76 المعدل والمتمم: (تتقدم الدولة والولايات والبلديات والمؤسسات والهيئات العمومية بجميع التوضيحات اللازمة فيم يخص حدود ملكياتها، وإن وضع الحدود للعقارات الأخرى يتم بمساعدة المالكين).

وجاء في المادة 10 من نفس المرسوم: (يجب على المالكين والحائزين الآخرين للحقوق العينية أن يحضروا في عين المكان، أن يدلوا بملاحظاتهم عند الاقتضاء).

(1)-ريم مراحي، المرجع السابق، ص52.

(2)- جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، 2006، ص 130 .

إنّ عملية وضع الحدود تتم وجاهية بحضور المالكين⁽¹⁾، حيث يتم استدعاءهم للحضور في الميدان، وذلك بإرسال استدعاءاتهم شخصيا رغم أنه تم الإعلان عن انطلاق عملية المسح، فإذا تغيب رغم استدعاءه بموجب استدعاءات متتالية تفصل بينها 15 يوم تكون عملية وضع الحدود تلقائية وتسجل تحت اسم مجهول⁽²⁾.

ويتم هذا التحديد الموازاة مع عملية التحقيق التي تتم من طرف 05 أعوان على الأقل، بحيث يتم فحص السندات والوثائق المقدمة لهم وفحص أقوال وتصريحات الأشخاص المعنيين، وإبراز الحقوق التي تعود للدولة، وكذا تامين وتقدير أفعال الحيازة، ومقارنة المعلومات المحصلة عليها مع تلك الموجودة لدى المحافظة العقارية ومديرية أملاك الدولة.

وبعد الانتهاء من عملية التحقيق تبدأ عملية التحديد وبموجبها يتم قياس كل قطع الأراضي والملكيات وكذا تحديد نوع الاستعمال ونوعية التربة، وبعدها يتم على مستوى مصلحة المسح إنجاز مجموعة من الوثائق نصت عليها المادة 08 من الأمر 74-75 والمادة 01 من المرسوم 62-76 سالف الذكر :

- جدول للأقسام وسجل لقطع الأرض حيث ترتب فيه مختلف العقارات حسب الترتيب الطبوغرافي.

- سجل مسح الأراضي تسجل فيه العقارات المتجمعة من قبل المالكين وذلك حسب الترتيب الأبجدي لهؤلاء.

- المخططات المساحية المطابقة للوضع الحالية لقطعة الأرض.

- جدول للحساب وهو عبارة عن خلاصة لسجل مسح الأراضي فهو يشمل رقم حساب المالك وعدد العقارات التي يملكها في البلدية، فجدول الحساب يعد بمثابة بطاقة التعريف لكل مالك.

- البطاقات العقارية وتشمل على كل المعلومات الضرورية لتحديد الطبيعة القانونية للعقار المعني والمعلومات المتعلقة بالمالك أو الحائز وبناء على المعلومات المدرجة في البطاقة العقارية (T10) يتم ترقيم العقار.

الفرع الثالث : اختتام عملية المسح :

فبعد الانتهاء من الأعمال الميدانية والتحقيقات العقارية وبعد إعداد الوثائق المثبتة للعملية يتم إيداع مخطط المسح والوثائق المتعلقة به عند الانتهاء من الأشغال التقنية طيلة شهر على الأقل بمقر البلدية ويتم من طرف مدير مكتب مسح الأراضي.

(1) - ريم مراحي، المرجع السابق، ص 54.

(2) - ريم مراحي، المرجع السابق، ص 55.

وتبعاً لذلك يحرر رئيس البلدية محضر إيداع يتم شهره في الأماكن المعتادة للصلق بالبلدية والبلديات المجاورة حيث يمكن للمعنيين الإطلاع عليها وتتم عملية الإيداع من طرف مدير مكتب⁽¹⁾.

ويقوم كل شخص تمّ المساس بحقوقه تقديم احتجاجه أثناء المدة القانونية، ولقد تمّ النص على قانونية تقديم الاعتراضات للأشخاص المتضررين وإجازة تقديم هذه الشكاوى إلى لجنة المسح، بغية فحصها بحيث تحاول التوفيق بين الأطراف المتنازعة وإذا تعذر ذلك تعطى مهلة مقدرة بثلاث أشهر للأطراف المعنية فيما يخص الأجزاء المتنازع عنها للاتفاق أو رفع دعوى قضائية⁽²⁾.

وإذا لم تحترم المدة والأجل من طرف الأطراف فإن الحدود المحددة بصفة مؤقتة تصير نهائية ما عدا الغلط المادي المعترف به وحقوق الملاك الحقيقيين.

الفرع الرابع: إيداع وثائق المسح العقاري لدى المحافظة العقارية :

بمجرد الانتهاء من عملية المسح تقوم المصلحة المكلفة بهذه العملية بإيداع الوثائق التي تحتوي على جميع البيانات المستقاة من الميدان لدى المحافظة العقارية، ويتم الإيداع عند الانتهاء من عمليات المسح لكل قسم أو مجموعة أقسام البلدية المعنية، ويثبت هذا الإيداع عن طريق محضر يحرره المحافظ العقاري يكون محل إشهار واسع يمتد إلى سائر ولايات الوطن عن مديريةية الحفظ العقاري للولاية في أجل أقصاه 08 أيام إبتداء من بداية تاريخ تسليم وثائق المسح لدى المحافظة العقارية .

فالهدف من هذا النشر الواسع تمكين المواطنين والمالكين وذوي الحقوق العينية والعقارية الأخرى من الدفاع عن حقوقهم وتكون مصاريف الإعلان والنشر على أعباء الخزينة العامة⁽³⁾، وحتى يتسنى للملاك أو الحائزين اكتساب الحقوق العقارية المسجلة في وثائق المسح لفائدتهم أن يودعوا لدى المحافظة العقارية جدولاً نموذجياً تعده الإدارة طبقاً لأحكام 10 من المرسوم 76-63⁴ يتضمن البيانات الأساسية كوصف العقارات التي يحوزها والمقيدة مساحتها، ورقم مجموعة ملكيتها وقسمها وتحديد هويته من لقب واسم وتاريخ الميلاد وحالته المدنية والقيود الواردة على العقار.

فالهدف من هذه الإجراءات هو إعلام المالكين وذوي الحقوق العينية العقارية حول عملية تأسيس السجل العقاري وتمكينهم من أن يتسلموا من طرف المحافظ العقاري وثيقة تشهد بحقوقهم على العقارات المسوحة .

ويعتبر توقيع المحافظ العقاري لمحضر تسلّم وثائق المسح التأشير الرسمية والقانونية للبدء الفعلي لترقيم العقارات وشهر الحقوق العقارية، حيث يقوم بمجرد لاستلامه لوثائق المسح بترقيم العقارات المسوحة في السجل

(1)-التعليمية رقم 16 المؤرخة في 24-05-1998 المتعلقة بسير الأعمال المساحية والترقيم العقاري الصادرة عن المديرية العامة للملاك الوطنية، ص24.

(2)-محمودي عبد العزيز، المرحوم حاج علي السعيد، المرجع السابق، ص117.

(3)-محمودي عبد العزيز، المرحوم حاج علي السعيد، المرجع السابق، ص118.

(4)-المرسوم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر، ع 30، المؤرخة في 13-04-1976.

العقاري، وبإختلاف وضعية العقارات يختلف التقييم وتبعاً لذلك يكون التقييم نهائي أو مؤقت حسب الأحوال، ومن هنا تبدأ المرحلة التالية والتي تعتبر كمرحلة قانونية وذلك لإعطاء الصفة النهائية والكاملة لعملية الشهر.

حيث يقوم المحافظ العقاري بإنشاء البطاقات العقارية والأبجدية، وكآخر مرحلة لتطبيق نظام الشهر العيني وتجسيد فعاليته، لا بد من إنشاء الدفتر العقاري والذي يتم فيه تقييد كل الحقوق والأعباء المتعلقة بالعقار، ويسلم الدفتر العقاري إلى مالك العقار الذي هو صاحب حق قائم بمناسبة إنشاء بطاقة عقارية مطابقة كما يمكن أن يسلم إلى وكيله⁽¹⁾، ويعتبر السند القوي في إثبات الملكية العقارية، وهو ما تنص عليه المادة 49 من المرسوم 76-63.

المبحث الثاني : الآليات الموازية لعملية المسح العقاري :

أمام قراءة الإحصائيات المقدمة من طرف الوكالة الوطنية لمسح الأراضي بخصوص تقدم عمليات المسح إلى غاية 2006، فإن عملية التطهير العقاري الشامل لا تزال بعيدة التحقيق⁽²⁾ بالرغم من أن الحكومة جعلت عملية المسح من أولوياتها وتمت المصادقة على مرسوم رئاسي رقم 32-440 بتاريخ 2-12-1992 على القرض الممنوح من البنك العالمي، تم تخصيصه لتمويل عمليات المسح للفترة الممتدة من 1993 إلى 2008 يرمي إلى تأطير العنصر البشري المساح واقتناء الوسائل المادية والأجهزة الإلكترونية لعملية المسح وكذا تحويل عمليات جلب خبراء أجنب متخصّصين في المسح.

حيث أكد وزير المالية أن عملية المسح التي قامت بها الجزائر لم تشمل إلى حد اليوم إلا نسبة تقل عن 5% في خلال عشر سنوات، وجاء في تقرير اللجنة القانونية للمجلس الشعبي الوطني إلى أن عمليات مسح الأراضي لم تشمل سوى 500 ألف هكتار، بينما لا تزال 500 مليون هكتار أي ما يقدر 95% لم يتم مسحها بعد⁽³⁾.

وبذلك فنظام الشهر المتبع في الجزائر هو نظام الشهر العيني من الناحية التشريعية مع خضوع ثلث العقارات لهذا النظام، أما الثلثين الباقين فيخضعوا لنظام الشهر الشخصي إلى حين إتمام عملية المسح للأراضي وتعميم نظام الشهر العيني⁽⁴⁾ فقد تدخلت عدة عوامل وعوائق أثرت على عملية المسح وعدم تعميمها في كافة التراب الوطني، مما أدى بالمشروع إلى خلق آليات قانونية من أجل التطهير العقاري ومن أجل استقرار الملاك والحائزين للأماكن العقارية، بغية حصولهم على سندات تثبت شغلهم للأماكن العقارية.

وبالتالي سنتطرق إلى العوائق التي أثرت على عملية المسح، ثم إلى الآليات الموازية لعملية المسح.

(1)-ريم مراحي، المرجع السابق، ص125.

(2)-محمودي عبد العزيز، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية، المرجع السابق، ص83.

(3)-محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص85.

(4)-جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص52.

المطلب الأول : العوائق المؤثرة على عملية المسح العقاري :

الفرع الأول : العوائق الظاهرة :

هذه العوائق أثرت على عملية المسح ومعظمها يتعلق بالإدارة القائمة بهذه العملية، فكما نعلم أن عملية المسح هي من اختصاص الإدارة المكلفة بشؤون الدولة والشؤون العقارية، وبالتالي لا يمكن للخوادم طلب مسح أراضي خاصة بهم، فهذا الاحتكار خلق مشاكل ظاهرة ذات تأثير على عملية المسح وتعطيل تعميمها، ويمكن أن نجمل هذه المشاكل في نقاط عديدة منها:

- تكليف مصالح المسح بأعمال أخرى، إذ كانت هذه المصالح محتشدة للقيام بعمليات ظرفية واسعة النطاق، وهذا انعكس على سلبا على تقدم أعمال المسح، ومن هذه العمليات استصلاح الأراضي وتعيين البلديات، تطهير القطاع الفلاحي، إرجاع الأراضي المؤتممة، فهذا التجنيد كان على حساب تقدم أعمال المسح.

- نقص تأطير أعوان المسح وافتقارهم إلى الثقافة القانونية في المجال العقاري، وغياب التكوين المناسب لهم، وكذا تقصيرهم عن أداء مهامهم بصورة جدية، كعدم انتقاهم في الأيام المحددة في استمارة الإشعار بالمرور، مما يؤدي إلى عدم حضور المعنيين لعملية المسح، وبالتالي ينجم عن ذلك تسجيل هذه العقارات في خانة المجهول⁽¹⁾.

- فبالإضافة إلى هذا ففي عملية المسح وقبل الشروع في التحقيق الميداني لابد من القيام بالأعمال التحضيرية التي ترمي إلى حصر الطبيعة القانونية الأصلية لمجموع الأراضي المعنية بالعملية، كتلك التابعة للبلدية، أملاك الدولة، فهذه المصالح أو غيرها لم تقدم للفرقة المكلفة بالتحقيق كل المعلومات الضرورية بأملكها حتى تتضح الفكرة حول الحقوق العينية لمختلف الأقسام المعنية بالدراسة، فتجاهل هذه الجهات للأعمال التحضيرية من شأنه التأثير سلبا على نتيجة التحقيقات والتي تكون من بين نتائجها قيد الأملاك العقارية باسم الخوادم⁽²⁾.

الفرع الثاني : العوائق الخفية :

فبالإضافة إلى الأسباب السابقة والجلية هناك أسباب خفية ساهمت من بعيد في تعطيل السير الحسن للعملية ولعل أبرزها ما يلي :

- وهو سبب يعود إلى المحافظات العقارية، فبالرغم من أن إطرادات الوكالة الوطنية لمسح الأراضي تمكنوا من مسح زهاء، السبع ملايين هكتار من أصل 11 مليون هكتار مبرمجة إلى غاية 2010، وعلى الرغم من فوات هذه

(1) - هذا ما أدى بالمديرية العامة لأملك الدولة بإصدار المذكرة تحت رقم 4618 بتاريخ 04-09-2004 لتسوية العقارات في خانة المجهول وذلك عن طريق تقديم طلب إلى مدير الحفظ العقاري وهذا الأخير يقوم بمراسلة إلى كل من مدير أملاك الدولة ومدير مسح الأراضي لكي يبديا رأيهما في العملية حول الوضعية القانونية للعقار، ثم ينتقل عون مصلحة المسح رفقة الفرقة إلى الميدان لتحديد المعالم وللمحافظ العقاري الرد بإعداد دفتر العقاري أو شهادة الترقيم عندما يكون الطلب مؤتمم.

(2) - بوزيتون عبد الغني، دور المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير، قسم القانون الخاص، فرع القانون العقاري، جامعة الإخوة مننوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2009_2010، ص 157.

المهلة فإن المحافظات العقارية لم تجتهد ولم تقم بتسليم الدفاتر العقارية الخاصة بالعقارات محل المسح، ويرجع ذلك إلى إهمالها لهذا المشروع الاستراتيجي⁽¹⁾.

وهناك سبب آخر يعود إلى الملاك، يتمثل في خلق لوضعيات صعبة تؤثر على سير عملية المسح، ومن ذلك إقدامهم إلى استغلال قطع أرضية تابعة للغير وإقامة بنايات يصعب إزالتها من الناحية العملية، وكذا عدم احترامهم للقوانين الموضوعة خاصة تلك المتعلقة بالتهيئة والتعمير نتيجة غياب المراقبة الإدارية لمصالح العمران فأدى إلى انتشار البنايات الفوضوية والبنايات غير المتجانسة التي لا تخضع للمخططات الموضوعة.

- إلى جانب هذا هناك سبب آخر يتمثل إلى السبب الأمني الذي كثيرا ما أثر على عملية المسح والذي جعل الملاك يهاجرون لممتلكاتهم وكذا امتناع المصالح المكلفة بالمسح من التنقل إلى هذه المناطق، وقد تم الاستيلاء على الكثير من هذه الممتلكات مما أدى إلى نشوء منازعات.

المطلب الثاني : خلق آليات موازية للتطهير العقاري في المناطق غير المسوحة :

حيث أنه ولا اعتبارات تتعلق باستقرار المعاملات وغياب سندات الملكية لدى الكثير من الملاك، وبسبب التأخر المعتبر للمسح العام للأراضي عبر التراب الوطني باعتباره أداة للتطهير والتنظيم العقاري، أدى إلى التفكير في الاعتماد على آليات موازية لعملية المسح تضمن تسليم سندات الملكية ومخططات للمسح ومنها:

الفرع الأول : اعتماد آلية التقادم المكسب عن طريق حكم قضائي :

إن هذه الآلية تساهم في تحقيق العملية التطهيرية بصفة غير المباشرة، حيث تم اعتماد القواعد العامة للتقادم المكسب بموجب المواد 834 و 827 من القانون المدني، بحيث تحول هذه المواد الحائز لعقار أو الحق العيني العقاري لمدة معينة من المطالبة القضائية باكتسابه بالحيازة والتقادم المكسب بصدور حكم يقضي بثبوت الملكية العقارية، مع ضرورة شهره بمجموعة البطاقات العقارية حتى ينتج أثره العيني.

حيث يعتبر التقادم كوسيلة مباشرة لكسب الملكية العقارية الخاصة، وأداة لتسليم سندات الملكية للملاك الظاهرين، ولكنها من ناحية أخرى فهي وسيلة بطيئة جدا، لأنه في كثير من الحالات يجبر القاضي اللجوء إلى تعيين خبير للاطلاع على وثائق الأطراف وتعيين العقار تعيينا دقيقا، مما يؤدي إلى طول إجراءات التقاضي، وكذا كثرة المصاريف والنفقات والتي تؤدي إلى إرهاب المتقاضين، وأخيرا تنتهي هذه الآلية بصدور حكم قضائي لا يراعي في كثير من الحالات التعيين الدقيق للحقوق العقارية، مما يشكل صعوبات أثناء شهرها ورفض إيداعها من طرف المحافظين العقاريين، لهذا يمكن القول بصعوبة هذه الآلية لإعمال التطهير العقاري.

(1)-بوزيتون عبد الغني، المرجع السابق، ص 160.

الفرع الثاني : اعتماد آلية عقد الشهرة :

حيث أدركت السلطات صعوبة تحقيق نتائج معتبرة في أعمال المسح لصعوبة العملية لحد ذاتها، فبات التفكير في خلق آليات موازية للعملية، وخاصة أمام شعور الملاك والحائزين بعدم الاستقرار، وتقييدهم في البناء والحماية القضائية، لذا كان هناك دافع لإصدار المرسوم رقم 83-352 المتعلق بسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية⁽¹⁾، يستجيب للتسليم السريع لمثل هذه العقود وذلك في المناطق غير المسوَّحة .

فرغم أن هذه الأداة جديدة وبسيطة وسريعة تتم أمام الموثق المختص إقليميا دون اللجوء إلى القضاء، إلا أنها أدت إلى منازعات معقدة على مستوى القضاء، بسبب سطحيته بحيث أن هذا الأخير-الموثق- عند تحريره للعقد لا يعاين الواقعة المادية للحيازة ويكتفي فقط بتصريح شرفي للحائز، وشهادة الشهود الغير الخاضعة لأداء اليمين أو للرقابة القضائية، وكذا نظرا لعدم رد ممثل أملاك الدولة وتأخره على طلب الموثق بخصوص الطبيعة القانونية العقار، وهل يدخل ضمن الأملاك الوطنية التابعة للولاية أو الدولة أدى إلى الاستيلاء على الأملاك الوطنية، ونفس الشيء بالنسبة للعقارات التابعة للمحافظة العقارية للبلديات فقط تم الاستيلاء عليها بسبب عدم رد رئيس البلدية على طلب الموثق بخصوص الطبيعة القانونية للعقار المعني، وهل يخرج من الأملاك العقارية البلدية، أو لم يدمج ضمن الاحتياطات البلدية، فلهذا تمت المطالبة بإلغائه.

الفرع الثالث : تسليم شهادة الحيازة :

تنص المادة 39 من قانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم، بأنه يمكن لكل شخص حسب المادة 823 من ق.م يمارس حيازة مستمرة وغير منقطعة في أراضي الملكية الخاصة والتي لم تحرر عقودها بعد، أن يحصل على سند حيازي يسمى بشهادة الحيازة.

وقد جاء المرسوم 91-254 ليحدد كليات إعدادها⁽²⁾، بإجراءات سهلة وبسيطة وفي آجال قصيرة، بعد تكوين ملف تقني بالبلدية من أجل إجراءات التحقيق والتحري التي يقوم بها رئيس البلدية وتنتهي بتسليم شهادة الحيازة تخضع لإجراءات التسجيل والشهر.

إن شهادة الحيازة وإن كانت وسيلة تطهيرية، تستجيب لخيار الاستثمار واقتصاد السوق، ولها أهمية في سياسة التنمية الاجتماعية والاقتصادية المرتبطة بالفلاحة والسكن والتطوير الريفي وأبعاد أخرى لها صلة بالتنظيم العقاري، إلا أنها لا تخلو من المنازعات بسبب سرعة إجراءاتها، وطابعها المؤقت القائم على مجرد تصريح شرفي مدعم بشهادة

(1)-جريدة رسمية، العدد 21، المؤرخة في 04-05-1983، الملغى بالقانون رقم 02-07 المؤرخ في 27-02-2007 يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة في 28-02-2007.

(2)-المؤرخ في 27 يوليو 1991 يحدد كيفية إعداد شهادة الحيازة وتسليمها، المحدثه بموجب المادة 39 من القانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 36، المؤرخة في 31-01-1991.

الشهود، وما يترتب عنها من صلاحيات خطيرة منحت للمستفيد والتي تضر بالمالك الحقيقي عند ظهوره أو بحقوق الغير⁽¹⁾.

الفرع الرابع : معاينة الملكية العقارية الخاصة عن طريق تحقيق عقاري :

قد شكلت النقائص القانونية والتناقضات العملية لعقد الشهرة - لأن هذا الإجراء استعمل بطريقة تعسفية لتسوية عمليات غير شرعية كحرمان بعض الورثة من التركة، كما استعمل لتسوية وضعيات الاستيلاء على أملاك عمومية - والمنازعات الناجمة عنه⁽²⁾ وكذا محدودية العمل بشهادة الحيازة، الدافع لصياغة القانون 07-02 المؤرخ في 27-2-2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري⁽³⁾، لكل حائز لعقار بمفهوم المادة 823 ق.م وما بعدها، وذلك في الملكيات التي لم تشملها عملية المسح، أو بالنسبة للملاك الذين يحوزون لسندات ملكية محررة قبل 01-03-1961، وفقا لإجراءات فردية أو جماعية وبصفة جوازية، لا إلزامية.

بحيث تسمح هذه الوسيلة وفي آجال قصيرة للأشخاص من معاينة حقوق الملكية العقارية الخاصة وتسليم سندات للملكية وذلك تحت إشراف الإدارة الولائية بالحفظ العقاري⁽⁴⁾، وهي آلية جديدة بالمقارنة مع الإجراءات التي عرفها التشريع العقاري سابقا، بحيث تساعد هذه الوسيلة من رفع وتيرة المسح وإعطاء دفع لها من خلال اعتماد مصالح المسح على المخططات التي تنجز في هذا المجال من طرف الخبير العقاري، الذي يتضمن معالم الحدود وبيان المساحة والتحديد الدقيق للعقار أثناء عملية التحقيق العقاري بمناسبة هذا الإجراء .

ولكن لا يمكن أن نتوقع التطهير العقاري الشامل بالاعتماد على هذه الآلية، طالما أنه يتم بصورة اختيارية يتوقف على طلب الأفراد وليس بصفة إلزامية في كامل إقليم البلدية.

الخاتمة :

- فعلا إن المشرع قد تبنى نظام الشهر العيني وذلك بموجب الأمر 75-74، ولكن لإرساء هذا النظام لا بد من المسح العقاري في كامل الإقليم الوطني، فعملية التطهير بواسطة هذه الآلية لازالت بعيدة كل البعد بسبب تأخر أعمال المسح، وكان ذلك كما رأينا بسبب عدة أسباب وعوامل، فكل هذا أدى إلى كثرة المناطق غير المسوحة، وبالتالي ازدواجية في نظام الشهر العقاري مما دفع البعض بالقول أن نظام الشهر في الجزائر هو نظام مختلط.

(1)- فقد أعطت صلاحيات واسعة لحائز الأرض في استغلال واستثمار أرضه تقترب من الصلاحيات الممنوحة للمالك .

(2)- عزوي حازم، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، جامعة الحاج لخضر بسكرة، كلية الحقوق، 2009-2010، ص 104.

(3)- منشور في الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 28-02-2007.

(4)- محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 240.

فتبعا لذلك فمن أجل إضفاء الأمن على الملاك والحائزين للأموال العقارية وذلك بتسليمهم لسندات ملكية رغم تأخر وتيرة المسح، فقد تبنى المشرع لآليات موازية وبدائل لإنجاح عملية التطهير العقاري، ومنها اعتماد آلية التقادم المكسب بنوعيه عن طريق حكم قضائي أو عقد شهرة، وكذا استحداث شهادة الحياة بموجب قانون التوجيه العقاري، ثم المبادرة بسن القانون 07-02 المتضمن آلية معاينة الملكية عن طريق تحقيق عقاري.

نشير في الأخير إلى أن هذه الترسانة من القوانين الهدف منها الوصول إلى تمكين كل مالك أو حائز من سند يبرر حيازته أو شغله للأموال العقارية، وبالتالي يستغله ويتصرف فيه وفقا للقوانين، فمن كل هذا نلمس السعي الحثيث للمشرع لتلبية متطلبات المواطن في مجال الملكية العقارية، ولكن يظل المسح العام للأراضي هو الركيزة الأساسية لأي إصلاح عقاري حقيقي، ولهذا لا بد من الإسراع في إنجاز وتيرة المسح وذلك بالاستعانة بالخبرات الأجنبية، وجعل هذه العملية من أولويات برامج الحكومة حيث اكتفت المجالس الوزارية المتعاقبة على التنديد بنهب العقار فقط وضرورة استكمال النصوص القانونية الخاصة بذلك - فقد سجل تجاهل واضح لهذه العملية أثناء الشروع في تحديد البرامج الكبرى للإصلاحات الاقتصادية والقانونية، التي شرع فيها مع مطلع التسعينيات، دون وضع جهاز قوي كفيل بتحقيق تقدم واضح في الميدان، حيث أن عدم إدراج هذه العملية ضمن برامج الحكومة جعل المسؤولين المحليين غير معنيين بمتابعة العملية، والاكتفاء فقط بالإشراف من بعيد على افتتاح العملية دون مساهمة جديدة.

• قائمة المراجع :

✓ أولا- النصوص القانونية :

- (1) القانون 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المعدل والمتمم بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25-12-1995 المتضمن التوجيه العقاري، ج ر، ع، 1990
 - (2) القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27-02-2007 يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، ج ر، ع، 15، الصادرة في 28-02-2007.
- الأوامر :

(1) الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 18-11-1971 المتضمن الثورة الزراعية، الجريدة الرسمية، العدد 97، سنة 1971.

(2) الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر، ع، 92، سنة 1975.

- المراسيم :

- (1) المرسوم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر، ع، 30، المؤرخة في 13-04-1976.
- (2) المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21-05-1983 بسن إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة، ج ر، ع، 21، المؤرخة في 04-05-1983.
- (3) المرسوم 84-400 المؤرخ في 24-12-1984 المعدل للمرسوم 76-62 المتعلق بإعداد مسح الأراضي، الجريدة الرسمية، العدد 71، بتاريخ 30-12-1984.

- 4) المرسوم 89-234 المؤرخ في 19-12-1989 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي، ج ر، ع 54، المؤرخة في 20-12-1989.
- 5) المرسوم رقم 254-91 المؤرخ في 27 يوليو 1991 يحدد كيفية إعداد شهازة الحيازة وتسليمها، المحدثه بموجب المادة 39 من القانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 36، المؤرخة في 31-01-1991.
- 6) المرسوم 92-134 المؤرخ في 07-04-1992 المعدل والمتمم للمرسوم 76-62 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، ج ر، ع 26، 1992.
- ✓ ثانيا- الكتب المتخصصة :
- 1) جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ،دار الخلدونية ،2006
- 2) حمدي باشا عمر ،حماية الملكية العقارية الخاصة ،الطبعة الثامنة ،دار هومة ،2012.
- 3) ريم مراحي، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دون طبعة، منشورات بغدادية.
- 4) محمودي عبد العزيز ،المرحوم الحاج علي السعيد ،إجراءات تفعيل الحيازة القانونية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري ،الطبعة الأولى، منشورات بغدادية، 2011-2012.
- 5) محمودي عبد العزيز ،آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري ،طبعة ثانية ،منشورات بغدادية ،2010.
- ✓ ثالثا- رسائل الماجستير :
- 1) بوزيتون عبد الغني ،دور المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري ،مذكرة لنيل درجة الماجستير ،قسم القانون الخاص ،فرع القانون العقاري ،جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ،كلية الحقوق ،2009-2010.
- 2) ضيف أحمد ،الشهر العيني بين النظرية والتطبيق ،مذكرة لنيل درجة الماجستير تخصص القانون الخاص ،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ،كلية الحقوق ،2006-2007.
- 3) عزوي حازم ،آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري ،جامعة الحاج لخضر بسكرة ،كلية الحقوق ،2009-2010.
- ✓ رابعا- التعليمات :
- 1) التعليمات رقم 16 المؤرخة في 24-05-1998 المتعلقة بسير الأعمال المساحية والترقيم العقاري الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية

دور طبيب العمل في حماية بيئة العمل و العمال



من إعداد غالي كحلة أستاذة بكلية الحقوق

جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم -

مقدمة :

اهتمت الحضارات القديمة والحديثة منذ وقت مبكر بالصحة و السلامة المهنية حيث أكدت على حماية العامل الأجير من أخطار المهنة وتعويضه عن إصابة العمل وتوفير العلاج والدواء له. إذ يعتبر الطبيب الايطالي "راما زيني" المؤسس الحقيقي للطب المهني وهو الذي اصدر أول كتاب عن أمراض المهنة اسماه "أمراض الصناعة" في عام 1700م وهو الذي اضاف سؤالا بالغ الاهمية إلى الاسئلة التي يوجهها الطبيب عادة إلى المريض ألا وهو: ما هي وظيفتك؟¹

فمسألة الحماية و الأمن و الوقاية من أخطار و حوادث العمل و الأمراض المهنية، تعتبر من أهم المسائل التي أولتها التشريعات الدولية² و الوطنية³ على حد سواء اهتماما بالغاً، خاصة التشريعات العمالية، كما أنه لم يلق في البداية معارضة تذكر من أصحاب الأعمال في هذا المجال، بعكس غيره من مجالات التدخل التشريعي. إذ خصصت لها حيزا كبيرا في تشريعات العمل و قوانين الضمان الاجتماعي، و الصحة و غيرها من القوانين الاجتماعية الأخرى. التي تهدف إلى مساعدة العمال على تحسين ظروف عملهم و حماية صحتهم و وقايتهم من حوادث العمل و الأمراض المهنية، نتيجة تعاملهم المتزايد بالمواد السامة و الخطرة و الآلات و الأجهزة المختلفة

1أوزجان يشار، بيئة العمل و المخاطر المهنية، مقال منشور على موقع شبكة النبا المعلوماتية، بتاريخ 10 أفريل 2007 على الموقع الإلكتروني :

<http://www.annabaa.org/nbanews/66/391.htm>

2 بموجب اتفاقية العمل الدولية رقم 155 الصادرة في 22 جوان 1981 المتعلقة بأمن و صحة العمال داخل أماكن العمل، التي أدخلت حيز التنفيذ في 11 أوت 1983، و التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-59 المؤرخ في 11 فيفري 2006، ج ر العدد 7 لسنة 2006.

3 اعترف الدستور الجزائري لسنة 1996 بموجب المادة 55 فقرة 2 منه بحق العمال في الوقاية الصحية و الأمن، حيث نصت على أن: "يضمن القانون أثناء العمل الحق في الحماية و الأمن و النظافة".

التي تضر بصحتهم و تعرضها للتدهور أو الخطر، نتيجة عدم تعاملهم السليم بها، أو بسبب اهمال بسيط ينجر عنه كوارث صحية أو بيئية.

إن تزايد حوادث العمل و الأمراض المهنية داخل المؤسسة من شأنه عرقلة السير الحسن لوتيرة العمل، مما يؤثر سلبا على انتاجية و مردودية المؤسسة، مما يضعف تنافسيتها اقتصاديا، إضافة إلى خسارتها للرأس المال البشري، خصوصا ذوي الكفاءات و الخبرة الطويلة، لذلك ألزمت الدولة صاحب العمل بإنشاء أجهزة و هياكل طبية للعمل، ترعى الشؤون الصحية للعمال داخل المؤسسة المستخدمة.

كما تتعدد مهام طبيب العمل، و إن كانت تصنف على أنها تدابير وقائية أساسا، فهي تكفل للعمال وقاية صحتهم في العمل بالحيلولة دون تعرضهم لأي وهن بدني، ذهني و نفسي، و مراقبة تكيفهم مع العمل، و حمايتهم من الأمراض المهنية و حوادث العمل، و قد تكون علاجية في بعض الحالات الاستثنائية. كما يهدف طب العمل بصفة خاصة إلى مراقبة أماكن العمل و تحسين ظروف العمل و حماية البيئة من حيث النظافة و الطيبة و حدوث الكوارث (بيئية أو وبائية). لذلك يتبادر إلى أذهاننا طرح الاشكالية الآتية: كيف يمكن لطبيب العمل تجسيد حماية العمال و بيئة العمل داخل المؤسسات المستخدمة؟ و ماهي الوسائل القانونية الكفيلة بذلك؟

للإجابة على هذه الاشكالية، ارتأينا تناول الموضوع من جانبين، يتمثل الأول في دراسة دور طبيب العمل في وقاية صحة العمال داخل المؤسسة، أما الثاني فخصصناه لدراسة دور طبيب العمل في حماية بيئة العمل، على النحو التالي:

المبحث الأول: دور طبيب العمل في وقاية صحة العمال داخل المؤسسة :

حفاظا على حياة العامل و صحته أثناء أدائه للعمل، بوصفه عنصرا هاما من عناصر الانتاج فقد أوجب المشرع على صاحب العمل اتخاذ كافة الاجراءات اللازمة لتجنيبه كافة مخاطر العمل، و من أهم هذه الاجراءات هي انشاء مصلحة طب العمل داخل المؤسسة.

قد نظم المشرع الجزائري طب العمل بموجب عدة نصوص تشريعية و تنظيمية، لعل أهمها هو القانون رقم 88-107، الذي خصص الفصل الثالث منه للقواعد العامة في مجال طب العمل، حيث ألزمت المادة 13 منه جميع المؤسسات المستخدمة، انشاء مصلحة طب العمل، و تطبيقا لهذه المادة أصدر المشرع المرسوم التنفيذي رقم 93-120 المتعلق بتنظيم طب العمل²، قد حُددت مهام طبيب العمل وفقا لضوابط أو معايير على أساس الحجم الساعي الذي يساوي أو يفوق الوقت الضروري لأداء طبيب العمل مهمته، المدة الشهرية القانونية للعمل المطبقة على السلك الطبي³، كما نصت المادة الثالثة منه على أن يحسب الوقت الضروري لأداء طبيب العمل مهمته على أساس الميقتين الأذنين الآتين: ساعة عمل واحدة في الشهر لكل عشرة (10) عمال يعملون في موقع شديد الخطورة، و ساعة عمل واحدة في الشهر لكل خمسة عشر (15) عاملا يعملون في موقع أقل خطورة أو متوسطها. و يمكن الزيادة في الميقتين

1 القانون رقم 88-07 المؤرخ في 26 جانفي 1988 المتعلق بالوقاية الصحية و الأمن و طب العمل، ج ر العدد 4 لسنة 1988.

2 المرسوم التنفيذي رقم 93-120 المؤرخ في 15 ماي 1993 المتعلق بتنظيم طب العمل، ج ر العدد 33 لسنة 1993.

3 المادة 2 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر. و راجع أيضا سكيل رقية، دور لجان النظافة و الأمن في نطاق الهيئة المستخدمة، مذكرة ماجستير تخصص قانون اجتماعي، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، كلية الحقوق، 2009-2010، صص 141، 142.

السابقين حسب مواصفات طبيعة العمل و حجم الهيئة المستخدمة و موقعها الجغرافي، طبقا للأهداف المسطرة في ميدان التخطيط الصحي.

من خلال استقراءنا للمادتين السابقتين نجد أن هذه المعايير التي تبنها المشرع الجزائري يعترتها نقص كبير، إذ أنه يصعب من الناحية العملية تحديد بدقة مواقع العمل الأشد خطورة عن تلك الأقل خطورة حتى و لو حددها بموجب قوائم، كما أن مسألة الحجم الساعي هنا يعترتها نوع من الغموض، خاصة إذا كانت المؤسسة تشتمل على عدة وحدات متباعدة جغرافيا، أو في حالة اللجوء إلى طبيب عمل ما بين المؤسسات، بينما نجد أن معظم التشريعات المقارنة ألزمت الهيئات المستخدمة بإنشاء مصلحة طب العمل بناء على معيار عدد العمال الأجرا، إذ نجد مثلا المشرع المغربي ألزم المؤسسات مهما كان نوعها و التي يساوي أو يزيد عدد عمالها عن 50 عاملا بإنشاء مصلحة طب العمل، بالإضافة إلى تحديد أماكن العمل التي تعرض العمال لمخاطر الأمراض المهنية، بموجب التشريع المتعلق بالتعويض عن حوادث العمل و الأمراض المهنية¹. لذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول دور طبيب العمل في وقاية العمال من حوادث العمل و الأمراض المهنية، و نتناول في الثاني دوره في حماية بعض الفئات العمالية الخاصة.

المطلب الأول : دور طبيب العمل في وقاية العمال من حوادث العمل و الأمراض المهنية :

الفرع الأول : مفهوم حادث العمل و المرض المهني :

أولاً- مفهوم حادث العمل : حادث العمل هو كل إصابة تلحق كيان الانسان ذاته سواء خارجية أو داخلية، ظاهرة أو خفية، عضوية أو نفسية، كالجروح و الكسور و الحروق و الاضطرابات العصبية و النفسية و غيرها. فالمشرع المصري مثلا اعتبر حادث العمل هو الحادث الذي يقع أثناء تأدية العامل لعمله أو بسببه²، و عليه فقد اتفق الفقه على أن حادث العمل هو كل حادث يقع وقت تنفيذ العامل عمله تحت إشراف صاحب العمل، أو تلك الحوادث التي تقع في الفترات التمهيديّة التي تسبق العمل أو تلحقه، أي أثناء الذهاب و العودة دون أن يكون هناك انحراف أو توقف أو تخلف عن الطريق الطبيعي، حتى يكون للعامل الحق في التعويض عن إصابة العمل³.

لقد عرفت المادة 06 من القانون رقم 83-13⁴ حادث العمل على أنه : "كل حادث انجرت عنه إصابة بدنية ناتجة عن سبب مفاجئ و خارجي و طرأ في إطار علاقة العمل"، من خلال هذا التعريف نجد أن المشرع الجزائري عرف حوادث العمل تلك الحوادث التي ينتج عنها إصابات بدنية أي جسمانية و لم يتطرق إلى الإصابة الذهنية أو

1 زكرياء المرابط و يوسف الحمدوني، مظاهر حماية الأجير في مدونة الشغل، بحث لنيل الإجازة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، فاس، 2011-2012، ص 21.

2 أنظر المادة 5 فقرة (هـ) من القانون رقم 79 لسنة 1975 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل و المتمم، و التي تنص على : "يقصد بإصابة العمل الإصابة بإحدى الأمراض المهنية المبينة بالجدول رقم 1 المرافق أو الإصابة نتيجة حادث وقع أثناء تأدية العمل أو بسببه...".

3 يوسف فلوح أحمد، حوادث العمل و الأمراض المهنية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص قانون اجتماعي، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2010-2011، ص ص 10، 11.

4 القانون رقم 83-13 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المتعلق بحوادث العمل و الأمراض المهنية، المعدل و المتمم، ج ر العدد 28 لسنة 1983.

العقلية أو النفسية التي تتسبب في إحداثها الضغوطات النفسية التي يتعرض لها العمال بسبب العمل و أثناءه، خاصة العمال الذين يمارسون أعمالا فكرية، إذ تسبب لهم انهيارات و أزمات عصبية خطيرة.

بينما نجد أن المادة 12 من القانون رقم 88-07 في فقرتها الثالثة تنص على أن: " يهدف طب العمل إلى الترقية و الحفاظ على أكبر قدر من راحة العمال البدنية و العقلية في كافة المهن..."، كما أضافت الفقرة السادسة من نفس المادة " يهدف طب العمل إلى تعيين و إبقاء العمال في عمل يتماشى و قدراتهم الفيزيولوجية و النفسية و كذا تكييف العمل مع الانسان و كل إنسان مع مهمته".

من جهة أخرى فإن المشرع لم يحدد طبيعة السبب المفاجئ و الخارجي الذين يطرآن أثناء علاقة العمل¹، و هذا ما يُصعب من مهمة طبيب العمل.

ثانيا- مفهوم المرض المهني: تعتبر الأمراض المهنية تلك الأمراض التي تنتج عن تأثير الأضرار المهنية لفترة طويلة، و عبارة أخرى هي عبارة عن علة جسمانية تنشأ بسبب العمل، و تترتب عن طبيعته و ظروفه خلال فترة من الزمن، و تنشأ تدريجيا و داخليا نتيجة امتصاص أنسجة الجسم مواد ضارة لا تظهر أعراضها إلا بعد فترة تطول أو تقصر حسب ظروف العمل و الاستعداد الجسماني للعامل، و ليس لأسباب خارجية².

حسب المادة 63 من القانون رقم 83-13: "تعتبر كأمراض مهنية كل أمراض التسمم و التعفن و الاعتلال التي تعزى إلى مصدر أو بتأهيل مهني خاص"، و تم تحديد قائمة الأمراض ذات المصدر المهني المحتمل و الأشغال التي يتسبب فيها بموجب قرارات و زارية مختلفة، كالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 23 أكتوبر 1975، و القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 05 ماي 1996³. و طبقا للمادة الثالثة من المرسوم السالف الذكر صدر قرار وزاري مشترك يحدد قائمة الأشغال التي يكون العمال فيها معرضين بشدة لأخطار مهنية⁴، و حددها وفقا للملحق هذا القرار⁵. و من هنا يتعين على طبيب العمل أن يكون على دراية كافية بطبيعة هذه الأمراض و الأخطار حتى يتمكن من وقاية العمال المعرضين لها و حمايتهم منها.

1سماتي الطبيب، حوادث العمل و الأمراض المهنية في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، طبعة 2013، ص 15. و يوسف فلوح أحمد، المرجع السابق، ص 12.

2يوسف فلوح أحمد، المرجع السابق، ص 23.

3القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 05 ماي 1996 المحدد لقائمة الأمراض التي يحتمل أن يكون مصدرها مهنية و ملحقه 1 و 2، ج ر العدد 16 لسنة 1997.

4 القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 09 جوان 1997، ج ر العدد 75 لسنة 1997.

5صنف هذا القرار الأشغال التي تنطوي على خطورة شديدة في أماكن العمل إلى 4 أنواع: تتمثل الأولى في الأشغال التي تتطلب تحضير المفاعلات الكيميائية و استخدامها و معالجتها أو عرضها، كالفليور و مركباته، الكلور و البروم، اليود، الفوسفور و مركباته، الزرنيق، الرصاص و مركباته، الزئبق و مركباته، مشتقات المحروقات... و تتمثل الثانية في الأشغال التي تعرض أصحابها للمخاطر العفنة و الطفيلية، كذلك المنجزة في المجاري المائية أو في المجازر و المذابح، جمع النفايات و معالجتها... و تتمثل المجموعة الثالثة في الأشغال التي تعرض أصحابها لمخاطر جسدية، كالأشعة السينية و المواد المشعة، و الأشغال المنجزة في الهواء المضغوط و غرف التبريد... أما الصنف الرابع فهي أشغال أخرى تنطوي على مخاطر كاستعمال الطلاء و الأصباغ عن طريق الرش، أشغال تعرض أصحابها إلى حرارة مرتفعة أو الغبار أو اصدارات سامة، أشغال المناوبة المنجزة ليلا كلية أو جزئيا، الأشغال التي تتضمن تحضير مواد صحية و استعمالها و استخدامها...

الفرع الثاني : التزامات طبيب العمل لحماية العمال من حوادث العمل و الأمراض المهنية :

يقع على عاتق طبيب العمل نوعين من الالتزامات يتعلق الأول بتسيير مصلحة طب العمل، و الثاني بالرقابة في مجال الوقاية الصحية و الأمن داخل أماكن العمل، نتناولها على النحو التالي :

أولاً- التزامات طبيب العمل في تسيير مصلحة طب العمل :

يلقى على عاتق طبيب العمل إلزامية إعداد و مسك عدة سجلات و وثائق حددها القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 16 أكتوبر 2001¹، و هي إعداد ملف طبي فردي لكل عامل، و تحرير نتائج الزيارات و الفحوصات في بطاقة الفحص الطبي الفردي، و يسك سجل النشاط اليومي و فحوص التشغيل و الفحوص الدورية و التلقائية و فحوص الاستئناف، و كذا السجل الخاص بالمناصب المعرضة للأخطار و سجل التلقيحات في وسط العمل، و سجل الأمراض المهنية و سجل فحوص الورشات، و تحفظ هذه الملفات لمدة 10 سنوات بعد تاريخ إحالة العامل على التقاعد، أما السجلات اليومية يسكها طبيب العمل تحت مسؤوليته² و تحفظ لنفس المدة بعد غلقها مباشرة.

ثانياً- التزامات طبيب العمل لرقابة الصحة و الأمن داخل أماكن العمل :

طبقاً للمادة الثانية من القرار الوزاري المشترك المحدد لقائمة الأشغال التي يكون العمال فيها معرضين بشدة لأخطار مهنية، فإنه يتعين على الهيئات المستخدمة أن تخضع العمال الذين يمارسون تلك الأشغال، لفحص طبي كل ستة (6) أشهر على الأقل و تكمله بالفحوص شبه السريرية الملائمة، و هكذا يلتزم طبيب العمل بإجراء هذه الفحوصات و يتخذ الاجراءات التي يراها مناسبة لحفظ صحة هؤلاء العمال، كإجراء فحوصات تكميلية أو يلجأ إلى اختصاصي لاكتشاف الأمراض المعدية أو الأمراض المهنية أو ذات الطابع المهني، و تحديد الأهلية الصحية لمناصب العمل، لا سيما اكتشاف الاصابات التي تتنافى مع منصب العمل المقصود³.

كما يلزمه القانون بالإبلاغ عن حوادث العمل، و التصريح بجميع الأمراض المهنية المحددة على سبيل الحصر في القائمة، حيث نصت المادة 28 من المرسوم التنفيذي 93-120 على أنه: " عملاً بالمادة 54 من القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، يجب على طبيب العمل أن يصرح بجميع حالات الأمراض الواجب التصريح بها و التي يطلع عليها...و يجب عليه أن يصرح، زيادة على ذلك، بالأمراض ذات الطابع المهني طبقاً

1 القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 16 أكتوبر 2001 المحدد لمحتوى الوثائق المحررة إجبارياً من قبل طبيب العمل و كفاءات اعدادها و مسكها، ج ر العدد 21 لسنة 2002، ص 4. و الذي أشارت له المادة 29 فقرة أخيرة من المرسوم السالف الذكر.

2 المادتان 02 و 04 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 16 أكتوبر 2001 المحدد للتقرير النموذجي لطبيب العمل، ج ر العدد 21 لسنة 2002، ص 14. و راجع أيضاً: فنينخ نوال، دور طبيب العمل و آليات ضمان الوقاية الصحية و الأمن، مقال منشور بمجلة القانون الاجتماعي، مفتشية العمل، العدد الثاني، مخبر القانون الاجتماعي، جامعة وهران، دار الغرب للنشر و التوزيع، 2011، ص 58. و يوسف فلوح أحمد، المرجع السابق، ص 44.

3 المادة 19 من المرسوم السالف الذكر.

للمادة 68 من القانون رقم 83-13 المذكور أعلاه"، و عند الاخلال بهذا الالتزام يتعرض للعقوبات المنصوص عليها قانوناً¹.

المطلب الثاني : دور طبيب العمل في حماية بعض الفئات العمالية الخاصة : الفرع الأول : حماية طبيب العمل للنساء العاملات :

من المعلوم أن الانسان يؤثر و يتأثر بالبيئة التي يعيش فيها، و العامل هو الآخر يتأثر بفعل البيئة التي يعمل بها لساعات طويلة يوميا، فقد أثبتت الدراسات العلمية مدى أثر بيئة العمل على القدرة التناسلية للعمال ودورها في تسبب العقم، فعلى سبيل المثال معدن الرصاص المستخدم بكثرة في عمليات التصنيع، له تأثير ضار جداً على الخصوبة، وعلى استمرارية الحمل لدى النساء العاملات، ولهذا الأسباب تم الكشف بأن استخدام أملاح الرصاص بكثرة يساعد على الإجهاض².

هناك عنصر آخر لا يقل خطورة عن الرصاص وهو الزئبق و هو عنصر متواجد في أجهزة قياس ضغط الدم وكذلك في المصابيح التي تعمل ببخار الزئبق في المنازل. كما تستخدم مادة الزئبق بالثلاجات و اجهزة التحكم الحراري الخاصة بمكيفات الهواء. علما بان التسمم بالزئبق للعاملات الحوامل يسبب ولادة أطفال يعانون من العمى والصمم والشلل المخي.

من الأخطار المهنية الاخرى خطر الأشعة فهناك مثلا الأشعة المؤينة كأشعة جاما وأشعة اكس والمستخدمه في مجال الطب في التشخيص والعلاج. فهي قد تكون من العوامل المؤدية إلى الإصابة بالعقم عند الرجل والمرأة العاملين عليها. علما بأن أشعة اكس تستخدم أيضا في مصانع النسيج وليس في الطب فقط، و بالتالي فعمال النسيج أيضا معرضون لخطرهما، خاصة أن أغلب عمال النسيج هن نساء.

لذلك ألزم المشرع طبيب العمل بإخضاع العمال بما فيهم النساء العاملات المعرضين بشدة للأخطار المهنة و النساء الحوامل و الأمهات اللاتي هن أطفال تقل أعمارهن عن السنتين، لإجراء فحوصات دورية مرتين في السنة على الأقل³. و تجرى أيضا الفحوص الطبية الواجبة لاستئناف المرأة العاملة لعملها، بعد عطلة أمومة أو غياب لا يقل عن 21 يوم بسبب مرض أو حادث غير مهني، أو في حالة تغيبات متكررة بسبب مرض غير مهني، الذي تعلم الهيئة المستخدمة طبيب العمل بهذه التغيبات قبل استئناف العمل⁴.

الفرع الثاني : حماية طبيب العمل لعمل الأطفال و المعوقين :

أولاً- حماية طبيب العمل لعمل الأطفال : حسب احصائيات منظمة العمل الدولية، يعمل 179 مليون طفل في ظروف عمل خطيرة، و 111 مليون ممن يعملون في تلك الأعمال الخطرة هم تحت عمر الخامسة عشرة و 73 مليون من الأطفال العاملين في العالم هم تحت عمر العشرة سنوات.

1 نصت المادة 54 من القانون رقم 85-05 على أنه : "يجب على أي طبيب أن يعلم فوراً المصالح الصحية المعنية بأي مرض معد شخصه، و إلا سلطت عليه عقوبات إدارية و جزائية". كما نصت المادة 68 من القانون 83-13: "تحسباً لتمديد الجداول و مراجعتها، و كذلك لاتقاء الأمراض المهنية يلتزم كل طبيب بالتصريح بكل مرض يكتسي حسب رأيه طابعاً مهنياً".

2 أوزجان يشار، المرجع السابق، ص 2.

3 المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 93-120 السالف الذكر.

4 المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 93-120 السالف الذكر. راجع أيضاً: يوسف فلوح أحمد، المرجع السابق، ص 46، 47.

لذلك نصت المادة 17 من القانون رقم 88-07 على أن: "يخضع وجوبا كل عامل أو متمهن للفحوص الطبية الخاصة بالتوظيف وكذا الفحوص الدورية و الخاصة و المتعلقة باستئناف العمل. و يكون المتمهنون موضوع عناية خاصة..." و أكد المشرع على إجبارية هذه الفحوص بالنسبة للمتمهين بموجب المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 93-120، و العمال الذين تقل أعمارهم عن 18 سنة، أي العمال الأطفال، حيث نجد أن أغلب المتمهين هم عبارة عن أطفال لجأوا إلى عقود التمهين نتيجة تسربهم من المدارس و المؤسسات التعليمية.

مما لا شك فيه أيضا، أن كثيرا من الأعمال التي توكل للأطفال، تبعث على القلق، بسبب ما تعكسه من مخاطر صحية تتعرض لها حياته، سواء في العمل تحت سطح الأرض أو النشاط الصناعي، فعلى سبيل المثال، قد ثبت أن الرصاص يحدث اضطرابات شخصية و يؤثر في النمو لدى الأطفال، و هذا ما دلت عليه دراسة أمريكية خصت 2146 طفل أمريكي سنة 1979¹.

لذلك قررت معظم قوانين الدول العربية، حظر تشغيل الأطفال في الأعمال الخطرة قبل سن معينة، ففي القانون التونسي يكون الحد الأدنى لسن العمل في الأعمال الخطرة 18 سنة، و ذلك بالنسبة للأعمال تحت الأرض و استرجاع المعادن القديمة أو تحويلها أو إيداعها، و في لبنان، يكون الحد الأدنى لسن العمل في هذه الأعمال 16 سنة للأعمال الأكثر خطورة و 13 سنة لبعض الأعمال و المهن التي تقيد ممارستها بضرورة توافر شرط الصلاحية الطبية، أي بعد رخصة طبيب العمل².

ثانيا- حماية طبيب العمل لعمل المعوقين : نصت المادة 12 من القانون رقم 88-07 على أن: "يهدف طب العمل إلى تعيين و إبقاء العمال في عمل يتماشى و قدراتهم الفيزيولوجية و النفسية و كذا تكييف العمل مع الانسان و كل إنسان مع مهمته. تخفيض حالات العجز و ضمان تمديد الحياة النشيطة للعامل" و هنا نخص بالذكر تهيئة طبيب العمل للمعاقين مع طبيعة أعمالهم حتى يتمكنون من مواصلة مساهمهم المهني، و دوره كذلك في إعادة إدماج العمال الذين أصيبوا بإعاقات بسبب إصاباتهم بحوادث العمل، حيث يستطيع طبيب العمل البحث عن المناصب التي لا يمكن من الواجهة الطبية تعيين العامل فيها و المناصب التي تلائمه أكثر³.

يمكن استفادة العامل المعاق بسبب حادث عمل أيضا إلى تحويل في منصب عمل يتماشى مع وضعيته الصحية الجديدة، و هنا يخضع هذا العامل لفحص طبي جديد يهدف إلى التأكد من أهليته لمنصب العمل المرشح لشغله⁴.

المبحث الثاني : دور طبيب العمل في حماية بيئة العمل :

قد تلعب ظروف العامل الصحية و النفسية دورا في زيادة المخاطر، فقلة الاهتمام و الإهمال أو التعب و الإرهاق كلها أسباب كافية لحدوث الإصابة و جعل العامل يتألم لفترات طويلة و قد تؤدي إلى فقدته لأحد أعضائه أو حتى وفاته، و تكون الكارثة أكبر إذا أدى هذا الحادث إلى إصابة بقية العمال، كما في حالة الاختناق أو التسمم أو انتشار الحريق أو الإشعاعات في المصانع المنتجة للمواد الكيميائية أو المشعة و ما شابه ذلك، و هذا يؤدي حتما إلى وقوع كوارث بيئية تضر بنظام الطبيعة.

1 يوسف فلوح أحمد، المرجع السابق، ص 31.

2 صلاح علي حسن، التنظيم القانوني لتشغيل الأحداث دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2012، ص 121.

3 المادة 13 فقرة أخيرة من المرسوم التنفيذي رقم 93-120 السالف الذكر.

4 المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 93-120 السالف الذكر.

إن تزايد وتيرة العمل، هي الأخرى، من شأنها أن تشكل ضغطا كبيرا على العمال، خاصة في حالة لجوء المؤسسة إلى التقلصات في عدد العمال، و التي تترجم بضياح الكفاءات مما يثقل عاتق بقية العمال فتؤثر سلبا على تركيزهم و من ثم على أمنهم مما يزيد من حوادث العمل، التي تسجل سنويا في العالم حوالي 250 مليون حادث عمل، و 300 ألف وفاة في أماكن العمل، سببها الأول حسب منظمة العمل الدولية هو التعب و العمل الشاق لطول مدة العمل التي تصل أحيانا إلى 60 ساعة عمل في الأسبوع¹.

يهدف طب العمل بصفة خاصة إلى مراقبة أماكن العمل و تحسين ظروف العمل و حماية البيئة من حيث النظافة و الطبيعة و حدوث الكوارث (بيئية أو وبائية). و حتى يتسنى لنا معرفة دور طبيب العمل في حماية بيئة العمل (مطلب ثان)، لا بد من التعرف على مفهوم بيئة العمل (مطلب أول).

المطلب الأول : مفهوم بيئة العمل :

الفرع الأول : تعريف بيئة العمل :

يقصد ببيئة العمل المكان الذي يمارس فيه العمال نشاطاتهم، بما يحتوي على مؤثرات طبيعية أو اصطناعية منشأة أقيمت للعمل، كالمكاتب و المصانع و غيرها من أمكنة العمل. و بيئة العمل تختلف عن مكان العمل و محيطه. فمكان العمل هو الحيز الجغرافي الطبيعي الذي يمارس فيه العمال نشاطاتهم الفكرية و اليدوية، طيلة ساعات العمل، أما محيط العمل فهو المكان الذي يمارس فيه العمال نشاطاتهم الفكرية و اليدوية، إضافة إلى المنشآت التابعة لهذا المكان، كالملاعب الجوارية أو قاعة ممارسة الرياضة، أو الأمكنة الترفيهية الأخرى، التي تعتبر كملحقات لأمكنة العمل. أما بيئة العمل، فهي أشمل من ذلك، فهي مكان العمل و محيطه، إضافة إلى العديد من الجوانب و المعايير المطبقة في المؤسسة، فهي عبارة عن أساليب و ممارسات الإدارة و القيادة و تقييم الأداء، و برامج التكوين و التطوير و السياسات المحفزة للنجاح، و دعم العمل الجماعي، و الأجور و المكافآت و التقدير المعنوي و المادي... و غير ذلك من المعايير و العوامل المحفزة و الجاذبة التي تسهم في سعادة و رضا الموظفين و شعورهم بالأمن².

¹Dharam GHAI, Travail décent : concept et indicateurs, Revue internationale du travail, vol. 142(2003), n°2, OIT, p 130.

فمن الأخطار المميتة التي جرت في الولايات المتحدة الأمريكية، هي تلك الناجمة عن حوادث تحطم الطائرات التي أثبتت التحريات بأنه يتسبب في حدوثها تعب الطيارين و عدم راحتهم الكافية نتيجة عملهم لساعات طويلة، فينتج عن ذلك وفاة مئات الضحايا. و راجع أيضا في هذا الشأن مذكرتنا "أثر الخوصصة على علاقات العمل دراسة مقارنة"، مذكرة ماجستير في القانون الاجتماعي، جامعة مستغانم، كلية الحقوق، 2010-2011، ص 85.

²جهل محمد، بيئة العمل في التشريع الاجتماعي الجزائري، مقال منشور بمجلة القانون الاجتماعي، مخبر القانون الاجتماعي، جامعة وهران، العدد 3، دار الغرب للنشر و التوزيع، 2013، ص 80.

لذلك اهتمت منظمة العمل الدولية بحماية حقوق العمال، لاسيما تلك المتعلقة بحماية سلامتهم و أمنهم و صحتهم و توفير لهم بيئة عمل آمنة، إذ يتجسد ذلك من خلال إصدارها لعدة توصيات و اتفاقيات دولية¹، نادت بضرورة الاهتمام بتحسين ظروف العمل من أجل رفع مستوى حماية العمال من المخاطر الصحية.

الفرع الثاني : علاقة بيئة العمل بقواعد السلامة المهنية و دور طبيب العمل في تفعيلها :

لقد اهتمت المؤسسات المستخدمة بالدرجة الأولى بتحقيق الربح و أهملت الأمن الصناعي الذي يعتبر السبب الرئيس في الحفاظ على الرأس المال البشري و الممتلكات المادية في المؤسسة من خطر الإصابة و التلف، لذلك ظهر حديثا علم جديد يسمى بالسلامة المهنية، فهو ذلك العلم الذي يهتم بالحفاظ على سلامة و صحة الإنسان من المخاطر التي قد يتعرض لها بسبب أداء العمل، و ذلك بتطبيق مجموعة من القواعد تهدف إلى تأمين بيئة عمل آمنة خالية من مسببات حوادث العمل و الأمراض المهنية.

يعتبر الاهتمام بالسلامة المهنية مظهرا من مظاهر التطور الإداري و التخطيط الاقتصادي الناجح، كما تعتبر انعكاسا للوعي العام و المؤسس بأهمية السلامة و دورها كقطاع انتاجي مهم، و السلامة بمفهومها الحديث تعني الحفاظ على عناصر الانتاج الرئيسية المتمثلة في الانسان داخل المؤسسة و خارجها، المواد الخام و المواد المنتجة، المعدات و أدوات الانتاج، البيئة المحيطة من ماء و هواء و تراب². لذلك ألزم المشرع أصحاب العمل باتخاذ كل التدابير الوقائية لحماية صحة العمال، لاسيما تشكيل لجان الوقاية الصحية و الأمن و النظافة التي يعتبر طبيب العمل عضوا فاعلا فيها، إضافة إلى إعدادها لمخطط الوقاية (un plan de prévention)³ بمشاركة هذه اللجان.

فلا يمكن الحديث عن بيئة العمل دون التطرق إلى الالتزام بقواعد الصحة و السلامة المهنية في مكان العمل، للارتباط الوثيق بينهما، لأنه ثمة علاقة طردية بينهما، فتحسين السلامة المهنية يؤثر إيجابا على ظروف العمل و الانتاجية و على العكس فإن عدم توفير السلامة المهنية يؤدي حتما إلى تدهور ظروف العمل مما ينقص انتاجية العمال بصفة عامة⁴.

تبعاً لذلك فإنه يناط لطبيب العمل مهمة تكييف وقت عمله الذي يخصصه لرقابة وسط العمل في الهيئات المستخدمة و تحسين ظروف العمل تماشياً مع طبيعة الأخطار و عدد العمال و الشكل الذي ينظم وفقه طب العمل⁵.

1 منها مثلاً: التوصية الدولية رقم 97 المتعلقة بحماية صحة العمال، المصادق عليها بالمؤتمر العام للمنظمة المنعقد بتاريخ 25 جوان 1953، و التوصية رقم 112 الصادرة بشأن خدمات الصحة المهنية في أماكن العمل، المصادق عليها بالمؤتمر العام للمنظمة المنعقد بتاريخ 24 جوان 1959، الاتفاقية الدولية رقم 148 التي تهدف إلى حماية العمال من المخاطر المهنية الناجمة عن تلوث الهواء و الضوضاء و الاهتزازات في بيئة العمل، المصادق عليها بتاريخ 01 جوان 1977، و التي بدأ في تنفيذها بتاريخ 11 جويلية 1979، و التوصية رقم 156 المكمل لها الصادرة بنفس التاريخ، إلا ان الجزائر لم تصادق على هذه الاتفاقيات و التوصيات إلى يومنا هذا، إلا انها صادقت على الاتفاقية الدولية رقم 155 المتعلقة بالسلامة و الصحة المهنيين و بيئة العمل، كما أشرنا سابقاً. و على الاتفاقية الدولية رقم 167 بشأن السلامة و الصحة في البناء المعتمدة بجنيف في 20 جوان 1988، بموجب المرسوم الرئاسي رقم 06-60 المؤرخ في 11 فيفري 2006، ج ر العدد 07 لسنة 2006. راجع بن عزوز بن صابر، الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، الكتاب الأول، مدخل إلى قانون العمل الجزائري، دار الخلدونية، ط 1، 2009، ص 108.

2. إيداد أبو سالم، الأمن الصناعي،

3 François DUQUESNE, Manuels, Droit du travail, Gualino éditeur, 2eme édition, 2006, p 765.

4 جهل محمد، المرجع السابق، ص 83.

5 المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 93-120 السالف الذكر.

المطلب الثاني : صلاحيات طبيب العمل لحماية بيئة العمل :

يشارك طبيب العمل في أشغال الهيئات المكونة قانونا في الهيئات المستخدمة بشأن جميع المسائل المتعلقة بحفظ الصحة الأمن و طب العمل¹، و بالتالي يمكن لطبيب العمل أن يشارك في تحديد مخطط السلامة، أو في وضع خطة طوارئ للمخاطر الصناعية و الطبيعية المتوقعة، و ذلك بهدف توفير الحماية للمؤسسة و للعمال عند حلول الكارثة.

كما يعتبر طبيب العمل مستشارا للهيئة المستخدمة في مجال تحسين ظروف الحياة و العمل، و النظافة العامة في أماكن العمل، نظافة مصالح الإطعام و مراكز الاستقبال و أماكن الحياة، من المخاطر البيولوجية مثل الإصابة البكتيرية أو الفيروسية أو الإصابة المرضية الناتجة عن الفطريات و الطفيليات، و ذلك بأخذ عينات من الهواء و الماء و غيرها المتواجدة داخل هذه الأماكن و اجراء التحاليل اللازمة لمعرفة مدى نقاوة بيئة العمل من مصادر الإصابة المرضية السابقة، و إمداد العامل بوسائل الوقاية اللازمة من خطرهما².

كما يعمل طبيب العمل على تكييف مناصب العمل و تقنياته و وتأثره مع البنية الجسمية البشرية، حماية العمال من الأضرار خاصة من استعمال المواد الخطرة و أخطار حوادث العمل و الأمراض المهنية، و إرشاد العمال في ميادين الصحة و النظافة و الأمن في وسط العمل³، لذلك ألزم المشرع صاحب العمل بإطلاع طبيب العمل بطبيعة المواد المستعملة و تركيباتها و كفاءات التعامل بها و المناصب التي تعالج فيها هذه المواد⁴، حتى يتمكن من معرفة الأخطار المنجرة عن سوء استعمالها و تبصير العمال بمخاطرها و تلقينهم الطرق الصحيحة للتعامل بها و الوقاية من أخطارها و يوصي صاحب العمل بتوفير وسائل الوقاية من هذه المخاطر، أو يقترح ما من شأنه تحسين ظروف العمل خاصة فيما يتعلق بالبنيات، التجهيزات المستجدة، و ملائمة تقنيات العمل للتركيب الجسمي للعامل، استبعاد المستحضرات الخطيرة و تخزينها بالطرق السليمة، دراسة مثيرة العمل داخل المنشآت⁵، و استعمال طرق و إدخال وسائل و أساليب عمل جديدة.

يستطيع أيضا المساهمة في تحسين ظروف العمل، بمراقبته مدى التزام العمال بوسائل الوقاية الصحية، نظرا لتمتعه بحرية الدخول إلى كل أماكن العمل و تلك المخصصة لراحة العمال في أي وقت⁶، فهنا يمكن أن يدرب العمال على استخدام الاسعافات الأولية، و أدوات الوقاية من الحوادث و الأمراض المهنية أو الأمراض ذات الطابع المهني، فهذه الأخيرة تختلف عن الأولى في كونها لم تذكر ضمن قائمة الأمراض المهنية، و بالتالي يمكن إضافتها بعد

1 المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 93-120 السالف الذكر.

2 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأحكام العامة لعقد العمل الفردي، الخصائص، الآثار، الانقضاء في ضوء قانون العمل الموحد و قضاء النقض العمالي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط 1، 2004، ص 148.

3 المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 93-120 السالف الذكر.

4 المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 93-120 السالف الذكر.

5 زكرياء المرابط و يوسف الحمودوني، المرجع السابق، ص 24. راجع المواد 321 و 322 من مدونة الشغل المغربية.

6 المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 93-120 السالف الذكر.

مراجعة القوائم، علما أنها لم تراجع منذ وضعها سنة 1996، و طبيب العمل يلعب الدور الأساسي بحكم صلاحياته القانونية في الكشف عن الأمراض ذات الطابع المهني¹، كما أشرنا سابقا.

كما يسجلها في السجلات الخاصة بها، ليستغلها في إعداد الدراسات و الاحصائيات عن الحالة الصحية للعمال التي لها صلة بوسط العمل التي من خلالها يمكن تحليل و استنتاج أسباب حدوث تلك الأمراض و يبين مدى ارتباطها و تأثيرها بظروف العمل داخل المنشآت و أماكن العمل، و يجرر تقريره السنوي الذي يرسله المستخدم مشفوعا بملاحظات ممثلي العمال إلى مصلحة طب العمل في القطاع الصحي المختص².

بناء على ذلك يقترح تدابير وقائية أو علاجية يجب أن تأخذ بعين الاعتبار من طرف الهيئة المستخدمة، و إذا لم تأخذ آراء طبيب العمل بعين الاعتبار، أمكنه اخطار مفتش العمل المختص اقليميا، الذي يدرس الملف مع الطبيب المختص المكلف بوظيفة الرقابة و التفتيش³.

الخاتمة :

منح المشرع الجزائري طبيب العمل صلاحيات واسعة في مجال الوقاية الصحية و الأمن لأجل حماية صحة و سلامة العمال و كذا بيئة العمل، بحكم أن هذه الأخيرة تؤثر و تتأثر بصحة العمال، فتدهور صحة العمال من شأنه المساس بسلامة الأجهزة و محال العمل، فتعب العمال و عملهم في ظروف سيئة يشنت أفكارهم مما يؤثر سلبا على طريقة عملهم، و تعاملهم مع هذه المواد و الأجهزة، التي تعرضهم لأخطار مهنية مختلفة، قد تصل إلى أضرار كارثية تؤدي بحياة العديد من العمال، و يمكن أن تؤدي إلى انفجارات أو حرائق كبيرة قد تتعدى محيط العمل، لتصل إلى المحيط الخارجي المجاور للمؤسسة، و من هنا لا بد لطبيب العمل التدخل لمعالجة أو التقليل من ارتكاب تلك الأخطاء و الوقاية من الأمراض، و يخطر صاحب العمل بكل اجراء يراه مناسبا و ضروريا لتفادي كل ذلك.

في حالة معاينة تهاون أو خطر لم تتخذ المؤسسة بشأنه الاجراءات المناسبة، يتعين على طبيب العمل اخطار الجهات المعنية للرقابة و التفتيش، الأمر الذي يجعله عرضة لضغوطات المستخدم، التي قد تصل إلى حد الانهاء التعسفي باعتباره عاملا تابعا لسلطة المستخدم، و من هنا يجب إعادة النظر في هذه العلاقة، إذ كيف يتمكن طبيب العمل أداء واجباته باستقلالية تامة و هو لا يتوفر على حماية كافية تحميه من تعسف صاحب العمل، لذلك يجب ترك تلك العلاقة مستقلة عن تبعية الهيئة المستخدمة.

1 يوسف فلوح أحمد، المرجع السابق، ص 31.

2 المادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 93-120 السالف الذكر.

3 المادة 32 من القانون رقم 88-07 السالف الذكر. و المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 93-120 السالف الذكر.

مدى النزاع الإدارة بتنفيذ القرارات القضائية الإدارية الصادرة ضدها



ميمونة سعاد أستاذة بجامعة تلمسان

باحثة بصف الدكتوراه في القانون العام

مقدمة :

لقد استطاع القانون الإداري، رغم حداثة على أن يفرض وجوده ضمن بقية القوانين الأخرى، ليكون في الأخير فرعا من فروع القانون العام. وتحدثنا عن القانون الإداري دفعنا بالضرورة إلى الحديث عن نشاط الإدارة وما تثيره هذه الأنشطة من منازعات، مع الأشخاص الطبيعية والمعنوية، هذه المنازعات تتجسد بشكل خاص في دعوى الإلغاء ودعوى التعويض، وقد بات من الواضح أن هذه المنازعات التي تعرض على القضاء الإداري تثير مشكلات هامة، سواء أثناء الخصومة القضائية لتتعدد أكثر فأكثر بمجرد صدور القرار القضائي الذي يفصل تلك المنازعة.

وإذا رجعنا إلي المادة 145 من دستور 1996 أكدت على الصرامة في تنفيذ الأحكام القضائية بقولها :
"....على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم في كل وقت وفي جميع الظروف بتنفيذ أحكام القضاء".

ولما كان الامتناع المتعلق بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية، الصادرة في مواجهة الأفراد لا يثير مشاكل كثيرة لسبب واحد : هو أن الإدارة تملك في مواجهة الأفراد كل الوسائل القانونية، لإجبارهم على الامتثال لأحكام القضاء باعتبارها المشرفة على وسائل التنفيذ الجبري. لذا سوف تقتصر الدراسة على كيفية تعامل الإدارة مع القرارات القضائية الصادرة ضدها، وذلك لأن هذا الأمر لا زال يثقل كاهل المتقاضى الذي لا يجد بدلا سوى الانتظار حتى ترضخ الإدارة وتنفذ ما عليها من أحكام قضائية. ومنه فما مصير القرار القضائي الإداري الصادر في مواجهة الإدارة ؟

للإجابة على هذا التساؤل قسمنا البحث إلى مبحثين: يتضمن المبحث الأول تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الصادرة ضدها، أما المبحث الثاني فيتضمن عدم تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الصادرة ضدها.

المبحث الأول : تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية الصادرة ضدها :

إن تنفيذ الإدارة للقرار القضائي الصادر ضدها يتطلب توفر الشروط الآتية :

- أن يتضمن القرار القضائي التزاما معيناً تقوم به الإدارة.
- أن يتم تبليغ القرار القضائي للإدارة¹.
- أن يكون القرار القضائي مهوراً بالصيغة التنفيذية².
- ألا يكون هناك قرار قضائي آخر صادر بوقف التنفيذ³.

ومنه القرار القضائي الإداري يتمتع بالقوة الملزمة فالالتزام بتنفيذه يقع بمجرد إعلانه إلى الأطراف حتى ولو كان ابتدائياً، وذلك لماله من خاصية النفاذ المعجل بعكس الأحكام القضائية الأخرى التي لا تثبت لها هذه القوم الملزمة إلا بعد تمتعها بقوة الشيء المقضي به، أي بعد أن تصبح نهائية. وبناء على ذلك لا يمكن للإدارة أن تتصل من واجبها في اتخاذ جميع التدابير والإجراءات اللازمة لتنفيذ هذا القرار والتي تختلف باختلاف موضوعه، فيما أن يكون قراراً صادراً في دعوى تجاوز السلطة أو صادراً في دعاوى القضاء الكامل و بالأخص القرار الصادر بالتعويض.

المطلب الأول : تنفيذ الإدارة لقرارات الإلغاء :

إن القرارات الصادرة في دعوى تجاوز السلطة تفرض على الإدارة أثناء تنفيذها التزامين قانونيين: التزام إيجابي والآخر سلبي.

الفرع الأول : الالتزام الإيجابي :

مفاده أن على الإدارة أن تتخذ جميع الإجراءات الضرورية واللازمة لإعادة الوضع كما كان عليه سابقاً قبل صدور القرار الملغى وإزالة جميع آثاره القانونية منها أو المادية، وذلك من يوم صدوره إضافة إلى تنفيذ القرار القضائي الإداري تنفيذاً حقيقياً لا صورياً.

والالتزام الإيجابي للإدارة يمكن تحديده في أربع صور :

- التزام الإدارة بتنفيذ القرار القضائي الإداري بأثر رجعي.
- التزام الإدارة باستبدال القرار الإداري الملغى.
- التزام الإدارة نحو الأعمال القانونية التي رتبها القرار الإداري الملغى.
- التزام الإدارة نحو الأعمال المادية التي نتجت عن القرار الإداري الملغى.

1- يتم التبليغ طبقاً للمواد 894 و 895 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

2- المادة 601 من نفس القانون.

3- المنصوص عليه في المواد 913 و 914 من القانون نفسه .

أولا : التزام الإدارة بتنفيذ القرار القضائي الإداري بأثر رجعي :

أي أن القرار القضائي الإداري الصادر بالإلغاء له اثر رجعي، بمعنى أن القرار الإداري المحكوم بإلغائه يعتبر كأن لم يكن ويجب أن تتمحي جميع الآثار المترتبة عليه بناء على قاعدة مفادها ما بني على باطل فهو باطل، وبالتالي فالقرار الإداري الصادر بتنفيذ القرار دعوى تجاوز السلطة يسري مفعوله من وقت صدور القرار الملغى لا من زمن إلغاء القرار غير المشروع. هذا المبدأ هو من إنشاء مجلس الدولة الفرنسي و يجد المجال الخصب لتطبيقه في ميدان الوظيفة العامة و في هذا الصدد يعد قرار مجلس الدولة الصادر في قضية "روديار" ومما جاء في هذا القرار: "...إذا كان المبدأ يقتضي بان تنظيمات وقرارات السلطة الإدارية باستثناء تلك المتخذة تنفيذا لقانون له اثر رجعي لا يمكن أن تفصل إلا بالنسبة للحاضر فان هذه القاعدة يرد عليها استثناء، عندما تتخذ تلك القرارات تنفيذا لقرار صادر عن مجلس الدولة و الذي وبواسطة الإبطالات التي يصرح بها تنتج بالضرورة بعض الآثار في الماضي بسبب أن القرارات محل الإبطال لتجاوز السلطة تعد كأنها لم تصدر أبدا..."¹.

لكن ما يلاحظ بان تطبيق هذا المبدأ يواجه صعوبات حمة من الناحية العلمية من ذلك مثلا: حالة إلغاء قرار تعين موظف ، حيث انه ونظرا لان القرارات التي اتخذها الموظف من تاريخ تعيينه إلى تاريخ إلغاء ذلك التعيين قد رتبت مراكز قانونية محددة فلا يمكن اعتبار هذه القرارات كان لم تكن بل هي صحيحة استنادا إلى نظرية الموظف الفعلي².

ثانيا : التزام الإدارة باستبدال القرار الإداري الملغى :

هناك حالات تتطلب من الإدارة اتخاذ قرارات إدارية لتنفيذ القرار القضائي الصادر بالإلغاء واستبدال القرار الإداري الملغى بقرار آخر سليم قد يكون جوازيا وقد يكون وجوبيا وقد يتم بطريقة تلقائية.

فيكون الاستبدال جوازيا بالنسبة للإدارة إذا كان القرار الصادر بالإلغاء يلزمها باتخاذ قرار آخر محل القرار الملغى مثال : إلغاء قرار إداري صادر محل إحدى الجمعيات³.

وقد يكون الاستبدال وجوبيا وذلك عندما تكون هناك حاجة لملئ الفراغ القانوني الناشئ عن قرار الإلغاء مثال : طلب احدهم رخصة بناء فرفضت الإدارة يجوز لهذا الشخص الطعن بدعوى تجاوز السلطة فإذا صدر قرار قضائي بإلغاء قرار الرفض وجب على الإدارة إصدار قرار إداري بالترخيص بالبناء إذا توافرت الشروط.

وفي حالات أخرى يتم استبدال القرار الإداري محل الإلغاء بصفة تلقائية أو آلية كما لو كان القرار الملغى صدر تعديلا أو إلغاء لقرار إداري سابق له، ومنه القرار القضائي الصادر بإلغاء القرار اللاحق يؤدي بطريقة تلقائية إلى

1- Charles DEBBASCH, Jean CLAUDE RICCI, Contentieux administratif, 7ème édition, Dalloz, 2001, p826.

2- شادية ابراهيم المحروقي، الإجراءات في الدعوى الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص292. والموظف الفعلي هو شخص يوجد عيب جسيم في قرار تعيينه أو ان قرار تعيينه لم يصدر على الإطلاق ومارس مهام إدارية، فطبقا لنظرية الموظف الفعلي فان هذه الأعمال تعتبر مشروعة إذا كنا في الظروف العادية على أساس الظاهر واحترام الغير حسن النية، أما إذا كنا في الظروف الاستثنائية فهي مشروعة على أساس فكرة الضرورة تبيح المحذور.

3 - شادية إبراهيم المحروقي، المرجع السابق، ص294.

ظهور أحكام القرار السابق ووضعها موضع التنفيذ مرة أخرى مثال : في البداية صدر قرار بإحالة موظف إلى التقاعد ثم صدر قرار بفصل هذا الموضوع رفع هذا الموظف دعوة تجاوز سلطة فصدر قرار قضائي بإلغاء قرار الفصل، ومنه فمن شأن إلغاء القرار اللاحق الذي هو قرار الفصل إحياء القرار السابق الخاص بإحالة الموظف إلى التقاعد.

ثالثا : التزام الإدارة نحو الأعمال القانونية التي رتبها القرار الإداري الملغى :

إن الأعمال القانونية للإدارة تنقسم إلى قسمين أعمال صادرة بإرادة منفردة هي القرارات الإدارية وأعمال أخرى صادرة باتفاق الإيرادات تسمى عقود الإدارة وتنقسم إلى عقود إدارية وعقود خاصة.

وتطبيقا لمبدأ الأثر الرجعي في تنفيذ القرار القضائي الصادر في دعوى تجاوز السلطة فإن الإدارة ملزمة كقاعدة عامة بإلغاء جميع الأعمال القانونية التي ترتبت عن تنفيذ القرار الذي تم إلغاؤه، ومنه فعملية تنفيذ القرار القضائي تختلف باختلاف القرار الأصلي محل الإلغاء¹ فإما أن يكون قرارا تنظيميا أو فرديا أو يكون جزء من عملية قانونية مركبة.

- إذا كان القرار الأصلي قرار تنظيميا : إذا تم الطعن في القرار التنظيمي الأصلي والقرارات الفرعية المترتبة عليه في آن واحد فإن مصيرها الإلغاء². أما إذا تم الطعن في القرار التنظيمي الأصلي ولم يطعن في القرارات الفرعية الصادرة عنه فلا يمكن إلغاؤها لأنها رتبت حقوق مكتسبة، أما إذا وجه الطعن للقرار الفردي الناتج عن قرار تنظيمي لم يطعن فيه فعلى القاضي الإداري أن يتصدى لفحص مشروعية القرار التنظيمي أولا ، فإذا تبين مخالفته لمبدأ المشروعية فمصير القرار الفردي هو الإلغاء.

- إذا كان القرار الأصلي قرار فرديا : وصدرت قرارات فردية أخرى استنادا عليه فالقاعدة هي إلغاء وبطلان جميع القرارات المرتبطة بالقرار الملغى، وهذا متى ثبت أن القرار اللاحق ما كان ليصدر لولا صدور القرار الأصلي الذي قرر إلغاؤه³.

- إذا كان القرار الإداري يدخل في عملية قانونية مركبة : كالعقد الإداري مثلا هنا يجب التمييز بين كون قرار الإلغاء سابق على التعاقد وبين صدوره بعد إبرام العقد.

ففي الحالة الأولى مجرد صدور قرار قضائي إداري يتضمن الإلغاء كاف لان يقضي على العقد المزمع إبرامه، أما إذا صدر قرار الإلغاء بعد إبرام العقد فانه لا يؤثر على هذا الأخير لان دعوى تجاوز السلطة تنصب على مخاصمة القرار الإداري فقط ولا يمكن رفعها على العقود الإدارية.

رابعا : التزام الإدارة نحو الأعمال المادية التي نتجت عن القرار الإداري الملغى :

هي تلك الأعمال التنفيذية المادية الناتجة عن تنفيذ القرار الإداري قبل القضاء بإلغائه كنزع الملكية أو الاستيلاء على عين ...، فالإدارة ملزمة بإزالة جميع هذه الآثار عن طريق قيامها بإزالة جميع هذه الآثار، عن طريق قيامها بجميع

1 - عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص325.

2 - عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع نفسه، ص325.

3- مصطفى ابو زيد فهمي وماجد راغب الحلوى، الدعوى الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 311.

الإجراءات اللازمة لإزالة مظاهر التنفيذ المادي الناتجة عن القرار الملغى، لكن أحيانا يصعب على الإدارة أن تزيل الإثارة المادية للقرار لان الأمر مرتبط بنوعية الآثار التي يربتها القرار محل الإلغاء مثال ذلك : إلغاء قرار إداري صادر بمنع تجمع في مناسبة معينة ثم الغي القرار بموجب قرار قضائي إداري، فالتنفيذ هنا يصبح بدون جدوى لأنه من غير الممكن السماح بالتجمع و ذلك لفوات المناسبة المرتبطة به، ولكن هذا لا يمنع الإدارة من تعويض المحكوم له كنتيجة لاستحالة التنفيذ العيني لقرار الإلغاء.

الفرع الثاني : الالتزام السلبي :

ويقصد به امتناع الإدارة عن اتخاذ أي إجراء يمكن اعتباره تنفيذا للقرار الإداري المقضي لإلغائه، وذلك بالامتناع عن تنفيذ القرار الإداري الملغى أو إعادة إصداره وإحيائه مرة ثانية¹.

وتتمثل صور الالتزام السلبي فيما يلي :

1- الالتزام بعدم تنفيذ القرار الإداري محل الإلغاء : يتعين على الإدارة أن تتوقف عن تنفيذ القرار الإداري المقضي بإلغائه بمجرد صدور القرار القضائي إذا كانت مستمرة في التنفيذ، كما يجب عليها لا تبدأ في التنفيذ إذا لم تكن قد بدأت فيه قبل صدور القرار القضائي.

2- الالتزام بعدم إعادة إصدار القرار الإداري محل الإلغاء : تلتزم الإدارة بعدم إعادة إصدار القرار الملغى سواء في صورته الأولى، أو بإضفاء عليه بعض التعديلات لكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء، إذا ما شاب القرار الملغى عيب من العيوب الخارجية كعيب الشكل أو الاختصاص، فهنا لا تمنع الإدارة من إعادة إصدار القرار الملغى متى تم تصحيح هذه العيوب².

المطلب الثاني : تنفيذ قرارات التعويض :

يصدر القرار القضائي الإداري بالتعويض بناء على مسؤولية الإدارة القائمة إما على أساس الخطأ

أو بدون خطأ، وهذا القرار يكون في غالبه عبارة عن مبالغ تلتزم الإدارة بصرفها لمن صدر لصالحه، ويكون ذلك باتخاذ جميع الإجراءات التي تؤدي إلى تنفيذه.

الفرع الأول : طرق تنفيذ القرار القضائي الإداري الصادر بالتعويض :

كقاعدة عامة يكون تنفيذ هذا النوع من القرارات القضائية اختياريا من طرف الإدارة، ويخضع في ذلك للإجراءات التي يتم بها تسجيل النفقات في الميزانية وإصدار الأمر بصرفها. وتعد التعويضات المالية التي تلتزم بها الإدارة في القرار القضائي الإداري الصادر ضدها من النفقات المالية الإلزامية، وإما أن تكون من النفقات العادية أو المحتملة من التعويضات المتعلقة بمرتبات الموظفين، أو أن تكون من المبالغ والتعويضات غير المحتملة كالتعويضات التي يحكم بها على أساس نظرية المخاطر.

1- اعد علي حمود القيسي، القضاء الإداري وقضاء المظالم، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 1999، ص242.

2- سامي جمال الدين، دعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991، ص398.

ومنه فان طرق تنفيذ القرار القضائي الإداري الصادر بالتعويض لا تختلف عن تلك التي حددها القانون المدني الجزائري حيث نص على أنه : "يعين القاضي طريقة التعويض مقسطة، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بان يقدر تأمينا.

ويقدر التعويض بالنقد، على انه يجوز للقاضي تبعا للظروف و بناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وأن يحكم ذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع"1.

الفرع الثاني : إجراءات تنفيذ القرار القضائي الإداري الصادر بالتعويض :

لقد تدخل المشرع الجزائري في هذا الموضوع ووضع قواعد قانونية لتنفيذ القرارات القضائية المتضمنة إدانة مالية والصادرة ضد الإدارة، وقد تجسد ذلك في القانون رقم 91-02 المؤرخ في 08 جانفي 1991 المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء2.

هذا القانون جعل مهمة تنفيذ أحكام القضاء التي تتضمن إدانة مالية من اختصاصات أمين الخزينة على مستوى الولاية، وسواء تعلق الأمر بتنفيذ القرارات القضائية بين الإدارات العمومية أو بين الأفراد والإدارة العمومية، فانه في كلتا الحالتين يتعين أولا تبليغ الإدارة المحكوم ضدها بالقرار مهورا بالصيغة التنفيذية وذلك عن طريق المحضر القضائي. ومنه فالأصل انه يقع على الإدارة واجب تنفيذ هذا القرار القضائي الذي تضمن تعويضا ماليا لكن في أحيان أخرى قد تمتنع الإدارة المدينة عن التنفيذ وهذا ما سوف نتطرق إليه بالتفصيل في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

المبحث الثاني : عدم تنفيذ الإدارة للقرارات القضائية الإدارية الصادرة ضدها :

إن القاعدة العامة تقضي بأن الإدارة ملزمة بتنفيذ القرارات القضائية الصادرة ضدها لكن يرد على هذه القاعدة استثناءين : إما أن الإدارة تمتنع بإرادتها عن تنفيذ القرار القضائي أو لأنه استحال عليها تنفيذه.

المطلب الأول : امتناع الإدارة عن تنفيذ القرارات القضائية الإدارية الصادرة ضدها :

إن امتناع الإدارة عن تنفيذ القرار القضائي الإداري يعد من اخطر الأساليب التي تلجا إليها هذه الأخيرة لمواجهة التنفيذ.

الفرع الأول : صور الامتناع عن تنفيذ القرار القضائي :

يمكن حصر هذه الصور فيما يلي :

- الامتناع الصريح عن التنفيذ.
- الامتناع الضمني عن التنفيذ.

1- المادة 132 .

2 - الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 02، الصادرة بتاريخ 9 جانفي 1991.

- التراخي في التنفيذ.

- التنفيذ الناقص للقرار.

أولا : الامتناع الصريح عن التنفيذ :

يتمثل هذا الامتناع في صدور قرار إداري صريح بالرفض يفهم منه رفض الإدارة القاطع لتنفيذ القرار الإداري، والذي لا يدع مجالاً للشك في مخالفتها لحجية الشيء المقضي به ومجاهرتها بالخروج على أحكام القانون. حيث قد يكون الامتناع الصريح من قبل الإدارة ما هو إلا بدافع شخصي يرمي إلى الانتقام من الشخص الذي أهدر قرارها الإداري وليس بدافع المصلحة العامة.

ومثال ذلك : هو قرار مجلس الدولة الفرنسي القاضي بمايلي: "حيث أن رئيس بلدية اصدر قرار بعزل حارس البلدية عن عمله بدون وجه قانوني، وتم إلغاء القرار من مجلس الدولة الفرنسي غير أن رئيس البلدية أعاد إصدار القرار الملغى وتم إلغاؤه مرة ثانية من طرف مجلس الدولة وتكرر الإصدار والإلغاء حتى بلغ 10 مرات". وكل هذا كان بدافع الانتقام من طرف الحارس وإرضاء لرغبة رئيس البلدية الشخصية¹.

ثانيا : الامتناع عن التنفيذ الضمني :

يرى البعض أن هذه الصورة هي الأكثر شيوعا لان الإدارة هنا تلتزم السكوت إزاء القرار القضائي الإداري الصادر ضدها، دون الحاجة إلى إصدار قرار صريح بالرفض ولكنها تقوم بالاستمرار في تنفيذ القرار الإداري الملغى ومن أمثلة ذلك :

قرار رئيس الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر العاصمة الصادر في 13 ماي 1979 في قضية تتلخص وقائعها أن إدارة الضرائب اقتطعت من إحدى الشركات الفرنسية العاملة بالجزائر مبلغا ماليا قدره 1932677.78 دج بدون وجه حق، فرفعت هذه الأخيرة دعوى أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة لوقف الإجراءات التنفيذية لهذا الاقتطاع ورد المبلغ المقتطع، وكان أن صدر الأمر بذلك غير أن إدارة الضرائب لم تستجب لأمر الغرفة الإدارية ولم تتوقف عن إجراءات التنفيذ إلى غاية تأميم تلك الشركة².

ثالثا : التنفيذ المتأخر للقرار القضائي :

هنا تلجأ الإدارة إلى التباطؤ في تنفيذ القرار القضائي الإداري الصادر ضدها، بالرغم من أن قانون 91-02 المحدد للقواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء السالف الذكر، حدد مدة قصوى لتنفيذ القرار القضائي المتضمن إدانة مالية ضد الإدارة، فقد اوجب على أمين الخزينة العامة أن يتخذ إجراءات السداد في اجل أقصاه شهران من تاريخ إيداع طلب التنفيذ بالنسبة لتلك الصادرة لصالح الإدارة، وخلال 3 أشهر بالنسبة للأفراد أما بالنسبة لأحكام الإلغاء كانت تفتقد لمدة تنفيذها في قانون الإجراءات المدنية لكن المشرع تظن أخيرا حيث سمح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد للقاضي الإداري في المواد 978 و 979 بتحديد اجل لتنفيذ التدابير التي فرضها

1- Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,p28.

2- أمر استعجالي إداري رقم 60 صادر بتاريخ 13 ماي 1979، غير منشور.

على الإدارة، وذلك تفاديا لأي مناورة من الإدارة للتهرب مما قضى به وفي حالة عدم تحديد القاضي للمدة للمشرع في المادة 987 حدد مدة 3 أشهر من اجل تنفيذ الإدارة للقرار القضائي الصادر ضدها.

رابعا: التنفيذ الناقص للقرار :

ويسمى أيضا بالتنفيذ الجزئي أو التنفيذ المعيب ومفاده أن الإدارة لا تقوم بالتنفيذ الكامل للقرار القضائي الإداري القرار القضائي الذي يلزم بإعادة الموظف المفصول إلى منصبه وتمكينه من حقوقه المالية فتعمد الإدارة إلى تنفيذ الشق الأول من القرار القضائي دون الثاني.

وقد أشار مجلس الدولة الفرنسي لهذه الحالة في قراره الصادر في 30 جوان 1997 بقوله: " إذا كانت الإدارة قد اكتفت بأداء التعويض المحكوم به دون الفوائد القانونية المترتبة على التأخير في تنفيذه فان هذا يعني: أنها لم تنفذ القرار إلا جزئيا مما يستوجب القضاء ضدها بغرامة تهديديه 500 فرنك يوميا حتى تقوم بدفع هذه الفوائد"1.

الفرع الثاني : جزاء الامتناع عن تنفيذ القرار :

يصطدم التنفيذ في مواجهة الأشخاص المعنوية العامة مع مبدأ عدم قابلية الأموال العامة للحجز عليها. إذ أن حماية المال الموجه للنفع العام تقتضي ألا تنزع ملكيته عن الإدارة جبرا بطريق الحجز عليه، كالأموال التي تخضع لأحكام القانون الخاص غير أن مصداقية القضاء في مواجهة سلطة الإدارة تكمن في فرض تنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر القضائية، وحمل الجميع بما فيهم الإدارة على تنفيذ ما يقضي به وعند رفض الاستجابة يكون لصاحب المصلحة اتخاذ إحدى الاختيارات التالية :

- الإلزام بالدفع عن طريق تقديم السند إلى المحاسب العمومي وهو أمين الخزينة العامة إذا كان الإلزام يتعلق بمبلغ مالي على ذمة الإدارة المقضي ضدها.

- طلب تدخل الجهة القضائية الإدارية التي أصدرت السند التنفيذي.

- اللجوء للقضاء الجزائي².

أولا : تطبيق القانون رقم 91 - 02 :

لم يكن يتضمن قانون الإجراءات المدنية نصوصا صريحا يحيل التنفيذ حينما يتعلق الأمر بالإلزام احد الأشخاص المعنوية العامة بدفع مبلغ مالي محدد القيمة إلى القانون رقم 91 - 02 وهو ما تضمنه القرار الصادر عن المحكمة العليا رقم 118-392 حيث نص على ما يلي : " من المقرر قانونا انه يمكن للمتقاضين المستفيدين من أحكام القضاء التي تتضمن إدانة الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، أن يحصلوا على مبلغ

1- جورج فوديل وبيار ديلفولفييه ، القانون الإداري، الجزء الثاني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2001، ص 225.

2- عملا بالمادة 138 مكرر من قانون العقوبات.

3- قرار المحكمة العليا الصادر في 11-4-1993 ، المجلة القضائية عدد 01 لسنة 1994، ص 191.

الديون لدى الخزينة العمومية التي يقع فيها موطنهم على أن يقدم المعنيون لأمين الخزينة عريضة مرفقة بالوثائق التي تثبت الإجراءات المذكورة". وهذا ما تداركه قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 986 منه.

وقد نص القانون رقم 91-02 على الشروط التالية :

1- عريضة مكتوبة : أي تحرير طلب موجب إلى أمين الخزينة العمومية يشرح الدائن بموجبها أسباب مطالبته بتطبيق أحكام ق 91-02 وهي عبارة عن طلب عادي لا تخضع لشكليات العرائض القضائية.

2- النسخة التنفيذية الأصلية من السند القضائي : سواء كان صادرا عن محكمة درجة أولى أو صادرا عن مجلس قضائي.

3- الوثائق والسندات الدالة على فشل الطرق الودية : تتضمن التكليف بالوفاء الذي يوجهه المحضر القضائي للطرف المحكوم ضده ، بحيث يمهل اجل 15 يوم للاستجابة قبل اللجوء إلى التنفيذ الجبري ، يضاف إلى ذلك المراسلات اللاحقة إن وجدت و الرامية إلى تذكير المحكوم ضده بوجوب الاستجابة لمنطوق ما قضت به الجهة القضائية 1.

4- مهلة المحاولات الودية : تختلف المهلة المحددة فيما لو تعلق الأمر بين أشخاص القانون العام ، كطرفي النزاع و بين حالة المطالبة بالتنفيذ من شخص يخضع للقانون الخاص، ففي الحالة الأولى يجب على طالب التنفيذ أن يقدم كل الوثائق أو المستندات التي تثبت بان جميع المساعي لتنفيذ الحكم بقيت طيلة 4 أشهر بدون نتيجة. بينما الحالة الثانية يكون الدائن مطالبا بتقديم كل الوثائق أو المستندات التي تثبت بان إجراءات التنفيذ عن طريق المحضر القضائي وديا بقيت طيلة شهرين بدون نتيجة ، ابتداء من تاريخ إيداع الملف لدى الضابط العمومي.

5- اطلاع النائب العام : بعد استيفاء الشروط يقوم أمين خزينة الولاية بموافاة كل من النائب العام والجهة المدينة بنسخة من الملف المقدم من طرف الدائن، حيث يجب على أمين الخزينة اطلاع النائب العام المشرف على الجهة القضائية التي أصدرت الحكم، وذلك بموجب طلب يتضمن التحقيق في سلامة الملف المقدم من طرف الدائن مع الإشارة إلى أن رأي النائب العام ملزم لأمين الخزينة 2.

6- تسديد المبلغ : يقوم أمين الخزينة بعد استيفاء الشروط الواجب توافرها بسحب مبلغ الدين من حسابات الهيئة المحكوم عليها لصالح المحكوم له ، حيث يأمر الولاية تلقائيا و على أساس الملف المكون بسحب مبلغ الدين من حسابات الهيئة المحكوم عليها لصالح الطرف الدائن 3.

ثانيا : الجزاءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية :

لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية أي نص صريح يجيز للقضاء حمل الأشخاص المعنوية العامة

1- المادة 612 ، من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

2- المادتين 4 و 9 من قانون 91-02.

3- المادتين 3 و 8 من قانون 91-02.

على اتخاذ تدابير معينة أو إجبارها على التنفيذ بطريق التهديد المالي، هذا الفراغ القانوني تداركه المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تم إدراج أحكام تنفيذ جديدة في المادة الإدارية وهي :

- إلزام احد الأشخاص المعنوية العامة باتخاذ تدابير تنفيذ معينة.

- الغرامة التهديدية ضد احد الأشخاص المعنوية العامة.

- الأمر باتخاذ التدابير الضرورية للتنفيذ.

- إلزام احد الأشخاص المعنوية العامة باتخاذ تدابير تنفيذ معينة :

لقد استحدثت قانون الإجراءات المدنية والإدارية اتخاذ تدابير تنفيذ معينة¹، ضمانا للتنفيذ الفعلي لهذه السندات. لكن ما يلاحظ بالنسبة لهاته المواد أنها لا تتضمن قاعدة أمره بالأمر باتخاذ تدابير تنفيذ معينة إنما يخضع للسلطة التقديرية للجهة القضائية بناء على طلب صاحب المصلحة، وتشمل هذه الصلاحية كل السندات التنفيذية الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية سواء أمام القضاء الاستعجالي أو قضاء الموضوع بدرجتيه، من محاكم إدارية ومجلس الدولة، واشترطت المادتين أن يقع الإلزام في مواجهة احد الأشخاص المعنوية العامة ويقصد بها الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، أو الهيئة التي تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية فقد تكون منظمة أو نقابة مهنية، أو مؤسسة عمومية اقتصادية تسير مرفقا عاما أو مكلفة بإنجاز مشروع ممول من الخزينة العمومية.

والمقصود باتخاذ تدابير تنفيذ معينة انه لا يكفي القضاء الإداري بإلغاء القرار الإداري، وإنما يتضمن إلزام الإدارة بعمل كان تأمر الجهة القضائية المختصة بإلغاء القرار الإداري المتضمن تنزيل الموظف إلى رتبة سفلى مع إفادته بترتيب معين وفقا للسلم الإداري، ففي قرار صدر عن مجلس الدولة الفرنسي رقم 312701 في 2009/8/5 حيث تم إلزام وزارة الدفاع بإدماج عسكري ضمن صفوف الجيش مع تحديد اجل شهر لتنفيذ القرار².

على أن اتخاذ تدابير تنفيذ معينة إما أن يكون أثناء سير الخصومة طبقا للمادة 978 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يتم ذلك ضمن نفس الحكم القضائي الفاصل في الدعوى، أو أن يتم المطالبة بتلك التدابير بموجب دعوى مستقلة بعد الفصل في الدعوى إن لم يتم تقديم الطلب أثناء الخصومة طبقا للمادة 979 من نفس القانون، وفي هذه الحالة تقوم الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها الأمر باتخاذ تدابير تنفيذ معينة بإصدار قرار إداري جديد يعد سندا تنفيذيا.

ب- الغرامة التهديدية :

إن القضاء لم يعرف موقفا مستقرا بشأن الغرامة التهديدية قبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك بين موقف معارض وآخر مؤيد للغرامة التهديدية.

1- المادتين 978 و 979 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- بربارة عبد الرحمان، طرق التنفيذ، الطبعة الأولى، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009، ص308.

*الموقف المؤيد : وهذا ما جاء في القرار رقم 28881 الصادر عن المحكمة العليا، حيث نص على: "متى كان من المقرر قانونا انه لا يمكن القضاء على الولاية من طرف المجلس القضائي في حالة فصله في القضايا المدنية بدفع غرامة تهديدية، فان القضاء بمثل هذا الحكم يشكل مخالفة تجاوز السلطة وعدم الاختصاص فضلا عن عيب انعدام التعليل القانوني، إن الحكم القضائي على الولاية بدفع الغرامة التهديدية من اختصاص القضاء الإداري لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى بغرامة تهديدية على الولاية"¹.

*الموقف المعارض : من ذلك قرار رقم 14989 صادر عن الغرفة الخامسة لمجلس الدولة بتاريخ 2003/4/8، وقد جاء فيه ما يلي : " الغرامة التهديدية ينطق القاضي بها كعقوبة و بالتالي ينبغي تطبيق مبدأ قانونية الجرائم والعقوبات عليها أي يجب سنها بقانون لا يجوز للقاضي الإداري النطق بها في المسائل الإدارية ما دام لا يوجد قانون يرخص بها حيث انه لا يجوز للقاضي في المسائل الإدارية النطق بالغرامة التهديدية لأنه لا يوجد أي قانون يرخص بها. وأن القرار المستأنف بإرفاقه قرار الطرد بغرامة تهديدية قد تجاهل هذا المبدأ، مما يستوجب بالنتيجة قبول طلب وقف التنفيذ"².

وقانون الإجراءات المدنية والإدارية سمح للقاضي الإداري بفرض الغرامة التهديدية على شخص معنوي عام لكن ما يلاحظ من نص المادة 980 انه لا يجوز الأمر بالغرامة التهديدية إلا إذا اقتضى الأمر أو الحكم أو القرار إلزام الجهة المحكوم ضدها باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، ولم تستجب الإدارة له فالغرامة التهديدية لا يقضى بها في غير المادتين 978 و979 كان تقتصر الدعوى على المطالبة بإلغاء قرار إداري أو تعويض.

أما ما جاءت به المادة 981 بأنه يجوز للجهة القضائية المطلوب منها تحديد تدابير التنفيذ التي لم يتم تحديدها بموجب القرار القضائي محل عدم التنفيذ أن تأمر بغرامة تهديدية ، وتقوم الجهة القضائية بتصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها أي وضع حد لسريانها مع تحديد المبلغ الإجمالي عن طريق عملية ضرب المبلغ المحدد في عدد الأيام التي لم يستجب فيها المنفذ عليه، وذلك بموجب دعوى قضائية يرفعها صاحب المصلحة أمام هذه الجهة القضائية وذلك طبقا لنص المادة 983.

وقد أجازت المادة 984 للجهة القضائية الإدارية مراجعة الغرامة التهديدية بالتخفيض أو الإلغاء حتى في حالة عدم التنفيذ، إذا تبين لها أن عدم الاستجابة غير مقترنة بسوء نية. كما قد أجازت للجهة القضائية التي أمرت بتصفية الغرامة التهديدية أن تقرر عدم دفع جزء من الغرامة التهديدية إلى المدعي، إذا تجاوزت قيمة الضرر وتأمر بدفعه إلى الخزينة العمومية وذلك بهدف تجنب إثراء المدعي بدون سبب³.

1- قرار صادر عن المحكمة العليا في 1983/6/27، المجلة القضائية عدد 01 لسنة 1989 ص 185.

2- بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص320.

3- المادة 985 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ج- الأمر باتخاذ التدابير الضرورية للتنفيذ¹ :

في حالة امتناع الإدارة بتنفيذ القرار القضائي فلا يجوز تقديم طلب من اجل الأمر باتخاذ التدابير الضرورية لتنفيذ القرار، إلا بعد انقضاء 3 أشهر ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم. وفي حالة تحديد القرار القضائي الإداري للأجل الذي يجب على الإدارة أن تنفذ أثناءه، فلا يمكن تقديم طلب اتخاذ التدابير الضرورية للتنفيذ إلا بعد انقضاء هذا الأجل.

أما إذا سبق لطالب التنفيذ أن وجه تظلما للإدارة من اجل تنفيذ الحكم الصادر عن الجهة القضائية الإدارية، وتم رفض التظلم فيبدأ سريان أجل 3 أشهر بعد قرار الرفض.

ثالثا: الجزاء المنصوص عليه في قانون العقوبات :

لقد أدرجت هذه الجريمة ضمن قانون العقوبات اثر تعديله في 2001، بغرض مواجهة الرفض التعسفي من طرف الموظفين العموميين لتنفيذ حكم قضائي. حيث نص: "كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو امتنع أو اعترض أو عرقل عمدا تنفيذه يعاقب بالسجن من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 5000 دج إلى 50000 دج"².

على انه لا يمكن متابعة الموظف العمومي عن الفعل المجرم وفقا للمادة إلا إذا أرفقت الشكوى بمحضر محرر من طرف محضر قضائي، يفيد بان الموظف العمومي استعمل سلطة وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي، أو امتنع أو اعترض أو عرقل عمدا تنفيذه.

المطلب الثاني: استحالة التنفيذ :

إن تنفيذ القرارات الإدارية قد يكون في بعض الحالات مستحيلا بسبب بعض التغيرات، ولما كان من المقرر انه لا تكليف بمستحيل، فانه لا مجال للبحث عن وسائل قانونية لإجبار الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية الإدارية إذا استحال تنفيذها، وذلك متى كان المبرر قائما ومشروعا، ولعل من أهم المبررات التي تحتج بها الإدارة يرجع إما إلى استحالة واقعية أو استحالة وقتية.

الفرع الأول: الاستحالة الواقعية :

امتناع الإدارة عن تنفيذ التزاماتها يرجع هنا إلى واقعة خارجة عن نطاق القرار القضائي الإداري، بحيث يعتري تنفيذه عارض يستحيل معه التنفيذ، ومرد هذه الاستحالة لا يخرج عن صورتين هما: الاستحالة الشخصية والظرفية.

1- الاستحالة الشخصية :

تكون هذه الاستحالة في التنفيذ راجعة إلى الشخص المتقاضي المحكوم له، بحيث تطرأ تغيرات تؤدي إلى ذلك مثال ذلك : هو أن يصدر قرار قضائي إداري يقضي بإلغاء القرار الإداري الذي فصل موظفا عن وظيفته، وعند تنفيذ

1- المادتين 987 و 988 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- المادة 138 مكرر من قانون العقوبات الجزائري.

هذا القرار القضائي يكون الموظف قد وصل إلى سن التقاعد فيستحيل التنفيذ في هذه الحالة. وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر في 1987/3/27 يتعلق بالقرار القاضي بإلغاء فصل موظف بعد بلوغه سن التقاعد مما استوجب معه القضاء برفض طلب الغرامة التهديدية، لإجبار الإدارة على التنفيذ¹.

2- الاستحالة الظرفية :

يقصد بها تلك الظروف الاستثنائية التي لا يكون أمام الإدارة إذا وقعت إلا أن تؤثر على تنفيذ القرار القضائي الإداري ومثال ذلك : القرار القضائي الإداري الذي يطالب الإدارة بتسليم وثائق معينة للمتقاضي الذي صدر القرار لصالحه، لكن عند التنفيذ يتضح أنها قد تلفت نتيجة حريق أو سرقة.

الفرع الثاني : الاستحالة الوقتية :

أو ما يطلق عليها اصطلاحا بالإشكال في التنفيذ، والمقصود بها كل طارئ يعيق مباشرة إجراءات التنفيذ وفقا للقانون، مما يحول دون مواصلة المكلف بالتنفيذ لعمله أو يجعله غير ممكن سواء أثناء مقدمات التنفيذ أو حين اللجوء للتنفيذ الجبري، لذا فالغرض من المنازعة في إشكال تنفيذ قرار قضائي إداري هو وقف تنفيذه مؤقتا.

وكمثال عن ذلك :

أنه صدر قرار في 28 جانفي 1997 عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر يقضي على (خ ط) بالتخلي عن قطعة أرضية تطبيقا للقانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه القضائي. وفي الاستئناف اصدر مجلس الدولة قرارا في 13 جويلية 1999، قضى فيه بتأييد القرار المستأنف. وعند شروع والي ولاية البلدية في تنفيذ القرار عن طريق المحضر القضائي، أثار (خ ط) أمام هذا الأخير إشكالا في التنفيذ. ولأجل ذلك حرر محضر بالإشكال العارض، على أساس أن خ ط لا يمكن له إخلاء العقار محل النزاع، إلا بعد حصوله على التعويض عن المنشأة التي أقامها. ورفع هذا الإشكال أمام القاضي الاستعجالي الإداري بمجلس قضاء البلدية وفصل في الدعوى برفضها لعدم التأسيس، وأمر بمواصلة التنفيذ².

1- محمد باهي ابو يونس، الغرامة التهديدية كوسيلة لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام الإدارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001، ص145.

2- مجلة مجلس الدولة، العدد 04 لسنة 2003، ص 172، 173.

الخاتمة :

ما يمكن قوله بان المشرع الجزائري قد اخذ بعين الاعتبار أخيرا الطرف الضعيف في المنازعة الإدارية، حيث أعطى للقاضي الإداري الحق في إصدار أوامر للإدارة وكذا الحق في فرض غرامات تهديدية على هذه الأخيرة، وهذا بعد أن كان قانون الإجراءات المدنية لا يتضمن أي وسائل قانونية تضمن تنفيذ القرارات القضائية الإدارية. ولكن بالرغم من ذلك فان قانون 91-02 الذي أضحى عائقا كبيرا أمام تنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر الصادرة عن الجهات القضائية الإدارية، ضد مختلف الإدارات العمومية بسبب المتاعب التي لازال يصادفها الضباط العموميون المكلفون بالتبليغ والتنفيذ أثناء لجوئهم للتنفيذ على الإدارات، جراء لجوء ممثلي الإدارات الوطنية لرفض تطبيق منطوق القرار مثلما هو حاصل في النزاعات الاجتماعية، القاضية بإعادة إدماج العمال المطرودين حيث يرفض مدراء المؤسسات العمومية إرجاع العمال والاكْتفاء بالتعويض المادي، هذا القانون الذي أصبح لا يتماشى مع هذه الإجراءات الجديدة المتضمنة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هذه الإجراءات التي بدورها قد لا تجد نفعاً أحيانا لأننا في منازعة تتضمن طرفا قويا ذو إرادة أعلى من الطرف الآخر، وهو الشخص المعنوي العام الذي لا يمكن لأحد إجباره إلا إذا أراد ذلك بمحض إرادته.

دراسات وأبحاث بالفرنسية : ✓

L'ARTICLE 273 DU CODE TUNISIEN DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS ET L'OPTION ENTRE L'ACTION EN EXECUTION ET L'ACTION EN RESOLUTION



**Monsieur Imed ARIBI : Professeur Agrégé de droit privé à la Faculté
des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis**

1. "... Si la loi est imprécise ou inexacte, écrit un auteur, elle ne peut engendrer qu'une insécurité juridique qu'elle a justement pour objet d'exclure".¹ Tel est bien le cas de l'article 273 du Code des obligations et des contrats,² dont l'application a donné lieu à un grand arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation en date du 29 février 1996.³

Aux termes de l'alinéa 1^{er} de cet article : «Lorsque le débiteur est en demeure, le créancier a le droit de contraindre le débiteur à accomplir l'obligation si l'exécution en est possible ; à défaut, il pourra demander la résolution du contrat ainsi que des dommages-intérêts, dans les deux cas »

Dès l'accès de la Tunisie à l'indépendance et l'unification de l'organisation judiciaire, ce texte suscita des difficultés d'interprétation, d'abord en jurisprudence, puis en doctrine.

On se doutait que cet alinéa, traitant de l'inexécution totale par le débiteur de ses obligations, eût consacré une option au profit du créancier entre l'action en exécution forcée et

¹ J.-L. BERGEL, Avant-propos à la revue : Droit prospectif, cahiers de méthodologie juridique, n°12, 1997.

² Pour une idée générale sur la question, cf. M.ZINE, La théorie générale des obligations, t.1, le contrat, Tunis 1997, n°393 et s. (en langue arabe).

³ Cass. civ., ch. réunies, n°35350, 29 février 1996, Arrêts des chambres réunies de la Cour de cassation, 1995-1996. Cf. aussi la note de N. BEN AMMOU, Revue Tunisienne de Droit (R.T.D.) 1996, p.273 et s. et l'article de M.G. KHZAMI, Réflexions sur l'interprétation de l'article 273 du C.O.C., Revue de Jurisprudence et de Législation (R.J.L.), Juin 1996 (en langue arabe). Adde, *infra*. n° 3 et s., 18, 19, 25, 35 et 38.

l'action en résolution. Auparavant, les tribunaux avaient coupé court à toute discussion en l'interprétant à la lumière de son homologue l'article 1184 du Code civil, nonobstant sa rédaction un peu différente¹.

2. A vrai dire, une première lecture des textes et de leurs sources matérielles pousse à en douter pour deux raisons au moins. D'une part, la formulation définitive de l'alinéa 1^{er} de l'article 273 s'est écartée légèrement du texte de l'avant-projet, qui posait nettement l'option du créancier². D'autre part, la comparaison entre les alinéas 1^{er} et 2^{ème} de l'article 273 corrobore l'opinion suivant laquelle il n'y a pas de choix, puisque ce dernier, régissant l'inexécution partielle, prévoit une option en des termes on ne peut plus clairs : « Lorsque l'exécution n'est plus possible qu'en partie, le créancier pourra demander soit l'exécution du contrat pour la partie qui est encore possible, soit la résolution du contrat. »³

Ce dont il ressort que si les rédacteurs voulaient consacrer l'option du créancier à l'alinéa 1^{er}, ils auraient gardé sa rédaction initiale, comme ce fut le cas de l'alinéa 2^{ème}⁴.

3. Malgré ces arguments textuels et quelques autres encore développés par la doctrine⁵, les chambres réunies de la Cour de cassation ont décidé que le créancier avait le choix entre

¹ V. Cass. civ., n°116, 29 juin 1926, R.J.L. 1960, n°9 et 10, p.150 (résumé). L'article 1184 al. 2 du Code civil dispose que « ...la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ». Comp. avec l'alinéa 1^{er} de l'article 273 du C.O.C., *supra*, n°1.

² D'après l'article 300 al. 1^{er} de l'avant-projet : « Lorsque le débiteur est en demeure, le créancier a le choix ou de demander la résolution du contrat, ou de contraindre le débiteur à accomplir l'obligation si l'exécution en est possible, avec les dommages-intérêts dans les deux cas ». Avant-projet de code civil et commercial tunisien, discuté et adopté au rapport de D. Santillana, Imprimerie Générale, J. Picard et Cie, Tunis 1899. Comp. avec la formulation définitive de ce texte, *supra*, n°1.

³ Comme on le voit, l'article 273 prévoit, contrairement à l'article 1184 du C. civ., l'hypothèque de l'exécution partielle. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine françaises consacrent une option au profit du créancier dans cette hypothèse.

⁴ A bien lire l'article 300 de l'avant-projet, on se rend compte que c'est bien le choix du créancier en cas d'inexécution partielle qui était tributaire de l'absence de tout intérêt à l'exécution partielle. Or, dans la rédaction définitive du texte, on a modifié l'alinéa 1^{er} et supprimé la réserve « s'il n'a aucun intérêt à l'exécution partielle » à l'alinéa 2^{ème}, sans aucune justification éclairante de ce bouleversement.

⁵ V. *infra*, n°10 et s.

l'action en exécution et l'action en résolution sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article 273, mettant ainsi fin à une jurisprudence ondoyante et diverse¹.

D'après les circonstances de la cause, la commune de la Marsa avait acquis, par acte sous seing privé en date du 10 mars 1969, deux parcelles de terrain. Il était stipulé que le prix devait être acquitté en deux échéances : la première moitié avant le 31 janvier 1969 et la seconde avant la fin de la même année.

Or, la commune, après avoir honoré la première échéance avec quand même un retard d'un an à peu près, avait refusé de payer le reliquat du prix, arguant de l'existence d'une différence entre la surface réelle des parcelles et la surface déclarée par les vendeurs dans l'acte.

Saisi par les vendeurs en résolution de la vente, le Tribunal de première instance de Tunis rejeta l'action au motif que l'alinéa 1^{er} de l'article 273 du Code des obligations et des contrats – applicable ici faute d'un texte spécial dans les articles relatifs au contrat de vente – n'autorisait pas les vendeurs à agir en résolution avant d'agir en exécution forcée. La Cour d'appel confirma la décision des premiers juges, pour le même motif, tout en précisant que l'action des vendeurs était, non pas irrecevable, mais plutôt mal fondée.

4. Dans leur pourvoi en cassation, les vendeurs se sont appuyés sur deux moyens, certes d'importance inégale, mais fermement liés l'un à l'autre.

Le premier moyen touche aux règles de la procédure. Il reproche à la Cour d'appel, d'une part, l'excès de pouvoir prévu à l'article 175, 3^{ème} du Code de procédure civile et commerciale, en ce qu'elle aurait modifié l'objet de la demande en appel en décidant que l'action en résolution était mal fondée, alors que l'appel fut interjeté contre le jugement déclarant qu'elle était irrecevable² et, d'autre part, «les dispositions contraires» de l'arrêt, dans la mesure où la Cour d'appel décida que l'action en résolution était mal fondée, tout en estimant qu'elle était prématurée, parce que intentée avant l'action en exécution forcée.

Quant au second moyen, il reproche aux juges du fond d'avoir violé l'article 273 du Code des obligations et des contrats, en ce qu'ils affirmèrent que son alinéa 1^{er} ne renfermait

¹ V. *supra*, n°1 et la note n°3

² Sur ce premier moyen, cf. *infra* n°7 et la note.

pas un choix entre l'action en exécution et l'action en résolution, alors que ce texte prévoyait bien, selon les auteurs du pourvoi, un pareil choix.

5. La Cour de cassation, par un arrêt du 26 mars 1991, a cassé l'arrêt de la Cour d'appel pour fausse application de l'article 273¹. Mais la Cour de renvoi persista en déboutant les vendeurs de leur demande en résolution par les mêmes motifs que la Cour de cassation avait censuré dans l'arrêt du 26 mars 1991.

Une décision des chambres réunies de la haute juridiction devenait alors inévitable par application de l'article 191 nouveau du Code de procédure civile et commerciale, afin de trancher la question de savoir si l'alinéa 1^{er} de l'article 273 du Code des obligations et des contrats consacrait ou non une option entre les deux actions au profit du créancier.

C'est chose faite avec l'arrêt du 29 février 1996 dans lequel la Cour suprême a posé le principe de l'option du créancier.

6. Dans cet arrêt, il est remarquable que la Cour de cassation aurait pu esquiver la difficulté en décidant que les créanciers bénéficiaient du choix prévu à l'alinéa 2^{ème} de l'article 273, sur la base de l'exécution partielle, consistant dans le paiement d'une partie du prix par la commune. Mais elle a préféré prendre la débitrice, qui avait sciemment placé le débat sur le terrain de l'alinéa 1^{er}, à son propre piège et profiter de cette affaire pour résoudre une fois pour toute la question de l'option du créancier.

C'est pourquoi l'arrêt des chambres réunies revêt une importance particulière. D'autant plus que la Cour suprême a exprimé son embarras face au refus de l'option du créancier², montrant par là tous les enjeux de la question.

7. Non seulement le rejet de l'option entraîne des incertitudes sur le plan des règles procédurales, dans la mesure où nul ne sait plus si l'action en résolution, lorsqu'elle est intentée pour la première fois, est irrecevable ou mal fondée³, mais surtout il en découle que le créancier qui souhaite obtenir la résolution du contrat doit intenter deux actions, une en exécution, puis

¹ V. Cass. civ. n°21342, 26 mars 1991, Bull. 1991, p.227.

² La Cour de cassation a même qualifié ce refus d'opinion sans fondement juridique.

³ Les conséquences diffèrent suivant la nature de la solution adoptée. Dans le premier arrêt de la Cour de cassation, les vendeurs faisaient valoir, dans leur pourvoi, que l'arrêt de la cour d'appel, qui décida que leur action en résolution était mal fondée, les privait d'agir à nouveau en résolution.

une autre en résolution, avec toutes les conséquences iniques de la solution. En effet, si les instances judiciaires sont souvent considérées comme longues et coûteuses, que dire lorsque le créancier doit d'abord agir en exécution avec toutes les voies de recours possibles – action qui reste aléatoire parce que tributaire de la possibilité matérielle et/ou juridique – et, en cas d'impossibilité, revenir ensuite avec une action en résolution, là encore avec toutes les voies de recours possibles ?

Il en résulte, assurément, une perte de temps et d'argent et un risque considérable de perte de droits. Il faut aussi se rendre à l'évidence qu'une telle solution encourage les débiteurs récalcitrants au détriment des créanciers. Elle se révèle même dangereuse à l'heure de l'ouverture des marchés ici comme ailleurs.

8. Ces inconvénients sont particulièrement perceptibles dans l'affaire relatée. Il est en effet inconcevable de soutenir en l'espèce l'idée de demeure du débiteur ; de retard dans l'exécution de l'obligation¹. La commune avait refusé obstinément de payer le reliquat du prix pendant plus de treize ans, malgré toutes les démarches des vendeurs, au point qu'il est permis de se demander si cette période d'inexécution ne justifiait pas, à elle seule, l'action en résolution.

Certes, depuis la vente, les terrains avaient acquis une plus value importante, ce qui a poussé certains à critiquer, outre le principe de l'option, l'accueil par la Cour de cassation de la demande en résolution, arguant du profit injustifié qui sera tiré par les vendeurs. Mais l'on peut rétorquer qu'il faut penser également à la situation d'un vendeur impayé pendant cette longue durée et à l'érosion monétaire, surtout qu'en l'espèce le motif du refus de paiement, à savoir la fausse déclaration par les vendeurs dans l'acte à propos de la surface réelle des parcelles, était pour le moins curieux, étant donné que lesdites parcelles font l'objet de deux titres fonciers avec toutes les précisions qui en découlent.

Ce refus de paiement s'était poursuivi pendant toute l'instance, soit presque quinze ans², puisque la commune, au lieu de tenter les offres réelles de paiement dont on peut déjà douter de

¹ Argument souvent avancé à l'appui du rejet de l'option à l'al. 1^{er} Cf. *infra*, n° 10 et 11.

² L'acte introductif d'instance date du 16 septembre 1981. Ces 15 ans de procédure se rajoutent aux 13 ans d'inexécution. Et l'on ne comprend pas pourquoi on reproche à la Cour de cassation la consécration de l'intérêt du créancier. Ce dernier pourrait être lui-même débiteur à l'égard des tiers, de sorte qu'il attend l'exécution pour honorer ses propres engagements.

leur caractère satisfaisant¹, avait articulé sa défense autour de cet argument dilatoire qui consiste à dire que les créanciers ne pouvaient pas opter entre l'action en exécution forcée et l'action en résolution, qu'ils devaient d'abord agir en exécution, et que dans ce cas il y aurait révision du contrat².

Aussi, les chambres réunies de la Cour suprême affirment-elles avec tout le poids qu'elles possèdent, le principe de l'option du créancier sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article 273 du Code des obligations et des contrats sous le contrôle du Tribunal. Il serait *a priori* plus cohérent de décider du sort du contrat en une seule instance, tout en favorisant l'exécution par rapport à la résolution, quel que soit l'objet de la demande du créancier.

9. Il reste toutefois que cette affirmation est loin d'être partagée par la doctrine. Certains auteurs ont même tiré sur la Cour suprême à boulets rouges³. C'est que, en effet, la réponse à la question de savoir si le créancier bénéficie d'une option entre les deux actions, peu élucidée il est vrai en droit comparé⁴, fait l'objet d'une controverse brûlante en droit tunisien depuis plus de trente ans.

Il en est résulté une insécurité considérable, aussi bien pour les justiciables que sur le plan de la réalisation du droit. Et l'on peut légitimement craindre que l'arrêt des chambres réunies soit mal compris ou ne soit pas suivi par la jurisprudence. D'où la nécessité de rouvrir, encore une fois, la question de l'option du créancier.

¹ Cf. C.O.C, article 293 *in fine*. Adde *infra*, n°29.

² Il est à noter que les vendeurs faisaient valoir également que l'action en exécution forcée ne présentait aucune utilité en l'espèce en raison d'un vieux décret du 15 février 1904 qui n'autorise pas la saisie des biens de l'Etat, des communes et des établissements publics. Mais, cet argument n'est guère pertinent pour deux raisons : d'une part, ledit décret a été abrogé par la loi n°73-81 du 31 décembre 1973, portant promulgation du Code de la comptabilité publique et, d'autre part, le domaine privé de la commune reste en principe saisissable. C'est sans doute ce qui explique pourquoi la C. cass. n'a pas pris cet argument au sérieux.

³ Cf. la note très critique de N. BEN AMMOU, précit.

⁴ Tel est le cas du droit français même si elle n'y suscite pas les difficultés que nous connaissons. (Cf. D.TALLON, l'inexécution du contrat : pour une autre présentation, Rev. Trim. dr. civ., 1994, pp. 223 et s., n°33 et s.) et du droit marocain, où malgré la ressemblance des textes, la jurisprudence et la doctrine l'admettent sans encombre.

A y regarder de plus près, il existe une autre façon d'étudier cette question. Pris dans son sens vulgaire de choix entre tel ou tel parti, le terme option n'a pas de signification juridique précise. Aussi, avant de dire que l'option existe ou non, encore faut-il s'interroger sur ses caractères juridiques. La nature spécifique de ce mécanisme (I) permettra d'en mesurer aisément la portée exacte (II).

I- LA NATURE SPECIFIQUE DE L'OPTION DE L'ARTICLE 273

9bis. L'explication classique du refus de l'option repose sur cette idée, sousjacente mais réelle, du caractère irrévocable et définitif de l'option du créancier pour la résolution du contrat ; celle pour l'exécution forcée ne soulevant bien évidemment aucune critique, parce que considérée comme étant la voie qu'impose le texte. Ni le juge, ni à plus forte raison le débiteur, défendeur à l'action, ne pourraient exercer une influence quelconque sur ce choix.

Cette explication se heurte, néanmoins, à des objections sérieuses qu'il convient de mettre au clair (A), avant d'avancer une nouvelle explication fondée sur la spécificité de l'option du créancier (B)

A) LES OBJECTIONS A L'EXPLICATION CLASSIQUE DU REJET DE L'OPTION

10. Nombre d'auteurs pensent que l'article 273 diffère du texte français,¹ en ce sens que, s'il consacre le caractère judiciaire de la résolution, il n'en supprime pas moins l'option dont bénéficie le créancier entre l'action en exécution et l'action en résolution,² dans son alinéa 1^{er} tout au moins.³

La raison en est, pense-t-on, que les rédacteurs du code adoptent, en matière d'inexécution des obligations contractuelles, la notion centrale de demeure du débiteur, entendue comme un retard légalement constaté qui suppose la possibilité d'exécution ultérieure⁴. Selon cette analyse, lorsque le débiteur est en demeure, le créancier n'a aucun choix entre la suppression du contrat et son maintien, dans la mesure où l'article 273 pose "un choix légal préalable".⁵ Ainsi, "à l'instar du BGB qui n'autorise l'anéantissement du contrat qu'en cas

¹ Il s'agit de l'art. 1184 du C. civ. cité *supra*, n°2 et la note. Adde, dans le même sens, l'art. 1165 du C. civ. italien de 1865, cité par les rédacteurs du C.O.C.

² Sans doute faut-il ajouter également le rejet par les rédacteurs de la notion de condition résolutoire tacite.

³ Comme on le sait, l'al.2, relatif à l'hypothèse de l'inexécution partielle, consacre ouvertement l'option. Cf. *supra* n°2 et la note.

⁴ Cf. M.M. CHAFFAI, La demeure du débiteur dans l'exécution du contrat en droit civil, thèse, Tunis 1984, *passim*.

⁵ *Ibid*, p. 177.

d'impossibilité d'exécution, le droit positif tunisien rejette le plus souvent tout choix au créancier et présente ainsi une orientation très marquée en faveur de la sauvegarde du contrat pour l'exécution duquel le débiteur est en demeure".¹

D'où les trois arguments souvent cités à l'appui du rejet de l'option du créancier: d'abord, la consécration de la notion de demeure; ensuite, la rédaction même de l'article 273 ; enfin, l'attachement du législateur tunisien au maintien des rapports contractuels.

A la vérité, ces arguments ne forcent pas l'adhésion.

11. -1- S'agissant de l'argument tiré de la notion de demeure du débiteur, il faut noter que cet argument a conduit à des conséquences assez inattendues. En effet, l'on affirme que, du fait de la demeure, les juges n'ont aucune liberté de décision, que leurs jugements sont purement déclaratifs de droit et que le créancier ne peut agir en résolution qu'en apportant la preuve de l'impossibilité d'exécution.²

Or, ces affirmations ne vont pas sans susciter quelques difficultés. C'est qu'on ne saurait ôter au juge son pouvoir d'appréciation, alors qu'on lui soumet le plus souvent des questions de pur fait. Il en est ainsi de la cause de la demeure, de la faute du débiteur, de l'impossibilité d'exécution, de la bonne foi des parties... Tous ces éléments, qui forment la notion d'inexécution *lato sensu*, supposent une certaine appréciation. Et si le juge peut apprécier des éléments plus importants, tels que les vices du consentement, l'objet, la cause, l'ordre public, *a fortiori* en ira-t-il de même en matière d'inexécution.

Cette critique trouve un appui solide dans les dispositions finales de l'article 273, suivant lesquelles « la résolution du contrat n'a pas lieu de plein droit, mais doit être prononcée en justice ». D'après les termes même de ce texte, c'est le juge qui « prononce la résolution ». Ce dernier ne se borne pas à déclarer une résolution préexistante, mais, plus exactement, sa décision "crée la résolution". L'inexécution, en d'autres termes, y compris la demeure, ne résout pas le contrat, mais elle le rend susceptible de résolution.

¹ *Ibid*, p. 178.

² *Ibid*. p. 209 et s. Adde N. BEN AMMOU, note précit., n°30.

En outre, force est de constater que la distinction jugements déclaratifs-jugements constitutifs est sérieusement remise en cause aujourd'hui. En fait, « tout jugement participe généralement des deux caractères constitutif et déclaratif »¹.

Encore faut-il remarquer qu'il est tout aussi inacceptable d'obliger le créancier, qui souhaite agir en résolution, à prouver l'impossibilité d'exécution, alors qu'il ignore souvent l'activité de son débiteur, sans compter qu'il pourrait s'agir, parfois, de la preuve d'un fait négatif, impossible à rapporter². C'est, au reste, la raison pour laquelle les articles 420 et 421 du Code des obligations et des contrats posent que la preuve de l'existence d'une obligation incombe au demandeur et celle de la libération au défendeur.

Enfin, la comparaison du droit tunisien avec le droit allemand sur ce point est assez discutable, puisque ce dernier consacre la résolution, non seulement en cas d'impossibilité d'exécution, mais aussi en cas de demeure.³

Au demeurant, il ne semble pas qu'il y ait incompatibilité entre la notion de demeure et l'existence de l'option.⁴

12. -2- Concernant le deuxième argument, celui qui se fonde sur le texte même de l'article 273, il ne semble pas qu'il soit d'un grand secours. On sait que l'interprétation littérale de l'alinéa 1^{er} de l'article 273 a été utilisée, tant en doctrine qu'en jurisprudence, tantôt en faveur de l'option, tantôt à son encontre.⁵ De plus, le recours au 2^{ème} alinéa de l'article 273, relatif à l'hypothèse de l'inexécution partielle, pour corroborer l'exclusion de l'option à l'alinéa 1^{er}, reste peu pertinent.⁶ Car l'option du 2^{ème} alinéa n'exclut nullement le pouvoir d'appréciation du juge.

¹ Cf. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, 3^{ème} éd., P.U.F. 1996, n°139, p. 589 et 590, qui ajoutent que même les jugements de débouté, qui apparaissent seuls comme étant purement déclaratifs, apportent quand même une modification à l'ordonnancement juridique, "car ils confèrent la certitude à une situation juridique jusqu'alors douteuse et contestée".

² Il en est ainsi dans les obligations de résultat (ex : apporter la preuve que le colis n'est pas arrivé), de sorte que le créancier sera amené à agir en exécution, alors que celle-ci est d'ores et déjà impossible.

³ Dans les contrats synallagmatiques, lorsque le débiteur est en demeure, le créancier bénéficie, entre autres, d'une option (Wahlrecht) entre la demande de dommages-intérêts et la résolution du contrat, sous certaines conditions (retard affectant une obligation principale, délai supplémentaire...). Cf. M. PEDAMON, Le contrat en droit allemand, L.G.D.J. 1993, p.152 et s. Cette option s'exerce de façon extrajudiciaire.

⁴ Cf. J.-L. CONSTANTINESCO, Inexécution et faute contractuelle en droit comparé, Kohlhammer verlag 1960, pp. 437 et s, où l'auteur compare la demeure du droit allemand et celle du droit français, sans aucune allusion à l'option du créancier de l'art. 1184 du C.civ.

⁵ Cf. N. BEN AMMOU, note précit., n°15 ; M.G. KHZAMI, art. précit. ; Cass. civ. n° 21342, 26 mars 1991, Bull., p.227 ; Cass. civ. ch. réunies, n°35350, 29 février 1996, précit.

⁶ L'al. 2 de l'art. 273 consacre, en effet, plus clairement l'option du créancier en cas d'exécution partielle. Cf. *supra* n°2.

Il n'est pas loisible, en effet, d'accueillir une action en résolution pour n'importe quelle inexécution partielle.¹ Bien plus, ce raisonnement n'échappe pas à la contradiction qui consiste à accorder une option à celui qui a reçu ou qui pourrait recevoir une exécution partielle et à en priver celui qui n'a rien obtenu du contrat.

Il est vrai, néanmoins, qu'il y a eu un changement dans la rédaction de l'alinéa 1^{er} de l'article 273 par rapport au texte de l'avant-projet.² Mais ce changement ne veut rien dire, sinon que la main mystérieuse qui l'a effectué, sans aucune justification éclairante, avait voulu insister sur la primauté de l'exécution sur la résolution.³ Volonté d'autant plus probable que la modification du texte a coïncidé avec la suppression de l'article 300 de l'avant-projet qui invitait le juge à ne prononcer la résolution qu'en dernier recours⁴. Ce serait donc, non pas l'intention de supprimer l'option du créancier, mais la concision dans la rédaction des textes, ayant permis de faire l'économie d'un article, qui fut à l'origine d'une modification maladroite de l'alinéa 1^{er} de l'article 273.

13. -3- Quant au dernier argument – l'attachement du législateur au maintien du contrat – il est à noter que le vœu de tout système juridique est que tout soit mis en œuvre pour sauver le contrat.⁵ Il s'agit là d'une règle de raison, qui découle du *vinculum juris*, de l'engagement contractuel lui-même : les contrats sont conclus pour être exécutés avant toute autre chose. Et, pour preuve, le droit français, qui reconnaît l'option du créancier, n'accepte la résolution qu'en désespoir de cause.⁶

¹ Dans l'avant-projet, l'al. 2 de l'art. 300 dispose que : "Lorsque l'exécution n'est plus possible qu'en partie, le créancier, s'il n'a aucun intérêt à l'exécution partielle, pourra demander, soit la résolution du contrat, soit des dommages-intérêts pour l'inexécution de toute l'obligation". Il est regrettable que la phrase "s'il n'a aucun intérêt à l'exécution partielle" soit supprimée. Elle donne à penser, en tout cas, que dans l'esprit des rédacteurs du Code, lorsque l'exécution partielle présente encore un intérêt pour le créancier, ce dernier doit l'accepter et ne peut que demander des dommages-intérêts. Même solution en droit français : cf. *infra*, n° 34 et s.

² Cf. Avant-Projet de Code civil et commercial tunisien, art. 300, al. 1^{er}, qui consacre l'option du créancier. *Supra*, n°2.

³ Cette idée qui ressort de la lecture de l'al. 1^{er} de l'art. 273 va de soi. Elle n'a pas besoin d'une modification du texte pour s'imposer aussi bien aux parties qu'au juge. Mais, en dehors de cette idée, le texte tel que modifié ne donne aucune précision sur l'exercice des droits du créancier, plus précisément, sur la procédure qu'il doit suivre et l'existence ou non d'une option à son profit, elle n'a pas besoin non plus d'une suppression de l'option pour qu'elle puisse être garantie, car dans un contentieux relatif à l'inexécution d'un contrat : cf. *infra* n° 13, 16 et n° 23 et s.

⁴ V. le texte de cet article, *infra* n°36.

⁵ Cf. J. NORMAND, Le juge et le litige, L.G.D.J., préf. R. PERROT, n°127, p.117. Mais il faut noter que ce sauvetage du contrat ne doit pas se faire outre mesure, en ce sens que le vœu de la loi est aussi de débarrasser la scène juridique des contrats dont l'exécution suscite des difficultés : cf. J. CARBONNIER, t.4, 20^{ème} éd., P.U.F. 1996, n°153, p. 273 ; comp. *infra*, 34 à 36.

⁶ Cf. *infra*, n° 31 et s.

Telle est donc la règle de fond qui assure le maintien des contrats ; et il serait douteux de faire supporter à l'alinéa 1^{er} de l'article 273 le poids de la force obligatoire du contrat (par le biais d'une interprétation fondée sur l'exclusion de l'option), alors que ce texte ne fait que prévoir la mise en oeuvre judiciaire des remèdes à l'inexécution de l'obligation. Cela suppose, par conséquent, l'exercice par les parties et l'appréciation par le juge de choix, en vue de déterminer le "remède" le plus adéquat.

Comme on le voit, l'explication classique repose sur des arguments discutables et donc incertains. Aussi est-il nécessaire de rechercher une autre explication.

B) POUR UNE EXPLICATION FONDEE SUR LA SPECIFICITE DE L'OPTION DU CREANCIER :

14. Il serait hasardeux de croire que l'option, dont il est question aux alinéas 1^{er} et 2^{ème} de l'article 273, est une véritable option.¹ Les caractères de celle-ci ne sont pas en effet réunis dans celle-là. C'est pourquoi la doctrine et la jurisprudence françaises envisagent l'option de l'article 1184 du Code civil, non seulement au point de vue des règles de fond, mais aussi sur le terrain des règles procédurales.² Aussi, est-on tenté de parler, plus précisément que d'option tout court, d'option du créancier ou, mieux encore, d'option de procédure (1).

D'un autre côté, dans la mesure où on parle fréquemment de droit d'option du créancier, il convient de fixer la place exacte de ce droit dans la théorie générale des droits subjectifs (2).

1 - L'option du créancier, une option de procédure :

15. Le droit d'option *stricto sensu* peut être défini comme étant: "une prérogative qui permet à son titulaire de pouvoir, par un acte unilatéral de volonté, modifier une situation juridique incertaine, et cela suivant une alternative précise et prévisible".³

¹ Cf. H. LECOMPE, Essai sur la notion de faculté en droit civil, thèse, Paris 1930, p. 39 et s., où l'auteur considère que l'option de l'art. 1184 du C. civ. est une véritable option.

² Cf. E. GLASSON, A. TISSIER et R. MOREL, Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile, Sirey 1925, T.I, 2^{ème} éd., n° 174 et 190, p.427 et s. ; E. GARSONNET et C. CESAR-BRU, Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, t. I, 2^{ème} éd., n°439, p.694; H. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé, Sirey 1973, t. I, 1^{ère} éd. n°102, p. 102 et 103 ; A. COLIN et H. CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français, 10^{ème} éd. par M. JULLIOT De LA MORANDIERE, t.II, n°534 et s. ; F. BUSSY-DUNAUD, Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties, l'étendue de la faculté de choix du plaideur, L.G.D.J. 1988, préf. J. Ghestin, *passim* (un ouvrage fondamental en la matière, dans lequel l'auteur adopte une conception large de l'option du plaideur) ; Juris-cl. civ., art. 1184 par M. STORCK ; Encyclopédie Dalloz, V° action, par J. VINCENT.

³ Cf. I. NAJJAR, Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, L.G.D.J. 1971, préf. P. RAYNAUD, n°45, p. 44.

Il en résulte que l'existence de tout droit d'option¹ suppose la réunion de trois éléments. Tout d'abord, une alternative dont les branches doivent être prédéterminées et prévisibles. Ensuite, une situation de sujétion et d'incertitude avant l'exercice du choix. Enfin, un acte unilatéral d'option, qui suffit en lui-même à exercer le choix et à modifier la situation juridique.

Ainsi précisé, le droit d'option peut être caractérisé dans nombre de mécanismes juridiques, qu'ils soient d'origine conventionnelle ou légale. En matière conventionnelle, constitue un droit d'option le droit du bénéficiaire d'une promesse de contrat ou d'un pacte de rachat ou encore d'un pacte de préférence. De même, en matière légale, le droit du bénéficiaire d'un retrait ou d'une préemption est un droit d'option.²

Dans tous ces exemples, le bénéficiaire de l'option est investi d'un véritable droit subjectif³ qui lui permet de modifier une situation juridique incertaine, par l'exercice d'un choix entre les branches d'une alternative bien déterminée, au moyen d'un acte unilatéral. C'est ainsi que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de contrat peut lever l'option et conclure le contrat ou ne pas le conclure en laissant passer le délai. Dans le même sens, le bénéficiaire d'un droit de retrait peut se substituer ou non à l'acquéreur d'une part indivise.⁴

16. Si l'on revient aux choix de l'article 273 (al. 1 et 2) du Code des obligations et des contrats, il est remarquable que les éléments caractéristiques du droit d'option, y font défaut à un double titre.

En premier lieu, les options de l'article 273 s'inscrivent dans une foule de choix aussi importants que variés. La victime d'une inexécution totale ou partielle peut, en effet, choisir la voie de la résignation, en laissant la situation telle quelle. Elle peut, au contraire, exercer son droit de rétention ou l'exception *non adimpliti contractus* et attendre le dénouement du problème. Si une clause de résolution pour inexécution a été insérée dans le contrat, elle peut s'en prévaloir. Elle peut, enfin, dans tous les cas, intenter une action en justice. Et, en conséquence de ce dernier choix, elle peut opter entre l'action en exécution et l'action en résolution. Cette option dépend de la qualification qu'elle donne au fait préjudiciable : simple retard, inexécution définitive, impossibilité d'exécution, exécution inutile parce que tardive,

¹ Sur la nature exacte de ce droit subjectif, cf. *infra*, n°19 et s.

² Cf. I. NAJJAR, *op. cit.*, *passim*.

³ Cf. *infra*, n° 19 et s.

⁴ *Ibid.*

exécution partielle... ; qualification qui peut être fautive ou animée par une mauvaise foi (chercher la suppression du contrat à tout prix) et qui reste soumise au pouvoir d'appréciation du juge.¹

Il s'ensuit que l'option entre les deux actions n'est en réalité que l'aboutissement de plusieurs choix. D'où l'absence d'une alternative précise et déterminée, qui caractérise la vraie option.²

En second lieu, l'option entre les deux actions, si elle constitue une déclaration unilatérale du créancier, ne suffit pas, en elle-même, à modifier la situation juridique litigieuse et incertaine entre les parties contractantes, comme l'exige le véritable droit d'option. La déclaration du créancier, suffisante certes pour que l'action en justice soit engagée, n'est guère apte à provoquer le résultat escompté, dans la mesure où il n'est pas sûr que l'action en résolution ou même en exécution forcée aboutisse de plein droit. Cette incertitude tient, non pas à la notion de demeure, comme on le prétend souvent, mais plus exactement au caractère judiciaire que revêt la résolution en droit tunisien et qui suppose que l'on réserve le pouvoir d'appréciation du juge.³

17. Ces deux observations suffisent pour conclure qu'au moment de l'introduction de l'instance⁴ l'option entre les deux actions n'est pas une vraie option irrévocable, mais une simple option de procédure. Elle s'explique par le fait que, à ce moment là, la situation litigieuse est incertaine parce qu'en voie de mutation. On ne sait pas s'il y a simple demeure ou refus par le débiteur d'exécuter ses obligations, ou bien encore, impossibilité d'exécution etc. A la diversité des situations d'inexécution s'ajoutent la diversité de nature des obligations (donner, faire ou ne pas faire), qui commande des solutions différentes, l'intérêt du créancier, la réponse du débiteur et le rôle important du juge.

¹ Il est fort difficile de cerner les raisons pour lesquelles le créancier opte pour l'une ou l'autre des actions. En réalité, ces raisons peuvent varier à l'infini. Pour une idée sur quelques suppositions, cf. D. Tallon, Les remèdes à l'inexécution du contrat, in le contrat aujourd'hui : comparaisons Franco-Anglaises, sous la direction de D. Tallon et D. Harris, L.G.D.J. 1987, n° 47 et s., p. 288 et s.

² La même analyse peut être reprise s'agissant de l'acquéreur victime d'un vice ou d'un défaut de la chose. L'option que lui offre l'art. 655 du C.O.C. entre l'action en résolution et l'action en dommages et intérêts n'est pas une véritable option. L'acquéreur reste libre d'intenter une action ou non, de la fonder sur l'art. 655 du C.O.C. ou sur un autre fondement tel que la nullité pour erreur..., sans compter la réserve qui doit être faite au pouvoir d'appréciation du juge.

³ Cf. I. NAJJAR, *op. cit.*, n° 136 et s. Adde, *infra*, n° 31 et s. Comp. *supra*. n° 11.

⁴ Sur les conséquences de cette option en cours d'instance, cf. *infra*, n° 33 et s.

L'option entre les deux actions s'impose ainsi pour tenir compte des nuances de la pratique, en dépit des atteintes aux règles procédurales qu'une telle solution entraîne.¹ Mais, nous constaterons plus loin que ce choix est loin d'être définitif, que ce soit pour le créancier, le débiteur ou le juge.² D'ailleurs, toute la difficulté de la question en droit tunisien provient du fait que la doctrine et la jurisprudence considèrent que l'article 273 pose de vraies options, des options de fond irrévocables, alors qu'il ne s'agit que de choix de procédure.

Aussi, peut-on penser avec un auteur qu'en "... réalité que ce soit l'action en résolution ou l'action en exécution, ce sont là deux modalités qui visent à réparer un préjudice subi ou qui risque de l'être. Entre elles le créancier peut choisir. Mais à la base de ce choix il n'y a aucun droit d'option authentique. Ce n'est pas parce qu'on emploie le mot d'option qu'il s'agit de droit d'option".³

18. Au demeurant, il est remarquable que la Cour de cassation ait mis en lumière ces deux aspects dans l'arrêt récent de ses chambres réunies. N'a-t-elle pas souligné que l'action en exécution ou en résolution n'est qu'un remède parmi tant d'autres à l'inexécution du contrat ? N'a-t-elle pas précisé que le législateur n'impose aucun ordre particulier dans le choix de ces remèdes par le créancier ? N'a-t-elle pas insisté, enfin, sur le fait que l'action en exécution ou en résolution reste soumise au pouvoir d'appréciation du juge ?⁴

Il reste, néanmoins, que la Cour suprême ne précise pas la vraie nature de l'option du créancier et ne la situe pas clairement sur le plan de la procédure .

¹ Pour une idée sur d'autres possibilités de choix, cf. BUSSY-DUNAUD, Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties, *op.cit.*, *passim* ; comp. *infra* n° 31 et s.

Une telle solution entraîne modification de l'objet de la demande et, par là, porte atteinte au principe de l'immutabilité du litige (cf. *infra* n° 31 et s.). Comp. P. COLLOMB, Demeure et mise en demeure en droit privé, thèse Nice 1974, p. 277; J. MESTRE, Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat, in le juge et l'exécution du contrat, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 1993 ; W. JEANDIDIER, L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire, Rev. trim. dr. civ. 1976, p. 700 et s.

² Cf. *infra* n° 25 et s.

³ Cf. I. NAJJAR, *op. cit.*, n°141, p. 149, qui estime d'ailleurs que le droit d'action lui-même, dont l'option du créancier en constitue le prolongement, n'est pas un droit d'option authentique. Cette idée sera corroborée lorsqu'on étudiera la portée de l'option du créancier dans la seconde partie.

⁴ Cf. Cass. civ. ch. réunies, n° 35350, 29 février 1996, R.T.D. 1996, p. 267 et s.

La même remarque peut d'ailleurs être faite lorsque la Cour de cassation pose, dans le même arrêt, que l'option entre les deux actions est un droit¹.

2- L'option du créancier, un droit subjectif potestatif :

19. D'aucuns affirment que l'option entre l'action en exécution et l'action en résolution est un droit au profit du créancier. Se pose alors la question de savoir si cette option constitue vraiment un droit. Et, dans l'affirmative, surgit une seconde question, à savoir celle de la nature exacte de ce droit.

A priori, il est permis de penser que l'option du créancier constitue un véritable droit subjectif, car tous les éléments de la définition des droits subjectifs s'y trouvent réunis. En effet, il est aisé de constater que cette option présente, de par sa nature même, la caractéristique d'être une prérogative juridique appartenant à un sujet de droit, le créancier, que le droit objectif reconnaît et protège.

Mais il faut remarquer tout de suite que ce droit subjectif, comme le consacre et le proclame à juste titre la Cour de cassation, n'a pas une existence propre et autonome. Il reste tributaire d'un autre droit subjectif, dont il constitue le prolongement, à savoir le droit d'action, le *jus agendi*. C'est que, pour qu'il y ait option entre telle ou telle action, encore faut-il que le créancier aille en justice. Cette subordination de l'option du créancier au droit d'action n'empêche pas, pour autant, la première d'être un droit subjectif à part entière.²

20. Ceci étant précisé, force est de constater que l'option du créancier constitue un droit subjectif d'une nature particulière.

Dans le couple des catégories opposées droits absolus-droits relatifs, dits aussi droits discrétionnaires-droits contrôlés,³ ce droit d'option judiciaire, comme d'ailleurs le droit d'action lui-même, est loin, bien loin, d'être l'un des droits absolus.⁴ Car, dans la catégorie des droits

¹ *Ibid.* Dans cet arrêt, la Cour de cassation considère que l'action en exécution forcée est, comme l'action en résolution, un droit au profit du créancier, et que ce dernier a le droit de choisir librement entre les deux. L'intérêt de cette analyse est d'autant plus important que l'art. 273 évoque également l'idée de droit.

² Cf. I. NAJJAR, *op. cit.* ; n° 132.

³ Cf. A. ROUAST, Droits discrétionnaires et droits contrôlés, Rev. trim. dr. civ. 1944, p. 1 et s.

⁴ Comp N. BEN AMMOU, note précit, p. 279.

absolus, dont le nombre ne cesse au demeurant de se réduire,¹ le titulaire du droit peut l'exercer sans avoir de compte à rendre à personne.

La raison en est que ces droits ne permettent aucun contrôle des motifs de leurs auteurs, si répréhensibles soient-ils.² Or, le droit d'opter entre l'exécution et la résolution n'a rien de tel. Lorsque le créancier demande l'exécution forcée, son action n'a d'autre but que l'exécution du contrat. Et cette exécution reste soumise, comme le souligne la Cour de cassation, à la possibilité matérielle ou juridique et, par là, à l'appréciation des juges du fond. Il ne peut pas exiger, par exemple, l'exécution forcée d'une obligation dont l'objet a été détruit ou transformé, ou encore, d'une obligation de faire.³ En revanche, lorsque le créancier demande la résolution du contrat, il ne peut guère l'obtenir de plein droit, mais sous le contrôle du tribunal.⁴

Si, au surplus, il est indéniable que le droit d'action lui-même, qui constitue la source de l'option judiciaire, peut faire l'objet d'un abus de droit, on ne peut que se rendre à l'évidence que ce droit d'option est un droit contrôlé et non absolu.⁵

Dans le même ordre d'idées, ce droit d'option reste réfractaire au couple des catégories opposées droits réels-droits personnels. Et pour cause, le droit de choisir entre telle ou telle action, pris en tant que tel et en dehors du contenu de la demande ou des conséquences judiciaires de l'action, n'a pour objet ni un bien ni, non plus, une créance.

¹ Cf. A. ROUAST, art. précit

² *Ibid*, et les exemples cités.

³ Dans les limites où l'exécution forcée est inacceptable, cf. C.O.C., art. 275 ; W. JEANDIDIER, art. précit., *passim*.

⁴ Cette analyse est valable même à propos de l'al. 2 de l'art. 273 du C.O.C., relatif à l'inexécution partielle. Le juge ne saurait donner au créancier la possibilité de se départir du contrat en arguant d'une inexécution partielle infime ou portant sur des obligations accessoires etc., cf *supra*, n° 12

⁵ Cf. H. MOTULSKY, Le droit subjectif et l'action en justice, in Arch. Ph. dr., 1964.

21. A vrai dire, le droit d'option judiciaire, comme d'ailleurs le droit d'action, est un droit spécifique qui ne peut se ranger que dans la catégorie des droits subjectifs potestatifs. Qu'est-ce qu'alors un droit potestatif ?

Un droit potestatif est un pouvoir par lequel son titulaire peut agir "sur les situations juridiques préexistantes, en les modifiant, les éteignant ou en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale (acte juridique, instance judiciaire ou recours administratifs)".¹

Ainsi qu'on le voit, le droit potestatif ne va pas jusqu'à conférer à son auteur un pouvoir immédiat sur une personne ou sur un bien. Il a pour objet une situation juridique, comme le fait apparaître sa définition. Au contraire du droit réel et du droit personnel susceptibles de violation ou d'inexécution, le droit potestatif n'a rien de cela, puisqu'il ne peut ni être violé, ni inexécuté, l'autre partie est dans une position de sujétion, elle doit le subir.²

22. Le droit d'option de l'article 273 du Code des obligations et des contrats, tel qu'il a été posé par la Cour de Cassation et tel qu'il existe en droit comparé, semble correspondre à la définition et aux caractéristiques du droit potestatif: d'abord, le droit d'option a pour objet une situation juridique, la situation litigieuse, ensuite, celui qui doit subir ce droit, à savoir le débiteur ou le juge, est dans une position de sujétion, en sorte que l'efficacité de ce droit ne dépend que de la volonté de son auteur.³

¹ Cf. G. messina, *nuovo digesto italiano*. V° *Diritti potestativi*, t. 3, p.872 et s., cité par I. NAJJAR, op. cit., n° 99.

Il est à noter que le droit potestatif est présenté comme une variante des droits subjectifs. Ce concept nous vient d'Allemagne (*Rechte des rechtlichen honnes*) et d'Italie (*diritto potestativo*). Il trouve écho en droit de suisse où on le désigne par l'expression de "droit formateur" (cf. L. L'Huillier, la notion du droit formateur en droit privé Suisse, thèse Genève, 1947).

La doctrine française l'a adopté pour classer certains droits qui se refusent à se ranger dans cette traditionnelle alternative : droits réels-droits personnels, cf. L. BOYER, Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à l'étude des avant-contrats, Rev. trim. dr. civ. 1949, p. 1 et s., spéc. n° 27 et s. et sa thèse, la notion de transaction, contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif, Toulouse 1947, préf., J. MAURY, p. 61 et s., adde. La clause de dédit, Mélanges P. Raynaud, 1985, p. 41, n°9; R. BAILLOT, le droit de repentir, Rev. trim. dr. civ., 1984, p. 227, n°20 ; I. ARIBI, Notion et rôle de la résiliation en droit privé interne, thèse, Grenoble 1994, n°168 et s., où il a été adopté pour situer le droit de résiliation unilatérale. Voir aussi les quelques exemples cités *infra*, n° 22.

² Cf. HAGE CHAHINE, Essai d'une nouvelle classification des droits subjectifs, Rev. trim. dr. civ. 1982, p. 705 et s. n°48, qui écrit: « le lien de sujétion est un lien en vertu duquel une personne est tenue de subir l'empiètement d'une autre personne sur sa sphère juridique sans qu'on lui assigne la moindre tâche à accomplir. A ce lien correspond, du côté actif, le droit potestatif.

Le sujet passif n'est tenu ni de fournir une prestation ni de rendre un service, il est tenu de subir. Il n'est pas obligé de donner, de faire ou de ne pas faire mais de laisser faire... »

³ Dans cet esprit, le juge et, surtout, le débiteur, s'ils jouent un rôle significatif sur le droit d'option du créancier, ne peuvent pas le mettre en échec lors de l'introduction de l'instance. Ils ne peuvent pas, non plus, empêcher le créancier de modifier son choix en cours d'instance : cf. *infra* n°19 et s. Les arrêts qui l'ont fait - et ils sont nombreux - ont privé, sans raison, les créanciers d'un droit fondamental.

En cela, le droit d'option de l'article 273 est de même nature que de nombreux autres droits, tels que le droit d'agir en justice,¹ celui de l'option *stricto sensu*,² celui du co-indivisaire de provoquer le partage,³ celui du propriétaire joignant un mur de le rendre mitoyen,⁴ celui du destinataire d'une offre de conclure le contrat par l'acceptation de cette offre,⁵ celui de retrait,⁶ celui de résilier un mandat⁷ etc..

En résumé, l'option du créancier, si elle constitue un droit subjectif potestatif, comme la vraie option, n'en demeure pas moins réfractaire à la définition de celle-ci.

L'examen de la portée de ce choix procédural confortera cette idée.

II- LA PORTEE DE L'OPTION DE L'ARTICLE 273 :

23. La détermination de la portée de l'option du créancier ne va pas sans rappeler le principe de l'immutabilité du litige.⁸

On sait que ce principe qui interdit, entre autres, les demandes nouvelles en cours d'instance ou la modification de la demande par le juge,⁹ est d'une utilité appréciable. Non seulement il permet de déjouer les manœuvres d'une partie au litige qui essaierait de surprendre

¹ Cf. I NAJJAR, op. cit., n°123 et s.

² Nous avons fait observé plus haut que l'option de procédure, comme d'ailleurs le droit d'action, n'est pas une option *stricto sensu*. Mais cela n'empêche pas les deux options d'avoir la même nature juridique au point de vue de la théorie des droits subjectifs.

³ Cf. Code Tunisien des Droits Réels (C.D.R.), art. 71.

⁴ Cf. C.D.R., art. 79.

⁵ Cf. C.O.C., art. 27.

⁶ Cf. C.D.R. art. 103.

⁷ Cf. C.O.C. art. 1157.

⁸ Cf. Code Tunisien de procédure civile et commerciale (C.P.C.C.), art. 147 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile, Dalloz, 23^{ème} éd., 1994, n° 625 et s., p. 423 et s. : "Parler de l'immutabilité du litige veut exprimer que, quand une instance a été engagée, ses éléments, son cadre, ne doivent pas être modifiés. On ne peut substituer un tiers à un plaideur, changer la qualité de ce dernier, modifier l'objet de la demande initiale ou présenter des demandes nouvelles". Adde, J. MIGUET, Immutabilité et évolution du litige, L.G.D.J. 1977, préf. P. HEBRAUD, *passim* ; J. NORMAND, Le juge et le litige, précit, n° 127 et s.

⁹ H. VIZIOZ, Obs., Rev. trim. dr. civ. 1946, p. 146. Une demande est nouvelle si elle diffère de la demande originaire par son objet, par sa cause, par les parties ou la qualité en laquelle elles agissent. Ce sont les éléments qui permettent d'individualiser une demande : cf. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, Coll. thémis, 3^{ème} éd. 1996, n°119 et s., 85 et s. P. BOYREAU, La prohibition des demandes nouvelles en appel, thèse, Bordeaux, 1945 ;

son adversaire et de retarder, par là, la marche du procès, mais aussi il permet de garantir un autre principe, celui du double degré de juridiction.¹

Cependant, le principe de l'immutabilité du litige est loin d'être absolu. Des considérations inhérentes "au phénomène de l'évolutivité du procès" conduisent à en tempérer la rigueur. Le litige n'est pas, en effet, intangible et c'est rare qu'il reste limité, tout au long de l'instance, à la demande originaire. A celle-ci, s'ajoutent fréquemment la demande reconventionnelle du défendeur, les demandes additionnelles du demandeur ou du défendeur (qui renferment souvent des prétentions modificatives), les allégations émanant d'un tiers intervenant (C.P.C.C., art. 224 à 228), le rôle considérable du juge².

C'est à un point tel qu'un auteur a estimé que le litige constitue un "véritable lacis que le juge devra débrouiller et trancher fil à fil, soit en une seule fois, soit successivement".³

Et c'est dans ce fouillis procédural, dont nous n'avons fait que passer en revue quelques traits, que se situe la question de la portée de l'option du créancier en cours d'instance.

La réponse à cette question dépend aussi bien des rapports des parties à l'action (A) que de l'office du juge (B).

A) LA PORTEE DE L'OPTION DANS LES RAPPORTS DES PARTIES A L'ACTION :

24. Simple option de procédure – pour ne pas dire fausse option – au moment de l'introduction de l'instance,⁴ l'option du créancier l'est aussi en cours d'instance.

La raison en est que cette option n'est pas irrévocable. Elle peut évoluer en fonction de la marche du procès, que ce soit en raison de la possibilité pour le demandeur de modifier son choix en cours d'instance (1) ou du rôle actif du défendeur sur le choix du créancier (2).

¹ H. VIZIOZ, Obs. précit. Les mêmes faits doivent être soumis d'abord aux premiers juges, faute de quoi, on ne saurait opposer à une demande l'autorité de la chose jugée.

² Cf. G. CORNU et J. FOYER, op. cit., n° 119, p. 523. Adde, la préf. précit de P. HEBRAUD et J. MIGUET, op. cit., *passim*.

³ H. VIZIOZ, cité sans réf. par G. CORNU et J. FOYER, op. cit., n° 119, p. 523.

⁴ Cf. *supra*, n° 15 et s.

1- La possibilité pour le demandeur de modifier son choix en cours d'instance :

25. Nous avons vu que le choix initial appartient au créancier, mais ce dernier peut le changer par la suite, en fonction de ses intérêts et de l'évolution du procès. D'une manière générale, il est permis au créancier, demandeur à l'action, de modifier son option en cours d'instance, en substituant, par voie de conclusions, l'une des actions à l'autre. Cette possibilité lui est ouverte aussi bien en première instance qu'en appel ; et tant qu'il n'est pas intervenu de règlement définitif du litige, par un jugement devenu définitif, un acquiescement ou une transaction. Ce dont il découle que le créancier qui a demandé l'exécution forcée peut, en cours d'instance, demander la résolution et inversement.¹

Au reste, cette solution est de principe en cas de cumul d'actions, c'est-à-dire "lorsque plusieurs actions sont attachées à un droit unique"². Tel est le cas du vendeur impayé, puisqu'un même droit, à savoir la créance du prix, lui ouvre une option entre l'action en exécution de l'obligation par l'acquéreur et l'action en résolution de la vente.³ "Or, si chacune des branches de l'option devrait correspondre à un droit différent, une telle solution serait inconcevable, car elle se heurterait au principe de l'immutabilité du litige".⁴ C'est pourquoi, la doctrine et la jurisprudence françaises rejettent, depuis longtemps, la maxime de l'Ancien droit, empruntée au Digeste, "*Electa una via, non datur regressus ad alteram*", selon laquelle le choix d'une action vaut renonciation aux autres actions dérivant du même droit.⁵

Les auteurs pensent même "... que la règle *Electa una via...*" n'est susceptible d'aucune application en matière civile.⁶

26. Ces solutions du droit comparé ne sont pas inconcevables en droit tunisien. Bien plus, elles peuvent y reposer sur des fondements solides. En effet, l'exclusion de la maxime "*Electa una via...*" est expressément consacrée à l'article 523 du Code des obligations et des

¹ H. VIZIOZ, Obs. Précit. Il s'agit de la solution générale (cf. C. civ. art. 1184), mais elle est applicable à d'autres cas, tels que l'option entre les actions rédhitoire et estimatoire, en cas de vice caché de la chose vendue.

² Cf. J. VINCENT, V° action, n° 319, in Encycl. Dalloz, Pro. civ. Le cumul d'actions est à distinguer du concours d'actions, dans lequel des rapports de droit différents donnent naissance à des actions qui poursuivent des buts identiques. Mais, dans cette hypothèse, la décision rendue sur l'une d'elles n'entraîne pas chose jugée à l'égard des autres.

³ Cette hypothèse est celle qui a été soumise aux chambres réunies de la Cour de cassation.

⁴ Cf. H. SOLUS et R. PERROT, T. I, n° 102, p. 103.

⁵ *Ibid*, n° 112.

⁶ Cf. J. VINCENT, V° action, n° 323, in Encycl. Dalloz, procédure civ.

contrats, contrairement au droit français où la solution ne repose sur aucun texte de loi. Selon cet article "*lorsque deux actions sont ouvertes à une personne à raison de la même cause, le choix de l'une de ces actions ne saurait être considéré comme une renonciation à l'autre*". Ce texte, peu éclairé en droit tunisien, est une reprise intégrale des propos d'Aubry et Rau, par lesquels les éminents auteurs écartent la règle "*Electa una via...*" en matière civile¹. Il en résulte que le Code tunisien consacre par cet article, inséré dans un paragraphe intitulé : de l'interprétation des conventions, une règle de procédure qui s'applique parfaitement, voire inévitablement, à la question qui nous retient. Il va sans dire que l'action en exécution, l'action en résolution et l'action en dommages-intérêts, sont ouvertes à raison de la même cause, à savoir le droit de créance, qu'il ait pour objet une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire.

Et il s'agit là d'une règle d'application générale en matière civile.² Elle s'applique non seulement aux choix découlant de l'article 273, mais également à d'autres choix, tels que ceux qui résultent explicitement ou implicitement des articles 129 *in fine*, 346, 640, 641, 655, 664, 796, 818, 871, 875, 971, 1412, 1440 du Code des obligations et des contrats. Cette analyse permettra ainsi de concilier les dispositions générales de l'alinéa 1^{er} de l'article 273 avec des dispositions spéciales. Car on ne saurait admettre, sans heurter la logique et le bon sens, qu'en principe il n'y pas d'option, en raison de la notion de demeure, sauf pour l'inexécution partielle (art. 273 al. 2) et les autres hypothèses, notamment celles des contrats spéciaux (v. les art cités *supra*).

27. Par ailleurs, certaines règles procédurales confortent cette analyse. En effet, d'après l'article 148 du Code de procédure civile et commerciale : « L'appelant peut modifier la cause de sa demande si l'objet de celle-ci reste le même et à condition que la cause nouvelle ne repose pas sur des faits nouveaux, non soumis au premier juge

Il peut être également soulevé devant la juridiction d'appel des moyens nouveaux ».

¹ Cf. Cours de droit civil français, t. IV, 5^{ème} éd., Paris 1912, §. 323 et la note 13. Adde, Avant-projet de code civil et commercial tunisien, art. 608 et la référence des rédacteurs à AUBRY et RAU. Cf. aussi *supra*, n° 13 et les notes. Les rédacteurs du Code des obligations et des contrats étaient conscients de l'importance des choix procéduraux qui pourraient s'offrir aux parties contractantes. Aussi ont-ils posé à l'article 523 une règle dont la vocation concerne tout le Code. Cette règle constitue la véritable clef de voûte de la question. Mais il faut ajouter que la règle de l'art. 523 repose sur la justification classique, contemporaine de la rédaction du Code, de l'exclusion de la règle "*Electa una via...*", à savoir l'existence de plusieurs actions concurrentes attachées à un même droit. La doctrine prône aujourd'hui une autre justification fondée sur la qualification juridique des faits, qui permet des possibilités de choix ou d'options plus larges encore : cf. F. BUSSY-DUNAUD, Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties, L.G.D.J., 1988, préf. J. GHESTIN, p. 67 et s.

² Sur les rares exceptions, cf. J. VINCENT, *précit.*, notamment en matière pénale.

Il en résulte que les parties en appel peuvent former pour la première fois des demandes nouvelles par leur cause, à condition qu'elles se rattachent aux mêmes faits et qu'elles procèdent directement de l'objet de la demande originale¹.

Pareilles demandes doivent être *a fortiori* possibles en première instance. C'est ce que décide l'article 84 nouveau du même Code en disposant que : « le demandeur peut... modifier sa demande en partie, la préciser ou en former de plus amples prétentions »².

28. Dans cet ordre d'idées, la victime d'une inexécution peut modifier son choix et exercer de façon alternative l'une des actions ou l'autre³ en cours d'instance ou après désistement par exemple ;⁴ et ce en fonction de l'évolution du litige : survenance de faits nouveaux, certitude quant à l'impossibilité d'exécution, conciliation, transactions etc...

2- Le rôle actif du défendeur sur le choix du créancier :

29. D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue le rôle actif du débiteur, dont la réponse noue le procès, sur l'option du créancier. Défendeur à l'action, le débiteur, qui bénéficie du principe de la liberté de la défense, peut acquiescer, compromettre, transiger et surtout contre-

¹ Cf. P. BOYREAU, thèse précit., p. 95 et s. Il faut noter toutefois que la rédaction peu claire de l'article 148 du C.P.C.C. est source de difficultés en pratique. Une première interprétation donne à penser qu'on peut changer la cause et non l'objet, alors que souvent, en cas de cumul d'actions, c'est bien l'objet de la demande qui change. Et le problème provient de l'absence de définition unanime de la cause. Plusieurs juristes ont exprimé le souhait de réformer ce texte, afin de permettre une application plus souple des exceptions au principe de l'immutabilité du litige : cf. le colloque organisé par la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Tunis sur l'appel, notamment A. AL. AHMADI, La cause de l'action en appel, p. 129 et s. et le débat (en langue arabe).

² A rapprocher de l'article 83 du C.P.C.C. Il est à préciser que la modification, à ce stade, reste libre. Le législateur la régit seulement afin que le jugement de la question litigieuse ne soit pas retardé indéfiniment.

³ Il n'est pas inconcevable que le créancier forme les deux demandes dans la même action (demander l'exécution ou la résolution). Et il n'est même pas tenu d'invoquer un texte à l'appui de sa demande (« J'invoque le Code » plaidait un avocat en renom et en difficulté), cité par G. CORNU et J. FOYER, op. cit., à propos du fondement juridique de l'action.

⁴ Le demandeur peut modifier son choix en cours d'instance, mais « il lui est loisible de la retirer par désistement ou encore, de laisser opérer la préemption et d'exercer ensuite une autre action », Cf. J. VINCENT, V°. action, n° 23, précit.

attaquer en formant une demande reconventionnelle¹. D'ailleurs, on voit mal ce qui pourrait l'empêcher, de choisir lui aussi, dans sa reconvention, entre l'exécution et la résolution.

Le débiteur peut, en outre, échapper à la demande en résolution du créancier – qui nous pose problème – en offrant d'exécuter en cours d'instance et, là encore, aussi longtemps que le règlement définitif du litige n'est pas intervenu. Contrairement au droit français où cette possibilité est d'origine prétorienne,² le droit tunisien renferme une disposition claire en ce sens, à savoir celle de l'article 293 *in fine* du Code des obligations et des contrats, aux termes duquel les offres réelles « peuvent même être faites à l'audience »³. C'est sans doute ce qui explique pourquoi de nombreux arrêts de la Cour de cassation repoussent l'action en résolution en permettant au débiteur d'exécuter en cours d'instance (première instance ou instance d'appel), tant qu'une décision passée en force de chose jugée n'est pas intervenue⁴.

30. Il s'ensuit que l'option du créancier n'a pas la portée qu'on lui attribue souvent. Dans ce schéma complexe où s'entremêlent aspects substantiels et aspects procéduraux du contentieux, elle ne constitue pas un choix définitif et irrévocable. Cette révocabilité se confirme davantage en soumettant l'option à l'appréciation du juge.

B) LA PORTEE DE L'OPTION PAR RAPPORT A L'OFFICE DU JUGE :

31. Comme dans de nombreux autres domaines, le juge dispose d'un souverain pouvoir d'appréciation, « qui correspond, tout à la fois, à la nécessité de contrôler, voire de cantonner, le mécanisme résolutoire et aux possibilités procédurales laissées aux parties ».⁵

¹ Cf. C.P.C.C., article 227.

² Cf. *infra*, n°31.

³ Les offres réelles ainsi faites témoignent, de façon irréfutable, que le choix du créancier entre telle ou telle action ne constitue pas une vraie option, mais plutôt une simple option de procédure. Elles supposent, toutefois, que le juge en apprécie le caractère sérieux et surtout satisfactoire pour le créancier : cf. *infra*, n°31.

⁴ Cf. Cass. civ. ,n°603, 15 avril 1976, 1^{ère} partie, p. 191 ; Cass. civ. n°3312, 15 juin 1981, Bull. 1981, 2^{ème} partie p. 176, qui applique ce texte malgré les termes de l'article 796 du C.O.C. ; Cass. civ. n° 24697, du 26 décembre 1989, Bull. 1989, p. 479. Sur les limites à cette solution, cf. *infra*. n° 31 et les notes.

⁵ F. TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, les obligations, 5^{ème} éd., Dalloz 1993, n° 630, p. 478.

En d'autres termes, face aux différents choix procéduraux qui s'offrent aux parties (demandes incidentes, vicissitudes de l'action¹ et notamment l'option du créancier), le juge apprécie souverainement les demandes des parties, en fait et en droit.²

C'est ainsi que le juge français, nonobstant la consécration légale de l'option, n'admet la résolution du contrat qu'en tant que dernier remède, un pis-aller, auquel il a recours de façon subsidiaire.

Cette attitude défavorable à la résolution se manifeste sur plusieurs plans. Généralement, le juge ne prononce la résolution que si l'inexécution est très grave ; plus précisément, si le trouble affectant le contrat est tel, que le créancier n'aurait pas contracté s'il l'avait prévu.³ Non seulement le juge n'hésite pas à faire application de l'alinéa 3 de l'article 1184 du Code civil, qui lui permet d'accorder, "selon les circonstances", un délai au débiteur pour pouvoir se libérer,⁴ mais surtout, dès lors que l'octroi de dommages et intérêts lui paraît suffisant, il exclut la résolution, même si le demandeur réclame celle-ci seulement.⁵

¹ Selon l'expression de G. CORNU et de J. FOYER, op. cit., n°3, qui correspond aux faits et actes qui affectent l'action (renonciation, acquiescement, conciliation...).

² *Ibid*, n° 90 et s.

³ Cf. F. TERRE, PH. SIMPLER et Y. LEQUETTE, op. et loc. cit.

⁴ Cf. J. CARBONNIER, Obs., Rev. trim. dr. civ. 1956, p. 553.

⁵ Cf. Cass. civ., 11 avril 1918, DP., 1,24 ; Req. 21 déc. 1927, D.H., 1928, 82; Cass. civ. 23 nov. 1949, Bull. 1949, 1, n° 37.

32. En outre, la jurisprudence admet, de façon large, la possibilité pour le débiteur d'échapper à la résolution, en exécutant son obligation pendant le cours de l'instance¹. A moins que le juge, pour éviter que le débiteur ne détourne la règle de sa fin, ne rejette une offre d'exécution tardive, estimant que le retard constitue une inexécution assez grave pour justifier la résolution.²

33. Dès lors, l'option du créancier, que ce soit en cas d'inexécution totale ou partielle, n'est pas définitive pour le juge. Ce dernier se voit reconnaître le droit de statuer dans le sens d'une des deux branches de l'option, même si l'objet de la demande porte sur l'autre branche. Comment peut-on expliquer ce pouvoir et quel est son étendue ?

Comme c'est le cas pour les possibilités procédurales laissées aux parties,³ la réponse se trouve à la frontière des règles de fond (1) et des règles de la procédure (2).

1- Au point de vue des règles du fond :

34. Le pouvoir du juge s'explique par le fait que "le vœu de la loi est incontestablement que tout soit mis en oeuvre pour sauver le contrat et que son anéantissement ne soit accepté qu'en désespoir de cause".⁴

Cette "primauté de l'exécution sur la résolution",⁵ qui constitue l'apanage de tout système juridique,⁶ ne doit pas se réaliser de n'importe quelle manière. Comme le note à juste

¹ Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 17 Mai 1954. Gaz. Pal. 1954, 2, 83 ; Cass. civ. 27 mars 1911, DP, 1915, 1.97, note CH. CESAR-BRU ; Cass. Civ. 30 nov. 1949, Gaz. Pal. 1950, 1, 38. Cf. aussi les réf. citées par M. STORCK, Juris-class. civ., art. 1184, fasc. 1, n° 84 et s. Cette possibilité est offerte au débiteur tant en 1^{ère} instance qu'en appel et aussi longtemps que la décision judiciaire n'est pas passée en force de chose jugée. La solution a été admise après opposition (Cass. civ. 27 mars 1911 précit). Elle provient de l'ancien droit français et elle se perpétue encore : cf. G. BOYER, Recherches historiques sur la résolution judiciaire, thèse Toulouse, 1924. Comp. C.O.C. art. 293 *in fine* ; *supra*, n° 29 et la jurisprudence citée.

² Cf. Cass. civ. 30 nov. 1949 précit ; Cass. civ. 17 mai 1954, précit ; Cass. civ. 27 mars 1911 précit, suivant lequel : "la résolution d'un contrat synallagmatique n'ayant pas lieu de plein droit, le contrat peut, selon les circonstances, tant que la résolution n'a pas été définitivement prononcée, être exécuté valablement. Dès lors, si des offres réelles ont été faites en cours d'instance par le débiteur ou par un ayant cause, le juge doit examiner si ces offres sont ou non de nature à constituer une exécution qui fasse obstacle à la résolution".

³ Cf. *supra*. n° 14 et s., 24 et s.

⁴ Cf. J. NORMAND, op. cit., n° 127 et les réf. ; G. RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles, 4^{ème} éd., n° 76 (le but de la loi est de "sauver le contrat) ; J. CARBONNIER, Obs., Rev. trim. dr. civ. 1950, p. 374, qui considère cette jurisprudence comme étant : "indulgente aux débiteurs et encline aux attermolements".

⁵ Cf. M.E. ROUJOU DE BOUBEE, Essai sur la notion de réparation, L.G.D.J. 1974, p. 191 et s.

⁶ Cf. *supra*, n° 12.

titre un auteur, "pour déterminer le moment exact où il sera permis de passer du domaine de l'exécution à celui de la réparation, qu'il s'agisse de réparation proprement dite ou de résolution, la question principale est de savoir si l'obligation inexécutée en totalité était, qu'on l'appelle principale ou accessoire, l'équivalent voulu, si l'obligation exécutée en partie peut encore ou ne peut plus constituer cet équivalent ; en un mot, il s'agit de savoir si le créancier est ou peut encore être en totalité ou en partie satisfait... le juge ne peut pas, après avoir relevé les circonstances qui enlèvent à l'exécution tardive ou partielle tout intérêt pour le créancier, obliger néanmoins ce dernier recevoir cette exécution"¹

35. Autrement dit, le juge est lié, aussi bien en cas d'inexécution totale que partielle,² par le caractère satisfactoire de l'exécution pour le créancier.³ C'est que le juge atteint ici les limites de fond de son pouvoir. Obliger le créancier à recevoir une exécution partielle ou tardive non satisfactoire, reviendrait à franchir l'interdiction qui lui est faite de refaire le contrat ; interdiction qui découle du principe de la force obligatoire des liens contractuels⁴. Dès lors, il devient aisé de comprendre l'arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation. Le choix par la haute juridiction de la résolution n'a pas été dicté par le choix des créanciers, mais s'impose d'autant plus que la commune avait maintenu son refus délibéré de payer la seconde moitié du prix, y compris tout au long de l'instance.

36. Ainsi, on ne saurait ôter au juge son pouvoir d'appréciation souverain, sans méconnaître, tout à la fois, la complexité de la pratique et le caractère judiciaire de la résolution. Dans un système où la résolution n'a pas lieu de plein droit mais résulte d'un jugement, le pouvoir d'appréciation du juge s'impose avec force. Seul le juge peut apprécier la gravité de l'inexécution, la moralité des parties, leur intention présumée, la faute ou les fautes

¹ Cf. M.E. ROUJOU DE BOUBEE, op. et loc. cit.

² Au fond, il n'y a aucune distinction à faire entre l'inexécution totale et l'inexécution partielle, contrairement à une opinion assez répandue en droit tunisien qui se fonde exclusivement sur la rédaction du texte, sans tenir compte de la réalité pratique ; réalité qui ne saurait se passer du pouvoir d'appréciation du juge.

³ Il en est ainsi lorsque l'exécution ne présente plus d'intérêt pour le créancier, par exemple la livraison tardive d'une marchandise commandée en fonction d'une date particulière ou encore le retard dans l'accomplissement d'une prestation (théâtrale, musicale etc...). Il en est de même lorsque la livraison ou la prestation n'a été accomplie que de façon partielle.

⁴ Cf. J.MIGUET, Immutabilité et évolution du litige, *op.cit.*, n° 226 et s. C.O.C. art. 254 et 255, qui s'imposent au débiteur et donnent la mesure de l'appréciation du juge. Telles sont les limites du pouvoir souverain des juges du fond. Mais, il existe aussi d'autres limites logiques : par exemple ordonner l'exécution forcée, alors que cette branche de l'option s'est fermée par l'impossibilité d'exécution (cf. Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 1982, Rev. trim. dr. civ. 1983, pp. 132 et s., Obs. F.CHABAS) ou encore ordonner, à la fois, la résolution et l'exécution, en prononçant la résolution du contrat pour défaillance du débiteur, tout en le condamnant à verser, non pas des dommages-intérêts, mais une somme constituant la prestation promise. (Cf. Cass. civ. 1^{ère}, 6 fév. 1979, Bull. civ. I, n°46 ; Cass. civ. 3^{ème}, 2 juin 1981, J.C.P. 1981, éd. G., IV, p.296 ; adde. M. STORCK, *Juris-cl. civ.*, art. 1184, Fasc. 1, n° 26 et s., notamment n° 30).

de part et d'autre des contractants, les circonstances économiques qui entourent l'inexécution etc... Dans cet esprit le juge peut repousser la résolution en tenant compte de la bonne foi du débiteur, de la possibilité d'exécution, du caractère satisfaisant de l'exécution partielle pour le créancier, évitant ainsi que l'on prenne prétexte de n'importe quelle inexécution pour se départir du contrat.¹ En un mot, le juge du fond doit disposer d'un pouvoir d'appréciation large pour doser à sa juste mesure la sanction de l'inexécution du contrat, sans être lié toujours, ni nécessairement, par les options procédurales des parties.

Ces idées ne sont pas étrangères à l'esprit des rédacteurs du Code des obligations et des contrats. Que l'on se souvienne d'une règle, figurant à l'avant-projet du Code, et qui n'a pas été reprise par le législateur, sans doute parce qu'elle résulte implicitement de la disposition finale de l'article 273² : il s'agit de l'article 307, qui dispose que "dans tous les cas où la résolution est demandée, le tribunal peut n'allouer que des dommages-intérêts, lorsque la résolution ne lui paraît pas suffisamment justifiée par les circonstances et, notamment, lorsque l'inexécution ne porte que sur une clause accessoire ou secondaire du contrat".

Il en résulte deux observations importantes : d'une part, les rédacteurs du Code ont bien entendu attribué au juge un pouvoir d'appréciation important lui permettant, entre autres, de faire échec à la résolution et, d'autre part, ces mêmes rédacteurs étaient bien conscients de la nature et de la portée de l'option du créancier, qui est loin d'être irrévocable.

Ce pouvoir large, qu'imposent les nuances de la pratique, reste soumis, bien évidemment, au contrôle de la Cour de cassation et il s'agit là d'une autre limite au pouvoir souverain des juges du fond.³

2- Au point de vue des règles de la procédure :

37. Comment justifier, au regard des règles procédurales, que le juge puisse ordonner l'exécution, alors que le requérant demande la résolution? N'y aurait-il pas là atteinte au principe de l'immutabilité de l'objet de la demande ?

¹ Sur l'ensemble de ces éléments d'appréciation, cf. M. STORCK, précit., n° 112 et s. et les exemples jurisprudentiels cités.

² Relative au caractère judiciaire de la résolution

³ Cf. M. STORCK, op. cit., n° 112 et s., qui donne des précisions sur la façon par laquelle la plus haute juridiction contrôle les juges du fond en la matière. L'auteur précise que « la Cour de cassation s'arroge elle-même un pouvoir de contrôle étendu, qui se manifeste sur un plan bien déterminé : la Cour de cassation exerce son contrôle sur les conséquences juridiques des faits constatés et appréciés par les juges du fond. Elle se substitue à ceux-ci pour dire si les faits constatés constituent une violation grave des obligations du défendeur. »

La réponse à ces questions reste controversée en droit français, tant en doctrine qu'en jurisprudence.

D'aucuns précisent que l'objet de la demande en résolution n'est pas changé par le juge prescrivant l'exécution forcée.¹

D'autres auteurs placent le débat sur le terrain de la responsabilité contractuelle : le juge ne fait que choisir, dans les limites de son office, un mode de réparation plutôt qu'un autre.² Dans cet esprit, le juge peut, par exemple, se contenter d'octroyer des dommages et intérêts alors que le demandeur réclame la résolution seulement.

Récemment, un auteur a démontré que l'objet de la demande est, en fait, changé : la résolution est une chose, l'exécution forcée en est une autre.

Cet auteur a mis en lumière l'idée de fins de l'action. Idée qui tire argument de la distinction action-demande, "dont les domaines ne se recouvrent pas nécessairement, la demande pouvant n'être que l'exercice limité d'une action renfermant plusieurs demandes possibles" (résolution, exécution forcée, dommages et intérêts).³ Et l'auteur d'ajouter que si l'objet de la demande en résolution est changé par le juge ordonnant l'exécution forcée, "les fins de l'action qui, elles, renferment l'alternative résolution-exécution", visant le "rétablissement de l'équivalence contractuelle", ne changent pas.⁴

Dans cette optique, le juge peut modifier l'objet de la demande à condition de le faire dans le cadre des fins de l'action.⁵

Ces éléments du droit comparé visent à montrer la voie à suivre. C'est la voie rationnelle suivie, somme toute, par tous les systèmes juridiques (français, italien, égyptien, libanais...).

38. En somme, l'option du créancier entre l'exécution forcée et la résolution, que ce soit en cas d'inexécution totale ou partielle, place au premier plan les liens entre la procédure proprement dite et le fond du droit. Elle témoigne, encore une fois, de "toutes les hésitations et

¹ Cf. Cass. com. 16 juin 1987, Bull. civ., IV, n°145; M. STORCK, op. cit., n°102 ; Rapp. M. EL MELQI, Leçons de droit civil tunisien, Tunis. 1980, p. 273 (en langue arabe).

² Cf. H.L. et J. MAZEAUD, TII, 1^{er} vol. par F. CHABAS, n° 1094.

³ Cf. J. MIGUET, Immutabilité et évolution du litige, L.G.D.J. 1977, préf P. HEBRAUD, n° 26, pp.276 et s.

⁴ *Ibid.*

⁵ De toute manière, il est incontestable, aujourd'hui, que le juge joue un rôle important sur le plan de l'objet et de la cause de la demande : cf. G. CORNU et J. FOYER, Procédure civile, op. cit., *passim*.

de tous les retours qui, dans la démarche des plaideurs, traduisent la réalité humaine des conflits".¹ Aussi, cette option, comme d'ailleurs toutes les options de procédure, est-elle loin d'être définitive et irrévocable. Non seulement le créancier peut modifier son choix en cours d'instance, mais aussi le débiteur joue un rôle actif sur ce choix. Au surplus, le juge peut interférer avec le choix du créancier en vertu de son pouvoir d'appréciation. Tout cela en vue de rendre la décision la plus satisfaisante pour les plaideurs et pour le droit. Et si cette question a fait l'objet de controverses épineuses, c'est parce que la doctrine et la jurisprudence ne l'ont envisagé que sur le plan du fond du droit, négligeant ainsi l'aspect procédural. Si bien qu'il est plus exact de dire, non pas qu'il n'y a pas d'option sur le fondement de l'alinéa 1er de l'article 273, mais qu'il y a une option de procédure ; une option non authentique commandée par des raisons d'utilité procédurale. Entre les deux affirmations, la différence est notable. Elle s'est manifestée déjà à travers toutes les difficultés rencontrées en la matière².

Parfaitement intégrable en droit tunisien, notamment sur le fondement de l'article 523 du Code des obligations et des contrats, l'option procédurale entre les deux actions permet de "parer aux nuances de la pratique",³ ou encore de concilier les règles de fond avec les règles procédurales.⁴ Un système judiciaire de la résolution pour inexécution comme le notre ne saurait s'en passer.

Dans ces conditions, l'arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation mérite toute approbation. Non seulement parce qu'il choisit la meilleure des sanctions à l'encontre de la commune récalcitrante, mais, surtout, parce qu'il consacre clairement l'option du créancier.

Mais il convient de souhaiter avec un auteur, «d'une part, que les juges du fond veuillent bien cantonner le mécanisme résolutoire et n'y recourir que comme un *ultimatum subsidium*, et, d'autre part, que la Cour suprême exerce, à cet égard, un contrôle vigilant.»⁵

¹ Cf. P. HEBRAUD, Rev. trirm. dr. civ., 1973, p. 162.

² Sans doute dira-t-on que cette étude, tout en approuvant l'arrêt des chambres réunies, ne va pas moins à son encontre, en ce sens qu'elle prône l'idée de l'absence d'une option authentique, rejoignant ainsi l'opinion de ceux qui disent qu'il n'y a pas d'option. Certains auteurs m'ont fait part de cette remarque. Mais toujours est-il qu'il y a une différence entre le rejet de l'option tout court et la consécration d'une option spécifique qui, bien que non authentique, se révèle indispensable à la mise en œuvre du droit du créancier.

³ Cf. *supra* n° 26 et s.

⁴ Cf. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE. op. cil., n°630, p. 478.

⁵ J.-L. Aubert.

Le sort du Traitement Spécial et Différencié dans le cadre de l'O.M.C.



Mme Saadi Belamri Wassila Amel

Doctorante à l'école doctorale " droit comparé des affaires "

Faculté de droit. Université d'Oran. Algérie.

Membre du laboratoire de recherches : « Droit économique et Environnement »

Introduction :

- I- réaffirmation de la nécessité d'un traitement spécial et différencié pour les P.E.D.
 - A- Une réaffirmation de principe
 - B- La reconnaissance de la situation particulière des P.M.A
- II- Les P.E.D : Un statut juridique équivoque
 - A- L'absence de texte général
 - B- La nouvelle approche de l'O.M.C. à l'égard des P.E.D.

Introduction :

L'attitude de l'O.M.C. face aux pays en développement est différente de celle du G.A.T.T. dans la mesure où elle tente d'intégrer ces derniers et les pays développés sur un même pied d'égalité, cette approche égalitaire a fortement alimenté les négociations de l'Uruguay round. C'est la raison pour laquelle les P.E.D. ont manifesté un vif intérêt à ces négociations. Leur participation était importante par leur nombre, car pour eux l'enjeu était de taille : c'est l'avenir de leur commerce qui était en jeu. " Il s'agissait de savoir si le fameux principe de traitement différencié et plus favorable serait ou non reconduit dans son rôle"¹⁻²

¹ Sur le traitement spécial et différencié, voir nos articles parus dans la revue *القانون والفقه*, n° 17 et 19.

²G. FEUER, *L'Uruguay round, les pays en développement et le droit international du développement*, AFDI, 1994, p.759.

Dès le départ des négociations du cycle d'Uruguay, les intérêts des P.E.D. n'ont pas été ignorés et leur statut particulier a été évoqué à maintes reprises.

Il ressort des résultats des négociations de l'Uruguay, que le statut particulier des P.E.D. est reconnu et le T.S.D. réaffirmé (I) Cependant leur insertion dans le nouveau système reste imprécise (II)

I- La réaffirmation de la nécessité d'un traitement spécial et différencié pour les P.E.D.

L'acte final de Marrakech comporte plusieurs textes et dispositions qui prennent en compte la situation économique peu favorable des P.E.D, tout en insistant sur l'objectif de libéralisation du commerce de ces pays.

Mais, on constatera que ces dispositions sont plus des dispositions politiques que des engagements fermes. Par ailleurs, on remarquera que la dénomination du « principe spécial et plus favorable » a changé, on parlera plutôt de « Traitement Spécial et Différencié » pour prendre en compte certaines situations particulières au sein de la catégorie générale des P.E.D.

A- Une réaffirmation de principe :

La déclaration de Puntas Del Este a réaffirmé l'importance de la place qu'occupent les P.E.D. dans le commerce multilatéral dont le volume des échanges ne peut être ignoré aussi bien en quantité qu'en variété de marchandises échangées notamment concernant les matières premières. En ce sens les textes juridiques, les déclarations politiques et décisions ministérielles vont dans le sens de la réaffirmation du principe d'un traitement spécial pour les P.E.D.

Cette réaffirmation on peut la retrouver dans le préambule de l'accord portant la création de l'O.M.C. Et dans les accords qui lui sont annexés, sans toutefois qu'une précision textuelle ne soit apportée à son contenu.

Dans le préambule de l'accord de Marrakech, il est précisé qu' « il est nécessaire de faire des efforts positifs pour que les P.E.D, et en particulier les moins avancés d'entre eux, s'assurent une part de la croissance du commerce international qui corresponde aux nécessités de leur développement économique»¹

Durant les négociations les pays négociateurs n'ont cessé d'évoquer l'importance de la participation des P.E.D dans le commerce multilatéral et le devoir de leur y faciliter l'accès, mais ces déclarations n'en demeure pas moins, que des incitations, des recommandations et des exhortations.

¹ OMC, *rapport spécial : OMC et pays en développement*, focus 1995-1997, 1-25, p. 7, disponible sur le site de l'OMC.

Dans ce sens, l'O.M.C. n'apporte pas de grand changement en ce qui concerne le principe du traitement préférentiel reconnu aux P.E.D, on relève que les dispositions de l'article 36 § 3 de la partie IV du GATT sont presque les mêmes sinon que les termes de " parties contractantes peu développées" sont remplacés par " pays en développement " et " pays moins avancés ".

Ainsi, on remarquera que, si le G.A.T.T n'a pas fait de différence entre les pays en développement bénéficiant du traitement spécial ; l'O.M.C. quant à elle fait une distinction dans la catégorie générale des P.E.D. en les classant en P.E.D et P.M.A.

Dès lors, on remarque que désormais l'O.M.C. considère différemment le niveau économique de chaque pays.

B - La reconnaissance de la situation particulière des P.M.A.

Les accords de l'O.M.C. distinguent de manière plus expresse et plus approfondie qu'auparavant les normes juridiques applicables en fonction des différentes catégories de pays.

Si le GATT de 1947 ne vise que les pays développés et les pays en développement, l'O.M.C. prend en compte la situation spéciale des pays les moins avancés (PMA)

Cette prise en compte expresse des intérêts particuliers des P.M.A constitue une nouveauté dans le cadre de l'O.M.C.¹.

Pour les rédacteurs des accords de l'O.M.C, la catégorie des P.E.D. recouvre des réalités différentes et qu'il serait équitable d'appliquer un traitement plus favorable que celui réservé aux pays en développement avancés².

Selon l'O.M.C, certains P.E.D. ont mieux réussi que d'autres et qu'il faut se préoccuper plus des pays les plus pauvres du monde dont la plupart souffrent des problèmes de surendettement, de manque d'infrastructure et de moyen de production, c'est pourquoi l'OMC estime que ces pays doivent recevoir une attention particulière.

Ayant conscience de ce fait, deux décisions ministérielles ont été adoptées à ce sujet. Il s'agit tout d'abord de « la décision sur les mesures en faveur des pays les moins avancés » qui contient des déclarations importantes ; elle reconnaît clairement et d'une manière expresse la situation critique des P.M.A. et leurs besoins spécifiques dans le domaine de l'accès aux marchés et souligne que ces pays « ne seront tenus de contracter des engagements et de faire des concessions que dans la mesure compatible avec les besoins du développement, des finances et du commerce de chacun d'entre eux" ³

¹ C.C.FABREGOULE, *L'essentiel de l'Organisation mondiale du commerce*, Paris, Gualino, 2002 , p. 64.

² V. PACE, *L'organisation mondiale du commerce et le renforcement de la réglementation juridique des échanges*, l'Harmattan, Paris, 2000, , p. 343.

³ Voir la décision sur les mesures en faveur des pays les moins avancés, adoptée par les membres de l'OMC à la réunion ministérielle de Marrakech en avril 1994. Disponible sur le site de l'OMC. www.wto.org

Ainsi, les PMA constituent une catégorie distincte. Cela est-il une prémisse au déclin du traitement spécial et différencié réservé aux autres pays en développement ?

Depuis l'accord de Marrakech, la préoccupation des pays développés semble se concentrer davantage sur l'état des P.M.A. Reconnaisant la situation critique de ces pays et leurs besoins spécifiques dans le domaine de l'accès aux marchés, cette déclaration précise qu'ils ne seront tenus de contracter des engagements et de faire des concessions que dans la mesure compatible avec les besoins du développement, des finances et du commerce de chacun d'entre eux.

En plus, cette décision affirme que « la possibilité sera étudiée d'améliorer encore le S.G.P et les autres systèmes, pour les produits dont l'exportation présente un intérêt particulier pour les P.M.A »

Seulement, ces engagements n'ont pas eu d'effet immédiat et il a fallu attendre 2001 pour que la Communauté Européenne puisse prendre des décisions d'une grande importance à l'égard des P.M.A. qui verront ainsi la quasi-totalité de leurs produits admis en toute franchise douanière dans le marché des pays développés, telle que la C.E. qui élargie ainsi le schéma préférentiel à tous les produits provenant des P.M.A. sans aucune limitation quantitative, sauf pour les armes et les munitions et cela pour une durée illimitée, c'est ce qui est appelé : le schéma " tout sauf les armes ". Cet amendement tend à inciter les importateurs communautaires à s'approvisionner davantage auprès des P.M.A. dans le but d'aider ces pays pour une grande intégration dans le marché international¹.

La deuxième décision, porte sur « les mesures concernant les effets négatifs possibles du programme de réforme sur les pays les moins avancés et les pays en développement importateurs nets de produits alimentaires », cette décision relève les difficultés que les P.M.A. peuvent rencontrer en matière d'approvisionnement en produits alimentaires avec la libéralisation du secteur agricole, et s'engagent à remédier à cette situation.

La prise en compte des intérêts de ces pays a été réaffirmée lors de la déclaration ministérielle de Doha tenue le 14/11/2001 consacrée au commerce et au développement qui dans son paragraphe 3 reconnaît la vulnérabilité économique des P.M.A et souligne la détermination des pays développés membres à remédier à la marginalisation des pays les moins avancés dans le commerce international et à améliorer leur participation effective au système commercial multilatéral².

¹ J. LEBBULENGER, *Le système communautaire de préférences tarifaires généralisées (SPG)*, JCP, Europe traité, fasc. 2350 et 2351, p. 18 § 48 et 50. ; consulter aussi le document : WT/MIN(01)/DEC/1

² Déclaration ministérielle de l'OMC, Doha, WT/MIN(01)/DEC/1.

Aux paragraphes 42 et 43 de la même déclaration, les membres de l'O.M.C. reconnaissent « la gravité des préoccupations exprimées par les P.M.A » et s'engagent « en faveur de l'objectif d'un accès aux marchés en franchise de droit et sans contingent pour les produits originaires des P.M.A » .

Mais, là aussi il s'agit plus de formules de bonnes intentions que d'engagements concrets ; aucune action ou échéance concrète n'est imposée pour atteindre cet objectif et les membres se contentent d'envisager des mesures additionnelles, qui permettent d'apporter des améliorations à l'accès aux marchés, sans vraiment les adopter¹, comme il a été réaffirmé que les négociations à venir devront prendre pleinement en compte le principe d'un traitement spécial et différencié en faveur des P.E.D et PMA².

En définitif, le sous développement reste le souci majeur de l'ensemble des Etats qu'ils soient nantis, en voie de développement ou absolument pauvres. Les déclarations d'intention exprimées lors de différentes conférences restent des vœux pieux selon la compréhension faite par les P.E.D. qui souhaitent que leur position et leur statut au sein de l'O.M.C. soit affirmé par des textes clairs et opposables à tous.

Ceci dit, La réaffirmation du maintien juridique d'un traitement spéciale n'est pas sans intérêt mais son application demeure une question complexe en raison notamment de la situation équivoque des P.E.D. au sein de l'OMC³.

II - Les P.E.D : Un statut juridique équivoque :

Si la partie IV de l'accord général du G.A.T.T a été entièrement consacrée aux P.E.D, rien de tel n'a été relevé dans les accords de l'O.M.C. Certes, des dispositions sont bien consacrées à ces pays mais, elles ne sont pas rassemblées dans une partie spécifique de manière à éviter toute équivoque de différenciation de traitement.

N'est-on pas alors, en état de se demander si les dispositions de l'O.M.C ne traduisent pas un retour en arrière ?

A - L'absence de texte général :

Outre deux décisions prises lors des négociations de l'Uruguay round, l'une relative à l'engagement des pays développés à mettre effectivement en œuvre les mesures spéciales

¹O. CATTANEO, *Comprendre le cycle de négociations commerciales multilatérales de Doha : son contexte, ses enjeux, ses perspectives*, les études du CERI, décembre 2002, n° 92, p. 20. Document disponible sur le site internet, <http://www.ceriscienciaspo.com>

² A. KRIEGER-KRYNICKI, *L'Organisation mondiale du commerce*, Paris, Vuibert, 2005, p. 217.

³ T. BERANGERE, *L'O.M.C. et les pays en développement*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 36.

prévues en faveur des pays les moins avancés et à prendre en compte leur besoins spécifiques¹, la seconde se rapporte aux mesures appropriés à prendre en faveur des pays en développement importateurs nets de produits alimentaires², on ne retrouve aucun texte général qui traite spécifiquement des problèmes des P.E.D.

Cette lacune a fait l'objet d'observations de la part de la doctrine : Philippe Vincent considère que « l'absence de texte général a des répercussions concrètes et amène à rechercher des éléments d'un traitement spécial dans les différents accords de l'OMC ».

Cet auteur souligne également que « lorsque des articles d'un accord sont consacrés aux pays en développement, ils se caractérisent souvent par leur caractère lapidaire, ou ne font référence qu'aux pays les moins avancés »³

Selon cet auteur, la prise en compte d'une catégorie particulière, les PMA, est un moyen de faire appliquer les dispositions normales des accords aux autres pays en développement.

Il est plus juste de reconnaître que les P.M.A. ont plus besoin d'aide et de soutien pour leur éviter une marginalisation dans le système commercial multilatéral et un accroissement de la pauvreté. Mais, n'est-on pas en droit de se demander qu'en est-il des autres pays en développement ?

Philippe Vincent semble donner une réponse lorsqu'il estime que :

« L'absence de texte général constitue incontestablement un recul pour les pays en développement. Elle ne signifie pas qu'un traitement différencié ne sera plus appliqué à ces pays: la décision adoptée à l'issue du Tokyo round n'est pas abrogée pour autant. Le traitement différencié ne constitue cependant un droit que pour les PMA. Les autres pays devront désormais négocier ce traitement différencié. Ce qui marque un brutal retour en arrière de la part des pays développés, et un retour à la philosophie libérale de l'accord général de 1947 »⁴.

Cette position diffère de celle de GUY FEUER qui estime que :

" Les textes de Marrakech ne se bornent pas à proclamer le principe du traitement spécial et différencié. Dans la plus part des cas et c'est là leur grand intérêt par rapport au passé et pour l'avenir, ils énoncent et réglementent le contenu de ce traitement. Ils vont donc plus avant dans le concret que les textes antérieurs⁵"

¹ Voir la décision sur les mesures en faveur des PMA, acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay, disponible sur le site internet de l'OMC, *op.cit.*, p. 419.

² Idem, p. 429.

³ P. VINCENT, *L'Uruguay round et les pays en développement*, RBDI, 1995-2, p. 493 ; T. BÉRANGÈRE, *op. cit.*, p. 36.

⁴ P. VINCENT, idem, p. 494.

⁵ G.FEUER, *L'Uruguay round, les pays en développement et le droit international du développement*, XL, 1994, p. 767.

En effet, les accords de l'O.M.C. accordent des avantages aux P.E.D, cependant ces avantages sont discutés et nuancés dans la mesure où ils sont soumis à négociations et parfois se voient contraints de faire des concessions sous forme de compensation en contrepartie d'avantages et surtout une limitation dans le temps. Les P.E.D bénéficient-ils réellement d'un traitement spécial et plus favorable ? Rien n'est sûr.

Toutefois, on constatera un maintien relatif d'un statut particulier des PED.

B - La nouvelle approche de l'O.M.C. à l'égard des P.E.D.

On peut constater d'après le développement ci-dessus que le statut juridique réservé aux P.E.D dans le cadre de l'O.M.C. reste presque identique et n'a pas subi de grand changement, par rapport à celui qu'il était dans le G.A.T.T de 1947. D'ailleurs, ce dernier figure sous la nouvelle appellation de GATT 1994 à côté des différents accords annexés à l'accord principal qui est l'accord instituant l'OMC. Dès lors, on peut relever un certain état d'esprit révélateur de la philosophie libérale de l'O.M.C. et de son ambition à intégrer les P.E.D. dans un système commercial global et unifié.

Cet état d'esprit apparaît à travers la lecture de la note interprétative générale relative à l'annexe 1 A (Gatt 1994) qui prévoit une hiérarchie des normes entre les accords c'est-à-dire en cas de contrariété entre une disposition du GATT de 1947 et une disposition de l'accord O.M.C, c'est cette dernière disposition qui s'appliquera¹.

Certains accords explicitent certes, le contenu du traitement spécial et différencié accordé aux P.E.D sans pour autant y apporter des détails qui puissent permettre une application rigoureuse et précise à l'ensemble de ces pays.

Le GATT de 1947, est caractérisé par sa souplesse à l'égard des PED car il leur réserve de réelle préférence discriminatoire par rapport aux pays développés, exprimé par de multiples dérogations et exceptions notamment le S.G.P qui prend en considération les inégalités de développement des Etats.

L'O.M.C. quant à elle, réserve de plus lourdes charges et obligations aux P.E.D. qui désormais ne bénéficient plus de dérogation ou d'exception dans l'application des accords mais seulement d'un allègement de leur contraintes, de reconnaissance des intérêts spéciaux des P.E.D, ou plus généralement de la fixation d'un délai plus long pour la mise en œuvre de leurs obligations, ou encore l'octroi d'une assistance technique².

Si les P.E.D. bénéficient toujours au sein de l'O.M.C d'un traitement spécial et différencié il n'est pas pour autant plus favorable que celui des pays développés ; leur situation à l'O.M.C

¹ OMC, textes juridiques, *op. cit.*, p. 20.

² T. BÉRANGÈRE, *op. cit.*, p. 38.

est plus complexe que dans le GATT dans la mesure où l'OMC applique une différenciation de régime selon le niveau de développement des pays dans la catégorie même des PED. L'O.M.C prend plus en compte la situation des P.M.A. et leur réserve un traitement spécifique et plus favorable.

Pour conclure, on peut dire que le traitement spécial et plus favorable est reconduit dans le cadre mais avec l'adoption d'une nouvelle terminologie qui est le traitement spécial et différencié. C'est l'examen du contenu de ce traitement spécial et différencié qui sera l'objet de notre prochaine communication.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615