مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكداك / العدد 53 : مارس 2017

✓ من مواضيع العدد 53 : مارس 2017 :

- **تطبيقات الفسخ الجزائي في مجال الصفقات العمومية.**
- **الطرق السريعة لتسوية منازعات الصفقات العمومية .**
- **قضية تصرف الولي في العبادات المالية للقاصر .**
- **سلطات القاضي في الرقابة على الاتفاقيات الدولية.**
- **تفعيل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان .**
- La Cession de Contrôle des sociétés commerciales...
- L'espace juridique de contrat par SMS .....

العدد الثالث والخمسون : مارس 2017

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكداك : 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 الميلودبوطريكي أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحيا الطالبي أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

❖ 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 مشتركا أو سبق نشره على شبكة الإنترنيت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (مايقارب 3000كلمة).
- 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 كاتبيها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.new.ma
ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الثالث والخمسون : لشهر مارس 2017

محتويات العدد :

1. كلمة العدد 53 لشهر مارس 2017 : بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور صلاح الدين دكداك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. تطبيقات الفسخ الجزائي في مجال الصفقات العمومية : بن عبد المالك بوفلجة ، طالب دكتوراه جامعة جيلالي اليابس – سيدي بلعباس أستاذ مساعد بجامعة طاهري محمد بشار– الجزائر.....06
3. الطرق السريعة لتسوية منازعات الصفقات العمومية في الجزائر بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومرسوم الصفقات لسنة 2015 : الأستاذ الدكتور عمار بوضياف كلية الحقوق والعلـوم السياسية جامعـة تبسة ، الجزائر مسؤول فريق التكوين في الدكتوراه قانون عام.....19
4. تصرف الولي في العبادات المالية للقاصر : دراسة فقهية قانونية : الأستاذ معيفي الهادي , ماجستير قانون الأسرة جامعة الشيخ العربي التبسي– تبسة – الجزائر.....37
5. سلطات القاضي الوطني في مادة الرقابة على تطبيق الاتفاقيات الدولية : الأستاذ سفيان عبدلي ، المدرسة العليا للقضاء– الجزائر ، باحث في القانون الدولّي وحقوق الإنسان.....51

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

6. La Cession de Contrôle des sociétés commerciales : Réalisé par : Ilhame MOUDKIR , Cadre Juriste au Ministère de l'Intérieur, Chercheur en Sciences Juridiques , spécialité droit des affaires, université ibn zohr fsjes agadir.....78
7. L'espace juridique de contrat par SMS : Mr YAHIA AMINE,Doctorant à l'université d'ORAN 2Mohamed Ben Ahmed, Chercheur au laboratoire Droit Economique et Environnement.....105

✓ تقارير :

8. تقرير حول انطلاق تفعيل برنامج الشراكة : الذي يجمع نادي قضاة المغرب والجمعية الأمريكية للقضاة و المحامين بشأن تفعيل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان في العمل القضائي المغربي : إبراهيم شويعر ، باحث في صف الدكتوراه بكلية الحقوق بطنجة.....124

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

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

كلمة العدد الثالث و الخمسين لشهر مارس 2017

بقلم مدير مجلة الفقه والقانون
الدكتور : صلاح الدين دكداك

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وبعد ، يسعد مجلة الفقه والقانون أن تضع بين أيديكم العدد الثالث والخمسين لشهر مارس 2017 ، مواصلة بذلك خطاها بثبات في لم شمل الباحثين في الشرع والقانون في العالم ، ومؤمنة إيمانا جازما بأن البحث العلمي الجاد والرصين يقرب إلى الله فكيف لا يقرب بين الأشقاء ، وبين من يجمعنا معهم أسس ومبادئ كونية تشجع على الحب والسلام والإخاء.

لقد أصبحت ولله الحمد غالبية عظمى تؤمن بضرورة التواصل والتفاعل بين الباحثين في الشرع والقانون من أجل الوصول إلى أحكام تحقق المقاصد وتنسجم مع الكتاب الكريم والسنة المطهرة ، كيف لا وهم يكتبون جنبا إلى جنب في منبر واحد وهو مجلة الفقه والقانون .

لقد لاحظنا ولله الحمد وقوع علاقة التأثير والتأثر بين الباحثين في الشرع والقانون ،بحيث نجد الواحد منهم وهو يبحث في الشرع أصبح لديه فضولا للبحث في القانون ويحاول المقارنة بين الفقهين ، والعكس صحيح أيضا بمعنى أن القانونيين أيضا أصبحوا شغوفين لاكتشاف كنوز الفقه الإسلامي ودرره ، وهذا أمر مهم للغاية.

لا نخفيكم قولا بأننا نريد أن نزداد الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون في المجلة ، ولكن نخبركم بأن عددها منذ إصدار المجلة في تزايد مستمر ولله الحمد، ونفكر إن شاء الله في إصدار عدد خاص يشمل جميع الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون التي نشرتها المجلة منذ إصدارها.

لا ننس أيضا أن نؤكد بأن لإدارة المجلة دورا كبيرا في خلق التواصل والتفاعل بين الباحثين في الشرع والقانون ، فكم من باحث في الشرع يسأل عن عنوان أو دراسة باحث في القانون والعكس صحيح.

ولا تفوتنا الإشارة إلا أن نسبة القانونيين المساهمين بمجلة الفقه والقانون كبيرة جدا مقارنة مع نسبة الباحثين في العلوم الشرعية ، كما لاحظنا وللأسف الشديد أن أغلب الدراسات الشرعية التي تصلنا يكتفي أصحابها بإعادة كتابة ما وجدوه في أمهات الكتب الفقهية بدون منهجية واضحة ، ونحن لا نريد هذا النوع من الدراسات والأبحاث ، بل نريد إكرامنا بزبدة ما فهموه منها وبأسلوبهم الخاص مع ربطه بالواقع ، ولا بأس بالاستشهاد بالنصوص في سياق التحليل ، وهذا هو أسلوب فطب من أفطاب المالكية بالمملكة المغربية وهو المرحوم سيد علال الهاشمي الخياري جعل الله قبره روضا من رياض الجنة ، نتمنى أن يستفيد الجميع من منهجيته الرائعة في صهر ما فهمه من أمهات الكتب الفقهية في أسلوب جميل بسيط سهل ممتنع.

لن نطيل عليكم ، ونخبركم بأننا لا ندعي الكمال ، فرحم الله كل باحث أهدى إلينا عيوبنا وهفواتنا لنمضي بصرح البحث العلمي من حسن إلى أحسن .

ختاما نخبركم بأن العدد الجديد شمل عدة دراسات قيمة باللغتين العربية والفرنسية ، وتقارير مهمة ، ونتمنى لكم تصفحا ممتعا.

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته

مع تحيات المدير المسؤول :

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.new.ma

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

مجلة الفقه والقانون العدد 53 مارس 2017

تطبيقات الفسخ الجزائي في مجال الصفقات العمومية

بن عبد المالك بوفلجة : طالب دكتوراه

جامعة جيلالي اليابس - سيدي بلعباس

أستاذ مساعد بجامعة طاهري محمد بشار

ملخص :

لعله من نافلة القول و التأكيد أن فكرة توقيع الجزاءات في مجال الصفقات العمومية هي إحدى السلطات المعترف بها للمصلحة المتعاقدة ضمن البنود الغير مألوفة في مجال القانون الخاص و التي تهدف إلى حماية المصلحة العامة و سير المرفق العام بانتظام و اطراد و من بين هاته الجزاءات ،سلطة الفسخ التي تعد اخطر صورة و ابرز صيغة تعلو باقي الجزاءات بحيث تباشرها الإدارة دون اللجوء إلى القضاء و نظرا لجسامة الفسخ الجزائي ،لا بد أن يكون الخطأ جسيما و يخضع لشروط و ضوابط الاعذار، حتى يكون مشروعا مرتبا لآثاره في حدود رقابة القضاء.

الكلمات المفتاحية :

-الصفقات العمومية-المصلحة العامة- الفسخ الجزائي- رقابة القضاء-.

RESUME :

Peut-être inutile de dire, et de souligner que l'idée de sanctions dans le domaine des marchés publics est l'un des intérêts de passation des marchés reconnus des autorités dans les éléments inconnus dans le domaine du droit privé, qui vise à protéger l'intérêt public et la conduite de la compassion publique régulièrement et de façon constante Parmi ceux-ci l'autorité circonstances de sanctions annulation qui est le plus dangereux et l'image la plus importante de la formule ci-dessus le reste des sanctions afin que l'administration menée sans recours à la justice et à cause de la gravité de l'annulation criminelle, il doit y avoir une grave erreur, et sous réserve des conditions et contrôle des excuses pour être dans l'ordre des effets dans les limites du projet de contrôle judiciaire

Mots clés :

Public-intérêts –marché publics- un contrôle judiciaire

المقدمة :

إن الأثر الجوهري لأي صفقة عمومية هي أن تنشىء التزامات تعاقدية على أطرافها (المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد) و ترتب حقوقا متبادلة بحيث يلتزم كل طرف بتنفيذ الصفقة العمومية ، بحسن نية وفقا لبنود دفتر الشروط و لما كانت الصفقة العمومية عقد إداري يحتوي على شروط استثنائية تضفي عليه الصفة الإدارية تمكن الإدارة من إجبار المتعامل المتعاقد إذا اخل أو قصر في تنفيذ الصفقة بتوقيع جزاءات مالية و أخرى غير مالية بحسب طبيعة الإخلال منها غرامة التأخير ،مصادرة التامين و التنفيذ على حساب المتعامل و سحب العمل و المطالبة بالتعويض و الفسخ الجزائي هذا الإجراء الذي يعد خطيرا بحيث يمكن توقيعه دون اللجوء إلى القضاء ، و حتى لا تتعسف الإدارة في استعمال هدا الحق (السلطة) وجب عليها تطبيق ذلك في حدود المشروعية الإدارية و توافر شروط الفسخ و كذا ضوابط الاعذار ولأهمية و خطورة إعمال هاته السلطة ارتأيت أن أسلط الضوء على هذا الامتياز بتحليل الإشكالية الأساسية التالية : ما هي شروط وضوابط إعمال سلطة الفسخ الجزائي في مجال الصفقات العمومية ؟

بحيث تتفرع الأسئلة الآتية : 1- ما هو أساس وطبيعة سلطة الفسخ الجزائي ؟

2- ما هي أنواع الفسخ الجزائي؟

3- ما هي سلطات ودور القضاء في تحديد مشروعية الفسخ الجزائي؟

و للإجابة على الإشكالية الرئيسية و ما تفرع عنها اعتمدت على المنهج التحليلي و المقارن أحيانا من خلال الخطة الآتية : **نعرض في المبحث الأول: سلطة المصلحة المتعاقدة في تطبيق الفسخ الجزائي.**

من خلال مطلبين : - المطلب الأول : مفهوم الفسخ الجزائي.

- المطلب الثاني : أساس سلطة الفسخ الجزائي.

و نسوق في المبحث الثاني : مشروعية سلطة الفسخ الجزائي ورقابة القضاء.

من خلال مطلبين : - المطلب الأول : مشروعية سلطة الفسخ الجزائي.

-المطلب الثاني : اختصاص ورقابة القضاء على الفسخ الجزائي.

المبحث الأول : سلطة المصلحة المتعاقدة في تطبيق الفسخ الجزائي.

لا يختلف اثنان على أن وضع المتعاقد من حيث التزاماته الناشئة عن الصفقة العمومية يختلف عن وضعه في مجال القانون الخاص، فالهدف المقصود مختلف و امتيازات السلطة العامة واضحة لذا سنرى مفهوم الفسخ الجزائي في (المطلب الأول) و نبين أساس سلطة الفسخ الجزائي في (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم الفسخ الجزائي :

كما ذكرنا سابقا الفسخ هو حق للمصلحة المتعاقدة في الصفقة العمومية إذا لم يوف المتعاقد بالتزاماته في أن تحل الرابطة العقدية و هو ما سنحلله في تعريف الفسخ الجزائي(الفرع الأول) و ندرج الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي(الفرع الثاني) ثم نتطرق إلى أنواع الفسخ الجزائي (الفرع الثالث).

الفرع الأول : تعريف الفسخ الجزائي :

الفسخ نظام قانوني يقوم إلى جوار المسؤولية العقدية ، و هو يتمثل في الجزاء على عدم تنفيذ احد المتعاقدين لما رتبه العقد من التزامات في ذمته [1] و قد تنتهي العقود الإدارية نهاية طبيعية لذات الأسباب التي تنتهي بها العقود في نطاق القانون الخاص و لكن العقود الإدارية قد تنتهي نهاية مبسترة و قبل الأوان :

(D'une manière prématurée) و يمكن إرجاع انقضاء العقد في هده الحالة إلى الأسباب الآتية :

أولا : الفسخ باتفاق الطرفين : la résiliation conventionnelle

ثانيا : الفسخ بقوة القانون : la résiliation du pleine droit

ثالثا : الفسخ القضائي : la résiliation juridictionnelle

رابعا : الفسخ عن طريق الإدارة : la résiliation administrative

خامسا : وهناك حالات خاصة تصدر فيها قوانين التنظيم كيفية إنهاء بعض العقود في ظروف معينة [2]

فيمكن تعريف الفسخ بأنه ذلك الجزاء المتشدد الذي توقعه الإدارة صاحبة العمل على المقاول الذي اخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية بشكل جسيم[3] و الفسخ هو قمة الجزاءات التي يمكن للإدارة أن توقعها على المتعاقد معها جزاء إخلاله بالتزامه التعاقدي بعد أن تكون كافة الوسائل قد أجريت في إصلاحه مما يفقد الإدارة الثقة في التعامل معه نتيجة لتولد يقين لديها بان التعامل مع هدا المتعاقد في ضوء سلوكه في تنفيذ العقد من شانه الإضرار بالمصلحة العامة[4] لقد أوضح المشرع الجزائري تعريفا و مبررا دقيقا لسلطة الفسخ في نص المادة (150) " يمكن المصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة ، حتى بدون خطا من المتعامل المتعاقد " [5] .

---

1 -بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، دون طبعة ، سنة : 2015، ص: 476. وقد نص القانون المدني الجزائري في المواد (119-123) تحت عنوان " انحلال العقد" » la dissolution du contrat «

[2]-سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ،دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي ، مصر، الطبع 05 ، سنة: 1991 ، ص :.766

3- بن شعبان علي ، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون العام ، جامعة منتوري قسنطينة ، 2012/2011 ص : 11

[4]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية –دون طبعة، دون سنة، ص : 307

[5]- المادة (150) من تنظيم رقم : 247/15 المؤرخ في: 2015/09/16 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي :

الفسخ الجزائي يعد من ابرز مظاهر تميز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص و هو ما يتجسد في أن هذه الأخيرة الأصل فيها ألا تفسخ بالإرادة المنفردة لأي من المتعاقدين ، و إنما لابد من الالتجاء إلى القضاء للحكم بالفسخ وفقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، و هو ما تبرره المادة (20) من القانون المدني الكويتي و اختلاف الفسخ في العقود الإدارية عنه في العقود المدنية إنما على مصلحة المرفق العام هدا فضلا عن انه يتميز ببعض المزايا عن غيره من الجزاءات التعاقدية الإدارية بشكل تتحدد مع طبيعته من جهة إضافة إلى انه يثير مشكلة الجمع بينه و بين غيره من هذه الجزاءات من جهة أخرى[1] بحيث اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة بالتحديد حيث اعتبره الأغلبية من النظام العام بينما الأقلية لا تعتبره كذلك.

– **الاتجاه الأول رأي الأغلبية :** حيث يرى الفقيه (جيز) أن فسخ عقد الأشغال العامة يعتبر من النظام العام و يوجد حتى في حالة عدم النص عليه في العقد و كذلك الفقيه (بلومان).

– **الاتجاه الثاني رأي الأقلية :** يمثله الفقيه (بييركيو) و الذي يرى أن جزاء فسخ عقد الأشغال العامة ليس من النظام العام و لا بد من النص عليه في العقد آو كراسة الشروط حتى يعتبر من النظام العام[2].

الفرع الثالث : أنواع الفسخ :

قد تكون المخالفة المرتكبة من المتعاقد على جانب كبير من الخطورة بحيث تشكل خطا جسيما أن ظروف المتعاقد لا تمكنه من الوفاء بالتزامه التعاقدي الأمر الذي يحدو بالمشرع إلى إلزام الإدارة بفسخ العقد معه و قد تكون المخالفة على خلاف دلك فيترك المشرع للإدارة المتعاقدة حرية تقدير مدى ضرورة اللجوء إلى هدا الجزاء وفقا لظروف الحال.و من ثم فان فسخ العقد الإداري إما يكون وجوبيا ليس للإدارة سلطة تقديرية بشأنه و إما جوازيا ترخص الإدارة في تقديره [3]

البند الأول : الفسخ الجزائي المجرد البسيط :

الفسخ المجرد هو إنهاء الرابطة التعاقدية تماما بحيث يعاد المتعاقد إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد و يكون للإدارة المتعاقدة الحق في اقتضاء غرامات التأخير آو المطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي لحقتها نتيجة الفسخ لخطا المتعاقد و على نحو المستقر في مجلس الدولة الفرنسي يتعين على السلطة الإدارية ان تقرر صراحة – و في ذات قرار الفسخ – طبيعته أي تصرح بان الفسخ مجرد و بسيط و ذلك حتى لا يتسرب الشك حول طبيعة الفسخ فيدعي المتعاقد أن الإدارة فسخت عقده بمحض سلطتها التقديرية بما يرتب له حقا في التعويض و الفسخ المجرد يستبعد التعويض من الجانبين : الإدارة و المتعاقد[4].

---

[1]- عبد الله نواف العنزي ، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر، دون طبعة ، سنة 2010، ص، : 137

[2] -محمد جمال مطلق ذنيبات، العقد الإداري ، دراسة مقارنة،مكتبة القانون و الاقتصاد ،الرياض، الطبعة:01، سنة :2012 ، ص :242.

[3]- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص: 309.

[4]- عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق ، ص : 146

البند الثاني : الفسخ الجزائي الجسيم :

هذا النوع اشد جسامة من الفسخ المجرد البسيط على المتعاقد المقصر إذ يكون الفسخ في هده الحالة مقرونا بإبرام عقد جديد لإتمام تنفيذ العقد الأصلي لان الإدارة لا تكتفي بالتعويض عن فسخ العقد الأول و لكنها تحمل المتعاقد نتائج العقد الجديد و كافة الأعباء المالية المترتبة على قيام الإدارة بتعاقد جديد مع الغير و قد تكون المخالفة المرتكبة من المتعاقد على جانب كبير من الخطورة و قد يترك المشرع للإدارة حرية تقدير ضرورة اللجوء إلى هدا الجزاء وفقا لظروف الحال و بذلك فان الفسخ إما يكون وجوبيا ليس للإدارة سلطة تقديرية بشان و إما ان يكون جوازيا كترخيص الإدارة في تقديره[1] و لقد أضاف المشرع الجزائري حالات عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد[2].

المطلب الثاني : أساس سلطة الفسخ الجزائي :

لتحديد الأساس القانوني لسلطة الفسخ الجزائي يمكن دراسة السلطة العامة كأساس لتوقيع الفسخ الجزائي (الفرع الأول) و نعرض المرفق العام كأساس لتوقيع الفسخ الجزائي(الفرع الثاني).

الفرع الأول : السلطة العامة كأساس لتوقيع الفسخ الجزائي :

يرى جانب من الفقه أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد المخل بالتزاماته معها يكمن في فكرة السلطة العامة و يبرون ذلك بالارتباط الوثيق بين العقد الإداري و السلطة العامة [3] و يرى البعض من الفقه الفرنسي ان من حق الإدارة استعمال امتيازاتها في التنفيذ المباشر الذي يعد الدعامة الأساسية للسلطة العامة في نطاق تنفيذ أي عقد مبرم بخصوص المرافق العامة للدولة فلها أن تفسخ العقد و أن تحل نفسها محل متعاقدها المقصر[4]

الفرع الثاني : المرفق العام كأساس لتوقيع الفسخ الجزائي :

منذ بداية القرن الماضي اتجه الفقه و القضاء في فرنسا إلى صياغة نظرية مستقلة للجزاءات التعاقدية فرضتها ذات الأسس التي انطلقت منها نظرية العقد الإداري وهي ارتباط هذا الأخير بالمرفق العام و استهدافه المصلحة العامة التي تقتضي سير هذه المرافق في تأدية خدماتها بانتظام و اطراد و تأسيس فكرة الجزاء التعاقدي على هذا النحو تلفت النظر إلى عدة أمور :

أولا : الحق في ممارستها مباشرة دون الرجوع إلى القضاء و دون اثبات حدوث ضرر نتيجة للإخلال بالالتزامات التعاقدية.

---

[1]- محمد جمال مطلق ذنيبات، العقد الإداري ، المرجع السابق ، ص : 254

[2] - المواد (151-152) من تنظيم رقم: 247/15 المؤرخ في:2015/09/16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

3 - وهدا ما أشار إليه المشرع الجزائري صراحة في نص المادة : (150) من تنظيم رقم: 247/15 المؤرخ في :2015/09/ 16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. "يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة من جانب واحد عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة حتى بدون خطا من المتعامل المتعاقد".

4 - محمد محسن مرعي الجبوري ، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية و المالية في العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، دون طبعة ، سنة :2014 ، ص : 23-24.

ثانيا : أن الإدارة من حقها اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء دون أن يعترض المتعاقد على ذلك.

ثالثا : أن الإدارة من حقها أن تختار الجزاء المناسب ضد المتعاقد حتى و لو لم يكن نص عليه في العقد.[1]

المبحث الثاني : مشروعية سلطة الفسخ و رقابة القضاء :

إن خضوع الأعمال و التصرفات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة لابد أن تخضع لمبدأ المشروعية أي سيادة القانون وخاصة ما تعلق بالجانب الجزائي لذا سنتطرق إلى مشروعية سلطة الفسخ الجزائي (المطلب الأول) و اختصاص ورقابة القضاء على الفسخ الجزائي (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مشروعية سلطة الفسخ الجزائي :

تختص المصلحة المتعاقدة بفرض جزاءات إدارية طبقا لقواعد القانون الإداري الذي يسعى لتحقيق الخدمة العمومية و يكون القضاء الإداري مختص في الرقابة و مبدأ الشرعية يعتبر ضمانا و حماية لحقوق المتعامل المتعاقد لذا سندرج شروط الفسخ الجزائي (الفرع الأول) و نبين نطاق و اثر الفسخ الجزائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول : شروط الفسخ الجزائي :

نظرا لخطورة هذا الجزاء فان سلطة الإدارة في توقيعه لا تعتبر سلطة مطلقة بل هي مقيدة حيث يخضع الإدارة في ممارسته لعدة شروط جوهرية يشترطها الفقه و القضاء بل و حتى التشريع ، خاصة و أن الإدارة ليست في حاجة إلى اللجوء للقضاء من اجل توقيع هذا الجزاء ، كما أنها تستطيع أن تمارس هذه السلطة حتى ولو لم ينص عليها العقد أو كراسة الشروط إلى أن هذا الإجراء لا بد له من مبرر أو شروط [2] و من المسلم به ان هذا الجزاء يفترض وقوع أخطاء جسيمة من المتعاقد و بوجه عام بان الوقائع التي تبرر تطبيق الجزاءات الضاغطة إذا ظهرت خطورتها بدرجة كافية–يمكن ان تكون مبررات للفسخ ذاته[3]

البند الأول : الخطأ الجسيم من المتعامل المتعاقد :

ليس كل خطا موجب للفسخ و إنما فقط ما يعتبر خطا جسيما و هي مسالة تخضع لتقدير الإدارة المتعاقدة و هي بدورها تخضع في هذا الشأن لرقابة قاضي العقد و إذا كانت جسامة الإخلال تعد شرطا للفسخ ، إلا ان النصوص التشريعية و الآراء الفقهية و أحكام القضاء تتفق على عدة حالات تتوافر فيها هذه الجسامة يمكن تقسيمها إلى قسمين :

1– حالات تتصل لتنفيذ العمل المتفق عليه 2 – حالات تتصل بشخص المتعاقد نفسه.[4]

---

[1] - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق ، ص : 18-24 .

[2] - بن شعبان علي ، المرجع السابق ، ص : 120.

3 -بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من اجل الحصول على شهادة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خده ، كلية الحقوق ، سنة 2008، ص :126

[4] - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق ، ص : 154

" زيادة على الفسخ من جانب واحد المذكور في المادتين:149-150 اعلاه يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض " [1].

البند الثاني : الاعذار :

" إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته ، توجه له المصلحة المتعاقدة اعذار ليفي بالتزاماته التعاقدية في اجل محدد....." [2]

إلا ان سكوت المشرع أو كراسة الشروط أو عدم اشتراط العقد للاعذار قبل توقيع الجزاء لا يغير من الوضع شيء إذ لا بد من اعذار المقاول قبل توقيع الجزاء عليه حتى مع عـدم النص على ذلك و إلا كان قرار الفسخ معـيبا و يعفى المقاول المفسوخ عقده من النتائج المالية الباهظة المترتبة على الفسخ حسب ما استقر عليه القضاء الفرنسي.[3]

إلا انه و على الرغم من التزام الإدارة كقاعدة عامة بضرورة اعذار المقاول قبل الفسخ إلا انه هناك حالات تعفي فيها الإدارة من هذا الالتزام وفقا للفقه و القضاء الفرنسيين و هي : – حالة ما إذا ورد نص صريح يعفي الإدارة من توجيه الاعذار قبل توقيع الجزاء سواء كان النص في العقد أو في دفتر الشروط العامة.– تعفى الإدارة من الاعذار المسبق ما إذا أعلن المقاول صراحة عن رفضه لتنفيذ التزامه أو عدم قدرته على ذلك.– كما انه لا ضرورة و لا جدوى من الاعذار إذا كانت الظروف تؤكد عدم فائدته بفعل المقاول كغشه في التنفيذ أو ارتكابه لمخالفة يصعب تداركها أو إصلاح الوضع حتى مع الاعذار.

– و تعفى في حالة الاستعجال لان الظرف لا يسمح من حيث سعة الوقت لذلك.[4]

البند الثالث : عدم توفر مانع أمام الفسخ :

يغفل الفقه كثيرا عن هذا الشرط ، رغم ان ما تكشف عنه أحكام القضاء ، ليس بصريح هذا الوصف و إنما يحقق ما يدل عليه من حق ، و هو شرط يستقر على قاعدة " لا تكليف بمستحيل" و يستقر في جانب آخر على منطق العقد الإداري و ما يخضع له من قواعد في التنفيذ فمن ناحية الأولى إذا كان الإخلال بالتنفيذ في أي من صوره يرجع إلى قوة قاهرة أو سبب أجنبي لم يكن للمتعاقد توقعه وان كان يتوقعه و لا يمكنه دفعه فانه لا يمكن للإدارة فسخ العقد لأنه لا يؤاخذ المتعاقد على ما لا يستطيع توقعه أو ما لا يمكن دفعه.[5]

الفرع الثاني : نطاق و اثر الفسخ الجزائي :

يتم إنهاء الرابطة العقدية و إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، مصادرة التامين النهائي إذ يترتب على فسخ العقد مصادرة التامين النهائي بقوة القانون و يعتبر بمثابة تعويض للإدارة عما لحقها من ضرر و

---

[1] - المواد :(151-152) من تنظيم رقم: 247/15 المؤرخ في:2015/09/16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

[2] - المادة :(149) من تنظيم رقم: 247/15 المؤرخ في:2015/09/16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

[3] - بن شعبان علي ، المرجع السابق ، ص : 122.

[4] - بن شعبان علي ، المرجع نفسه ، ص : 123

[5] - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق ، ص : 162

هو يستحق بمجرد فسخ العقد و لو لم يلحق الإدارة ثمة ضرر.[1] كما انه لا يعد إفلاس و اعذار المتعاقد مع الإدارة خطا جسيما يرتب فسخ العقد و لكنه من الحالات التي عددها المشرع و المبررة للفسخ ، كذلك الأمر بالنسبة لوفاة المتعاقد فقد نصت المادة 77 من لائحة المناقصات و المزايدات على انه " إذا توفى المتعاقد جاز للجهة الإدارية فسخ العقد مع لرد التامين إذا لم تكن لها مطالبات قبل المتعاقد أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط ان يعينوا منهم وكيلا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه و توافق عليه السلطة المختصة "[2] و بالرجوع للتنظيم رقم: 247/15 المؤرخ في:2015/09/16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، نجده في المادة : 152 ينص صراحة على عدم الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان و المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطا المتعاقد معها، وهدا مظهرا آخر تميزت به الصفقات العمومية عن العقود المدنية ،هده الأخيرة التي تاخد طابع الفسخ القضائي و لا تزود أي طرف بممارسة سلطة اتجاه الطرف الآخر و الحكمة التي أرادها المشرع تحقيقها هي الاستمرار في فرض الضغوط المعنوية و القانونية على المتعاقد حتى يتقيد أكثر بالالتزامات التعاقدية بما يضمن حقوق الإدارة و يكرس مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام و اطراد و يكفل حقوق الجمهور المنتفع من خدمات المرفق العام[3] و عند فسخ العقد يتعين تصفية آثاره و لا يتم ذلك إلا بمعرفة مقدار ما تم تنفيذه من الأعمال و يذكر هنا ان مجلس الدولة الفرنسي يجري على عدم الحكم بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بفسخ عقود الأشغال العامة و لا أي قرار آخر يصدر من الإدارة في شؤون الأعمال موضوع العقد و ذلك على أساس ان الإدارة هي صاحبة الأشغال العامة و من ثم فيجب ان تكون لها الكلمة العليا في خصوصها و لو ثبت ان تلك القرارات كانت غير مشروعة و ذلك و اكتفاء بحق المقاول بالتعويض الكامل.[4]

المطلب الثاني : اختصاص و رقابة القضاء على الفسخ الجزائي :

لا شك ان تحديد اختصاص القضاء في النظام القضائي المزدوج يعد مشكلة كبيرة نظرا لتنازع الاختصاص و تعرض الأحكام الصادرة فقد جمع الفقه الإداري بين كل الضوابط و المعايير وكرس مبادئ و أساس القانون الإداري لذا سندرس القضاء المختص في نزاع الفسخ الجزائي(الفرع الأول) و نعرض رقابة المشروعية على قرار الفسخ الجزائي (الفرع الثاني) ثم نتطرق إلى سلطات القاضي و دوره في نزاع الفسخ الجزائي (الفرع الثالث).

الفرع الأول : القضاء المختص في نزاع الفسخ الجزائي :

إن أهمية الاختصاص القضائي تزداد في منازعات الصفقات العمومية للأهمية التي تكتسيها هده الأخيرة باعتبارها من أهم طرق إنفاق الأموال العمومية و تمثل كذلك الأداة المميزة للسياسة الاقتصادية و الاجتماعية للدولة[5]،

---

[1] - حسن عبد الله حسن ، عقود مقاولات الأعمال ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، دون طبعة ، سنة : 2015 ، ص : 343.

2 - احمد شرف الدين ، عقود عمليات البناء و تسوية منازعاتها ،جامعة عين شمس ، بنك التعمير و الإسكان ، دون طبعة ،سنة : 2008 ،.www.hdb-egy.com. ص: 160

[3] -عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، 236/10 ، جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، الطبعة :03 ، سنة : 2011، ص: 219

[4] - محمد جمال مطلق ذنيبات، المرجع السابق ، ص :258

5 - لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية ،المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن الصفقات العمومية، مذكرة من اجل نيل شهادة ماجستير 20072006 ص:02 في القانون، فرع الدولة و المؤسسات العمومية ، كلية الحقوق جامعة الجزائر، يوسف بن خده ،

فالسعي من اجل إبراز الجهة القضائية المختصة نوعيا بالنظر في منازعات الصفقات العمومية ما إذا كانت جهة القضاء العادي أو جهة القضاء الإداري تعتبر من المسائل الجوهرية ذات الأهمية الكبرى لانعدام نص صريح يحدد الاختصاص النوعي للمنازعات في إطار الصفقات العمومية باعتبار ان المشرع الجزائري قد اخضع إجراءات الطعن بشان المنازعات الناشئة عن إبرام الصفقات العمومية و كذا تسوية المنازعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية للقواعد الإجرائية العامة المعمول بها في التشريع [1] ،وهذا ما أشار إليه المشرع صراحة في نص المواد (82-153-154) من المرسوم الرئاسي رقم: 247/15 المؤرخ في:2015/09/16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.و من المتفق عليه في القانون الكويتي كما هو الشأن في مصر : ان القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص الأصيل و هو ما يرتب عليه اثر هام ، فمن ناحية يخرج هذه المنازعات عن اختصاص القاضي العادي، و من ناحية أخرى انه يحول دون الاختصاص القاضي الإداري بمنازعات الجزاءات العقدية غير الإدارية و يتضح من ذلك ان معيار إسناد الاختصاص للقاضي الإداري يتمثل في اعتبار الجزاء إداريا ،و تحديد الاختصاص وفقا لمعيار العقد الإداري هو ما يتبناه المشرع سواء المصري* أم الكويتي.[2]

ان فسخ الصفقة العمومية عن طريق القضاء تاخد إحدى الصور التالية : إما ان يتم الطعن في القرار الإداري الذي أصدرته المصلحة المتعاقدة و المتضمن فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة ، وهو الحق المخول لها بموجب المادة (150) من تنظيم رقم: 247/15 المؤرخ في : 2015/09/16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

و إما ان يتم اللجوء إلى القضاء الإداري من طرف المتعامل المتعاقد للمطالبة بفسخ الصفقة العمومية لسبب من الأسباب كاستحالة في التنفيذ لقوة قاهرة أو لإخلال بالتزامات فالدعوى الإدارية في هذا الصدد تندرج في نطاق القضاء الكامل ، بما في ذلك الطعن بالإلغاء في القرار الإداري الصادر عن المصلحة المتعاقدة المتضمن فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة[3] و يعتبر حكم القضاء الجزائي بفسخ أو إبطال الصفقة كعقوبة تكميلية خروجا عن القواعد المألوفة لان الفسخ من اختصاص القضاء المدني[4]

الفرع الثاني : رقابة المشروعية على قرار الفسخ الجزائي :

إذا كان مبدأ المشروعية يلزم الإدارة بالخضوع للقواعد القانونية الملزمة و العمل في نطاقها حماية لحقوق الأفراد و حرياتهم من تعسف الإدارة ، إلا ان ذلك لا يعني تقييد نشاطها بقيود صارمة تؤدي إلى عرقلة أعمالها و سلب روح الابتكار منها لتتحول بالنتيجة إلى آلة صماء لا حياة فيها تؤدي أعمالها بصورة آلية في نطاق ما يفرضه عليها القانون[5] كما يعتبر القرار الجزائي غير مشروع إذا كان معيبا بعيب عدم الاختصاص أو الشكل آو الانحراف بالسلطة أو

---

[1] - كلوفي عز الدين ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيلطي ، الجزائر، دون طبعة ، سنة : 2012 ، ص : 12

2 - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق ، ص : 139-240.

* فالأول : نص في المادة (47) من قانون مجلس الدولة الصادر عام 1972، أما المشرع الكويتي فقد نص في المادة(02) من المرسوم بقانون رقم : 1981/20 بإنشاء الدائرة الإدارية على ان تخصص هذه الدائرة و حدها بنظر في المنازعات التي تنشا بين الجهة الإدارية و المتعاقد الآخر.

[3] - كلوفي عز الدين ، المرجع السابق ، ص: 113

4- يوسف حوري ،سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية ،مقال منشور ،المداخلة الثالثة عشر،جامعة غليزان، ملتقى وطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ، جامعة المدية ، 2013...

[5] - محمد حسن مرعي الجبوري ،المرجع السابق ، ص : 169.

مخالفة القانون و هذا يعني –كما يؤكد بعض الفقهاء– ان المتعاقد مع الإدارة يستطيع ان يطعن بالإلغاء في أي قرار يراه ن وان يبني هذا الطعن أساسا على مخالفة قواعد المشروعية فيناقش القرار في أسباب إلغائه الخمسة و هذا يعني انه لا بد ان يجتمع في هذا القرار كل عناصر المشروعية الواجبة التوافر فيه ، من حيث الاختصاص ، الشكل ، المحل ، السبب ، وانتفاء الانحراف بالسلطة[1] و إذا تبث للقضاء الإداري ان القرار الصادر بإنهاء العقد لا يقوم على سبب مشروع فانه يملك إلغاء القرار كقاعدة عامة فيما عدا ما يتعلق بعقود الأشغال العامة فلقد رأينا ان مجلس الدولة الفرنسي ، يرفض إلغاء القرارات الصادرة من الإدارة بخصوصها ، استنادا إلى ان الإدارة هي صاحبة الأشغال و ان لها مطلق الحرية و التصرف بخصوصها و بالتالي فان حق مقاول الأشغال العامة يحصل على التعويض.[2] إذن فان حق الإدارة بالفسخ دون و جود خطا من المتعاقد يخضع لعدة قيود و هي ان يكون الغاية من قرار الفسخ هي المصلحة العامة و توافر مبرر للتعديل فيشترط حتى تستطيع الإدارة إعمال سلطتها بالفسخ ان تكون الظروف التي كانت قائمة وقت إبرامه قد تغيرت عما كانت عليه من قبل ، إضافة لذلك ان يكون ذلك القرار في حدود المشروعية الإدارية و عليه يتعين ان تتوافر له مقومات و أركان القرار الإداري.[3]

الفرع الثالث : سلطات القاضي و دوره في نزاع الفسخ الجزائي :

عندما يشوب قرار الجزاء الجنائي أو المالي عيب في احد أركانه أو شروط صحته شانه في ذلك شان القرارات الإدارية الأخرى يكون باطلا أيا كانت درجة البطلان و لا يملك قاضي الطعن عند ذلك إلا الاستجابة لطلب الطاعن و الحكم بإلغائه إذا قدم من غير المتعاقد ذلك ان للمتعاقد دعوى أخرى موازية تحقق له امتيازات أكثر فلا يجوز له تقديم الطعن بإلغاء قرار الجزاء[4] كما تتنوع سلطات القاضي الإداري في إطار رقابته على الجزاء التعاقدي تبعا لما تتعلق به إلى نوعين : – سلطات تتصل بمرحلة الفصل في الطعن في القرار الجزائي، – سلطات تتعلق بمرحلة تنفيذ الحكم الذي يصدره في هذا الطعن و يتحدد مدى كلا النوعين بطبيعة دور القاضي الإداري كقاضي عقد.[5]

ان منازعات فسخ الصفقة العمومية بمختلف صورها تعتبر من المنازعات الحقوقية كونها تندرج ضمن دائرة عقد الصفقة العمومية و شروطها و ان هيئة القضاء و هي تنظر في إحدى تلك المنازعات تعتمد في فصلها على مدى احترام الالتزامات التعاقدية و شروط الصفقة العمومية و نصوصها و ليست منازعات عينية تتعلق بمدى شرعية القرار الإداري هذا بالنسبة للمتعامل المتعاقد فليس أمامه سوى دعوى القضاء الكامل للمنازعة في مسالة فسخ الصفقة العمومية بمختلف أنواعها و له ان يؤسس دعواه على نصوص الصفقة العمومية و بنودها أما بالنسبة لغير المتعامل المتعاقد فلا يتوفر فيه شرطي الصفة و المصلحة للمطالبة بالفسخ و لكن له ان يطعن في القرار الإداري الصادر عن المصلحة المتعاقدة و المتضمن فسخ الصفقة العمومية إذا كان هذا القرار الإداري مضرا به و استوفى شرط المصلحة و ليس له لممارسة هذا الطعن إلا ان يسلك طريق دعوى الإلغاء[6] بحيث تتسع سلطات القاضي الإداري كقاضي عقد في الفصل في الطعون الجزائية لتشمل ما يقدمه الطاعن من طلبات أصلية أو فرعية أو

---

[1] - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق ، ص : 259.

[2] - سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص : 782

[3] -- محمد جمال مطلق ذنيبات، المرجع السابق ، ص :247.

[4] - محمد حسن مرعي الجبوري ،المرجع السابق ، ص : 183

[5] - عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق ، ص : 277

[6] - كلوفي عز الدين ، المرجع السابق ، ص: 114

موضوعية كانت أم عاجلة ، و على ذلك إذا كانت هذه السلطات تبلغ ما لم تبلغه دعوى الإلغاء[1] من حيث التعويض عما لحق المتعاقد من أضرار فإنها تتماثل مع دعوى الإلغاء فيما يتعلق به من حق القاضي في إلغاء القرار الجزائي ووقف تنفيذه إذا كانت لذلك محل.وهذا الاتساع هو ما يمكن التحقق منه من خلال ما نتعرض له لاحقا ، وعليه يكون للقاضي الحكم بإلغاء ووقف تنفيذ القرار الجزائي فضلا عن القضاء بالتعويض و هو من خلال الدور وضع إطارا للسلطة الجزائية للإدارة في هذا النطاق [2]

كما للقاضي سلطة الحكم بتنفيذ العقد فإذا تأكد من وجود احد أسباب فسخ الصفقة حكم بفسخ العقد كما للقاضي سلطة إلزام الإدارة .[3]

الخاتمة :

تملك المصلحة المتعاقدة حق توقيع الفسخ كجزاء في مجال الصفقات العمومية ، سواء احتوت الصفقة على نص يخولها هذا الامتياز أو لم تنص عليه ،لان إعمال هذا الحق هو مظهر من مظاهر السلطة العامة و هدفا لتحقيق سير المرفق العام بانتظام و اطراد كما تستعمل هذه السلطة بإرادتها المنفردة دون الرجوع إلى القضاء لذا فالطعن في هذا القرار مسموح للمتعامل المتعاقد (مكفول دستوريا و نص عليه تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام) .

و للإشارة فقط ،أحسن للمتعامل المتعاقد ان يرفع دعواه ضمن دعوى القضاء الكامل و ليس دعوى الإلغاء ، بحيث هدا الإجراء –الفسخ- يمس بالحقوق الشخصية و له علاقة ببنود العقد –الصفقة العمومية- و صلاحيات القاضي الإداري في دعوى القضاء الكامل واسعة فهو يبحث في اصل الحق ، و تقدير الأضرار و كذا بعض التصرفات الصادرة من المصلحة المتعاقدة .

و لما كانت سلطة الفسخ هي قمة الجزاءات التعاقدية فهي ليست مطلقة بل مقيدة بشروط كوقوع الخطأ الجسيم الموجب للفسخ من المتعامل المتعاقد و عليها اعذاره أولا مع منحه آجالا لإصلاح الضرر أو تدارك تنفيذ الالتزام.

✓ **قائمة المراجع :**

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج،ر ،رقم :76 المؤرخة في : 08 ديسمبر1996 معدل بـ :
- القانون رقم: 02 -03 المؤرخ في 10 ابريل 2002- ج، ر، رقم: 25 المؤرخة في: 14 ابريل 2002.
- القانون رقم :08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 – ج، ر، رقم :63 المؤرخة في: 16 نوفمبر 2008.
- القانون رقم : 16-01 المؤرخ في: 06 مارس 2016 – ج، ر، رقم :14 المؤرخة في: 07 مارس 2016.

[1] - و يعبر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية عن هذه الدعوى الإدارية بـ"دعوى الإلغاء" كما هو وارد صراحة بالمادة :801-و 901 منه.

[2] - عبد الله نواف العنزي، المرجع نفسه ، ص : 277.

3 - سعاد طيبي ، دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية ،مقال منشور ، جامعة خميس مليانة، ملتقى وطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ، جامعة المدية ، 2013.

- **النصوص القانونية :**

قانون رقم : 09/08 الصادر في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،ج،ر، رقم :21 المؤرخة في 2008/04/23.

قانون رقم :05/07 الصادر في : 2007/05/13 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم للأمر رقم: 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 الصادر بالجريدة الرسمية العدد ،31 مؤرخة في 2007/05/13.

- **النصوص التنظيمية :**

- مرسوم رئاسي رقم : 247/15 مؤرخ في 02 ذي الحجة ،عام 1436 الموافق لـ 2015/09/16 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

- **المؤلفات :**

- كتب و مراجع متخصصة :

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية –دراسة مقارنة- دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، سنة:1991،

2 - محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية و المالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية سنة:2014

3 - عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة: 2010،.

4 - حسن عبد الله حسن ، عقود مقاولات الأعمال ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، مصر ، دون طبعة ، سنة : 2015

5 – عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة، دون طبعة.

6- كلوفي عز الدين ، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية، دار النشر جيلطي ، الجزائر ، دون طبعة ، سنة : 2012

7- احمد شرف الدين، عقود عمليات البناء و تسوية منازعاتها، جامعة عين شمس، بنك التعمير و الإسكان، دون طبعة، سنة : 2008، .www.hdb-egy.com.

8- جمال مطلق ذنيبات، العقد الإداري –دراسة مقارنة- مكتبة القانون و الاقتصاد- الرياض، الطبعة الأولى، سنة: 2012.

9- عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، جسور للنشر و التوزيع،الجزائر، الطبعة :03 سنة : 2011.

10- بلحاج العربي ، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، دون طبعة ، سنة 2015.

- **الرسائل و المذكرات :**

1- بن شعبان علي، **آثار** عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري ، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام،جامعة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق و العلوم السياسية،2012/2011.

2- لوز رياض، دراسة التعديلات المتعلقة بالصفقات العمومية، المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المتضمن الصفقات العمومية، مذكرة من اجل نيل شهادة ماجستير في القانون، فرع الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، يوسف بن خده، 20072006.

3- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة من اجل الحصول على شهادة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، بن يوسف بن خده ، كلية الحقوق ، سنة 2008،

- **المقالات :**

1- سعاد طيبي ، دور القاضي الإداري في تسوية منازعات الصفقات العمومية ،مقال منشور ، جامعة خميس مليانة ملتقى وطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ، جامعة المدية ، 2013.

2- يوسف حوري ،سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية ،مقال منشور ،المداخلة الثالثة عشر،جامعة غليزان ملتقى وطني حول دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام ، جامعة المدية ، 2013..

مجلة الفقه والقانون العدد 53 مارس 2017

الطرق السريعة لتسوية

منازعات الصفقات العمومية في الجزائر

بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومرسوم الصفقات لسنة 2015

الأستاذ الدكتور : عمار بوضياف كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة تبسة - الجزائر

مسؤول فريق التكوين في الدكتوراه قانون عام

مقدمة :

إن الحديث عن الطرق القانونية السريعة لتسوية منازعات الصفقات العمومية تفرض أول الأمر التوقف عند أهمية الصفقات العمومية هذه الأخيرة التي يمكن إيجازها فيما يلي :

1- للصفقات العمومية صلة وثيقة بالخزينة العامة. فهي تكلّف خزينة الدولة مبالغ مالية ضخمة بحكم تعدّد وتنوع الهيئات الإدارية من جهة (دولة بأجهزتها المركزية المختلفة، ولايات وعددها في الجزائر 48 ولاية، بلديات وعددها 1541 بلدية، مؤسسات إدارية وما أكثرها، هيئات عمومية وهي الأخرى عديدة ومتنوعة....) وبحكم تنوع الصفقات العمومية من جهة أخرى (صفقات الأشغال العامة، صفقات، صفقات اقتناء اللوازم، صفقات الدراسات، صفقات الخدمات). ويكفي لمعرفة حركة الاطلاع على الإعلانات المنشورة يوميا في الجرائد وفي النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وبأعداد كبيرة. ومن المؤكد أن وراء كل إعلان منشور يتعلق بصفقة غلاف مالي تتحمله الخزينة العامة.

ولما كان للصفقات العمومية علاقة بالخزينة العامة، وجب إخضاع الإدارة لطرق خاصة تتعلق بإبرام الصفقة، كما ينبغي إخضاعها لإطار رقابي محدد ومتنوع. واستحداث أطر خاصة لتسوية منازعات الصفقات بهدف ترشيد النفقات

العامة والحد قدر الإمكان من الممارسات السلبية وهدر المال العام.

2-إنّ أهمية الصفقات العمومية تبرز أيضا من حيث اعتبارها أداة لتنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية على حد سواء. ذلك أنّ البرامج والخطط الاستثمارية التي تضعها السلطات المركزية المختصة إنما يقع تنفيذها من قبل الإدارة المعنية في جزء كبير منها عن طريق الصفقات العمومية. فلو وضعت السلطة الإدارية المختصة برنامجا لإنجاز مجموعة سكنات خلال مدّة معينة على المستوى الوطني. فإنّ تنفيذ هذا البرنامج سيتجسّد في شكل صفقات عمومية تبرم مع مجموعة مقاولات وشركات ومؤسسات بغرض تحقيق المطلوب. وكذلك لو وعدت السلطة بمد شبكة المواصلات عبر نقاط تربط بين ولايات وبلديات، فإن تنفيذ هذا البرنامج يستوجب إبرام صفقات كثيرة مع مجموعة مؤسسات أو مقاولات لتنفيذ محتوى هذا الوعد. ومن هنا فإن تنفيذ سائر البرامج التنموية يستوجب المرور بإطار اتفاقي يبرم بالكيفية التي حددها التنظيم بعنوان صفقة عمومية.

3-إنّ نظرية العقد الإداري وهي نظرية من منشأ قضائي أرسى قواعدها ومبادئها القضاء الفرنسي، بعد أن اقتنع بعدم صلاحية نصوص القانون المدني كأصل عام لتحكم العقد الإداري وهذا بحكم اختلاف الهدف من العملية التعاقدية ذاتها. فالعقد المدني يسعى إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف الرابطة العقدية. أما العقد الإداري فيسعى إلى تحقيق المصلحة العامة. وإذا كان العقد المدني حقق السبق من حيث الوجود، وحقق الفضل من حيث أن بعض قواعده انتقلت للعقد الإداري. إلا أن تميز العقد الإداري من حيث الهدف ومن حيث الأطراف يفرض تخصيصه بأحكام مستقلة عن تلك المقررة على صعيد القانون المدني.

ولما كان للصفقات العمومية صلة بالمال العام وحقوق الخزينة العامة من جهة، وأنّها ترتب حقوق والتزامات لأطرافها من جهة ثانية، فإنّها لا شك تثير منازعات إن على مستوى الإبرام أو أثناء التنفيذ حين تصطدم مصلحة الإدارة مع المتعامل المتعاقد. وهو ما يفرض وضع نظام قانوني متكامل لفض هذه المنازعات.

- **التعريف بالموضوع وأهميته :**

لقد صدر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بتاريخ 16 سبتمبر 2015 معلنا عن التنظيم العام الجديد للصفقات العمومية.وحمل المرسوم الجديد 220 مادة.[1] وجاء معلنا صراحة عن إلغاءه للمرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010.[2] وهنا نسجل أيضا قصر الفترة التي أقبل فيها المنظم لإلغاء تنظيم خلال فترة لا تتجاوز خمس سنوات.

وينبغي في البداية الإشارة لأمر جد مهم أن منازعات الصفقات العمومية بالذات دون باقي منازعات القطاع العام ينبغي أن تحظى بطرق خاصة للتسوية يراعى فيها عنصر الزمن بالخصوص. لذا وجب إرساء القاعدة العامة في مجال منازعات الصفقات وهي التسوية الودية أولا وقبل كل شيء. لأن التسرع في عرض كل نزاع يتعلق بصفقة عمومية على القضاء يعني أن معيار الزمن خاصة في مرحلة تنفيذ الصفقة مرشح للامتداد من خبرة إلى خبرة إن قدر القضاء المختص اللجوء لهذا الإجراء. ومن قضاء درجة إلى قضاء درجة أخرى وهكذا. ولأن البطء في التسوية يعني أن

[1]- أنظر: الجريدة الرسمية، عدد 50 لسنة 2015

[2]- أنظر: الجريدة الرسمية، عدد 58 لسنة 2010

ملف الصفقة سيظل عالقا مما قد يؤثر سلبا على برامج وخطط المصلحة المتعاقدة. ويعيقها عن التفكير في برامج أخرى.

ثم أن سرعة التسوية مسألة تخدم كل الأطراف. فهي نافعة للمقاول أو المتعهد بالتنفيذ والمستفيد من الصفقة. فالتسوية خاصة الودية تعني غلق ملف نزاع دون انتظار طويل. كما تخدم المتعامل العمومي لأن همه الأول هو إبرام الصفقة إن كان النزاع في مرحلة الإبرام. أو تنفيذها إن كان النزاع في مرحلة التنفيذ.

كما يمتد النفع للجمهور لأن نهاية تنفيذ موضوع الصفقة وإنجازها بالكامل يعني نهاية خدمة عمومية ستعود بالنفع على الأفراد من ذلك مثلا إقامة الطرقات والجسور والأنفاق والمرافق الاستشفائية والمؤسسات التعليمية والموانئ وغيرها من المشاريع ذات الطابع التنموي والنفعي.

ولا نبالغ عند القول أن مبدأ التسوية الودية ينفع مرفق القضاء ذاته خاصة وأن النزاع وجد حلا له ضمن إطار تسوية ودية خارج هياكل القضاء، فيخف العبء والثقل والحمل على هذه المؤسسة الدستورية المكلفة بالفصل في النزاعات والخصومات.

- **إشكالية الدراسة :**

سبق البيان أن منازعات الصفقات العمومية بالذات ينبغي أن يراعى فيها سرعة الإنجاز. ومن هنا تطرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى ساهم المشرع الجزائري من خلال الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذلك الأحكام الواردة في تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015 في سن نظام قانوني من شأنه ضمان تسوية سريعة لمنازعات الصفقات العمومية سواء على المستوى الإداري أو على المستوى القضائي بما يخدم أطراف الصفقة ويكسبهم تحمل طول إجراءات النزاع القضائي خاصة أمام قضاء الموضوع؟

- **المنهج المتبع ومجال الدراسة :**

تفرض طبيعة دراسة الحال إتباع منهج تحليل المضمون اعتبارا أنها تنصب بالأساس على نصوص واردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 باعتباره نصا إجرائيا عاما أو الشريعة العامة في المجال الإجرائي فيما خص أحكام منازعات الإبرام بعنوان دعوى استعجالية.كما تنصب دراسة الحال على تنظيم الصفقات العمومية ممثلا في المرسوم الرئاسي 15-047 ساري المفعول في مواده المذكورة أدناه.

وحري بنا الإشارة أن هذه الدراسة تتعلق بالطرق السريعة فقط دون غيرها وهذا خارج إطار التحكيم كمؤسسة ونظام قانوني مستقل حددته المواد 975 إلى 989 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1] ونقصد بالطرق السريعة كل نظم وآليات تسوية منازعات الصفقات العمومية التي تظهر للوجود في مرحلتي الإبرام أو التنفيذ و تستغرق زمنا قصيرا لفضها من قبل الجهة المخولة قضائية كانت أو إدارية في شكل لجنة متخصصة . وبالتالي سنستبعد من مجال دراسة الحال كل منازعات الصفقات العمومية التي تعرض على قضاء الموضوع ممثلا في المحاكم الإدارية، أو القضايا المعروضة على مجلس الدولة والتي يستغرق الفصل فيها زمنا طويلا.[2]

ومثل هذا المجال من الدراسة يستلزم التعرض فقط من جهة لآليات تسوية منازعات الإبرام والمتعلقة بالنتائج المعلن عنها بموجب المنح المؤقت للصفقة والذي أعلنت عنه المصلحة المتعاقدة ويتم ذلك أمام لجان الصفقات العمومية المعنية موضوع المادة 82. ومن جهة ثانية سنتناول بالشرح والتحليل الأحكام المتعلقة بالمنازعات الناتجة عن الإخلال بقواعد الإشهار أو المنافسة موضوع المادتين 946 و 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ووردت بعنوان " الاستعجال في مادة العقود والصفقات". و كذلك تسوية النزاع في مرحلة التنفيذ بالطرق الودية اعتبارا أنها تدخل هي الأخرى ضمن أحكام المرسوم الرئاسي المذكور في مواده من 153 إلى 155.

- **أهداف الدراسة :**

لقد ثبت عمليا من خلال مراحل سابقة لسنة 2015 كيف أن النزاع بصدد الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ خاصة كان كثيرا ما يعرض أمام القضاء بما تحمله إجراءات التقاضي من زمن طويل. فيسارع المتعاقد مع الإدارة لرفع دعواه أمام جهة القضاء الإداري للمطالبة بحقوقه المالية مثلا. ويدخل ملف الدعوى مرحلة المرافعة وتبادل المذكرات والوثائق، وقد يصدر القرار الفاصل فيها بعد مدة ويكون عرضة للطعن من قبل الخصم المعني، وهو ما نتج عنه تعطيل مشاريع الصفقات وإلحاق بالغ الضرر بجميع الأطراف.

ونسعى من خلال هذه الدراسة للوقوف عند المستجد من طرق التسوية الودية لمناعات الصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي الجديد ومقارنتها بما سبق من نصوص نحو الاستشراف للهدف الأسمى الذي ندعو له وهو التفكير في إرساء نظام قانوني خاص محدد و متكامل يتعلق بطرق تسوية منازعات الصفقات المختلفة دون غيرها سواء في المرحلة الإدارية أو القضائية، أو في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ. كما سنقابل أحكام الصفقات العمومية بالأحكام الواردة في التشريعي الإجرائي الذي حمله القانون 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

---

[1]- لتفصيل أكثر بخصوص التحكيم في مجال الصفقات العمومية راجع: الدكتور محمد محجوبي، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 86 ماي-يونيو 2009، ص11 وما بعدها. وأيضا خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير جامعة قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص 29 وما بعدها. هدى نويوة، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة منتوري قسنطينة، 2012.صبرينة جبايلي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013.

[2]- لتفصيل أكثر بالنسبة لمنازعات قضاء الموضوع في القانون الجزائري راجع: الدكتور عمار بوضياف، منازعات الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة التواصل القضائي، المكتب الجهوي للوداية الحسنينة لقضاة جهة الدار البيضاء، المملكة المغربية، العدد الأول، ديسمبر، 2012، ص 129 وما بعدها.

- **خطة الدراسة :**

تضمن كل من قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتباره النص الإجرائي العام، وكذلك مرسوم الصفقات العمومية أحكاما تتعلق بالتسوية السريعة لبعض منازعات الصفقات العمومية في مرحلتي الإبرام والتنفيذ.

وعلى ضوء هذه الأحكام تم تقسيم الدراسة إلى مطلبين خصصنا لكل مرحلة مطلب.

-المطلب الأول : الطرق السريعة لتسوية منازعات الإبرام.

-المطلب الثاني : الطرق السريعة لتسوية منازعات التنفيذ.

المطلب الأول : الطرق السريعة لتسوية منازعات الإبرام :

بالجمع بين الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والأحكام الواردة في المرسوم الرئاسي 15-247 نستنتج أن هناك طريقتين لفض المنازعات تدخل تحت عنوان الطرق السريعة فيما خص مرحلة الإبرام. تكمن في عرض المنازعات الناتجة عن إعلان المنح المؤقت أمام لجنة الصفقات العمومية للبت فيه. وهذا أسلوب إداري لحسم النزاع خارج إطار القضاء. وهناك طريقة الدعوى الاستعجالية التي ترفع أمام القضاء الإداري فيما تعلق بحالات إخلال الإدارة صاحبة مشروع الصفقة بقواعد الإشهار والمنافسة. نخصص لكل منهما فرع لوحده.

الفرع الأول : منازعات الإبرام أمام لجان الصفقات المعنية :

أوجب تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2015 عند انتهاء مرحلة تقييم العروض من قبل لجنة الفتح والتقييم نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة وتمكين العارضين من تقديم طعونهم عند الاقتضاء. ويجد هذا الحق في أساسه القانوني أولا في المادة 9 من القانون 06-01 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم والتي كرست حق الطعن في حال الإخلال بقواعد إبرام الصفقات العمومية.[1] كما يجد أساسه التنظيمي في المادة 82 من المرسوم الرئاسي على النحو الآتي ذكره وبيانه.

- **تعريف المنح المؤقت :**

نصت المادة 65 من المرسوم الجديد لسنة 2015 الفقرة 2: "يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان طلب العروض عندما يكون ذلك ممكنا مع تحديد السعر وآجال الانجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة". وهو تعريف مطابق تماما للذي ورد سنة 2010 مع تغيير بسيط حيث تم استبدال مصطلح مناقصة بمصطلح طلب العروض وهو المصطلح الجديد.

من النص أعلاه يبدو واضحا أن المشرع استمر في تثبيت إجراء المنح المؤقت نظرا لمزاياه العديدة والمتنوعة كونه يضفي على الصفقة العمومية شفافية ووضوح في كل مراحلها. فلم يكتف المشرع بإلزام الإدارة المتعاقدة باللجوء

[1]- أنظر: الجريدة الرسمية، عدد 14 لسنة 2006 وصدر هذا القانون على إثر انضمام الجزائر لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بنيويورك يوم 31 أكتوبر2003 وهذا بموجب المرسوم الرئاسي 04- 128 بتاريخ 19- أبريل – 2006 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 26 لسنة 2006 المتضمن التصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبا الجمعية العامة. ولتفصيل أكثر بخصوص جرائم الصفقات العمومية راجع: الدكتور عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية،الطبعة الثالثة، جسور للنشر، الجزائر، 2011، ص 337 وما بعدها.

لطلب العروض كأصل عام كما بينا ذلك، وبإلزامها بنشر الإعلانات عن مختلف صيغ وأشكال طلب العروض في الجرائد اليومية والنشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي،بل إلى جانب ذلك ألزمها بنشر كل البيانات المتعلقة بمن فاز بالصفقة ويكون ذلك محل إعلان في ذات الجريدة إذا أمكن ذلك بوضوح تام.

ويعتبر المنح المؤقت إجراءا إعلاميا بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما نظرا لحصوله على أعلى تنقيط فيما يخص العرض المقدم بكل محتوياته وتفاصيله وفقا للمعايير المحددة في دفتر الشروط.

وطبقا للمادة المذكورة وجب أن ينشر في الإعلان مجموعة بيانات أو عناصر كاسم ولقب الشخص العارض أو اسم المؤسسة أو الشركة أو المقاولة. وموضوع المشروع والسعر وآجال التنفيذ وبصفة عامة كل المعلومات التي تبرر اختيار الإدارة للفائز المعلن عنه مؤقتا.

و يفضل ذكر هذه العناصر بدقة تفاديا لأي لبس وحتى يتمكن أصحاب العروض من ممارسة حقوقهم المبينة في التشريع الجاري به العمل وفي المرسوم الرئاسي. فيذكر في إعلان المنح المؤقت الجهة المعنية بالتعاقد وموضوع طلب العروض والحصة المعنية محل المنافسة، ومجموع نقاط العرض التقني، ومجموع نقاط العرض المالي، واسم العرض الفائز مؤقتا أو اسم الشركة أو المؤسسة ومسيرها وكل بيان معرف للصفقة أو الحصة محل الإعلان.

- **الآثار القانونية المحتملة و الناتجة عن نشر إعلان المنح المؤقت :**

جاء في المادة 82 من المرسوم الجديد: " زيادة على حقوق الطعن المنصوص عليها في التشريع المعمول به يمكن المتعهد الذي يحتج على المنح المؤقت للصفقة...أن يرفع طعنا لدى لجنة الصفقات المختصة..."

من هنا استمد الحق في الطعن أساسه القانوني من المادة أعلاه. كما استمد الحق في الطعن أساسه القانوني من المادة 9 من القانون 06–01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته. بل أبعد من ذلك يستمد هذا الحق أساسه من المادة 9 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لسنة 2003 والتي فرضت مبدأ الشفافية والاختيار بناء على معايير موضوعية.[1] وهذا أمر طبيعي إذ وجب قبل متابعة إجراءات إبرام الصفقة تمكين كل عارض مشارك في المنافسة أولا أن يتقدم بطعن أمام لجنة الصفقات العمومية وليس أمام لجنة الفتح وتقييم العروض لتنظر في مضمونه في أجل قصير وستستدرك ما قد يشوب هذه المرحلة من أخطاء أو عيوب.

و يخدم إجراء المنح المؤقت للصفقة أصحاب العروض،كما يخدم الإدارة صاحبة الصفقة أو المشروع، اعتبارا أن اختيارها لمتعاقد ما تم بكل شفافية ووضوح كما توجبه النصوص الدولية الواردة في الاتفاقية المذكورة والنصوص الداخلية أيضا، وباستعمال وسيلة النشر والإشهار، وبعد تمكين المعنيين من مباشرة حق الطعن. فالمنح المؤقت للصفقة من وجهة نظرنا إجراء وقائي من كل شبهة فساد في مرحلة التقييم والاختيار. كما أنه يمثل من جهة أخرى مبدأ التسيير الجماعي للصفقة والذي سعى المشرع لتكريسه في أحكام المرسوم الرئاسي 15–247، ومن ثم لا عجب أن تتولى لجنة الصفقات المعنية النظر في الطعن المسجل لدى كتابتها فيما خص إعلان لمنح مؤقت. وهذه هي موجبات دولة القانونية التي تفرض

[1]- وردت قواعد المشتريات العمومية في المادة 9 فقرة 1 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد. والتي جاء فيها بشأن الشفافية " تقوم كل دولة طرف وفقا للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني بالخطوات اللازمة لإنشاء نظم اشتراء مناسبة تقوم على الشفافية والتنافس وعلى معايير الموضوعية..."

سلامة الإجراءات، ومشروعية الأعمال الإدارية.

فللشرع عهد للجنة الفتح والتقييم مهمة معينة ودقيقة تمثلت في تقييم العروض والمفاضلة بينها وترتيبها وفق المعايير الموضوعية الواردة في الإعلان وفي دفتر الشروط. فإن رفع الطعن تعين عرضه تنظيما على هيئة أخرى محايدة ومختلطة وخارجية، وليس أضمن من لجنة الصفقات المعنية بحكم مهامها وتركيبتها البشرية المتنوعة.

وطبقا للفقرة 3 من ذات المادة يرفع هذا الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام ابتداء من تاريخ أول نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية.في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 173 و184 من المرسوم الرئاسي.

من المادة المذكورة يبرز الأثر القانوني الناتج عن نشر إعلان المنح المؤقت المتمثل في نشوء ممارسة حق الطعن لكل متعهد يرغب في ذلك. فالإدارة هنا لم تبرم الصفقة، ولم توقع بعد، بل لا يجوز قانونا توقيعها في هذه المرحلة وهضم حقوق المتعهدين في الطعن. غاية ما في الأمر أنها أعلنت بصفة مؤقتة عن الفائز في طلب العروض.ووضعت بين يدي كل متعهد عن طريق الإعلان سائر العناصر المتعلقة بالتقييم بغرض تمكينه من ممارسة حقه في الطعن خلال 10 أيام من نشر الإعلان أمام لجنة الصفقات المعنية. وأعلنت المادة المذكورة أنه إذا صادف اليوم الأخير أي اليوم العاشر من نشر الإعلان عطلة أو يوم راحة قانوني يمدد الأجل لأول يوم عمل موالي.

وبذلك وفر المشرع ضمانة الطعن لكل متعهد يرغب في ممارسة هذا الحق، وهي من آليات الحكم الراشد. كما فرض قيود رقابة على الإدارة لاختيارها لمتعاقد ما، خاصة وأن لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض تتضمن فقط أشخاصا تابعين لنفس الإدارة. فحفاظا على نزاهة التقييم وموضوعيته وجب عرض نتائج التقييم على لجنة الصفقات المعنية بغرض ممارسة الرقابة على الاختيار والفصل في الطعون المرفوعة. وهي في مجملها قواعد نثني عليها ونباركها لمقاصدها النبيلة وأهدافها السامية.

ومن باب إضفاء شفافية أكثر على معايير الانتقاء والاختيار ألزم المرسوم الرئاسي المصلحة المتعاقدة أن تدعو في إعلان المنح المؤقت المتعهدين الراغبين في الاطلاع على النتائج المفصلة لتقييم ترشيحاتهم التقنية والمالية الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة أيام ابتداء من اليوم الأول لنشر إعلان المنح المؤقت وهذا عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام. وحينئذ تسلم للراغب نتائج ترشيحه مفصلة وكتابيا. وهو ما نصت عليه الفقرة 4 من المادة 82.

إن المرسوم الرئاسي أعلاه فرض إجراء إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد اليومية الوطنية، وفي النشرة الرسمية للصفقات العمومية. وهو عبارة عن إجراء وجوبي وجوهري ناتج عن الاختيار الأولي من قبل لجنة الفتح والتقييم سابق الإشارة إليها. وهذا من باب إضفاء شفافية أكثر على الصفقات العمومية كما رأينا.

ونؤكد أنّ من بين أهم القواعد المكرسة لمبدأ الشفافية في مجال الصفقات العمومية هو حكم المادة 65 الفقرة 2 من المرسوم الرئاسي الجديد التي أوجبت نشر إعلان المنح المؤقت. والمادة 82 من ذات المرسوم الرئاسي والتي كرست حق الطعن الناتج عن المنح المؤقت كإجراء أولى يخوّل الجهات المعنية ممارسة رقابتها قبل إبرام الصفقة العمومية.

وبهذا الإجراء مكن المشرّع الجزائري المتعهّدين المعنيين والّذين قدموا عطاء اتهم من حقّهم في رفع تظلّم أمام لجنة الصفقات المعنية خلال 10 أيام من نشر إعلان المنح المؤقّت لتمارس هذه الأخيرة رقابتها قبل توقيع الصفقة من جانب الجهة المختصة. وتصدر رأيها في الطعن.

وبذلك كفل المشرّع حقوق المتعهدين وأجبر الإدارة على العمل في إطار الشرعية والوضوح بما يكفل مبدأ المساواة بين المتنافسين ويبعد الإدارة عن كل شبهة للتحيز لطرف متنافس أو آخر. وتتولى لجنة الصفقات المعنية سواء البلدية أو الولائية أو الخاصة بالهيئة الوطنية المستقلة أو القطاعية كما تقدم البيان دراسة الطعن المرفوع أمامها. وعلى من رفع الطعن إثبات وجه خرق القانون أو التنظيم أو صورة التمييز بين المتنافسين.

ومن المؤكد أنّ لجان الصفقات المختلفة بحكم تركيبتها البشرية المتميّزة تستطيع الحسم في التظلم المرفوع أمامها.

وتصدر لجنة الصفقات المعنية رأيها خلال 15 يوم من انتهاء الأجل المحدّد لرفع التظلّم طبقا للمادة 82 من المرسوم الجديد. ويبلغ هذا القرار للمتظلّم أو الطاعن والمصلحة المتعاقدة.

وحسنا فعل المشرع حين مكن الطرف المعني من رفع الأمر إلى اللجنة المختصة لدراسته.لأن هذا الإجراء يتماشى والقواعد المقررة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته إليها خاصة الأحكام المنصوص عنها في المادة 9 منه. كما أن عرض الأمر على لجنة الصفقات يخدم سرعة البت في المنازعة خاصة وأن اللجنة التي ستفصل في الطعن مقيدة من حيث المدة.

الفرع الثاني : منازعات الإبرام أمام القضاء الاستعجالي الإداري :

لعله من بين أهم القواعد الإجرائية التي حملها القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه خصص مادتين لمنازعات الصفقات أثناء مرحلة الإبرام. وجاء الفصل الخامس بعنوان: " الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات" فنصت المادة 946 منه: " يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد.

يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه.

ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد.

ويمكن لها كذلك وبمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهـاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما. "

وهناك جملة من الأسباب فرضت على المشرع تقنين هذه الأحكام الجديدة يمكن إيجازها فيما يلي:

1-تنامي ظاهرة الإخلال بقواعد المنافسة والإشهار فيما خص الصفقات العمومية بالتحديد كشكل من أشكال الفساد في عديد الإدارات العمومية.[1]

2-التأثر بالتجربة الفرنسية والتي قلب الأوزان خاصة فيما تعلق بسلطات قاضي الاستعجال و لقيت نجاحا واستحسانا كبيرين في فرنسا بحسب ما أشارت إليه بعض الدراسات.[2]

3-رغبة المشرع في توفير أقصى ضمانات مبدأ الشفافية وحماية العارضين في مرحلة جد حساسة هي مرحلة الإبرام.

فالمادة أعلاه أجازت للطرف المعني صاحب المصلحة رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية في حال إخلال أحد الإدارات المتعاقدة بقواعد الإشهار والمنافسة. وكذلك يجوز للوالي رفع ذات الدعوى إن تعلق الأمر بمؤسسة محلية. فهذه الحالة تدخل بقوة القانون ضمن حالات الاستعجال.[3]

وفي هذه الحالة يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر الإدارة المتسببة في الإخلال بالامتثال والتقيد بالنصوص الجاري بها العمل ضمن أجل تحدده المحكمة ويمكن لها أن تأمر بدفع غرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل الممنوح .كما يمكنها أن تأمر بتأجيل إمـــضاء العقد إلى غاية إتمام الإجراءات . ولقد وصـــف أحد الباحثين المادة أعلاه بأنها : " صفعة موجهة للمفسدين "[4]

وجاء في المادة 947 : "تفصل المحكمة الإدارية في أجل عشرين (20) يوما تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقا للمادة 946 أعلاه".

وهو ما يؤكد الطابع الاستعجالي للمنازعة الإدارية. ورغم المزايا العديدة التي يحققها اللجوء للقضاء الاستعجالي لاسيما في مرحلة إبرام الصفقة، إلا ن هذا التوجه انتقده البعض لأنه يخول القاضي الاستعجال صلاحيات واسعة.[5]

الملاحظات المسجلة على لمادة 946 :

أشارت لصفقات وأهملت أخرى :

المادة ذكرت اختصاص الوالي وحددته بالنسبة للجهات المتعاقدة وهي :

[1]- أشار وزير العدل بمناسبة عرضه لمشروع قانون الإجراءات المدنية والإدارية أمام المجلس الشعبي الوطني لأهم ما جاء به المشروع خاصة في مجال القضاء الاستعجالي والانتقال من التشكيلة الفردية إلى التشكيلة الجماعية. أنظر جريدة مداولات المجلس الشعبي الوطني الخاصة بهذا المشروع.

[2]- أنظر: بزاحي سلوى زوجة بومقورة، رقابة القضاء الاسعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، السنة الثالثة، المجلد الخامس، عدد 1، 2012، ص 31. الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 317.

[3]- أنظر: كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، برج بوعريريج ، الجزائر، 2012، ص 130.

[4]- أنظر: الدكتور خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد الثالث عشر، ص 211.

[5]- المرجع نفسه، ص 134. وأيضا خلف الله كريمة، الرسالة السابقة، ص 189.

-الجماعات الإقليمية وهي طبعا الولاية والبلدية.

-مؤسسة عمومية محلية. وقد تكون تابعة لبلدية أو ولاية. أي مؤسسة بلدية أو ولائية.

فالسؤال يطرح أي باقي الجهات المتعاقدة المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري مثلا وباقي المؤسسات المتخصصة ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني كالجامعة مثلا؟.

لم يشر النص إلى سلطة الوالي في التوجه للمحكمة الإدارية بخصوص هذه المؤسسات باعتباره ممثلا للدولة، واقتصر على تبيان سلطته في التوجه للمحكمة الإدارية إن تعلق الأمر بخرق قواعد المنافسة والإشهار فيما خص الولاية والبلدية والمؤسسات التابعة لهما بصريح النص أعلاه.

وفي نفس السياق أثار بعض الباحثين إشكالية حارس مبدأ الشفافية في حال خرق قواعد المنافسة والإشهار بالنسبة للهيئات المركزية.[1] بل ونضيف لهذا السؤال سؤال آخر من هو المسؤول المؤهل للجوء للقضاء الإداري في حال تعلق الصفقة بهيئة وطنية مستقلة؟

وهي إشكالية جديرة بالطرح خاصة. وكان يتعين على المشرع التصريح بالجهة الإدارية المخول لها التوجه للمحكمة الإدارية في المرحلة ما قبل إبرام الصفقة العمومية في حال إخلال أحد الهيئات المركزية بقواعد الإشهار والمنافسة، وهي قواعد ملزمة لكل الجهات الإدارية المشمولة بالمادة 6 من المرسوم الرئاسي 15-247.

سلطات قاضي الاستعجال في هذه الدعوى :

أشارت المادة 946 بوضوح للسلطة التي تتمتع بها المحكمة الإدارية بخصوص القضية الاستعجالية المتعلقة بخرق قواعد الإشهار والمنافسة ويمكن تلخيصها في :

1-أن تأمر الطرف المعني بالامتثال لالتزاماته. كأن نتصور أن إدارة ما نشرت إعلان طلب العروض في جريدة واحدة بدل إثنين، أو لم تنشرها بلغة أجنبية واحدة، هنا يجوز للمحكمة أن تأمر الإدارة المعنية باستيفاء إجراءات النشر طبقا للمادة 65 من المرسوم الرئاسي 15-247. وتضرب له أجلا للامتثال. وبذلك اعترف المشرع للقاضي الإداري بسلطات لم تكن مكرسة في ظل القانون القديم لسنة 1966 وحسم الجدل بخصوص القيود الواردة على هذه السلطة تحت عنوان عدم جواز توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة.[2]

2-تأمر المحكمة الإدارية الطرف المخل وتحدد له أجلا للامتثال وفي حال انقضاءه لها أن تحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد في الأمر الاستعجالي. وهذه لا شك وسيلة ضغط لجبر الإدارة على الامتثال لقواعد المنافسة والإشهار وتطبيق مبدأ الشفافية.

3-يمكن للمحكمة أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى غاية استفاء كل الإجراءات. وحدد النص أجلا أقصى بعشرين يوما.

---

[1]- أنظر: بزاحي سلوى، المقال السابق، ص 37.

[2]- لتفصيل أكثر راجع: شهرزاد قوسطو، مدى إمكانية توجيه القاضي الإداري لأوامر للإدارة – دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010، ص94 وما بعدها.

ومن هنا خرج المشرع الجزائري عن الطريقة القديمة المتبعة والتي أرست فكرة دام تطبيقها لسنوات مفادها أنه لا يجوز للقاضي الإداري إعطاء أوامر للإدارة. وها هي المادة 946 تؤكد سلطته في الخضوع لأمرها بموجب القانون. والهدف طبعا هو المحافظة على مبدأ الشفافية في إبرام الصفقات العمومية والعقود الإدارية ومكافحة الفساد وصون مبدأ المساواة بين العارضين.

المطلب الثاني : الطرق السريعة لتسوية منازعات التنفيذ :

نسجل في البداية ملاحظة مهمة تتعلق بالعناوين المستعملة في المرسوم الجديد. فرجوعا للقسم الحادي عشر نجده قد ورد تحت عنوان **" التسوية الودية للنزاعات"** وقد كان يحمل في ظل المرسوم الرئاسي لسنة 2010 عنوان **"تسوية النزاعات"**. ومنه نستنتج أن المرسوم الجديد يتجه نحو إرساء القاعدة في مجال المنازعات أثناء مرحلة التنفيذ وهي التسوية الودية. ونثمن هذه الإضافة النوعية لما في التسوية الودية من منافع تخدم كل الأطراف.

إرساء مبدأ التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن التنفيذ :

يعد مبدأ التسوية الودية للمنازعات الصفقات العمومية مبدأ قديم عرفته مختلف قوانين وتنظيمات الصفقات العمومية.[1] حيث نصت المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15–247: "تسوى النّزاعات التي تطرأ عن تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها.

يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه أن تبحث عن حل ودّي للنّزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي :

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة..." .

يبدو واضحا من هذا النّص أنّ المرسوم الرئاسي أرسى قاعدة الحل الودي للنّزاع الناتج عن التنفيذ. وهذا تفاديا للنّزاع القضائي الّذي يكلّف أطرافه طول الإجراءات وطول الانتظار.

ما هي الوسيلة القانونية المتبعة في حال التوصل إلى حل ودي؟

الإجابة في المرسوم الرئاسي 10–236 :

إذا ما تمّ الاتفاق على حل النّزاع وديا يتولّى الوزير المعني أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي إصدار مقرّر يثبت فيه هذا الاتفاق ويبين طبيعة الالتزامات الجديدة. المادة 115 منه.

[1]- لتفصيل أكثر راجع : خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير جامعة بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005، ص 64. الدكتور عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ص 314 وما بعدها.

وحسنا فعل المشرّع الجزائري حينما تبنى مبدأ الحسم الودي لنزاعات الصفقات العمومية في مرحلة التنفيذ حتى لا تتعطّل المشاريع العمومية، وحتى يمكن أطراف النّزاع من إيجاد حل يناسبهم يضعون به حدا لمنازعة طرأت أثناء التنفيذ، ويتمّ بهذا الحسم في أمر المنازعة مواصلة التنفيذ بما يضمن في النّهاية استلام المشروع في آجاله. وهو ما يتماشى وهدف خطة الصفقات العمومية في القطاعات المختلفة للدولة.

لم يعالج المرسوم الرئاسي 15-247 "حالة الاتفاق غير مشمولة بالنص" :

ذكرت المادة 153من المرسوم الرئاسي الجديد عبارة " في حالة عدم الاتفاق...". ولم تتطرق نهائيا لحالة الاتفاق. وهذا خلل بنظرنا وجب استدراكه لأن تنظيم الصفقات العمومية مرسوم إجرائي في أغلب مواده، لذا تعين إيلاء الأهمية اللازمة للاتفاق وكيف يمكن تجسيده في وثيقة رسمية تتمتع بحجة النفاذ.

وتفاديا لأي فراغ تنظيمي نقترح إرساء الحل المعتمد في المرسوم الرئاسي لسنة 2010. فإذا ما تمّ الاتفاق على حل النّزاع وديا يتولّى الوزير المعني أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي إصدار مقرّر يثبت فيه هذا الاتفاق ويبين طبيعة الالتزامات الجديدة بما يعني اعتماد ذات الإجراء المكرس في المادة 115 منه.

- **ضوابط الحل الودي** :

أرست المادة 153 ضوابط الحل الودي ورسمت حدوده وأحكامه فنصت على أن الحل الودي يجب أن يراعى فيه ما يلي :

1- أن تحترم الإدارة المعنية التشريع والتنظيم الجاري به العمل وأن لا تخالفه: فكل اتفاق لحسم نزاع ودي يتعارض مع أحكام التشريع أو التنظيم يقع باطلا ولا يرتب أي أثر بالنسبة لأطرافه. فالاتفاق يستمد وجوده من مشروعيته.

2- الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين: فقد تظهر أثناء التنفيذ ظروف تفرض على المتعامل المتعاقد تحمل نفقات أكثر فحين المطالبة بها يجب على الإدارة المعنية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف الجديدة وتنصف المتعامل المتعاقد وتحاول أن تحسم الأمر وديا دون أن ترهقه باللجوء للقضاء للمطالبة بحقه في التوازن المالي مثلا. أو أن تنكر عليه هذا الحقّ خاصة وأنّ نص المادة 153 في غاية من الوضوح فهو يبيح صراحة للإدارة المعنية حق إعادة النظر في أسعار الصفقة وفقا للظروف الجديدة تحت عنوان إيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة في ذمّة كل طرف في الرابطة العقدية.

3- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة : ألحّ المشرّع الجزائري في المادة 153 على ضرورة إعطاء عامل الزمن في الصفقة الأهمية التي تليق به. وهذا الأمر يفرض لا شك الحسم الودي للنّزاع الّذي يثور أثناء التنفيذ. فكلما تم التوصل إلى حل ودي وضبط الاتفاق في وثائق رسمية كان ذلك أنفع بالنسبة لزمن تنفيذ العمل موضوع الصفقة، بما يعود بالفائدة على أطراف الصفقة، وعلى الأفراد المنتفعين منها.

4- البحث عن تسوية نهائية في أسرع وقت وبأقل تكلفة : نظرا للأهمية الكبرى لمعيار الزمن في تنفيذ العمل موضوع الصفقات العمومية. وحتى لا يتسبّب النزاع الناتج عن التنفيذ في زعزعة استمرارية الصفقة فرض

المشرع البحث عن حل ودي في أسرع وقت بما يكفل ضمان مواصلة العمل وتنفيذ موضوع الصفقة في آجالها المحدّدة في العقد.وإذا لم يحدث الاتفاق بين طرفي النزاع وحسمه وديا فانّ المشرّع كفّل للمتعامل المتعاقد أحقية عرض النزاع على مستويات أخرى منها اللّجوء للقضاء.

– **الآلية القانونية للتسوية الودية :**

المنازعة أمام لجنة التسوية الودية الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية :

إن من أهم الأدوات والأحكام التي حملها المرسوم الرئاسي الجديد أنه استحدث بموجب المادة 154 لجنة أسماها ب " لجنة التسوية الودية الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية". وفيما يلي بيان تشكيلته ومهامها :

أولا–تشكيلة اللجنة :

نصت المادة 154 : " تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل وال لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين..."

- **على مستوى الوزارة :** [1]

تتشكل اللجنة من :

–ممثل عن الوزير رئيسا،

–ممثل عن المصلحة المتعاقدة،

–ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع،

–ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة.

على مستوى الهيئة العمومية :

تتشكل اللجنة من:

–مسؤول الهيئة العمومية رئيسا،

–ممثل عن المصلحة المتعاقدة،

–ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع،

–ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة.

[1]- أنظر على سبيل المثال المقرر الصادر عن وزير التعليم العالي والبحث العلمي رقم 153 بتاريخ 14 فبراير 2016 يتضمن تشكيلة لجنة التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، النشرة الرسمية لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الثلاثي الأول لسنة 2016، ص 276.

على مستوى الولاية :

تتشكل اللجنة من :

-ممثل عن الوالي رئيسا،

-ممثل عن المصلحة المتعاقدة،

-ممثل عن المديريات التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع.

-ممثل عن المحاسب العمومي المكلف.

أداة التعيين :

بحسب الحال يعين أعضاء اللجنة بموجب مقرر صادر عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوالي المعني بالنظر لكفائتهم في الميدان المعني. وأجازت المادة 154 لرئيس اللجنة الاستعانة بأي كفاءة من شأنها مساعدة اللجنة في الاهتداء إلى حل يحسم النزاع المعروض عليها. ويتولى رئيس اللجنة تعيين مقرر لها. كما تملك اللجنة أمانة تخضع لإشراف الرئيس.

ب : مهام اللجنة :

جاء المادة 153 : "... يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة..." وجاء في المادة 154 : " تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل وال لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين..."

تثير هذين المادتين الملاحظات التالية :

1-إن عرض النزاع على لجنة التسوية الودية يكون بعد مرحلة محاولات المصلحة المتعاقدة البحث عن حل ودي للنزاع مع المتعامل المتعاقد. فإن فشلت نتبع المرحلة الموالية و هي عرض النزاع على لجنة التسوية الودية.

2-إن اللجوء للجنة التسوية الودية إجراء وجوبي يفرض على كل إدارة معنية بتنظيم الصفقات العمومية، ويفرض على كل متعامل متعاقد قبل إحالة النزاع على القضاء. ويجب تكريس هذه الوجوبية في دفتر الشروط الذي تضعه الإدارة بإرادتها المنفردة وتصادق عليه لجنة الصفقات المعنية كما تقدم البيان، ويوقعه المتعامل المتعاقد ويسجل عليه بخط اليد عبارة " قرئ وقبل" طبقا للمادة 67 ويدرجه ضمن مشتملات العرض التقني.

3-إن لجنة التسوية الودية للنزاعات يتعلق اختصاصها الحصري بالنزاعات التي تحدث بين المتعامل المتعاقدة والإدارة فقط أثناء مرحلة التنفيذ، فلا يمتد الاختصاص لمرحلة الإبرام أو مرحلة ما بعد التنفيذ لوضوح العبارة الواردة في النص المذكور.

4-إن الاختصاص الموكل لهذه اللجنة ينحصر في النزاعات التي تحدث بين الإدارة المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين الجزائريين، فلا يمتد للعنصر الأجنبي، لأن هذه الأخيرة تحسم ويفصل فيها على مستويات أخرى مختلفة تماما عن النزاعات التي تحدث بين المتعامل الوطني والإدارة المعنية.

الإجراءات المتبعة أمام اللجنة :

أجازت المادة 155 بصريح النص لكل من المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد عرض النزاع على اللجنة. ويتولى الطرف الشاكي إرسال تقريره لأمانة اللجنة مرفقا بالوثائق اللازمة بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام. كما يمكنه إيداعه مباشرة أمامها مقابل وصل استلام. وهكذا كفل المشرع للطرف الشاكي إتباع الخيار الذي يناسبه.

ويتولى رئيس اللجنة دعوة الطرف الخصم برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام وهذا بغرض إعطاء رأيه في النزاع المعروض على اللجنة. ويلزم الخصم بإفادة رئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام يضمنها رأيه في النزاع في مدة أقصاه 10 أيام ابتداء من تاريخ المراسلة. مع تسجيل ملاحظة أن النص العربي استعمل عبارة : " تدعى الجهة الشاكية..." بينما النص الفرنسي استعمل عبارة : " La partie adverse est invitée". فالذي يدعى هو الطرف الخصم أو الجهة المقابلة للجهة الشاكية وليست الجهة الشاكية كما ورد في النص العربي.

و يمكن للجنة طبقا للفقرة 5 من المادة المذكورة أن تستمع لطرفي النزاع وتطلب منهما إفادتها بكل وثيقة أو معلومة من شأنها مساعدتها للقيام بمهامها. وتفصل اللجنة في الملف المعروض عليها بموجب رأي معلل يتخذ بالأغلبية مع ترجيح صوت الرئيس في حال تعادل الأصوات.

وحددت الفقرة 4 من المادة المشار إليها أجل 30 يوما للجنة للقيام بالمهمة المنوطة بها بدءا من تاريخ تلقي إجابة الخصم. وهو أجل واحد يسري على كل اللجان. وهو أجل أيضا معقول يتسنى اللجنة من خلاله دراسة الملف بمختلف محاوره والاهتداء لرأي مبرر.

ويبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بموجب رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام. وترسل نسخة من هذا الرأي لسلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي تم استحداثها بموجب المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247.

كما تتولى المصلحة المتعاقدة تبليغ قرارها بخصوص رأي اللجنة في أجل أقصاه 8 أيام ابتداء من تاريخ تبلغها برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام. وتعلم اللجنة بذلك.

- مزايا عرض النزاع قبل المرحلة القضائية على لجنة التسوية الودية :

ينجم عن رفع الشكوى أمام لجنة التسوية الودية المعنية حسب الحال اللجنة الوزارية أو لجنة الهيئة العمومية أو اللجنة الولائية قبل عرض الملف أمام القضاء المختص تحقيق جملة من المزايا بالنسبة لطرفي النزاع لعل أهمها :

1- فمن حيث الوقت المخصص للجنة التسوية الودية للفصل في النزاع لا يعد كبيرا. فقد فرض المشرّع كما رأينا على اللجنة أن تحسم في النّزاع المعروض عليها خلال مدّة 30 يوما بدءا من تلقي إجابة الخصم. وهو ما يعني أنّ

المشرّع حاول بهذا القيد الزمني أن يلزم اللّجنة بضرورة عقد اجتماعاتها لمعرفة مصير الشكوى وعما إذا كانت ستصل إلى حل يرضي الأطراف، أو أن يدخل النّزاع في مرحلة جديدة هي مرحلة التقاضي بعد أن استجاب المدعي لمضمون المادة 155 من المرسوم ورفع شكواه أمام لجنة التسوية الودية.

2- تحتوي لجان التسوية الودية للنزاعات كما رأينا في تركيبتها البشرية على ممثلين يتمتعون بكفاءة في مجال الصفقات حسب وصف المادة 154. و نتيجة لذلك فإنّ النّزاع أحيل على هيئة متخصصة تضمّ كفاءات ذات مؤهلات عالية وخبرة واسعة ومن الراجح أن يجد النّزاع حلا له على يد هذه اللّجنة المتخصصة.

3-يترتب على حسم النزاع بالطريقة الودية في حال توصل اللجنة المعنية للحل الودي تفادي عرض النزاع أمام هيئات القضاء بما يكلف ذلك من إجراءات طويلة ومن تبعات مالية أيضا ومن طول مدة الفصل وتعدد درجات التقاضي أيضا. وهو ما يعود بالنفع على أطراف النزاع.

نتائج الدراسة والتوصيات :

مما تقدم تبين أن المشرع الجزائري تبنى من حيث الأصل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية طرقا سريعة للفصل في منازعات الصفقات العمومية سواء في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ. هذا الأمر الذي تجسد إداريا على مستوى مرحلتين كما فصلنا :

1-وجوب عرض منازعات الإبرام طبقا للمادة 82 من تنظيم الصفقات الناتجة عن إعلان المنح المؤقت للصفقة على لجنة الصفقات العمومية المعنية لتفصل فيه. و هذا إجراء نثني عليه لأنه يخدم كل الأطراف كما بينا ذلك. وهذه طريقة سريعة لحسم النزاع خارج دائرة القضاء. كما أن إجراءاتها تتسم بالبساطة. ويأخذ الفصل فيها زمنا قصيرا.

2-عرض منازعات التنفيذ على لجان التسوية الودية التي تم استحداثها بموجب المادة 153 و 154 من المرسوم الرئاسي 15-247 المذكور لتمارس دورها في التسوية مراعية في ذلك التوازن فيما خص التكاليف المترتبة في ذمة كل طرف من أطراف النزاع. والتوصل لحل في أسرع الآجال. وهو ما يبعث على الاقتناع أن المشرع راعى بالدرجة الأولى عنصر الزمن حتى لا يؤثر استمرار النزاع على حسن تنفيذ الصفقة.

3-أما بخصوص الطريق القضائي فقد تكفل بتنظيم أحكامه قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 946 و 947 منه بعنوان " الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات.

ورغم ما تميزت به أحكام المرسوم الرئاسي المذكور من مزايا تتعلق خاصة باستحداث لجان تسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية على مستوى الوزارات والهيئات العمومية ولجان أخرى تتعلق بالتسوية الودية على مستوى الولايات موضوع المادة 154 منه، إلا أن ذلك لا يمنعنا من تقديم بعض التوصيات نراها مهمة في هذا المجال يمكن إجمالها فيما يلي :

فيما يخص مراجعة تنظيم الصفقات العمومية :

1-ضرورة تعديل المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 بصياغتها الحالية والتي جاء فيها " ...وفي حالة عدم الاتفاق..." على نحو يدرج فيه حالة الاتفاق. وكيف يمكن ترجمتها وتكريسها وثائقيا.

2-تصحيح صياغة المادة 155 الفقرة 3 و التي جاء فيها " تدعى الجهة الشاكية..." بينما الصياغة الفرنسية لذات المادة تشير " للجهة المشتكى ضدها" لأن الجهة الشاكية لا تدعى طالما كانت هي التي قدمت شكواها.

فيما يخص مراجعة قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

3-مد سلطة الإخطار بالنسبة للوالي والتوجه للمحكمة الإدارية بشأن المخالفات الناتجة عن الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة موضوع المادة 946 لتشمل باقي المؤسسات العمومية غير الواردة في النص الحالي وهذا بإضافة:

-المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني.

-المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.

فالولي هو ممثل الدولة على مستوى إقليم الولاية، فلا يعقل قصر وحصر سلطة توجهه للمحكمة الإدارية إذا تعلق الأمر بجماعة إقليمية- ولاية وبلدية- أو مؤسسة تابعة لهما. وصرف النظر عن باقي المؤسسات العمومية الأخرى. فهذا التوجه والتعديل الذي ندعو له يوسع من نطاق رقابة الوالي على صفقات المؤسسات العمومية تكريسا لدولة المؤسسات وإعمالا لمبدأ المشروعية.

- **لائحة المصادر والمراجع :**

✓ **كتب :**

- الدكتور عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية،الطبعة الثالثة، جسور للنشر، الجزائر، 2011، ص 337 وما بعدها.
- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.
- الدكتور عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 317.
- الدكتور محمد محجوبي، دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 86 ماي-يونيو 2009، ص11 وما بعدها.
- كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، برج بوعريريج ، الجزائر، 2012، ص 130.

✓ **مجلات :**

-المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، السنة الثالثة، المجلد الخامس، عدد 1، 2012.

- مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، العدد الثالث عشر.

- الدكتور عمار بوضياف، منازعات الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة التواصل القضائي، المكتب الجهوي للودادية الحسنينة لقضاة جهة الدار البيضاء، المملكة المغربية، العدد الأول، ديسمبر، 2012، ص 129 وما بعدها.

✓ **الجريدة الرسمية :**

- الجريدة الرسمية، عدد 14 لسنة 2006
- الجريدة الرسمية، عدد 58 لسنة 2010
- الجريدة الرسمية، عدد 50 لسنة 2015

✓ **مذكرات ماجستير :**

- خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير جامعة قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص 29 وما بعدها.

– هدى نويوة، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة منتوري قسنطينة، 2012.
– صبرينة جبايلي، إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة أم البواقي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013.
– شهرزاد قوسطو، مدى إمكانية توجيه القاضي الإداري لأوامر للإدارة – دراسة مقارنة– مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010، ص94 وما بعدها.
– خضري حمزة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير جامعة بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005، ص 64. الدكتور عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ص 314 وما بعدها.
مجلة الفقه والقانون العدد 53 مارس 2017

تصرف الولي في العبادات المالية للقاصر : دراسة فقهية قانونية

الأستاذ: معيفي الهادي, ماجستير قانون الأسرة

جامعة الشيخ العربي التبسي – تبسة, الجزائر

مقدمة :

دعا الإسلام إلى حفظ الضرورات الخمس والتي بها يتم إقامة المجتمع الذي تُصانُ فيه الحقوق وتُأمَّنُ فيه النفوس, ومن هذه الضرورات التي دعا الإسلام لحفظها: المال, الذي هو عصب الحياة, لاسيما إذا كان هذا المال يتعلق بقاصر, فعندئذ تكون دعوة الإسلام لحفظه ورعايته أشد, ولهذا شرع الله سبحانه وتعالى نظام الولاية على القاصرين ومن في حكمهم؛ لرعاية أموالهم وحفظها وتنميتها, حتى يتحقق النفع العام والخاص لكافة أفراد المجتمع.

وضع قانون الأسرة الجزائري، قاعدة عامة لتصرف الولي في أموال القصّر، وهي أن يتصرف فيها تصرف الرجل الحريص، فإن ثبت عليه غير ذلك يكون مسئولا طبقا لمقتضيات القانون العام, وهو ما جاء في المادة 88 التي تنص على أنه : " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام".

يقوم الولي- أبا كان أو أما أو وصيا أو مقدما- بإدارة أموال القصر الذين لم يبلغوا سن الرشد المالي, بالحفظ والصيانة والاستثمار، يقومون بذلك بدافع الواجب الشرعي وكمال الشفقة والحنو على أولادهم القصر, ومن هم تحت ولايتهم مراعاة لمصالحهم، وفق أحكام الشرع والقانون، ومن هذه التصرفات التي يراعيها الأولياء حق الله في أموال أولادهم القصر؛ من العبادات المالية سواء الواجبة كالزكاة وصدقة الفطر ونفقة الحج أو غير الواجبة كالأضحية والعقيقة وسائر التبرعات، التي تجري فيها النيابة بخلاف العبادات البدنية كالصلاة والصيام، فإنها شخصية لا تجوز فيها الإنابة بل يقوم بها الإنسان بنفسه.

يجيب الموضوع عن التساؤلات التالية :

حرص الإسلام على صيانة المال وحفظه, لاسيما إذا كان هذا المال خاصاً بالأطفال واليتامى القُصَّر, فما مدى صحة تصرف الأولياء في العبادات المالية للقصر؟

وهل يمكن اعتبار إخراج زكاة المال وزكاة الفطر والعقيقة وأضحية العيد وغيرها من مال القاصر, تصرف على الوجه الحسن؟ ولماذا لم ينظم قانون الأسرة الجزائري ولا غيره من قوانين الأحوال الشخصية العربية هذه المسألة؟

نتناول هذا الموضوع في مبحثين الأول: تصرف الولي في العبادات المالية الواجبة, كإخراج الولي زكاة مال القاصر وإخراج زكاة الفطر من مال القاصر ونفقة حج الصبي وعمرته من ماله. الثاني: العبادات المالية غير الواجبة كالأضحية من مال القاصر والعقيقة وصدقة التطوع والتبرع من مال القاصر وقبول الصدقات و التبرعات وتوزيعها على القصر.

المبحث الأول : تصرف الولي في العبادات المالية الواجبة :

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري ولا غيره من قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية التي اطلعت عليها، إلى أحكام العبادات المالية الواجبة وأحالت على المشهور في المذهب المعتمد لتنظيم هذه المسألة، بينما أحال قانون الأسرة الجزائري على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد النص عليه, وهو ما ورد في المادة 222 من قانون الأسرة: " كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" بينما اتجهت أغلب آراء الفقه الإسلامي إلى أنه يمكن للولي التصرف في العبادات المالية الواجبة على القاصر؛ كإخراج زكاة ماله وصدقة الفطر ونفقة الحج.

المطلب الأول : إخراج الولي زكاة مال القاصر :

لم يتناول قانون الأسرة الجزائري ولا غيره من قوانين الأحوال الشخصية العربية التي اطلعت عليها تنظيم مسألة العبادات المالية للقاصر، ومن بينها إخراج الولي زكاة مال القاصر، وتركت الأمر للاجتهاد القضائي في حالة النزاع، حيث يمكن للقاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة، مع مراعاة مصلحة القاصر.

وفي أحكام الشريعة الإسلامية تجب الزكاة بالاتفاق بين الفقهاء على المسلم الحر البالغ العاقل، إذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول[1], واختلفوا في وجوبها على الصبي والمجنون والعبد وأهل الذمة، باختلافهم في مناط التكليف هل هو مجرد ملك المال؟ أم أهلية المالك للتكليف الشرعي، وكان اختلافهم على رأيين :

الرأي الأول: وهو مذهب الجمهور المالكية والشافعية والحنابلة قالوا: بوجوب الزكاة في مال الصبي والمجنون،يخرجها عنهما الولي من مالهما، إذا توفرت شروط وجوبه[2], ودليلهم من الكتاب والسنة :

[1] ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج1، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2003, ص222. الزحيلي وهبة، الفقه المالكي الميسر، ج1، ط3، دار الكلام الطيب، بيروت، لبنان, 2005، ص223. بن طاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ج2، ط1، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان،2002, ص5. الزحيلي وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته، ج3، ط4، دار الفكر المعاصر، دمشق، سورية، 1997,ص1798.

[2] المرجع نفسه، ج3، ص1798.

أ- من الكتاب قوله تعالى : (خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا)[1], وجه الدلالة من هذه الآية أنها عامة تشمل جميع أصحاب الأموال، دون تحديد أو تخصيص لكبير أو صغير، عاقل أو مجنون، كما شملت جميع الأموال دون تخصيص، بين الزرع والثمار وغيرها من الأموال[2].

ب- من السنة قوله (ص) لمعاذ بن جبل حين أرسله إلى اليمن : «...فإن هم أطاعوك لذلك فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم، تؤخذ من أغنيائهم، وترد على فقرائهم»[3], يدل الحديث على العموم، فيشمل جميع أصحاب الأموال، والصبيان والمجانين ترد فيهم الزكاة إذا كانوا فقراء، فتؤخذ منهم إذا كانوا أغنياء، وجعل الحديث محل الزكاة هو المال[4], وروي عن عبد الرحمان بن القاسم عن أبيه أنه قال: «كانت عائشة رضي الله عنها تليني وأخا لي يتيمين في حجرها، فكانت تخرج من أموالنا الزكاة»[5], وعن عمر بن الخطاب (ض) أنه قال : «اتجروا في أموال اليتامى، لا تأكلها الزكاة»[6], وهي دلالة واضحة على وجوب الزكاة على الصبيان في أموالهم، فكيف تأكلها الزكاة إذا لم تزك؟

الرأي الثاني : وهو مذهب الحنفية قالوا : بعدم وجوب الزكاة في مال الصبي والمجنون، إلا أنهم فرقوا بينما تخرجه الأرض وما لا تخرجه، فقالوا: عليه الزكاة في ما تخرجه الأرض، العشر في زروعها وثمارها، وليس عليه زكاة فيما عدا ذلك من عروض ومواش وذهب وفضة[7], وأدلتهم من الكتاب والسنة :

أ- من الكتاب قوله تعالى : (خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا)[8], يتضح من الآية أن المراد من الزكاة هو الطهارة من الذنوب والصبي لا ذنوب له لعدم التكليف, فهو ليس بحاجة إلى التطهير من الذنوب, فلا تجب عليه الزكاة لانتفاء علتها[9].

ب- من السنة قوله (ص) : «رفع القلم عن ثلاث عن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يدرك وعن النائم حتى يستيقظ»[10], استدلوا بهذا الحديث على أنه لا سبيل لوجوب الزكاة على الصبي لأن القلم مرفوع عنه، ولأنه تكليف العاجز ما ليس في الوسع، والولي ممنوع من التصرف في مال اليتيم والقاصر أو قربانه إلا بالتي هي أحسن،كما جاء في القرآن الكريم : (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ)[11], وأداء الزكاة من ماله، قربان لماله على وجه ليس حسن[12], وروي عن ابن مسعود (ض) أنه قال : «ليس في مال اليتيم زكاة»[13].

ج- من المعقول قالوا : أن الزكاة عبادة كبقية العبادات من صلاة وصيام وحج تحتاج إلى النية، والعبادة لا تتأدى إلا بالاختبار، تحقيقا لمعنى الابتلاء، ولا اختبار للصبي والمجنون لعدم العقل[14].

---

[1] سورة التوبة,الآية 103.

[2] القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ج8, دار الحديث، القاهرة، مصر، 2002، ص246.

[3] البخاري الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، صحيح البخاري، ج2, دار الأفكار الدولية، الرياض, 1988, ص129.

[4] بن طاهر الحبيب ، الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج2، ص8.

[5] مالك بن انس الأصبحي، الموطأ، برواية يحي بن يحي اللّيثي,ط1, دار الكوثر, القاهرة,2011 , ص141.

6 المرجع نفسه، ص140.

[7] ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج1، ص222.

[8] سورة التوبة,الآية 103.

[9] الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ط2، تحقيق معوض على وعبد الموجود عادل، دار الكتب العلمية، 1997, ص3.

[10] أبو داود سليمان بن الأشعث السخستاني أبو داود، سنن أبي داود، ج4, ط1، اعتنى به مشهور حسن سلمان، دار المعارف، الرياض, ص244.

[11] سورة الأنعام، الآية 152.

[12] الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, المرجع السابق، ج2، ص5.

[13] الترمذي محمد بن عيسى بن سورة, سنن الترمذي، ج2، ط1، اعتنى به مشهور حسن سلمان، مكتبة المعارف, الرياض, ص25.

[14] الزحيلي وهبه ، الفقه المالكي الميسر، ج1، المرجع السابق، ص225.

قال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور : "الزكاة حق للفقراء في المال والتصرف في مال الصغير بحكم الشريعة للولي، فخالف حكم الزكاة بقية أحكام خطاب التكليف، فلم يعف منها مال الصغير، لأن اشتراط البلوغ في خطاب التكليف أعمال يقوم بها المكلف، ولا تكليف مع الصبا، أما الزكاة فهي عمل في المال يمكن الإنابة فيه، لا في البدن لا يمكن الإنابة فيه، فأعطيت الزكاة حكم خطاب الوضع في وجوبها في مال الصغير"[1].

والراجح بعد استعراض آراء الفقهاء في حكم زكاة مال الصبيان, ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول وهم الجمهور من أن الزكاة تجب في مال الصبي والمجنون، لأن القول بعدم وجوبها، فيه ضياع لحقوق الفقراء والمساكين، التي فرضها الله سبحانه وتعالى- حقا للفقراء وغيرهم من مصارف الزكاة- في مال الأغنياء، لكثرة الأدلة المتواترة عن الصحابة والتابعين وأقوالهم بوجوب الزكاة في مال الصبي, وهذه المسألة كثر وقوعها في زمانهم, فيرجح قول الجمهور وهم المالكية والشافعية والحنابلة: بأن على الولي أو الوصي إخراجها، فإن لم يفعلا كانا آثمين، وذلك لعدة أسباب منها:

1- سد حاجة الفقراء وكفهم عن السؤال ومواساتهم، ولا فرق في ذلك بين صغير وكبير، أو عاقل أو مجنون.
2- أنه لا فرق بين وجوبها في زكاة الزر وع والثمار، ووجوبها في المال والذهب والفضة.
3- أنه لا معنى ولا حجة في انتظار إخراجها بعد البلوغ.
4- أن الزكاة تطهير للمال وتزكية للنفس[2].

المطلب الثاني : إخراج زكاة الفطر من مال القاصر :

لم ينظم قانون الأسرة الجزائري هذه المسألة وهي إخراج زكاة الفطر عن المولى عليهم وفسح المجال لاجتهاد القاضي طبقا لمقتضيات المادة 222 من قانون الأسرة، التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد النص عليه, ولم تتطرق قوانين الدول العربية لمسألة صدقة الفطر، بل تركت ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية وما تعارف عليه المسلمون منذ زمن بعيد، وآراء الفقهاء والمذاهب المعتمدة في كل دولة، باعتبار أن أحكام الأحوال الشخصية في هذه الدول مستمدة من الشريعة الإسلامية، وكذلك هو الحال بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري.

زكاة الفطر هي زكاة الأبدان، فتجب باتفاق الفقهاء على المرء في نفسه وأولاده الصغار، إذا لم يكن لهم مال، وعلى كل من تلزمه نفقته؛ كالوالدين الفقيرين والزوجة وخادمه وخادم من تجب عليه مئونته[3], ولكنهم اختلفوا في وجوب إخراج الولي زكاة الفطر عن الصبي والمجنون من مالهما، وسبب اختلافهم هو وجوبها عليهما من عدمه، وذلك على رأيين :

الرأي الأول : أن صدقة الفطر تجب في مال الصبي والمجنون واليتيم، يخرجها عنهم الولي أو الوصي وهو مذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية[4], وأدلتهم من السنة والمعقول :

أ- من السنة ما رواه ابن عمر (ض) قال : « فرض رسول الله (ص) زكاة الفطر صاعا من تمر، أو صاعا من شعير على العبد والحر والذكر والأنثى، والصغير والكبير، من المسلمين»[5], وجه الدلالة أن الحديث بين أقسام من تجب

---

[1] بن طاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ج2، المرجع السابق، ص8.

[2] ربابعة عبد الله محمد، الوصاية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية قانونية مقارنة، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان, الأردن، 2009، ص185.

[3] ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي (الحفيد)، المرجع السابق، ج1، ص 253 . الزحيلي وهبه، الفقه المالكي الميسر، ج1، المرجع السابق، ص 267. بن طاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ج2، ص69.

[4] الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, المرجع السابق، ج2، ص71.

[5] البخاري الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، المرجع السابق، ج2, ص132.

عليهم صدقة الفطر فذكر منهم الصغير، فدل ذلك على وجوبها في ماله، فإذا لم تكن واجبة فما موجب ذكره ابتداء[1], وما روى ابن عمر (ض) قال : «أمرنا رسول الله (ص) بصدقة الفطر عن الكبير والصغير والحر والعبد»[2], فيه دلالة واضحة على وجوب زكاة الفطر على الصغير.

ب– من المعقول قالوا : أن صدقة الفطر فيها معنى المئونة، فأشبهت النفقة ونفقة الصغير في ماله إن كان له مال[3], وأن الولي أو الوصي يلزمه إخراج الزكاة عن كل من ينفق عليه بالشرع، لأنها ليست معلقة بذات المكلف فقط، بل ومن قبل وليه الذي يمونه ويلي عليه[4], وقالوا : أن صدقة الفطر للأولاد القصر تكون في مالهم، إن كان لهم مال فيخرجها عنهم الأب كزكاة الأموال، فإن لم يكن لهم مال، فإن زكاة فطرهم على من تلزمه نفقتهم[5].

الرأي الثاني قالوا : أن الولي لا يؤدي زكاة الفطر عن الصبي والمجنون إلا من مال نفسه وأنها لا تجب في مالهما وإن أخرجها ضمن، وهو مذهب محمد بن الحسن وزفر من الحنفية[6].

أدلتهم من المعقول أن العبادات لا تجب على الصبيان أو المجانين كالصلاة والصوم فكذلك زكاة الفطر والمال؛ فلا تجب على الصغير لأنها عبادة محضة، وهو ليس من أهلها، فهو غير مكلف[7], وقالوا : أن نفقة الأولاد الصغار واجبة على الأب فكذلك تجب عليه زكاة الفطر، فولايته عليهم تامة[8].

من خلال عرض أراء الفقهاء وأدلتهم يتضح رجحان الرأي الأول وهو مذهب الجمهور القائلين : بوجوب إخراج زكاة الفطر من مال القاصر إن كان له مال، فإن لم يكن للقاصر مال فعلى الولي الذي تجب نفقته عليه؛ لأن هذا الرأي يدعمه النص الشريف الشامل للصغير والكبير والذكر والأنثى، فلم يستثن أحدا، ولو كان هناك استثناء لذكر في هذا المقام, ولأن هذا الرأي يتفق مع مقصد الشارع من تشريع صدقة الفطر؛ وهو سد حاجة الفقراء وإغنائهم عن السؤال في يوم العيد والتوسعة عليهم فيه[9].

المطلب الثالث : نفقة حج الصبي وعمرته من ماله :

من تتبع مواد قانون الأسرة الجزائري والإطلاع على قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية، يتضح أنه لا علاقة لها بتصرفات الولي في العبادات المالية للقصر، سواء العبادات المالية الواجبة أو غير الواجبة، فتخرج هذه التصرفات عما تناولته مواد قوانين الأحوال الشخصية، إلا فيما يتعلق بالإشارة إلى التبرع من أموال القاصر، في بعض القوانين العربية[10].

المشرع الجزائري فسح المجال واسعا لإعمال نص المادة 222 من قانون الأسرة، بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في نفقة حج القاصر من ماله, قبل التطرق إلى حج الصبي وعمرته، ومدى وجوبهما عليه من ماله، يتوجب أولا توضيح حكم الحج والعمرة ،وهل يجب على القاصر القيام بهما؟

---

[1] ابن قدامه أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي, المغني، ج2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1998, ص351.

[2] أبو داود سليمان بن الأشعث السخستاني، سنن أبي داود، ج2,المرجع السابق، ص265.

[3] الزحيلي وهبة ، الفقه المالكي الميسر، ج3، المرجع السابق، ص 2039.

[4] الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, المرجع السابق، ج2، ص71.

[5] بن طاهر الحبيب ، الفقه المالكي وأدلته، ج2، المرجع السابق، ص69. ربابعة عبد الله محمد، المرجع السابق، ص188.

[6] الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج2،, المرجع السابق، ص(69-70).

[7] المرجع نفسه، ج2، ص71.

[8] النووي أبو زكريا محي الدين بن شرف، المجموع، ج6، دون رقم الطبعة، دار الفكر العربي، 1997, ص114.

[9] ربابعة عبد الله محمد، الوصاية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية قانونية مقارنة، المرجع السابق، ص190.

[10] المرجع نفسه، ص 200.

الفرع الأول : حكم الحج و العمرة :

الحج إلى بيت الله الحرام فرض عين مرة في العمر، على الفور، إذا توافرت شروطه ولا خلاف في وجوبه بين العلماء لقوله تعالى: (وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا)[1], وقد شرعت العمرة معه لقــوله تعالى : (وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ)[2], وهي فرض مثل الحج عند الشافعية والحنابلة، وسنة عند الحنفية والمالكية[3].

الفرع الثاني : حكم حج الصبي : اختلف العلماء في حكم حج الصبي إلى رأيين :

الرأي الأول : وهو مذهب أبي حنيفة إذ يرى أنه لا يصح حجه ولا ينعقد، لعدم التكليف بالبلوغ و العقل فلا يلزمه[4].

الرأي الثاني : وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة قالوا: بصحة حج الصبي وانعقاده صحيحا، فيثاب عليه ويقع منه تطوعا، ولا يجزئه عن حجه الإسلام[5].

والراجح رأي القائلين بصحة حج الصبي وانعقاده، فإذا بلغ بعد ذلك واستطاع فعليه حجة الإسلام، لأن من شروط الحج التكليف بالبلوغ والعقل، والدليل على صحة حج الصبي ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما: «أن النبي لقي ركبا بالرّوحاء، فقال من القوم؟ قالوا: المسلمون، فقالوا: من أنت؟ فقال رسول الله، فرفعت إليه امرأة صبيا، فسألت : ألهذا حج؟ قال : نعم ولك أجر»[6].

الفرع الثالث : نفقة حج الصبي من ماله :

اتفق جمهور الفقهاء وهم المالكية والشافعية والحنابلة أن نفقة حج الصبي من ماله، بقدر نفقته في الحضر[7].

أما الحنفية فقالوا: لا يترتب على حج الصبي شيء في ماله، و إنما يقع ذلك تمرينا له ليعتاده للتعليم، فإذا أراد الولي أن ينفق من ماله على الصبي في الحج فلا بأس من ذلك[8].

والراجح أن نفقة حج الصبي تكون من مال الولي ـــ وهو قول الحنفية ـــ لأن الحج لا يجب إلا مرة في العمر، فلا حاجة للتمرين عليه، كما أنه فرض على المستطيع، وقد لا يجب عليه مستقبلا لعدم الاستطاعة، فلا يجوز تكليفه ببذل ماله في غير حاجة، وللولي أجر حج الصبي مقابل ما بذل من مال, وعليه فإن مصلحة القاصر في حفظ ماله، ولا يمكن القول أن للولي أن يتصرف فيه إلا بالمنفعة، فهو ممنوع من التصرفات الضارة في مال القاصر، ومأمور بالحرص والتصرف فيه على الوجه الحسن, فلا يمكن أن يحج للقاصر من ماله.

المبحث الثاني : العبادات المالية غير الواجبة :

لم يتناول قانون الأسرة الجزائري ولا غيره من القوانين العربية مسألة العبادات المالية للقاصر، ومن بينها الأضحية والعقيقة وصدقة التطوع من مال القاصر، وتركت الأمر للاجتهاد القضائي في حالة النزاع، حيث يمكن للقاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لما نصت عليه المادة 222 من قانون الأسرة، مع مراعاة مصلحة القاصر.

---

[1] سورة آل عمران, الآية 97.

[2] سورة البقرة, الآية 196.

[3] الزحيلي وهبة ، الفقه المالكي الميسر، ج1،المرجع السابق، ص271.

[4] الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, ج2،المرجع السابق، ص160.

[5] ابن قدامه أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني ، ج3، المرجع السابق، ص164.

[6] مسلم أبو الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري, صحيح مسلم، تحقيق صدقي العطار, ط1، دار الفكر, بيروت, 2003 .

[7] النووي أبو زكريا محي الدين بن شرف, المجموع شرح المهذب، ج7، دار الفكر، بيروت، لبنان. ص30.

[8] الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, المرجع السابق، ج2، ص160.

المطلب الأول : الأضحية من مال القاصر:

الأضحية سنة مؤكدة غير واجبة على رأي أكثر أهل العلم وقد روي ذلك عن أبي بكر وعمر وبلال رضي الله عنهم و سعيد بن المسيب وعطاء والإمام الشافعي والمالكية في المشهور عندهم وقول لأبي يوسف من الحنفية[1]، وهناك من قال أنها واجبة شرعا وهو رأي أبي حنيفة والثوري و الأوزاعي وقول للإمام مالك[2].

وقد اختلف الفقهاء وتشعبت آراؤهم في قيام الولي بالأضحية نيابة عن الصغير من ماله، وسبب اختلافهم هو حكم الأضحية هل هي على سبيل الوجوب أم الندب؟ واختلافهم أيضا في مفهوم الأحاديث الواردة فيها، وهل يشترط التكليف بالبلوغ والعقل كباقي العبادات؟ ويمكن إجمالها في رأيين :

الرأي الأول: وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والمالكية، إذ يرون أن على الولي أن يضحيّ عن الصغير من ماله، إذا كان له مال، فإن لم يكن له مال ضحّى عنه الولي[3], وأدلتهم من القياس والمعقول :

أ- من القياس قالوا : أن الأضحية في معنى المؤنة فأشبهت العشر وصدقة الفطر، وقالوا : لا يتصدق الولي باللحم، ولكن يأكل منه الصغير، ويدخر له قدر حاجته، ويبتاع بالباقي ما ينتفع بعينه، لأن الواجب هو إراقة الدم، وأما التصدق باللحم فهو تطوع وتبرع وهذا لا يملكه الولي[4].

ب- من المعقول قالوا : لا يشترط البلوغ والعقل لوجوب الأضحية، ولذلك وجبت على الصغير، يتقرب بها إلى الله عز وجل، إذا كان له مال ولا يحتاج إلى ثمنها لضروراته في عامه[5].

الرأي الثاني: وهو مذهب الشافعية والحنابلة ومحمد وزفر من الحنفية، قالوا: بعدم جواز الأضحية عن المولى عليه من ماله، فإن ضحى الولي ضمن، وله أن يضحي على الصغير من مال نفسه إذا شاء، فهو مأمور بالاحتياط لمال موليه[6].

وأدلتهم من المعقول قالوا : بان الصغير والمجنون غير مكلفين، فلا تجب عليهما كالصلاة والصوم، فالأضحية عبادة ولا تجب إلا بشرط البلوغ والعقل، وليس فيها حظ لهما ولا مصلحة، فلا تخرج من مالهما[7], فالولي مأمور بالاحتياط والحرص على مال الصبي وممنوع من التبرع، والأضحية تبرع، فإن كان الولي أبا أوجدا فإنه يجوز له أن يضحي عنهما من ماله الخاص، فيقع له أجر التبرع، وينالان ثواب الأضحية[8].

بعد بيان آراء الفقهاء وأدلتهم في الأضحية عن القاصر من ماله, يظهر رجحان الرأي الثاني، القائل بعدم وجوب الأضحية من مال القاصر، حفاظا على ماله، والولي مقيد بالتصرفات النافعة في مال الصغير، والأضحية غير واجبة على الكبير العاقل، فمن باب أولي لا تجب على الصغير.

---

[1] ابن قدامه أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني، ج9، مرجع سابق، ص 345. الكساني علاء الدين، مرجع سابق، ج5، ص63.وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، مرجع سابق، ج1، ص311.

[2] الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, ج5، المرجع السابق، ص63. ابن رشد محمد بن أحمد بن محمد أحمد الحفيد، ج1، المرجع السابق، ص382.

[3] الدردير أبو البركات أحمد بن محمد العدوي, الشهير بالدردير، الشرح الكبير لمختصر خليل، ج2، دون رقم الطبعة، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، دون سنة النشر, ص118.

[4] ابن عابدين محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج6، ط2، مصطفى الحلبي، بيروت، لبنان، 1966, ص 316.

[5] المرجع نفسه، ج2، ص 392.

[6] الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, ج5، المرجع السابق، ص 63.

[7] المرجع نفسه ، ص124.

[8] ربابعة عبد الله محمد، الوصاية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية قانونية مقارنة، المرجع السابق، ص 195.

المطلب الثاني : العقيقة من مال القاصر :

اختلف الفقهاء في حكمها على ثلاث آراء :

الرأي الأول : العقيقة سنة مستحبة : وهو ما ذهب إليه الإمام مالك والشافعية والمشهور في المذهب الحنبلي[1].

الرأي الثاني : العقيقة واجبة شرعا وهو قول الظاهرية ورواية عن الإمام أحمد بن حنبل[2].

الرأي الثالث : العقيقة مكروهة وهو مذهب الحنفية[3].

وقد اختلف الفقهاء في قيام الولي بالعقيقة عن المولى عليه من ماله وهذه آراؤهم فيها :

المالكية قالوا: يندب للولي أن يعق من مال اليتيم بما لا يجحف بماله، أي بأن لا يحتاج إلى ثمنه في ضروریاته– من مطعم ومأكل وملبس وتعليم وتطبيب– في عامه[4].

الشافعية قالوا: أن العقيقة تسن في حق من تجب عليه نفقة الولد، ولا يعق من مال الولد لأنها تبرع، وهو ممنوع في مال الولد، فلو عق من ماله ضمن[5].

الحنفية لأنهم يقولون بكراهة العقيقة فيفهم من ذلك أنه ليس للولي أن يعق من مال الصغير[6].

الحنابلة قالوا : بأنه يعق عن اليتيم من ماله كالأضحية، بل أولى منها، لأن الغلام مرتهن بها كما جاء في الآثار الصحيحة، بخلاف الأضحية[7].

بعد عرض أقوال الفقهاء في حكم العقيقة عن المولى عليه يترجح القول بعدم جواز العقيقة عن القاصر من ماله، فتكون العقيقة من مال وليه الذي تجب عليه نفقته على وجه الندب والاستحباب[8].

وعليه فقد تبين من خلال آراء الفقهاء وأدلتهم رجحان الرأي القائل بعدم وجوب الأضحية وعدم جواز العقيقة من مال القاصر، فيحظر على الولي القيام بها، فهو مقيد بالتصرفات النافعة في مال القاصر.

المطلب الثالث : صدقة التطوع والتبرع من مال القاصر :

لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري إلى صدقة التطوع[9] أو التبرع من أموال القاصر كباقي العبادات المالية، إلا ما كان من إشارة لها عند النص على عقود التبرعات، وما يفهم أيضا من نص المادة 88 من قانون الأسرة[10], أن التبرع من أموال القاصر لا يصح لعدم تحقق أي مصلحة فيه للقاصر. غير أن قوانين بعض الدول العربية تناولت ذلك بشكل محدود، جاء ذلك في المادتين 5 و38 من قانون الولاية على المال المصري، إذ تنص المادة 5 على أنه : "لا يجوز

---

[1] الزحيلي وهبة، الفقه المالكي الميسر، ج4، المرجع السابق، ص318. بن طاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ج3، المرجع السابق، ص8.

[2] المرداوي علاء أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج4، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1999، ص 110.

[3] الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, ج5، المرجع السابق، ص127.

[4] الدردير سيدي أحمد أبو البركات، ج2، المرجع السابق، ص 118.

[5] النووي أبو زكريا محي الدين بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتيين، ج3، تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، ص 230.

[6] الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, ج5، المرجع السابق، ص127.

[7] البهوتي منصور بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، تحقيق هلال هلال، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982، ص25.

[8] الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, ج5،المرجع السابق، ص69. الدردير سيدي أحمد أبو البركات، ج2، المرجع السابق، ص126.

[9] الصدقة تمليك في الحياة بغير عوض على وجه التقرب إلى الله عز وجل لطلب ثواب الآخرة, وهي من العبادات المستحبة غير الواجبة، لقوله تعالى: (مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً) سورة البقرة الآية 245. وقال رسول الله ε: «من أطعم جائعا أطعمه الله من ثمار الجنة، ومن سقى مؤمنا على ظمأ، سقاه الله عز وجل يوم القيامة من الرحيق المختوم، ومن كسا مؤمنا عاريا كساه الله من خضر الجنة» رواه أبو داود والترمذي بإسناد جيد.

10 تنص المادة على أنه: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص...".

للولي التبرع بمال القاصر، إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن المحكمة"[1], المادة 5 في شأن الولي تطابق تماما المادة 38 التي تخص الوصي.

وقد علق الأستاذ حسين صافي على مسألة التبرع لأداء واجب عائلي أو إنساني من مال القاصر بقوله: ألا يجب تأخير هذا النوع من التصرف الحر إلى سن الرشد, لمنحه الفرصة للقيام هو شخصيا بواجبه الإنساني أو العائلي؟[2] فالأصل في التبرع بمال القاصر أنه باطل، لأنه من التصرفات الضارة ضررا محضا، وهذا استثناء من القاعدة، فإذا كان التبرع صلة لذي قربى يستحق المساعدة، أو لمن ألمت بهم النكبات، كالزلازل والفيضانات وغيرها، في هذه الحالة يجوز للولي التبرع بمال القاصر، ويشترط إذن المحكمة، وعليها مراعاة حالة القاصر المالية، ومدى الحاجة للمساعدة[3]. كما جاء في المادة 180 من قانون الأحوال الشخصية السوري: أن تبرع الوصي من مال القاصر باطل.

وجاء في المادة 58 من القانون اليمني عدم صحة تبرع الوصي من مال القاصر، إلا بما جرى فيه العرف من رد تبرعات أو هبات كانت قد وصلت إلى والده, وجاء في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في المادة190 : "لا يجوز إقراض مال القاصر أو التبرع به أو بمنافعه، فإن وقع التصرف في شيء من ذلك، كان باطلا وموجبا للمسؤولية والضمان".

أما القانون التونسي فقد اعتبر أن ما تممه الولي من قبيل التبرع المحض بمال القاصر يعتبر باطلا حسب نص الفصل 16 من مجلة الالتزامات والعقود، وكذلك القانون المغربي الذي منع على كل مدير لأموال القاصر، القيام بأعمال التبرع من ماله، وذلك في المادة 12 من قانون الالتزامات والعقود المغربي[4], وجاء في القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين في المادة 67 منه : "لا يجوز للولي التصرف في أموال القاصر، ما لم تثبت مصلحة للقاصر فيها، وذلك في الحالات الآتية : [ومنها] التبرع بمال القاصر أو رهنه أو إقراضه"[5].

وأما بقية قوانين الأحوال الشخصية التي لم تتعرض لموضوع تبرع الولي من أموال القصر، فيفهم من نصوصها القانونية أنه لا يجوز التبرع من أموالهم، لعدم وجود مصلحة فيه للقاصر، حيث أن تصرفهم مشروط بالمنفعة[6].

كما جاء في المادة 168 من قانون الأحوال الشخصية العماني: "تبطل تصرفات الأب كلما ثبت سوء تصرفه، وعدم وجود مصلحة فيها للقاصر...".

وقد اتفق الفقهاء على عدم جواز تصرف الولي في مال الصغير إلا بما فيه مصلحة له، لقوله تعالى : (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّه)[7], فقد نهى سبحان وتعالى عن التصرف بمال اليتيم إلا بما هو

---

[1] قانون الولاية على المال المصري رقم 119 سنة 1952م, مرسوم بقانون صادر بتاريخ 1952/01/30.

[2] "Ne vaut il pas retarder ce genre de libéralité jusqu'à l'âge de majorité du mineur, pour lui donner la possibilité d'exécuter personnellement son devoir humanitaire ou familial". Hossein Safai : "La protection des incapables: étude comparative du droit musulman classique et des législations modernes des pays islamiques"; thèse pour le doctorat d'état, faculté de droit et de sciences économiques de Paris,1965.

[3] شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1977, ص794. البنا كمال صالح، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، القاهرة، مصر, 1982, ص33. حمدي محمد كمال، الولاية على المال الأحكام الموضوعية، دون رقم الطبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003, ص50.

[4] العيادي سامي، الولاية على المال، ط1، دار محمد على للنشر، صفاقس، تونس، 2006م، ص95.

[5] القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين، اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب, كقانون نموذجي استرشادي, بالقرار رقم 223،ج 24، بتاريخ 2002/03/04م.

[6] ربابعة عبد الله محمد، الوصاية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية قانونية مقارنة، المرجع السابق، ص237.

[7] سورة الأنعام، الآية 152.

أحسن، مراعاة لمصلحته، وليس مصلحته في صدقة التطوع، فالصدقة تبرع، والصبي ليس أهلا للتبرع، لنقص أهليته أو انعدامها، فلا تصح صدقته وتبرعه كما لا تصح من وليّه[1].

وقد أجاز المالكية في قول؛ التصرف فيما يتسامح فيه الناس عادة من المحقرات التي لا قيمة لها، كتمرات، وشربه لبن، وكسرة خبز، وخلق الثوب وغيرها، لأن هذا وأشباهه من الإحسان الذي ترجى بركته لليتيم[2]. وعلى ما تقدم، فكما أنه لا تصح صدقة التطوع من الصبي والمجنون، لا تصح الصدقة من أموالهما، من قبل أوليائهم، فيبدو جليا عدم جواز التصرف في أموال القاصر على سبيل الصدقة أو التبرع، لما في ذلك من إضرار وعدم تحقيق مصلحة مرجوة [3], ويمكن القول أن تصرفات الولي بالتبرع من أموال القصر ممنوعة في أغلب قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية، حتى وإن كانت لحاجة أكيدة أو أداء واجب إنساني، باستثناء القانون المصري الذي خالف أراء الفقهاء[4], فلا يجوز التصرف في مال القاصر بالتبرع، لأنه إزالة ملك الصغير من غير عوض، فكان ضرراً محضا، ولا حظّ فيه للصغير، فهو ينافي مقصود الولاية في حفظ المال والتصرف بما فيه نفع يعود على الصغير.

وعليه فلا يصحّ للولي أن يهب أو يتصدق أو يحابي في بيعه أو شرائه أحدا، لأن ذلك مناف لمقصود الآية الكريمة، والتي يأمر فيها الله سبحانه وتعالى بعدم الاقتراب من مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن, فأعمال التبرع من مال القاصر، ضارة ضررا محضا به، لذا يمنع الولي من القيام بها.

المطلب الرابع : قبول الصدقات و التبرعات وتوزيعها :

ولي القاصر نائب شرعي عنه في مختلف التصرفات القانونية المتعلقة بأمواله, على أن تكون نافعة له غير ضارة به. فهل يمكن للولي بصفته نائبا عن القاصر قبول التبرعات من صدقات و هبات ووصايا وغيرها؟ وكيف يتم توزيعها على القصر؟

الفرع الأول : قبول الصدقات و التبرعات :

لم ينص قانون الأسرة على قبول الصدقات و التبرعات من طرف الولي أو الوصي ولكن يفهم من نصوص مواده أنه يمكن قبولها، حيث جاء في المادة 89 منه أن: "من كان فافقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي، أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون"، فيمكن للولي أو الوصي بصفته نائبا عن القاصر قبول التبرعات من صدقات و هبات ووصايا وغيرها، إذا كانت غير محملة بأي التزامات فهي من قبيل التصرفات النافعة نفعا محضا للقاصر[5].

فإذا كانت التبرعات محملة بالتزامات فعلى الولي استئذان المحكمة، جاء ذلك في قانون الولاية على المال المصري في المادة 39 فقرة بقولها : "لا يجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن المحكمة ... تاسعا: قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها", كما جاء أيضا في المادة 12 من قانون الولاية على المال المصري أنه : "لا يجوز للولي أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة", وقد جاء في المادة 66 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين ما نصّه : "تعتبر تصرفات الولي صحيحة في الحالات التالية :...ج – قبول التبرعات

---

[1] اللبناني سليم رستم باز، شرح المجلة، ج1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون سنة الطبع, ص541.

[2] ربابعة عبد الله محمد، الوصاية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية قانونية مقارنة، المرجع السابق، ص200.

[3] المرجع نفسه، ص200.

[4] الشرنباصي رمضان على السيد والشافعي جابر عبد الهادي سالم ،ط2، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي القانونية، بيروت, لبنان, 2006، ص225.

[5] شبانة ماجدة مصطفى، النيابة القانونية في القانون المدني وقانون الولاية على المال، ط1، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 2004, ص 222.

المشروعة لصالح القاصر إذا كانت خالية من التزامات من شأنها أن تضر بمصالحه ..."[1], كما أن المشرع الإماراتي منع قبول الهبة أو الوصية المحملة بالتزامات إلا بإذن المحكمة في المادة 195 من قانون الأحوال الشخصية[2].

للولي– كما للقاصر المميز – أن يقبل التبرعات من هبة أو وصية أو وقف عن القاصر؛ لأنها من التصرفات النافعة نفعا محضا، هذا إذا كانت التبرعات غير محملة بالتزامات، أما إذا كانت محملة بالتزامات، فإنه يجب استئذان القاضي في قبولها من عدمه، فقد يضر هذا الإلزام بمصلحة القاصر، فلم تعد من التصرفات النافعة نفعا محضا فيعود النظر فيها للقاضي[3], وقد اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الولي أو الوصي مأمور بقبول الهبة لليتيم بغير عوض[4].

والخلاصة أن الولي يقبل الهبة أو التبرع غير المقترن بالتزام أو شرط دون إذن المحكمة، إذ أن هذه التصرفات نافعة نفعا محضا للقصر، أما إذا كانت محملة بالتزامات أو شروط معينة فلا يجوز للولي قبولها إلا بإذن المحكمة، حتى تتحقق من مدى الفائدة التي تعود على القاصر.

الفرع الثاني : توزيع الصدقات و التبرعات على القصر :

لم ينظم تشريع الأسرة الجزائري ولا غيره من قوانين الأحوال الشخصية العربية والإسلامية التي اطلعت عليها إلى كيفية توزيع الصدقات والتبرعات التي يقبلها الولي نيابة عن القصر لصالحهم وتركت مسألة توزيعها إلى اجتهاد القضاة تطبيقا لنص المادة222 من قانون الأسرة.

اختلف الفقهاء في كيفية توزيع الهبات والعطايا بين الذكور والإناث، هل توزع طبقا لأحكام المواريث للذكر مثل حظ الأنثيين؟ أم يستوي في ذلك الذكور والإناث؟ وكان اختلافهم على رأيين :

الرأي الأول: وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والشافعي إذ يرون التسوية بين الذكور والإناث مطلقا وهو أن تعطى الأنثى مثل الذكر[5], ودليلهم من السنة والمعقول:

أ – من السنة عن ابن عباس (ض) قال: قال رسول الله (ص) : «سوّوا بين أولادكم في العطية ...»[6] ، ففي الحديث دلالة واضحة على التسوية من الذكور والإناث, وعن النعمان بن بشير (ض) قال : نحلني أبي نحلا، ثم أتى بي إلى رسول الله (ص) ليشهده، فقال : «أكل ولدك أعطيته هذا»، قال: لا، قال : «أليس تريد منهم البر مثل ما تريد من ذا»، قال : بلى، قال : «فإني لا أشهد»[7]. فالولد يشمل الذكر والأنثى ثم أن الرسول (ص) لا يشهد على باطل، وهو يدلّ على شمول الذكر والأنثى، مما يدل على وجوب التسوية بينهما[8].

ب – من المعقول قالوا : أن في التسوية بين الذكر والأنثى تأليف للقلوب، أما التفضيل بينهم فيورث الحقد والحسد[9].

---

[1] القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين, المرجع السابق.

[2] جاء في المادة 195 أنه: «لا يجوز للولي أن يقبل هبة أو وصية للقاصر محملة بالتزامات إلا بإذن المحكمة ».

[3] السباعي مصطفى و الصابوني عبد الرحمان، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، ط5، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1978, ص 128. شلبي محمد مصطفى, المرجع السابق, ص 789.

[4] الكساني علاء الدين, المرجع السابق, ج5, ص 153.

[5] الكساني علاء الدين, المرجع السابق, ج6, ص 127.

[6] البيهقي أبو بكر احمد بن الحسين, السنن الكبرى، ج6, ط2، دار الكتب العلمية, بيروت،2003, ص177.

[7] مسلم أبو الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري, المرجع السابق, ج5, ص67.

[8] الكساني علاء الدين, المرجع السابق, ص 127.

[9] المرجع نفسه, ص 127.

الرأي الثاني : وهو مذهب الحنابلة ومحمد من الحنفية، قالوا : إن كانوا ذكورا كلهم أو إناثا كلهم سوي بينهم، أما إن كانوا ذكورا وإناثا فللذكر مثل حظ الأنثيين[1], ودليلهم من الكتاب والقياس والمعقول :

أ – من الكتاب قوله تعالى : (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ)[2]، ففي الآية دلالة واضحة على نصيب كل واحد من الذكور والإناث، وأن العدل أن يعطى الذكرَ ضعف الأنثى كالمَيراث.

ب – من القياس : قاسوا الهبة على الميراث، فإن الله تعالى قد جعل للذكر مثل حظ الأنثيين، والعلة الجامعة بينهما، هي أن الهبة استعجال لما سيكون بعد الموت، فيجب أن يكون كذلك قياسا على الزكاة عند إخراجها قبل وجوبها، وهو يؤديها كما يؤديها بعد الوجوب[3].

ج – من المعقول قالوا : أن الذكر أحوج من الأنثى، إذ أنهما لو تزوجا فالصداق ونفقة الأولاد والزوجة وتوفير المسكن على الذكر وغيره من تكاليف وأعباء الحياة، أما الأنثى فلم يكلفها شيئا من ذلك، فكان الذكر أولى بالتفضيل، لزيادة حاجته، وقد قسم الله الميراث، ففضّل الذكر مقرونا بهذا المعنى[4].

والراجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول من التسوية بين الذكر والأنثى في الهبات والعطايا، لقول النبي ε: «سووا بين أولادكم في العطية»[5], ولأن العطية في الحياة من أمور المعيشة, يستوي فيها الذكور والإناث، أما الميراث فيكون بعد الموت، فروعي فيه أن الذكر هو المسئول عن الأنثى ومكلف بالنفقة على الأولاد والزوجة.

وقد صدر عن لجنة الفتوى بالأزهر وجوب التسوية بين الأولاد في العطايا والهدايا والإنفاق قدر المستطاع وهو الأصل، ويجوز تفضيل بعض الأولاد لمبرر شرعي، كالعاهات المانعة من الكسب والعمى والشلل والزّمانة والانشغال بالعلم[6].

وعلى هذا يمكن الأخذ بالرأي القائل بالتسوية بين الأولاد ذكورا وإناثا, في الهبات والعطايا والهدايا والإنفاق قدر المستطاع, في كل ما يخص شؤون المعاش في الحياة, تجنبا للأحقاد والشقاق بين الأولاد, زرعا للمحبة بينهم, وتأكيدا على مبادئ الإسلام السمحة في العدل والمساواة, التي سبقت المبادئ والمواثيق والاتفاقيات الدولية, المنادية بالمساواة وبحقوق الإنسان والطفل خاصة.

خاتمة :

إن انعدام أو نقص أهلية القاصر، تجعله غير قادر على التصرف في الأموال التي تؤول إليه، عن طريق الميراث أو الهبات و الوصايا أو المنح والعطايا، لذا وجب أن يتولى شؤونه المالية من ينوب عنه في إجراء هذه التصرفات القانونية، وفق نظام الولاية على المال، للحفاظ على أمواله وتنميتها وحمايتها من التلف والضياع.

ومن أهم النتائج والاقتراحات التي خلصت إليها من خلال هذا الموضوع :

1– على الولي– أبا كان أو أما أو وصيا أو مقدما– أن يدفع زكاة مال القاصر لوجوبها في ماله، إذا بلغت النصاب وحل الأجل.

2– على الولي أن يخرج زكاة الفطر عن القاصر من ماله، إن لم يكن للقاصر مال، فإن كان للقاصر مال فيخرجها منه.

---

[1] ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد (الحفيد), المرجع السابق, ج5, ص 361.

[2] سورة النساء, الآية 11.

[3] ابن قدامه أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد, المرجع السابق, ج6, ص 867.

[4] المرجع نفسه, ص 266.

[5] البيهقي أبو بكر احمد بن الحسين البيهقي, المرجع السابق, ج6, ص177.

[6] الزحيلي وهبة, الفقه الإسلامي وأدلته, ج5, المرجع السابق, ص 4014.

3- يمكن للولي أن يضحي من مال القاصر للقاصر وأن يعق له. 4- يمنع الولي من التبرع من مال القاصر، وعليه قبول التبرعات لصالح القاصر، من هبات ووصايا وغيرها.

5- يجب على الولي التسوية بين القصر في الهبات والعطايا التي يحصلون عليها من مختلف الموارد. ويمكن تفضيل أحدهم لمبرر شرعي, كالإعاقة المانعة من الكسب وطلب العلم.

6- لا يجوز للولي ولا للوصي التصرف في مال القاصر، إلا بما فيه مصلحته، من جلب نفع أو دفع ضر، وإلا كان تصرفه باطلا.

7- نأمل أن يسد المشرع الجزائري الفراغ المتعلق بأحكام الولاية على المال, بما يحفظ أموال القصر، ونقترح إضافة مواد جديدة تنظم مسألة تصرف الولى فى العبادات المالية القاصر.

- **المصادر والمراجع :**

أولا : القرآن الكريم :

ثانيا : المصادر:

1 – كتب التفسير :

1. القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2002 .

2- كتب الحديث :

2. أبو داود سليمان بن الأشعث السخستاني، سنن أبي داود، ط1، اعتنى به مشهور حسن سلمان، دار المعارف، الرياض.
3. البخاري الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم البخاري، صحيح البخاري, دار الأفكار الدولية، الرياض، 1988 .
4. البيهقي أبو بكر احمد بن الحسين, السنن الكبرى، ط2، دار الكتب العلمية, بيروت، 2003.
5. الترمذي محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، ط1، اعتنى به مشهور حسن سلمان، مكتبة المعارف, الرياض.
6. مالك بن انس الأصبحي، الموطأ، برواية يحي بن يحي اللّيثي,ط1, دار الكوثر, القاهرة,2011 .
7. مسلم أبو الحسين مسلم بن حجاج القشيري النيسابوري, صحيح مسلم، تحقيق صدقي العطار, ط1، دار الفكر, بيروت,2003 .
8. النسائي الحافظ أبو عبد الرحمن بن شعيب النسائي، سنن النسائي, تحقيق مكتب تحقيق التراث، دار المعرفة, بيروت .

3 -كتب الفقه :

9. ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2003.
10. ابن عابدين محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ط2، مصطفى الحلبي، بيروت، لبنان، 1966.
11. ابن قدامه أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1998.
12. البهوتي منصور بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال هلال، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982.
13. الدردير أبو البركات أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير، الشرح الكبير لمختصر خليل، دون رقم الطبعة، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، دون سنة النشر.
14. الكساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، تحقيق معوض على وعبد الموجود عادل، دار الكتب العلمية، 1997.
15. مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة نشر.
16. المرداوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1999.

17.النووي أبو زكريا محي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، لبنان.
18.النووي أبو زكريا محي الدين بن شرف، المجموع، دون رقم الطبعة، دار الفكر العربي، 1997.
19.النووي أبو زكريا محي الدين شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين،تحقيق عادل عبد الموجود وعلي معوض، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان.

ثالثا : المراجع :

20.بن طاهر الحبيب، الفقه المالكي وأدلته، ط1، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان،2002.
21.البنا كمال صالح، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، القاهرة، مصر, 1982.
22.حمدي محمد كمال، الولاية على المال الأحكام الموضوعية، دون رقم الطبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
23.ربابعة عبد الله محمد ، الوصاية في الفقه الإسلامي دراسة فقهية قانونية مقارنة، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
24.الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته،ج4، ط4، دار الفكر المعاصر، دمشق، سورية، 1997.
25.الزحيلي وهبة، الفقه المالكي الميسر،ط3، دار الكلام الطيب، بيروت، لبنان, 2005.
26. السباعي مصطفى و الصابوني عبد الرحمان، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، ط5، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1978.
27. شبانة ماجدة مصطفى، النيابة القانونية دراسة في القانون المدني وقانون الولاية على المال، ط1، دار الفكر العربي ، الإسكندرية، مصر، 2004.
28. الشرنباصي رمضان على السيد والشافعي جابر عبد الهادي سالم ،ط2، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي القانونية، بيروت, لبنان, 2006.
29.شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1977.
30.العيادي سامي، الولاية على المال، ط1، دار محمد على للنشر، صفاقس، تونس، 2006.
31.قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005.
32.قانون الأحوال الشخصية العماني رقم 32 لسنة 1997.
33.قانون الأسرة الجزائري،رقم 11/84، المؤرخ في 9 يونيو 1984م، المعدل والمتمم بالأمر05/ 02.
34.القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين، اعتمده المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العدل العرب كقانون نموذجي استرشادي بالقرار رقم 223،ج 24، بتاريخ 2002/03/04م.
35.قانون الولاية على المال المصري رقم 119 سنة 1952م, مرسوم بقانون صادر بتاريخ 1952/01/30.
36.اللبناني سليم رستم باز، شرح المجلة، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون سنة الطبع.
37.HOSSEIN Safai : "La protection des incapables: étude comparative du droit musulman classique et des législations modernes des pays islamiques"; thèse pour le doctorat d'état, faculté de droit et de sciences économiques de Paris, 1965.

سلطات القاضي الوطني في مادة الرقابة على تطبيق الاتفاقيات الدولية

إعداد الأستاذ :[1] سفيان عبدلي

المدرسة العليا للقضاء- الجزائر

مقدّمة :

يتزايد الاهتمام بالقانون الدولي شيئا فشيئا، بفعل تسارع حركية تنقل الأشخاص والأشياء عبر الحدود، وتضخم المرجعية القانونية الدولية للدولة، ونمو الوعي لدى الفرد، الذي جعله يتمسك باتفاقيات دولية تضمن له حقوقا في مختلف المجالات، وفي مواجهة أطرف عديدة؛ الدولة، الأفراد والمؤسسات.

تقوم فكرة دولة القانون على مبدأ مفاده حق الفرد في الطعن ضد قرارات الدولة، بوجه عام، التي تتعدى على الحقوق المضمونة له موجب التشريع الداخلي أو القانون الدولّي. فيصبح من الطبيعي جدا، أن يؤسس الفرد ادعاءاته أمام القاضي الوطني على القانون الدولي. كما أن تكريس الحقوق العالمية الممنوحة للإنسان من طرف مختلف الصكوك الدولية، سمح بتدويل المنازعة أمام المحاكم الوطنية.

وبهذا، يتمظهر تخصيب النشاط القضائي اليومي بالقانون الدولي، فيجد القاضي نفسه في مواجهة قواعد قانونية دولية متميزة من حيث صياغتها، تطبيقها وتفسيرها وفي مواجهة دفوع لم يعتدها؛ ومسائل تقنية تتطلب الدقة في معالجتها. فيلجأ للبحث عن مناهج تطبيق القاعدة الدولية ووسائل الرقابة في مادة المعاهدات الدولية وعن مدى سلطاته واختصاصاته في تفعيلها.

لا شك بأنه من السهولة بما كان ضمان سمو النظام القانوني الدولي، من ناحية مجرّدة. ولكن تولّيد نتائج هذا المبدأ، عمليا، وتكييفها مع المتطلبات السياسية أو التقنية للقانون الدستوري والقانون العام الداخلي، يثير الكثير من الصعوبات.

يتدخل القاضي الوطني في عملية الرقابة على إنفاذ الاتفاقيات الدولية، على مستويين. يتعلق المستوى الأول،بمراقبة القاضي الوطني لشروط تطبيق الاتفاقيات الدولية وهو موضوع هذه الدراسة، أما المستوى الثاني فيتعلق بسلطة القاضي الوطني في تفسير الاتفاقيات الدولية وهو مجال آخر سنفرد له دراسة أخرى.

[1]- باحث، في القانون الدولّي وحقوق الإنسان.

فمن الضروري، إذن، إلمام القاضي بآليات التزام الدولة بالاتفاقيات الدولية ووضع هذه الأخيرة في ظل النظام القانوني للدولة، وشروط تطبيق المعاهدات الدولية وسلطاته الرقابية عليها.

من حيث أهمية موضوع هذا البحث، فهو بقدم دليلا علميا ممنهجا سيساهم بشكل ما في تسهيل استيعاب مجمل أفكار هذه المادة، بطريقة عمليّة، مدعمّـة بأحدث تطورات الاجتهاد القضائي، دون إهمال للأسس الفقهية. ولذلك، صغنا الإشكاليات الرئيسية لهذه الدراسـة كما يلي :

إلى أي مدى ساهم القضاء الوطني للدول في تطوير أحكام القانون الدولي، من حيث التطبيـق؟

ما هي سلطات القاضي الوطني في مادة الرقابة على الاتفاقيات الدولية؟ وما هو أساس الحلول القضائية المتبناة في هذا الشأن؟

لمعالجة هذه الإشكاليات، ارتأينا تقسيم الدراسة إلى أربع محاور نتناول من خلالها مدى سلطة القاضي في الرقابة على صحة إجراءات التصديق على المعاهـدة الدوليـة (**أوّلا**) ثم مـراقبـة شـرط نشـر أحكـام الاتفاقيات الدولية (**ثانيّا**) مراقبة شرط الأثـر المباشر والقابلية للاحتجاج l'effet direct et l'invocabilité (**ثالثا**) لنصـل إلى مـراقـبة شـرط المعاملـة بالمثـلLa réciprocité (**رابعا**)، ثم لننتهي بموضوع الدراسة لخاتمـة مركّـزة لكل ما سبق.

أولا. مراقبة صحة إجراءات التصديق على المعاهـدة الدوليـة.

حسب المادة 150 من الدستور الجزائري[1]، فالمعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشّروط المنصوص عليها في الدّستور، تسمو على القانون.

وهكذا، تطـرح مسالة فحص القاضي للشروط الإجرائية للتصديق على المعاهدة، وكذا لشـرط نشر مضمونها في الجريدة الرسمية العديد من الإشكالات لدى الفقه والقضاء، العديد من التساؤلات. وبما أن الاتفاقيات الدولية تسمو على القانون، فهناك عدة شروط أخرى يتعين على القاضي بحثها، قبل تطبيقها.

أثيرت لدى القضاء الفرنسي مسألة فحص نظامية إجراءات التصديق على المعاهدة. فهل بإمكان القاضي مراقبة مـدى صحة إجراءات التصديق، قبل تطبيقه للاتفاق الدولي؟

1- في آخر تعديلاته، القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري.

إن مبدأ الشرعية التدرجية للنصوص القانونية، يحتم على القاضي استبعاد تطبيق نصوص قانونية تسللت إلى المنظومة القانونية للدولة بطريق غير نظامية[1].

أو مخالفة للدستور[2]، فقبل كل شيء القاضي هو حامي الشرعية في الدولة، ولابد ان يضمن سلامة تلك النصوص الدولية من حيث إجراءات دخولها في النظام القانوني الوطني، قبل قيامه بتطبيقها.

دون شك ، أول موقف سيعارض هاته الفكرة سيستنـد مباشرة لنظرية أعمال السيادة، التي من المستقر فيها أن القاضي يمتنع عن مراقبتها، احتراما لمبدأ فصل السلطات. لكن، ومع ذلك، لا يوجد نص صريح في الدستور يحدد قائمة حصرية بأعمال السيادة[3]. فضلا، على أن المعاهدات والاتفاقيات الدولية تسمو على القانون ولكنها لا تعلو الدستور الذي قد يحدد شروطا يجب إستكمالها لصحة الالتزام بالمعاهدة ونفاذها في المنظومة القانونية.

في فرنسا، تطور الأمر نحو هجـر فكرة اعتبار إجراءات التصديق على المعاهدات ضمن طائفة أعمال السيادة. و كان لمجلس الدولة الفرنسي الفضل في توسيع اختصاصه في مسائل المعاهدات الدولية بصفة عامة وبالمقابل تضييق نطاق ما تضمه منها نظرية أعمال السيادة وتسحبه من ولايته.

في 20 أكتوبر 1989 صدر قـرار Nicolo الشهيـر، ومعه بدأ الفقه الفرنسي يستشعر ملامح تطور في اتجاهات مجلس الدولة يستهدف تأكيـد سلطته القضائية واستقلاليته التي يكفلها له الدستور في مواجهة بقية السلطـات. إن قرار Nicolo سجل خطوة حاسمة في أحكام مجلس الدولة المتعلقة بمكانة القانون والمعاهدات في

1- القرارات الإدارية غير الشرعية، بإبطالها، تزول بأثر رجعي. فلا يمكن السماح باندراجها في المنظومة القانونية للدولة وتوليد آثار فيها، مع ملاحظة التطور الاجتهادي لمجلس الدولة الفرنسي. ففي قرار *Association AC وآخرون*، المؤرخ في 11 ماي 2004، ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه "ولئن كان من حيث المبدأ، أن العمل الإداري المبطل قضائيا، لا يمكن أن يعود للوجود مطلقا. هذا الأثر الرجعي للإبطال يمكن أن يحمل في طياته نتائج غير متقبلة، وظاهرة في التجاوز، بسبب الآثار التي ولّدها هذا العمل وللوضعيات التي أنشأها، لما تقتضي المصلحة العامة الحفاظ المؤقت على تلك الآثار، فيعود للقاضي الإداري، بعد استجماع ملاحظات الأطراف حول هذه النقطة، وبعد فحص مجموع الأوجه المثارة أمامه أو تلك المتعلقة بالنظام العام، معاينة شرعية العمل الإداري، مع الأخذ بعين الاعتبار من جهة للنتائج المترتبة عن رجعية الإبطال على مختلف المصالح العامة أو الخاصة في النزاع، و من جهة أخرى، "الآثار السيئة" التي قد تظهر على مبدأي "الشرعية" و "حق المتقاضي في طعن فعال"، وتحديد آثار الإبطال من حيث الزمن (تقييد الأثر الرجعي للإبطال زمنيا)؛ فيرجع للقاضي، بمقاربة هذه العناصر، تقدير إمكانية تبرير هذا الخروج "الاستثنائي" عن مبدأ الأثر الرجعي للإبطال التنازعي و، في حالة الإيجاب، يحدد في قرار الإبطال أنه، ومع مراعاة دعاوى المنازعات الجارية منذ تاريخ الطعن ضد القرارات المتخذة تأسيسا على العمل الإداري محل الطعن، فكل أو جزء من آثار هذا العمل الإداري السابق بإبطالها يتعين أن تعتبر نهائية أو حتى، عند الاقتضاء، أن الإبطال لا يرتب آثاره إلا بتاريخ لاحق يتم تحديده". نستخلص من هذا القرار الشهير، أن الإبطال المتولد عن دعوى تجاوز حد السلطة، لم يعد له أثر رجعي، بصفة مطلقة، متى تطلب الأمر حماية لمصالح عامة أو خاصة. فمع مراعاة مبدأي الشرعية والحق في التقاضي الفعال، يقوم القاضي، بعد موازنة المصالح، بتحديد أثر الإبطال من حيث الزمن، محققا بذلك الأمن القانوني. هذا المبدأ تأكد لاحقا في قرار آخر سنة 2007.

CE. 11 mai 2004. *Association AC.* Jurisprudence confirmée par l'arrêt du 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation.*

لتفاصيل أكثر، حول التمييز بين الإبطال والإلغاء أنظر:

سفيان عبدلي. ضمانات استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا. جامعة محمد خيضر بسكرة. 2011. ص.80.

2- فلا يمكن للقاضي أن يطبق مراسيم تخالف القانون أو قانون يتضمن ما يخالف مقتضيات دستورية.

3- نظرية أعمال الحكومة هي نظرية قضائية من خلق مجلس الدولة الفرنسي. ما كان إبتداع هذه النظرية، إلا لحماية مجلس الدولة لوجوده واختصاصه من رد فعل الحكومة، عشية عودة النظام الملكي، فما كان إلا أن حصّن بعض أعمال الحكومة من رقابته. لا أحد ينكر أن مجلس الدولة الفرنسي كثيرا ما جامل الإدارة لا سيما في بدايات ظهوره.أما الآن، أصبح مجلس الدولة هو حامي الشرعية والحريات الأساسية، وفي كثير من قراراته ألزم الدولة حدود القانون. إن نظرية أعمال الحكومة (السيادة) تسير نحو الأفول. لتفاصيل أكثر أنظر:

Pr.Gilles Guglielmi. *Droit administratif général.* Tome I: Les structures. Universitoo. 2003. P.97.

ChristopheGuettier. *Le contrôle juridictionnel des actes du Président de la République. Revue du Droit Public.* 1998. P.1719.

النظام القانوني الداخلي[1]. وهكـذا، قام مجلس الدولة الفرنسي، من خلال هذا القرار ولأول مرة، بمطابقة أو بمقابلة قانون بمعاهدة سابقة عليه لتقصي المطابقة من عدمها، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل ذهب لأبعد من ذلك، ففي قرار[2] صدر بتاريخ 18 ديسمبر 1998 مـدّد مجلس الدولة الفرنسي رقابته إلى إجراءات التصديق اللازمة لاندراج المعاهدة الدولية في النظام القانوني الداخلي وإنتاج أثـارها فيـه؛ وبذلك لم يعـد القاضي الإداري الفرنسي يكتفي بالتحقق من الوجود المادي للاتفاقية أو المعاهدة الدوليـة فقـط و لكن، أيضا، يراقب مـدى نظاميـة و شرعـية إجراءات التصديق عليها و في ذلك تأكيد للتلازم بين علويـة المعاهـدة على سابقها ولاحقها من القوانين من جهة، مع شرعية إجراءات التصديق عليها من جهة أخرى. وهذا إعمالا لنص المادة 55 من الدستور الفرنسي لسنة 1958.

وأكد مجلس الدولة توجّهه هذا بتاريخ 23 فيفري 2000 (*Bamba Dieng Et Autres*) بالحد من مطلق الحصانة التي كانت تتمتع بها أعمال السلطة التنفيذية المتعلقة بإبرام المعاهدات، وهذا ما يعد تراجعا من مجلس الدولة الفرنسي عن سابق اجتهاده[3]. وفي ذلك كله تعزيز لاستقلالية القضاء وسيادته، في إطار الشرعية.

ربما هذا ما جعـل الأستاذ Florence POIRAT، يعتبر أن مجلس الدولة بهذه التحولات بدأ يقترب فعلا من رقابة الدستورية.

والأكثـر من ذلك، هناك دعوات لامتداد رقابة مجلس الدولة إلى تقدير مدى توافر شرط التطبيق المتبادل للمعاهدة (مبدأ المعاملة بالمثل) وكذا الرقابة على التكييف بعدما شملت الرقابة شرعية إجراءات التصديق على المعاهـدة والإذن البرلماني المسبق، متى تطلبه الدستور، وإقرار المعاهـدة لتندرج في النظام القانوني للدولـة.

وهكـذا، وفي حالة تجاوز رئيس الجمهورية للقيود الدستورية المفروضة على اختصاصه بإبرام المعاهدات، كمصادقته على المعاهدة قبـل الحصـول على موافقـة البرلمان، متى أشترطها الدستور[4]، أو رغم اعتراض هذا الأخير عليها، فإن القاضي يعايـن هذا التجاوز في حكمه، وبالتالي يستبعـد من التطبيق أحكام الاتفاقية الدولية، المصادق

1- " L'arrêt NICOLO marque une étape décisive de la jurisprudence du conseil d'état relative à la place respective de la loi et du traité dans l'ordre juridique interne".

M. Long, P. Weil, G. Braibant. *les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 9eme édition. 1990. P.749.

لتفاصيل أكثر أنظر أيضًا: محمد فؤاد عبد الباسط. اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية. دار الجامعة الجديدة. 2007. ص 183.

2- CE Ass. 18 décembre 1998. *Affaire SARL du Parc d'activité de Blotzeim*.

3- سابقا، كان مجلس الدولة الفرنسي مستقرا على أن إجراءات التصديق والإقرار المنصوصدستوريا على وجوب استيفائها لإندراج المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي، تعد من أعمال السيادة التي تخرج بطبيعتها عن نطاق الرقابة القضائية، وتعد بنفس الطابع والأثر كذلكالمراسيم الصادرة بنشر هذه المعاهدات، أيضا.

4- تنص المادة 149 من الدستور الجزائري المعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري على أن رئيس الجمهورية "يصادق على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر والشراكة وبالتكامل الاقتصادي، بعد أن توافق عليها كلّ غرفة من البرلمان صراحة". فسلطة رئيس الجمهورية في التصديق على المعاهدات، بموجب أحكام المواد 91 فقرة 9، 111، 149، و 150 من الدستور، مقيدة بضرورة استيفاء الشرط المتعلق بالموافقة البرلمانية في الحالات المشار لها في نص المادة 149 من الدستور.

عليه بإجراءات غير شرعية أو غير نظامية[1].

إن القاضي العادي أو الإداري، حال فحصه لإجراءات اندراج المعاهدة في النظام القانوني للدولة، لا يصرح ببطلان تلك الإجراءات. ولكن، يقتصر دوره فقط على استبعاد تطبيق تلك الأحكام على النزاع المعروض أمامه، مسببا ذلك بعدم نظامية –أو صحة– هذه الإجراءات ولو أدى ذلك إلى تحميل الدولة للمسؤولية الدولية عن خرق التزاماتها الدوليّة؛ ولا يبقى أمام الدولة سوى إعادة التصديق على المعاهدة المصرّح باستبعادها، بعد اتخاذ الإجراءات الدستورية التي تم تجاوزها. وفي كل الحالات، لا يمكن أن تطبق بأثر رجعّي.

ثانيا. مراقبة شرط نشر أحكام الاتفاقيات الدولية .

نشر مضمون الاتفاقية الدولية شرط أساسي لتطبيقها، لكن متى تطلبه الدستور صراحة. و لذلك، ذهب المؤسس الدستوري الفرنسي، في نص المادة 55 من دستور الجمهورية الخامسة، إلى أن : "المعاهدات أو الاتفاقيات التي يتم التصديق أو الموافقة عليها، نظاميا، تحوز بعد نشرها قوة تعلو القانون، مع مراعاة تطبيقها من الطرف الآخر"[2].

وهكذا، وبنص صريح في الدستور، وحال تطبيقه لاتفاقية دولية، يعاين القاضي الفرنسي في أحكامه، وجوبا، نشر الاتفاقات الدولية كشرط مسبق[3] لإمكانية تطبيق أحكامها.

أثار الفقه هاته الإشكالية في القانون الجزائري، رغم عدم وجود نص صريح في الدستور الجزائري يوجب نشر المعاهدة أو الاتفاقية لاندراجها ضمن القانون الداخلي. فالمادة 150 من الدستور ترمي الى أن المعاهدات التي صادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون. إن الدستور الجزائري، ببساطة، لا يتطلب النشر[4].

1- في هذا الصدد نشير لمضمون المادة 46 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 التي تنص على أنه "ليس للدولة أن تحتج بأن التعبير عن رضاها الالتزام بالمعاهدة قد تم بالمخالفة لحكم في قانونها الداخلي يتعلق بالاختصاص بعقد المعاهدات كسبب لإبطال هذا الرضا إلا إذا كانت المخالفة بينة وتعلقت بقاعدة أساسية من قواعد القانون الداخلي. وتعتبر المخالفة بينة إذا كانت واضحة بصورة موضوعية لأية دولة تتصرف في هذا الشأن وفق التعامل المعتاد وبحسن نية". فالخرق الواضح للقواعد الدستورية المانحة لاختصاص التصديق، وتحديد الأشخاص الذين يمثلون الدولة في ذلك وحدود سلطاتهم، تخول للدولة التمسك بانعدام رضاها بالالتزام بالنص الاتفاقي الدولي، وبطلان التزامها به.

كما تنص المادة 47 من ذات الاتفاقية أنه "إذا كانت سلطة الممثل في التعبير عن رضا الدولة الالتزام بمعاهدة ما خاضعة لقيد معين فلا يجوز الاحتجاج بإغفال الممثل مراعاة هذا القيد كسبب لإبطال ما عبر عنه من رضا إلا إذا كانت الدول المتفاوضة الأخرى قد أخطرت بالقيد قبل قيام الممثل بالتعبير عن هذا الرضا".

2- l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que: «*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

3- والمقصود هنا النشر على المستوى الداخلي. أما النشر على المستوى الدولي، فهو مكرّس، عملا بنص المادة 102 من ميثاق الأمم المتحدة، ف "كل معاهدة وكل اتفاق دولي يعقده أي عضو من أعضاء الأمم المتحدة بعد العمل بهذا الاتفاق يجب أن يسجل في أمانة الهيئة وأن تقوم بنشره بأسرع ما يمكن". كما ذهبت المادة 80 من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات إلى أن "المعاهدات ترسل بعد دخولها حيزالتنفيذ إلى الأمانة العامة للأمم المتحدة لتسجيلها وحفظها، بحسب الحال، وكذلك لنشرها".

4- بتاريخ 20 غشت سنة 1989 صدر قرار مبدأ شهير للمجلس الدستوري الجزائري، جاء فيه أنه: "ونظرا لكون أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها، تندرج في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور سلطة السمو على القوانين، وتخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية، وهكذا الشأن خاصة بالنسبة إلى ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1966 المصادق عليه بالقانون رقم 89 - 08 المؤرخ 25 أبريل سنة 1989 الذي انضمت الجزائر إليه بمرسوم=

إن مسألـة نشـر أحكام المعاهدة الدولية كشـرط لدخول المعاهدة حيز النفـاذ غير واردة ولا أثـر لها في الدستور الجزائري.

دونما شك، المبدأ الدستوري واضح في أنه لا يعذر أحـد بجهل القانون. وأن القوانين تطبق في تراب الجمهورية ابتداء من يـوم نشـرها في الجريدة الرسمية. وتكون نافـذة، وفقا لما ورد في أحكام المادة 04 من القانون المدني، المطبقة في هذا الشأن. لكن، هل يمكن الاستناد إلى أحكام المادة 04 من القانون المدني، لاعتبار نشر مضمون الاتفاقيات الدولية شرطا ملـزما لتطبيقها؟ الجواب سيكون حتما بالنـفي. و يبرر هذا الجواب اعتبارين أحدهما قانـوني و الآخر عملي :

أما الاعتبار القانوني فيتعلق بعدم إمكانية الاحتجاج بنص قانوني عادي يضيف شرطا لم يورده النص الدستوري، كما لا يمكن السماح بتعطيل تطبيق التزام دولي بإضافة شـرط لم ينص عليه الدستور ذاته. إن الدولة، بكل سلطاتها، مسـؤولة عن تطبيـق التزاماتها الدولية ، وفـقا لـمبـدأ حسـن النيـة.

و بخصوص الاعتبار العملي، فكون العديد من الاتفاقيات الدولية، لا سيما تلك المتعلقة منها بحقوق الإنسان، لم تقـم الجزائر بنشرها في الجريدة الرسمية، وهو ما يجعلها تفلت من التطبيـق، الأمر الذي يشكل خطـرا من شأنه تحريـك مسؤولية الدولة الدولية في حال رفـض القاضي الوطني تطبيقـها استنادا لحجة عـدم نشـر أحكامها. كما أن الواقع، اليـوم، يؤكـد أن النشر بهدف الإعلام أصبح حجة كلاسيكية في ظل تطـور وسائل تنقـل المعلومات عبر العالم وتدفقـها اللامحدود.

ثالثا. مراقبة شرط الأثر المباشر والقابلية للاحتجاج.

l'effet direct et l'invocabilité

من حيث المبدأ، الأثر المباشر لاتفاقية دولية ما، هو وليـد إرادة الأطراف المتعاقدة. وقد تظهر هذه الإرادة، بشكل صريح، كما هو الحال في الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية (المادة الأولى).

يعبر عن مفهوم الأثر المباشر بعدة مصطلحات؛ القابلية للتطبيق المباشر *l'applicabilitédirecte* ويوصف بطابع التطبيق-التلقائي *caractèreexécutoire* أو ذاتية التطبيقSelf-executing. ويقصد بالأثر المباشر فتح الإمكانية للمتقاضي لإثارة القاعدة الدولية والاحتجاج بها مباشرة أمام القاضي الوطني، دون الحاجة لتبني إجراء مسبق لتنفيذها في النظام القانوني الداخلي. فبعد تأكد القاضي من استقبال المعاهدة على المستوى الداخلي عبر تقنيـة التصديـق أو غيـرها، يبحث في نيـة الأطراف في منحها أثرا تطبيقيا مباشرا من عدمه، ثم

=رئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16مايو سنة 1989 (...)". أنظر القرار رقم 1 - ق.ق - م د - المؤرخ في 18 محرم عام 1410 الموافق 20 غشت سنة 1989 يتعلق بقانون الانتخابات.

نلاحظ أن المجلس الدستوري أضاف شرطا لم ينص عليه الدستور نفسه وهو شرط نشر الإتفاقية الدولية عقب التصديق عليها لتندرج ضمن النظام القانوني للدولة وتكتسب مكانة تعلو القانون. إن دور المجلس الدستوري ليس تعديل أحكام الدستور بل تفسيرها و رقابة تطبيقها. و في تسبيبه إستند المجلس الدستوري على العهد الدولي للحقوق المدنية و السايسية (المشار له خطأ في متن قراره بمصطلح "الميثاق") و الميثاق الافريقي لحقوق الانسان والشعوب المصادق عليهما من طرف الجزائر. ولم ينتبه القاضي الدستوري أن النصيّن الدوليين الذين عزّز بهما تأسيسه القانوني لم يكونا في حد ذاتهما منشورين. وهنا المفارقة.

ولعل الفرصة كانت سانحة للمؤسس الدستوري، أكثر من مرة، لإضافة هكذا شرط في التعديلات المختلفة التي عرفها دستور 1996، وآخر تعديل الدستوري للعام 2016 المشار له أعلاه.

يفحص مدى قابلية قواعدها للتطبيق المباشر بمعاينة الطابع الكامل والدقيق للقاعدة المعنيـة.

مع ذلك، فعادة ما تتضمن الاتفاقيات الدولية بنودا ومصطلحات غامضة، تلتزم بموجبها الأطراف المتعاقدة باحترام الحقوق المقررة، وليس بتقرير حقـوق للأفراد، وهو ما يبعث على الاعتقاد بأنه مجرد التزام دولي على الدولة وليست قاعـدة ذات تطبيق مباشر في القانون الداخلي. وكان الاجتهاد القضائي في السابق يمنح اهتماما كبيرا لصياغة بنود المعاهدات كتلك التي تبتدئ بصياغة أن "الدول تلتزم.. *les Etats s'engagent*" أو أن "الدول تسهر على ضمان.. *les Etats veillent à*".

إن غموض العمل التعاقدي، لتلك الدول، يمنح الإمكانية للقاضي للتدخل عبـــر تقنيـــات التفسيـر. وهكـذا، وفي العديد من الفرضيات، فدقـة البنود التعاقدية من شأنها رفع اللبس حول مدى تطبيقها مباشـــرة. فكلما كانت القاعدة واضحة ودقيقة كلما أعترف لهـا القضاة، تلقـائيـا، بالأثـر المباشـر. ويصبح كل هذا من السهل قبوله في ظل وجود قاعـدة، احترامها، لا يتطلب سوى امتناع من جانب الدولة المتعاقدة، وكلما كان توفير الوسائل من جانب السلطات العامة ضروريا.

دون شك، هذا ما يفسر أن الجهات القضائية الفرنسية اعترفت بالأثر المباشر للعهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، في حين رفضت ذلـك، بوجـه عـام، بالنسبة لعهـد الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الذي جاء بعبارات في شكل أهداف قصد التحقيـق. وبالنسبة للحقوق الاقتصادية والاجتماعية، يجب الفحص حالة بحالة، ما إذا كانت البنود التعاقدية الدولية جاءت بشكل دقيـق وكـافٍ لتصبـح قابلة للتطبيق المباشر؛ وهذا ما جعل مجلس الدولة الفرنسـي، يتراجـع، و يعترف بالأثـر المباشر للمادة 24 من الميثاق الاجتماعي الأوروبي (C.E. 10 février 2014. Décision n°358992). ومع ذلك، من الخطأ الاعتقاد بأنه يعتـرف لكل أحكام الميثاق بـذات الأثـر. وقد طبق مجلس الدولة في هذا القرار الاجتهاد الذي سبق و أن خرج به في قرارGISTI-FAPIL الذي سجل انعطافا نحو تليـيـن شروط السماح بالأثر المباشر لاتفاقية دولية[1].

هذا القرار أكّـد على أن "بنود المعاهدة أو الاتفاقية الدولية، المندرجة نظامـيا في النظام القانوني الداخلي، وفقا لمقتضيات المادة 55 من الدستور، يمكن الاستفادة منها وإثارة تطبيقها سواء بطلب إبطال عمل إداري أو استبعاد تطبيق قانون أو تنظيم إداري لا يتوافق مع القاعدة القانونية الدولية، وبالنتيجة فتلك القواعد عندما تُنـشِيء حقوقا للأفراد يمكنهم، مباشرة، تغليبها". و يضيف القرار معتبرا بأنه "وباستثناء حالات المعاهدات التي أعلنت فيها محكمة العدل للاتحاد الأوروبي، اختصاصها المانع لتحديد أثـرها المباشر، فبنود أي اتفاقية دولية يتعين على القاضي الإداري أن يُـقِـر لها بالأثر المباشر، بعـــد مـراعاة النية الصريحة للأطراف المتعاقـدة وللاقتصاد العام للمعاهـدة المثارة وبالنظر كذلك لمضمونها ومصطلحاتها، عندما لا يكون هدفها الحصري هو: تنظيم العلاقات بين الدول، ولا تحتاج لتدخل أي عمل قانوني مكمّـل لتوليـد آثارها تجاه الخواص؛ كما أن غياب أحد الآثار لا يمكن استنتاجه من الظرف الوحيد؛

1- رغم هذا التطور في الإجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي، غير أنه و للأسف لم يذهب نحو الإحتفاظ، في حالة غياب الأثر المباشر، بالرقابة الموضوعية التي إقترحتها Gaëlle Dumortier في خلاصتها الممتازة وقبلها أيضا Ronny Abraham في خلاصته في قرار GISTI المؤرخ في 23 أفريل 1997. فحتى لو لم يوجد للإتفاقية أثر مباشر في مواجهة الأفراد، فيبقى لها دائما قوة قانونية. و يمكنها أن تثير مسؤولية فرنسا على المستوى الدولي؛ فهي تمتلك، داخليا، قوة القانون، حسب ما جاء في ديباجة دستور العام 1946، وبذلك يمكن الاحتجاج بها أمام القاضي الوطني.

بالقول أن البنـد يخاطب الدول المتعاقدة كأطراف في الالتزام الذي ينص عليه"[1].

وبذلك، يمكـننا القول، أن البند الاتفاقي الدولي، لكي يكون ذا أثر مباشر، يجب أن يستجمع معياريـن[2] :

- معيار ذاتي : بأن حكم البند الدولي لم يأتي، حصـرا، لتنظيم أو حكم العلاقات بين الدول. وأن يكون، بالنتيجة، قد أنشأ حقوقا شخصية لفائدة الخـواص؛
- معيار موضوعي : بعدم وجود أي عمل قانوني، ضـروري، لتطبيق البنـد، وهذا باستعمال صيغة فعل الإلزام "*requérir*": وهـو ما يعني أنه لا يكفي أن يحيل البنـد إلى سن عمل قانوني وطني معين للاستبعـاد للأثر المباشر[3].

1-C.E. 11 avril 2012. Gisti-FAPIL. cet arrêt, il est affirmé que: *«les stipulations d'un traité ou d'un accord régulièrement introduit dans l'ordre juridique interne conformément à l'article 55 de la Constitution peuvent utilement être invoquées à l'appui d'une demande tendant à ce que soit annulé un acte administratif ou écartée l'application d'une loi ou d'un acte administratif incompatibles avec la norme juridique qu'elles contiennent, dès lors qu'elles créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir (....)que sous réserve des cas où est en cause un traité pour lequel la Cour de justice de l'Union européenne dispose d'une compétence exclusive pour déterminer s'il est d'effet direct, une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ; que l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit* ».

2- في دراسة متميزة، للدكتور Bérangère TAXIL، أستاذ القانون العـام من جامعة باريس الأولى، خلص فيها إلى أن هـذه المعايير هي نفـسها في القانونين الأمريكي و الفرنسي، غير أن مناهج التفسير لقضاة البلدين مختلفة. وهكذا، فقابلية التطبيق المباشر للإتفاقيات الدولية، معترف بها في فرنسا أكثر من الولايات المتحدة الأمريكية. فإذا كان التطبيق الداخلي للقاعدة الدولية منظم عبر القواعد الدستورية، فإن التطبيق المباشر لها مشروط بقابلية تطبيقها قضائيا، و بإثارتها من قبل الأطراف. و بعبارة أخرى، يمكن أن نسمي ذلك بالحاجز الدستوري l'écran constitutionnel، فالقاعدة الدولية مرتبطة، بخيارات القضاة، من ناحية تطبيقها مباشرة.

إن الممارسة الأمريكية في مادة التطبيق المباشر للإتفاقيات الدولية، هي ممارسة براغماتية- نفعية إلى حد بعيد. مثلا، بالنسبة للمعيار الموضوعي للمعيارية؛ المتعلق بالطابع الدقيق و الكامل للقاعدة الدولية، يتم تقديره من طرف القضاة الأمريكيين بالنظر لإرادة السلطات السياسية الوطنية وليس للقواعد الدولية للتفسير، فالمعاهدات الدولية غير الدقيقة و غير الكاملة تخاطب قبل كل شيء السلطات السياسية وليس القضائية. و يمكننا القول، أن تفسير القاعدة الدولية من طرف القاضي ضروري: لكنه مرتبط في النهاية، ليس بإرادة أطراف الإتفاقية، و لكن الطرف الأمريكي فقط. غير أنه في فرنسا، القاضي نفسه هو من يفسر الطابع التطبيقي للقاعدة، متبعا في ذلك القواعد التي وضعتها إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات. ولا سيما، كما ألح على ذلك مفوض الحكومة Abraham، بإمكانية القاضي "استعمال التقنيات المستخلصة من المبادئ العامة للقانون الدولي المشار اليها في المواد من 31 إلى 33 من إتفاقية فيينا لسنة 1969".

Bérangère TAXIL. *Les Critères De L'applicabilité Directe Des Traités Internationaux Aux Etats-Unis Et En France*. R.I.D.C. n°1. 2007. pp.159-165.

3- يمكن للقاضي الجزائري، الإستئناس بهذا التطور الإجتهادي المتميز. تقليديا، يكون للإتفاقية الدولية أثر مباشر في حالة خلقها لحقوق أو إلتزامات لصالح أو على عاتق الأفراد ومتى لم تتطلب ضرورة سن إجراءات تطبيقية من جانب السلطات الداخلية (C.E 30 décembre. 2002. Féd Française de basket-ball) غير أن المعايير القضائية للقول بالأثر المباشر لأحكام الإتفاقية تتميز بعدم وضوحها (C.E 23 avril 1997. GISTI).

و لتحديد ذلك يلجأ القاضي لإستعمال معيارين رئيسيين: فيفحص، أن الإتفاقية لا تنشئ فقط سوى إلتزامات بين الدول، و بأنها لا تتطلب سن إجراءات وطنية=

وبالرجوع لقرار GISTI لمجلس الدولة[1] الصادر في 11 أفريل 2012 فجمعية المعلومات ومساعدة الأجانب (*groupement d'information et de soutien des immigrés*) طلبت من مجلس الدولة إبطال المرسوم 908-2008 الصادر في 08 سبتمبر 2008 المتعلق بشروط البقاء في الإقامات للمستفيدين من

=لتطبيقها. الحقيقة أن قرار GISTI لـ 11 أفريل 2012 كرس هذين المعيارين، لكن مع جعلهما أكثر مرونة. أما بالنسبة للمعياران الثانويان، المتعلقان بالمظهر الصياغي و المعياري للإتفاقية، فيندرجان في خانة القرائن البسيطة. و يجب الإنتباه، إلى أن ما سبق من حلول، صالح للتطبيق على كل الاتفاقيات بإستثناء قانون المجموعة الأوربية: أين إحتفظت محكمة العدل للمجموعة الأوروبية، بإختصاصها المانع، للقول بالأثر المباشر لإتفاقية ما.

كمعيار أول، يجب الإجابة عن سؤال "من هو المخاطب بأحكام الإتفاقية الدولية؟" لتحديد مدى تمتعها بأثر مباشر. يقصد بذلك أن الإتفاقية أو البند منها لا يجب أن يكون موضوعه، حصرا، تنظيم العلاقات بين الدول، فلو أن الإتفاقية -أو أحد بنودها- غرضها تنظيم علاقات بين الدول فإنها لا تمتع بالأثر المباشر، ولو أنشأت حقوقا للأفراد. هذا هو التفسير التقليدي، الذي أصبح أكثر ليبيرالية مع قرار مجلس الدولة. هذا الأخير، الذي إستعمل مصطلح "*حصرexclusif*" الذي يدل على أن الأثر المباشر يجب أن يعترف به للإتفاقية التي تنشئ حقوقا للأفراد، حتى ولو كان غرضها في الوقت نفسه، تنظيم علاقات بين الدول. وهو ما جعل مجلس الدولة الفرنسي يدقـق القول بأن غياب الأثر المباشر "لا يمكن أن يستخلص من ظرف وحيد بأن البند يخاطب الدول المصادقة كأطرف في الإلتزام الذي يتضمنه". وبعبارة وجيزة، فالبند الاتفاقي الدولي، الذي ينشئ حقوقا للأفراد، يكون ذا أثر مباشر، ولو تضمن في الوقت ذاته، تنظيما لعلاقات بين الدول.

المعيار الثاني، ومفاده أن الإتفاقية الدولية لا يجب أن تستلزم تدخل أي عمل قانوني تكميلي لتوليد آثارها في مواجهة الأفراد: وهذا مكرّس، تقليديا، أيضا. وهكذا، يكون للمعاهدة أثر مباشر إذا كان تطبيقها لا يستوجب أي إجراء تنفيذي داخلي. الجديد الذي أتى به مجلس الدولة، إستعماله لمصطلح "*يستلزمrequérir*"، الذي يدل على أن ضرورة وجود إجراء وطني تطبيقي يجب أن يكون واضحا. ولذلك، لا يكون للمعاهدة أثر مباشر، إلا إذا إستوجبت، فعليا، عمل قانوني داخلي لتطبيقها. ويجب الإنتباه، أن مجرد نص الإتفاقية على الإجراء التطبيقي الداخلي، غير كافٍ بذاته، بل يجب أن يكون هذا الإجراء ضروريا، فعلا، لتطبيقها. إذن، مجلس الدولة واضح هنا: القاضي نفسه، فقط، هو من يقدر بكل سيادة، و حالة بحالة، حقيقة وجود تلك الضرورة "الفعلية".

إذن، هما معياران حصريان، ذوا تطبيق تركيبي، يحددان ما إذا كان لإتفاقية ما أثر مباشر.

أما المعياران الثانويان الأخران، فوجودهما تقليدي، و منذ هذا القرار، ذو النفس الليبيرالي، أدرجا في مصف القرائن البسيطة، و بعبارة أوضح: فهذين المعيارين، كانا يعتبران في السابق كمعيارين محددين، أما اليوم فمجرد قرينيتين بسيطتين، وهما:

- معيار التحرير أو الصياغة: و يفحص القاضي من خلاله مظاهر صياغة الإتفاقية. فالبند الذي يصاغ في شكل أن: "الدول الأطراف...." نادرا ما يكون له أثر مباشر. و نفس الأمر لصياغة "الدول تتعهد/ تلتزم...."، فتفسر هذه الصياغة بأنها تتطلب إجراءات داخلية للتطبيق.

- معيار الكثافة المعيارية للإتفاقية: و ينظر من خلاله لدقـة أحكام الإتفاقية أو الغالبية العظمى منها؛ أي مدى دقة القـاعدةالاتفاقيةالدولية وتكامليتها-كفايتها- بحد ذاتها.

ما يميز هذين المعياران هما صعوبة إستعمالهما، نسبيا، من طرف القاضي. كما أن آثار عدم إحترامهما راديكالية-إستصالية: فينعدم أي أثر مباشر للإتفاقية، بإنتفائهما. ففيما يتعلق بمعيار الكثافة المعيارية للإتفاقية، فأحكام نفس الإتفاقية قد يعترف لها بالأثر المباشر من طرف البعض، و ترفض تلك الصفة من آخرين، رغم قلة أحكامها غير الدقيقة.

أما معيار الصياغة، فيجب تطبيقه بطريقة جـد آليـة. لذلك، نجد مجلس الدولة، جعل من هذين المعيارين الثانويين مجرد أمارات (قرائن). فذهب إلى أن الأثر المباشر يتحدد "بالنظر لنية الأطراف المعلنة و للإقتصاد العام للإتفاقية، وكذلك بالنظر للمضمون و للمصطلحات". بهذه الفكرة، قرّر القاضي الإداري الأعلى في فرنسا، جعل المعياريين القديمين مجرد قرائن بسيطة، قابلين لدحضهما، بإثبات العكس.

1- C.E. Ass. 11 avril 2012. *GISTI et FAPIL*. Req. n° 322326.

حق السكن اللائق و المستقل، المتخذ تطبيقا لقانون 05 مارس 2007، الذي أنشأ المـــــادة R.300-2 من قانون السكن و العمران code de la construction et de l'habitation للأجانب الآخرين غير الحائزين على بطاقة مقيم أو سند إقامة ممنوح بموجب المعاهدات والاتفاقيات الدولية، تمنحهم حقوقا تعادل تلك المخولة بموجب بطاقة المقيم، بإثبات إقامة لمدة سنتين متتاليتيـن في فرنسا تحت عنوان إحدى الفئات الخمس لسندات الإقامة والتي تم تجديدها مرتين على الأقـل. و يقصى من هاته القائمة بطاقة الإقامة المؤقتة التي تحتوي على إشارة "طالـب *étudiant*" أو "أجيـر في مهمة *salarié en mission*" وبطاقة الإقامة لـ"الكفاءات والمواهب compétences et talents"، وحسب *منظمة GISTI* فالمرسوم يخرق المادة 6-1 من الاتفاقية الدولية للعمل رقم 97 المؤرخة في 01 جويلية 1949 المتعلقة بالعمال الأجانب[1]، كونه يؤسس الاستفادة من حق

1- la Convention n°97 de l'OIT du 1er juillet 1949 relative les travailleurs migrants, ratifiée par la France et publiée par le décret du 4 août 1954 (JORF du 7 août 1954).

L'article 6 de la Convention internationale du travail n° 97 de l'OIT dsipose que*:*

« 1. Tout Membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à appliquer, sans discrimination de nationalité, de race, de religion ni de sexe, aux immigrants qui se trouvent légalement dans les limites de son territoire, un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il applique à ses propres ressortissants en ce qui concerne les matières suivantes:

a) dans la mesure où ces questions sont réglementées par la législation ou dépendent des autorités administratives:

i) la rémunération, y compris les allocations familiales lorsque ces allocations font partie de la rémunération, la durée du travail, les heures supplémentaires, les congés payés, les restrictions au travail à domicile, l'âge d'admission à l'emploi, l'apprentissage et la formation professionnelle, le travail des femmes et des adolescents;

ii) l'affiliation aux organisations syndicales et la jouissance des avantages offerts par les conventions collectives;

iii) le logement;

b) la sécurité sociale (à savoir les dispositions légales relatives aux accidents du travail, aux maladies professionnelles, à la maternité, à la maladie, à la vieillesse et au décès, au chômage et aux charges de famille, ainsi qu'à tout autre risque qui, conformément à la législation nationale, est couvert par un système de sécurité sociale), sous réserve:

i) des arrangements appropriés visant le maintien des droits acquis et des droits en cours d'acquisition;

= ii) des dispositions particulières prescrites par la législation nationale du pays d'immigration et visant les prestations ou fractions de prestations payables exclusivement sur les fonds publics, ainsi que les allocations versées aux personnes qui ne réunissent pas les conditions de cotisation exigées pour l'attribution d'une pension normale;

c) les impôts, taxes et contributions afférents au travail, perçus au titre du travailleur;

d) les actions en justice concernant les questions mentionnées dans la présente convention. ==

السكن على الإقامة الدائمة في فرنسا ويميّـز ضـدّ ثلاث فئات من الأجانب.

مجلس الدولة أقـرّ بعدم شرعية المرسوم معتبرا بأن الأحكام المثارة من الاتفاقية الدولية للعمل كافية، للتطبيـق، بحد ذاتها. والمرسوم المهاجم –المنتقد– لا يتوافق و هذه الأحكام. فضلا على أن التمييز في معالجة الوضعيات المختلفة، المتولّـدة عن هـذا المرسوم، لا يجد له مبررا لا في المصلحة العامة و لا في تمايـز الوضعيات بالنظر لشـرط استمرار الإقامة بين الأشخاص الحائزين على بطاقة الإقامة المقصيون من المادة R.300-2 من قانون السكن و العمران وبين أصحاب سندات الإقامة ممن يدخلون في مجال تطبيق المادة. وهكذا فالمرسوم المنشئ للمادة R.300-2 يخرق مبدأ المسـاواة لما يقصـي من الحق في السكن ثلاث فئات من حائزي سندات إقامة (بطاقات الإقامة المؤقتة التي تحوي على إشارة "طالب"، "أجير في مهمة" و بطاقة الإقامة "للكفاءات و المواهب"). بالنتيجة، أبطـل مجلس الدولة المادة الأولى من مرسوم 2008 الذي أنشأ المادة R.300-2 . على أن يسري هذا الإبطال من تاريخ 01 أكتوبـر 2012.

وهكذا، يكون مجلس الدولة من خلال قرار GISTI لـــ 11 أفريل 2012، قد أعطى لمفهوم الأثر المباشر للمعاهدات، بعـدا أكثـر ليبيرالية وتحـررا.

كما نلمس من خلال خلاصات المقرر العام السيدة *Gaëlle Dumortier* في هذا القرار، اقتراح هذه الأخيرة فصل مفهوم الأثر المباشر عن مفهوم قابلية الاحتجاج *l'invocabilité* بالاتفاقية. وهذا ما لم يسايره مجلس الدولة متمسكا بالعقيدة القضائية القديمة الراسخة لديه.

الحل الذي اقترحته و دافعت عنه المقرر العام لدى مجلس الدولة، هو التمييز بين محل المسألة هل هو بند تنظيمي، تشريعي أو قرار فردي. ومن ناحية عملية، يجب فصل الأثر المباشر عن الاحتجاج في الحالتين الأولى والثانية فقط. فالفكرة، إذن، هي التسليم بأن كل اتفاقية، يُحتَـج بها دائما *toujours invocable*، في مواجهة أي بند تشـريعـي أو تنظيـمي. وبعبارة أخرى، فالاتفاقية قابلـة للاحتجاج بها دائـما، حتى ولـو لم تتمتـع بالأثـر المباشـر، في مواجهة النصوص التشريعية أو التنظيمية. وبالمقابل، في حال تعارض معاهدة مع عمل إداري فردي، فلا يحتج بها إلا إذا استجمعت المعيارين السابق ذكرهـمـا معـا؛ أي إذا كان لها أثـر مباشـر.

خلاصة الفكـرة، في عبارة مركّـزة، أن الاتفاقية الدولية قابلة للاحتجاج بها سواء أكانت ذات أثـر مباشر أم لا في مواجهة الأحكام التشريعـية أو التنظيمـية. وفيما يتعلق بالقرارات الفردية، فلا يمكن الاحتجاج بالاتفاقية الدولية

2.== Dans le cas où il s'agit d'un État fédératif, les dispositions du présent article devront être appliquées dans la mesure où les questions auxquelles elles ont trait sont réglementées par la législation fédérale ou dépendent des autorités administratives fédérales. Il appartiendra à chaque Membre de déterminer dans quelle mesure et dans quelles conditions ces dispositions seront appliquées aux questions qui sont réglementées par la législation des États constituants, provinces ou cantons, ou qui dépendent de leurs autorités administratives. Le Membre indiquera, dans son rapport annuel sur l'application de la convention, dans quelle mesure les questions visées au présent article sont réglementées par la législation fédérale ou dépendent des autorités administratives fédérales. En ce qui concerne les questions qui sont réglementées par la législation des États constituants, provinces ou cantons ou qui dépendent de leurs autorités administratives, le Membre agira conformément aux dispositions prévues au paragraphe 7 b) de l'article 19 de la Constitution de l'Organisation internationale du Travail. »

في مواجهتها إلا إذا كانت ذات أثـر مباشـر.

أثارت المقرر العام العديد من الحجج لدفع الاجتهاد القضائي الإداري لهذا الحل التركيبي بين الأثر المباشـر وقابلية الاحتجاج. لكن خشية القاضي الإداري من توسيع باب الاحتجاج بالقانون الدولي، بما يؤدي للاعتراف، في حالات عـدة، بإمكانية الاحتجاج بالمعاهدات التي ليس لها أثر مباشر، قد يضعف دور الدستور كقاعدة مرجـع أساسية. لكـن، وحسب Gaëlle Dumortier، فوجود المسألة ذات الأولوية الدستورية، حاليـا، تسمح للقواعد الدستورية بالحفاظ على كل مكانتها. ومن جهة أخرى، فالقاضي الإداري الفرنسي، منذ العام 1989، قـد طـوّر سلطاته في مادة الرقابة على تطبيق الاتفاقيات الدولية؛ فمـارس، كما سنرى لاحـقا، سلطته في تفسير الاتفاقيات الدولية، ومراقبة شرط المعـاملة بالمثل، والرقابة على مجموع شـروط نظامية اندراج المعـاهدة في النظام الداخلي ، و كذلك، مؤخرا، مراقبة التنازع بين المعاهدات الدولية. فأصبح القاضي الوطني، شيئا فشيئا، خبيرا في مادة القانون الدولي، مستعملا في ذلك كل الأدوات الضرورية لممارسته الرقابيـة. من هنا جاء اقتراح المقرر العام لهذا الحل الأكثر جرأة، في مسألـة قابلية الاحتجاج والأثـر المباشر. لكن القاضي الإداري الأعلى في فرنسا، خشي إحداث صدمة للإدارة، التي يراقبها، بإلزامها بإحترام عدد هائل من البنود الاتفاقية الدوليّـة.

إذن، مجلس الدولة لما صرح بأنه لا يمكن الاحتجاج بغير المعاهدات "التي تنشئ حقوقا للأفراد بإمكانهـم إثارتها مباشرة"، يكون قد كرس موقفـه التقليدي : بعدم إمكانية الاحتجاج إلا بالمعاهدات التي لها أثـر مباشـر. هنا تظهر، وبشكل ملموس، المزاوجة بين مفهومي الأثر المباشر وقابلية الاحتجاج. وبذلك لم يساير مجلس الدولة موقف المقرر العام، الرامي إلى التسليم، آليا، بقابلية الاحتجاج بالمعاهدات الدولية في مواجهة البنود التنظيمية أو التشريعية؛ حتى ولو لم يكن لتلك المعاهدات أثـــر مباشر. فما الذي دفع مجلس الدولة للحفاظ على موقفه هذا؟

الحقيقة، هناك سببين يفسران موقف مجلس الدولة المحافـظ في قرار GISTI لـــ 11 أفريل 2012 بخصوص هاته المسألة. فالقاضي الإداري استند على الطبيعة التعاقدية للمعاهدات الدولية وإعتبر أنه، بغياب الأثر المباشر، فالأفراد يجدون أنفسهم في مركز "الغير" أمام هذه "*العقود/contrats*"، وهذا ما يفسر عدم إمكانهم إثارتها مطلـقا. لكن السبب الرئيسي، دون شك، هو الخوف الذي ولّـدته الحركيّـة التي أثّـرت على الاجتهاد القضائيّ في مادة التوجيهات الأوروبية المشتركة. في الواقع، وبعد التسليم بعدم قابلية الاحتجاج بتوجيه أوروبي في مواجهة عمل إداري فردي[1]،أقـــر القاضي الإداري، بسرعة، بقابلية الاحتجاج بإحلال التوجيهات الأوروبية. وبعبارة

1- وهذا مكرس منذ قرار Cohn Bendit الذي أكد أن التوجيهات الأوروبية ليس لها أثر مباشر في غياب عمل قانوني داخلي يحدد كيفيات تطبيقها. أنظر :

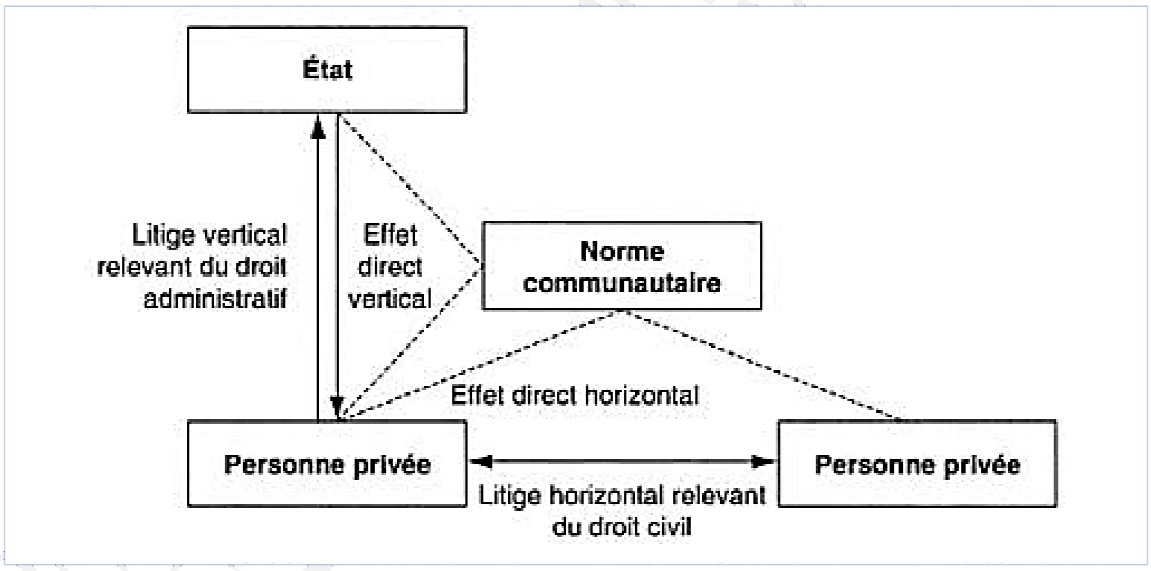
C.E. 22 décembre 1978. Cohn Bendit.

مجلس الدولة، تراجع، و اعترف بالقوة القانونية الملزمة للتوجيهات الأوروبية، حتى في غياب عمل قانوني داخلي يحدد كيفيات تطبيقه. فأبطل تنظيما إداريا يخالف الأهداف المقررة في التوجيه الأوروبي. بل و ذهب إلى أن القانون نفسه يجب أن يحترم الأهداف التي حددها التوجيه الأوروبي المشترك. كما يمكن الدفع بعدم شرعية تنظيم يتناقض مع الأحكام الأوروبية المشتركة، و لا يمكن لقاعدة وطنية، متناقضة مع أهداف التوجيهات الأوروبية، أن تمنح الشرعية لقرار فردي، محل طعن قضائي، وأن هذا التناقض يتم تقديره ليس بالنظر إلى القانون بل بالنظر إلى المبادئ العامة للقانون. ثم، وفي تطور آخر، ذهب مجلس الدولة إلى أن كل متقاض له الحق، بمناسبة طعن موجه ضد عمل إداري تنظيمي، طلب تفضيل أحكام توجيه أوروبي و تطبيقها، لما لا تتخذ الدولة في الآجال المحددة، الإجراءات التحويلية الضرورية.أنظر: C.E. 03 février 1989. *Compagnie Alitalia*; C.E.Ass. 28 février 1992. *SA Rothmans International*; C.E. Ass. 30 octobre 1996. *Cabinet Revert et Badelon*; C.E. Ass. 06 février 1998. *Tête, Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*; C.E. 30 octobre 2009. *Mme Perreux*.

أخرى، يمكـن، بمناسبة منازعة عمل إداري فردي، إثارة التناقض بين قواعد (القانون، التنظيم، الاجتهاد) التي يستند عليها هذا العمل الإداري الفردي، وبين التوجيهات الأوروبية المشتركة. بهذه الفكرة، تم إفراغ قرار Cohn Bendit من كـل محتواه. تخوفات مجلس الدولة، إذن، تتمركز في حقيقتها حول أن القبول بإمكانية الاحتجاج، الآلـي، بالاتفاقيات في مواجهة الأعمال التنظيمية أو التشريعية الذي يمكن أن يؤدي إلى حركية قضائية شبيهة بتلك التي أثّـرت على التوجيهات الأوروبية؛ أي قابلية الاحتجاج بالاتفاقيات الدولية التي ليس لها أثـر مباشر، في مواجهة عمل إداري انفرادي، متى كان مؤسسا على قاعدة وطنية تنظيمية أو تشريعية مخالفة للاتفاقية.

وبالرجوع إلى ما كتبه البروفيسور Denys Simon حول قانون الإتحاد الأوروبي فإن" الأثر المباشر (...) مرتبط بالحالة القصوى للمعيارية *normativité* و بقـــــابلية التطبيق القضائي *justiciabilité* في النظـام الداخلـــي"[1]. بهذه الحالة المعيارية، تُـوَلِّـد القاعدة الدولية آثارها في مواجهة الأفراد، و تسمح لهم بالدفع بها أمام الجهات القضائية. لكن، القاعدة الدولية يمكن أن تولد آثارا أخرى. تعرف في ظل قانون الاتحاد الأوروبي بالآثار "التنزيلية *descendant*": فالأفراد يمكنهم مطالبة الدولة باحترامها. في حين يقصد بالآثار "الصاعدة *ascendants*" تلك التي يمكن للدولة فرضهـا على الأفـراد. أما الآثار" الأفقية *horizontaux* " فتلك التي يكون عبـرها للقواعـد الدولية آثـار فيـما بيـن الأفـراد.

ويبدو أن المخطط[2] الـذي أورده الأستاذ *Antoine Masson* يوضـح بدقـة تلك الآثـار.



1- Serge Slama. *Adoption de nouveaux critères de détermination de l'effet direct des normes internationales sans consacrer leur invocabilité systématique*. In Lettre Actualités Droits-Libertés. CREDOF. 14 mai 2012.

2- Antoine Masson. Droit communautaire: Droit institutionnel et droit matériel. 2e édition. Larcier. 2009. P.271.

وحسب السيّـدة Gaëlle Dumortier ، فإن مسألة الأثـر المباشـر *l'effet direct* يمكـن النظر إليها على أنها منفصلة عـن مسألة القابلية للإحتجاج*l'invocabilité*. وبعبارة أخرى، حتى ولو لم يكن للقاعدة الأوروبية أثـر مباشر فيمكـن، للأفراد، الاحتجاج بها أمام القاضي الوطني في حالة خرقـها، وترتيب الجـزاء عن ذلـك.

ورغـــم عـدم إمكانية إحلال القواعد الأوروبيـة –غير المتمتعة بالأثر المباشر– مكان القواعد الوطنية، فإنه يمكن الاحتجاج أمام القاضي بـــ: تفسير القاعـدة، التعويض عن النتائج الضارة مـن جراء خـرق القانون الأوروبي واستبعاد تطبيق القاعدة الوطنية المخالفة[1].

وهكـذا، يمكن أن يطلب من القاضي تفسيرها بطريقة تجعل القانون الوطني يطابق القاعدة الدولية وهو ما يسمى بـ "التفسير المطابق *interprétation conforme* "[2]، أو طلب إصلاح الضـرر (كالتعويض) الناتج عن عدم اتفاقية *l'inconventionnalité* قانون أو قرار ما وهو ما يسمى بـ "إحتجاج جبر الأضرار *invocabilité de réparation* "[3]، أو باستبعاد القاعدة الداخلية غير المطابقة للاتفاقية و يسمـى ذلك بـ "الاحتجاج الإقصائي *L'invocabilité d'exclusion* "[4].

وبـذلك، فالقواعد الأوروبية المشتركة، ملـزمة كلـها، بالاستقلال عن مضمـونها، وبسموها على الأنظمة القانونية الوطنية،قابلة للاحتجاج بها أمام القاضي الوطني عبر أحد الأشكال السابقة: تعويضا، تفسيرا و إقصاءً.

1- Marie Gautier. Droit institutionnel de l'Union européenne. Presses universitaires de France. 2010.

2- وهو أول نموذج تم تكريسه. و يمكن من خلاله للقاضي الوطني تفسير القانون الوطني على ضوء القانون الأوروبي المشترك و لو كان هذا الأخير غير ذي أثر مباشر. ففي قرارVon Colson et Kamann لـ 10 أفريل 1984 أقرت محكمة العدل للاتحاد الأوروبي للأفراد بإمكانية الإحتجاج بالتوجيهات الأوروبية، التي ليس لها أثر مباشر، أمام القاضي الوطني، لدفعه لتفسير القانون الوطني على ضوء تلك التوجيهات. ونفس التوجه في قرارMaria Pupino لـ 16 جوان 2005. و الهدف من هذا التفسير هو حماية تمتع الأفراد بالحقوق التي يضمنها القانون الأوروبي المشترك، عبر تفسير فعّال و موسّع للقواعد الوطنية؛ خاصة إذا كانت صياغتها في شكل مبادئ عامة قابلة لعدّة تفسيرات. ومع ذلك، لا يمكن لهذا التفسير المطابق أن يذهب نحو مُنَاقَضَةِ المصطلحات الصريحة للقانون الداخلي.

Antoine Masson. Droit communautaire: Droit institutionnel et droit matériel. Op.cit. P.269-272.

3- وهو ما يعرف كذلك بمبدأ مسؤولية الدولة عن فعل خرق القانون الأوروبي المشترك. في قرارFrancovich et Bonifaci لـ 19 ديسمبر 1991، لم تقم دولة إيطاليا بتحويل توجيه أوروبي يؤسس لنظام تعويضي لفائدة العمال الأجراء. هذا التوجيه الأوروبي ليس له أثر مباشر. بالنتيجة العمال الأجراء ليس بإمكانهم أن يطلبوا فرض تطبيق الحقوق التي يخولها التوجيه. مع ذلك، فمحكمة العدل، صرحت بإمكانية الإحتجاج بالتوجيه لمطالبة الدولة الإيطالية بإصلاح الأضرار المتولدة عن "عدم تحويل" التوجيه الأوروبي للقانون الداخلي.

Laurence Potvin-Solis. Les effets du droit de l'Union européenne sur les compétences des collectivités territoriales. L'Harmattan. 2013. P.49.

4- في حالة عدم السماح بإحلال القاعدة الأوروبية المشتركة مكان القاعدة الوطنية المخالفة لها، يمكن، دائما، إستبعاد تطبيق القاعدة الوطنية المخالفة. ورغم ذلك، فهذا المبدأ ظل لمدة طويلة غامضا و محل حساسية من طرف محكمة العدل. لكن، في قرار Linster لـ 19 سبتمبر 2000 قبلت محكمة العدل بالإحتجاج الإقصائي للقواعد غير المتمتعة بالأثر المباشر، وهذا ما إعتبر كقفزة نوعية، فذهبت المحكمة إلى أن القاعدة الأوروبية، و بالاستقلال عن أثرها المباشر من عدمه، يمكن الإحتجاج بإستبعاد -إقصاء- تطبيق قانون وطني يخالفها. وكذلك في قرار *Unilever Italia* لـ 26 سبتمبر 2000، بمناسبة نزاع بين أفراد، وحتى ولو أن التوجيهات لا يمكن في كل الفرضيات أن تولّد أثر مباشر أفقي، قبلت محكمة العدل بالإحتجاج الإقصائي للتوجيه الأوروبي، ولو في نزاع بين الأفراد.

ونشير هنا، إلى أن القواعد التي لها أثـر مباشر تختلف عن تلك التي لا تتمتع به، فـي نقطـة وحيـدة وهي"الاحتجاج الحلولي *L'invocabilité de subsitution*"[1] الذي لا يكون إلا في القواعـد ذات الأثر المباشر[2].

إذن، وفي خلاصة مركـزة، فالقواعد التي لها أثر مباشر قابلة للاحتجاج بها بكل الأشكال : الاحتجاج التعويضي، التفسيري، ألإقصائي والحلولي. أما القواعد التي ليس لها أثر مباشر فتقبل كل أشكال الاحتجاج السابقة باستثناء الاحتجاج الحلولي.

عبر الثلاثيـن عاما الأخيرة، انتهى مجلس الدولة لتكييف هذه الحلول المختلفة "لضمـان" التطبيق القضائي للتوجيهات الأوروبية المشتركة.

والسؤال الذي يبقى عالـقا، لماذا لم يتخذ مجلس خطوة حاسمة لبقية قواعد القانون الدولي، غير الأوروبية، كما دعت إلى ذلك المقررة العامـة في خلاصتها؟

من المفيد، هنا، الإشارة إلى أنه و بعد صدور قرار GISTI لـــ 11 أفريل 2012، نلاحظ تواجد المزيد من أحكام الاتفاقيات الدولية أو الاتفاقات الثنائية التي لا تولّـد أي أثـر في القانون الداخلي، ولو بطريقة غيـر مباشرة[3]. وهذا ما جعل الأمر محل نقـد فقهـي؛ وصل لحد التشكيك في دستورية هذا التوجه، خاصة وأن أي اتفاقية دولية، مصادق عليها نظاميا، يجب أن تحترم من طرف كافة سلطات الدولة، وأن نـزع كل قابلية "لتطبيقها قضائيا" يمس بمبادئ القانون الدولي وبالمبادئ الدستورية. فـفي نطاق القانون الدستوري، قاعدة العقـد قانون المتعاقدين *«Pacta sunt servanda»*[4] هي واحدة من قواعد القانون الدستوري التي تتبناها فرنسا بموجب الفقرة 14 من ديباجة دستور العام 1946. ونفس الأمر تنص عليه المادة 55 من الدستور، ومؤخرا قانون الإتحاد الأوروبي عبر المادة 88-1، التي أنشات مبدأ "إلزام مختلف هيئات الدولة أن تسهر على تطبيق الاتفاقيات الدولية، حسب اختصاصها"، وهو ما كرسه أيضا المجلس الدستوري الفرنسي[5]. وبموجب قرار Commune d'Annecy لمجلس الدولة،أقـر بأن "كل قاعدة أو مبدأ ذو قيمة دستورية له بالضرورة قوة معياريـة" وبالنتيجة "قابلية للاحتجاج بـه"[6].

1- عند الحاجة لإحلال أو إضافة بند إتفاقي، للقانون الوطني غير المتوافق أو غير الكامل، لتسوية النزاع و يسمى هذا بـ "الإحتجاج الحلولي".

2- فخاصية الأثر المباشر، هي في الواقع ضرورية لإدخال القاعدة الأوروبية ضمن النظام القانوني الوطني، وجعلها في مصف السمو مقارنة بالقانون الوطني. وهكذا، فالقاضي الوطني، ملزم بترك تطبيق كل قاعدة وطنية، مناقضة لقاعدة أوروبية لها أثر مباشر، وتطبيق هاته الأخيرة. هذا ما يسمى بالحلول.

Catherine Weniger. La Responsabilité du Fait des Produits pour les Dommages Causes à un Tiers au Sein de la Communauté Européenne. Etude de droit comparé. Librairie DROZ. Genève. 1994. P.231.

3- C.E. Ass. 23 décembre 2011. M. Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva.

4- هذه القاعدة مكرسة بموجب المادة 26 من إتفاقية فيينا 1969: "تلتزم الدولة الأطراف بالمعاهدات السارية و يجب أن تطبقها بحسن نية".

5- Cons. Constit. décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986.Entrée et séjour des étrangers en France; Cons. Constit. décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992. Traité sur l'Union européenne.

6- C.E. Ass. 3 octobre 2008. Commune d'Annecy. n° 297931.

أما في القانون الدولي، فيوجد "مبدأ التدخل الذاتي *allant de soi*"[1] الذي يعني أن "الدولة التي تعاقدت بالتزامات دولية، ملزمة بأن تدرج في تشريعها الداخلي، التعديلات الضرورية، لضمان تنفيذ تعهداتها"[2].

ولذلك، فحرمان بعض البنود من الاتفاقيات الدولية من كل قابلية للاحتجاج بها، يعني منع المواطن والقاضي من تطبيقها وإرجاع ذلك إلى مشيئة المشرع أو الحكومة. وهكذا، وعلى سبيل المثال، على مستوى القانون الدولي، فالبروتوكول الإضافي الملحق بالعهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المعتمد في 10 ديسمبر 2008 يقرر للأفراد أو لجماعات الأفراد، بعد استنفاذ سبل الانتصاف (طرق الطعن) الداخلية، حق إخطار لجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، متى كانوا ضحايا انتهاكات للعهد. إن التصديق على هذا البروتكول يجعل من الضروري تطوير الأمر نحو قابلية الاحتجاج ببنود هذا العهد أمام الجهات القضائية الداخلية. والمشكل نفسه مطروح حول الاتفاقية المتعلقة بحقوق الأشخاص المعاقين (التي صادقت عليها فرنسا في 2009/12/31)، لأن فرنسا أقرت في 2010/02/18 باختصاص اللجنة بمصادقتها على البروتكول الاختياري.

هذه القابلية للتطبيق القضائي، لتلك النصوص الدولية، ضرورية للقاضي الإداري، على المستوى الوطني، كما ذهبت الى ذلك محكمة النقض الفرنسية، منذ سنوات، لما أقرت بإمكانية الاحتجاج بالمادة 06 و 07 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية[3]. بل وأثارت من تلقاء نفسها وجها بخرق المادة 06 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[4].

إن حرمان بعض أحكام الاتفاقية الدولية من قابلية الاحتجاج بها، كان لأسباب براغماتية، مفادها: خطر التوسيع المعتبر لكتلة قواعد القانون الدولي، القابلة للاحتجاج بها أمام القاضي الوطني، ليس في مواجهة الأعمال التنظيمية فقط، ولكن القوانين أيضا. و قد أجابت المقرر العام في قضية GISTI لـــ 11 أفريل 2012، على هذه الحجة باعتبار أنه "من المستبعد أن تتخذ السلطات العمومية، يوميا، قرارات تخالف الاتفاقيات الدولية (...) فضلا على أن الدفع بعدم الاتفاقية ليس من النظام العام–أمام القاضي الإداري– و ما يثار من مخالفات للاتفاقيات الدولية هي نفسها المتكررة".

أخيرا، يبقى السؤال مطروحا، إلى متى سيبقى مجلس الدولة الفرنسي محافظا على هذا الاتجاه؟ لأنه في النهاية، لا مناص من التسليم بقابلية كل قواعد القانون الدولي للاحتجاج بها أمام القاضي الوطني.

1- Bob Kieffer. L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public. Larcier. 2008. P.42.

2- Cour permanente internationale de justice. Avis, 21 février 1925 sur l'échange des populations grecques et turques.

3- Cass. Crim. 15 octobre 1991, n° 90-86-791; Cass. Crim. 31 janvier 2001. N° 00-82.341.

4- Cass. Soc. 16 décembre 2008. Eichenlaub c/ Axia. N°05-40876.

رابعـا. مـراقـبة شـرط المعاملـة بالمثـل.

La réciprocité

حسب المادة 55 من الدستور الفرنسي، فسمـو الاتفاقيات الدولية على القانون مرهـون بمبـدأ المعاملة بالمثـل. ولفحـص مـدى توافـر هذا الشرط، يرجع القاضي إلى وزير الخارجية[1] كون الأمر يتعلق بعلاقات سياسية فيما بيـن الـدول، وبالتالي لا يتعلـق بمسألة تفسير قانونية بحتة، يختص بها القاضي وحده ويثيـرها من تلقاء نفسه، إنما هي مسألـة واقـع، يتم إحالتها إلى الوزير ليس بغرض تفسيرها ولكـن كإجراء تحقيقي لدى الوزير نفسه، وبالتالي فهي مسألـة أوليـة.

كما أن غياب شرط المعاملة بالمثـل لا يفقـد الاتفاقية الدولية، بالضـرورة، قيمتـها القانونية داخل النظام القانوني للدولة كما أكّـد على ذلك المجلس الدستوري الفرنسي[2].

ورغـم نـص الدستور الفرنسي على شرط المعاملة بالمثل لسمـو الاتفاقـية الدولية، إلا أنه وفي حالات خاصة، لا يكون لهذا المبدأ أي معنى لما يتعلق الأمر مثلا بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وكذلك الأمر بالنسبة للاتفاقيات المؤسسة للإتحاد الأوروبـي. فلهذه المعاهدات أثـر مباشـر[3] كون الدول ألتزمت بتطبيقها لكل الأشخاص المتواجدين بإقليمها. وهكـذا، استبعد مجلس الدولة الفرنسي، شرط المعاملة بالمثل لما يتعلق الأمر بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان[4]. كما أن المجلس الدستوري، استبعد تطبيق هذا الشرط لما تعلق الأمـر بالاتفاقية المتعلقة بالنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية[5].

بعبارة مركزة، لا محل لمراقبة القاضي لشرط المعاملة بالمثل، حال تطبيقه لاتفاقيات دولية تتعلق بحقوق الإنسان،

1- CE. Ass. 29 mai 1981. Affaire Rekhou.

2- « *La règle de réciprocité énoncée à cet article n'a d'autre portée que de constituer une réserve mise à l'application du principe selon lequel les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ... Cette règle ne trouve à s'appliquer que dans le cas où il existe une discordance entre un texte de loi et les stipulations d'un traité...*

En revanche, l'article 55 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que la loi édicte, comme l'article 13 de la loi de finances pour 1981 le fait en l'espèce, des mesures ayant pour objet d'harmoniser la législation nationale avec les dispositions découlant d'un traité, alors même que celles-ci ne seraient pas appliquées par l'ensemble des parties signataires... La règle de réciprocité posée à l'article 55 de la Constitution, si elle affecte la supériorité des traités ou accords sur les lois, n'est pas une condition de la conformité des lois à la Constitution»

Conseil constitutionnel. Décision n° 80-126 DC 30 décembre 1980.

3- فهي ذاتية التطبيق *self-executing*. وهو حال كل المعاهدات التي تحمي حقوق وحريات الإنسان. وتستثنى كذلك، من تطبيق مبدأ المعاملة بالمثل، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن وضع اللاجئين لعام 1951. أيضا، يستبعد تطبيق هذا المبدأ على اتفاقيات منظمة العمل الدولية.

4- CE Ass. 21 décembre 1990. *Confédération nationale des associations familiales.*

5- Conseil constitutionnel. Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999.

أو يتعلق موضوعها بإنشاء ميكانيزمات قضائية تضمن الحقوق الأساسية لحماية الإنسان ضد الانتهاكات الجسيمة كالمحكمة الجنائية الدولية.

محكمة النقض الفرنسية، اعتبرت في أحد قراراتها[1] أن شرط المعاملة بالمثل، يعتبر قائما بقرينة غير قابلة لإثبات العكس (*irréfragable*)، طالما أن الحكومة لم تتخذ المبادرة بإعلان وقف تطبيق اتفاقية دولية.

أما مجلس الدولة الفرنسي، ومنذ قرار *Rekhou* المشار إليه أعلاه، فلم يعتمد معيار القرينة غير القابلة لإثبات العكس. فنجده لا يفحص شرط المعاملة بالمثل من تلقاء نفسه (*d'office*) وإذا ما أثار الأطراف ذلك فإنه يعتبر ذلك مسألة أولية يحيلها إلى وزير الخارجية، الذي يحدد ما إذا كان شرط المعاملة بالمثل محترما. إن النتيجة المنطقية لذلك، هي ارتباط قرار حل النزاع من طرف القاضي الإداري بقرار وزير الخارجية، وفي ذلك تجاوز لاستقلالية القاضي الإداري.

في آخر تحولات مجلس الدولة الفرنسي، صدر بتاريخ 09 جويلية 2010 قرار ***"السيدة سعاد بن صغير"***[2] والذي أنهى من خلاله موقفه القديم بإحالة مسألة مراقبة شرط المعاملة بالمثل إلى وزير الشؤون الخارجية. فلأول مرة في تاريخه، صرّح مجلس الدولة باختصاصه السيادي المطلق بمراقبة شرط التطبيق المتبادل للاتفاقيات الدولية (مبدأ المعاملة بالمثل)، ضمانا للمحاكمة العادلة. وهكذا، من الآن فصاعدا، يختص القاضي الإداري، بفحص شرط التطبيق المتبادل لالتزام دولي ما دون الحاجة للرجوع إلى وزير الشؤون الخارجية.

هذا التحول في موقف مجلس الدولة يعود في حقيقة الأمر إلى قرار صدر عن مجلس الدولة[3] أدينت بسببه فرنسا من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان[4] لانتهاكها حق المحاكمة العادلة التي تضمنه المادة 06 فقرة 01 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

بالنسبة لوقائع قضية ***" السيدة بن صغير"***، فهاته الأخيرة من جنسية فرنسية،و بموجب المادة 05 من الإعلان الحكومي لـ 19 مارس 1962 المتعلق بالتعاون الثقافي بين الجزائر و فرنسا[5]: فإن الرتب العلمية والشهادات التعليمية الممنوحة في الجزائر وفي فرنسا، في إطار نفس شروط البرامج التعليمية و الإمتحانات، تكون نافذةبقوة القانون في كلا البلدين. السيدة*بن صغير*، تحصلت على دبلوم بدرجة (دكتور في الطب) سنة 1997 من طرف المعهد الوطني للتعليم العالي في العلوم الطبية بوهران. تقدمت بطلب لإدراج إسمها في قائمة منظمة الأطباء؛ فقوبل طلبها بالرفض من طرف المجلس الإقليمي لمنظمة الأطباء(le Conseil départemental de l'ordre des médecins) فلجأت بالطعن ضد قرار الرفض إلى المجلس الجهوي، ثم المجلس الوطني

1-Cass. Civ. 6 Mars 1984. *Affaire Kryla*.

2- CE Ass. 9 juillet 2010. *Affaire M^me^ Souad Cheriet-Benseghir*.

3- CE. 9 avril 1999. *Affaire M^me^ Chevrol-Benkeddach*.

4- CEDH. 13 février 2003. N° 49636/99. *Chevrol c. France*.

5- La déclaration gouvernementale du 19 mars 1962 relative à la coopération culturelle entre la France et l'Algérie.

لمنظمة الأطباء، لكن دون جدوى. فتقدمت بطعن بتجاوز حد السلطة ضد قرار المجلس الوطني المؤرخ في 19 مارس 2008، والذي كان مسببا كما يلي: (بأن شهادة الدكتوراه في الطب، التي تحوزها العارضة، ليست نافذة بقوة القانون في فرنسا. ففي إطار اتفاقيات إيفيان المبرمة بين الجزائر وفرنسا، التزم البلدان باعتبار الرتب والشهادات الممنوحة بتوافر نفس البرامج الدراسية والامتحانات، نافذة بقوة القانون وفي كلا البلدين وهذا بموجب أحكام المادة 05 المشار إليها أعلاه. وأسس المجلس الوطني قراره برفض طلب السيدة بن صغير على أن مقتضيات المادة 05 لم تكن محل تطبيق متبادل في الجزائر، طبقا للمادة 55 من الدستور الفرنسي، وبالنتيجة فمقتضيات اتفاقية 12 مارس 1962 تستبعد من التطبيق).

حال فصله في الطعن، أكّد مجلس الدولة الفرنسي على أنه ولئن كانت أحكام المادة 55 من الدستور، تنص على أن "*المصادقة النظامية على المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية ونشرها يجعلها تسمو على القانون شرط مراعاة التطبيق المتبادل من الأطراف الأخرى؛ أي مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل*"،**فإن عدم تطبيق أحكام الاتفاقية من الطرف الآخر يؤدي فقط إلى عدم اعتبار هذا الالتزام الدولي سَامٍ على القانون. وهكذا، فعدم المعاملة بالمثل تجعل منزلة المعاهدة الدولية التي كانت تسمو على القانون تتقهقر في الرتبة، فتصبح بذلك، قاعدة قابلة لتطبيقها، لكن بدرجة أقل من القانون.**

بعبارة أدق، فإن معاينة الإخلال بشرط المعاملة بالمثل، في تطبيق أحكام الإتفاقية الدولية لا يفقدها طبيعتها كقاعدة قانونية قابلة للتطبيق. غاية ما في الأمر، أن القانون في هذه الحالة يسمو على الاتفاقية الدولية. إن الإخلال بالتطبيق المتبادل لاتفاقية دولية يجعلها أدنى مرتبة من القانون.

إن تفسير مجلس الدولة هذا، يجعل شرط المعاملة بالمثل هو معيار سمو (علوية) الاتفاقية الدولية على القانون الوطني، وبغيابه ينقلب مركز الاتفاقية داخل النظام القانوني للدولة.

إعتمد مجلس الدولة الفرنسي، في هذا القرار "التاريخي" على أسس دستورية وأخرى مصدرها القانون الدولي العام. فالفقرة 14 من ديباجة دستور 1946، تقرّر بأن الجمهورية الفرنسية، وفيّة لتقاليدها، بما يتوافق والقانون الدولي العام. كما أن قواعد القانون الدولي العام تقرر بأنه : "يجب تنفيذ الاتفاقيات الدولية السارية في حق أطرافها، بحسن نية"[1].

وأكد مجلس الدولة أيضا، من خلال هذا القرار، على أن : "القاضي الإداري، متى أثيرت أمامه وسيلة مستمدة من أن قرارا إداريا أخطأ في التأسيس على التحفظ الوارد في المادة 55 من الدستور، سواء باستبعاده تطبيق مقتضيات التزام دولي، أو بتطبيقها، يختص بمراقبة شرط التطبيق المتبادل للاتفاقية هل تم استيفاءه من عدمه".

وبالرجوع إلى قرار المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، الذي يشكل الخلفية الفلسفية لقرار "*السيلة بن صغير*" الصادر عن مجلس الدولة، نجد أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان اعتبرت أن القاضي الوطني سيّد وأن سلطته تقتضي أن"لا يقيّد نفسه" برأي وزير الخارجية، في مسألة التطبيق المتبادل لاتفاقية دولية. كما أنه، يتعين على القاضي الوطني، أن يمارس اختصاصه الكامل في حسم النزاع، وأن يأخذ بعين الاعتبار، حال فحصه شرط

1-وهذا ما تقرره القاعدة اللاتينية:"*pacta sunt servanda*".

التطبيق المتبادل لاتفاق دولي ما، العناصر الواقعية والقانونية المقدمة من قبل طرفي النزاع. وكذلك يتعين عليه، احترام أحكام المادة 06-1من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي تضمن حق المحاكمة العادلة، بأن يطرح مسألة التطبيق المتبادل للاتفاقية في **"مناقشة وجاهية"**.

ساير مجلس الدولة الفرنسي توجّه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، فجاء في إحدى حيثيات قرار"*السيلة بن صغير*" أن: "القاضي الإداري، لدى ممارسته لسلطات التحقيق في المنازعة الإدارية، يتلقى عرضا بملاحظات وزير الشؤون الخارجية، وعند الاقتضاء، يمكن للدولة أن تعرض ملاحظاتها في مناقشة وجاهية، و بعدها يعاين مدى كفاية عناصر الواقع والقانون ليستخلص من مجموع إجراءات التحقيق بأنواعها هل هي كافية لتوافر شرط التطبيق المتبادل للاتفاقية من عدمه"، وانتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه: "لم يثبت لا من وثائق ملف القضية و لا من جلسة التحقيق، وجود رتب أو شهادات في الطب ممنوحة في فرنسا، بنفس شروط مناهج التعليم والامتحانات، لم تعتبر نافذة بقوة القانون في الجزائر". وبذلك، فشرط التطبيق المتبادل للاتفاقية قائم طالما لم يثبت هذا العكس، وبالتالي يتعين إبطال قرار المجلس الوطني لمنظمة الأطباء".

نستخلص من هذا القرار أن مجلس الدولة، افترض قرينة "التطبيق المتبادل للاتفاقية" إلى حين إثبات العكس. غير أن إثبات هذا العكس، لا يكون إلا من خلال مناقشة وجاهية يضمن فيها حق الدفاع والمساواة في الأسلحة. فيتعين على الدولة تقديم الدليل على "عدم التطبيق المتبادل للاتفاقية" وفي الوقت نفسه للطرف الآخر دحض ذلك بالدليل العكسي أو تقديم الإشارة على وجود هذا الدليل ليستكمل القاضي البحث عنه، بموجب الدور الإيجابي المنوط به. وفي الأخير يفصل القاضي، بكل سيّادة، في مسألة توافر شرط المعاملة بالمثل من عدمه، دون التقيّد بما قد يبديه وزير الخارجية.

بالنسبة للجزائر، شرط المعاملة بالمثل لم ينص عليه الدستور الوطني. ومتى أثير أمام القاضي الوطني، فيتعين عليه، من حيث المبدأ، استبعاده من النقاش[1]. وبالتالي، فالإشكال المتعلق بمدى سلطة القاضي الوطني و اختصاصه بتقدير وجود تطبيق متبادل للاتفاقية، ومدى مساس ذلك بمبدأ فصل السلطات، لا محل له في الدستور الجزائري الذي لم يتناول أصلا و لم يشر لمبدأ المعاملة بالمثل كأساس لاستبعاد أو تطبيق الالتزامات الدوليّة.

وفي المقابل، تنص المادة 60 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات 1969، على حالات الإخلال الجوهري بالمعاهدات الثنائية أو الجماعية من قبل أحد أطرافها. قد يستند إلى هذا النص من أحد أطراف النزاع القضائي لتأسيس تحلله من التزاماته الدوليّة. الجدير بالذكر في هذه الحالة أنه وعلى عكس تضمين مبدأ المعاملة بالمثل في نص دستوري كشرط لدخول المعاهدة في النظام القانوني للدولة يخاطب سلطات الدولة الدستورية، فإن نص المادة 60 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات يخاطب الأطراف السامية المتعاقدة على الصعيد

1- مع ذلك، هناك من يرى أن مبدأ المعاملة بالمثل هو عرف دولي راسخ ومستقر لا يحتاج لإقراره ضمن نص دستوري. كما أن إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات للعام 1969، في مادتها الستين، تكرّس هذا المبدأ. وقد صادقت الجزائر على إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات بموجب المرسوم الرئاسي رقم 87-222المؤرخ في 13 أكتوبر 1987.

كما أن تناولنا لهذا الشرط في ظل القانون الفرنسي، ومعاينة التطور الاجتهادي في هذه المسألة، مرجعه أن الكثير من الإتفاقيات الدولية تتناول في موادها صراحة هذا الشرط، مما يجعل إلمام القاضي الجزائري بالمسألة ضروريا، رغم عدم تناول الدستور الوطني للمسألة.

الدولـي، ويخولـها بشروط إمكـانيـة التنصل من التزاماتها الدولية أو إيقاف العمل بها في حالة ثبوت الإخلال الجوهري من أحد الأطراف.

في الأخيـر، نخلص إلى أن الاتفاقيات الدولية التي لا تستجمع الشروط المقررة لها في الدستور لا يمكن أن تدخل إلى المنظومة القانونية للدولة. وبتوافر هاته الشروط، يطبقها القاضي الوطني على أن تكون صالحة للتطبيق المباشر[1]، بأن تتضمن أحكاما دقيقة، واضحة بشكل كاف وقابلة للتطبيق فورا، دونما حاجة للعودة إلى عمل قانوني آخر؛ ولهذا الغرض على القاضي أن يميز بين الاتفاقيات التي تولّـد التزامات بين الدول، وبين تلك التي تنشأ التزامات مباشرة لصالح الأفراد بمجـرد نفـاذها[2]. فمثلا، تراجعت[3] محكمة النقض الفرنسية عن سابق اجتهادها[4]، وأكدت التطبيق المباشر لأحكام المادتين 03 فقرة 1 من اتفاقية لحقوق الطفل (نيويورك 26 جانفي 1990)، التي تنص بأنه في كل القرارات المتعلقة بالطفل، يجب أن تكون مصلحتـه العلـيا محـل اعتبار أساسـي، وكـذا المادة 12– 2 المتعلقة بإمكانية سماع الطفـل في كل الإجراءات القضائية أو الإدارية التي تخصه. أما مجلس الدولة الفرنسي، فموقفه منذ البداية، يؤكد على ضرورة تقدير نصوص الاتفاقية مـادة بمـادة للقول بمـدى قابليتها للتطبيـق المباشر[5].

1- منالصعب التمييز بين الإتفاقيات القابلة للتطبيق المباشر -أو ذات الأثر المباشر أو ذاتية التطبيق-*self-executing* والأخرى التي تخاطب الدول وتحتاج لآليات تشريعية لتحويلها لنصوص قانونية قابلة للتطبيق قضائيا؛ فالمعاهدة الواحدة قد تحوي أحكاما من كلا الصنفين. لا توجد معايير واضحة، دقيقة ومتفق عليها في القانون الدولي. غير أنه، يمكن الإستعانة بما سبق لنا الإشارة إليه عند تناولنا للمسألة.

2-Pr Gilles J. Guglielmi. *Droit administratif général*. Université PANTHEON-ASSAS (Paris II). 2008-2009. pp.108-109.

3- Cass. 1ere civ. 18 mai 2005. N° 02-20613.

4- سابقا، كان إجتهاد محكمة النقض الفرنسية، يتجه نحو عدم إمكانية التطبيق المباشر لإتفاقية حقوق الطفل "بمجملها"؛ فالاتفاقية "ككل" ليس لها أثر المباشر. فهذا الإتجاه يقوم على فحص شامل للإتفاقية؛ فإما أنها ذات تطبيق مباشر كلها، أو العكس.هذا التفسير الضيّق كان محل نقد الفقه القانوني، وحتى من طرف بعض قضاة محكمة النقض.

Cass. 1ere civ. 10 mars 1993. *Le jeune*, D. 1993.361. note Massip; 3 juin 1993. *Babinet, Bull. civ.* I. n° 195.

5- وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي ذلك، بفحصه كل مادة من الإتفاقية -على حدى- و القول بمدى قابلية تطبيقها مباشرة من عدمه. فالمواد (04 فقرة1، 03 فقرة 1، 10 و 16) التي تضمن حق الطفل في إحترام حياته الخاصة و العائلية، بنفس المصطلحات الواردة في الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تقريبا،تم التصريح بأن لتلك المواد أثر تطبيقي مباشر.

CE. 10 mars 1995. *Demirpence*; CE. 22 septembre 1997. *Cinar*; CE. sect. 23 avril 1997. *GISTI*.

وقد صدر مؤخرا، كذلك، قرار عن مجلس الدولة الفرنسي (GISTI et autres, du 7 juin 2006)، بمناسبة طعن قضائي ضد مرسوم يحظر التكفل بالعناية الطبية للأجانب الذين هم في وضعية غير نظامية (غير شرعية) في فرنسا. مجلس الدولة إعتبر أن المواد 09 و 10 من العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية، الاجتماعية والثقافية، الذي بموجبه أقرّت الدول الأطراف بحق كل شخص في التأمين الإجتماعي، بما في ذلك الضمان الإجتماعي، وكذلك في حماية مساعدة واسعة قدر الإمكان للعائلة، كما جاءت بذلك المواد 11، 12، 13 و 17 من العهد الاجتماعي الأوروبي التي تنص على أن "الدول الأطراف تلتزم بإتخاذ التدابير اللازمة لضمان الممارسة الفعلية والصارمة للحق في الأمن الصحي والحق في التأمين الاجتماعي والحق في المساعدة الاجتماعية والطبية وحق الأطفال والمراهقين في النمو في محيط ملائم وتفتح شخصياتهم و تطوير قدراتهم الجسمية والعقلية"، إعتبر مجلس الدولة، ما سبق من مواد، ليست ذات أثر مباشر. في الواقع، "هذه المواد لا تولد آثارا=

الخـاتمة :

تناولنا من خلال هذه الدراسة سلطات القاضي الوطني في مادة الرقابة على الاتفاقيات الدولية؛ من حيث التطبيـق. وهكذا، عالجنا في البداية، مدى سلطة القاضي في مراقبة صحة إجراءات التصديق على المعاهدة. تقليديا، هاته الفكرة كانت مرفوضة استنادا لنظرية أعمال السيادة، التي من المستقر فيها أن القاضي يمتنع عن مراقبتها احتراما لمبدأ فصل السلطات. لكن، في 20 أكتوبر 1989 صدر قرار Nicolo الشهير، ومعه بدأ الفقه الفرنسي يستشعر ملامح تطور في اتجاهات مجلس الدولة يستهدف تأكيد سلطته القضائية واستقلاليته التي يكفلها له الدستور في مواجهة بقية السلطات. فقام مجلس الدولة الفرنسي، من خلال هذا القرار، ولأول مرة، بمطابقة أو بمقابلة قانون بمعاهدة سابقة عليه لتقصي المطابقة من عدمها، متخليا عن مفاهيمه الكلاسيكية وبدأ الأمر يتجه نحو أفـول نظرية أعمال الحكومة.

لم يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل ذهب لأبعد من ذلك، ففي قرار صدر بتاريخ 18 ديسمبر 1998 مـدّد مجلس الدولة الفرنسي رقابته إلى إجراءات التصديق اللازمة لاندراج المعاهدة الدولية في النظام القانوني الداخلي وإنتاج أثـارها فيه؛ وبذلك لم يعد القاضي الإداري الفرنسي يكتفي بالتحقق من الوجود المادي للاتفاقية فقط ولكن، أيضا، يراقب نظامية وشرعية إجراءات التصديق عليها وفي ذلك تأكيـد للتلازم بين علـو المعاهدة على سابقها ولاحقها من القوانين من جهة مع شرعية إجراءات التصديق عليها، من جهة أخرى. وهذا إعمالا لنص المادة 55 من الدستور الفرنسي لسنة 1958. وهكذا، وفي حالة تجاوز رئيس الجمهورية للقيود الدستورية المفروضة على اختصاصه بإبرام المعاهدات، كمصادقته على المعاهدة قبل الحصول على موافقة البرلمان، متى أشترطها الدستور، أو رغم اعتراض هذا الأخير عليها، فإن القاضي يعايّـن هذا التجاوز في حكمه، وبالتالي يستبعد من التطبيق أحكام الاتفاقية الدولية، المصادق عليه بإجراءات غير شرعية.

إن القاضي العادي أو الإداري حال فحصه لإجراءات اندراج المعاهدة في النظام القانوني للدولة لا يصرح ببطلان تلك الإجراءات. ولكن، يقتصر دوره فقط على استبعاد تطبيق تلك الأحكام على النزاع المعروض أمامه، مسببا ذلك بعدم نظامية –صحة– هذه الإجراءات ولو أدى ذلك إلى تحميل الدولة للمسؤولية الدولية؛ و لا يبقى أمام الدولة سوى إعادة التصديق على المعاهدة المصرح باستبعادها، بعد اتخاذ الإجراءات الدستورية التي تم تجاوزها. وفي كل الحالات، لا يمكن أن تطبق بأثر رجعي.

تطرقنا بعد ذلك، لسلطة القاضي الإداري في مـراقبـة شـرط نشـر أحكـام الاتفاقيات الدولية. وأكدنا على عدم وجود نص صريح في الدستور الجزائري يوجب نشر المعاهدة أو الاتفاقية لاندراجها ضمن القانون الداخلي فالمادة 150 من الدستور ترمي إلى أن المعاهدات التي صادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون. إن الدستور الجزائري، ببساطة، لا يتطلب النشر. إن مسألة نشر أحكام المعاهدة الدولية كشرط لدخول المعاهدة حيز النفاذ غير واردة ولا أثر لها في الدستور الجزائري، وعرضنا حججا تدعم هـذا الموقف.

=مباشرةفي مواجهة الأفراد، فلا يمكن إثارتها في أوجه إبطال المرسوم المهاجم". مع ذلك، وفي نفس القرار، إعترف القاضي الإداري للمادة 3 فقرة 1 من إتفاقية حقوق الطفل لـ 26 جانفي 1990 (المتعلقة بالأخذ بعين الاعتبار المصلحة العليا للطفل) بالأثر المباشر.

إن قوة منطق إقناع توجهات مجلس الدولة هاته،هي محل تشكيك وتحفظات من طرف الفقـه.

ومن بين أهم النقاط، غير التقليدية، التي تناولها البحث موضوع مراقبة شرط الأثر المباشر والقابلية للاحتجاج للاتفاقيات الدولية، في أحدث ما توصل إليه القضاء الفرنسي. وخلصنا من خلاله إلى أن البند الاتفاقي الدولي، لكي يكون ذا أثر مباشر، يجب أن يستجمع معيارين ذوا تطبيق تركيبي :

1) **معيـــار ذاتـــي** : بأن حكم البند الدولي لم يأتي، حصرا، لتنظيم أو حكم العلاقات بين الدول. وأن يكون، بالنتيجة، قد أنشأ حقوقا شخصية لفائدة الخواص. التساؤل الذي يطرحه القاضي هنا "من هو المخاطب بأحكام الاتفاقية الدولية؟". مجلس الدولة الفرنسي، تبنى وطور هذا المعيار، في قرار GISTI لـــــ 11 أفريل 2012 بتوجه ذو نفس ليبيرالي لما اعتبر أن البند الاتفاقي، الذي ينشئ حقوقا للأفراد، يكون ذا أثر مباشر، ولو تضمن في الوقت ذاته، تنظيما لعلاقات بين الدول.
2) **معيار موضوعـي** : بعدم وجود أي عمل قانوني، ضروري، لتطبيق البند الدولي، وهذا باستعمال صيغة فعل الإلزام "requérir ". ويجب الانتباه هنا، أنه لا يكفي أن يحيل البند الدولي إلى سن عمل قانوني وطني معين للاستبعاد الآلي للأثر المباشر؛ أي يجب أن يتحقق القاضي بأن يطرح التساؤل التالي: "هل وجود نص قانوني هو ضروري، فعلا، لتطبيق النص الدولي؟".

بعـد هـذا، عالجنا مسألة قابلية الاحتجاج بالاتفاقيات الدولية، من خلال خلاصات المقرر العام السيدة Gaëlle Dumortier التي طرحت على مجلس الدولة فكرة فصل مفهوم الأثر المباشر عن مفهوم قابلية الاحتجاج *l'invocabilité* بالإتفاقية، ومفادها أن الاتفاقية الدولية قابلة للاحتجاج بها سواء أكانت ذات أثر مباشر أم لا في مواجهة الأحكام التشريعية أو التنظيمية. وفيما يتعلق بالقرارات الفردية، فلا يمكن الاحتجاج بالاتفاقية الدولية في مواجهتها إلا إذا كانت ذات أثر مباشر. غير أن مجلس الدولة رفض هذا التوجه، لأسباب عـدّة ذكرناها، وصرح بأنه لا يمكن الاحتجاج بغيـر المعاهدات "التي تنشئ حقوقا للأفراد بإمكانهم إثارتها مباشرة"، مكرسا موقفه التقليدي : بعدم إمكانية الاحتجاج إلا بالمعاهدات التي لها أثر مباشـر. هنا تظهر، وبشكل ملموس، المزاوجة بين مفهومي الأثر المباشر وقابلية الاحتجاج. كما لم يهمل البحث تناول المسالة فيما يتعلق بالقانون الأوروبي المشترك ونشير هنا إلى خلاصتنا في ذلك وهي أن القواعد الأوروبية التي لها أثر مباشر قابلة للاحتجاج بها بكل الأشكال: الاحتجاج التعويضي، التفسيري، الاقصائي والحلولي. أما القواعد التي ليس لها أثر مباشر فتقبل كل أشكال الاحتجاج السابقة باستثناء الاحتجاج الحلولي.

غير أن المؤكّـد، أن توجهات مجلس الدولة الفرنسي ستتغير، حتما، في اتجاه الفصل بين مفهومي الأثر المباشر والقابلية للاحتجاج، في مجمل أحكام القانون الدولي، فليس من المتقبل دستوريا ولا دوليّـا، وجود العديد من أحكام الاتفاقيات الدولية أو الاتفاقات الثنائية غير المولّـدة لأي أثر في القانون الداخلي. ففي النهاية، وبعيدا عن كل الحجج البراغماتية، لا مناص من التسليم بقابلية كل قواعـد القانون الدولي للاحتجاج بها أمام القاضي الوطني.

وفيما يتعلق بمراقبة القاضي الوطني لشرط المعاملة بالمثل أو كما يسمى بالتطبيق المتبادل للاتفاقية، فمن حيث المبدأ، لا محل لمراقبة القاضي لشرط المعاملة بالمثل، حال تطبيقه لإتفاقيات دولية تتعلق بحقوق الإنسان، أو يتعلق موضوعها بإنشاء ميكانيزمات قضائية لحماية الحقوق الأساسية لحماية الإنسان ضد الانتهاكات الجسيمة كالمحكمة الجنائية الدولية.

بالنسبة لمختلف المعاهدات الدولية الأخرى، غير معاهدات حقوق الإنسان و حماية الحريات الأساسية، فالمبدأ

الكلاسيكي هو عدم اختصاص القاضي الوطني بمراقبة شرط التطبيق المتبادل للإتفاقية نظرا لطابعه السياسي، و الذي تختص السلطات الحكومية، بتقديره، وفقا لمعطيات واقعية و سياسية.

غير أنه بتاريخ 09 جويلية 2010 صدر عن مجلس الدولة الفرنسي قرار شهير "السيدة سعاد بن صغير" والذي أنهى من خلاله موقفه القديم بإحالة مسألة مراقبة شرط المعاملة بالمثل إلى وزير الشؤون الخارجية. فلأول مـرّة في تاريخه، صـرّح مجلس الدولة باختصاصه السيـادّي المطلـق بمراقبة شرط التطبيق المتبادل للاتفاقيات الدولية (مبدأ المعاملة بالمثل)، ضمانا للمحاكمة العادلة. وهكذا، من الآن فصاعدا، يختص القاضي الإداري، بفحص شرط التطبيق المتبادل لالتزام دولي ما دون الحاجة للرجوع إلى وزير الشؤون الخارجية. هذا التحول في موقف مجلس الدولة يعود في حقيقة الأمر إلى إدانة فرنسا من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لانتهاكها حق المحاكمة العادلة التي تضمنه المادة 06 فقرة 01 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. مجلس الدولة الفرنسي أكّـد في القرار على أنه: ولئـن كانت أحكام المادة 55 من الدستور، تنص على أن "المصادقة النظامية على المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية ونشرها يجعلها تسمو على القانون شرط مراعاة التطبيق المتبادل من الأطراف الأخرى؛ أي مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل". فإن عدم تطبيق أحكام الاتفاقية من الطرف الآخر يؤدي فقط إلى عدم اعتبار هذا الالتزام الدولي سَـامٍ على القانون. وهكذا، فعـدم المعاملة بالمثل تجعـل منزلة المعاهدة الدولية التي كانت تسمو على القانون تتقهقـر في المرتبة، فتصبح بذلك، قاعدة قابلة لتطبيقها، لكن بدرجة أقـل من القانون. وبعبارة أدّق، فإن معاينة الإخلال بشرط المعاملة بالمثل، في تطبيق أحكام الاتفاقية الدولية لا يفقدها طبيعتها كقاعدة قانونية قابلة للتطبيق. غاية ما في الأمر، أن القانون الداخلي في هذه الحالة يسمو على الاتفاقية الدولية. إن الإخلال بالتطبيق المتبادل لاتفاقية دوليّـة يجعلها أدنى مرتبة من القانون.

إن الممارسة القضائية الحذرة لم تعـد مُـرحبًا بها اليـوم. وخوف القاضي من إعمال القانون الدولي خشية التدخل في السياسية الخارجية للدولة، والتي يقودها بنص الدستور رئيس الجمهورية، لم يعـد مبررا، طالما أن شرط المعاملة بالمثل أضحى، بفعل هـذا الاجتهاد المتميز، مكنة مطلقة بيد القاضي، يقدره دون إحالة أو تعقـيب.

✓ **لائحـة المصادر والمراجع.**

I.المراجع العربية.

1- منظومة قانونية.

- الدستور الجزائري لـــ 22 نوفمبر 1996.
- القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري.

2- نصـوص فقهـية

- سفيان عبدلي. ضمانات استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا. الجزائـر. 2011.
- محمد فؤاد عبد الباسط. اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية. دار الجامعة الجديدة. 2007.

II. المراجع الأعجمية.

1- منظومة قانونية :

- La Constitution du 4 octobre 1958.
- La Convention internationale du travail n° 97 de l'OIT.

- La Convention n°97 de l'OIT du 1er juillet 1949 relative les travailleurs migrants, ratifiée par la France et publiée par le décret du 4 août 1954 (JORF du 7 août 1954).
- La déclaration gouvernementale du 19 mars 1962 relative à la coopération culturelle entre la France et l'Algérie.

2- نصوص فقهية :

- Antoine Masson. *Droit communautaire: Droit institutionnel et droit matériel*. 2e édition. Larcier. 2009.
- Bérangère TAXIL. *Les Critères De L'applicabilité Directe Des Traités Internationaux Aux Etats-Unis Et En France*. R.I.D.C. no1. 2007.
- Bob Kieffer. *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du droit international public*. Larcier. 2008.
- Catherine Weniger. *La Responsabilité du Fait des Produits pour les Dommages Causes à un Tiers au Sein de la Communauté Européenne*. Etude de droit comparé. Librairie DROZ. Genève. 1994.
- ChristopheGuettier. *Le contrôle juridictionnel des actes du Président de la République*. Revue du Droit Public. 1998.
- Laurence Potvin-Solis. *Les effets du droit de l'Union européenne sur les compétences des collectivités territoriales*. L'Harmattan. 2013.
- M. Long, P. Weil, G. Braibant. *les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 9eme édition. 1990.
- Marie Gautier. *Droit institutionnel de l'Union européenne*. Presses universitaires de France. 2010.
- Pr Gilles J. Guglielmi. *Droit administratif général*. Université PANTHEON-ASSAS (Paris II). 2008-2009.
- Pr.Gilles Guglielmi. *Droit administratif général*. Tome I: Les structures. Universitoo. 2003.
- Serge Slama. *Adoption de nouveaux critères de détermination de l'effet direct des normes internationales sans consacrer leur invocabilité systématique*. In Lettre Actualités Droits-Libertés. CREDOF. 14 mai 2012.

3- إجتهادات قضائية :

- C.E 23 avril 1997. GISTI
- C.E 30 décembre. 2002. Féd Française de basket-ball

- C.E. 03 février 1989. Compagnie Alitalia.
- C.E. 22 décembre 1978. Cohn Bendit.
- C.E. 30 octobre 2009. Mme Perreux.
- C.E. Ass. 06 février 1998. Tête, Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais.
- C.E. Ass. 11 avril 2012. GISTI et FAPIL. Req. n° 322326.
- C.E. Ass. 23 décembre 2011. M. Eduardo José Kandyrine de Brito Paiva.
- C.E.Ass. 28 février 1992. SA Rothmans International.
- C.E. Ass. 3 octobre 2008. Commune d'Annecy. n° 297931.
- C.E. Ass. 30 octobre 1996. Cabinet Revert et Badelon.
- CE Ass. 18 décembre 1998. Affaire SARL du Parc d'activité de Blotzeim.
- CE Ass. 21 décembre 1990. Confédération nationale des associations familiales.
- CE Ass. 9 juillet 2010. Affaire Mme Souad Cheriet-Benseghir.
- CE. 10 mars 1995. Demirpence.
- CE. 11 mai 2004. Association AC.
- CE. 16 juillet 2007. Société Tropic Travaux Signalisation.
- CE. 22 septembre 1997. Cinar.
- CE. 9 avril 1999. Affaire Mme Chevrol-Benkeddach.
- CE. Ass. 29 mai 1981. Affaire Rekhou.
- CE. sect. 23 avril 1997. GISTI.
- Cons. Constit. Décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986.Entrée et séjour des étrangers en France.
- Cons. Constit. Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992. Traité sur l'Union européenne.
- Cons. Constit. Décision n° 80-126 DC 30 décembre 1980.
- Cons. Constit. Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999.
- Cass. Crim. 15 octobre 1991, n° 90-86-791; Cass. Crim. 31 janvier 2001. N° 00-82.341.
- Cass. Civ. 6 Mars 1984. Affaire Kryla.
- Cass. 1ere civ. 10 mars 1993. Le jeune, D. 1993.361. note Massip; 3 juin 1993. Babinet, Bull. civ. I. n° 195.
- Cass. 1ere civ. 18 mai 2005. N° 02-20613.
- Cass. Soc. 16 décembre 2008. Eichenlaub c/ Axia. N°05-40876.
- CEDH. 13 février 2003. N° 49636/99. Chevrol c. France.

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

مجلة الفقه والقانون العدد 53 مارس 2017

La Cession de Contrôle des sociétés commerciales

Réalisé par : Ilhame MOUDKIR[1]

Introduction :

La cession d'un bloc de contrôle prend une dimension économique remarquable dans le contexte des restructurations transfrontalières, car elle constitue généralement le seul moyen efficace de procéder à des changements de contrôles ou à des restructurations intragroupes transfrontalières.

Cette opération de cession de blocs de contrôle, ou encore appelée cession de contrôle, d'une société commerciale est source de nombreuses polémiques. A cet effet, dès 1963 en France, le Doyen R Houin soulignait l'originalité de cette opération dans laquelle « les actions cédées entraînent un déplacement du contrôle »[2].

Avant toute réflexion quant à la cession de contrôle, il convient de définir cette notion. Nous retiendrons les définitions données par Paillusseau et Contin d'une part et Petitepierr-Sauvain d'autre part.:

---

[1] - Cadre Juriste au Ministère de l'Intérieur,Chercheur en Sciences Juridiques : spécialité droit des affaires université ibn zohr fsjes agadir.

[2] R. Houin, RTDCom. 1963.329

- Selon MM. Paillusseau et Contin, « la cession de contrôle est l'opération par laquelle le groupe d'intérêts représenté par les actionnaires de contrôle en place accepte de transmettre la domination de la société à un groupe d'intérêts qui n'y participait pas ou de partager ce contrôle avec lui ».

- Mme Petitepierre-Sauvain propose pour sa part la définition suivante : «la cession de contrôle est un contrat par lequel une partie (le cédant) s'engage à transférer à l'autre (le cessionnaire ou l'acquéreur) la titularité d'un paquet d'actions suffisant à conférer le contrôle d'une société moyennant le paiement d'un certain prix et parfois l'octroi de certains avantages sociaux ».

Selon M. C. Lempereur, il y a cession de droits sociaux entraînant le contrôle d'une société lorsque cette cession s'opère par le transfert d'un certain nombre d'actions, qui grâce au pouvoir de vote qui y est attaché, permettent de contrôler, en droit ou en fait une société. Ainsi, on peut définir la cession de contrôle comme une transmission à titre onéreux de droits sociaux assurant le contrôle de la société cible, c'est donc une cession de parts sociales ou d'actions.

En fin de compte, pour procéder à la qualification de cession de contrôle, on doit tenir compte non seulement du nombre de droits sociaux en jeu mais aussi de leur impact sur la société en elle-même.

En droit marocain, rien ne permet de déceler la distinction entre les simples cessions d'action et les cessions de contrôle. Ainsi, les cessions de contrôle au Maroc sont assimilées aux simples cessions d'actions et sont par conséquent soumises aux dispositions concernant ces dernières dans la loi 17-95 et bénéficient du même régime fiscal, ainsi que la loi n°78-12 modifiant et complétant la loi n°17-95.

Les cessions de contrôle, telles que les cessions d'actions, sont soumises d'une part, aux droits d'enregistrement au taux de 4% (contre 3% auparavant) dans les groupements d'intérêt économique, d'actions ou de parts sociales dans les sociétés autres les sociétés immobilières et les sociétés à prépondérance immobilière, et 6% pour les cession d'action à titre gratuit ou onéreux, d'actions ou de parts sociales des sociétés

immobilières, ainsi que des sociétés à prépondérance immobilière dont les actions ne sont pas cotées en bourse[1]. Cependant, lorsqu'il s'agit de cession de contrôle d'une société de bourse, celle-ci est subordonnée à l'autorisation du ministre des finances après avis du conseil déontologique des valeurs mobilières conformément à l'article 38 du Dahir portant loi n°1-93-211 du 21 septembre 1993 relatif à la bourse des valeurs et complété par les lois n° 34-96, 29-00 et 52-01. Nous pouvons citer à cet égard l'exemple de la cession des actions Eqdom à la Société Générale effectuée 2002 et qui a donné lieu à la cession de 44,42% du capital d'Eqdom à la Société Générale. (Voir annexe).

En pratique, la cession de contrôle peut aboutir soit seulement à un partage du contrôle entre le groupe d'actionnaires qui s'était auparavant assuré la domination de la société et les nouveaux actionnaires, soit une cession de contrôle totale. Dans le premier cas, l'opération réalise une liaison économique et l'administration du patrimoine social, c'est-à-dire l'exercice du contrôle, nécessitera la collaboration des deux groupes d'actionnaires. Dans le second cas, caractérisé par l'acquisition du contrôle majoritaire ou d'un contrôle minoritaire efficace, la cession aboutit à une filialisation de la société dont les affaires se trouvent dès lors soumises à la volonté de la société cessionnaire.

Il convient de noter également que la cession de contrôle en tant que procédé de concentration se distingue de la fusion par l'avantage qu'elle a de limiter la responsabilité patrimoniale et d'opérer une division des risques financiers entre la société cédante et la société cessionnaire car la cession de contrôle permet le maintien de l'indépendance juridique des deux sociétés contrairement à ce qui se passe en cas de fusion absorption. En outre, alors que la fusion comporte de nombreuses formalités, longues et onéreuses, la cession de contrôle étant juridiquement assimilée à une cession d'actions ordinaire, n'implique pas de formalités particulières. Cependant, la fusion a l'avantage de conserver aux actions cédées leur droit de vote double alors qu'elles le perdent en cas de cession de contrôle sauf si le transfert de propriété des actions s'effectue par voie de succession[2].

[1] http://www.usinenouvelle.com/article/maroc-les-nouveautes-fiscales-de-la-loi-de-finances-2015.N310316.
[2] Article 258 de la loi 17-95 relative aux sociétés anonymes.

La nature commerciale reconnue à la cession de contrôle par la jurisprudence n'implique pas une assimilation de cette opération à la cession de l'entreprise : la cession de toutes les parts ou actions d'une société est une cession de droits sociaux et non une cession de fonds de commerce, qui est soumise à un régime spécifique défini parla loi. Cette interprétation est également valable en matière fiscale : l'administration fiscale avait pendant longtemps assimilé la cession de contrôle, qu'elle qualifiait de « *cession massive de droits sociaux* », à une cession d'entreprise[1]. Cette interprétation a été censurée par une série d'arrêts rendus par la Cour de cassation en matière de droits d'enregistrement.

Ainsi, les cessions de contrôle ne sont pas des cessions de parts ou d'actions comme les autres. A cet effet, la Cour de cassation française a admis depuis 1978 que la cession revêt un caractère commercial[2]. Depuis cet arrêt, la solution est constante : la cession de contrôle d'une société commerciale est un acte de commerce, et ce quand bien même les parties à cette cession n'auraient pas la qualité de commerçant[3]. L'opération a donc un caractère commercial quel que soit le nombre de titres cédés « dès lors qu'elle a pour objet et pour effet le changement de contrôle de la société »[4] ou qu'elle fait partie d'une opération globale visant au transfert de l'entier contrôle de la société[5]. Cette jurisprudence a ensuite été réaffirmée, notamment dans un arrêt du 26 mars 1996[6], et la commercialité des conventions ayant pour effet de transférer ou de garantir le contrôle d'une société commerciale ne souffre plus de véritable contestation.

En définitive, la cession de contrôle, bien qu'apparaissant comme une opération de grande simplicité recèle de nombreuses difficultés et pose différents problèmes, notamment au regard de l'obligation d'information et de

---

[1] la théorie de personnalité morale s'oppose à ce que l'on considère que la cession massive de droits sociaux emporte transfert de l'entreprise :après de longues batailles opposant analyse substantielle et formelle de la cession de contrôle , il est aujourd'hui acquis , depuis l'arrêt BEAUVALLET de 1984(cass.com.,7mars1984, RJF 6/84, n°805) que la cession massive n'équivaut pas à la cession du fonds de commerce ,ni à celle de la clientèle , ni à une fusion de sociétés.

[2] Cass. Com. 28 nov. 1978, Bull. Civ. IV n°284

[3] Voir par exemple Cass. Com. 3 janv. 1985 D. 1985 I.R. p.226

[4] Cass. Com. 11 juil. 1998 Rev. Sociétés 1989 p.45

[5] Civ. 2ème 30 mars 2000, RJDA 2000 p.694 n°873

[6] Cass. Com. 26 mars 1996, Bull. Joly 1996 §209 p.588, Note N. Rontchevsky

la détermination du prix, mais aussi concernant les moyens de recours contre cette cession, et les contrats conclus par la société objet de la cession… Dans le but de mieux appréhender cette opération, nous envisagerons dans un premier temps, l'articulation spécifique de la cession de contrôle **(I)**, pour ensuite mieux apprécier son influence sur la société cédée **(II)**

L'articulation spécifique de la cession de contrôle :

La cession de contrôle est une opération qui s'articule d'une manière spécifique tout d'abord quant à sa formation (A), mais aussi parce qu'elle peut être accompagnée de conditions ou de garantis contrôlant son bon déroulement, on peut alors parler de « contrôle » de la cession de contrôle (B).

La formation de la convention de cession de contrôle :

Avant la signature définitive d'un protocole ou d'un acte de cession de contrôle s'écoule une période au cours de laquelle les parties négocient. Les relations nées pendant cette période peuvent entraîner un certain nombre de problèmes si on ne prend pas soin de définir le cadre de ces relations. L'acquéreur potentiel prend connaissance de certaines données sociétales et le vendeur peut considérer que l'acheteur s'est engagé alors que ce dernier prétend au contraire qu'il n'a contracté aucune obligation.

Afin d'éviter que ce genre de difficultés n'apparaissent, les parties vont conclure des accords préliminaires dans les cessions de droits sociaux relatifs notamment à l'obligation d'information (1). Ensuite, pendant cette période de négociation, la détermination du prix (2) peut causer un certain nombre de problèmes.

1. L'importance de l'obligation d'information :

Une certaine hiérarchie logique peut s'établir comme, deux auteurs l'observent[1], entre les divers documents constitutifs d'un accord préliminaire. On rencontre d'abord des lettres d'intention exprimant l'intention de conclure un contrat, puis les accords de principe qui se bornent à déterminer la nature

[1] Cf. Jean-Marc Loncle et Jean-Yves Trochon, « Pratique des négociations dans les rapprochement d'entreprises », éd. EFE, 1997, n° 136 et s.

et l'objet principal du contrat, et enfin les accords préliminaires constitués par des accords partiels.[1] On envisagera tout d'abord les accords préliminaires dans la cession de contrôle (a) pour ensuite s'intéresser aux « data rooms[2] » (b).

a) Les accords préliminaires dans la cession de contrôle :

On observera que la rédaction d'une lettre d'intention fait toujours référence aux comportements des négociateurs et puis l'aboutissement de la négociation fait de plus en plus souvent l'objet de clauses spécifiques.

En fait, quant aux clauses relatives au comportement des négociateurs, il s'agit de faire référence à la loyauté dans la conduite des pourparlers. Dans la plupart des cas, les lettres d'intention et autres engagements font référence à l'exclusivité, à l'obligation de négocier de bonne foi et à la confidentialité. De telles exigences se retrouvent dans les cessions de contrôle.

L'existence d'une obligation d'exclusivité suppose qu'il y a un accord pré-contractuel spécifique. En l'absence d'une pareille convention, le fait de mener les négociations parallèles n'est pas fautif. La jurisprudence française est soucieuse de protéger la liberté des négociations qui demeure la règle fondamentale en la matière.[3]

Dès la prise des premiers contacts pour conclure une convention de cession de contrôle d'une société, les vendeurs et leurs conseils financiers ont coutume de demander aux acheteurs potentiels un engagement de confidentialité. Ils le font pour pouvoir sanctionner plus facilement sur la base de la responsabilité contractuelle tout manquement par le récipiendaire de l'information à son obligation de secret.

En effet, avant le démarrage des négociations, se situe une phase d'étude au cours de laquelle les acheteurs potentiels vont analyser la société cible. Ils demandent un dossier d'information des vendeurs pour pouvoir déterminer à

[1] Les accords préliminaires dans les cessions des droits sociaux, in. Act. Prat. Ing. Sociétaire, n° 41, sept./oct. 1998.
[2] Pièce où sont rassemblées toutes les données (financières, juridiques, sociales, environnementales,...) d'une entreprise dans la perspective d'un investissement et où peuvent se rendre les investisseurs potentiels pour analyser l'entreprise.
[3] Cour d'appel de Versailles du 5 mars 1992, Bull. joly, 1992, p. 636, note J. Schmidt

l'issue de cette analyse s'ils souhaitent faire une offre d'acquisition. Ce dossier comporte généralement des informations comptables, financières, juridiques, techniques ou commerciales qui ont pour certains un caractère hautement confidentiel. Par conséquent, avant de remettre ce dossier d'informations, il est demandé aux acquéreurs potentiels de signer un engagement de confidentialité. L'architecture de ces clauses s'ordonne généralement autour de trois préoccupations : affirmer un principe général de secret, formuler un certain nombre d'exceptions au principe, définir le cercle des personnes susceptibles de recevoir les informations.

La plupart de temps les engagements de confidentialité commencent par poser que toutes les informations relatives à la société cible ou à son environnement qui sont transmises à l'acquéreur potentiel sont des informations confidentielles. Il est assez rare que l'on trouve une définition précise et exhaustive des informations considérées comme confidentielles. Souvent les accords de confidentialité partent du principe que toute les informations transmises à l'acquéreur seront considérées confidentielles, peu importe la forme de mise en disposition de ces informations. Dans ces accords, la définition des informations confidentielles est souvent la plus large possible.

Ainsi, les parties définissent souvent le cercle des personnes susceptibles de recevoir les informations. Ces informations doivent pouvoir être communiquées, par le candidat à l'acquisition, aux personnes chargées de l'étude telles que responsable financier, responsable juridique, responsable commercial, responsable technique en vue de faire une évaluation de l'entreprise cible. Ces personnes étant par l'hypothèse les préposés du candidat à l'acquisition, tout manquement de leur part à l'obligation de confidentialité entraîne la responsabilité de la société elle-même.

Dans le même esprit, lorsque la société candidate à l'acquisition est une société holding, il peut être utile de préciser que les informations pourront être divulguées à ces filiales. Dans ce cas, la holding devrait se porter fort du respect par ces filiales et leur personnel de l'obligation de confidentialité.

Enfin, il est généralement aussi prévu dans les accords de confidentialité que ces informations pourront être communiquées à des conseils extérieurs du récipiendaire.

En ce qui concerne **les clauses relatives à l'aboutissement de la négociation**, deux types de dispositions se retrouvent aujourd'hui de façon assez systématique. D'une part les clauses qui fixent une date limite pour l'aboutissement de la négociation. Les accords préliminaires contiennent généralement une référence à une date limite. Cette date peut être une date ou un délai déterminé. D'autre part, les clauses concernant les conséquences d'une rupture de la négociation. Les parties se sont engagées à négocier de bonne foi, mais non à parvenir à un résultat. Chacun des acteurs est libre de ne pas conclure sous réserve d'une jurisprudence qui sanctionne certains manquements.[1]

b. Les « data rooms »

L'acquisition ou la simple entrée dans le capital d'une société s'organise très souvent par la mise à la disposition des acheteurs d'un certain nombre de données dans les locaux spécialement aménagés à cet effet, les fameuses salles d'informations ou « data rooms ».

Classiquement, une « data room » présente l'ensemble des éléments financiers, comptables et juridiques qui doivent permettre à l'acheteur et à ses conseils de déterminer la valeur de l'entreprise à acquérir.[2] Une telle détermination suppose la communication de secrets d'affaires et d'autres informations confidentielles. Il est donc dans l'intérêt du vendeur de protéger ces informations en obtenant un engagement de confidentialité.

Les informations qui se trouvent dans une « data room » sont les perspectives d'acquisitions, les investissements, l'appréciation du marché et les commandes en cours, par exemple. En outre, il est le plus souvent dans

[1] Cass. com., 20 mars 1972 : JCP 1973, II, n° 17545, note J. Schmidt ; Cass. com., 22 février 1994 : Bull. civ. IV, n° 79 ; Cass. com., 6 juin 1990 : Bull. joly 1990, p. 768 s. ; CA Paris, 25 mai 1991, Dr. sociétés 1991, n° 428

[2] Laurent Faugérolas, Adrien Moser, « Comment concilier la nécessaire mise en place d'une « data room » lors de l'acquisition d'action d'une société cotée avec le droit des délits et manquements initiés? » JCP, 29 avril 1999, n° 17. p. 752.

l'intérêt du vendeur de faire connaître cette information aux acheteurs potentiels.

D'une part, cela peut lui permettre d'obtenir un prix supérieur, tel a d'ailleurs été le cas de la cession des actions d'Eqdom à la Société Générale qui a représentée une excellente opération pour l'ONA qui a pu obtenir une bonne valorisation puisque la société de crédit a été estimée à 1,336 milliard de dirhams, soit 12 fois le résultat au bilan.

D'autre part, cela peut l'exonérer de fournir des garanties. Cependant l'intérêt du vendeur et celui de la société cible, doit s'opérer en limitant au maximum la diffusion de l'information privilégiée. Toute diffusion abusive où incontrôlé pourrait être sanctionnée.

En présence d'une société cotée les accords de confidentialité doivent être particulièrement détaillés. On doit pouvoir déterminer les droits que des acheteurs potentiels pourront avoir sur l'information et aussi les conditions du retour au vendeur des documents fournis dans le cadre de l'accès aux salles d'information.

En France, la Commission des opérations de bourse (C.O.B) a élaboré sa recommandation sur la « data room » en 2003 dans le souci de sécuriser leur pratique. [1] La procédure a démarré quand la C.O.B a jugé nécessaire d'intervenir sur un type particulier de « data room ». Ce sont les « data rooms » qui sont organisées lors d'une opération de cession d'une participation significative dans une société cotée. L'objectif poursuivi consiste à assurer un juste équilibre entre le respect de l'égalité d'accès à l'information et celui du libre jeu des offres.

L'obligation de confidentialité est donc inhérente à la cession de bloc de contrôle, mais un autre élément est d'importance dans cette opération, il s'agit de la fixation du prix.

[1] Recommandation n° 2003-01, relative à la communication d'informations privilégiées préalablement à des opérations de cession de participations significatives dans les sociétés cotées sur un marché réglementé (« procédures dites de data room ») disponible sur : http://www.cob.fr/styles/default/documents/general/4857_1.pdf.

2. L'importance de la fixation du prix :

Le terme de prix reçoit, dans le langage courant, différentes acceptions. Il est, d"abord « le rapport de valeur d'un bien à un autre bien ». Il désigne également « la valeur relative, ce qu'il en coûte pour obtenir quelque chose », une « récompense », ou encore « une épreuve à l'issue de laquelle est décerné un prix »[1] . Le prix est un élément nécessaire à la formation du contrat et la cession de contrôle n'échappe pas à cette règle. Néanmoins du fait de la spécificité d'une telle opération et de sa complexité, il est nécessaire de recourir à une expertise afin de déterminer ce prix.

Selon l'article 527 de la loi 17-95[2], le prix des actions peut être soit préalablement fixé par les statuts soit fixé entre les parties. Pour ce dernier cas, l'article 487 du DOC « Le prix de la vente doit être déterminé… ». **La jurisprudence** a assoupli cette règle en introduisant la notion de prix déterminable[3]. Les parties peuvent aussi choisir un prix provisoire.

Elles peuvent le corriger par une clause de révision du prix ou de garantie du passif, prévu dans le contrat de cession. Il n'est donc pas nécessaire que le prix soit fixé lors de la formation du contrat de cession de bloc de contrôle. La liberté contractuelle a permis dans certains cas que ces clauses ne jouent que dans un sens et que le prix ne puisse varier qu'à la hausse. « De plus, la plupart de ces clauses déterminent des plafonds de révision du prix de cession au-delà desquels le prix ne pourra plus varier. La clause d'earn out permet par exemple une fixation du prix par référence, non seulement, à la valeur réelle de l'entreprise, mais encore à l'évolution de ses résultats »[4]. Cette solution a pour objectif d'apporter la souplesse nécessaire à la vie économique et contractuelle, exigence encore plus marquée dans le contexte des cessions de contrôle.

---

[1] Le petit Robert, Dictionnaire le Robert, 1996.

[2] Article 257 : Des conventions entre actionnaires ou entre actionnaires et des tiers peuvent porter sur les conditions de cession des droits sociaux et stipuler notamment que cette cession ne pourra avoir lieu qu'après un certain délai ou qu'elle sera, le cas échéant, opérée d' office, de façon préférentielle, au profit de personnes actionnaires ou non, bénéficiaires d' un droit de préemption, au prix qui serait offert par un tiers de bonne foi ou qui serait fixé dans les conditions prévues aux statuts.

[3] Par ex. : Cass. com., 9 mars 1993 : Dr. sociétés, 1993 n° 6, note Le Nabasque

[4] Anne-Julie Kerhuel , La cession de contrôle en droit international privé [Conflict-of-law Rules in Conflict and Competition with Substantive Law Rules: The Case of Corporate Acquisitions],edit. Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 10-37 , 2010.

Pour que le prix soit déterminable, il faut que les parties aient trouvé un moyen de dégager le montant du prix postérieurement à l'accord. Il n'est pas possible que ce prix dépende de la volonté d'une seule partie. Par exemple, si les parties laissent à l'une d'entre elles le soin de déterminer ultérieurement le prix, au fur et à mesure des factures ou en référence au tarif qu'elle établit, le contrat est nul. Il est nul car la détermination du prix dépend la volonté exclusive de cette partie.[1] Mais la fixation du prix au regard des besoins d'une partie est valable lorsque ces besoins peuvent être objectivement fixés.[2]

Cependant, malgré la fixation d'un prix lors de la formation d'un contrat, des clauses de révision de prix ou de garantie passive mal rédigées peuvent aboutir à une indétermination du prix, donc à une nullité de la cession. Le moyen le plus sûr d'éviter cette indétermination est de prévoir conventionnellement la désignation d'un tiers chargé de définir un prix. Il s'agit en fait de recourir à l'expertise.

En tout cas, une expertise ne s'impose jamais à un tiers. Celui-ci reste libre de la refuser, si les conditions et directives imposées ne lui paraissent pas satisfaisantes.

Après avoir envisagé les différents problèmes relatifs à la formation d'une cession de contrôle, il convient de s'intéresser à l'aménagement contractuel accompagnant la cession de contrôle.

La cession de contrôle « sous contrôle » :

L'aménagement contractuel de la cession de contrôle se décline sous deux formes : la cession de contrôle sous condition (1) et la cession de contrôle sous garantie (2).

La cession de contrôle sous condition :

La cession de contrôle intéresse le cessionnaire à condition que les contrats conclus par la société cédée soient maintenus. La prudence, comme nous venons de le voir, commanderait au cessionnaire de procéder à un audit

[1] Marie-Anne Frison-Roche : L'indétermination du prix in. : RTD civ. 1992 p. 281.
[2] Civ. 3e, 5 janv. 1972, Bull. civ. III, n° 4, p. 3.

contractuel de la société, en examinant chacun des contrats afin de connaître leur éventuel degré d'intuitu personae. Dès lors, la cession de contrôle peut comporter soit une condition suspensive[1], soit une condition résolutoire[2].

La cession peut ainsi être conclue sous la condition suspensive de l'agrément du cessionnaire par le tiers contractant dans le cas d'une clause organisant la rupture facultative du contrat conclu avec la société cédée, ou de la renonciation du jeu d'une clause de résiliation ou de résolution automatique. Une condition résolutoire peut aussi être stipulée sous la forme négative pour les mêmes exemples, ainsi le contrat est valablement formé sauf si une clause de résiliation ou de résolution automatique est mise en oeuvre.

Il est alors extrêmement important d'organiser le déclenchement, le déroulement et le dénouement du mécanisme de la condition. Il est ainsi utile d'affecter la condition d'un terme extinctif ainsi que d'une obligation d'information à la charge du cédant, voire d'une obligation de présenter le cessionnaire au cocontractant...Le jeu des conditions en ressort renforcé et pourra fonctionner mais il peut aussi être intéressant de faire supporter la charge ou le bénéfice de la valeur des titres par l'un des cocontractants, par les deux ou par un tiers comme un assureur, c'est alors la question de la garantie qui se pose.

La cession de contrôle sous garantie :

L'obligation de garantie soulève quelques remarques car **contrairement au droit commun** où le cédant ne garantie pas la valeur de la chose vendue, il doit le faire ici, en garantissant que le bilan de la société réponde à la valeur du prix convenu. Cette obligation est très importante car le cessionnaire peut s'exposer à des créances des tiers antérieures à la cession.

L'obligation de garantie est de deux ordres, une relative à la non concurrence et l'autre au passif dite garantie de passif. Ces garanties ne sont pas légales, elles dépendent toutefois de la volonté des parties.

[1] La condition est suspensive lorsqu'elle soumet la naissance même de l'obligation à un évènement futur et incertain.

[2] La condition est en revanche résolutoire lorsqu'elle conditionne l'extinction de l'obligation. Celle-ci s'exécute donc normalement, mais la survenance d'un évènement donné entraîne sa disparition.

D'une part, la garantie de non concurrence doit être stipulée expressément dans la cession de contrôle, son objet est d'interdire aux cédants de faire concurrence à la société à laquelle ils ont vendues leurs parts. Néanmoins, cette clause doit être limitée dans le temps et dans l'espace. Ceci n'est pas une vente de fonds de commerce même si la clause stipulée est la même. D'autre part la société peut constater que le passif de la société n'est pas celui dont elle avait pris connaissance le jour de la prise de contrôle ; une clause de garantie du passif s'avère nécessaire. Par définition de cette clause, le cédant certifie l'exactitude du bilan ou de la situation comptable ayant permis de déterminer le prix de cession et s'engage à sa charge tout ou partie des dettes qui se révéleraient postérieurement à la cession[1]. Cette clause a été notamment stipulée **dans le contrat de cession des actions d'Eqdom à la Société Générale en 2002.**

La clause de garantie du passif devant être stipulée, comme pour **la clause de non concurrence,** expressément par les parties au contrat. Elle est précieuse pour le cessionnaire en cas de redressement par le fisc ou en cas de condamnation de la société à des dommages intérêts par un jugement arbitral. Elle ne peut être exercée que par le cessionnaire qui doit être indiqué avec précision sur la clause insérée au contrat de prise ou de cession de contrôle à charge pour lui d'informer les cédants aux craintes de perdre la clause[2] .

D'ailleurs, les cédants font recours a trois procèdes en cas de déclenchement de cette clause :

- Soit ils règlent le passif né antérieurement et qui se découvre après.

- Soit, sans prendre à leur charge le passif, ils réduisent le prix de la vente du montant ou d'une partie du passif antérieur révélé dans un certain délai après la cession.

- Soit, enfin, ils s'engagent avec le cessionnaire pour régler les dettes de tel créancier.

[1] Couret, Alain et Martin, Didier –*Les Sociétés holdings* ; avec la collab. de Dominique Bompoint, Philippe Esposito . - Paris : Presses universitaires de France, 1991
[2] Ibid.

Après avoir envisagé l'articulation spécifique de la cession de contrôle quant à sa formation mais aussi quant aux différents recours et aménagement dont elle peut faire l'objet, il convient de s'intéresser à une autre question d'importance : l'influence de la cession de contrôle sur la société cédée.

L'influence de la cession du contrôle sur la société cédée :

Pour comprendre la nature de cette influence, il faut d'abord comprendre quelle est la nature du contrôle en lui-même. Le contrôle peut être défini comme le pouvoir dans une entreprise, tel que ce pouvoir est organisé par le droit.

Le pouvoir dans une entreprise s'exprime principalement en termes économiques et sociaux : c'est la détermination de sa politique générale, de sa stratégie, de ses objectifs, de son marketing, de ses investissements… ; c'est aussi la détermination de son organisation hiérarchique, des conditions de travail et de rémunération… ; c'est, enfin, décider de l'affectation du profit de l'entreprise. Le pouvoir de prendre ces décisions alors est attribué par le droit à des organes sociaux : président-directeur général, directeurs généraux délégués, conseil d'administration, directoire, gérant. Il convient de s'attarder quelques instants sur l'influence de la cession de contrôle sur les organes sociaux (A) avant d'envisager ensuite ses conséquences sur les contrats de la société cédée (B).

Influence de la cession du contrôle sur les organes de la société cédée :

C'est aux organes de la société que le pouvoir est attribué et non aux personnes physiques ou morales qui les composent. C'est la loi qui pour une part importante fixe la nature et l'étendue du pouvoir des organes sociaux (en particulier dans la société anonyme). La répartition du pouvoir entre les différents organes d'une même forme de société revêt un caractère institutionnel. Dans l'arrêt « Motte » la Cour de cassation a déclaré que les

organes de la société anonyme étaient hiérarchisés et avaient une compétence spécialisée.[1]

Ce pouvoir comporte des droits et des obligations[2]. Si les dirigeants ne les respectent pas, ils peuvent encourir une responsabilité civile et souvent une responsabilité pénale. Dans ce contexte il convient de s'intéresser au sort des dirigeants (1) lors d'une cession de contrôle, mais aussi à celui des minoritaires (2).

1. Le sort des dirigeants :

La jurisprudence française a été plusieurs fois amenée à préciser les incidences que pouvait avoir une cession de contrôle sur la situation des dirigeants de la société prise sous contrôle.

La cession de contrôle d'une société s'accompagne souvent de la conclusion de contrats en faveur des cédants. Il peut arriver que le cessionnaire promette aux cédants qu'ils garderont un travail salarié dans la société cédée. Parfois, la promesse d'emploi n'est qu'un moyen de dissimuler tout ou une partie de payement de prix de cession. Il paye sous la forme d'un salaire au profit du cédant qui n'exerce en réalité aucune activité pour le compte de la société cédée.

Il existe alors plusieurs dangers suite à ce mode paiement de prix de cession. Au regard du droit pénal, un tel comportement peut constituer un abus de biens sociaux de la part de cessionnaire et un recel d'abus de biens sociaux de la part du cédant. Au regard du droit fiscal, les salaires versés au titre d'un contrat fictif peuvent être considérés comme une distribution déguisée de bénéfices. Sur le plan du droit civil, le cédant s'expose à ce que le cessionnaire cesse de lui payer les salaires promis au motif qu'il n'avait pas effectué un véritable travail.[3]

[1] Cass. civ. 4 juin 1946 : S. 1947, 1, 153 note Barbry ; J.C.P. 1947, II, 3518, note Bastian ; Gaz. Pal. 1946, 2, 136 ; J. sociétés 1946, 374 ; Grands arrêts jurisp. com., p. 297, n° 69, note Jean Noirel

[2] Les personnes qui contrôlent la société ne peuvent pas confondre le patrimoine de la société avec le leur. Elles ne peuvent s'approprier ses biens ou user de son crédit sans risquer de commettre de délit d'abus des biens et du crédit de la société. Ces obligations sont innombrables, non seulement elles sont imposées aux dirigeants par le droit des sociétés, mais elles le sont également par le droit fiscal, le droit comptable le droit du travail, le droit de concurrence, etc.

[3] Cass. civ. 21 juin 1995, Bull. Joly, 1995, 1053, note N. Rontchevsky

La jurisprudence a considéré que le changement de majorité au sein de la société et le désir de nommer un dirigeant de leur choix ne constitue pas un juste motif de révocation de l'ancien. [1] Cependant, sur ce point la jurisprudence n'est pas unanime. Selon l'arrêt de 17 juillet 1984 de la Cour de cassation,[2] une divergence d'opinion sur la manière de gérer une société entre le nouveau groupe majoritaire et un membre du directoire constituait un juste motif de révocation de ce membre.

Cette dernière jurisprudence rend sceptique l'intérêt des anciens majoritaires à demander aux nouveaux associés de conserver un poste dans la société sous la forme d'un mandat social. Un tel mandat risque d'avoir un caractère précaire, y compris dans les formes sociétaires où un juste motif est requis pour la révocation. En plus, il permet de penser qu'un tel engagement pourrait être considéré comme une convention de vote irrégulière car il repose sur l'intérêt personnel des anciens majoritaires et non sur l'intérêt de la société.

Par ailleurs, les dirigeants mis précédemment en place par le cédant peuvent spontanément démissionner. Ils le feront par un acte exprès, sous forme d'une lettre datée et signée. Les dirigeants démissionnaires ne doivent pas justifier cet acte. [3] Généralement, les cédants et les cessionnaires conviennent de tenir une assemblée générale ordinaire pour la cession des titres. Cette assemblée prend acte de la démission des anciens dirigeants et procède à la nomination des nouveaux.

Le cautionnement que les dirigeants avaient donné en garantie des dettes sociales, ne s'éteint pas par le seul effet de la cession du contrôle. Si la sûreté avait été donnée à durée indéterminée, le dirigeant peut la dénoncer pour la couverture des dettes futures. Cette dénonciation doit être explicite. Une simple notification ne suffit pas.[4] Si les exigences de formes sont prévues par le contrat, elles doivent être respectées. Le cessionnaire peut accepter de

[1] Rapprocher pour une SA avec directeur général unique, Cass. com. 23 juin 1975, n° 73-10.570, Bull civ. IV., n° 177, p. 147 ; contra, pour la révocation d'un membre du directoire, CA Angers, 22 novembre 1983, Rev . soc. 1983, p. 782, note Plaisant

[2] Cass. com. 17 juillet 1984, n° 83-12.925 , Rev. soc. 1984, p. 791, note J.G.

[3] Cass. com. 6 mai1982, n° 80-40.170, Rev. soc. 1982,p. 523, note Le Cannu

[4] Cass. com. 24 avril 1990, n° 88-13.991, D. 1991, jur., p. 177, Morvan

prendre en charge ce cautionnement. Les statuts d'une société peuvent prévoir une clause d'exclusion en cas de changement de contrôle d'un de leurs actionnaires.

Le sort des dirigeants lors d'une cession de contrôle se doit donc d'être précisément envisagé dans le contrat de cession, mais quand en est-il du sort des minoritaires ?

2. Le statut des minoritaires :

La cession de contrôle n'est pas sans danger pour les associés minoritaires comme observe le doyen Roblot « elle crée souvent une inégalité choquante entre les associés minoritaires et les autres. Il arrive que les associés majoritaires, ou du moins les plus importants d'entre eux, reçoivent de l'acheteur, outre le prix d'achat de leurs titres, la promesse d'avantages (postes d'administration ou de direction), dont les associés minoritaires sont exclus »[1].

Les minoritaires ne sont réellement protégés que dans les sociétés cotées où s'applique la réglementation relative aux cessions de blocs de contrôle. Le droit français n'organise pas la protection des minoritaires des sociétés fermées. Aucun droit de retrait n'est imposé au bénéfice des minoritaires de la société dont le contrôle est cédé. Ce droit de retrait se traduira par le rachat des parts ou actions des minoritaires qui le désirent, par le cessionnaire du contrôle.

Selon les arrêts Saupiquet-Cassegrain et Castillon du Perron, les minoritaires ne peuvent contester efficacement l'agrément donné par des majoritaires à une cession de la majorité des actions. La chambre commerciale a refusé d'admettre l'abus de majorité, en constatant que l'agrément avait été donné dans l'intérêt de la société. On peut constater à propos de ces deux arrêts que les juges ont respecté les décisions des majoritaires, témoignant une incontestable prudence dans leur intervention dans la vie sociétaire.

[1] Lamy, Sociétés commerciales édition 2004, p. 463.

L'arrêt de la Cour de cassation du 27 février 1996 instaure le devoir de loyauté du dirigeant envers ses associés.[1] En effet, le président d'une société anonyme non cotée fait l'objet d'une action en justice par un actionnaire minoritaire. Ce président a acheté des titres au minoritaire avec trois de ses proches au prix de 3000 F par action. Quelques jours plus tard, il les revendait au prix de 8800 F. L'actionnaire minoritaire cédant a assigné le dirigeant et les autres cessionnaires.

La Cour d'appel de Paris a condamné le dirigeant sur le fondement du dol, en confirmant le jugement de première instance. Mais la Cour de cassation ne s'est pas contentée de se placer sur le terrain classique du dol. Elle a crée un devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé.

La question était de savoir si le cessionnaire était ou non tenu de faire connaître au cédant ce dont il avait nécessairement connaissance. Selon la Chambre commerciale de la Cour de cassation, l'information aurait dû être donnée par le dirigeant. Il avait un devoir de loyauté à l'égard des autres associés, ce qui constitue un motif suffisant pour retenir l'existence une réticence dolosive.

La cession de contrôle a donc une influence importante sur les organes de la société cédée, mais aussi sur les contrats conclus par cette dernière.

Influence de la cession du contrôle sur les contrats de la société cédée :

Pour les cocontractants d'une société, il est très important de savoir qui contrôle ladite société. La cession du contrôle ayant pour objet et pour effet le transfert du pouvoir d'une personne ou d'un groupe de personnes à une autre personne ou à un autre groupe de personnes. Il semble parfaitement compréhensible que des conséquences en soient tirées à l'égard, par exemple du droit des investissements étrangers, du droit de la concentration, du droit de travail… etc. Néanmoins, il est de l'intérêt du cessionnaire que le plus grand nombre de contrats ne soient pas modifié par la cession de contrôle.

[1] Cass. com., 27 février 1996 : JCP G 1996, II, 22665, note P.M.

Dans ce contexte, il faut envisager le principe de la survie des contrats conclus par la société cédée (1), mais aussi les cas particuliers qui peuvent entraver la survie de certains de ces contrats (2).

Le principe de la survie des contrats conclus par la société cédée :

La cession de contrôle d'une société n'affecte pas la plupart des contrats qui la lient. Le principe est assurément la survie car, si la personne des associés change, la personnalité morale de la société subsiste et c'est elle qui est contractant. La société est, en effet, une personne juridique indépendante de ses associés. Une cession de titres entre les associés ne modifie pas la personnalité de la société. Elle subsiste dans son identité, dans sa structure et sans que soient modifiées ses règles de fonctionnement. Elle conserve tous ses caractères. Les contrats qui font l'activité de la société, ventes ou louages d'ouvrage pour l'essentiel ou les contrats du travail (à l'exception du cas des sociétés de presse) ne sont pas concernés.

Par ailleurs, dans le cas de contrats à durée indéterminée, chaque partie a en droit commun, une faculté de résiliation unilatérale. Dès lors, le cocontractant de la société peut très bien, au lendemain de la cession de contrôle, exercer cette faculté qui, du moment qu'elle est précédée d'un préavis, ne sera pas jugée abusive.[1] Il peut toutefois arriver que la résiliation unilatérale soit légalement ou conventionnellement subordonnée à la preuve d'un juste motif. On peut alors tenir compte de l'attitude observée par le cocontractant lors de la cession de contrôle.

Dans le cas de contrats à durée déterminée, la survie s'impose cette fois pleinement, sans faculté de résiliation anticipée du cocontractant, à moins que le contrat n'ait prévu une telle faculté. Or, certains contrats conclus intuitus personae la stipulent pour le cas de cession de contrôle. De même, certains contrats, tels les contrats de franchise, peuvent prévoir que, en cas de cession de contrôle, le cédant devra demander l'accord de l'autre partie qui

[1] Cass. civ., 5 février 1985, n° 83-15.895, RTD civ. 1986, p. 105, Obs. Mestre

pourra, en outre, se voir dotée d'un droit de préemption sur les parts faisant l'objet de la cession.[1]

La survie des contrats est donc bien le principe, mais comme tout principe celui-ci souffre d'un certain nombre d'exceptions.

Les cas particuliers qui peuvent entraver la survie de certains contrats conclus par la société :

Certains contrats de la société cédée peuvent être affectés par la cession de contrôle, il faut alors envisager le rôle de l'intuitu personae (a) pour comprendre ce phénomène, avant de s'attarder sur la question des contrats de travail (b).

Le rôle de l'intuitu personae :

La mesure de l'intuitu personae des accords conclus par la société, permet de déterminer leur sort en cas de cession de contrôle. La question qui se pose est celle de la portée de l'intuitu personae affectant les contrats de la société cédée. On peut ainsi se demander si ces contrats comportent effectivement un tel caractère en l'absence ou en présence de prévision par les parties. C'est en l'absence de clause que la question de l'intuitu personae est la plus difficile à résoudre.

Selon la conception traditionnelle, les contrats caractérisés par l'intuitu personae, conclus par la société cédée, ne sont pas contrariés par la cession de contrôle. Le contractant était la société cédée, il demeure identique. Il faut conclure au principe du maintien de ces contrats. Si la société cédée continue d'exécuter correctement ses obligations, le contractant ne saurait prétexter du changement de contrôle pour rompre le contrat. Réciproquement, la société ne saurait à cette fin invoquer un changement d'associés qui auraient la volonté de réorienter l'activité de l'entreprise acquise.

Cette solution peut être écartée par une conception plus large de l'intuitu personae. Même si le contrat été convenu avec la société cédée, le contractant peut essayer de justifier qu'en réalité il a été conclu avec la société cédée en

[1] La création de contrats par la pratique commerciale, in L'évolution du droit des contrats, PUF 1986, p, 175.

tant que dirigée par l'ancien directeur de la société. Le fait, que la personne de ce directeur change par l'effet de la cession du contrôle, peut justifier la violation de l'intuitu personae du contrat et également sa rupture.

Il en est ainsi de la clause de changement contrôle dans les SAS qui dans le cas où le contrôle d'un associé a changé permet à l'autre de réagir soit en mettant fin au partenariat et se retirer soit en obligeant l'associé de se retirer.

Aussi, il est des cas où la société cédée elle-même peut être intégrée dans le contrat. Le changement de contrôle n'a pas d'influence sur les contrats conclus avec la société cédée. Seule la société contractante intéresse son partenaire. Il s'agit de l'adaptation logique de la thèse de l'intuitu personae aux personnes morales.

Cet écran de personnalité morale peut être dépassé par une considération plus importante du contrôleur dans l'exécution du contrat. Ce peut être la personne de l'un des contrôleurs qui est intégrée au contrat bien qu'il soit conclu avec la société cédée. Dans ce cas, une cession du contrat aura une influence sur le sort du contrat, même en l'absence de la clause, en raison de l'intégration de la personne physique dans le contrat conclu avec une personne morale. Un tel raisonnement a-t-il aussi lieu d'être concernant les contrats de travail.

Les contrats de travail :

Le droit du travail est également attentif aux conséquences de la cession de contrôle. Dans la plupart des cas, la cession de contrôle d'une société ne concerne pas les contrats du travail. Le changement de majorité ne vaut pas changement d'employeur. Cependant, et dans l'intention de protéger les intérêts des salariés, le code du travail marocain, notamment l'**article 19** instaure le principe du maintien du contrat de travail en cours. En application de ce principe, la modification de la situation juridique de l'employeur qui peut être due à la cession totale ou partielle de l'entreprise n'affecte pas la situation juridique des employés, notamment en matière des salaires, les indemnités de licenciement et les congés payés et également l'ancienneté (voir article 19 du code du travail). la loi impose également la

poursuite des contrats de travail des salariés de l'entreprise modifiée ou transformée, quelle que soit la forme du contrat (CDI, CDD) et le respect des droits des salariés même en cas de préavis ou en cas de maladie ou accident du travail. Cependant, la modification de la situation juridique de l'employeur exige la consultation du comité d'entreprise (pour les entreprises ayant 50 salariés) ou à défaut les délégués des salariés (pour les entreprises employant dix salariés). Le cas échéant l'ancien employeur est tenu d'informer chaque salarié de cette modification[1].

En droit français, la Chambre criminelle a déclaré expressément dans plusieurs arrêts que la cession de contrôle effectuée au profit d'une autre société constitue en fait – « dans l'ordre économique » - une cession d'entreprise.[2] Elle en a conclu que les dirigeants qui ont la connaissance d'une cession de contrôle de leur société doivent informer le comité d'entreprise.[3] S'ils ne le font pas, ils commettent **le délit d'entrave**. La même attribution est reconnue au comité du groupe en doit par l'article L. 439-2 du code du travail, pour une prise ou cession du contrôle concernant l'activité et de la situation financière du groupe et des entreprises qui le composent.

La Chambre sociale a décidé qu'une cession de contrôle effectuée dans une société exploitant un journal, était, en fait, une cession d'entreprise pour accorder à un journaliste une indemnité. Le journaliste peut prétendre à cette indemnité, s'il démissionne à cause de la cession de journal pour laquelle il travaille selon l'article L. 761-7, 1° du code du travail. La chambre sociale de la Cour de cassation étend cette solution au changement de contrôle survenu dans une société actionnaire d'un journal dans son arrêt de 12 janvier 1994[4]. Ce mécanisme de la clause de conscience est donc à même d'affecter le sort d'un contrat de travail de la société cédée en cas de cession de contrôle.

La cession de contrôle est donc une opération complexe qui peut avoir de nombreuses incidences sur la société cédée tant au niveau de ses organes,

[1] http://juridika.net/droit-des-affaires/le-changement-de-la-situation-juridique-de-l%E2%80%99employeur-et-le-maintien-du-contrat-de-travail--rappel-de-quelques-regles.-t4.html

[2] Cass. crim. 2 mars 1978 ; J.C.P. 1978, éd. G. II, 19052 ; éd. C.I. II, 12868 note Salvage ; Droit social, 1978, 376 ; Cass. crim. 4 avril 1979, Rev. Sociétés 1980, p. 313, note B. Bouloc ; D. 1980, 125.

[3] Art. L. 432-1, C. trav.; v. à propos du délit d'entrave aux fonctions du comité d'entreprise : Cass. Crim. 2 mars 1978 : Dr. soc. 1978, 369, note J. Salvatier ; JCP 1979. II. 19052.

[4] Cass. soc. 12 janvier 1994 : JCP 1994. II. 22284, note M. Jeantin ; RJDA 1994, p. 126.

qu'au niveau des contrats qu'elle a conclu. Il convient alors de prévoir à l'avance de nombreuses hypothèses dans de tels contrats de cession.

Conclusion :

Au Maroc, il est certain, jusqu'a une date récente, que les opérations de capital étaient rarissimes, du fait de la structure essentiellement familiale du capitalisme marocain .En outre, la situation actuelle du marché des actions rendait encore plus difficile des transactions de nature à changer le tour de table d'une société .Pourtant ,de nouvelles réalités se sont imposées ces dernières années avec notamment le développement du marché financier et l'ouverture de l'économie marocaine qui a induit un processus de restructuration et de mise à niveau des entreprises .De ce fait ,la concentration ,qu'elle soit industrielle ou financière ,en tant que facteur de croissance des sociétés cherchant à atteindre la taille critique et à créer des synergies de groupe ,est devenue un impératif pour beaucoup d'entreprises. L'adoption d'une stratégie de prise de contrôle permet donc un véritable décollage économique, une croissance aussi pérenne que soutenue, et enfin une création et une meilleure distribution de richesses génératrices d'emplois.

ANNEXES :

Le Groupe Société Générale acquiert 44,42 % du capital d'Eqdom L'ONA cède ses parts :

La transaction conclue entre les Groupes Société Général et l'ONApermettera à cette dernière de céder ses parts. Ainsi, l'ONA poursuit sa départition des secteurs jugés non stratégiques pour la holding.

On s'y attendait. C'est désormais chose faite. La convention de cession d'actions d'Eqdom du Groupe ONA à travers ses filiales, la SNI et Axa Assurance Maroc, à la Société Générale a été conclue vendredi 1er mars 2002, lors d'un point de presse au siège de l'ONA à Casablanca, par les responsables des deux groupes.

La raison avancée de cette cession par le Président directeur général de l'ONA, Mourad Chérif, est sans équivoques: "Le Groupe ONA a voulu adosser la

Société Eqdom à un grand réseau bancaire marocain et lui apporter l'expertise d'un spécialiste international du crédit à la consommation".

Ainsi, 44,42 % du capital d'Eqdom sont désormais détenus par le groupe Société Générale, dont 36,59 % cédés par ses filiales SNI et 7,83 % par AXA assurance Maroc. Cette transaction sera effectuée, dans le cadre réglementaire actuellement en vigueur, au prix de 800 dirhams par action. La différence de montant par rapport au cours de la Bourse actuelle tient compte de ce que cette opération porte sur un bloc de contrôle et qu'elle est assortie d'une **garantie de passif**, un "deal" financier que les initiés savent arranger entre eux.

Unanimité :

C'est une excellente opération pour l'ONA qui a pu obtenir une bonne valorisation puisque la société de crédit a été **estimée** à 1,336 milliard de dirhams, soit 12 fois le résultat au bilan.
Le protocole d'accord de cette cession signé entre l'ONA et la SG est subordonné à **l'agrément préalable du ministre des Finances**; sachant que les conseils d'administration d'Eqdom, réuni le 21 février 2002, a confirmé à l'unanimité l'intérêt de ce partenariat et de la SNI a donné son accord à cette session.

Pour le patron de la Société général, Philippe Citerne, "cette opération s'inscrit dans la stratégie de développement des services financiers spécialisés du Groupe Société Générale et traduit la volonté de poursuivre le développement de la banque de détail dans le bassin méditerranéen".
Le Groupe Société Générale est présent au Maroc depuis 1913 par l'intermédiaire de la Société Générale Marocaine de Banques, quatrième banque privée du royaume, avec des parts de marché comprises entre 8 et 10 %. Cette filiale appuie son activité sur un réseau domestique en forte expansion et constitué a fin décembre 2001 et 170 agences.

Expansion :

Le Groupe a également renforcé son dispositif au Maroc par l'acquisition majoritaire en 2001 d'une société d'assurances, La Marocaine Vie (Sogecap 43,52% et la société Générale Marocaine de Banques 17,22%).

En ce qui concerne le crédit à la consommation, le Groupe Société Générale est déjà présent au Maroc au travers de sa filiale Sogecrédit, détenue à 60% par la Société Générale Marocaine de Banques et à 40% par Franfinance (filiale à 100% du Groupe Société Générale). Cette cession lui permettra d'amplifier son développement sur ce créneau stratégique.

Franfinance gère pour son propre compte et pour celui de la Société Générale en France prés de 1,8 million de dossiers de crédit à la consommation, pour un total de plus de 55 milliards de dirhams.

La transaction conclue entre les Groupes Société Général et l'ONA rapportera à ce dernier la coquette somme de 200 millions de dirhams en dirhams et 400 millions de dirhams en devises. En décidant de céder ses parts, l'ONA poursuit sa départition des secteurs jugés non stratégiques pour la holding. Une politique qui répond à la stratégie de restructuration de l'ensemble du portefeuille de l'ONA entamée en 2001.

Historique de la SGMB :

La Société Générale est une des banques les plus importantes de la zone euro. Avec 85 000 personnes dans le monde, son activité se concentre autour de trois grands métiers: La banque de détail qui compte 13,4 millions de clients en France et à l'international; La gestion d'actifs -le Groupe est n° 3 parmi les banques de la zone euro par le montant des actifs gérés (298 milliards d'euro en 2001); La banque de financement et d'investissement SG, n° 4 de la zone euro de par son produit net bancaire. Selon des sources proches de la banque, la Société Générale est la seule banque française à figurer dans les quatre principaux indices internationaux de développement durable. Le groupe Société Générale présent au Maroc depuis 1913 à travers la SGMB (4ème banque privée du royaume avec 10% des parts de marché) est une société de crédit à la consommation (Sogécredit). En 2001 il est devenu

majoritaire dans le capital de la société d'assurance La Marocaine Vie.Avec 23 % de part de marché, Eqdom est considérée comme société leader dans le créneau du crédit à la consommation où interviennent plus d'une trentaine de sociétés. Première société de crédit à la consommation au Maroc, Eqdom emploie 230 personnes. Elle est cotée à la Bourse des Valeurs de Casablanca. Eqdom dispose en effet d'une position de leader et est présente sur tous les segments de produits commercialisés à travers un réseau de 8 agences, 68 intermédiaires et 350 revendeurs. Son réseau est certes moins dense que celui de ses concurrents, mais elle détient un portefeuille non négligeable avec un encours de près de 4 milliards de dirhams. Ses autres atouts sont les niveaux de solvabilité et des fonds propres.

Bibliographie :

❖ **Ouvrages, thèses et revues :**

- El Hassani(M), Les groupes de sociétés au Maroc (étude historique, juridique et comparée) Les éditions Toubkal ,1988.
- ETTIJANI M., *La prise de contrôle d'une société par voie de cession d'actions*, Masson, 1980.
- **Guyon (Y.)**, Droit des affaires, tome I : droit commercial général et sociétés.10ème édition. Economica, 2002.
- Jacques Mestre; Dominique Velardocchio; Christine Blanchard-Sébastien; Collectif , LAMY , Sociétés Commerciales, éd. 2004.
- MERLE P., *Sociétés commerciales*, Droit Commercial, 9ème éd. Dalloz ,2003.
- PAILLUSSEAU, *La cession du contrôle*, J.C.P, Ed. G.I. 1986.
- Mathieu Stoclet, Le prix dans les cessions de droits sociaux, Thèse de doctorat en Droit privé, 2008.
- Anne-Julie Kerhuel, La cession de contrôle en droit international privé [Conflict-of-law Rules in Conflict and Competition with Substantive Law Rules: The Case of Corporate Acquisitions], edit. Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper No. 10-37 , 2010.
- MAINGUY, *Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée*, Rev. Soc. janvier-mars 1996.

❖ **Lois :**

- Dahir portant loi n° 1-93-211 du 21 septembre 1993 relatif a la bourse des valeurs modifie et complété par les lois n° 34-96, 29-00 et 52-01

- Dahir n° 1-96-124 du 14 rabii ii 1417 (30 aout 1996) portant promulgation de la loi n° 17-95 relative aux sociétés anonymes
- Loi n°78-12 modifiant et complétant la loi n°17-95 relative aux sociétés anonyme.

❖ **Webographie :**

- www.invest-in-morocco.gov.ma
- http://juridika.net
- http://www.maroc-hebdo.press.ma
- www.casablanca-bourse.com
- http://www.usinenouvelle.com/article/maroc-les-nouveautes-fiscales-de-la-loi-de-finances-2015.N310316.
- Information juridique : http://lexinter.net
- http://www.maroc-hebdo.press.ma

« L'espace juridique de contrat par SMS»

Réalisé par : Mr YAHIA AMINE[1]

Introduction :

Le commerce électronique serait ainsi défini comme l'exercice ou la pratique,à titre habituel des actes de commerce énumérés à l'article 2 du code de commerce. C'est la possibilité de vendre des produits, des services ou de l'information directement sur internet.

Habituellement, les contrats impliquent l'exigence d'un écrit. Or, les contrats du commerce électronique s'appliquent à des transactions, communications, échanges de biens et de services , intégralement ou partiellement conclus et exécutés par voie électronique, à distance entre les entreprises et leurs partenaires, quelque soit leur qualité, publics ou privés[2].

[1] - Doctorant à l'université d'ORAN 2Mohamed Ben Ahmed, Chercheur au laboratoire Droit Economique et Environnement.

[2] SAHRI. F : « Les spécificités des contrats du commerce électronique »,p.01 .

Aujourd'hui, des opérateurs se permettent même d'insérer un message publicitaire à l'intérieur d'un SMS privé que vous recevez de la part d'un parent ou d'une connaissance[1].

Les téléphones portables ne se limitent plus à offrir des services vocaux, ils sont devenus aussi le vecteur de nouvelles formes de commerce électronique : rechargement du compte à distance, téléchargement de sonneries, jeux et concours, services financiers, réservations de spectacles…etc[2].

Un SMS est toutefois une façon rapide d'annoncer la faillite de l'entreprise à ses travailleurs, dans le but que ces derniers soient avertis au plus vite de la suspension de l'exécution de leur contrat[3].

Opérateurs télécoms, annonceurs et prestataires de services à valeur ajoutée ou non nous inondent de messages de toutes sortes pour nous faire participer à un jeu ou nous inciter à acheter un produit ou service[4].

Le législateur algérien a été fixer par la décision n°36PC/ARPT/2013 du 17-04-2013 les condition et modalités applicables aux offres promotionnelles des operateurs de téléphone mobile de norme GSM[5].

A ce titre , le législateur français considéré le SMS est une correspondance privée bénéficiant du même cadre juridique que celui propre aux appels téléphoniques et également il devenu un vecteur important dans les relations commerciales en permettant le développement de toutes sortes de nouveaux services.

---

[1] http://lavieeco.com : « Messages publicitaires intempestifs par SMS : à quand les décrets de protection ? ».
[2] www.droit-technologie.org : « Commerce électronique par téléphonie mobile et protection de l'utilisateur en droit belge ».
[3] www.droit-technologie.org : « Un employeur belge licencie 82 ouvriers par SMS : est ce légal ».
[4] http://lavieeco.com « Messages publicitaires intempestifs par SMS : à quand les décrets de protection ? ».
[5] La décision n°36 PC/ ARPT/2013 du 17-04-2013 les condition et modalités applicables aux offres promotionnelles des operateurs de téléphone mobile de norme GSM, ; Article 1er: « La présente décision a pour objet de fixer les conditions et modalités des offres promotionnelles applicables aux opérateurs de téléphonie mobile de norme GSM, y compris celles qui sont lancées durant le mois de Ramadhan dont le régime juridique obéit à des conditions particulières définies par la présente décision » ;p.04.

Le SMS s'analyse comme un courrier électronique au sens de l'article 1er de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numerique.il est devenu un instrument essentiel en matière commerciale , il s'impose comme un moyen contractualisation incontournable et comme un moyen de preuve[1].

I- Les dispositions générales de contrat par SMS :

Les développements technologies ont conduit à l'utilisation de SMS dans le secteur économique entant que l'un des pratiques commerciales, ce qui devrait définir le SMS comme un moyen de contractualisation(A)et déterminer les conditions de stipulations légalement(B).

A/Définition de contrat par SMS :

Le SMS est un acronyme anglais qui signifie « Short Message Service » ; connuen français par « Service de messages succincts » , par « textos » ou par « minimessages »; c'est un service propose conjointement a la téléphonie mobile permettant de transmettre des messages écrits de taille comprise entre 70 et 160caracteres suivant la langue utilisée[2]. Donc le SMSest un moyende communication qui permet d'échanger des messages courts à partir d'un téléphone mobile[3]

L'article 2 du décision n°36 du 17/04/2013 dispose : « On entend par offre promotionnelle, toute action commerciale entreprise par un opérateur de téléphonie mobile de norme GSM accordant un avantage limité dans le temps,

---

[1]Art.01 de la loi 21 juin 2004 : « tout message sous forme de texte, de voix , de son ou d'image envoyé par un réseau ouvert au public qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère » Bourgeon.CH ;Van Eeckhout .A« Les pratiques contractuelles du SMS »,Revue des contrat 2008/2, L.G.D.J , p.557 et p.558.

[2]Benslimane .I : « Le parler des jeunes : Cas des SMS des étudiants du département de langue et littérature françaises, Université Mentouri de Constantine »,Mémoire Présente pour l'obtention du diplôme de magister ; Université de Constantine, juin 2007 ,p.42.

[3] Ait Mouloud.L : « Créativité langagière et contact de langues : le cas du langage SMS chez les jeunes tizi-ouzéenes », Mémoire Présente pour l'obtention du diplôme de magister ;Université mouloud mammeri de Tizi-Ouzou,Avril 2011,p.58.

financier ou autre, afin de permettre à court ou moyen terme de développer et/ou de promouvoir les ventes d'un produit relevant d'un service mobile donné qu'il soit sous la forme post payée ou prépayée (Voix, SMS, MMS et GPRS/WAP) permis par son cahier des charges en vue d'inciter une partie ou la totalité du public à l'achat ou l'abonnement à ses services de télécommunications et/ou à la fidélisation de ses abonnés sans pour autant considérer les programmes de fidélité comme des offres promotionnelles au sens du présent article.

Cette définition couvre aussi les ventes lancées directement par l'opérateur sous forme de packs comprenant des avantages comme le rabais sur l'accès, SMS, etc.... » [1].

Pendant que ,Autrefois , l'appareil d'appel **« Pager »**est très petit appareil , il est apparu avant que le téléphone mobile est souvent utilisé par les médecins et les ingénieur de maintenance, qui permet de connaitre les numéros d' appels téléphoniques a tout moment ; a introduit quelques modifications dans des années quatre-vingts, il était devenu de recevoir des messages écrit , tous ces messages texte peuvent être convenus *de conclure un contrat par un échange des lettres entre les operateur* [2].

Les messages courts SMS, et plus récemment les MMS, forment déjà une nouvelle « économie », ce qu'il est devenu commun d'appeler le « **M-commerce** ».Au sens de l'article premier de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur dispose : « toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits ou des services mis sur

[1] La décision N°36 PC/ ARPT/2013, précité ; p.04.

2- حامدي بلقاسم "إبرام العقد الالكتروني"، رسالة دكتوراه تخصص قانون الاعمال ،جامعة الحاج لخضر باتنة ، السنة الجامعية 2014-، 2015،ص.04.

le marché» .Dans ce cas, toute transaction opérée via le terminal portable sera qualifiée de contrat à distance au sens de l'article 77 LPC.

Pour que le régime protecteur des contrats à distance s'applique, il est nécessaire que le contrat soit réellement conclu à distance grâce à la technique de communication. Ainsi, le régime sera inapplicable si le consommateur s'est contenté de nouer un contact à distance avec le vendeur (via un site web par exemple), mais a finalement passé commande dans son magasin. Conséquence de cette qualification : toutes les obligations, notamment d'information, prescrites par les dispositions de la section 9 « Des contrats à distance »[1].

Le SMS est défini dans la norme de téléphonie mobile GSM , il est un service proposé par les opérateur de téléphonie mobile permettant d'adresser à son destinataire un message écrit court, contenant au maximum 160 caractères et de recevoir instantanément la réponse [2].

B. les conditions de conclusion :

Le SMS est un contrat électronique et comme tous les autres contras devrait être respecter les condition de fond pour la conclusion et les condition de forme pour la légitimité.

1-les conditions de fonds :

Les conditions defond de contrat par SMS sont réalisées par déterminer la formation d'un contrat etl'acceptation du consommateur d'une part et d'autre part la confirmation de l'offre et les informations préalables.

1-1/Formation d'un contrat par SMS :

Les conditions du contrat sont, dans la plupart des contrats, fixées par une partie qui l'impose à l'autre comme loi commune; ce qui a mené vers la

[1]T.Verbiest : « Commerce électronique par GSM et protection de l'utilisateur »,par site :www.droitbelge.be.
[2] Bourgeon.CH ;VanEeckhout .A, précité ,p.557.

généralisation des contrats d'adhésion à toutes sortes de contrats, depuis le contrat de travail qui est le contrat d'adhésion type au contrat de vente ou au contrat de crédit[1].

La loi sur l'économie numérique français est venue aussi préciser l'obligation qui pèsent sur le professionnel dés lors qu'il propose une contractualisation par voie électronique. Il convient de distinguer deux cas :

Lorsque le SMS sera l'accessoire de l'offre et utilisé comme l'outil permettant d'accepter l'offre pour le consommateur ou de la confirmer par le professionnel.

Le cas de la contractualisation par la voie du seul SMS peutêtre parfaitement utilisé dans une logique de contractualisation, en pratique, compte tenu de sa nature, il est utilisé pour des contrats simples ou peux onéreux, dans la mesure ou l'échange des consentements peut être formalisé en quelques mots[2].

1-2/L'acceptation par le consommateur :

Le code civil stipule que la vente est parfaite entre les parties dès qu'il y a accord sur la chose et sur le prix. Il convient donc de déterminer les modes d'acceptation de l'offre et le contexte de cette acceptation. Le double clic peut être une acceptation comme il peut ne pas l'être en fonction du contexte dans lequel il intervient, par exemple après de multiples écrans affichés et l'insertion de coordonnées et l'authentification après confirmation, le double clic équivaut à une acceptation[3].Donc, il est entendu d'envoyer deux SMS considéré comme une acceptation.

[1] SAHRI. F , précité, p.02
[2] Bourgeon.CH ;VanEeckhout ,précité.,p.562
[3] SAHRI. F , précité, p.03

LeSMS vous permet d'accepter l'offre qui vous est faite. Dans cette hypothèse, le SMS n'est pas la seule technologie utilisé. L'utilisateur passe avant toute chose par un site accessible depuis son téléphone ou via une publicité et il va donner ensuit son accord par SMS.

Aussi le professionnel doit-t-il respecter les conditions proposes à l'article 1369-1 du code civil et aux articles L.121-16 et suivant du code de la consommation . il remplit son obligation en mentionnant les informations nécessaire à toute offre proposée par voie électronique sur son site mobile ou dans sa publicité. Le SMS sera le support du consentement de l'utilisateur[1].

1-3/ La confirmation de l'offre :

Le contrat se forme par la rencontre de l'offre et de la demande, cette rencontre parterminal interposé se traduit par une offre en ligne qui est l'émanation unilatérale devolonté adressée au public ou à une personne déterminée, en vue de la conclusion du contrat.

Pour être valable, l'offre doit être précise, ferme, complète et sans équivoque[2].

L'offre en vente correspond à la mise en vente d'un produit ou d'un service, c'est-à-dire à la volonté de vendre immédiatement à son client à l'endroit où se fait le contact avec celui-ci. En règle générale, une communication commerciale contenant tous les éléments nécessaires à la conclusion du contrat (description du produit ou du service, prix, démarche à suivre pour commander le produit ou le service) est une offre.

[1] Bourgeon.CH ;VanEeckhout ,précité ,p.562.
[2]SAHRI.F , précité, p.03

Les offres sont soumises à des contraintes légales plus lourdes que les publicités, précisément parce qu'un simple « oui » débouche sur la conclusion du contrat[1].

L'article l.121-20-11 du code de la consommation exige du professionnel la confirmation de son offre par écrit ou support durable. Si le SMS est adapté dans la plupart des cas (le professionnel accuse réception du vote de l'utilisateur), le SMS peut présenter des limites pour des produits et services plus complexes. Le professionnel pourrait tout à fait répondre à ses obligations en renvoyant dans le corps du SMS vers un autre support durable .S'agissant de confirmation de l'offre par SMS , une adaptation des textes pourrait être envisagéedès lors que le consommateur est déjà en relation contractuelle avec le professionnel vendeur. En effet, dans les cas ou le client est en relation contractuelle avec son opérateur[2].

1-4/les informations préalables :

Le vendeur doit, obligatoirement, informer les clients sur les prix, les tarifs et les conditions de vente des biens et services. il est tenu, avant la conclusion de lavente, d'apporter par tout moyen au consommateur lesinformations loyales et sincères relatives auxcaractéristiques du produit ou du service, aux conditions devente pratiquées ainsi que les limitations éventuelles de laresponsabilité contractuelle de la vente ou de la prestation[3].

Pour autant, tout intervenant doit porter à la connaissance du consommateur toutes les informationsrelatives au produit qu'il met à la consommation, par voie d'étiquetage, de marquage ou par tout autre moyen approprié[4].

[1]T.Verbiest ,précité ,par site :www.droitbelge.be.
[2] Bourgeon.CH ;VanEeckhout ,précité.,p.563.
[3] Article 04 et l'article 08 du Loi N° 04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, p.04.
[4] Article17 du Loi N°09-03 du 25 février 2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes ,p.13.

Dans la loi sur le commerce électronique, l'obligation d'information pèse sur le « prestataire de services » et bénéficie à tout « destinataire du service », c'est-à-dire « toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible ». Seront notamment visées les informations à fournir lors de « la passation d'une commande par voie électronique ». Ainsi, la loi exige qu'un dispositif soit mis en place afin de permettre aux destinataires des services d'identifier et corriger les éventuelles erreurs. Elle impose également qu'un accusé de réception de la commande soit adressé au destinataire du service. Ces obligations sont cumulatives avec celles existant par ailleurs (LPC, etc.).Les informations doivent être fournies «de manière claire et compréhensible par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée » (art. 4, §. 2, de la directive relative aux contrats à distance).

En effet, les obligations d'information précitées, imposées par les législations sur les contrats à distance et le commerce électronique, s'appliqueront aussi aux téléphones portables. Toutefois, la multiplication d'informations à afficher par le vendeur pose des problèmes pratiques considérables dans le cas du commerce par téléphonie mobile, car les portables sont ne sont pas conçus pour afficher autant de données à l'écran (conditions générales, informations sur le vendeur, sur le processus de commande etc.)[1].

Le tribunal de proximité d'**Antony** a eu à se prononcer sur la validité d'un envoi par SMS par NRJ mobile pour satisfaire aux conditions d'information des modifications contractuelles de son offre de téléphonie mobile à carte prépayée[2].

[1]T.Verbiest ,précité ,par site :www.droitbelge.be.
[2]Couilleaux.A : « conditions d'information des modification contractuelles par l'envoi d'un SMS » ; par site : www.legalnewsnotaires.com.

Lorsque le SMS est le seul support de la contractualisation , le législateur français est venu préciser que les obligations d'information exposées précédemment n'existaient pas en cas d'échange de seuls SMS.

En conclusion, l'utilisation des seules SMS pour contractualiser s'avère en pratique difficile à mettre en œuvre sans référence à un autre support[1].

2- Les conditions de forme :

L'article 18 du la loi n °09-03 relative à la protection du consommateur dispose : « L'étiquetage, le mode d'emploi, le manuel d'utilisation, les conditions de garantie du produit et touteautre information prévue par la réglementation envigueur, doivent être rédigés essentiellement en languearabe et, accessoirement, dans une ou plusieurs autreslangues accessibles aux consommateurs, de façon visible,lisible et indélébile »[2].

Le législateuralgérien a été confirmé la nécessité de formulation les données de produit ou service par la langue arabe ou d'autre les langues étrangères d'être établi le principe de droit du consommateur à l'information qui permet à chaque consommateur d'identifier la fondamental de produit [3].

Le destinataire doit se voir « offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer , sans frais , hormis ceux liés à la transmission du refus, et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées lorsque celle-ci sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé »[4].

La question peut se poser de l'application du texte au SMS ?

---

[1] Bourgeon.CH ;VanEeckhout ,précité.,p.563 et p.364.

[2] Loi n °09-03 du 25 février 2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes ; p.13.

1- صياد الصادق: "حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش"، مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص قانون أعمال جامعة قسنطينة، 2013-2014،ص.68.

[4] Bourgeon.CH ;Van. Eeckhout ,précité.,p.561

L'article 13, § 2 de la loi du 11 mars 2003 sur le commerce électronique ajoute que, lors de l'envoi (autorisé) de toute publicité par courrier électronique, le prestataire doit fournir une information claire et compréhensible concernant le droit de s'opposer, pour l'avenir, à recevoir les publicités ; il doit indiquer et mettre à disposition un moyen approprié d'exercer efficacement ce droit par voie électronique[1].

En matière d'e-mail, il n'y a aucune reprise de la pratique consistant à permettre au destinataire de se désinscrire dans chaque e-mail reçu. Cette pratique peut être transposée au SMS. La désinscription par un renvoi vers un serveur gratuit ou par l'intermédiaire d'une charte portée préalablement à la connaissance de l'utilisateur et prévoyant la possibilité de désinscription via l'envoi d'un SMS à un numéro permet de répondre aux obligations[2].

Afin de vous faciliter la lecture du contrat SMS+, une attention particulière a été apportée à sa mise en forme :

- simplification des définitions des termes contractuels, suppression des entrées dans l'article « définitions » pour les termes qui ne présentent qu'une seule occurrence,
- regroupement d'informations de même périmètre (interdictions, obligations, engagements, responsabilités de chacune des parties),
- mise à jour des changements d'identité[3].

II/ Les effets de contrat par SMS :

Le contrat de SMS est conduit a les obligations à cocontractant comme des autres contras ce qui est l'exécution de contrat et chaque partie a un droit de résiliation en cas de défaut de l'un des parties son obligations .Il

[1]T.Verbiest ,précité ,par site :www.droitbelge.be.
[2]Bourgeon.CH ;VanEeckhout ,ibid.,p.561.
[3]www.orangekiosques.com : « Découvrez le nouveau contrat SMS+ ».

peut également, considérer le SMS un moyen de preuve en cas de conflits entre les parties.

1-Exécution du contrat par SMS :

L'exécution des contrats électronique sont résulter mêmes des effets classiques de contrat de vente,c'est à dire des obligation de vendeur commerçant (transférer la propriété,la délivrance, garantir la jouissance, la garantir l'acheteur contre l'éviction, la garantir des vices cachées) d'une part et d'autre part les obligation d'acheteur consommateur (payer le prix , retirer la chose achetée) [1].

En matière de commerce électronique, le commerçant exige souvent le payement anticipé,ceci peut décourager les consommateurs. Un palliatif à cette pratique consiste à utiliser un service d'entièrcement[2].

Le SMS peut aussi être utilisé pour exécuter un contrat et permettre sa modification .dans cette hypothèse , le SMS sert généralement à prévenir , confirmer, informer le destinataire comme support de l'exécution d'un contrat .il informe le client de la réception de sa commande ou lui confirme la souscription à un service.

Le tribunal de grande instance de Nanterre le 10 septembre 2003 a ordonné à son operateur d'adresser à chacun de ses abonnés « un message électronique dit SMS l'informant des modifications apportées à son contrat ». Mais le tribunal de Proximité d'Antony rendue contre la société NRJ Mobile le 12 mars 2007 , le tribunal a considéré , au visa de l'article L.121-84 du code de la consommation , que le « SMS envoyé par NRJ ne satisfait nullement au formalisme exigé par la loi pour la modification du contrat.

[1] حامدي بلقاسم، المرجع السابق،ص.151

[2] SAHRI. F , précité, p.04.

En effet, le SMS ne paraissait pas adapté compte tenu de l'ampleur de la modification (le SMS ne permettait pas de contenir raisonnablement l'intégralité de la modification), il peut dans d'autres circonstances êtrecomplètement suffisant pour remplir cette obligation, comme par exemple une modification de tarif [1].

2-Résiliation de contrat par SMS :

L'article 119 alinéa 1 du code civile dispose : « Dans les contrats synallagmatiques, lorsqu'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre partie peut, après avoir mis le débiteur en demeure, réclamer l'exécution du contrat ou en demander la résolution avec réparation du préjudice, dans les deux cas, s'il y a lieu»[2].

En droit français, dans le silence du texte, il est possible de résilier un contrat par lettre recommandée électronique.La réponse ministérielle n°191 du 11 juin 2013 a répondu par l'affirmative, Cette solution n'est guère étonnante en raison de l'évolution des technologies. Elle puise sa logique dans la consécration en droit français par la loi du 21 juin 2004 *pour la confiance dans l'économie numérique* des procédés de

Preuves par voie électronique, qui ont, pour mémoire, la même force probante qu'un écrit papier[3].

Entre professionnels, et entre professionnel et un consommateur , une résiliation d'un contrat par SMS peut être envisagée des l'instant qu'il n'existe aucune disposition contraire dans le contrat , et ce d'autant plus lorsque ce dernière a été conclu dans les mêmes formes. Naturellement ,

[1] Bourgeon.CH ;Van. Eeckhout ,précité.,p.564.
[2] Art.119 de code civil
[3] L'article 1369-8 alinéa 1 du Code civil prévoit qu'une « lettre recommandée relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique à condition que ce courrier soit acheminé par un tiers selon un procédé permettant d'identifier le tiers, de désigner l'expéditeur, de garantir l'identité du destinataire et d'établir si la lettre a été remise ou non au destinataire » ; La résiliation d'un contrat par courrier électronique avec accusé-réception, c'est possible !, par site de :www.legavox.fr

dans les relation entre professionnel et consommateur, il faudra veiller à ce que la clause concernée ne c constitue pas une clause abusive [1].

3-La preuve de contrat par SMS:

La preuve par écrit résulte d'une suite de lettres ou de caractères ou de chiffres ou de tout autre signe ou symbole doté d'une signification intelligible, quels que soient leurs supports et leurs modalités de transmission[2].

Leproblème du payement pose également celui de la preuve. Celui qui prétend s'être libéré doit prouver le payement. Cette preuve s'avère difficile dans le cadre d'une transactionélectronique, et les consommateurs risquent de se retrouver démunis de preuve. Dans les contrats classiques on exige un écrit au-delà d'une certaine somme : 1000 D.A. en droit algérien.

En général, le droit commercial consacre la liberté de la preuve entre commerçants. Pour ce qui concerne le consommateur la preuve semble difficile d'accès puisque pour ce dernier, seule la preuve écrite est capable de contenir la vérité. La question qui se pose est celle de l'assimilation du document électronique à l'écrit[3].

Un SMS (message écrit téléphonique) est ainsi un mode de preuve admis. Le destinataire du message peut le produire sans difficulté. L'auteur sait au moment de l'envoi, que son message sera enregistré dans le téléphone de réception. L'information ainsi obtenue est donc loyale[4].

Dans une culture juridique de la preuve imprégnée par la prééminence de l'écrit papier , tout la difficulté sera de convaincre le juge de la fiabilité de la preuve au moyen d'un écritélectronique.dans ce contexte, le SMS disposes des mêmes forces et faiblesse que l'e-mail [5].

[1]Bourgeon.CH ;Van. Eeckhout ,précité ,p.565
[2] Art.323 bis.(nouveau) de code civil.
[3] SAHRI. F , précité, p.04.
[4]« La preuve en matière civile » par site de : www.documentissime.fr.
[5] Bourgeon.CH ;Van. Eeckhout ,précité.,p.564.

Si le format actuel et les contraintes inhérentes du SMS peuvent contrarier l'admissibilité du SMS comme preuve par écrit au sens des articles 1316 et suivants du code civil français , il existe un certain nombre de situation dans lesquelles le SMS est une preuve valable ; les parties pouvant également convenir à l'avance par convention que le SMS constituera le procédé probatoire devant régir leurs relations [1].

Conclusion :

La progrès technologie est conduit à l'adaptation des moyennes électroniques pour la conclusion des contrats .Pour cette raison , le législateur algérien a promulgué des plusieurs textes juridiques concernées a la conclusion des contrats par l'internet et la signature électronique , mais il a négligé un mécanisme de la conclusion de contrat par SMS portable qui c'était avant l'invention de l'internet.

Donc , nous avons appuyé dans notre article que le SMS est un moyen de communication et contractualisation ,il devrait être disponibilité des conditions de fonds et les conditions de forme .En outre, l'utilisation cette mécanisme nait les effets contractuelles à contractant

[1] www.documentissime.fr.

-BIBLIOGRAPHIE-

LEGISLATION :

-Loi N° 04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, JO.N°41 , p.03.

-Loi N°05-10 du 13 Joumada El Oula 1426 correspondant au 20 juin 2005 modifiant et complétant l'ordonnance N°75-58 du 26 septembre 1975, modifiée et complétée, portant code civil. JO .N°44.p.14.-Loi N°09-03 du 25 février 2009 relative à la protection du consommateur et à la répression des fraudes, JO N°15,p.10.-Ladécision n°36PC/ ARPT/2013 du 17-04-2013 les condition et modalités applicables aux offres promotionnelles des operateurs de téléphone mobile de norme GSM.

-Réglementation française :

- Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et surl'information et la protection du consommateur, modifiée parla loi du 25 mai 1999 transposant la directive européenne concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

-Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique ;JORF du14 mars 2000.-Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ;JORF N°0143, page11168.

-ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique JORF N°140 du 17 juin 2005, page10342.

- Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation ; JORFN°0151 du 2 juillet 2010 , page 12001.

- Ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques ;JORF n°0197 du 26 août 2011, page 14473 .- Loi n° 2014-344

du 17 mars 2014 relative à la consommation ;JORFN°0065 du 18 mars 2014 ,page 5400 . -Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation **;**JORF n°0064 du 16 mars 2016.

-La réponse ministérielle n°191 du 11 juin 2013 ; Réponse publiée au JO le 11/06/2013 page 6171.

LES OUVRAGES EN FRANÇAIS :

-BOURGEON.CH ;VAN EECKHOUT .A« Les pratiques contractuelles du SMS »,Revue des contrat 2008/2, L.G.D.J , 2008.

-BENSLIMANE .I : « Le parler des jeunes : Cas des SMS des étudiants du département de langue et littérature françaises, Université Mentouri de Constantine »,Mémoire Présente pour l'obtention du diplôme de magister ; Université de Constantine, juin 2007 .

- AIT MOULOUD.L : « Créativité langagière et contact de langues : le cas du langage SMS chez les jeunes tizi-ouzéenes », Mémoire Présente pour l'obtention du diplôme de magister ;Université mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou,Avril 2011.

LES OUVRAGES EN ARABE :

- صياد الصادق : "حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش"،مذكرة لنيل شهادة ماجستير تخصص قانون أعمال جامعة قسنطينة، 2013-2014.

-حامدي بلقاسم "إبرام العقد الالكتروني"، رسالة دكتوراه تخصص قانون الاعمال ،جامعة الحاج لخضر باتنة ، السنة الجامعية، 2014- 2015.

ARTICLES :

-SAHRI. F « Les spécificités des contrats du commerce électronique ».

-T.VERBIEST « Commerce électronique par GSM et protection de l'utilisateur »,par site :www.droitbelge.be.

-COUILLEAUX.A « conditions d'information des modifications contractuelles par l'envoi d'un SMS » ; par site : www.legalnewsnotaires.com.

LES SITES INTERNET :

-http://lavieeco.com : « Messages publicitaires intempestifs par SMS :
à quand les décrets de protection ? ».

-www.droit-technologie.org : « Commerce électronique par téléphonie mobile et protection de l'utilisateur en droit belge ».

-www.orangekiosques.com : « Découvrez le nouveau contrat SMS+ ».-
www.legavox.fr: « La résiliation d'un contrat par courrier électronique avec accusé-réception, c'est possible ! ».

-www.documentissime.fr :« La preuve en matière civile ».

✓ تقارير :

مجلة الفقه والقانون العدد 53 مارس 2017

تقرير[1] حول انطلاق تفعيل برنامج الشراكة الذي يجمع نادي قضاة المغرب والجمعية الأمريكية للقضاة و المحامين بشأن تفعيل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان في العمل القضائي المغربي

نظم نادي قضاة المغرب بشراكة مع الجمعية الأمريكية للمحامين و القضاة، ندوة وطنية حول موضوع : **"تطبيق المواثيق الحقوقية الدولية في العمل القضائي المغربي: رهانات وعوائق"**، وذلك يوم السبت 18 فبراير 2017 ببيت الصحافة بمدينة طنجة ابتداء من الساعة الثانية والنصف بعد الزوال .

وقد شهدت هذه الندوة مشاركة عدد من الفعاليات الحقوقية و القضائية و الجامعية، إلى جانب حضور ممثل عن السفارة الهولندية بالمغرب، حيث تولت الأستاذة حجيبة البخاري نائبة رئيس المحكمة الابتدائية بمكناس مهمة تسيير الجلسة.

و قد استهلت هذه الندوة بكلمة للكاتب العام لنادي قضاة المغرب ياسين العمراني، الذي أكد على أن هذا النشاط يندرج في إطار برنامج الشراكة الذي يجمع بين نادي قضاة المغرب والجمعية الأمريكية للمحامين و القضاة، و الذي يتوخى توفير الظروف الملائمة لتفعيل المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان على مستوى العمل القضائي،

[1]- من اعداد : ابراهيم شويعر ،باحث في صف الدكتوراه بكلية الحقوق بطنجة.

بالنظر للقيمة المضافة التي يوفرها هذا التفعيل على مستوى تجويد العمل القضائي، والمساهمة في تدعيم ركائز دولة الحق والقانون، موضحا أن هذه الندوة تشكل افتتاحا لبرنامج الشراكة الذي يربط نادي قضاة المغرب والجمعية الأمريكية للقضاة و المحامين، والذي سيشمل على مدى سنتين تنظيم سلسلة من الدورات التكوينية لفائدة القضاة في مجال تفعيل الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان في العمل القضائي المغربي .

من جانبها أكدت رئيسة الجمعية الأمريكية للقضاة والمحامين على الأهمية التي يكتسيها تطبيق الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان في المجال القضائي، معبرة بالمناسبة على اهتمام جمعيتها بواشنطن بعمل نادي قضاة المغرب في هذا الصدد، وقد عرفت هذه الندوة إلقاء عدد من العروض المرتبطة بمجال تفعيل الاتفاقيات الدولية في العمل القضائي، حيث تحدثت الدكتورة وداد العيدوني، الأستاذة الجامعية وعضوة المجلس الأعلى لمؤسسة محمد السادس للعلماء الأفارقة، عن دور القضاء العادي في مجال تطبيق المواثيق الدولية الحقوقية، مشيرة إلى إشكالية ملائمة القانون الداخلي مع المواثيق الدولية، باعتبار أن هذه الأخيرة من المصادر الهامة التي يمكن للقاضي المغربي إعمالها والاسترشاد بها، مستعرضة مجمل الاتجاهات الفقهية التي تطرقت لهذه الإشكالية، خاصة في ظل أخذ المشرع المغربي بالاتفاقيات الدولية المؤطرة لحقوق الإنسان في عدد من قوانينه، كقانون الجنسية، وقانون حقوق المؤلف، وقانوني المسطرة المدنية والمسطرة الجنائية، مع تأكيدها على أن تفعيل هذه الاتفاقيات يبقى مرهونا بشرط احترام المبادئ الدستورية العليا، مستدلة في ذلك ببعض الاجتهادات القضائية التي طبقت الاتفاقيات الدولية، خصوصا بأقسام قضاء الأسرة .

من جانبه تطرق الأستاذ ياسين العمراني، الكاتب العام لنادي قضاة المغرب في مداخلته، إلى مستويات تفاعل القضاء المغربي مع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، موضحا على أن القضاء المغربي يتعامل عادة مع مضامين الاتفاقيات الحقوقية الدولية بحسب درجة انسجام مقتضياتها مع القوانين الوطنية، إذ في مستوى أول يتم تفعيل المضامين التي لا تتعارض مع القوانين المغربية، و يتم تفعيل الاتفاقيات الدولية في هذا المستوى إما من خلال الإشارة إلى مضمون القاعدة الكونية دون ذكرها إسما و بشكل صريح، كما هو الشأن بالنسبة لعدد من القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى التي استدل بها في معرض مداخلته، أو من خلال الإشارة الصريحة في حيثيات الأحكام القضائية لبنود الاتفاقية، مستشهدا في ذلك بعدد من الأحكام الصادرة عن القضاء المغربي، كما هو الشأن بالنسبة للقرار الصادر عن الغرفة الاجتماعية بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء الذي اعتمد على أحكام اتفاقية مناهضة التمييز ضد المرأة بشكل صريح، و قرر اعتبار طرد الأجيرة بسبب الجنس طرد تعسفيا استنادا إلى بنود اتفاقية، أما المستوى الثاني من مستويات التفعيل، فيكون في حال التعارض بين القانون المغربي والاتفاقيات الدولية، حيث يلجأ القضاء المغربي غالبا إلى استبعاد تفعيل الاتفاقيات الدولية المتعارضة مع القوانين الوطنية رغم المصادقة عليها من قبل المغرب، موضحا أنه رغم ذلك توجد بعض الاستثناءات التي طبق فيها القضاء المغربي الاتفاقيات الدولية رغم تعارضها مع

القانون المغربي، مستشهدا بهذا الخصوص بعدد من القرارات الصادرة عن القضاء المغربي كالقرار الصادر عن محكمة النقض الذي طبقت فيه أحكام اتفاقية هامبورغ لنقل البضائع بشأن مسؤولية الناقل البحري التي تتعارض مع القانون التجاري البحري .

وفي مداخلته ركز الأستاذ مصطفى بونجة، المحامي بهيئة طنجة و مدير المركز المغربي للتحكيم و منازعات الأعمال، على خصوصية مجال التحكيم في الشق المتعلق بتطبيق الاتفاقيات الدولية، موضحا أن الإطار التشريعي الوطني يوفر حلول أنجع يمكن اعتمادها في التعاطي مع موضوع التحكيم، الهندسة التشريعية التي اعتمدت أولوية الاتفاقيات الدولية على التشريع الوطني فيما يتعلق بمجال التحكيم، ومنها اتفاقية نيويورك لسنة 1950، تثير عدد من الصعوبات من حيث التطبيق، إذ يجد القاضي المغربي صعوبة في تطبيق مقتضيات هذه الاتفاقية، والأخذ بقواعد قانون المسطرة المدنية المغربي، على اعتبار أن الاتفاقية الدولية المذكورة أكثر يسرا في تنفيذ الحكم التحكيمي .

من جانبه اعتبر الأستاذ "أنس سعدون" عضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية في مداخلته بعنوان "إدماج الاتفاقيات الدولية في مناهج تكوين القضاة" أن تكوين القضاة في هذا المجال عملية تقنية تتطلب مجهودات كبيرة ومتطورة لها علاقة وطيدة بورش إصلاح منظومة العدالة، مشيرا إلى الصعوبات التي تعيق منظومة تكوين القضاة داخل المعهد، سواء على مستوى غياب مناهج فعالة في مجال التكوين، أو على مستوى غياب المعايير الواضحة في انتقاء المكونين، مضيفا أن ذلك يؤثر سلبا على تكوين القضاة في مختلف المجالات بما في ذلك مجال تفعيل الاتفاقيات الدولية في العمل القضائي، مستشهدا بهذا الخصوص بعدد من الملاحظات المقدمة من قبل نادي قضاة المغرب حول موضوع التكوين والتكوين المستمر للقضاة، مشيرا إلى عدم ادراج الاتفاقيات الدولية في مناهج تكوين القضاة خاصة على مستوى المواد الأساسية للتكوين، بالإضافة إلى قلة الأطر والهياكل داخل المعهد العالي للقضاء والمتخصصة بمجال الاتفاقيات الدولية وحقوق الإنسان، مؤكدا على ضرورة اعتماد التكوين المستمر والمتخصص، وتعزيز هيئة التدريس بالمعهد، وإعادة النظر في مناهج التكوين، والجمع بين التكوين والوطني والجهوي، من خلال فتح فروع جهوية للمعهد العالي للقضاء وربط شراكات مع الجامعات وكليات الحقوق على وجه الخصوص.

واختتمت فعاليات هذه الندوة بمداخلة الدكتور "محمد الحمياني" عضو المكتب الجهوي لنادي قضاة المغرب بطنجة، تحت عنوان "قضاء المحكمة الابتدائية بطنجة على ضوء الاتفاقيات الدولية" حيث أشاد المتدخل بقسم قضاء الأسرة بطنجة باعتباره الجهة الرائدة وطنيا في تطبيق وإعمال أحكام الاتفاقيات الدولية بالأولوية على نصوص التشريع الوطني، و منها اتفاقية منع التمييز ضد المرأة، ميثاق الأمم المتحدة، اتفاقية حقوق الطفل ... مستدلا بمجموعة من الأحكام والقرارات القضائية في هذا الشأن، و من ضمنها حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بطنجة سنة 2017 قضى بثبوت بنوة الإبن غير الشرعي مع استحقاق المدعية للتعويض.

مجلة الفقه والقانون
www.majalah.new.ma
ردمد : 2336-0615