



دورية محكمة تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية- الجزائر

العدد الثامن
أوت 2010

تقويم الأداء الوظيفي في التشريع الجزائري

بن ديدة نجاة

مدى رقابة القاضي الإداري لقرارات سلطان
الضبط المستقلة

قوراري مجدوب

الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها في ظل
قانون الاجراءات المدنية الإدارية الجديد

بن عصمان جمال

الخطأ العقدي للعامل دراسة مقارنة بين التشريع
الجزائري التشريع الفرنسي

مهدي بخدة

ضمان تسبب القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة

بدري مباركة

الحماية القانونية للحق في الشرف والاعتبار

عاقلي فضيلة

رئيس التحرير :

أ.د. فوزي أوصديق

oussedik@hotmail.com

نائب رئيس التحرير

أ. العربي بلحاج

المراسلات باسم مدير مركز البصيرة
46 تعاونية الرشد القبة القديمة - الجزائر

ها: 021.28.97.78

فا: 021.28.36.48

النقال: 0550.54.83.05

البريد الالكتروني:

dirassatcan@yahoo.fr

الموقع الالكتروني:

www.albasseera.net

ردم د : 7988-1112

التوزيع



دار الخلدونية للنشر والتوزيع
05، شارع محمد مسعودي القبة الجزائر.

ها/فا : 021.68.86.48

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قَانِ دِرَاسَاتٍ
قَانِ دِرَاسَاتٍ

العدد الثامن -

8

دورية فصلية تصدر عن:

مركز البصيرة



للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية

بمساهمة:

للمنتدى الإسلامي للقانون الدولي الإنساني

إحدى المنظمات المتخصصة

لمنظمة المؤتمر الإسلامي

قواعد النشر

- 1 الالتزام بالتحليل والمنهجية العلمية.
- 2 تقدم الأبحاث إلى رئيس التحرير، أو من ينوبه ويبلغ أصحابها بالقرار المتعلق بالقبول أو الرفض أو التعديل.
- 3 لا يقل حجم البحث عن 20 صفحة.
- 4 يكون البحث مرفوقا بالمراجع.
- 5 يُكتب ببرنامج وورد (Word) مع خط Arabic Transparent بحجم 13 وباللغة العربية.
- 6 يُبلغ البحث في قرص مرن (Disquette, CD) مع نسخة مطبوعة على ورق 29.7/21 (A4)
- 7 يكون البحث جديدا لم يسبق أن نُشر في أية نشرية أخرى.
- 8 يكون البحث ملخصا يُعبّر عن أهم نقاط البحث ولو في نصف صفحة.
- 9 لا تُنشر إلا الأبحاث المتخصصة في العلوم القانونية أو ذات العلاقة.
- 10 يبلغ صاحبه بقرار النشر قبل إصداره بإفادة.

مركز البصيرة يرحب بأبحاثكم واقتراحاتكم ونصائحكم.

آراء الباحثين لا تعبر بالضرورة عن وجهة نظر المركز

هيئة التحرير

أ.د. فوزي أوصديق
رئيس التحرير
أ. العربي بلحاج
نائب رئيس التحرير

الهيئة العلمية

أ.د. فوزي أوصديق	رئيسا
(عميد سابق لكلية الحقوق / جامعة البليدة)	
أ. العربي بلحاج	مقرا
(أستاذ القانون بكلية الحقوق جامعة بومرداس)	
أ.د. تونسي بن عامر .	عضوا
(عميد كلية الحقوق / الجزائر)	
أ.د. محمد حمد العسلي	عضوا
(مقرر المنتدى الإسلامي للقانون الدولي الإنساني بليبيا.)	
أ.د. موسى دويك	عضوا
(مدير المعهد الفلسطيني للقانون الدولي الإنساني - فلسطين)	
أ.د. سيدي ولد الخباز	عضوا
(رئيس جامعة نواكشوط)	
أ.د. بطاهر بو حلال	عضوا
(أستاذ بجامعة ليون ، مدير مركز التربية والتعليم حول حقوق الإنسان - فرنسا)	
د. بن شويخ الرشيد	عضوا
(جامعة سعد دحلب البليدة)	
د. جمال محي الدين	عضوا
(جامعة سعد دحلب البليدة)	
د. عبد الهادي بن زيطة	عضوا
(جامعة أدرار)	
د. عجة الجيلالي	عضوا
(جامعة الشلف)	
د. فزو محمد آكلي	عضوا
(أستاذ القانون العام بكلية الحقوق / جامعة سعد دحلب - البليدة)	
د. أرزقي العربي أبرباش	عضوا
(كلية الحقوق/جامعة الجزائر)	
د. سعيد بويزدي	عضوا
(جامعة تيزي وزو)	



دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية- الجزائر

العدد الثامن - أوت 2010م رمضان 1431هـ

محتويات

الصفحة	بقلم	الموضوع
7	د. فوزي أوصديق	■ الافتتاحية.
11	أ. بن ديدة نجاة أستاذة مساعدة في كلية الحقوق، جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس	■ تقويم الأداء الوظيفي في التشريع الجزائري
39	أ. قوراري مجدوب. كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان	■ مدى رقابة القاضي الإداري لقرارات سلطات الضبط المستقلة
59	أ. بن عصمان جمال أستاذ محاضر بكلية الحقوق- جامعة تلمسان	■ الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجديد
81	أ. مهدي بخدة المركز الجامعي غليزان، الجزائر	■ الخطأ العقدي للعامل - دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي-
107	أ. بدري مباركة كلية الحقوق بجامعة سعيدة	■ ضمانات تسبب القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة
135	عاقلي فضيلة كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير جامعة الحاج لخضر باتنة.	■ الحماية القانونية للحق في الشرف والاعتبار- دراسة مقارنة

افتتاحية العدد

أ.د. فوزي أوصديق

عميد سابق في كلية الحقوق

بإصدار العدد الثامن، الدراسات القانونية، أخذت عهدا على نفسها لكي تصبح محكمة ابتداء من العدد العشر، بمناسبة انعقاد مؤتمر لها حول حقوق الإنسان، وبالتالي الانتقال، والارتقاء لنقلة نوعية أخرى.

في العدد الحالي حاولنا إبراز البعد الوطني، من خلال إشراك العديد من البحوث التي أرسلت عبر مختلف الجامعات (سيدي بلعباس، تلمسان، قسنطينة، غليزان، سعيدة، باتنة)، من خلال إبراز بحوث متميزة تعالج بعض الإشكاليات الدقيقة الممكن أن تكون عائقا لسيادة القانون، فالبحث الأول يتناول الأداء الوظيفي في التشريع الجزائري، من خلال إبراز الجانب الخاص بالأداء والتقييم بالتحليل، والمقارنة، وإبراز موقف المشرع الجزائري...

وفي إطار التسلسل المنطقي، وإبراز صفة الإداري الجزائري، تناولنا في البحث الموالي مدى رقابة القاضي الإداري لقرارات سلطات الضبط، وإن كان التطور الفقهي والقضائي في الجزائر في مرحلة جنينية لحدثة التنظيم القضائي الإداري الجزائري وعدم بروز هوية واضحة للمشرع الإداري في الجزائر لهذا الشأن، فالبحث جدير

بالاهتمام بتسليطه إطلالة على زاوية من زوايا القانون الإداري المترامي الأطراف والأبعاد.

أمام البعد الوطني للقانون الإداري وتطوره في التشريع الجزائري، لا يسعنا في البحث الثالث إلا أن يقدم صاحبه دراسة- جد مهمة- حول الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية الإدارية، فالبحث يحاول تأصيلا وتفصيلا، ومقارنة ببعض ما هو معمول به تسليط ضوء حول مدى تطبيق بعض أحكام التحكيم، ومدى انسجامه أو تعارضه مع قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أمام حداثة التجربة الجزائرية، والانفتاح الاقتصادي ومحاولة عصرنة المنظومة القانونية الجزائرية لكي تواكب بعض المعايير الدولية المتعارف عليها جاء البحث الرابع لتقديم صورة أخرى لقانون العمل، بإبراز إحدى الإشكاليات التي تؤدي أحيانا لبطلان بعض العقود.

من خلال تناول بحث حول الخطأ العقدي للعامل بالمقارنة والتحليل... والذي حسب قناعتنا قد يشفي فضول العديد من الباحثين في هذا الشأن الشائك.

أما البحث الخامس فهو خاص بمجال القانون الإداري، ويتأجج بين مختلف فروع، وذلك بتناول ضمانات تسبب القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة، وهو بحث حساس وتفتقر له العديد من المكتبات، ويعنى بالندرة في الدراسة والتحليل في المكتبة القانونية الجزائرية، ومنازة في مجال التخصص الدقيق.

واختتمنا هذا العدد، بموضوع خاص بالحماية القانونية للحق في الشرف والاعتبار، ثم اكتساب أو بناء العديد من القضايا والاجتهادات لإبراز قداسة الفرد المعنوية والأخلاقية، فهو خيط رقيق لا يرى بالعين المجردة، إن لم يوصل قد يؤدي إلى تآكل زاوية هامة من زوايا حقوق الإنسان.

فحاولنا إذا من خلال العدد المقدم - الثامن - أن ينال رضاكم، وأن يساهم في الاجتهاد القانوني والفقه بالجزائر، ويكون قيمة مضافة للمكتبة القانونية بالجزائر،



وحاولنا تخصيص أكثر البحوث فيه، لمجال القانون الإداري، رغم العديد من البحوث التي وصلتنا من الداخل، والخارج، فمعذرة للأخوة الأساتذة الأفاضل عن تأخر بحوثهم، ولكن نعدهم بنشرها في الأعداد اللاحقة.

فالدراسات القانونية، نتمناها أن تكون منفتحة لجميع البحوث، تساهم في الأداء الجامعي وترقية العلوم القانونية تأصيلاً وفقها، كما نعدكم بالتطور والرقي الدائم.

تقويم الأداء الوظيفي في التشريع الجزائري

أ. بن ديدة نجاة
أستاذة مساعدة في كلية الحقوق
جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس

مقدمة:

اقتضى تنظيم الوظيفة العامة كسلوك مهني دائم وفق مبدأ الكفاية التحقق من كفاية الموظف، ليس فقط عند التحاقه بها بل تطلب التأكد من احتفاظه بمستوى الكفاية اللازم لحسن أداء الخدمة العامة أثناء مباشرته لها، الأمر الذي دعا إلى وضع معايير لتقييم أداء الموظف بصفة دورية في فترات زمنية محددة وفق إجراءات معينة وهذا ما يعرف بنظام تقييم الأداء الوظيفي.

هذا ويلعب نظام تقييم الأداء الوظيفي دورا هاما في الحياة الإدارية بصفة عامة، فهو يمكن الإدارة من الوقوف على مدى نجاح وفاعلية نظم التعيين المتبعة في الوظيفة العامة حيث يعد بمثابة مؤشر يبين مدى جدوى الأساليب المتبعة في الاختيار فإذا أشار التقييم إلى عدم كفاءة طائفة من الموظفين تم انتقاؤهم بطريقة معينة، فإن ذلك يعد دليلا كافيا على عدم فاعلية هذه الطريقة في الاختيار ويتحتم على الإدارة العدول عنها. وبصفة عامة يساهم نظام تقييم الأداء الوظيفي في وضع تصور عام عن مدى نجاح الوسائل التي تتبعها الإدارة في اختيار وتحفيز وتكوين وترقية وتأديب الموظفين وبيان أوجه القصور فيها.



وإن كانت هذه الأهداف المعتادة لتقييم الأداء الوظيفي، أصبح اليوم يقوده أهداف غير معتادة، وذلك نظرا لما أفرزه نظام الحداثة الوظيفية من المبادئ التي يجب على الإدارة مراعاتها من أجل خوض معركة حداثة وظيفية بأسس مدروسة، خاصة مع تسارع المتغيرات الاقتصادية والتكنولوجية والسياسية في بيئة منظماتنا وظهور ما أصبح يعرف اليوم بالإدارة الإلكترونية.

فهل يمكن الاستمرار بنفس الأسلوب في تقييم أداء الموظف؟ وهل يمكن استخدام أساليب إدارة أمس في مواجهة تحديات الغد؟

وبناء عليه فإن موضوع تقييم الأداء الوظيفي يثير العديد من نقاط البحث في التشريع الجزائري، خاصة مع التعديلات الأخيرة التي مست قطاع الوظيف العمومي، والتي يمكن إجمالها في فكرتين أساسيتين تشكلان موضوع دراستنا وهما: تقديم نظرة عامة عن فكرة تقويم أداء الموظف، ثم إبراز الأحكام العامة التي يقوم عليها هذا النظام في التشريع الجزائري.

المبحث الأول: نظرة عامة عن مبدأ تقويم الأداء الوظيفي:

يقصد بمبدأ تقييم الأداء الوظيفي مختلف القواعد القانونية المقررة لتقييم أداء الموظف خلال كل سنة، ويقوم هذا المبدأ على عناصر ويتم استخدام طرق متعددة لتحقيق التقييم الموضوعي له. وعلى ذلك سيتم أولا تحديد المفهوم القانوني لعملية تقييم الموظف، ثم بعدها يتم ذكر عناصرها وتحديد الطرق المستخدمة فيها، وأخيرا يتم إبراز الأهمية القانونية لها.

المطلب الأول: مفهوم تقييم أداء الموظف:

يقصد بتقييم أداء الموظف تحليل دقيق يقوم على أساس مراقبة ومتابعة الرئيس للمرءوس بصفة دورية في قيامه بمهام وظيفته، وتصرفاته وسلوكه أثناء العمل، وفي مدى تعاونه مع زملائه بل وفي صفاته الذاتية التي قد يكون لها علاقة بوظيفته، ثم



يقوم الرئيس بتقييم هذا الأداء تقييما موضوعيا وفقا لنظام واف يكفل تسجيل عمل كل فرد ووزنه بمقياس دقيق وعادل بحيث يكون التقييم في النهاية ممثلا للكفاية الحقيقية للموظف وذلك خلال فترة زمنية محددة⁽¹⁾.

وطبقا لهذا التعريف فإن تقييم أداء الموظف تقييما موضوعيا يقوم على أمرين هما:⁽²⁾

الأول: أن تكون عناصر التقييم موضوعية بحيث ينبغي تحديد العناصر على أساس طبيعة العمل في كل نوع من أنواع الوظائف وما تتطلبه من صفات وخصائص لحسن أدائه.

الثاني: نظرا لتعدد أنواع الوظائف وتفاوت مستوياتها وتباين الجهات الإدارية بعضها عن بعض من حيث طبيعة عملها ونوعه وظروفه، فإنه يجب تنوع عناصر التقييم وما يتطلبه هذا النظام من تعدد طرق التقييم وتحقيق اللامركزية في إعدادها بحيث يترك للوحدات الإدارية المختلفة حرية اختيار العناصر التي تتلاءم مع كل نوع من أنواع الوظائف وفقا لطبيعة عملها وظروفه، وأن يكون لها سلطة تعديل هذه العناصر كلما اقتضى الأمر ذلك⁽³⁾.

هذا وقد جعل المشرع الجزائري من مسألة تقييم أداء الموظف إجراء ضروريا يخضع له الموظف بشكل دوري ومستمر خلال مساره الوظيفي⁽⁴⁾.

(1) د. محمد أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فاعلية الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص.182.

(2) د. محمد سعيد حسين أمين، تقارير الكفاية في مجال الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص.9.

(3) وقد تبني المشرع الجزائري مبدأ "تعدد نماذج تقارير الكفاية حسب طبيعة الوظيفة" من خلال نص المادة 100 من الأمر رقم 06- 03 مؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 46 المؤرخة في 16 يوليو 2006 ص.3).

(4) نص المادة 97 من الأمر رقم 06- 03.



المطلب الثاني: عناصر تقييم أداء الموظف:

تتعدد عناصر نظام تقييم أداء الموظفين لتشكيل إطار متكامل يفيد في تقييم هذا الأداء بما يسهم في تحقيق أهداف المنظمة، وهذا عرض لعناصر ومراحل هذا النظام⁽¹⁾:

1- تحديد أهداف المنظمة:

إن الأهداف العامة للمنظمة هي قبلة جهود الإدارة والموظفين. وعلى ضوء هذه الأهداف تصاغ أهداف إدارة الموارد البشرية وباقي الإدارات الأخرى بالمنظمة، وكذا أهداف تقييم الأداء. وعلى ذلك فإن الرؤساء على اختلاف مستوياتهم الإدارية بالمنظمة يقيمون مرؤسيهم على ضوء مدى إسهامهم بأدائهم في تحقيق أهداف الإدارات التي يعملون بها. وبدون أهداف واضحة للمنظمة وأخرى محددة لكل إدارة تكون مدخلات تقييم الأداء ناقصة.

2- تحديد أهداف تقييم الأداء:

إن أهداف تقييم الأداء تمثل مرشدا للرؤساء في عملية التقييم. فإذا تمثلت هذه الأهداف في استشراف ومنع الأخطاء قبل وقوعها ومعالجتها فور وقوعها، وترشيد أداء الموظفين بالنصح والإرشاد والتكوين، فإنها تختلف تماما عن أهداف مؤداها إبراز أخطاء بعض الموظفين ونقل أو فصل البعض الآخر، وتوقيع جزاءات أو حرمان من حوافز للبعض الآخر. إن أهداف تقييم الأداء يجب أن تكون إيجابية بناءة.

3- تحديد مجالات التقييم:

ويقصد بذلك تحديد العناصر أو المؤشرات التي تقيس درجة انضباط وفاعلية سلوك الفرد. ويمكن تقسيمها إلى ثلاثة مجالات أو عناصر هي: عناصر توضح طبيعة

(1) د. أحمد سيد مصطفى، إدارة الموارد البشرية المهارات المعاصرة في إدارة البشر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص.321.



ودرجة الأداء الفني مثل: حجم ونوعية الإنتاج ودرجة السرعة والدقة فيه، أما العنصر الثاني فيتمثل في عناصر توضح سمات السلوك مثل المبادأة والتعاون والحماس والالتزام، والابتكار، ومهارات التعامل مع الرؤساء والزملاء وحتى العملاء، أما آخر عنصر فهو تلك العناصر التي توضح التوقعات بشأن درجة كفاءة الأداء في المستقبل.

ويمكن تحديد أهم مجالات التقييم فيما يلي:

—المهارات في أداء المهام:

- عدد الوحدات المنجزة بدرجة الجودة المعيارية المحددة في فترة زمنية معينة، أو ما يسمى بالإنتاجية.
- اتساع وعمق المعلومات المهنية ودرجة الاستعداد لزيادتها وتحديثها.
- إدراك التوجيهات الخاصة بالعمل (نظم وأساليب الأداء) والالتزام بها.
- مراعاة سلامة وكفاءة ما يستخدم في الأداء من أدوات أو معدات أو آلات أو مركبات.
- الانضباط والالتزام بمواعيد الحضور والانصراف.
- المبادأة والإيجابية في الأداء عموماً في المواقف العادية وغير العادية، والتفكير في الاقتراحات الخاصة بتحسين الأداء كما ونوعاً، وتقديم أفكار مبتكرة.
- نمط التعامل مع الزملاء والرؤساء والمرءوسين والعملاء، من حيث درجة التعاون والاحترام، وإدراك الآراء والتوجيهات.
- الأخطاء الفنية في العمل ومدى رجوعها لعدم الانضباط أو الإهمال، أو لنقص قدرات ومهارات معينة، أو لظروف خارجة عن الإدارة.
- مهارات الاتصال والقيادة وتحليل المشكلات واتخاذ القرارات (للرؤساء).



4- تحديد معايير التقييم:

فلا يمكن متابعة تقييم الأداء في غياب معايير التقييم. فهذه المعايير هي التي يقاس عليها الأداء. وقد حددها المشرع الجزائري وفقا لما يلي⁽¹⁾:

- احترام الواجبات العامة والواجبات المنصوص عليها في القوانين الأساسية،
- الكفاءة المهنية،
- الفعالية والمردودية،
- كيفية الخدمة.

ويمكن أن تنص القوانين الأساسية الخاصة على معايير أخرى، نظرا لخصوصيات بعض الأسلاك⁽²⁾.

5- تحديد أنسب طرق التقييم:

حيث تتعدد طرق تقييم أداء الموظف كما سيرد لاحقا. ويتطلب الأمر المفاضلة بين هذه الطرق لاختيار إحداها أو بعضها بشكل متكامل بما يضمن تقييما سليما. فقد تعتمد منظمة طريقة التقرير السنوي (الدوري) لمقابلة الأداء الفعلي بالمعياري، مع طريقة تسجيل السلوكيات ومقابلة التقييم. إن فاعلية التقييم تتوقف لحد كبير على فاعلية الطريقة المستخدمة وفاعلية استخدامها من جانب الرئيس المقيم أو المشتركين في التقييم.

(1) راجع في ذلك نص المادة 99 من الأمر رقم 06 - 03.

(2) ومن تطبيقات ذلك نص المادة 30 من مرسوم تنفيذي رقم 10 - 07 مؤرخ في 7 يناير 2010، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالشباب والرياضة، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 02 المؤرخة في 10 يناير 2010، ص.7). حيث أضاف إلى ذلك بعض المعايير لتقييم الموظف، منها: معرفة المحيط والقدرة على التكيف فيه، روح المبادرة، القدرة على التعبير والتحليل والتلخيص والتنظيم وقيادة مشروع، وغيرها.



6- تقديم وشرح طريقة التقييم للرؤساء والمرءوسين:

يتعين إعلام الرؤساء والمرءوسين بطريقة أو طرق التقييم التي تعتمدها الإدارة. إن هذا الإعلام، وما يقترن به من قبول واقتناع يهيئ أرضية مناسبة لعملية التقييم. كما يجعل طريق التقييم على علم مسبق بآلية التقييم (الأهداف والمعايير والطريقة المستخدمة).

7- تكوين الرؤساء على طريقة أو طرق التقييم المعتمدة:

فهما حسن تحديد أهداف ومجالات ومعايير وطرق تقييم الأداء، فلن تكتمل مقومات التقييم السليم دون تكوين الرؤساء على ممارسة طريقة التقييم. ويبدو هذا أكثر أهمية ووضوحاً عند استخدام طريقة تسجيل السلوكيات ومقابلة التقييم. فإن إشراف الرئيس في تسجيل سلوكيات ليس لها شأنها أو دلالاتها أو سوء تخطيطه وإدارته لمقابلة تقييم الأداء من حيث أسلوب استقباله ومخاطبته للمرءوس أو أن يبدأ بمناقشة السلبيات بدلاً من البدء بالإيجابيات، كل ذلك يمكن أن يهدم عملية التقييم ويجهض نتائجها من الأساس.

8- تقييم وتقويم التقييم:

إن ما يتم من عمليات تقييم للأداء يجب أن يكون موضع تقييم وتقويم. حيث يتعين تقييم مدخلات التقييم بالرئيس ومدى صلاحيته للقيادة والتقييم، والمرءوس ومدى استيفائه لمتطلبات الأداء، والمعلومات عن المرءوس من حيث مصادرها ومدى كفايتها ودقتها وحدائتها، ومعايير التقييم، وما إن كانت متساهلة أو معجزة أو معقولة. وكذلك يتعين تقييم الطريقة المستخدمة في التقييم ومدى فاعلية الرئيس في تطبيقها. كذلك يتطلب الأمر تقييم نتائج التقييم وتحديد مدى وفائها بأهداف التقييم.



المطلب الثالث: طرق تقييم أداء الموظف:

تتمثل أهم طرق تقييم الأداء فيما يلي (1):

1- أسلوب التقدير البياني:

ويعد هذا الأسلوب من أكثر أساليب تقويم أداء الموظف استعمالا ويرتكز هذا الأسلوب على تقدير الموظف في عدد مختلف من العناصر، وكل عنصر يكون مصحوبا بخط يضع عليه واضع التقدير علامة تبين القدر الذي يمتلكه الموظف من هذا العنصر أو ذلك.

2- تقارير الكفاية:

وهي عبارة عن تحليل دقيق يقوم على أساس مراقبة ومتابعة الرئيس للمرءوس بصفة دورية في قيامه بمهام وظيفته، وتصرفاته وسلوكه أثناء العمل، وفي مدى تعاونه مع زملائه بل وفي صفاته الذاتية التي قد يكون لها علاقة بوظيفته، ثم يقوم الرئيس بتقييم هذا الأداء تقييما موضوعيا وفقا لنظام واف يكفل تسجيل عمل كل فرد ووزنه بمقياس دقيق وعادل بحيث يكون التقدير في النهاية ممثلا للكفاية الحقيقية للموظف وذلك خلال فترة زمنية محددة (2)، ثم يضم الرئيس هذه المعلومات والبيانات في التقرير المخصص لهذا الغرض (3).

(1) د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.10.

(2) د. محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص.182.

(3) د.عبد العزيز السيد الجوهري، الوظيفة العامة، دراسة مقارنة مع التركيز على التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص.118.



3- أسلوب الوقائع الجوهرية:

يقوم هذا الأسلوب على أساس أن أي عمل يحتاج إلى عديد من المتطلبات بعضها جوهري، والمتطلبات الجوهرية يجب أن تحدد من خلال ملاحظات سلوك الموظفين في العمل ثم تسجل هذه المتطلبات في كتيب صغير تحت طوائف مختلفة ومن أمثلة هذه الطوائف بالنسبة للموظفين: المبادرة، القدرة على تحمل المسؤولية، الدقة في إتقان العمل، القدرة على التعلم.

وعندما يستخلص الرؤساء الوقائع الجوهرية في النجاح والفشل التي يأتيها مرءوسوهم في العمل يقومون بتسجيل هذه الوقائع يوميا - وقبل أن ينسوها - تحت إحدى طوائف متطلبات العمل المناسبة والمسجلة في الكتيب الذي يحتفظ به الرئيس لكل موظف على أن يبلغ الرئيس الموظف بالواقعة الجوهرية في الوقت المناسب وإذا كانت سلبية فعليه أن يتيح له كافة الفرص لبيان وجهة نظره.

4- أسلوب المراجعة الميدانية:

يقوم أسلوب المراجعة الميدانية على مقابلة عضو مدرب في إدارة الأفراد للرئيس للحصول منه على معلومات عن كيفية أداء مرءوسيه لعملهم وعلى أساس هذه المقابلة يعد هذا العضو تقديرا عن كل موظف وعادة ما يرسل هذا التقدير إلى الرئيس للموافقة عليه أو لاقتراح تعديله إذا ما رأى وجها لذلك.

5- أسلوب التقدير الحر:

وفقا لهذا الأسلوب يكون مطلوبا من واضع التقدير أن يسجل انطباعاته عن الموظف تحت بنود عريضة مثل طريقة أداء العمل، خصائص الموظف، احتياجات التطوير للمستقبل. فأسلوب التقدير الحر لا يستخدم معدلات بيانية ولا قوائم ولا أية وسائل أخرى فهو طريقة أقل رسمية من ذلك.



ولكي يؤدي هذا الأسلوب الغرض منه فإن على الرئيس الإداري أن يخصص وقتا وفكرا كافيين له فمن جهة يجب على الرئيس أن يكون ملاحظا ومحللا ومن جهة أخرى ينبغي على الرئيس أن يمضى وقتا أكثر في التقييم.

6- أسلوب التقييم الجماعي:

وفقا لهذا الأسلوب يتم تقييم الموظفين بواسطة مجموعة عمل تتكون عادة من رئيس الموظفين المراد تقييمهم وثلاثة أو أربعة رؤساء آخرين لديهم دراية بأداء الموظفين للعمل ورؤساء آخرين يختارون لأن لهم علاقات عديدة بالموظفين ويفترض أن يثري أفكارهم مناقشات المجموعة.

ونشير هنا إلى أن المشرع الجزائري قد أعطى للإدارة حرية اختيار العناصر التي تتلاءم مع كل نوع من أنواع الوظائف وفقا لطبيعة عملها وظروفه، وأن يكون لها سلطة تعديل هذه العناصر كلما اقتضى الأمر ذلك⁽¹⁾.

المطلب الرابع: الأهمية القانونية لنظام تقويم أداء الموظف:

مما لا شك فيه أن الوظيفة العامة تلقي على عاتق القائم بها عدة واجبات ومسئوليات، لذلك يجب قصر شغلها على الأكفاء القادرين على النهوض بأعبائها، ولذلك اتجهت النظم الإدارية الحديثة إلى الأخذ بنظام تقويم أداء الموظف من أجل تحقيق الأهداف التالية⁽²⁾:

1- تعتبر عملية تقييم أداء الموظف وسيلة فعالة لاستمرار الرقابة والإشراف وإبراز قدرة الرئيس المباشر في الإشراف والتوجيه، حيث وإن كانت تقاريره تتضمن تقدير كفاية الموظف إلا أن نتائجها تلقي الضوء على مقدرة الرئيس المباشر في الإشراف والتوجيه.

(1) نص المادة 100 من الأمر رقم 06 - 03.

(2) د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.13.



2- يعتبر تقييم الموظف أداة مساعدة في الكشف عن جوانب النشاط الوظيفي التي تحتاج إلى تزويدهم فيها بالتكوين فعلى سبيل المثال إذا كشفت الدراسة التحليلية لنتائج تقارير الكفاية عن خفض مستوى غالبية الموظفين في الوحدة الإدارية بالنسبة لعنصر معاملة الجمهور في الوظائف ذات الصلة بالجماهير، فهنا تدعو الحاجة إلى تزويدهم بدراسات تدريبية في العلاقات العامة.

3- تساعد تقديرات التقييم التي تسجلها تقاريرها على الاحتفاظ بمستوى الخدمة، ومحاولة تحسينها.

4- يعتبر التقييم أداة مساعدة لتقويم سياسة الاختيار، خاصة إذا تبين أن قصور الأداء أو أنماط التعامل يرجع لنقص أو ضعف في قدرات أغفل تحريها خلال عملية الاختيار. وهكذا يمكن إدراك هذه الثغرات ومنع تكرارها مستقبلاً⁽¹⁾.

5- ينمي التقييم في الرئيس الإداري واضع التقرير ملكة تحديد الموظف والأشخاص والحالات المختلفة قبل اتخاذ قراره، وذلك لأنه ملزم بتسبيب تقريره، وهنا يجد نفسه مضطر إلى إجراء دراسة تحليلية بشأن أداء الموظف لعمله على ضوء عناصر التقدير المحددة في نموذج التقرير⁽²⁾.

6- إن الدراسة التحليلية لنتائج تقييم الموظف تفيد في الكشف عن بعض عيوب الإدارة ومشاكلها، فعلى سبيل المثال إذا كان مستوى كفاية غالبية العاملين بوحدة إدارية معينة بالنسبة لعنصر التعاون دون المتوسط فهذه النتيجة قد تفيد وجود خلافات بين الموظفين أنفسهم مما يقتضى دراسة هذه الخلافات وتقصي أسبابها ومواجهتها بحلول جذرية تقضي عليها قبل استفحالها.

(1) د.أحمد سيد مصطفى، المرجع السابق، ص.321.

(2) د.صبري جليبي أحمد عبد العال، نظام الجدارة في تولية الوظائف العامة، دراسة مقارنة بين النظام الإداري الوضعي والإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.312.



7- يساعد التقييم على تحديد مدى صلاحية الموظفين الجدد أثناء فترة التربص في تولي الوظيفة، إذ تقضي نظم التوظيف بقضائهم فترة معينة على سبيل الاختبار وتكليف رئيسهم المباشر بتقديم تقارير عنهم خلالها بحيث إذا ما كشفت هذه التقارير عن صلاحيتهم لشغل الوظيفة المسندة إليهم ثبت فيها أو إلى تمديد فترة التربص إذا ما دلت التقارير على حاجته إليه وإلا فصل من الوظيفة إذا أظهرت التقارير عجزه عن القيام بواجباته⁽¹⁾.

8- يعتبر تقييم الموظف وسيلة فعالة لتبصير الموظف بحقيقة حالته، وإخطاره بمواطن ضعفه وقوته ومن ثم تمكينه من إصلاح نفسه ومعدلات أدائه. وعلى ذلك يقوم التقييم بإشعار الموظفين بالمسؤولية، وذلك حينما يدرك الموظف أن نشاطه الوظيفي محل تقويم رؤسائه المباشرين فيجتهد في عمله ويخلص له كي لا يتعرض إلى التأديب وبالمقابل يستفيد من امتيازات كالترقية.

المبحث الثاني: أحكام تقييم أداء الموظف:

تتطلب دراسة الأحكام المرتبطة بتقييم الموظف ضرورة معرفة مختلف القواعد والإجراءات الخاصة به، وكذا الضوابط والقيود المتعلقة به، ثم إبراز الآثار القانونية المترتبة عنه، واستخلاص مختلف الضمانات القانونية المقررة لتقرير الحماية القانونية للموظف خلال فترة التقييم. وعلى ذلك سوف يتم دراسة هذه الأحكام ضمن الأربعة المطالب الأساسية على النحو التالي:

المطلب الأول: قواعد وإجراءات تقييم أداء الموظف:

تتمثل القواعد التي تحكم عملية تقييم الموظف في معرفة من هم الموظفون الخاضعون لها؟ وما هي السلطة المختصة بتقييم أداء الموظف؟ ثم ما هي المدة المقررة للتقييم؟

(1) د. شريف يوسف خاطر، الوظيفة العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص. 100.



أولاً: الموظفون الخاضعون للتقييم⁽¹⁾:

القاعدة العامة التي سادت عليها قوانين التوظيف الجزائرية المتعاقبة بداية من الأمر رقم 133 لسنة 1966⁽²⁾، إلى غاية الأمر رقم 03 لسنة 2006 هي إخضاع معظم الموظفين لنظام تقييم الأداء، حيث النص جاء عاما⁽³⁾ مما يدفعنا للتساؤل عن شاغلي الوظائف العليا؟

بالرجوع إلى أحكام القانون الذي يحكم أصحاب الوظائف العليا⁽⁴⁾ نجد في نصوصه أنه لم يقر مبدأ تقييم أداء الموظفين بصفة عامة، ويعني ذلك أن المشرع الجزائري قد تبنى كقاعدة عامة الاتجاه الذي يقضي بإعفاء بعض الموظفين من الخضوع لنظام تقييم الأداء الوظيفي وهم رجال الإدارة العليا، وهذا ما هو واضح من القراءة السطحية لنصوص هذا القانون. غير أنه بالرجوع إلى أحكام نص المادة 100 من الأمر رقم 03 لسنة 2006، نجد أنه ترك مسألة التقييم لسلطة تقديرية للإدارة وعلى ذلك يمكن أن يخضع أصحاب الوظائف العليا لعملية تقييم أدائهم والتي عادة ما تكون في صورة اعتماد على نظام البيانات وهذا

(1) اختلف الفقه حول تعميم نظام تقارير الكفائية، فذهب البعض منهم إلى ضرورة إخضاع جميع الموظفين لنظام تقارير الكفائية، بينما فضل آخرون عدم إخضاع جميع الموظفين لهذا النظام واستثناء أصحاب الوظائف العليا. يراجع في هذا الشأن: Jean-Michel de Forges, Droit de la fonction publique, P.U.F., Paris, 1992, p.215.

د.مصطفى الشريف، أعوان الدولة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982، ص.143.

(2) ونقصد بذلك نص المادة 33 من الأمر رقم 66 - 133 مؤرخ في 6 يونيو 1966 والمتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 46 المؤرخة في 8 يونيو 1966 ص.542). والمادة 2 من مرسوم رقم 66 - 149 مؤرخ في 6 يونيو 1966 والمتعلق بإعطاء النقط وطرق الترقية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 46 المؤرخة في 6 يونيو 1966 ص.575). والمادة 85 من مرسوم رقم 85 - 59 مؤرخ في 23 مارس 1985 والمتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 13 المؤرخة في 24 مارس 1985 ص.333).

(3) المادة 97 من الأمر رقم 06 - 03.

(4) مرسوم تنفيذي رقم 90 - 226 مؤرخ في 25 يوليو 1990، يحدد حقوق العمال الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة وواجباتهم، (الجريدة الرسمية رقم 31 مؤرخة في 28 جويلية 1990 ص.1023) معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 94 - 04 المؤرخ في 02 يناير 1994، (الجريدة الرسمية رقم 01 مؤرخة في 02 يناير 1994 ص.3).



عكس ما أقره المشرع الفرنسي الذي أكد صراحة أن أصحاب الوظائف العليا لا يخضعون لنظام التقييم⁽¹⁾.

ثانيا: السلطة المختصة بالتقييم:

وبخصوص السلطة المختصة بتقييم الموظف في التشريع الجزائري هي السلطة السلمية حيث تقوم بتقييط الموظف وإرفاقه بملاحظة عامة⁽²⁾، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بنفس الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي⁽³⁾. وبهذا الشكل يكون تقييم الموظف حكرا على السلطة السلمية دون مشاركة لجنة متساوية الأعضاء في التقييم بحكم أن لها حق المطالبة بمراجعة النقطة بعدما يقدم لها الموظف تظلما بخصوص ذلك أي بمراجعة النقطة⁽⁴⁾.

ثالثا: مدة التقييم:

أقر المشرع الجزائري من خلال نص المادة 97 بأن يتم تقييم أداء الموظف بشكل مستمر ودوري ويجب أن يكون أثناء مساره المهني، وفتح مجال لكل إدارة لتحديد ذلك حسب المناهج الملائمة.

وعلى ذلك لم يحدد المشرع الجزائري تحديدا جامعا مانعا للمدة القانونية التي يتم فيها تقييم أداء الموظف، على عكس ما أقره المشرع المصري الذي أخذ بمبدأ سنوية

(1) Article 17 de la loi no 83-634 précité.

(2) المادة 101 من الأمر رقم 03 - 06.

(3) Article 17 de la loi no 83-634 précité.

(4) المادة 102 من الأمر رقم 03 - 06 ونشير إلى أن المشرع الجزائري بخصوص هذه المسألة قد أخذ بنفس ما أقره المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 17 من قانون رقم 83 - 634. أكثر تفصيلا حول ذلك راجع:

- Gustave Peiser, Droit administratif, 14eme edition, Dalloz, Paris, 1997. p29.



تقدير الكفاية حيث أكد أن هذه المدة محددة بسنة تبدأ من أول يناير وتنتهي في آخر ديسمبر وتقدم خلال شهري يناير وفبراير وتعتمد خلال شهر مارس⁽¹⁾.

ويكون بذلك المشرع الجزائري قد أكد بأن يتم تقييم الموظف بصفة دورية ومستمرة وهذه العبارة دالة على الأخذ بمبدأ سنوية تقدير الكفاية كقاعدة عامة والتركت لكل الإدارة تحديد المدة القانونية التي تقيم فيها أداء الموظف، حيث اشترط أن يكون التقييم دوريا ومستمرًا خلال مساره المهني⁽²⁾.

ونشير في نهاية الأمر أن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية لسنة 2006، لم يحدد أيضا النقطة بعدها الأدنى والأقصى وهذا عكس ما أقره سابقا⁽³⁾ ولم يبين أيضا كيفية تقييم أداء الموظف في الحالات العرضية.

المطلب الثاني: ضوابط وقبود تقييم الموظف:

أوضحنا من خلال هذه الدراسة أهمية تقييم أداء الموظف في مجال الوظيفة العامة سواء بالنسبة للموظف أو بالنسبة للوظيفة.

(1) د. شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص. 105.

(2) ويكون بذلك المشرع الجزائري قد ابتعد عن توضيح هذه المسألة كما كان مقررا في السابق بموجب نص المادة 2 من مرسوم رقم 66-149 التي أكد على سنوية التقييم ونص المادة 84 من مرسوم رقم 85-59. ولكن هذا لم يحضر من مبدأ سنوية التقييم التي مازالت معظم الإدارات الجزائرية تأخذ بها خاصة لما فتح لها المشرع الجزائري حرية تحديد المدة بأن تكون دورية وعلى ذلك فإنها الملزمة بتحديد المدة بموجب نظامها الداخلي أو قانونها الخاص حتى لا يتلاعب الرئيس الإداري بذلك راجع في ذلك:

Essaid Taib, Droit de la fonction publique, Houma, Alger, 2003, p.136.

(3) حيث حدده في مرسوم رقم 66-149 من 0 إلى 20 حسب نص المادة الأولى منه. وهو ما يطابق حاليا موقف المشرع الفرنسي الذي هو الآخر حددها من 0 إلى 20.

- Tabrizi Ben Salah, Droit de la fonction publique, Masson, Paris, 1992, p.135.

أما المرسوم رقم 85-59 فقد حددها من 0 إلى 15 بموجب نص المادة 85 منه.



لذا كان من الضروري أن تحاط عملية تقييم أداء الموظف بجملة من الضوابط والقيود لتحقيق غرضها على أكمل وجه. ولعل من أبرز هذه القيود ما يلي:

أولاً: ضوابط تقييم الموظف من جانب الرؤساء الإداريين:

تشير أحكام القضاء الإداري إلى مجموعة من الضوابط التي ينبغي أن يلتزم بها الرئيس الإداري عند قيامه بتقييم أداء الموظف وتمثل فيما يلي:

- التزام الرئيس المكلف بتقييم الموظف بالحيادة وعدم الانحياز إلى مؤثرات شخصية أو مالية عند تقييمه للموظف ووضع تقرير الكفاية حول هذا التقييم.
- التزام الرئيس المكلف بوضع تقرير الكفاية بعد عملية التقييم بتسبب القرار الصادر بتقدير الكفاية.
- تقديرات الرؤساء ينبغي أن تكون مستخلصة من عناصر صحيحة تؤدي إلى سلامة تقديراتهم.
- معلومات الرؤساء الإداريين عن الموظف تصلح مصدراً لتقدير كفايته.
- تقديرات الرؤساء من صميم اختصاص الإدارة بلا تعقيب شريطة عدم إساءة استعمال السلطة.
- ملاحظات الرؤساء عن مرؤوسيهام ليست تقارير كفاية ولا تأخذ حكمها.
- الأسباب التي أقيم عليها تقرير سابق لا تصلح سنداً لتقرير كفاية لاحق.
- تقارير الكفاية قابلة للتغير من عام إلى آخر ولا تتسم بالثبات كونها متعلقة بعمل الموظف في خلال مدة معينة.
- الأداء العادي هو مقياس كفاية الأداء⁽¹⁾.

(1) د. شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص. 157.



ثانيا: ضوابط تقييم الموظف من جانب اللجنة المتساوية الأعضاء:

رغم أن المشرع الجزائري قلص دور اللجنة متساوية الأعضاء في تقييم أداء الموظف إلا أن هذا لم يمنع من إحاطة حقها في المراجعة ببعض الضوابط ومن أهمها:

- للجنة المتساوية الأعضاء سلطة واسعة في التعقيب أثناء بثها في تظلم الموظف الرامي لمراجعة التقييم، شريطة أن يكون التعقيب جديا ولا يشكل انحرافا في السلطة، وعليها أن تقدم تقريرا كافيا وافيا مردد مراجعة نقطة وليس مجرد توضيحات.

- تقيد اللجنة المتساوية الأعضاء بالمعايير التي اعتمد عليها الرؤساء في وضع التقارير.

- تقيد اللجنة المتساوية الأعضاء بالمعايير بما ورد بملف المسار المهني للموظف من عناصر ثابتة، حيث إن تقريرها ليس طليقا بل هو مقيد بما هو وارد بملف مساره.

- التزام اللجنة المتساوية الأعضاء بتسبب قراراتها حسب ما أقره الاجتهاد القضائي وليس التشريع⁽¹⁾.

ثالثا: ضوابط خاصة بالتقرير الخاص بالتقييم:

كما سبق القول إن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ النقطة يقابلها الملاحظة. وعلى ذلك يجب على الإدارة الالتزام بهذا التقييم دون أن يكون لها حق في تقييم الموظف بطرق أخرى ما عدا تلك المحددة في قانونها حسب طبيعة نشاطها.

كما يجب على الإدارة أن تسعى إلى إصدار التقرير في المدة القانونية المحددة دون أن يكون لها حق تقديمه ولا تأخيره ويكون ذلك خلال سنة ويجب أن تحسب كاملة.

وعلى ذلك، على الإدارة احترام مراتب التقييم ومدته حتى يفضى على تقريرها طابع المشروعية.

(1) د. شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص. 161.



المطلب الثالث: الآثار القانونية المترتبة عن تقييم الموظف:

رتب المشرع بموجب المادة 98 جملة من الآثار النافعة للموظف، وذلك إذا كانت نتائج التقييم إيجابية أو كانت لصالح الموظف، ومنها:

- الترقية في الدرجات، وتتمثل في الانتقال من درجة إلى الدرجة الأعلى مباشرة وتتم بصفة مستمرة حسب الوتائر والكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم⁽¹⁾.
- الترقية في الرتبة، وتتمثل في تقدم الموظف في مساره المهني وذلك بالانتقال من رتبة إلى الرتبة الأعلى مباشرة في نفس السلك أو السلك الأعلى مباشرة⁽²⁾.
- منح امتيازات مرتبطة بالمردودية وتحسين الأداء⁽³⁾.
- منح الأوسمة التشريفية والمكافآت⁽⁴⁾.

ونشير أن المشرع الجزائري في تنظيمه لمختلف الآثار القانونية المترتبة عن عملية تقييم أداء الموظف لم يميز بين تلك الآثار التي تمس الموظف في حالة حصوله على تقرير الكفاية بدرجة ممتاز، وفي حالة حصول الموظف على تقرير الكفاية بدرجة ضعيف. ويمكن إرجاع هذا إلى أن جل المواد المقررة لهذه النتائج ترك مجال تنظيمها إلى التنظيم.

المطلب الرابع: ضمانات تقييم الموظف:

يمكن إجمال معظم الضمانات القانونية المقررة لحماية الموظف خلال مساره الوظيفي خاصة خلال مرحلة تقييم أدائه الوظيفي في خمس صور أساسية، وهي على النحو التالي:

(1) المادة 106 من الأمر رقم 03 - 06.
 (2) المادة 107 والمادة 110 من الأمر رقم 03 - 06.
 (3) المادة 113 من الأمر رقم 03 - 06.
 (4) المادة 112 من الأمر رقم 03 - 06.



أولاً: تبليغ الموظف بالنقطة:

أخذ المشرع الجزائري بمبدأ علانية تقدير الكفاية، حيث أوجب القانون أن يبلغ الموظف بنقطة التقييم، ولكنه لم يوضح لنا الكيفية التي يتم فيها التبليغ، وهل يمكن للموظف مطالبة الإدارة بإعلامه بنقطته إذا ما لم تقم الإدارة بتبليغه بالنقطة⁽¹⁾.

في حين نجد من خلال الأحكام السابقة لقانون الوظيفة العمومي أنه ألزم الإدارة بتبليغ مذكرة التقييم للموظف الذي يجب عليه أن يوقعها وألزم رئيس المصلحة بالقيام بهذا المهام⁽²⁾.

وما يلاحظ في كافة قوانين الوظيفة العمومي أنها أقرت للموظف حق إعلامه بالنقطة دون التقدير العام، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تبنى نفس ما أقره المشرع الفرنسي⁽³⁾.

ثانياً: حق الموظف في التظلم من النقطة:

بعدما تقوم الإدارة بإعلام الموظف بنقطته يمكن له أن يقوم بتظلم محله المطالبة بمراجعة النقطة، ولكنه لا يوجه طلبه إلى رئيس الإداري بل إلى اللجنة المتساوية الأعضاء التي لها حق مطالبة الإدارة بمراجعة النقطة⁽⁴⁾.

ونوضح في هذه المسألة أنه لم يبين لنا مصير المراجعة خاصة إذا لم تقتنع الإدارة بمبررات إعادة النظر في النقطة.

(1) المادة 102 من الأمر رقم 03 - 06.

(2) المادة 85 من مرسوم رقم 58 - 85 والمادة 3 من مرسوم رقم 66 - 149.

(3) Emmanuel Aubin, L'essentiel du droit de la fonction publique, 2ème édition, Gualino, Paris, 2005, P.61.

(4) المادة 102 من الأمر رقم 03 - 06.



كما أن ما يؤخذ على هذه الضمانة أنها جاءت ناقصة، حيث لم تعط للموظف حق مخاصمة الإدارة في التقطيط، بل أوكله إلى اللجنة متساوية الأعضاء التي لها حق طلب المراجعة فقط، وعلى ذلك فإن هناك احتمالا كبيرا بأن تحتفظ الإدارة بالنقطة باعتبارها هي التي أقرتها وهي الناظرة في التظلم. وثانيا أنه حصر محل التظلم في مراجعة النقطة دون التقدير العام وفي هذا إهدار كبير لحقوق الموظف ولابد! العلانية.

ثالثا: تسبب تقرير التقييم:

لم يقدم المشرع الجزائري نصا خاصا بضرورة تسبب قرار تقدير كفاية الموظف، عكس ما أقره التشريع المقارن بما في ذلك المشرع الكويتي الذي أوجب تسبب قرار تقدير كفاية الموظف لدى منحه مرتبة ممتاز أو ضعيف فقط⁽¹⁾، وبذلك يكون المشرع الكويتي قد استهدف تحقيق ضمانات جوهرية لصالح الموظف، بما يوفر له الطمأنينة، ويوفر للقضاء رقابة مشروعية تصرف الإدارة، لما لتلك التقارير من آثار قانونية هامة من شأنها التأثير على المسار المهني للموظف. وهو نفس ما أقره التشريع المصري، وطبقه القضاء المصري في عديد من أحكامه⁽²⁾.

رابعا: تنبيه الموظف إلى ضعف مستوى أدائه:

أوجب القانون المقارن ضرورة قيام الإدارة بإخطار الموظف الذي يرى رئيسه أن مستوى أدائه أقل من مستوى الأداء العادي بأوجه النقص في هذا الأداء طبقا لنتيجة القياس الدوري للأداء أول بأول⁽³⁾.

(1) د. سعد نواف العنزي، حقوق الموظف وواجباته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص.200.

(2) د. خالد عبد الفتاح محمد، الوجيز في أحكام تقارير الكفاية وضم مدد الخدمة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2009، ص.9.

(3) د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالدولة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص.276.



ولم يأخذ المشرع الجزائري بهذا الحكم رغم أنه يشكل ضمان فاعلية التقارير الدورية وتحقيق الغرض منها ، وذلك عن طريق متابعة الرئيس لأعمال مرؤوسيه باستمرار وإخطار الضعيف منهم أولاً بأول بأوجه الضعف في أدائه حتى يدفعه ذلك إلى بذل الجهد للتحسين.

خامساً: الرقابة القضائية على عملية التقييم:

بما أن المشرع الجزائري أقر للموظف حق التظلم من النقطة بعدما يتم تبليغه إياها ، وكما سبق القول جاءت هذه الضمانة ناقصة حيث إنها أقرت أن الهدف من التظلم هو طلب مراجعة النقطة. وفي هذا قد تساوى المشرع الجزائري مع ما أقره التشريع الفرنسي.

لذا بقي للموظف آخر ضمانة يمكن بواسطتها سد هذا النقص. وذلك بلجوءه إلى القضاء الإداري لطلب إلغاء النقطة ، ولكن كيف يتم ذلك؟

أعطى المشرع الجزائري للموظف الحق في التظلم من النقطة وذلك طبقاً لنص المادة 102 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية لسنة 2006 للجنة التي أنشأها لهذا الغرض ، غير أنه لم يحدد المدة القانونية التي يسري فيها حساب التظلم ولا المدة الواجبة على الإدارة احترامها للرد على التظلم. وعلى كل ، هذه الضمانة منحها المشرع للموظف نظراً للخطورة التي يرتبها التقرير في حياته الوظيفية فيبدي الموظف ما يعن له من ملاحظات على التقرير الذي قدم عنه التظلم واعتبر المشرع التقرير الذي قدم عنه التظلم لا يعد بمثابة قرار إداري نهائي حتى يتم الفصل فيه. فإذا فصل فيه بالرفض فإن ذلك يعتبر قراراً إدارياً نهائياً ويتعين بالتالي مهاجمته بدعوى الإلغاء ويبدأ ميعاد الطعن فيه من تاريخ الإخطار برفض التظلم ولا يجوز بالتالي الأخذ بقريضة الرفض



الضمني المستفاد من فوات ستين يوما على التظلم⁽¹⁾ دون البث فيه حيث إن مناطها أن يكون التظلم مبنيا على قرار إداري نهائي وهو أمر غير متوفر في هذه الحالة حيث إن التقرير لا يعتبر نهائيا إلا بعد انقضاء ميعاد التظلم أو البت فيه. ويجب أن تؤسس دعوى الإلغاء في هذه الحالة على أوجهها المعروفة.

الخاتمة:

أن لنظام تقييم أداء الموظف أهمية بالغة في مجال الوظيفة العامة سواء بالنسبة للإدارة أم لموظفيها، حيث يساهم في وضع تصور عام عن مدى نجاح الأساليب التي تتبعها الإدارة في اختيار وتحفيز وتكوين وترقية وتأديب الموظفين وبيان أوجه القصور بها.

ومن هنا تزداد خطورة هذا النظام، حيث إنه يؤثر بشكل أو بآخر على المسار المهني للموظف، كيف لا وهو المعيار الوحيد الكفيل بترقية الموظف، أو بتأديبه؟ ومما يزيد الطين بلة هو أن المشرع الجزائري رغم القيام بخطوة أساسية في محاولة تعديل أحكام الوظيفة العامة، إلا أنه هذه المرة وإن أعاد تنظيم نظام تقييم الموظف إلا أنه لم يلم بكل سبل الحماية الواجب توفيرها للموظف، ولعل الخطورة تكمن فيما يلي:

- حصر تقييم الموظف في يد السلطة السلمية، دون مشاركة لجان محايدة تراقب وتشرف على هذا التقييم، خاصة أن عملية التقييم كثيرا ما يقع القائم بها في الأخطاء.

- إهمال دور اللجنة المتساوية الأعضاء في تحديد نقطة الموظف وحصر دورها في المطالبة بالمراجعة دون أن يكون لها يد في إخضاع الإدارة إلى إعادة التقييم خاصة إذا بني على أوجه تعسفية.

(1) المادة 830 من قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008، ص.3).



- تقصير المشرع الجزائري في تبيان الوسيلة القانونية الواضحة لتبليغ الموظف بنقطته، كما لم يبين لنا هل يملك الموظف حقا في مطالبته بمعرفة نقطته، خاصة وأن الواقع العملي أثبت في كثير من المرات أنه نادرا ما تبادر الإدارة بتبليغ الموظف بنقطته. كما يجب عليه أيضا أن يلزم الإدارة بتبليغ الموظف بملاحظة أيضا، وذلك لأن المنطق يقتضي أن تكون الملاحظة ملازمة للنقطة. لذا فما هي الحكمة من جعل النقطة علنية والملاحظة سرية؟

لذا يجب على المشرع الجزائري تدارك هذا النقص ومحاولة معالجته في أقرب وقت، خاصة وأنه بادر بإصدار قواعد تحكم أخلاقيات الوظيفة⁽¹⁾، مما يترتب عليه إحاطة الموظف بضمانات من أهمها ما يلي:

- إشراف جهة محايدة على مراقبة كيفية تقييم الموظف من قبل رئيسه، وأن تخضع هذه المسألة أيضا لرقابة القاضي الإداري.
- تقرير نظام جديد لتقييم الموظف، وضرورة وضع أساليب في يد الموظف تمكنه من الإطلاع وتبليغه بكل الأمور المرتبطة بمساره المهني.
- إعطاء دور بارز للجنة المتساوية الأعضاء⁽²⁾ في الإشراف ومعارضة تقييم الإدارة خاصة إذا كان تعسفيا.
- إعادة تنظيم مسألة التظلم بخصوص النقطة، وجعل التظلم إجراء جوهريا بموجبه يؤثر على التقييم إذا كان تعسفيا وليس أن يكون مجرد إجراء شكلي.

(1) من ذلك مشروع ميثاق أخلاقيات الجامعة الجزائرية لسنة 2009.

(2) وهذا ما أوضح من خلال إصداره للقوانين الأساسية الخاصة بالأسلاك ومن ذلك نص المادة 18 من مرسوم تنفيذي رقم 10 - 28 مؤرخ في 13 يناير 2010 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالمفتشية العامة للمالية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 05 مؤرخة في 20 يناير 2010 ص.14)، حيث أقرت إنشاء على مستوى المفتشية العامة للمالية، لجنة استشارية لتقييم كفاءات الموظفين الذين يحكمهم هذا القانون.



- إلزام الرئيس بضرورة تسبيب النقطة في تقرير خاص بها مبني على أسس وعناصر موضوعية للتقييم.

- إلزام الإدارة بضرورة تنبيه الموظف عن ضعف مستواه، قبل أن تتخذ أي إجراء يمس مساره الوظيفي.

وعلى ذلك يجب على المشرع الجزائري في إطار إصداره لمختلف القوانين الأساسية الخاصة بالموظفين، تطبيقاً للقانون الأساسي العام للوظيفة العامة لسنة 2006 أن يعالج نظام تقييم الموظف بأسس جديدة تتماشى مع ما أقرته الإدارة الإلكترونية من مبادئ جوهرية أهمها ضرورة توفير الأعداد الكافية من الموظفين المؤهلين المدربين على ممارسة هذه النوعية الجديدة من العمل، وتجهيز الأجهزة والمعدات الإلكترونية المتطورة اللازمة لوضع هذه الإدارة العصرية موضع التنفيذ. وذلك فضلاً عن سن التشريعات المناسبة التي تضع النظام القانوني الكفيل بتحويل الإدارة التقليدية إلى إدارة إلكترونية، وتحقيق هذه الأخيرة لأهدافها المرجوة⁽¹⁾.

المراجع:

- د.أحمد سيد مصطفى، إدارة الموارد البشرية، المهارات المعاصرة في إدارة البشر، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

- د.خالد عبد الفتاح محمد، الوجيز في أحكام تقارير الكفاية وضم مدد الخدمة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2009.

- د.عبد العزيز السيد الجوهري، الوظيفة العامة، دراسة مقارنة مع التركيز على التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.

(1) د. ماجد راغب الحلو، علم الإدارة العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية، الحكومة الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص.453.



- دمصطفى الشريف، أعوان الدولة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982.
- د. محمد أنس قاسم جعفر، نظم الترقية في الوظيفة العامة وأثرها في فاعلية الإدارة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983.
- د. محمد سعيد حسين أمين، تقارير الكفاية في مجال الوظيفة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- د. محمد فؤاد عبد الباسط، قياس كفاية الأداء للعاملين المدنيين بالدولة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- د. ماجد راغب الحلو، علم الإدارة العامة ومبادئ الشريعة الإسلامية، الحكومة الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- د. سعد نواف العنزي، النظام القانوني للموظف العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- د. سعد نواف العنزي، حقوق الموظف وواجباته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
- د. شريف يوسف خاطر، الوظيفة العامة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- د. صبري جلبي أحمد عبد العال، نظام الجدارة في تولية الوظائف العامة، دراسة مقارنة بين النظام الإداري الوضعي والإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- Essaid TAIB, Droit de la fonction publique, Houma, Alger, 2003.



- Emmanuel Aubin, L'essentiel du droit de la fonction publique, Gualino éditeur, 2^{ème} édition, Paris, 2005.
- Jean-Michel de Forges, Droit de la fonction publique, P.U.F., Paris, 1992.
- Gustave Peiser, Droit administratif, 14^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1997.
- Tabrizi Ben Salah, Droit de la fonction publique, Masson, Paris, 1992.

المصادر:

- الأمر رقم 66 - 133 مؤرخ في 6 يونيو 1966 والمتضمن القانون الأساسي العام للوظائف العمومية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 46 المؤرخة في 8 يونيو 1966 ص.542).
- الأمر رقم 06 - 03 مؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 46 المؤرخة في 16 يوليو 2006، ص.3).
- قانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008، ص.3).
- مرسوم رقم 66 - 149 مؤرخ في 6 يونيو 1966 والمتعلق بإعطاء النقط وطرق الترقية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 46 المؤرخة في 6 يونيو 1966 ص.575).
- مرسوم رقم 85 - 59 مؤرخ في 23 مارس 1985 والمتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 13 المؤرخة في 24 مارس 1985 ص.333).



- مرسوم تنفيذي رقم 90- 226 مؤرخ في 25 يوليو 1990، يحدد حقوق العمال الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة وواجباتهم، (الجريدة الرسمية رقم 31 مؤرخة في 28/7/1990، ص.1023) معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 94- 04 المؤرخ في 02 يناير 1994، (الجريدة الرسمية رقم 01 مؤرخة في 02/01/1994، ص.3).
- مرسوم تنفيذي رقم 10- 07 مؤرخ في 7 يناير 2010، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالشباب والرياضة، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 02 المؤرخة في 10 يناير 2010 ص.7).
- مرسوم تنفيذي رقم 10- 28 مؤرخ في 13 يناير 2010 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك الخاصة بالمشيخة العامة للمالية، الجريدة مؤرخة في 20 يناير 2010 عدد 05 ص14 حيث أقرت إنشاء - على مستوى المشيخة العامة للمالية - لجنة استشارية لتقييم كفاءات الموظفين الذين يحكمهم هذا القانون.
- مشروع ميثاق أخلاقيات الجامعة الجزائرية لسنة 2009.



مدى رقابة القاضي الإداري لقرارات سلطات الضبط المستقلة

أ/ قوراري مجدوب
كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

المقدمة:

تعد الهيئات الإدارية المستقلة، مؤسسات جديدة من المؤسسات المكونة لجهاز الدولة في الجزائر. فهي لا تكتفي بالتسيير وإنما تراقب وتضبط نشاطا معيناً في المجال الاقتصادي بهدف الحفاظ على توازنه. وتختلف هذه الهيئات باختلاف علاقتها مع الدولة خاصة السلطة التنفيذية. فيمكننا القول إن الدولة - بواسطة هذه الهيئات - قد سلكت طريقاً غير مباشر لضبط وتنظيم المجال الاقتصادي.

فسلطات الضبط المستقلة هي هيئات وطنية ذات طابع إداري صرف، لا تخضع لا للسلطة الرئاسية ولا للوصاية الإدارية، فهي عكس الإدارة التقليدية تتمتع بالاستقلالية العضوية والوظيفية ولا تخضع إلا للرقابة القضائية، بل والأكثر من ذلك أنها تتعد كل البعد عن الهيئات الاستشارية لما لها من صلاحيات واسعة في ضبط القطاع الاقتصادي، إذ تمتلك سلطة اتخاذ القرار، ناهيك عن أن بعضها يتمتع بالشخصية المعنوية، الأمر الذي جعلها سابقة من نوعها وتجديداً قوياً على مستوى التشكيلة المؤسساتية للدولة.



ولم يظهر هذا النوع من السلطات في الجزائر، إلا مع بداية سنوات التسعينيات، حيث استمد المشرع الجزائري فكرة إنشاء هذا النوع من الهيئات من التجربة الفرنسية. حيث كانت فرنسا سباقة بدورها إلى نقل هذه التجربة عن الدول الأنجلوسكسونية كبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية، هذه الأخيرة التي كانت مهد هذا النوع من السلطات، إذ ظهرت هذه السلطات لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1889 مع لجنة التجارة ما بين الولايات I.C.C ليلي ذلك إنشاء هيئات إدارية مستقلة أخرى في مجالات مختلفة.

أما في الجزائر فكانت البداية مع إنشاء أول هيئة إدارية مستقلة متمثلة في المجلس الأعلى للإعلام سنة 1990⁽¹⁾، ليتجاوز عدد السلطات الإدارية المستقلة المستحدثة في الجزائر 12 سلطة ضبط، تتكفل كل منها بضبط مجال محدد، كقطاع البنوك والمؤسسات المالية، ونشاطات البورصة، والتأمينات، والبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، المناجم، الكهرباء والغاز، النقل، المحروقات، وكذا قطاع المنافسة.

وحتى يتسنى لهذه الهيئات أداء مهامها في ضبط هذه القطاعات الحساسة، زودت بمجموعة من الاختصاصات التي كانت عائدة سابقا للإدارة التقليدية، فأصبح لها سلطة اتخاذ القرارات وتوقيع العقوبات.

وإذا كان المسلم به، أن رقابة القاضي الإداري، على الصلاحيات الجزرية للهيئات الإدارية المستقلة، تخضع لتقنين الإجراءات المدنية والإدارية - القواعد العامة - إلا أن نصوصها القانونية الخاصة أفرزت وجود استثناءات تمس مواعيد الطعن، والتظلم الإداري، إلى جانب أهم إجراء وهو وقف تنفيذ القرارات الصادرة عن هذه الهيئات.

فاستحدثت هيئات ضبط مستقلة في المنظومة القانونية الجزائرية وتزويدها باختصاصات وأساليب ضبط كانت في الأصل من اختصاصات الدولة يثير عدة

(1) القانون رقم 90-07 المؤرخ في 03 أبريل 1990 المتعلق بالإعلام، الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 14 لسنة 1990.



إشكالات، فكيف يمكن للمشرع الجزائري إيجاد هيئات لا تخضع للرقابة وبالمقابل تتمتع بسلطة تنظيمية وقمعية دون أن يكون هناك خرق للدستور؟ وما مدى توافق قواعد تقنين الإجراءات المدنية والإدارية القواعد الخاصة بالمنازعات والطعون في التشريعات المنشئة للهيئات الإدارية المستقلة؟ وفي سبيل دراسة هذه الهيئات بما لها وما عليها سنتطرق في هذه الورقة البحثية للاختصاص القضائي المزدوج للفصل في الطعون المرفوعة ضد قرارات سلطات الضبط (مطلب أول) وكذا الطابع الاستثنائي لإجراءات الطعون الإدارية (مطلب ثان).

المطلب الأول: الاختصاص القضائي المزدوج:

من أجل تحقيق الفعالية الاقتصادية، وزع المشرع الجزائري الاختصاص القضائي الفاصل في المنازعات المتعلقة بسلطات الضبط إلى جهتين، بحيث جعل الطعن في قراراتها كأصل عام يدخل في نطاق القضاء الإداري (فرع أول) وكاستثناء جعل الاختصاص بالفصل في بعض الدعاوى للقضاء العادي (فرع ثان).

الفرع الأول: الاختصاص الأصلي للقاضي الإداري:

نظرا للطابع الإداري الذي أضفاه المشرع الجزائري على سلطات الضبط المستقلة فإن الطعن في قراراتها كأصل عام يكون أمام القضاء الإداري. وهذا انطلاقا من أن النصوص القانونية المنظمة لسلطات الضبط المستقلة، خصت مجلس الدولة بالفصل في الطعون المرفوعة ضد قراراتها، الأمر الذي ينسجم والفقرة الثانية من المادة 901 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "يختص مجلس الدولة في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة". ولا يتحقق ذلك إلا إذا تم إدراج سلطات الضبط المستقلة ضمن فئة الهيئات العمومية الوطنية طبقا للمادة 09 من القانون



العضوي⁽¹⁾ رقم 98- 01 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه⁽²⁾، التي تنص على أنه: "يفصل مجلس الدولة ابتداءً ونهائياً في: - الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية، الهيئات العمومية الوطنية...".

وباستقراء النصوص المنشئة والمنظمة لسلطات الضبط المستقلة، نجد أن كل الطعون الموجهة ضد قرارات هذه الأخيرة، يفصل فيها مجلس الدولة. وهذا نظراً لكونها تمارس صلاحياتها باسم الدولة ولحسابها، وأنها ذات طابع إداري مما يستدعي تطبيق المعيار العضوي.

وعلى سبيل المثال نجد المادة 17 من القانون رقم 2000- 03 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات، تنص على أنه: "...يجوز الطعن في قرارات مجلس سلطة الضبط أمام مجلس الدولة..."⁽³⁾. وما نصت عليه المادة 19 من قانون المنافسة بأنه: "يمكن الطعن في قرارات رفض التجميع أمام مجلس الدولة"⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها والتي تتمتع بالشخصية المعنوية، ما يمنحها الحق في التقاضي، أي أنه بإمكانها أن تكون طرفاً في النزاعات

(1) من المستجدات التي جاء بها التعديل الدستوري لسنة 1996 إدخال المؤسس الدستوري الجزائري مصطلحاً جديداً في قاموس القانون الوضعي الدستوري الجزائري، ألا وهو مصطلح القانون العضوي. هذا الأخير الذي يحتل مرتبة أعلى من القانون العادي وأدنى من الدستور، حيث يشكل هذا أحد مظاهر مبدأ المشروعية في الدولة، فليس من شأن القانون النظامي أو العضوي أن يعارض الدستور في شيء أو يعدله، وبالمقابل لا يمتد القانون العادي إلى المجال المحجوز للقانون النظامي. عزاوي عبد الرحمن، "فتة القوانين الجديدة: القوانين العضوية أو النظامية وفقاً للدستور الجزائري المعدل سنة 1996"، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، العدد الرابع، 2002، ص.57.

(2) الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 37 لسنة 1998.

(3) الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 48 لسنة 2000.

(4) الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 43 لسنة 2003.



سواء كمدعية أو مدعى عليها. وهذا ما يدفعنا إلى القول بأن جميع الدعاوى والطعون ترفع مباشرة ضد اللجنة دون الحاجة إلى إدخال الدولة عن طريق إحدى الوزارات في النزاع، حيث إن اللجنة تتمتع بالاستقلال المالي، ويمكنها دفع أي تعويض من ذمتها المالية الخاصة، وهذا منذ صدور القانون رقم 04-03 المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي رقم 93-10. ومن هنا فإننا سنتطرق لرقابة القضاء الإداري - مجلس الدولة - على كل من القرارات الفردية والقرارات التنظيمية الصادرة عن سلطات الضبط المستقلة.

أولاً: رقابة القضاء الإداري على القرارات الفردية لسلطات الضبط المستقلة.

تصدر سلطات الضبط المستقلة قرارات عديدة ومتنوعة، قد تأخذ شكل أو تسمية تأشيرات أو اعتمادات أو جزاءات إدارية، وهذا حسب تنوع طبيعة محلها أو موضوعها.

ويمارس القضاء الإداري رقابته حول شرعية هذه القرارات الفردية⁽¹⁾، بناء على طلب الأشخاص المتضررين من هذه القرارات. إلا أن المشرع الجزائري لم يبين في العديد من الحالات الإجراءات الواجب اتباعها لمجابهة هذه القرارات، ومن ذلك أنه لم ينص على أي نوع من الطعون ضد قرارات منح التأشيرة التي تضعها لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، على المذكرة الإعلامية، التي يقدمها مصدر القيم المنقولة. وفي ظل غياب نص قانوني خاص ينظم هذه المسألة - إجراءات الطعن في القرارات الفردية لسلطات الضبط المستقلة - فإنه يتوجب علينا الأمر الرجوع إلى القواعد العامة في الطعون ضد القرارات الإدارية الفردية، حيث ترفع الدعاوى أمام مجلس الدولة كأول وآخر درجة طبقاً لنص المادة 9 من القانون العضوي رقم 98-01

(1) فالقرار الإداري سواء كان فردياً أو تنظيمياً فيعتبر دوماً عمل إدارياً فردياً، على عكس العقود الإدارية التي تعتبر عملاً ثنائياً. جبار عبد الحميد، "مفهوم القرار الإداري في القانون الجزائري"، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، العدد الأول، 1995، ص. 15.



المتضمن تنظيم وسير مجلس الدولة⁽¹⁾. وما يؤكد هذا الاعتقاد هو ما نصت عليه المادة 09 من المرسوم التشريعي رقم 93- 10 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 03- 04، فيما يخص قرارات اعتماد الوسطاء في عمليات البورصة، حيث أعطى المشرع الجزائري الحق لطالب الاعتماد- في حالة رفض طلبه أو تحديد مجال الاعتماد في رفع طعن أمام مجلس الدولة في ميعاده قدره شهر واحد يبدأ حسابه منذ تاريخ تبليغ القرار، ويلتزم مجلس الدولة بالبث في هذا الطعن وإصدار قراره خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تسجيله.

أما بالنسبة للقرارات التي تصدرها الغرفة التأديبية والتحكيمية للجنة فإنها تقبل الطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة خلال شهر واحد⁽²⁾ يبدأ حسابه من تاريخ تبليغ القرار محل الطعن، ولمجلس الدولة أجل ستة أشهر من تاريخ تسجيل الطعن ليفصل خلالها فيه⁽³⁾. وهذا خلافا للأحكام العامة حيث لا يوجد أي نص يلزم مجلس الدولة أو المحكمة العليا بضرورة الفصل خلال أجل محدد.

ثانيا: رقابة القضاء الإداري على القرارات التنظيمية لسلطات الضبط المستقلة.

تنص المادة 33 من المرسوم التشريعي رقم 93- 10 المعدل والمتمم، بأنه يمكن في حالة حصول طعن قضائي أن يأمر بتأجيل تنفيذ أحكام اللائحة المطعون فيها إذا كانت بالغة الخطورة منذ نشرها. وهذا ما يدل على أن اللوائح التي تصدرها لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، يمكن أن تشكل موضوع طعن قضائي، شأنها

(1) الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 37 لسنة 1998.

(2) وهو ميعاد أقل بكثير من ميعاد الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة في الحالات العادية الأخرى وهو شهران ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي والشخصي للقرار أو الحكم محل الطعن. طبقا للمادتين 354 و 956 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 21 لسنة 2008.

(3) طبقا للمادة 57 من المرسوم التشريعي رقم 93- 10 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، الجريدة الرسمية الجزائرية



شأن جميع القرارات الإدارية التنظيمية الصادرة عن الجهات الإدارية عموماً. إلا أن المشرع الجزائري قد أهمل تحديد الجهات أو الأطراف التي يعود لها الحق في تقديم هذا الطعن وهو الأمر الذي يؤدي بنا إلى الافتراض بأن نية المشرع الجزائري قد توجهت إلى تطبيق القواعد العامة في مجال الطعون بالإلغاء ضد القرارات الإدارية عامة، إذ ترفع من جميع ذوي الصفة والمصلحة، دون تحديد لطائفة معينة من الأشخاص، وهذا بخلاف ما هو معمول به على مستوى بعض سلطات الضبط المستقلة. فالأنظمة التي يصدرها مجلس النقد والقرض مثلاً، لا يمكن توجيه الطعن ضدها بالإلغاء، إلا من قبل الوزير المكلف بالمالية، في أجل ستين يوماً من تاريخ نشرها وفقاً للأشكال المقررة في القانون⁽¹⁾ تحت طائلة ردها شكلاً⁽²⁾.

فالطعن هنا حق ممنوح حصرياً للوزير المذكور دون غيره من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين حتى ولو كان هذا القرار التنظيمي يمس بمراكزهم القانونية حال تطبيقه، وهو الأمر الذي ارتكز عليه دفاع بنك الجزائر في قضية فصل فيها مجلس الدولة بين يونيون بنك كمدعي ومحافظ بنك الجزائر مدعى عليه، حينما رد بشأن الدفع بعدم المشروعية بأنه حق للوزير المكلف بالمالية دون أي شخص آخر حسب المادة 46⁽³⁾، وبأنه ليس للمدعية الصفة في إثارة هذا الدفع مادام أن الأمر يتعلق بقرار تنظيمي.

(1) في الجريدة الرسمية الجزائرية أو في جريدتين يوميتين تصدران بالجزائر العاصمة، في حالة الاستعجال حسب المادة 64 من الأمر رقم 03- 11 المؤرخ في 11 أوت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 52 لسنة 2003.

(2) المادة 65 الفقرة الأولى والثانية من الأمر رقم 03- 11 المتعلق بالنقد والقرض، الأمر المرجعي سابق الذكر.

(3) من قانون 90- 10 والتي تضمنتها المادة 21/65 من الأمر رقم 03- 11 المتعلق بالنقد والقرض، الأمر المرجعي سابق

الذكر.



والحقيقة أن الدفاع قد أخلط ما بين حالتي الطعن بالإلغاء والدفع بتقدير المشروعية⁽¹⁾. ففي غياب نص خاص في الأمر المتعلق بالنقد والقرض حول إمكانية الطعن في عدم شرعية قرارات مجلس النقد والقرض، فإن القواعد العامة للإجراءات تجد سبيلها للتطبيق بصورة طبيعية استنادا لأحكام للفقرة الثانية من المادة 09 من القانون العضوي 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، حيث: "يفصل مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا في الطعون الخاصة بالتنظيم ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة". وهو الاختصاص الذي يصرح به القانون في دعوى الإبطال التي يرفعها الوزير المكلف بالمالية تأسيسا على أن مجلس النقد والقرض يدرج باعتباره هيئة من الهيئات العمومية الوطنية المشار إليها في اختصاصات مجلس الدولة.

إن مثل هذه الطعن يبقى مفتوحا - في غياب أي نص يقضي بخلاف ذلك - أمام كل من تضرر من تطبيق النظام الذي يرد مخالفا لمبدأ المشروعية، والذي يتجسد في قضية الحال في نص المادة رقم 15 من النظام 95-07 ومعارضتها لأحكام قانون النقد والقرض المتعلقة بصلاحيات مجلس النقد والقرض واللجنة المصرفية في نفس الوقت، وهو ما تم تأكيده من خلال تقدير الحل المعتمد في القرار الذي أصدره مجلس الدولة⁽²⁾ تحت رقم 2138 بتاريخ 08/05/2000، ولقد تضمن مضمون القرار شقين هما:

✓ إبطال القرار المؤرخ في 01/02/1992 الصادر عن مديرية مراقبة الصرف لبنك الجزائر، والمتضمن السحب المؤقت والتحففي مع التطبيق الفوري لصفة الوسيط المعتمد.

(1) عبد الحق قريمس، "مراقبة القضاء الإداري لمشروعية عمل السلطات الإدارية المتقلة، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة- الجزائر، العدد الثالث، مارس 2006، ص.236.

(2) أصدر مجلس الدولة القرار رقم 13 الصادر في 09 فبراير 1999 والفاصل في قضية اتحاد بنك المؤسسة المالية في شكل شركة مساهمة "يونين بنك" ضد محافظ بنك الجزائر، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، العدد الأول، 1999، ص.173.



✓ التصريح بعدم قابلية المادة 15 من النظام 95- 07 للتطبيق على هذه القضية.

1. حول صحة الدفع بعدم المشروعية:

تنص المادة 15 من النظام 95- 07 على ما يلي: "بإمكان بنك الجزائر سحب صفة الوسيط المعتمد في أي وقت من أي مستفيد لجزء أو كل العمليات المرخص بها في حالة عدم تطبيق النصوص السارية المفعول".

ومثلما هو واضح، فإن بنك الجزائر قد أعطى لنفسه حقا غير شرعي للمعاقبة عن طريق هذه المادة، وهو ما يشكل - حسب دفاع يونيون بنك - مساسا بالفصل بين السلطات المنظم بمقتضى القانون البنكي.

إن سحب صفة الوسيط المعتمد لا يمكن أن تتم، حسب أحكام الأمر المتعلق بالنقد والقرض إلا من قبل مجلس النقد والقرض في إطار اتخاذه للقرارات الفردية، أو من طرف اللجنة المصرفية باعتباره أقصى حد للعقوبات التي يمكن لهذه الأخيرة اتخاذها، وليس لجهة أخرى غير هاتين المذكورتين مباشرة مثل هذه الصلاحية ولو كان بنك الجزائر ذاته ممثلا في المحافظ أو من يعمل تحت سلطته (كمديرية مراقبة الصرف). ولذلك فإن مقتضى هذه المادة 15 من النظام 95- 07 الصادر عن مجلس النقد والقرض قد جاء مخالفا لأحكام قانون النقد والقرض المتعلقة بسلطة العقاب في المجال البنكي والدفع الذي تقدم به محامي يونيون بنك جاء مؤسسا.

2. حول الحل المتخذ من طرف المجلس:

ورد الحل الذي اعتمده مجلس الدولة بشأن الدفع بعدم المشروعية كما يلي: "حيث إنه إذا كان من صلاحيات مجلس النقد والقرض وإعداد الأنظمة المتخذة تطبيقا للقانون رقم 90- 10، فإنه لا يستطيع أن يضيف إلى النص حكما جديدا؛ حيث إنه عندما نص مجلس النقد والقرض... على أنه يمكن لبنك الجزائر سحب صفة الوسيط المعتمد لعمليات الصرف، فإنه قد تجاهل مقتضيات المادة 156 التي توكل هذا الاختصاص للجنة المصرفية



فقط؛ حيث إنه في هذه الحالة يتعين التصريح بأن مقتضيات المادة 15 من النظام المذكور أعلاه باطلة وعديمة الأثر فيما يخص الدعوى الحالية فقط...

إن مجلس الدولة يقضي: ... بالتصريح بعدم قابلية المادة 15 من النظام 95- 07 المؤرخ في 23 ديسمبر 1995 للتطبيق على هذه القضية...".

لقد لخص المجلس بقراره هذا ما هو مستقر عليه فقها بشأن الدفع بعدم المشروعية، من حيث:

✓ إمكانية إثارة هذا الدفع إزاء أي إجراء إداري جماعي⁽¹⁾ صادر عن سلطة إدارية، تقليدية كانت أو مستقلة، تمارس صلاحية وضع قواعد معيارية عامة تأخذ في تطبيقها نفس أبعاد النصوص القانونية، ولكنها لا تحوز وصف "أعمال السيادة"، بسبب عدم استيفائها لإجراء التصويت والإصدار⁽²⁾.

✓ أن الدفع بعدم المشروعية، مثل الدفع بعدم الدستورية، لا تتم إثارته إلا إذا كانت مسألة أولية وتتوقف الخصومة على الفصل فيها⁽³⁾، وهذا ما حدث في قضية الحال، حيث استدعى إبطال القرار الصادر عن مديرية الصرف في 01 فيفري 1999 التطرق لمسألة مدى مشروعية الإجراء المتخذ من طرف بنك الجزائر استنادا لنص المادة 15 من النظام رقم 95- 07 الذي اعتمد كأساس لتبرير الإجراء الذي قامت به المديرية.

الفرع الثاني: الاختصاص الاستثنائي للقاضي العادي:

تشكل القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة باعتباره سلطة ضبط في المجال الاقتصادي استثناء على القاعدة العامة، حيث تفلت من رقابة القاضي الإداري، وينص

(1) إن استعمال مصطلح إجراء إداري جماعي لا يعني بأي حال من الأحوال أنه قرار إداري تنظيمي بل هو قرار فردي ولو أنه يخص مجموعة محددة من الأفراد.

(2) جورج قودال وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 2001، 33.

(3) عبد العزيز محمد سلمان، قيود الرقابة الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 83.



القانون على أنها تعود لاختصاص مجلس قضاء الجزائر العاصمة الفاصل في المواد التجارية⁽¹⁾، وذلك رغم أنّ القانون يعتبر مجلس المنافسة هيئة إدارية صراحة.

ويعود هذا الاستثناء إلى كون هذا الحكم مستلهما من القانون الفرنسي، فقد أعطى المشرع الفرنسي هذا الاختصاص لمحكمة استئناف باريس، مما يجعل القضاء العادي وليس القضاء الإداري هو المختص بنظر الطعون المقدمة ضد قرارات مجلس المنافسة، ولقد أقر المجلس الدستوري الفرنسي خروج المشرع عن القواعد التقليدية في توزيع الاختصاص القضائي، لأنّ القضاء العادي في فرنسا يختص ببعض المنازعات الإدارية وفقا للفكرة التقليدية بأنّ القاضي العادي هو حصن الحريات الفردية⁽²⁾.

لكن المشكلة في نقل الاختصاص لمحكمة استئناف "باريس"، كانت تكمن في عدم وقف تنفيذ القرار المطعون فيه أمامها كنتيجة للطعن مثلما هو متبع أمام مجلس الدولة، مما كان يفوت ضمانه للمتقاضين؛ يحرمون منها أمام محكمة استئناف باريس، ويتمتعون بها، إذا ظل الاختصاص لمجلس الدولة، وفقا للقواعد التقليدية باختصاصه بنظر الطعون في القرارات الإدارية، وكان هذا الوضع يشكل مخالفة دستورية، حيث يناقض مبدأ المساواة و ضمانات التقاضي المنصوص عليها في الدستور الفرنسي، كما كانت هذه الأوضاع محلا للملاحظات أبداه المجلس الدستوري على القانون الذي كان المشرع يزعم بمقتضاه نقل الاختصاص لمحكمة استئناف باريس بنظر الطعون في قرارات مجلس المنافسة.

وصدر في 1987/07/06 القانون الذي يخول محكمة استئناف باريس، الفصل في المنازعات الخاصة بقرارات مجلس المنافسة، مراعيًا ما أبداه المجلس الدستوري من ملاحظات وبصفة خاصة تلك المتعلقة بوقف تنفيذ القرارات المطعون فيها كأثر

(1) انظر المادة 63 من الأمر رقم 03 - 03 المؤرخ في: 19 جويلية 2003 والمتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد 43 لسنة

2003؛ المعدل والمتمم بالقانون رقم 08 - 12 المؤرخ في 25 جوان 2008، الجريدة الرسمية العدد 36 لسنة 2008.

(2) حنفي عبد الله، السلطات الإدارية المستقلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 120.



للطعن، فقرر القانون أن الطعن أمام محكمة استئناف باريس يكون له أثر موقوف كقاعدة عامة، لكن الرئيس الأول لمحكمة استئناف باريس، يمكن أن يأمر بوقف التنفيذ، لحين الفصل في موضوع الدعوى، بشرط أن يثبت الطاعن أن هناك خطراً جسيماً يمكن أن يترتب على التنفيذ أو أن هناك وقائع جديدة ذات خطورة استثنائية، وأن تكون قد حدثت في تاريخ لاحق على صدور القرار المطعون فيه على أن تراقب محكمة استئناف باريس، مدى التناسب بين العقوبات المالية التي وقعها مجلس المنافسة، وبين الأفعال المرتكبة والمبررة لتوقيع هذه العقوبات.

من هنا يكون المشرع قد اكتفى بنقل أحكام القانون التجاري الفرنسي، إلا أنه لم يتبن نفس الحل الذي تبناه المشرع الفرنسي في مجال البورصة؛ الأمر الذي أدى إلى عدة انتقادات فقهية، مما يعني بأن المعيار الاقتصادي لا يعد حاسماً في توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي.

أما بالنسبة للجزائر، فإن اختصاصات مجلس الدولة حددتها المادة 09 من القانون العضوي رقم 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله التي تنص على ما يلي: "يفصل مجلس الدولة ابتدائياً ونهائياً في:

- الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية...".

في حين أنه، في حالة الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة فإن القانون هو الذي يمنح الاختصاص بقراراته للقاضي العادي، وقد ذكر المجلس الدستوري بمناسبة اللجوء إليه، مركز القانون العضوي في التدرج الهرمي للقوانين بهذه العبارات:

"باعتبار أن مجال تدخل القانون العادي وتدخل القانون العضوي محددة على الترتيب بالمواد 122 و123 وأحكام أخرى من الدستور الجزائري المعدل سنة 1996، وبأنّ المؤسس الدستوري حدد إجراءات تبني كل واحد منها وهي مختلفة، فالقانون العضوي



وعلى عكس القانون العادي، يتم إصداره بناء على الفقرات الثانية والثالثة من المادة 123 من الدستور بالأغلبية المطلقة للنواب وهو يخضع - وقبل إصداره - إلزامياً لرقابة المطابقة للدستور، وإخضاعهما لإجراءات مختلفة ينبع من مبدأ التدرج السلمي للقواعد في النظام القانوني الداخلي، الذي يفرض بأن القانون العضوي بمركزه والقانون العادي، لا يمكن أن يتدخل إلا في المجال وحسب الإجراءات التي يحددها لهما الدستور، مما يستتبع بأن المجلس الشعبي الوطني، لا يمكن أن يخضع الأحكام الخاصة بمجال القانون العضوي لنفس الإجراءات المتعلقة بالقانون العادي.

وهكذا يكرس المجلس الدستوري سمو القانون العضوي على القانون العادي، فوحده القانون العضوي بإمكانه وضع استثناءات للاختصاص الأساسي أو المبدئي لمجلس الدولة بهذا فالقانون العادي الذي يعدل جوهر قانون عضوي، يمكن الطعن في عدم دستوريته.

إن تحويل الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة، حق النظر في الطعون المقدمة ضد قرارات مجلس المنافسة، يجعلنا نتساءل عن طبيعة هذا الطعن؟

وفي هذا الصدد تشير المادة 63 من الأمر 03 - 03 المتعلق بالمنافسة إلى الطعن في قرارات مجلس المنافسة وليس الاستئناف، مما يستخلص منه بأن الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة، تنظر في القضية بصفة ابتدائية ونهائية وليس بصفتها قاضي الدرجة الثانية، فيمكن تشبيهها بالقضاء الإداري، لأن مجلس المنافسة ليس هيئة قضائية فلا يقدم الاستئناف إلا ضد الأحكام القضائية، سواء تعلق الأمر بمنازعة مدينة أو إدارية.

هذا هو الاتجاه الذي تبناه كل من الفقه والتشريع الفرنسيين، حيث إنه ورغم غموض النص الذي يعطي الاختصاص لمحكمة استئناف باريس، فإن التفسير لا يمكن أن يتم إلا بالمقارنة مع المنازعة الإدارية التقليدية الذي يؤدي إلى اعتبار محكمة استئناف "باريس" هي هيئة قضاء إداري.



وفي النظام الجزائي وبالرجوع إلى الأمر المتعلق بالمنافسة وكذا تقنين الإجراءات المدنية والإدارية فإنّ الطعن ضد قرارات مجلس المنافسة أمام الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر يمنحها حق النظر في الدعوى كقاضي إلغاء وكقاضي تعويض، حيث يمكنها أن تلغي أو تعدل من القرار أو تؤيد قرار مجلس المنافسة !! بل ويملك رئيس الغرفة اختصاصات وقف التنفيذ!

الفرع الأول: إلغاء القرار المطعون فيه:

تتخذ قرارات مجلس المنافسة باعتبارها قرارات إدارية فردية، ضمن امتيازات السلطة العامة، فرغم كون الغرفة التجارية للمجلس هي هيئة قضائية عادية، إلا أنها تستخدم تقنيات الرقابة التي يستعملها القاضي الإداري، حيث إنها تنظر في مدى احترام مجلس المنافسة لاختصاصاته التي حولها له القانون، وكذا مدى احترامه للإجراءات المتعلقة بحقوق الدفاع.

كما يبحث القاضي عن مدى تطبيق مجلس المنافسة للقواعد الموضوعية المنصوص عليها في قانون المنافسة ومدى صحة التكييف بالنظر إلى النصوص القانونية المستند إليها ومدى تناسب العقوبة مع الفعل المقترب. وفي حالة ما إذا كان سبب الإلغاء يتعلق بالإجراء بكامله ويمس بحقوق الدفاع، أو يؤدي إلى إفراغ الملف بإبعاد عناصر الإثبات، ففي هذه الحالات إنّ قرار الغرفة التجارية القاضي بالإلغاء، يضع حدا للمتابعات.

وفي الحالة العكسية، فإنّ الغرفة التجارية لدى المجلس تنظر في القضية من ناحية الوقائع والقانون من جديد وتقضي:

- إما بترك مجلس المنافسة يواصل الإجراء ويقضي بقرار جديد، وهذا ما تفعله الغرفة التجارية في حالة إلغاء القرار لعدم القبول أو بالأول وجه لدعوى رفعت دون تبليغ الطرف المعني.



- وإما أن تتظر من جديد إذا كانت عناصر الملف تسمح للغرفة التجارية لدى المجلس أن تحل بقرارها محل قرار مجلس المنافسة في مجال الأوامر والعقوبات المالية وإجراءات النشر والإجراءات التحفظية أو تنفيذ الأوامر.
- أخيرا أن تتظر الغرفة من جديد بعد أن تأمر بإجراء تحقيق.

الفرع الثاني: الحكم للمتضرر بالتعويض.

عندما يفصل القاضي العادي في قضايا المنافسة بالتعديل فإنه يحكم أيضا بالتعويض. ففي حالة تعديل قرار يقضي بعدم القبول أو بآلا وجه للمتابعة، واتخذ القرار دون تبليغ الطرف المعني، يملك القاضي العادي سلطة الأمر بالتحقيق كما يمكنه أن يحيل الإجراء لمجلس المنافسة ليتخذه مطابقة للقانون، وبالعكس لا يمكن للقاضي أن يعدل من العقوبة زيادة إلا إذا كان الطعن من وزير التجارة أو من الطرف الذي أخطر المجلس.

غير أن الإشكال الذي يطرح هو حين يصدر مجلس المنافسة قرارا ويتم إلغاؤه من طرف الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر لتجاوز السلطة، وأراد الطرف المتضرر رفع دعوى التعويض ضد مجلس المنافسة فهل ترفع الدعوى أمام الغرفة التي أصدرت القرار أو أمام القاضي الإداري؟

لم تشر النصوص المتعلقة بالمنافسة إلى القضاء المختص بالنظر في دعوى المسؤولية التي ترفع ضد مجلس المنافسة، لكن بالمقارنة مع ما استقر عليه العمل في فرنسا، فإن القاضي العادي هو نفسه الذي يختص بدعوى التعويض، في حين أنه من المفروض - وأمام سكوت النص - أن يعود الاختصاص إلى القاضي الإداري حسب التوزيع التقليدي للاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري.

ومن أجل توحيد الاختصاص، وعدم توزيع الدعاوى بين القاضي العادي والإداري حيث إنه لما تلغى الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر قرارا لمجلس المنافسة فلا يجب إحالة الطرف



المعني إلى المحكمة الإدارية للنظر في دعوى التعويض، لأن من شأن ذلك أن يؤدي إلى اختلاف الاجتهاد القضائي.

وإذا أيدت الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر العاصمة قرار مجلس المنافسة، فإنه يحق للطرف المعني الطعن ضد قرارها أمام الغرفة التجارية للمحكمة العليا، طبقا للقواعد العامة. وتمارس هذه الأخيرة حق الرقابة على قرار الغرفة التجارية بالمجلس القضائي للجزائر العاصمة باعتبارها محكمة قانون، وإذا نقضت قرارها فإنها تحيلها إلى نفس الغرفة المصدرة للقرار مشكلة تشكيلية أخرى.

المطلب الثاني: الطابع الاستثنائي لإجراءات الطعون الإدارية

رغم أن المشرع الجزائري أقر إمكانية الطعن في قرارات سلطات الضبط المستقلة الأمر الذي يستدعي اتباع نفس الإجراءات القضائية المتبعة أمام مجلس الدولة، وفق ما هو منصوص عليه في تقنين الإجراءات المدنية والإدارية، إلا أن وجود قوانين خاصة بسلطات الضبط المستقلة فرضت بعض الاستثناءات التي تتعلق بإجراءات التقاضي الأمر الذي من شأنه التأثير على مسار المنازعة الإدارية سواء فيما يخص التظلم الإداري المسبق (فرع أول) ومسألة مواعيد الطعن (فرع ثان).

الفرع الأول: التظلم الإداري

خير المشرع الجزائري بموجب المادة 830⁽¹⁾ من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية المتضرر من القرار الإداري بين رفع التظلم الإداري⁽²⁾ المسبق من عدمه، ولعل الحكمة

(1) إذ تنص المادة 830 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار...".

(2) التظلم عبارة عن إجراء يرسمه القانون أحيانا لاتباعه ويتمثل في طعن إداري يقوم به الشخص الذي يريد مقاضاة الإدارة كإجراء أولي، عن طريق توجيهه شكوى أو احتجاج أو التماس للإدارة. ويدعى ذلك الإجراء "تظلمًا مسبقًا" أو "طعنًا إداريًا" يطالب بضرورة مراجعة الإدارة لقراراتها وتصرفاتها قبل الشروع في مقاضاتها.



من ذلك هي تخفيف العبء على المتقاضين، وكذا تبسيط إجراءات الطعون الإدارية الذي يشكل التظلم الإداري أهم مظاهر تعقيدها⁽¹⁾، على النحو السائد قبل صدور القانون رقم 90- 23 بتاريخ 18- 06- 1990، حيث كان التظلم الإداري شرطاً جوهرياً لقبول الدعوى⁽²⁾.

وفي هذا الصدد اعتبر مجلس الدولة أن الطعون المرفوعة ضد قرارات اللجنة المصرفية تبقى منظمة بموجب الأحكام المتعلقة بالنقد والقرض، إذ أن الأمر رقم 03- 11 يشترط التظلم فيما يخص رفض ترخيص أو اعتماد فروع في الجزائر للبنوك والمؤسسات المالية الأجنبية، حيث تنص المادة 87 من هذا الأمر على أنه: "لا يمكن الطعن أمام مجلس الدولة في القرارات التي يتخذها المجلس بموجب المواد 82، 84 و85 أعلاه إلا بعد قرارين بالرفض، ولا يجوز تقديم الطلب الثاني إلا بعد مضي أكثر من 10 أشهر من تبليغ رفض الطلب الثاني".

من خلال استقراء نص هذه المادة، وعلى وجه الخصوص عبارة "بعد قرارين بالرفض" نلاحظ أن المشرع الجزائري، يستوجب بعد قرار الرفض الأول بالترخيص أو اعتماد فروع في الجزائر للبنوك والمؤسسات المالية الأجنبية، ضرورة تقديم طلب آخر - بمثابة التظلم الإداري - وهذا قبل الطعن أمام مجلس الدولة⁽³⁾.

ومن جانب آخر، فإن الدعوى يجب أن ترفع خلال 60 يوماً من تاريخ تبليغ القرار، ولا يسمح برفع هذه الدعوى إلا للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين المستهدفين بالقرار مباشرة.

(1) بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادادي، 2009، ص.432.

(2) عزايي عبد الرحمان ومعاشر عمار، تعدد مصادر القاعدة الإجرائية في المنازعات الإدارية في النظام

الجزائري، دار الأمل، الجزائر، 1998، ص. 15. وما يليها.

(3) تطبيقاً لذلك صدر قرار مجلس الدولة رقم 006614، بتاريخ: 12 أكتوبر 2001، مجلة مجلس الدولة،

منشورات الساحل، الجزائر، العدد السادس، 2004.



وبتطبيق قواعد الاجتهاد القضائي، فإن الطعون المرفوعة ضد قرارات كل من سلطة الضبط للبريد والمواصلات، لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية والوكالة الوطنية للجيولوجية والمراقبة المنجمية، كلها لا تشترط التظلم الإداري. ولم يبق من ذلك إلا قرارات لجنة ضبط الكهرباء والغاز التي نص المشرع الجزائري على أنها يمكن أن تكون موضوع طعن قضائي أمام مجلس الدولة.

الفرع الثاني: مواعيد الطعن

تختلف مواعيد الطعن من سلطة ضبط لأخرى، ولا تتوافق مع القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 829 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تقضي بوجوب رفع الدعوى خلال أربعة أشهر من تاريخ تبليغ القرار الفردي أو من تاريخ نشر القرار التنظيمي. وشهرين (02) من تاريخ تبليغ قرار رفض التظلم الإداري أو في حالة سكوت الإدارة المتظلم أمامها⁽¹⁾.

فيشير تقنين النقد والقرض إلى أن الطعون المرفوعة ضد قرارات اللجنة المصرفية - عندما تمارس سلطتها العقابية - يجب أن ترفع خلال ستين (60) يوما ابتداء من تاريخ تبليغ القرار. ويظهر لأول وهلة من نص المادة 107 من الأمر رقم 03- 11 أنها لا تشكل استثناء على قاعدة تقديم الطعن في أجل الشهرين من تاريخ التبليغ، فقد تتساوى مدة

(1) انطلاقا من أن جل منازعات سلطات الضبط المستقلة، يختص مجلس الدولة بالنظر والفصل فيها، كأول وآخر درجة فإن ميعاد الطعن محدد بأربعة أشهر على أساس المادة 907 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص أنه: "عندما يفصل مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة تطبق الحكام المتعلقة بالأجل المنصوص عليها في المواد من 829 إلى 832"؛ وحيث تنص المادة 829 من تقنين الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة (04) أشهر، يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي".



الستين يوماً مع الشهرين، غير أن الأجلين في حقيقة الأمر مختلفان فقد تزيد مدة الشهرين عن الستين يوماً⁽¹⁾ ويمكن أن تنقص عنها⁽²⁾.

فالانتقال من حساب مواعيد الطعن بالأشهر المنصوص عليه في تقنين الإجراءات المدنية والإدارية إلى معيار الحساب اليومي في قانون النقد والقرض، يشكل استثناء من مواعيد الطعن ضد قرارات سلطات الضبط المستقلة، الأمر الذي يتوجب معه معرفة الأحكام العامة.

فعلى سبيل المثال يطعن في القرارات الصادرة عن لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها وسلطة الضبط للبريد والمواصلات أمام مجلس الدولة خلال شهر واحد من التبليغ. في حين أن الطعون المرفوعة ضد قرارات مجلس إدارة كل من الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية والوكالة الوطنية للجيولوجيا والمراقبة المنجمية، تكون في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ القرار محل النزاع⁽³⁾. بالإضافة إلى قرارات مجلس المنافسة التي تخضع لنفس ميعاد الطعن -أي شهر واحد- وهذا أمام الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر، غير أن هذا الأجل يتقلص إلى ثمانية (08) أيام عندما يتعلق الأمر بالطعن في الإجراءات التحفظية.

يحدد المشرع الجزائري، ميعاد الطعن في قرارات لجنة ضبط الكهرباء والغاز، الأمر الذي يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في تقنين الإجراءات المدنية والإدارية.

(1) كشهري ديسمبر وجانفي، أو شهري جويلية وأوت.

(2) في حال شهري فيفري ومارس مثلاً.

(3) المادة 48 من القانون رقم 01- 01 المؤرخ في 03 جويلية 2001 المتضمن قانون المناجم الجريدة الرسمية العدد

35 لسنة 2001؛ المعدل والمتمم بالأمر 07- 01 المؤرخ في 01 مارس 2007، الجريدة الرسمية العدد 16 لسنة 2007.



الخاتمة:

منح المشرع الجزائري الهيئات الإدارية المستقلة، سلطة زجر ومعاقبة كل من يخالف قواعد المنافسة النزيهة. والجمع بين كل هذه الاختصاصات بين أيدي سلطات الضبط المستقلة له ما يبرره، كون هذه الأخيرة يجب أن تكون معاصرة ومسايرة لمتطلبات السوق وتطوراته المستمرة، فظهور هذه السلطات كان بغرض محاربة التعقيدات والبطء الحكومي في اتخاذ القرارات، بسبب مرورها عبر عدة قنوات مما يفقد الأداء الحكومي سرعته في تلبية الاحتياجات بصورة طبيعية.

فالسلاطات الإدارية المستقلة تعتبر ذات أهمية كبيرة في ضبط الاقتصاد، وتكريس المشرع لفكرة الضبط في المجال الاقتصادي كان لابد منه، لمسايرة التطورات والتحويلات الراهنة وللإستجابة لمتطلبات اقتصاد السوق، حيث تلعب هذه الهيئات دورا حيويا في مجال اختصاصها إذ تعتبر بداية لتحديث الإدارة الجزائرية في المجال الاقتصادي.

ولئن خول المشرع الجزائري الهيئات الإدارية المستقلة اختصاصات هامة في سبيل أدائها لمهامها. وأقر لها باستقلالية واسعة بموجب النصوص القانونية المنشئة والمنظمة لها، إلا أنه أخضعها للرقابة القضائية، التي تهدف إلى حماية مصالح المتعاملين الاقتصاديين.

فبعد دراسة آليات هذه الرقابة القضائية، اتضح أنها لا تعتبر ضمانا فعالة لتحقيق التوازن بين الصلاحيات القمعية الممنوحة لهذه الهيئات وحقوق المتعاملين الاقتصاديين.

فوقف تنفيذ القرارات الصادرة عن هذه الهيئات يعتبر إحدى الضمانات المهمة وذلك بالنظر إلى النتائج التي يحققها. فالملاحظ أن بعض الهيئات الإدارية المستقلة على أهمية المجال الذي تضبطه تستبعد بصورة صريحة وقف تنفيذ قراراتها، وهو ما يمثل انتقاصا صارخا للضمانات التي ينص عليها تقنين الإجراءات المدنية والإدارية، خاصة أمام خطورة القرارات التي تصدرها وهي بصدد ممارسة سلطتها القمعية، لذا فإننا نهيب بالمشرع الجزائري تدارك هذه المسألة بتكريس ضمانات كافية للمتعاملين مع هذه الهيئات المكلفة بضبط ومراقبة نشاطهم.

الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجديد

أ/ بن عصمان جمال
كلية الحقوق - جامعة تلمسان

مقدمة

كثيرا ما وصف الموقف المعتمد في الجزائر حول التحكيم التجاري الدولي وإلى غاية 1993 بالموقف المتناقض، إذ في الوقت الذي كان الخطاب السياسي يظهر عداوة لهذا النوع من التحكيم لم تكن تخلو بالمقابل عن المستوى العملي العقود المبرمة بين مؤسسات عمومية جزائرية وأخرى أجنبية من شروط التحكيم⁽¹⁾.

أول خطوة لصالح التحكيم الدولي كانت سنة 1989 تاريخ انضمام الجزائر إلى معاهدة New York لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، ليصدر بعد ذلك مرسوم تشريعي ينظم التحكيم التجاري الدولي⁽²⁾، وهو المرسوم الذي أضاف مواد جديدة إلى قانون الإجراءات المدنية، فصار يشتمل على مواد تنظم التحكيم الداخلي⁽³⁾، ومواد أخرى موضوعها التحكيم التجاري الدولي⁽⁴⁾ جاءت في مجملها متأثرة بالقانون الفرنسي لسنة 1981، والقانون السويسري الصادر سنة 1987، وهي المواد التي ظلت سارية المفعول إلى غاية أفريل 2009 تاريخ بدء العمل

(1) مصطفى تراري الثاني، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة دراسات قانونية، عدد1، جوان 2002، ص. 35.

(2) مرسوم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 ج.ر. 1993، عدد 27.

(3) المواد من 442 إلى 458.

(4) المواد من 458 مكرر إلى 458 مكرر 28.



بقانون الإجراءات المدنية الجديد⁽¹⁾ والذي تضمن هو أيضا مواد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي وهي المواد من 1039 إلى 1061.

وكما كان عليه الحال في القانون القديم، فلقد اهتم القانون الجديد هو أيضا بوضع قواعد تخص مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها من خلال وضع شروط وإجراءات يتوجب اتباعها، وفتح المجال أيضا لإمكانية الطعن مع الملاحظة أنه وبخلاف القانون الفرنسي الذي وحد النظام القانوني لأحكام التحكيم الأجنبية والدولية⁽²⁾، نجد أنّ المشرع الجزائري اكتفى بتنظيم أحكام التحكيم الدولية ولم يتكلم عن أحكام التحكيم الأجنبية، وهي الأحكام التي يبدو أنّها ستكون خاضعة لمعاهدة New York⁽³⁾.

المبحث الأول: شروط وإجراءات الاعتراف أو التنفيذ⁽⁴⁾

تجب الملاحظة بداءة أنّ المشرع الجزائري، سواء في القانون القديم أم الجديد، لم يفرق من حيث الشروط والإجراءات بين الاعتراف والتنفيذ حيث تظل هذه الشروط واحدة في كلتا الحالتين.

(1) قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج. ر. 2008، عدد 21. ولقد نص هذا القانون صراحة في المادة 1062 على سريان مفعوله بعد سنة من تاريخ نشره، وبما أنّ تاريخ النشر كان في 23/04/2008 فإنّ ذلك يعني أنّ القانون يكون ساري المفعول ابتداء من 24/04/2009.

(2) المواد من 1498 إلى 1507 ق. إ. م. ف. ج. التي جاءت تحت عنوان Reconnaissance, l'exécution forcée et les voies de recours à l'égard des sentences arbitrales rendues a l'étranger ou en matière d'arbitrage internationale.

(3) تراري ثاني مصطفى، المرجع السابق، ص. 51.

(4) الغالب أنّ يكون الطلب المقدم هو تنفيذ الحكم غير أنّ ذلك لا يمنع من أن يكون الطلب هو مجرد الاعتراف، والفرق بينهما هو أنّ هذا الأخير عبارة عن إجراء يرمي إلى التسليم بالحكم دون تنفيذه، أمّا التنفيذ فهو أبعد من مجرد التسليم إذ يتم فيه مباشرة عمل من أعمال التنفيذ، وبمعنى آخر في الاعتراف المستفيد من الحكم لا يطلب تنفيذه بل فقط الإقرار من قبل القضاء بوجود الحكم وبذلك يدخل الحكم المعترف به ضمن النظام القانوني الوطني، وعادة ما يكون الاعتراف في حالة دفع وذلك بهدف الاعتراض على طلبات يناقضا الحكم الأجنبي. انظر:

B. MOREAU, Arbitrage internationale, Rép. Com. Dalloz, avril, 2004, n° 136, p. 20.



المطلب الأول: شروط الاعتراف أو التنفيذ:

طلب الاعتراف أو التنفيذ لا يشمل أحكام التحكيم الداخلية وإنما يتعلق بالأحكام الأجنبية والدولية، ومن ثم كانت التفرقة بين حكم تحكيم داخلي وآخر أجنبي أو دولي أمرا ضروريا. أحكام التحكيم الأجنبية لا تشير صعوبة فهي كما وصفتها المادة 1/1 من معاهدة New York الأحكام الصادرة في أراضي دولة خلاف الدولة التي يطلب الاعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها فيها. أمّا بالنسبة لأحكام التحكيم الدولية، فإنّ الملاحظ أنّ معظم القوانين الوطنية تضع معايير تسمح بالوقوف على الطابع الدولي للتحكيم.

في الجزائر، وطبقا لمقتضيات القانون القديم، التحكيم كان يعتبر دوليا وفقا للمادة 458 مكرر إذا كان "يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية، والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج". فكان التحكيم يعتبر دوليا طبقا لهذه المادة إذا اجتمع معياران اثنان: الأول اقتصادي وهو أن يتعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية، والثاني قانوني وهو وجوب أن يكون مقر أو موطن أحد الأطراف على الأقل خارج الجزائر⁽¹⁾.

(1) المعياران المقرران في المادة 458 مكرر هما في الحقيقة دمج لما هو مقرر في كل من القانون الفرنسي الخاص بالتحكيم لسنة 1981 والقانون السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص، حيث تنص المادة 1492 ق.إ.م.ف.ج. على أنه "يعتبر دوليا التحكيم المتعلق بمصالح التجارة الدولية"، بينما تنص المادة 176 من القانون السويسري على أنه: "يطبق هذا القانون:

- إذا وجد مقر التحكيم في سويسرا.

- إذا كان مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج وقت إبرام مشاركة التحكيم." انظر:

N. TERKI, L'arbitrage international en Algérie, O. P. U. 1999, pp. 20et s. ;

عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص. 30.



في ظل القانون الجديد صارت المادة الخاصة بتحديد الطابع الدولي للتحكيم هي المادة 1039 ق.إ.م.ج. حيث جاء فيها أنه "يعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل". المعيار إذن صار هو ارتباط النزاع بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل، وهو المعيار الذي رأى فيه البعض جمعاً للمعيارين المقررين في القانون القديم بطريقة جديدة، إذ فيه معيار اقتصادي يتعلق بمصالح التجارة الدولية ومعيار قانوني يرتبط هذه المرة، لا بتعدد المقر أو الموطن فقط، وإنما أيضاً بتعدد الدول والجنسيات⁽¹⁾.

إذن متى اعتبر حكم تحكيم دولياً كان على من يرغب في تنفيذه أو الاعتراف به أن يتقدم بطلب لذلك مع ضرورة استيفاء شرطين أساسيين حددتهما نصوص قانون الإجراءات المدنية الجزائري أولها يتعلق بالوجود المادي لحكم التحكيم، والشرط الثاني يتعلق بمضمون هذا الحكم.

الفرع الأول: إثبات وجود حكم التحكيم:

بعد أن قررت المادة 1051 ق.إ.م.ج. إلزامية إثبات وجود حكم التحكيم من أجل الاعتراف به أو تنفيذه، بينت المادتان 1052 و 1053 كيفية القيام بذلك. وعليه يتوجب على طالب التنفيذ أن يودع لدى أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة أصل الحكم أو نسخاً منه مستوجبة شروط صحتها. على أن تقديم هذه الوثيقة وحدها غير كاف وإنما تلزم نفس المادة طالب التنفيذ أن يقدم أيضاً أصل اتفاقية التحكيم أو نسخاً عنها مستوفية شروط صحتها، ويتمشى هذا مع ما هو مقرر في المادة 1/1040 من وجوب أن تبرم، تحت طائلة البطلان، اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة. وتعتبر هذه الحالة الأخيرة شيئاً مستحدثاً أضافه

(1) عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مداخلة مقدمة في إطار يومين دراسيين من تنظيم

المحكمة العليا الجزائرية حول الطرق البديلة لحل النزاعات، الصلح، الوساطة، التحكيم، 15 و 16 جوان 2008.



القانون الجديد إذ في ظل القانون القديم المادة 458 مكررا 1 كانت تتكلم عن العقد الكتابي فقط.

وبخلاف القانون الفرنسي، لم يتعرض المشرع الجزائري سواء في القانون القديم أو الجديد إلى الحالة التي يكون فيها كل من الحكم و اتفاقية التحكيم محررين في لغة غير اللغة الرسمية، وهي حالة قررت بشأنها المادة 2/4 من معاهدة New York وجوب أن يقوم طالب الاعتراف أو التنفيذ بتقديم ترجمة لهذه الوثائق، وهو حكم يتوجب اعتماده أمام القضاء الجزائري طالما أن أحكام هذه المعاهدة الأخيرة سارية المفعول في الجزائر⁽¹⁾.

على أنه إذا كان إثبات وجود حكم التحكيم شرطا ضروريا، فإن إمكانية الاعتراف أو التنفيذ تبقى مقرونة مع ذلك بوجود توافر شرط آخر وهو وجوب أن يكون هذا الحكم غير مخالف للنظام العام الدولي.

الفرع الثاني : عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي:

عدم التعارض مع النظام العام الدولي شرط كانت قد قررته المادة 458 مكرر 17 من القانون القديم وأعدت ترديده المادة 1051 من القانون الجديد. وكما هو ملاحظ المادة تستعمل عبارة النظام العام الدولي تماما كما ورد في القانون الفرنسي، وكما ورد أيضا في معاهدة New York. وهذا يعني أن التعارض مع قواعد أمر في الجزائر تطبيقا لفكرة النظام العام الوطني لا يعتبر في مجال التحكيم الدولي ميرا كافيا لرفض الاعتراف والتنفيذ، وإنما القاضي الجزائري ملزم بمراقبة ما إذا كان الحكم لا يتعارض مع المفهوم المقرر والسائد في الجزائر حول النظام العام الدولي، فما المقصود بهذه العبارة؟

(1)N. TERKI, op. cit. n°179, p. 127.



يتفق الفقه على أنّ المقصود بالنظام العام الدولي هنا ليس ذلك الذي يعرف عند البعض بالنظام العام الدولي الحقيقي *ordre public réellement international* الذي يجد جذوره في القواعد المشتركة بين كل المجتمعات كتحریم تجارة الرقيق وتجارة المخدرات، وإنما النظام العام الدولي المقصود هو تلك الصورة المخففة من النظام العام التي تساير المرونة التي تتطلبها التجارة الدولية سواء تعلق الأمر بقواعد موضوعية أو إجرائية⁽¹⁾. فالأتجاه السائد عند قضاء وقوانين الكثير من الدول هو التفرقة بين نظام عام داخلي ونظام عام دولي وهي التفرقة التي تؤدي إلى اعتبار النوع الأول ذا مجال أوسع بينما يضيق مجال النوع الثاني⁽²⁾.

إذن لتنفيذ حكم تحكيم في الجزائر أو الاعتراف به يتوجب على مقدم الطلب أن يثبت للقاضي وجود هذا الحكم، وأن يتأكد هذا القاضي من عدم مخالفته للنظام العام الدولي، وكل هذا يفترض اتباع إجراءات معينة حددتها نصوص القانون.

المطلب الثاني: إجراءات الاعتراف أو التنفيذ:

طبقا لقانون الإجراءات المدنية القديم، وعملا بمقتضيات المادة 458 مكرر 19 طلب الاعتراف أو التنفيذ كان يتم عن طريق عريضة مرفقة بأصل الحكم واتفاقية التحكيم أو نسخ منهما مستوفية لشروط الصحة مقدمة من قبل أحد المحكمين أو الطرف المعني بالتعجيل وذلك أمام أمانة ضبط الجهة القضائية المختصة. في ظل القانون

(1) مصطفى تراري ثاني، المرجع السابق، ص. 53.

(2) ونجد في قضاء بعض الدول أمثلة عما يعتبر مخالفة للنظام العام الدولي من عدمه، فلقد قضت محكمة الاستئناف الفيدرالية الأمريكية في حكم صادر بتاريخ 1974/12/23 بأن مفهوم النظام العام الوارد في معاهدة New York يتحدد من خلال المفاهيم الأساسية المرتبطة بالأخلاقيات والعدالة، بينما قررت محكمة العدل التابعة لمقاطعة Genève في حكم صادر في 1976/09/17 بأن النظام العام يفترض "خرقا للمبادئ الأساسية للنظام القانوني السويسري، لدرجة الاستخدام بشكل غير مقبول مع الشعور بالعدالة". انظر بخصوص هذه الأحكام:

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, librairie de la cour de cassation, 1997, n°1711, p.101.



الجديد الإجراء بقي نفسه مع اختلاف على مستوى الأشخاص القائمين بهذا الإجراء، إذ بخلاف القانون القديم الذي يتكلم عن أحد المحكمين أو الطرف المعني بالتعجيل، في ظل القانون الجديد المادة 1053 لا تتكلم إلا عن الطرف المعني بالتعجيل دون المحكم.

أمّا عن الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطلب، فإنه يظهر من خلال المادة 1/1051 أنّ هناك اختصاصا نوعيا وآخر مكانيا:

- بالنسبة للنوع الأول، طلبات تنفيذ أحكام التحكيم الدولية أو الاعتراف بها هي من اختصاص رئيس المحكمة.

- أمّا بالنسبة للنوع الثاني، فإنه يتم التفرقة بين حالتين: الحالة الأولى إذا كان مقر هيئة التحكيم متواجدا بالجزائر، هنا الاختصاص يؤول إلى المحكمة التي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصها.

الحالة الثانية إذا كان مقر هيئة التحكيم متواجدا خارج الجزائر، وهنا الاختصاص هو لمحكمة محل التنفيذ، وتجدر الإشارة إلى أنّه بخلاف ما هو مقرر بخصوص تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية⁽¹⁾، المشرع الجزائري لا يشترط في مجال الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي أو تنفيذها أن تكون المحكمة المختصة هي المحكمة المنعقدة في مقر المجلس.

الطلب المقدم إذن من قبل المعني بالتعجيل يرجع لرئيس المحكمة صلاحية النظر فيه، فكيف يتعامل هذا الأخير مع هذا الطلب؟

بخلاف القانون القديم الذي كان يتضمن تفصيلا لكيفية تعامل رئيس المحكمة مع الطلب المقدم إليه، من حيث القبول أو الرفض، والإجراءات الواجب اتخاذها عند

(1) المادة 607 ق.إ.م.ج.



القبول⁽¹⁾ نجد غياب هذه التفاصيل في ظل القانون الجديد. لكن ذلك لا يعني عدم وجود أحكام خاصة بذلك، وإنما ارتأى المشرع توحيد هذه الأحكام وجعلها مشتركة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، وذلك ما يفهم من المادة 1054 التي تنص صراحة على تطبيق أحكام المواد من 1035 إلى 1038، وهي المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلي، فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي. وطبقا لهذه المواد حكم التحكيم الدولي يكون قابلا للتنفيذ إذا كان نهائيا أو جزئيا أو كان عبارة عن حكم تحضيري، ولرئيس المحكمة صلاحية النظر في الطلب فله أن يقبله كما له أن يرفضه، مع الإشارة إلى أنّ الإجراءات هنا هي غير وجاهية ومع ذلك قد يسمح للخصم بإبداء ملاحظاتها وهذا هو المتبع أمام القضاء الفرنسي⁽²⁾.

وبخلاف القانون القديم حيث كانت الأمور واضحة إذ كانت المادة 458 مكرر 20 تقضي بأنه في حال الفصل بالقبول يصدر رئيس المحكمة أمرا بذيل أصل الحكم أو بهامشه يتضمن الإذن لكاتب الضبط بتسليم نسخة رسمية منه ممهورة بالصيغة التنفيذية، بخلاف هذا نجد أنه في ظل القانون الجديد المادة 1039 لا تنص سوى على أن يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف دون أن يتم هنا تبيان دور القاضي، ومع ذلك فإنه يبدو أنّ الإجراء الذي كان مقررا في القانون القديم يظل نفسه في القانون الجديد كونه يتماشى والقواعد العامة في مجال الإجراءات المدنيةية. هذا ويفهم من عبارات المادة 1037 ق.إ.م.ج. أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون حكم التحكيم مشمولاً بالنفاذ المعجل، فإذا كان كذلك وجب تطبيق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية

(1) المادتان 458 مكرر 20 و 458 مكرر 21.

(2) Cf. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD. B. GOLDMAN, op. cit., n° 1572, p. 909.



الجزائري⁽¹⁾. ونشير في النهاية إلى أنه وبصريح المادة 1038 ق.إ.م.ج. لا يكون لحكم التحكيم حجية مطلقة بل يحتج به على أطرافه فقط.

المبحث الثاني: الطعن في الأمر الصادر بالاعتراف والتنفيذ أو رفضه:

يجب التمييز بين الطعن الذي يكون ضد أحكام التحكيم الدولي بصفة عامة، وبين الطعن الذي يقدم ضد الأوامر التي تقضي بالاعتراف أو التنفيذ أو ترفضه. في الحالة الأولى الطعن يكون ضد حكم التحكيم في حد ذاته، وهي حالة يبدو أنّ المشرع الجزائري قلص فيها كثيرا من الوسائل المتاحة للطعن إذ لا وجود لأي نص يتكلم عن الطعن بالمعارضة مما يعني عدم إمكانية استعماله⁽²⁾. كما أنه لا وجود للاستئناف وإنما هناك الطعن بالبطلان وهو الطعن الذي يجب أن يقدم ضد أحكام التحكيم الدولية الصادرة من هيئة تحكيمية مقرها بالجزائر. وبالمقابل لا مجال للطعن في قرارات التحكيم الصادرة بالخارج، كما أنّ هذا الطعن يجب أن يبنى على حالات محددة بينها المادة 1056 ق.إ.م.ج. وهي في الحقيقة حالات خاصة بالاستئناف المقدم ضد الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ ارتأى المشرع أن تكون نفسها في حالة الطعن بالبطلان.

ولقد بينت المادة 1059 ق.إ.م.ج.⁽³⁾ الجهة المختصة في النظر في هذا النوع من الطعون، فحددها بالمجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه. ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بالحكم وينتهي ميعاده بعد مرور شهر واحد ليس من تاريخ النطق بحكم التحكيم أو تبليغه، وإنما من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ. ويكون لهذا الطعن أثر موقف طبقا لما قرره المادة 1060 ق.إ.م.ج.، كما

(1) وهي القواعد المقررة في المواد من 299 إلى 305 ق.إ.م.ج.

(2) في التحكيم الداخلي النصوص جاءت واضحة في هذا المجال حيث تنص المادة 1032 على أنّ أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة.

(3) المادة 458 مكرر 26 ق.إ.م.ج.ق.



يمكن أن يكون القرار الصادر من المجلس الذي رفع أمامه الطعن بالبطلان عرضة للطعن بالنقض (المادة 1061 ق. إ. م. ج. ج.).

الحالة الثانية المتعلقة بالطعون هي تلك الخاصة بالطعن ضد الأمر الذي يقضي بالاعتراف أو التنفيذ أو رفضه وهذا الذي يدخل ضمن مجال دراستنا. و يظهر من نصوص القانون الجزائري أنّ الوسائل المتاحة للطعن هي محدودة في هذا المجال، إذ هذه النصوص لا تتكلم سوى عن الاستئناف والنقض مما يعني إقصاء طريق المعارضة ويبدو هذا أمرا منطقيا على اعتبار أنّ الأحكام الخاصة بالاعتراف أو التنفيذ تصدر بطريقة غير وجاهية.

المطلب الأول: الطعن بالاستئناف:

تسمح نصوص قانون الإجراءات المدنية الجزائرية سواء في ظل القانون القديم أو الجديد باستئناف الأمر الذي يفصل في مسألة الاعتراف بحكم تحكيمي دولي أو تنفيذه وإن كان ذلك يفترض توفر شروط ويخضع أيضا لقواعد إجرائية معينة.

الفرع الأول: شروط الاستئناف:

طبقا لنصوص القانون الجزائري يتم التمييز هنا بين ما إذا كان الطعن موجهًا ضد الأمر الذي قضى بالاعتراف أو التنفيذ، أو الأمر الذي قضى بخلاف ذلك.

أولا: حالة استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ:

رغم أنّ المشرع فتح المجال في مثل هذه الحالة لإمكانية الاستئناف إلا أنه بالمقابل حاول التضييق من مجاله من خلال وضعه لقواعد تحليلها يؤدي بنا إلى القول بوجود توفر شرطين أساسيين من أجل إمكانية استئناف أمر قضى بتنفيذ حكم دولي، الشرط الأول يمكن وصفه بالجغرافي في حيث مكان التحكيم هو محل اعتبار، أمّا



الشرط الثاني فهو قانوني إذ لا يقبل الاستئناف إلا إذا توفرت حالة من الحالات المحددة قانونا.

I. أن يكون التحكيم قد تم خارج الجزائر:

الرجوع إلى المكان الذي تم فيه التحكيم يبقى أمرا ضروريا من أجل إمكانية التكلم عن طعن بالاستئناف إذ طبقا للمادة 1085 ق.إ.م.ج.ج.، والتي ما هي في الحقيقة سوى إعادة لنص المادة 1504 ق.إ.م.ف.ج.، لا يمكن إطلاقا استئناف أمر قضى بتنفيذ حكم تحكيمي دولي صادر في الجزائر. ونعتقد أن مثل هذا الحل يتماشى مع منطق الأمور والنصوص الأخرى المنظمة للتحكيم الدولي، إذ سبق وأن أشرنا أعلاه إلى أن حكم التحكيم الصادر بالجزائر يمكن الطعن فيه مباشرة بالبطلان حتى وإن لم يكن قد صدر بعد أمر بتنفيذه، كما أنه حتى ولو صدر هذا الأمر فإنه، ودائما طبقا للمادة 1085 السالفة الذكر، الطعن بالبطلان سيرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ، ومن باب أولى تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يكن قد تم الفصل فيه بعد.

II. وجوب توفر حالة من الحالات المحددة قانونا:

تقضي القواعد العامة في الإجراءات المدنية بإمكانية استئناف حكم دون حصره في حالات معينة. هذه القواعد خرج عنها المشرع الجزائري مهتديا في ذلك بنصوص القانون الفرنسي و أيضا القانون السويسري ووضع حالات محددة بحيث لا يقبل الطعن بالاستئناف ضد الأمر الذي يقبل الاعتراف أو التنفيذ إلا إذا توافرت إحدى تلك الحالات والتي اهتمت المادة 1056 ق.إ.م.ج.ج. ببيانها المادة⁽¹⁾، وهي ترتبط أساسا إما باتفاقية التحكيم، أو بهيئة التحكيم والإجراءات المتبعة، وإما أن ترتبط تلك الحالات بمحتوى حكم التحكيم في حد ذاته.

(1) المادة 458 مكرر 23 ق.إ.م.ج.ق.



أ- الحالات المرتبطة باتفاقية التحكيم: لا جدال في أنّ اتفاقية التحكيم تعتبر القاعدة الأساسية والضرورية للتحكيم فيكون لأي خلل في هذه الاتفاقية تأثير مباشر على حكم التحكيم. هذا الخلل قد يكون على مستوى وجود الاتفاقية في حد ذاتها، كما قد يكون على مستوى صحتها أو نفاذها.

في الحالة الأولى الوسيلة هي التشكيك في وجود الاتفاقية، وعادة ما يلجأ الطاعن هنا إلى محاولة إثبات عدم صحة الاتفاق الذي كان سببا في وجود الاتفاقية فيثبت بذلك انعدامها، والوسائل للوصول إلى ذلك هي متنوعة، فيمكن للطاعن على سبيل المثال إثبات أنه غير ملزم بالعقد المحتوي على شرط التحكيم أو اتفاقية التحكيم لأنه لم يوقع عليه، أو أنّ هذا العقد لم يدخل بعد حيز التنفيذ.

وكما ينصب التشكيك في وجود اتفاقية التحكيم، فإنه يمكن أن ينصب التشكيك أيضا على صحة اتفاقية التحكيم، فهي اتفاقية موجودة وثابتة غير أنها باطلة، هذا البطلان يمكن إثباته بالعديد من الوسائل كإثبات عدم قابلية النزاع للتحكيم أو إثبات بطلان اتفاق التحكيم أي ذلك الذي يكون بعد نشوء النزاع. وهذا بخلاف لو تعلق الأمر بشرط التحكيم حيث تقضي المادة 3/1040 ق. إ. م. ج. بأنه " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي " وهو ما يعني أنّ بطلان عقد احتوى على شرط التحكيم لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان هذا الشرط.

وأخيرا قد تكون الاتفاقية موجودة وصحيحة غير أنّ مدتها تكون قد انقضت وهي الحالة التي تحدث غالبا بطريقة تبعية وذلك بانقضاء المهلة المقررة للتحكيم⁽¹⁾.

(1) Cf. M. TERKI, op. cit., n° 193, p. 135; B. MOREAU, op. cit., n° 159, p. 23; J. M. JACQUET, PH. DELEBECQUE. Droit de commerce international, Dalloz, 2000, n° 594, p. 391.



ب- الحالات المرتبطة بهيئة التحكيم والإجراءات المتبعة: تلعب إرادة الفرقاء دورا كبيرا في مجال التحكيم، ومن بين الأمور التي لهذه الإرادة أن تتحكم فيها ويتوجب احترامها هي تشكيلة هيئة التحكيم بحيث يجب أن تكون هذه التشكيلة مطابقة لما قرره الأطراف سواء كان ذلك صراحة أو بالإحالة إلى قانون معين، وسواء كان هذا القانون لائحة تحكيمية أو قانون وطني. ومن أجل هذا جاءت عبارات المادة 2/1056 ق.إ.م.ج. تنص على إمكانية استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بتنفيذ حكم تحكيمي صدر عن محكمة تحكيم مشكلة بشكل يخالف القانون أو تم تعيين محكم وحيد بشكل مخالف للقانون⁽¹⁾.

وإذا كانت الفقرة الثانية تتعلق بتشكيلة هيئة التحكيم، فإن الفقرتين الموالتين تربط مسألة الاستئناف بالإجراءات التي قد تتبعها محكمة التحكيم، وهي حسب الفقرة الثالثة فصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها، وكذلك عدم مراعاة مبدأ الوجاهية طبقا للفقرة الرابعة.

1- فصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها:

تستمد محكمة التحكيم مهامها من إرادة الأطراف وعلى هذه المحكمة احترام الحدود المرسومة لها. وعليه فعلى هذه الأخيرة النظر في طلبات الأطراف والتقييد بما عرض دون الفصل بأكثر مما طلب أو بأقل من ذلك. كما أنّ على هذه المحكمة التقييد بالقواعد الإجرائية والموضوعية المقررة من قبل الأطراف وليس لها تحديد القانون الواجب التطبيق من تلقاء نفسها إلا إذا أغفل هؤلاء الأطراف بيان القانون الذي يخضع له نزاعهم⁽²⁾.

(1) Cf. M. TERKI, op. cit., n° 195, p. 137.

(2) Cf. B. MOREAU, op. cit., n° 170, p. 25 ; Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD. B. GOLDMAN, op. cit., n° 1633, p. 957.



وبما أنّ سبب إمكانية تقديم الاستئناف في هذه الحالة هو تجاوز محكمة التحكيم للمهمة المرسومة لها من قبل الأطراف، فإنّ نطاق الرقابة التي سيقوم بها قضاة الاستئناف يجب أن تقتصر على هذا الحد ولا تتجاوز إلى مراقبة تفسير القانون وتطبيقه إذ تلك مهمة تتمتع فيها محكمة التحكيم بالحرية التامة⁽¹⁾.

2- عدم مراعاة مبدأ الوجاهية:

جاء النص على هذه الحالة في الفقرة الرابعة من المادة 1056 ق.إ.م.ج. وهي الحالة التي عبر عنها المشرع الجزائري في القانون القديم بعبارة عدم مراعاة "مبدأ حضور الأطراف"، وهو المبدأ الذي لا يعدو أن يكون أحد صور احترام حقوق الدفاع والمساواة بين الخصوم والذان يعتبران أحد دعائم المحاكمة العادلة.

ولبدأً الوجاهية عدة آثار أو نتائج، فاحترامه يرتب وجوب المساواة بين الأطراف بخصوص جميع المعلومات التي تتعلق بالنزاع سواء كانت خاصة بالوقائع أو القانون، وهي ما يعني وجوب إعطائهم وقتاً ضرورياً وكافياً، كما أنه ليس للمحكمة أن تقضي بناءً على وثائق وشهادات أو أي دليل آخر دون أن تمكّن جميع الخصوم من الاطلاع عليها، وهذا ما يعني من باب أولى أنه ليس للمحكمة أن تفصل بناءً على عناصر توصلت إليها خارج إطار المرافعات ولم تكن محلاً للمناقشة⁽²⁾.

ج- الحالات المرتبطة بحكم التحكيم: قد تتعلق الحالات التي يمكن أن تكون

سبباً لاستئناف أمر قضى بتنفيذ حكم تحكيمي بهذا الحكم في حد ذاته، وذلك إما من جانبه الشكلي أو من حيث مضمونه.

(1) Cf. M. JACQUET, PH. DELEBECQUE, op. cit., n° 596, p. 392.

(2) Cf. GUINCHARD, L'arbitrage et le principe du respect du contradictoire, Rev. Arb. 1997, pp. 185 et s.; C. KESSEDJIANE. Principe de la contradiction et arbitrage, Rev. Arb. 1995, pp. 381 et s.



الحالة الأولى ورد ذكرها في الفقرة الخامسة من المادة 1056 ق.إ.م.ج. وهي المتعلقة بعدم تسبب محكمة التحكيم لحكمها أو أنّ الحكم كان مسببا غير أنه احتوى على تناقض في الأسباب. كما يمكن أيضا إضافة حالة القصور في الأسباب. هذه الحالات التي تعرفها الكثير من القوانين الوطنية لكن كسبب من أسباب الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من قضاة الموضوع، يبدو أنّ المشرع الجزائري ارتأى النص عليها صراحة في مجال التحكيم الدولي، وهذا بخلاف المشرع الفرنسي حيث لا يوجد ذكر في المادة 1502 ق.إ.م.ف.ج. لهذا السبب. ومع ذلك يرى الشراح في فرنسا أنّ حالة انعدام أو تناقض أو قصور الأسباب في الحكم يمكن أن تندرج ضمن حالة أشمل وأعم هي تلك المقررة في الفقرة الثالثة وهي فصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها⁽¹⁾.

الحالة الثانية تتعلق بالنظام العام حيث يمكن استئناف الأمر الذي قضى بالاعتراف أو التنفيذ متى ثبت أنّ حكم التحكيم هو مخالف للنظام العام الدولي. وتعتبر هذه آخر حالة ورد ذكرها في كل من القانون الجزائري (المادة 6/1056 ق.إ.م.ج.) والقانون الفرنسي (1502 ق.إ.م.ف.ج.). ويعطي الفقه الفرنسي بعض الصور لمثل هذه الحالة كالحكم الذي يقر مثلا بتأميم أجنبي ويعتبره ساري المفعول رغم انعدام أي تعويض، وكذلك الحكم الذي يعتبر عقدا ساري المفعول وهو العقد الذي أبرم بطريق الرشوة⁽²⁾.

هذا إذن عن أول فرضية تتعلق بالاستئناف الخاص بالتحكيم الدولي، وهي الفرضية التي يتم فيها الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه، وهو استئناف لا يتم وفقا لما هو مقرر في القانون الجزائري إلا إذا توافرت بعض الحالات قامت المادة 1056 ق.إ.م.ج. ببيانها، وهي نفسها الحالات التي يمكن أن تكون أيضا سببا للطعن بالبطلان.

(1) Cf. M. JACQUET, PH. DELEBECQUE, op. cit., n° 593, p. 390.

(2) Cf. B. Moreau, op. Cit., n° 170, p. 25 ; ph. Fouchard, e. Gaillard. B. Goldman, op. Cit., n° 1468, p. 835.



ثانياً: حالة استئناف الأمر الذي يرفض الاعتراف أو التنفيذ:

طبقاً للمادة 1055 ق.إ.م.ج.ج. يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو التنفيذ قابلاً للاستئناف، لكن بخلاف المادة 1056 من نفس القانون لم يتم في حالة الرفض وضع حالات معينة يبنى عليها هذا الاستئناف. هذه الوضعية خلقت شقاً عند الفقه الفرنسي حيث ذهب جانب من الشراح إلى القول بأنه ليس لمحكمة الاستئناف أن تتأكد من مدى توفر إحدى الحالات المقررة في المادة 1502 ق.إ.م.ف.ج. لأنها حالات جاء النص عليها بخصوص فرضية صدور حكم بالاعتراف أو التنفيذ ولو أراد المشرع أن يمد هذه الحالات حتى بخصوص الرفض لما كان بحاجة إلى وضع مادة تتكلم عن فرضية الرفض وتقضي بإمكانية الاستئناف دون النص على الحالات الخاصة بذلك (المادة 1501 ق.إ.م.ف.ج.)، ثم وضع مادة أخرى تحصر الاستئناف ضد الأمر الذي يقضي بالاعتراف أو التنفيذ في حالات معينة (المادة 1502 ق.إ.م.ف.ج.). وانطلاقاً من هذا سينحصر دور محكمة الاستئناف في فرضية الرفض على مجرد التأكد من الوجود المادي لحكم التحكيم وعدم مخالفته للنظام العام الدولي، ويتم الفصل عن طريق أمر على العريضة⁽¹⁾.

غير أنّ الاتجاه الغالب يرفض هذا التفسير ويرى أنه على محكمة الاستئناف أن تفصل في حالة الطعن المرفوع أمامها بخصوص أمر قضي بالاعتراف أو التنفيذ بطريقة قضائية يتم فيها مواجهة الأطراف والتأكد من عدم مخالفة الحكم للشرط الخمس المنصوص عليها في المادة 1502 ق.إ.م.ف.ج.⁽²⁾.

(1) Cf. J. ROBERT, La réforme de l'arbitrage international en France, décret du 12/05/1981, Rev. Arb. 1981, pp. 533 et s.

(2) Cf. BELLET, MEZGER, L'arbitrage international dans le nouveau code de procédure civile, R. C. D. I. P., 1981, p. 650 ; M. JACQUET, PH. DELEBECQUE, op. cit., n°586, p. 384.



ونعتقد من جهتنا أن الاتجاه الأول هو الواجب الإتباع في ظل نصوص القانون الجزائري لسببين رئيسيين، الأول تفرضه صياغة النصوص، إذ لو أراد المشرع الجزائري أن يتم الفصل في الاستئناف الخاص بحالة الرفض بنفس الطريقة المقررة في حالة الاعتراف أو التنفيذ لما كانت هناك حاجة لوضع مادة تتعلق بالفرضية الأولى، ومادة أخرى تعالج الفرضية الثانية، ولتم الجمع بين المادتين فتكون الصياغة هي كالتالي: " لا يكون الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ، أو الذي يرفض هذا الاعتراف أو التنفيذ قابلاً للاستئناف إلا في الحالات الآتية ". أما السبب الثاني فيرفضه منطق الأمور، إذ يمكن جيداً تفهم فكرة وجود دعوى قضائية وفصل بطريقة وجاهية في حالة استئناف الأمر الذي يقبل الاعتراف أو التنفيذ لأنّ من شأن ذلك إعطاء فرصة للمطلوب ضده التنفيذ الدفاع عن نفسه كونه لم يتمكن من ذلك أمام محكمة الدرجة الأولى. لكن الأمر سيختلف في حالة استئناف الأمر القاضي بالرفض، إذ من سيقوم بالاستئناف في هذه الحالة هو طالب الاعتراف أو التنفيذ الذي تم رفض طلبه، وسيكون سبب هذا الرفض من دون شك هو عدم إثبات الوجود المادي للحكم أو مخالفة هذا الأخير للنظام العام الدولي كما هو مقرر في الجزائر وهي أمور سيحاول طالب التنفيذ أو الاعتراف إثبات عكسها أثناء الاستئناف. أي بمعنى آخر ستكون الإجراءات تقريبا هي نفسها تلك التي سبق اتخاذها أمام محكمة الدرجة الأولى، مما يعني وجوب أن تكون الطريقة هي ذاتها أي صدور حكم ولائي عن طريق أمر على العريضة. ثم إنّ هذا يتماشى في اعتقادنا مع مقتضيات قواعد التحكيم التجاري الدولي حيث طرق الطعن هي مبسطة، وحيث يبقى الهدف هو محاولة تسهيل الاعتراف بالأحكام وتنفيذها، ولعل هذا الذي جعل المشرع الجزائري يستعمل أسلوب الحصر والاستثناء عندما حدد الحالات التي يجوز فيها استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ.



الفرع الثاني: إجراءات الاستئناف وآثاره:

طبقا للمادة 1051 ق.إ.م.ج.ج. الاستئناف يكون أمام المجلس القضائي، وهو من دون شك المجلس الذي تقع في دائرة اختصاصه المحكمة التي أصدر رئيسها الحكم، حتى وإن لم تتكلم ذات المادة عن ذلك.

أمّا بالنسبة لمهلة الاستئناف، فإنه بخلاف القانون القديم أين كانت الأمور واضحة حيث كانت تقضي المادة 458 مكرر 24 بأن ميعاد الاستئناف يكون خلال شهر ابتداء من تاريخ تبليغ قرار القاضي إما بالقبول أو الرفض، بخلاف هذا نجد في القانون الجديد ما يثير الالتباس والغموض بخصوص مهلة الاستئناف. طبقا للمادة 1057 ق.إ.م.ج.ج. الاستئناف يكون خلال أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة. لكن في مقابل هذه المادة نجد مادة أخرى في نفس القانون الأخذ بها يؤدي إلى اعتماد مهلة أخرى، المادة هذه هي المادة 1054 التي تحيل صراحة بخصوص تنفيذ أحكام التحكيم الدولي على المواد من 1035 إلى 1038 وهي تتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلي، حيث تقضي المادة 3/1035 بإمكانية أن يستأنف الخصوم الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل 15 يوم من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي.

إذن ما هي المهلة التي يجب اعتمادها عندما يتعلق الأمر بالرفض، هل هي المقررة في المادة 1057 فتكون المهلة هي نفسها تلك المقررة أيضا في حالة الاعتراف أو التنفيذ، وهي المحددة بشهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر، أم أنّ المهلة الواجبة الاعتماد هي تلك الواردة في المادة 3/1035 لإحالة المادة 1054 ق.إ.م.ج.ج. عليها فتكون النتيجة هي وجود مهلتين للاستئناف، الأولى هي في حالة الرفض والمدة هي 15 يوم من تاريخ هذا الرفض، والثانية هي في حالة الاعتراف أو التنفيذ والمهلة هي شهر من تاريخ التبليغ الرسمي؟

نعتقد أنّ الحل الواجب الإتباع هو ما تقرره المادة 1057 لورودها ضمن الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، ولأنّ عدم التفرقة بين استئناف ضد أمر الرفض



واستئناف أمر التنفيذ أو الاعتراف حكم كان مقررا في القانون القديم، وهو المقرر أيضا في ظل أحكام القانون الفرنسي الحالي، كل ما في الأمر هو أن المشرع الجزائري، وكما يبدو لم يوفق في صياغة المادة 1057 وأسقط عبارة كانت السبب في هذا اللبس والغموض، إذ كان يجب أن تكون الصياغة بالشكل التالي " يرفع الاستئناف المقرر في المادتين 1055 و1056 أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة "، وهذا بدل الصياغة الحالية الموجودة والتي لا نجد فيها عبارة " المقرر في المادتين 1055 و1056 " .

هذا عن مهلة الاستئناف، أمّا فيما يخص آثار هذا الاستئناف فإنه طبقا للمادة 1060 ق.إ.م.ج. كل طعن مقدم من شأنه أن يوقف التنفيذ، بل أنه طبقا لذات المادة الأثر الموقف يستمر طوال المهلة المقررة للاستئناف حتى ولو لم يتقدم أحد بطعن، ويتماشى هذا مع ما تقرره القواعد العامة في مجال طرق الطعن العادية أين يوقف تنفيذ الحكم في حالة الطعن أو خلال ممارسته⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الطعن بالنقض:

بخلاف الاستئناف الذي خصص له المشرع الجزائري أحكاما خاصة، لا نجد في إطار التحكيم التجاري الدولي نصوصا تتعلق بحالة الطعن بالنقض ضد الأمر أو القرار القاضي بالاعتراف والتنفيذ أو رفضه، بل كل ما لدينا هو نص المادة 1061 ق.إ.م.ج. الذي يقضي بأن تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 (وهي المادة الخاصة بالاستئناف في حالة الرفض)، 1056 (وتخص الاستئناف في حالة الاعتراف أو التنفيذ) و1058 (الخاصة بالطعن بالبطلان) قابلة للطعن بالنقض. وهذا يعني أنه يمكن دائما أن يكون القرار الذي قضى إما برفض أو قبول الاعتراف أو التنفيذ عرضة للطعن بالنقض. وهو ما يعني أيضا، وأمام عموم النص، الرجوع إلى القواعد المقررة في قانون

(1) هذا هو المقرر في المادة 323 ق.إ.م.ج. التي تقضي بأن يوقف تنفيذ الحكم خلال أجل الطعن العادي كما يوقف بسبب ممارسته .



الإجراءات المدنية بخصوص الطعن بالنقض، وهي القواعد الواردة في المواد من 349 إلى 379 ق.إ.م.ج. حيث يظهر من خلالها أنّ هذا النوع من الطعن لا يبنى إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التي حددتها المادة 358 والتي صارت بعدد ثماني عشر بعد أن كان عددها في القانون القديم ستة أوجه.

أمّا بالنسبة للمهل فيتم التمييز بين الحالة التي يتم فيها التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه للشخص نفسه، فتكون المهلة عندئذ هي شهرين من تاريخ هذا التبليغ، وبين الحالة التي يتم فيها التبليغ الرسمي في الموطن الحقيقي أو المختار، وهنا تكون المهلة هي ثلاثة أشهر من تاريخ التبليغ، وتكون هذه المهل سارية المفعول سواء كان الخصوم مقيمين بالجزائر أو خارجها، وهذا بخلاف القانون القديم أين كان هناك ما يعرف بمهلة المسافة⁽¹⁾.

هذا وطبقا للمادتين 356 و357 ق.إ.م.ج. مهلة الطعن بالنقض قد يتوقف احتسابها، وهو الأمر الذي يحدث في حالة إيداع طلب المساعدة القضائية ولا يتم استئناف سريان أجل الطعن إلا ابتداء من تاريخ تبليغ المعني بقرار مكتب المساعدة القضائية بواسطة رسالة مضمّنة مع إشعار بالاستلام.

وبخلاف الاستئناف حيث لديه أثر موقوف، ليس للطعن بالنقض مثل هذا الأثر إذ لا يترتب عليه وقف التنفيذ إلا إذا تعلق الأمر بحالة الأشخاص أو أهليتهم، أو بدعوى التزوير. وبما أننا نتكلم هنا عن تحكيم تجاري دولي، أضف إلى أنّ المقرر هو عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم⁽²⁾، فإنّ الأصل أنّ الطعن بالنقض ضد القرارات أو الأوامر التي تقضي بالاعتراف بالحكم أو تنفيذه أو ترفض ذلك لا يوقف التنفيذ إلا إذا وجدت دعوى تزوير.

(1) وهي المهلة التي كانت تحددها المادة 236 ق.إ.م.ج. ق. بشهر واحد يضاف إلى مهلة الشهرين المقررة للطعن بالنقض وذلك متى كان أحد الخصوم مقيما خارج البلاد.

(2) المادة 2/1006 ق.إ.م.ج.



خاتمة

نخلص من خلال ما تم عرضه إلى أنّ أي حكم تحكيمي لا يتم الاعتراف به في الجزائر أو تنفيذه إلا بعد إدخال هذا الحكم في النظام القانوني الوطني، وذلك من خلال إعطائه الصيغة التنفيذية، وهو أمر لا يتم إلا إذا توفرت شروط حددتها نصوص قانون الإجراءات المدنية، كما بينت هذه النصوص أيضا الإجراءات المتبعة في هذا المجال. وبما أنّ طلب الاعتراف أو التنفيذ يقدم إلى القضاء، وبما أنّ أحد المبادئ الأساسية في مجال التقاضي هو إمكانية تقديم الطعون ضد ما يصدر من أحكام، فإنّ هذه القاعدة تسري أيضا حتى بخصوص الأحكام الفاصلة في مسألة الاعتراف بحكم تحكيمي أو تنفيذه لكن مع اختلاف في التفاصيل، وهذا أمر تفرضه طبيعة التحكيم الذي يقوم أساسا على إعطاء الحرية التامة للأطراف، وعدم خضوعه من حيث الأصل لنظام قانوني معين.



الخطأ العقدي للعامل

دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي

أ/ مهدي بخدة
المركز الجامعي غليزان، الجزائر

مقدمة:

يتمثل عقد العمل في اتفاق طرفيه على أن يقوم العامل بأداء خدمة أو تقديم عمل تحت سلطة ولفائدة رب العمل مقابل أن يقدم هذا الأخير أجرا.

وككل عقد فإن عقد العمل يولد التزامات تقع على أطراف العلاقة التعاقدية من أهمها أن ينجز العامل العمل المكلف به وما هو من مستلزمات عقد العمل، فيلتزم العامل حينها بأن يؤدي العمل بنفسه حسب الأصل فلا يجوز له أن يوكل العمل لشخص آخر أو الاستعانة بغيره في هذا الأداء⁽¹⁾ لأن كفاءته وشخصيته تعتبر عاملا أساسيا وجوهريا في إبرام العقد وأثناء فترة التجربة⁽²⁾.

(1)Camerlynck execution du contrat du travail Rep droit du travail t1976 p1476

حيث يرى أنه وفقا لنص المادة 1237 من القانون المدني الفرنسي لا يجوز تنفيذ العمل بواسطة الغير وإرادة الدائن وكذلك القضاء الفرنسي. Cass.Soc. 01Déc 1966 D,1966 P200.

(2) حسام الدين كمال الاهواني شرح قانون العمل 1991 ص46.

محمد لبيب شنب شرح قانون العمل 1983 ص178. محمود جمال الدين زكي عقد العمل في القانون المصري مطابع الهيئة العامة المصرية للكتاب القاهرة 1982 ص719.



كما يلتزم العامل زيادة على الأداء الشخصي وإن لم يكن من النظام العام أن ينفذ عمله وفق ما يقتضيه مبدأ حسن النية في التعامل فيبذل فيه العناية المعتادة ما لم يكن هناك اتفاق صريح أو ضمني يستدعي عناية أشد أو أقل من ذلك ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد فعلى العامل أن يبتعد عن كل ما من شأنه أن يضر بمصلحة رب العمل وهذا هو الغاية المقصودة من مبدأ حسن النية إذ من خلالها يلتزم العامل بعدم منافسة رب العمل والمحافظة على أدوات ووسائل المنشأة التي يعمل بها بما في ذلك كرامة العمل وكنتم أسرار المهنة التي بحكم عمله يمكن أن يطلع عليها.

ومن جهة أخرى تظل رابطة التبعية ملازمة للعامل تقتضي من عمله أن يكون تحت إدارة وتنظيم صاحب العمل فيلتزم بأوامر المستخدم ويبدل في ذلك التعاون المطلوب من أجل مصلحة العمل طالما أنها مصلحة مشتركة بين العامل ومستخدمه ذلك أن المشروع عبارة عن مجموعة عمل تعمل تحت السلطة الإدارية والتنظيمية والتأديبية لرب العمل والعامل جزء من هذه المجموعة تلزمه بأن يكون أميناً ومخلصاً⁽¹⁾ وأن يكون سلوكه مستقيماً داخل مؤسسة العمل بأن يتصف بالإيجابية نحو المشروع.

ويعتبر أي خروج منه عن هذه الالتزامات عن قصد أو غير قصد سواء ما تعلق منها بتنفيذ العمل أو ما كان من مستلزمات التنفيذ التي تقع تحت طائلة مبدأ حسن النية أو من مستلزمات التبعية القانونية إخلالاً منه يمكن أن يتسبب في حصول أضرار لرب العمل ويشكل بذلك خطأً عقدياً منه الأمر الذي يمكن صاحب العمل من مساءلته.

(1) ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول بوجود التزام آخر يقع على عاتق العامل لمصلحة رب العمل هو الالتزام بالإخلاص obligation de fidélité يلزمه بالامتناع عن الإضرار بمصلحة العمل.

انظر: Planiol & Ripert traité pratique de droit civil français T1 P845

وقد انتقدت فكرة الالتزام بالإخلاص بسبب أنها توجي إلى الأبوة Paternalisme التي يمارسها رب العمل على عماله والتي تتنافس وعنصر التبعية الذي تقتضيه علاقات العمل Camerlynck contrat du travail T1 paris 1968 p115



وإذا كانت المسألة التأديبية أمراً مفروضاً منه قد تصل إلى التسريح دون تعويض إذا كان الخطأ جسيماً فإن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن: هل يجوز لرب العمل أن يسأل عامله عقدياً وبالتالي مطالبته بالتعويض كما هو معمول به في القواعد العامة للقانون المدني مادام أن أركان المسؤولية العقدية الثلاثة قد توفرت مما يحمل العامل مسؤولية الإخلال العقدي أم أن العامل تكفيه العقوبة التأديبية لأن علاقة التبعية تجعله منفذاً لعمله وفق أوامر رب العمل وأن الضرر يتحملة رب العمل باعتباره أحد المخاطر اللصيقة بمشروعه وفق قاعدة الغرم بالغنم والغنم بالغرم؟

للإجابة عن هذا السؤال نعرض بحثنا هذا لمبحثين اثنين نبين في المبحث الأول نظرة كل من التشريع والفقهاء والقضاء المدني حول الخطأ العقدي للعامل كونه يخضع للقواعد العامة للمسؤولية العقدية مثلما يشكل عقد العمل كغيره من العقود جزءاً من المنظومة العقدية.

أما في المبحث الثاني فنحاول أن نضيق من تلك القواعد بالنظر إلى استثناءات التشريع الاجتماعي ومن وراءه الفقهاء والقضاء الاجتماعي وبصفة عامة موقف الاتجاه الاجتماعي من موضوع الخطأ العقدي للعامل.

المبحث الأول: موقف الاتجاه المدني من الخطأ العقدي للعامل

يتوحد كل من الموقف المدني والموقف الاجتماعي حول مسؤولية العامل وتحمله التعويض لصالح رب العمل إذا ما ارتكب خطأً جسيماً ونجد الاختلاف في التبريرات التي ساقها كل طرف، فإذا كانت القواعد العامة للمسؤولية المدنية عموماً والعقدية منها خصوصاً توجب على كل من ارتكب خطأً أن يفي بالتعويض قد اعتمدت كمبدأ في البداية في التقنيات المدنية المقارنة فإن المسألة تختلف في عقد العمل بسبب أن خطأ العامل يجابه في الغالب بعقوبة تأديبية الأمر الذي ساهم في اختلال موقف القضاء والفقهاء الاجتماعي حيث اعتبر في البداية أن كل خطأ مهما كان نوعه يواجه بمسألة عقدية ثم



تغير الموقف الاجتماعي بعد سنة 1958 إثر إبقاءه المسؤولية العقدية حالة الخطأ الجسيم دون غيره وسائره في هذا الرأي الاتجاه المدني مع الاختلاف في المسوغات

المطلب الأول: موقف الفقه والقضاء المدني الفرنسي

اختلفت تبييرات فقهاء القانون المدني حول تحمل العامل للمسؤولية العقدية فتارة يربطونها بالخطأ الجسيم وتارة لا يتم النظر سوى إلى فقد العناية المطلوبة كونها سببا لتحميل العامل الالتزام بالتعويض وتارة لا يمكن مساءلة العامل ومطالبته بالتعويض إلا عند سلوكه سلوكا يخالف السلوك المعتاد.

1- ارتباط المسؤولية العقدية بالخطأ الجسيم:

اتجه موقف الفقه المدني في فرنسا إلى تحميل العامل المسؤولية العقدية وإلزامه بالتعويض وأرجع الفقهاء في البداية هذا المبدأ إلى القواعد العامة للمسؤولية معتبرين أن كل خطأ جسيم يعتبر صاحبه مسئولا عنه وبعد ذلك استقر رأيهم على إلزام العامل بالتعويض متى ارتكب خطأ جسيما غير أن تبريرهم لتلك المسؤولية لم يكن على أساس الخطأ الجسيم الذي صدر منه وإنما بسبب إخلاله بالعناية المطلوبة منه وفق للقواعد العامة للمسؤولية العقدية لأنه ببساطة لم يرق بما يكفي من العناية ولولا ذلك لما كنا أمام جسامه الخطأ فعلة مساءلة العامل في نظرهم ليست الخطأ وإنما في فقد العناية المطلوبة وقالوا بأن هذا هو التحليل الصحيح لإلزام العامل بتحمل مسؤوليته العقدية.

ووضعا لمبدأ تحميل العامل المسؤولية العقدية نتيجة ارتكابه الخطأ الجسيم فقط موضع التطبيق يتبين أن الفقه المدني الفرنسي خالف مبدأ جوهريا من مبادئ المسؤولية العقدية وهو المبدأ الذي يقضي بأن أي خطأ كاف لتحمل مسؤولية من صدر عنه جسيما كان أو غير جسيم.⁽¹⁾ وأن اعتبار الإخلال بالعناية المطلوبة كوعاء يحوي سائر

(1)A. Weill et F. Terré droit Civil les obligations 3eme edition Dalloz Paris 1980 p461.



الأخطاء غير صحيح لأن ذلك من شأنه تقويض حق رب العمل في الحصول على تعويضات المستحقة نتيجة الأضرار الناتجة عن غير الإخلال بمقدار العناية المطلوبة ويعد الربط بين الخطأ الجسيم وبين التزام العناية المطلوبة محاولة لتدارك الخطأ الذي وقعوا فيه حين خالفوا قاعدة اطراد الخطأ مهما كان نوعه مع التعويض.

2- ارتباط المسؤولية العقدية بفقد العناية المطلوبة:

ومن المستقر في نظر الفقه المدني تحميل العامل المسؤولية العقدية ومن ثم إلزامه بالتعويض عند ارتكابه الخطأ الجسيم والذي لا يبرر إلا بمخالفة العناية المطلوبة مما يوحي بأن العناية المطلوبة في رأيهم تظل مستقرة بحيث تقل عن العناية المعتادة وهذا يخالف مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لأن الاتفاق يمكن أن ينتج عنه تحديد قدر تلك العناية إما أن تكون عناية الرجل المعتاد أو أقل منها أو عناية أشد وإذا لم يتفق الطرفان على مقدارها يعدد القانون بعناية الرجل العادي لا سيما في الالتزام ببذل العناية الغالب في عقود العمل.

حتى ولو سلمنا بأن العامل متى صدر منه خطأ فإن ذلك يعد مخالفة لمبدأ العناية المطلوبة التي يفرضها العقد عليه صراحة أو ضمناً ففي هذه الحالة لا يجانب هذا القول القواعد العامة للمسؤولية العقدية التي توجد تلك المسؤولية حيثما وجد الخطأ مهما كان نوعه.

3- ارتباط المسؤولية العقدية بمخالفة السلوك المعتاد:

يعتبر إخلال العامل بالسلوك المعتاد مسوغاً ساقه فقهاء القانون المدني عند إقرارهم بأن ليس كل خطأ يعاقب عليه العامل مدنياً وبالتالي فإن الانحراف المتكرر وحده أو الغش هو من يخول لرب العمل مطالبة العامل بالتعويض لأن ذلك يعد خروجاً عن المسلك المعتاد الذي ينبغي على العامل أن يتخذه أثناء تنفيذه لعمله.



جدير بالذكر أن معيار السلوك المعتاد يجب أن ينصب حول الظروف والطبيعة الخاصة للمعقود عليه وبالتالي هو يختلف من حالة إلى حالة فعند تحديدنا للسلوك المعتاد وعدمه في عقود العمل فيجب الأخذ في الحسبان أننا لا نحيل ذلك إلى ما نتوقعه من شخص أجنبي عن العمل المطلوب بل إن الرجل المعتاد في مثل هذه الحالة يكون شخصا مهنيا من نفس تخصصه⁽¹⁾ (bon professionnel de sa spécialité).

والعامل المعتاد في رأي الفقه المدني الفرنسي ليس هو من لا يرتكب الأخطاء أو هو المطلوب منه أن يوفق دائما في عمله أو يحقق الربح في سائر النشاطات التي يجريها فحين نحكم بأن لا مسؤولية للعامل الذي ينفذ مرة التزامه تنفيذيا معييا هذا لا يعني أنه لم يرتكب خطأ جسيما بل لأنه لم ينحرف عن السلوك المعتاد⁽²⁾، فمرد انعدام المسؤولية وفق الفقهاء ليس متأسسا على اشتراط الخطأ الجسيم وإنما لعدم الانحراف عن السلوك العادي لأن مقارنة سلوك العامل الذي ينفذ مرة تنفيذيا معييا بسلوك الرجل العادي تظهر أن العامل لم ينحرف عن مسلك هذا الأخير، وهذا هو التبرير الذي ساقه الفقه المدني الفرنسي حين اعتبر العامل مسؤولا فقط عند انحرافه عن السلوك العادي فالعامل تنتفي مسؤوليته ليس عن طريق

(1) محمود جمال الدين الوجيز في قانون العمل مطبعة الاتحاد القاهرة 1964 بند 242 ص 477.

(2) وفي مصادر الفقه الإسلامي ما يدل على عدم تحميل الإنسان ما يخرج عن إرادته بالخطأ والخطأ المسموح به في هذا المقام هو الفعل دون قصد أو عمد ويستدل على ذلك بقوله تعالى: ﴿رَبِّمَا لَا تُوَاجِدُنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾ الآية الأخيرة من سورة البقرة، وقوله: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ، وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ الآية 5 من سورة الأحزاب وفي الحديث النبوي: كُلُّ ابْنِ آدَمَ خَطَّاءٌ رواه الترمذي، وأيضا من طريق ابن عباس: إِنْ اللَّهُ تَجَاوَزَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَّاءِ وَالنَّسِيَانِ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ. رواه ابن ماجة والبيهقي والحاكم وابن حبان والدارقطني. وفي باب الضمان يذهب جمهور العلماء إلى أن الأجير الخاص يتحمل الضمان (المسؤولية العقدية) في حالة التعدي (العمد) والتقصير (الغش). الشيخ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزري - الفقه على المذاهب الأربعة - مكتبة الإيمان المنصورة 1999 مجلد 3 ص 132 - 138.

كما ذهب القضاء الفرنسي إلى أن العامل المعتاد هو الذي لا يستطيع أن يتفادى بعض الأخطاء كما أن ليس هو الذي يوفق دائما فينجح في صنع القطع وقد قررت محكمة النقض ذلك بالقول بأن:

L'ouvrier moyen ne peut pas éviter certaines erreur, l'ouvrier moyen n'est pas celui qui réussit toutes les pièces qu'il fabrique.

Cass. Soc 27 nov 1958 D.1959 J.C.P 1959 -11 -11143 note Brethe de la Gressaye S 1959 p35.



الاستثناء من القواعد العامة للمسئولية العقدية بتوافر الخطأ الجسيم ولكنها تنعدم بالأحرى تطبيقاً لهذه القواعد العامة لانعدام أي خطأ من جانبه معنى ذلك أن التنفيذ المعيب لا يستحق العامل من خلاله المساءلة العقدية وإذا استحقها لأفليس على أساس ارتكابه الخطأ الجسيم وإنما على أساس الانحراف عن السلوك العادي.

فالتنفيذ المعيب في رأيهم يمكن أن يحمل صفات الخطأ اليسير الذي لا يعدو وفق مصطلحات القانون الإداري أن يكون خطأً مصلحياً *faute de service* يجب أن يتحمله المشروع وليس العامل⁽¹⁾ ذلك أن العامل يعمل لحساب رب العمل الذي يملك وحده السيطرة على مجموعة الأنشطة الضارة ويملك سلطة إدارتها بطريقة تهدف إلى اجتناب المخاطر.

وفي مثل هذه الأحوال لم يكن من العدل في شيء أن يتحمل العامل وفي جميع الأحوال مجمل النتائج الضارة التي قد يتسبب في ارتكابها حتى بأخطائه اليسيرة في نطاق الوظيفة التي يمارسها في خدمة مصالح رب العمل.

والعكس كذلك يوحى بأن التنفيذ المعيب يجعل العامل مسئولاً لأن مقارنة سلوكه بالسلوك المعتاد تبين أنه قد انحرف في تنفيذه ذلك وبالتالي يعد انحرافه خطأً يوجب عليه دفع التعويض.

ويمكننا القول بأن هذا التحليل يقود إلى الخروج عن القواعد العامة للمسئولية المدنية لأننا عندما نقارن سلوك العامل بسلوك الرجل العادي يجب أن تكون تلك المقارنة بصدد الواقعة التي نشأ عنها الضرر بالذات وليس بصفة عامة ولو اعتقنا هذه المقارنة وفق رأيهم لوجب القول بأن مسلك الشخص العامل محل المسئولية مالم يكن هناك غش أو خطأً جسيم سيكون دائماً هو مسلك الشخص العادي بمعنى أن الرجل المعتاد هو فقط الذي لا يغش ولا يرتكب الأخطاء الجسيمة.

(1) Mazeaud et tunc La responsabilité contractuelle et délictuelle t1 paris 1965 p1002.



فالمقارنة التي فعلها فقهاء القانون المدني لم تنصب على مسلك الرجل العادي في نفس الواقعة وإنما قارنوا بين الرجل المعتاد في عمله والرجل المعتاد في كل حياته.

وأيا كانت مواصفات التنفيذ المعيب فإن الخلط الذي وقع فيه الفقه المدني الفرنسي في تحليلهم يبدو واضحا بين مسلك الرجل المعتاد في واقعة مماثلة ومسلك الرجل المعتاد خلال سائر حياته إذ أدى بهم إلى نفيهم لمسئولية العامل إلا إذا كان الفعل الصادر منه خطأ جسيما أو نتج عن غش أو كرر تلك الأخطاء لأن العامل المعتاد لا يرتكب الخطأ الجسيم طوال حياته ولا تتكرر منه الأخطاء وإلا صار مهملا غير معتاد.

ففقهاء القانون المدني حين حاولوا الإبقاء على القواعد العامة للمسئولية عند قولهم بأن العامل يتحمل المسئولية العقدية فقط حالة الخطأ الجسيم والتفوا على المبدأ العام الذي يفيد بأن أي خطأ ينجم عنه ضرر يحمل من كان سببا في حدوثه المسئولية خرقوا مبدأ آخر أكثر أهمية من المبدأ الذي أرادوا المحافظة عليه وهو أن التقييم يكون بصدد واقعة معينة وليس بصفة عامة وأن محاولتهم لتطويع الرجل المعتاد ستؤدي دائما إلى انعدام مسئولية الأشخاص عن الأخطاء اليسيرة.

أما إذا نظرنا إلى القضاء المدني الفرنسي فمن جهته استقر على تحميل العامل المسئولية العقدية نتيجة ارتكابه خطأ جسيما لأنه كان قد استقر على المبدأ الذي عرفته الدوائر الاجتماعية بحيث أقرت محكمة النقض مسئولية العامل التقصيرية في مواجهة رب العمل استنادا إلى المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي اللتان تشترطان الخطأ اليسير لقيام تلك المسئولية⁽¹⁾.

(1) صدر هذا الحكم في نزاع بين رب العمل وعامل حيث كلف رب العمل العامل بتوزيع بعض المطبوعات الدعائية عقب الفراغ من إيصال العمال وأثناء قيام العامل بذلك أخطأ التقدير عند أحد المنحنيات فسقط في حفرة مما نجم عن ذلك تلف في السيارة مما أدى برب العمل إلى مطالبته بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية.

Cass 2eme ch Civ 13 nov 1964 D1965,346note london; jcp 1965,II 14110 note Bisière; R.T.D.C 1965, obs. Rodiere p345.



وتطبيقا لفكرة تقابل الخطأ الجسيم والمسئولية العقدية حملت الدائرة الأولى لمحكمة النقض المسؤولية للعامل وألزمته بالتعويض على أساس شبه العارية وليس على أساس المسؤولية العقدية⁽¹⁾ ذلك أن رب العمل حين كلف العامل بمهمة وبعد الانتهاء من عمله انحرف لقضاء بعض مصالحه الشخصية (زيارة والديه) فاصطدمت سيارته بشجرة مما أدى إلى تلفها وبصدد هذه الواقعة لم يكن في مقدوره رفع دعوى التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لأن خطأ العامل يعد تأديبيا ومن المشكوك فيه أيضا أن يؤدي هذا الخطأ إلى قيام المسؤولية التقصيرية للعامل بسبب انعدام رابطة السببية بين الضرر الذي لحق السيارة وخطأ السائق، كما أنه لم يرفع دعوى التعويض على أساس المسؤولية العقدية طالما أن القضاء المدني كان قد استقر على رأي الدائرة الاجتماعية التي تتطلب توافر الخطأ الجسيم.

فلم يبق له إلا أن يطلب بالتعويض على أساس أن وضع العامل الذي يستعمل أدوات العمل في غير أغراض العمل يقترب كثيرا من وضع المستعير (شبه عقد عارية الاستعمال) الذي يستعمل العارية في غير الأغراض المسموح بها فيلتزم المستعير برد العارية إلى الحالة التي كانت عليها حين تسلمها دون حاجة إلى إثبات أي خطأ منه.

وعلى الرغم من إلزام العامل بالتعويض في الحكمين السابقين فليس من الحكمة أن القول أن القضاء المدني خالف المبدأ الذي سار عليه فقهاء القانون المدني وكذا الاتجاه الاجتماعي الذي يربط بين قيام المسؤولية العقدية والخطأ الجسيم لأنهما لم يتأسسا على مسؤولية العامل العقدية أي لم يبحثا مسؤولية العامل على نطاق عقد العمل بل تم بحث القضيتين على نطاق المسؤولية التقصيرية في الحكم الأول وعلى شبه عقد العارية في الحكم الثاني.

(1) Cass. Civ. 1er ch 26oct 1965. D 1965, 838 note Lendon Gaz pal. 1966-1-54. note Paul esmein.



المطلب الثاني: القاعدة العامة للخطأ العقدي في القانون المدني الجزائري

رتب المشرع المدني الجزائري الخطأ العقدي على كل مدين لم يقم بتنفيذ التزاماته بنصوص كثيرة منها نص المادة 164 التي تجبر المدين على تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا بعد إعداره ومن جهته أقر القضاء الجزائري المسؤولية العقدية للمدين في حالة امتناعه عن التنفيذ⁽¹⁾.

أما في الالتزام بعمل فقد حملت المادة 172 ق م ج⁽²⁾ شقين في نصها يملي الشق الأول من النص معيار العناية المعتادة في تنفيذ العامل للالتزامه بينما يتحدث الشق الثاني عن تحمل العامل لمسئوليته العقدية حالة الغش و الخطأ الجسيم.

تنص المادة 172 على ما يلي: في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك. وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن غشه أو خطئه الجسيم.

يتبين من هذا النص أن الالتزام ببذل عناية إما أن يكون متعلقاً بشيء أو بعمل وفي كلتا الحالتين يعد المدين منفذاً لالتزامه إذا بذل في هذا التنفيذ عناية الشخص العادي حتى ولو لم يتحقق الهدف المقصود من الالتزام من وجهة نظر الدائن وقد يوجب القانون أو الاتفاق بذل عناية أكبر أو أقل من عناية الشخص العادي على أنه في حالة الاتفاق لا يجوز أن يصل هذا الاتفاق إلى حد إعفاء المدين عن غشه أو خطئه الجسيم⁽³⁾.

(1) قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 1985/10/30 رقم 34951 م ق عدد 2 سنة 1990 ص44؛ قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 1983/02/07 رقم 29500 م ق عدد 1 سنة 1989 ص165.

(2) تقابها المادة 211 من القانون المدني المصري.

(3) د/ رمضان أبو السعود أحكام الالتزام دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2006، ص 64 - 65.



ومن خلال المادة 172 السابقة يتبين أن المشرع المدني الجزائري قام بإعمال القواعد العامة المعروفة في القانون المدني وطبقها في حالة عقود العمل ذلك أن الالتزام بعمل المنصوص عليه في بداية النص لا نجد له إلا في علاقات العمل ومن ثم حمل النص المسؤولية العقدية للعامل حالة إذا بدر منه غش أو ارتكب خطأ جسيماً⁽¹⁾.

ولقد اعتد المشرع هنا بمدى جسامته الخطأ الذي يستوي فيه العمد وغير العمد بصرف النظر عن جسامته الضرر الذي يلحق الدائن نظرا لعمومية النص.

ومن المفيد في هذا المقام أن حسن النية عموما هو القصد إلى عدم الإضرار⁽²⁾ بالغير مما يجعلنا نقول أن أي تصرف من العامل يتصف بالغش يعد مخالفا لمبدأ حسن النية الذي يشترطه المشرع المدني الجزائري بنص المادة 107 حيث تقضي بأنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية⁽³⁾.

ويسير القضاء الاجتماعي في هذا الاتجاه حيث يجعل تسريح العامل أمرا مشروعاً عند استعماله الغش عن طريق أي كتمان أو تصريح كاذب يخص وضعيته المهنية قبل

(1) المادة 20 من قانون الشغل المغربي رقم 65/99 يكون الأجير مسؤولاً في إطار شغله عن فعله، أو إهماله، أو تقصيره، أو عدم احتياظه.

(2) عرف بعض الفقه حسن النية بأنها تعني ضرورة مراعاة الإخلاص والأمانة في الوفاء بما يوجبه العقد من أداء فلا يقتصر سلوك المدين في تفيذه لالتزامه على الحيطة والمهارة وإنما أيضا على ضوء الأمانة والإخلاص في التنفيذ. د/محمد لبيب شنب الجحود المبتسر للعقد مجلة العلوم القانونية والاقتصادية القاهرة عدد 1 سنة 1961 ص 61.

وعرفها آخرون حسن النية هو الاستقامة والنزاهة وانتفاء الغش/ حسين عامر العسفي في استعمال الحقوق وإلغاء العقود 1960 ص 76.

(3) تقابلها الفقرة الأخيرة من المادة 1134 مدني فرنسي: يجب أن تنفذ الاتفاقات بحسن نية.

Elles (les conventions) doivent étre exécutées de bonne foi.

والمادة 2 من القانون المدني السويسري: يلتزم كل فرد بممارسة حقوقه وتفيذه التزاماته وفقا لقواعد حسن النية. كما أقر القانون المدني لمقاطعة كيبيك الكندية سنة 1994 في المادة 1375: إن حسن النية ينبغي أن يحكم سلوك الأطراف سواء في وقت نشوء الالتزام وقت تفيذه أو انتهاءه.

والمشرع المدني الياباني في المادة الأولى ف2: إن استعمال الحقوق وتفيذه الالتزامات يجب أن يتم بحسن نية وأمانة وإخلاص. والمادة 150 من القانون المدني المصري.



التعاقد⁽¹⁾ على أن نذكر في هذا المقام أن عقوبة التسريح تصنف على أنها ذات طابع تأديبي وليس مدني.

وتطبيقاً لذلك فإن العامل الذي يقوم بما يخالف مبدأ حسن النية جراء تعمد من العامل أو بمناسبة إهماله أو تقصيره بما لا يتلاءم والمؤهلات المطلوبة للعمل المنوط به يكون قد تسبب في خسارة للمشروع بخطأه العقدي بما يحقق تحمله للمسئولية العقدية وبالتالي يجوز لرب العمل إن يطالبه بالتعويض.

ولا يقتصر مسألة الالتزام ببذل العناية المطلوبة على علاقات العمل وإنما تتعداه إلى عقود الوكالة والوديعة والإجارة والبيع وغير ذلك من العقود التي تتطلب الالتزام بالمحافظة على الشيء⁽²⁾ أو المتعلقة بإدارة الشيء مثل عقد الرهن الحيازي كما في عقود العمل حيث يمكن أن يكون العامل إطاراً مكلفاً بإدارة المنشأة بصفته سلطة سلمية يعينها رب العمل لممارسة سلطات الإدارة والتنظيم وحتى التأديب نيابة عنه، يضاف إلى ذلك أن علاقات العمل تقتضي لا سيما من الأطارات العاملة بالمشروع أن

(1) قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا رقم 64860 بتاريخ 11/02/1991 المجلة القضائية عدد 03 سنة 1992 ص 133.
(2) وأيضاً نجد هذا الالتزام في علاقات العمل إذ يلتزم العامل بمناسبة تنفيذه لعمله بالمحافظة على أدوات العمل بما يعد هذا الالتزام من مستلزمات العمل وأي إخلال منه بهذا الالتزام يعد خطأً جسيماً نصت عليه الفقرة 5 من المادة 73 من قانون 11/90 المعدلة، وفي المقابل تنص المادة 73 من قانون العمل المصري رقم 2003/12: إذا تسبب العامل بخطئه وبمناسبة عمله في فقد أو إتلاف مهمات أو آلات أو خامات أو منتجات يملكها صاحب العمل أو كانت في عهده التزم بأداء قيمة ما فقد أو أتلّف.....

وتنص المادة 22 من قانون الشغل المغربي يجب على الأجير، المحافظة على الأشياء والوسائل المسلمة إليه للقيام بالشغل، مع ردها بعد انتهاء الشغل الذي كلف به. يسأل الأجير عن ضياع الأشياء، والوسائل السالفة الذكر، أو تلفها، إذا تبين للقاضي بما له من سلطة تقديرية، أن الضياع أو التلف ناتجان عن خطأ الأجير، كما لو نتج الضياع أو التلف عن استعمال الأشياء أو الوسائل في غير الشغل المعدة له، أو خارج أوقات الشغل. لا يسأل الأجير، إذا كان التلف أو الضياع ناتجين عن حادث فجائي، أو قوة قاهرة.

تنص المادة 19 ف ج من قانون العمل الأردني رقم 1996/08 يجب على العامل: الحرص على حفظ الأشياء المسلمة إليه لتأدية العمل ومنها أدوات العمل والمواد وسائر اللوازم الخاصة بعمله.



تتوخى الحيطة والحذر⁽¹⁾ أكثر في تصرفاتها بما لا يدع شكاً لإفشائها الأسرار المهنية التي قد تطلع عليها إلا في حدود ما ينص عليه القانون.

وخلاصة القول أن المادة 172 السابقة اقتضت على معيار بذل العناية في هذه الالتزامات الأمر الذي يعني أن ذمة العامل تبرأ قبل رب العمل بحسب الأصل متى بذل في ذلك عناية الرجل المعتاد ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك.

ومن جهة أخرى يمكن أن يتحمل العامل تبعه استحالة التنفيذ ولو كانت تلك الاستحالة مردها السبب الأجنبي سواء منعت القوة القاهرة إنجاز العمل أو حصل حادث مفاجئ جعل استحالة التنفيذ أمراً لا مفر منه وهذا يكون عن طريق الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية للعامل بمعنى أن الأجير لا يعفى من تحمل مسؤوليته العقدية ولو كان بغير خطأ منه وبالتالي يكون الاتفاق مصدراً يجيز لرب العمل مطالبة العامل بالتعويض نتيجة استحالة التنفيذ حيث يستسيغ القول أن اتفاق الطرفين يعتبر بمثابة تأمين للدائن ضد القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ⁽²⁾.

وإذا كانت مسألة تشديد المسؤولية العقدية على العامل لا تطرح أي إشكال طالما أن التشريع المدني جزائري يقضي بذلك⁽³⁾ فإن مسألة التخفيف من تلك المسؤولية تجد تطبيقاتها فقط في الخطأ اليسير الذي يرتكبه العامل ذلك أن هذا الأخير يعد من المخاطر اللصيقة بالمشروع يتحملة رب العمل دون أن يتم إعفاءه من الغش وارتكاب الخطأ الجسيم.

ويدفع بنا هذا الحكم إلى أن استحالة التنفيذ العيني التي سببها العامل نفسه أو التأخر في التنفيذ لا يقبل فيها الإعفاء طالما أن ذلك تم بإرادة العامل خصوصاً أو أي

(1) يسميه الفقه الالتزام بالتبصر.

(2) د/ محمد حسنين الوجيز في نظرية الالتزام مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر 1982 ص 178.

(3) المادة 178 من القانون المدني الجزائري: يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحوادث المفاجئ أو القوة القاهرة. وتقابلها المادة 217 من القانون المصري.



مدين عموماً مما يجعل صاحب العمل يقوم مقام الدائن بالتعويض نتيجة هذا الإخلال وبالتالي لا يفرق المشرع بين كل من تدخل العامل وتسببه في استحالة تنفيذ عمله و تأخيره له من جهة وبين كل من الغش والخطأ الجسيم من جهة ثانية طالما أن مصدر كل ذلك هو إرادة العامل إذ تقضي المادة 176 من القانون المدني الجزائري بما يلي: إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

المبحث الثاني: موقف الاتجاه الاجتماعي من الخطأ العقدي للعامل

إذا كان الاتجاه المدني في فرنسا قد توقف عند إلزام العامل بالتعويض في حالة مخالفته للسلوك المعتاد مما أدى بالتحليلات التي ذكرها إلى مجانية المنطق الذي تحدده المبادئ العامة للمسؤولية عموماً فإن الاتجاه الاجتماعي الفرنسي كان أكثر وضوحاً لاسيما في المرحلة الأخيرة حين فرق بين الخطأ الجسيم الموجب للتعويض والخطأ غير الجسيم الذي يعد من مخاطر الاستغلال ويتحملها رب العمل بخلاف القضاء والتشريع الاجتماعي الجزائري الذي اقتصر على توجيه المساءلة التأديبية للعامل حالة ارتكابه خطأ جسيماً دون النص على المسؤولية العقدية التي نصت عليها مواد القانون المدني الذي يمثل القاعدة العامة لتشريع العمل طالما أن عقد العمل هو جزء من المنظومة العقدية التي نظمها القانون المدني الجزائري.

ولذا سنقتصر في دراستنا على موقف الاتجاه الاجتماعي الفرنسي بقضائه وفقهه من الخطأ العقدي للعامل في المطلب الأول بينما نعالج موقف التشريع الجزائري للعمل في المطلب الثاني.



المطلب الأول: موقف الفقه والقضاء الاجتماعي الفرنسي

مر موقف القضاء الفرنسي بمرحلتين مختلفتين نسبياً عند معالجته لموضوع تعويض العامل عما أصاب رب العمل من ضرر نتيجة خطأ منه:

المرحلة الأولى (قبل 1958):

استقر القضاء الفرنسي في هذه المرحلة على تطبيق القواعد العامة للمسئولية العقدية فأقر بمسئولية العامل قبل رب العمل مبرراً ذلك بأن العامل يرتبط مع رب العمل بعقد عمل يلتزم بمقتضاه بأداء العمل المتفق عليه وهو غالباً ما يكون التزام بعمل⁽¹⁾ ولا يعتبر العامل قد أداه على النحو المرجو منه إلا إذا بذل فيه عناية الرجل المعتاد ما لم يشر العقد صراحة أو ضمناً إلى عناية أخرى⁽²⁾ وبالتالي فإن أي تقصير أو إهمال أو سوء تنفيذ من قبل العامل من شأنه أن يلحق خسارة برب العمل يلتزم بمقتضاه العامل بالتعويض وذهب إلى أبعد من ذلك حيث ألزم العامل بالتعويض لمجرد إخلاله البسيط في أداء العمل⁽³⁾.

من جهته اعتمد الفقه الفرنسي هذا النهج واستقر الرأي على أن كل الأخطاء التي يرتكبها العامل مهما كان نوعها خطأً يسيراً أو جسيماً عمدياً أو بغير عمد تشكل خرقاً لالتزاماته تعرضه للعقوبات التأديبية ولخطورة انخفاض أجره وأحياناً الفصل وأيضا للحكم عليه بالتعويضات⁽⁴⁾.

(1) Camerlynck contrat du travail T1 paris 1968 p 239.

Camerlynck & G.Lyon-caen manuel de droit du travail 4édition Paris 1970 p292.

(2) Brun et vitu droit du travail T1 Les rapports individuels de travail 2 édition 1978 Siery p585

(3) Req 15/02/1892 D.p. 1892 -1-364.

(4) Brun et vitu Idem

Bernard Teyssie droit du travail Relations individuelles de travail 2em édition Litec paris 1992 p708.



المرحلة الثانية (بعد 1958):

وفي هذه المرحلة تدخلت الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية في حكمين شهيرين لتقرر مبدأ مخالفا لما سار عليه القضاء الاجتماعي من قبل ووجد له الفقه حججا تثبت المبدأ القاضي بتعويض رب العامل في حالة الخطأ الجسيم فقط والعكس صحيح إذ أن معيار جسامته الخطأ⁽¹⁾ هو المعتمد وليس كل الأخطاء قابلة للتعويض واستقرت الأحكام القضائية على هذا المبدأ، ذلك أن القضاء قرر عدم مسئولية العامل في كلا القضيتين لأن الفعل المنسوب إليهما ليس سوى مجرد إهمال Un simple negligence لا يشكل خطأ جسيما Faute grave يجيز الرب العمل المطالبة بالتعويض⁽²⁾.

ثم ما لبثت الدائرة نفسها أن قضت القضاء نفسه في نزاع آخر قام فيه خمسة عمال يعملون في مصنع للمعادن بتصنيع مفاتيح غير مطابقة للمواصفات المطلوبة مما أدى بالرقابة على التصنيع إلى رفض هذه المنتجات فقام رب العمل بعدم احتساب أجور هؤلاء العمال مما أدى إلى انخفاض أجرهم عن الحد الأدنى للأجر المتفق عليه في عقد العمل الجماعي.

لذا لجأ العمال إلى القضاء مطالبين بفارق الأجر قبل رب العمل الذي دفع باستحقاق التعويض عن الأضرار التي تسبب فيها هؤلاء العمال وقررت محكمة النقض

(1) Cons. prud'h delaseine, 18juill 1965 D 1966 Sommaire 32(Col 2 en pene).

Cass. Soc 12 janv 1966 Bull Civ 4 p27, dalloz code de travail 1974 p54 n9.

Cass. Soc 9dec 1964 Bull Civ 4 p684, dalloz code de travail 1974 p54 n7.

Cass. Soc 2fév 1966 Bull Civ 4 p105 dalloz code de travail 1974 p54 n9.

Cass. Soc 25mai 1971, Gaz Pal 1971, 2 p122 n239.

(2) Soc 19 Mai 1958 Bull .civ 1958 4 n616 p454.

Soc 19 Mai 1958 Bull. civ 1958 4 n613 p 456.



أخيراً أنه لم يثبت أن أياً من العمال المدعى عليهم قد ارتكب في تنفيذ التزاماته المهنية خطأً جسيماً يعادل الغش (1) Faute lourde équivalente au dol .

وفي حالات أخرى رفضت فيها الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض الطلب بالتعويض وبالتالي لا مسؤولية للعمال تلك المسائل التي تسبب ضرراً لرب العمل يتسبب فيها العامل بصفتها أحد مخاطر الاستغلال لأن الخسارة حصلت بفعل مخاطر عادية وناشئة بصفة أساسية من الاستغلال (2) .

أما فقهاء القانون الاجتماعي فقد أيدوا هذا المبدأ (3) وساهموا في بلورة معالمة بأدلة قانونية وعملية اتجهت كلها إلى تقوية المبدأ واعتباره ركيزة أساسية في علاقات العمل

(1) Soc 27 nov 1958 D.1959 J.C.P 1959 -11 -11143 note Brethe de la Gressaye S 1959 p35.

وكانت محكمة سانت إتيان قد قضت من قبل بعدم مسؤولية العمال عن تعويض رب العمل وبررت ذلك بأن العامل لا يكون مسؤولاً عن النتائج العيبية لعمله إلا إذا كانت طريقته المتبعة تظهر بالمقارنة بعامل متوسط الحرص ليس مجرد خطأ غير إرادي فقط ولكن خطأً جسيماً وإرادياً. L'ouvrier ne peut être tenue pour responsable de résultat défectueux de son travail que si sa façon de procéder révèle par comparaison avec un ouvrier normalement diligent non un simple erreur involontaire maie une faute lourde voire volontaire. وعلى إثر تأييد المحكمة لطلبات العمال تقدم صاحب العمل بالطعن بدعوى أن المحكمة حذف نصصوص القانون المدني حين رفضت الحكم على العمال بالمسؤولية لعدم صدور خطأً جسيماً منهم في حين أن قواعد المسؤولية يكفي لتحقيقها مجرد الخطأ اليسير.

(2) سرقة أدوات العمل في عهدة العامل من الورشة التي يعمل بها حيث لا مسؤولية للعامل في مواجهة رب العمل

لأن ذلك من مخاطر الاستغلال. Soc 21 janv 1971 D, 1971 p291.

قضية العامل الذي طلب منه إطلاع العملاء على مجموعة من المنتجات في البلدان المجاورة وتم سرقتها مع أغراضه الشخصية في سيارة العمل حيث لم تعتبر المحكمة أن هذا التصرف من العامل يعد خطأً جسيماً يرتب المسؤولية العقدية إذ لم يكن بوسع العامل أن يضع السيارة في مستودع.

Soc 24 nov 1955 Bull. civ 1955 n852 p642,.

(3) Camerlynck et G.Lyon-caen manuel de droit du travail 4édition Paris 1970 p139.

Camerlynck contrat du travail T1 paris 1968 p108.

Jean Rivero et Jean Savatier Droit du travail 1975 cp; thémis, paris p375.



تجمع بين ضرورة الالتزام من العامل حتى لا يتسبب في خسارة للمشروع وحق صاحب العمل في الحصول على التعويض فيما لو أخل العامل بالتزامه إخلالا جسيما.

واستدلالات لهذا المبدأ نصت المادة 1137 من القانون المدني الفرنسي على مايلي: في الالتزام بالعناية في المحافظة على الشيء يلزم الشخص الموكول إليه ذلك أن يبذل فيه عناية الشخص المعتاد⁽¹⁾.....

فالمبدأ العام الذي يحدد مقدار العناية المطلوبة من المدين لكي يعتبر قد أوفى بالتزاماته هو عناية الرجل المعتاد فيما أن هذا القدر قابل للزيادة والنقصان بالنسبة لبعض العقود، ويرى أنصار هذه الحجة أن عقد العمل واحد منها فإذا ما التزم العامل بمسلك الرجل المعتاد وقد طلب منه عناية أشد يكون قد أخل بالتزامه مما يعرضه للتعويض كما أن لا أحد ينكر العادات ومدى قوتها القانونية في تعديل مقدار العناية المطلوبة والتي جرت على أن رب العمل لا يطالب العامل ماليا إلا إذا بلغت أخطاءه قدرا من الخسارة أو كانت تتطوي على غش فلم يعد مقبولا بالنسبة لعقد العمل أن تطبق عليه بسهولة وببساطة وفي جميع الأحوال قواعد القانون المدني⁽²⁾.

ومن جهة أخرى تبقى نظرية إنشائية المؤسسة رب العمل على رأس المشروع يستهدف من وضع أمواله تحقيق الأرباح من خلال الخدمة التي يقدمها العامل أو العمل المنتج كما عليه أن يتحمل مخاطره لإقامة التوازن الاقتصادي بين العامل ورب العمل

(1)ART 1137:L'obligation de veiller à la conservation de la chose soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dans les effets, à cet égard sont expliqués sous les titres qui les concernent.

(2) يرى البعض الآخر أن هذه الحجة ليست صحيحة بدعوى أن المادة 1137 ف2 غير قابلة للتطبيق في عقد العمل لأن العقود المقصودة بهذا النص قد حددها المشرع وحدد بصدها مقدار العناية المطلوبة من المدين زاد أم قل عن العناية العادية كعارية الاستعمال م1882 وعقد الوكالة م1992 وليس من بينها عقد العمل.

انظر مازو المجلة الفصلية للقانون المدني R.T.D.C 1959 ص754.



فالأخطاء اليسيرة الناشئة عن الإهمال أو التي لا مضر منها تحتسب من المخاطر العادية للاستغلال⁽¹⁾ لأن عقد العمل بطبيعته يضع العامل في حالة تعامل دائم مع مشروع رب العمل وما فيه من آلات وأدوات ويستمر تنفيذها لعدة سنوات يكون العامل خلالها معرض لارتكاب أخطاء فإذا سلمنا بأنه يتحملها فإن ذلك يعني أن يتكلف كل ما استفاد منه خلال حياته العملية وسيكون بمثابة المؤمن لرب العمل عن كل المخاطر للصيقة بمشروعه وهذا عين الخروج عن العدالة في علاقات العمل مقارنة بما يحققه رب العمل من مشروعه⁽²⁾.

وتأكيدا لذلك يبرر هذا المبدأ مدى التعاون بين العامل وإدارة المشروع بحيث يتم تقاسم أعباء المخاطر على أساس متوازن يفرق بين تحمل العامل للأضرار التي نتجت بفعل أخطائه الجسيمة وتحمل رب العمل للمخاطر التي لا تنفصل عن المشروع⁽³⁾.

إضافة إلى ذلك فإن الطبيعة الخاصة لعقد العمل تظهر الحرية التامة لرب العمل في اختيار عامله فإذا ما اختار ذلك كان الأمر بمثابة الرضا والقبول بالأداء ووفقا للقدرات التي يتمتع بها العامل ويقبل منه القدر من العناية التي يبديها العامل ويقابل

(1) يتماشى هذا الرأي مع الفقه الإسلامي في قاعدته الفقهية: الغنم بالغرم والغرم بالغنم والتي توجب على العاقد أن يتحمل خسائر تعاقدته مثلما يستفيد منها. ومن مجلة الأحكام العدلية المادة 87 التي تنص: الغرم بالغنم والمادة 88: النعمة بقدر النعمة والنعمة بقدر النعمة.

(2) "Assureur de son proper patron pour tous les risques inherent à son genre d'entreprise". Tri Civ Saine 6 élec 1956 sous soc. 19nov 1959, D 1960-74 2eme espece 10-75.

(3) اعترف وزير العمل الأمريكي في مؤتمر كوبنهاغن سنة 1995 بضرورة التعاون بين أطراف علاقة العمل بما في ذلك الحكومة وجاء في تقريره: لكي نتصير في المنافسة في السوق العالمية يجب أن نزيد الإنتاجية بالتعاون بين العامل والإدارة والحكومة...إن الصراع الناجم عن العلاقات التقليدية بين العامل والإدارة يقوض كفاءة الشركات الأمريكية ويعرقل قدرتها التنافسية في سوق العمل. نقلا عن/ مقالة لأحمد نبيل الهلالي بعنوان: العولمة الاقتصادية وتشريع العمل في مصر مؤتمر حقوق المنصورة المنعقد يومي 26 و27/03/1997 تحت موضوع: الأوضاع القانونية والاقتصادية للعمل في ظل المتغيرات المحلية والعالمية. نقلا عن د/احمد سعيد الزقرد قانون العمل المكتبة العصرية المنصورة 2007 ص09 هامش 01.



تلك السلطة الخضوع القانوني من العامل لرب العمل وتنفيذ الأوامر الموجهة إليه في إطار التبعية التي يفرضها القانون.

وتبعاً لذلك ففي كل مرة يرتكب العامل خطأ بسبب لا إرادي يجعل رب العمل مساهماً بقدر ما في هذا التنفيذ السيئ للعمل لأنه لم يحسن اختيار العامل الكفاء أو لم يراعي في ذلك توجيهه وتدريبه أو لأنه لم يراقبه رقابة فعالة أثناء تنفيذه لعمله أو لم يوفر له الإمكانيات التي تبعده عن ارتكاب مثل تلك الأخطاء.

ففي عقد العمل تظهر فكرة تحمل رب العمل قدراً من أخطاء العامل أكثر مما تظهر في العقود الأخرى بسبب رابطة التبعية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: إخلال العامل بالتزاماته في تشريع العمل الجزائري

لم يتضمن تشريعات العمل الجزائرية في كل مراحلها إلزام العامل بالتعويض نتيجة الأضرار التي يكون قد ارتكبها في حق المستخدم⁽²⁾ والسبب يعود إلى أن الفلسفة الاجتماعية لحد الساعة لن تخرج من دائرة الحماية التشريعية للعامل وهذا ما يجعل سائر تشريعات العمل تصب في هذا الغرض إن لم نقل أكثر انحيازاً للعامل.

ويرى بعض الفقهاء⁽³⁾ العربي أن التعويض المراد فرضه على العامل عديم الجدوى لعدم ملاءمته العامل مما ينفي معه القدرة على الوفاء نتيجة لوضعيته المالية من جهة ومن جهة أخرى فإن المشرع يحيطه بضمانات تصعب الاقتطاع من أجره وتجعله أمراً عسيراً.

(1) يسميها البعض بمخاطر السلطة Risque d'autorité.

(2) بخلاف تشريع العمل المغربي حيث تقضي المادة 20 من قانون الشغل المغربي رقم 65/99 بأنه يمكن الأجير مسؤولاً في إطار شغله عن فعله، أو إهماله، أو تقصيره، أو عدم احتياطه.

(3) محمود جمال الدين زكي الوجيز في قانون العمل 1960 مطبعة الاتحاد القاهرة 1964 ص 187 د/محمد لبيب شنب قانون العمل 1966 بند 95. د/سعيد الزقرد قانون العمل المكتبة العصرية المنصورة 2007 ص 369.



ولكن هذا لم يمنع تشريع العمل من النص على سلطة المستخدم في مساءلة العامل جراء أي خطأ مهني يصدر عنه وبذلك نصت المادة 77 ف2 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل على مايلي: يحدد النظام الداخلي في المجال التأديبي طبيعة الأخطاء المهنية ودرجات العقوبات المطابقة وإجراءات التنفيذ.

كما تستقل المادة 73 المعدلة بقانون 29/91 بتحديد الأخطاء الجسيمة التي تمكن رب العمل من تسريح العامل باعتبار التسريح أقصى عقوبة للعامل.

وبذلك يكون المشرع العمالي الجزائري قد استكان للمساءلة التأديبية في حالة ارتكاب العامل لخطأ جسيم دون أن يثبت في حقه موضوع المساءلة العقدية بما في ذلك الاجتهاد القضائي الذي يراهن في كثير من الأحيان على مقارعة شرعية التسريح بما نسب للعامل من أخطاء جسيمة إما أن يكون القانون قد حدد تلك الأخطاء في المادة 73 أو حددتها النظم الداخلية لمؤسسات العمل⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد يمكن للنظام الداخلي الذي يعده صاحب العمل أن ينص على الأخطاء المهنية على كل مستوياتها والعقوبات المقررة والملائمة لها وبالتالي ينفرد هذا الطرف المالك للمشروع بتحديد الخطأ المهني سواء اليسير منه أو الجسيم ولا يبقى

(1) قررت الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا أن عبارة 'تعتبر على الخصوص أخطاء جسيمة' التي جاءت بها المادة 73 لا تعني حصر كل الأخطاء بل تؤكد وجود أخطاء جسيمة أخرى يمكن أن ينص عليها النظام الداخلي للمؤسسة. قرار الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا بتاريخ 2004/12/15 رقم 283600 فهرس 2333؛ قرار الغرفة الاجتماعية لمحكمة العليا بتاريخ 1998/02/10 رقم 157761. م ق عدد 2 سنة 2000 (قضى بأن تعدد الوظائف خطأ جسيما رغم عدم النص عليه في المادة 73 المعدلة وعلت المحكمة أن الأخطاء الجسيمة المنصوص عليها في هذه المادة ليست على سبيل الحصر). ولكن يمكن الاستدلال عكس ذلك لأن روح النص يوحي بأن المشرع الجزائري راهن بالتعديل الذي حصل على المادة 73 بموجب الامر 29/91 أي بعد حوالي 18 شهرا من إقرار هذه المادة على حصر الأخطاء الجسيمة وعدم تركها لرغبات أرباب العمل ضمن ما يضعونه في النظام الداخلي وإلا فلا طائلة من التعديل إذا كانت قائمة الأخطاء الجسيمة المذكورة على سبيل المثال. م/ عبد السلام ذيب قانون العمل الجزائري والتحولت الاقتصادية دار القصبه للنشر الجزائر 2003 ص 433.



لممثلي العمال سوى إبداء الرأي على أن يصبح محتوى تلك الوثيقة المنظمة للعمل داخل المشروع شرعية بعد المصادقة عليها من طرف مفتش العمل المختص إقليميا وكتاية الضبط للمحكمة حيث ينظر في مدى موافقة النظام الداخلي للتشريعات والتنظيمات المعمول بها.

ومن الناحية العملية تحظى المادة 73 بقدر كبير من الأهمية سواء بالنسبة لأرباب العمل أو العمال كونها تحدد الأخطاء الجسيمة الأكثر تداولاً بين العمال إذ تنص على ما يلي: يتم التسريح التأديبي في حالة ارتكاب العامل أخطاء جسيمة، وعلاوة على الأخطاء الجسيمة التي يعاقب عليها التشريع الجنائي والتي ترتكب أثناء العمل تعتبر على الخصوص أخطاء جسيمة يحتمل أن ينجر عنها التسريح بدون مهلة وبدون علاوات الأفعال التالية:

- إذ رفض العامل بدون عذر مقبول تنفيذ التعليمات المرتبطة بالتزاماته المهنية أو التي قد تلحق أضرارا بالمؤسسة والصادرة من السلطة السلمية التي يعينها المستخدم أثناء الممارسة العادية للسلطة. - إذا أفشى معلومات مهنية تتعلق بالتقنيات والتكنولوجيا وطرق الصنع والتنظيم أو وثائق داخلية للهيئة المستخدمة إلا إذا أذنت السلطة السلمية بها أو أجازها القانون. - إذا شارك في توقف جماعي وتشاوري عن العمل خرقاً للأحكام التشريعية الجاري بها العمل في هذا المجال. - إذا قم بأعمال عنف. - إذا تسبب عمداً في أضرار مادية تصيب البنايات والمنشآت والآلات والأدوات والمواد الأولية والأشياء الأخرى التي لها علاقة بالعمل. - إذا رفض تنفيذ أمر التسخير الذي تم تبليغه وفقاً لأحكام التشريع المعمول به. - إذا تناول الكحول أو المخدرات داخل أماكن العمل.

من خلال النص السابق فإن المشرع الجزائري نص على الأخطاء الجسيمة والتي هي أخطاء تأديبية يستحق على إثرها العامل العقوبة التأديبية المتمثلة في التسريح دون تعويض أو إشعار مسبق.



وقد عرف الفقه الخطأ التأديبي عموماً بأنه مخالفة العامل لالتزام مهني شرعي⁽¹⁾ بمعنى أن يكون عملاً تابعاً ويدخل في العمل المنوط بالعامل وفق عقد العمل الصحيح ويمكن أن يؤدي هذا الخطأ بما يحمله من جسامه وحسب الحالات التي جاءت بها المادة 73 المعدلة إلى عقوبة قاسية يسلطها رب العمل على العامل تصل إلى تسريحه من العمل.

اللافت للنظر أن تشريع العمل لا بصيغته الحالية ولا بالصيغ السابقة لم يشر إلى العقوبة المدنية التي تمكن رب العمل من مطالبة العامل بالتعويض نتيجة أي خطأ يصدر منه ويسبب ضرراً للمؤسسة وبالتالي يمكن القول أن نصوص العمل اكتفت بالعقوبة التأديبية التي يتميز بها قانون العمل كونه علاقات العمل تستدعي أن يعمل العامل تحت إبط تبعيته للمستخدم الأمر الذي من شأنه أن يولد ازدواجية التعامل مع الخطأ بما يُحمّل رب العمل المخاطر العادية للمشروع ويمنحه من جهة أخرى حق ممارسة سلطته التأديبية على العامل الذي ارتكب الخطأ.

والسؤال الذي يطرح ما فائدة رب العمل من تسريح العامل إذا ارتكب خطأ تسبب في أضرار كبيرة للمشروع سواء في أرباحها أو في سمعتها أو في فوات فرص لأرباح محققة أو تسبب العامل في إتلاف وسائل وأدوات العمل ذات الأموال الطائلة؟ فلا يمكن أن يتحمل رب العمل تلك الأضرار الجسيمة لاسيما وأن سوق العمل أصبحت تستدعي رءوس أموال ضخمة ويوجد مؤسسات كبيرة لها موارد مالية كبيرة تساهم في تحقيق الثروة للدولة وتحقيق النمو الاقتصادي مثل سونطراك وسونلغاز وغيرها وهذه المؤسسات غير بعيدة عن منافسة الشركات الأجنبية هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن هناك إبطارات في مؤسسات العمل تتقاضى رواتب ضخمة مما يحملها مسؤوليات كبيرة وأي خطأ منها سبب أضراراً كبيرة لا يمكن للمؤسسة أن تتحمّله

(1) م/عبد السلام ذيب قانون العمل الجزائري والتحويلات الاقتصادية دار القصب للشر الجزائر 2003 ص 420.



وتكتفي بتسريحه وأن تكرر تحمل المؤسسات لأعباء وتكاليف ما يصدر عن عمالها يرهن مواردها ويتسبب ولو آجلا في إفلاسها.

يجد هذا التحليل فائدته في نص المادة 172 من القانون المدني السابقة الذكر أين حددت بوضوح مسئولية العامل المسئولية نتيجة ارتكابه خطأ جسيما أو صدر منه غش أثناء تنفيذ عمله والقاعدة تقول أن العام يبقى على عمومته ما لم يقيد بنص خاص.

وتطبيقا لهذه القاعدة يمكن القول أن العامل يظل ملزما بما من شأنه أن لا يضر بمصلحة المشروع ووفق نصوص القانون المدني نجد أن معيار المعتمد هو جسامه الخطأ أو ارتكاب الغش بحيث متى صدر ذلك من العامل فهو مطالب بالتعويض استدلالا بنصوص القانون المدني.

الخاتمة:

استقر رأي فقهاء القانون الاجتماعي وكذا القضاء على مبدأ التعويض المستحق لرب العمل جراء ارتكاب العامل خطأ جسيم دون غيره من الأخطاء الأخرى وبرروا ذلك بأن خطأ العامل يحمل طبيعة خاصة لا يمكن أن يتحمل العامل تلك المسئولية في كل حالات الخطأ بحجة التبعية التي تتطلب من العامل تنفيذ أعماله تحت إمرة صاحب العمل إلا حالة ارتكابه خطأ جسيما يعاقب عليه بالتعويض وهو ما لم يوافقهم عليه فقهاء القانون المدني باعتبار أن مثل هذا الاشتراط يخرق القواعد العامة للمسئولية المدنية بصفة عامة ومن ثم فإن القول الصحيح عند هؤلاء هو اعتبار كل خطأ منتج لقيام مسئولية من صدر عنه ثم مالبتوا أن لجأوا إلى تبسيط المسألة وقالوا بأن العامل في حالة الخطأ الجسيم لا يكون مسئولا على أسس الخطأ الجسيم وإنما مقارنة سلوكه بسلك العامل المعتاد تدل على أنه انحرف عنه .

واللافت للنظر أن فقهاء القانون المدني اعترفوا أخيرا بالمبدأ الذي نادى به فقهاء قانون العمل بعد أن لاقت تبريراتهم تناقضا في المبادئ العامة للمسئولية وتوصلوا إلى



ماذهبت إليه الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض برده إلى نطاق القواعد العامة وتفادي القول بأن قيام مسؤولية العامل عن خطاه العقدي في مواجهة رب العمل يشكل استثناء من القواعد العامة للمسئولية المدنية حين تتطلب فقط لقيامها توافر الخطأ الجسيم إلا أن فقهاء القانون المدني⁽¹⁾ رغم محاربتهم لفكرة تدرج الأخطاء واعتبار الخطأ الذي يوجب قيام المسؤولية واحد ومحاربتهم للاتجاه الذي يرى بأن المسؤولية في بعض حالاتها لا تقوم مستدة إلى الخطأ الجسيم (الاتجاه الداعي إلى إحياء فكرة الخطأ الجسيم) قد عادوا مؤخرًا ومعهم القضاء المدني إلى الاعتراف وببساطة إلى أن طبيعة عقد العمل تعد من بين الحالات التي يمكن فيها قبول القول بعدم مسؤولية العامل إلا على أساس الخطأ الجسيم فهي تعد في رأيهم أكثر أهمية وأكثر استقرارًا بسبب عدالة القضاء واستقراره على ذلك وتوافقه مع الظروف الخاصة بطبيعة عقد العمل لا سيما سلطة التبعية التي يمارسها رب العمل التي تمكنه من الرجوع على عامله في حالة ارتكابه خطأ جسيم.

المراجع باللغة العربية:

المراجع العامة:

- 1/ القرآن الكريم 2/ ابن رجب جامع العلوم والحكم مؤسسة الرسالة بيروت 2000. 3/ مجلة الأحكام العدلية
- 4/ الفقه على المذاهب الأربعة الشيخ عبد الرحمن بن محمد عوض الجزري مكتبة الإيمان مجلد 3 المنصورة 1999

(1) Mazeaud et tunc La responsabilité contractuelle et délictuelle t1 paris 1965p 771.



المؤلفات:

- 1 د/حسام الدين كمال الاهواني شرح قانون العمل مصر 1991
- 2 / د / محمد لبيب شنب شرح قانون العمل القاهرة 1983
- 3 / د/محمود جمال الدين زكي عقد العمل في القانون المصري مطابع الهيئة العامة المصرية للكتاب القاهرة 1982
- 4 / د/محمود جمال الدين زكي الوجيز في قانون العمل مطبعة الاتحاد القاهرة 1964
- 5 / م/عبد السلام ذيب قانون العمل الجزائري والتحولت الاقتصادية دار القصبه للنشر الجزائر.2003
- 6 / د / محمد حسنين الوجيز في نظرية الالتزام مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر 1982
- 7 / د/سعيد الزقرد قانون العمل المكتبة العصرية المنصورة 2007.

المراجع باللغة الفرنسية:

- Camerlynyck contrat du travail T1 paris 1968
- Camerlynyck execution du contrat du travail Rep droit du travail t11976
- Planiol & Ripert traité pratique de droit civil français T1
- Weill et F. Terré droit Civil les obligations 3eme edition Dalloz Paris 1980
- Camerlynyck et G.Lyon-caen manuel de droit du travail 4édition Paris 1970
- Brun et vitu droit du travail T1 Les rapports individuels de travail 2 édition Siery 1978
- Bernard Teysie droit du travail Relations individuelles de travail 2édition Litec paris 1992
- Jean Rivero et Jean Savatier Droit du travail ; thémis, paris 1975
- .Mazeud et tunc La responsabilité contractuelle et délictuelle t1 paris 1965

ضمانة تسبب القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة

أ.بدرى مباركة
كلية الحقوق بجامعة سعيدة

مقدمة:

إن وسائل النظام التأديبي المتبع في الدول المختلفة تتوقف في نجاحها على إيجاد قدر من الضمانات التي يجب أن يتم كفالتها للموظف العام في أي مساءلة تأديبية حتى تضمن له محاكمة عادلة⁽¹⁾. وتعد هذه الضمانات من أهم الأسس التي يقوم عليها النظام القانوني للتأديب في معظم التشريعات الوظيفية المعاصرة نظرا لان النظام التأديبي هو أخطر جوانب الوظيفة العامة الذي قد يضر بالموظف العام إذا ما أخل بواجباته الوظيفية .

ومن بين هذه الضمانات تسبب القرار التأديبي كضمانة أساسية معاصرة أو ملازمة لصدور العقوبة التأديبية، والتي تعد من أهم الضمانات الجوهرية في المجال التأديبي حتى يطمئن الموظف العام من أسباب إدانته ويتأكد من أوجه الاتهام التي تمت مواجهته بها جميعا و تحقيق دفاعه بما يحول دون انحراف أو تعسف الجهة المختصة في ممارسة سلطتها التأديبية. وتعد هذه الضمانة من الأمور التي تملئها العدالة المجردة وضمير الإنصاف والأصول العامة في المحاكمات، كما أنها تستلهم من المبادئ

(1) د. عبد اللطيف بن شديد الحربي، ضمانات التأديب في الوظيفة العامة، 2006، مطابع الدار الهندسية، القاهرة، ص. 251.



الأولية المقررة في القوانين الخاصة بالإجراءات سواء في المحاكمات الجنائية أو التأديبية بغض النظر إن وجد أو لم يوجد نص يقرر ذلك⁽¹⁾.

ولما كانت السلطة التأديبية المختصة ملزمة بتسبب قراراتها التأديبية فإنه لا يكفي أن تقي بهذا الالتزام بذكر أية أسباب، بل يتعين عليها أن يكون تسببها كافيا متضمنا لكل العناصر والشروط اللازمة لصحته بما يحقق الغرض المنشود منه.

ولذلك نتساءل عما يلي: ما المقصود بتسبب القرار التأديبي؟ وفي ماذا تتجلى أهميته في المجال التأديبي؟ وهل هناك عناصر وشروط أساسية تقوم عليها ضمانة التسبب؟

وللإجابة عن كل هذه الأسئلة، تناولنا بحثنا هذا في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم ضمانة تسبب القرار التأديبي.

المبحث الثاني: عناصر وشروط صحة تسبب القرار التأديبي.

المبحث الأول: مفهوم ضمانة تسبب القرار التأديبي:

يتعين في كل مساءلة تأديبية توافر قدر معين من الضمانات الجوهرية كحد أدنى وإن لم يرد عليه نص ومن بين هذه الضمانات تسبب القرار الصادر بالعقوبة التأديبية الذي يعتبر بصفة عامة ضمانة لحقوق الموظف⁽²⁾.

(1) د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، تأديب الموظف العام في مصر، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دون سنة الطبع، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ص. 561.

(2) Ramdane Babadji, le régime disciplinaire dans le nouveau statut de la fonction publique algérienne, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, université d'alger, ben aknoun, N° 04, décembre 1987, p. 884.



وإذا كان الأصل العام الذي استقر عليه الفقه والقضاء الإداريين إن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها إلا إذا قيدها القانون بذلك، فإن تسبب القرار التأديبي ضروري وواجب ولو لم يوجد نص يقضي به، باعتبار أن التسبب قد أصبح قاعدة بالنسبة للقرارات التي تضر بحقوق الأفراد، إذ لم يعد للإدارة في مجالها سلطة تقدير ذكر سبب قرارها من عدمه بل صار لزاما عليها بيانه⁽¹⁾، مما يكفل اطمئنان الموظف العام إلى صحة وثبوت الوقائع المستوجبة لهذه العقوبة والتي كونت منها السلطة التأديبية - السلطة الرئاسية أو اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المنعقدة كمجلس تأديبي - عقيدتها واقتناعها، فضلا على استظهار أدلة الإدانة بما يفيد توفر أركان المخالفة التأديبية وقيام القرار على سببه المبرر له وبما يتيح للقضاء الإداري أعمال رقابته من حيث صحة تطبيق القانون على ذلك.

ولدراسة مفهوم ضمانات تسبب القرار التأديبي تناولنا هذا المبحث في مطلبين أساسيين هما:

المطلب الأول: المقصود بتسبب القرار التأديبي

المطلب الثاني: أهمية ضمانات تسبب القرار التأديبي .

المطلب الأول: المقصود بتسبب القرار التأديبي:

لقد ظهر لفظ "يسبب" لأول مرة في فرنسا كاصطلاح لغوي خلال القرن الثامن عشر (18) والذي كان يقصد به تضمين الحكم الأسباب الضرورية التي أدت إلى وجوده⁽²⁾.

(1) د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، 2000، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص191.

(2) د. عزمي عبد الفتاح، تسبب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دون دار النشر، القاهرة، الطبعة الأولى، 1983، ص 14 و15. مقتبس عن، منصور حمدان العلوان، الرقابة القضائية على عيب السبب في القرار الإداري، دراسة مقارنة، 2008، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ص91.



ونظرا لأهمية التسبب في جميع المجالات، نجد أن المشرع التأديبي قد حرص على تطبيق هذه الضمانة الهامة في المجال التأديبي في نطاق الوظيفة العامة في مختلف الأنظمة التأديبية المقارنة، ومن بينها التشريع التأديبي الجزائري الذي أولاهها أهمية كبرى بالمقارنة مع الضمانات التأديبية الأخرى حيث لم يخلو أي قانون للوظيفة العامة عبر التطور التاريخي من الإشارة إلى ضرورة تسبب القرارات التأديبية من طرف السلطة التأديبية المختصة تحت طائلة البطلان.

وقد عالجتنا هذا المطلب في الفرعين المواليين:

الفرع الأول: تعريف تسبب القرار التأديبي .

الفرع الثاني: الأساس القانوني لضمانة التسبب .

الفرع الأول: تعريف تسبب القرار التأديبي:

إن تحديد تعريف تسبب القرار التأديبي يستدعي أولا التطرق لتعريف القرار التأديبي، حيث يعرفه محمد ماجد ياقوت بأنه: «هو القرار الصادر عن السلطة التأديبية الرئاسية ويكون مضمونه جزاء تأديبي صريح في حق موظف أو مستخدم، وذلك بسبب ارتكابه مخالفة تأديبية لواجبات الوظيفة، وبهدف الصالح العام وهو حسن سير العمل»⁽¹⁾.

ويعرف أيضا بأنه: «إفصاح الجهة الإدارية المختصة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة وفقا للقوانين واللوائح في الشكل المقرر قانونا، بقصد إحداث مركز قانوني بالنسبة للعامل، وذلك بتوقيع جزاء تأديبي عليه لما ثبت في حقه من ذنب إداري، وذلك بباث من المصلحة العامة وهو الحرص على استقامة العمل في الجهاز الإداري»⁽²⁾.

(1) محمد ماجد ياقوت، شرح الإجراءات التأديبية، 2004، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص. 656.

(2) فالح عبد الله علي العزب، الطعن في الجزاء التأديبي في الوظيفة العامة - في القانون المصري والقانون الكويتي - رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، مصر، 2004، ص. 178.



ويمكننا تعريف القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة بأنه: «إفصاح السلطة الإدارية المختصة بالتعيين عن إرادتها الملزمة في توقيع عقوبة تأديبية ضد الموظف العام المخالف بسبب ارتكابه لمخالفة تأديبية قصد ضمان السير الحسن للمرفق العام».

ويقصد بالتسبيب هو: «الإفصاح عن الأسباب القانونية و الواقعية التي تبرر القرار الإداري وبالتالي يكون القرار مسببا إذا أفصح بنفسه عن الأسباب التي استند إليها مصدر القرار، فالتسبيب هو التعبير الشكلي عن أسباب القرار ومن ثم فإنه ينتمي للمشروعية الخارجية للقرار»⁽¹⁾. ويعني أيضا: «تبيان في نفس القرار الأسباب الواقعية والقانونية التي تبرره»⁽²⁾.

ويرى المستشار ممدوح طنطاوي أن التسبيب من المبادئ الأساسية للنظام القضائي و هو يقتضي: «تحديد وصف الوقائع وصفا قانونيا مع بيان ما أحاط بها من مؤثرات، وتكييفها التكييف القانوني وصحة إسنادها للأشخاص ومواد القانون أو اللوائح أو التعليمات، بعد مناقشة الأدلة والدفع بحيث تكشف الأسباب عن الإلمام بكافة العناصر والإحاطة بجميع الوقائع المنتجة في الإثبات»⁽³⁾.

ويرى الدكتور عبد الفتاح حسن أن معنى أن يكون القرار مسببا: «أن يحمل بجانب الجزاء الواقعة أو الوقائع التي أدت إلى توقيعه، ولا يلزم أن يتضمن القرار هذه الوقائع على وجه التفصيل، بل يكفي في ذلك الإيجاز دون خلل أو إبهام أو تجهيل أو غموض»⁽⁴⁾.

(1) د. محمد ماهر ابو العينين، دعوى الإلغاء وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى بداية القرن 21، 2002، الكتاب الثاني، ص. 153. مقتبس عن، د. سعد نواف العنزي، الضمانات الإجرائية في التأديب، دراسة مقارنة، 2007، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص. 357.

(2) Jean-Michel de Forges, droit administratif, 6 édition, 1991, presses universitaires de France, paris, p. 57.

(3) ممدوح طنطاوي، الأدلة التأديبية، الطبعة الأولى، 2000، مطبعة الانتصار، مصر، ص. 255 و 256.

(4) د. عبد الفتاح حسن، في الوظيفة العامة، 1964، المطبعة العالمية، القاهرة، ص. 248.



ومن جهتها يمكن أن نحدد معنى تسبب القرار التأديبي من خلال إبراز عناصره و شروط صحته كما يلي: «التزام السلطة التأديبية المختصة ببيان الوقائع الجدية المبررة للعقوبة التأديبية بصفة واضحة و كافية وتكييفها من الناحية القانونية، و ذكر الأسس والأسانيد القانونية المعتمد عليها في إصدار القرار التأديبي» .

ويختلف بذلك تسبب القرار عن سببه رغم اتحادهما في الاشتقاق اللغوي، حيث يأتي التسبب دائما لاحقا على إصداره في حين يكون سبب القرار موجودا قبل إصداره والمتمثل في الحالة الواقعية أو القانونية التي دفعت الإدارة لاتخاذها . كما أن الإدارة ليست ملزمة بتسبب قراراتها إلا إذا ألزمها المشرع بذلك إعمالا لقرينة الصحة المفترض توافرها في القرار الإداري إلى أن يثبت المدعي ما ينفيها، و في حين أنها ملزمة بغير حاجة إلى نص باستناد قرارها على سبب قائم ومشروع⁽¹⁾ .

الفرع الثاني: الأساس القانوني لضمانة التسبب:

لقد استقر الفقه والقضاء الإداريين في الدول المختلفة على قاعدة «لا إلزام على الإدارة بتسبب قراراتها ما لم يلزمها القانون بذلك»، و في هذه الحالة تحمل قراراتها القرينة القانونية التي تقضي بافتراض قيامها على أسباب صحيحة إلى أن يثبت مدعي عدم مشروعيتها عكس ذلك⁽²⁾ . غير أن أهمية تسبب العقوبة التأديبية قد فرضت نفسها بحيث أصبح من المبادئ العامة للقانون وجوب تسببها ولو لم يوجد نص .

و يرجع أساس تسبب القرارات الإدارية عموما والتأديبية خصوصا في حالة عدم النص إلى إرادة المشرع الضمنية من خلال فرض قواعد موضوعية أو شكلية على الإدارة في عملها فتفترض تسبب إعمالها، فضلا على متطلبات الرقابة القضائية التي

(1) د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، 2004، دار الكتب القانونية، مصر، ص. 231 و 232 .

(2) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، 2003،

منشأة المعارف، الإسكندرية، ص. 120 .



تستدعي تسبب القرارات لتسهيل مهمتها وكذا أساس الضمان الذي يفرض التسبب في المواد العقابية⁽¹⁾.

وإذا كانت الإدارة تلتزم بتسبب قراراتها في بعض الحالات، فإن مصدر هذا الالتزام قد يكون نصا قانونيا أو قاعدة قضائية كما هو عليه الحال في المجال التأديبي، حيث ألزم التشريع التأديبي المقارن الهيئات التأديبية المختلفة بضرورة تسبب القرارات التأديبية الصادرة عنها قصد ضمان عدالة العقوبة التأديبية الموقعة على الموظف المذنب وحمايته من تعسف سلطة التأديب بما يضيف الاطمئنان إلى نفسه والاستقرار في عمله.

ففي فرنسا نجد أن المشرع التأديبي قد أجبر الإدارة منذ وقت مبكر على تسبب قراراتها التأديبية بالنسبة لطوائف معينة من الموظفين على عقوبات محددة، ومن ذلك القانون الصادر في 10 أوت 1871 الذي نص على إلزامية أن يكون مرسوم عزل أو وقف العمد أو معاونهم مسببا. وتطبيقا لذلك أبطل مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 13 / 02 / 1973 قرار عزل أحد العمد بسبب عدم قيام مرسوم العزل بتحديد للوقائع المنسوبة للمدعي والتي كانت غير كافية ولا مقنعة في الوصف التشريعي الذي ألزم بالتسبب⁽²⁾.

وبصدور قانون الوظيفة العامة بتاريخ 19 أكتوبر 1946 أوجب المشرع الفرنسي تسبب القرار الصادر بتوقيع عقوبات الإنذار واللوم وهذا ما أكد عليه في المرسوم الصادر في 14 فبراير 1959 والذي تضمن النص أيضا على ضرورة تسبب رأي مجلس التأديب بالنسبة للعقوبات التأديبية التي يشترط أخذ رأيه فيها. وقد أكد القانون

(1) نفس المرجع، ص. 500 وما بعدها.

(2) د. سعد نواف العنزي، المرجع السابق، ص. 360 و 361.



الحالي الفرنسي على وجوب تسبب قراراتها التأديبية و آراء المجلس التأديبي كضمانة لا يمكن إغفالها بالنسبة للقرارات ذات الطابع الجزائي أو العقابي⁽¹⁾.

أما المشرع المصري فقد نص في كافة قوانين العاملين المدنيين بالدولة منذ القانون رقم 210 لسنة 1951 حتى قانون رقم 47 لسنة 1978 المتضمن قانون العاملين المدنيين بالدولة على ضرورة تسبب القرار التأديبي حيث نصت المادة 79 من القانون الحالي: « لا يجوز توقيع جزاء على العامل إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه، ويجب أن يكون القرار الصادر بتوقيع الجزاء مسببا»⁽²⁾.

ولكن ما هو موقف المشرع الجزائري من ضمانة التسبب ؟

لقد تناول المشرع الجزائري ضمانة تسبب القرار التأديبي في قوانين الوظيفة العامة المتعاقبة في مجال التأديب الوظيفي، حيث ألزمت المادة 56 من الأمر رقم 133/66 المؤرخ في 02 جوان 1966 والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية السلطة التأديبية بتسبب قراراتها المتضمنة عقوبات الدرجة الأولى والثانية دون أن يلزمها بذلك في حالة توقيع عقوبة العزل بناء على الرأي الموافق للمجلس التأديبي .

وقد أكد على ذلك المرسوم رقم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1985 والمتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية حينما قيد السلطة المختصة بالتعيين بتبرير قراراتها المتضمنة عقوبات الدرجة الأولى و الثانية دون أن ينص على ذلك بالنسبة لعقوبات الدرجة الثالثة التي تقررها بعد موافقة المجلس التأديبي (المواد 125، 126 و 127).

(1) Article 19/3 de la loi n° 83/634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires.:» **L'avis de cet organisme de même que la décision prononçant une sanction disciplinaire doivent être motivés** .

(2) د. علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة في النظام العراقي والمصري والفرنسي والانجليزي، 2004، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص. 358.



ونلاحظ من خلال هذين القانونين خلوهما من أي نص يلزم بتسبب القرارات التأديبية المتضمنة للعقوبات الجسيمة التي اشترط المشرع على السلطة المختصة بالتعيين عدم اتخاذها إلا بناءً على رأي ملزم للجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المنعقدة كمجلس تأديبي، مكثفياً باشتراط تبرير العقوبات التي تدخل في الاختصاص المطلق للسلطة الرئاسية. وفي الحقيقة هذا الموقف التشريعي من شأنه المساس بحقوق الموظف العام وحرمانه من ضمانة أساسية حيث لا يمكن التذرع بخضوع هذا النوع من العقوبات لإجراء جوهري والمتمثل في استشارة المجلس التأديبي و التقيد برأيه حتى تبرر هذا الفراغ القانوني لأن هناك حاجة ماسة لإجراء التسبب في المجال التأديبي باعتباره ضمانة هامة في نطاق المساءلة التأديبية لا يغني عنها أي إجراء آخر.

وبصدور القانون الحالي للوظيفة العامة تدارك المشرع النقائص التي عرفتتها القوانين السابقة، حيث نص على وجوب تسبب كل القرارات التأديبية بغض النظر عن العقوبات الموقعة، حيث نصت المادة 165 من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية: «تتخذ السلطة التي لها صلاحيات التعيين بقرار مبرر العقوبات التأديبية من الدرجة الأولى والثانية.....»

تتخذ السلطة التي لها صلاحيات التعيين العقوبات التأديبية من الدرجة الثالثة والرابعة بقرار مبرر بعد اخذ الرأي الملزم من اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المختصة المجتمعمة كمجلس تأديبي».

بل أكثر من ذلك فقد قام المشرع الجزائري بتقييد اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المنعقدة كمجلس تأديبي بهذا الإجراء حينما ألزمها بتسبب قراراتها المتضمنة لعقوبات الدرجة الثالثة والرابعة حيث نصت المادة 2/170 من الأمر المذكور أعلاه: «يجب أن تكون قرارات المجلس التأديبي مبررة».

ولقد استقر القضاء الإداري المقارن بدوره على وجوب تسبب القرار التأديبي ولو في غياب نص يلزم الإدارة بذلك كاستثناء من قاعدة عدم إلزام الإدارة بتسبب قراراتها



الإدارية وذلك راجع للطبيعة الجزائية لهذا القرار المتضمن عقوبة يجب توضيح أسبابها وفقا للأصول العامة المقررة في التأثيم والعقاب، لذلك يعد الالتزام بتسبب القرار التأديبي من أهم الضمانات الإجرائية في التأديب لخطورة هذا القرار ولما يشكله من هدم لقرينة البراءة التي يتمتع بها الموظف العام⁽¹⁾.

وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي حينما قضى: «كل قرار يتضمن عقوبة تأديبية يجب أن يكون مسببا...»⁽²⁾. كما قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في 1989/06/17 بأنه: «ويتفرع على حق الدفاع المقدس المكفول لكل إنسان أن يتعين أن تصدر الأحكام والقرارات التأديبية بالنسبة للعاملين مسببة لكي يتسنى لمن صدرت بشأنه أن يطعن عليها أمام الجهات الرئاسية أو المحاكم القضائية المختصة لكي تباشر ولايتها في الرقابة على مشروعية تلك الأحكام أو القرارات التأديبية»⁽³⁾.

وقد انتقد لحسين بن الشيخ اث ملويا قرار مجلس الدولة الصادر في 2001/02/19⁽⁴⁾ - الذي رفض الطعن بالإلغاء لعدم التأسيس - وذلك راجع لعدة أسباب أهمها أن قرار وزير العدل المتضمن شطب خبير من قائمة الخبراء المعتمدين لدى مجلس قضاء الشلف كان غير مسببا، وبالتالي كان على مجلس الدولة إبطاله على أساس تجاوز السلطة لغيب السبب، ذلك أن التقرير المسبب يجب أن يصدر عن رئيس المجلس القضائي وليس عن مدير الشؤون المدنية بوزارة العدل حتى يكون سببا لمقرر الوزير بتوقيع العقوبة التأديبية.

(1) د. سعد نواف العنزي، المرجع السابق، ص. 366.

(2) C.E. 28 mai 1965, Demoiselle Riffault, Revue administrative, 1965, p. 590. Ramdane Babadjji, op.cit, p. 884.

(3) ممدوح طنطاوي، المرجع السابق، ص. 257.

(4) قرار مجلس الدولة، الغرفة الثالثة (فهرس 70)، الصادر بتاريخ 2001/02/19، قضية (د) ضد وزير العدل، لحسين

بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، 2005، دار هومة، الجزائر، ص. 337 وما بعدها.



المطلب الثاني: أهمية ضمانه التسبب وعلاقتها بالضمانات التأديبية الأخرى:

لكي يكون للقرار التأديبي صحيحا ومنتجا للأثار المادية والقانونية لابد من وجود سند مادي أو قانوني يبرر وجوده وقيامه وإلا كان باطلا، على أساس أن عملية تسبب القرارات التأديبية لها فائدة كبيرة وأهمية قصوى في مجال الوظيفة العامة بالنسبة للموظف العام من جهة، ومن جهة ثانية بالنسبة للجهة الإدارية أيضا، نظرا لان هذا الإجراء يسعى بدوره إلى التوفيق بين فاعلية العمل الإداري و منطق الضمان أي إقامة التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في نفس الوقت .

كما يساهم إجراء تسبب القرار التأديبي أيضا في تحقيق ممارسة الضمانات التأديبية الأخرى التي لها علاقة وطيدة به، لاسيما ما يتعلق بضمانة مواجهة الموظف العام المتهم بالمخالفات المنسوبة إليه وكذا ضمانه تحقيق دفاعه، فضلا على ضمانه الرقابة القضائية .

وللمزيد من التفصيل حول هذا المطلب لفرعين كالآتي:

الفرع الأول: أهمية ضمانه التسبب .

الفرع الثاني: علاقة ضمانه التسبب بالضمانات التأديبية الأخرى .

الفرع الأول: أهمية ضمانه التسبب:

وترجع أهمية تسبب القرارات التأديبية لما يترتب على تحقيقه من مزايا وفوائد عديدة سواء بالنسبة للموظف العام أو الإدارة . ويمكن أن نذكر أهمها فيما يلي:

1- يسمح التسبب للمعني بالأمر من التحقق بسهولة من مدى مشروعية موضوع القرار، حيث يعتبر التسبب عنصرا هاما لكفالة حق الدفاع، حيث لا توقع الإدارة العقوبة على الموظف العام إلا بعد التحقيق معه وسماع أقواله وهي ملزمة بالرد على دفاعه وتنفيذ الحجج والأسانيد التي أبدهاها. كما يرتبط مبدأ التسبب كضمانة للموظف بمبدأ المواجهة حيث يعطي له الفرصة للدفاع عن نفسه عن طريق معرفة



الأسباب التي أوردتها الإدارة في صلب قرارها التأديبي، ويحدد موقفه على أساس إحاطته بأسباب القرار إما أن يقتنع به إذا تبين له صوابه من وجهة نظره وإما لا يقتنع فيسلك سبل القانون للتخلص منه إما تظلماً منه أو طعناً فيه وبذلك يكون التسبب إجراءً فعالاً يبذل الشك في مدى سلامة القرار⁽¹⁾.

2- يلزم التسبب السلطة التأديبية ببيان الأسباب التي أدت بها إلى اتخاذ قرارها التأديبي مما يحملها على التريث والتفكير في الأمر ويحول دون التحكم والتعجل في إصداره⁽²⁾. ومن شأن ذلك أن يكون له أثره على مضمون التصرف نفسه الذي يأتي بعد فحص وتدقيق سليم.

3- يعتبر التسبب من أهم رسائل الإقناع الذي تقدمه الإدارة للموظف من خلال الإفصاح عن الأسباب الواقعية والقانونية التي دفعها لإصدار قرارها التأديبي.

4- يؤدي التسبب إلى تدعيم الثقة بالإدارة وتقوية لغة التخاطب بينها وبين الموظف طالما أنه يكشف عن دوافع ومبررات اتخاذ العقوبة بعيداً عن حاجز السرية التي تؤدي إلى الشك في موضوعيتها، أي أنه نوع من الشفافية الإدارية التي تقتضي ألا يخفى من تصرفات الإدارة خافية على أحد⁽³⁾.

5- يساهم التسبب في التحقق من إطلاع السلطة التأديبية على كل وقائع القضية وما تضمنه من أوراق ومستندات للتعرف على ما أبداه الموظف المتهم من دواعي و ما قدمه من طلبات. كما يتم التعرف على مدى التزام السلطة التأديبية بالاعتبارات القانونية في توقيع العقوبة⁽⁴⁾.

(1) د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 189.

(2) د. علي جمعة محارب، المرجع السابق، ص. 358.

(3) د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 189.

(4) د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 562.



6- يمثل التسبب المادة الأساسية لتحقيق الرقابة القضائية على القرارات التأديبية، فمن خلاله يتم فحص الأسباب التي اعتمدت عليها الإدارة في تبرير قرارها التأديبي و على ضوء ذلك يقرر القاضي مدى صحة تلك الأسباب . كما يساهم التسبب في تخفيف العبء على القضاء والحد من الطعون غير المجدية إذا ما اقتنع الموظف المعاقب بالأسباب التي قام عليها القرار⁽¹⁾.

الفرع الثاني: علاقة ضمانات التسبب بالضمانات التأديبية الأخرى:

نظرا لقريضة الشرعية التي تتمتع بها التصرفات الإدارية، يكون الموظف باتهامه مطالبا بإقامة الدليل على براءته من خلال تقديم دليل سلبي، ومن وسائل تخفيف هذا العبء تسبب القرار التأديبي الذي يبين الوقائع المنسوبة إليه بما يسهل ممارسة حقوق الدفاع وإثبات براءته .

كما أن ضرورة مواجهة الموظف بما هو منسوب إليه من مخالفات تفرض إلزامية معاقبته عن المخالفات التي تمت مواجهته بها، ولا يمكن التحقق من ذلك إلا من خلال تسبب القرار التأديبي، لذلك يرى «مورجو» بأنه لا يعفى إجراء المواجهة الحضورية من الالتزام بالتسبب، لان التجانس بين القرار وأسبابه لا يمكن ضمانه إلا بالتسبب الحقيقي .

فضلا على أنه هناك علاقة بين التسبب و ضمانات الرقابة القضائية، إذ أن لسلطة التأديب حرية في تأثيم الأفعال ولا يحد منها إلا ما يمارسه القاضي من رقابة على تكييف الأفعال، ولا يمكن إعمال هذه الرقابة ما لم يكن القرار التأديبي مسببا

(1) د. احمد الموافي، نظام مجالس التأديب طبيعته - ضماناته، 2000، دار النهضة العربية، القاهرة، ص. 131.



ومتضمنا للوقائع التي عوقب الموظف عليها، فضلا على الرقابة على مدى التناسب بين المخالفة التأديبية والعقوبة من خلال الإطلاع على أسباب القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

ونلاحظ من خلال ما سبق دور ضمانة التسبب في المجال التأديبي في التوفيق بين ثلاثة مصالح هي: مصلحة الموظف العام في التعرف على أسباب معاقبته و الأسانيد القانونية المعتمد عليها في ذلك، مصلحة الإدارة في كسب ثقة موظفيها من خلال اتسام قراراتها التأديبية بالشفافية والوضوح ومصلحة القضاء الإداري في تسهيل مهمته أثناء ممارسة الرقابة على القرار المطعون فيه أمامه .

المبحث الثاني: عناصر وشروط صحة تسبب القرار التأديبي:

لا يعتبر التسبب شكلا مقصودا لذاته وإنما هو وسيلة تحقيق حسن تطبيق العقوبة التأديبية، حيث يترتب على تخلفه القضاء بعدم مشروعية هذه العقوبة باعتباره إجراء جوهريا وجوبيا لا تملك السلطة التأديبية تجاهه أي سلطة تقديرية .

ونظرا لأهميته ولتحقيق فاعليته في المجال التأديبي من جهة، وبالنظر إلى الطبيعة العقابية التي تتسم بها القرارات التأديبية مقارنة بغيرها من القرارات الإدارية من جهة ثانية فإنه يتعين أن يتضمن هذا التسبب مجموعة من العناصر الأساسية كحد أدنى من الضمان بالنسبة للموظف العام. كما يجب أن يتوافر على جملة من الشروط الضرورية لصحته.

وقد عالجتنا المبحث الثاني من هذا البحث في المطالب التالية:

المطلب الأول: عناصر تسبب القرار التأديبي .

المطلب الثاني: شروط صحة تسبب القرار التأديبي .

(1) د. عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه،

مصر، ص. من 493 إلى 496.



المطلب الأول: عناصر تسبب القرار التأديبي:

بالرجوع إلى التشريعات التأديبية المقارنة والتشريع الجزائري لا نجد أي إشارة إلى عناصر تسبب القرار التأديبي، إذ اكتفت فقط بإلزام السلطة التأديبية بتسبب قراراتها المتضمنة للعقوبات دون تحديد البيانات الواجبة الذكر، لذلك تدخل الفقه والقضاء الإداريين لتوضيح هذه المسألة بالإجماع على ضرورة الأخذ بمجموعة من العناصر الأساسية عند تسبب القرار التأديبي، والمتمثلة أساساً في ضرورة تحديد الوقائع التي تبرر توقيع العقوبة التأديبية فضلاً على ذكر وبيان الأسس القانونية التي تم الاستناد إليها وكذا الرد على ما يبديه الموظف المتهم من أوجه الدفاع الجوهرية.

وللمزيد من التفصيل تناولنا هذا المطلب في الفروع التالية:

الفرع الأول: تحديد الوقائع الموجبة للعقوبة التأديبية

الفرع الثاني: بيان الأسس القانونية المعتمد عليها

الفرع الثالث: الرد على ما يبديه الموظف المتهم من أوجه الدفاع الجوهرية

الفرع الأول: تحديد الوقائع الموجبة للعقوبة التأديبية:

يتمثل أول عنصر من عناصر التسبب في بيان الواقعة أو الوقائع التي تستند إليها العقوبة بحيث يستطيع الموظف المتهم معرفة أسباب القرار الصادر بحقه بمجرد قراءته، لأنه من الصعب تطبيق الوصف القانوني السليم دون تحديد الأفعال الإيجابية أو السلبية التي تشكل الركن المادي للخطأ التأديبي⁽¹⁾. فلا يمكن أن يعاقب الموظف إلا باعتبار أن الواقعة تشكل إخلالاً بالمرفق الوظيفي، حيث يترتب على ذلك عدم جواز استعارة أوصاف الخطأ الجنائي لمساءلة الموظف المعني، كما لا يجوز

(1) د. سعد نواف العنزي، المرجع السابق، ص. 374.



إعمال التكييف القانوني للجرائم الجنائية وتطبيقها على التكييف التأديبي للخطأ المرتكب⁽¹⁾.

فلا يكون قرار العقوبة صحيحا دون تسبب يتضمن المخالفة التي صدر بسببها القرار ضد المتهم و أسس الإدانة و أدلتها على أن ترتبط تلك الأسباب بنتائجها وان تكون مستخلصة استخلاصا سائغا من الواقع و الأوراق و أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها القرار⁽²⁾. حيث قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1993/11/26: «إن القرار التأديبي يجب أن يقوم على سبب يسوغ تدخل الإدارة لإحداث اثر قانوني في حق العامل أو الموظف هو توقيع الجزاء للغاية التي استهدفها المشرع وهو الحرص على حسن سير العمل، ولا يكون ثمة سبب للقرار إلا إذا قامت حالة واقعية أو قانونية تسوغ التدخل و للقضاء في حدود رقابته القانونية أن يراقب قيام هذه الوقائع وصحة تكييفها القانوني»⁽³⁾.

وبناء على ما سبق يجب أن تتطوي الوقائع المنسوبة إلى الموظف على خطأ أدى إلى ارتكابه مخالفة تأديبية استوجبت مساءلته عنها، لذلك يتعين على الإدارة تحري الدقة في تحديد ما هو منسوب للموظف على نحو يفهم منه ارتكابه لخطأ معين قصد تقادي الغموض في بيان الواقعة، والذي من شأنه إثارة اللبس في العقوبة على نحو يزعزع الثقة في الأسباب التي بني عليها. حيث قضت محكمة العدل العليا الأردنية: «إذا كان التسبب الذي قدمه رئيس الدائرة ضد الموظف خاليا من بيان أية واقعة من الوقائع

(1) د. يسري لبيب حبيب، نظرية الخطأ التأديبي، رسالة دكتوراه، 1990، جامعة القاهرة، مصر، ص. 94.

(2) د. أنور احمد رسلان، التحقيق الإداري والمسؤولية التأديبية، 2002، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، ص. 163.

(3) جلال احمد الادغم، التأديب في ضوء قضاء محكمتي الطعن، الطبعة الثانية، 2003، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ص. 46.



التي يمكن أن يستخلص منها عدم لياقة الموظف فانه لا يعتبر تقريراً صحيحاً، ويكون قرار الوزير بتحية الموظف من الوظيفة مخالفاً للنظام العام»⁽¹⁾.

وقد أكد مجلس الدولة الجزائري في حكمه الصادر في 08 جانفي 2001 في قضية تونسي عبد القادر ضد مدير القطاع الصحي لولاية تيارت على ضرورة تبيان الأسباب التي تبرر العقوبة وذلك بوصف بشكل دقيق الوقائع المؤثمة والظروف المرتكبة فيها إن اقتضى الأمر وصف الخطأ وكذا النصوص القانونية المطبقة⁽²⁾.

إذن ينبغي على السلطة التأديبية المختصة القيام بتحديد واقعة بذاتها أو أكثر يعد إتيانها خروجاً أو إخلالاً بالواجبات الوظيفية، فلا يمكن الاكتفاء بذكر اتهامات عامة كالقول «إن الموظف خرج على مقتضى الواجب الوظيفي» أو أنه «لم يبتعد عن مواطن الشبهات»، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بضرورة قيام القرار الإداري على سبب يبرره صدقاً وحقاً أي في الواقع والقانون كركن من أركان انعقاده وهذا ما دفعه إلى رفض الاعتراف بشرعية العقوبة التأديبية المسندة إلى سوء تصرفات الموظف في مجموعها دون تحديد وقائع معينة بذاتها⁽³⁾.

ونشير إلى أنه لا تكفي السلطة التأديبية المختصة فقط بسرد الواقعة محل الاتهام وتحديد ظروفها، بل يجب أن يتضمن القرار التأديبي المسبب أيضاً تحديد الزمان الذي وقعت فيه المخالفة لما له من أهمية في رفع الغموض واللبس حولها، وكذلك في حساب مدة تقادم الدعوى التأديبية بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بتاريخ وقوع المخالفة كأساس لبداية حساب مدة التقادم. لذلك نرى ضرورة ذكر أيضاً تاريخ اكتشاف المخالفة المرتكبة لتسهيل معرفة مدى تقادم الدعوى التأديبية بالنسبة للدول التي تأخذ تشريعاتها التأديبية بتاريخ معانية الخطأ لتحديد هذه المدة كالتشريع الجزائري.

(1) د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، 2005، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص. 211.

(2) Essaid Taib, Droit de la fonction publique, 2003, édition distribution houma, alger, p. 369.

(3) د. عبد اللطيف بن شديد الحربي، المرجع السابق، ص. 658.



ويساهم تحديد زمان وقوع المخالفة أيضا في معرفة ما إذا كان التصرف الصادر عن الموظف العام يشكل مخالفة أم لا خلال تلك الفترة الزمنية، حيث لا يمكن اعتباره خطأ تأديبيا عدم قيام الموظف بأداء الواجبات المتعلقة بالقيام بالخدمة أثناء العطل القانونية أو أثناء تواجده في حالة الإحالة على الاستيداع .

كما يتعين أن يتضمن التسبب ذكر مكان ارتكاب الواقعة لما له من أهمية في المجال التأديبي، إذ غالبا ما يتأثر تكييف الواقعة بمكان ارتكابها كحالة اقتراف الموظف العام لخطأ في أماكن معينة قد تؤدي إلى المساس بكرامة الوظيفة.

الفرع الثاني: بيان الأسس القانونية المعتمد عليها:

إذا كان قوام الدعوى التأديبية هو ارتكاب الموظف لمخالفة تأديبية والمتمثلة في إخلاله بواجبات الوظيفة، إلا أن ذلك يجب أن يسبقه تحديد هذا الواجب بناء على القوانين والقرارات الوزارية والتعليمات التي يجري العمل بموجبها .

وإذا كانت المخالفة التأديبية لا تخضع لقاعدة « لا جريمة إلا بنص » كما هو عليه الحال بالنسبة للجريمة الجنائية إلا أنها تخضع لقاعدة الشرعية بمعناها الواسع والمتمثلة في إخلال الموظف بأحد واجباته الوظيفية أو الخروج على مقتضياتها، حيث يعد الإخلال بواجب وظيفي أو أكثر أساس قانونيا يجب تحققه قبل توقيع العقوبة التأديبية و بالتالي فإن المخالفة التأديبية ترتبط بمخالفة قاعدة أو أمر ملزم أيا كان مصدر تلك القاعدة كالقوانين واللوائح والأوامر الرئيسية⁽¹⁾. وهذا من شأنه أن يضمن مشروعية القرار التأديبي لأنه استند لأسباب قانونية قائمة و صحيحة، و في حالة

(1) د. شعبان احمد رمضان، دور المحكمة التأديبية في توجيه إجراءات الدعوى التأديبية، 2005، دار النهضة العربية، القاهرة، ص. 222.



الخطأ في فهم القانون أو الخطأ في تطبيقه على الوقائع الموجبة للعقوبات التأديبية كان القرار مخالفا للقانون مما يستوجب إلغاؤه⁽¹⁾.

وقد اختلف الفقه الفرنسي حول بيان الأسباب القانونية التي يستند إليها القرار الإداري، فهناك من يقصره على ذكر الأسباب الواقعية وهناك من يتطلب أن يشمل على الأسباب القانونية بالإضافة إلى أسبابه الواقعية، وهذا ما أكد عليه بعض الفقه الحديث بحيث لا تتبع الإدارة ما يحدث في الأعمال القضائية، وإنما تأتي في إشارتها إلى القاعدة التي طبقتها مجاملة دون توضيح وفي مكانها الصحيح، ولا يعتبر الخطأ في الإشارة إلى القاعدة أو إغفال ذكر المادة التي يقوم عليها القرار إخلالا جوهريا يعيب التصرف باعتباره خطأ ماديا يمكن تداركه⁽²⁾.

ويكفي لقيام الأساس القانوني للتأثير أن ينطوي الفعل الإيجابي أو السلبي للموظف على الإخلال بواجب من الواجبات المفروضة عليه نظرا لان المشرع لم يحدد في المجال التأديبي الأفعال التي تشكل مخالفات تأديبية بل اكتفى بتبيان الالتزامات الوظيفية واعتبر كل خروج عليها يشكل خطأ تأديبيا يستوجب المساءلة.

وتكمن أهمية بيان النص المطبق على الواقعة محل الاتهام باعتباره عنصرا أساسيا في التسبب في إتاحة إمكانية مراقبة ما إذا كان هذه التطبيق قد وقع صحيحا أم لا وما إذا كانت العقوبة التأديبية الموقعة على الموظف المتهم تدخل في نطاق النص أم لا، لان التسبب لا يكون كافيا بمجرد ترديد نصوص القانون بل يجب بيان مدى انطباقها على وقائع الاتهام⁽³⁾.

(1) د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص. 211.

(2) د. عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر، المرجع السابق، ص. 520 وما بعدها.

(3) د. محمد جودت الملط، المسؤولية التأديبية للموظف العام، رسالة دكتوراه، 1977، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص. 286.



بالرغم من عدم نص المشرع الجزائري على ضرورة تبيان الأسانيد المعتمدة في القرار التأديبي، إلا أن ذلك لا يمنع قيامه على مجموعة من الأسانيد كالإشارة إلى النص الذي منح مصدر القرار الاختصاص في الصدارة، فضلا على الإشارة إلى النصوص التي تحكم موضوع القرار والوقائع التي يستند إليها، كما يشار في ديباجة القرار إلى الإجراءات المتخذة قبل صدوره كإجراء التحقيق الإداري وتحقيق دفاع الموظف المتهم .

ونشير إلى أن عدم الإشارة إلى النصوص التي بني عليها القرار التأديبي لا تؤثر على صحة أو مشروعيته، إلا أنه في حالة المنازعة حول ذلك فللقاضي أن يطلب من الإدارة تبيان النصوص المعتمد عليها في القرار محل الطعن .

الفرع الثالث: الرد على ما يبيده الموظف المتهم من أوجه الدفاع الجوهرية:

يقتضي هذا العنصر أن يتضمن تسبب القرار التأديبي على ما يبيده الموظف المتهم من أوجه الدفاع فإذا لم يرد هذا القرار في أسبابه على دفاع الموظف المتهم أو كان الرد قاصرا فإنه يمكن إبطاله لهذا السبب، وتبعاً لما سبق ذكره فإنه ينبغي على السلطة التأديبية إذا أصدرت قراراً بتبرئة الموظف من التهمة المنسوبة إليه أن تبين سبب رفضها الأخذ بأدلة الإدانة إن وجدت وإذا ما أصدرت قراراً بالإدانة فيتعين عليها الرد ورفض الدفوع التي قدمها الموظف المتهم التي لو كانت صحيحة لأدت إلى براءته أو إضعاف الأسس المنطقية أو القانونية التي اعتمد عليها القرار التأديبي .

ونشير إلى أن السلطة التأديبية ملزمة بالرد على الدفاع المتعلق بموضوع الدعوى المنتج فيها خاصة إذا كان لازماً للفصل فيها، في حين أنها ليست مجبرة بتعقب كل حجج الدفاع في وقائعه وجزئياته للرد على كل منها تفصيلاً مادامت قد بينت بصفة إجمالية الأسانيد التي بنيت عليها قرارها التأديبي⁽¹⁾.

(1) د. عبد اللطيف بن شديد الحربي، المرجع السابق، ص. 658.



المطلب الثاني: شروط صحة تسبب القرار التأديبي:

إذا كان البعض يدعو إلى عدم المغالاة والإسراف في تسبب القرارات الإدارية إلى الحد الذي يرقى بها إلى مجال الأحكام لتساويها من حيث الأهمية والمشروعية إلا أن هذا الأمر لا يصدق بالنسبة للقرارات التأديبية التي تحتاج إلى الكثير من الاهتمام والعناية⁽¹⁾، لذلك يتعين استيفاء شروط صحة التسبب على الوجه الأكمل بما يسمح للموظف والقضاء على حد سواء بمراقبة مدى مشروعية تصرف السلطة التأديبية .

وتتعلق هذه الشروط بصورة واضحة بعناصر التسبب السالفة الذكر ويأتي على رأسها شرط الكتابة كأمر بديهي، وبذلك تستبعد فكرة القرار الشفوي، وبالتالي متى كان التسبب وجوبيا فإنه يلزم أن يكون مكتوبا و مشتملا على كافة العناصر الواقعية والقانونية التي تشكل أساس القرار، نظرا لان الكتابة تساهم في توثيق مختلف العلوم كما تسهل مهمة القاضي الإداري في بسط رقابته على أسباب القرار المطعون فيه، فضلا على أنها تساعد الإدارة في دراسة قراراتها دراسة موضوعية ومراجعتها عدة مرات⁽²⁾.

وفضلا على هذا الشرط هناك شروط أخرى أساسية تناولناها في الفروع التالية:

الفرع الأول: أن يحمل القرار التأديبي أسبابه في صلبه .

الفرع الثاني: أن تكون أسباب القرار التأديبي جديدة وكافية وواضحة .

الفرع الأول: أن يحمل القرار التأديبي أسبابه في صلبه:

من الضروري أن يتضمن القرار التأديبي الأسباب التي أدت إلى حدوث النتيجة التي توصل إليها بشرط أن تكون هذه الأسباب واردة في صلب القرار، و حتى يمكن

(1)د. سعد نواف العنزي، المرجع السابق، ص. 373.

(2)منصور حمدان العلوان، المرجع السابق، ص. 107 و 108.



معرفة والرقابة على مدى صحتها وبالتالي إذا تذرعت الإدارة بسبب من الأسباب فلا يكتفي القاضي بالتأكد من صحته، وإنما يتأكد أيضا من مدى جدواه في حمل القرار عليه وما إذا كان سببا جديا منتجا لأثره في اتخاذ العقوبة من عدمه، ولكن لا يعني ما سبق التزام السلطة التأديبية بوضع تفصيل كامل لسبب القرار التأديبي وإنما ينبغي عليها أن تورد في قرارها ما يعتبر كافيا للتعرف والإحاطة بالسبب الذي دفعها إلى إصدار هذا القرار على نحو يرفع اللبس والغموض عن ذلك السبب⁽¹⁾.

ولما كان ذكر أسباب القرار التأديبي في صلبه يعد شرطا أساسيا لصحته. فهل يجوز استثناء التسبب بالإحالة إلى وثيقة أخرى كقرار سابق أو رأي معين ؟

لقد تباينت المواقف حول هذه المسألة بين مؤيد ورافض:

الموقف المؤيد:

يرى الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة بالرغم من أن الأصل أن يحمل القرار الإداري أسبابه في صلبه بحيث لا تجوز الإحالة إلى وثائق أخرى مستقلة عنه، إلا أن تبني مصدره لأسباب هيئة استشارية معينة كإدارات التحقيق يكفي في مجال التسبب مستندا في ذلك على حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية التي قضت: «... إشارة مصدر القرار في ديباجته إلى اطلاعه على مذكرة النيابة الإدارية وملف تحقيقاتها يعني انه اتخذ منها أسبابا لقراره المطعون فيه، ومن ثم يكون القول بعدم وجود أسباب لهذا القرار في غير موضعه ويتعين طرحه»⁽²⁾.

(1) د. سعد نواف العنزي، المرجع السابق، ص. 380 و 381.

(2) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، 2004، المرجع السابق، ص. 237.



كما يؤيد «جون ميشال دي فورج» هذا الرأي، حيث يرى أن شرط أن يتضمن القرار ذاته التسبب لا يعني أن نقسى كثيرا على الإدارة ما دام يمكن أن يكون التسبب بالإحالة إلى وثيقة أخرى (رسالة أو رأي) تكون مرفقة لهذا القرار⁽¹⁾.

وقد أجاز القضاء الإداري الجزائري في حكم قديم له بتسبب القرار التأديبي من خلال الإحالة أي بالإشارة إلى رأي اللجنة المتساوية الأعضاء⁽²⁾.

الموقف الرافض:

لقد رفض مجلس الدولة الفرنسي التسبب بالإحالة كمبدأ وأن كان يجيزه في بعض الأحوال، حيث رفض الإحالة إلى الرأي لأنه ليس التسبب الذي يتطلبه القانون، كما أنه ليس كافيا، فضلا على رفضه للإشارة إلى رأي المحقق. كما يرفض الدكتور «سعد نواف العنزي» الإحالة في التسبب لتناقضه مع الحكمة التي يقوم عليها التسبب الوجوبي، كما أن ذلك من شأنه أن يمنح للإدارة مزيدا من التحرر في هذا المجال، وقد استند في موقفه هذا إلى قرار مجلس الدولة الفرنسي الذي اعتبر أن القرار التأديبي الذي لا يتضمن بنفسه السبب لا يكون قد احترام إرادة المشرع كالاكتفاء بالإحالة إلى مجرد رأي⁽³⁾.

(1) Jean-Michel de Forges, op. Cit, p. 59.

(2) «**Décision prononçant la révocation est suffisamment motivée par le visa de l'avis de la commission paritaire dans la mesure où cet avis est lui-même motivé**». Cour Suprême ; Chambre administrative, 4 Juin 1977, Talbi Mohamed c. / ministre de la justice. Ramdane Babadji, op. Cit, p. 884.

(3) C.E. 28 mai 1965: «**...que la volonté du législateur n'est pas suite par respectée lorsque la décision prononçant sa sanction ne comporte par elle-même aucun motif**

Et se borne à se référer à l'avis même conforme, d'un organisme parement consultatif». Ramdane Babadji, op. cit., p. 884.



وهذا ما أكد عليه القضاء الإداري الجزائري حينما قضى: «... وانه في غياب هذه العناصر فان مجرد الإشارة في القرار المطعون فيه إلى محضر اللجنة المتساوية الأعضاء لا يحل محل التعليل المنصوص عليه...»⁽¹⁾.

ومن جهتنا نؤيد الموقف الثاني الرافض للتسبب بالإحالة إلى وثيقة أخرى باعتباره موقفا مدعى نؤيد الموقف الثاني الرافض للتسبب بالإحالة إلى وثيقة أخرى باعتباره موقفا مدعما لحقوق الموظف المتهم في المجال التأديبي لان التسبب يعد من الضمانات الجوهرية التي يتمتع بها الموظف والذي أكد عليها المشرع التأديبي في كل قوانين الوظيفة العامة المتعاقبة و في الدول المختلفة.

فلا يمكن أن نتصور أن يكون التسبب صحيحا وقانونيا بالإحالة أو الرجوع إلى أسباب واردة في قرار سابق وان تشابه موضوعه مع الحالة المعروضة، لان كل قضية و لها ظروفها وخصائصها وتخضع للقانون التأديبي الموجود أثناء تطبيقه، لذلك يجب أن يستقل كل قرار تأديبي بأسبابه المستقاة من وقائعه بحيث لا يجوز له الاستناد في أسبابه لأسباب أخرى هذا من جهة، ومن جهة ثانية لا يمكن اكتفاء السلطة التأديبية المختصة بتوقيع العقوبة تسبب قرارها بالإحالة إلى محضر التحقيق أو الإحالة إلى رأي المجلس التأديبي بالنسبة للعقوبات الجسيمة وهذا ما يفهم ضمنا من خلال اشتراط المشرع التأديبي الجزائري بتسبب قرار المجلس التأديبي وتسبب السلطة الرئاسية لقرارها التأديبي المتضمن لعقوبات الدرجة الثالثة والرابعة دون الاكتفاء بالتسبب الأول والإحالة إليه بالرغم من تعلق القرارين بنفس الموضوع (المادتين 2/165 و 2/170 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر).

(1) قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، الصادر بتاريخ 1984/05/26، المحكمة العليا، العدد الرابع، 1989، ص. 215. مقتبس عن، محمد الأخضر بن عمران، النظام القانوني لانقضاء الدعوى التأديبية في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، 2007/2006، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ص. 18.



الفرع الثاني: أن تكون أسباب القرار التأديبي جدية وكافية وواضحة:

عندما اشترط المشرع تسيب القرار التأديبي إنما قصد إحاطة من يخاطبه علما بالأسباب التي بني عليها والتي دفعت الإدارة إلى إصداره حتى يستطيع الطعن فيه بالإلغاء والمطالبة بالتعويض عنه، ولذلك يجب أن يكون هذا التسيب كافيا وجديا ومنتجا في فهم النتيجة التي انتهى إليها القرار أي يجب أن يتضمن الدليل والبرهان على أن ما نسب للموظف كان حقيقيا وهو ما يستوجب أن يكون التسيب منطقيًا أي متماشيا مع النتائج التي خلص إليها⁽¹⁾.

إذن لا يكفي لصحة العقوبة أن يكون التسيب قائما، بل يجب أن يكون كاملا وشافيا يحقق الغرض منه، بحيث يشمل على كافة الروابط التي تتيح للإدارة التقريب بين الاعتبارات الواقعية والقانونية للقرار، فإن جاء ناقصا عد كما لو كان عدما و أدى ذلك إلى بطلان القرار التأديبي، ويعني كمال التسيب ذكر الوقائع المنسوبة لصاحب الشأن والتي تمثل خرقا للقانون ما ثبت منها في جانبه وما انتفى منها عنه وأسباب ذلك والحجج التي قدمها مع ضرورة الرد عليها و أخيرا ذكر السبب أو الأسباب النهائية التي بني عليها القرار⁽²⁾.

وقد قضى القضاء الإداري الفرنسي - لاعتبارات المنفعة العامة - بإمكانية الاكتفاء بالتسيب الموجز أي بناء القرار التأديبي على أسباب مختصرة مادامت قد استتجت استتاجا مقبولا من أصول ثابتة في الأوراق، إذ ليس بالضرورة ذكر كل التفاصيل التي أدت إلى اتخاذ هذا القرار وإنما يجب أن تكون الأسباب كافية

(1) د. سعد نواف العنزي، المرجع السابق، ص. 383.

(2) د. محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص. 195.



واضحة بحيث يتمكن القاضي من رقابة مدى شرعيتها⁽¹⁾ فمثلا يعتبر إهمال الموظف الجسيم في القيام بواجباته من الأسباب الكافية لتبرير عقوبة العزل .

ولكن رغم ذلك قد يؤدي التسبب الموجز في حالات معينة إلى غموض القرار و عدم كفاية التسبب بحيث لا يعتبر هذا الأخير كافيا بمجرد ترديد نصوص القانون دون بيان مدى انطباقها على وقائع الاتهام، وهذا ما قضى به مجلس الجولة الفرنسي في حكمه الصادر في 19 نوفمبر 1948 بأنه: « لا يعد تسببا الإشارة إلى القانون نفسه، فقرار الوزير بالإحالة إلى المعاش اكتفاء بذكر أن المدعي قد صدرت منه أفعال تعد ذنبا إداريا أشارت إليه المادة الأولى من احد القوانين يعد تسببا معيبا وغير كاف»⁽²⁾.

كما ينبغي أن يكون التسبب واضحا لا غامضا، محكما لا مرسلا، حيث تتجلى منه العناصر التي أدت بالإدارة إلى إصداره في عبارات دقيقة بالغة الوضوح، بمعنى يجب أن يتضمن القرار التأديبي إيضاح الوقائع الموجبة للعقاب والتي كونت منها السلطة التأديبية عقيدتها واقتناعها واستظهار الحقائق القانونية و أدلة الإدانة بما يفيد توافر أركان المخالفة التأديبية وقيام القرار على سبب يبرره⁽³⁾.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 22 جوان 1984 بعدم مشروعية قرار جزائي استنادا إلى واقعة اخفت الإدارة في قرارها بعضا من معالمها فجاء قرارها غامضا في تحديدها لان كل ما ذكرته عنها أن قرارها صدر بناء على أن ما وقع من الطاعن يمثل مخالفة إدارية وفقا للقانون فحسب⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر، المرجع السابق، ص. 530 و 531 .

(2) د. سعد نواف العنزي، المرجع السابق، ص. 386 .

(3) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، 2004، المرجع السابق، ص. 238 .

(4) د. محمد باهي ابو يونس، المرجع السابق، ص. 196 .



خاتمة:

إن ضمانة التسبب تعد من بين الضمانات التأديبية الأساسية التي لا يمكن الاستغناء عنها في المجال التأديبي نظرا لأهميتها الواضحة بالنسبة للموظف العام والمرفق العام في آن واحد، حيث لا يمكن تصور صدور القرار التأديبي المتضمن للعقوبة التأديبية دون أن يكون مسببا باعتبار أن هذا الإجراء الأخير يعتبر من بين المبادئ العامة للقانون التي حرص القضاء الإداري على إبرازها في أحكامه. ولكن رغم ذلك نجد أن المشرع التأديبي الجزائري قد حرص على النص عليه مقيدا به السلطة التأديبية عند ممارسة اختصاصها التأديبي للحيلولة دون تعسفها في هذا المجال.

وبناء على ما سلف ذكره نلاحظ أنه التسبب لا يهم إن كان قد جاء موجزا أو مفصلا بقدر ما يشترط ضرورة اشتماله على كل العناصر الأساسية والشروط اللازمة التي توفر الضمان للموظف المعاقب من إلزامية ذكر كل الأسباب الموجبة للعقاب بشكل كاف وواضح دون أي لبس أو غموض حتى يستطيع الموظف المعني من معرفة أسباب إدانته التي إذا لم يقتنع بها فإنه يلجأ إلى ضمانة أخرى عمل القانون على كفالتها كآخر وأهم ضمانة من ضمانات التأديب ويتعلق الأمر بالطعن في القرار التأديبي أمام الجهات المختصة، سواء تعلق الأمر بالطعن الإداري أو الطعن القضائي.



الحماية القانونية للحق في الشرف والاعتبار

دراسة مقارنة

..... /i عاقللي فضيلة
كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير
..... جامعة الحاج لخضر- باتنة

الملخص:

أدت حرية الإعلام كصورة من صور حرية التعبير إلى انتشار الأنباء والأخبار، وهذا النشر إذ يرد على علانية من شأنها إفشاء أسرار الأفراد، ونشر الأخبار بصورة تنتهك أسرار حياتهم الخاصة قد يؤدي إلى المساس بشرفهم واعتبارهم بالإضافة إلى مساسه بسمعة الأسرة، والمشكلة تكمن في موضوع التوازن بين حرية الرأي والتعبير وبين حماية حق الفرد في شرفه واعتباره.

Résumé:

La liberté de l'information comme une forme de liberté d'expression entraîne de plus en plus une sensibilisée aux atteintes qui sont portées à la vie privée et surtout au respect de la dignité et à la considération de la personne et de sa famille., aussi la liberté d'expression n'est cependant pas sans connaître de limite , elle doit être tempérer par la mise en œuvre d'objectifs à valeur humaine. De la même manière ,il convient nécessairement d'assurer sa conciliation avec d'autres droits comme le droit à la dignité et à la considération d'autrui.



مقدمة:

تعتبر حرية التعبير عن الرأي من أهم الحقوق السياسية للإنسان التي كرسها المواثيق والدساتير والقوانين في دول العالم المختلفة. نص الدستور على حماية حق التعبير عن الرأي سواء تعلق الأمر بحق المواطن في الإعلام أو في حرية الصحافة أو في حق النقد.

ولم تعد حرية الصحافة تعني الحق في إصدار الصحف بل صارت تعني أيضا حق المواطن في تعددها والاختيار فيما بينها إلا أنه الحق في الشرف والاعتبار يعتبر قييدا على حرية التعبير الصحفي على أساس أن حدود الحق في الشرف والاعتبار تؤثر في مدى الحرية التي يتمتع بها الصحفي تجاه هذا الحق، بحيث تثور مسؤولية الصحفي عند الاعتداء عليه⁽¹⁾.

بحيث يحق للإنسان أن يحظى باحترام كرامته التي يعتز بها، وبالتقدير الذي يرى أنه يستحقه من قبل المجتمع في ضوء مكانته الاجتماعية، وهذا ما يطلق عليه قانونا بالحق في الشرف والاعتبار، يتميز الشرف بطبيعة شخصية تتعلق بالجانب المعنوي للإنسان وشعوره بأنه يستحق الاحترام من جانب أفراد المجتمع في ضوء الوفاء.

أما الاعتبار فهو يمثل الجانب الاجتماعي، ويعني ذلك التقدير الذي يمنحه المجتمع للشخص في ضوء مكانته الوظيفية والاجتماعية⁽²⁾.

وقد جرى العمل على توفير الحماية القانونية لهما، فالاعتداء على هذا الحق يعطي لصاحبه الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، كما يجوز له أن يطلب من القضاء اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقوع الاعتداء أو لوقفه، وقد تأمر المحكمة بنشر الحكم كوسيلة

(1) د/مدحت رمضان، الحماية الجنائية لشرف وإعتبار الشخصيات العامة، دار النهضة العربية، 2004، ص4.

(2) د/عبد الرحمان محمد إبراهيم خلف، الحماية الجنائية للحق في الشرف والاعتبار، رسالة دكتوراه، كلية

الحقوق، جامعة القاهرة، 1992، ص24.



لرد اعتبار المجني عليه. كما يحمي قانون العقوبات الحق في الشرف والاعتبار عن طريق تجريم القذف والسب وإفشاء الأسرار⁽¹⁾.

ومبدأ تجريم الاعتداءات الواقعة على الشرف والاعتبار جاءت به كافة الدساتير المقارنة وجسدته قوانين العقوبات.

والمشروع الجزائري ساير هذه القوانين فقي دستور الجديد (1996/11/28) في المادتين 34 و39.

تنص المادة 34 على ما يلي: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة".

كما تنص المادة 39 على ما يلي: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة، وحرمة شرفه ويحميهما القانون."⁽²⁾.

وهذه الحماية الدستورية للاعتبار والشرف وجدت صداها في نصوص قانون العقوبات الجزائري، هذا وما يجدر التذكير به أن قانون العقوبات المعدل والمتمم يحمي الشرف والاعتبار ضد أي مساس وذلك في القسم الخامس الذي عنوانه الاعتداءات على شرف واعتبار الأشخاص وعلى حياتهم الخاصة وإفشاء السراري في المواد 289 وما يليها من الباب الثاني الفصل الأول والذي عنوانه الجنايات والجنح ضد الأشخاص. ومن هذه النصوص، المادتان 298 و299 اللتان نصتا على تجريم فعلي القذف والسب.

تنص المادة 298 على ما يلي: "يعاقب على القذف الموجه إلى الأفراد بالحبس من شهرين (2) إلى ستة أشهر (6) وبغرامة من 25.000 دج إلى 50.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين...."

(1) د/محمد ناجي ياقوت، الحق في السمعة، منشأة المعارف، 1985، ص 28 وبعدها.

(2) دستور الجزائر الجديد 28 نوفمبر 1996.



كما نصت المادة 299 على ما يلي: "يعاقب على الموجه إلى فرد أو عدة أفراد بالحبس من شهر(1) إلى ثلاثة (3) أشهر أو بغرامة من 10.000 إلى 25.000 دج ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية."⁽¹⁾.

إن الحق الذي يتمتع به الشخص في المجتمع يتمثل في الحفاظ على شخصيته أمام أفراد المجتمع ويتحقق ذلك بمعاقبة أي فعل يمسّه في شرفه أو اعتباره عن طريق فعلي القذف أو السب. ولذلك فعنى قانون العقوبات بجرم أفعال القذف والسب إلا في أحوال استثنائية وجد فيها أن إهدار الإحرام الواجب للشخص في شرفه واعتباره أمر تستلزمه مقتضيات حرية العمل الصحفي من أجل تحقيق مصلحة الجماعة⁽²⁾.

أهمية الدراسة والوضع التاريخي للحق في حرمة الشرف والاعتبار:

يعتبر الحق في الشرف والاعتبار من أهم الموضوعات على المستويين الدولي والداخلي معا، وكذا الشريعة الإسلامية، وذلك يرجع لاتصاله بحريات الأفراد، وهي مسألة غاية في الأهمية. فالفرد هو أساس المجتمع والقانون هو الوسيلة لحماية حريات وحقوق الأشخاص، وتكمن أهمية موضوع الدراسة في المكانة السامية لحرمة حق الشرف والاعتبار⁽³⁾.

فلحرمة حق الشرف والاعتبار مكانة دولية وتمثل في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1948 ويمثل هذا الإعلان مجموعة من المبادئ والأسس الدولية والعالمية التي نادى باحترام حقوق الإنسان والمحافظة على كرامته وشرفه واعتباره، ولكل شخص حق في أن يحميه القانون.

(1) قانون العقوبات المتمم والمعدل في 20 ديسمبر 2006

(2) د/محمد ناجي ياقوت: مسؤولية الصحفيين المدنية في حالة القذف في حق ذوي الصفة العمومية، منشأة المعارف، الإسكندرية سنة 1985، ص62.

(3) د/محمد ناجي ياقوت: مسؤولية الصحفيين المدنية في حالة القذف في حق ذوي الصفة العمومية، منشأة المعارف، الإسكندرية سنة 1985، ص102.



وتتص المادة الثانية من هذا الإعلان على حماية شرف وسمعة الشخص حيث جاء فيها أنه: "لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته ولا لحملات تمس شرفه وسمعته، ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الحملات".

وكان لهذا الإعلان أثر عظيم في لفت أنظار دول العالم بالنسبة للأهمية الموضوع، وبالتالي ضرورة احترام وحماية حق الإنسان في حرمة شرفه واعتباره. وكانت أول اتفاقية دولية لحقوق الإنسان المدنية والسياسية بتاريخ 16/12/1966، وتعتبر أول تقنين عالمي لحقوق الإنسان المدنية والسياسية حيث كفلت الحماية للحريات العامة والأساسية للأفراد، وأكدت ذلك في المادة السابعة عشر منها على أنه "لا يجوز التدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني في خصوصيات أحد أو عائلته أو بيته أو مراسلاته، كما لا يجوز التعرض بشكل غير قانوني لشرفه وسمعته. ولكل شخص الحق في حماية القانون ضد مثل هذا التدخل أو التعرض".⁽¹⁾

وتأكيداً لأهمية المسألة أنعقد المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان في طهران من 22 أبريل إلى 13 ماي 1968، حول حرمة الحياة الخاصة ومن ضمنها الشرف والاعتبار، ومن أهم القرارات الصادرة عن هذا المؤتمر القرار الحادي عشر المتعلق بحماية حق الإنسان في شرفه وسمعته.⁽²⁾

وقد عنيت كذلك الأمة الإسلامية بحقوق الإنسان، بعقد مؤتمر إسلامي خاص بالدفاع عن حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية في دولة النيجر سنة 1978، وتمثل موضوعه حول حقوق الإنسان من كافة جوانبها مع الوضع في الاعتبار الآثار الناجمة عن التقدم العلمي.⁽³⁾

(1) SENAT : la protection de la vie privée face aux médias, rapport <http://www.SENAT:Fr//c//c3//c33/htmc>

(2) د/مدحت محمد عبد العال، المسؤولية المدنية الناشئة على ممارسة مهنة الصحافة، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، 1994 ص 200 وبعدها.

(3) د/عبد الرحمان جمال الدين حمزة: الحق في الخصوصية في مواجهة حرية الإعلام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق القاهرة، 1999 ص 156.



والجدير بالملاحظة أن الشريعة الإسلامية كانت الأسبق في حماية الحق في الشرف والاعتبار، واعترفت بحقوق الإنسان لكونه إنسانا بغض النظر عن جنسه أو لونه أو مركزه الاجتماعي.

والآيات القرآنية والأحاديث النبوية والفقهاء الإسلامي لا يستعمل في الواقع تعبير الشرف والاعتبار، وإنما يعبر عن هذه القيمة في الفقه بكلمة العرض وهذا المعنى يشمل كل ما يمس الإنسان في شرفه واعتباره⁽¹⁾.

وما جاء به القرآن الكريم في هذا الصدد قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَسْخَرُوا مِن قَوْمٍ عَسَىٰ أَن يَكُونُوا خَيْرًا مِّنْهُمْ وَلَا نِسَاءً مِّن نِّسَاءِ عَسَىٰ أَن يَكُنَّ خَيْرًا مِّنْهُنَّ وَلَا تَلْمِزُوا أَنفُسَكُمْ وَلَا تَنَابَزُوا بِاللِّغَابِ بِسِئْسَ الْإِسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الْإِيمَانِ وَمَن لَّمْ يَتُبْ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾⁽²⁾.

وقوله تعالى كذلك: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدُوًّا بِغَيْرِ عِلْمٍ كَذَٰلِكَ زَيْنًا لِّكُلِّ أُمَّةٍ عَمَلُهُمْ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّهِمْ مَّرْجِعُهُمْ فَيُنَبِّئُهُم بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾⁽³⁾.

ومن قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾⁽⁴⁾.

ومن أقوال الرسول ﷺ: «كل مسلم على المسلم حرام دمه، وماله، وعرضه»⁽⁵⁾.

وللحق في الشرف والاعتبار أهمية خاصة كذلك في الدساتير، وهذا ما أكده الدستور الجزائري لسنة 1996 في مادته الثانية والثلاثون والتي تقضي على أنه: "الحريات الأساسية

(1) د/إبراهيم عيد نايل، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في قانون العقوبات الفرنسي، دار النهضة العربية، 2000، ص78.

(2) سورة الحجرات الآية 11.

(3) سورة الأنعام الآية 108.

(4) سورة النور الآية 4.

(5) أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري الإمام مسلم : صحيح مسلم، مطبعة البابي الحلبي لمصر، الطبعة الأولى، 1955.



وحقوق الإنسان مضمونة". كما نصت المادة التاسعة والثلاثون على أنه: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه وحماية القانون"⁽¹⁾.

أما على المستوى التشريعي، فقد كفل المشرع في معظم الدول - حماية حرمة الشرف والاعتبار. كما أعتق القضاء في معظم بلدان العالم مبدأ حماية شرف واعتبار الشخص.

أما عن القانون الجزائري، فقد أهتم المشرع بالنص على احترام حرمة شرف واعتبار للأفراد، فصدرت القوانين ولاسيما قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية المعدلة والمتمة متضمنة للمبادئ الواردة في الدستور.

كما تضمنت المادة السابعة والأربعون من القانون المدني مبدأ التعويض عن الأضرار الناجمة عن الاعتداء غير المشروع على حق من الحقوق الملازمة لشخصية الإنسان.

إشكالية وهدف الدراسة:

إن الحق في الشرف والاعتبار يعد من أهم موضوعات حقوق الإنسان لما لهذا الحق من علاقة وثيقة بمسألة تواجد الإنسان داخل المجتمع، وبالتالي يجب احترام حرية وكرامة الفرد في هذا الحيز الواسع.

ونتيجة التطورات الحديثة وازدهار التكنولوجيا وحرية الصحافة والنشر أصبح الفرد متطفل عليه فيما يود الاحتفاظ به لنفسه.

بحيث يثور التساؤل في صدد حرية الصحافة بوصفها تعبيرا عن حرية الرأي، إلى أي حد يمكن ممارسة هذه الحرية بما لا يمس حق الإنسان في حماية شرفه واعتباره؟ وإذا كانت

(1) الدستور الجزائري، السابق الذكر.



هذه الحرية لا تسمح بهذا المساس في حدود معينة، فهل يمكن لحق النقد أو حرية النشر أن يصلح سندا للمساس بهذا الحق⁽¹⁾.

كفل القانون حماية حرية الرأي متمثلة في حرية الصحافة والحق في النقد ولكن ممارسة هذين الحقين قد يواجههما حق احترام شرف واعتبار الغير. وقد تجلى ذلك في تناقض ظاهري بين هذه الحقوق تحت تأثير ما تتمتع به الصحافة ووسائل الإعلام من حرية واسعة ونفوذ ضخم، فضلا عما تتمتع به الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام من حق في إشهار الإجراءات القضائية بناء على العلانية التي تتمتع بها هذه الإجراءات.

ويثير هذا التناقض الظاهري بين الحقوق التي يحميها القانون مشكلة تحديد نطاق كل من هذه الحقوق والموازنة بين الحق في الشرف والاعتبار وغيره من الحقوق. فيألى أي مدى يمكن لوسائل الإعلام أن تباشر حريتها في التعبير أو لإبداء الرأي؟ وإلى أي مدى يمكن مباشرة هذه الوسائل مساسا بحق الشرف والاعتبار؟⁽²⁾.

لقد أثارت هذه الأسئلة انتباه الفقه والقضاء في مختلف أنحاء العالم، كما أثارت اهتمام المشرع في ضبط الحدود بين نطاق كل من هذه الحقوق لتأكيد وحدة النظام القانوني الذي يراعي حقوق الإنسان دون تناقض بينها⁽³⁾.

وتتفق تشريعات العالم على وجوب حماية سمعة الأفراد وكرامتهم مما يتطلب صيانة شرفهم واعتبارهم، بحيث يلتزم الصحفي بما للمواطنين من حقوق وفي مقدمتها حق المواطن

(1) د/محمد الشهاوي: الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، 2005، ص3

(2) د/مدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1983، ص81.

(3) د/مدحت محمد عبد العال، المرجع السابق، ص112.



في الإعلام. فلا يخفي الصحفي على المواطنين الوقائع المؤكدة التي يعلمها بدون مبالغة. وان يقدم إليهم الحقائق التي يستطيع تقديمها كاملة دون تصرف ذاتي يغير من ملامحها⁽¹⁾.

ويدخل في ذلك حق المواطن في الحفاظ على كرامته وعدم تشويه سمعته بخبر أو رسم أو صورة بقصد التشهير به أو الحكم عليه قبل إدانته قضائياً.

وقد أدى التطور التكنولوجي إلى سهولة الوصول إلى أسرار الأفراد ونشرها، الأمر الذي يهدد كرامة الفرد مما جعل قضية التوازن بين حرية الصحافة والحق في الحياة الخاصة ولاسيما الشرف والاعتبار من الأمور البالغة الأهمية، بل إن الصحافة بآرائها المختلفة يمكن أن تحرك الرأي العام وتؤدي إلى الإثارة والاضطراب الاجتماعي، ويمكن أن تكون أداة للقتل والسب، فإن صمت الصحافة يمكن أن يترك الرأي العام في حالة من الجهل أو الغلط⁽²⁾.

وتهدف الدراسة إلى معرفة الحدود التي ضبطها المشرع بالنسبة للحق في الشرف والاعتبار وحق الإعلام، والتوفيق بين حرية الصحافة ومسؤوليتها عن احترام الحقوق الأخرى. وسعي القانون إلى حماية الإنسان والمحافظة على شخصيته وازدهارها، وتدخله بالقدر الملائم والمناسب الذي يحقق هذا الهدف ويمكن القول بأن حرية الصحافة لا يمكن تقييدها، وإنما الأفعال الصحافية الماسة بالحقوق التي يحميها القانون هي التي يجب العقاب عليها⁽³⁾.

تقسيم الدراسة:

لتحقيق الهدف من هذه الدراسة حاولنا تقسيمها كالآتي:

أولاً: مفهوم الحق في الشرف والاعتبار

ثانياً: الطبيعة القانونية للحق في الشرف والاعتبار

ثالثاً: الأفعال الماسة بالشرف والاعتبار

(1) د/سعيد جبر، الحق في الصورة، دار النهضة العربية، 1986، ص97.

(2) د/مدحت محمد عبد العال: المسؤولية المدنية لممارسة مهنة الصحافة، مرجع سابق، ص112.

(3) د/عبد الرحمن محمد إبراهيم خلف، الحماية الجنائية للحق في الشرف والاعتبار، المرجع السابق، ص96.



رابعا : الحق في الخصوصية والحق في الشرف والاعتبار
الخاتمة.

أولا: مفهوم الحق في الشرف والاعتبار

يحق للإنسان أن يحظى باحترام كرامته التي يعتز بها ، وبالتقدير الذي يرى انه يستحقه من قبل المجتمع في ضوء مكانته الاجتماعية. وللحق في الشرف والاعتبار أكثر من تعريف عند الفقهاء .

فقد تضاربت الآراء في وضع تعريف له ، مما انعكس أثره على الأسماء المختلفة التي يطلقها بعضهم على هذا الحق. فعرفه البعض " ان الشرف عبارة عن مجموعة من الصفات الأدبية مثل الفضيلة والشجاعة والأمانة والآداب والإخلاص التي تحدد مدى تقدير الفرد في البيئة التي يعيش فيها ، بينما الاعتبار يتضمن حقا بمقتضاه يطلب الفرد من الآخرين مراعاة عدم المساس بكرامته ، أو بالتحكم في سلوك الأفراد تجاهه لحماية الروابط والعلاقات التي تسود بين الأفراد في مجتمع معين"⁽¹⁾.

في حين ذهب رأي آخر لتعريف الشرف والاعتبار بأنه المكانة الاجتماعية التي يتمتع بها الشخص في مجتمع من الناس ، أو شعور كل شخص بكرامته وإحساسه بأنه يستحق من أفراد المجتمع معاملة واحترام متفقين مع هذا الشعور.

ويرجع هذا الاختلاف في تحديد مدلول الشرف والاعتبار إلى اختلاف المعيار الذي ينظر فيه لمفهوم هذه القيمة ، على أساس المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي ، والمعيار الواسع والمعيار الضيق⁽²⁾.

(1) د/عبد الرحمن محمد إبراهيم خلف ، المرجع السابق ، ص49وبعدها.

(2) د/طارق أحمد فتحي سرور ، الحماية الجنائية لأسرار الأفراد في مواجهة النشر ، دار لنهضة العربية القاهرة ، 1991 ، ص14وبعدها.



وفقا للمعيار الموضوعي، يمكن تعريف حق الشخص وشرفه واعتباره على أنه تلك المكانة الاجتماعية التي يحتلها كل شخص في المجتمع وفقا لمدى احترام الآخرين للشخص أو تقييم لما يرووه فيه من مكنات أو قدرات قد لا يعرفها هو عن نفسه. بحيث أن الفرد يستمد شرفه واعتباره من المحيط الذي يعيش فيه. أما وفقا للمعيار الشخصي يمكن تعريفه بأنه شعور كل شخص بكرامته الشخصية وإحساسه بأنه يستحق من أفراد المجتمع معاملة واحترام متفقين مع هذا الشعور، بحيث يعتبر الشرف والاعتبار من الأمور الشخصية والداخلية التي تتولد في نفس صاحبها وتظل مرتبطة بها باعتبارها تتمثل في رغبته الفطرية في الحصول على احترام الآخرين⁽¹⁾.

كما يميز البعض بين المعنى الضيق للشرف والاعتبار وبين المعنى الواسع، وأساس التفرقة يرجع إلى ضيق واتساع نطاق تلك القيمة.

وفقا للمفهوم الضيق يصبح الحق في الشرف واعتبار مقصورا على عدم إذاعة أمور من شأنها أن تدعو إلى كراهية الشخص أو احتقاره أو السخرية منه أو تسبب نفورهم منه أو تجنبهم له أو تحاشيهم إياه.⁽²⁾

أما وفقا للمفهوم الواسع، فإن نطاق الحق في الشرف والاعتبار يتسع ليشمل حق الشخص في إشاعة أمور عنه من شأنها أن تدعو إلى إنقاص ما يتمتع به في نظر الآخرين من تقدير أو احترام أو حسن ظن أو ثقة أو يثر ضده مشاعر أو آراء معادية أو مشينة⁽³⁾.

نعتمد أنه يجب أن يراعى في تعريف حق الشرف والاعتبار المعنى الواسع من خلال المعيار الموضوعي، على أنه الحق في حماية الجانب المعنوي للشخص الناتج عن تقدير الآخرين له، وما

(1) D/Isabelle Lodies : La protection de la vie privée, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 1999, page 65 et après.

(2)D/Xavier Agostinelli, le droit à l'information face à la protection de la vie privée, librairie de l'université,1994, page.102.

(3)د/عبد الرحمن محمد إبراهيم خلف، الحماية الجنائية للحق في الشرف والاعتبار، المرجع السابق، ص12.



يتفرع عن ذلك في أن يعطي الثقة والاحترام اللذان تقتضيهما مكانته الاجتماعية ولا يعامل على نحو ينقص من هذه المكانة أو يقلل من ثقة الآخرين أو يسبب الهزأ به⁽¹⁾.

ثانياً: الطبيعة القانونية للحق في الشرف والاعتبار'

سبق وأن بينا أن الحق في الاعتبار من القيود التي ترد على حرية الصحفي في التعبير والنقد، وأن هذا القيد يتحدد مداه بتحديد مدى وطبيعة هذا القيد، لأنه لو كان الحق في الاعتبار حقاً من حقوق الشخصية لكان يمثل قيداً كبيراً على حرية الصحفي، لأنه وفقاً لهذه الصفة ستتقرر له الحماية القانونية دون حاجة لإثبات الخطأ والضرر. بينما لو وصف الحق في الشرف والاعتبار بأنه مجرد خاصية يتمتع بها، وبالتالي سيقع عبء الإثبات على عاتق المضرور⁽²⁾.

وتظهر أهمية تحديد طبيعة الحق في الشرف والاعتبار، في أن الاعتراف به كحق من حقوق الشخصية يعطي لصاحبه إمكانية منع الاعتداء أو وقفه حتى من قبل أن يرتب أي ضرر، مما يعني حصول هذا الحق على قدر من الحماية قد لا يحصل عليه من مجرد تطبيق قواعد المسؤولية التي تهدف إلى توقيع الجزاء على فعل الاعتداء، لكونها لا تحقق الحماية الوقائية منه، كما أنه ليس من الممكن دائماً إثبات الضرر الذي يلحق بالمضرور من جراء المساس بشرفه واعتباره. ومن ثم فإن قواعد المسؤولية المدنية لا تحقق الردع اللازم للمعتدي ولا تقدم الترضية الكافية للمضرور.

وبالتالي فإن مصلحة الفرد في سلامة سمعته وعدم المساس بها مصلحة أساسية تحتاج إلى حماية كاملة تؤدي إلى رفعها إلى مرتبة الحقوق بالمعنى الدقيق حتى يمكن إعفاء المضرور من إثبات الخطأ والضرر⁽³⁾.

(1) د/أسامة عبد الله فايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنك المعلومات، دار المعارف، 1988، ص38.

(2) د/مدحت رمضان، الحماية الجنائية لشرف وإعتبار الشخصيات العامة المرجع السابق، ص9 وبعدها.

(3) د/حسام الدين كمال الأهواني، الحق في إحترام الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، 1978، ص92.



إلا أنه التكييف الراجح لتحديد طبيعة حق الشرف والاعتبار في أنه حق من حقوق الشخصية وليس مجرد خاصية أو صفة تتمتع بها الشخصية، ذلك لأن الصفة أو الخاصية هي مظهر خارجي للشخصية وليست عنصرا من عناصرها الداخلية⁽¹⁾.

على أساس أن الشرف والاعتبار هما الترجمة الواقعية لما يوجد لدى الشخص من مزايا وصفات تجعله جديرا باحترام أفراد المجتمع له. وبالتالي يكون الاعتبار جزءا من أجزاء الشخصية والمعبر عنها أمام المجتمع⁽²⁾.

ثالثا: الأفعال الماسة بالشرف والاعتبار

إن أفعال التعبير الصحفي التي تمس شرف واعتبار الغير تتمثل في القذف والسب والبلاغ الكاذب، وهذه الأفعال متفق عليها في أغلب تشريعات العالم.

1- القذف: ويقصد به "كل إخبار أو إسناد بواقعة من شأنها أن تصيب شرف واعتبار الشخص أو الهيئة محل الاتهام بهذه الواقعة". فيقوم القذف في جوهره على إسناد واقعة معينة ومحددة من شأنها عقاب المسند إليه واحتقاره، وجريمة القذف في مجال العمل الصحفي عمديه دائما وعلنية. ذلك لأن العلنية تتبع لفعل الإسناد قدرا كبيرا من الذيوع والانتشار فيهيبط شرف واعتبار المجني عليه لدى عدد كبير وغير محدود من الأشخاص⁽³⁾.

ويستوي لإقامة المسؤولية أن تستعمل الكتابة فقط أو يستعمل الرسم فقط أو الرسم مع الكتابة. ولكي يستطيع القاضي استخلاص وجود قذف فإنه لا يكتفي بالبحث في الألفاظ المعروضة عليه بل انه يبحث في العوامل المحيطة بفعل القذف حتى يتحقق من مدى توافر صفات القذف من عدمه. على الأخص إذا استعملت عبارات أو ألفاظ غير صريحة. وموضوع الإسناد هو الواقعة التي يسندها المتهم إلى المجني عليه ويكون من شأنها المساس بشرفه

(1) د/طارق أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص29 وبعدها.

(2) د/عبد الرحمان عبد العزيز، الحق في الشرف والإعتبار، رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، 1992، ص30.

(3) د/أحمد محمد حسان، نحو نظرية عامة لحماية الحق في الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، 2001، ص98.



واعتبارهم. ويجب أن تشمل العبارات الموجهة للمجني عليه في القذف على فعل أو أمر محدد يمكن التدليل عليه وإثبات صحته، وهذا أمر ضروري في القذف لأن إثبات الصحة لا ينصرف إلا إلى واقعة محددة يمكن التدليل عليها⁽¹⁾.

ونطاق واقعة القذف متسع بالنسبة للواقعة الإيجابية والسلبية. إن الشرف والاعتبار عنصران من عناصر الشخصية، معنى أن القذف يمس الشرف والاعتبار فإن هذا الفعل يمس الشخصية. وبالتالي لا بد في المسند إليه أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا تثبت له شخصيته القانونية، وأن يكون هذا الشخص محمدا بشكل كاف في عبارات القذف، ولا يشترط ذكر اسم المسند إليه بل يكفي أن تكون دلائل الأحوال كافية في تحديده، على القاضي أن يتولى فحص ما كتب والظروف المحيطة به لكي يتحقق من توافر أركان جريمة القذف، بعدئذ يعتبر التحديد كافيا إذا ذكر الأحرف الأولى من اسم المسند إليه أو حددت مهنته أو القرية التي ينتمي إليها أو وضع الصورة إلى جانب المقال الذي يتضمن عبارات القذف⁽²⁾.

وكما يوجه القذف للشخص الطبيعي فإنه قد يوجه لشخص معنوي، وفعل القذف ضد شخص معنوي يعاقب عليه، لأن للشخص المعنوي شرف واعتبار خاصين به ومستقلين عن شرف واعتبار الأشخاص المكونة له.

أما إذا تعلق الأمر بشخص منوفي قد أستقر الرأي على أن المتوفى قد فقد حقه في التمتع بالشرف والاعتبار لانتهاء شخصيته القانونية بالوفاة وعلى كفالة حرية البحث التاريخي، بشرط أن لا تكون الألفاظ والعبارات موجهة بنية الاعتداء على شرف أو اعتبار ورثة المنوفى أو زوجه أو الموصى له الباقين على قيد الحياة⁽³⁾.

2- السب: ومن الأفعال التي تمس الشرف والاعتبار كذلك السب والذي يعرف المشرع المصري في المادة 306 من قانون العقوبات بأنه: "كل إسناد لا يشتمل على واقعة، ولكنه

(1) د/حسام الدين كامل الأهواني، الحق في حرمة الحياة الخاصة، دار النهضة العربية، 1978، ص94.

(2) د/عبد الرحمان عبد العزيز: الحق في الشرف والاعتبار، المرجع السابق، ص35 وبعدها.

(3) د/هشام محمد فريد، الحماية الجنائية لحق الإنسان في صورته، مكتبة الآلات الحديثة أسبوط، 1986، ص18.



يتضمن بأي وجه من الأوجه خدشا للشرف أو الاعتبار. " بينما يعرفه المشرع الفرنسي في المادة 29 من قانون الصحافة بأنه: "كل تعبير مهين أو شتائم أو قدح لا تتضمن إسناد واقعة معينة". أما المشرع الجزائري في المادة 279 من القانون العقوبات يعرفه على أنه: "يعد سبا كل تعبير مشين أو عبارة تتضمن تحقيرا أو قدحا لا ينطوي على إسناد واقعة".

وفقا لهذه التعاريف فإن السب يتفق مع القذف في أن كلا منهما يمس الشرف والاعتبار.

ولكن الاختلاف يكمن في أن يكون القذف بإسناد واقعة محددة بينما يكون السب بإسناد واقعة غير محددة. وعليه تقوم جريمة السب العلني بخدش شرف واعتبار المجني عليه وبإسناد واقعة غير محددة، سواء كان السب عن طريق أسلوب صريح أو عن طريق أسئلة أو صيغة تلميحية أو تنكرية، ولذلك فإن إسناد عيب يتضمن وصف الشخص بما يفيد تحقيره يعد سبا كوصف الشخص على أنه جبان أو جاهل...⁽¹⁾.

إلا أنه يجب تعيين الشخص والعلنية حتى تقوم الجريمة وأن يتجه القصد الجنائي العام إلى إرادة إذاعة الألفاظ، وبالتالي لا حاجة إلى البحث عن مدى توافر قصد الإضرار الخاص لديه.

ولاشك أن القاضي هو الذي يتولى ما إذا كانت الألفاظ والعبارات تتضمن سبا أم لا مستعينا في هذا بظروف كل واقعة وبالعرف الذي قد يحدد مدلولاً للفظ يختلف عن المدلول الغوي.

3- البلاغ الكاذب: وقد يحدث كذلك الاعتداء على حق شرف واعتبار الفرد عن طريق

البلاغ الكاذب والمقصود به إبلاغ بأية طريقة كانت السلطات بوشاية كاذبة والتي لا تقل في ضررها عن الضرر الذي يحدثه القذف أو السب بشرف المضرور واعتباره⁽²⁾.

وإذا كانت الصحيفة هي عين الجمهور التي تتعرض بالنقد والتحليل للمواقف والأخبار، فإن عليها واجبا يتمثل في أن تبلغ رجال الضبط القضائي أو الشرطة الإدارية بالجرائم التي

(1) د/فتحي فكري، قانون وسلطة الصحافة، دار النهضة العربية، 1987، ص16 وبعدها.

(2) د/أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص116.



وصلوا إلى علمها سواء عن طريق محرريها ومراسليها المنتشرين في جميع أنحاء الدولة أو عن طريق الرسائل التي يرسلها القراء للصحيفة متضمنة إخبار الصحيفة ببعض وقائع الفساد أو الانحراف أو الجرائم، حتى تتولى الصحيفة نشرها في هيئة بلاغ موجه إلى السلطات المختصة. كما هو الحال بالنسبة لكل فرد ومن باب أولى الصحفي، باعتبار أن التكليف واجب على الأفراد كافة القيام به لصالح الجماعة⁽¹⁾

فإذا كان هذا البلاغ كاذب مع سوء النية فإنه في هذه الحالة ستثور المسؤولية المدنية والجنائية باعتبار أن هذا البلاغ يمثل اعتداء على شرف واعتبار المجني عليه، بحيث نسبت إليه واقعة تستوجب عقابه وبالتالي إساءة لمكانته الاجتماعية. هذا ما جاءت به المادة 300 من قانون العقوبات الجزائري.

هذا غير إن البلاغ الكاذب يعد بمثابة استهانة بالسلطات القضائي والإدارية حيث يقتطع من وقت القارئ عليها ومن جهدهم ما يستغل في تحقيق نوايا الجاني السيئة في الإضرار بالمجني عليه⁽²⁾.

رابعا: الحق في الخصوصية وفي الشرف والاعتبار

أوجه الشبه بين الحق في الخصوصية والحق في الشرف والاعتبار:

- وحدة الفعل المكون للجريمة:

قد يتحقق بالفعل الواحد - في بعض الأحيان - المساس بالحق في الخصوصية من ناحية وبالحق في الشرف والاعتبار من ناحية أخرى في نفس الوقت. وفي مثل هذه الأحوال لا يصح الخلط بين الحقين، ولكن يبقى لكل منهما طبيعته المستقلة ونكون بصدد تعدد الجرائم وتطبيق الأحكام العامة في قانون العقوبات، والذي يؤدي إلى تحقيق الاعتداء على الحقين

(1) د/صالح سيد، جريمة القذف في حق ذوي الصفة العمومية، دار النهضة العربية، 1997، ص 25.

(2) د/طارق سرور، جرائم النشر، دار النهضة العربية، 2001، ص 78.



بالفعل الواحد في نفس الوقت، هو ما تقوم به الصحافة غالباً من نشر ما يثير إهتمام الناس أي ما يعتبر من قبيل الفضائح.⁽¹⁾

- تشابه الإجراءات التي يجوز للقاضي المدني اتخاذها لحماية كليهما:

يبدو التشابه بين الحقين عندما يقع الاعتداء عليهما في أنه يجوز لقاضي الأمور المستعجلة الأمر بوقف نشر المطبوعات التي تتضمن المساس بهما أو وضعها تحت الحراسة، معناه أن القاضي المدني يجوز له عند نظر دعوى التعويض عن المساس بالشرف والاعتبار أن يأمر بوضع المطبوعات التي تضمن القذف تحت الحراسة، كما أن القاضي المستعجل يتمتع بنفس السلطة ولا تسري عليهما القيود الواردة في القوانين الخاصة مثل قانون الصحافة إلا أن أوجه الشبه بين الحق في الخصوصية والحق في الشرف والإعتبار لا يمنع استقلال كل منهما عن الآخر فالمشروع يحمي الخصوصية حتى ولو لم تمس من قريب أو من بعيد الشرف والاعتبار، كما يحمي الشرف والاعتبار حتى ولو لم يمس منطقة الحياة الخاصة أي حتى ولو تعلق بالحياة العامة⁽²⁾.

- أوجه الاختلاف بين الحق في الخصوصية والحق في الشرف والاعتبار

- المصلحة المحمية:

يستهدف الحق في الشرف والاعتبار تحقيق السلام الاجتماعي، بينما يستهدف الحق في الخصوصية تحقيق السلام الشخصي للإنسان. ويمكن القول بأنه إذا كان هدف الحق الأول هو حماية الحياة العامة للإنسان، فإن الهدف من الثاني هو حماية الحياة الخاصة وتأمينها ضد المساس بها عن طريق التحري والنشر غير المشروعين ولهذا كثيراً من الوقائع قد تشكل اعتداء على الحق في الشرف والاعتبار دون أدنى مساس بالحق في الخصوصية مثل القذف الذي يتعلق بالنشاط العام للشخص وكذلك السب والقذف الغير علنيين.

(1) د/عبد التواب معوض، إباحة القذف بين المبدأ والإستثناء، دار النهضة العربية 1995، ص35.

(2) د/عبد الرحيم صدقي، جرائم الرأي والإعلام، دار الثقافة العربية، 1988، ص77.



وبالعكس فقد تعتبر بعض الوقائع من قبيل التعدي على الحق في الخصوصية دون أدنى مساس بالشرف والاعتبار، مثال ذلك من ينسب علنا للغير أن زواجه تم بعد علاقة عاطفية، أو تم بعد معايشرة غير شرعية⁽¹⁾.

- تحريك الدعوى العمومية:

المعلوم أن للنياحة العامة مطلق الحرية في تحريك الدعوى العمومية، فهي المينة عليها دون غيرها، ولا يقيّد حريتها تنازل المجني عليه عن حقوقه وصفحه عن الجاني.

لكن قد يرى المشرع أن المجني عليه في بعض الجرائم أقدر من النياحة العامة على تقدير ملاءمة اتخاذ الإجراءات الجنائية ضد الجاني، فيعلق تحريك الدعوى على مبادرة شخصية منه أو من يمثله، ويكون ذلك بالذات بالنسبة للجرائم التي تمثل اعتداء على حقوقه الشخصية، وهو حق غير متعلق بالنظام العام، والمجني عليه وحده هو الذي له مصلحة ملاحقة من يقوم بالاعتداء عليه.

وقد نهج المشرع الفرنسي هذا المسلك فنص في المادة 2/226 من قانون العقوبات الجديد، على أنه لا يجوز الإدعاء عن الجرائم المنصوص عليها في المادتين 1/226 و 2/226 (وهي الجرائم المتعلقة بالحياة الخاصة) إلا بناء على شكوى من المجني عليه أو خلفه أو من يمثله قانونا.

أما المشرع المصري لم يشترط في المادتين 309 مكرر و 309 مكرر (أ) أن يتقدم المجني عليه أو من يمثله بشكوى إلى النيابة العامة.

بينما المشرع الجزائري لم ينص صراحة على تقديم الشكوى في هذه الاعتداءات في المواد 298 و 299 من قانون العقوبات. لكن ما جاء في نص المادة 47 من القانون المدني يوضح أن يحق للمعتدى عليه أن يطلب وقف هذا الاعتداء "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتمويض عما يكون قد لحقه من ضرر".

(1) د/عمر سالم، الدفع بالحقيقة في جريمة القذف، دار النهضة العربية، 1995، ص 122.



يتوقف تحريك الدعوى العمومية في جريمة القذف على شكوى في القانون المصري والجزائري - بينما لا يتوقف رفع الدعوى على شكوى في جريمة الاعتداء على الحياة الخاص⁽¹⁾.

أما القانون الفرنسي يشترط تحريك الدعوى الجنائية في الجريمتين على شكوى المجني عليه.

الخطأ والضرر:

الخطأ في جريمة القذف لا يتحقق إلا إذا توفر القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة. أما الخطأ في جريمة المساس بحرمة الحياة الخاصة فلا يلزمه سوء النية في الكشف عن الخصوصيات، بل يتحقق حتى ولو كان المراد هو الإشادة بالشخص المجني عليه⁽²⁾.

بينما الضرر الذي يلحق الشخص في حالة المساس بشرفه واعتباره هو احتقاره بين أهله وأقرانه. وفي حالة خرق أسرار حياته الخاصة فيتمثل في عرض تفاصيل هذه الحياة على الناس ولو كانت لا تشينه.

بالرغم أن المشرع لم ينص صراحة على ضرورة توافر القصد أو العمد في المادتين 298 مكرر و299 مكرر من قانون العقوبات. وكذا المشرع المصري في المادة 309 مكرراً من قانون العقوبات.

إلا أن الفقه يجمع على أن هذه الجرائم عمدية باعتبارها جرائم اعتداء فلا يتصور أن يحدث قذف أو سب بطريقة غير عمدية، وعلى هذا الأساس يفترض توافر القصد. فالمعلوم وفقاً للقواعد العامة في القانون الجنائي إنه إذا لم يحدد المشرع طبعة الجريمة من حيث صورة الإثم أو الإذنب الجنائي، فإنها تعد جريمة عمدية. بينما عبر المشرع الفرنسي صراحة عن ضرورة توافر القصد أو العمد ويستفاد ذلك من كلمة volontaire في المادة 1/26 من قانون العقوبات الفرنسي والتي جاء فيها.

«...quiconque aura...volontairement porté atteinte à l'intimité de la vie privée.

(1) د/إبراهيم عيد نايل، المرجع السابق ص102 وما بعدها.

(2) د/فتحي ذكرى، التنظيم القانوني للصحف في دولة الإمارات العربية، جامعة الكويت، 1994، ص113.



طلب التعويض:

لا يجوز طلب التعويض بعد مضي ثلاثة شهور المتمثلة في مدة التقادم وهذا من تاريخ علم المجني عليه بوقوع الجريمة لكونها من جرائم الشكوى هذا بالنسبة للقانون المصري حيث نص في المادة 1/3 من الإجراءات الجنائية على أنه "لا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة وبمتركبها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك." على خلاف أن المشرع الفرنسي لم ينص على مدة محددة يلزم أن تقدم الشكوى في خلالها وبالتالي يجوز أن تقدم الشكوى في أي وقت ما لم تنقضي الدعوى الجنائية بالتقادم، أو بالأحرى بمضي المدة وهي ثلاث سنوات باعتبار الواقعة جنحة. والحكم كذلك بالنسبة للقانون الجزائري، على أساس المادتين 2 و 8 من قانون الإجراءات الجزائية.

نص المادة 1/2 ق أ ج "يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو مخالفة بكل من أصابهم شخصيا ضرر مباشر تسبب عن الجريمة ..."

نص المادة 8 من ق أ ج "تتقدم الدعوى العمومية في مواد الجنح بمرور ثلاث سنوات كاملة ..."

بينما لو كان الفعل واحد، فيجوز طلب التعويض عن المساس بالخصوصية بالرغم من تقادم دعوى القذف.

- مدى صلاحية إثبات الحقيقة كسبب للإباحة:

فإذا تعلق الأمر بالموظف العام، حيث تقتضي المصلحة العامة الكشف عن حقيقة أعمالهم ومبلغ أمانتهم في أداء الواجبات الموكولة إليهم، فإن القاذف يعفى من المسؤولية إذا أثبت صحة ما أسنده إلى الموظف في جريمة القذف⁽¹⁾.

(1) د/محمد محمد حسين، حرية الصحافة ودور القضاء في حمايتها، جامعة القاهرة، 1999، ص515.



بينما في جريمة التعدي على الحياة الخاصة فلا تطبق هذه القاعدة.

أما حيث يكون المقذوف شخصا عاديا فلا يعفى القاذف من المسؤولية إذا اثبت صحة الوقائع المنسوبة، وتسري هذه القاعدة في حالة الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة⁽¹⁾.

الخاتمة:

يحرص الإنسان العادي على حماية شرفه واعتباره من أي اعتداء يقع عليه ولكن نعرف ذلك الحق تعريفا متكاملا يتفق مع القوانين وما يحكم به القضاء، فلا بد أن نراعي في التعريف المعنى الواسع لنطاق الحق في الشرف والاعتبار من خلال المدلول الموضوعي، إلى أن الحق في صيانة الجانب المعنوي للشخص الناتج عن تقدير الآخرين له. وما يتفرع عن ذلك في أن يعطي الثقة والإحرام الذي تقتضيه مكانته الاجتماعية، ولا يعامل على نحو ينقص من هذه المكانة أو يقلل من ثقة الآخرين فيه أو يسبب اعتراضهم عنه أو الهزء به⁽²⁾.

وحماية الحق الشرف والاعتبار وفقا لهذا التعريف تثير مشكلة وضع معيار التوفيق بين تلك المصلحة المشروعة والملازمة لازدهار أي مجتمع إنساني وبين ما للفرد من حرية في التعبير عن آرائه وأفكاره حتى يساهم في بناء تطور المجتمع⁽³⁾.

كما أن للجمهور في أي مجتمع ديمقراطي الحق في معرفة كل ما يجري في المجتمع من أمور لكي يتمكن من ممارسة دوره في الرقابة على السلطات في الدولة. ولذا يجب أن نحدد قيمة هذه الحماية للحق في الشرف والاعتبار بالنسبة لتلك الحقوق الأخرى والتوفيق بين هذه المصالح المتعارضة في مجتمع يقدر حرية التعبير في الواقع

(1) د/أحمد فتحي سرور: الحق في الحياة الخاصة، مجلة القانون والإقتصاد العدد 54، 1984، ص 25- 195.

(2) د/محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 17 وبعدها.

(3) د/محمد الشهاوي، المرجع السابق، ص 262.



يصطدم المشرع بمشاكل بالغة الصعوبة عند وضع معيار تشريعي يوفق بين هذه المصالح المتعارضة، لو اعتبرنا تزايد الوظيفة الاجتماعية التي تؤديها الصحافة وغيرها من وسائل الإعلام في الوقت الحاضر بصورة يصعب معها الحد من نطاق تلك الوظيفة بالنص على تجريم بعض صور هذا النشاط⁽¹⁾.

وأن فكرة الحق في الشرف والاعتبار تختلف عن الحقوق الأخرى كالحق في الخصوصية. وكذا الحماية القانونية لحق الشرف والاعتبار تختلف من دولة لأخرى من حيث اعتبار الاعتداء على الشرف والاعتبار من الجرائم وبالتالي الحماية تكون جنائية⁽²⁾.

ونجد الاعتداء على الشرف والاعتبار في دولة أخرى حمايته تكون عن طريق المسؤولية التقصيرية، ومع ذلك لايسأل الصحفي جنائياً ولا مدنياً(39) عن النشر الذي يمس حق بعض الأفراد، إذا كان النشر في حدود استعمال الحق، بحيث أن المشرع قرر حرية الصحافة، وما ينتج عن ذلك من حق الصحف من نشر أخبار، فإن ذلك يقتضي حتماً إباحة الوسيلة التي أستعمل هذا الحق أي إباحة الأفعال التي تهدف إلى الاستعمال المشروع للحق، فلا يعقل أن يقرر المشرع حقاً ثم يعاقب على استعماله⁽³⁾.

وعليه نستنتج أن شرف واعتبار الإنسان أصبح في خطر شديد في العصر الحديث نتيجة لتضافر عدة عوامل من أهمها التطور التكنولوجي الهائل الذي باتت معه أسرار الناس شبه عارية. مما لاشك فيه أن انتشار وسائل الاتصالات والإعلام واستخدام الحاسبات الآلية أدت جميعها إلى سهولة الحصول على بيانات ومعلومات عن الأشخاص دون موافقة منهم. مما جعل أسرار الأفراد عرضة للانتهاك بسهولة. وقد ينطوي نشر

(1) د/أحمد محمد حسان، المرجع السابق، ص271.

(2) د/حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص94 وبعدها.

(3) E/Clavel, les problèmes posés par la publicité, Revue internationale de droit pénale, 1961, P112.



الأخبار في الصحف أو إذاعتها في التليفزيون أو الراديو على أساس الحق في الخصوصية وكذا في الشرف والاعتبار، فيشكل جريمة القذف أو السب وغيرهما.

ونلاحظ أن هناك مصلحتين متعارضتين أولاهما مصلحة المجتمع في إعلام الشعب بالأمور الهامة، وثانيهما مصلحة من تضمنه النشر في الحفاظ على أسرار حياته. وعلى هذا الأساس حظي هذا الحق باهتمام دولي، وكان موضوعا لبحث مستفيض في العديد من المؤتمرات بين رجال القانون وهذا دليل على أهمية شخصية الإنسان وحرية وازدهاره.

ولا نملك في النهاية إلا أن نوجه إلى أولى الأمر والمشرعين بضرورة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية، وإن تهتم الأسرة ودور العلم بتربية الناس على احترام حق شرف واعتبار الغير، حتى يتأصل هذا في الضمير الاجتماعي، فبدون ذلك لن يحقق القانون إلا قدرا ضئيلا من الحماية.

إضافة مادة في قانون العقوبات الجزائري تجرم واقعة نشر الوقائع المدنية الخاصة بالأفراد لأهميتها ولكونها تشكل أساسا بحقهم في الشرف والاعتبار والخصوصية.

