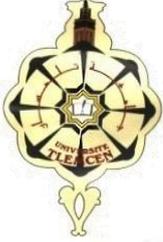


جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية



الغير في القانون الإداري -دراسة مقارنة-

أطروحة دكتوراه علوم في القانون العام

تحت إشراف:

أ.د. عزوي عبد الرحمان

إعداد الطالب:

بدير يحي

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر "أ"	د. حوالمف عبد الصمد
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. عزوي عبد الرحمان
مناقشا	جامعة تيارت	أستاذ محاضر "أ"	د. كمال محمد الأمين
مناقشا	جامعة تيارت	أستاذ محاضر "أ"	د. بلجيلالي خالد

السنة الجامعية: 2018-2019

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين الذي بنعمه وتوفيقه تتم الصالحات والصلاة والسلام على أشرف المرسلين و على آله وأصحابه أجمعين أما بعد، أتوجه بخالص شكري وعظيم امتناني لأستاذي الفاضل الدكتور عزوي عبد الرحمان حفظه الله ورعاه على ما جاد به علي من إرشادات سديدة و نصائح مفيدة من أجل إخراج هذه الأطروحة في أحسن صورة، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بالموافقة على مناقشة هذه الأطروحة، جزاهم الله عني جميعا خير جزاء.

إهداء

أهدي هذا العمل

إلى الوالد رحمة الله عليه

إلى أمي العزيزة أطال الله في عمرها

إلى إخوتي وأخواتي

إلى أصدقائي وزملائي، وكل من ساندني في مساري العلمي

إلى أخي وصديقي محمد مرسلي رحمة الله عليه

قائمة بأهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ج: الجزء.

ج.ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

د.د.ن: دون دار نشر.

د.س.ن: دون سنة نشر.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

ع: العدد.

ثانياً: باللغة الفرنسية

A.J.D.A : Actualité juridique - Droit administratif.

Ass : Assemblée.

C.C.I : Chambres de commerce et d'industrie en France.

CE : Conseil d'Etat.

D.G.C.L : Direction générale des Collectivités locales.

E.D.C.E: Etudes et Documents du Conseil d'Etat.

éd : Edition.

Fasc : Fascicule.

Ibid : Ibidem.

J.C.P : Semaine juridique, édition générale.

L.G.D.J : Librairie générale de droit et de jurisprudence.

OP.CIT : Ouvrage précité (père ciato).

P : page.

P.U.F : Presses universitaires de France.

R.D.P : Revue du droit public et de la science politique.

R.F.D.A : Revue française de droit administratif.

R.J.E.P : Revue juridique de l'économie publique.

Rec : Recueil.

t : Tome.

مقدمة

يلعب القانون دوراً أساسياً في تنظيم وضبط الحياة الاجتماعية، ذلك عن طريق تنظيم سلوك أفراد وعلاقاتهم بوضع قواعد تبين ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات، وعليه يضمن النظام والاستقرار الاجتماعي كما يضمن الأمن القانوني.

ومن المقطوع به أنّ تصرفات الأفراد التي يضبطها القانون ويحميها تتم في إطار علاقات متعددة الأشخاص، تعيش في بيئة مغلقة وتستبعد كل من ليست له بها علاقة على ضوء اعتباره أجنبياً عنها، أو بالأحرى غيراً عنها.

ويبرز مصطلح الغير ككلمة عامة وغير دقيقة، متعددة المعاني لا محدودة في مفهومها أثارت جدلاً فقهيًا واسعاً خاصة في مادة القانون، وهو ما ألقى بظلاله على بقية المواد. ومع ذلك نستشهد ببعض التعاريف للغير من ذلك ما جاء في معجم La rousse على أنّه:
« chaque partie d'un tout divisé en trois parties égales ».

(كل جزء مقسم إلى ثلاث أجزاء متساوية).

« troisième personne ».

(الشخص الثالث).

« personne étrangère à un groupe ».

(الشخص الأجنبي عن مجموعة)⁽¹⁾، أو هو

« qui vient au troisième rang, qui s'ajoute à deux autres ».

(الذي يأتي في المرتبة الثالثة، ويضاف إلى اثنين آخرين)⁽²⁾.

وبناء على ذلك، يظهر بأنّ مفهوم الغير يغطي العديد من العناصر، ما يذهب بنا إلى اعتباره شخصاً أو رقماً أو مرتبة، ومع ذلك فإنّ دراستنا هذه تقع على الغير باعتباره شخصاً محددًا يمكنه التصرف في مجال القانون. بل قد يشمل أو يلحقه أثر القانون أو القاعدة القانونية أو التصرف القانوني، بحيث قد يفيد بتقديم مزية أو خدمة كما في عقود التزام المرفق العام الذي يشبه إلى حد بعيد الاشتراط لمصلحة الغير إذا كانت الخدمة تقدم مجاناً أو بسعر رمزي، أو يحمله التزاماً أو يؤثر في مركزه القانوني سلبياً.

عموماً، فلئن تراوحت التعاريف الفقهية لمصطلح الغير في مجال الدراسات القانونية بصفة عامة - القانون العام بصفة خاصة بين التضييق والتوسيع، فإنّ اعتبار كل الأشخاص

¹⁾Le Petit Larousse, éd Larousse, Paris, 2009,p. 1011.

²⁾Ibid, 1010.

الأجانب عن وضع قانوني غيرا يبقى الاتجاه الغالب⁽¹⁾.

ورغم تعدد التسميات والنوعت، فقد استعمل مصطلح الغير في لغة القانون أول ما استعمل في القانون الروماني تحت مسمى Aliis وهو الأجنبي، حيث كان يطلق هذا الصنف على كل شخص لا ينفعه ولا يضره العقد المبرم بين شخصين آخرين وفقا للمبدأ المشهور آنذاك والقاضي بأن: (الأمر المتفق عليه بين البعض لا يمكن أن يفيد أو يضر غيرهم) ثم استعار الفقيه الفرنسي Doma معنى هذه الكلمة تحت مسمى الشخص الثالث، ليقوم بذلك الفقيه Poittier تسمية هذه الكلمة بمصطلح le tiers أي الغير، وقد اقتبس المشرع الفرنسي هذه الكلمة وأدرجها في المادة 1165 من القانون المدني ابتداء من سنة 1804 على أساس أن الغير هو من لا ينفعه العقد ولا يضره.⁽²⁾

وفضلا عن ذلك، لم يقتصر مصطلح الغير على الأعمال القانونية بل وجد تطبيقه أيضا في مجال الوقائع القانونية، تحت مسمى المسؤولية عن فعل الغير، حيث يعود أصلها إلى القانون الروماني، ومفاد ذلك أن يتحمل السيد الفعل الضار الذي يقوم به عبده، وأمام ذلك، ومع تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية وتشعبها وضع المشرع الفرنسي قاعدة في المادة 1384 من القانون المدني لينظم مسؤولية الشخص عن فعل غيره مفادها عدم مساءلته فقط عن الأضرار التي سببها للغير بفعله الشخصي بل أيضا عن الأضرار التي قد تحدث بفعل الأشخاص الذين يسأل عنهم⁽³⁾.

ومهما يكن الأمر، فإن استعمال مصطلح الغير لم يقتصر على قواعد القانون المدني بل

⁽¹⁾ ختام الجماعي، الغير والطعن في القرارات الإدارية في مادة التعمير، مذكرة ماجستير، تخصص قانون البيئة وتهيئة الفضاءات، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، جامعة قرطاج، 2008-2009، ص.5. ويظهر مصطلح الغير في أسماء أخرى متشابهة كالغير المعترض، الغير الدافع، الشخص الثالث، التأمين للغير، الغير الحكم، الغير الخبير، الدول الغير، دول العالم الثالث....
⁽²⁾ سامي نجم حسن الدين، أثر العقد الإداري بالنسبة إلى الغير، ط.1، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2012، ص.34. مع العلم أنه قد جرى تعديل هذه المادة سنة 2016 لتوضع في موضعها الطبيعي، حيث أصبحت تحمل ترقيم 1199 وجاء حكم فقرتها الأولى كالاتي: « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties »: (لا يرتب العقد التزامات إلا بين أطرافه).
ordonnance n° 2016-131 du 10/02/2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n0035du 11/02/2016.

⁽³⁾ وقد أصبحت هذه المادة تحمل رقم 1242 بعد تعديل 2016. و يظهر الغير كذلك في المسؤولية الإدارية من خلال تطبيقين يتمثل أولهما في فعل الغير، ووفقا لذلك يتدخل الغير في مجال المسؤولية باعتباره سببا معفيا كليا متى اعتبر فعله سببا يؤدي إلى خلل في رابطة السببية، أو جزئيا متى كان الضرر ناتجا أصلا عن سببين مختلفين ويرتب المسؤولية بالتضامن.

Muriel FABRE-MAGNAN, droit des obligations, t. 2, responsabilité civile et quasi-contrats, P.U.F, thémis droit, 2007, p. 146.

كما قد يظهر كضحية انعكاسية، ويكون ذلك متى كان هناك شخصا يعاني من ضرر معنوي أو مادي ناتج عن تضرر شخص آخر.
Gérard CORNU, vocabulaire juridique, P.U.F, 2007, p. 484.

شهد استعمالاً كذلك في مجال آخر خصوصي من مجالات القانون وهو القانون الإداري، حيث أنه يمكن القول بأن القانون الإداري لم يكن معادياً للغير، بل بالعكس، إذا أمكن تلخيصه في شكله الحديث، فيجب القول بأن الغير هو المدافع عن القانون، ويساهم في إخضاع الإدارة لأحكامه، بل يشكل دعامة له⁽¹⁾. ولقد شكل وما زال يشكل الطعن لتجاوز السلطة ضد قرار إداري وسيلته أساساً في تحقيق ذلك، فدعوى تجاوز السلطة هي دعوى قضائية موجهة ضد قرار إداري تهدف إلى إلغائه على أساس عيب عدم المشروعية الذي يعتريه⁽²⁾. وبعد ما كان ذلك حكراً على المخاطب بالقرار، قرر مجلس الدولة مع بداية 1900 فتح باب قضائه أمام الغير الذي يعتبر أجنبياً عن القرار والمخاطبين به إذا كان معنياً به بما فيه الكفاية مما يسمح له بالطعن فيه، ويعتبر ذلك جزءاً من مشروع إخضاع الإدارة للقانون، كما يتوافق ومهمة القاضي الإداري في عدم مراقبته التلقائية لنشاط الإدارة، وهو ما جعل مجلس الدولة يخول المواطنين مهمة رقابة المشروعية⁽³⁾.

ومهما يكن من أمر، فإن بوادر قضائه في ذلك كانت مع قراره الصادر في قضية السيد Lot بتاريخ 1903/12/11، حيث تعود وقائع القضية في طعن السيد Lot Ferdinand وهو Un archiviste paléographe أمين محفوظات علم قراءة النصوص القديمة بالإلغاء في المرسوم الذي عين السيد Etienne DEJEAN مديراً للمحفوظات مستنداً في ذلك إلى أن المادة 7 من المرسوم 1887/05/14 تعطي الحق في الترشح لهذا المنصب لفئة أمين المحفوظات، وهو ما يعطيه المصلحة في التقاضي وبالتالي طلب إلغاء التعيين لتخطيه في الترقية⁽⁴⁾.

وغير بعيد من ذلك، وفي مجال منازعات العقد الإداري، فقد ظل مبدأ عدم الطعن في العقد الإداري من قبل الغير سائداً إلى غاية تاريخ 4 أوت 1905 حيث شهد ذلك قضاء تاريخياً من قبل مجلس الدولة في قضية Martin وذلك حينما قبل طعن الغير في مداولة المجلس العام التي ترخص بإبرام العقد الإداري بين محافظة Loir et Cher و شركة النقل entreprise de

¹) Camille BROUELLE, tiers et droit public, p.02.

²) René CHAPUS, droit administratif général, 13^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2000, p.690.

وحسب كثير من الفقهاء يعتبر القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1826/05/04 أول من أسس للطعن لتجاوز السلطة. Jean-Louis MESTRE, « l'arrêt landrin, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir ? », R.F.D.A, 2003, p. 211.

³) Camille BROUELLE, tiers et droit public, ibid, p.02

⁴) Arrêt Lot, Conseil d'Etat, du 11 décembre 1903, publié sur le cite www.doctrine.fr. cosulté le 15/12/2018.

مع العلم أن القاضي بعد أن قبل طلب المدعي، رفض إلغاء قرار تعيين السيد Etienne DEJEAN.

tramways باعتبارها قرار إداريا منفصلا عن العقد⁽¹⁾، ومع ذلك تواترت قرارات مجلس الدولة في مجال منازعات الطعن في العقود الإدارية سواء ما تعلق منها بالمرحلة السابقة على التعاقد أو تلك المتعلقة بالتعاقد، ومن ذلك قراره المتعلق بقضية Cayzeele بتاريخ 10 جويلية 1996⁽²⁾، وقراره المتعلق بقضية Ville de Lisieux بتاريخ 30 أكتوبر 1996⁽³⁾، وقرارات أخرى ندرسها في حينه، ومع هذا فإن استعمال مصطلح الغير لم يقتصر فقط على الاجتهاد القضائي بل صاحبه تدخل تشريعي سمح للقاضي باستعماله من ذلك تدخله سنة 1992 حينما أدرج أحكام الاستعجال ما قبل التعاقد، وكذا سنة 2009 فيما يتعلق بالاستعجال في مرحلة التعاقد ضمن قانون القضاء الإداري.

وبالنسبة للنظام القانوني الجزائري بالمقارنة مع نظيره الفرنسي، فلئن كان ظهور مصطلح الغير في القانون الإداري نتيجة للتفسير القضائي والدور الاجتهادي لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإنه بالنسبة للقضاء الإداري الجزائري لم نجد تطبيقات تكاد تذكر فيما يتعلق بالغير سوى ما تعلق -وبطريقة ضمنية- ببعض المنازعات المتعلقة بالتعمير⁽⁴⁾، ومع ذلك فإنّ المشرع تدخل سنة 2008 من خلال تعديل قانون الإجراءات المدنية وظهوره في صيغته الجديدة تحت تسمية قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأدرج أحكاما تتعلق بالقضاء الاستعجالي في مرحلة السابقة على التعاقد سمحت للقاضي الإداري باستعمال مصطلح الغير ولو بطريقة ضمنية في قضائه المتواتر كما سندرسه في حينه وموضعه.

وعلى خلاف ذلك، وعلى سبيل المقارنة، فإنّ القضاء الإداري المصري لم يتوان في إدراج مصطلح الغير في قضائه خاصة ما تعلق منه بمنازعات الإلغاء المتعلقة بالقرارات الإدارية المنفصلة المتواترة في هذا المجال، والتي سنقف عليها في فصل من فصول هذه الدراسة. وعليه، إذا كان مركز الغير في العلاقات القانونية المشكلة في إطار القانون المدني أو القانون الإداري يأخذ وصفه بغرابته عن هذه العلاقات، فإنّ الأحكام التي تسري على كل منهما تختلف باختلاف المصالح التي يحميها كل قانون، ولما كان ذلك فإنّ نطاق هذه الدراسة يتحدد

¹⁾ CE, 4 août 1905, Martin.

²⁾ CE, Ass., 10 juillet 1996.

³⁾ CE, Ass, 10 octobre 1998.

⁴⁾ ومن ذلك مثلا، قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2002/10/01، أشار إليه، محمد الأمين كمال، الرقابة القضائية على تراخيص أعمال البناء والتعمير، ط.1، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، 2017، ص.52.

بموضوع الغير في القانون الإداري لكن بالاستناد إلى الأصل والمرجعية التاريخيين في نطاق القانون المدني كونه الشريعة العامة والأسبق في الوجود.

لقد أصبح للإدارة في ظل الدولة القانونية الحديثة وظائف اجتماعية متعددة تقوم بها لأغراض وأهداف هي بدورها متعددة ومتنوعة مرتبطة بجوهر النشاط الإداري وأهدافه وتطوره يمكن تلخيصها في هدفين أساسيين:

* فمن ناحية يهدف النشاط الإداري إلى إخضاع حياة الجماعة لنظام قانوني معين، ومن أجل تحقيق هذا الغرض تقوم الإدارة بإصدار أعمال قاعدية ملائمة ومناسبة تضاف إلى القواعد الدستورية والتشريعية والقضائية وتلك التي من أصل دولي والمكونة للنظام القانوني الوطني، وبذلك تساهم الإدارة في تحديد مضمون هذا النظام القانوني الوطني في الدولة عن طريق وظيفتها القاعدية، أي التقريرية، إذ أنّ محصلة هذه القواعد تتمثل في فرض سلوك معين أو في ضرورة الحصول على ترخيص مسبق للقيام بهذا النشاط أو ذلك.

* ومن ناحية أخرى يكون الهدف من النشاط الإداري القيام بأداء معين للمستحقين قانوناً، سواء كان على شكل أموال أم خدمات كما هي الحال بالنسبة لخدمات النقل والكهرباء... (1). ولضمان تحقيق هذه الأهداف أعطى القانون العام للإدارة سلطات وامتيازات لا مثيل لها في القانون الخاص الذي يحكم العلاقة بين الأفراد وتعرف هذه السلطات بامتيازات السلطة العامة وذلك لكونها قائمة على الصالح العام وتهدف في كل أنشطتها لتلبية حاجات ذات نفع عام (2)، وما يهمننا في هذه الحال صورتان من هذه الامتيازات والتي تشكل وسائل الإدارة في تحقيق نشاطها، وهما القرار والعقد الإداريين.

فالقرار الإداري يشكل أحد مظاهر السلطة العامة وأداة قانونية لتنفيذ الأحكام الواردة في القاعدة القانونية وتعبير من خلاله الإدارة عن إرادتها الملزمة دون حاجة إلى رضا المخاطبين به (3).

كما يشكل العقد الإداري من جهته عملاً قانونياً شارك في صنعه إرادتان متكاملتان، تتمثلان في إرادة كل من الإدارة وإرادة المتعاقد معها، يتم التعبير عنهما وفق ضوابط قانونية

(1) رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص.13.

(2) Yves GAUDMET, droit administratif, 20^{ème} édition, L.G.D.J, Montchrestien, 2012, p.307.

(3) رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، المرجع نفسه، ص.14.

معينة⁽¹⁾، من أجل توفير الخدمات العامة للمواطنين وتحقيق النفع العام لهم.

هذا، وتُكوّن هذه الأعمال القانونية روابط بين الأشخاص الذين قاموا بإنشائها، إذ هم بالنسبة للقرار الإداري مصدر القرار والمخاطب به، وبالنسبة للعقد الإداري المتعاقدون وهم الشخص العام والشخص المتعاقد معه. وغني عن البيان -وكما في القانون المدني- أنّ أثر هذه العلاقة يبقى نسبيا بين أطرافه حيث لا يكتسب الغير حقا مباشرا منها ولا يتحمل التزاما، كما لا يمكن إلزام الغير بتنفيذ محل هذه العلاقة لفائدة أطرافه، كما لا يمكنه نفسه إلزام أطرافها بتنفيذ محلها لفائدته إنفاذا لمنطق الأشياء، ومع ذلك يقع التزام على الغير باحترام هذه العلاقة كونها تشكل وضعاً قانونياً يحتم عليه ذلك، كما تعتبر حجة له وعليه⁽²⁾.

وغني عن البيان، أنّ لنظرية الأثر النسبي في القانون المدني الأثر ذاته في القانون الإداري، ومع ذلك فإنّه لا يمكن أن نقول أنّهما متطابقان تمام التطابق، بل هناك تمايز بينهما دون الفصل والانفصال التام نظرا للمصلحة التي يحميها كل قانون، وآية ذلك أنّ كثيرا من النظريات القانونية تتغلغل في أكثر من فرع من فروع القانون، لسبب بسيط هو أنّ تلك النظريات تعبر عن فكرة القانون ذاته وعن جوهره وطبيعته الذاتية، وهي بذلك تعبر عن النسب التي تتركز في طبائع الأشياء، وهي نسب نجد تحققها في القانون الخاص، وغيره من فروع القانون وبالتالي فالقانون الإداري عندما يطبق هذه النظريات فإنّما يطبقها أصالة في مجاله الخاص.

ولئن كان للقانون المدني السبق في البحث بنظرية الأثر النسبي وخاصة في مجال العقد، فقد استطاع هذا القانون عبر مراحل تاريخية وأشواط طويلة أن يبني كثيرا من النظريات المتعلقة بالعقد ذاته، حيث قدم للفكر القانوني عطاء وافرا بذلك، ونتيجة لما قيل يبقى القانون الإداري مدينا للقانون المدني لكثير من العطاءات، حيث بإمكان الأول أن يمنح للثاني الكثير من تلك النظريات أو يطرح منها و يعدل فيها ما يلائم روابطه⁽³⁾. وفي هذا الصدد نستشهد بقول الأستاذ ثروت بدوي، حيث يقول: "إنّ القانون الإداري من صنع القضاء الإداري الذي أرسى قواعده وأسس أحكامه، مستوحيا إياها من حاجات الإدارة وما تتمتع به لدى ممارستها لنشاطها

⁽¹⁾ محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العام للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص.553.

⁽²⁾ Dima El RAJAB, l'opposabilité des droits contractuels. étude de droit comparé français et libanais, thèse de doctorat en droit privé, université panthéon-assis, 2013, p.20.

ويوافق ذلك على الأقل بالنسبة للروابط العقدية حكم الفقرة الثانية من المادة 1199 من القانون المدني الفرنسي التي تنص من حيث المبدأ على أنه: (لا يجوز للغير أن يطالب بتنفيذ العقد ولا أن يلزم بذلك).

⁽³⁾ برهان رزيق، نظرية البطلان في العقد الإداري، ط.1، المكتبة القانونية، دمشق، 2002، ص.05 وما بعدها.

في مظاهر السلطة والجبروت. وليس معنى ذلك أنّ القضاء الإداري لا يستعين بأحكام القانون المدني في غير قليل من المناسبات ليطبق أحكامه بما لا يتنافى من طبيعة المشاكل الإدارية، وهذه الاستقلالية تعني أنّه يستتبط الحلول، ويبدع الأحكام التي تسم هذه المنازعات بحرية تامة⁽¹⁾.

ولئن كان ينبغي على الغير أن يحترم العلاقة القانونية ولا يتعرض لها بالتدخل فيها، إلا أنّ ذلك لا يكون على حساب مصالحه التي يحميها القانون، حيث أنه وفي مجال القانون الإداري ولئن كان الأصل افتراض صدور كل قرار إداري مشروعاً وفقاً لما يتقضي به القانون، فإنّ للغير الذي يريد الطعن فيه أن يقوم بإثبات ادعائه بعدم مشروعيته ومخالفته لقواعد القانون والمشروعية⁽²⁾، ولقد أكد على هذه القرينة القضاء الإداري المصري ممثلاً في المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 2007/02/24 بقولها أنّ: "الأصل في القرارات الإدارية صحتها وعلى من يطالب بإلغائها إثبات مخالفتها للقانون، أو صدورها مشوبة بعيب من العيوب التي تنال من صحتها، وإلاّ ظلت بمنجاة عن الطعن فيها" كما قضت قبل ذلك بتاريخ 2006/02/04 بأنّ: "الأصل في القرارات الإدارية صحتها وأنها دليل بذاتها على هذه الصحة وعلى توافر الأركان القانونية الموجبة للصحة، وأن الغاية فيها المصلحة العامة ما لم يقدم المتضرر من القرار الإداري عكس هذه القرينة"⁽³⁾.

وفي مجال العقد الإداري، من المتعارف عليه كأصل عام أنّ إبرامه يحكمه قواعد محددة ينص عليها القانون والتنظيم حسب الحال، ذلك من أجل اختيار من هو الأقدر على تلبية حاجيات الأفراد وتحقيق الصالح العام، هذا من جهة ومن جهة أخرى، للحفاظ على المال العام، ومهما يكن فإنّ عملية اختيار المتعاقد تقتضي المنافسة بين عدة مترشحين، يقع على أحدهم -بعد إجراءات معينة- الاختيار. وعلى عكس القانون المدني فإنّ العقد الإداري في هذه الحال يرتب أثره بطريقة رجعية تجعل المترشح الذي لم يرس عليه قرار التعاقد غيراً⁽⁴⁾، ما يسمح له في الطعن في إجراءات منح العقد، أو العقد نفسه أمام القضاء الإداري.

¹ كتابه، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، 1966، ص.106.

² أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنرتيسي، دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، دراسة مقارنة، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2018، ص.06.

³ أوردهما، أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنرتيسي، المرجع نفسه، ص.06.

⁴ Laura PREUD'HOMME, l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique, à l'initiative des tiers au contrat, thèse pour le doctorat en droit public, université de Paris 1 pantheon-sorbonne, 2013, p.05.

*وبالبناء على ذلك كله، تتجسد أهمية دراسة موضوع "الغير في القانون الإداري" في تحديد الغير وتعريفه في مجال القانون الإداري خصوصا والقانون بصفة عامة، نظرا لوروده وبقوة في هذه المجالات تحت فصول التشريع وأحكام القضاء دون تعريفه، ما فتح باب للفقهاء لتناول ذلك، وهو ما يدفعنا إلى بحث حسم الجدل الفقهي حول وضع تعريف محدد له في القانون عموما والقانون الإداري خصوصا وإزالة أوجه اللبس التي تكتنف التعريفات التي أوردها، إذ أننا متى حددنا العناصر التي تدخل في تكوينه استطعنا تحديد بجلاء ووضوح المقصود به في القانون الإداري.

ويزداد الأمر أهمية عندما نعرف أن القاضي الإداري متى أراد تقديم تعريف لموضوع ما أو لمسألة ما فإنه يهتدي في ذلك بالحصيلة العلمية التي انتهجها الفقه بكتاباته ومناقشاته، ومن هنا كان لزاما علينا، ونحن بصدد تحديد عناصر وجود الغير وبالتالي وضع تعريف له، أن نتوجه إلى القضاء والفقهاء أساسا للوقوف على ما بذلاه في سبيل ضبط وبلورة هذه العناصر.

وبالتبع لذلك، تظهر أهمية دراسة موضوع الغير في القانون الإداري بعد تعريفه تحديد الوسائل القانونية التي تمكنه من التدخل في العلاقة القانونية من أجل الدفاع عن حقوقه التي تضمنها مبدأ المشروعية، وكذا تحديد كيفية وزمن استعمالها وأوجه دفعه، بالإضافة إلى تحديد دائرة اختصاص القاضي الإداري المرفوع أمامه النزاع المثار حول المركز القانوني لهذا الغير، وهو الأمر الذي يدفعنا-وفق اجتهاد القضاء الإداري-إلى رسم درجات الغير وتحديدتها في سياق مكونات العلاقة القانونية التي له بها ارتباط أو صلة ما.

هذا، بالإضافة إلى أن دراسة موضوع منازعات الغير في مسائل القانون الإداري تمثل فرصة لاستعراض فقه القضاء الإداري بما يعطي أهمية علمية للموضوع، مع ملاحظة أن هذه الأهمية ليست متأتية من العنصر الكمي فحسب اعتبارا للقضايا المتعلقة بمنازعات القرار والعقد الإداريين التي تعرض على القاضي الإداري، بل راجعة إلى خصوصية الآثار التي تفضي إليها أحكامه وما تحققه من نتائج على المستوى الواقعي، علما أن المساس بالحقوق المالية للغير غالبا ما يشكل دافعه الباعث لمقضاة الإدارة.

ونتيجة لذلك كله، نسعى إلى إبراز أهمية تخصيص دراسة متكاملة معمقة لموضوع الغير في القانون الإداري تتضمن بين صفحاتها كل ما يمت بصلة لهذا الموضوع، ونجمع الشتات المتناثر من الأفكار والمواقف والتعليق في الكتب الفقهية والأحكام القضائية تحت عنوان واحد في بحث واحد بحيث يسهل على الدارسين الوقوف بسهولة ويسر على موضوع الغير في

القانون الإداري والنتائج القانونية المترتبة عليه، على ضوء الإشكالية الآتية: ما المقصود بالغير في القانون الإداري وما مركزه القانوني في مجال الأعمال الإدارية؟ وتتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات أخرى تتمثل في الآتي: ما حقيقة غرابة الغير عن العلاقة القانونية؟ وما حقيقة تدخله فيها؟ وما هي العناصر التي تدخل في تكوينه؟ وما مدى التكامل والانسجام بين درجات الغير؟

وللإجابة على هذه التساؤلات نعتمد أساسا المنهج المقارن بين النظام القانوني الجزائري والنظام القانوني المصري، وبينهما وبين النظام القانوني الفرنسي، حيث أنّ امتداد بساط الدراسة إلى أنظمة قانونية أخرى يزيدنا معرفة وعلمًا وعمقًا لأنها أسبق منا في هذا المجال كما أنّها أعطت موضوع الغير مكانا هاما يليق بأهميته ومكانته بين موضوعات القانون الإداري- ونخص بالذكر هنا النظام القانوني الفرنسي الذي كان سباقا في تناول ذلك- والوقوف أيضا على نقاط التفاوت والاختلاف بينها، ورصد كل مستجد بشأنها. كما نعتمد على المنهج الاستقرائي من أجل استقراء أحكام النصوص التشريعية والاجتهادات القضائية والرؤى الفقهية بشأن موضوع الغير، هذا بالإضافة إلى المنهج التحليلي من أجل عرض المسائل ودراستها من الناحية القانونية، بل وقبل هذا المنهج التاريخي من أجل تأصيل مسألة الغير والوقوف على بعض المحطات التاريخية في قضاء الأنظمة القانونية محل الدراسة. كما أنّه ومن أجل الإجابة على الإشكاليات المطروحة، يتطلب الأمر تقسيم موضوع هذه الأطروحة إلى بابين:

باب أول: يتعلق بالإطار المفاهيمي والتاريخي للغير في القانون

باب ثان: يتعلق بدرجات الغير وتطبيقاتها في موضوعات القانون الإداري

الباب الأول

الإطار المفاهيمي والتاريخي

للغير في القانون

إنَّ المتمعن في أحكام القانون يجد مصطلح "الغير" متداولاً بقوة، فتارة يظهر في نطاق الأعمال القانونية وفي أخرى في نطاق الوقائع القانونية، وسواء كان ذلك في مجال القانون الخاص أو القانون العام.

وأمام عدم تناول التشريعات مصطلح الغير بالتعريف -لأنَّها لا تضع التعريفات كأصل عام- كان غموضه وضبابيته، وهو ما جعل الفقه يتدخَّل تارة والقضاء أخرى لوضع تعريف له.

ولمَّا كان تحديد مفهوم الغير أمراً مهماً في هذه الدراسة، فإنَّ البحث في تأصيله القانوني وجوانبه التاريخية لا يقل أهمية عن ذلك، حيث يُمكننا من الوقوف على خلفيات وجوده في مجال القانون الخاص ومعرفة أحكام تطبيقه والأثر الذي يحدثه في عالم القانون والنتائج المترتبة عليه إجمالاً.

وأمام ذلك كله، نتعرض في هذا الباب من هذه الأطروحة إلى مفهوم الغير في نطاق القانون عموماً في الفصل الأول، والتطرق إلى أصله التاريخي في الفصل الثاني.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للغير في القانون

يدل المفهوم على تمثيل فكري لشيء أو عنصر⁽¹⁾، كما يعبر عن تعريف شيء بصفة موضوعية. ويسمح المفهوم بإخضاع الشيء إلى معايير معينة إذا توفرت فيه اعتبر مفهوماً وإذا لم تتوفر فيه لا يعتبر كذلك.

وإنفاذاً لذلك، نطبق هذا المنطق على الغير لنبحث فيما إذا كان مفهوم هذا الأخير موجوداً، مع الأخذ بعين الاعتبار بعض العناصر أو المعايير المعينة تسمح لنا بتعريف أي شخص بأنه "غير".

وعليه، ندرس في هذا الفصل التعريف بالغير في مراجع القانون عموماً وكتب القانون الإداري خصوصاً والإحاطة بجميع جوانبه في مبحث أول، لنخرج بعد ذلك على تحديد طبيعته القانونية من خلال الوقوف على مركزه والآثار التي تلحقه في مبحث ثان.

المبحث الأول

التعريف بالغير

للغير مكانة أساسية في نطاق القانون عموماً، وهو الأمر الذي ترجم في النصوص القانونية والاجتهادات القضائية وأكثر تفصيلاً في كتابات فقهاء القانون وشراحه، واعتباراً لذلك تنوعت وتعددت التعريفات التي تتناول فكرة الغير في القانون ما يؤكد عدم تجانسها واتساقها مع بعضها، بل الخلط في أحيان أخرى بين الغير والطرف ما يؤكد عدم ثبات فكرة الغير وصعوبة إيجاد تعريف دقيق لها.

وعليه، نود من هذه الدراسة الوقوف على حقيقة مصطلح الغير وتبيان حدوده المفاهيمية بناء على ما جادت به أقلام شراح القانون، ذلك من خلال وضع تعريف له في مطلب أول، وكذا الوقوف على حقيقته في مجالات معينة في مطلب ثان.

¹⁾ Le concept est une représentation intellectuelle d'une chose ou d'un élément. le petit larousse, op.cit, p. 231.

المطلب الأول

الغير لغة واصطلاحاً

تحتم علينا عملية البحث في تعريف جامع للغير ابتداء معرفة وجوده أو عدمه في عدد معقول من الحالات والدراسات التي عالجتة ، وعليه فإنَّ المنهجية التي نعتمدها هنا تقتضي أن نبدأ عملية البحث في معاجم القانون ومؤلفات القانون الخاص، لنختتم هذه الدراسة بالبحث في مراجع القانون الإداري، وبناء على ذلك فإنَّ السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: كيف تعاملت مراجع القانون عامة والقانون الإداري خاصة مع فكرة الغير، وما مدى تباينها أو توافقها في ذلك؟

الفرع الأول

الغير لغة

قبل البحث في مراجع القانون عن تعريف الغير، نسلط الضوء على معاجم اللغة لمعرفة المعنى اللغوي له، وعليه، لكلمة غير معان عدة، فقد تأتي بمعنى سوى والجمع أغيار، وهي كلمة يوصف بها ويستثنى، فإن وصفتَ بها أتبعته إعراب ما قبلها، وإن استثنيتَ بها أعربتَها بالإعراب الذي يجب للاسم الواقع بعد إلاً، وذلك أن أصل (غير) صفة والاستثناء عارض مثل قولك: "جاء غيرهم" أي سواهم⁽¹⁾ ، وفي التهذيب غير من حروف المعاني تكون نعنا وتكون بمعنى لا. يقول الله تعالى " ما لكم لا تتاصرون " يعني ما لكم غير متناصرين، وتقول ما جائني غيرك وتريد ما جائني إلا أنت. وقد تكون اسماً مثل ذلك قولك: "مررت بغيرك، وهذا غيرك"⁽²⁾.

ويرى ابن فارس في "غير": أن العَيْن والياء والراء أصلان صحيحان، يدلُّ أحدهما على صلاح وإصلاحٍ ومنفعةٍ، والآخر على اختلاف شيئين. فالأولُ الغيرة، وهي الميرة بها صلاحُ العيال. والأصل الآخر: قولنا: هذا الشيءُ غيرُ ذلك، أي هو سواه وخلافه. ومن الباب: الاستثناء بغير⁽³⁾.

⁽¹⁾ محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1983، ص.482.

⁽²⁾ أبي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، ج5، دار صادر، بيروت، د س ن، ص.39 وما بعدها.

⁽³⁾ بشير سالم فرح، نماذج ل"غير" معانيها واستعمالاتها ودلالاتها في القرآن الكريم، مجلة رسالة النجف، مجلة الكترونية تصدرها جامعة النجف الأشرف الدينية، السنة الثامنة، العراق، جوان، 2012، ع.21. منشورة على الموقع الإلكتروني: www.al-najaf.org.

وقال الأزهرى، ويكون غير بمعنى ليس كما تقول العرب: كلام الله غير مخلوق وليس بمخلوق، وقوله عز وجل "هل من خالق غير الله يرزقكم"(1).

"غير" اسم ملازم للإضافة والإبهام، فلا تتعرّف ما لم تقع بين ضدين، ومن ثم جاز وصف المعرفة بها في قوله تعالى: "غير المغضوب عليهم"، ولذلك قال الفراء أنها تتعرف بالإضافة إلى المعرفة. والأصل أن تكون وصفاً للنكرة نحو: "فنعمل غير الذي كنّا نعمل"(2).

الفرع الثاني

الغير اصطلاحاً

تعددت تعريفات الغير في اصطلاح القانون، وذلك باختلاف وجهات نظر الشراح والزواوية التي ينظر إليها كل منهم. واعتباراً لذلك، نقوم بدراسة تعريف الغير في معاجم القانون ثم تلك المتخصصة في القانون الخاص فالقانون الإداري، ذلك من أجل الحصول على تعريف واضح ودقيق لفكرة الغير.

أولاً: الغير في معاجم القانون

إنّ أية دراسة وصفية لمصطلح قانوني يجب أن تستند ابتداءً إلى معاجم المصطلحات القانونية، فقد جاء في قاموس la rousse:

« chaque partie d'un tout en trois parties égales :Cinque et le tier de quinz ».

(أي أنّ الغير يحمل عدة معاني من بينها أولاً، الغير: جزء من كل مقسم إلى ثلاث أجزاء متساوية، فالعدد 5 هو ثلث للعدد 15. إنّ هذا التعريف يتناول الغير بطريقة رياضية دون النظر إليه كشخص وهو ما يهمننا في بحثنا(3).

أمّا المعنى الثاني للغير فيدل على الشخص الثالث troisième personne(4)، يعتبر هذا

¹ محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، المرجع السابق، ص.483.

² للاستزادة حول معاني كلمة غير في اللغة وفي معاني القرآن، ينظر، بشير سالم فرج، نماذج ل"غير" معانيها واستعمالاتها ودلالاتها في القرآن الكريم، المرجع السابق.

³ Le petit larousse, op.cit , p.1011-1012 .

⁴ le dictionnaire en langue française d'emile littré ,francois.gannaz.free.fr, consulté le 10/10/2017.

التعريف أكثر دلالة من التعريف الأول للغير، فإذا كان الغير شخصا ثالثا فهذا يعني وجود قبل أو في نفس الوقت شخص مع هذا الشخص الغير.

أمّا قاموس المصطلحات القانونية للباحث Gérard CORNU يرى بأن:

« le tiers une personne étranger à une situation juridique ».

(الغير شخص أجنبي عن وضعية قانونية)، إذا الغير ليس فقط أجنبيا عن مجموعة بل هو أجنبي عن وضعية قانونية، هذه الوضعية تتكون من عدة روابط على أساس القانون وتجمع بين عدة أشخاص يقصى منها أشخاص آخرون⁽¹⁾، فما نلاحظ على هذا التعريف أنه سلبي، كما أنه يجب أن نعرف الوضعية القانونية لنبحث فيمن يعد من الأشخاص الذين يرتبطون بهذه الوضعية وبالتالي معرفة الأغيار الذين لا تربطهم صلة بهذه الوضعية⁽²⁾.

بالرجوع إلى تعريف السيد Gérard CORNU الذي يرى بأن الغير هو الأجنبي عن وضعية قانونية، نرى أنه يعرف الغير عن طريق غرابته عن وضعية قانونية، ومع هذا نجد أنّ هذا التعريف يبقى أكثر تعبيرا عن المقصود لأنّه يعرف الغير بطريقة أكثر توسعا وعمومية، كما يمكن استعمال هذا التعريف في القانون الإداري كما في القانون الخاص. إنّ هذا التعريف هو الأكثر ملاءمة حيث يأخذ في الاعتبار وضعية قانونية معينة وهو قابل للتطبيق على كل الدراسات القانونية.

ويدل مصطلح "وضعية قانونية" على عنصر، حالة، فعل، مشكل قانوني، منظور إليهم من وجهة القانون. وبناء على ذلك فإنّ الباحث يعرف الغير بطريقة تمكن من استعماله في كل الوضعيات القانونية مهما كان القانون الواجب التطبيق عليها⁽³⁾.

إذا فالغير يعرف بمحتواه أو مضمونه من حيث أنّه: "كل شخص طبيعي أو معنوي أجنبي عن شيء ما، هذا الشيء هو وضعية قانونية. غير أنّ السؤال الذي يطرح هنا هو: إذا كان الغير غريبا عن وضعية قانونية فهو لا يضار ولا ينتفع منها، وعليه، أليس من المنطقي أن

¹) Gérard CORNU, vocabulaire juridique, P.U.F, 2007, p. 864.

²) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en droit, faculté de droit, sciences économiques et gestion, université nancy2, 2010, p.51.

³) Ibid, p.53.

تتكون كلمة وضعية قانونية من شطرين وضع وقانون، ويدل الوضع على جميع الأحداث، الظروف، العلاقات الملموسة بين الأشخاص، مجموعة، تنظمها النصوص القانونية www.larousse.fr، تاريخ زيارة الموقع: 2018/10/19.

يتأثر هذا الغير وربما يؤثر في هذا الوضع؟ ذلك ما نود الإجابة عنه من خلال البحث في كتب القانون الخاص فالقانون الإداري.

ثانيا: الغير في المؤلفات القانونية

نحصر هذه الجزئية في التعرض لبعض المراجع في القانون المدني، نظرا لأن التعاريف التي تناولت الغير هنا لا تختلف في جوهرها ولكن تختلف فقط من حيث مداها.

لقد جاء في كتاب عبد الحكم فوده⁽¹⁾ بأنَّ الغيرية يقصد بها من كان أجنبيا عن العقد، ولا علاقة له بطرفيه، كما تنطبق على الخلف سواء كان عاما أو خاصا في بعض الحالات. وإذا كان الشخص من الغير فهو لا يستطيع أن يتمسك بالحقوق المُخَلَّفة عن العقد ولا أن يلتزم بالتزاماته، إلا في حالة الاشتراط لمصلحة الغير أو التعهد عن الغير.

ومثله يعرف الأستاذ سيف رجب قزامل الغير على أنه: "شخص لا يستطيع المطالبة بما نتج عن العقد من حقوق كما لا يتم إلزامه بأحكامه، وينطبق هذا المعنى على الخلف العام والخاص في وضعيات معينة⁽²⁾. وفي نفس السياق يقصد بالغير "من كان أجنبيا عن العقد، وكان المفروض طبقا لقاعدة نسبية أثر العقد، أن يبقى بعيدا عن التأثير بالعقد، فلا يتلقى منه حقا، ولا يتحمل بسببه التزاما ومع ذلك يجوز له -طبقا للقانون- أن يتلقى حقوقا عن العقد كما يمكن أن يرتب التزامات في ذمته"⁽³⁾.

ويراد بالغير-وفق تعريف آخر-بأنه وصف على الشخص للدلالة على أنه مستقل تماما بالنسبة لمركز قانوني معين، فلا يجوز أن يتأثر بهذا المركز ولا أن يؤثر فيه، ومن هنا كان الغير بالنسبة للعقد شخصا لا تمسه شريعة ولا ينصرف إليه أثرها إلا في نطاق محدود⁽⁴⁾.

إنَّ ما نلاحظه من هذه التعريفات أنها وردت في مجال واحد من مجالات القانون الخاص وهو العقد كمصدر من مصادر الالتزام، مع العلم أنَّ تطبيقات الغير أوسع من ذلك وأعم، حيث نجده في مجال المسؤولية المدنية مثلا، كما أنها لم تعرف الغير تعريفا دقيقا وواضحا

⁽¹⁾ عبد الحكم فودة، النسبية والغيرية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، 1996، ص.02.

⁽²⁾ ينظر، مؤلفه، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص.22.

⁽³⁾ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص.120.

⁽⁴⁾ صبري محمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة مقارنة في النظرية العامة للالتزام، ط.1، دار الثقافة، عمان، 2001، ص.15.

ومفهوما بل بينت أنّ العقد يحكمه مبدأ النسبية، واستثناء من ذلك تنتقل آثاره إلى غير المتعاقدين، بل أبعد من ذلك اعتبرت أنّ الخلف العام والخاص للعاقدين أغيارا في حالات معينة. وبالتالي فإنّ هذه التعريفات تعيدنا من جديد إلى التساؤل الأساسي من هو الغير؟ لتكون الإجابة عن ذلك هي أنّه الذي لا ينصرف إليه أثر العقد. بالإضافة إلى ذلك فإنّ بعض التعريفات تصبغ وصف الطرف على النائب في الوقت الذي لا يعتبر ممن يدخل في حكم المتعاقد، حيث تسري عليه آثار العقد.

إنّ مفهوم الغير في القانون المدني يُفترض أن يستند على فكرة حماية المعاملات والتصرفات القانونية وكذا استقرارها، أي ضمان استقرار المراكز القانونية لبعض الأشخاص، وهو ما نجده في التطبيق القانوني لفكرة نسبية العقد المدني أو قوة العقد من حيث الأشخاص، وأقل من ذلك في مجال المسؤولية المدنية حماية للطرف المضرور وتحديد المسؤول عن الضرر كما في المسؤولية عن فعل الغير. إلا أنّ الغير في القانون الإداري يتبلور دوره أساسا في حماية مبدأ المشروعية من خلال إرجاع الإدارة جادة الصواب وكذا ضمان استقرار المراكز القانونية للأشخاص وتوفير الحماية القضائية لهم في مجال المسؤولية الإدارية، وعليه كيف تناولت المراجع المتخصصة في القانون الإداري لفكرة الغير وكيف عرفتته؟ ذلك ما نجيب عنه في العنصر الموالي.

ثالثا: الغير في مراجع القانون الإداري

يقتضي البحث منّا عن التعريف بالغير هنا الرجوع إلى المراجع المتعلقة بالأعمال الإدارية خاصة منها التعاقدية، وكذلك تلك المتعلقة بالمسؤولية الإدارية كون مصطلح الغير متداول فيها بكثرة.

1- التعريف بالغير في مجال الأعمال القانونية الإدارية

فيما يخص الغير في الرابطة العقدية في القانون الإداري، فإنّه حسب أحد الباحثين وهو سامي حسن نجم الدين الحمداني⁽¹⁾ يختلف معنى الغير في العقود الإدارية نوعا ما عن الغير في مجال القانون الخاص، وذلك لكثرة الروابط وتشابكها التي تنتجها العقود الإدارية قياسا على عقود القانون الخاص من جهة، ولكون العقود الإدارية لا تبرم لغاية في ذاتها بقدر ما تكون

⁽¹⁾ سامي حسن نجم الدين الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص. 39.

أسلوباً من الأساليب التي تتبعها الإدارة في تنظيم وتسيير المرافق العامة التي تقدم الخدمات للجمهور من جهة أخرى، غير أنّ هذا القول لا يلامس الصواب، صحيح أنّ مفهوم الغير في القانون الإداري يختلف عنه في القانون الخاص ويتمثل هذا الاختلاف في نطاق ومدى ومجال كل منهما والقانون الواجب التطبيق على كل حالة، لكن من حيث الجوهر فالغير في القانون الإداري هو نفسه الغير في القانون الخاص، إنّ هذا القول هو ما دفع بعض شراح القانون الإداري إلى تحديد مفهوم الغير على أساس النتائج التي يمكن أن تلحقه وكذا نطاق هذا الغير دون تعريفه تعريفاً دقيقاً وواضحاً⁽¹⁾.

وبالرغم من ذلك هناك من المحاولات الفقهية التي عرفت الغير في إطار العلاقة التعاقدية في القانون الإداري، من ذلك مثلاً التعريف الذي يرى الغير بأنه "الأجنبي عن العقد أصلاً إعمالاً لمبدأ نسبية أثر العقود التي تنصرف آثارها إلى أطرافها فقط"⁽²⁾. ومثله وأكثر، جاء في تعريف آخر بأنّ الغير في العقد الإداري كل شخص طبيعي أو معنوي غريب عن العقد تنتقل إليه الحقوق والالتزامات التي يربتها العقد الإداري لأطرافه باعتباره طرفاً في هذا العقد دون أن يكون له أدنى تدخل عند عملية إبرامه⁽³⁾.

إنّ ما يلاحظ على هذه التعريفات أنها عرّفت الغير بطريقة سلبية استناداً إلى معيار الغرابة، مقتصرة في ذلك على تحديد الآثار التي يمكن أن تلحقه من هذه العقود وهي نفسها في ذلك نفس عقود القانون الخاص، كما أنّها أخلطت من حيث نطاق تطبيقه في هذه الحال، فإذا كان المتعاقد شخصاً طبيعياً أو معنوياً خاصاً له خلف عام وخاص فإنّ الأمر غير ذلك بالنسبة للشخص المعنوي العام، هذا بالإضافة إلى اعتبار الغير طرفاً في هذه العقود وعدم الأخذ بعين الاعتبار المصالح التي يحميها كل قانون وأيضا القانون الواجب التطبيق في هذه الحال ما يدفعنا إلى القول بأنّ هذه التعريفات لا يعوّل عليها لأن تكون تعريفاً دقيقاً للغير على الأقل في مجال العقود الإدارية.

أمّا عن مجال الأعمال القانونية الإدارية المنفردة، فقد وردت بعض التعريفات للغير، من ذلك مثلاً ذلك المتعلق بشق منازعات الإلغاء، حيث ورد تعريف للغير فيما يتعلق بحجية حكم

⁽¹⁾ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 2008، ص.830.

⁽²⁾ سحر جبار يعقوب، القرار الإداري المنفصل وأثره على الغير، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والإدارية، جامعة الكوفة، العراق، 2009، ع.3، رقم 12، ص.188.

⁽³⁾ فراس مؤيد أحمد، الغير في العقد الإداري، مجلة كلية الآداب، د.س.ن، ع.97، ص.634 وما بعدها.

إلغاء القرار الإداري: "الغير المطلق هو كل من كان أجنبيا بصورة مطلقة بالنسبة للقرار الملغى، ومع ذلك يمسه تنفيذ حكم الإلغاء بطريقة غير مباشرة، كالموظف الذي يعين في الوظيفة التي تخلو نتيجة فصل موظف آخر إذ يترتب على إلغاء قرار الفصل في كثير من الأحيان ضرورة ترك الموظف لوظيفته ليتسنى إعادة المفصول إليها" وفي نفس السياق، فإنَّ الغير كل من لم يكن خصما في دعوى الإلغاء أو ممثلا فيها ويمكن الاحتجاج لمواجهته بحكم الإلغاء الصادر، أو تكون له مصلحة في التمسك بهذا الحكم، أو يتأثر بتنفيذه بصورة مباشرة أو غير مباشرة⁽¹⁾.

إنَّ ما يمكن أن نلاحظه من هذا التعريف أنَّه تناول الغير بطريقة سلبية أيضا، أي غرابته عن القرار الإداري كما استند في ذلك على الآثار التي يمكن أن تلحقه دون تعريف الغير من حيث هو، وعليه يعتبر هذا التعريف ناقصا ولا يمكن الاعتماد عليه.

هذا، وورد تعريف آخر للغير في مجال نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري للأستاذ عاطف نصر مسلمي علي⁽²⁾، حيث يرى أنَّ الغير عموما "كل شخص يتأثر بوضع معين ولا يكون طرفا أو ممثلا فيه أو ساهم في قيامه، واعتبارا لذلك فإنَّ المتعامل مع صاحب المركز الظاهر لا يعتبر وفقا لذلك المفهوم من الغير بالنسبة للتصرف المبرم بينه وبين صاحب المركز الظاهر، ذلك لأنَّه طرف ساهم في نشأته وقيامه"، أما المقصود بالغير في نظرية الأوضاع الظاهرة فهو الشخص الأجنبي عن التصرف أو الواقعة التي أنشأت الظاهر، ذلك أنَّ جوهر نظرية الأوضاع الظاهرة بصفة عامة هو حماية الغير حسن النية، فالغير هو الأجنبي عن الظاهر⁽³⁾.

إنَّ ما يمكن قوله عن هذا التعريف أنَّه أخلط ما بين تعريف الغير عموما والغير في نظرية الأوضاع الظاهرة، فإن كان الغير عموما الشخص الأجنبي عن وضعية قانونية قد يتأثر بها، فلماذا يعتبر الذي شارك في إنشاء الوضع الظاهر غيرا بالرغم من أنَّه عنصر أساسي في نشأة

⁽¹⁾ ميسون جريس الأعرج، آثار حكم إلغاء القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص. 134 وما بعدها.

⁽²⁾ إنَّ التعرض لمسألة الغير بالنسبة لنظرية الأوضاع الظاهرة في الجزئية المتعلقة بالأعمال الإدارية المنفردة يتمثل في كونها الأكثر تطبيقا في ذلك، مع العلم أنَّ هذه النظرية لها تطبيقات أخرى في غير هذه المجالات. للتفصيل أكثر، ينظر، عاطف نصر مسلمي علي، نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري، دراسة مقارنة، شركة مطابع الطويجي التجارية، د.س.ن، ص. 231-306.

⁽³⁾ المرجع عينه، ص. 377.

الظاهر، إضافة إلى ذلك فإنَّ الباحث استند في تمييزه بين الغير والطرف في العلاقة على معيار حسن النية، ومن ثمة إذا كان الشخص سيء النية فلا يعد غيرا.

إنَّ التعريفات المقدمة أعلاه متباينة فيما بينها ولعل السبب في هذا الخلط وعدم الوضوح يتمثل في أنَّها طُرِحت بطريقة عرضية لم تتناول موضوع الغير باستقلالية. وعليه، نبحت في مسألة أخرى من مسائل القانون الإداري وهي المسؤولية الإدارية.

2-التعريف بالغير في مجال المسؤولية الإدارية (الوقائع القانونية)

تعتبر المسؤولية الإدارية المجال الخصب لتطبيقات الغير، ويبدو ذلك واضحا فيما يتعلق بفعل الغير عموما، وفي مجال المسؤولية عن الأضرار الناشئة عن الأشغال العامة خصوصا.

ففيما يتعلق بفعل الغير في مجال المسؤولية الإدارية، يقصد بالغير

« une personne autre que l'administration et la victime ».

(شخص غير الإدارة والضحية) ⁽¹⁾، ويعتبر خطأ الغير هنا سببا أجنبيا لعب دورا في حدوث الضرر، قد يخفف من مسؤولية المدعى عليه أو يعفيه منها كلية⁽²⁾، غير أنَّ ما يميز هذا التعريف أنَّه ورد بصفة غير دقيقة إذ لم يعرف لنا الغير ومن هو، بل اقتصر على تحديد مدى انطباق صفة هذا الغير، أي تحديد الأشخاص الذين لا تشملهم هذه الصفة.

هذا عن فعل الغير في مجال المسؤولية الإدارية عموما، أمَّا الغير في مجال المسؤولية الإدارية عن الضرر اللاحق بسبب الأشغال العامة فيتمثل في " من لا يشترك ولا يساهم في تنفيذ الأشغال العامة ولا يستخدم هذا المنشأ استخداما مباشرا، ومن جهة أخرى لا يجني أية فائدة، فهو غريب عن الأشغال لكنه مجاور لها أو للمنشآت العامة"⁽³⁾، وفي نفس السياق فإنَّ الأغيار في مجال المسؤولية عن الأشغال العامة

« les tiers sont les personne ayant subit un dommage de travaux public son avoir ni qualité de participants, ni d'usger d'un ouvrage public ».

¹⁾ Georges VEDEL, Pierre DELVOLLE, droit administratif, t. 1, P.U.F, thémis droit, 12e éd., 1992,618.

²⁾ لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثالث نظام التعويض في المسؤولية الإدارية، ط.1، دار الخلدونية، 2007،ص. 78 .

³⁾ نبيلة صديقي، مسؤولية الإدارة عن الأضرار المترتبة عن الأشغال العمومية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005-2006، ص.44..

هم الذين أصابهم ضرر عن الأشخاص العامة، وهم بذلك ليست له صفة المستفيد (المرتفق) (ولا المشارك)⁽¹⁾، وبتعبير أكثر وضوحاً فالغير هو الذي لا يشترك في تنفيذ الأشغال أو في تسيير المرفق العام ولا يستعمل المنشآت العامة ولا يستفيد منها والذي يعتبر غريباً تماماً عنها، واعتباراً لذلك يكون الغير أحد مجاوري الأشغال العامة، أو المنشآت العامة، أو أحد المارة⁽²⁾.

إنَّ ما يلاحظ على هذه التعريفات بأنَّها لم تعط تعريفاً دقيقاً للغير، بل تناولت تعريفه بصفة سلبية معتمدة على عنصر الإقصاء والغرابة. وعليه، فإنَّ التعريفات التي قيلت بشأن الغير في المسؤولية الإدارية عن الأضرار الناجمة عن الأشغال العامة الهدف منها هو فقط تحديد الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية وليس إعطاء تعريف دقيق ومفهوم وواضح للغير.

وهناك تعريف للغير في مجال المسؤولية الإدارية وخصوصاً في مجال الأضرار الناتجة عن المرافق العامة

« personne qui n'ont pas des relations normales avec le services, qui n'en sont pas ni des usagers, ni des cocontractants et qui peuvent pourtant entrer en relation avec lui par accident ».

(وهو الشخص الذي ليس له علاقة عادية مع المرفق، والذي لا يعتبر مرتفقاً، ولا معاوناً، ورغم ذلك يدخل في علاقة مع المرفق عن طريق الصدفة)⁽³⁾، إنَّ هذا التعريف لا يختلف عما قيل عن الغير في مجال المسؤولية عن الأشغال العامة، لكن الشيء الملفت أنَّه أُورد عبارة مهمة (الغير يدخل في علاقة مع المرفق صدفة) وهو ما يظهر هنا تفاعل الغير مع المرفق العام صدفة، مع العلم أنَّ هذه الأخيرة تبقى عرضية وغير إرادية، ومع ذلك فإنَّ هذا التعريف قد أبقى على معيار الغرابة والإقصاء.

إنَّ ما يمكن أن نستنتجه من التعريفات التي أوردناها بشأن الغير هو عدم وجود تعريف دقيق وواضح له يمكن استعماله في القانون بصفة عامة والقانون الإداري بصفة خاصة، وعليه

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit,p.60.

²⁾ علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ط.1، ج.1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2011، ص. 455-454.

³⁾ Guy BRAIBANT, Bernard STIRN, le droit administratif français presses de sciences po, dalloz, 7^{ème} éd., 2005, p.177.

نقترح تعريفا للغير بعد وضع توليفة بين عناصر التعاريف السابقة، واعتبار لذلك يعد غيرا "كل شخص طبيعي أو معنوي غريب عن وضعية قانونية معينة، لا يربطه أي رباط مع هذه الأخيرة ومع ذلك فإنه قد يتفاعل مع هذه الوضعية وسيتدخل في العلاقة مع الذي يعتبر أجنبيا عنه، ليحصل بذلك على صفة الطرف" ويعتبر هذا التعريف نتاجا لتطبيقات الغير بالنسبة الأعمال القانونية والوقائع القانونية، هذه العناصر هي التي تدخل في تكوين الوضعية القانونية⁽¹⁾.

إنَّ السؤال الذي يطرح هنا هو: إلى أيّ مدى يمكن وصف شخص معين بالغير، وهل كل غير هو غير وفقا للتعريف الذي قدمناه؟ ذلك ما نجيب عنه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

حقيقة الغير بناء على علاقته البيئية والوضعية القانونية ذات الصلة

ورد مصطلح الغير في مسائل عديدة من مسائل القانون الإداري، وقد اتخذ أوصافا تختلف من مسألة إلى أخرى، مع احتفاظه بمعيار الغرابة والحياد عن الوضعيات القانونية ذات الصلة، غير أنّ ما يلفت النظر ويترك مجالا للتساؤل هو: هل كل ما جاء عن الغير في مسائل القانون الإداري يعكس صراحة المفهوم الحقيقي للغير؟ وبتعبير آخر: ما هي علاقات التجاذب والتناظر بين الغير-في مسائل القانون الإداري- والوضعية القانونية ذات الصلة؟ ذلك ما نتولى الإجابة عنه من خلال دراسة العلاقة الإيجابية بين الغير والوضعية القانونية الذي يعكس المفهوم المقترح من قبلنا للغير (الفرع الأول)، وكذا العلاقة السلبية بينهما ما يبيّن ضبابية الغير المستعمل في ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول

العلاقة الإيجابية بين الغير والوضعية القانونية

نقصد هنا بالعلاقة الإيجابية بين الغير والوضعية القانونية ذات الصلة التي تحدد لنا الغير

⁽¹⁾ من أجل تجنب غموض المصطلحات، نشير أننا سنستعمل في طيات هذا البحث مصطلح الوضعية القانونية، ونستعمل كذلك مصطلح العلاقة القانونية للشرح والتفصيل وتبسيط المفاهيم، مع العلم أنّ العلاقة القانونية تشكل في حد ذاتها وضعية قانونية.

المحض أو الحقيقي، أي الغير المراد من دراستنا هذه، ويتبلور ذلك في دراسة علاقة الغير بالشخص المعنوي العام، وكذا علاقته بالعون العمومي.

أولاً: تحديد الغير بالنسبة للشخص المعنوي العام

يدل مصطلح الشخص العام على الجماعات العامة المتمثلة في الدولة، الجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة⁽¹⁾، وتنضوي الأشخاص المعنوية العامة تحت ما يسمى بالسلطة العامة⁽²⁾، وتختلف الأشخاص المعنوية العامة عن الأشخاص المعنوية الخاصة كأصل عام من حيث الهدف الذي وجدت من أجله، حيث أنّ الهدف من إنشاء الأشخاص المعنوية العامة هو تحقيق منفعة عامة، أمّا الهدف من إنشاء الأشخاص المعنوية الخاصة هو تحقيق منفعة خاصة⁽³⁾.

هذا، وتشكل الأشخاص المعنوية العامة فيما بينها مجموعة تسمى السلطة العامة، هذه المجموعة غير متجانسة فيما بينها، فإذا كان الغير أجنبياً عن وضعية قانونية معتبرة، فإنّ كل الأشخاص سواء كانت طبيعة أومعنوية، عامة أو خاصة، تعتبر في وقت معين أجنبية أو غريبة عن وضعية قانونية⁽⁴⁾، وبناء على ذلك فإنّ الشخص المعنوي العام يمكن أن يكون غيراً عن المجموعة التي ينتمي إليها (السلطة العامة) في الواقع، وفي مجال المنازعات الإدارية، إذا قامت جماعة محلية بالطعن في عمل معين فإنّ هذا لا يعني أنّ كل الجماعات المحلية والمؤسسات العامة وكذا الدولة يمكن لها أن تتدخل في هذه الدعوى، لأنّها ببساطة ليست معنية بالوضعية القانونية المشكّلة بين هذه الجماعة وأي طرف، هذه الأشخاص المعنوية العامة تبقى غريبة وأجنبية وبالتالي تكتسب صفة الغير⁽⁵⁾. ولنعطي بعض الأمثلة للتوضيح أكثر، فإذا أصدرت بلدية (أ) رخصة بناء فقام ساكن بهذه البلدية بالطعن لإلغاء في هذه

⁽¹⁾ تنص المادة 49 من القانون المدني الجزائري على أنّه: "الأشخاص الاعتبارية هي:

-الدولة، الولاية، البلدية

المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.....". الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع.78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر، ع.44، الصادرة بتاريخ 2005/06/26.

⁽²⁾ تستطيع أن تفرض إرادتها المنفردة جبراً أوامرهما.

Yves GAUDMET, droit administratif, 20^{ème} édition, L.G.D.J, lextenso édition, 2012, p.224.

⁽³⁾ مع الأخذ بعين الاعتبار القانون الواجب التطبيق على كل منهما والقاضي المختص بالنظر في منازعتهم. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط.2، مخبر الدراسات السلوكية والدراسات القانونية، 2007، ص.88.

⁽⁴⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.71

⁽⁵⁾ Ibid, p.72.

الرخصة، فإنّ هذا النزاع لا يعني البلديات الأخرى المجاورة للبلدية (أ) وبالتالي تعتبر غيرا عن هذا النزاع وفي نفس السياق، سببت بلدية (ب) ضررا لشخص طبيعي، فإنّ النزاع يخص هنا بعض الضحايا والبلدية (ب) مسببة الضرر، إذا البلديات الأخرى تبقى غيرا لأنّ ليس لها أي دور تلعبه في هذا النزاع.

وفي مجال العقود الإدارية، يعتبر الشخص المعنوي العام غيرا بالنسبة إلى عقد أبرمته جهة إدارية أخرى، فالعقد الإداري الذي أبرمته بلدية ما لا يرتب أثرا من الناحية القانونية كأصل عام تجاه بلدية أخرى أو مؤسسة عامة أو الدولة نفسها⁽¹⁾.

نستنتج مما تقدم ذكره أنّ الأشخاص المعنوية العامة وإن كانت تتجمع في مجموعة واحدة هي السلطة العامة إلا أنّها قد تكون غريبة عن بعضها البعض، ولعل السبب في ذلك يكمن في النتائج التي رتبها المشرع على منح الشخصية المعنوية لهذه الكيانات، ومن ذلك تمتعها بذمة مالية مستقلة، أهلية أداء وأهلية تقاضي، وكذا استقلال إداري⁽²⁾. وعليه، فإنّ الشخص المعنوي العام يجعل الأشخاص المعنوية العامة الأخرى من قبيل الغير بالنسبة للتصرفات القانونية و الأعمال المادية التي يقوم بها والتي تشكل في مجموعها وضعيات قانونية.

ثانيا: الغير والعون العمومي

يعتبر العون العمومي عنصرا مهما في تحديد العلاقة البينية بين الشخص المعنوي العام ومستخدميه، ذلك لتحديد وضعية الغير في هذه العلاقة وتحديد النتائج والآثار المترتبة على ذلك.

والعون هو

« l'agent est la personne chargée de gérer, d'administrer pour le compte d'autrui ».

(الشخص المكلف بالتسيير والإدارة لحساب الغير)⁽³⁾، ويعرف العون العمومي على أنّه:

« l'agent public peut être défini très généralement comme l'employé d'une

⁽¹⁾ سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، مرجع سابق، ص.49.

⁽²⁾ نفس المرجع، ص.49.

⁽³⁾ le petit la rousse, op.cit, p.222.

¹ «(1) personne publique ;celui, bien qu’investir de compétences de services public

(المستخدم من قبل الشخص العام الذي يتولى اختصاصات مرفق عام)، إنَّ هذا التعريف يدفعنا إلى التساؤل التالي: عن أيِّ مرفق نتحدث؟

تقسم المرافق العامة إلى قسمين: مرافق عامة إدارية ومرافق عامة صناعية وتجارية، ويكمن الفرق بينهما أساسا في طرق تسييرهما، فبالنسبة للمرافق العامة الإدارية فإنَّها تخضع للتسيير العمومي، أمَّا المرافق العامة الصناعية والتجارية فتخضع للتسيير الخاص⁽²⁾، وعليه فإذا كنَّا أمام مرفق عام إداري فالعون يعتبر عونا عموميا إذا كان يشارك بطريقة مباشرة في تنفيذ أو تشغيل المرفق العام الإداري، مع الأخذ بعين الاعتبار أنَّ الأعوان العموميين المتعاقدين ليسوا في وضعية قانونية تنظيمية⁽³⁾. أمَّا إذا كنَّا أمام مرافق صناعية أو تجارية، فمتى كان المرفق العام الصناعي أو التجاري مسيرا عن طريق التسيير المباشر أو المؤسسة العامة، فإنَّ القضاء قد قرر منذ وقت طويل بأنَّ هؤلاء الأشخاص لا يتمتعون بصفة الموظف العام باستثناء المدير والمحاسب، أمَّا الآخرون فهم في وضعية قانونية خاصة، واعتبار لذلك فإنَّ العون العام للمرفق العام الإداري يخضع للقانون العام ويختص القاضي الإداري بمنازعاته، على خلاف العون في المرافق الصناعية أو التجارية فهو يخضع للقانون الخاص ولمنازعات القاضي العادي باستثناء المدير والمحاسب⁽⁴⁾.

وخلاصة القول في ذلك هي إنَّ العمال في المرافق العامة الصناعية أو التجارية يشكلون فيما بينهم مجموعة متجانسة تعتبر غريبة أو أجنبية عن وضعية قانونية للمجموعة المشكلة بين العون العام والمرفق العام الإداري حتى وإن كان الشخص المعنوي العام هو نفسه صاحب المرافق العامة الإدارية والصناعية أو التجارية.

إنَّ العمال العموميون هم في خدمة المرفق العام لأنَّهم يعملون لديه، غير أنَّ هناك أشخاصا معنيين بالإضافة إلى الأعوان العموميون وهم معاونون: الموردون، المقاولون، أصحاب امتياز المرافق العامة... هؤلاء معاونون مهما كانت طبيعة الرباط الذي يربطهم بالشخص العام

¹ Yves GAUDMET, droit administratif, op.cit, p.450.

² Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.84.

³ Ibid, p.452.

⁴ Yves GAUDMET, droit administratif, ibid, p.455.

سواء عقداً أو قانوناً أو تنظيمياً فإنهم يختلفون عن الأعوان العامون باعتبار أن هؤلاء ليسوا مستخدمين (عاملين) في المرافق العامة، وبالتالي يعتبرون أجانب عن الوضعية القانونية عن المجموعة المشكلة من قبل الشخص المعنوي العام و الأعوان العموميين⁽¹⁾ .

إنّ الأعوان العموميين يشكلون مجموعة متباينة فيما بينهم، فهناك العمال المتعاقدون للمرفق العام الإداري والموظفون العامون، ويعرف الموظف العام من وجهة نظر القانون الإداري بأنه كل شخص يعين ويرسم بموجب قرار إداري في وظيفة عامة ذي طبيعة إدارية، وقد جاء في المادة 4 من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15/07/2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة⁽²⁾ على أنه: "يعتبر موظفاً عاماً كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري.

الترسيم هو الإجراء الذي يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتبته".

وفي نفس السياق، جاء في أحكام القانون الأساسي لموظفي الدولة والجماعات المحلية في فرنسا بأنّ الموظف العام شخص عين في وظيفة دائمة ومثبت في السلم الإداري⁽³⁾.

نستنتج من التعاريف أعلاه وجوب توافر عنصرين أساسيين حتى نكون بصدد موظف عام وهما:

- أن يشغل المستخدم وظيفة دائمة، وهو ما يقودنا إلى إبعاد فئة المعاونين الدائمين وكذا العرضيين للإدارة.

- الإدماج أو التثبيت في درجة ضمن السلم الإداري.

مع العلم أنّ الموظف العام في وضعية قانونية تنظيمية أساسية تجاه الإدارة وليس في وضعية تعاقدية⁽⁴⁾، واعتباراً لذلك كله، ومن باب الاستنتاج نقول: إنّ الموظفين العامين يخضعون لقانون أساسي عام وآخر خاص، وهم بذلك يشكلون مجموعة أو وضعية قانونية مع الشخص المعنوي العام، ومن لا ينتمي إلى هذه الأخيرة عد غيراً. ويدخل في مفهوم هذه الحالة

⁽¹⁾ تتمثل الوضعية القانونية هنا في الرابطة القانونية وهي الوظيفة التي تحددها القوانين.

⁽²⁾ ج. ر، ع.46، الصادرة بتاريخ 16 يوليو 2006.

⁽³⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p84.

⁽⁴⁾ تنص المادة 7 من الأمر 06-03 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العامة على أنه: "يكون الموظف تجاه الإدارة في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية".

الأعوان المتعاقدون في مرفق عام إداري، وهو ما تنص عليه المادة 02/12 من القانون الأساسي للوظيفة العامة بقولها: "ولا يخول شغل هذه المناصب الحق في اكتساب صفة الموظف أو الحق في الإدماج في رتبة من رتب الوظيفة العامة". بل أبعد من ذلك يمكن أن يكون من نفس المجموعة المشكّلة من قبل السلطة العامة وموظفيها فئة معينة لهم صفة الغير.

ونعطي مثالا على ذلك: فقد عوقب موظف عام بعقوبة تأديبية من قبل الشخص العام التابع له، ولكن لم يتخذ هذا الأخير أي إجراء من أجل الطعن في هذه العقوبة، فقامت نقابة الموظفين بالطعن في هذه العقوبة، جراء ذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي عدم قبول هذا الطعن لاعتبار النقابة غيرا وليست معنية بالعقوبة التأديبية، وبالتالي لا يمكن لها الطعن فيها لأنّ لا مصلحة لديها في ذلك⁽¹⁾. في هذه الحال تم تكوين علاقة ما بين الشخص العام والموظف العام (وضعية قانونية)، وعليه يبقى الموظفون الآخرون أجنبان عن هذه الحالة التي مست العلاقة الوظيفية. بناء على ما قيل أعلاه، نستنتج بأنّ الغير يتم تحديده بالنظر إلى الوضعية القانونية الأجنبي عنها، فالأعوان العموميون يشكلون مجموعة غير متجانسة، فهم يعتبرون أغيارا عن بعضهم البعض في مواطن عديدة.

الفرع الثاني

العلاقة السلبية بين الغير والوضعية القانونية

الهدف من البحث في العلاقة السلبية بين الغير والوضعية القانونية ذات الصلة هو الوصول إلى نتيجة مفادها أنّ الغير المستعمل في مجالات معينة ليس هو الغير الذي نبحت عنه، أو هو ما يمكن تسميته بالغير المزيف، وعليه، نتعرض لذلك في مجالين أساسيين في إطار القانون الإداري، وهما اعتراض الغير الخارج عن الخصومة وكذا المسؤولية الإدارية.

أولا: الغير في إطار اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

يبدو العنوان مركبا من عنصرين هما الغير واعتراض هذا الغير الخارج عن الخصومة، فإذا كان الأول يتسم بالمفهوم الواسع فإنّ الثاني يقتصر على مجال معين وهو مجال التقاضي. فإذا كنّا اقترحنا تعريفا للغير فإنّ الوضع هنا يتطلب مآ تحديد الإطار المفاهيمي والقانوني

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p88.

لإجراء اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، للوصول إلى الهدف الذي نرجوه من هذه الدراسة ألا وهو جوهر حقيقة الغير الخارج عن الخصومة.

1-التعريف باعترض الغير الخارج عن الخصومة

تتوعد التعريفات الفقهية لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة، فمن ذلك مثلا التعريف الذي يرى بأنّه "طريق طعن غير عادي في الأحكام يرمي إلى الرجوع عن الحكم أو تعديله لمصلحة شخص خارج عن الخصومة التي انتهت بصدوره"، كما تم تعريفه على أنّه: "طريق طعن غير عادي للطعن في حكم مبرم يسمح به المشرع لشخص لم يكن خصما أو ممثلا أو متدخلا في الدعوى التي انتهت به، وذلك لدفع كل ما يمس حقوقه، بل على أشخاص آخرين قد لا يعتبرون من الغير تماما بالنسبة للحكم المبرم"⁽¹⁾.

كما تم اعتباره على أنّه إجراء يسمح للغير المعترض الذي ليس طرفا ولا ممثلا في دعوى بطلب سحب أو تعديل حكم صادر عن محكمة، أو أنّه طعن قضائي يسمح للغير بحماية حقوقه المضرورة من خلال قرار قضائي موضع شك⁽²⁾. فإذا كان الفقه قدم تعريفا لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة فهل قدمت التشريعات تعريفا له؟

ينص المشرع الجزائري في المادة 960 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّه: "يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار الذي فصل في أصل النزاع.

يفصل في القضية من جديد من حيث الوقائع والقانون"⁽³⁾.

وجاء في المادة 582 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنّه:

« La tierce opposition tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque Elle remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit ».

⁽¹⁾ عبد الحفيظ علي الشيمي، عماد عبد الكريم قطّان، اعتراض الخارج عن الخصومة في القضائين العادي والإداري "دراسة في القانون القطري والمقارن"، المجلة القانونية والقضائية، وزارة العدل، قطر، 2015، ع.18، ص.42. للإشارة فإنّ المشرع المصري قد ألغى إجراء اعتراض الغير الخارج عن الخصومة وأتى مكانه بإجراء التماس إعادة النظر في الأحكام.

⁽²⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.94.

⁽³⁾ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع.21، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

(يهدف اعتراض الغير إلى تعديل حكم قضائي لمصلحة هذا الغير، وذلك بهدف الحكم من جديد في الوقائع وفي القانون) ، وعلى سبيل المثال جاء في الفصل 303 من قانون المسطرة المدنية بالمغرب على أنه: " يمكن لكل شخص أن يعترض على حكم قضائي يمس بحقوقه إذا كان لم يستدع هو أو من ينوب عنه في الدعوى".

ويكمن السبب الذي دعا بالمشروع إلى فتح الطعن أمام الغير عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في قرار لم يكن طرفاً فيه ولا ممثلاً في تجنب تنفيذ حكم ضد الغير لما يمكن أن تلحقه من نتائج قد تضر بمصالحه. هذا عن تعريف اعتراض الغير فما هي شروطه؟

2- شروط اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

تتعدد شروط أعمال إجراء اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، فمنها ما يتعلق بالأحكام محل هذا الإجراء ومنها ما يتعلق بالطاعن، وشروط أخرى نعرضها تباعاً.

أ- الشروط المتعلقة بالأحكام والقرارات التي يجوز الطعن فيها بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

أورد المشروع الجزائري طعن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ضمن الطرق غير العادية للطعن في الأحكام، وعلى غرار الطعن بالنقض الذي حدد المشروع أوجهه على سبيل الحصر⁽¹⁾، فإنه بالنسبة لاعتراض الغير فقد جعل منه الجواز أي كقاعدة عامة، وعليه فقد حددت المادة 960 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مدى الأحكام التي يشملها هذا الإجراء، وتبعاً لذلك، يجوز تقديم اعتراض الغير على أي حكم أو قرار صادر عن محكمة ابتدائية أو استئنافية أو حتى الطعن بالنقض.

وللإشارة فإن اعتراض الغير يوجه ضد منطوق الحكم وليس أسبابه أو حيثياته، وهذا أمر منطقي حيث أن منطوق الحكم هو الذي يكتسب حجية الأمر المقضي به، كما أن الضرر الذي يصيب الطاعن إنما يكون من منطوق الحكم القابل للتنفيذ وليس أسبابه⁽²⁾.

ويشمل اعتراض الغير منازعات الإلغاء المتعلقة بالقرارات الفردية واللائحية وكذا منازعات القضاء الشامل متى توفرت المصلحة للطاعن، ويجد هذا النوع من الطعون مجاله في ميدان

⁽¹⁾ ينظر، المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁽²⁾ عبد الحفيظ علي الشيمي، عماد عبد الكريم قطن، اعتراض الخارج عن الخصومة، المرجع السابق، ص. 242.

الاعتراض على التعيينات والترقيات والترخيص الممنوحة بقرارات فردية وإعلان نتائج الانتخابات، والمنح المؤقت للصفقات العمومية.

فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ضد كافة الأحكام الصادرة في المنازعات الإدارية والتي يكون موضوعها إلغاء قرار إداري فردي أو لائحي، كما قبل الطعن بهذا الطريق في الأحكام الصادرة في المواد المستعجلة كالمنازعات المتعلقة بالانتخابات⁽¹⁾.

ب- الشروط المتعلقة بالطاعن

يجب على الطاعن الذي يريد أن يقدم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أن يتوفر فيه شرطان هما الصفة والمصلحة⁽²⁾.

تنص المادة 381 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز لكل شخص له مصلحة ولم يكن طرفاً ولا ممثلاً في الحكم أو القرار المطعون فيه، تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة".

ب/1-الصفة: يقصد بالصفة في الدعوى حالة أو وضعية قانونية تمكن من مباشرة الدعوى ورفعها تمنح لمن يكون صاحب الحق المعتدى عليه أو المهْدَد بالاعتداء في مواجهة المعتدي أو المهْدَد بالاعتداء⁽³⁾، وبالتالي فإنَّ المقصود من ذلك هو من يحق له رفع الدعوى.

وعليه، تثبت الصفة للطاعن في اعتراض الغير لمن كان غيراً بالنسبة للنزاع الأصلي، أي أن لا يكون طرفاً ولا ممثلاً في النزاع، وبتعبير أدق لم يكن ممثلاً في الخصومة لا شخصياً ولا نيابة ولم يستدع إليها، ولم ينتفع من الضمانات المقررة للخصوم⁽⁴⁾، وهو بذلك يستطيع أن

⁽¹⁾ للاستزادة، ينظر، هادي حسين عبد العلي الكعبي، مروى عبد الجليل، الطعن بطريق اعتراض الغير، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، 2014، ع.7، ص.407. وينظر في نفس السياق، عبد الحفيظ علي الشيمي، عماد عبد الكريم قطنان، اعتراض الخارج عن الخصومة، المرجع السابق، ص.251.

⁽²⁾ هما شرطان ضروريان لرفع أيّة دعوى، وهو ما تنص عليه المادة 1/13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، أو مصلحة محتملة يقرها القانون". وللإشارة، فإنَّ المادة 960 من نفس القانون أحالت في تطبيق أحكامها إلى المواد من 381 إلى 389 التي تتعلق بأحكام اعتراض الغير الخارج عن الخصومة في المادة المدنية.

⁽³⁾ سيد أحمد محمود، شرط المصلحة في الدعوى القضائية وشرط استمراريتها، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة 25، 2001، ملحق العدد4، ص.14.

⁽⁴⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit. p.425.

يلجأ إلى هذا الطريق، لأنَّ طريق الاستئناف مغلق أمامه، وبالتالي السماح له بالدفاع عن مصالحه في الدعوى التي صدر فيها حكم تضرر منه.

ونتيجة لذلك، فإنَّ الأشخاص الذين كانت لديهم فرصة الدفاع عن مصالحهم كالمتمدخل أو المدخل، أو حتَّى الشخص الذي فاته ميعاد الطعن لا يستطيعون تقديم اعتراض الغير لأنَّ الفرصة أتيحت لهم ولم يستغلوها في حينه⁽¹⁾.

ب/2 المصلحة: كما يجب أن تكون للغير المعترض مصلحة شخصية ومباشرة، أي أن يكون من يربطه طعن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة هو صاحب الحق أو المركز القانوني الذي تم الاعتداء عليه⁽²⁾، كما يجب أن تكون المصلحة حالة وقائمة، الهدف منها منع وقوع الضرر أو آثار سلبية ناتجة عن الحكم أو القرار، أو هي الوقاية والاحتياط من الآثار الضارة من هذا الحكم أو القرار مما يجعل لصاحبها فائدة مادية أو معنوية⁽³⁾. وعلى سبيل المقارنة، فإن قانون الإجراءات الإدارية الفرنسي لم يشترط وجود مصلحة شخصية مباشرة لقبول اعتراض الغير الخارج عن الخصومة وإنما ذهب أبعد من ذلك حين اشترط وجود ضرر لحق نتيجة الحكم المطعون فيه بهذا الطريق⁽⁴⁾، وبهذا فقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي تفسيراً واسعاً لعبارة "الحق الذي أصابه الضرر" حيث ذهب إلى تبني مفهوم المصلحة المباشرة والشخصية بشأن ذلك، بل أبعد من ذلك تلك المصلحة التي تجيز قبول الطعن بالإلغاء على القرارات الإدارية لتصل إلى مفهوم المصلحة المحتملة. وإذا كان مفهوم الحق ينطبق على الحقوق المكتسبة في دعاوي القضاء الكامل فإنَّ القاضي الإداري الفرنسي وسع من مفهوم الحق المبرر لقبول اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ليجعله قريباً من فكرة المصلحة المقررة لنظر دعاوي تجاوز السلطة، ومن تطبيقات ذلك في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ذلك المتعلق بقضية Dame Birry الصادر عام 1965، حيث تمحور موضوع هذه القضية حول مدى اعتبار الحكم الصادر بإلغاء قرار إداري بوضع طفل على قائمة الأيتام المكفولين من

⁽¹⁾ عبد الحفيظ علي الشيمي، عماد عبد الكريم قطّان، اعتراض الخارج عن الخصومة، المرجع السابق، ص.253.

⁽²⁾ محمد نايف العتيبي، المصلحة في دعوى الإلغاء، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة 25، 2001، ملحق العدد4، ص38.

⁽³⁾ سوسي الجبالي، حول اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، مجلة المحامي، منظمة المحامين لسبيدي بلعباس، 2003، ع.00، ص.34.

⁽⁴⁾ المادة 1-832R من تنظيم قانون الإجراءات الإدارية الفرنسي، وعلى سبيل المقارنة أخذ قانون الإجراءات المدنية الفرنسي من خلال المادة 582 بالمصلحة الشخصية المباشرة.

قبل الدولة يمكن أن يضر بحق شخص حصل مسبقاً على الموافقة لتبني هذا الطفل من مجلس الأسرة، واعتباراً لذلك، رأى مجلس الدولة أنّ الحكم الصادر بإلغاء القرار بمثابة إضرار بحق شخص سبق له تبني هذا الطفل ولم يكن ممثلاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم بالإلغاء⁽¹⁾.

ج- الشروط الأخرى لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة

تتمثل هذه الشروط في الآتي: المواعيد والأجال، والمحكمة المختصة بالنظر في الطعن. ج/1 المواعيد والأجال: وضع المشرع الجزائري من خلال المادة 384 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قاعدة عامة تقضي ببقاء اعتراض الغير الخارج عن الخصومة لمدة 15 سنة تحسب من يوم صدوره⁽²⁾، أمّا الاستثناء من ذلك فيظهر في قاعدة الشهرين في حالة التبليغ الرسمي للغير، حيث يمكن لهذا الغير أن يقدم اعتراضه خلال هذه المدة تحسب من تاريخ التبليغ الرسمي لهذا الحكم. وبالتالي يمكن للشخص الذي سيحتج بحكم صادر لصالحه ويخشى من اعتراض الغير خلال فترة طويلة أن يقوم بإعلام هذا الغير ليجبره على الاعتراض خلال شهرين فقط، ويجب أن يكون التبليغ صحيحاً وأن يشير إلى الحق في ممارسة هذا الإجراء في الأجل المقرر لذلك.

أمّا عن المشرع الفرنسي، فينص في المادة 2-832R من قانون الإجراءات الإدارية على أن يقدم اعتراض الغير في أجل الشهرين من تاريخ تبليغ الحكم أو العلم به، كما يمكن أن يمدد الأجل أمام بعض المحاكم الإدارية إلى ثلاثة أشهر، وإلا يبقى اعتراض الغير قائماً خلال مدة 30 سنة من يوم صدور القرار الأصلي.

ج/2 المحكمة المختصة بالنظر في طعن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

جاء في أحكام في المادة 385 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنّ اعتراض الغير الخارج عن الخصومة يقدم أمام الجهة التي أصدرت الحكم أو القرار المطعون فيه حماية لحق الغير في التقاضي على درجتين وهو حق من الحقوق الطبيعية للإنسان، كما يجوز لنفس التشكيلة التي فصلت في الحكم أو القرار أو الأمر أن تنظر فيه.

⁽¹⁾ عبد الحفيظ علي الشيمي، عماد عبد الكريم قطن، اعتراض الخارج عن الخصومة، المرجع السابق، ص.266.

⁽²⁾ ويتوافق ذلك مع حماية الحقوق المكتسبة التي يمكن أن تنتج من الحكم الأصلي تجاه أطرافه تطبيقاً لأحكام التقادم المسقط لحقوق الغير المنصوص عليها في المادة 308 من القانون المدني، وكذلك حماية حقوق المعارض الذي لم يتم إعلامه بالحكم المعارض.

غير أنه لا يمكن قبول اعتراض على حكم ابتدائي تم استئنافه، لأنه لا يمكن لمحكمة دنيا أن تنتظر في حكم معروض على محكمة الاستئناف وهي محكمة أعلى درجة منها، وعليه يمكن للغير أن يتدخل أمام محكمة الاستئناف إذا كان الاعتراض كلياً، أما إذا كان جزئياً فإنه يمكن تقديم الاعتراض على الأحكام التي لم يتم استئنافها أمام المحكمة الابتدائية على أن لا يكون الالتزام غير قابل للتجزئة⁽¹⁾. وبناء على ذلك، يقدم طعن اعتراض عن الخصومة في المسائل الإدارية أمام المحاكم الإدارية، وأمام مجلس الدولة باعتباره قاضي استئناف بل حتى بالنقض.

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي، فيقدم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام ذات المحكمة التي أصدرت الحكم. غير أن التساؤل الذي يطرح هنا يتمثل في أنه لو صدر حكم بإلغاء القرار الإداري من محكمة ابتدائية ثم أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم، وفي هذه الحال أمام من يقدم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، أمام المحكمة الابتدائية أم أمام محكمة الاستئناف؟

لم نجد لذلك جواباً في القضاء الجزائري، وعلى النقيض من ذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي بأن اعتراض الغير في هذه الحال يقدم أمام المحكمة الاستئنافية، لأنه لا يمكن منطقياً تقديم الاعتراض أمام محكمة ابتدائية لما سيكون لهذه المحكمة من ولاية على الحكم الصادر من محكمة أعلى منها وهي محكمة الاستئناف، ما يسمى بقواعد الاختصاص النوعي التي تعتبر من النظام العام. غير أنه إذا طعن في الحكم بالاستئناف ولم تكن قد فصلت جهة الاستئناف بحكم نهائي ففي هذه الحال تكون المحكمة الابتدائية هي المختصة، على أن تحيل الطعن إلى محكمة الاستئناف طالما لم تصدر بعد حكمها النهائي⁽²⁾.

ج/3 آثار اعتراض الغير الخارج عن الخصومة

إذا قُدِّمَ اعتراض الغير الخارج عن الخصومة ولم يتم قبوله لعدم التأسيس يعتبر حينئذ القرار الأصلي الصادر عن المحكمة قابلاً للنفذ ضد الغير الذي لا يمكن له تجاهله، أما إذا تم قبوله

⁽¹⁾ عبد الحفيظ علي الشيمي، عماد عبد الكريم قطّان، اعتراض الخارج عن الخصومة، المرجع السابق، ص.272. كما يقدم الاعتراض وفقاً للأشكال التي ترفع بها الدعوى، ويكون مصحوباً بوصول يثبت إيداع مبلغ لدى أمانة الضبط يساوي الحد الأقصى للغرامة المحكوم بها في حالة الاعتراض التعسفي والمقدر ب 2000 دج. المادة 385 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁽²⁾ هادي حسين عبد العلي الكعبي، مروى عبد الجليل، الطعن بطريق اعتراض الغير، المرجع السابق، ص.273.

بسبب خطأ المحكمة مما أدى إلى تضرر حقوق الغير فإن القاضي الإداري فإمّا أن يعدّل القرار الأولي وإمّا أن يلغيه كلياً أو جزئياً، بل أبعد من ذلك يمكن له أن يُحلّ القرار الجديد محل القرار القديم، وبالتالي يعتبر الحكم الأصلي كأن لم يكن في مواجهة الغير⁽¹⁾. أمّا من حيث مدى اعتراض الغير، فإنّ المحكمة لا يجوز لها إلغاء الحكم المعترض عليه أو تعديله إلاّ بالنسبة لأجزائه الضارة والمثارة من قبل الغير، على أن يبقى الحكم عنواناً للحقيقة بين أطرافه الأصليين إعمالاً لمبدأ نسبية الأحكام حتى ولو أبطل الحكم بعض أحكام الحكم الأصلي⁽²⁾.

إنّ المبدأ العام الذي يحكم إجراءات المنازعات الإدارية هو أنّ الطعن لا يوقف تنفيذ القرار الإداري ما لم يحكم القاضي الإداري به، وكذا الطعن في الحكم لا يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه ما لم ينص القانون على ذلك⁽³⁾، وعليه إذا كان القانون الجزائري يربّب الأثر الفوري للقرارات الإدارية و الأحكام الإدارية بالرغم من الطعن فيها، فإنّ ذلك يعني أنّ طعن الخارج عن الخصومة لا يوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه كقاعدة عامة خاصة إذا كان محل الطعن قراراً إدارياً، غير أنّ هذه القاعدة يرد عليها استثناء يتمثل في إمكانية وقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية تجاهه وهو ما تنص عليه المواد 2/833، 912، 913، 914 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية متى ترتب على التنفيذ نتائج يتعذر تداركها في حالة تنفيذ الحكم المطعون فيه أو الإضرار بحقوق من له مصلحة في ذلك، وهو الحكم الذي ينطبق على الأقل على اعتراض الغير الخارج عن الخصومة من خلال المادة 386 من نفس القانون⁽⁴⁾.

هذا، ونشير إلى أنّ المشرع ينص في المادة 388 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

⁽¹⁾ ومع ذلك يطرح مشكل حجية أحكام الإلغاء ويجعل هذه الأخيرة محل شك؟ إنّ الحكم سيكون حجة تجاه كافة عدا الغير، أو سيُعَدّل في مواجهة كافة ومنهم الغير، فأثره تجاه الغير لن يتأثر إلاّ في مواجهة الغير فقط. للاستزادة يراجع، هادي حسين عبد العلي الكعبي، مروى عبد الجليل، الطعن بطريق اعتراض الغير، المرجع السابق، ص.431.

⁽²⁾ المادة 387 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وينظر في نفس السياق، Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.102.

⁽³⁾ عبد الحفيظ علي الشيمي، عماد عبد الكريم قطن، اعتراض الخارج عن الخصومة، المرجع السابق، ص.289. وينظر في نفس السياق المواد 1/833 و 911 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁽⁴⁾ حيث تنص على أنّه: "يجوز لقاضي الاستعجال أن يوقف تنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، باعتراض الغير الخارج عن الخصومة حسب الأشكال المقررة في مادة الاستعجال". مع العلم أنّ السياق الصحيح لتطبيق هذه المادة يندرج ضمن وقف تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية في المادة الإدارية أمام مجلس الدولة، ليطبق على سبيل الاستنتاج نص المادة 2/833 من نفس القانون على المحكمة الإدارية إذا كان محل الحكم قرار إداري. وهو ما يطرح مشكل عدم الانسجام والتوافق بين نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

على إجراء ردعي يهدف إلى التقليل من الدعاوى الكيدية التي تتجر عن طعن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، حيث رتَّبَ على ذلك غرامة يحكم بها القاضي في حالة رفض الاعتراض، تقدر ما بين 10000 إلى 20000 ديناراً، دون الإخلال بالتعويضات المدنية التي قد يطالب بها الخصوم.

وبغية تجسيد مبدأ العدالة والتقاضي، مكن المشرع من خلال المادة 389 قانون الإجراءات المدنية والإدارية كل من له مصلحة الطعن في الحكم أو القرار الصادر في اعتراض الغير الخارج عن الخصومة بنفس الطرق المقررة للطعن في الأحكام الأخرى، سواء كانت طرق طعن عادية أو غير عادية⁽¹⁾.

وعلى سبيل المقارنة، فإنَّ المشرع الفرنسي فيما يخص آثار اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، فإنَّها لا تختلف كثيراً عن آثاره في التشريع الجزائري للإجراءات المدنية والإدارية إلاَّ فيما يتعلق بتفصيلات مسألة توقيف الحكم المطعون فيه باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، حيث أخضعه للقواعد العامة المتعلقة بوقف تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، وعليه، فإنَّ توقيف تنفيذ اعتراض الغير الخارج عن الخصومة يقوم على توافر ركني الجدية والاستعجال، أي عندما ينتج على التنفيذ نتائج يتعذر تداركها، وهو ما تنص عليه المادة R811-15 من تنظيم قانون الإجراءات الإدارية الفرنسي في شقها المتعلق بالطعن بالاستئناف⁽²⁾، هذا بالإضافة إلى أنَّ نظر القاضي الإداري في طعن الغير الخارج عن الخصومة يقتضي في ذات الوقت فحص سلامة الحكم المطعون فيه والأسباب التي بني عليها، لأنَّه وفقاً لمجلس الدولة الفرنسي لا يمكن مطلقاً الفصل في طعن الغير الخارج عن الخصومة بينه وبين الحكم المطعون فيه.

أمَّا عن المشاكل التي يمكن أن يطرحها اعتراض الغير الخارج عن الخصومة فتتمثل في:
*صعوبة كيفية معرفة الغير في إطار اعتراض الغير الخارج عن الخصومة بالحكم القضائي الذي يضر بمصالحه، فقد يتم ذلك عن طريق تبليغه أو عشوائياً، واعتباراً لذلك يجب أن يعلم

⁽¹⁾ وتتمثل طرق الطعن هنا في الاستئناف والمعارضة، وكذا التماس إعادة النظر والطعن بالنقض.

⁽²⁾ « Lorsqu'il est fait appel d'un jugement de tribunal administratif prononçant l'annulation d'une décision administrative, la juridiction d'appel peut, à la demande de l'appelant, ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de ce jugement si les moyens invoqués par l'appelant paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier, outre l'annulation ou la réformation du jugement attaqué, le rejet des conclusions à fin d'annulation accueillies par ce jugement » .

بأنَّ حقوقه قد تم الإضرار بها حتى يمكن له أن يتقدم باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وتظهر الصعوبة خاصة في مجال القرارات الإدارية اللائحية.

* إنَّ اعتراض الغير يقدم أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم، بل نفس التشكيلة التي أصدرت الحكم الأصلي لتتولى النظر مجددا في اعتراض الغير ما قد يمس بحياد القاضي، والذي يكون سببا من أسباب ردِّ القضاة⁽¹⁾.

بعد هذا التقديم لطعن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، نتساءل مجددا هل يعكس الغير الذي اقترحنا تعريفا له الغير في اعتراض الغير الخارج عن الخصومة؟ ذلك ما نجيب عنه في الجزئية التالية.

3- طبيعة الصلة بين الغير والغير المعترض

إذا كان الغير شخصا أجنبيا عن وضعية قانونية، وإذا كان الغير المعترض شخصا أجنبيا عن نزاع قانوني، فلنا أن نتساءل: هل يمكن إيجاد نقاط مشتركة بينهما؟ إنَّ الإجابة سلبية، فإذا كان الغير المعترض أجنبيا عن نزاع قضائي فهو ليس كذلك بالنسبة للوضعية القانونية التي أعطت ولادة النزاع القضائي، نذكر مثلا على ذلك من قضاء مجلس الدولة الفرنسي وبالضبط فيما يخص قضية Ville de Bastia حيث حكمت المحكمة الإدارية على المقاولين والمهندسين بالتضامن لفائدة مدينة Bastia بعد ذلك لم يتم استدعاء المهندسين المعماريين كما يجب لحضور الدعوى المرفوعة أمام مجلس الدولة مما جعل التعويض على حساب المهندسين وهو ما مس بحقوقهم⁽²⁾، وعليه، كان يمكن للمهندسين أن يقدموا اعتراض الغير بسبب عدم استدعائهم أمام مجلس الدولة ما سبب لهم ضررا بليغا. ويظهر من خلال ذلك أنَّ الوضعية القانونية التي تجمع الأطراف هي نفسها، إذا ما حكم هؤلاء الأطراف الأصلية في الوضعية القانونية منشأ النزاع ولماذا يعتبروا أغيارا؟ نعطي مثلا آخر من قضاء مجلس الدولة الفرنسي وهذه المرة مع قضية Ville de vichy في 8 جويلية 1955، حيث قبل مجلس الدولة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة مقدم من قبل بلدية ضد قرار ألغى قرارين للمحافظ يتضمنان المصادقة على مداوات المجلس البلدي فيما يتعلق بإعادة تنظيم خدمات المساعدة في البلدية. في هذا النزاع البلدية ليست غيرا بل هي القائم بالمداوات الأصلية وبالتالي فإنَّ

1) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit.p.104.

2) Pour plus détailler voir, ibid, p.110.

البلدية هي غير معترض لأنه لم يتم الاستماع إليها من قبل القاضي الإداري ما مس مباشرة بها من قبل القرار الأصلي، في الواقع طالب الاعتراض هو صاحب المداولة.

يظهر لنا من خلال هذه الأمثلة عدم التوافق والانسجام بين الغير والغير المعترض، فالغير المعترض قد يكون غريبا عن النزاع ولكن على علاقة بالوضعية القانونية مصدر النزاع، ولفهم أكثر نعطي مثلا آخر: نسمي الوضعية القانونية التي تعطي ولادة النزاع الأصلي الوضعية القانونية (أ)، ونسمي نزاع اعتراض الغير الخارج عن الخصومة بالوضعية القانونية (ب)، غير أن هذه الوضعيات القانونية مستقلة عن بعضها البعض. النزاع المتعلق باعتراض الغير الخارج عن الخصومة أي الوضعية القانونية (ب) يرتبط بقوة مع الوضعية القانونية (أ) التي أنشأت النزاع الأصلي، فالوضعية القانونية (ب) تندمج في النزاع الأصلي أي الوضعية القانونية (أ)، فإذا كان الغير المعترض غيرا عن النزاع الأصلي (أ) فنجده فاعلا في الوضعية القانونية (ب)، وبما أن أطراف النزاع مرتبطون فإنهم ليسوا أجنبيين عن الوضعية القانونية منشأ النزاع، وعليه لا يعتبر الغير المعترض تلقائيا غيرا، حيث لولا النزاع الأصلي (أ) لما كان النزاع (ب)⁽¹⁾.

وفقا لما قيل أعلاه وبعد التحليل والمناقشة نقول: أن مصطلح الغير الوارد في طعن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة الذي نظمه كل من المشرع الجزائري والفرنسي وغيرهما لا يؤدي الغرض المطلوب منه، وبالتالي كان من الأحسن تسميته اعتراض الخارج عن الخصومة كما فعلت تشريعات أخرى كالتشريع القطري مثلا من خلال نصه على ذلك في المادة 185 من قانون المرافعات، وعليه ليس كل غير معترض غيرا، بينما اعتراض الغير يعتبر طريق طعن لكل الأعيان.

ثانيا: الغير في المسؤولية الإدارية

تقوم هذه الجزئية من البحث على دراسة العلاقة الموجودة بين تعريف الغير المقترح من جانبنا والغير في المسؤولية الإدارية. فقد ورد مصطلح الغير بقوة في مجال خصوصي من مجالات المسؤولية الإدارية ألا وهو مجال المسؤولية عن الأشغال العامة، وأكثر عمومية في مجال المسؤولية الإدارية بصفة عامة. وبالبناء على ذلك فإن السؤال الذي يطرح هنا هو: هل الغير في مجال المسؤولية عن أضرار الأشغال العامة هو نفسه في مجال المسؤولية الإدارية

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.116-117.

عموماً، ومن باب أولى هل هو نفسه المقترح من قبلنا؟ بعبارة أخرى: متى نكون بصدد غير ومنذ متى وإلى متى في ميدان المسؤولية عن أضرار الأشغال العامة وكذا المسؤولية الإدارية بصفة عامة؟

1-الغير والمسؤولية عن أضرار الأشغال العامة

يقصد بالشغل العام "كل شغل عقاري يتخذ من قبل شخص عام أو لحساب هذا الشخص لهدف المصلحة العامة"⁽¹⁾.

للشغل العام ثلاث صفات تتمثل في أن يتعلق بعقار، وأن يكون هدفه تهيئة هذا العقار سواء بالبناء أو الترميم أو الهدم، وأن يكون للمصلحة العامة.

بعد تعريفنا للشغل العام، يقتضي الأمر مناً دراسة المسؤولية الناجمة عنه وهي المسؤولية الإدارية عن الأشغال العامة أي الأضرار الناتجة عن تنفيذ الشغل ووجود الشغل⁽²⁾.

تخص المسؤولية الناجمة عن الأشغال العامة ثلاث فئات مختلفة تتمثل في: المشاركين، المرتفقين، والأغيار (les participants, les usagers et les tiers)، وتطبق هذه المسؤولية على الشخص العام رب العمل وكذلك المقاول، ويعتبر القاضي الإداري مختصاً بالفصل في منازعاتها⁽³⁾.

أ-المشاركون

تنطبق صفة المشارك في نظام المسؤولية الإدارية عن الأشغال العامة على الشخص الذي ينفذ بطريقة أو بأخرى الشغل العام، أو يشارك في صيانة وسير المنشأ العمومي⁽⁴⁾.

وعليه، ينطوي مفهوم المشاركة على وجود معاونة فعلية وحقيقية في تنفيذ وإنجاز وتسيير المنشأ العمومي مصدر الضرر، وبناء على ذلك، يشمل مفهوم المشارك كل شخص طبيعي

⁽¹⁾ موريس نخلة، مسؤولية السلطة العامة، ط.1، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، د.س.ن، ص.290. لا يوجد في المجال العملي أي أهمية للتمييز بين فكرة المنشأ العام ouvrage public وفكرة الأشغال العامة travaux publics ، ولا يهم إن كان الضرر ناتجاً عن منشأ عام -أنجز أو خلال التنفيذ أو كونه ما زال مشروعاً- أو عن أشغال بناء وصيانة لهذا المنشأ، وعليه، فإن لفظ أشغال يستعمل سواء لتحديد منشأ منجز أو أشغال تابعة له. نفس المرجع، ص.289.

⁽²⁾ وتتمثل الأضرار الناتجة عن تنفيذ الشغل ووجوده مثلاً: الأضرار الناجمة عن بناء طريق أو عن الطريق بعد بنائه.....

⁽³⁾ Guy BRAIBANT, Bernard STIRN, le droit administratif français presses de sciences po, op.cit, p. 339.

⁽⁴⁾ صديقي نبيلة، نظام مسؤولية الإدارة عن الأضرار المترتبة عن الأشغال العامة، مرجع سابق، ص.71.

أو معنوي متعهد بالأشغال بما في ذلك المقاولين وأتباعهم، المهنيين وكذا الأجراء المكلفين من قبل الإدارة بالمساهمة في تنفيذ وسير الشغل العام. كما أنَّه بالإضافة إلى وجود المعاونة الفعلية، يشترط الفقه أنَّ صفة المساهم معلقة على استفادة الشخص المعاون من عمل الشغل العمومي بجنه أرباحاً ومنافع وراء هذه المساهمة⁽¹⁾، وعليه فإنَّ المسؤولية الإدارية الناجمة عن أضرار الأشغال العامة تقوم في هذه الحال على أساس الخطأ، أي على المشارك المدعي أن يثبت أنَّ الخطأ ناجم عن صاحب المنشأ العام أو الشغل العام، وكذا الضرر الناجم عن ذلك والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

وإذا كانت القاعدة العامة تتمثل في تطبيق المسؤولية الخطئية على المساهم في إطار المسؤولية عن أضرار الأشغال العامة، فإنَّ الاستثناء يظهر في حالة المساهم الظرفي والمجاني، وهو كل شخص يساهم طوعاً في مساعدة الأشخاص العامة الإدارية لتنفيذ خدمة عامة⁽²⁾، ويختلف عن المساهم (المشارك) من حيث أنَّه لا يتلقى نظير مساعدته أرباحاً⁽³⁾، وعليه فإنَّ المسؤولية التي يخضع لها المساهم الظرفي في حالة الأشغال العامة هي مسؤولية دون خطأ أساسها المخاطر، إذ يكفي المشارك الظرفي أن يثبت أنَّ المعاونة الفعلية هي مصدر الضرر، على أن لا يكون قد ارتكب أيُّ خطأ أثناء تدخله، أو في حالة القوة القاهرة، لأنَّ ذلك من شأنه أن يعفي من المسؤولية جزئياً أو كلياً حسب الحال⁽⁴⁾.

ينفذ المشارك الشغل العام ويساهم في تسييره، فهو بذلك يندمج في هذه الحال مع الوضعية القانونية التي تشكلها المجموعة المشكلة من قبل الشخص العام، هذه الأخيرة تحتوي على الأشخاص العاملين أو المسيرين لديها، إذا المشارك ليس غيراً. كما أنَّه ومن آثار ذلك أنَّه يستفيد من نظامين متميزين من نظم المسؤولية الإدارية، وهما المسؤولية على أساس الخطأ والمسؤولية بدون خطأ حسب طبيعته ووصفه.

⁽¹⁾ صديقي نبيلة، نظام مسؤولية الإدارة عن الأضرار المترتبة عن الأشغال العامة، مرجع سابق، ص.72.

⁽²⁾ جوزيف بادروس، القاموس الموسوعي الإداري، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص.538. ويشترط لأن تتوفر في الشخص صفة المساهم العرضي ثلاث شروط تتمثل في: أن يقدم طلب المساعدة من المساهم العرضي إلا في حالة الاستعجال، أن تكون المساعدة قد أسهمت في تنفيذ مصلحة عامة يؤمنها الشخص العام، أن تكون المساعدة فعلية. نفس المرجع، ص.538.

⁽³⁾ صديقي نبيلة، نظام مسؤولية الإدارة عن الأضرار المترتبة عن الأشغال العامة، المرجع نفسه، ص.73.

⁽⁴⁾ جوزيف بادروس، القاموس الموسوعي الإداري، نفس المرجع، ص.539.

ب-المرتفقون

« l'usager est celui qui a recours à un service public ou utilise le domaine ou un ouvrage public ».

(المرتفق هو الذي يستخدم مرفقا عاما أو يستعمل المنشأ العام⁽¹⁾، أو هو الذي يستعمل المنشأ العام بصورة شخصية ومباشرة وفقا للغاية المعد لها، كالمشاة وأصحاب المركبات بالنسبة للطرق التي يسيرون عليها⁽²⁾. ويكون القاضي الإداري مختصا للنظر في منازعات أضرار الأشغال العامة في هذه الحال -باستثناء الأشغال العامة للمرافق الصناعية والتجارية-، كما يكون القاضي العادي مختصا إذا كانت لدعوى الضرر ارتباط بالدعوى الجزائية.

اعتبارا للمزايا والمنافع التي يجنيها المرتفقون من استخدامهم المنشأ العمومي، يشترط القضاء الإداري لإقرار مسؤولية الإدارة عن الشغل العام وجود خطأ، أو بصفة أخرى افتراض خطأ، وعليه، فإن مرتفقي الشغل العام (أو المنشأ العام) غير ملزمين بإثبات خطأ الإدارة أو المقاول، بل يكفي إثبات الصلة السببية بين المنشأ من جهة والضرر من جهة أخرى، وعلى الإدارة والمقاول أن يثبتا أن المنشأ العام كان مصانا بصورة عادية أو أن الحادث كان نتيجة لقوة قاهرة أو لخطأ المضرور⁽³⁾.

وبناء على ذلك، يشكل عيب الصيانة العادية خطأ مفترضا في جانب الإدارة، ويقصد بالصيانة العادية التزام الإدارة بالسهر على صيانة المنشآت العمومية وسيرها العادي، لتمكن المرتفق من استعمالها دون خطر، ويندرج ضمن مجال الصيانة العادية كل التدابير والأعمال التي لا بُدَّ على الإدارة المختصة القيام بها تأمينا لاستعمال الجمهور واستخدامه المنشأ العمومي⁽⁴⁾، ومن أمثلة ذلك: حالة المنشأة السيئة التي تؤدي إلى أضرار تلحق مستعمليها، كالتعبيد السيئ للطرق، عيب صيانة الجسور أو عيب في بنائها، عدم وجود إشارات لتنبية المرتفقين بالأخطار التي تنتج عن المنشأ العمومي كعدم وجود إنارات في الطريق⁽⁵⁾.....، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي في ذلك، حالة امتناع الإدارة عن القيام ببعض الأشغال العامة

¹) Gérard CORNU, vocabulaire juridique, op.cit, p.974.

²) موريس نخلة، مسؤولية السلطة العامة، مرجع سابق، ص.300.

³) نفس المرجع، ص.357.

⁴) صديقي نبيلة، نظام مسؤولية الإدارة عن الأضرار المترتبة عن الأشغال العامة، المرجع السابق، ص.62.

⁵) ينظر في نفس السياق التصرفات التي تنشأ عيب الصيانة العادية، نفس المرجع، ص.63-65.

كإهمالها إنشاء حاجز يمنع سقوط المارة على طريق مرتفع⁽¹⁾، وفي نفس الاتجاه يسير القضاء الجزائري، من ذلك مثلا ما قضى به مجلس قضاء سطيف عن مسؤولية البلدية عن سقوط الضحية في حفرة موجودة تحت حراستها بسبب عدم احتياطها واتخاذ ما يمكن اتخاذه من تدابير لحماية الحفرة والتأكد من أنها لا تشكل خطرا، وعليه، فإن إهمالها يجعل مسؤولية البلدية قائمة⁽²⁾.

وإذا كانت القاعدة العامة أن أساس مسؤولية الإدارة عن أضرار الأشغال العامة تجاه المرتفقين الخطأ المفترض، فإنه يظهر الاستثناء في المسؤولية بدون خطأ المبنية على المخاطر، ويجد هذا الاستثناء تطبيقه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في قضية Dalleau ضد وزيرة التجهيز والسكن، حيث أقر أن المسؤولية في هذه الحال هي مسؤولية بدون خطأ مبينا أن الجزء من الطريق مكان الحادث الذي وجدت عليه الصخور يعتبر نتيجة المخاطر المنشأة بفعل إنجاز الطريق والذي يعتبر بمثابة منشأة خطيرة خطورة استثنائية، والتي من طبيعتها أن تقيم مسؤولية الدولة في مواجهة مستعملي الطريق حتى في غياب التصور أو انعدام التهيئة أو الصيانة العادية⁽³⁾.

إن المرتفقين يشكلون مجموعة واحدة مع الشخص العام حائز الشغل العام من خلال رابطة الانتفاع بالخدمات، ولذلك يعتبر من هو خارج هذه الوضعية القانونية غيرا، وعليه، فإن المرتفق في مجال المسؤولية عن الشغل العام سيستفيد من المسؤولية على أساس الخطأ في صورة الخطأ المفترض، واستثناء من المسؤولية بدون خطأ التي تشكل المخاطر الاستثنائية للشغل أساس لها.

ج-الغير

الغير في مجال الأشغال العامة هو الذي لا يستفيد بأية طريقة من الشغل، الذي لا يحصل على أية ميزة أو فائدة، الأشخاص الذين ليست لديهم صفة المساهم في الشغل العام، ولا مرتفق

¹ ينظر في تفاصيل ذلك، سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، 1996، ص.125.

² مقتبس عن الحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج1، دار هومة، الجزائر، 2003، ص.65.

³ صديقي نبيلة، نظام مسؤولية الإدارة عن الأضرار المترتبة عن الأشغال العامة، المرجع السابق، ص.67. مقتبس عن Marcel WALINE, manuel élémentaire du droit administratif, 4^{ème} édition, Paris, 1964.

الشغل العام⁽¹⁾. وأكثر تفصيلاً، "الغير هو من لا يشترك ولا يساهم في تنفيذ الأشغال العمومية ولا يستخدم هذا المنشأ استخداماً مباشراً، ومن جهة أخرى لا يجني أية فائدة، فهو غريب عن الأشغال لكنه مجاور لها أو للمنشآت العمومية"⁽²⁾.

لَمَّا كان المرتفق يستفيد من الشغل العام ذلك بحصوله على الخدمة، ولَمَّا كان المساهم يستفيد من أرباح نظير مشاركته في الشغل العام، فإنَّ الغير غريب تماماً عن الشغل العام ولا يستفيد منه، وبالتالي يطبق عليه نظام مسؤولية أكثر تخفيفاً من ذلك المطبق على المساهم والمرتفق وهو نظام المسؤولية دون خطأ، حيث لا يلزم الغير بإثبات خطأ الإدارة بل يكفي إثبات العلاقة السببية بين الضرر والشغل العام⁽³⁾. ولَمَّا كان أساس المسؤولية بدون خطأ هو الضرر مهما تعددت أوجهه (المخاطر أو الإخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة)، فإنَّه يشترط فيه الطابع الخاص وأن يكون غير مألوف.

ويقصد بالطابع الخاص للضرر أن يمس الضرر الناشئ عن الشغل العام فرداً معيناً أو أفراداً بذواتهم، بحيث يكون لهم مركز خاص قبل هذا الضرر، وبالتالي لا يمس كل المواطنين، وإذا مس عدداً كبيراً من المواطنين اعتبر هنا بمثابة عبء عام يتحملة الجميع ما يؤدي إلى انتفاء المسؤولية الإدارية للشخص العام⁽⁴⁾.

أمَّا عن الضرر غير المألوف، فيقصد به الضرر الذي يتجاوز الأعباء المألوفة التي يتحتم على أهل الجوار تحملها، أو هو الضرر الذي يفوق بمقداره ما يجب أن يتحملة المتضرر بصفته من أهل الجوار⁽⁵⁾، فالإدارة بالرغم من ممارستها حق الملكية بالصورة الطبيعية دون أي خطأ في الاستعمال، ودون أي تجاوز للحدود الموضوعية لهذا الحق إلاَّ أنه إذا نتج عن هذه الممارسة ضرر يتصف بالطابع الشاذ وغير المألوف تقررَّت مسؤوليتها مما يؤدي إلى إلزامها بإصلاح الأضرار الناتجة عنها. ومن أمثلة ذلك: الاضطرابات في الظروف المعيشية

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.125.

² صديقي نبيلة، نظام مسؤولية الإدارة عن الأضرار المترتبة عن الأشغال العامة، المرجع السابق، ص.44.

³ موريس نخلة، مسؤولية السلطة العامة، مرجع سابق، ص.344.

⁴ ينظر في تطبيقات ذلك مع بعض الأحكام القضائية، صديقي نبيلة، نظام مسؤولية الإدارة عن الأضرار المترتبة عن الأشغال العامة، المرجع عينه، ص.45-46. هذا بالإضافة إلى الشروط العامة للضرر والمتمثلة في: أن يكون محققاً، حالاً ومباشراً، أن يكون ماساً بحق مشروع أو مصلحة مشروعة.

⁵ موريس نخلة، مسؤولية السلطة العامة، المرجع نفسه، ص.344.

الناتجة عن عملية تنفيذ الأشغال، كالضجيج والارتجاجات الناتجة عن عمليات إنجاز مشروع عام يؤدي إلى الأضرار بفندق مجاور....(1).

وعليه، وبعد تعرضنا لمفهوم الغير في إطار المسؤولية عن الأشغال العامة، وبعد دراسة كذلك كل من مفهوم المرتفق والمساهم في هذال المجال، لنا أن نتساءل: هل الغير في المسؤولية عن أضرار الأشغال العمومية هو نفسه الغير الذي عرفناه سابقاً؟

ترتبط المرتفق بالشخص العام صاحب الشغل العام أو المنشأ العام روابط قانونية، وتتمثل هذه الروابط القانونية في المنفعة التي يجنيها المرتفق من هذه الأشغال، وتشكّل وضعية قانونية تربط المرتفق بالشخص العام صاحب الشغل العام أو المنشأ العام، واعتباراً لذلك يعد غيراً كل من لا تربطه صلة بهذه الوضعية القانونية، وبالنتيجة يعد المساهم غيراً عن المجموعة المشكلة من قبل الشخص العام والمرتفق، وبذلك يخضع والمرتفق لنظام المسؤولية على أساس الخطأ، واستثناء من ذلك يُطبَّق عليهما نظام المسؤولية بدون خطأ (المخاطر والإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة). وإذا كان من النتائج المتوصل إليها في مجال دراستنا للغير في نطاق المسؤولية عن الأشغال العامة إنّما تتحد في نظام المسؤولية التي سيستفيد منها الغير في هذا الإطار وهي المسؤولية بدون خطأ، فإنّ المرتفق سيستفيد من نفس المسؤولية كاستثناء، بل أبعد من ذلك فإنّ المرتفق غير الشرعي أو غير العادي وهو الشخص الذي يستفيد من الشغل العام بطريقة غير شرعية أو بدون رخصة (كالشخص الذي يستخدم وسائل النقل العام دون دفع مقابل لذلك بدون وجه حق) سيستفيد من نفس نظام المسؤولية المطبق على الغير وهو نظام المسؤولية دون خطأ⁽²⁾ واعتباراً لذلك يظهر هنا وضوح الفرق بين الغير والمرتفق على الأقل من حيث النتائج، فالمرتفق الشرعي في هذه الحال يعدّ غيراً عن العلاقة بين المرتفق غير الشرعي والمنشأ العام، كما يعتبر المساهم غيراً عنهم، بل أبعد من ذلك فإنّ المرتفق إذا

⁽¹⁾ صديقي نبيلة، نظام مسؤولية الإدارة عن الأضرار المترتبة عن الأشغال العامة، المرجع السابق، ص.49 وما بعدها. مورييس نخلة، مسؤولية السلطة العامة، المرجع السابق، ص.328. يقودنا هنا الحديث عن الأضرار الدائمة، وهي الأضرار التي تستمر فترة طويلة من الزمن، تخرج عن الأضرار العادية التي يجب أن يتحملها الأفراد في سبيل المصلحة العامة واستمرارية الضرر هي التي تخرج به عن نطاق الأضرار العادية، كإغلاق محل لفترة زمنية طويلة نتيجة تنفيذ الأشغال، عكس الضرر العارض الذي لا تسأل عنه الإدارة إلا على أساس المخاطر.

⁽²⁾ للتفصيل أكثر حول المرتفق غير الشرعي والمسؤولية التي يخضع لها يراجع،

لم تتوفر فيه شروط الحصول على التعويض عد غيرا عن الشغل العام⁽¹⁾.

وعليه فإنَّ المجموعات المشكلة في إطار الشغل العام أي الشخص العام صاحب الشغل العام والمساهم، والشخص العام صاحب المنشأ والمرتفق هي أغيار عن بعضها البعض، فالمرتفق قد يكون غيرا والمساهم قد يكون كذلك، وبالتالي يصعب إيجاد حدود فاصلة بين ما يعتبر غيرا ومرتفقا أو مساهما، فالمرتفق قد يعد غيرا وعليه لا يستقيم الوضع أن يكون لنفس الشخص صفتان مرتفق وغير، وأبعد من ذلك فإنَّ الغير وفقا للمسؤولية عن الأشغال العامة يمكن أن يدخل في علاقة مع الشخص العام إذا سبب له ضررا بسبب الشغل العام، وبالتالي هل يبقى الغير غيرا ، وهل يوجد غير للغير في هذه الحال؟

2-الغير والمسؤولية الإدارية عموما

تخضع المسؤولية الإدارية لنظام خصوصي يميزها عن المسؤولية في القانون الخاص وذلك للروابط التي يحكمها القانون الإداري والمصلحة التي يبتغي تحقيقها. ولقد كان للقضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة دور هام في بناء معالمها وتحديد أسسها وانطلاقا من ذلك، نريد من خلال هذه الجزئية من البحث إثبات وجود الغير في هذا المجال، وهل يعكس ذلك التعريف الذي اقترحناه هذا ما نريد الوصول إليه من خلال التعرض إلى العناصر التالية: فعل الغير، الضحية، محيط الضحية.

أ-فعل الغير

يشكل فعل الغير سببا أجنبيا معفيا من المسؤولية الإدارية⁽²⁾، والغير هنا قد يكون شخصا عاما أو شخصا خاصا. وفي الواقع، فإنَّ صفة الشخص ليس لها أهمية بل الفعل، وعموما يكون فعل الغير معفيا من المسؤولية متى ارتكب هذاالغير خطأ، ويمكن أن نلخص فعل الغير بأن يتذرع المدعى عليه بتدخل فعل الغير في إحداث الضرر، وفي أحيان كثيرة يعتبر غير كاف فعل الغير كأثر معفي من المسؤولية وبالتالي على المدعى عليه أن يعوّض الضحية

¹ تتمثل هذه الشروط في: أن يكون الشخص يستعمل الشغل العام وأن يكون هذا الاستعمال سبب حدوث الضرر.

² الأسباب الأجنبية هي تلك الوقائع التي يمكن أن تلعب دورا في حدوث الضرر غير تلك المتمثلة في الشخص الذي تضمنه الضحية المسؤول عن ذلك. وتهدف الأسباب الأجنبية عن المدعى عليه في التخفيف من مسؤوليته أو إعفاء منها كليا، وتتمثل عموما في: خطأ الضحية، القوة القاهرة، الحالة الطارئة. للاستزادة حول هذا الموضوع وتطبيقته، ينظر، لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، مرجع سابق، ص.75.

كلياً ليعود بعد ذلك على الغير⁽¹⁾.

ينتج عن فعل الغير مباشرة إعفاء الإدارة كلياً أو جزئياً حسب مساهمة الغير في إحداث الضرر، وعليه، فإنَّ الإدارة والغير لايسألان إلاً بنسبة كل واحد منهما في إحداث الضرر، أي يكونا مسؤولين تضافياً عن الضرر الذي تسببا فيه معاً، ونتيجة لذلك، تكون الإدارة مسؤولة عن كامل التعويض في مواجهة الضحية لتعود بعد ذلك على الغير بدعوى الرجوع لتحميله نصيبه في المسؤولية حفاظاً على الأموال العامة، وعلى العموم فإنَّ فعل الغير لا يعفي الإدارة من المسؤولية في حالة نظام المسؤولية دون خطأ، كحالة المسؤولية عن الأشغال العامة مثلاً⁽²⁾.

من خلال هذه الدراسة لفعل الغير، عرفنا ما ارتكبه الغير وما هي آثاره، لكن دون أن نعلم من هو الغير بغض النظر إن كان شخصاً خاصاً أو عاماً، وعليه، فإنَّ الباحثين يرون بأنَّه الغريب عن الضحية والإدارة مرتكبة الضرر⁽³⁾، وبالتالي فإنَّ هذا الغير هو أجنبي عن الوضعية القانونية التي تجعل الشخص العام مسؤولاً تجاه الضحية عن الفعل محدث الضرر.

ب- الضحية

عند دراستنا للغير في مجال الأضرار الناتجة عن الأشغال العامة، ظهر لنا أنَّه ضحية الأشغال العامة، وعليه نتساءل: هل يعتبر ضحايا الأضرار الناتجة عن المرافق العامة -بغض النظر عن نظام المسؤولية المطبق- أغياراً مثل ما هو عليه الأمر في الأشغال العامة؟ وتعبير آخر، الضحايا في مجال الأشغال العامة هم: مساهمين، مرتفقين وأغيار، هل نحن أمام نفس التقسيم في مجال قانون المسؤولية الإدارية عموماً؟

الإجابة هي نعم، في الواقع قد يتكبد أعوان المرافق العامة أو المرافق العامة الإدارية أضراراً من قبل الأشخاص العامة، وهؤلاء الأشخاص كغيرهم يشاركون في النشاط الإداري وبالتالي يستفيدون من صفة مشارك (معاون، مساهم)، كذلك قد يتضرر مرضى المستشفيات العامة، إذاً هم مرتفقو المرافق العامة الإستشفائية لأنَّهم يتلقون خدمات مباشرة منها، ونتيجة لذلك يعتبر الأغيار أشخاصاً ليسوا مساهمين في العمل الإداري ولا مرتفقي المرافق العامة قد يتكبدون

¹ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p 130.

² لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص.89.

³ جوزيف بادروس، القاموس الموسوعي الإداري، مرجع سابق، ص.420.

أضرارا من قبل الأشخاص العامة مثل ضحايا أضرار التجمعات، أفعال الأسلحة أو الأشياء الخطرة، إذا التقسيم مساهم، مرتفق وغير، موجود في قانون المسؤولية الإدارية عموما، ما عدا بعض المجالات الخصوصية كمجال الضرائب، المجال الطبي، فهو غير منتظم بسبب نوعية الضحية داخل هذا المجال.

إنَّ التعارض بين الغير والمساهم (المعاون) للشخص العام موجود في مجال المسؤولية الإدارية، ومع ذلك فإنَّ هذه المعارضة لا تنطبق إلاَّ على مجال المسؤولية على أساس المخاطر ولا نجده في بقية قانون المسؤولية الإدارية، وعليه لا يمكن تعميم هذا الموقف⁽¹⁾.

ج-محيط الضحية

تعرضنا فيما سبق لفعل الغير، وعرفنا أنَّ الغير يعتبر مشاركا في حدوث الضرر، كما عرفنا أنَّ الضحايا في مجال مسؤولية الإدارية عموما والمسؤولية عن أضرار الأشغال العامة خصوصا يأخذون عدة أوصاف، مساهم، مرتفق وغير، ومع ذلك فإنَّ الضحية محاطة، واعتبارا لذلك، كيف نصف هذا المحيط، وهل يمكن وصفه بالغير؟

أولا، إذا كان المحيط قد تكبد خسائر بمناسبة الأضرار التي تعرضت لها الضحية، فنحن هنا أمام ضحية تسمى الضحية الانعكاسية *victime par ricochet*⁽²⁾. إذا هل هؤلاء الضحايا يتمتعون بصفة مساهم، مرتفق، غير؟

الإجابة بسيطة: هم أغيار لأنهم أجانب عن الوضعية سبب الضرر، هم أغيار مهما كان نوع الضحية أولية أو أصلية بالنسبة للضرر، ومع ذلك يطرح مشكل تحديد محيط الضحية⁽³⁾. إنَّ الأقارب الذين يصابون بهذا الضرر لديهم إجراءات خاصة، وما يهمنا هنا هم الأشخاص الذين يحصلون على دعوى إضافية، فقط الورثة باعتبارهم ضحية وهم بذلك يعتبرون أغيارا. وبالتالي فإنَّ السؤال المطروح هنا هو: إذا توفيت الضحية الأصلية دون أن تطالب بتعويض عن الضرر هل يمكن لورثتها أن يطالبوا بدفع التعويض لهم؟ نميز هنا بين حالتين: في الحالة

¹Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p. 132.

² الضحية الانعكاسية عبارة عن شخص تربطه علاقة بالضحية الفورية، تتكبد أضرارا بطريقة غير مباشرة جزاء الأضرار التي تصيب الضحية الأصلية. لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، المرجع السابق، ص.67.

³ هذا المحيط يتم تحديده طبيعيا وهو بذلك يشمل الورثة وكذا الأشخاص الذين تربطهم علاقة بالضحية كالمعيل.

الأولى يطالب الورثة بإصلاح الضرر المادي، في هذه الحال تفتح لهم الإجراءات القضائية⁽¹⁾،
ويجد ذلك مبرره في أنّ الضرر المادي قد تكبّته الذمة المالية للضحية، وعليه يُحوّل إلى
ورثتها. الحالة الثانية وهي أكثر صعوبة، وهي مطالبة الورثة بإصلاح الضرر المعنوي إذا لم
تطالب به الضحية، هذه المسألة تطرح من ليس من الأقارب ولكن كونه قريب من الضحية
الأولى؟

وفي هذا الخصوص قرر مجلس الدولة الفرنسي فتح الإجراءات القضائية وسمح للورثة
بمباشرة دعاوي إصلاح الضرر مهما كان الذي أصاب الضحية الأولى حتى وإن لم تتخذ أي
إجراء قضائي خلال حياتها، وعليه يتخذ الأغيار إجراءات قضائية ضد الشخص العام محدث
الضرر من أجل إصلاح هذا الأخير، لا سيما في حال لم تحصل الضحية الأولى على
تعويض في حياتها أو لم تتخذ أي إجراء حيال ذلك. وعليه، فإنّ محيط الضحية، الورثة، أغيار
يتدخلون في إجراء التقاضي للضحية المباشرة للضرر⁽²⁾.

*الاستنتاج

يمثل الغير في المسؤولية الإدارية أمرين مختلفين: فقد يأخذ وصف الضحية في مجال
الأشغال العامة أي غير عن الشخص العام محدث الضرر، وبتعبير آخر غير عن العلاقة
بين الشخص العام والمساهم أو المرتفق، أو أن يكون ممن ينطبق عليهم وصف الضحية وهم
الورثة أو الأقارب، كما يأخذ وصف المساهم في إحداث الضرر وهو ما يطلق عليه فعل
الغير.

ويعتبر الغير غريبا عن وضعية قانونية وبالتالي يجب معرفة وتحديد هذه الوضعية القانونية،
نأخذ مثال: حدث ضرر في المستشفى إذاً الوضعية القانونية تتمثل في كل الروابط القانونية
التي تحدث في تكوين الضرر، وعليه، من هم الأغيار عن هذه الوضعية؟ هم محيط المرتفق
الضحية إذا لم يتذرع بأي ضرر محض. وفي نفس السياق إذا كان الضرر قد حدث بفعل
تدخل الغير "فعل الغير" هذا الغير لا يعتبر أجنبيا عن الوضعية سبب الضرر لأنّه يعد قد

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.133.

²⁾ الأضرار المعنوية التي أصابت الضحية الأولى لا يمكن المطالبة بها لأنها حق مرتبط ذاتيا بشخص الضحية، مما يجعله غير قادر
للنقل إلا إذا كانت الضحية قد رفعت دعوى التعويض. لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، المرجع السابق،
ص.44.

Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, ibid, p.134.

ساهم في حدوثه.

وعليه، نحن أمام وضع غير متوقع، فالذي يصفه القاضي الإداري بأنه غير لا يعتبر حكماً بأنه كذلك، إذاً يجب أن نسلط الضوء على وضعين: بالنسبة لفعل الغير يسمى المساهم في حدوث الضرر، فإذا كان هذا الأخير ليس غريباً عن الوضعية القانونية محل الاعتبار فإنه طرف رئيسي في حدوث الضرر، وعليه، لماذا يسمى غيراً؟ لنفهم أكثر، في مجال المنازعات الإدارية يعتبر الغير المشارك في إحداث الضرر أجنبياً عن النزاع القانوني القائم بين الضحية والشخص العام من أجل إصلاح الضرر، إلا أن هذا الأخير يمكن له أن يدفع بفعل الغير من أجل إعفائه من المسؤولية كلياً أو جزئياً. إن ما يهم هنا هو الوضع القانوني العام، أي الذي أحدث الضرر ابتداءً، واعتباراً لذلك فإن وصف فعل الغير من قبل القاضي الإداري أو المدني يعد "سوء لفظ" لأنه ببساطة لا يعد أجنبياً عن الوضعية القانونية منشأ الضرر وإنما مساهماً في حدوثها⁽¹⁾.

وهكذا يجب الأخذ في الحسبان الوضعية القانونية العامة في وقت حدوث الضرر، الضحية التي لها صفة الغير بالنسبة للأشغال العامة أو المرفق العام ليست غيراً، لأنها ترتبط برباط قانوني مع الشخص العام محدث الضرر، إذاً نحن أمام نفس وضعية فعل الغير، فقط يكمن الاختلاف هنا في الضحية لأنه في فعل الغير يعتبر الغير مساهماً، وعليه فالأخبار الوحيدة هم الورثة للضحية حيث يعتبرون أجنبياً عن الوضعية القانونية بين الشخص العام والضحية وبالتالي لا تربطهم أية علاقة بالوضعية القانونية بل تربطهم رابطة قانون خاص مع المتضرر.

ما يلفت النظر رؤية تشويه مصطلح الغير المستعمل من قبل القاضي الإداري، فالذي ينعته هذا الأخير بالغير ليس كذلك في أحيان كثيرة، ويجد ذلك مبرره في أن القاضي الإداري ليس لديه معرفة بالتعريفات المفاهيمية، بل يجعل الأمر مفتوحاً ولا يعط تعريفاً دقيقاً كي لا يقيد نفسه ويترك مجالاً له، ليبقى هنا دور الفقه الذي يتولى هذه المهمة، فالفقه يقترح ويحلل والقاضي يطبق⁽²⁾.

وعليه، وبعد تعرضنا لمفهوم الغير وجوانبه النظرية يتبادر للذهن سؤال مفاده: ما هي الطبيعة

¹Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit,p.135.

² Ibid, p.136.

القانونية للغير وما هي مكانته في ظل العلاقات القانونية الناشئة؟ ذلك ما نجيب عنه في المبحث التالي.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للغير

يعتبر الغير شخصا غريبا عن وضعية قانونية ناشئة، فهو بذلك لا تربطه أية علاقة مع هذه الوضعية القانونية وبالتالي لا يعد طرفا فيها حيث لا يتأثر ولا يؤثر فيها.

لمّا كانت روابط القانون العام رافدها المصلحة العامة عكس تلك التي تنظمها أحكام القانون الخاص، فإنّه يمكن لمن يوصف غيرا أن يتفاعل مع وضعية قانونية معينة، وعليه فإنّ السؤال الذي يطرح هنا هو: هل يمكن اعتبار الغير طرفا في وضعية قانونية في وقت معين؟ وإذا كانت الإجابة بنعم فما هي إذاً آثار ذلك على العلاقات البينية للعلاقة الأصلية والغير؟ ذلك ما نجيب عنه من خلال التطرق إلى العناصر التي تدخل في تكوين الغير في المطلب الأول، ثم نتطرق إلى ضوابط وحدود تفاعلات الغير مع العلاقات القانونية المتعددة من خلال المنازعات القضائية وذلك في مطلب ثان.

المطلب الأول

العناصر التي تدخل في تكوين الغير

تسمح لنا دراسة موضوع العناصر التي تدخل في تكوين الغير في تحديد هذا الأخير واستنتاجه، ممّا يستلزم تعريف العناصر المهمة التي تحدد لنا الغير في إطار أية وضعية قانونية، وتتمثل هذه العناصر عموما في: العلاقة القانونية، وحجية هذه العلاقة، فالمجال القانوني إجمالا.

الفرع الأول

العلاقة القانونية

يستلزم التطرق لموضوع العلاقة القانونية أن نتناول التعريف بهذه العلاقة وكذا تحديد مصادرها ثم أطرافها في إطار روابط القانون الإداري.

أولاً: التعريف بالعلاقة القانونية

يعرف Gérard CORNU العلاقة على أنها:

« Le rapport est un synonyme de relation, soit dans un sens factuel (rapport de voisinage), soit dans un sens juridique (rapport de droit, lien juridique). Exemple : rapport d'instance (lien juridique d'instance), rapports entre époux (d'ordre patrimonial ou extrapatrimonial), rapports collectifs ou individuels du travail ».

(مرادف للرابطة relation، وفقاً لمعنى واقعي كعلاقة الجوار، أو معنى قانوني كالعلاقة القانونية أو الرابطة القانونية، مثلاً: علاقة المحاكمة " رابطة قانونية للمحاكمة"، علاقة بين الزوجين "نظام مالي أو معنوي"، العلاقات الجماعية أو الفردية للعمل)⁽¹⁾.

« Le lien juridique est un rapport juridique unissant deux ou plusieurs personnes en vertu d'un acte ou d'un fait juridique (lien conjugal, lien de parenté ou d'alliance, etc.) qui est à la fois effet de droit (exemple : l'obligation lien de droit, vinculum juris, entre créancier et débiteur, né d'un contrat ou d'un délit) et situation juridique, source de droits et d'obligations (exemple : droits et devoirs attachés au lien de filiation ou au lien d'instance ».

(إذاً الرابطة القانونية عبارة عن علاقة قانونية تربط بين شخصين أو أكثر بموجب عمل قانوني أو فعل قانوني " كالرابطة الزوجية والرابطة الأبوية ورابطة الخطوبة" لها أثر قانوني، مثال: العلاقة القانونية بين الدائن والمدين تولد عقداً وبالتالي على كل طرف أن يلتزم بهذه الرابطة، ووضعية قانونية مصدر حقوق والالتزامات، مثال: الحقوق والواجبات المتعلقة بعلاقة النسب)⁽²⁾.

وتعتبر العلاقة القانونية عن

« la rapport juridique définir comme la relation sociale réglementée par la norme juridique, contenant un système d'interaction réciproques entre les participants déterminés, relation susceptible d'être défendue par la voie de coercition exercée par l'Etat ».

(رابطة اجتماعية منظمة بموجب القواعد القانونية، تحتوي على نظام تفاعل متبادل بين

¹⁾ Gérard CORNU, vocabulaire juridique, op.cit, p.186.

²⁾ Ibid, p.552.

المشاركين المحددين، علاقة قابلة للتأثر يتيم الدفاع عنها من قبل الدولة) (1).

بناء على ما قيل أعلاه، يمكن تعريف العلاقة القانونية على أنّها:

« donc être défini comme un lien juridique unissant au moins deux personnes entre elles. Ces deux personnes ou plus, qu'elles soient des personnes morales ou physiques, vont s'engager, s'obliger. Ce lien juridique fait ainsi naître des obligations entre ces différentes personnes. Il donne, en même temps, naissance à une nouvelle situation juridique concernant uniquement les personnes liées par le rapport ».

(رابطة قانونية تضم على الأقل شخصين أو أكثر سواء أشخاصا طبيعيا أو معنوية، ستتعهد، ستلتزم بمقتضيات الرابطة القانونية لتتولد التزامات فيما بين هذه الأشخاص المختلفة، تعطي في نفس الوقت ولادة وضعية قانونية جديدة تتعلق بالأشخاص المرتبطين بهذه العلاقة) (2).

ثانيا: مصادر العلاقة القانونية

تجد العلاقة القانونية مصدرها في التصرف القانوني *acte juridique* والواقعة القانونية أو *Fait juridique* المادية.

فالتصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين يتمثل في إنشاء مركز قانوني أو تعديله أو إلغائه، مثل ذلك العقد الذي يقوم على توافق إرادتين أو أكثر يكسب حقوقا ويحمل التزامات، كما هناك تصرفات قانونية تقوم على الإرادة المنفردة كالوصية والتبرع في القانون الخاص (3).

أمّا الواقعة القانونية فهي أمر أو حدث يرتب القانون عليه أثرا، وقد تكون الواقعة القانونية غير إرادية كالميلاد، الموت، أو الحادث المفاجئ، وإمّا أن تكون بإرادة الإنسان دون قصد إحداث أثر قانوني (4)، كالأضرار الناجمة عن القيام بأعمال البناء و الهدم دون أخذ الاحتياطات

1) Nicolae POPA, le rapport juridique, université bucareste, p.4.

2) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, Le tiers en droit administratif, ibid, p.187.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح أحكام القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج.2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص.1.

(4) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، الواقعة القانونية، ط.4، ج.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.5.

اللأزمة مما يسبب أضرارا للأشخاص... . وعموما فإنّ التقسيم المشار إليه أعلاه يسري على العلاقة القانونية في القانون الإداري، حيث نجد الأعمال القانونية وهي التي ترتب آثارا قانونية معينة والأعمال المادية التي لا ترتب بذاتها آثار قانونية مباشرة⁽¹⁾، فإذا كانت هذه الأخيرة لا تثير أيّ إشكال فإنّه يجب تسليط الضوء على الأعمال القانونية كمصدر من مصادر العلاقة القانونية في ميدان القانون الإداري نظرا لتنوعها.

في الواقع هناك ثلاث فئات من الأعمال القانونية في القانون الإداري تسمح بخلق العلاقات القانونية وتتمثل في الأعمال الإرادية الانفرادية، العقود، والقرارات القضائية، هذه الفئات الثلاث لها تأثيرات مختلفة على وصف الشخص بالغير، كما تشكل هذه الفئات في الواقع فئتين مختلفتين، وبناء على ذلك يجب أن نجمع بين الأعمال الإدارية الانفرادية والعقود في فئة واحدة وهي فئة الأعمال الإدارية ويقابلها في ذلك القرارات القضائية التي تشكل الفئة الثانية. هذه المصادر لها دور كبير في تحديد الغير على أن تكتمل هذه العلاقات القانونية بنفاذها وفعاليتها⁽²⁾.

الفرع الثاني

نفاذ العلاقة القانونية وحجيتها (opposabilité)

تعبر الحجية أو امتداد نفاذ العلاقة القانونية عن

« qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité direct e ».

صفة للتعرف عن عنصر من عناصر النظام القانوني الذي يشع بطريقة غير مباشرة خارج دائرة نشاطه المباشر). هذا العنصر من عناصر النظام القانوني يدعى (نافذ)، أي عنصر قيمته كعنصر من النظام القانوني يمكن تجاهلها من قبل الغير، الذي ليس ملزما بما هو قابل للنفاذ، ليس أقل حاجة الاعتراف واحترام الوجود وتحمل الآثار⁽³⁾.

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، مرجع سبقت الإشارة إليه، ص.519. الأعمال المادية لا ترتب أثرا مقصودا بذاتها، كالأضرار الناتجة عن الأعمال المادية للضبط الإداري كأعمال الهدم تنفيذا لقرار إداري بالهدم، تفريق التجمهرات.....

² Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.187.

³ José DUCLOS, l'opposabilité. essai d'une théorie générale, L.G.D.J, bibliothèque de droit privé, 1984, p. 22.

تعتبر الحجية مفهوماً فقهيًا يعبر عن استنتاج مفاده أنّ الأشخاص مترابطين فيما بينهم. ويعد مصطلح الحجية وجوده بقوة في مسائل القانون الإداري خاصة ما تعلق بالمنازعات العقدية، حيث أنّه وإن كان الأثر الذي يحدثه العقد في القانون الخاص عامة وفي القانون الإداري خاصة هو إنشاء رابطة قانونية بين طرفيه ينتج عنها لكليهما حقوق وواجبات ولا يكون لأحد غيرهما صفة الدائن والمدين وهي القاعدة التي يعبر عنها الفقه بقاعدة "نسبية آثار العقد"، إلا أنّه مع ذلك أنّ من مصلحة الغير أن يتجاهل تماماً العقود التي لا تكون له صفة الطرف فيها كالمتعاقدين، لذلك فإنّ العقد إلى جانب كونه مصدراً من مصادر الالتزام فهو حدث اجتماعي تتغير بموجبه مكاسب الأطراف وحقوقهم وتنشأ عنه أوضاع قانونية جديدة قد تكون لها انعكاسات على غير المتعاقدين بما يُحوّل لهم أن يحتجوا به على الأطراف، بمثل ما يحق لهؤلاء أن يعارضوا به الكافة. ويتبين من ذلك أنّ حصر نطاق العقد بين طرفيه باعتباره رابطة إلزامية لا يُحد من إشعاعه على الكافة بصفته حدثاً اجتماعياً مكرساً لأوضاع قانونية جديدة"⁽¹⁾، وهو الأمر الذي ترجم صراحة من خلال المادة 1/1200 من القانون المدني الفرنسي المعدل سنة 2016 التي تنص على أنّ:

« Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat ».

(يحتزم الأغيار الوضعية القانونية التي أنشأها العقد)⁽²⁾.

إنّ مبدأ الأثر النسبي لا يعتبر عقبة للاحتجاج بالعقد والأوضاع القانونية الناجمة عنه، بل يسمح لأطرافه الاحتجاج به تجاه الأغيار، كما يسمح للأغيار الاحتجاج به ضدّ الأطراف أنفسهم للاستفادة من الوضع القانوني الناشئ عنه⁽³⁾، وهو ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 1200 من القانون المدني الفرنسي بقولها:

« Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait ».

(يمكنهم استخدام هذه الوضعية لإثبات الحقيقة). إنّ ما يهمنا هنا هو حجية الأعمال القانونية ومنها العقد، وكذلك الوقائع القانونية، لذلك يجب أن نتبنى نظرة واسعة للحجية بدل قصرها في

⁽¹⁾ محمد الزين، النظرية العامة للإلتزامات، العقد، ط.2، د.د.ن، 1997، ص.331.

⁽²⁾ الأمر رقم 2016-131 المؤرخ في 10 فيفري 2016، المتضمن تعديل قانون العقود، والنظام العام للإثبات والإلتزامات.

⁽³⁾ ينظر في تفاصيل ذلك مع تطبيقات المعارضة في إطار العلاقات التعاقدية في ظل أحكام القانون الخاص، محمد الزين، النظرية العامة للإلتزامات، المرجع نفسه، ص.342. وينظر كذلك،

نطاق العقود، بل في الواقع، فإنَّ الحجية تم تعريفها بنفس الطريقة اعتباراً إلى العقود والأعمال القانونية الأخرى⁽¹⁾.

وفقاً للسيد Duclos تتكون الحجية من ثلاثة عناصر هي موضوع الحجية وأطرافها وكذا أثرها. ويتمثل موضوع الحجية في تصرف أو واقعة أو قانون، وأكثر عموماً وضعية يمكن في هذه الحال الاحتجاج بها⁽²⁾. وبذلك يمكننا تحديد طبيعة العلاقة القانونية أي التصرفات القانونية والوقائع التي هي محل الحجية، وبناء على ذلك يظهر بأنَّ العلاقة القانونية والحجية مرتبطان، فالحجية تحتوي على فعل أو واقعة قانونية، وفي إطار العلاقة القانونية سَتُعَدَّلُ في النظام القانوني من خلال خلق وضعية قانونية جديدة⁽³⁾.

أمَّا فيما يخص الأطراف، فإنَّه هناك نوعين مختلفين: هناك فاعلين نشطين (إيجابيين) يتكونون من أشخاص طبيعية ومعنوية شاركت في إنشاء العلاقة القانونية كالمتعاقدين في العقد، الأطراف في النزاع، مصدر ومتلقي العمل، مرتكب الضرر والضحية... . إذا ترتبط العلاقة القانونية بالفاعلين النشطين، هؤلاء هم الذين يفرضون الحجية، أمَّا النوع الثاني وهم الفاعلين السلبيين، أي تلك التي لم تشارك في إنشاء العلاقة القانونية والتي تتحمل آثار الحجية⁽⁴⁾.

نخلص من ذلك إلى أنَّ للأثر أهمية خاصة في مجال الحجية فهو الذي يسمح بالافصاح عن الحجية، هذا الأثر غير مباشر، فحسب السيد Dulos فإنَّ الأثر الناتج عن الحجية يسمح بتعريفها، وبالتالي فإنَّ مجموع الآثار غير المباشرة ووجود الأعيان هو الذي يسمح بإجراء هذا التعريف، وعليه فإنَّ الأثر غير المباشر يمكن تعريفه بصفة عامة وباختصار

« effet indirect peut être défini en général et sommairement, comme le devoir de toute personne de tenir compte de ce qui existe en dehors d'elle et de s'abstenir éventuellement d'y porter atteinte ».

¹) Robert WINTGEN, étude critique de la notion d'opposabilité, les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand, L.G.D.J, bibliothèque de droit privé, 2004, p. 93. « Il n'y a aucune bonne raison de penser que l'opposabilité des actes juridiques soit différente de celle qui vient d'être décrite à propos des faits. » .

²) José DUCLOS, l'opposabilité. essai d'une théorie générale, op. cit, p. 22.

³) Robert WINTGEN, étude critique de la notion d'opposabilité, ibid, p.87. « Le contrat serait opposable parce qu'il est un fait, qu'il existe, crée une situation juridique ou modifie l'ordonnement juridique et s'impose donc aux tiers » .

(يصح العقد ذا حجية لأنَّ هناك فعلاً موجوداً يخلق وضعية قانونية تعَدَّلُ في النظام القانوني).

⁴) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.188.

(كواجب على كل شخص أن يأخذ في الاعتبار ما هو موجود خارج ذلك والامتناع عن التعدي أو عدم المساس به عند الاقتضاء).⁽¹⁾ علاوة على ذلك، فإنَّ الحجية لها نتيجة تفرض على الغير (الفاعلين السلبيين) تتمثل في "الالتزام بعدم المساس أو التعدي" obligation d'inviolabilité ، ويدل هذا الالتزام على التزام بعدم الفعل⁽²⁾، أي التزام بعدم التعدي على العلاقة أو الوضعية القانونية النافذة التي تربط بين أطرافها (المفاعيل النشطة) وكذا احترام هذه العلاقة، فيؤدي هذا الالتزام إلى إعطاء وصف دقيق للحجية. إذًا نحن أمام حجية قبل الغير أي نفاذ العلاقة في مواجهة الأغيار. هذا الالتزام الذي يقع على عاتق هؤلاء يمكن أن يؤثر عليهم، كما أنَّ العلاقة القانونية بين الفاعلين النشطين (أطراف العلاقة) لا يمكن أن تفرض على الفاعلين السلبيين التزاما غير الالتزام بعدم التعدي. وعلى العكس من ذلك، سيصبح الفاعلين السلبيين فاعلين نشطين وبالتالي لا يمكن اعتبارهم أغيارا يمكن أن يفرض عليهم التزاما بعدم الفعل. وأخيرا انتقد السيد WINTGEN أثناء دراسته لحجية العقد، أنَّ الحجية لا تنتج أيُّ أثر لعدم وجود العقد بالنسبة للغير، وعليه، فإنَّ هذا الأخير على علم بوجود العقد مما يجعله قابل للنفاذ وهذا لا يعني ضمنا الالتزام بعدم التعدي⁽³⁾.

إذًا يجب استبعاد هذا الرأي في الواقع لأنَّه سيؤدي إلى تجريد فائدة حجية التصرفات القانونية والوقائع القانونية في مجال القانون لأنها لا يمكن أن تنتج أيُّ أثر، وعليه فإنَّ رأي السيد DUCLOS في هذه المسألة أقرب إلى الصواب، فحجية التصرفات والوقائع القانونية لها أثر على استنتاج الالتزام بعدم المساس ويجب أن يحترم من قبل الفاعلين السلبيين (الغير)، وهو ما تأكده المادة 1/1200 من القانون المدني الفرنسي.

بعد التعرض لمفهوم حجية العلاقة القانونية في نطاق القانون الخاص، يقتضي الأمر تعريف هذه العلاقة في إطار القانون العام، وبالضبط القانون الإداري، إذًا لا توجد أيَّة عقبة في إعطاء تعريف لحجية نفاذ العلاقة القانونية في إطار القانون الخاص للقانون الإداري، ويؤكد السيد DUCLOS ذلك حيث يرى أنَّه لا يوجد أيُّ تحفظ على ذلك سوى القوانين والتنظيمات لأنها

¹ نفاذ العلاقة القانونية سيؤدي إلى المعارضة بها، أي أنَّ الأثر غير المباشر تجاه الغير سيؤدي بهذا الأخير إلى الاحتجاج بهذه العلاقة تجاه أطرافها، كما سيؤدي بالأطراف إلى الاحتجاج أيضا بهذه العلاقة تجاه الغير.

José DUCLOS, L'opposabilité. essai d'une théorie générale, op. cit., p. 23 .

² Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif , op.cit, p.190.

³ Robert WINTGEN, étude critique de la notion d'opposabilité, op. cit., p. 98.

لا تعتبر نافذة في وجه الغير بطريقة غير مباشرة بل تلزم مباشرة. وبصرف النظر عن هذا التحفظ، فإنَّ الحجية في القانون الإداري تماثل نفسها في القانون الخاص، أمَّا بالنسبة للعلاقة القانونية التي تعبر عن موضوع الحجية، فإنَّه يجب تحديد طبيعتها، إذ قد تحتوي على عمل قانوني أو واقعة قانونية، فبالنظر إلى التصرفات القانونية نستنتج القوانين لأنَّها لا يعود النظر في منازعاتها إلى القاضي الإداري، لتبقى بذلك فقط الأعمال الإدارية الانفرادية بنوعها الفردية والتنظيمية، وكذا العقود الإدارية.

فإذا كانت الأعمال الإدارية التنظيمية تلزم الأشخاص الذين لهم صلة بموضوعها، فمن باب الاستنتاج تلزم الأشخاص الذين ليست لهم علاقة بذلك . وبناء على ذلك، يمكن رفع تحفظ السيد Duclos، لا سيما الواقعة القانونية التي لم يعطها أيُّ وجود⁽¹⁾ في استعماله لمصطلح "مواضيع العلاقة" فهل يأخذ بعين الاعتبار جميع مواضيع العلاقة القانونية أو المواضيع المتعلقة بالتصرفات القانونية؟

إنَّ السؤال الذي يطرح هنا هو كيف يمكن معرفة الأعمال النافذة ومتى تنتج هذه الأخيرة آثارها؟ وبتعبير آخر، كيف يمكن أن تنتج الأعمال النافذة آثارها تجاه الغير؟

يجب أن يعلم الأغيار بالعلاقة القانونية النافذة من أجل احترامها، علاوة على ذلك إذا كانت معرفة العنصر القانوني محل الحجية تسمح لهذه الأخيرة بإنتاج آثارها، فإنَّها تعبر واقعا عن مجال المنازعات، فوفقا للسيد Marc LEVIS يتم التعبير عن نفاذ العلاقة القانونية تجاه الغير حينئذ في إطار المنازعات⁽²⁾، وفي الواقع تعبر الحجية تماما عن التعدي من خلال تدخل الغير في العلاقات القانونية، مما يؤدي غالبا إلى حدوث نزاعات وبالتالي اللجوء إلى التقاضي.

الفرع الثالث

مركز الغير في المجال القانوني

بعد تقديم العناصر الأساسية التي تدخل في تكوين الغير، نسلط الضوء في هذه الجزئية على مركز الغير في الوضعية القانونية القائمة ومدى تفاعله معها لتحديد طبيعته القانونية

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.191.

²⁾ Marc LEVIS, l'opposabilité du droit réel, de la sanction judiciaire des droits, economica, droit privé, 1989, p. 17.

بدقة موضوع دراستنا في هذا المبحث.

فالمجال القانوني أو كما يسميه الأستاذ DUCLOS دائرة التوليد التي يصفها كما يلي: (يجب تخيل دائرة محددة المحيط من الداخل والخارج، هناك نوعان من العلاقات القانونية، حيث تعبر الداخلية عن الأثر المباشر وتتعلق بالأشخاص الذين هم في علاقة مباشرة مع العنصر القانوني محل الاعتبار ويمكن دعوتهم بالفاعلين المباشرين (الفاعلين النشطين)، أمّا الخارجية فرمزيا محدودة تمثل العلاقة القانونية غير المباشرة المجال الخاص للحجية، والنتيجة المهمة هنا أنّ الذين ليسوا فاعلين مباشرين هم أغيار)⁽¹⁾.

إنّ خصوصية المجال القانوني هي تقديم مواضيع هذا المجال، هذه المواضيع التي قد تتفاعل أو لا مع هذا المجال، وتتمثل هذه المواضيع في فئتين مختلفتين سوف تنتج تأثيرات مختلفة تجاهه، هاتان الفئتان هما الجهات الفاعلة للعلاقات القانونية التي يمكن وصفها بالفاعلين النشطين، ليوصف الأغيار بالفاعلين السلبيين⁽²⁾. علاوة على ذلك يعطي السيد Duclos تعريفا للغير وكذلك شرحا لهذه الحالة بقوله: (في مجال الحجية -نفاذ العلاقة القانونية- كل الأشخاص الأجانب عن دائرة النشاط المباشر يعتبرون أغيارا هذه الغرابة يمكن تفسيرها من خلال عدم مشاركة هذا الشخص في خلق عنصر الحجية، وبصفة خاصة في بناء هذه الأخيرة)⁽³⁾.

هذا، ويتكون المجال القانوني من عناصر هي: موضوع المجال القانوني، الأطراف الفاعلة والأطراف السلبية، والآثار.

أولا: موضوع المجال القانوني

تشكل العلاقة القانونية موضوع المجال القانوني وهي بذلك تتخذ طبيعة العمل القانوني أو

¹⁾ « imaginer un cercle dont la circonférence délimite, en deçà et au-delà, deux types de rapport juridique. L'intérieur représente le domaine de l'effet direct : il concerne les personnes directement en relation avec l'élément juridique considéré, et que l'on peut donc appeler globalement les (acteurs directs) ou (sujets directs). [...] A l'extérieur du cercle symboliquement tracé, se développe le rapport juridique indirect, domaine spécifique de l'opposabilité, laquelle en conséquence intéresse ceux qui ne sont pas acteurs directs, c'est-à-dire les tiers ». José DUCLOS, l'opposabilité. essai d'une théorie générale, op. cit, p. 23.

²⁾ Ibid., p. 24.

³⁾ « en matière d'opposabilité [...] toute personne étrangère au cercle d'activité directe d'un élément donné doit être qualifiée de tiers. Cette « extranéité » peut s'expliquer par le défaut de participation de cette personne à la création de l'élément opposé, et plus généralement par la structure particulière de ce dernier ».

الواقعة القانونية، واعتباراً لذلك فإنَّ العلاقة القانونية في هذا الميدان هي التي سترسم المجال القانوني.

إنَّ الدائرة المرسومة حول العلاقة القانونية الهدف منها هو عزل الوضعية القانونية الجديدة الناشئة عن العلاقة القانونية، وهذا لا يعني إبعاد هذه الوضعية القانونية وإنما فقط تفصل الوضعية القانونية عن بعضها البعض من أجل عدم الخلط بينهما، وعليه فإنَّ عزل الوضعية القانونية من خلال إنشاء المجال القانوني سيسمح بضبط هذه الوضعية والقدرة على تحديد الآثار التي يمكن أن تنتجها هذه الدائرة.

ثانياً: أطراف المجال القانوني

يحتوي المجال القانوني على طرفين مختلفين: الفاعلين النشطين والفاعلين السلبيين، ويمثل الفاعلين النشطين الأشخاص الذين شاركوا في إنشاء الوضع القانوني الجديد الذي يوضح المجال القانوني، وعليه إنَّ هذه الأشخاص في القانون الإداري تتمثل في:

إذا كانت العلاقة القانونية عبارة عن واقعة قانونية، فيجب أن يكون هناك القائم بالفعل ومن يتحمل تبعاته وآثاره، إذا يجب أن يكون أحد الأطراف شخصاً معنوياً عاماً أو شخصاً من أشخاص القانون الخاص يخضع لاختصاص القاضي الإداري. أمّا إذا كانت العلاقة القانونية عبارة عن عمل قانوني، فالأمر يحتمل هنا وجود علاقات مزدوجة مختلفة من الأشخاص، ففي حالة ما إذا كان التصرف القانوني يشكل عقداً فإنَّ الأشخاص هنا هم المتعاقدون، أمّا إذا كان عملاً إدارياً انفرادياً فإنَّ الأشخاص هم هنا مصدر القرار ومتلقيه، مثال: إذا كان القرار الإداري عبارة عن رخصة بناء فالأشخاص مصدر العلاقة هنا الشخص العام مُصدر القرار والمستفيد من رخصة البناء، أمّا إذا كان العمل القانوني عبارة عن قرار قضائي فإنَّ الأشخاص هنا هم أطراف النزاع، مثلاً في حالة نزاع يتعلق بالمسؤولية الإدارية فإنَّ الأطراف منشأ العلاقة هم الشخص العام محدث الضرر والضحية التي أصابها الضرر، فهذه الأشخاص مرتبطة بالقرار القضائي الصادر في النزاع، ونفس الأمر يتعلق بالواقعة القانونية موضوع العلاقة القانونية، يجب أن يكون على الأقل أحد الأشخاص الذي شارك في إنشائها شخصاً عاماً⁽¹⁾، لأنَّ دراستنا للموضوع تتم ببساطة في إطار القانون الإداري.

¹⁾Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.194.

إنَّ الفئة الثانية من الأشخاص التي تُكوِّن المجال القانوني هي الأشخاص (الفاعلين) السلبية، هذه الأخيرة تمثل الأشخاص غير المرتبطين بالعلاقة القانونية موضوع المجال القانوني، فإذا كان هذا الأخير يعزل الوضعية القانونية المنشئة من قبل العلاقة القانونية الأصلية فإنَّ هذه الأشخاص السلبية تبقى خارج المجال القانوني وبالتالي يتم وصفهم بالأغيار، مثال: المجاورون للمالك الحائز على رخصة بناء (العلاقة القانونية الأصلية مشكلة من قبل الشخص العام مصدر الرخصة والمستفيد منها)، محيط الضحية بالنسبة للضرر الناتج عن شخص عام.

إنَّ التحديد الدقيق للمجال القانوني سيؤدي إلى تحديد الغير، ومع هذا ليس كذلك اعتبار الغير خارجا عن المجال القانوني وبالتالي لا يتحمل أي أثر⁽¹⁾.

ثالثا: آثار المجال القانوني

ينتج عن المجال القانوني نوعان من الأثر هما الأثر المباشر والأثر غير المباشر، على خلاف الحجية التي تنتج أثرا واحدا وهو الأثر غير المباشر من خلال الالتزام بعدم التعدي (عدم المساس). ويمثل الأثر المباشر كل الآثار الملازمة للعلاقة القانونية موضوع المجال القانوني، وهو الأثر الذي أنشأته العلاقة القانونية بحيث يصيب الفاعلين النشطين للمجال القانوني، مثال: إذا كانت العلاقة القانونية تتعلق بالالتزام بفعل من قبل دائن ومدين لهذا الالتزام، فالفاعلين النشطين لدائرة التوليد يأخذون وصف الدائن والمدين، حيث يجب عليهم احترام الالتزام بفعل، موضوع المجال القانوني.

من صفات الأثر المباشر من حيث المبدأ أن تكون له آثار تجاه الفاعلين النشطين، في الواقع الفاعلين السلبيين للمجال القانوني يمكن أن يصابوا من خلال الأثر غير المباشر للمجال القانوني، هذا الأثر المباشر هو نفسه الذي يتعلق بالحجية. في الحقيقة يولد المجال القانوني آثارا مباشرة تجاه الفاعلين النشطين. هذا المجال القانوني يحمي هذه الأطراف الفاعلة (النشطة) من تدخل الفاعلين السلبيين في العلاقة القانونية الناشئة، لهذا تعتبر العلاقة القانونية نافذة في وجه الفاعلين السلبيين، هذه الحجية تتعلق بالأثر غير المباشر: إنَّ الفاعلين السلبيين ليسوا ملزمين بالعلاقة القانونية محل النظر، ومع ذلك يفرض عليهم التزام بعدم التعدي الذي يُكوِّن الأثر غير المباشر للمجال القانوني. فمن خلال الأثر المباشر والالتزام بعدم التعدي يسمح

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.194.

المجال القانوني للفاعلين النشطين بتبادل الالتزامات بكل حرية في إطار علاقتهم القانونية، كما يحمي كذلك الفاعلين السلبيين لأنهم لا يلزمون بالعلاقة القانونية، لكن فقط يحترمون الالتزام بعدم التعدي⁽¹⁾.

ويقودنا اتباع هذا الرأي إلى إعدام فائدة الغير، وفي الواقع، فإنَّ المجال القانوني والالتزام بالمنع سوف يعيق كل تدخلات الفاعلين السلبيين في المجال القانوني، وفي هذه الحال يغدو مفهوم الغير دون فائدة لأنهم لا يمكن لهم التدخل في علاقة مع الفاعلين النشطين بل يكتفوا فقط بملاحظة العلاقة القانونية والبقاء خارج هذه العلاقة، وعليه لا يمكن أن ينشئ أي نزاع لأنَّ الغير سيحترم كلياً الالتزام بعدم التعدي.

إنَّ هذه النظرة غير محتملة في إطار القانون الإداري، ففي الواقع فإنَّ إصدار قرار إداري، إبرام عقد إداري، إصدار قرار قضائي، يمكن أن يمس عدداً من الأشخاص. مع العلم فإنَّ الأشخاص العامة تلتزم بتحقيق المنفعة العامة، واعتباراً لذلك فإنَّ الشخص العام إذا شارك في واقعة أو عمل قانوني يحتمل أن يصيب بطريقة غير مباشرة الفاعلين السلبيين، مما سيؤدي بهم إلى تجاوز الالتزام بعدم التعدي.

يدل مجال المنازعات الإدارية على فائدة الغير، لأنَّ الأغيار (الفاعلين السلبيين) لا يحترمون قسراً الالتزام بعدم المساس أو التعدي. صحيح أنَّه في كثير من الحالات يحترم الفاعلون السلبيون المجال القانوني فلا يمكن لهم التدخل في العلاقة القانونية، وعليه لا يمكن لأيّ نزاع أن ينتج عن تدخل الغير لأنَّه يجب عليه الالتزام بعدم المساس ومن باب أولى احترام حجية العلاقة القانونية، ومع ذلك سينتقل الفاعلين السلبيين مع المجال القانوني بل سيتدخلون في هذا الأخير ليعطوا ولادة نزاع قانوني، فمنطقياً في حالة عدم احترام الغير للالتزام بعدم التعدي سيعاقب. إنَّ حقيقة المنازعات تدل على أنَّ هذا التدخل يأخذ شكل **طعن قضائي** في العلاقة القانونية التي تربط بين الفاعلين النشطين، فإذا كان الفاعلون السلبيون (الأغيار) في القانون المدني يعاقبون على أساس المسؤولية التقصيرية⁽²⁾، فإنَّ القاضي الإداري جعل حلاً لهذا

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.195.

²⁾ Jacques GHESTIN, Marc BILLIAU, Christophe JAMIN, traité de droit civil, les effets du contrat, 3^{ème} édition, L.G.D.j, 2001, p. 777. « L'opposabilité se traduit vis à vis des tiers par une obligation de ne pas faire, sanctionnée par la responsabilité délictuelle, qui ne peut être assimilée à une extension des effets obligatoires du contrat ».

(حجية العلاقة القانونية تجاه الغير تترجم من خلال الالتزام بعدم الفعل، لتقوم المسؤولية على أساس الخطأ التقصيري للغير، التي لا يمكن أن تمثل امتداد الآثار الإلزامية للعقد).

التدخل، في الواقع إذا كان تدخل الفاعلين السلبيين غير مبرر فإنه -القاضي الإداري- يصرح بعدم قبول الطلب (الطعن)، أمّا في الحالة العكسية وهي الحال التي يكون فيها الطلب مؤسسا فإنه يقبله ويبث فيه من حيث الموضوع⁽¹⁾

ونظرا لما تقدم، يمكننا القول أنّ المجال القانوني يسمح لنا بتحديد الوضعية القانونية محل الاعتبار وهي الوضعية القانونية في إطار المنازعات، كما يسمح لنا بتحديد العلاقة القانونية وطبيعتها، وكذا القاضي المختص وهو القاضي الإداري هنا، والقانون الواجب التطبيق في المنازعات في هذه الحال وهو القانون الإداري، علاوة على ذلك، يسمح لنا بتحديد الفاعلين النشطين من الفاعلين السلبيين، الأغيار في مجال المنازعات، غير أنّ ذلك يبقى نسبيا، حيث أنّه في بعض الأحيان يكون من الصعب تحديد الأغيار من الفاعلين النشطين خاصة في مجال تحديد المدين بالتزام فرضه شخص عام، كالاتزامات المفروضة من قبل القرارات الإدارية التنظيمية⁽²⁾. غير أنّ هناك عنصرا مهما لم نتطرق له في موضوع المجال القانوني من أجل تحديد الغير وهو العنصر الزمني ذلك ما نتناوله النقطة الجزئية الموالية.

رابعا: دور العامل الزمني في تحديد الغير

درسنا فيما سبق أنّ صفة الغير قد تعطى لشخص عام أو شخص من أشخاص القانون الخاص أكان طبيعيا أو معنويا، فهم بذلك يعتبرون أجنب عن العلاقة القانونية الخاضعة للقانون الإداري وبذلك يتحملون حجية هذه العلاقة ولا يتجاهلونها. ومن المهم الإشارة أنّ عامل الزمن يلعب دورا مهما في تحديد الغير، وذلك من حيث تسيير الوضعية القانونية محل الاعتبار، وعليه فإنّ عنصر الزمن يعتبر عاملا مؤقتا في وصف شخص بالغير⁽³⁾.

إنّ المجال الزمني المؤقت يعبر في دراستنا هذه عن فترة ولادة الوضعية القانونية إلى نهايتها، وبتعبير أدق، يعبر عن مسار حياة الوضعية القانونية ولادتها، نموها، زوالها. في الواقع قد نجد شخصا يدخل في تكوين ولادة الوضعية القانونية لكن في النهاية لا نجده حاضرا في ولادتها ونموها فهل يحصل على صفة الغير؟، بالعكس قد يوصف شخص بأنّه غير من

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.197.

²) لأنّ القرارات الإدارية التنظيمية عامة ومجردة لا تخاطب أشخاصا محددين بذواتهم، بل تخاطب عامة الناس.

³) يدل مصطلح مؤقت temporaire على وقت محدد، فالمجال المؤقت يدل على فترة زمنية محددة، محسوبة بالأيام والأشهر والسنوات. Gérard CORNU, vocabulaire juridique, op. cit, p. 760.

ولادة الوضعية القانونية إلى نموها لكن قد يلعب دورا في نهايته ليفقد بذلك صفته كغير.

إنّ لعامل التأقوت أهمية في تنوع حالات الغير، فمفهوم الغير من حيث مداه ليس مفهوما ثابتا مع الوقت بل يعبر عن مفهوم متغير، وبالتالي فإنّ الشخص إذا وصف بأنّه غير في الفترة (أ) قد يفقده في الفترة (ب)، وعليه فإنّ نفس الشخص الذي يوصف غيرا قد يفقد صفته هذه في مرحلة معينة⁽¹⁾.

وعليه، فهذه المسألة يمكن تحديدها بدقة في مجال المنازعات الإدارية، فمثلا في مجال منازعات القرارات الإدارية، أصدرت بلدية ما رخصة بناء لمستفيد معين، بعد علم جاره برخصة البناء قام بالطعن فيها أمام قاضي الإلغاء، فالطاعن بعد ما كان غيرا عن الوضعية القانونية بين البلدية والمستفيد فقد هذه الصفة بدخوله في منازعات هذه الرخصة ليصبح طرفا في الوضعية القانونية في مرحلة من مراحلها.

وبناء على ما تقدم، نقول: إنّ الغير هو أجنبي عن وضعية قانونية وليس طرفا فيها، إلّا أنّه قد يتدخل في هذه الوضعية فيتأثر بها ويؤثر فيها، ولعل السبب الرئيسي في ظهور هذه العلاقات المتباينة هي المنازعات الناشئة عن هذه الوضعيات القانونية التي يبقى القاضي الإداري هنا المختص بتحديد شخص الغير بل أنواع الأغيار داخل مصطلح الغير نفسه معتمدا في ذلك على عدة عوامل أهمها عامل المصلحة. ووفقا لذلك ما هي النتائج والآثار المترتبة على اعتبار شخص معين غيرا؟ وكيف يتعامل القانون وبعده القاضي الإداري مع ذلك؟ ذلك ما نجيب عنه في العنصر الموالي.

المطلب الثاني

الموازنة بين حقوق الغير وضمان الاستقرار القانوني للعلاقات القانونية ذات الأبعاد الإدارية

يعتبر حق التقاضي حقا أقرته النظم القانونية الداخلية وقبل ذلك الدولية، بل يعتبر حقا طبيعيا للشخص يسمح له بحماية حقوقه أمام قاضيه الطبيعي إذا تضرر من عمل ما. وما دام الغير شخصا معينا فسيستفيد هو كذلك من هذا الحق من أجل حماية حقوقه المعتدى

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.200.

عليها، غير أنّ هذا الحق غير مطلق بل مقيد بأحكام التشريعات ونظرة القاضي الإداري من أجل حماية الوضعيات القانونية ذات الصلة وضمان استقرارها، وعليه نتعرض بالبحث هنا إلى حق الغير في اللجوء إلى القضاء في فرع أول، ثم ضمان الاستقرار القانوني للعلاقات القانونية في فرع ثان.

الفرع الأول

حق الغير في الوصول إلى القضاء

يعتبر حق التقاضي حقا من حقوق الإنسان كفلته الاتفاقيات الدولية والدساتير الداخلية للدول، حيث جاء في المادة 8 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بأنّ "لكل شخص الحق في أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون"⁽¹⁾، ومثله أكد الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب على هذا الحق من خلال النص في المادة 7 على أنّه: "حق التقاضي مكفول للجميع ويشمل هذا الحق:

أ- الحق في اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة بالنظر في عمل يشكل خرقا للحقوق الأساسية المعترف بها، والتي تضمنتها الاتفاقيات والقوانين واللوائح والعرف السائد...."⁽²⁾، وغير بعيد عن ذلك نصت الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان في المادة 13 على أنّه: (لكل إنسان انتهكت حقوقه وحرياته المحددة في هذه المعاهدة الحق في وسيلة إنصاف فعالة أمام سلطة وطنية ولو كان هذا الانتهاك قد وقع من قبل أشخاص يعملون بصفة رسمية)⁽³⁾.

هذا عن النصوص القانونية الدولية، أمّا الوطنية فينص الدستور الجزائري في المادة 157 منه على أنّه "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحرّيات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة

⁽¹⁾ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المعتمد والمنشور عن العنّ بمرجوب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 الف (د-3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948. انضمت إليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، ج.ر، ع.64، الصادرة بتاريخ: 10/09/1963.

⁽²⁾ الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، المجاز من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 58 بنيروبي، كينيا، جويلية 1981. صادقت عليه الجزائر بتاريخ 23/02/1987، ج.ر، ع.6، الصادرة بتاريخ: 04/02/1987.

⁽³⁾ الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحرّيات الأساسية، عقدت في إطار مجلس أوربا في 4 نوفمبر 1950. تهدف المادة 13 من الاتفاقية إلى إنشاء نظام رقابة وطنية مستقلة عن الرقابة الأوروبية، يسمح للقاضي الوطني بالتصدي لانتهاكات الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وتعني كلمة "فعال" في أن يكون الطعن مفيدا أو نافعا، وعليه فإنّ الطعن الفعال يعبر عن إمكانية الفرد في أن يطعن في عمل معين يشمل اعتداء على حقوقه المعبر عنها في هذه الاتفاقية دون الأخذ بعين الاعتبار أن الشخص المختص بالفصل في الطلب ملزم بإعطاء حل مقبول لمقدم الطلب.

على حقوقهم الأساسية" كما أكدت ذلك المادة 2/158 بقولها ".....الكل سواسية أمام القضاء وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون"⁽¹⁾، كما ينص الدستور الفرنسي في المادة 66/2 منه على أنه: (تكفل السلطة القضائية باعتبارها حامية الحرية الفردية، احترام هذا المبدأ وفقا للشروط المنصوص عليها في القانون)⁽²⁾، كما ينص الدستور المصري في المادة 97 منه على أن: "التقاضي حق مصون ومكفول للكافة.... ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي، والمحاكم الاستثنائية محظورة".

فإذا كان حق التقاضي يعبر عن حق الشخص في اللجوء إلى القضاء طالبا الحماية لحق له أو مصلحة أو مركز قانوني وطالبا رد الاعتداء عنه واسترداده إذا سلب منه⁽³⁾، فإن الحق في الوصول (النفاذ) إلى القاضي يشكل بعدا من أبعاد الحق في التقاضي.

يمكن القول أن الحق في الوصول إلى القاضي le droit d'accès au juge يماثل الحق في استعمال العدالة le droit d'agir en justice من حيث هدف كل منهما والمتمثل في إخطار المحكمة وفتح المحاكمة⁽⁴⁾. ويمكن تعريف الحق في الوصول إلى القاضي بأنه:

« être en mesure de soutenir sa cause devant un tribunal à même de l'entendre et de statuer en toute objectivité ».

كل إمكانية تُفتح للأفراد لدعم قضيتهم أمام محكمة قادرة على النظر والبت فيها بكل موضوعية⁽⁵⁾، ووفقا للمفهوم الأوربي فإن حق الوصول إلى القاضي مستتب من المادة 1/6 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان⁽⁶⁾، ويجب أن يكون "فعالا" أي أن الأشخاص لا تتم إعاقتهم لممارسة هذا الحق إلا لأسباب قانونية أو مادية محضة، كما يمكن نعت هذا الحق

⁽¹⁾ ما يعاب على المؤسس الدستوري الجزائري أنه لم ينص على الحق في التقاضي ضمن باب الحقوق والحريات، بل نصّ عليه في الباب المخصص للسلطة القضائية وبطريقة ضمنية، متبعا في ذلك نهج المؤسس الدستوري الفرنسي، مما يدل على خلل في منهجية تقسيم الدستور وتحرير مضمونه.

⁽²⁾ « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

⁽³⁾ أحمد خطيب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص.49.

⁽⁴⁾ René CHAPUS, droit du contentieux administratif, Montchrestien, domat droit public, 11^{ème} éd., 2004, p. 9.

⁽⁵⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.167.

⁽⁶⁾ حيث تنص على أنه: "لكل شخص عند الفصل في حقوقه المدنية والتزاماته، أو في اتهام جنائي موجه إليه، الحق في مرافعة علنية عادلة خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة غير منحازة مشكلة طبقا للقانون".

بالحق في المحكمة وفقا للقضاء الأوروبي، ولقد تم تعريف هذا الحق من قبل قضاء Golder على أنه:

«le droit à un procès équitable recouvre d'abord, [...],le droit à un tribunal, qui implique d'une manière générale le droit d'avoir accès concret et effectif à un tribunal ».

(الحق في المحاكمة العادلة عادة يمثل أولا:....الحق في المحكمة أي القاضي الطبيعي، والذي يعني عادة الحق الملموس في الوصول إلى المحكمة) (1)، إنَّ هذا الحق لا يتعلق فقط بإخطار المحكمة ولكن يتعلق أيضا بإلزامها بالبت فيه، ويؤسس القانون الفرنسي الحق في الوصول إلى القاضي إضافة إلى المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والمادة 16 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن (2) .

إنَّ الحق في النفاذ إلى القاضي ليس على إطلاقه بل يعرف بعض الحدود، فالقاضي الإداري شأنه في ذلك شأن القاضي العادي مع بعض الفروق في شرط المصلحة قد يرفض بعض الطلبات لغياب مصلحة الطاعن مثلا، ولا يشكل ذلك إنكارا للعدالة، وعليه فإنَّ الحق في النفاذ إلى القاضي يعبر على أنه قبل النظر في موضوع الطعن يجب أن ينظر في مدى قبوله، وفي هذا المجال يجب عليه التأكد من أنَّ الطلب قد أُودِع في الآجال المحددة وكذا توافر مصلحة الطاعن من أجل فتح المحكمة على أوسع نطاق لولوجها، على أن يأخذ بعين الاعتبار العلاقات القانونية الناشئة والمراكز القانونية المتولدة عنها، ذلك ما انفصل فيه الفرع الموالي.

الفرع الثاني

ضمان الأمن القانوني للعلاقات القانونية واستقرارها

إنَّ حق الغير في الوصول إلى القضاء مضمون، وعليه فإنَّ القانون العام وبالضبط القانون الإداري ليس معاديا للغير بل على العكس من ذلك. فإذا كان للمرء أن يلخص القانون الإداري في شكله الحديث يمكننا أن نقول أنَّ الغير هو حارس القانون العام، فهو بذلك يهدف إلى إعادة الإدارة إلى الحق الذي يعد الركيزة الأساسية للقانون العام مما يجعل له مركزا جيدا

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.167.

²⁾ Ibid, p.167.

للمراقبة في القانون الإداري⁽¹⁾. إنَّ دخول الغير في منازعات القضاء الإداري تعترضه عقبة تتمثل في شرط توفر المصلحة، فحتى وإن كان القاضي الإداري يعتمد مفهوماً واسعاً للمصلحة من أجل فتح الوصول إلى قاعة المحكمة على أوسع نطاق، لكن يبقى حاضراً الحذر من النمو السريع للمنازعات التي تؤثر على فعالية الدعوى والقضاء⁽²⁾.

ويعتبر قرار فتح المحكمة أمام الغير نقطة تحول في مسار القانون الإداري، حيث أصبح بإمكان الغير الأجنبي عن العلاقة القانونية التي تنشأ بين العمل والمخاطبين المباشرين به الطعن في هذه الأعمال، ويعتبر ذلك مشروعاً لإخضاع الإدارة للقانون من خلال إعطاء المواطنين مهمة حراسة المشروعية، حتى ولو لم تتوافر فيهم المصلحة الشخصية والمباشرة، بل يكفي حينها الاحتجاج بالقاعدة القانونية وأثرها المباشر مما يؤدي بتوسيع نطاق المستفيدين من القاعدة الذين يعتبرون أغياراً. فبمجرد قبوله يستفيد الغير من جميع وسائل إلغاء العمل كالتذرع ضد العمل بقاعدة غير مقصودة على وجه التحديد، مثال: طعن جمعية التراث الثقافي في رخصة بناء، وعليه يمكن الاعتراف لها بالمصلحة في التقاضي، وهي بذلك تمتلك كل الوسائل التي تتذرع بها، ليس فقط الجهل بقاعدة تتعلق بجمالية المبنى (كقاعدة تتعلق بالواجهة الخارجية للمبنى)، لكن أية قاعدة أخرى (كاختصاص مصدر الرخصة، أو الجهل بقاعدة قانونية)⁽³⁾.

وفي مجال العقود الإدارية، إذا قمنا بدراسة تطور موضوع منازعاتها نلاحظ بأنَّ القاضي الإداري فتح شيئاً فشيئاً المجال للغير من أجل الطعن في عناصر العقد والأعمال المتصلة به، ويتضح ذلك من خلال سماحه بالطعن في القرارات الإدارية المنفصلة، وكذا الطعن في الشروط التنظيمية للعقد، فالطعن في العقد الإداري نفسه⁽⁴⁾.

إنَّ فتح المحكمة على أوسع نطاق للغير أدَّى إلى تدفق عدد كبير من الطعون إليها، ما أدَّى إلى إرهاب القضاء وإضعافه، وأساساً تهديد الاستقرار القانوني للعلاقات القانونية والمراكز

¹⁾ Camille Broyelle, tiers et droit public, op.cit, p.1.

²⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.165.

³⁾ Camille Broyelle, tiers et droit public, ibid, p.3.

⁴⁾ بل أصبح القاضي رئيساً إدارياً على الإدارة ما أدَّى إلى إعاقة نشاطها من خلال المنازعات المرفوعة ضدها أمامه.

Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, ibid, p.172 .

التي نشأت في ظلها⁽¹⁾، وهو الأمر الذي دفع بالقاضي الإداري إلى تبني إستراتيجية جديدة توفق ما بين حفظ حقوق الغير في الطعن في الأعمال الإدارية، والمحافظة من جهة على استقرار العلاقات القانونية، وكذا تنزيه ساحة القضاء من العبث وذلك من خلال الدعاوى المتراكمة والكيدية، ولعل سبيله في ذلك هو تبني مفهوم جديد للمصلحة لكبح جموح الغير، ومن ذلك مثلا منازعات الوظيفة العامة، ففي قضاء مجلس الدولة الفرنسي وبالضبط في قضية « Bellanger » تكبد عون عمومي عقوبة تأديبية بسبب الحادث الذي قام به وأدى إلى وفاة أب الطاعن، هذا الأخير كان يتمنى عقوبة قصوى، وبالتالي طلب تشديد العقوبة ضده من قبل وزير العمل. طعن الطاعن في قرار رفض الوزير أمام المحاكم الإدارية فمجلس الدولة، فاستعمل هذا الأخير ضمنا في هذه القضية مفهوم الغير من أجل رفض مصلحة الطاعن. إنَّ المصلحة هنا تتمثل في الحد الدفين تجاه العون محل قرار التأديب. وفي الواقع فإنَّ الوظيفة تشكل مجموعة يكون فيها المواطنون الذين لا صلة لهم بها أجانبا، أغيارا، وبالتالي فالقاضي الإداري لا يقبل أن يتدخل أيُّ غير في هذه المجموعة، ليتدخل في العلاقة بين الأشخاص العامة وأعاونها، فيرفض الاعتراف بمصلحة الطاعن، فالقاضي الإداري أغلق حق الوصول إلى المحكمة من خلال هذه الدعوى⁽²⁾.

كذلك في مجال العقود نلاحظ أنَّ القاضي الإداري قد انتهج نوعا ما سياسة أكثر تشددا تجاه الغير نظرا للأثار السلبية التي نجمت عن تدخله، فإلى غاية 1990 تحصل طاعن بصفته دافع ضريبية محلية على إلغاء قرار يتعلق بالمالية البلدية (مداولة تتعلق ببناء ملعب) مرت ما بين اتخاذ القرار وإلغائه ثلاث سنوات حتى خمس سنوات، ووفقا للمبدأ القائل "أنَّ الأشغال العامة لا تُدمَّر" فلا يمكن فعل أيُّ شيء، وأبعد من ذلك أصبح بإمكان الغير إجبار أطراف العقد عن طريق قاضي التنفيذ على إخطار قاضي العقد بإلغاء القرار الإداري المنفصل

¹ وهو ما يندرج ضمن الأمن القانوني الذي تم تعريفه على أنه: "تحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة بهدف إشاعة الأمن والطمئينة بين أطراف العلاقات القانونية من أشخاص قانونية عامة وخاصة، بحيث تتمكن هذه الأشخاص من التصرف على هدى من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيامها بأعمالها وترتيب أوضاعها على ضوء منها دون التعرض لمفاجآت أو تصرفات مباغته صادرة من السلطات العامة من شأنها زعزعة هذه الطمئينة أو العصف بهذا الاستقرار". أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنزيتسي، دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، مرجع سابق، ص. 21. نقلا عن، يسري محمد العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، 1999، ص. 245. والأمن القانوني مقابلة بمبدأ المشروعية يعني ضمان قدر معين من الاستقرار للمراكز القانونية والحقوق التي اكتسبت بناء على أعمال قانونية غير مشروعة. نفس المرجع، ص. 22.

² CE, 17 mai 2006, Bellanger, Rec. CE, p. 257, R.F.D.A, 2006, p. 890

عن العقد (لأنه ليس له أي أثر على العقد ويبقى ذلك حكرا على أطرافه)، علاوة على ذلك فإن إخطار قاضي العقد ليس مؤطرا بمدة، حيث تم إلغاء مداولة سنة 1995 وفي 2010 أمر قاضي التنفيذ أطراف العقد بوضع هذا الأخير محل شك، إذ اعتبره كأنه لم يوجد أصلا (قاضي التنفيذ هو القاضي المخاطر من قبل الغير)، وباسم استقرار المعاملات القانونية أغلق مجلس الدولة الفرنسي طعون الغير ضد القرار الإداري المنفصل في قضية *tarn et garone* (1)، وفي المقابل فتح له المجال للطعن في صحة العقد أمام قاضي العقد وفقا لشروط صارمة أهمها توفر المصلحة الشخصية والمباشرة (الضرر المباشر والشخصي) في خطوة منه إلى إلغاء أي تمييز بين الغير والأطراف، والتقليل من تدخل قاضي الإلغاء، وتجنب الآثار السلبية التي يمكن أن تنتج عن ذلك (2).

لئن كانت مهمة تعريف الغير وتحديد مفهومه من المهام الأساسية في الوقوف على حقيقته، فإن تحديد إطاره التاريخي لا يقل أهمية عنها، ويرجع السبب في ذلك إلى أن بعض جوانب قواعد القانون الإداري قد تلقفها القاضي الإداري من قواعد القانون الخاص، وبالضبط قواعد القانون المدني التي تعتبر الشريعة العامة، ولما كان ذلك، فإن السؤال الذي يطرح هنا: كيف تعامل القانون المدني مع موضوع الغير، وما هي فلسفته في ذلك؟ هذا ما نجيب عنه في الفصل الثاني من هذا الباب.

1) Camille Broyelle, tiers et droit public, op .cit, p.4-5.

2) *Ibib*, p.5.

القاضي هو الذي يقدر توافر المصلحة من عدمها وفق رؤيته للأمور، وهو في ذلك يأخذ بعين الاعتبار الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الشخصية، ففي قضية *tarn et garon* أخذ القاضي الإداري منهجا آخر وهو حماية المراكز القانونية واستقرار المعاملات على حساب المشروعية، وكذلك عدم تعطيل الإدارة عن أعمالها وبالتالي الإضرار بالمصلحة العامة. نتولى تفصيل ذلك في الباب الثاني من هذه الأطروحة.

الفصل الثاني

الإطار التاريخي للغير في القانون

لم تظهر فكرة الغير في القانون الإداري إلا حديثاً، مع أنها ظهرت ابتداء في مجالات القانون وبالضبط القانون المدني، ذلك لطبيعة العلاقات التي ينظمها من جهة، والمصالح التي يحميها من جهة أخرى. ولقد شهدت فكرة الغير في هذا المجال تطوراً ملحوظاً باختلاف الأزمنة حتى وصولها إلى شكلها الحالي. وبناء على ذلك، تقتضي دراسة الإطار التاريخي والتأصيلي لمسألة الغير التعرض لها في أحكام القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، ذلك بالتطرق إلى مجالين خصوصيين ورد فيهما الغير بقوة وهما مجال العقود وكذا المسؤولية.

المبحث الأول

الغير في إطار العلاقات التعاقدية

يحكم العلاقات التعاقدية في مجال القانون الخاص مبدأً أساسياً يعرف بمبدأ النسبية في مجال العقد أو قوة العقد الملزمة من حيث الأشخاص، ومعنى هذا المبدأ أن العقد يرتب أثره فقط في حق أطرافه دون الغير الذي لا علاقة له به، وبمفهوم آخر فإن الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد لا تتعلق إلا بالعاقدين⁽¹⁾، غير أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، حيث يمكن للغير أن يتأثر أو يؤثر في العلاقة العقدية الأجنبي عنها. وعليه، فإن الإشكالات التي تطرح في هذا الصدد تتمثل في الآتي: ما حقيقة الغير في العلاقات التعاقدية في القانون المدني؟ وما هي الحدود الفاصلة بين الطرف والغير؟ وما هي آثار ذلك كله؟ هذا ما نجيب عنه في هذا المبحث من خلال التطرق لحالة اكتساب الغير حقاً أو تحمله التزاماً عن عقد (مطلب أول)، وكذا حالة احتجاجه بعقد لم يكن طرفاً فيه حتى لا يرتب أثره تجاهه (مطلب ثان).

المطلب الأول

الروابط العقدية التي ترتب حقاً للغير أو تحمله التزاماً

يعتبر حصر مبدأ أثر العقد على طرفيه مبدأً هاماً يتفق والمنطق القانوني، حيث لا يجوز لأحد هؤلاء أن يحتج بالعقد ليطالب الغير بتنفيذ التزام ترتب عليه، كما لا يجوز للغير في نفس

⁽¹⁾ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، مرجع سابق، ص. 02.

الوقت أن يتمسك به قبلهما لِيَدَّعِي حقا نشأ له عنه (1)، غير أن هذا المبدأ يرد عليه استثناءات قانونية تتمثل في أن العقد يمكن أن ينتج أثرا مقصودا ينصرف إلى الغير الذي يصبح بموجبه دائما دون أن يكون طرفا فيه وهو ما يجد تطبيقه في الاشتراط لمصلحة الغير الذي يعتبر أهم استثناء لقاعدة نسبية العقد (الفرع الأول)، ولما كانت الجدوى من هذا الاستثناء إكساب حق لفائدة الغير بموجب العقد، فإن من الضروري أن نبحث من ناحية أخرى هل بإمكان العقد أن يرتب التزاما في ذمة الغير فيصبح هذا الأخير مدينا بموجب عقد لم يكن طرفا فيه؟ إنّه سؤال تستدعي الإجابة عليه دراسة مفهوم التعهد عن الغير وأحكامه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاشتراط لمصلحة الغير

تنص المادة 116 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية أو أدبية، ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد.

ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك".

وتنص المادة 154 من القانون المدني المصري على أنه: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة مادية كانت أو أدبية.

ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالب بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك. ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد.

ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد

¹ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 34.

أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك".

وفي نفس السياق ينص الفصل 38 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على أنه: " يسوغ اشتراط شرط تعود منفعته على الغير وإن لم يُعيّن الغير إذا كان ضمن عقد بعوض أو في تبرع بين المتعاقدين، وحينئذ ينفذ الاشتراط مباشرة في حق ذلك الغير يكون القيام به على الملزم إلا إذا منع عليه القيام في العقد أو علق على شروط معينة وإذا اشترط شيء للغير فأعلم الذي اشترطه بعدم قبوله فلا عمل على الشرط"⁽¹⁾.

كما جاء في المادة 1205 من القانون المدني الفرنسي من حيث المبدأ على أنه:

« On peut stipuler pour autrui .

L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce dernier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse ».

(يمكن الاشتراط لمصلحة الغير .

يمكن لأحد المتعاقدين، المشتراط، أن يجعل الآخر يتعهد للغير، المتعهد، بأن يقوم بأداء منفعة لصالح الغير المستفيد. وقد يكون هذا الأخير شخصا مستقبلا ولكن يجب أن يكون محددًا، أو يتم تحديده عند تنفيذ الوعد).

بعد تبيان الأسس القانونية للاشتراط لمصلحة الغير في القانون المدني الجزائري والقوانين المقارنة، نتولى الآن تحديد تعريفه ومساره التاريخي (أولا)، كما نتولى دراسة أحكامه (ثانيا)، لنبين بعد ذلك أهم تطبيقاته (ثالثا)، ومن ثم تقرير حقيقة الغير في إطاره (رابعا).

أولا: الاشتراط لمصلحة الغير التعريف به ومساره التاريخي

يعبر الاشتراط لمصلحة الغير عن عمل قانوني -عقد- بين شخصين يهدف إلى ترتيب حقوق لفائدة شخص ثالث أجنبي عن العقد⁽²⁾، أو هو "اتفاق بين شخصين يتعهد (يلتزم) أحدهما بأن يؤدي مباشرة إلى شخص آخر أجنبي عن العقد أداء معينًا يشترطه للطرف الآخر

⁽¹⁾ نوسع من مجال هذه الدراسة وذلك بالتطرق للنظام القانوني التونسي في هذا المجال، من أجل الوقوف على أوجه الاختلاف بينه وبين الأنظمة القانونية الأخرى محل المقارنة، ما يزيد البحث عمقا وإثراء.

⁽²⁾ علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، د.ط، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص.337.

في هذا الاتفاق، ويسمى هذا الشخص بالمشترط، أمّا الطرف الآخر الذي يتعاقد معه وتعهّد بأداء معين إلى الغير فيسمى المتعهّد، والغير هو من لم يكن طرفاً في هذا الاتفاق -أي الأجنبي عن العلاقة التعاقدية بين المشترط والمتعهّد- يكون متعهّداً له، فهو الذي يتم الاشتراط لمصلحته، ولذا سمي بالمنّفع أو المستفيد ويكون له حق مباشر من هذا الاشتراط يستطيع بمقتضاه أن يطالب المتعهّد⁽¹⁾.

ويتميز عقد الاشتراط لمصلحة الغير عن عقد الوكالة أساساً في أنّ المتعاقد في الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد باسمه لا باسم المنّفع ومن تلقاء نفسه بل قد يكون كذلك خاصة إذا كان قاصراً، أو أراد المتعهّد فعل الخير عن دعاية لنفسه بدون علم المنّفع الذي يعتبر مستفيداً من العقد دون أن يشارك فيه (بعد قبوله العقد سيتحول من غير إلى طرف)، على غير الوكيل الذي يتصرف لحساب موكله وباسمه⁽²⁾، وإن كان الوكيل يعتبر طرفاً من الناحية المادية وغيراً من الناحية القانونية⁽³⁾.

ومن المعلوم أنّ الاشتراط لمصلحة الغير قد عرف تطوراً تاريخياً، حيث تمتد جذوره إلى القانون الروماني، فقد كانت القاعدة السائدة في ذلك القانون قاعدة نسبية أثر العقد، ثم اقتضت الحاجة إكساب الغير حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه في حالات منها: اشتراط المدين على من اشترى منه شيئاً أن يوفي إلى دائنه، واشترط الابن على من اشترى منه ماله أن يؤدي إلى والده دخلاً مدى الحياة. وقد كان عقد البيع يتضمن بنداً جزائياً في مثل هذه الحالات الخاصة يُستحقّ للمتعاقد في حالة تخلف المتعهّد عن تنفيذ التعهّد، وبذلك تتوفر مصلحته في العقد، ولقد توسع استعمال البند الجزائي إلى عقود أخرى حتى أصبح مفترضاً وجوده فيها فكان وسيلة لإجبار المتعهّد على الوفاء للغير، غير أنّه لم يكن لهذا الأخير حق مباشر تجاه المنّفع، ثم أُجيز بعد ذلك إدخال الغير في صلب العقد حيث أصبح بإمكان المتعهّد أن يُسدّد ما عليه إلى المتعاقد المشترط أو إلى الغير المستفيد، ليكتسب الغير في مرحلة من المراحل حقاً مباشراً

⁽¹⁾ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.46.

⁽²⁾ بالإضافة إلى الشروط العامة للعقد من تراض وسبب ومحل وغيرها. هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، العقد، ط.1، ج.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص.372.

⁽³⁾ إنّ اعتبار الوكيل غيراً من الناحية القانونية أمر لا يخلو من نقد، فالوكيل يشارك في العمل القانوني مع ما يترتب على ذلك من آثار، ويظهر ذلك جلياً في حالة تجاوزه حدود الوكالة، إذ سيتعرض إلى جزاء ناتج عن تجاوز الوكالة في العقد الذي كان طرفاً فيه.

ينشأ عن عقد لم يشارك فيه⁽¹⁾، دون أن يُمْر هذا الحق بذمة المشتري، غير أن حماية هذا الحق لم تتقرر في صورة دعوى يرفعها المنتفع الغير على المتعهد، بل كل ما في الأمر أنها دفع فقط. وفي مرحلة أخيرة أصبح من حق المنتفع أن يرجع على المتعهد بحقه المباشر قبله في صورة دعوى وليس فقط دفع، غير أن حق الدعوى كان قاصرا على حالات منها: حالة اشتراط المورث حقا لمصلحة ورثته، وحالة اشتراط الواهب على الموهوب له حقا لمصلحة شخص آخر، وحالة العقد الذي يشترط فيه شخص على آخر بأن يدفع حصرا لشخص ثالث⁽²⁾.

وفي القانون المدني الفرنسي القديم، بقي الاشتراط لمصلحة الغير غير جائز نظرا لانعدام مصلحة المشتري من إتمام المتعهد لما يكون قد تعهد نحوه لفائدة غيره، على أن الفقهاء أقرُّوا جميع الاستثناءات التي أوردها القانون الروماني قبل أن يوسعوا في نطاقها وذلك بقبولهم خاصة ومنذ القرن 16 من تعميم حق الغير المباشر ضد المتعهد إلى جميع الحالات التي يكون فيها الاشتراط لمصلحة الغير من توابع أداء أو تعهد طرف نحو آخر، واعتبارا لذلك أصبحت صحة الاشتراط لمصلحة الغير ثابتة قانونا دون تدخل شخصي من المستفيد في تكوين حقه، وذلك بموجب العقد الرابط بين المشتري والمتعهد، على أن يتضمن هذا العقد هبة أو التزاما بعوض من أحد الطرفين نحو الآخر.

هذا، وقد سلك المشرع الفرنسي سنة 1804 هذا الاتجاه مقرا بذلك في المادة 1119 من القانون المدني قاعدة "ذاتية آثار الالتزام" الرومانية، حيث "لا يجوز لأحد أن يلتزم أو أن يشترط حقا لنفسه" قبل أن يقبل على سبيل الاستثناء وفي حدود الحالات التي قرر بشأنها إمكانية الاشتراط لمصلحة الغير، وقد ورد هذا الاستثناء ضمن المادة 1121 من نفس القانون والذي يجيز الاشتراط لمصلحة الغير إذا كان الانتفاع العائد إلى الغير شرطا لهبة من المشتري للموهوب له، أو إذا صدر من المشتري عقد معاوضة اشترط فيه حقا لنفسه أولا، ثم قرن بذلك بأن اشترط حقا للغير.

وبقيت الأوضاع على حالها إلى غاية 1860، ونتيجة تطور قطاع التأمين بصورة التأمين على الحياة والتأمين على المسؤولية خاصة في ميدان حوادث الشغل، وما نتج عن هذه العوامل

⁽¹⁾ هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، المرجع السابق، ص.374.

⁽²⁾ يراجع في تفصيلات ذلك، سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية العقد، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص.125.

الاقتصادية والاجتماعية والسياسية من مشاكل قانونية، ساعدت الفقهاء على حلها من خلال تركيز مجهوداتهم على تجديد تفسير المادتين 1119 و1121 من القانون المدني الفرنسي، ما مكن القضاء من توسيع نطاق الاشتراط لمصلحة الغير، وبالتالي تحديد الشروط التي يجب أن تتوفر في الغير المستفيد وبيان مدى حقوقه نحو المتعهد وعلاقة هذا الأخير بالمستفيد، الأمر الذي مهد لتنظيم عقود التأمين على الحياة ضمن القانون الخاص بالتأمين البري المؤرخ في 13 جويلية 1930⁽¹⁾، وواصل القضاء الفرنسي جهوده في تطوير هذه القاعدة لتصبح بالشكل الذي أصبحت عليه اليوم، في تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016، وكذا في القوانين المعاصرة.

وعليه، وبعد هذا التقديم الوجيز للتطور التاريخي للاشتراط لمصلحة الغير نتساءل: ما هي أحكام هذا الأخير، وما هي تطبيقاته في المجال العملي؟ ذلك ما نجيب عنه في الجزئية التالية.

ثانياً: أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

وحتى نكون بصدد قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير يجب توافر شروط معينة، فإذا ما توفرت هذه الشروط نتج عن هذه القاعدة آثار تجاه أطرافها.

1- شروط تطبيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

نستنتج من خلال استقراءنا للمواد 116 من القانون المدني الجزائري و154 من القانون المدني المصري و1205 من القانون المدني الفرنسي والفصل 38 من مجلة العقود والالتزامات التونسية أنّ للاشتراط لمصلحة الغير ثلاث شروط تتمثل: في أن يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع، وأن تنصرف إرادة المشتري والمتعهد إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع، وأن تكون للمشتري مصلحة شخصية في تنفيذ الاشتراط، كما يجب أن يكون المنتفع موجوداً ومعيناً عند ترتيب عقد الاشتراط لأثره.

أ- أن يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع

يجب أن يتم التعاقد باسم المشتري نفسه على التزامات يشترطها لصالح الغير، فإذا تعاقد

⁽¹⁾ للاستزادة ينظر، محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص.354.

الشخص باسم الغير مباشرة لا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير، وإنما قد نكون بصدد وكالة أو فضالة يعمل فيها المتعاقد باسم المنتفع⁽¹⁾، وبناء على ذلك يظهر الاختلاف الكبير بين الاشتراط وبين النيابة في التعاقد سواء كانت قانونية أو اتفاقية، حيث يتعاقد النائب باسم الأصيل لا باسمه هو لتصرف آثار العقد بعد ذلك إلى الأصيل. أمّا في الاشتراط فيتعاقد باسمه هو لا باسم المنتفع، وعليه فإنّ اكتساب المنتفع حقا مباشرا من هذا العقد يبدو خروجاً عن قاعدة نسبية أثر العقد. كما يظهر الاختلاف بين الاشتراط وبين الفضالة في أنّ الفضولي يتعاقد باسم رب العمل دون أن يكون موكلاً منه في ذلك، أمّا المشتراط فيتعاقد باسمه هو كما سبق وأن ذكرنا⁽²⁾.

ب-انصراف إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع

من الأحكام الجوهرية في قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير أنّ المنتفع يتلقى حقا مباشرا من عقد الاشتراط ذاته، فإذا كان الحق الذي يتلقاه يأتي إليه من مصدر آخر غير عقد الاشتراط، فإننا حينئذ لا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير، ومن أمثلة ذلك: إذا أبرم شخص عقد تأمين على الحياة لفائدته فإنّه عند وفاته يصبح مبلغ التأمين من مشتملات تركته ويؤول إلى ورثته عن طريق الميراث الذي يتلقونه بسبب هذا الأخير وليس بسبب الاشتراط لمصلحة الغير، كذلك إذا أبرم شخص عقد تأمين ضد المسؤولية عن الأضرار التي قد يسببها للغير بخطئه فإنّه يشترط ذلك لنفسه لا للغير الذي تضرر، وإن كان لهذا الأخير الحق في الاستفادة من مبلغ التأمين على أساس قواعد المسؤولية وليس على أساس قواعد الاشتراط.

يتبين من هذه الأمثلة أنّه لا يكفي أن يتلقى الغير فائدة معينة من عقد أبرمه شخص آخر حتى نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير بل يجب أن تكون هذه الفائدة قد قصدت لذاتها، أي أن يكون تحققها نتيجة لاشتراط حق مباشر فيها في عقد الاشتراط ذاته، هذا من جهة ومن جهة أخرى، تعني فكرة الحق المباشر أن لا يلزم قبول المنتفع لعقد الاشتراط حتى تتحقق آثاره، لأنّ هذا الحق المباشر ليس عقدا جديدا يبرمه المنتفع مع المتعهد، ولكنه عقد الاشتراط ذاته،

¹ عيد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.46.

² للاستزادة، ينظر، سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.130.

وهذا هو أساس نظرية الاشتراط لمصلحة الغير⁽¹⁾.

ج- يجب أن تكون للمشترط مصلحة شخصية في تنفيذ الالتزامات المشترطة

يستوجب القانون لقيام الاشتراط أن تكون للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط للغير، فإذا لم تكن هناك مصلحة لا يقوم الاشتراط نفسه، وهذه المصلحة قد تكون مادية أو أدبية.

ويظهر وجه استوجاب المصلحة في أنّ المشترط ليس فضولياً سيرجع بعد ذلك على رب العمل بما دفعه لحسابه، بل بالعكس فهو يتعاقد باسمه ولحسابه، وعليه يجب أن تكون له مصلحة شخصية في هذا التعاقد، وفي هذا الصدد تشكل المصلحة بديلاً عن اشتراط سبب العقد. وقد تكون المصلحة الشخصية مادية إذا اشترط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لدائن البائع، كما تتحقق المصلحة الأدبية إذا كان الشخص سيشرط لمصلحة ولده أو والده أو زوجه أو للفقراء.

د- أن يكون المنتفع موجوداً ومعيناً عند ترتيب العقد لأثره

يلزم لصحة الاشتراط أن يكون المنتفع موجوداً ومعيناً في الوقت الذي ينتج فيه العقد أثره، فإذا لم يتحقق هذا الشرط كان الاشتراط نفسه باطلاً دون أن يبطل العقد، لتتحول بذلك الآثار إلى المشترط أو ورثته⁽²⁾، ويعد المنتفع قابلاً للتعيين كلما أمكن تعريفه عندما يحدث الاشتراط أثره⁽³⁾، وهو ما نصت عليه المادة 118 من القانون المدني الجزائري بقولها: "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو هيئة مستقبلية، كما يجوز أن يكون شخصاً أو هيئة لم يعينها وقت العقد متى كان تعيينها مستطاعاً في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقاً للمشاركة"، وهو نفس الحكم المنصوص عليه في المادة 156 من القانون المدني المصري، وهو ما ذهبت إليه المادة 1205 من القانون المدني الفرنسي بقولها: (.....) قد يكون هذا الأخير شخصاً مستقبلاً ولكن يجب تحديده عند تنفيذ الوعد). غير أنّ المشرع التونسي لم يتضمن شرطاً كهذا، لكن المنطق القانوني وطبائع الأمور يقتضيان أن

⁽¹⁾ سمير عبد السيد تاغوغ، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.131. وهو الحكم الذي تنص عليه المادة 1/1206 من القانون المدني الفرنسي بقولها:

« Le bénéficiaire est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation ».

(يستفيد المنتفع من حق مباشر من المنفعة تجاه المتعهد في المشاركة).

⁽²⁾ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.48.

⁽³⁾ محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.357.

يكون المنتفع محددًا وقت ترتيب عقد الاشتراط أثره.

ويتبين كذلك من قراءة المواد أعلاه أنّ المنتفع قد يكون شخصا أو هيئة مستقبلية لم يتم تحديدها وقت إبرام العقد، على أن يكون تعيينه وقت التنفيذ ممكنا، كأن يقوم رب العمل بالتأمين لمصلحة عماله دون تحديد لذواتهم⁽¹⁾، وإذا لم يكن المنتفع موجودا ولم يكن من الممكن وجوده عند ترتيب الأثر كان الاشتراط باطلا لانعدام محله، فقد يتم التأمين لمصلحة ولد موجود وقت العقد أو يولد في المستقبل، فإذا مات الولد أو إذا لم يوجد للمشتراط أولاد في المستقبل، فإنّ هذا الأخير يحمل على أنّه اشترط على المتعهد لذاته أو لمن آل له حقه بعد وفاته⁽²⁾.

2- الآثار البينية لأطراف الاشتراط لمصلحة الغير

يترتب على الاشتراط قيام علاقات بينية لأطرافه، وعليه نتعرض لهذه العلاقات سواء فيما بين المشتراط والمتعهد، أو فيما بين المشتراط والمنتفع، أم فيما بين المتعهد والمنتفع.

أ- العلاقة بين المشتراط والمتعهد

يحكم هذه العلاقة عقد الاشتراط الذي تم بين طرفيه، فقد يكون الاتفاق الذي تم بين الطرفين مركبا من اشتراط وعقد آخر ككفالة مثلا، ويكون ذلك عندما يكفل شخص للدائن الوفاء بالتزام مدين له، وفي مقابل ذلك يشترط الكفيل على الدائن أن يمنح هذا المدين أجلا للوفاء بدينه أو شرطا جديدا، وعليه ينبغي على الكفيل في هذه الحال وهو المشتراط في هذا العقد أن ينفذ عقد الكفالة، وينبغي كذلك على الدائن وهو المتعهد أن ينفذ الاشتراط⁽³⁾.

وجدير بالذكر هنا أنّ للمشتراط أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع، حيث أنّ صدور الشرط عن ذات المنتفع يفترض أنّ لهذا الأخير مصلحة شخصية في أن يُنفذ، وقد تكون هذه المصلحة مادية كما في الاشتراط الذي سببه خلاص دين في ذمة المشتراط نحو المستفيد، أو أدبية، كما إذا قصد من الاشتراط تبرعا للغير⁽⁴⁾. كما يمكن للمنتفع وحده أن

⁽¹⁾ على فيلالي، الالتزامات، مرجع سبق ذكره، ص. 339.

⁽²⁾ ينظر في تفاصيل ذلك، عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 48. وينظر في نفس السياق، محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص. 358.

⁽³⁾ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص. 139.

⁽⁴⁾ محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، نفس المرجع، ص. 359. وهي الأحكام المنصوص عليها في المادتين 3/116 من القانون المدني الجزائري و3/154 من القانون المدني المصري السابق ذكرهما، وكذا المادة 1209 من القانون المدني الفرنسي بقولها:

« Le stipulant peut lui-même exiger du promettant l'exécution de son engagement envers le bénéficiaire ».

يطالب المتعهد بتنفيذ التزاماته المشتراط بها نحوه وهو ما تنص عليه المادتان 2/116 من القانون المدني الجزائري و2/154 من القانون المدني المصري السابق ذكرهما، وهو الاتجاه كذلك الذي أخذت به مجلة الالتزامات والعقود التونسية في المادة 39 منها بقولها: "يحق أيضا لمن اشترط على معاقده شيئا لمنفعة الغير أن يطلب مع ذلك الغير تنفيذ الشرط...."، فعلى خلاف المشرع الجزائري والمصري والفرنسي في هذا الصدد، فإن طلب تنفيذ الاشتراط لمصلحة الغير من قبل المشتراط لا يجوز إلا مع ذلك "الغير"، ذلك مراعاة لحق الغير المباشر على الأداء المشتراط به على المتعهد، وهو حق قاصر عليه دون المشتراط مما يستحيل معه إدخال أموال المشتراط ولو مؤقتا في الذمة المالية لهذا الأخير، وهو قد يؤول إليه الحل المتمثل في تمكينه من القيام بمفرده بدعوى في تنفيذ الاشتراط، ومما يبرر ذلك أيضا (الحل الوارد في الفصل 39 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية) ضرورة التأكد من رغبة المستفيد في الانتفاع بما اشترط لفائدته إذ لا يتنازع أحد في حقه في التنازل عنه حتى بعد تصريحه بقبول الاشتراط⁽¹⁾.

وعموما، إذا كان بإمكان المشتراط أن يطالب المتعهد بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليه على النحو السابق، فإنه إذا لم يتم هذا الأخير بتنفيذها كان للمشتراط حق المطالبة بالتعويض في هذه الحالة عما لحق المشتراط نفسه من أضرار جراء عدم تنفيذ المتعهد للالتزام، وطبقا للقواعد العامة يمكن للمشتراط أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام المتعهد بما تعهد به⁽²⁾.

لقد أعطى المشرع للمشتراط الحق في أن ينقض المشاركة فينقضي بذلك حق المنتفع قبل المشتراط قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتراط رغبته في الاستفادة منها، ويتم ذلك ولو لم ينص عليه العقد. غير أن هذا لا يثبت إلا للمشتراط إذا كان فيه تعارض مع ما يقتضيه العقد، كالبائع يشترط على المشتري أن يوفي بالثمن للدائن المرتهن للعقار المبيع، وفي هذه الحال لا يجوز للمشتراط أن ينقض هذا الشرط لأن من مصلحة المتعهد أيضا وهو المشتري أن يوفي بدين البائع قبل المدين المرتهن حتى يخلص له العقار المبيع من كل رهن عليه، وقد يثبت من العقد ذاته أنه ليس للمشتراط أن ينقض حق المنتفع كما لو تنازل المشتراط صراحة

(1) قد يطلب المشتراط نفسه من المتعهد أن ينفذ الالتزام تجاه المستفيد). ويستنتج من ذلك أن المستفيد هو الذي يطالب أصلا من المتعهد بأن يفي بالتزامه قبله.

⁽¹⁾ محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.359.

⁽²⁾ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.49.

عن هذا الحق. وقد يتفق في عقد الاشتراط على أن نقض المشاركة إذا حدث فينبغي حينئذ أن يكون باتفاق بين المشتري والمتعهد، فلا يستقل به المشتري وحده. ومن الممكن كذلك أن يتضمن العقد حكماً يقضي بأن نقض المشاركة يكون من حق المتعهد وحده على أن لا يحول ذلك دون إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول وإلا كان التزاماً معلقاً على شرط إرادي محض وهذا غير مسموح به قانوناً⁽¹⁾.

وعلاوة على ذلك، فإن حق نقض المشاركة هو حق شخصي يمتلكه المشتري وحده دون دائنيه أو ورثته، لهذا فإن هذا الحق يسقط بموت المشتري. ويتم نقض المشاركة عادة بإعلان يوجه إلى المتعهد لكي يمتنع عن تنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليه الاشتراط، وإنفاذاً لذلك فإن حق المشتري في نقض المشاركة يمتنع متى كان المنتفع قد قبل الاستفادة من المشاركة، ويتم هذا القبول بأي شكل يدل عليه، وقد يكون صريحاً كما قد يكون ضمناً، ويجب أن يعلن المنتفع عن رغبته في الاستفادة منها، ويوجه هذا الإعلان إلى المتعهد أو إلى المشتري وينتقل الحق في قبول الاستفادة في الاشتراط من المنتفع إلى ورثته، هذا ما لم يتبين من خلاف ذلك أنه قد قصر الاشتراط على مصلحة المنتفع وحده دون غيره⁽²⁾، وتتص في هذا الصدد المادة 117 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز للمشتري دون دائنيه أو وارثيه أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد.

هذا، ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك...."، ومثلها تنص المادة 1/155 من القانون المدني المصري، وفي نفس الصدد تنص المادة 2/1206 من القانون المدني الفرنسي على نفس الأمر حيث تقول:

« Néanmoins le stipulant peut librement révoquer la stipulation tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée ».

(ومع ذلك يمكن للمشتري أن يتحرر من خلال الرجوع عن المشاركة ما دام المستفيد لم يعلن قبوله)، فبالرغم من أنها قصرت حق الرجوع عن الاشتراط للمشتري إلا أنها مكنت ورثته

⁽¹⁾ سمير عبد السيد تاغوغ، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.138.

⁽²⁾ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.50.

من ذلك بعد وفاته، غير أنّ ذلك يبقى رهينا بمضي ثلاث أشهر من التاريخ الذي يقومون فيه بإشعار المستفيد ليعلن قبوله وهو ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 1207 من نفس القانون (1). غير أنّ الوضع يختلف تماما عن المشرع التونسي الذي يجعل للمشتري حق الرجوع عن اشتراطه واقفا على مدى تضمينه في عقد الاشتراط، وهو ما ينص عليه بصراحة الفصل 38 من مجلة الالتزامات والعقود بقوله: "يسوغ اشتراط شرط تعود منفعته على الغير.... إذا كان ذلك نفس العقد... وحينئذ ينفذ الشرط مباشرة في حق ذلك الغير...."، يفهم من ذلك أنّ الحق المباشر يولد في ذمة المستفيد بمجرد إتمام عقد المشاركة وليس رهينا للتصريح بقبوله من قبل المستفيد، وعليه يعد صحيحا نافذا طالما لم يعلم المنتفع المشتري بعدم قبوله، أو بتعبير آخر فإنّ القبول ليس ضروريا لإنشاء الحق المباشر، وبناء على ذلك فإذا ولد هذا الحق مطلقا دون أن يعلق على شرط أو قيد، وإذا تم التسليم من ناحية أخرى بأنّه مستقل تماما عن الذمة المالية للمشتري "فإنّ السماح لهذا الأخير بنقضه يكون والحال تلك فاقتدا لكل أساس قانوني ومخالفا للمبادئ العامة التي تقضي بأن لا يحرم شخص من حقوقه المالية دون مبرر قانوني"، ويرجع السبب في ذلك كلّيه إلى أخذ المشرع التونسي في هذه الوضعية بنظرية التصرف الأحادي أي أنّ الإرادة المنفردة هي مصدر إنشاء الحقوق للغير هنا، ليكسب الحق بذلك مباشرة دون قبوله من جانب المستفيد منه كالهبة مثلا(2).

هذا، ولا يترتب نقض المشتري للمشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبله، بل يجوز للمشتري أن يستبدل المنتفع الأول بمنتفع ثان، وكذلك يجوز له أن يجعل نفسه المنتفع من عقد الاشتراط، وفي هذه الحالة لا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير بل بصدد عقد عادي لا تنصرف آثاره إلّا لأطرافه (3)، وهو ما تنص عليه المادة 2/117 من القانون المدني الجزائري على أنّه: "ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري، إلّا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على ذلك، وللمشتري إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية الاشتراط"، كما يذهب المشرع المصري في نفس الاتجاه من خلال أحكام المادة

1) « La révocation ne peut émaner que du stipulant ou, après son décès, de ses héritiers. Ces derniers ne peuvent y procéder qu'à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du jour où ils ont mis le bénéficiaire en demeure de l'accepter ».

(2) للتفصيل أكثر ينظر، محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص. 362 وما بعدها.

(3) سمير عبد السيد تتاغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص. 138. وأيّا كان المنتفع، سواء كان هو الأول أو شخص غيره أو المشتري نفسه، فإنّ الحق في مواجهة المتعهد يرجع في مصدره إلى عقد الاشتراط وليس إلى هذه التصرفات اللاحقة. نفس المرجع، ص. 139.

2/155 من القانون المدني⁽¹⁾، غير أنّ المشرع الفرنسي قرّر من خلال المادة 1207 على أنّه وفي حال عدم تعيين مستفيد جديد فيكون الرجوع حينئذ مقررًا لفائدة المشتري أو ورثته. ويرتب الرجوع أثره بمجرد علم الغير المستفيد أو المتعهد به، أمّا إذا تمّ ذلك عن طريق الوصية، فإنّها لا ترتب أثرها إلاّ من وقت الوفاة. ويعتبر الغير الذي تم تعيينه منذ البداية بأنّه لم يستفد مطلقًا من المشاركة لفائدته⁽²⁾.

هذا عن الآثار التي يربتها عقد الاشتراط بالنسبة للمشتري، أمّا عن الطرف الآخر وهو المتعهد، فإنّه إذا كان يلتزم طبقًا لما يقضي به الاتفاق بينه وبين المشتري، فإنّ له من ناحية أخرى أن يطالب المشتري بما قد يفرضه عليه العقد من التزامات كذلك، كأن يطالبه بدفع الأقساط في حالة التأمين⁽³⁾.

ب- العلاقة بين المشتري والمنتفع

تتحدد هذه العلاقة بالسبب الدافع إلى الاشتراط، إذ قد يكون الدافع تبرعًا وقد يكون معاوضة. فإذا كان المشتري متبرعًا للمنتفع فنكون هنا بصدد عقد هبة من حيث الموضوع لا من حيث الشكل، لتسري عليه بذلك الأحكام الموضوعية للهبّة، وتبعًا لذلك يشترط في الواهب وهو المشتري أهلية التبرع، كما يجوز له الرجوع في الهبة حتى ولو قبل المنتفع بالاشتراط إذا ما توافرت حالة من حالات الرجوع⁽⁴⁾، ويجوز كذلك الطعن في الاشتراط من دائني المشتري

¹ يبقى هذا الأمر مقترنًا بوروده في العقد بالنسبة للمشرع التونسي، حيث كما ورد النص عليه أعلاه فإنّ المنتفع يكتسب حقه مباشرة من العقد، وعليه لا يمكن للمشتري أن ينقض المشاركة إلاّ إذا نص العقد على ذلك.

² « Si elle n'est pas assortie de la désignation d'un nouveau bénéficiaire, la révocation profite, selon le cas, au stipulant ou à ses héritiers.

La révocation produit effet dès lors que le tiers bénéficiaire ou le promettant en a eu connaissance.

Lorsqu'elle est faite par testament, elle prend effet au moment du décès.

Le tiers initialement désigné est censé n'avoir jamais bénéficié de la stipulation faite à son profit ».

³ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.50.

⁴ حددت المادة 211 من قانون الأسرة حالات الرجوع في الهبة وقصرت ذلك على علاقة الآباء بأولادهم، وعليه لا يمكن للأحد الأبوين الرجوع في الهبة لولدهما متى كانت هذه الأخيرة مقررة لزواج الموهوب له، أو لقضاء دينه أو قرض، أو إذا باع الموهوب له الشيء الموهوب أو تبرع به، أو غير جزئيًا أو كليًا من طبيعته. كما أضافت المادة 212 من نفس القانون حكمًا يقضي باستبعاد الرجوع في الهبة متى كان لفائدة المنفعة العامة، وعليه وفي غير هذه الأحوال يمكن الرجوع في الهبة. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984. المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005. أمّا بالنسبة للقانون المدني المصري فجعل من الرجوع قاعدة عامة وقرنها بموافقة الموهوب له، أو برخصة من القضاء في حالة عدم موافقة هذا الأخير وفقًا لنص المادة 500 منه، كما حدد الحالات التي تبرر الرجوع في الهبة في المادة 501، بل ذهب أبعد من ذلك حينما قيد حق الرجوع بعدم وجود موانع تحول دون ذلك، وهي الأحكام المنصوص عليها في المادة 502 من نفس القانون.

بالدعوى البوليصية دون وجوب توفر سوء نية المنتفع، وإذا صدر الاشتراط في مرض الموت فهو يعتبر وصية لا ينفذ في حق الورثة إلا في حدود ثلث التركة.

أمّا إذا لم يكن يقصد المشترط التبرع للمنتفع فحينه تسري على العلاقة بينهما الأحكام الخاصة بهذه العلاقة في القانون، حيث قد يكون المشترط مدينا للمنتفع ويريد بالاشتراط أن يفي بهذا الدين، وقد يكون المشترط ملتزما بإعطاء قرض للمنتفع ويقصد بالاشتراط تنفيذ هذا الالتزام، وقد يكون المشترط قاصدا إعطاء شيء معين للمنتفع على سبيل الإيجار أو الوديعة أو غير ذلك⁽¹⁾.

ج-العلاقة بين المنتفع والمتعهد

وتبنى هذه العلاقة على فكرة أساسية تتمثل في أنّ المنتفع رغم أنّه غير عن عقد الاشتراط إلاّ أنّه يكسب منه حقا مباشرا في مواجهة المتعهد⁽²⁾، وهو ما تنص عليه المواد 2/116 من القانون المدني الجزائري و2/154 القانون المدني المصري والمادة 2/1205 من القانون المدني الفرنسي والفصل 38 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية السابق ذكرهم، وبعد قبول المتعهد للاشتراط يصبح مدينا للمستفيد ومن ثمّ فلهذا الأخير الحق في مطالبته المتعهد بالوفاء وله أن يجبره على ذلك إذا اقتضى الأمر⁽³⁾. وفي نفس السياق، يعتبر حق المستفيد أو المنتفع حقا شخصيا مباشرا لا يمر بذمة المشترط، ذلك أنّ الأثر الأساسي للاشتراط لمصلحة الغير هو إنشاؤه لحق شخصي للمستفيد ضد المتعهد يولد مباشرة في ذمته المالية ويصبح بموجبه دائئا مباشرا له⁽⁴⁾، ويترتب على ذلك أنّ الأداء موضوع ذلك الدين يبقى خارجا عن الذمة المالية للمشرط⁽⁵⁾، على أنّه يدور التساؤل حول الأثر الذي يترتب إقرار المنتفع لحقه المشترط به له؟

¹ سمير عبد السيد تتاغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص134.

² نفس المرجع، ص134.

³ وفي هذا الصدد نكرر ما نصت عليه المادة 1208 من القانون المدني الفرنسي من أجل التوضيح أكثر، حيث قالت: « Le stipulant peut lui-même exiger du promettant l'exécution de son engagement envers le bénéficiaire ».

(قد يطلب المشترط نفسه من المتعهد تنفيذ الالتزام تجاه المستفيد).

⁴ على فيلاي، الالتزامات، مرجع سابق، ص. 341.

⁵ محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص.358.

إنّ إقرار المنتفع لحقه يؤدي إلى تأكيد هذا الحق، كما يمنع المشتراط من أن ينقض المشاركة، وإقرار المنتفع لحقه ليس قبولا لإيجاب معروض يؤدي إلى إبرام عقد جديد بل هو تصرف من جانب واحد يؤدي إلى تأكيد حق سبق وجوده⁽¹⁾.

ويترتب على أنّ المنتفع يكتسب حقه من عقد الاشتراط مباشرة عدة نتائج نلخصها في الآتي:

- إذا كان المنتفع يكتسب حقه مباشرة بمجرد إبرام عقد الاشتراط، فإنّ تنازله عن هذا الحق يعتبر بمثابة استعماله لحق من حقوقه ويجوز بذلك لدائنيه الطعن في تصرفه هذا بالدعوى البوليصة إذا توفرت كافة شروطها.

- إذا كان المنتفع يكتسب حقه بمجرد العقد، فإنّ فقدان المتعهد لأهليته بعد الإبرام لا يمنع المنتفع من إعلان قبول الاشتراط⁽²⁾.

- يكون للمنتفع أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزاماته التي يفرضها عليه العقد كما يكون له الرجوع عليه بالتعويض عند امتناعه عن تنفيذ التزاماته دون أن يكون له الحق في طلب فسخ عقد الاشتراط لأنّه ليس طرفا فيه كون أنّ هذا الحق مقرر للمشتراط إعمالا لمبدأ نسبية العقد⁽³⁾، وللمنتفع أن يستفيد من التأمينات التي قدمها المتعهد ضمانا للوفاء بالتزامه ما لم يتبين أنّها لضمان حقوق المشتراط وحده⁽⁴⁾.

- ما دام حق المنتفع لا يمر بذمة المشتراط فإنّه لا يكون لدائني هذا الأخير أي حق عليه، وتتجلى أهمية ذلك في عقد التأمين على الحياة لمصلحة أولاد المؤمن على حياته مثلا، حيث أنّه عند وفاة المشتراط وهو المؤمن على حياته فإنّ أولاده يستحقون مبلغ التأمين، ولا يدخل هذا المبلغ في تركة المؤمن على حياته ولا يكون لدائني هذه التركة أي حق عليه، ويعد هذا الحكم من أحكام الاشتراط لمصلحة لغير.

- يعتبر الحق المباشر للمنتفع دينا في ذمة المتعهد، ويصبح بذلك المنتفع كأيّ دائن من دائني

⁽¹⁾ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.139.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص.136.

⁽³⁾ ينظر على سبيل المثال الأحكام المقررة لفسخ في المواد 119-123 من القانون المدني الجزائري.

⁽⁴⁾ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.51.

هذا الأخير، ويتعرض بالتالي لمزاحمة هؤلاء إذا كانت أموال المتعهد المدين لا تكف لكل ديونه⁽¹⁾.

وفي مقابل ذلك كله، فإنه يكون للمتعهد أن يتمسك في وجه المنتفع بكل الدفع التي تنشأ من العقد⁽²⁾، ولما كان عقد الاشتراط مصدرا لحق المنتفع فإنه كل ما يتأثر به العقد يتأثر به هذا الحق، وبناء على ذلك إذا رجع المنتفع على المتعهد فلهذا الأخير أن يدفع في مواجهته ببطلان عقد الاشتراط أو إبطاله حسب الحال مهما كان السبب، كما له في حالة عدم قيام المشترط بما التزم به في عقد الاشتراط أن يدفع في مواجهة المنتفع بعدم تنفيذ المشترط لالتزاماته، فكل دفع ينشأ من العقد يخول المتعهد الحق في التمسك به في مواجهة المنتفع طبقا للقانون⁽³⁾.

بعد تبيان أحكام الاشتراط لمصلحة الغير نتعرض في الجزئية الموالية لأهم تطبيقاته.

ثالثا: تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير

للاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات كثيرة ومتنوعة نذكر منها:

1- عقد التأمين: حيث يعد من أهم التطبيقات التي تظهر فيها نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، حيث يمكن لشخص أن يؤمن على حياته ويشترط على شركة التأمين أن توفّي بقيمة التأمين عند وفاته إلى زوجته أو أولاده أو إلى شخص معين، وتظهر كذلك نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في التأمين كذلك في حالة اتفاق إدارة مصنع وإدارة مستشفى على معالجة العاملين في المصنع، وبذلك يكون للعامل في المصنع وفقا للاتفاق المعقود بين إدارة المصنع وإدارة المستشفى أن يتوجه مباشرة إلى المستشفى للمعالجة من مرضه أو إصابته. كذلك اشتراط مالك العقار المؤمن عليه عند بيعه من شخص التزم بدفع بدل التأمين إلى الدائن وهو المرتهن، حيث يجوز لهذا الأخير أن يطالب المشتري مباشرة ليستوفي حقه منه بدلا من استعمال حق التتبع الذي يؤليه إياه القانون⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.137.

⁽²⁾ وهو ما تنص عليه أحكام المادتين 2/116 من القانون المدني الجزائري و2/154 من القانون المدني المصري. وللإشارة فإن القانون المدني الفرنسي ومجلة الالتزامات والعقود التونسية جاءتا خلوا من هذا الحكم.

⁽³⁾ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.51. علي فيلاي، الالتزامات، مرجع سابق، ص.341.

⁽⁴⁾ هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، مرجع سابق، ص.387.

2- عقد المقاولة: يكتسب عقد المقاولة مجالا واسعا للاشتراط لمصلحة الغير، ومثال ذلك: أن يشترط رب العمل على المقاول حقوقا معينة لمصلحة العمال اللذين يستخدمهم هذا المقاول، كالحق في حد معين من الأجور، وكذا تحديد ساعات العمل المسموح بها كحد أقصى(1).

رابعاً: حقيقة الغير في الاشتراط لمصلحة الغير

يرجع جل الفقهاء بأنَّ الاشتراط لمصلحة الغير هو الاستثناء الوحيد لمبدأ نسبية العقد، حيث يرتب العقد مباشرة حقاً لصالح ذمة شخص أجنبي لم يكن طرفاً ولا ممثلاً فيه، ويبدو من خلال تحليلهم هذا أنَّ الغير هو الذي تلحقه آثار من عقد هو أجنبي عنه، وبالتالي فإنَّ عملية تحديد الغير تتم على أساس الأثر الذي يلحقه وليس على أساس وضعيته القانونية.

وعليه، نقول أنَّ المستفيد من عقد الاشتراط وإن كان غيراً من الناحية المادية أي أنَّه لم يكن طرفاً ولا ممثلاً فيه، إلا أنَّ له علاقة مع الوضعية القانونية موضوع الاشتراط لمصلحة الغير، لأنَّ هذه الوضعية القانونية أوسع من أن تضيق عن استيعاب المتعاقدين أي طرفي عقد الاشتراط، بل تتسع لتشمل المستفيد الذي شارك في تكوين الوضعية القانونية، وبناء على ذلك يعتبر عقد الاشتراط آلية لنقل الحق إلى المستفيد وليس آلية لتحديد الغير، كما أنَّ الآثار التي رتبها التشريع والقضاء والفقهاء بالنسبة لوضع المستفيد لا تتناسب مع اعتباره غيراً، ومن ثمَّ فإنَّ الاشتراط لمصلحة الغير لا يعتبر في الحقيقة إلاَّ تطبيقاً لمبدأ نسبية العقد وليس استثناءً منه، فالغير هو كل أجنبي عن وضعية قانونية قد يتأثر بها أو يؤثر فيها(2).

وإذا كان يمكن للعقد أن يكسب الغير حقاً، فهل يمكن أن يحمله التزاماً؟ ذلك ما نتولى الإجابة عنه في الفرع الموالي.

(1) سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.128.

(2) ويجد هذا التحليل مبرره بقوة حين نقول أنَّ الغير في الاشتراط يتضمنه عنصر السبب في عقد الاشتراط، ولئن كان سبب العقد عموماً يعبر عن الباعث الذي دفع الشخص على التعاقد، فإنَّه في عقد الاشتراط هو الباعث الذي دفع المشتري إلى التعاقد، والمتمثل في ترتيب فائدة مادية أو معنوية للغير. إذاً إنَّ الغير موجود في الوضعية القانونية موضوع الاشتراط، وعليه فإنَّ وصفه كذلك يعتبر في حكم التزديد.

الفرع الثاني

التعهد عن الغير

يعتبر مبدأ نسبية العقد إطاراً قانونياً يرسم حدود العلاقة القانونية التي تشكل الرابطة التعاقدية موضوعها، فإن كان هذا المبدأ تقتضيه ضرورة العدل والإنصاف، أي بأن تكون الحقوق والالتزامات الناتجة عنه مقتصرة على أطرافه، فإن مقتضيات الحياة الاجتماعية وضرورات الحياة تقتضي أن يرتب العقد حقاً للغير وهو ما درسناه أعلاه في إطار ما يسمى بالاشتراط لمصلحة الغير. غير أن الأمر لا يقف عند هذا الحد، حيث إذا سلمنا بأن العقد يرتب حقاً للغير فإنه من الضروري أن نبحت كذلك في إمكانية التسليم بأن العقد قد يرتب التزاماً في ذمته أيضاً فيصبح بذلك مديناً بموجب عقد يعتبر أجنبياً عنه وهو ما يسمى في مصطلحات القانون بالتعهد عن الغير. وبناء على ذلك هل يشكل التعهد عن الغير امتداداً لنسبية العقد أم استثناء عليه؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي منا التطرق إلى تعريف التعهد عن الغير (أولاً) وكذا آثاره (ثانياً) للتوصل إلى حقيقة الغير في هذه القاعدة القانونية (ثالثاً).

أولاً: التعريف بالتعهد عن الغير

التعهد عن الغير هو عبارة عن عقد يتعهد (يلتزم) بموجبه شخص يدعى المتعهد نحو المتعاقد معه وهو المتعهد له بأن يجعل شخصاً ثالثاً (الغير) يلتزم له بأمر معين كالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام به⁽¹⁾.

وتتحقق أهمية التعهد عن الغير في الحياة العملية عندما يتعذر على الشخص الحصول على رضاء ذوي الشأن ويتطلب التصرف السرعة وضرورة القيام بالإجراءات المطلوبة قانوناً لكي لا تضيع الفرصة عليه، إذا انتظر الحصول على الرضا أو القيام بكل الإجراءات⁽²⁾، من ذلك مثلاً حالة الشيوخ عندما يريد أحد الشركاء في الشيوخ بيع العين المملوكة على الشيوخ ليستفيد من صفقة رابحة، ويكون بينهم قاصر أو غائب فيبرم الشركاء عقد البيع ويلتزمون فيه

⁽¹⁾ محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.367.

⁽²⁾ فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، أطروحة دكتوراه دولة، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1992، ص.163.

بصفة شخصية من ناحية ويتعهدون عن الشريك الغائب أو الشريك القاصر بأنه سيقر هذا البيع عندما يحضر أو عندما يكتمل رشده بحسب الأحوال⁽¹⁾.

ويختلف التعهد عن الغير عن الوكالة، حيث يعمل الوكيل باسم ولحساب الموكل، وتتصرف آثار العقد الذي يبرمه إلى موكله مباشرة، بينما يتعاقد المتعهد باسمه وليس باسم المتعهد عنه، ولا ينتج العقد الذي يبرمه المتعهد أثره بالنسبة للغير المتعهد عنه إلا إذا أقره.

كما يختلف التعهد عن الغير عن الفضالة من حيث أن الفضولي يتعاقد باسم رب العمل للقيام بأمر عاجل بينما لا يتعهد المتعهد إلا باسمه ولا يريد من ذلك تحقيق مصلحة عاجلة مثل ما عليه في الفضالة، كما أن الفضالة تلزم رب العمل إذا قام الفضولي في عمله بعناية الرجل العادي، بينما لا يلزم التعهد الغير المتعهد عنه في جميع الأحوال إذا ثبتت سلطته المطلقة إزاء قبول التعهد من عدمه.

ويختلف التعهد عن الغير عن الكفالة من حيث أن الكفيل في الكفالة يضمن التزاما وجد أو سوف يوجد في المستقبل، أما المتعهد فيكفل التزاما لم يوجد بعد إلى جانب أن الكفيل ملزم بأداء نفس التزام المدين، أما المتعهد عن الغير فقد لا يلزم إلا بالتعويض عن الضرر الذي أصاب المتعهد جرأ عدم قبول الغير المتعهد عنه إقرار العقد المتضمن التعهد في حقه. ويقوم التزام المتعهد بصفة أصلية وليس له الحق في الدفع بالرجوع على المتعهد عنه أولا، أما الكفيل فإذا لم يكن متضامنا مع المدين فله الحق بمطالبة الدائن بالرجوع على هذا المدين أولا وتجريده من أمواله، كما أن المتعهد لا يضمن تنفيذ العقد بل يضمن الحصول على إقرار الغير فقط، ولا يهمله بعد ذلك تنفيذ الغير للالتزام⁽²⁾.

يلتزم المتعهد عن الغير بأن يحمل الغير المتعهد عنه على قبول تعهد معين أو الالتزام بشيء معين، وبالتالي فإن محل التزام المتعهد هو دائما التزام بعمل، أي حمل الغير على قبول التزام معين⁽³⁾ أما عن طبيعة الالتزام، فقد ذهب أغلب الفقهاء إلى أن التزام المتعهد هو التزام بتحقيق نتيجة وهي إقرار الغير للتعهد، ويعتبر المتعهد مقصرا إذا ما رفض الغير التصرف

⁽¹⁾ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.120.

⁽²⁾ يبقى اختلاف هذه التطبيقات نسبيا، حيث يمكن أن تتداخل مع التعهد عن الغير في بعض المسائل. ينظر في ذلك كله، فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص.165-167.

⁽³⁾ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع نفسه، ص.121.

مهما بذل من العناية للحصول على هذا الإقرار ولكنه لم يصل إلى ذلك نتيجة إصرار الغير على الرفض، وتبعاً لذلك يعتبر المتعهد أنه نَقَذَ التزامه بمجرد إقرار الغير للتصرف ولو لم ينفذ الغير العقد فيما بعد، لأنَّ المتعهد ملزم بالحصول على إقرار الغير وليس ملزماً بجعله ينفذ العقد، ولا يمكن أن يكون المتعهد ضامناً لتنفيذ العقد إلا إذا وجد نص صريح بذلك⁽¹⁾.

ثانياً: الآثار البنائية لأطراف التعهد عن الغير

إنَّ ما يهمننا هنا هي العلاقة التي يتأثر بها الغير أو يكون موجوداً فيها، وعليه ندرس علاقة المتعهد بالمتعهد له، فعلاقة المتعهد له بالمتعهد عنه، أمّا علاقة المتعهد بالمتعهد عنه فتظهر في طبيعة الالتزام وهو التزام المتعهد بتحقيق نتيجة تتمثل في قبول الغير للتعهد، وهو ما نبينه تباعاً.

1- العلاقة بين المتعهد والمتعهد له

يجب أن تتوفر ابتداءً في العقد الذي يربط بين المتعهد والمتعهد له الشروط العامة التي تتطلبها العقود، أمّا عن الأثر الناتج عن العلاقة فحدده المادة 114 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا تعهد شخص عن الغير فلا ينعقد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما التزم به"، وهو نفس الحكم الذي تقرره المادة 1/153 من القانون المدني المصري⁽²⁾، كما تنص في هذا الصدد المادة 2/1204 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

« Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts ».

(يتحرر المتعهد من كل التزام إذا قبل الغير بالتعهد الذي قطعه المتعهد، وفي الحالة العكسية

⁽¹⁾ للاستزادة يراجع، فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص.169.

⁽²⁾ حيث تنص على أنه: " إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده . فإذا رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض، بأن يقوم هو بنفسه بالالتزام الذي تعهد به". للإشارة فإننا لم نتعرض للتشريع التونسي على سبيل المقارنة، لأنَّه لم يتناول مسألة التعهد عن الغير بل تناول مسألة التعاقد في حق الغير، مع العلم أنَّ الفرق بينهما شاسعاً، إلا أنَّهما قد يلتقيان في بعض المسائل ويتفقان. ينظر في ذلك، محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.368،375.

يحكم عليه بالتعويض عن الأضرار).

نستنتج من هذه الأحكام أنه إذا قبل الغير التعهد (المتعهد عنه) يكون المتعهد قد وفى بالتزامه تجاه المتعهد له، حتى ولو تقاعس المتعهد عنه في تنفيذ الالتزام فيما بعد، لأن المتعهد يضمن قبول الغير ولا يضمن تنفيذ الالتزام في حالة قبوله⁽¹⁾. أمّا إذا رفض الغير التعهد فإن المتعهد يكون قد أخل بالتزامه وهو حمل الغير على قبول التعهد، وعليه تقوم مسؤوليته عن هذا الإخلال وجزاء ذلك هو التعويض وفقا للقواعد العامة على قدر ما أصاب المتعهد له من أضرار بسبب عدم قبول الغير التعاقد معه⁽²⁾، ويتبين ذلك مثلا في الحالة التي يتعهد فيها الشريك في مال شائع بحمل شريكه الغائب على التعاقد، فإذا رفض الشريك الغائب فإن شريكه الذي تعهد للمشتري يكون قد أخفق في مسعاه وبالتالي يكون مسؤولا أمام المشتري عما يترتب من أضرار لهذا المشتري بسبب عدم إتمام الصفقة نظرا لرفض الشريك التعاقد معه⁽³⁾. ومع ذلك فإن القانون يجيز للمتعهد في هذه الحال أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي رفضه الغير، ويظهر من الناحية الفنية هنا أن التزام المتعهد هو التزام بدلي، فهو يلتزم أصليا بجعل الغير يقبل التعهد، ولكن يجوز له أن يفي بالتزام آخر يتمثل في تنفيذه هو للالتزام موضوع التعهد⁽⁴⁾.

وللإشارة، فإن المتعهد ملزم بتنفيذ التزامه ولا يعفيه منه إلا إثبات " أن استحالة إقرار أو قبول الغير المتعهد عنه راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، بحيث أصبح مستحيلا أن يصدر منه إقرار صحيح، كأن يتوفى أو يحجر عليه"، بالإضافة إلى ذلك فإن التزام المتعهد هو التزام شخصي لا ينتقل إلى خلفه العام في القوانين التي تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا لها والتي تأخذ بعدم انتقال الالتزامات إلى الخلف العام، بل يدخل ذلك في إطار سداد ديون التركة والتي يعتبر التعويض الناجم عن الضرر الذي لحق بالمتعهد له دينا عليها، على عكس القانون الفرنسي الذي يقبل أن تنتقل التزامات السلف إلى الخلف العام في بعض الحالات، ليلتزم بذلك الخلف العام بالتعويض في حالة رفض الغير قبول أو إقرار العقد⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص.171.

⁽²⁾ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.122.

⁽³⁾ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.45.

⁽⁴⁾ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، نفس المرجع، ص.122.

⁽⁵⁾ لتفصيل واف في الموضوع ينظر، فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، نفس المرجع، ص.171.

2-العلاقة بين المتعهد له والغير المتعهد عنه

تنص المادة 2/114 من القانون المدني الجزائري ومثلها تنص المادة 2/153 من القانون المدني المصري على أنه: "أمّا إذا قبل الغير هذا التعهد فإنّ قبوله لا ينتج أثراً إلاّ من وقت صدوره، ما لم يتبين أنّه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه هذا القبول"، وتضيف المادة 3/1204 من القانون المدني الفرنسي بقولها:

« Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit ».

عندما يكون التعهد عن الغير من أجل الموافقة على التعهد، فإنّ ذلك يتم بأثر رجعي من التاريخ الذي أبرم فيه التعهد عن الغير).

إنّ العلاقة التي تربط المتعهد له مع الغير المتعهد عنه هي العقد، حيث تكيف المسألة قانوناً على أنّ المتعهد له يوجه إيجاباً للغير فإذا قبله هذا الأخير تم العقد بينه وبين الموجب وهو المتعهد له. ويعتبر هذا العقد جديداً عن عقد التعهد الأصلي من حيث طرفاه وآثاره ووقت انعقاده.

فطرفا العقد الجديد هما الغير والمتعهد له، بينما عقد التعهد قائم بين المتعهد له والغير، أمّا من حيث الآثار فإنّ عقد التعهد ينشئ التزاماً على عاتق المتعهد يتمثل في حمله الغير على التعاقد، أمّا العقد الجديد فمن آثاره أنّه يؤدي إلى انقضاء العقد الأول بالتنفيذ لأنّ المتعهد يكون قد نفذ التزامه بمجرد قبول الغير للتعهد لينقضي بذلك هذا الالتزام. أمّا الالتزام أو الالتزامات المتولدة عن العقد الجديد فقد يكون محلها هو إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل (عكس العقد الأول الذي محله تحقيق نتيجة وهي قبول الغير للتعهد) وهذه الالتزامات لا تنقضي إلاّ بتنفيذها فعلاً أو بأي سبب آخر من أسباب انقضاء الالتزام.

أمّا من حيث إبرام العقد، فإنّ العقد الجديد يعتبر قد تم في وقت القبول وليس في وقت إبرام عقد التعهد، أي أنّ القبول ليس له أثر رجعي ما لم يقصد الغير بأن يرجع بأثر القبول إلى الوقت الذي تم فيه التعهد⁽¹⁾، وهو الحكم المنصوص عليه في المادتين 2/114 من القانون المدني الجزائري و2/153 من القانون المدني المصري، على غرار المشرع الفرنسي الذي

⁽¹⁾ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.123.

جعل في المادة 3/1204 من القانون المدني لقبول التعهد من المتعهد عنه أثرا رجعيا، أي يرتب أثره من يوم إبرام عقد التعهد عن الغير نفسه.

غير أن للأستاذة فريدة زواوي رأيا آخر، حيث ترى أن قبول المتعهد عنه ينشئ عقدا جديدا فهذا يعني أن آثار العقد لا تبدأ إلا من تاريخ إبرام هذا العقد، ولا يمكن أن يكون للعقد أثر رجعي، إلى جانب أن القواعد العامة تقضي بأن العقد يتم بعلم الموجب بالقبول، وتضيف قائلة: "إن المادة 2/114 من القانون المدني السالف ذكرها تنص على أن العقد ينعقد بمجرد حصول القبول، والحقيقة أن موافقة الغير هي إقرار للعقد وليست قبولا له، وليس للإقرار أثر رجعي إلا إذا أراد المقر ذلك صراحة أو ضمنا، ويتم العقد بمجرد إقراره من طرف الغير، ذلك لأن اعتبار موافقة الغير قبولا لا تعني أن العقد لا ينعقد إلا باقتران الإيجاب بالقبول، ولا يمكن أن يكون له أثر رجعي لأن الأثر الرجعي في هذه الحالة يعني عودة آثار العقد إلى ما قبل وجوده"، كما تضيف قائلة أيضا: "ليكون لإقرار المتعهد أثر رجعي يعود إلى وقت حصول التعهد عن الغير يجب أن يصرح بذلك أو يستخلص ضمنا، فالتعهد عن الغير عقد نهائي ينقضه فقط إقرار الغير ليكون نافذا في مواجهته⁽¹⁾".

لكن بالرغم من وجهة هذا الرأي وبراعة تحليله إلا أنه لا يعطي تكييفا صحيحا للعلاقة الناشئة بين المتعهد عنه والمتعهد له، حيث أن تكييف موافقة الغير على أنها إقرار من جانبه يجعله يضيف آثار العقد إليه، ذلك أن الإقرار هو تصرف قانوني يصدر من شخص أجنبي عن العقد ويضيف آثار العقد إليه، وهو ما لا يستقيم والمنطق في هذه الحالة، حيث إقرار الغير هنا سيجعله يقبل التعهد لكن دون تنفيذه، كما يعفي المتعهد تماما من التزامه وهو أمر غير مستساغ، فآثار عقد التعهد يختلف تماما عن أثر العقد الجديد بين المتعهد له والغير المتعهد عنه، كما تختلف أطرافه كذلك، وعليه يبقى الرأي الأقرب إلى الصواب ذلك الذي يرى أن قبول الغير يؤدي إلى نشوء عقد جديد بينه وبين المتعهد بعيدا كل البعد عن عقد التعهد عن الغير⁽²⁾.

⁽¹⁾ فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص.172.

⁽²⁾ يجد رأي الأستاذة زواوي فريدة محله متى أخذ التعهد عن الغير وصف الوكالة بدون سلطة، ومثال ذلك الوكالة الضمنية.

ثالثاً: حقيقة الغير في التعهد عن الغير

يرى الأستاذ سمير عبد السيد تناغو بأنّ التعهد عن الغير لا يخرج عن قاعدة نسبية أثر العقد كونه لا يرتب التزاماً في ذمة الغير، هذا الذي يبقى حراً في قبول التعهد أو رفضه (1)، مؤسساً بذلك قوله على أحكام المادة 153 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه: "إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعده . فإذا رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض، بأن يقوم هو بنفسه بالالتزام الذي تعهد به"

وفي نفس السياق تذهب الأستاذة فريدة زاوي إلى أنّ التعهد عن الغير يرتب التزاماً شخصياً في ذمة المتعهد الذي يلتزم بالحصول على قبول الغير للتعهد، والذي تبقى له الحرية في القبول أو الرفض، وفي هذه الحالة نكون أمام مبدأ نسبية العقد، أمّا في الحالة التي ينشئ فيها العقد التزاماً مباشراً في ذمة الغير فنكون إزاء ذلك في وضعية الاستثناء عن مبدأ نسبية العقد أي الغيرية، وتستطرد قائلة: "...ليس المتعهد عنه هو الغير بعد الإقرار لأنّه اختار بإرادته هذا الوضع، وإنّما الغير هو من اكتسب حقاً من المتعهد عنه في الفترة ما بين العقد والإقرار، فهذا الأثر يحميه القانون إذ لا يكون الإقرار نافذاً في مواجهته إلاّ إذا كان له تاريخ ثابت" (2).

إنّ ما يمكن ملاحظته مما سبق ذكره أنّ الغير قد جرى تحديده بالنسبة للأثار التي تلحقه وكذا مركزه تجاه عقد التعهد دون النظر إلى الوضعية القانونية الكلية مصدر التعهد، وعليه إن كان المتعهد عنه وهو الغير حسب رأي الفقهاء ليس حاضراً في العقد من الناحية المادية أي لم يكن طرفاً ولا ممثلاً فيه، إلاّ أنّه موجود في الوضعية القانونية منشأً للتعهد عن الغير، فالعقد يتعلق بترتيب التزام في وجه الغير المتعهد عنه الذي يدور معه وجوداً وعدماً، وما الأثار التي تلحقه هنا هي من طبيعة الأمور فلا تغير في ذلك شيئاً، فمثلاً: في حالة عدم قبول الغير (المتعهد عنه) للتعهد يصبح المتعهد مسؤولاً قبل متعاقدته، إذا السؤال الذي يطرح هنا هو: ما سبب مسؤولية المتعهد في هذه الحال؟ لتكون الإجابة هي أنّ الغير المتعهد عنه لم يقبل التعهد. إذا الغير ليس غريباً هنا عن الوضعية القانونية التي أعطت ولادة العلاقة القانونية موضوع التعهد عن الغير، واعتباراً لذلك يجب أن نأخذ في الحسبان الأسباب والروابط القانونية

(1) سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.121.

(2) فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص.174.

التي تدخل في تكوين الوضعية القانونية موضع التعهد عن الغير، وعليه فإنّ المتعهد عنه ليس غيرا وبالتالي لا يشكل التعهد عن الغير استثناء من مبدأ نسبية العقد بل هو امتداد له⁽¹⁾. وهكذا، إذا اعتبرنا أنّ الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير في الحقيقة تطبيقين لمبدأ نسبية العقد، فإنّ السؤال الذي يطرح هنا: من هو الغير الحقيقي في إطار العلاقات التعاقدية، ذلك ما نتولى الإجابة عنه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

الروابط العقدية التي تعتبر حجة للغير وعليه

تعتبر مسألة تحديد الأثر الإلزامي للعقد من المسائل المعقدة، ولعل السبب في ذلك أنّه توجد بين الأطراف المتعاقدين والغير الأجنبي تماما عن العقد أصناف أخرى من الأشخاص وهم الخلف والدائنون العاديون، الذين لا بد أن نبين فيما يتعلق بكل صنف منهم ما إذا كانت أحكام الالتزامات الناشئة عن العقود جارية عليهم بما يمكن اعتبارهم دائنين أو مدينين بموجبها أم يتم وصفهم بالأغيار وبالتالي لا يترتب لهم من الروابط العقدية لا نفع ولا ضرر، وهو ما نبخته تباعا في الفرعين التاليين نخصص أولهما للخلف في العقد، والثاني للدائن العادي.

الفرع الأول

الخلف في العقد

من المعلوم أنّ العقد يتم بين طرفين على الأقل، حيث يعتبر الطرف المتعاقد الشخص الذي تم برضاه انعقاد العقد. ولئن كانت الإرادة هي معيار العقد فإنّ الحضور الشخصي وقت التعاقد وإنشائه لا يهم لتعريف الطرف في العقد، بقدر ما تهم موافقته عليه وإمضاؤه إيّاه إمّا مباشرة أو بواسطة نائبه⁽²⁾، ونتيجة لذلك ينشأ الأثر النسبي للعقد بين طرفيه إذ تنحصر الحقوق

⁽¹⁾ ليس لاعتبار أنّ الغير أجنبي عن عقد التعهد الذي يربط بين المتعهد والمتعهد له، ولكن باعتباره من أسباب وجود هذه العلاقة ومن تم هذه الوضعية القانونية. وهو ما توضحه المادة 113 من القانون المدني بقولها أن العقد لا يترتب التزاما في حق الغير، وما وضحته كذلك المادة 1199 من القانون المدني الفرنسي.

⁽²⁾ محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.330 وما بعدها. نعيد التذكير مجددا بأنّ النائب يعتبر طرفا في العقد من الناحية المادية وغير من الناحية القانونية لأنّ آثار العقد لا تنصرف إليه ولكن تنصرف إلى الأصيل المتعاقد، لشرح واف في الموضوع، يراجع، فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص.07.

والالتزامات الناجمة عنه بينهما كأصل عام، ويصبح هذا الوضع حجة على الكافة وهو ما يسمى بالأثر الإلزامي للعقد، غير أنه ولأسباب إنسانية وفنية (أي استمرار المعاملات واستقرارها) يرتب القانون على العقد حقا لأحد الأشخاص الذين تربطهم صلة قرابة بأحد المتعاقدين، كما يضمن لهم الاستعادة من هذا الحق على الوجه الحقيقي وذلك من خلال تقرير عدم نفاذ التصرفات التي تتعلق بتلك الحقوق في مواجهتهم (الخلف العام)، كما أنّ القانون يضع بعض الضوابط لحماية بعض الأشخاص من تصرفات الأطراف المتعاقدة متى تعلقت هذه التصرفات بنقل شيء عيني (الخلف الخاص)، على الشرح التالي.

أولاً: الخلف العام

يدخل في حكم المتعاقدين كأصل عام الخلف العام، ويعتبر كذلك من يخلف المتعاقد في ذمته المالية كلها أو جزء منها كالوارث والوصي، ووفقاً لذلك فإنّ الفرد لما يتعاقد لنفسه فإنّه يتعاقد ضمناً لورثته أو من يود الإيضاء لهم، حيث لا تستقيم المعاملات بين الأشخاص إذا كانت الحقوق والالتزامات المترتبة بين الأفراد على العقود تنقضي بوفاء أطرافها ما سيؤدي إلى اضطراب في المعاملات وعدم استقرارها، وعليه يقتضي المنطق والعدالة انتقالها إلى الخلف العام⁽¹⁾، وهو ما تنص عليه المادة 108 من القانون المدني الجزائري بقولها: "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من القانون أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث" وهو نفس الحكم المنصوص عليه في المادة 145 من القانون المدني المصري، وفي نفس السياق ومن باب الاستشهاد ينص الفصل 241 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على أنّ: "الالتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضاً على ورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم ما لم يصرح بخلاف ذلك أو يستنتج من طبيعة الالتزام بمقتضى العقد أو القانون لكن لا يلزم الورثة إلاّ بقدر إرثهم وعلى نسبة مناباتهم.

فإن امتنعوا عن قبول الإرث فلا يلزمهم ولا شيء عليهم من دين مورثهم وحينئذ لا يسمح

¹ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص 07. مع العلم أنّ القانون المدني المصري يأخذ بمبدأ انتقال التركة إلى الورثة مع تعلق الدين بها وهو ما نصت عليه المادة 87 منه، وعليه يعتبر حق الدائنين بمثابة رهن على التركة، لكنه رهن مفروض من الشارع وليس وليد اتفاق المتعاقدين، ينظر، فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص 24.

لأصحاب الدين إلا تتبع مخلف المدين"⁽¹⁾.

نستنتج من النصوص أعلاه أنّ أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام في حدود تركة مورثهم، على أنّ الالتزامات المترتبة على هذا الغير تبقى قائمة على التركة حيث لا تركة إلا بعد سداد الدين، فالخلف العام غير مسؤول شخصيا عن ديون مورثه بالنسبة للقانون المدني الجزائري والمصري على خلاف المشرع التونسي الذي يقرر أنّ الديون تنتقل إلى الورثة ويتحملونها بحسب نصيبهم في التركة (وهو الأمر الصحيح منطقيا لخلافة المورث في كل ما له وما عليه، أي امتداد شخص المورث لشخص الوارث)⁽²⁾، وعموما قد لا تنصرف آثار العقد إلى الخلف العام في حالات معينة تتمثل في الآتي:

- اعتبار العقد شريعة المتعاقدين بحيث يمكن أن يتفق المتعاقدان على قصر آثار العقد عليهما دون أن تنصرف إلى ورثتهما على أن يكون الشرط غير مخالف للنظام العام، حيث يجوز مثلا أن يتفق المتعاقدان في عقد البيع على أن يمنح المشتري أجلا لسداد الثمن دون أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته، فإذا مات المشتري فليتزم الورثة حينئذ بدفع ثمن التركة حالا، كما يجوز أيضا الاتفاق على أن يكون للبائع الحق في استئجار العين المباعة بأجرة معينة لمدة معينة

¹ مع العلم أن القانون المدني الفرنسي كان ينص على ذلك في المادة 1122 قبل تعديلها بقوله:

« On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention ».

(يفترض في الشخص أنه تعاقد لنفسه، ولحساب ورثته وخلفه، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل خلاف ذلك) وبسبب اللغط الذي جرى حول تفسير مصطلح « stipulé » والذي فيّر على أساس أنه تعاقد ولا يحمل على الاشتراط لمصلحة الغير فقط، جاء تعديل 2016 وعدل تلك المادة وأعطاها المعنى الحقيقي لها، لتحمل ترقيما جديدا هو 1205، وهو الموضوع الذي تناولناه في جزئية الاشتراط لمصلحة الغير، غير أنه ما يهمننا هنا هو مسألة انتقال الحقوق والالتزامات للخلف العام، فالمادة لم تتكلم على ذلك ولكن أشارت إلى ذلك مواد أخرى لها صلة بها كالمادة 1207 السابق ذكرها التي أعطت الحق للورثة في نقض المشاركة، وعليه نفهم من ذلك على أنّ الحقوق والالتزامات تنتقل إلى الورثة بعد موت مورثهم. على أن يبقى ذلك مقرونا بموافقتهم خاصة في انتقال الديون، أي أن انتقال التركة دون جرد يجعل الوارث يتحمل جميع الديون التي على مورثه وتعتبر بذلك شخصيته هي امتداد فعلي لشخصية مورثه. ينظر في ذلك، المواد 780-786 من القانون المدني الفرنسي. وبناء ذلك نستبعد القانون الفرنسي من المقارنة في هذه الجزئية ونكتف بالتشريعين المصري والجزائري أصلا والتونسي احتياطا لاعتبار أنّ الشريعة الإسلامية هي المصدر الأساسي لهما، كما تظهر تطبيقات الغير فيها بقوة ذلك من خلال علاقة هذا الأخير بالمورث.

² غير أنّ الحكم الذي أتى به الفصل 2/241 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية يتناقض والحكم المنصوص عليه في الفصل 85 من مجلة الأحوال الشخصية التي تنص على أن: " يؤدي من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- الحقوق المتعلقة بعين التركة،5- الديون الثابتة في الذمة...." وعليه، ووفقا لهذا النص فإنّ التركة تنتقل للورثة خالية من الديون، وليس كما جاء في المادة 2/241 المشار إليها أعلاه، وبالتالي وفي هذه الحال يأخذ بنص المادة 85 من مجلة الأحوال الشخصية، تطبيقا للقاعدة الفقهية القانونية "الخاص يقيد العام".

على أن لا ينتقل هذا الحق إلى ورثة البائع (1).

-إذا كانت طبيعة التعامل نفسها تقتضي عدم انتقال الآثار التي يربتها إلى الخلف العام، ولا يكون ذلك إلاً لمانع قانوني كحالة اكتساب شخص حق انتفاع بمقتضى عقد فإنّ هذا الحق لا ينتقل إلى الخلف العام، لأنّ الانتفاع ينقضي بقوة القانون بمجرد وفاة المنتفع، وقد يكون عدم انتقال الآثار أيضا راجعا لمانع مادي، ويظهر ذلك جليا في العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي للمتعاقد، كالمتعاقدين مثلا مع فنان على رسم لوحة فنية، أو مع محام من أجل الترافع في دعوى معينة، أو مع جراح لإجراء عملية جراحية...، فالالتزامات الناشئة عن هذه العقود لا تنتقل إلى الورثة أي إلى الخلف العام للفنان والخلف العام للجراح، المحامي (2)...

-إذا كان هناك نص في القانون يقضي بالألّا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام، فالقانون ينص على ذلك في مسائل يفهم من ظروفها أنّ المتعاقدين قد أرادا هذا ضمنا (3)، ومن ذلك مثلا ما تنص عليه المادة 439 من القانون المدني الجزائري: "تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء..." وهو نفس الحكم المقرر في المادة 568 من القانون المدني المصري وفي هذه الحالة لا تنصرف آثار عقد الشركة إلى الخلف العام (شركات الأشخاص)، وكذا ما تنص عليه المادة 586 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 714 من القانون المدني المصري والفصل 1157 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية بقولها: "...تنتهي الوكالة.... بموت الموكل أو الوكيل...".

إذا كان الأصل العام أنّ العقود التي يبرمها المتعاقد تسري في حق خلفه العام فإنّ الأسئلة التي تطرح هنا هي: متى لا تسري هذه العقود في حقّه وبالتالي يعتبر غيرا وفقا لأحكام القانون وفقهائه؟ وبالتالي لذلك ما حقيقة مفهوم الغير في هذه الحال؟ ذلك ما نجيب عنه في التالي.

1- غيرية الخلف العام

ينزل الورثة منزلة الغير وبالتالي يفقدون صفة خلافتهم الخاصة بالنسبة لتصرفات مورثهم في حالة خاصة، ويظهر ذلك عندما تكون تصرفات المورث موجهة لحرمانهم من حقوقهم

(1) عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.09.

(2) سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.113.

(3) عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع عينه، ص.10.

الإرثية المحفوظة بحكم القانون لاعتبارات أدبية واجتماعية، وعليه يكون كل تصرف بها ممنوعا وباطلا، "ويمكن أن ينظر إلى الوارث كأمين عليها فلا يجوز أن يسري تصرفه بها على أصحابها"⁽¹⁾، إلا عن طريق الوصية المسألة الوحيدة التي تسمح للوارث أن يتصرف في أمواله تصرفا مضافا إلى ما بعد وفاته ولكن في حدود القدر الجائز الإيضاء به، فيتلقى الوارث حقه في التركة فيما جاوز هذا القدر عن القانون مباشرة لا بطريق الميراث عن الميت، وبالتالي لا يأخذ الوارث حكم الخلف العام لمورثه في تصرف عن طريق الوصية ليكون هذا التصرف غير نافذ في مواجهته إذا جاوز الحد المقرر لذلك (ثلث التركة)، ويأخذ نفس الحكم التصرف الذي يصدر في مرض الموت ويكون المقصود به التبرع فيكون الوارث هنا غيرا بالنسبة له حماية لحقه في الميراث أثناء مرض الموت⁽²⁾.

وعليه، يبدو من الأهمية بمكان التعرف على منزلة الخلف العام بالنسبة لتصرفات مورثه الضارة به في مرض الموت، وذلك من خلال تحديد تعريف مرض الموت وكذا الأحكام التي تتعلق بتصرفات المورث أثناءه، مع استبعاد التفصيل في مسألة الوصية لأنها تختلط مع تصرفات المريض في مرض الموت.

أ-تعريف مرض الموت

لم يضع القانون المدني وقانون الأسرة لكل من الجزائر ومصر وتونس تعريفا لمرض الموت⁽³⁾ تاركين ذلك للقضاء والفقهاء حسب كل واقعة، وقد تعددت تعريفات الفقهاء لمرض الموت فهناك من يرى فيه: "المرض الذي يغلب فيه الموت، ويتصل به المرض فعلا ولو لسبب غير المرض"⁽⁴⁾، وهناك جانب آخر يرى بأنه: "مرض خطير تقول عنه الخبرة الطبية، أو تستقر به

⁽¹⁾ هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، مرجع سابق، ص.358.

⁽²⁾ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.10.

⁽³⁾ وعلى سبيل المقارنة، جاء في أحكام المادة 543 من القانون المدني الأردني على أنه: "مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح"، كما عرفت المادة 1/505 من مشروع القانون المدني الفلسطيني مرض الموت بأنه: "مرض الموت هو المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيها الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه سنة أو أكثر فلا يكون مرض موت". إياذ محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الدراسات الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، المجلد 19، غزة، فلسطين 2011، ع 2، ص. 517.

⁽⁴⁾ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973، ص.411.

العادة في المجتمع، أنّ المصاب به يموت داخل السنة ثم تحدث الوفاة فعلاً⁽¹⁾، بينما هناك من يعرف مرض الموت على أنّه: "المرض الذي يكون فيه الشخص في حال يغلب فيها الهلاك وأن يتوقع هو ذلك، فيتصرف تصرفات يحكمها حكم الموت القريب"، أو هو المرض الذي يعجز صاحبه عن قضاء مصالحه المعتادة⁽²⁾.

من خلال استقراءنا للتعريفات الفقهية لمرض الموت نستنتج بأنّه يجب توفر شروط لكي يعتبر المرض مرض موت، كما أنّ هناك حالات تأخذ حكم مرض الموت.

هذا، وتتمثل شروط مرض الموت في المعطيات التالية:

-العجز عن العمل المعتاد: يذهب رأي من الفقه إلى أنّه يقصد من العجز عن العمل المعتاد أن يؤدي مرض الموت إلى عجز الشخص عن القيام بأعماله المعتادة التي يقوم بها الشخص الصحيح، وتتمثل الأعمال المعتادة بما تقتضيه مهنة الشخص أو حرفته أو ما يمارسه على الوجه المعتاد، كالذهاب إلى السوق وغيره، وعليه إذا عجز المريض عن القيام بشؤون مهنته وحرفته على الوجه المعتاد يتوافر هذا الشرط، على أن يكون السبب في ذلك هو المرض وليس سببا آخر، وبالتالي إذا عجز الشخص عن القيام بأعماله المعتادة بسبب الشيخوخة، أو بسبب بتر ساقه أو يده دون المرض فإنّ هذا الشرط لا يتحقق، ولا يشترط أن يؤدي العجز عن ممارسة الأعمال المعتادة إلى لزوم الفراش، إذ قد يعجز الشخص عن مباشرة أعماله المعتادة ويلزم فراشه رغم ذلك. كما لا يعد مريضاً مرض الموت من يعجزه المرض عن مباشرة الشاق من أعمال مهنته لأنّه لا يعجز في هذه الحال عن مباشرة المألوف من العمل⁽³⁾.

-غلبة الخوف من الموت: يشترط لكي يكون المرض مرض موت أن يغلب لدى المريض شعور الخوف من الموت، وينتج هذا الشعور لدى المريض عندما يكون المرض من الأمراض الخطيرة التي تنتهي عادة بالموت، أو في الحالة التي يبدأ فيها المرض بسيطاً ثم يتطور بحيث تصبح حالة المريض سيئة وبالتالي يخشى على نفسه الهلاك، وعليه لا يعتبر في مرض الموت من يعجز عن الكلام أو المشي أو الرؤية الأمر الذي يؤدي إلى عدم القدرة على مباشرة

⁽¹⁾ إِيَاد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت، المرجع السابق، ص.518. أورده عن، عبد الحفيظ سويد، فقه الهبة وتطبيقاتها وفتاواها المعاصرة، سلسلة الإقتصاد الإسلامي، د.س. ن، ص.20.

⁽²⁾ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، بيروت، د.س. ن، ص.314.

⁽³⁾ إِيَاد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت، المرجع نفسه، ص.515.

المعتاد من الأعمال، لأنه في هذه الحالات لا يغلب على الشخص الخوف من الموت، كما لا يعتبر في مرض الموت من يصاب بمرض مزمن كمرض السكري أو الضغط الدموي لأن هذه الأمراض ليس من شأنها أن تولد لدى المريض شعورا بالخوف من الموت القريب⁽¹⁾.

ويذهب رأي في الفقه إلى أن توافر هذا الشرط يغني عن الشرط الأول، بمعنى أن غلبة الخوف من الموت عند المريض تعني أنه في مرض الموت حتى ولو كان يباشر أعماله المعتادة⁽²⁾، ويظهر أن هذا الرأي هو الأقرب إلى الصواب نظرا لتوافقه مع الهدف والعلة من تحديد مرض الموت، حيث أن الشعور الذي يتولد لدى المريض والمتمثل بدنو أجله وفراقه للحياة يدفعه إلى إبرام التصرفات القانونية التي تضر بالورثة والغير، لذلك تكون العبرة في وجود الشخص في مرض الموت من عدمه في وجود شعور لديه باليأس من الحياة بسبب الخوف من الموت من عدمه، وعليه فإن العجز عن مباشرة الأعمال المعتادة لا يعتبر شرطاً لمرض الموت وإنما يمكن الاستناد إليه كدليل على وجود الشعور بالخوف من الموت.

وبناء على ذلك، يتبين أن فكرة مرض الموت فكرة مرنة ومتطورة تختلف من زمان إلى آخر وفقا لتغيرات العصر وما يواكبه من اكتشافات طبية يغلب فيها الخوف من الموت، ولكنها لا تعجز المريض عن مزاولته أعماله المعتادة، ومثال ذلك السرطان والتليف الكبدي والفشل الكلوي المزمن، وعليه فإن المعيار في وجود المريض مرض الموت هو معيار شخصي يتمثل بنشأة الاعتقاد لدى المريض بقرب أجله⁽³⁾.

-وقوع الموت فعلا خلال مدة معينة: يشترط في مرض الموت أن يقع الموت فعلا، وعليه إذا تعافى المريض من المرض الذي كان يغلب فيه الخوف من الموت فلا نكون أمام مرض الموت، لأنه لن يؤدي إلى الموت، وبالتالي فإن التصرفات الصادرة عن المريض الذي شفي من المرض تأخذ حكم تصرفات الصحيح وتنتج آثارها تجاه أطرافها والغير معا.

أمّا عن المدة التي يشترط فيها أن يقع الموت بسبب مرض الموت، فلقد اختلف فقهاء الإسلام في ذلك، حيث هناك من رأى أنه إذا طال المرض سنة دون أن يشفى فلا يعتبر

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ط. 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص. 314 وما بعدها.

⁽²⁾ لمزيد من التفصيل حول الاتجاهات الفقهية والمفاضلة بينها، ينظر، نفس المرجع، ص. 316. مشار إليه في الهامش.

⁽³⁾ إيايد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت، المرجع السابق، ص. 520.

مرض الموت، فيكون الشخص في حكم الصحيح وتكون تصرفاته بالتبع لذلك صحيحة، ولكن إذا اشتدَّ مرضه وتغيرت حالته ومات بعد ذلك اعتبر مرضه من وقت التغيير إلى الوفاة مرض الموت⁽¹⁾.

وعليه، نرى أنه من الصواب تأييد رأي بعض الفقه في عدم تحديد مرض الموت تحديداً يتعلق بمدة معينة سواء سنة أو أكثر أو أقل، لأنَّ مرض الموت يعتبر من مسائل الوقائع التي يستخلصها قاضي الموضوع مسترشداً بأراء الخبراء ولا رقابة عليه في ذلك متى بنى قضاءه على أسباب معقولة، بالإضافة إلى ذلك فإنَّ تنظيم أحكام معينة للتصرفات التي تصدر عن المريض مرض الموت يهدف إلى حماية الغير والورثة نظراً لتعلق حقوقهم بأموال المريض، فالمريض مرض الموت الذي يشعر بدنو أجله قد يشوب تصرفه مظنة إيثار بعض الورثة على البعض الآخر، أو مظنة الإضرار بهم أو بالغير لذلك يجعل المشرع تصرفه تصرفاً صحيحاً، ويحدث هذا سواء كان المرض لسنة أو أقل أو أكثر⁽²⁾.

هناك حالات تأخذ حكم مرض الموت وهي الحالات التي يشعر فيها الشخص بدنو أجله، أي يغلب عليه الخوف من دنو أجله، أي يغلب عليه الخوف من الموت رغم أنه ليس بمريض، ومثال ذلك: من يوجد على ظهر سفينة توشك على الغرق، ومن يبارز في قتال، ومن يحكم عليه بالإعدام وينتظر تنفيذ الحكم عليه، ومن يدخل في معركة يتيقن أنه مقتول فيها.....، وعليه فإنَّ كل هذه الحالات وغيرها تقاس على مرض الموت وتأخذ أحكامه لاتحاد العلة والمتمثل في وجود الشعور بدنو الأجل واليأس من الحياة، الأمر الذي يجعل الشخص يعقد العزم على الإضرار بالورثة وظلمهم، أو بإيثار بعضهم على بعض، وعليه فإنَّ التصرفات القانونية التي يبرمها الشخص في هذه الحالات تأخذ حكم تصرفات المريض مرض الموت⁽³⁾.

⁽¹⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص.317.

⁽²⁾ إياد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت، المرجع السابق، ص.522. نقلاً عن، محمد البديرات، مدى اعتبار الإيدز مرض الموت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 22، 2006، ع.1، ص.65. وحسن فعلا المشرع الجزائري والمشرع المصري حين لم ينصا على ذلك وأعطيا السلطة التقديرية للقاضي في هذا المجال.

⁽³⁾ المرجع نفسه، ص.522 وما بعده. ومن باب المقارنة، فإنَّ المشرع الأردني قد أحسن فعلاً عندما نص من خلال المادة 543 من القانون المدني من حيث المبدأ على الحالات التي تأخذ تصرف مرض الموت، وجعل تحديد هذه الحالات للقاضي الذي له أن يستشف

بعد تعريفنا لمرض الموت وتبيان شروط تحققه نبين في الجزئية الموالية حكم تصرفات المريض مرض الموت قانونا وفقها.

ب- حكم تصرفات المريض مرض الموت قانونا وفقها

أطلق المشرع للشخص الحرية التامة في التصرف في أمواله أثناء حياته ولو أدى ذلك إلى التصرف في كل حقوقه بحيث ألا يبقى أي شيء للوارث عند وفاة مورثه، غير أنه لم يسمح للشخص أن يتصرف في ماله بعد الوفاة، أي أن يتصرف فيه باعتباره تركة مستقبلة إلا في صورة واحدة من صور التصرف وهي "الوصية" وفي حدود ثلث التركة (3/1)، ذلك لحماية حق الوارث واحترام لأحكام الميراث التي تستمد وجودها من أحكام الشريعة الإسلامية والتي تتعلق بالنظام في المجتمع الإسلامي⁽¹⁾.

واعتبارا لذلك وضع المشرع قرينة مفادها أن كل تصرف يصدر في مرض الموت هو تصرف على سبيل التبرع ويأخذ حكم الوصية، فلا يكون نافذا إلا في حدود ثلث التركة، أما إذا زاد عن هذا القدر فلا يكون نافذا في حق الورثة إلا إذا أقره بعد موت مورثهم، ونتيجة لذلك يعتبر الورثة في فترة مرض الموت أغيارا بالنسبة إلى تصرفات مورثهم التي تزيد عن ثلث التركة، وحتى يعتبروا كذلك عليهم أن يثبتوا أن التصرف صدر في أثناء مرض موت مورثهم ولهم إثبات ذلك بكافة الطرق⁽²⁾.

نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني على أنه: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة"، ويقابل ذلك نص المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الوصي"، وعليه فما دام البيع هنا يأخذ حكم الوصية فقد جعله المشرع موقوفا على إجازة الورثة، وهذا استنادا إلى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا وصية لوراث إلا أن يشاء الورثة"، وقوله كذلك: "إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم، فمُؤوه حيث شئتم". وهناك من يرى أن الوصية في حدود

ذلك من ظروف كل قضية، ونصت على أنه: "يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بالإنسان فيها خطر الموت ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضا".

⁽¹⁾ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، مرجع سابق، ص.113.

⁽²⁾ فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، مرجع سابق، ص.29.

الثالث لو ارث جائزة وهو ما أجمع عليه فقهاء الإسلام، وبالتالي يعتبر التبرع صحيحا إذا تم في حدود الثالث لو ارث أو لغيره حتى وإن لم يقره الورثة⁽¹⁾.

أمّا إذا كان التصرف للغير فتتص المادة 2/408 من القانون المدني الجزائري على أنّه: "أمّا إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنّه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال". إنّ ما يمكن استقراءه من أحكام هذه المادة أنّ بيع المورث للغير في مرض الموت قابل للإبطال سواء كان ذلك في حدود الثالث أو زيادة عليه وهو أمر غير منطقي، كون حكم البيع للغير في مرض الموت يأخذ حكم الوصية فيكون نافذا في حدود الثالث وما زاد عن ذلك فيكون معلقا على إرادة باقي الورثة، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإنّ عبارة "قابل للإبطال" في غير محلها، حيث أنّ طلب الإبطال قد شرع لمصلحة ناقص الأهلية ومن شاب رضاه عيب من عيوب الرضا، وهو الأمر البعيد تماما في هذه الحالة، وحتى ولو كان الأمر كذلك فحينها يكون للمورث حق طلب الإبطال ولا ينتقل هذا الحق إلى الورثة لأنهم من الغير بالنسبة لتصرفات مورثهم في مرض الموت، فالأمر الأصح بالنسبة للمادة 2/408 أن يتعلق التصرف بمدى نفاذه في حق الورثة وليس إبطال التصرف⁽²⁾.

وعلى سبيل المقارنة، تنص المادة 1/316 من القانون المدني المصري على أنّ: "كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع، يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف"، ولتحديد طبيعة القواعد المطبقة على الوصية تنص المادة 215 من نفس القانون على أنّه: "تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها"، وجاء في قانون الوصية المصري على أنّه: "تصح الوصية للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة، وتصح بما زاد على الثالث ولا تنفذ في الزيادة إلاّ إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزون"⁽³⁾.

يتضح من قراءة هذه النصوص أنّ بيع المريض مرض الموت حكمه حكم الوصية، فإذا كانت الوصية لا تحتاج إجازة الورثة بل تنفذ مباشرة وهو ما يوافق جمهور فقهاء الإسلام

⁽¹⁾ فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص. 29. عن علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، مجلة الشرطة، الجزائر، 1987، ع. 33، ص. 28.

⁽²⁾ نفس المرجع، ص. 29. عن علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص. 29.

⁽³⁾ قانون الوصية رقم 71، الصادر في 24 جوان 1946.

لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم السابق ذكره: "إنَّ الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم، فُضِّمُوهُ حيث شئتم"، أمَّا إن زادت عن الثلث فتأخذ حكم التصرف الصحيح فقط يبقى ذلك معلقا على إجازة الورثة بعد وفاة الوصي متى كانت لهم الأهلية، أي ما زاد عن الثلث يبقى صحيحا لكن لا ينفذ في حق الورثة، فعدم النفاذ هو جزاء يرد على عقد صحيح منتج لآثاره فيما بين طرفيه، ويؤدي إلى عدم سريان العقد في مواجهة الغير إلا بالإجازة، فإن أجازته الغير نفذ وسقط⁽¹⁾.

أمَّا إذا كان التصرف لغير وارث فإنَّ حكم تصرف المريض مرض الموت لغيره يأخذ حكم الوصية لو ارث، وهو ما تضمنته المادة 37 من قانون الوصية المصري، حيث أنَّ الوصية تنفذ في حق الغير في حدود الثلث وما زاد عن ذلك يقف على إجازة الورثة، على أن يتم ذلك بعد موت الوارث وأن تتوفر فيهم أهلية التبرع، وعليه إذا كان تصرف المريض مرض الموت يزيد عن الثلث ولم يجر الورثة الزيادة، يجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة القدر الزائد عن الثلث، وإذا تصرف المتصرف له بالقدر الزائد عن الثلث إلى الغير فإنَّ هذا التصرف لا ينفذ في حق الورثة بغير إجازتهم إلا وفقا للقواعد العامة والتي مقتضاها سريان التصرف في حق الورثة فيما يجاوز الثلث إذا كان المتصرف إليه حسن النية⁽²⁾، وهو ما يوافق حكم المادة 409 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع".

بناء على ما تقدم ذكره، نتساءل: ما حقيقة اعتبار الخلف العام غيرا، وهل غيرية الخلف العام هي فعلا الغيرية التي قدمنا تعريفا بشأنها؟ ذلك ما نجيب عنه في النقطة الموالية.

2- حقيقة غيرية الخلف العام

يعبر مصطلح الغير عن شخص أجنبي عن وضعية قانونية معينة، وتطبيقا لذلك يعتبر الخلف العام غيرا أصلا عن الوضعية القانونية التي تربط بين مورثه وشخص آخر، لكن سيتدخل في هذه الوضعية القانونية ليصبح طرفا فاعلا فيها، على أن ذلك متوقف على شرط موت مورثه ليحل محله في الحقوق وذلك بالنسبة للدول التي تأخذ بالشرعية الإسلامية، وفي

⁽¹⁾ إياد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت، المرجع السابق، ص.535.

⁽²⁾ نفس المرجع، ص.538.

الحقوق والالتزامات بالنسبة للدول التي تأخذ بغير الشريعة الإسلامية كفرنسا.

وللعلم فإن تدخل الخلف العام في الوضعية القانونية الأجنبي عنها مصدره القانون ذلك لروابط الإرث التي تعبر عن مسألة عقائدية واجتماعية، وعليه يعتبر الخلف التطبيق الحقيقي لمسألة اكتساب الغير لحقوق والتزامات عن عقد لم يكن طرفا فيه وهو الاستثناء الحقيقي لمبدأ الأثر النسبي للعلاقات القانونية. ويبدو هذا الكلام مخالفا تماما للفقهاء الذين ذهبوا الى أن الخلف العام هو طرف أصلي في العقد، والمتعاقد لَمَّا يتعاقد مع شخص إنَّما يتعاقد لسلفه، فإذا كان ذلك صحيحا فإنَّ السؤال الذي يطرح هو: متى يصبح الخلف العام طرفا في العلاقة القانونية؟ إنَّ الإجابة عن ذلك هي بعد موث مورثه، لكن في الحالات التي لا ينصرف إليها أثر العقد إلى الخلف العام فماذا يعتبر هذا الأخير في هذه الحال؟ تتمثل الإجابة هنا في أن الخلف يوصف بأنه غير أجنبي عن العقد وبالتالي لا يستفيد ولا يضار منه. إذا نخلص من ذلك أن التقسيم الذي جاء به الفقهاء حول الأشخاص الذين تلحقهم آثار العقد وهم: الخلف العام، الغير،... ليس صحيح، لأنَّ الخلف هو أصلا غير يتدخل في الوضعية القانونية إذا توفي مورثه.

هذا عن مبدأ النسبية، أمَّا عن مسألة نفاذ العقد فإنَّ الأمر ليس بالسهل تماما، فلما نراجع كتابات فقهاء القانون في هذا المجال نرى أنَّهم يصنفون الخلف العام في خانة الغير لا لشيء سوى لاستبعاد آثار سريان العقد عليه، أي لا يحتج عليه بالأثر القانوني الناجم عن العقد لأنَّه غير، وعليه لا يمكن اعتباره طرفا وغييرا بالنسبة لنفس الوضعية القانونية الواحدة من حيث موضوعها وأطرافها، فالعقد لا يسري في حق الخلف العام إذا جرى توقيعه في مرض الموت وبالتالي لا ينفذ في حقهم إلاَّ إذا أجازوه، حيث أنَّ الإجازة في هذه الحال لا تلحق العقد الباطل وإنَّما تلحق العقد الصحيح وتكون صادرة عن الغير والذي هو في هذه الحالة الخلف العام. فالغير في الوضعية الطبيعية سيتحمل العلاقات القانونية ومع ذلك فإنَّ هذه الحالة الطبيعية تمهد لمرحلة نشطة أثناء تنفيذ العمل القانوني جراء موت المورث الذي تصرف في مرض الموت، فالغير سيحصل على سلطة الادِّعاء، وعليه الغير يعرف إذا ليس من خلال إقصائه بل بالعكس من خلال ردة فعل هذه الوضعية تجاهه والتي قد تهدر مصالحه في مرض الموت. وبالبناء على ذلك، لا يمكن اعتبار الخلف العام طرفا وغييرا في نفس الوقت، فهو غير أصلا لكن سيتفاعل مع الوضعية القانونية بعد موت المورث الذي يعد أحد أطرافها، ليحل

محلّه في الحقوق وأحياناً في الالتزامات، كما له أن يدفع بعدم سريان بعض تصرفات مورثه في حقه خاصة تلك التي جرت في مرض الموت أو الوصية الزائدة عن القدر المقرر لها. وعليه، فإنّ اكتساب الخلف العام للحقوق عن تصرف مورثه واحتجابه ضد تصرف مورثه كذلك لا يتم إلاّ بعد وفاة المورث، وهو بذلك سيكتسب الحقوق باعتباره غيراً وسيحتج بالعقد كذلك باعتباره غيراً، أي يجب الأخذ في الحسبان كل الروابط القانونية التي جرت بين السلف والمتصرف معه قبل وفاة السلف نفسه.

فإذا كانت هذه هي حقيقة الخلف العام، فما هي إذاً الحال بالنسبة للخلف الخاص، ذلك موضوع الجزئية الموالية.

ثانياً: الخلف الخاص

يقصد بالخلف الخاص من تلقى من شخص آخر مالا سواء كان هذا المال حقا عينيا كالمشتري لعقار فهو يتلقى حقا عينيا على العقار وهو حق الملكية، والدائن المرتهن فهو يتلقى حقا عينيا وهو الحق في الرهن، أو حقا شخصيا كحوالة الدين مثلا⁽¹⁾. وتختلف وضعية الخلف الخاص عن وضعية الدائن بحق شخصي للمدين حيث يقتصر هذا الأخير على تقرير حق في ذمته لصالح الدائن، فهو ينشئ علاقة قانونية تربط الدائن بالمدين، بينما تتجاوز وضعية الخلف الخاص هذه العلاقة الشخصية إذ تتناول انتقال الشيء وما يترتب عليه، فللمشتري حق شخصي على البائع باعتباره دائنا له بنقل ملكية المبيع الذي تلقاه، وهذه علاقة دائنية بين البائع والمشتري وهو في نفس الوقت خلف خاص له فيما يتعلق بحق ملكية المبيع الذي تلقاه، إذ العبرة هنا بانتقال المبيع وما يترتب عليه في مواجهة الكافة (مركز مانع)⁽²⁾.

هذا، ويختلف وضع انتقال أثر العقد إلى الخلف الخاص عن وضع انتقاله إلى الخلف العام لأنّ هذا الأخير يخلف سلفه في ذمته المالية أو بنسبة منها حتى وإن اقتصر ذلك على الحقوق دون الالتزامات، فيمكن من الناحية التشريعية أن تتصرف إليه آثار العقود التي يبرمها، أو نسبة ما يعادل ما آل إليه من التركة، في حين لا ينتقل إلى الخلف الخاص سوى شيء معين وبالتالي لا يتصور أن يثار سوى أثر العقود التي تتعلق بهذا الشيء المعين الذي انتقل إليه⁽³⁾.

⁽¹⁾ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، مرجع سابق، ص.114.

⁽²⁾ علي فيلاي، الالتزامات، مرجع سابق، ص.327.

⁽³⁾ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.30.

غير أن الأسئلة التي تثار هنا هي: متى تنتقل آثار العقود التي أبرمها السلف إلى الخلف الخاص، ومتى يعتبر غيراً؟ وما حقيقة ذلك؟

1- شروط انصراف الحقوق والالتزامات التي تترتب على عقد في ذمة السلف تجاه الخلف الخاص

تنص المادة 109 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإنَّ هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"، كما تنص المادة 146 من القانون المدني المصري على نفس الحكم. ولإشارة فإنَّ القانون المدني الفرنسي قد نص على مبدأ عام حيال ذلك يقضي بعدم انصراف أثر العقد إلاَّ إلى طرفيه (المادة 1199)، ووضع استثناء من ذلك يتمثل في التعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير، مع أنه قد أدخل في مفهوم الغير الخلف الخاص الذي يسري عليه مبدأ نسبية أثر العقد كأصل عام، غير أنه أتى باستثناءات على ذلك منها عقد التنازل المنصوص عليه في المادة 1216⁽¹⁾، ولمَّا كان ذلك، فإنَّ دراستنا للخلف الخاص من حيث انصراف آثار العقد إليه تقتصر على التشريع المدني الجزائري وكذا التشريع المدني المصري، وعليه يظهر من النصوص أعلاه أنَّ آثار العقود لا تنصرف إلى الخلف الخاص إلاَّ إذا تحقق شرطان مهمان وهما: أن يكون الحق أو الالتزام من مستلزمات الشيء، وأن يكون الخلف الخاص عالماً بالحقوق والالتزامات وقت انتقال هذا الأخير إليه.

أ- أن يكون الحق أو الالتزام من مستلزمات الشيء

إنَّ الحقوق والالتزامات التي تنتقل إلى الخلف الخاص هي التي يمكن اعتبارها من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه، وتعد الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكتملة للحق الذي انتقل إلى الخلف، فهي بذلك تعتبر من توابعه ويمكن تبرير انتقالها على أساس قاعدة "أنَّ توابع

⁽¹⁾ حيث تنص في فقرتها الأولى على أنه:

« Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé ».

(يمكن للمتعاقد أن يتنازل عن صفته كطرف في العقد إلى الغير، المتنازل له، بعد موافقة المتعاقد معه على التنازل). فالغير هنا يتلقى

حقاً شخصياً معينا يشمل الإلتزامات والحقوق، فهو يخلف سلفه في ذلك.

الشيء تلحق به عند التسليم"⁽¹⁾، وبتعبير أدق يعتبر الحق كذلك إذا كان من غير المتصور وجوده مستقلاً عن الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، مثل الحق في الضمان فلا يمكن تصوره بدون وجود الشيء المضمون⁽³⁾، كما يعتبر كذلك إذا كان من شأنه أن يزيد في قيمة الشيء وفائدته من حيث الانتفاع به⁽⁴⁾، فالحق المكمل للعين مثلاً هو الحق الذي يزيد في قيمتها أو فائدتها أو الذي يحقق أحسن استغلال لها ويدرء الخطر عنها، فالحق الذي يقصد به وقاية العين من الضرر يعد مكماً لها لأنه سيؤثر في قيمتها، كانتقال الحق في التأمين على منزل ضد الحريق من السلف إلى الخلف⁽⁵⁾. ويكون الحق غير مكماً للشيء إذا أمكن فصله عنه، أي يكون للحق وجود مستقل عن الشيء، كإبرام السلف عقد لإقامة بناء على أرضه ثم باع الأرض فلا يستطيع الخلف حينئذ الزام المقاول بتنفيذ العقد لأنَّ الحق هنا لا يعتبر مكماً للشيء ولا يعد من مستلزماته⁽⁶⁾.

هذا عن الحقوق، أمّا عن الالتزامات فتعتبر من مستلزمات الشيء إذا كانت تنقص وتحد من الانتفاع به، حيث تكون هذه الواجبات متصلة بالشيء لا بالمتعاقدين، كالحقوق العينية المقررة على شيء فهي تتبعه ولا تتبع المتعاقد⁽⁷⁾، وبتعبير آخر تعتبر الالتزامات كذلك إذا كانت تضع قيوداً على الحق الذي انتقل إلى الخلف، ويمكن تبرير انتقالها على أساس أنها "كانت تعد من حق المتصرف وهو لا يملك أن ينقل إلى غيره أكثر مما لديه لأنَّ فاقده الشيء لا يعطيه"⁽⁸⁾. وعلى عكس ذلك لا تعتبر من مستلزمات الشيء ولا تنتقل إلى الخلف الخاص كل الالتزامات التي لا تحد من الحق الذي انتقل إلى الخلف، ولا تعتبر كذلك الالتزامات التي تتصل بشخص السلف وليس بالشيء الذي انتقل إلى الخلف، كالالتزام مالك السيارة بتعويض من أصابه ضرر نتيجة لخطأ المالك في قيادة السيارة، فهو لا ينتقل إلى مشتري هذه السيارة، والالتزام الموهوب له بالإفناق على الواهب مقابل الهبة فإنَّه لا ينتقل إلى المشتري الشيء محل الهبة⁽⁹⁾.

⁽¹⁾ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، مرجع سابق، ص. 116.

⁽³⁾ فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، مرجع سبق ذكره، ص. 39.

⁽⁴⁾ علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص. 328.

⁽⁵⁾ فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، نفس المرجع، ص. 42.

⁽⁶⁾ نفس المرجع، ص. 39.

⁽⁷⁾ علي فيلالي، الالتزامات، نفس المرجع، ص. 328.

⁽⁸⁾ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، نفس المرجع، ص. 116.

⁽⁹⁾ نفس المرجع، ص. 118.

وبناء على ما تقدم، يظهر مدى درجة الارتباط اللازم بين الحقوق والالتزامات التي تتصرف إلى الخلف والشيء محل التصرف، إذ لا يكفي ليتم ذلك إثبات مجرد علاقة بينهما أي أن يكون الالتزام خاصا بالشيء، بل من الضروري أن تكون هذه الحقوق والالتزامات من توابع الشيء، محددة ومكاملة له⁽¹⁾.

ولفهم أكثر نسوق بعض الأمثلة للحقوق والالتزامات التي تعتبر من توابع الشيء ومكاملة له والتي تنتقل إلى الخلف الخاص: فمن الحقوق شرط عدم المنافسة الذي يعتبر من مستلزمات المحل التجاري، حيث يضعه المشتري على عاتق البائع إذ يسري هذا الشرط على هذا الأخير لمصلحة الخلف الخاص للمشتري، فإذا بيع المحل التجاري انتقل الحق في عدم المنافسة إلى الخلف الخاص⁽²⁾.

كذلك تعتبر الحقوق العينية التي كانت تخدم الشيء كحق ارتفاق اكتسبه المالك السابق بمقتضى عقد حقوقا تنتقل مع هذه العين إلى الخلف الخاص وهو المالك الجديد، كذلك تعتبر حقوقا من مستلزمات الشيء وتنتقل إلى الخلف الخاص التأمينات التي تكفل العقد الذي انتقل إلى الخلف الخاص، سواء كانت هذه التأمينات عينية كرهن رسمي أو شخصية ككفالة، فحوالة

¹ وعلى سبيل المقارنة والمقاربة، فإنّ المشرع التونسي ذهب عكس ذلك في هذه الحالة، فنص على مجرد العلاقة بين الحق والالتزام والشيء محل التصرف وهو ما يبدو أكثر تماثيا مع أحكام الفصل 241 من مجلة الالتزامات والعقود التي تقر مبدأ انصراف آثار العقود إلى الخلف الخاص، حيث تنص على أنه: "الالتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضا على ورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم... للاستزادة حول نطاق الحقوق والالتزامات التي تنتقل إلى الخلف الخاص والاستثناءات الواردة عليها، يراجع، محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص. 336-340.

² هدى عبد الله، العقد، دروس في القانون المدني، مرجع سابق، ص. 341. وهو ما قضى به القضاء الفرنسي في حكم محكمة « Dijon » في 28/11/1866، حيث تعود وقائع هذه القضية إلى أنّ الأخوين « Joseph » و « Dijon » قاما لعدة سنوات باستغلال مصنع للقبعات في « chalon sur-saone » لكن الأمر لم يبق على حاله حيث أنّه في سنة 1847 قرر « Dijon » الإنسحاب مع تعهده لأخيه بعدم قيامه بنفس العمل التجاري في نفس البلدة أي بعدم منافسته، وذلك تحت شرط جزائي قدره 10000 فرنك فرنسي. باع « Joseph » مصنعه بدون التعرض في عقد البيع للتعهد الذي كان بينه وبين أخيه فأعتبره أخوه « Dijon » أنّه قد تحل من التزامه مما أدى به إلى تشغيل مصنعه السابق، واعتبارا لذلك رفع الخلف الخاص ل « Joseph » دعوى أمام محكمة « Dijon » فأصدرت حكمها لصالحه في 28/01/1866، وبعد الطعن بالنقض امام محكمة النقض الفرنسية فأيدت الحكم وذلك استنادا إلى المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي باعتبار أنّه عندما تعاقدا « Dijon » مع « Joseph » تحت شرط عدم المنافسة انتقل هذا الأخير باعتباره حقا إلى الخلف الخاص ل « Dijon ». أوردته فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص. 40. عن Laprgeneur, De l'effet à l'égard l'ayant cause des contrats générales d'obligations, RTD civil, 1924, p.514-516. مع العلم أن انتقال الحق في التشريع الفرنسي هو اعتبار أنّ السلف قد اشترط للخلف، وليس على أساس أنّ الحق من مستلزمات الشيء كما هو مطبق في القانون المدني الجزائري وكذا المصري. ينظر في تفاصيل ذلك، فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص. 39.

الحق مثلا تنقل إلى المحال له الحق المحال وكذلك التأمينات العينية والشخصية التي تضمن الوفاء به⁽¹⁾.

ومن الالتزامات الشخصية التي تحد من الحق الذي انتقل إلى الخلف، التزام مالك الأرض المبيعة بعدم الارتفاع بالبناء أو بعدم البناء في كل المساحة المملوكة سواء كان ذلك التزاما شخصيا أو ارتقاقا عينيا، أو التزام مالك المنزل بعدم استعماله استعمالا معيناً مراعاة للحي السكني الذي يوجد فيه كاستعماله كمقهى أو قاعة ألعاب مثلا⁽²⁾.

ب- أن يكون الخلف الخاص عالما بالحقوق والالتزامات المتعلقة بالشيء وقت انتقاله إليه

لا يكفي أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء حتى تتصرف إلى الخلف الخاص، بل يجب إضافة إلى ذلك أن يكون عالما بها وقت انتقال الشيء إليه، والعبرة هنا بالعلم الحقيقي لا بالعلم الحكمي⁽³⁾، وفي بعض الأحيان يستغنى عن العلم متى كانت قد اتخذت إجراءات الشهر بالنسبة للحقوق واجبة الشهر كالحقوق العينية الأصلية التي تشهر بالتسجيل وتشهر الحقوق العينية التبعية بالقيود.

والجدير بالذكر، أنه إذا كان اشتراط علم الخلف يكون مفهوما بالنسبة للالتزامات التي تنتقل إليه، إلا أنه لا يبدو مفهوما بالنسبة للحقوق التي يستفيد منها وكانت دون مقابل، واعتبارا لذلك فإنه من الأحسن عدم اشتراط علم الخلف الخاص بهذه الحقوق أو على الأقل عدم اشتراطه

¹ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.117. ينظر بشأن الحوالة المادة 476 من القانون المدني الجزائري.

² نفس المرجع، ص.118. ومن التطبيقات القانونية في ذلك ما نصت عليه المادة 912 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز للحائز عند حلول أجل الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك مصاريف الإجراءات من وقت انذاره..". فالمقصود بالحائز هنا هو الخلف الخاص أي من انتقلت إليه ملكية العقار أو حق عيني آخر قابل للرهن. ويشترط لانتقال الالتزامات للخلف الخاص أن تكون ثابتة التاريخ قبل انتقال الشيء إليه وأشهرت كلما تطلب المشرع الشهر، فالرهن مثلا لا يعتبر نافذا في حق الغير إلا من تاريخ قيده في السجل العقاري. وكذلك ما تنص عليه المادة 1743 من القانون المدني الفرنسي على أن الإيجار يبقى قائما رغم تصرف المؤجر في العين، ويشترط للاحتجاج به في مواجهة الغير أن يكون ثابت التاريخ قبل اكتساب الغير حقا على العين. وكذلك بالنسبة للحائز إذا أراد أن يحتفظ بملكية العقار المرهون استنادا للمادة 915 وما يليها من القانون المدني الجزائري أن يعرض تطهير العقار وإلا كان عليه سداد ديون سلفه المتعلقة بالعقار والمضمونة بضمانت عينية، وهو يتحمل هذه الالتزامات إذا أرد أن يبقى على العقار وإلا فبياع هذا الأخير بالمزاد العلني ليتقاضى الدائون حقوقهم. للتفصيل أكثر، ينظر، فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص.43 وما بعدها.

³ علي فيلاي، الالتزامات، مرجع سبق ذكره، ص.329.

علمه بها وقت انتقال الشيء إليه، بل يكفي علمه اللاحق الذي يستخلص من مطالبته بالحق بعد انتقال الشيء إليه (لأنه سيدخل في ذمته المالية وهو مكون إيجابي لها).

كما وأنه إذا كان الحق الذي انتقل إلى الخلف يرتبط بالتزام مقابل لهذا الحق وطالب الخلف الخاص بالحق، فإن للطرف الآخر أن يتمسك بالالتزام المقابل لهذا الحق، ولو لم يكن الخلف يعلم به وقت انتقال الشيء إليه، ويكون ذلك في صورة دفعه بعدم تنفيذ التزامه هو أو أن يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ الخلف الخاص للالتزام الذي انتقل إليه⁽¹⁾.

ومع ذلك فإن السؤال الذي يتبادر للذهن هنا هو: في حالة إذا لم تتوفر شروط انتقال آثار العقد إلى الخلف الخاص ففي هذه الحال ماذا يعتبر الخلف الخاص؟ ذلك موضوع الجزئية المالية.

2- غيرية الخلف الخاص وحقيقة ذلك

يعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة للعقود التي يبرمها سلفه والتي لا تتصل بالشيء الذي انتقل إليه ولا تعتبر من مستلزماته، وكذلك بالنسبة للعقود التي أبرمها سلفه والمرتبطة بالشيء الذي انتقل إليه ولكنه لم يكن عالما بها، وفي نفس الظروف يعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لثبوت التاريخ فلا يحتج عليه إلا بالعقود الثابتة التاريخ قبل انتقال الحق إليه⁽²⁾.

إن حقيقة الخلف الخاص تتمثل في أنه غير عن الوضعية القانونية التي تربط سلفه بمتعاقد آخر، لكنه سيتأثر بهذه الوضعية (العقد) سواء إيجابيا أو سلبيا وهو ما يمثل التطبيق الحقيقي للاستثناء الوارد على مبدأ نسبية العقد، حيث يتلقى الخلف الخاص حقا أو التزاما عن عقد لم يكن طرفا فيه متى تعاقد مع سلفه، ولئن كان هذا القول يعتبر وجاهيا لدى الفقه الفرنسي الذي يرى بأن انصراف أثر العقد قائم على افتراض قانوني قائم على فكرة أن السلف تعاقد لمصلحته ومصلحة خلفه في وقت واحد وفقا لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير على الأقل في جانب الحقوق على خلاف الالتزامات وفقا لمضمون المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي قبل

⁽¹⁾ سمير عبد السيد تتاغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.119. مع العلم أنه يمكن الاتفاق بين السلف والخلف على انتقال الحقوق والالتزامات إلى هذا الأخير دون تحقق الشرطين السابقين إعمالا لإرادتهما.

⁽²⁾ فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص.60. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن "الخلف اعتباره من الغير بالنسبة للالتزامات المترتبة على عقد أجراه سلفه عدم اعتباره كذلك متى كان عالما بالتصرف السابق وكانت الالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزماته". طعن رقم 124 لسنة 53 ف، جلسة 1948/1/1، رقم 24 ص.11. مقتبس عن عبد الحكم فوده، الغيرية والنسبية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.23.

تعديله، غير أنّ ذلك غير مستساغ بالنسبة للمشرع الجزائري والمصري حيث لا حاجة للافتراض القانوني، حيث أنّ الأمر لا يعدو أن يتعلق بقيام رابطة تلازم بين الشيء المتفرع عنه والحقوق الأخرى التي تلحق به وتكون من مستلزماته الضرورية. وتطبيقا لذلك كله، فإنّ الخلف الخاص يعتبر غيرا ولكن هذه الصفة تتحرك ليصبح طرفا في الوضعية القانونية الأجنبية عنها متى تعاقد مع السلف وكانت الحقوق والالتزامات المتفرعة عن الشيء من مستلزماته وكان يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه.

هذا عن استثناءات مبدأ النسبية، أمّا عن نفاذ العلاقة القانونية، فإنّه متى كانت العقود غير ثابتة التاريخ قبل انتقال الشيء إليه فإنّه لا تسري في حقه ولا تعتبر حجة عليه إلاّ العقود الثابتة التاريخ، وعليه فإنّ الخلف الخاص يعد غيرا عن وضعية قانونية التي تربط سلفه بمتعاقد آخر وسيحتج ضد خلفه بأسببية تاريخ عقده على عقد الخلف الخاص، أو عدم ثبوت التاريخ خاصة بالنسبة للبيوع العقارية التي يلزم فيها الشهر، كما يمكن للغير كذلك أن يحتج بذلك لكي لا ينفذ عقد خلفه مع متعاقد آخر في حقه، ليتدخل بذلك في الوضعية القانونية الأجنبية عنها، كذلك يعتبر الخلف الخاص غيرا بمعنى أنّه يحق لمن اكتسب حقا عينيا على الشيء الذي انتقل إليه أن يعارضه بالعقد الذي اكتسب بموجبه هذا الحق (يعتبر الخلف غيرا عن الشخص الذي اكتسب حقا عن شيء انتقل إليه، ويكون هذا الحق محل عقد بين سلفه ومتعاقد آخر).

وعليه، فبعدما درسنا وضعية الخلف العام والخلف الخاص تجاه الوضعية القانونية التي يكون سلفهم طرفا فيها ونتائج ذلك، نذهب في العنصر الموالي إلى دراسة وضعية الدائن العادي تجاه وضعية قانونية يكون مدينه طرفا فيها.

الفرع الثاني

الدائن العادي

لا يعتبر الدائن العادي خلفا عاما لأنّه لا يتلقى مجموعة حقوق أو جزء منها باعتبارها وحدة معنوية كشأن الخلف العام، كما أنّه لا يعتبر خلفا خاصا له لأنّه لا ينتقل إليه حق كان قائما في ذمته كشأن الخلف الخاص، غير أنّ له مرتبة خاصة إزاء العقود التي يبرمها مدينه ويتأثر

بها⁽¹⁾، وعليه، فالدائن العادي هو:

« le créancier chirographaire il s'agit d'un créancier ne détenant ni sûreté ni garanti » .

(الدائن الذي ليس له رهن أو ضمان) و لا يحمل أيّة ورقة⁽²⁾، أو هو الدائن الذي لا يتمتع بأي تأمين عيني أو شخصي خاص يضمن له خلاص الدين وإنّما له حق الضمان العام لمدينه⁽³⁾. ونظرا للمكانة الخاصة للدائن العادي نتطرق في هذا العنصر من البحث لطبيعة العلاقة التي تربط الدائن العادي بالعلاقة القانونية (العقد) التي يكون مدينه طرفا فيها، وتبيان النتائج المترتبة على ذلك.

أولا: طبيعة العلاقة بين الدائن العادي والوضعية القانونية التي يكون مدينه طرفا فيها

يعتبر الدائن العادي أجنبيا عن العقد الذي يبرمه مدينه مع شخص آخر، وبالتالي يعتبر غيرا عن هذه الوضعية القانونية التي يكون الحق محلها، فالدائن العادي أجنبي عن العقود التي يبرمها مدينه إذ لا تكسبه حقا ولا تحمله التزاما لكنها نافذة في مواجهته⁽⁴⁾، وعليه فإنّ آثار العقد لا تتصرف إلّا إلى المتعاقدين وخلفهما العام والخاص وفق ضوابط معينة، إذ الأصل أنّ هؤلاء لا يلتزمون بما نشأ عن العقد من التزامات ولا يتلقون منه حقوقا ولكن يحتج بها عليهم وبالتالي عليهم احترامها وإلّا يسألون عنها، فنفذ العقد والاحتجاج به يعني التزام الشخص باحترام الوضع القانوني الذي أنشأه العقد، واحترام الحقوق التي مصدرها العقد دون أن يكون للعقد تأثير في عناصر الذمة المالية للشخص⁽⁵⁾، وبناء على ذلك فإنّ الدائن يسري في حقه تصرف المدين باعتبار أنّ هذا التصرف واقعة مادية أنقصت أو زادت في ضمانه العام لا باعتباره تصرفا قانونيا أنشأ حقا أو التزاما في جانبه⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.38. وعلى سبيل المقارنة والاستدلال، فإنّ المشرع اللبناني يعتبر الدائن خلفا عاما لكن يرتب عليه النتائج المقررة للدائن العادي وليس للخلف العام.

⁽²⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit.p.128.

⁽³⁾ محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص.341.

⁽⁴⁾ فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، المرجع السابق، ص.57.

⁽⁵⁾ نبيل مهدي زوين، مدى سريان أثر العقد للدائن العادي، مجلة جامعة بابل، العراق، 2005، دون عدد، ص.4 وما بعدها.

⁽⁶⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات، آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص.963.

إِذَا إِنَّ الْغَيْر - وكما قلنا سابقاً- لا يعرف من خلال إقصائه بل بالعكس من خلال ردة فعل هذه الوضعية التي تهدر مصالحه أو تضر به، ولأنه غير عن عقد مبرم من قبل مدينه فإِنَّه يحمل إجراءات خاصة ضد مدينه من أجل الحفاظ على الضمان العام، وفي هذه الحال سيدخل الغير الذي هو الدائن في الوضعية القانونية التي يكون مدينه طرفاً فيها ليصبح كذلك هو طرف من خلال النزاع القضائي الذي يأخذ شكل دعاوي، وهو ما نتناوله تباعاً.

ثانياً: آليات تدخل الدائن العادي (الغير) في العلاقات التي يكون مدينه طرفاً فيها

تعتبر أموال المدين الضمان العام للدائنين⁽¹⁾، وطبقاً لهذه القاعدة فإن كل أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، ومقتضى ذلك أنه يجوز للدائن عند التنفيذ بحق تقرر له بحكم قضائي أو سند تنفيذي أن يتخير ما شاء من أموال المدين للتنفيذ عليه⁽²⁾، غير أن الضمان العام يتساوى فيه كل الدائنين ولا يتقدم فيه دائن على آخر إلا إذا كان له تأمين خاص كرهن أو اختصاص أو امتياز، وهذا ما أكدته المادة 2/188 من القانون المدني الجزائري والمادة 2/234 من القانون المدني المصري، غير أن هذا التقدم لا يستمده الدائن من الضمان العام، وإنما يستمده من التأمين الخاص وبالنسبة إلى العين التي يقع عليها هذا التأمين وحدها وهو المقرر للدائن الممتاز⁽³⁾.

وعلى عكس ذلك، فإن الدائن العادي لا يجوز له أن يتتبع أموال خرجت من ذمة المدين فهو لا يملك حق التتبع⁽⁴⁾، وبناء على ذلك فإنه سيتأثر بأي تصرف من المدين المعسر يزيد أو ينقص من عناصر ذمته المالية التي يعتمد عليها الدائن في إستيفاء دينه، فإن زادت العناصر الإيجابية في ذمة المدين أصبح الضمان العام أكثر ملاءة وهو ما يعني أن إستيفاء الدائن لحقه سوف يكون أيسر، وفي الحالة العكسية أي في حالة ما إذا زادت العناصر السالبة في ذمة المدين فسيؤثر ذلك سلبياً على الدائن، فهذا التصرف سوف ينقص من الذمة المالية أي الضمان العام وبالتالي سيضعف من قدرة الدائن على إستيفاء حقوقه، ولمّا كان ذلك أعطى

⁽¹⁾ حيث تنص المادة 188 من القانون المدني الجزائري على أنه: "أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه.

وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقاً للقانون فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان"، وهو نفس الحكم المقرر في المادة 234 من القانون المدني المصري.

⁽²⁾ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، مرجع سابق، ص.239.

⁽³⁾ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص.935.

⁽⁴⁾ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، نفس المرجع، ص.237.

القانون للدائن العادي إجراءات تحميه من تصرفات المدين التي قد تؤثر سلبا على الضمان العام لحقوقه وبقية الدائنين⁽¹⁾، ليتدخل في الوضعيات القانونية التي يكون مدينه طرفا فيها عن طريق الدعاوى التالية:

1- تدخل الدائن العادي في العلاقات التي يكون مدينه طرفا فيها عن طريق الدعوى غير المباشرة

تعتبر الدعوى غير المباشرة طريقا أوجده القانون للدائن يدفع به عن نفسه تقاعس المدين إذا أهمل استعمال حقه بنفسه⁽²⁾، أو بتعبير أكثر دقة هي وسيلة يدفع بها الدائن عن نفسه تهاون المدين أو غشه إذا سكت عن المطالبة بحقوقه لدى الغير، فيباشر الدائن بنفسه حقوق مدينه نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة ليحافظ بذلك على ضمانه العام تمهيدا للتنفيذ عليه بعد ذلك⁽³⁾. لكن استعمال الدائن للدعوى غير المباشرة مقيد بشروط، كما يترتب على هذا الاستعمال نتائج نبينها تباعا.

أ- شروط استعمال الدعوى غير المباشرة

تنص المادة 189 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابل للحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين أمسك عن استعمال

⁽¹⁾ وهو ما تنص عليه المادة 1341 من القانون المدني الفرنسي على سبيل المثال بقولها:

« Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi ».

(للدائن الحق في تنفيذ الالتزام، ويمكن له إجبار المدين في حدود الشروط المنصوص عليها في القانون)، ومن بين وسائل التي منحها المشرع للمدين لإجباره على تنفيذ التزامه الدعاوى التي نحن بصدد دراستها في هذه الجزئية.

⁽²⁾ لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2014، ص.07.

⁽³⁾ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص.940. إضافة إلى الدعوى لمباشرة التي تعطي الحق للدائن في استيفاء حقه مباشرة من مدين مدينه دون مزاحمة دائني هذا الأخير. للتفصيل أكثر حول الدعوى المباشرة وشروطها ونتائجها، ينظر، نفس المرجع، ص.975. مع العلم أن هذه الدعوى لا يستعملها إلا الدائن الذي له حق امتياز وليس الدائن العادي، كما أنه لم يتم النص عليها في الفصل المتعلق بوسائل التنفيذ في القانون المدني الجزائري وإنما جاءت ضمن نصوص متفرقة من أحكامه وأحكام قوانين أخرى ذات الصلة. وفي نفس السياق جاء في المادة 1341-3 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

« Dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur ».

(في الحالات التي يحددها القانون، يجوز للدائن المطالبة بالدفع مباشرة من قبل مدين مدينه).

هذه الحقوق، وأنّ هذا الإمساك من شأنه أن يسبب عسره أو يزيد فيه. ولا يجب على الدائن أن يكلف مدينه بمطالبة حقه غير أنّه لا بد أن يدخله في الخصام"، وهو نفس الحكم الذي تقرره المادة 235 من القانون المدني المصري (1).

وفي نفس السياق تنص المادة 1-1341 من القانون المدني الفرنسي على أنّه:

« Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne » .

(إذا كان قصور المدين عن ممارسة حقوقه ودعاويه ذات الطبيعة المالية يمس بحقوق الدائن، فيجوز له أن يمارسها نيابة عن مدينه، باستثناء تلك التي تتعلق حصراً بشخصه). يتبين من ذلك أنّه يشترط لممارسة الدعوى غير المباشرة ما يلي:

- أن يكون للدائن حق ثابت في مواجهة المدين، ولا يشترط أن يكون هذا الحق مستحق الأداء، ومعنى أن يكون للدائن حقا موجودا أي أن لا يكون حقه احتماليا كحق الوارث قبل المورث أو كان حقه خال من النزاع وإلا لا تتحقق دائنيته، أما بالنسبة للحق غير مستحق الأداء فإنّه يكفي أن يكون كذلك إذا كان الحق محل نزاع قضائي (2).

- يشترط أن يكون للمدين حق من أي نوع كان كدين في ذمة شخص آخر أو حق عيني على شيء من الأشياء، فالأصل أنّ جميع حقوق المدين المالية تقع في الضمان العام لدائنيه إذ هي تزيد في قدرته على الوفاء بديونه ويتأثر دائنوه بزيادتها أو نقصها، غير أنّه يستثنى من ذلك الحقوق غير القابلة للحجز كحق الاستعمال وحق السكن وهي المنصوص عليها في المادة 856 من القانون المدني الجزائري وكذا المرتبات والأجور إلا بنسبة معينة منها دون المساس

¹ حيث تنص على أنّ: "لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها مستقلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز.

ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أنّ المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأنّ عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إفساره أو يزيد فيه في هذا الإفسار، ولا يشترط إعدار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله خصما في الدعوى".

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص946.

بالحقوق الدنيا للمدين وحقوق أخرى (1).

-يشترط أن يهمل المدين المحافظة على هذا الحق بأن يسكت عن مطالبة مدينه مما يؤدي إلى سقوط حقه في التقادم أو أن يتكاسل في رفع دعوى الاستحقاق لحماية حق ملكية على شيء ينازعه فيه شخص آخر (2)، أما إذا همَّ المدين وباشر بنفسه استعمال حقه فعلى الدائن أن يكف عن المضي في الإجراءات التي باشرها وأن يطلب إدخاله خصما في النزاع حتى يرقب دفاع مدينه ويدعمه كي لا يخسر المدين حقه تراخيا أو إهمالا (3).

-يشترط أن يؤدي تقاعس المدين عن استعمال حقوقه إلى إفساره أو الزيادة في إفساره، والمراد بالإعسار هنا هو الإعسار الفعلي بأن تزيد ديون المدين عن حقوقه لا الإعسار القانوني الذي يستلزم حكما بشهره وفق ضوابط معينة، وعلى الدائن أن يثبت إعسار المدين الناتج عن عدم استعمال حقوقه. غير أنه إذا كان للمدين مال آخر يكفي للوفاء بكل دينه قبل الدائن الغير فلا يجوز لأي دائن من دائنيه أن يتدخل في شؤونه (4).

-عند توافر الشروط السابقة وإذا رفع الدائن الدعوى نيابة عن مدينه فيجب عليه أن يدخل المدين فيها حتى يصدر الحكم في مواجهته، فإذا لم يفعل ذلك كانت الدعوى غير مقبولة (5)، ويرجع السبب في ذلك إلى أن منطق الأحكام القضائية يقضي بنسبيتها واعتبار لذلك لا يسري في حق المدين الحكم في الدعوى التي يعتبر دائنه طرفا فيها في استعمال حقوقه ذلك تطبيقا للقواعد المقررة لحجية الشيء المقضي فيه، ويمكن للمدين أن يتدخل من تلقاء نفسه في الخصام، بل له أن يتولاه بنفسه ويوقف إجراءات الدائن تجاهه، كما يمكن للخصم أن يدخل المدين خصما في الدعوى حتى يجعل الحكم يسري في حقه (6).

¹ لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، المرجع السابق، ص.22 وما بعدها. وتنص المادة 856 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يجوز التنازل للغير عن حق الاستعمال وحق السكن إلا بناء على شرط صحيح أو مبرر قوي". كما تنص على حدود الحجز على الحقوق والأشياء محل التنفيذ المادتين 775 و776 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.240.

³ لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، المرجع نفسه، ص.13.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص.953.

⁵ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، مرجع نفسه، ص.240.

⁶ عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع نفسه، ص.957.

ب- النتائج المترتبة على استعمال الدائن الغير الدعوى غير المباشرة

تتمثل النتائج المترتبة عن استعمال الدائن العادي للدعوى غير المباشرة ما يلي:

- لا يعمل الدائن لحسابه الشخصي ولكنه يعتبر نائبا عن المدين، والنيابة هنا قانونية مقررة بحكم المادة 190 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يعتبر الدائن في استعمال حقوق مدينه نائبا عن هذا المدين، وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق..."، وكذا المادة 236 من القانون المدني المصري، والمادة 1-1341 من القانون المدني الفرنسي.

- يترتب على ذلك أنّ كل فائدة يجنيها الدائن من استعمال حقوق مدينه لا تعود عليه شخصيا ولكنها تعود على المدين نفسه مما يؤدي إلى تدعيم ذمته المالية وبالتالي تدعيم حق الضمان العام لجميع الدائنين، فتكون الفائدة التي تلقاها الدائن الذي قام بالإجراءات هي اشتراكه مع سائر الدائنين الآخرين في ثمرة هذه الإجراءات دون اختصاصه وحده بها⁽¹⁾، وهو الحكم المنصوص عليه في المادة 190 من القانون المدني الجزائري و236 من القانون المدني المصري بقولهما: "وكل ما ينتج عن استعمال هذه الحقوق يدخل في أموال المدين ويكون ضامنا لجميع دائنيه"، وللعلم فإنّ المشرع الفرنسي لم يتبنى حكما بذلك، وعليه يمكن القول أنّ الدائن يستأثر وحده بما ينتج عن هذه الإجراءات تطبيقا لقاعدة الأصل في الأشياء.

إنّ تدخل الدائن الغير في الوضعية الأجنبي عنها والتي يكون مدينه طرفا فيها لا يقتصر على الدعوى غير المباشرة بل يشمل الدعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ التصرف.

2- تدخل الدائن العادي في العلاقات التي يكون مدينه طرفا فيها عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليسية)

تعتبر دعوى عدم نفاذ التصرف عن وسيلة قانونية مكنها المشرع للدائن من أجل الطعن في التصرفات الصادرة من مدينه ليطالب بمقتضاها الحكم بعدم نفاذ هذه التصرفات الصادرة في حقه، حيث قد يعمد المدين إذا ساءت حالته المادية إلى بيع بعض أمواله أو كلها أو إخفاء ثمنها عن دائنيه، أو يفضل بعض أقاربه ببيعه إياهم ماله بثمان بخس، أو أن يلجأ إلى الوفاء

⁽¹⁾ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.240. وينظر في نفس السياق بتفصيل أكثر، لزرقي بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، المرجع السابق، ص.25-30.

لأحد دائنيه بدينه كاملا حتى يخرج من قسمة غرماء نكاية في الدائنين الآخرين⁽¹⁾، أو بتعبير آخر هي وسيلة يدفع بها الدائن نتائج غش المدين عن نفسه إذا عمد تصرف المدين في ماله إلى الإضرار بحق الدائن، فيطعن هذا الأخير في هذا التصرف ليجعله غير نافذ في حقه ليعود بذلك المال إلى الضمان العام من أجل التنفيذ عليه⁽²⁾.

إذا يظهر من خلال ذلك أنّ الدائن الذي يعتبر غيرا عن العلاقة القانونية التي يكون مدينه طرفا فيها سيدفع بعدم نفاذ هذه العلاقة تجاهه وفقا لشروط معينة، وسينجم عن ذلك نتائج مختلفة.

أ- شروط أعمال الدائن لدعوى عدم نفاذ التصرف

يعتبر المدين في الأصل حرا في القيام بأي تصرف يرغب فيه، لأنّ علاقة الدين لا تؤدي إلى الحجز على إرادته ومع ذلك فقد أجاز المشرع للدائن أن يعترض على تصرف المدين إذا كان يشوبه الغش والتواطؤ بما يؤدي إلى الإضرار بحق الدائن، وعليه فإنّ تصرف الدائن هذا مقيد بشروط تتمثل في:

- يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء، ويكون ذلك متى حلّ أجل الوفاء به فعلا، ولا يكفي أن يكون موجودا أو محقق الوجود كخلوه من النزاع كما هو الشأن في الدعوى المباشرة⁽³⁾، وهو الحكم المنصوص عليه في المادة 194 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنّه: " لكل دائن حل دينه وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه... " وفي نفس السياق تنص المادة 237 من القانون المدني المصري على أنّه: " لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه.... ".⁽⁴⁾

- يجب أن يكون التصرف الذي قام به المدين مفقرا، ويكون ذلك متى صدر من المدين تصرف

⁽¹⁾ لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، المرجع السابق، ص.45. منقول عن عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر، الأحكام، الإثبات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1994، ص.455 وما بعدها.

⁽²⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص.941.

⁽³⁾ سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.241.

⁽⁴⁾ للإشارة فإنّ المشرع الفرنسي اكتفى فقط بالنص على الدعوى البوليصية من حيث المبدأ في المادة 1341-2 من القانون المدني دون أن يفصل فيها، وجعل ذلك لاجتهاد القضاء، على غرار المشرعين الجزائري والمصري.

ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته، وهو الحكم المنصوص عليه في المادة 191 من القانون المدني الجزائري بقولها: "...إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزامه...." وهو نفس الحكم المقرر في المادة 237 من القانون المدني المصري. غير أن المشرع الفرنسي استعمل في المادة 1341-2 عبارة:

« ...s'il s'agit d'un acte à titre onéreux... ».

أي (الفعل المكلف أو الباهض)، دون التطرق فيما إذا كان هذا الفعل قد زاد في التزاماته أو أنقص من حقوقه، ولعله أراد بذلك أن يكون العمل الذي قام به المدين ذي قيمة عالية لا تتناسب وقيمتها الحقيقية كسواء عقار مثلا بثمن باهض على غير قيمته الحقيقية مما يرتب نتائج مكلفة للدائن، وعليه ستزيد من التزاماته. وعموما، فمن بين تصرفات المدين التي تنقص من حقوقه مثلا: أن يقدم على بيع أمواله بثمن بخس أو يبرئ دائئا له من دين له في ذمة هذا الأخير، وكذلك من التصرفات التي يقوم بها المدين وتزيد في التزاماته أن يقدم مثلا على إبرام عقد تأمين مقابل أقساط لا تتناسب مع حالته المادية، أو أن يقرض مبلغا من المال فيصبح ملتزما برده (1).

يجب أن يكون التصرف المفقر مؤديا إلى إفسار المدين أو الزيادة في إفساره وهو الحكم المنصوص عليه في المواد 191 من القانون المدني الجزائري و237 من القانون المدني المصري بقولهما: "...إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في إفساره..."، ويكون التصرف معسرا إذا أدى إلى إنقاص حقوق المدين عن التزاماته مما يحول بينه وبين الوفاء بهذه الالتزامات كاملة، أما إذا لم يكن التصرف مؤديا إلى ذلك فلا اعتراض عليه ولو كان مفقرا للمدين طالما بقي له مال آخر يكفي للوفاء بديونه (2)، وتأسيسا على ذلك، فإنَّ المدين إمَّا أن يكون غير معسر قبل القيام بتصرفه حيث تكون أمواله كافية لوفاء ديونه وهذه الحالة تستلزم أن يكون هذا التصرف الذي قام به المدين سببا في إفساره، مع العلم أنَّ حالة الإفسار أو الزيادة فيه يجب أن تستمر إلى غاية رفع الدعوى حتى يكون لدائنه مصلحة في رفعها (3). وللإشارة، فإنَّ المادة 1341-2 من القانون

(1) لزرقي بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، المرجع السابق، ص.79.

(2) سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.241.

(3) للاستزادة يراجع، لزرقي بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، المرجع نفسه، ص.91.

المدني الفرنسي لم تنص على حالة الإعسار أو الزيادة فيه، غير أنّ منطق الأحوال يقتضي أن يكون تصرف المدين هذا أدى إلى إعساره إذ في الحالة العكسية فإنّ الضمان العام لن يتأثر وبالتالي ستكون له أموال تكفي لسداد ديونه.

ويقع عبء إثبات إعسار المدين على عاتق الدائن الغير، ونظرا لصعوبة هذه المسألة فإنّ المشرع قد خفف على الدائن فجعل له أن يثبت فقط الديون التي في ذمة المدين، فإذا ثبت ذلك قامت قرينة الإعسار وعلى المدين إذا أراد أن ينفیها أن يثبت أنّ لديه من المال ما يساوي قيمة الديون التي هي عليه أو يزيد عليها، وهو الحكم المنصوص عليه في المواد 193 من القانون المدني الجزائري و239 من القانون المدني المصري.⁽¹⁾

يجب أن يكون التصرف المفقر المؤدي إلى إعسار المدين تاليا في الوجود على حق الدائن الذي يطعن فيه بعدم النفاذ، وعلّة ذلك أنّ حق الدائن إذا لم يكن متقدما على التصرف المطعون فيه لم يكن للدائن حق في الاعتراض عليه إذ لم يوجد حقه إلاّ بعد صدور التصرف من المدين وفي وقت لم يكن الحق الذي تصرف فيه المدين جزءا من ضمانه وبالتالي، فالمفروض أنّ الدائن تعامل مع المدين وهو عالم بهذا التصرف وعليه أن يتحمل نتائج وتبعات ذلك (العبرة بتاريخ وجود حق الدائن)⁽²⁾.

يجب أن ينطوي التصرف على غش من المدين وعلى تواطؤ من المتصرف إليه على أنّ ذلك يتعلق فقط بالتصرفات بعوض كالبيع....، ويعتبر التصرف منطويا على غش المدين إذا صدر منه وهو عالم أنّه معسر بغية الإضرار بدائنيه من أجل التصل من الوفاء بالتزاماته قبلهم من خلال إنقاص ضمانه العام، ويعتبر التصرف كذلك منطويا على تواطؤ من المتصرف إليه إذا كان يعلم أنّ المدين معسر (غش المتصرف إليه)، أما إذا تصرف المدين في ماله بطريق التبرع فلا يشترط لا غش المدين ولا تواطؤ المتصرف إليه⁽³⁾، بل أبعد من ذلك، فقد

⁽¹⁾ وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية -الغرفة التجارية- بتاريخ 14 نوفمبر 2000 أنّ الدائن ليس ملزما بإثبات أنّ المدين ينوي إلحاق الضرر به، بل يكفي فقط بإثبات إعساره.

⁽²⁾ للاستزادة يراجع، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص. 1022 وما بعدها.

⁽³⁾ وهو الحكم المنصوص عليه في الفقرات 2 و3 لكل من المواد 193 من القانون المدني الجزائري و238 من القانون المدني المصري، والمادة 1142-2 من القانون المدني الفرنسي بقولها:

« les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits... que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude ».

مكّن المشرع الجزائري من خلال المادة 3/192 من القانون المدني والمشرع المصري من خلال المادة 3/238 من القانون المدني الدائن بالطعن بعدم نفاذ التصرف بين المتصرف إليه من المدين وخلفه الذي قام بتحويل بعض المال إليه عن طريق المعاوضة، ذلك من خلال إثبات أنّ المدين تصرف وهو عالم بإعساره وكذا علم المتصرف إليه وخلفه بغش المدين وفي ذلك حماية لخلف المتصرف إليه حسن النية، فالتصرف لن يكون نافذاً إلا إذا كان عالماً بغش المدين والمتصرف إليه، وفي غير ذلك فلا يحتج عليه بتصرف المدين على عكس التصرفات المتعلقة بعقود التبرعات حيث يكفي الدائن فيها الطعن في التصرف الثاني دون إثبات غش في جانب المتصرف إليه ولا خلفه⁽¹⁾، لسبب بسيط أنّ المشرع قد اعتبر أنّ التبرع في حد ذاته قرينة الغش.

ب- النتائج المترتبة على دعوى عدم نفاذ التصرفات

يترتب على استعمال الدائن العادي لدعوى عدم نفاذ تصرفات مدينه ما يلي:

- لا يرفع الدائن هذه الدعوى باسم المدين وبالنيابة عنه كما هو الأمر في الدعوى غير المباشرة، بل يرفعها باسمه شخصياً ضد المدين وضد الشخص الذي تصرف إليه المدين⁽²⁾.

- لا يطالب الدائن بإبطال التصرف الذي أبرمه المدين، بل يظل هذا التصرف قائماً ما دام قد أبرم بطريقة صحيحة طبقاً للقواعد العامة، وعليه لا يطالب الدائن إلا بعدم نفاذ التصرف في مواجهته⁽³⁾، ويترتب على ذلك اعتبار أنّ افتقار المدين لم يحدث قط وله أن يتخذ إجراءات التنفيذ عليه، كما أنّ دخول الحق في ضمان الدائن يكون بأثر رجعي على اعتبار أنّه لم يخرج من هذا الضمان⁽⁴⁾، على أنّه يمكن للمتصرف إليه أن يتجنب دعوى عدم نفاذ التصرف التي يباشرها الدائن ضد مدينه بأن يفي هو بنفسه بدين الدائن متى كان ثمنه ثمن المثل وقام بإيداعه

ولعل العلة من عدم اشتراط الغش في عقود التبرعات بالنسبة للتشريعين المدنيين الجزائري والمصري لكل من المدين والمتصرف إليه أنّ مصلحة الدائن في اقتضاء دينه أولى من تبرع المدين، وبالتالي فإنّ قرينة الغش في هذه الحالة مفترضة. للتفصيل ينظر، لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، المرجع السابق، ص.105.

⁽¹⁾ للاستزادة حول العلاقات البيئية الثلاثية بين أطراف الدعوى البوليصة، ينظر، نفس المرجع، ص.107-111.

⁽²⁾ سمير عبد السيد تاغوغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، المرجع السابق، ص.242.

⁽³⁾ نفس المرجع، ص.243.

⁽⁴⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص.1061.

لدى خزانة المحكمة⁽¹⁾.

-إذا حكم للدائن بعدم نفاذ التصرف وفقا للشروط السابقة فإنه لا يستأثر وحده بالتنفيذ على المال الذي عاد إلى الضمان، بل يشاركه في ذلك بقية الدائنين العاديين الذين توافرت فيهم شروط دعوى عدم نفاذ التصرفات، وهو ما تقرره المادتان 194 من القانون الجزائري و240 من القانون المدني المصري بقولهما: "متى تقرر عدم معارضة التصرف للدائن استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إجحافا في حقهم"، ولا يلزم الأمر بالنسبة للدائنين المزاحمين للدائن رافع الدعوى أن يتدخلوا أثناء إجراءات التنفيذ فيشاركوا الدائن الطاعن قسمة غرماء، بل يكفي أن يتقدم أحدهم عليه وعليهم إذا كان له حق عيني يخوله ذلك⁽²⁾، على غرار القضاء الفرنسي الذي لا يعتبر أن المال محل التصرف الذي حكم بعدم نفاذه باق في ذمة المدين المالية إلا بالنسبة للدائن رافع دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين، فيستأثر بالتنفيذ على هذا المال لوحده دون أن يشاركه بقية الدائنين الآخرين الذين لم يتدخلوا أثناء رفع الدعوى، فيتقدم بذلك على سائر الدائنين في إستفاء حقه⁽³⁾.

3- تدخل الدائن العادي في العلاقات التي يكون مدينه طرفا فيها عن طريق دعوى الصورية

لم تُعرّف التشريعات الصورية بل اكتفت بالنص عليها، ومن ذلك المشرع الجزائري الذي ينص عليها في المادتين 198-199 من القانون المدني، ومثله المشرع المصري الذي ينص عليها كذلك في المادتين 244-245، وكذا المشرع الفرنسي الذي ينص عليها في المادتين 1201-1202.

يعرف الفقه الصورية على أنها: "إخفاء حقيقة معينة وراء مظهر قانوني كاذب"⁽⁴⁾. وتنقسم الصورية إلى نوعين: صورية مطلقة وصورية نسبية.

⁽¹⁾ ينظر المواد، 195 من القانون المدني الجزائري و241 من القانون المدني المصري و1341-2 من القانون المدني الفرنسي.

⁽²⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص.1064.

⁽³⁾ لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، المرجع السابق، ص.122. على الرغم من أن المادة 1342-2 من القانون المدني الفرنسي لم تنص على حكم كهذا، إلا أن القضاء مستقر على ذلك.

⁽⁴⁾ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، 2010، ص.160.

-**صورة مطلقة:** وتتناول العقد ذاته، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة ولا تتضمن الورقة المستترة عقداً آخرًا حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر، بل تقتصر هذه الورقة على تقرير أنّ العقد الظاهر هو عقد صوري لا وجود له، ومثال ذلك شخص يريد أن يتوخى من دائنيه أن ينفذوا على شيء يملكه فيبيع هذا الشيء بيعةً صورياً إلى شخص يتفق معه على ذلك ويكتبان بالبيع عقداً ظاهراً ويكتبا في الوقت ذاته سنداً مستتراً يذكران فيه أنّ البيع لا حقيقة له، وهذا السند المستتر هو ورقة الضد⁽¹⁾، أو أن يتفقا الطرفان على عقد بيع عقار ويتفقا في الوقت نفسه على أنّ السعر لن يطالب به مطلقاً أو أن يكون بخساً.

-**الصورية النسبية:** وفي هذا النوع من الصورية يوجد تصرف قانوني حقيقي ولكن يهدف العاقدان من خلاله إلى إخفاء جانب من حقيقة هذا التصرف، فقد يكون الهدف إخفاء طبيعة العلاقة بينهما وهي الصورية بطريق التستر، وقد يريدان إخفاء شرط من شروط التصرف أو ركن فيه وهذه هي الصورية بطريق المضادة، وقد يكون الهدف إخفاء أحد أطراف التصرف وهذه هي الصورية بطريق التسخير⁽²⁾.

بعد هذا التقديم الوجيز لتعريف الصورية نتعرض في النقاط التالية إلى شروطها وكذا نتائجها.

أ- شروط الصورية

يشترط لقيام الصورية ما يلي:

أ-1- أن يوجد عقداً أحدهما ظاهر أو صوري والآخر مستتر وهو الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، على أن يكون هذان العقدان متحدان من حيث الأطراف والموضوع.

أ-2- اتجاه إرادة العاقدين إلى إخفاء العلاقة الحقيقية كلها أو جانب منها وراء العقد الظاهر.

⁽¹⁾ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص. 1074. وللفهم أكثر يقصد بورقة الضد: "العقد المستتر الذي يكتب سرا في الخفاء بين المتعاقدين ويشتمل على الحقيقة التي يسعى المتعاقدين إلى إخفائها والعمل على محو آثار العقد الظاهر كلها أو بعضها". ينظر، لزرقي بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، المرجع السابق، ص. 135. نقلاً عن، أنور العمروسي، الصورية ورقة الضد في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د س ن، ص. 374.

⁽²⁾ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 160. وينظر في نفس السياق وفقاً لشرح تفصيلي، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، نفس المرجع، ص. 1075.

أ-3- أن يصدر العَقْدَان العَقْد الظاهر والمستتر في وقت واحد، أي أن تتوفر هنا المعاصرة الذهنية وتعتبر كذلك حتى وإن اتفق على إبرام العقد الأول وحررت ورقة الضد في تاريخ لاحق⁽¹⁾.

ب- نتائج الصورية

يعتبر الدائن العادي هنا أجنبياً عن الوضعية القانونية موضوع الصورية والذي يعتبر مدينه طرفاً فيها، غير أنه سيتدخل في هذه الوضعية القانونية لمنع تهريب المدين أمواله من الضمان العام إضراراً به وبغيره في من تتماثل مراكزهم القانونية، إنَّ هذا التدخل سيكون عن طريق دعوى يرفعها الدائن الغير ضدَّ المدين ليدفع بصورية العمل القانوني ويكشف عن حقيقة العلاقة القانونية الناشئة بين طرفي التصرف الصوري.

فإذا كان أثر العلاقة الصورية لا يهمننا في هذا المجال⁽²⁾ بقدر ما يهمننا أثر هذه العلاقة في حد ذاتها على الغير وهو الدائن العادي في هذه الحال، فإننا ننظر في أثر هذه العلاقة القانونية على الدائن العادي وفقاً للقانون.

إنَّ التطرق لمسألة أثر العلاقة الصورية على المركز القانوني للغير الدائن العادي يدفعنا إلى التساؤل التالي: هل الدائن العادي وفي سبيل حماية الضمان العام من أجل التنفيذ عليه يعتبر مخييراً بين الأخذ بالعقد الصوري أم بالعقد المستتر أم بكليهما معاً؟

تجيبنا المادة 198 من القانون المدني الجزائري والمادة 1/244 من القانون المدني المصري بقولهما: "إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري"، إذاً يتمثل أساس تمسك الدائن العادي هنا بالعقد الظاهر بما يقتضيه "مبدأ استقرار المعاملات ووجوب الاطمئنان إلى الإرادة الممكن التعرف عليها، ذلك أن

⁽¹⁾ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص. 1075. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا استخلص الحكم المطعون فيه مما أورده تقرير الخبير أن الإقرار اللاحق للعقد محل الدعوى الموصوف بأنه عقد بيع بات، إنَّما ينصب على هذا العقد، واستنتج الحكم من عبارات هذا الإقرار -بما لا خروج فيه على المعنى الظاهر لها- أنَّ العقد وإن كان في ظاهره بيعاً، إلا أنَّ طرفيه قصداً في الحقيقة منذ البداية إلى أن يكون ساتراً لرهن حيازي، فإنَّ الحكم لا يكون قد أخطأ، إذ يكفي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة في اعتبار الإقرار المذكور، ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخها". نقض مدني، جلسة 1974/04/09، سنة 25، ص. 651. مقتبس عن، محمد سعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 163. مشار إليه في الهامش.

⁽²⁾ حيث تنص المادة 199 من القانون المدني الجزائري والمادة 241 من القانون المدني المصري على أنه: "إذا أخفى المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي". أي الحق الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين فعلاً.

المتعاقدين قد خلفا مظهرا كاذبا اعتمد عليه الغير في تعامله ولذا وجب أن يسري عليهما في علاقتهما بهذا الغير هذا العقد الظاهر". وإذا كان أساس تمسك الغير بالعقد الظاهر هو وجوب استقرار التعامل، فقد لزم أن يكون هذا الغير حسن النية وقت تعامله، أي جهل وجود العقد المستتر في ذلك الوقت، وحسن النية هنا مفترض وعلى من يدعي عكس ذلك إثبات ما يدعيه، فإن ثبت علم الغير بالعقد المستتر وقت تعامله زالت الحكمة من حمايته ويسري في حقه العقد المستتر بشأنه شأن المتعاقدين (1).

وعلى خلاف ذلك، يجوز للغير (الدائن العادي) أن يتمسك بالعقد المستتر متى كانت له مصلحة في ذلك لأنه العقد الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين فعلا، ويطعن في صورية العقد الظاهر وهو الحكم المنصوص عليه في المادة 1/244 من القانون المدني المصري بقولها: "...كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم"، وهو الحكم الذي أغفله المشرع الجزائري.

وتثبت مصلحة الدائن العادي (الغير) في التمسك بالعقد المستتر في حالات كثيرة منها: مصلحة دائن البائع في التمسك بالعقد الحقيقي إذا كانت الصورية مطلقة حتى لا يخرج المبيع من ضمانه العام، ومصلحته إذا كانت الصورية نسبية بأن كان التصرف هبة تمت في شكل بيع بأن يتمسك بالعقد الحقيقي حتى يسهل عليه الطعن فيه بالدعوى البوليصرية دون أن يكلف بإثبات غش المدين وعلم من صدر له التصرف بذلك. مع العلم أن الدائن إذا أثبت صورية البيع فإنه لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين المباعة، بل يشترك معه في ذلك كل الدائنين، حيث أن الدائن حصل على حكم يقرر أمرا واقعا وهو أن العين لم تخرج من ملكية المدين وبذلك تبقى في الضمان العام لكل الدائنين (2).

غير أنه قد تتعارض مصالح الغير وتتنازع بالنسبة للعقد الصوري، أي أن يتمسك بعض الدائنين بالعقد الحقيقي في حين يتمسك البعض الآخر بالعقد الظاهر مستندا في ذلك إلى حسن نيته، ومثال ذلك أن يكون لطرفي البيع الصوري دائنان يريد أحدهما التنفيذ على العين

(1) عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، مرجع سابق، ص.81.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، المرجع السابق، ص.1096 وما بعدها. مع العلم أنه إذا ادعى الدائن (الغير) صورية العقد فيجوز له إثباتها في مواجهة العاقدين بجميع طرق الإثبات ولو كان العقد ثابتا بالكتابة، وذلك لصعوبة حصوله على دليل كتابي. عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع نفسه، ص.84.

المبيعة باعتبارها مملوكة للبائع استنادا إلى العقد السوري، ويريد الآخر التنفيذ عليها باعتبارها مملوكة للبائع استنادا إلى العقد الحقيقي، فيا ترى ما هو الحل في هذه المسألة؟

لم نجد لهذه المسألة حكما في نصوص القانون المدني الجزائري المنظمة للصورية على غرار المشرع المصري الذي تبني حكما صريحا يقضي بتمسك الغير حسن النية بالعقد الظاهر، وهو الحكم المنصوص عليه صراحة في المادة 1/244 من القانون المدني التي تنص على أنه: "إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين"، ذلك لاعتبارات تتعلق باستقرار المعاملات⁽¹⁾.

وفي نفس السياق، فإنّ المشرع الفرنسي قد تبني حكما صريحا في المادة 1201 من القانون المدني يقضي بعدم نفاذ العقد الخفي في حق الدائن العادي (الغير)، وبالتالي لا ينتج أي أثر تجاهه، لأنّ النية الحقيقية لأطراف العقد كانت مخفية على الغير، وعليه ينفذ في حقه العقد الظاهر. ويعتبر ذلك استثناء عن مبدأ نفاذ العقد في حق الغير، ويبرر ذلك المظهر الذي أوجده الفعل الظاهر الذي خدع الغير من خلال النية الحقيقية لأطراف العقد. غير أنّ السؤال الذي يطرح هنا هو: ماذا لو عرف الدائن الغير بالعقد المستتر؟

في مثل هذه الحالة يصبح الفعل المستتر ظاهرا وينفذ في حق الغير⁽²⁾.

وعلى نقيض المشرعين الجزائري والمصري، تبني المشرع الفرنسي حكما صريحا في المادة 1202 من القانون المدني يقضي ببطلان العقد المستتر، حيث يفترض فيه الاحتيال وذلك في حالتين:

- تتمثل الأولى في قرار بطلان كل ورقة ضد يكون الغرض منها زيادة السعر المشروط في اتفاق التنازل عن مكتب (أو وكالة) وزاري.

⁽¹⁾ للإشارة فإنّ دعوى الصورية لا تتقدم لأنّ الهدف منها هو تقرير حقيقة الواقع وهي أنّ العقد الظاهر عقد صوري لا وجود له، غير أنّ عدم تقدم دعوى الصورية لا يحول دون انعدام فائدتها إذا كان للمدعى عليه أن يتمسك بالتقدم المكسب أو التقدم المسقط، كما إذا كان من رفع دعوى الصورية الوصول إلى الحكم ببطلان العقد المستتر، حيث يجوز للمدعى عليه أن يدفع بتقدم دعوى البطلان وبذلك تتعدم كل فائدة مرجوة من الطعن بالصورية، عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.84.

⁽²⁾ Pour plus détail voir, Aurélien BAMDE, la simulation, aurelienbamde.com, la date de visite :31-032018.

نقول أنّ المشرع الفرنسي قد لمس وجه الصواب حين استعمل مصطلح الغير في المادة 1201، ليدخل بذلك في شمولية المصطلح الدائن العادي.

-أمّا الثانية فتتمثل في بطلان كل العقود التي تهدف إلى إخفاء جزء من الثمن متى تعلق الأمر ببيع عقارات، أو التنازل عن مؤسسة تجارية أو عمالة، التنازل عن حق الإيجار، أو فائدة عن الوعد بالإيجار على كل أو جزء من عقارات أو رصيد للتبادل أو التقسيم يتعلق بالحقوق العقارية أو شركة تجارية أو عمالة⁽¹⁾.

هكذا، وفي غير هذه الحالات يعتبر العقد المستتر صحيحا، إلا إذا تم إثبات الاحتيال، أمّا عن العقد الظاهر فإنّه لن يلحقه البطلان جراء ذلك⁽²⁾.

إنّ الغير لا يتحدد نطاقه في مسائل القانون المدني بالالتزامات التعاقدية، بل يتسع ليشمل الالتزامات غير التعاقدية في شقها المتعلق بالمسؤولية عن الفعل الضار، ونحُص بالذكر هنا المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير موضوع دراستنا في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني

الغير في مجال المسؤولية عن عمل الغير

يعتبر مجال المسؤولية المدنية مجالا خصبا لدراسة الغير، فإذا كان هذا الأخير يتدخل في مسائل كثيرة في هذا المجال كفعل الغير الذي يعتبر سببا معفيا من المسؤولية جزئيا أو كليا ومحيط الضحية (الضرر الانعكاسي)-وهي المواضيع التي تناولناها في نطاق القانون الإداري في الفصل الأول من هذا الباب- فإنّه يتخذ مظهرا آخر في مجال المسؤولية التقصيرية، حيث وعلى غير القاعدة العامة التي تقضي بأن يتحمل الشخص المسؤولية عن الأضرار التي يسببها بخطئه، فإنّه يمكن تحميل الغير مسؤولية الأضرار الناتجة عن هذا الشخص بصفة استثنائية وهو الموضوع المعنون "بالمسؤولية عن عمل الغير".

إنّ عنوان المسؤولية عن عمل الغير يقودنا إلى الغموض في المصطلح والمضمون، بل يذهب بنا أبعد من ذلك حين نقول أنّ المشرع ومن بعده الفقه لم يلمسوا وجه الصواب في

¹ « Est nulle toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix stipulé dans le traité de cession d'un office ministériel.

Est également nul tout contrat ayant pour but de dissimuler une partie du prix, lorsqu'elle porte sur une vente d'immeubles, une cession de fonds de commerce ou de clientèle, une cession d'un droit à un bail, ou le bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble et tout ou partie de la soule d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou une clientèle ».

² Aurélien Bamdè, la simulation, op.cit.

صياغتهم تلك، لاعتبار أنّ الغير هنا أجنبي عن الوضعية القانونية منشأ الضرر غير أنّه سيتدخل في هذه الوضعية القانونية لاعتبارات معينة قدرها المشرع أهمها ضمان التعويض للمضرور لأسباب ندرسها في موضعها، وعليه فإنّ الغير هنا ليس محدث الضرر ولكن هو الضامن للتعويض عنه، غير أنّنا سنسائر -متى اقتضى الأمر ذلك- العنوان الأصلي في تفاصيل البحث.

ولئن كان لكل موضوع أصله التاريخي، فإنّ المسؤولية عن عمل الغير تجد جذورها التاريخية في القانون الروماني -مع العلم أنّ المسؤولية عن فعل الغير في هذا الأخير لم تكن موجودة بالحالة التي هي عليها اليوم- فقد اكتفى هذا الأخير على حلول خاصة لحالات معينة في قانون « aquilia »⁽¹⁾. وإذا كان القانون الروماني من خلال قانون الألواح 12 قد عرّف مسؤولية أصحاب السفن عن ارتكاب السرقات التي قام بها عمالهم، وأصحاب الفنادق عن السرقات التي تقع من مستخدميهم، فإنّ المسؤولية الناتجة عن ذلك كانت تعتبر شخصية وليست عن فعل الغير⁽²⁾. ومعروف أنّ القانون الروماني كان يعترف بالرق حيث إذا أحدث العبد فعلا أضّر بالغير فكان سيده يخيّر إمّا بدفع التعويض عن الضرر الذي أحدثه العبد أو يتخلى عنه ويجعله تحت تصرف المضرور، على أساس أنّ العبد لم يكن يتمتع بالشخصية القانونية وكان حكمه حكم الشيء، وهي الحالة نفسها إذا ارتكب القاصر فعلا يضر بالغير فيخيّر رب الأسرة إمّا بدفع التعويض عن الضرر الذي سببه القاصر أو يتخلى عنه للمضرور كي ينتقم منه⁽³⁾.

إنّ مسؤولية مالك العبد عن أعمال عبده ومسؤولية رب العائلة، ومسؤولية الراعي عن رعيته ألفت بظلالها على القانون المدني الفرنسي القديم، حيث كان يسود نظام الطبقات وكانت هناك طبقة النبلاء والإقطاعيين الذين يستخدمون العديد من الأتباع ومن الخدم، كما كان يسود نظام تعليم الحرف للصبيان وكانت علاقة الأبناء بالأباء علاقة خضوع وطاعة، فوضع المشرع نص

⁽¹⁾ صدر هذا القانون سنة 286 قبل الميلاد وقد وضع تنظيمًا شاملًا لجرائم الإضرار بأموال الغير من قبل الرقيق والحيوان. ربيع ناجح راجح أبو حسن، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة نابلس، فلسطين، 2008، ص.46.

⁽²⁾ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، ط.2، ج.2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص.178.

⁽³⁾ نفس المرجع، ص.179.

المادة 1384 قانون مدني لينظم مسؤولية الشخص عن فعل غيره تحت تأثير هذه الأوضاع وضمانا لحصول المضرور على حقه حيث انحصر مضمونها في عدم مساءلة المرء فقط عن الأضرار التي سببها للغير بفعله الشخصي بل أيضا عن الأضرار التي قد تحدث بفعل الأشخاص الذين يسأل عنهم، ومن بين مظاهر تلك المساءلة أن يسأل السادة والمتبوعون عن الأضرار التي تقع بفعل خدمهم أو تابعيهم في آدائهم لوظائفهم المعينين فيها⁽¹⁾. يعتبر هذا النص الأصل التاريخي لتشريعات الدول العربية والتي من بينها الجزائر ومصر والمغرب وتونس، وكذلك عديد من الدول الأجنبية.

وللإشارة، فإنَّ الفقه الإسلامي لا يعترف إلاَّ بمسؤولية الإنسان عن نتائج أفعاله الشخصية ولا يسأل عن ضرر أحدثه غيره، وقد أحكمت النصوص الشرعية بيان هذا الأصل مثل قوله سبحانه وتعالى: "ولا تزر وازرة وزر أخرى"⁽²⁾ وقوله كذلك: "لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت"⁽³⁾، واعتبارا لذلك قرَّرَ فقهاء الإسلام مسؤولية القصر والمجانين عن كل فعل ضار صادر منهم فيلزم الضمان حينها من أموالهم، كما أنَّ أغلب الفقهاء يؤكدون بأنَّ الفقه الإسلامي لا يقر بمبدأ مساءلة المرء عن فعل غيره، ذلك أنَّ الشريعة الإسلامية قامت على أساس المساواة بين الناس واستنكار تبعية الإنسان لغيره، غير أنَّ جانب من الفقهاء يرى بأنَّ الفقه الإسلامي أقرَّ بالمسؤولية عن الغير في أمرين هامين هما: مسؤولية الراعي عن من هم تحت رعايته، ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه استنادا إلى مسؤولية الأمر والمكره⁽⁴⁾.

بعد هذا التقديم الوجيز للتأصيل التاريخي للمسؤولية عن عمل الغير، نتطرق في هذا المبحث إلى مظاهر مسؤولية الغير وشروطها وأحكامها وذلك بالتطرق إلى مسؤولية متولي الرقابة

¹ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.283. مع العلم فإنَّه قبل صدور القانون المدني الفرنسي لعام 1804 لم يعرف مبدأ عام للمسؤولية عن فعل الغير سوى حالات معينة، كاعتبار مثلا الناقل وصاحب الفندق مسؤولين عن الأضرار التي تلحق الغير نتيجة نشاطات تابعيهم الضارة، مسؤولية الناقل التعاقدية تجاه أصحاب البضائع المنقولة، غير أنَّ هذه المسؤولية في الحقيقة هي مسؤولية شخصية للناقل وأصحاب الفنادق. للتفصيل أكثر، يراجع، ربيع ناجح راجح أبو حسن، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، المرجع السابق، ص.46.

² سورة فاطر، الآية 18.

³ سورة البقرة، الآية 286.

⁴ للاستزادة، ينظر، العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، نفس المرجع، ص.313. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، المرجع السابق، ص.179 وما بعدها. ربيع ناجح راجح أبو حسن، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، المرجع نفسه، ص.51-58.

(مطلب أول)، ومسؤولية المتبوع عن عمل تابعه (مطلب ثان).

المطلب الأول

مسؤولية متولي الرقابة

مناطق قيام هذه المسؤولية أن يلتزم شخص برقابة شخص آخر سواء كان مصدر الالتزام بالرقابة هو القانون أم الاتفاق، حيث إذا أحدث الشخص الخاضع للرقابة ضرراً بشخص آخر اعتبر المكلف برقابة هذا الأخير مسؤولاً عن الضرر. وقد افترض المشرع العلاقة القانونية بين متولي الرقابة والخاضع لها لمصلحة الضرور من عمل هذا الأخير، واعتباراً لذلك يعتبر متولي الرقابة غيراً سيتدخل في الوضعية القانونية الأجنبي عنها الذي يكون الخاضع لرقابته طرفاً فيها، ويعتبر مصدر هذه الوضعية القانونية الضرر، ولما كان الأمر كذلك نظمت النصوص القانونية أطر هذه الوضعية، حيث تنص المادة 134 من القانون المدني الجزائري على أن: "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار.

ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة وأثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

وفي نفس السياق تنص المادة 173 من القانون المدني المصري على أن: "كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع. ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز. ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمسة عشرة سنة، أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته. وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة، أو المشرف على الحرفة، ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف، وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج.

ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، وأثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

وجاء في المادة 1242 (وهي المادة التي كانت تحمل رقم 1384 قبل تعديل 2016) من القانون المدني الفرنسي على أنه:

« On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.... »

Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux. Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ; Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance » .

(لا تقتصر مسؤولية الإنسان على تعويض الضرر الذي سببه فعله الخاص، وإنما يسأل كذلك عن الضرر الذي نشأ عن أفعال أولئك الأشخاص الذين يسأل عنهم أو الأشياء التي قد تكون تحت حراسته.....)

يكون الأب والأم بما لهم من حق الأبوة مسؤولين على سبيل التضامن عن الأضرار التي تنشأ عن فعل أولادهما القصر الساكنين معهم. و يسأل السادة المتبوعون عن الأضرار التي تقع بفعل خدمهم أو تابعيهم في أدائهم لوظائفهم المعينين فيها، ويكون المعلمين والمؤدبين وأرباب الحرف مسؤولون عن الضرر الذي يسببه تلامذتهم والمتمرنون في الوقت الذي يكونون فيه تحت رقابتهم. المسؤولية أعلاه يمكن أن يتخلص منها الأب والأم والحرفيين بنفي الفعل الذي سبب هذه المسؤولية. وفيما يتعلق بالمكونين، يجب إثبات أخطائهم وعدم التبصر والإهمال الذي سبب أضراراً، وعلى من يدعي ذلك أن يثبته أمام المحكمة وفقاً للقواعد العامة".

وفي ضوء هذه الأحكام المتناسقة أحياناً والمتعارضة أحياناً أخرى- التي تشكل مجالا خصبا للدراسة المقارنة- ندرس شروط تحقق مسؤولية متولي الرقابة ثم الأساس الذي تقوم عليه وكيفية نفيها.

الفرع الأول

شروط قيام مسؤولية الغير متولي الرقابة

يتبين من قراءتنا للنصوص التي تنظم المسؤولية عن عمل الغير المشار إليها أعلاه أنه يجب لتقوم هذه الأخيرة أن يتوفر شرطان، حيث يجب أن يكون هناك التزام بالرقابة على شخص معين، كما يجب أن يصدر خطأ من هذا الشخص يترتب عليه ضرر لشخص آخر.

أولاً: تولي الرقابة

يكون تولي الرقابة ناجماً عن وجود التزام بالرقابة كما أنّ هذا الالتزام محدد نطاقه ومجاله.

1- الالتزام بالرقابة

ينشأ الالتزام بالرقابة بسبب حالة شخص معين تستلزم هذا النشوء⁽¹⁾، وقد يكون مصدر هذا الالتزام القانون، كالتزام الولي بالرقابة على الصغير، كما ينشأ أيضاً بمقتضى الاتفاق كمن يصاب بجنون ويوضع في مستشفى الأمراض العقلية فإنه يكون تحت رقابة مدير المستشفى بمقتضى الاتفاق الذي بين ولي المريض والمستشفى⁽²⁾.

وعليه، فإنّ الخاضع للرقابة يحتاج إلى هذه الرقابة بسبب قصوره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية فبالتالي يسأل الشخص المكلف بالرقابة عن الفعل الضار الذي يصدر من شخص يلتزم هو بمنعه من إتيان هذا الفعل الضار، فالرقابة التي تعنيها المواد 143 من القانون المدني الجزائري و173 من القانون المدني المصري و1242 من القانون المدني الفرنسي هي الإشراف على شخص وتوجيهه وحسن تربيته ومنعه من الإضرار بالغير باتخاذ الاحتياطات اللازمة في سبيل ذلك⁽³⁾. غير أنّ السؤال الذي يطرح هنا هو: هل تشمل الرقابة هنا أشخاص معينين أم تتسع لتشمل فئات أخرى، وهل تقتصر ممارسة هذه الرقابة على أشخاص معينين أم تشمل هي كذلك فئات أخرى؟

⁽¹⁾ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.288.

⁽²⁾ سمير عبد السيد تتاغو، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، مصدران جديان للالتزام الحكم والقرار الإداري، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص.372.

⁽³⁾ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، نفس المرجع، ص.286.

2-مدى الرقابة ونطاقها

لم تحدد النصوص القانونية أعلاه الأشخاص الذين يكونون في حاجة إلى الرقابة بل اكتفت بالنص على أنّ الالتزام بالرقابة إنّما يرجع إلى حالة القصور وإمّا إلى حالة الشخص العقلية أو الجسمية، وعليه لا تقوم هذه المسؤولية إذا قامت الرقابة لسبب آخر غير هذه الأسباب.

أ-الرقابة على القاصر

يعتبر قاصرا وفقا للقانون المدني الجزائري كل من يبلغ سن الرشد المقدر ب 19 سنة، كما يعتبر قاصرا في القانون المدني المصري كل من يبلغ سن 21 سنة، أمّا في القانون الفرنسي فهو كل من لم يبلغ 18 سنة كاملة⁽¹⁾، غير أنّ المشرع المصري وضع حكما في الفقرة الثانية من المادة 173 من القانون المدني يتعلق بالمرحلة السابقة لبلوغ القاصر 15 سنة والمرحلة اللاحقة لبلوغ هذا السن.

فقبل بلوغ القاصر سن 15 وهي "سن الحلم في الشريعة الإسلامية" يعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إطلاقا، وتكون هذه الرقابة لولي النفس من أب أو جد أو عم أو غيرهم، وقد تنتقل اتفاقا إلى الأم، أمّا بعد بلوغه سن 15 فيجب التمييز بين فرضين: أولاهما أن يستقل الولد في معيشتة ويتحرر من قيود التربية سواء استمر مساكنا لمتولي الرقابة أو غير مساكنا له، واعتبارا لذلك ينقضي الالتزام بالرقابة ولا يسأل عنه أحد، وثانيهما، أن يظل الولد بعد بلوغه هذه السن في كنف القائم على تربيته وسواء شاركه في المسكن أم لا وهنا يستمر الالتزام بالرقابة قائما حتى بلوغ القاصر سن الرشد، فإن بلغها انقضى الالتزام بالرقابة ولم يعد أحد يسأل عن عمله حتى ولو استمر يعيش في كنف غيره⁽²⁾، كما تضيف المادة 173 من القانون المدني المصري حكما آخر يقضي بانتقال الرقابة إلى المعلم في المدرسة أو إلى المُسَيّر أو إلى المشرف في الحصة إذا كان متمرنا على أنّ هذه الرقابة موقوفة بالفترة التي يكون فيها القاصر في المدرسة

⁽¹⁾ تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري على أنّه: "كل شخص بلغ سن الرشد متمعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية .

وسن الرشد 19 سنة كاملة". وتنص المادة 44 من القانون المدني المصري على أنّه: " كل شخص بلغ سن الرشد متمعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة". كما تنص المادة 1/388 من القانون المدني الفرنسي على أنّه:

« Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis » .

⁽²⁾ عبد الحكم فوده، الغيرية والنسبية في القانون المدني، مرجع سابق، ص.56.

أو عند رب الحرفة، فإن انقضت عادت الرقابة إلى القائم على تربيته، وهو نفس الحكم المنصوص عليه في الفقرة 5 من المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي. وإذا كان القاصر بنتا وتزوجت انتقلت الرقابة عليها ممن كان قائما على تربيتها إلى زوجها، فإذا كان الزوج نفسه في رقابة غيره، انتقلت الرقابة عليها لمتولي الرقابة على زوجها.

وهكذا، فإذا كان المشرع الجزائري قد سائر نظيره المصري والفرنسي في هذه المسألة نوعا ما، فإنه وبعد تعديل القانون المدني لسنة 2005 قد أخذ منها مغايرا نسبيا، حيث ألغيت المادة 135 التي كانت تحدد الأشخاص الذين يقع عليهم الالتزام بالرقابة، حيث إذا تعلق الأمر بالقاصر فإن المسألة هنا من تنظيم قانون آخر وهو قانون الأسرة حيث حددت المادة 87 منه من يكون رقبيا قانونيا على القاصر إذ تنص على أنه: "يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"، وهو الحكم الذي قرره المحكمة العليا في أحد قراراتها بقولها: "أنه من المقرر قانونا أن يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل محله الأم قانونا.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القضاة لما قبلوا استئناف أم المطعون ضدهما وهي لم تكن طرفا في الخصومة كما أن المطعون ضده ما زال قاصرا وأن أباه هو ولي عنه حسب القانون لم يتوف بعد لكي تنوب عنه الأم، ومن ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا خرخوا الأشكال الجوهرية في الإجراءات والقانون مما يستوجب نقض القرار".⁽¹⁾ غير أن المشرع لم يتطرق لمسألة حكم انتقال حضانة الابن للأم بسبب الطلاق، ولو أن المحكمة العليا كان لها رأي في ذلك في قرارها الصادر سنة 2008 بقولها: "الحاضنة ليست لها الولاية على ابنها القاصر، لا تعد الحاضنة مسؤولة مدنيا على تحمل عبء التعويض المدني عن فعل ضار اقترفه المحضون" وقد جاء كذلك في منطوق القرار "أن المطعون ضده مسؤول عن تصرفات ابنه القاصر ويدفع التعويضات بدلا عن ابنه والدته التي كانت وقت ارتكاب الحادث حاضنة وليست صاحبة الولاية الشرعية، وبذلك فإن القرار المطعون فيه قد أسس قضاءه تأسيسا قانونيا سليما"⁽²⁾. يبدو من خلال هذا القرار أن القضاء قد طبق تطبيقا حرفيا لنص المادة 87 من

⁽¹⁾ قرار رقم 167835 مؤرخ في 1998/05/17، قضية عك ضد أ.ح، الغرفة المدنية، المحكمة العليا، المجلة القضائية، تصدر عن المحكمة العليا، 1999، ع.2، ص.77.

⁽²⁾ قرار رقم 446467 المؤرخ في 2008/12/24، قضية ب.ع ضد ن.ص في حق ابنها، المحكمة العليا، الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا، 2009، ع.2، ص.133.

قانون الأسرة، حيث ربط المسؤولية عن القاصر بالولاية الشرعية على ولي النفس وليس على أساس الرقابة على القاصر، بل كانت لهم رؤية اجتماعية أكثر، ذلك بالزامهم الأب بالتعويض كونه أكثر ملاءمة وقدرة على التعويض عن الأضرار التي سببها ولده القاصر، على عكس الأم التي غالبا ما لا تكون قادرة على التعويض بسبب قدرتها ماليا إذا كانت عاملة في أحسن الظروف، أو عاطلة عن العمل في أغلب الأحيان. غير أنّ ذلك يجافي نوعا ما العدالة، حيث أنّ المسؤولية في هذه الحال تقع على الأم في حالة رعايتها للقاصر الذي يعيش معها في حال حياة الأب إذا ما انفصلت عنه، وهو الأمر الذي كان قد عالجتة نفس الجهة القضائية (المحكمة العليا) في 19/11/1970 حيث قضت بأنّ المحكوم له بالحضانة سواء كان هو الأب أو الأم أو غيرهما يكون مسؤولا عن تربية الولد المحضون وحمايته ورعايته، ومسؤولا مسؤولية مدنية عن كل ضرر يلحقه هذا المحضون بالغير مدة الحضانة، فحيث لمّا كان سبب المسؤولية هو الرعاية فيجب أن تقوم على من يقوم بها، واعتبارا لذلك قرر مجلس قضاء معسكر في 19/مارس 1984 بأنّه "إذا كان المحضون عند المحكوم له بحق الزيارة، فإنّه يكون تحت سلطة رعاية هذا الأخير ورقابته المباشرة"⁽¹⁾.

وفي نفس السياق، جعل المشرع الفرنسي في المادة 1242 مسؤولية الأب والأم عن أفعال أولادهما الضارة على أساس السلطة الأبوية وجعلهما متضامنين في هذه المسؤولية بشرط أن يكونوا ساكنين معهم، وبالتالي يمكن للمضرور أن يرجع على أي كان لتسهيل حصوله على التعويض.

هكذا، وقد أغفل المشرع الجزائري مسألة مهمة وهي مسألة المساكنة وذلك في حال خروج القاصر واستقلاله عن أبيه أو أمه بعد وفاة أحدهما، إذا كيف يمكن أن يكون هنا الرقيب مسؤولا عن أفعال ابنه القاصر الضارة وهو غير مقيم معه؟ مع العلم أنّ الخطأ المنسوب هنا للرقيب هو خطأ في الرقابة، على خلاف التشريع المصري والفرنسي اللذان نصا على شرط المساكنة بالنسبة للقاصر بعد بلوغه سن التمييز⁽²⁾، وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنّ (الظروف التي أدت إلى وضع الطفل القاصر عند رعاية جدته لم توقف شرط المساكنة

⁽¹⁾ مع العلم أنّ قانون الأسرة كان ما زال لم يعدل وأنّ المادة 87 من تعديل هذا الأخير لم تكن موجودة، فالقضاة أسسوا حكمهم على أساس المادة 135 من القانون المدني الملغاة.

⁽²⁾ وفي نفس السياق، ألغى المشرع الجزائري شرط انتقال الرقابة على القاصر إلى المعلم أو الحرفي أو المربي أثناء تواجده لديهم، إلا إذا تم تفسير المادة 1/134 تفسيراً موسعاً، باعتبار أنّ الرقابة الاتفاقية تسحب على المربي والمعلم والحرفي. ينظر في ذلك، مصطفى

مع أبويه) أي يعتبر الشرط المساكنة قائماً إذا كانت الرعاية تحت شخص بصفة طوعية إذا كانت فترة الإقامة لديه قصيرة. أما إذا كانت فترة الإقامة طويلة فهنا تُؤسّس المسؤولية على أساس الفقرة الأولى من المادة (1382 سابقاً) 1242 من القانون المدني⁽¹⁾.

ب- الرقابة بسبب الحالة العقلية أو الجسمية

إذا بلغ الشخص سن الرشد تحرر من الرقابة ولا يسأل عن أفعاله الضارة أحد لا في البيت ولا في المدرسة ولا في الحرفة وإن استمر يعيش في كنف غيره، غير أنّ هذا الأمر ليس على إطلاقه، فقد يبلغ الشخص سن الرشد فيصاب بأفة عقلية كالجنون أو العته أو الغفلة أو اضطربت صحته وأقعدته المرض كالشلل أو الصرع أو فقد البصر عاد التزام الرقابة عليه، وهذا الالتزام قد يكون على ولي النفس أو الزوج أو الزوجة، أو اتفاقاً على مدير المستشفى أو الطبيب أو الممرض أو من يتفق على توليهم الرقابة⁽²⁾.

وبناء على ذلك، فإنّ الالتزام بالرقابة في هذه الحال يدور وجوداً وعدمًا مع تحقق أو غياب الآفات التي تصيب العقل أو حالة الشخص الجسمية التي تستدعي الرقابة، غير أنّه لا يدخل في مفهوم هذه الرقابة المنصوص عليها في المادة 1/134 من القانون المدني الجزائري والمادة 1/173 من القانون المدني المصري الرقابة الفعلية كرقابة من يقود أعمى أو مقعد عرضاً دون التزام قانوني أو اتفاقي ولا يسأل الرقيب الفعلي إلاّ إذا ارتكب خطأً جسيماً لغير هذين السببين، وخلاصة القول في ذلك أنّ الرقابة المنصوص عليها في المواد السابق ذكرها مفروضة على القاصر وعلى المصاب بعاهة عقلية أو جسمية فقط دون غيرهم .

إنّ شرط تولي الرقابة لا يكفي وحده لتحقيق مسؤولية متولي الرقابة، بل يجب أن يقترن ذلك بعمل غير مشروع صادر عن الخاضع للرقابة، هو ما نتناوله في العنصر الموالي.

بويكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص.123.

كما أغفل المشرع الجزائري كذلك حكم انتقال الرقابة على الزوجة القاصرة وكذا حالة إذا كان زوجها قاصراً.

⁽¹⁾ للتفصيل أكثر، ينظر، هوزان عبد المحسن عبد الله، مسؤولية متولي الرقابة، دراسة مقارنة، ص.20 وما بعدها.

⁽²⁾ مع العلم أنّ المشرع الفرنسي لم ينص على ذلك بصفة صريحة، وعليه يمكن تطبيق الفقرة الأولى من المادة 1242 لأنّها جاءت على إطلاقها والمطلق يأخذ على إطلاقه. يراجع في تطبيقات ذلك في القضاء الفرنسي، هوزان عبد المحسن عبد الله، مسؤولية متولي الرقابة، المرجع نفسه، ص.14. عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.56.

ثانياً: صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة

يشترط لقيام مسؤولية الغير الملتزم بالرقابة أن تقوم أولاً مسؤولية الخاضع للرقابة ذاته، فهي مسؤولية عن فعل الغير، حيث لكي تتحقق يجب أن يصدر خطأ من الخاضع للرقابة يلحق ضرراً لشخص آخر. ويشترط أن يكون المشمول بالرقابة هو الذي وقع منه الخطأ، أما إذا كان هو الذي أصابه الضرر فلا يكون متولي الرقابة مسؤولاً عن هذا الضرر ما لم يكن قد صدر منه خطأ شخصي نشأ عنه هذا الضرر، أما إذا لحق الخاضع للرقابة ضرر من خطأ شخصي آخر أو ألحق بنفسه ضرراً فلا يكون المشرف عليه مسؤولاً عن هذا الضرر، واعتباراً لذلك كله يجب أن يصدر عمل غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة، سواء كان ذلك في صورة خطأ واجب الإثبات، أو في صورة خطأ مفترض⁽¹⁾.

إذا كان الأصل في المسؤولية أنها تقوم على أساس الخطأ، وأن الخطأ يتطلب بجانب ركنه المادي هو التعدي توافر ركنه المعنوي هو التمييز، فإذا فرضنا أصلاً بأن الخاضع للرقابة غير مميز أي دون سن 13 سنة في الجزائر ودون 15 سنة في مصر، أو كان مجنوناً أو معتوها فهل يترتب على ذلك انتفاء مسؤوليته وارتفاع مسؤولية متولي الرقابة كنتيجة لذلك باعتبارها مسؤولية تبعية لا تقوم إلاً مستندة إلى مسؤولية أصلية؟

وقد استبعد المشرع المصري هذه النتيجة التي تتنافى وحكمة التشريع لأنه من غير المعقول رفع مسؤولية متولي الرقابة في الوقت الذي يكون فيه المشمول بالرقابة في أشد الحاجة إلى الرعاية لانعدام التمييز⁽²⁾، وهو ما نلمسه صراحة من نص المادة 173 من القانون المدني التي تقول: "...ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز"، وما يمكن ملاحظته من هذا النص أن المشرع استعمل مصطلح "العمل الضار" بدل استعمال مصطلح "العمل غير المشروع" حيث اكتفى بذلك بركن التعدي في فعل الخاضع للرقابة ولقد ساير المشرع الجزائري نظيره المصري في هذا السياق، وذلك بنصه في المادة 134 قبل تعديلها على أنه: "...ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز" إلاً أنه وبعد تعديل 2005 أصبح ينص في المادة نفسها على ما يلي: "...يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار"، وما يلاحظ من ذلك أن المادة 134 بعد تعديلها

⁽¹⁾ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص.376.

⁽²⁾ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.85.

لم تتكلم عن عمل غير المميز ولكن أوردت مصطلح "الفعل الضار" ويبدو من ذلك أنّ المشرع، وإمعانا في الدقة، أراد أن يقرر بأنّ العمل الضار يرتب مسؤولية غير المميز ذلك أنّ فعل هذا الأخير ينقصه ركن لا يقوم الخطأ بدونه وهو الإدراك. ومن ذلك كله يتبين أنّ مسؤولية متولي الرقابة عن عديم التمييز في جميع الأحوال هي مسؤولية أصلية وليست تبعية فقط، حيث لا يوجد شخص آخر غير متولي الرقابة يمكنه أن يلتزم بصفة أصلية إذ لا ينسب إلى عديم التمييز خطأ⁽¹⁾، وبالتالي لا يكون أمام المضرور إلاّ مسؤول واحد وهو متولي الرقابة ليرفع دعواه في مواجهته، أمّا إذا كان الخاضع للرقابة مميزا وأوقع ضررا لشخص آخر فإنّه يجب على المضرور أن يثبت الخطأ في جانب المشمول بالرقابة وبذلك تتحقق مسؤولية هذا الشخص مسؤولية أصلية⁽²⁾، كما تتحقق كذلك مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية تبعية، وعليه يمكن للمضرور أن يرفع دعواه في مواجهة كل منهما⁽³⁾.

وعليه، إذا دفع متولي الرقابة التعويض كان له الرجوع على المشمول بالرقابة إذا كان هذا الأخير مميزا وقت العمل غير المشروع وفقا للمادة 175 من القانون المصري لأنّ مسؤوليته هنا هي مسؤولية تبعية، أمّا إذا لم يكن المشمول بالرقابة مميزا فلا يمكن لمتولي الرقابة أن يرجع عليه بالتعويض الذي دفعه لأنّ مسؤوليته في هذه الحالة مسؤولية أصلية لا تبعية. غير أنّه وبالنسبة للتشريع الجزائري فإنّه لا يمكن لمتولي الرقابة أن يعود على المشمول بالرقابة بعد دفعه التعويض للمضرور وسواء كان المشمول بالرقابة مميزا أو غير مميز ذلك أنّ نص المادة 137 من القانون المدني بعد تعديله أصبح لا ينص إلاّ على رجوع المتبوع على التابع بعد إن كان ينص على رجوع متولي الرقابة على المشمول بالرقابة في الحدود التي يكون فيها مسؤولا عن الضرر⁽⁴⁾، وعليه اعتبر المشرع أنّ الغير هنا وهو متولي الرقابة مسؤول مسؤولية أصلية وهو بذلك له دور مزدوج يتمثل في حماية القاصر من جهة وحماية المضرور بدرجة أكبر من

¹ (يراجع بشأن طبيعة مسؤولية متولي الرقابة عديم التمييز من كونها أصلية أو تبعية، سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.276.

² وهو الحكم المنصوص عليه في المادة 125 من القانون المدني الجزائري، حيث أنّه: "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو باهمال منه أو عدم حيطته إلاّ إذا كان مميزا".

³ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص.302.

⁴ وهو الوضع الذي يكون فيها المسؤول عن الضرر مميزا لأنّ مسؤوليته هنا احتياطية وليست تبعية، ويستثنى من ذلك غير المميز إلاّ إذا تعذر تحديد المسؤول عن الرقابة، أو الحصول على تعويض من هذا الأخير فيمكن بذلك الرجوع على غير المميز المشمول بالرقابة وفقا لتقدير القاضي، أي يسأل مسؤولية مخففة اعتبارا للمادة 2/125 من القانون المدني الجزائري قبل تعديلها سنة 2005.

جهة أخرى.

إنّ السؤال الذي يطرح هنا هو: ما الأساس الذي تستند إليه مسؤولية متولي الرقابة في هذه الحال، وكيف يمكن له أن يتحرر من هذه المسؤولية؟ ذلك ما نجيب عنه في الجزئية الموالية.

الفرع الثاني

أساس مسؤولية الغير متولي الرقابة وكيفية دفعها

يعبر الأساس القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية عن فعل الغير عموماً ومسؤولية متولي الرقابة خصوصاً عن السند القانوني الذي يمكن بموجبه مساءلة شخص في حال ارتكاب شخص آخر لعمل غير مشروع أو ضار⁽¹⁾، وبناءً على ذلك على أيّ أساس يمكن مساءلة "الغير" متولي الرقابة إذا صدر فعل غير مشروع من الشخص الخاضع لرقابته، وما هي سبل نفيه لمسؤوليته في هذه الحالة؟

أولاً: أساس مسؤولية الغير متولي الرقابة

ينص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 134 من القانون المدني وكذا نظيره المصري من خلال المادة 3/173 من القانون المدني على أنه: "ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية"، يتبين من ذلك أنّ مسؤولية المكلف بالرقابة تقوم على أساس خطأ مفترض يقبل إثبات العكس⁽²⁾، وبالتالي فإنّ الخطأ هنا هو خطأ في الرقابة، حيث إذا ارتكب الخاضع للرقابة فعلاً ضاراً افترض أنّ متولي الرقابة قد قصر في رقابته وهذا المضمون يتفق مع المعيار العام للخطأ الشخصي الذي هو انحراف عن مسلك الرجل المعتاد إذا وجد في نفس الظروف التي يوجد فيها الشخص المسؤول⁽³⁾، ومن المعلوم أنّ قرينة الخطأ هنا لا يحتج بها إلا المضرور في علاقته بمتولي الرقابة إذ لا يجوز التمسك بها في مواجهة الخاضع للرقابة، بل يجب إثبات الخطأ في جانبه⁽³⁾. غير أنّ القضاء مستقر على أنّ مسؤولية متولي الرقابة لا تقوم على خطأ في الرقابة بل كذلك على خطأ في التربية

⁽¹⁾ نبيل مهدي زوين، الطبيعة القانونية للمسؤولية عن فعل الغير، مرجع سبق ذكره، ص.07.

⁽²⁾ مصطفى بوبكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ص.130.

⁽³⁾ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.304.

الذي يقع على الأب والأم وفي هذا الصدد تقول المحكمة العليا في قرار لها أن: "مسؤولية الأب عن أفعال ولده القاصر تقوم على أساس خطأ مفترض فيه، أنه أهمل مراقبته ولا تسقط هذه القرينة إلا إذا أثبت الأب أنه قام بواجب الرقابة والتوجيه، وارتكاب هتك العرض من قبل ولد قاصر مميز يثبت بصفة قطعية إهمال الأب في تربية ابنه"⁽¹⁾، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بقولها: "يجعل نص المادة 173 من القانون المدني المصري الوالد مسؤولاً عن رقابته ولده الذي لم يبلغ سن خمسة عشرة سنة أو بلغها وكان في كنفه، ويقيم من ذلك مسؤولية مفترضة تبقى إلى أن يبلغ سن الرشد، لما كان ذلك وكانت هذه المسؤولية بالنسبة إلى الوالد تستند إلى قرينة الإخلال بواجب الرقابة أو إلى افتراض أنه أساء تربية ولده أو الأمرين معاً، ولا تسقط إلا بإثبات العكس وعبء ذلك على كاهل المسؤول الذي له أن ينقض هذه القرينة بأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن يثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية وعلى المسؤول وهو الوالد أن يثبت أيضاً أنه لم يسيء تربية ولده، لما كان ذلك، وكان من بين محاضر جلسات المحكمة أنه لم يجادل في أساس مسؤوليته أمام محكمة الموضوع، فلا يقبل منه إثارة شيء من ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض"⁽²⁾.

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي، فلا نجد في المادة 1242 قانون مدني ما يبين أن مسؤولية متولي الرقابة تقوم على خطأ مفترض يتعلق بالخطأ في الرقابة، غير أن القضاء الفرنسي اتجه إلى ذلك حيث نجد في قضية Bliet أن محكمة النقض ذهبت إلى أنه: (حيث بعد التدقيق والمداولة وبما أن المركز الذي كان يدار من قبل جمعية تعنى بمساعدة الأشخاص المصابين بالأمراض العقلية داخل بيئة محمية من المخاطر، وكان صاحب الفعل الضار الذي سبب الحريق يخضع لنظام ينطوي على الحرية الكاملة أثناء النهار... وكانت النتيجة أن المركز قد قبل المسؤولية عن تنظيم ومراقبة نزلائه على أساس دائم....وقد قررت محكمة الاستئناف لمدينة Limoges أن المركز مسؤول عن الأضرار التي سببها الشاب المختل عقلياً طبقاً للفقرة 1384 من القانون المدني وبالتالي الزام المركز بتعويض الضحايا عن الضرر الذي

⁽¹⁾ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1983/03/2، أورده العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.288.
⁽²⁾ نقض جنائي في 1979/10/8، السنة 30، رقم 159، مجموعة أحكام النقض الجزائرية، ص.775. مقتبس عن، محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، مرجع سبقت الإشارة إليه، ص.189. مشار إليه في الهامش.

لحق بهم⁽¹⁾. وهو الأمر بالنسبة لرقابة الأباء عن أبنائهم القصر وهو ما ذهبت إليه إحدى محاكم الاستئناف في فرنسا في إحدى الدعاوى المرفوعة أمامها، حيث تتمثل وقائع القضية في أنه عندما كان أحد الأطفال في حضانة جدته وعمته يقضي عطلة المدرسية تسبب بحادث سير عندما كان يلعب بدراجة هوائية مما ترتب عنه ضرر لأحد الأشخاص، وقد رفع هذا الأخير دعويين الأولى ضد والدي الطفل لتقرير مسؤوليتهما على أساس المادة 4/1384 والثانية ضد الجدة والعمة على أساس المادة 1/1384 من القانون المدني، وقد استطاع أهل الطفل التخلص من المسؤولية وذلك عن طريق الدفع بشرط الرقابة حيث كان الطفل تحت عناية ورقابة جدته وعمته وقت الحادث، وفي ذلك الوقت كان للأهل التخلص من المسؤولية عن طريق إثبات عدم تحقق شرط الرقابة، وقد أقرت المحكمة مسؤولية الجدة والعمة، غير أن هذا الحكم تم استئنافه وقررت محكمة الاستئناف رفضه لعدم تحقق شرط تطبيق المادة 1/1384 وتمت إدانة الأبوين على أساس الفقرة الرابعة وذهبت إلى القول (أن فترة إقامة الطفل مع جدته وعمته وظروف تطبيق الفقرة 1 من المادة 1384 لم تتحقق ولم تتوفر).⁽²⁾ مع العلم أن الخطأ هنا يقوم على قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، أي قرينة على التقصير والرقابة فيمن هو متوليها.

بناء على ما تقدم ذكره، نتساءل: هل يمكننا القول أن مسؤولية متولي الرقابة قائمة في جانبه دائما، أم يمكن له أن يدفعها ويتجنب آثارها؟

ثانيا: نفي الغير متولي الرقابة لمسؤوليته

حرصا منهما على ضمان التعويض للمضرور، افترض المشرعان الجزائري والمصري وقوع خطأ المكلف بالرقابة بمجرد صدور الفعل الضار، أي أنهما افترضا التقصير من جانب متولي الرقابة كما افترضا أن هذا التقصير هو الذي أدى إلى حدوث الضرر بالغير حسب المواد 134 من القانون المدني الجزائري و173 من القانون المدني المصري، غير أن هذا الافتراض يقبل إثبات العكس من جانب المكلف بالرقابة وهو ما تنص عليه المادتان 2/134 من القانون

⁽¹⁾ للتفصيل أكثر حول مسار القضية وحيثياتها، ينظر، هوزان عبد المحسن عبد الله، مسؤولية متولي الرقابة، مرجع ساق، ص. 14 وما بعدها. مأخوذ عن:

Geneviève VINEY, traité de droit civil, les conditions de la responsabilité, L.G.D.J. 3éd, 2006 .

⁽²⁾ نفس المرجع، ص. 20 وما بعدها.

المدني الجزائري و2/173 من القانون المدني المصري بقولهما: "ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا قام بواجب الرقابة وأثبت أن الضرر كان لا بد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من الرعاية"، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأن: "مسؤولية الوالد عن الأعمال غير المشروعة التي تقع من ابنه المكلف بتربيته ورقابته -وهي مبنية على أساس خطأ مفترض افتراضا قابل لإثبات العكس- لا ترتفع إلا إذا أثبت الوالد أنه لم يسيء تربية ولده وأنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي"⁽¹⁾. واعتبار لذلك يتوفر لمتولي الرقابة طريقين لنفي المسؤولية عن نفسه ذلك إما بنفي الخطأ في جانبه، وإما بنفي علاقة السببية بين هذا الخطأ المفترض والضرر الذي لحق المضرور⁽²⁾. فأما عن نفي الخطأ فيكون بإثبات أنه قام بواجب الرقابة والتربية بالنسبة للأب والأم على أكمل وجه بما ينبغي من الحرص والعناية، وأنه اتخذ الاحتياطات المعقولة لتجنب المضرور عمل الخاضع للرقابة، وعليه يتحدد مضمون الالتزام بالرقابة الذي ينفي المسؤولية بإثبات القيام به وفقا للقاعدة العامة "بذل عناية الرجل العادي في الملاحظة والرقابة".

علاوة على ذلك، يجوز للمكلف بالرقابة إذا لم يستطع نفي الخطأ أن يقوم بنفي علاقة السببية المفترضة ذلك بإثبات أن الخطأ المفترض في جانبه لم يكن هو السبب في حدوث الضرر وأن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي عنه، وأن الضرر كان لا بُدَّ أن يقع ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من الرعاية، أو أن الحادث الذي سبب الضرر لم يكن من المستطاع توقعه ولا تجنبه، أو أنه وقع بسبب المضرور أو خطأ الغير أو قوة قاهرة، وعليه، فإن السبب الأجنبي الذي تنتفي به مسؤولية متولي الرقابة هو السبب المتعلق بهذا الأخير لا بالنسبة للمشمول بالرقابة، حيث أنه لو كان العمل الذي صدر منه هذا الأخير يرجع إلى سبب أجنبي بالنسبة إليه فإن مسؤوليته تنتفي وبالتالي تنتفي مسؤولية متولي الرقابة⁽³⁾.

¹ نقض مدني، بتاريخ 1969/12/23، السنة 20، رقم 203، ص.1303. مقتبس عن محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، مرجع سبقت الإشارة إليه، ص.190. مشار إليه في الهامش.

² عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، مرجع سابق، ص.58.

³ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص.305-307. وفيه يخص نفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر تنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملازم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك" وهو نفس الحكم المقرر في المادة 165 من القانون المدني المصري.

وللاشارة، فإنّ التشريع والقضاء الفرنسيان يجعلان مسؤولية متولي الرقابة مسؤولية مفترضة غير قابلة لإثبات العكس، وبالتالي يبقى الطريق الوحيد لمتولي الرقابة للتحلل من المسؤولية هو نفي علاقة الخطأ المفترض في جانبه والضرر الواقع، ذلك بإثبات أنّ الضرر وقع لسبب أجنبي لا يد له فيه كقوة قاهرة أو خطأ الغير، وهو الأمر الذي قررتة محكمة النقض الفرنسية في قرار **Bertrand** بتاريخ 19/02/1997، بعدما كانت تقبل قبل ذلك بالإضافة إلى الخطأ الأجنبي والقوة القاهرة أنّ الضرر لم يكن بسبب خطأ في الرقابة أو تربية الوالدين⁽¹⁾.

بعد دراسة أحكام مسؤولية الغير متولي الرقابة نخرج في المطلب الثاني لدراسة مسؤولية الغير المتبوع عن أعمال تابعه.

المطلب الثاني

مسؤولية الغير المتبوع عن أعمال تابعه

تعتبر مسؤولية المتبوع عن عمل تابعه من بين حالات المسؤولية التي يسأل فيها الغير عن عمل شخص آخر، وزادت أهمية هذه المسؤولية في الوقت الحاضر نتيجة للأضرار التي قد يتسبب فيها التابع، حيث أنّه عادة ما يستخدم الإنسان شخصا معينا في القيام بشؤونه الخاصة تحت رقابته، كصاحب المصنع مثلا يستخدم عمالا للقيام بالعمل وصاحب السيارة يستخدم سائقا لسيارته.....، واعتبارا لذلك ستكون للإنسان سلطة في الرقابة تجعله مسؤولا عن الفعل الضار الذي يرتكبه تابعه في مواطن معينة⁽²⁾.

ولمّا كان ذلك، أقرّت النصوص القانونية أحكام هذه المسؤولية ونظمتها، ومن ذلك القانون المدني الجزائري الذي ينص في المادة 136 على أنّه: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها.

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع"، وفي نفس الصدد تنص المادة 174 من القانون المدني المصري على أنّه: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا في

¹ La responsabilité des parents du fait de leurs enfants, disponible sur le cite : aurelienbamde.com. la date de visite : 21/12/2018.

² العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.310.

حال تأدية وظيفته أو بسببها.

وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه، متى كانت عليه سلطة فعلية في رقابة وتوجيهه".

كما تنص الفقرة الخامسة من المادة 1042 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

«Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ».

(يسأل السادة المتبوعون عن الأضرار التي تقع بفعل خدمهم أو تابعيهم في أدائهم لوظائفهم المعينين فيها)⁽¹⁾.

يعتبر المتبوع غيرا عن الوضعية القانونية التي يكون تابعه طرفا فيها، وهي في هذه الحالة وضعية الضرر، غير أنه سيتدخل في هذه الأخيرة ويصبح مسؤولا قَبْلَ المضور للحصول على حقه متى توافرت شروط معينة (الفرع الأول)، ومتى تأكد ذلك فإنه لا تنتف مسؤوليته كأصل عام نظرا لطبيعتها الخاصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط تحقق مسؤولية الغير المتبوع عن أعمال تابعه

يتبين من المواد 134 من القانون المدني الجزائري و173 من القانون المدني المصري و5/1242 من القانون المدني الفرنسي أنه يجب أن تتوفر شروط معينة لقيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه تتمثل في أن تكون هناك علاقة تبعية بين شخصين وأن يقع خطأ التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبة يترتب عليه ضرر لشخص آخر.

أولا: قيام رابطة التبعية بين المتبوع والتابع

حتى يكون هناك تابع ومتبوع يجب أن تتوفر علاقة تبعية بين شخصين، "وتقوم التبعية بين

¹ وعلى سبيل المقارنة، تنص الفقرة الثانية من الفصل 85 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن: "المخدومون ومن يكلفون غيرهم برعاية مصالحهم يسألون عن الضرر الذي يحدثه خدامهم ومأمورهم في أداء الوظائف التي شغلهم فيها". وسنكتفي بدراسة القانون الجزائري والمصري والفرنسي للاختلاف في الأحكام المطبقة على كل منهم.

شخصين على نوع من الخضوع يخل باستقلال أحدهما وهو التابع لمصلحة الآخر وهو المتبوع فقوامها سلطة تتجسم في حق المتبوع في توجيه التابع ورقابته، والتزام التابع بإطاعته في ذلك التوجيه وبالامتثال له في هذه الرقابة، فيكون قوام علاقة المتبوع بالتابع هو ما للمتبوع على التابع من سلطة في توجيهه ورقابته، فكلما تحققت هذه السلطة قامت تلك العلاقة، ولا يهم بعد ذلك مدة قيامها أطالت السلطة أم قصرت إذ العبرة بوجودها فحسب لأن القانون لا يتطلب سواها⁽¹⁾، ومن الأمثلة على ذلك: رابطة التبعية القائمة بين الخادم والسيد وبين السائق وصاحب السيارة، وبين الموظف والحكومة وبين الطبيب والمستشفى، وبين العامل ورب العمل.....⁽²⁾، وبناء على ذلك يندرج مضمون رابطة التبعية فيما يكون من سلطة فعلية للمتبوع في توجيه التابع في عمل معين وإصدار الأوامر إليه وسلطة رقابة تنفيذ هذه الأوامر، وأن يكون التابع ملزماً بإطاعة أوامر المتبوع⁽³⁾، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "مؤدى نص المادة 174 من القانون المدني أن علاقة التبعية تقوم على توافر الولاية في الرقابة والتوجيه، بحيث يكون للمتبوع سلطة فعلية في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقة أداء عمله وفي الرقابة عليه وفي تنفيذ هذه الأوامر ومحاسبتها على الخروج عليها"⁽⁴⁾.

وغالبا ما تنشأ علاقة التبعية عن عقد عمل ولكنها لا تقتضي حتما قيام هذا العقد، فأساس قيامها وجود سلطة فعلية على التابع، فالخادم تابع للمخدوم والعامل أو المستخدم تابع لرب العمل، وكل منهم مرتبط بعقد عمل، أو علاقة تنظيمية كعلاقة الموظف بالمرفق العام الإداري⁽⁵⁾، وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية بأن: "مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها، تتحقق على ما نصت عليه المادة 174 من القانون المدني، إذا كان للمتبوع على التابع سلطة فعلية في توجيهه ورقابته في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع، ولا ضرورة بأن تكون هذه السلطة عقدية تقوم على الاختيار، بل مناطها هو السلطة الفعلية التي تقوم ولو لم يكن

⁽¹⁾ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.60.

⁽²⁾ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.319.

⁽³⁾ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، المرجع السابق، ص.199.

⁽⁴⁾ نقض مدني، بتاريخ 1977/11/1، الطعن رقم 138، السنة 44. أورده، المرجع نفسه، ص.198 وما بعدها.

⁽⁵⁾ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع عينه، ص.60 وما بعدها.

المتبوع حرا في اختيار التابع متى كانت له عليه سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه"⁽¹⁾، وليس ضروريا لقيام علاقة التبعية أن يكون المتبوع قادرا على توجيه التابع ورقابته من الناحية الفنية، بل أن يكون ذلك من الناحية الإدارية أو التنظيمية، فصاحب السيارة متبوع من سائقها حتى ولو لم يكن يعرف القيادة⁽²⁾.

ولا يشترط أيضا أن يكون المتبوع قد اختار التابع بل قد تكون علاقة التبعية مفروضة عليه من الخارج، كما هو الشأن فيمن يخصص لانتداب خدمة شخص معين من قبل هيئة من الهيئات⁽³⁾، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في حكم لها حيث قررت بأن: "المرشد البحري يعتبر أثناء عملية الإرشاد تابعا لمجهز السفينة الذي يمارس سلطة الرقابة والتوجيه بواسطة ربانه، وذلك بالرغم من أنه لا تكون له حرية اختيار المرشد وإنما يكون مفروضا عليه"⁽⁴⁾.

لكن ومع ذلك، فإذا كان يصدق قيام رابطة التبعية على الخضوع والرقابة والتوجيه بالنسبة للقانون المدني المصري بناء على المادة 2/174 والقانون المدني الفرنسي بناء على المادة 5/1242⁽⁵⁾، فإن الأمر غير ذلك في التشريع الجزائري وهو ما تنص عليه المادة 136 من القانون المدني بقولها "...وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع"، واعتبارا لذلك فإن رابطة التبعية لا تتحقق إلا إذا كان يعمل التابع لحساب المتبوع وبالتالي لا تقوم مسؤولية هذا الأخير بغض النظر فيما إذا كانت له سلطة فعلية في مراقبة التابع أو لا وبصرف النظر فيما إذا كان يستطيع ممارستها من حيث الفعل والواقع أم لا، ويظهر من ذلك أن المشرع أراد أن يتخلى عن شرط الرقابة والتوجيه الذي يعتبر شرطا صعب التحقق بل مستحيلا في فروض كثيرة واستحدث مكانه شرطا آخر أكثر

¹ نقض مدني، بتاريخ 1978/11/23، الطعن رقم 481، السنة 43. أورده، محمد سعدي الصديري، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، المرجع السابق، ص.199.

² العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.322.

³ ربيع ناجح راجح أبو حسن، مسؤولية المتبوع، مرجع سبق ذكره، ص.77.

⁴ نقض مدني، بتاريخ 1987/06/23، الطعنان 6 و5 ق، السنة 21، مجلة القضاء، ع1، ص.1501. أورده، ربيع ناجح راجح أبو حسن، نفس المرجع، ص.77.

⁵ مع العلم أن المشرع الفرنسي لم يحدد مضمون رابطة التبعية، غير أن الفقه والقضاء تصديا لذلك فقررا أنها تقوم على سلطة فعلية للمتبوع في إصدار الأوامر والتعليمات إلى تابعه بالنسبة للأعمال التي يقوم بها هذا الأخير لحساب المتبوع. ينظر، نفس المرجع، ص.50.

معقولة وواقعية وهو أمر سهل ويسير، أي البحث فيما إذا كان التابع يعمل لحساب المتبوع أم لا⁽¹⁾.

إنَّ عنصر رابطة التبعية لا يكفي وحده لتحقيق مسؤولية المتبوع عن عمل التابع بل يجب إضافة إلى ذلك أن يصدر عمل غير مشروع من المتبوع.

ثانياً: صدور عمل غير مشروع ينسب إلى التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبة

لا يكفي لقيام مسؤولية المتبوع توفر العلاقة التبعية بينه وبين تابعه، بل بالإضافة إلى ذلك يجب أن تتقرر مسؤولية هذا الأخير لتقوم مسؤولية المتبوع، ويكون ذلك متى صدر خطأ (عمل ضار) من التابع سواء كان الخطأ واجب الإثبات في جانبه وهذه هي القاعدة في المسؤولية الشخصية، أو بأن يكون الخطأ مفترضا افتراضا يقبل إثبات العكس كما هو الشأن في مسؤولية متولي الرقابة كالمدير بالنسبة للتلاميذ، أو أن يكون الخطأ مفترضا غير قابل لإثبات العكس كسائق السيارة مثلاً⁽²⁾. وعلاوة على ذلك يجب أن ينجر عن خطأ التابع ضرر يلحق بشخص آخر وأن تقوم علاقة السببية بين ذلك الخطأ وهذا الضرر⁽³⁾، غير أن الأمر لا يقف عند هذا الحد بل يجب أن يندرج خطأ المتبوع ضمن الوظيفة الموكول له بها، وهو ما يدفعنا إلى البحث في العلة التي تربط خطأ المتبوع بالوظيفة التي يقوم بها حتى تقوم بذلك مسؤوليته؟

¹ للتفصيل أكثر في هذه المسألة، ينظر، مصطفى بويكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر، مرجع سابق، ص.150.
² سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص.286. وللعلم فإنَّ المشرع المصري استعمل في المادة 174 مصطلح العمل غير المشروع بينما ساير المشرع الجزائري نظيره الفرنسي باستعماله لمصطلح الفعل الضار في المادة 136 من القانون المدني، وتأسيسا على ذلك فإنَّ مسؤولية المتبوع لا تتحقق في التشريع المصري إلا إذا كان التابع مميزا، لأنه يأخذ بالخطأ كأساس للمسؤولية عن الأفعال الشخصية، بينما بالنسبة للتشريع الجزائري فإنَّ قوام مسؤولية المتبوع وهو وقوع فعل ضار من التابع مما يوحي بأن مسؤولية المتبوع تتحقق ولو كان التابع غير مميز أو مريضا لحالة عقلية. للاستزادة حول نتائج ذلك وأثار في التشريع الجزائري، ينظر، مصطفى بويكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر، المرجع نفسه، ص.158.

³ وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنَّ: "مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه طبقا للمادة 152 من القانون المدني القديم قوامها وقوع خطأ من التابع مستوجب لمسؤوليته هو بحيث إذا انتقت مسؤولية التابع فإنَّ مسؤولية المتبوع لا يكون لها أساس تقوم وعليه ولما كان الحكم المطعون قضى ببراءة المتهم لما ثبت من أنَّه كان مجنوناً، أي كما تقول المادة 62 من قانون العقوبات - فاقده الشعور والاختيار وقت وقوع الفعل، وكان يشترط بمقتضى القانون لمسؤولية الإنسان عن فعله مدنية كانت مسؤولية أو جنائية - أن يكون مرتكبه مميزاً، وكان ذلك مقتضاه أن لا يحكم على المتهم بأي تعويض عن الفعل الضار الذي وقع منه، فإنَّ الحكم بذلك على متبوعه لا يكون جائزاً". نقض جنائي، الدائرة الجنائية، بتاريخ 18 مارس 1958، السنة 7، رقم 110، مجموعة أحكام النقض، ص.105. أورده، عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.62.

نجد الإجابة عن هذا السؤال في المادة 1/136 من القانون المدني الجزائري حيث تقول: "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله ضار متى كان واقعا منه في حال تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها" وهو نفس الحكم المنصوص عليه في المادة 1/174 من القانون المدني المصري باستثناء الخطأ بمناسبة الوظيفة، والمادة 5/ 1242 من القانون المدني الفرنسي السابق ذكرها. نستعرض فيما يلي صور خطأ التابع الواجب لقيام مسؤولية المتبوع، أي الخطأ أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبةها.

1- خطأ التابع حال تأدية الوظيفة

يعتبر خطأ في أثناء تأدية الوظيفة كل إخلال بواجب تفرضه مقتضيات الوظيفة⁽¹⁾، كأن يدهس سائق سيارة شخصا أثناء قيامه بتوصيل صاحب السيارة إلى مكان عمله، أو أن يقبض الشرطي على متهم فيعذبه دون مبرر فيصيبه بأضرار بليغة في جسمه، أو أن يعطي الممرض للمريض سماً بدل الدواء، فمن هذه الأمثلة يظهر أن التابع يقوم بأداء وظيفته فعلا ولكن يفعل ذلك بطريقة فيها انحراف عن مسلك الشخص العادي مما ينجر عنه أضرار بالغير⁽²⁾. ويستوي أن يكون الخطأ قد ارتكبه التابع بناء على تنفيذ أمر المتبوع أو بدون أمر منه، وبعلمه وعارض فيه أو لم يعارض، ويستوي كذلك أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ لسبب شخصي أو رغبة في خدمة المتبوع. وعلى خلاف ذلك لا يعد خطأ أثناء الوظيفة اعتداء عامل في معمل على دائن شخصي له ليطالبه بدينه في مكان العمل، لأن الخطأ رغم أنه وقع في مكان العمل إلا أنه ليس خطأ في القيام بالعمل الموكول به إلى هذا العامل⁽³⁾.

2- خطأ التابع بسبب الوظيفة

يعتبر الخطأ بسبب الوظيفة الخطأ المتصل بالوظيفة "اتصال المعلول بالعلة" بحيث يمكن القول أنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ⁽⁴⁾، ويتوفر الخطأ بسبب القيام بأعمال الوظيفة في فرضين، أولهما أن يكون من غير الممكن ارتكاب الخطأ بغير الوظيفة، وثانيهما أن يكون من غير الممكن التفكير في ارتكاب الخطأ بغير الوظيفة، ومن الأمثلة القضائية التي تدخل في

⁽¹⁾ ربيع ناجح راجح، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، مرجع سبق ذكره، ص. 88.

⁽²⁾ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 282.

⁽³⁾ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، المرجع السابق، ص. 206 وما بعدها.

⁽⁴⁾ عبد الحكم فوده، الغيرية والنسبية في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 63.

الفرض الأول سرقة موزع البريد طردا تسلمه بحكم وظيفته حيث لا يعتبر هذا الخطأ حال تأدية الوظيفة لأن مقتضى تأدية الوظيفة أن يوصل ساعي البريد الطرد إلى صاحبه لا أن يسرقه، غير أنه يعتبر خطأ بسبب الوظيفة لأنه بغيرها ما كان الساعي يستطيع ارتكاب هذا الخطأ، واعتبارا لذلك تكون مصلحة البريد وهي المتبوع مسؤولة عن خطأ ساعي البريد وهو التابع. ومن الأمثلة القضائية التي تدخل في الفرض الثاني أن يرى الخادم سيده يتشاجر مع شخص آخر فيتدخل في الشجار ويضرب الشخص الآخر مما يؤدي إلى وفاته، وفي هذه الحال فإن الخادم ما كان ليفكر في ضرب الشخص الآخر لولا أن رآه يعتدي على سيده، أي بسبب الوظيفة، وعليه يكون السيد الغير (المتبوع) مسؤولا عن خطأ التابع⁽¹⁾.

3- خطأ التابع بمناسبة الوظيفة

يعتبر خطأ بمناسبة الوظيفة الخطأ الذي يسرت الوظيفة للتابع ارتكابه أو هيأت الفرصة لارتكابه دون أن تكون لازمة لوقوعه⁽²⁾، ولقد أخذ المشرع الجزائري بصريح النص بخطأ التابع بمناسبة الوظيفة لتقرير مسؤوليته ومسؤولية المتبوع بالتبع لذلك وفقا للمادة 136 من القانون المدني بعد أن كان قد قصرها على الخطأ حال تأدية الوظيفة أو بسببها قبل تعديل القانون المدني لسنة 2005.

أمّا عن المشرع المصري، فإنه لم يأخذ في المادة 174 من القانون المدني بالخطأ بمناسبة الوظيفة لتقرير مسؤولية المتبوع عن عمل التابع بل اكتفى بتوفر الخطأ حال تأدية الوظيفة أو بسببها حتى تتحقق هذه المسؤولية، غير أن مشروع قانون تعديل القانون المدني الساري المفعول وبالضبط المادة 242 منه كانت تساوي بين العمل غير المشروع الذي يهيئ الوظيفة للتابع فرصة ارتكابه بالعمل غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة، ولقد أخذ هذا المشروع بمسلك القضاء المصري في ذهابه إلى التوسع في مسؤولية المتبوع فإنه لم يقصد بتعديلها في لجنة القانون المدني في مجلس الشيوخ إلى ما انتهت إليه في المادة 174 وتضييق نطاقها بل "أثرت

⁽¹⁾ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 282 وما بعدها. وخلاصة القول في ذلك، أن الخطأ بسبب الوظيفة في ميزان محكمة النقض المصرية هو: "الخطأ الذي ما كان التابع يستطيع ارتكابه لولا الوظيفة أو الذي ما كان يفكر في ارتكابه لولا هذه الوظيفة، ولو جاوز فيها حدود وظيفته، أو أساء في استعمالها، أو انطوى على استغلال لها، ولو صدر منه بغير علم المتبوع، أو رغم معارضته، أم لم يرد به خدمة المتبوع بل قصد به تحقيق غرض شخصي له". نقض جنائي، 6 نوفمبر 1939، السنة 20، رقم 201، المحاماة، ص. 583. أورده عبد الحكم فوده، الغيرية والنسبية في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 64.

⁽²⁾ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع عينه، ص. 283.

اللجنة على أن تتسج على منوال التقنين الحالي في التعبير إبقاء على ما انتهى إليه القضاء من نتائج في تفسير المادة 152 من القانون المدني القديم، ولذلك تكون محكمة النقض قد لمست وجه الصواب حين قضت بأنه: "وإن كانت واقعة الدعوى تخضع لأحكام المادة 152 من القانون المدني القديم إلا أن هذا الحكم كما استقر على تأويله قضاء هذه المحكمة لا يفترق في شيء عن حكم المادة 174 من القانون المدني الجديد" الصادر 16 جويلية 1948.⁽¹⁾

ومن الأمثلة عن الخطأ بسبب الوظيفة في قضاء محكمة النقض المصرية، اعتبار الحكومة المصرية مسؤولة عن جنحة قتل نسبت إلى موظف أمن كان قد أوفد في مهمة رسمية ومعه مسدسه، ولكنه عرج في طريقه لزيارة أحد أقاربه، وفي أثناء الزيارة عبث بالمسدس فانطلق منه عيار أصاب صبيا فقتله، لأن المادة 152 من القانون المدني المصري القديم تقرر مسؤولية السيد "عن الضرر الناشئ عن أفعال خدمه متى كان واقعا منهم في حال تأدية وظائفهم" وبالتالي فإن تعميم النص على الأضرار الواقعة حال تأدية الوظيفة دون قصره على الأضرار الناشئة من تأديتها لا يجعل مسؤولية السيد قاصرة على أعمال الوظيفة فحسب، بل يجعلها شاملة لكل فعل ولو لم يكن من أعمال الوظيفة لكن هيأت للخادم أدائها، بحيث لولا هذا الأداء ما كان الفعل يقع كما وقع، ذلك أن القول بأن تلك المادة إذ نصت على مسؤولية السيد عن فعل تابعه قد جاءت استثناء على الأصل الذي قرره المادة 151 من القانون المدني المصري القديم التي بمقتضاها لا يسأل الإنسان إلا عن فعله، قول لا أساس له من النص ولا من علة تشريعه، بل القول الحق هو أن مسؤولية السيد أساسها خطأه بسوء اختيار من عهد إليه بخدمته وبتقصيره في مراقبتهم، ومن ثم لا تكون المادة 152 إلا تطبيقا لقواعد المسؤولية الشخصية، وقد كان يمكن الاستغناء عنها بعموم نص المادة 151 ولم يرد المشرع أن يجعل من خطأ الخادم قرينة قاطعة على خطأ سيده، و"متى كان هذا مقرا وجب تفسير هذه المادة بحيث

⁽¹⁾ ينظر في ذلك، عبد الحكم فوده، الغيرية والنسبية في القانون المدني، المرجع السابق، ص 86. وقضت في هذا الصدد محكمة النقض المصرية: "أن القانون المدني إذ نص في المادة 174 منه على أن يكون التابع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية الوظيفة أو بسببها... وأن القانون إذ حدد نطاق هذه المسؤولية بأن يكون العمل غير المشروع قد وقع من التابع حال تأدية الوظيفة أو بسببها لم يقصد أن تكون المسؤولية مقتصرة على خطأ التابع وهو يؤدي عملا من أعمال وظيفته، أو أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ، أو أن تكون ضرورية لإمكان وقوعه، بل تتحقق المسؤولية كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته، أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله غير المشروع، أو هيأت له بأي طريقة كانت فرصة ارتكابه، سواء ارتكبه التابع لمصلحة المتبوع، أو عن باعث شخصي، وسواء كان الباعث الذي دفعه إليه متصلا بالوظيفة أو لا علاقة له بها وسواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه". نقض مدني، بتاريخ 1979/05/31، رقم 802، السنة 46 ق. أورده محمد سعدي الصبري، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، المرجع السابق، ص 208.

يسري حكمها على كل حالة تتناولها عباراتها وفحواها". وقضي في ذات المعنى بأن وزارة الداخلية المصرية مسؤولة عن خطأ الشرطي الذي توجه بعد انتهاء عمله في سجن الأجانب إلى حفلة في عرس كان قد دعي إليها، وأطلق "إظهارا لمشاعره الخاصة السلاح الناري الذي سلمته إليه لمقتضيات وظيفته وتركته يحمله في جميع الأوقات فأصاب فتاة كانت جالسة بين الحاضرين، لأن المشرع لم يقصد قصر المسؤولية في المادة 152 (من القانون المدني المصري القديم) على ما يقع من التابع وهو يؤدي عملا داخلا في طبيعة وظيفته أو يمارس شأنًا من شؤونها، بل يجوز أن تتحقق هذه المسؤولية أيضا كلما كانت وظيفة التابع قد ساعدته على إتيان فعله الضار غير المشروع أو هيأت له فرصة ارتكابه بحيث أنه لولاها لما وقع الفعل الضار بالصورة التي وقع بها، ولا يمنع من تحقق مسؤولية المتبوع أن يكون التابع قد ارتكب الفعل بباعث شخصي لا علاقة له بالوظيفة ما دام التابع قد استغل وظيفته وأساء استعمال الشؤون التي عهد المتبوع إليه بها، ذلك أن السلاح الناري الذي نشأت عنه الإصابة قد استلمه المتهم من وزارة الداخلية بموجب وظيفته لديها واستطاع بسبب وظيفته وما يسرت له في غير ما حرج بين الناس وهيأت له الوظيفة بذلك فرصة ارتكاب الحادث بإطلاق النار من السلاح الذي يحمله وإصابة المجني عليها، إذ لولا هذه الوظيفة وما يسرت لصاحبها من حمل السلاح الحكومي لما وقع الحادث منه"⁽¹⁾.

أمّا عن المشرع الفرنسي فإنّه أخذ بعموم النص إذ لم يذكر الخطأ بمناسبة الوظيفة في المادة 5/ 1242 من القانون المدني التي تنص على أنه:

«Les maitres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés».

(ويسأل السادة والمتبوعون حال قيام التابع بالوظيفة التي يستخدمه المتبوع فيها)، غير أنّ القضاء ممثلا في الغرفة الجنائية لمحكمة النقض قد توسع في ذلك واعتبر المتبوع مسؤولا عن أعمال تابعه غير المشروعة ولو كانت بمناسبة الوظيفة⁽²⁾.

إنّ السؤال الذي يطرح هنا هو: ما هو السند القانوني الذي يمكن على أساسه مساءلة الغير

⁽¹⁾ أوردها، عبد الحكم فوده، الغيرية والنسبية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.65 وما بعدها.

⁽²⁾ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص.329. مشار إليه في الهامش. وينظر في نفس السياق، محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، المرجع السابق، ص.207 مشار إليه في الهامش.

المتبوع في حال ارتكب تابعه عملاً غير مشروع أضرَّ بشخص آخر، وكيف يمكنه التخلص من مسؤوليته إذا تحققت، وما هي أحكام رجوعه على تابعه في حالة دفعه التعويض للمضرور؟

الفرع الثاني

أساس مسؤولية الغير المتبوع وأحكام رجوعه على تابعه

نبحث في هذا الفرع عن المبرر الذي يسمح للمضرور بمطالبة المتبوع بالتعويض، وعلى أوجه رجوع هذا الأخير عن تابعه في حالة تحققت مسؤوليته ودفعه التعويض للمضرور نيابة عنه.

أولاً: الأساس القانوني لمساءلة المتبوع عن فعل تابعه

لم تختلف الآراء في شأن كاختلافها في شأن تكييف مسؤولية المتبوع والأساس الذي تقوم عليه، واعتباراً لذلك يمكن رد هذا الاختلاف من حيث المبدأ إلى طبيعة هذه المسؤولية، أي هل هي مسؤولية شخصية أم مسؤولية عن فعل الغير (الأصح مسؤولية الغير)، فإذا قيل أنّها مسؤولية شخصية فيمكن تأسيسها على فكرة الخطأ أو تحمل التبعة، أمّا إذا قيل أنّها مسؤولية عن الغير فيمكن تأسيسها على أساس فكرة النيابة أو الحلول أو الضمان⁽¹⁾، وعليه نستعرض في هذه الجزئية النظريات الفقهية التي قيلت في ذلك وموقف القضاء منها.

1- المسؤولية عن فعل التابع مسؤولية شخصية

تعتبر هذه النظرية من أقدم النظريات التي قيلت في الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع، وقد كانت تمثل الرأي الغالب إلى وقت قريب، فقد برزت في أيام التركيز على حرية الإنسان ووجوب عدم مساءلته إلاّ عن خطأ يصدر منه⁽²⁾، وبناء على ذلك فأساس مسؤولية المتبوع خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس، ومناطه خطأ في اختيار التابع أو في رقابته أو في توجيهه⁽³⁾، فالمتبوع كان عليه أن يتحرى الدقة في اختيار تابعه، فإذا وقع الخطأ من هذا الأخير فإنّه يفترض إهمال المتبوع في اختياره أو التقصير في رقابته أو في توجيهه⁽⁴⁾، أمّا إذا

⁽¹⁾ عبد الحكم فوده، الغيرية النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص.69.

⁽²⁾ نبيل مهدي زوين، الطبيعة القانونية للمسؤولية عن فعل الغير، مرجع سبق الإشارة إليه، ص.11.

⁽³⁾ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع عينه، ص.69.

⁽⁴⁾ مصطفى بوبكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر، مرجع سبق ذكره، ص.173.

أثبت أنه أحسن في اختيار المتبوع فإنه يكون قد ارتكب خطأ في مراقبته وتوجيهه في حالة ما إذا أخطأ التابع وأصاب الغير بضرر، ولا يعفيه من المسؤولية في هذه الحال إثباته أنه قد أحسن اختيار تابعه، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية من: (أن القانون المدني أقام في المادة 1384 منه مسؤولية المتبوع عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع على خطأ مفترض في جانب المتبوع، فرضاً لا يقبل إثبات العكس، مرجعه سوء اختياره لتابعه أو تقصيره في رقيبته)⁽¹⁾.

لم يسلم مسلك إقامة مسؤولية الغير المتبوع على أساس الخطأ المفترض من النقد، ومن جملة ما قيل:

- إن مسؤولية المتبوع إذا كانت قائمة على أساس خطأ مفترض لأمكن للمتبوع أن يتخلص من المسؤولية، وذلك من خلال نفيه للعلاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر الذي أصاب شخصاً آخر⁽²⁾، ويكون ذلك إذا استطاع المتبوع أن يثبت أن الضرر كان سيقع حتماً مهما بلغ من حرص في الاختيار وعناية في الرقابة والتوجيه، وهو ما لم يُسلم به أصحاب هذه النظرية، بل كل ما يسمحون به هو إمكانية نفي علاقة السببية بين الخطأ المنسوب للتابع والضرر، أما خطأه فلا يجوز له نفيه، ويبرر أصحاب النظرية ذلك بأن خطأ المتبوع هو خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس⁽³⁾.

- ما يعاب على هذه النظرية كذلك أنه لو كان المتبوع عديم التمييز لما أمكن افتراض الخطأ في جانبه لانعدام التمييز لديه، وبالتالي لا يسأل عن أعمال تابعه، وأن النائب عنه وهو الولي أو الوصي أو القيم ينوب عنه في رقيبته وتوجيهه (يسأل على أساس الضرر)⁽⁴⁾.

- إذا كانت مسؤولية المتبوع قائمة على أساس خطأ مفترض قائم على سوء اختيار المتبوع لتابعه فإنه يمكن أن تنتفي مسؤولية المتبوع إذا أثبت أن اختياره لتابعه لم يكن حراً بل قد فرض

⁽¹⁾ للاستزادة، يراجع، مصطفى بوبكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ص. 138. وفي نفس السياق قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "من المقرر وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن القانون المدني إذ نص في المادة 1/174 منه على أن يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها، قد أقام هذه المسؤولية على خطأ مفترض في جانب المتبوع مرجعه سوء اختياره لتابعه أو تقصيره في رقيبته". نقض، بتاريخ 1981/2/3، السنة 32، رقم 81، ص. 415. مأخوذ عن، عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 74.

⁽²⁾ سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص. 286.

⁽³⁾ مصطفى بوبكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر، المرجع نفسه، ص. 139.

⁽⁴⁾ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، المرجع السابق، ص. 210.

عليه فرضا وهو أمر غير المستساغ، حيث درجت التشريعات والقضاء على مساءلة المتبوع ولو لم يكن حرا في اختياره لتابعه. كما أنه ووفقا لمقتضيات العدالة فإنَّ مساءلة المتبوع عن أفعال تابعه على سوء رقابته أو توجيهه بالرغم من حرصه الشديد على اختياره فيه كثير من المجافاة للمنطق القانوني، حيث قد يصعب أو يستحيل على المتبوع توجيه ومراقبة المتبوع توجيهها ورقابة مطلقة كما في الحالات التي يمارس فيها التابع وظيفة توصف بأنها تقنية أو فنية، والتي يظهر أنَّ المتبوع ليس له من المؤهلات ما يجعله يبسط كل البسط في رقابة وتوجيه المتبوع، كأن يكون هذا الأخير طيارا يعمل لدى مالك الطائرة الذي ليس له دراية بقيادة الطائرات، واعتبارا لذلك يتبدى لنا أنَّ فكرة السلطة الفعلية الممنوحة للمتبوع في رقابة وتوجيه تابعه هي في حقيقة الأمر فكرة نظرية.

2- مسؤولية المتبوع عن تابعه قائمة على أساس تحمل التبعة

تقيم هذه النظرية مسؤولية المتبوع على أساس أنه يتحمل تبعة الخطأ الصادر من تابعه لأنه يستفيد من نشاطه فعليه أن يتحمل الغرم من تابعه كما هو يغنم من نشاطه الذي يؤديه لمصلحته، وقد أخذ بهذا الاتجاه بعض فقهاء فرنسا⁽¹⁾.

ويعود ذلك تاريخيا إلى التطور الاقتصادي الهائل الذي ترتب عليه استحالة قيام شخص واحد بأعمال عدة في وقت واحد، مما استوجب توزيع العمل واستعانة كثير من أصحاب المشاريع الكبرى بأناس آخرين لمساعدتهم في تحقيق هذه المشروعات ويصبحون بذلك تابعين لهم، وعليه قد يترتب على هؤلاء التابعين عند ممارستهم لأعمالهم أضرار تصيب الغير مما يُصعِّب عملية حصول الضحايا على تعويض من التابعين لأنهم في غالب الأحيان فقراء، وبالتالي فمادام المتبوع يستفيد من نشاط تابعه فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط، فالغرم بالغنم⁽²⁾.

جاءت هذه النظرية لتلافي العيوب التي عرفتها نظرية الخطأ المفترض، حيث أنه إذا تم تأسيس مسؤولية المتبوع على أساس تحمل التبعة فإنَّ المسؤول لا يستطيع التخلص من المسؤولية حتى ولو نفى علاقة السببية بين تقصيره المفترض في الرقابة وبين الضرر الواقع،

⁽¹⁾ ومنهم « Savatier » . محمد مهدي زوين، الطبيعة القانونية للمسؤولية عن فعل الغير، مرجع سابق، ص.12.

⁽²⁾ مصطفى بوبكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ص.134.

وكذلك فإنَّ المتبوع سيكون ملزماً بالتعويض حتى ولو كان صغيراً غير مميز⁽¹⁾. غير أنَّ هذه النظرية لم تصمد هي الأخرى أمام سهام النقد والتي تمثلت فيما يلي:

- إنَّ اشتراط حصول خطأ التابع لقيام مسؤولية المتبوع أمر يتعارض مع فكرة تحمل التبعية التي تقتضي مساءلة المتبوع عن كل ضرر يصيب شخصاً آخر سواء صاحب هذا النشاط خطأ منه أم لا.

- يعاب على هذا الرأي مخالفته لما انعقد عليه إجماع الفقه والقضاء، ولما نص عليه المشرع من جواز رجوع المتبوع على التابع بما دفعه من تعويض للمضرور، إذ أنَّه لو كانت مسؤولية المتبوع قائمة على فكرة تحمل التبعية لما كان هناك محل لرجوع المتبوع على التابع⁽²⁾.

- إنَّ القانون كأصل عام يقيم فكرة المسؤولية على أساس السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه وليس على أساس فكرة المنفعة⁽³⁾.

3- مسؤولية المتبوع هي مسؤولية عن عمل الغير (مسؤولية الغير)

أمام عدم صمود النظريات التي رأت أنَّ أساس مسؤولية المتبوع هي مسؤولية ذاتية ظهر اتجاه يقيم رأيه على أساس أنَّ مسؤولية المتبوع إنَّما هي مسؤولية عن فعل الغير وقد ظهرت عدة نظريات كان أهمها وأقواها نظرية الضمان⁽⁴⁾.

ومفاد فكر هذه النظرية أنَّ المتبوع يعتبر بمثابة كفيل متضامن، ومصدر هذه الكفالة هو القانون وليس العقد، واعتباراً ذلك يكون المتبوع متضامناً مع التابع في التزامه بالتعويض عن

⁽¹⁾ محمد مهدي زوين، الطبيعة القانونية للمسؤولية عن فعل الغير، المرجع السابق، ص. 12.

⁽²⁾ عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 70.

⁽³⁾ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، المرجع السابق، ص. 211.

⁽⁴⁾ وكان من بين النظريات التي قيلت في ذلك نظرية النيابة القانونية التي ترى أنَّ التابع نائب عن المتبوع وبالتالي فإنَّ ما يصدر من التابع من أفعال تعتبر وكأنها صادرة من المتبوع، ممَّا يترتب عليه اعتبار خطأ التابع هو في نفس الوقت خطأ المتبوع، ومن الانتقادات التي وجهت إليها أنَّ النيابة تكون في التصرفات القانونية وليس في الأعمال المادية. لشرح واف في الموضوع، ينظر، ربيع ناجح راجح أبو حسن، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، مرجع سبقت الإشارة إليه، ص. 111. مصطفى بوبكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر، مرجع سابق، ص. 142 وما بعدها. ونظرية الحلول التي ترى أنَّ التابع يحل محل المتبوع في الفعل الذي يقوم به، فإذا سبب هذا الفعل ضرراً للغير فيعتبر المتبوع حينئذ هو الذي سبب الضرر، ومن الانتقادات التي وجهت إليها أنَّها تقوم على مجاز قانوني ينافي الواقع من أنَّ الخطأ يجب أن يكون شخصياً وكذا اعتبار شخصية التابع امتداداً لشخصية المتبوع. للتفصيل أكثر، يراجع، محمد مهدي زوين، طبيعة المسؤولية عن فعل الغير، نفس المرجع، ص. 14. ويراجع في نفس السياق، ربيع ناجح راجح أبو حسن، المرجع السابق، ص. 113.

الضرر ويترتب على ذلك أنّ المضرور له الخيار بالرجوع على المتبوع أو على التابع دون دفع المتبوع بالتجريد، فإن رجع المضرور على المتبوع واستوفى منه التعويض كان للمتبوع الرجوع على التابع⁽¹⁾.

إنّ الأخذ بفكرة الضمان كأساس لمسؤولية المتبوع عن خطأ تابعه يحقق على حد تعبير بعض الفقهاء "بعض المميزات التي لا تتاح في ظل الأخذ بالنظريات السابقة، فالقول بضمان المتبوع لخطأ التابع يتقضى مسألة إفسار التابع إذ قد يفاجأ المضرور -وهذا ما يحدث غالباً- بأنّ التابع معسر ممّا قد يحول دون وصوله لحقه في التعويض، وبالتالي أراد المشرع أن يقدم له مسؤولاً موسراً، وهو المتبوع ليضمن له الحصول على تعويض لجبر ضرره"، كما تحقق هذه النظرية للمضرور حماية تتمثل في أنّ المتبوع لا يمكن له أن ينفي مسؤوليته حتى ولو ثبت أنّه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر، لأنّ التزامه هنا هو "التزام بتحقيق غاية وليس بذل عناية"، بالإضافة إلى ذلك فإنّ الأخذ بفكرة الضمان يمكن من مساءلة المتبوع حتى في الحالات التي يكون فيها عديم التمييز ما يوسع من حماية المضرور وتأمين حصوله على تعويض لجبر ضرره. إنّ هذه النظرية تحل مشكلة جواز رجوع المتبوع على التابع بما دفعه من تعويض للمضرور، لأنّ المسؤول هو التابع وبالتالي تبقى المسؤولية على كاهله⁽²⁾.

ويبدو أنّ القضاء قد سلك طريق الفقه في اعتبار أنّ أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه هو نظرية الضمان، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها: "مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة تقوم على اعتبار أنّ المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون لا العقد"⁽³⁾. وهو المسلك الذي انتهجته المحكمة العليا في الجزائر في قرار

⁽¹⁾ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، المرجع السابق، ص. 212.

⁽²⁾ مصطفى بويكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ص. 144 وما بعدها.

⁽³⁾ نقض، بتاريخ 1986/10/26، رقم 385، السنة 25 ق، مجلة القضاء، س 21، ع 1، ص. 150. أورده عن ربيع ناجح راجح أبو حسن، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، المرجع السابق، ص. 109. وفي حكم آخر لها قضت محكمة النقض المصرية على أنّ: "مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة وهي على ما جرى به قضاء هذه المحكمة مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور، وتقوم على فكرة الضمان القانوني فيعتبر الكفيل في حكم المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد ومن ثم إذا أوفى المتبوع بالتعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفه المسؤول عنه وليس مسؤولاً معه، وهذه هي القاعدة التي قننها المشرع في المادة 175 من القانون المدني التي تقضي بأنّ للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر، ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث المتبوع

لها في 20 /02/ 1985 (1).

إنّ الرأي الذي يقيم مسؤولية المتبوع على أساس الضمان هو الأقرب إلى الصواب، وبناء على ذلك يعتبر المتبوع الضامن غيرا سيتدخل في الوضعية القانونية الأجنبي عنها التي يكون تابعه طرفا فيها وهي وضعية الضرر. غير أنّ السؤال الذي يطرح هنا هو: ما هي أحكام العلاقة البينية لأطراف الوضعية القانونية، أي التابع والمتبوع والمضروب، ذلك ما نجيب عنه في العنصر الموالي.

ثانيا: أحكام الرجوع بين أطراف الوضعية القانونية

بادئ ذي بدء نشير أنّ كلا من المشرع المصري والجزائري والفرنسي جعلوا مسؤولية المتبوع قائمة متى قامت مسؤولية التابع، ومادامت مسؤولية المتبوع قائمة على فكرة الضمان فلا يمكن للمتبوع أن ينفي مسؤوليته ويتخلص منها إلاّ إذا انتفت مسؤولية التابع وفقا لما هو مقرر في القواعد العامة. وعلى سبيل الاستئناس والمقارنة، يسمح القانون المدني العراقي للمتبوع أن ينفي المسؤولية عن نفسه، واعتبارا لذلك يجوز للدولة والبلديات وغيرهم من الأشخاص المعنوية العامة أو من الأشخاص الخاصة دفع المسؤولية إمّا بنفي الخطأ عن نفسها أي بنفي العلاقة السببية بين ما قد يكون منها من خطأ والفعل الضار الذي ارتكبه التابع، فيجوز لمن تقع عليه أن يثبت مثلا أنّه قام بما يجب عليه من الرقابة والتوجيه لتفادي مثل هذا الضرر الذي وقع منه، فإن تعذر عليه ذلك جاز له أن يثبت أنّ قيامه بهذا الواجب ما كان ليحول دون وقوع الضرر بالصورة التي وقع بها(2).

لمّا كان مناط قيام مسؤولية الغير المتبوع هو قيام مسؤولية التابع فإنّه يكون للمضروب حيال ذلك الخيار بين أن يرجع على التابع وحده أو أن يرجع على المتبوع وحده، أو أن يرجع عليهما معا على سبيل التضامن، لكن لا يجوز له أن يرجع مرتين مرة على التابع ومرة على الغير

دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه". نقض، بتاريخ 1997/12/28، رقم 4861، س 61 ق. مأخوذ عن مصطفى بويكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ص 144. للإشارة فإنّ أحكام محكمة النقض المصرية جاءت متناقضة في هذا المجال، إذ أحيانا كانت تؤسس مسؤولية المتبوع على فكرة الخطأ وأحيانا أخرى على فكرة الضمان، وفقا لتفسير الدائرة المرفوع أمامها النزاع، أي الدائرة الجنائية أو المدنية.

¹ المحكمة العليا، ملف رقم 36038، 20 فبراير 1985. منقول عن العربي بلحاج، النظرية العامة للتزام، مرجع سابق، ص 317.

² المادة 219 من القانون المدني العراقي.

المتبوع فالقاعدة دائما هي أنّ الضرر الواحد لا يعوض عنه إلا مرة واحدة⁽¹⁾، فإذا رجع المضرور على التابع وحده فحصل منه على تعويض الضرر فلا يجوز للتابع أن يرجع بعد ذلك على المتبوع كأصل عام لأنّ مسؤولية المتبوع هي في مواجهة المضرور وحده⁽²⁾ ويكون على المضرور هنا أن يثبت الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، كما أنّه ليس للتابع في هذه الحال حق إدخال الغير المتبوع في الدعوى المقامة عليه كأصل عام، لأنّ -كما قلنا- مسؤولية المتبوع مقررة لمصلحة المضرور وليس التابع ولهذا فإنّ المضرور هو الذي يتمسك بها دون غيره، غير أنّه إذا ساهم الغير المتبوع بخطئه في إحداث الضرر فإنّ للتابع أن يرجع عليه بجزء من التعويض يتناسب مع قدر ما سببه بخطئه من ضرر، ولا يوجد ما يمنع من أن يطلب التابع إدخال الغير المتبوع في الدعوى ليس بصفته متبوعا وإنما باعتباره مسؤولا معه عن الضرر لوجود خطأ مشترك وذلك حتى يتفادى تعدد الدعاوى عند الرجوع طبقا للقواعد العامة في المسؤولية⁽³⁾.

فإذا رجع المضرور على المتبوع وحده فلا يطلب منه إثبات مسؤوليته لأنّ مسؤوليته مفترضة قانونا قوامها قيام مسؤولية التابع وبالتالي يستطيع المضرور أن يطالب المتبوع وحده ولا يلزم بإدخال التابع في الدعوى المقامة، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية على أنّ: "للمضرور أن يرجع مباشرة على المتبوع بتعويض الضرر الناشئ عن أعمال تابعه غير المشروعة دون حاجة لإدخال التابع في الدعوى". ومع ذلك فإذا رجع المضرور على المتبوع وحده أيضا فإنّه يجوز للأخير أن يدخل تابعه في الدعوى وأن يطلب الحكم عليه بما قد يحكم به عليه وذلك لما للمتبوع من مصلحة في هذا الاختصاص لأنّ مسؤوليته تبعية لمسؤولية التابع، حيث إذا استطاع هذا الأخير درء مسؤوليته استغاد المتبوع من ذلك وانتقت بالتالي مسؤوليته هو، أمّا إذا لم يستطع التابع كان حكم التعويض حجة عليه فلا يمكنه أن يعود ويحاول نفي الخطأ عنه عندما يرجع عليه المتبوع بما وفاه للمضرور من تعويض للمحكوم له به⁽⁴⁾.

¹ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.340. وينظر بشأن المسؤولية على أساس التضامن، المادة 126 من القانون المدني الجزائري والمادة 169 من القانون المدني المصري.

² سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.285.

³ ربيع راجح ناجح أبو حسن، مسؤولية المتبوع عن عمل التابع، المرجع السابق، ص.119.

⁴ نفس المرجع، ص.120.

وعليه، ووفقاً للقانون المدني المصري إذا رجع المضرور على الغير المتبوع واستوفى منه مبلغ التعويض كان لهذا الأخير الرجوع بما دفعه على التابع وهو ما تنص عليها المادة 175 منه: "للمسؤول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسؤولاً عن تعويض الضرر"، غير أنّ الأمر ليس كذلك بالنسبة للتشريع الجزائري، حيث قيّد حق المتبوع في الرجوع على التابع بتوفر خطأ جسيم ارتكبه هذا الأخير، بمعنى أنّه لا يجوز للمتبوع أن يرجع على التابع بما دفعه من تعويض للمضرور إلاّ إذا أثبت أنّ هذا الأخير قد ارتكب خطأ جسيماً وهو الحكم المنصوص في المادة 137 من القانون المدني التي تنص بأن: "للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيماً". ويبدو أنّ المشرع باستحداثه لهذا الحكم أراد أن يبسط حماية للمضرور والتابع معا من وجهة نظر اجتماعية، فالمتبوع عادة ما يكون أكثر ملاءة ويسرا من التابع وبالتالي فإنّ فرصة حصول المضرور على تعويض بالرجوع على المتبوع أوفر حظاً من الرجوع على التابع⁽¹⁾، كما أنّه راعى مصلحة التابع وجعل حق المتبوع في الرجوع عليه مقترناً بارتكابه لخطأ جسيم ذلك لتشجيعه على العمل بكل حرية والمحافظة على قدرته المالية لأنّه في الحالة العكسية سيكون مسؤولاً عن كل ضرر مهما بلغت شدة الخطأ، ويبدو أنّ هذا الحكم قد استوحاه المشرع الجزائري من القضاء الفرنسي الذي قرّر أنّ حق المتبوع في الرجوع على التابع مقيد بالحالة التي يكون فيها هذا الأخير قد ارتكب خطأ شخصياً جسيماً وهو المبدأ الذي قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية « Costedoat » في 2000/02/25 حيث أعلنت هيأتها العامة ما يلي: (لا تقام مسؤولية المتبوع تجاه التابع الذي يتصرف دون أن يتجاوز حدود المهمة التي عهد بها إلى متبوعه)⁽²⁾، وعليه يظهر من ذلك أنّ المشرع الجزائري قد أخذ بالمسؤولية شبه المطلقة للمتبوع، حيث يكون هذا الأخير مسؤولاً في سائر الظروف إلاّ إذا ارتكب التابع خطأ جسيماً، ما يوحي بأنّه قد ذهب إلى تقرير مسؤولية الغير مسؤولية فعلية وحقيقية على خلاف المشرع المصري الذي

¹ مصطفى بوبكر، المسؤولية التصيرية بين الخطأ والضرر، مرجع سبق ذكره، ص. 151 وما بعدها.

² ربيع ناجح راجح أبو حسن، مسؤولية المتبوع عن عمل التابع، المرجع السابق، ص. 129. مشار إليه في الهامش. ومقتضى القرار ما يلي: (منح التابع حصانة مدنية تمنع أيّة متابعة ضده من خطأ يرتكبه، والتي تسقط عنه في حالة ارتكابه خطأ جسيماً أو تجاوز حدود الوظيفة أو السلطة الممنوحة له من طرف المتبوع، إمّا بأداء عمل خارج الحدود المهمة التي وُصِف من أجلها، أو التصرف بدون تفويض، ولأغراض شخصية، في هذه الحالات يسأل التابع عن أعماله وإذا دفع المتبوع التعويض جاز له الرجوع على المتبوع بما دفعه". منقول عن، أحمد الحياوي، المسؤولية التصيرية عن فعل الغير، ط. 1، دار وائل للنشر، عمان، 2003، ص. 292-295.

أعطى للمتبوع حق الرجوع على التابع بما دفعه في كل الحالات⁽¹⁾، ما يجعلنا نتساءل ما الجدوى من نعت هذه المسؤولية بالمسؤولية عن الغير أو الأصح مسؤولية الغير إذا كان المتبوع يرجع على التابع بما دفعه من تعويض؟ ما يعيدنا إلى ما قلناه أعلاه بأن هذه المسؤولية أساسها الكفالة.

إنَّ الوقوف على مسألة التأصيل التاريخي للغير في القانون لا يمثل سوى نتيجة لعملية البحث في إطاره المفاهيمي ضمن مجال القانون عموماً والقانون الإداري خصوصاً. ولَمَّا كان الغير كل شخص طبيعي أو معنوي أجنبي تماماً عن وضع قانوني معين، فإنَّ وصفه هذا يقوم على أساس تموقعه من هذا الأخير، ومع ذلك فإنَّ تحديد هذا التموقع بدقة وفق عوامل معينة تتمثل في الزمان والمكان وطبيعة موضوع العلاقة القانونية (الوضعية القانونية) هو الذي يؤدي في نفس الوقت إلى تحديد قائمة بشأنه في نطاق القانون الإداري ووصفه بأنه غير أصلي أو غير مستفيد، وهو ما نتناوله بالدراسة والتحليل في الباب الثاني من هذه الأطروحة.

⁽¹⁾ إنَّ هذا الأمر سيرتب عدة نتائج من بينها: أنَّ المضرور إذا رجع على التابع ووفى هذا الأخير بالتعويض جاز له الرجوع على المتبوع إذا كان خطأه بسيطاً، كذلك إذا ساهم خطأ المتبوع مع الخطأ البسيط للتابع في إحداث الضرر كان المتبوع مسؤولاً وحده عن الضرر، لأنَّ خطأ المتبوع يستغرق خطأ التابع الذي لا يسأل إلا عن الخطأ الجسيم.

الباب الثاني
درجات الغير وتطبيقاتها في
مواضيع القانون الإداري

يشكل مفهوم كل من الغير الأصلي والغير المستفيد مفهوما وظيفيا يسمح للقاضي الإداري ضمنا بالتنظيم بولوج المحكمة إيجابيا أو سلبيا، ويتم التعبير عن هذا التنظيم من خلال الطعون القضائية التي يمكن أن يمارسها كل من الغيرين. وبما أنّ مفهوما ناتج عن المفهوم "الأم" للغير فإنّهما قد يشتركان في بعض الطعون، ومع ذلك فإنّ اختلافهما سيمنحهما مكنة مباشرة طعون مختلفة ومتميزة⁽¹⁾.

وتطبيقا لذلك، يعتبر التمييز بين فئات الغير أمرا حتميا ولازما ترجع أهميته أساسا إلى اختلاف الأعمال القانونية التي تقوم بها الإدارة، وبالتالي لذلك اختلاف النظام القانوني الذي يحكمها، وعليه متى يوصف الغير بأنّه غير أصلي أو غير مستفيد؟ وما هو موقعه من العلاقات القانونية-المتمثل موضوعها في الأعمال القانونية- التي تكون الإدارة أحد أطرافها، وما هي النتائج المترتبة على ذلك؟

وللإجابة عن هذه الأسئلة نتعرض في الفصل الأول لفئة الغير الأصلي، لنتناول في الفصل الثاني فئة الغير المستفيد.

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif , op.cit.p215.

الفصل الأول الغير الأصلي

يعتبر الغير الأصلي أجنبيا عن العلاقة القانونية ويبقى كذلك ولن يتدخل فيها، ويمائل الغير الأصلي في القانون الإداري الغير المطلق في القانون المدني حيث يتم تعريفهم بالنظر إلى غرابتهما الكاملة تجاه وضعية قانونية، وعلاوة على ذلك فإنَّ الغير الأصلي والغير المطلق هما صاحبا دعاوى، حيث يتدخل الغير الأصلي في المجال العام، كما أنَّ للغير المطلق أن يتدفع بالبطلان المطلق لعقد أبرم بين أشخاص القانون الخاص. ومع ذلك، فإنَّهما يختلفان من حيث أنَّ للغير الأصلي إمكانية كبيرة للتدخل في العلاقات المكونة من قبل عدة أشخاص مختلفة على عكس الغير المطلق⁽¹⁾.

وبناء على ذلك، نسلط الضوء في هذا الفصل من هذا الباب على تحديد الغير الأصلي بالنسبة للأعمال الإدارية وذلك من خلال دراسته في إطار القرار والعقد الإداريين، والتطرق إلى تطبيقات في ذلك والدعاوى القضائية المتاحة له من أجل الدفاع عن مصالحه. وعليه، نتناول في المبحث الأول مسألة الغير الأصلي في القرار الإداري، لنخرج في العنصر الثاني لمسألة الغير الأصلي في العقد الإداري.

المبحث الأول

الغير الأصلي في القرار الإداري

لمَّا كان الغير الأصلي أجنبيا عن العلاقة القانونية المعنية فإنَّه يلتزم بعدم التدخل فيها أو عدم المساس بها من حيث المبدأ، وبالتالي يبقى بعيدا عن القرارات الإدارية التي لا تعنيه، ومع ذلك يملك طرقا قانونية (دعاوى) تسمح له بالتدخل في العلاقة القانونية الأجنبي عنها، بحيث يمكن أن يؤدي هذا التدخل إلى تدمير العلاقة القانونية بإلغائها قضائيا.

وفي ضوء هذه المتناقضات، ما هي مؤثرات ومحددات تدخل الغير الأصلي في العلاقة القانونية الغريب عنها، وما هي النتائج المترتبة على ذلك كله؟

وللإجابة على هذا التساؤل نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، مطلب أول يتعلق بتحديد الغير الأصلي، ومطلب ثانٍ لدراسة تطبيقاته.

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.217.

المطلب الأول

تحديد الغير الأصلي

تعتبر مهمة تحديد الغير الأصلي من العناصر الأساسية في تعريفه، إذ تسمح لنا بتحديد العناصر التي تدخل في تكوينه، ذلك من خلال التطرق إلى العلاقة القانونية الأجنبية عنها وأطرافها وكذا مركزه تجاهها. وعليه، نسلط الضوء في هذا العنصر من البحث على العلاقة القانونية ذات الصلة بالغير الأصلي من حيث موضوعها في الفرع الأول، لنحدد أطرافها في الفرع الثاني منه، والنتائج المترتبة عليها في الفرع الثالث.

الفرع الأول

القرار الإداري موضوع العلاقة القانونية

تشكل العلاقة القانونية نوعا من العلاقات الاجتماعية التي تربط بين موضوعين على الأقل، حيث تكون القاعدة القانونية السارية هي نفسها بالنسبة للموضوعات المعنية، كما يشكل موضوع الالتزام لأحد هذه العلاقات سلوك معين تجاه الآخر⁽¹⁾، وعليه تنطوي هذه العلاقة القانونية على الحقوق والواجبات التي يتم تكوينها بموجب قرار إداري في هذا الصدد.

ويشكل القرار الإداري الأسلوب المميز لتعبير السلطات الإدارية بسبب فعاليته، كما يشكل الوسيلة التي يركز عليها النشاط الإداري، وفي هذا السياق أعطيت له تعريفات كثيرة، ومن جملة ذلك أنه: "عمل قانوني انفرادي صادر عن مرفق عام من شأنه إحداث آثار قانونية تحقيقا للمصلحة العامة"⁽²⁾، كما تمّ تعريفه أيضا على أنه: "تعبير جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بهدف إحداث أثر قانوني"⁽³⁾. أمّا عن القضاء فقد عرفته المحكمة الإدارية العليا بمصر بأنّه: "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة للأفراد بناء على سلطاتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح حين تتجه إرادة الإدارة لإنشاء مركز قانوني يكون جائزا وممكنا قانونا وباعث من

¹⁾ Andre- JEAN ARNAUD, dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, L.G.D.J, 2^{ème} éd., 1993, p. 502.

²⁾ محمد الصغير بعلي، شروط قبول دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2013، ص.39.

³⁾ رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، مرجع سابق، ص.31.

المصلحة العامة التي يبتغيها القانون"⁽¹⁾.

ومن جملة ما تم قوله، فإنَّه حتى يعتبر العمل الإداري قرارا إداريا يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية: أن يكون صادرا عن جهة إدارية أو شبه إدارية، بشكل إرادي، وبالإرادة المنفردة لهذه الجهة، وأن يحدث أثرا قانونيا.

أولا: القرار الإداري صادر عن جهة إدارية أو شبه إدارية

تقوم الدولة القانونية على أساس الفصل بين السلطات العامة فيها، وهذا الفصل يعتبر عضويا بالدرجة الأولى، حيث يختص كل عضو بوظيفة معينة من وظائف الدولة، وتكون مهمته الأصلية محصورة في إطار هذه الوظيفة، وتقسم وظائف الدولة إلى ثلاث: الوظيفة التشريعية من اختصاص السلطة التشريعية والوظيفة الإدارية للسلطة التنفيذية بينما تعود الوظيفة القضائية للسلطة القضائية. وينشأ كنتيجة منطقية من فكرة الفصل بين السلطات مبدأ مهم وهو مبدأ الاختصاص الوظيفي والذي يهدف إلى أن يختص كل عضو أو كل سلطة من هذه السلطات باختصاص وظيفي معين ومحدد بحيث يخلق التزاما على كل عضو بأن يتصرف في حدود ما أوكل إليه من مهام في إطار المشروعية القانونية.

وبناء على ذلك، فمقتضى أن يكون القرار الإداري صادرا عن جهة إدارية أن يكون صادرا عن كل شخص يملك قانونا ممارسة عمل من أعمال الوظيفة الإدارية بغض النظر عن موقعه وانتمائه، ولما كانت موضوعات الوظيفة الإدارية موزعة في كل السلطات العامة في الدولة، فهي في الأصل تدخل في مهام السلطة التنفيذية ولكن ليست حكرا على رجالها، إذ يملك رئيس السلطة التشريعية إصدار قرارات إدارية بالتعيين أو النقل... تخص الموظفين تحت رئاسته، ويصدق ذلك على بعض رجال السلطة القضائية، فهؤلاء ينظر إليهم على أنهم يجمعون أوصافا متباينة في بعض الأحيان، فهم رجال سلطة قضائية أو تشريعية إلا أنهم في حالات معينة ينظر إليهم إلى أنهم أشخاص إدارية تصدر أعمالا إدارية تخضع لرقابة القاضي الإداري⁽²⁾، كما قد يكون العمل الإداري صادرا عن أشخاص يحكمها القانون الخاص مكلفة بتسيير مرفق

⁽¹⁾ طعن إداري رقم 31/06، بتاريخ 1986/11/16، مجلة المحكمة القضائية، سنة 25، عدد 34، ص.16. أورده، عبد اللطيف عبد الحميد ماضي، شرط الصفة في دعوى الإلغاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016، ص.47.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص.161 وما بعدها.

عام(1).

هذا، وقد أعطى القانون كذلك مكنة سلطة اتخاذ القرارات الإدارية لجهات شبه الإدارية، تحتل المنظمات المهنية مكانة خاصة وتمييزة ضمنها⁽²⁾، وعليه تعرف المنظمة المهنية على أنها: "هيئة تشرف على تأطير هيئة معينة مبنية على التخصص العلمي، تعمل على تنميتها وتطويرها باعتبارها خدمة عمومية وتمثلها لدى الغير من أفراد وسلطات عامة، وتتمتع في سبيل ذلك بالشخصية الاعتبارية وبعض السلطات العامة باعتبارها مرفقا عموميا متخصصا"⁽³⁾، ومن أمثلة ذلك منظمة المحامين، منظمة الصيادلة، منظمة المهندسين... .

وحيث أنها أنشأت من جهة بمبادرة من السلطة العامة ومنظمة بقوانين، تحدد تشكيلها واختصاصتها وتسييرها وتقوم بدور مراقبة ممارسة المهنة، ومن جهة أخرى تمثل تجمعا الزاميا يخضع لرقابة إدارية وقضائية، هذا بالإضافة إلى خضوعها للقانون العام من خلال امتيازات السلطة العامة التي تتوفر عليها إزاء ما يتعلق بالانخراط والتأديب⁽⁴⁾.

وقد أقر القضاء الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة صراحة باعتبار المنظمات المهنية شخصا من أشخاص القانون العام دون اعتبارها مؤسسة عامة وكان ذلك في قضية Bouguen سنة 1943 وبالتبع لذلك أكد على أنها تتمتع بامتيازات السلطة العامة المتمثلة خصوصا في سلطة إصدار قرارات إدارية، كما ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية في نفس الإتجاه سنة 1946 حينما اعتبرت المنظمة المهنية شخصا من أشخاص القانون العام، وأن ما يصدر عنها من

¹ نشأت وترعرعت فكرة صدور قرارات إدارية عن أشخاص القانون الخاص أصلا في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ويعود السبب في ذلك إلى استعانة الدولة بالمبادرة الخاصة عندما لا ترغب أن تأخذ على عاتقها نشاطا معيناً وتكتفي بإجراء الرقابة عليه أو توجيهه في خدمة الصالح العام، ومن أجل ذلك ترسم إطارا يندرج فيه عمل الهيئات الخاصة التي تجد نفسها بهذه الكيفية مشتركة مع السلطة في القيام بمهمة تعد في الأصل من مهام المرفق العام، وتتمثل هذه المشاركة إما في تدبير شؤون المرافق الصناعية والتجارية بموجب عقد إداري تمنحه الإدارة للخواص بإنجاز عملية ذات مصلحة عامة وتمنحه بعض الامتيازات مع الاحتفاظ بحق إجراء المراقبة على استعمالها، وإما أن تفرض الإدارة من جانب واحد واجبات ترتبط بالمرفق العام وأن تحول امتيازات للمقاولات الخاصة والتي تساهم في تحقيق حاجيات الصالح العام. لتفصيل واف في الموضوع، ينظر، محمد ربيع بن سعيد، أشخاص القانون الخاص وإصدار القرار الإداري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، المغرب، 2011، ص.39 وما بعدها.

² عبد الرحمان عزوي، النظام القانوني لممارسة الأنشطة والمهن المنظمة، دراسة مقارنة، ط.1، عالم الكتب للنشر والتوزيع، 2004، ص.98.

³ مامون مؤذن، الطبيعة القانونية لنشاط النقابات أو المنظمات المهنية، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، 2014، ع.30، ص.65.

⁴ يراجع، محمد ربيع بن سعيد، أشخاص القانون الخاص وإصدار القرار الإداري، نفس المرجع، ص.107.

بعض أعمال يصدق عليه وصف القرار الإداري⁽¹⁾. أمّا عن النظام القانوني الجزائري، وفي غياب أي اجتهاد قضائي في هذا المجال، نقول أنّ المشرع قد أخضع بعض منازعات المنظمات المهنية لاختصاص القاضي الإداري من منطلق أنّها تتمتع ببعض امتيازات السلطة العامة ومن ذلك سلطة إصدار قرارات إدارية، وهو ما تأكده صراحة المادة التاسعة من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم⁽²⁾ في فقرتها الأولى بقولها: " يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوي الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية".

ثانيا: القرار الإداري هو تعبير إرادي

إنّ الإفصاح عن الإرادة أو التعبير عنها أمر لا غنى عنه حتى نكون بصدد قرار إداري بصفة خاصة أو أي عمل قانوني بصفة عامة، ودون هذا الإفصاح لا نكون بصدد عمل قانوني وإنّما أعمال مادية في إحدى صورها غير الإرادية. فالقرار الإداري عمل إرادي، إذ هو تعبير عن إرادة الإرادة الملزمة، حيث يجب أن يتجسد في مظهر خارجي بأن تعلن الإدارة عن إرادتها صراحة أو ضمنا، لأنّ القرارات الإدارية إنّما تصدر بهدف إلزام الأفراد بعمل أو الامتناع عنه أو لتحقيق بالنسبة إليهم أثرا قانونيا معيناً، فيجب أن تتخذ تلك القرارات مظهرا خارجيا حتى يعلم به الأفراد ويرتبوا تصرفاتهم وفقا لأحكامها ومقتضياتها، ولا يهمل بأي حال من الأحوال إن كانت هذه القرارات صريحة أو ضمنية، أو حتى سلبية تستفاد من موقف سلبي للإدارة تجاه ما فرضه عليها القانون للتدخل⁽³⁾.

وبمفهوم أكثر دقة، يقصد بالتعبير الإرادي أنّ القرار الإداري عمل قصدي يعتمد في وجوده على الإرادة، فهي فقط التي تتجه لإحداث أثر قانوني، فليس أي تعبير عن الإدارة يعتد به، وإنّما فقط ذلك التعبير القصدي المتجه إلى النتيجة المتمثلة في إحداث أثر قانوني، أي توفر

⁽¹⁾ للاستزادة حول وقائع هذه القضايا وحيثياتها، ينظر، مامون مؤذن، الطبيعة القانونية لنشاط النقابات أو المنظمات المهنية، المرجع السابق، 70 وما بعدها.

⁽²⁾ ج. ر. ع. 37، الصادرة في 1 يوليو 1998. المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 26 يوليو 2011، ج. ر. ع. 43، الصادرة في 3 أوت 2011..

⁽³⁾ رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، المرجع السابق، ص. 51.

النية المبيّنة لإحداث هذا الأثر⁽¹⁾.

إنّ التعبير عن الإرادة لا ينتج آثاره القصدية إلاّ إذا كان متطابقاً وجوهراً هذه الإرادة، حيث أن ما تمّ التعبير عنه ينبغي أن يكون نابعا من إرادة الإدارة ونيّتها، قاصدة تحقيقه بالصورة المعبر عنها، وبتعبير آخر يشترط للاعتداد بهذا التعبير الإرادي أن يكون معبرا عن رضا الجهة المختصة وعن قصدها في تحقيق الأهداف الموجودة من تصرفها القانوني، وهذا يعني أنّ لحظة التعبير عن الإرادة كانت سليمة خالية من العيوب التي تُنقِصها (عدم مشروعية قرار موجود) أو تعدمها كلية (الانعدام القانوني يرفع الصفة الإدارية عن عمل الإدارة وينحدر بها إلى العمل المادي)⁽²⁾.

ثالثا: القرار الإداري صادر بالإرادة المنفردة

يعتبر القرار الإداري أو العمل الإداري الانفرادي عملا قانونيا يتم في إطار تنفيذ عملية إدارية بشكل عام، ومع ذلك يستعمل هذا المصطلح لتحديد تلك الأعمال التي لها صفة الأحادية بما يعارض العقود الإدارية⁽³⁾، وعليه فإنّ المعيار الحقيقي لصفة الانفرادية يقوم على معيار كفي يتحدد في كونه الطريق الذي تسلكه الإدارة في التعبير عن نفسها، فقد يتحدد الأفراد الذين ينتجون التصرف ولكنهم يقفون في جانب واحد أو جهة واحدة من أجل التعبير عن الإرادة، وعليه فإنّ سمة الأحادية هي عنصر شكلي فيما يتعلق بالمظاهر الخارجية للقرارات الإدارية، إنّها تعبر عن وحدة الإدارة التي يتضمنها التصرف، إذ مهما كان عدد المتصرفين، فالتصرف يعتبر منفردا إذا احتوى على إرادة واحدة صادرة من جانب واحد. وبمعنى أدق فهذه السمة إنّما تعني طريق إنتاج التصرف القانوني وهي الطريق التي لا تتطلب للوصول إلى الهدف سوى تدخل إرادة واحدة، فقد يشترك في تكوين العمل القانوني أكثر من فرد يعمل كل منهم في مرحلة من مراحل تكوينه، ومع ذلك يعتبر قرارا إداريا طالما أنّهم يعملون لحساب جهة إدارية واحدة⁽⁴⁾.

فالقرار الإداري هو عمل تصدره الإدارة تعبيراً عن إرادتها وتعبيراً عن إرادتها وحدها، وهذه

⁽¹⁾ رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، المرجع السابق، ص.117.

⁽²⁾ لتفصيل واف في الموضوع، ينظر، نفس المرجع، ص.117.

⁽³⁾ Gérard CORNU, vocabulaire juridique, op.cit, p.17.

⁽⁴⁾ برهان زريق، القرار الإداري وتمييزه عن قرار الإدارة، ط.1، د.د.ن، 2016، ص.143 وما بعدها.

الإرادة المنفردة تلزم ذوي الشأن وترتب الآثار القانونية في حقهم مهما كانت ردة فعلهم، سواء كانوا قد طلبوا صدور هذا القرار أو لم يطلبوه، حيث أنّ إرادة ذوي الشأن المستفيدين لا يعتد بها كأصل عام في وجود القرار الإداري⁽¹⁾.

رابعاً: القرار الإداري يقصد منه إحداث أثر قانوني

إذا كان الأمر يتطلب لوجود القرار الإداري تعبيراً إرادياً صادراً عن جهة إدارية عامة وذلك بإرادتها المنفردة إلا أنّ ذلك غير كاف لقيام وجود هذا القرار، حيث لا يعتبر كل تعبير إداري إداري صادراً بالإرادة المنفردة قرار إدارياً، وإنّما فقط ذلك الذي يتوافر بشأنه عنصر آخر والمتمثل في إحداث أثر قانوني.

وينصب عنصر الأثر القانوني على موضوع القرار فلا يشترط أن يكون للقرار الإداري محل معين فقط لأنّ كل عمل إداري أو غير إداري له موضوع ومحل وإنّما يتطلب في هذا الموضوع أن يكون من نوع معين ومن طبيعة خاصة. فلكي يعد العمل الصادر عن السلطة الإدارية قراراً إدارياً وتقبل حياله دعوى الإلغاء ينبغي أن يحدث هذا العمل أثراً قانونياً، أي كان هذا الأثر، وأياً كانت درجته للمخاطبين به⁽²⁾.

ويكون الأثر قانونياً متى انصب على المراكز القانونية للأفراد، ويتغير هذا الأثر بتغير هذه المراكز القانونية. وتعني المراكز القانونية العامة الحالة التي يوجد فيها الفرد إزاء القانون⁽³⁾، حيث قد يكون محل القرار الإداري إنشاء حالة قانونية جديدة، كما يكون معدلاً لحالة قانونية قائمة، أو رافضاً لطلب تعديل هذه الأخيرة أو بانتهائها⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، المرجع السابق، ص.256. إنّ تقديم صاحب الطلب لاستصدار قرار لا يعدوا أن يكون سوى سبباً لهذه القرارات، أي يتعلق بعناصر صحة هذه القرارات لا بعناصر وجودها، وبالتالي لا ينعكس أثره على طبيعتها. نفس المرجع، ص.265.

⁽²⁾ عصام نعمة إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.375..

⁽³⁾ رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، المرجع عينه، ص.354.

⁽⁴⁾ نفس المرجع، ص.353.

وحتى يحدث القرار الإداري أثرا بنفسه يجب أن يكون نهائيا ذا طابع تنفيذي⁽¹⁾، ويقصد بالنهائية أن يحدث القرار بذاته ودون تدخل من جهة أخرى الآثار القانونية المتطلبة لوجود القرار الإداري وأن يمس المراكز القانونية للأفراد⁽²⁾.

وعلاوة على ذلك، فإنَّ القرار الإداري المحدث للأثر القانوني يصطبغ بالصفة التقريرية Décisoire، إذ يعدل العمل التقريري النظام القانوني أو على العكس يصلح حالة، ويطلق على القرار التقريري في القضاء الفرنسي العمل الذي يحدث أذى أو العمل الذي يحدث أثرا حسب الحال l'acte faisant grief، وتعتبر كذلك القرارات التي تحدث أثرا بذاتها، وعموما فإنَّ القرار التقريري يحمل معنى التقرير أو يحتوي على قرار⁽³⁾.

ومهما تعددت المصطلحات وتباينت (قرار تنفيذي، نهائي، تقريري) فإنه أريد بها مدلولاً واحداً وهو ضرورة توافر عنصر الأثر القانوني في القرارات حتى تعتبر إدارية وتصلح بذلك للطعن بالإلغاء، أما إن تخلف هذا العنصر فلا وجود للقرار الإداري وإن توفرت فيه سائر العناصر الأخرى.

وينقسم القرار الإداري أو -كما يطلق عليه- العمل الإداري الانفرادي موضوع العلاقة القانونية إلى فئتين: فئة القرار الإداري التنظيمي أو اللأحي والقرار الإداري الفردي، ويتم تعريفهما على أساس مادي⁽⁴⁾. فالقرارات الإدارية التنظيمية تتضمن قواعد عامة ملزمة تطبق على عدد غير معين ومحدد من الأفراد، بينما تخاطب القرارات الإدارية الفردية فرداً أو أفراداً معينين بذواتهم كتعيين شخص في وظيفة أو منحه ترخيصاً معيناً، وبناء على ذلك تعتبر القرارات التنظيمية بمثابة تشريع يصدر من السلطة الإدارية، ولمّا كان ذلك فهو يطبق على كل من يستوفي شروط محددة وضعتها هذه القاعدة، وبالتالي لا يمكن كأصل عام معرفة من تطبق عليهم هذه القاعدة عند صدورهما لأنَّ مجال هذا التطبيق غير محدود، بالإضافة إلى ذلك فإنَّ تطبيق القاعدة العامة المجردة لا يستنفد موضوعه بل يظل قابلاً للتطبيق في المستقبل

¹ ولقد ورد مصطلح النهائية في المادة 10 القانون رقم 47 لسنة 1972 المنظم لمجلس الدولة المصري، بينما لم نجد لذلك محل في التشريعين الجزائري والفرنسي، ما عدا الاجتهادات القضائية لقضاء مجلس الدولة الفرنسي كما سنراه.

² عبد اللطيف عبد الحميد ماضي، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص. 51 وما بعدها.

³ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit.p.224-225.

⁴ Yves GAUDEMET, traité de droit administratif, droit administratif général, t1, L.G.D.J, 16^{ème} éd., 2001, p. 520.

على عكس القرار الإداري الفردي الذي ينقضي بتنفيذه⁽¹⁾.

ووفقا لما تقدم، يظهر بوضوح معيار التمييز بين القرار الإداري الفردي والقرار الإداري التنظيمي حيث يركز على عمومية العمل، فإذا كان القرار عاما فهو قرار إداري تنظيمي، ومع ذلك لا ينبغي فهم هذا المعيار بالمعنى الكمي، لأنَّ القرارات الفردية قد تعني عددا كبيرا من الأشخاص وعندئذ يجب بحث فيما إذا كان نطاق تطبيقها محدودا، ومهما كان من قول فالقرار الإداري الفردي يهدف إلى توليد آثار لصالح أو ضد مخاطب محدد أو عدة مخاطبين معينين، وهو ما يجاوز العمل التنظيمي كأصل عام الذي يتسم بالطابع العام والغير شخصي، وبالتالي فالعمل التنظيمي يتعلق بوضعية عامة بينما يتعلق القرار الفردي بالوضعية القانونية للفرد المحدد في هذا القرار⁽²⁾.

هذا، وتعتبر عملية تقسيم الأعمال الإدارية الانفرادية عملية مهمة لتحديد الغير والوقوف على الآثار التي يرتبها كل عمل تجاهه والتي تختلف باختلاف العمل نفسه، وهي المسألة التي ندرسها في حينه.

الفرع الثاني

أطراف العلاقة القانونية

تعتبر مسألة تحديد فاعلي العلاقة القانونية أو بشكل أشمل المجال القانوني من المسائل المهمة لتحديد الغير الأصلي، وإذ تعتمد هذه الدراسة على تحديد أطراف العلاقة القانونية موضوع المجال القانوني لاستنتاج واستنباط الغير الأصلي، بل والوقوف على النوع الآخر من الغير وهو الغير المستفيد على الأقل من حيث تحديد المفاهيم، لأنَّ مسألة تحديد الغير الأصلي تقتضي التطرق للغير المستفيد من باب الإشارة. وعليه نتطرق إلى الأطراف الفاعلة في العلاقة القانونية في نقطة أولى لنتعرض بعد ذلك للأطراف السلبية في هذه العلاقة في نقطة ثانية.

أولا: الفاعلون الإيجابيون

يعتبر الفاعلون الإيجابيون أو المباشرون الأشخاص الذين أنشأوا العلاقة القانونية موضوع

⁽¹⁾ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، راجعه عاطف البناء، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006، ص.466 وما بعدها.

⁽²⁾ pour plus de détail, voir, Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.226.

المجال القانوني، وبناء على ذلك فإنّه

« Les sujets du rapport juridique sont au moins deux, liés par le noeud droit-devoir ».

(يشكل على الأقل مواضيع العلاقة القانونية شخصين مرتبطين برابط الحق والالتزام)، إنّ هذا الرابط يتمثل هنا في القرار الإداري، وعليه فإنّ الفاعلين الإيجابيين هم الأشخاص الذين لهم صفة مصدر العمل ومتلقيه.

إنّ أول فاعل إيجابي يتم تحديده هو مُصدر العمل، فالعمل الإداري-وكما قلنا- يجب أن يكون صادرا بالإرادة المنفردة لمُصدره دون توقف على إرادة أخرى كأصل عام، كما يجب أن يصدر عن سلطة إدارية لها مكان محدد في التسلسل الهرمي الإداري⁽¹⁾. ولمّا كان ذلك فإنّ السلطات الإدارية تعبر عن الأشخاص الذين لهم سلطة اتخاذ القرار أو كما تسمى سلطة اتخاذ القرار من جانب واحد، وعموما إذا كان العمل الإداري يجب أن يتخذ من قبل سلطة إدارية أو من أحد أعوانها، فيجب أن يكون هؤلاء مختصين، لذلك يجب التركيز على الصفة التي بموجبها تم اتخاذ العمل⁽²⁾، فإذا تم اتخاذ العمل من قبل عدة أشخاص فيجب حينئذ التأكد من اختصاص كل منهم، حيث أنّ تعدد مصدري الأعمال الإدارية قد يقود إلى مشاكل بشأن ذلك، فإذا كان من حيث المبدأ أنّ السلطات الإدارية هي التي تمتلك سلطة التقرير فإنّ بعض الأشخاص الخاصة المكلفة بتسيير مرفق عام يمكن لها أن تصدر أعمالا إدارية، وعليه فإنّ العلاقة القانونية تتكون من الفاعلين الإيجابيين والمتمثلين من ناحية مصدر العمل في السلطات العامة سواء كانت أشخاص عامة أو أشخاص خاصة مكلفة بتسيير مرفق عام.

وإذا كان للقرار الإداري مُصدر فإنّ من ناحية أخرى له مخاطبين أو بالأحرى متلقين له، والذين يعتبرون فاعلين إيجابيين في العلاقة القانونية، ويعتمد تحديد متلقي القرار الإداري على العمل المتنازع عليه فيما إذا كان عمل فردي أو تنظيمي.

فإذا تعلق الأمر بقرار إداري فردي فإنّه يتم تحديد المخاطبين به في القرار نفسه، وبالتالي يعتبر هذا التحديد أمرا سهلا، بحيث يكفي أن تدرج هذه المفاعيل في القرار، أما إذا تعلق

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit.p233.

²⁾ « Le terme d'autorité administrative désigne essentiellement les individus ou organismes collectifs qui ont qualité pour prendre des actes juridiques au nom des personnes publiques. »

(يدل مصطلح السلطة الإدارية على الأشخاص أو الأجهزة الجماعية التي لها الصفة في اتخاذ الأعمال الإدارية باسم الأشخاص العامة).

Jean-Marie AUBY, Roland DRAGO, traité des recours en matière administrative, Litec, 1992, p. 133.

الأمر بقرار إداري تنظيمي فالمسألة صعبة، حيث أن هذا القرار يخاطب الأشخاص بصفة مجردة، ومثال ذلك القرارات التنظيمية المتعلقة بتنظيم المرور، فهذه الأعمال لا تنطبق على شخص محدد بالاسم ولكنها تنطبق على جميع الأشخاص مستعملي الطرق العامة خاصة السائقين مهما كانت المركبات التي يقودونها⁽¹⁾. وعليه، فإنَّ الفاعلين الإيجابيين يتم تحديدهم في القرارات الإدارية التنظيمية بطريقة نظرية.

وأخيرا، من الضروري الأخذ في الحسبان التمييز بين المخاطبين بالقرار الإداري أنفسهم، فالقرارات الإدارية لا تحتوي جميعها على نفس المضمون ونتيجة لذلك يمكن تقسيم المخاطبين بالقرار إلى فئتين اعتمادا على ما إذا كان القرار يخلق التزامات أو ينشئ حقوقا وبالتالي سنكون أمام شخص "ملتزم" وشخص "مستفيد"، ومع ذلك نستعمل مصطلحات أخرى لوصف هؤلاء المخاطبين، وعليه إذا كان القرار يخلق حقوقا فله تأثير إيجابي على المخاطبين به ولذلك يوصف هؤلاء بالمتلقين المتميزين، أمَّا إذا كان يفرض التزامات فهنا سيكون له تأثير سلبي على المخاطب به وعليه يصطلح وصفه بالمتلقي غير المميز، ونتيجة لذلك لن يكون لهاتين الفئتين نفس التفاعل مع الدعاوى المرفوعة من قبل الغير الأصلي⁽²⁾.

ثانيا: الفاعلون السلبيون

بعد تحديد الفاعلين الإيجابيين وكذا موضوع العلاقة القانونية نقول أن كل الأشخاص الذين ليست لهم صفة الفاعلين الإيجابيين والذين شاركوا في إنشاء العلاقة القانونية فاعلون سلبيون أي أغيار، ومع ذلك تطرح مسألة طبيعة الغير في هذه الحال؟

للإجابة عن هذا التساؤل يجب التمييز من حيث المبدأ على الأقل بين الغير الأصلي والغير المستفيد، فالغير المستفيد سيتدخل في العلاقة (الوضعية) القانونية موضوع المجال القانوني، بينما سيبقى الغير الأصلي بعيدا تماما عن هذه العلاقة. فالغير المستفيد يمثل فاعلا سلبيا سيتدخل في وقت إنشاء العلاقة القانونية أو أثناء تنفيذها، وبناء على ذلك فهو لا يعتبر فاعلا إيجابيا إذ لا يتلقى حقا ولا يتحمل التزاما مباشرا من العلاقة القانونية، كل ما في الأمر أنَّه يوجد بالقرب من العلاقة القانونية على عكس الغير الأصلي، ويفسر هذا القرب بتدخله في

¹⁾ René CHAPUS, droit administratif général, t. 1, montchrestien, domat droit public, 15e éd, 2001, op. cit., p. 526.

²⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.235.

وقت معين كتدخل المترشح في إنشاء العلاقة التعاقدية، وتدخل الوالي من خلال الرقابة على عمل معين، واعتبارا لذلك كله فإن مسألة تحديد طبيعة الغير من حيث كونه غيرا أصليا أو مستقيدا تقوم على أساس وقت إنشاء العلاقة القانونية أو تنفيذها، مع استبعاد مرحلة المنازعات من ذلك.(1)

ففي مجال القرار الإداري، إذا كان الغير سيتدخل أولا في العلاقة القانونية بأي طريقة كانت، فإنه تجب الملاحظة حول إمكانية تفاعله مع الفاعلين النشطين (الإيجابيين) والعلاقة القانونية، فإذا كان ذلك فنحن أمام غير مستفيد يوجد بالقرب من العلاقة القانونية، وأما إذا لم يكن كذلك فالفاعلين السلبيين يوصفون بأنهم غير أصلي يوجد بعيدا عن العلاقة القانونية(2).

إن علاقة الغير الأصلي -وكذا الغير المستفيد- بالفاعلين الإيجابيين يواجهها نفاذ العلاقة القانونية وحجبتها *Opposabilité*، إذ سيتكبد الغير الأصلي آثار العلاقة القانونية الأجنبية عنها، وفي هذا السياق يعني النفاذ أن يفرض احترام القرار الإداري على الإدارة مُصدرته، ومتلقيه والأغيار، وبذلك يمكن التذرع بالحقوق والالتزامات التي أنشأها في علاقاتهم(3)، فالقرارات الإدارية تنشئ وضعيات قانونية تفرض على الجميع، وهذا يعني العديد من النتائج تتمثل في أنه لا يمكن للغير الأصلي أن يتجاهل القرار الإداري بالرغم من أنه ليس ملزما به، ومع ذلك يجب عليه الاعتراف به واحترام وجوده بل وتحمل آثاره(4)، وبناء على ذلك يعتبر نفاذ العلاقة القانونية هو مبرر حق الغير الأصلي في التقاضي.

وللتوضيح أكثر فإنه يجب عدم الخلط بين نفاذ العلاقة القانونية وصحة القرار الإداري، حيث تتعلق صحة القرار الإداري بمطابقته لكتلة المشروعية، بينما يتعلق النفاذ بالآثار التي ينتجها القرار الإداري(5).

1) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p236.

لسبب بسيط يتمثل في حصول الغير الأصلي على صفة الطرف بمجرد طعنه في القرار الإداري حيث سيتدخل في العلاقة القانونية بمهاجمته لها مباشرة. ويتعبير آخر، فإن مرحلة المنازعات تنشئ وضعيات قانونية جديدة وبذلك سنشهد تحولات للغير، حيث يصبح هذا الأخير طرفا ويصبح المستفيد غيرا .

2) Ibid, p.236-237.

3) Didier TRUCHET, droit administratif, P.U.F, thémis droit, 2^{ème} éd., 2009, p. 232.

4) Gérard CORNU, vocabulaire juridique, op. cit, p. 638.

5) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, ibid, p229.

ويرتبط مفهوم النفاذ بمفهوم آخر وهو العلم *la connaissance* حيث يدرك الكل بأنه لا يمكن لأحد أن يتذرع بجهل القرار الإداري المطبق عليه، إذ تجب معرفته، وفيما يتعلق بالغير الأصلي فإن نفاذ العلاقة القانونية موضوع القرار الإداري يخضع لإعلان هذا الأخير، بهدف توفير المعلومات للجمهور حول مضمونه⁽¹⁾.

إنَّ الغير الأصلي سيتحمل نفاذ العلاقة القانونية والالتزام بعدم التعدي من خلال معرفته المباشرة بالقرار الإداري، هذه المعرفة تتم من خلال إجراءات الإشهار، وللإشارة فإنَّ إشهار العمل الإداري لا يسمح فقط بجعل العمل نافذاً، بل يسمح بفتح مواعيد الطعن⁽²⁾، كما يشكل نظاماً للأمن القانوني، حيث أنَّه وبالنسبة للفاعلين الإيجابيين فإنَّ علاقتهم تكون محمية بعد انتهاء مواعيد الطعن، وبالنسبة للفاعلين السلبيين (الغير) فيمكن لهم مباشرة دعاوي قضائية لحماية مصالحهم، وعموماً تتمثل وسائل العلم بالقرارات الإدارية في القانون الإداري في الآتي:

1- النشر Publication

يعتبر الطريقة الأمثل التي من خلالها يعلم المعنيين بالقرارات الإدارية التنظيمية، ولما كانت هذه الأخيرة تتضمن قواعد عامة ومجردة تنطبق على عدد غير محدد من الحالات أو الأفراد وجب علم الكافة بها من خلال نشرها⁽³⁾، وعليه يعتبر النشر من الشكليات التي تتبعها الإدارة والمقررة لكي يعلم الجمهور بالقرار، ومن المقطوع به أنَّه إذا نص القانون على طريقة معينة للنشر فيجب على الإدارة اتباعها، كما لو نص على لصق القرار في أمكنة معينة من المدينة أو قراءته في الميادين العامة، أو نشره في جريدة رسمية... ولا يعتبر القرار نافذاً في حق الأفراد إلاَّ إذا تم نشره بالطريقة المقررة، ولا تستطيع الإدارة أن تستبدل بها غيرها ولو كانت

¹ حيث أنَّه إذا كانت القرارات الإدارية تتخذ في حق الإدارة بمجرد صدورها فإنَّها لا تتخذ في مواجهة الأفراد إلاَّ إذا علموا بها، وهو الحكم المنصوص عليه في المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 88-131 الذي ينظم العلاقات بين المواطن والإدارة، حيث تقول: "يتعين على الإدارة أن تطلع المواطنين على التنظيمات والتدابير التي تسطرها، وينبغي في هذا الإطار، أن تستعمل وتطور أي سند مناسب للنشر والإعلام". ج. ر، ع 27، الصادرة بتاريخ 1988/07/06. بل أصبح من حق المواطن أن يطلع على الوثائق والمعلومات الإدارية كما أصبح له الحق في النسخ تطبيقاً للمادة 10 من نفس المرسوم. بل وأصبح كذلك اليوم من حقه أن يطلع على قرارات البلدية اطلاعاً مباشراً أو عن طريق النسخ تطبيقاً لحقه في المعلومة حول التسيير المحلي. ينظر بشأن ذلك، المرسوم التنفيذي رقم 16-190 المؤرخ في 25 رمضان عام 1437، الموافق 30 يونيو 2016، يحدد كفايات الاطلاع على مستخرجات مداولات المجلس الشعبي البلدي والقرارات البلدية، ج. ر، ع 41، الصادرة بتاريخ 2016/07/12.

² Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.230.

³ راضي مازن ليلو، القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية بالدنمارك، 2008، ص.184.

الطريقة الجديدة أنجع في العلم، كما وأنه إذا لم يحدد القانون طريقة معينة للنشر فحينه يجب أن يكون النشر في جريدة أو نشرة معدة للإعلان، ومن شخص أو جهة تختص بذلك⁽¹⁾.

2- الإعلام Notification

ويقصد به "تبلغ الأفراد بالقرار عن طريق الإدارة أي إبلاغه إلى صاحب الشأن شخصيا أو إلى الولي أو الوصي بالنسبة للقاصر"، والتبليغ ليس له شكل خاص، المهم في ذلك أن يصل إلى علم الأفراد بوسيلة مؤكدة، فقد يكون ذلك عن طريق محضر قضائي، أو عن طريق موظف إداري وعن طريق البريد⁽²⁾.

ومع ذلك يمكن أيضا نشر القرار الإداري الفردي وإعلامه، من ذلك مثلا رخصة البناء، إذ أنها بالرغم من كونها عبارة عن قرار إداري فردي يسمح بالبناء على عقار موضع الرخصة إلا أنه يجب أن تنتشر في هذا الأخير لكي يعلم الجار بوجودها وتصبح حجة عليه ونافذة في حقه، وإذا ما أثرت على مصالحه أمكن الطعن فيها أمام القاضي الإداري⁽³⁾.

نخلص من ذلك إلى أنه إذا تمّ نشر أو إعلام القرار فإنه يمكن للغير معرفته بسهولة، ومع ذلك يجب أن يكون الغير الأصلي محيطا بقراءة الجرائد الرسمية للإعلانات، والبحث في مساحات البناء وفي الساحات العمومية، وبالرغم من ذلك يجب الاعتراف بصعوبة تحقيق ذلك نوعا ما. فمعرفة الغير الأصلي بالقرار الإداري تعتبر عقبة في سبيل مباشرته لدعواه القضائية وتصبح هذه العقبة أكثر خطورة إذا تمّ تبليغ القرارات الإدارية الفردية إلى المخاطبين بها دون الغير، وبالبناء على ذلك فإن معرفة الغير الأصلي بالقرار الإداري الفردي يجب أن تتم بأية وسيلة، ومن الواضح أن هذه المعرفة تكون أكثر صعوبة إذا لم توجد معلومات للجمهور، لتصبح بذلك هذه القرارات صعبة النفاذ تجاه الغير، وهو ما يشكل مأزقا للأمن القانوني للفاعلين الإيجابيين، حيث لا يمكن احتساب مواعيد الطعن بالنسبة للغير في هذه الحال⁽⁴⁾.

¹ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص.617.

² المرجع عينه، ص.619.

³ مع أنه يمكن أن يكون القرار الإداري الفردي كذلك محل نشر وتبليغ في حالة أخرى، كالقرار المتعلق بالتصريح بالمنفعة العامة. المادة 11 من القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتضمن قواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج. ر، ع.21، الصادرة بتاريخ 1991/05/08.

⁴ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.229

ونتيجة لما قيل، تشكل معرفة القرار الإداري من قبل الغير الأصلي ونفاذه تجاهه عقبة يجب التغلب عليها، فإذا لم يعلم الغير الأصلي بهذا العمل فلن يتلقى الآثار التي رتبها وبالتالي لن يتضرر، وبالتالي لا يستطيع أن يباشر أية دعوى قضائية، وعليه فإن مواجهة مفهوم العلم بالعلاقة القانونية مع مفهوم الغير يقودنا إلى نتيجة أساسية تتمثل في تنظيم الدعاوى التي يرفعها الغير الأصلي⁽¹⁾.

ولمّا كان علم الغير الأصلي بالقرار وتحمل آثاره الضارة يقود إلى الطعن فيه أمام القاضي الإداري، فإنّ السؤال الذي يطرح هنا هو: ما هي الدوافع والأسباب الظاهرة والباطنة التي تدفع الغير الأصلي إلى الطعن في القرار الإداري؟ هو ما نجيب عنه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

دافع الغير الأصلي إلى التقاضي في مجال القرارات الإدارية

الأصل أن يبقى الغير الأصلي بعيدا ومحايذا عن العلاقة القانونية محل القرار الإداري، إنفاذا لمبدأ عدم التدخل أو الالتزام بالمنع وتقاديا لإلحاق الأذى بها عن طريق الطعن في القرار الإداري محلها. ويكون الالتزام بعدم التدخل ناتجا عن عدم العلم بالقرارات الإدارية التي تتخذها السلطات الإدارية، كما قد يعلم الغير بها ولكن لأسباب معينة لا يمكن الطعن فيها كعدم مساسها به، ولم تلحق به ضررا، كما تعود لفوات ميعاد الطعن، أو تخلف عنصر الصفة والمصلحة... .

ومع ذلك يظهر الاستثناء في أنّه يمكن للغير الأصلي أن يطعن في القرار الإداري موضوع العلاقة القانونية الأجنبي عنها إذا ما تكبد آثارا غير مباشرة مما يفتح له المجال لكي يتدخل في هذه العلاقة القانونية على الأقل في مجال المنازعات من أجل تحقيق هدف واحد أو أكثر، وبناء على ذلك فإنّ السؤال الذي يطرح هنا هو: لماذا يتقاضى الغير الأصلي؟

إنّ معرفة القرارات الإدارية قد تجري بوسائل الإعلان كما تجري عن طريق تأشير العلم اليقيني أو العلم الفعلي، ويقصد به أن يصل القرار إلى علم الأفراد بطريقة مؤكدة عن غير طريق الإدارة، علما شاملا لجميع عناصر القرار الإداري التي تمكن صاحب الشأن من تحديد موقعه من القرار بقبوله أو رفضه. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص. 219. ولإشارة فإنّ ميعاد الطعن لا يحسب إلا من يوم المعرفة بالقرار، كما أنّه لا يمكن التذرع بالعلم اليقيني بالقرار الإداري التنظيمي.

René CHAPUS, droit du contentieux administratif, op. cit., p. 616.

وللعلم، فإنّ نظرية العلم اليقيني ليس لها وجود في النظام القانوني الجزائري والفرنسي، فقد أخذ بها القضاء المصري .

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit ,p233.

وللإجابة عن هذا السؤال نتطرق أولاً إلى مسألة المصلحة وأثرها على قبول طعن الغير الأصلي في القرار الإداري، ثم نبحث في الدوافع الموضوعية والشخصية التي يستند إليها الغير الأصلي من خلال طعنه هذا.

أولاً: أثر المصلحة على قبول طعن الغير الأصلي أمام القاضي الإداري

إنّ تخلف أحد عناصر القرار الإداري سوف يحول بين القاضي وبين الفصل موضوعياً في الدعوى، فعدم وجود أحد هذه العناصر يفرض على القاضي أن يقف في عمله عند مرحلة قبول الدعوى شكلاً دون التطرق إلى موضوعها، وعليه يقضي بعدم قبولها لغياب محلها وموضوعها وهو في هذه الحال القرار الإداري⁽¹⁾. وفي هذا الصدد فإنّ مخاصمة القرار الإداري لا تكون إلاً أمام قاضي الإلغاء، إذ أنّه الطريق الذي رسمه القانون لمخاصمة القرارات الإدارية⁽²⁾، حيث أنّ الخصومة في دعوى الإلغاء هي خصومة عينية مناطها اختصاص القرار الإداري ذاته استهدافاً لمشروعيته وليس مخاصمة الإدارة، ففي دعاوي القضاء الشخصي يعني المدعي على المدعى عليه الاعتداء على حقه الشخصي فهو نزاع بين أطراف يفصل القاضي في ادعاءاتهم المختلفة، لذا فإنّها تقتضي توجيهها من شخص إلى شخص آخر على عكس دعوى الإلغاء التي ليست في الحقيقة نزاعاً بين الأطراف⁽³⁾، ولمّا كان ذلك فإنّ المصلحة في دعوى القضاء الشخصي تختلف عن المصلحة في دعوى الإلغاء، حيث تتعلق الأولى بالاعتداء على حق شخصي وطلب إصلاحه، بينما بالنسبة لدعوى الإلغاء فإنّ القاضي يقدرها بطريقة مختلفة وفق نظرة استقلالية أكثر اتساعاً، وبالتالي إذا كان الطعن الموجه ضد قرار لا يحدث أذى للغير غير مقبول شكلاً فإنّ ذلك بسبب غياب المصلحة، ذلك أن الأذى هو الذي يولد المصلحة في قضاء الإلغاء⁽⁴⁾.

¹ ويتعبير آخر فإنّه إذا وصل القاضي لمرحلة الفصل في موضوع الدعوى فهذا يعني أنّه تأكد من توافر شروط قبولها بعد أن تأكد من أنّها تدخل في اختصاصه، أي أنّ النزاع يتعلق بمشروعية قرار إداري موجود ومكتمل من حيث أركان وجوده ويدخل في ولاية قضاء الإلغاء. رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، مرجع سابق، ص.41.

² وهو ما ينص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في المادتين 801 و901، وقانون الإجراءات الإدارية الفرنسي من خلال المواد L211-1 وL211-2 وL331-1 وR421-1، وقانون مجلس الدولة المصري من خلال المادة 10 من القانون 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة.

³ رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، المرجع نفسه، ص.17.

⁴ René CHAPUS, droit du contentieux administratif, op. cit, p. 518.

وبالبناء على ما تقدم ذكره، يتعين علينا إبراز العلاقة الوطيدة بين عنصر الأثر القانوني للقرار الإداري والمتمثل في العمل المحدث للأذى - كما سماه القضاء الفرنسي والعمل النهائي كما سماه القضاء المصري - مع المصلحة في التقاضي في دعوى الإلغاء، وبالتالي هل كل عمل يحدث بالغير أذى يعطيه المصلحة في مخاصمته أمام قاضي الإلغاء؟

من البديهي أنّ من يرفع أية دعوى قضائية يجب أن تكون له مصلحة في ذلك وإلا أصبحت دعواه غير مقبولة، فلا دعوى بغير مصلحة، كما يجب أن تتوفر لديه الصفة في ذلك، حيث تتعلق الصفة بقدرة المدعي وهو أمر يعنيه نفسه، أو إنابة شخص عنه، بينما تتعلق المصلحة بإمكانية تقديم طعن معين، وعليه تتعلق الصفة بشخص المدعي بينما تتعلق المصلحة بالدعوى التي يباشرها.

وتعتبر المصلحة أحد شروط قبول الدعوى إذ يتمثل الغرض منها في ضمان أنّ المدعي لا يساهم في الدفاع عن المشروعية فحسب، بل يسعى أيضا إلى تحقيق مصلحة أو منفعة⁽¹⁾، بالإضافة إلى ذلك يجب أن تكون المصلحة مادية أو معنوية فالغير عموما يسعى إلى حماية مصالحه المادية الخالصة أي الحقوق المالية، وكذلك مصالحه المعنوية كالدفاع عن المعتقد وغيرها من الحقوق والحريات⁽²⁾.

وعموما يجب أن تتوفر في المصلحة المبررة لقبول دعوى الإلغاء من قبل الغير عدة شروط والمتمثلة في:

1- أن تكون شخصية ومباشرة

ويعني أن تكون المصلحة شخصية أن يمس القرار الإداري الغير في وضعيته الشخصية، بحيث أنّ إلغاء هذا العمل سيكون له تأثير على هذه الوضعية، ويظهر هنا دور القاضي الإداري في قياس درجة التفريد للمصلحة مما يسمح له باستبعاد المصالح غير الشخصية، ووفقا لذلك تعد دعاوي الحسبة ودعاوي الدفاع عن المشروعية غير مقبولة كأصل عام على هذا الأساس. وتكون المصلحة مباشرة إذا كان المساس بالوضعية القانونية للغير المدعي ناتجا مباشرة عن القرار الإداري⁽³⁾، ومن هنا يظهر أنّ عنصر الصفة يظهر كلما كانت هناك

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.269.

²) Marie-Christine ROUAULT, contentieux administratif, op. cit, p. 240.

³) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, ibid, p.272.

مصلحة شخصية ومباشرة وعلى هذا الأساس تعرف الصفة في دعوى الإلغاء بأنها المصلحة الشخصية المباشرة⁽¹⁾. وأكثر دقة فإنَّ الصفة في دعوى الإلغاء تعبر عن كون المدعي الذي يرفع الدعوى هو صاحب الحق الذي اعتدي عليه أو صاحب المركز القانوني الذي مسه القرار، وهي تشترط فيمن يرفع الدعوى والمرفوع ضده الدعوى، ونتيجة لذلك تعتبر الصفة وجهاً من أوجه المصلحة⁽²⁾.

2- أن تكون محققة أو محتملة

تكون مصلحة المدعي محققة إذا ما كان من المؤكد مقدماً أنه سيحصل أو سينال نفع مادي أو معنوي إذا ما حكم له بإلغاء القرار المطعون فيه، كما تكون محتملة إذا كان من غير المؤكد حدوثها، أو هي التي من شأنها أن تهيئ الفرصة لجلب نفع أو دفع ضرر دون أن يكون ذلك مؤكداً⁽³⁾.

ولقد أخذ المشرع الجزائري في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالمصلحة الحالة والمحتملة على حد سواء، وكان هذا التوجه نابعا من تأثره بالقضاء الإداري الفرنسي والمصري الذي يقبل بالمصلحة المحتملة، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية Rodière أن للموظفين أن يطعنوا بالإلغاء ضد التعيينات غير المشروعة إذا كان من الممكن أن تعطل ترقيةهم⁽⁴⁾، كما قضت محكمة القضاء الإداري في مصر "بأنَّ الموظف الذي يأمل

⁽¹⁾ فراحي عاشور، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2009-2010، ص.54.

⁽²⁾ محمد نايف العتيبي، المصلحة في دعوى الإلغاء، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2001، ملحق العدد الرابع، ص.38. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ محمد الفيلي: "إن قاضي الإلغاء لا يشترط وجود الحق الشخصي الذي يتقرر للطاعن نتيجة طعنه، ولكنه يكتفي عند تقرير المصلحة الشخصية بفكرة اتصال موضوع الطعن أو مساسه بالمركز القانوني للطاعن. ومن جانب آخر فإنَّ المدعى عليه في دعوى الإلغاء ليس إلا القرار غير المشروع، وهذا أدى في واقع الحال إلى اضمحلال فكرة الصفة في الدعوى، ذلك أنَّ المدعي ليس بصاحب حق شخصي سوف يكتسبه نتيجة الحكم بل غاية ما يصل إليه هو إمكانية عدم تطبيق النص الملغى عليه، والمدعى عليه ليس طرفاً محدداً في الدعوى حتى يمكن أن ينفذ عليه الحكم، فأثر الحكم سوف ينصرف للنص وليس لشخص محدد....". ينظر، محمد الفيلي، خصوصية المصلحة في الطعون الانتخابية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2001، ملحق العدد الرابع، ص.33. وفي حال عدم تنفيذ حكم الإلغاء فإنَّ الإجراءات الناجمة عن ذلك تمثل نتيجة حتمية لإعلاء مبدأ المشروعية، وإنفاذاً لقاعدة حجية أحكام الإلغاء تجاه الجميع.

⁽³⁾ فراحي عاشور، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة، المرجع نفسه، ص.67.

⁽⁴⁾ المرجع نفسه، ص.67.

في الترقية إلى درجة معينة مصلحة محتملة في الطعن على التعيينات التي تمت في هذه الدرجة⁽¹⁾.

وأخيراً، تجدر الإشارة أنه يشترط في المصلحة أن تكون مشروعة أي مصلحة معتبرة يقرها القانون ذلك بأن يكون الطاعن في مركز قانوني مشروع غير مخالف للقانون والنظام العام، حيث يجب أن تتفق مع المصالح التي يحميها القانون وإلا عدت غير مقبولة⁽²⁾.

ويبحث القاضي في دعوى الإلغاء حول ما إذا كان المدعي عموماً والغير خصوصاً قد تم المساس بمركزه القانوني ولكن ليس بالضرورة التضرر منه، وبين ذلك يتوسع قاضي الإلغاء في تفسير شرط المصلحة مقررًا توافرها في حالات كثيرة إلى حد اقتربت فيها من دعوى الحسبة، والسبب في ذلك كما تم ذكره سابقاً يعود إلى أن دعوى الإلغاء وهي دعوى القانون العام تتعلق بمصالح لا يحميها القانون الخاص وإنما هي دعوى تتضمن طعناً موضوعياً مبنياً على المصلحة التي يجب أن تسود في الأعمال الإدارية، أو بصفة عامة حماية مبدأ المشروعية. ويمارس قاضي القانون العام دوره الواضح في موازنة المصلحة التي يريد حمايتها في حالتين:

- كي يلاحق تطوراً سياسياً أو اجتماعياً أو اقتصادياً لا يلاحقه تغيير تشريعي.

- كما يواجه ظروف استثنائية يختل فيها التوازن العادي بين المصالح في العلاقات القانونية في الظروف العادية⁽³⁾.

وبعد التعرض للمصلحة، نتعرض لعنصر الأثر السلبي للقرار على الغير الطاعن، أو كما يعبر عنه بالعمل المحدث للأذى أو المآثر سلباً على المركز القانوني في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، والعمل التنفيذي أو النهائي أو التقريري في قضاء مجلس الدولة المصري.

يكون الطعن لتجاوز السلطة مقبولاً ضد قرار إداري تنفيذي صادر عن سلطة إدارية يمكن أن يحدث ضرراً بالغير الأصلي. فأول ما يلفت النظر هو تعدد المصطلحات التي استعملها الفقه والقضاء المصريين والمتمثلة في نهائية القرار وصفته التنفيذية والتقريرية، وعليه فإن هذه

⁽¹⁾ عاشور سليمان شوايل، مجلة دراسات قانونية، كلية القانون، جامعة بنغازي، 2017، ع. 20، ص. 91.

⁽²⁾ عبد اللطيف عبد الحميد ماضي، شرط الصفة في دعوى الإلغاء، مرجع سبق ذكره، 58.

⁽³⁾ للاستزادة حول أسباب توسع القاضي الإداري في مفهوم المصلحة وأساليبه في ذلك مع أمثلة تطبيقية، راجع، عزيزة الشريف، سلطة قضاء القانون العام في تفسير مفهوم المصلحة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2001، ملحق العدد الرابع، ص. 45-47.

المصطلحات وإن تعددت وتباينت فإنه أريد بها مدلول واحد وهو ضرورة توافر عنصر الأثر القانوني في القرار حتى يكتسب صفته الإدارية وبالتالي يصلح ليكون موضوعا لطعن تجاوز السلطة، أمّا إن تخلف هذا العنصر فلا وجود للقرار الإداري وإن اجتمعت سائر العناصر فيه⁽¹⁾، ولذلك أحسن القضاء والفقهاء الفرنسيين صنعا حين وصفا القرار القابل للطعن بالإلغاء بأنّه العمل المسبب للأذى L'acte faisant grief، ووفقا لذلك فإنّ الذي يحدث أذى هو العمل الذي يعطي المصلحة في التقاضي، ويستعمل لذلك القضاء مفهوم القرار المحدث للأثر، أي العمل الذي يحدث آثارا معينة في وضعية قانونية وله نتائج على وضعية المعنيين والتي تعطي الصفة في التقاضي⁽²⁾، وبتعبير آخر، فإنّ العمل الذي يؤثر سلبا يمكن تعريفه بأنه عمل يحتوي أثرا قانونيا يؤدي إلى تعديل وضعيات المتعاملين مع الإدارة بطريقة تضر بهم⁽³⁾، وعليه فإنّ الغير الأصلي لا يطعن في قرار إداري موضوع وضعية قانونية أجنبي عنها إلا إذا أحدث له ضررا، وعموما فإنّ القاضي في هذا النزاع لا يبحث عما إذا كان القرار قد أوقع بالفعل آثارا سيئة للغير الأصلي وإنما ينصب بحثه على طبيعة القرار نفسه من حيث أنّه على حالته قابل لإحداث هذا الأثر أم لا⁽⁴⁾.

ونتيجة لما تقدم، وحتى يكون القرار الصادر من السلطات الإدارية قابلا للطعن عليه إلغاء يجب توافر شرطين معا وفي آن واحد وهما:

أ- يجب أن يحدث القرار محل الطعن آثارا قانونية والتي يرتبط بها عنصر الضرر، فالقرارات التي لا تحدث آثارا قانونية ولا تعدل تبعاً لذلك النظام القانوني لا تدخل في طائفة القرارات الإدارية ولا تعد من الأعمال التي يجوز الطعن عليها بالإلغاء أيّا ما كانت الآثار الضارة التي أحقتها بالواقع، البعيدة عن قضية الحال، وكذلك يأخذ نفس حكم القرارات الإدارية التي كانت ستحدث آثارا قانونية إلا أنّها توقفت عن إنتاجها فمذ هذه اللحظة لا تقبل حيالها دعوى الإلغاء.

ب- يجب أن يكون هذا القرار بطبيعته قابلا لإحداث هذه الآثار القانونية، أي أن يحدث القرار

⁽¹⁾ رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، المرجع السابق، ص.377.

⁽²⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p264.

ومضمون ذلك أن يكون هذا القرار معدلا للوضع القانوني السابق وهو ما يؤدي إلى إحداث ضرر بالطاعن.

⁽³⁾ Ibid, p.265.

⁽⁴⁾ عصام نعمة إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، مرجع سبق ذكره، ص.379.

بذاته هو هذه الآثار⁽¹⁾.

إنَّ صعوبة التمييز بين إحداث الأذى أو التأثير سلبا والمصلحة يدل على صعوبة تعريف العمل المحدث للأذى، وفي هذا السياق يذهب الأستاذ TRUCHET إلى أنَّ العمل المحدث للأذى يتكون من معنيين مختلفين أحدهما موضوعي والآخر ذاتي، وبالتالي فإنَّ للعمل هذا وجهين: فهو يلحق أذى بذاته لأنَّه يولد آثارا قانونية، ويسبب أذى لشخص معين، وبالتالي يعتبر مؤهلا للطعن في هذا العمل، والأذى هنا عبارة عن ضرر ناتج مباشرة من الصفة التقريرية للعمل الإداري.

إنَّ هذه المفاهيم (الذاتية والموضوعية) يجب أن تكون موجودة لكي يتم التصريح بقبول الطعن حيث لا يكفي أن يكون للعمل المطعون فيه بحد ذاته طبيعة إحداث الأذى، ولكن يجب كذلك أن يحدث أذى بالطاعن، وبالتالي فإنَّ تقدير القبول قد يكون من زاوية المدعي.

وعموما، وحتى يكون الطعن بالإلغاء ممكنا من قبل الغير الأصلي فمن الضروري أن يشكل العمل المعني قرارا يحدث أذى وفي مواجهة ذلك تكون للمدعي الغير مصلحة في الطعن، وعليه فإنَّ العمل يحدث أذى بصفة موضوعية أي يحدث آثار قانونية، وتكون للغير الأصلي مصلحة في الطعن فيه، أي أن القرار سيسبب له ضررا، إذا سيحدث القرار أذى بصفة ذاتية⁽²⁾.

ثانيا: المصالح المحمية للغير الأصلي في ميزان دعوى الإلغاء

إنَّ المساس أو الاعتداء على مصالح الغير الأصلي عن طريق قرار إداري غير مشروع سيعطي هذا الأخير الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري من أجل إلغائه، غير أنَّ دوافع إلغاء هذا القرار قد تختلف باختلاف المصالح المحمية قانونا وقد تندمج هذه المصالح في أحيان كثيرة مع بعضها البعض، وعليه فإنَّ السؤال الذي يطرح هنا هو: هل يهدف الغير الأصلي إلى حماية مصالحه الشخصية أو إلى حماية مبدأ المشروعية المحض، وبالتالي هل تعتبر دعوى الغير شخصية أم موضوعية أم تندمجان معا؟

⁽¹⁾ رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، المرجع السابق، ص.355.

⁽²⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p274,276.

وينظر في نفس السياق، عصام نعمة سليمان، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، المرجع السابق، ص.387-394.

1- هدف دعوى الغير الأصلي هو الدفاع عن مصالح المجتمع

يعتبر مبدأ المشروعية مبدأ ناتجا عن الحرية السياسية الذي يجب أن يدور النشاط الإداري في فلكه، ويعني هذا المبدأ "الالتزام بأحكام القانون بالنسبة للجميع حكاما ومحكومين على قدم المساواة". ويرتبط مبدأ المشروعية بمبدأ تدرج الأعمال القانونية والذي يعني أن ترتبط القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني ببعضها بعضا ارتباطا تسلسليا، وإنها ليست جميعا في مرتبة واحدة من حيث القيمة والقوة القانونية، بل تتدرج فيما بينها بما يجعل بعضها أسمى مرتبة من البعض الآخر، فنجد في القمة القواعد الدستورية التي تكون أعلى مرتبة من القواعد التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية، وهذه بدورها تحتل مرتبة أعلى من مرتبة القواعد العامة التي تصدرها السلطات الإدارية، ويستمر في التدرج التنازلي حتى يتم الوصول إلى القاعدة الفردية، أي القرار الفردي الصادر عن سلطة إدارية دنيا⁽¹⁾. وبناء على ذلك إذا خالفت الإدارة أحكام مبدأ المشروعية أمكن للغير أن يتذرع بخرق هذا المبدأ من خلال رفع دعوى قضائية تسمح للقاضي التصدي لهذه المخالفات، إنَّ هذه الدعوى لفائدة المشروعية تقودنا للكلام عن دعوى الحسبة *action holiste*.

إنَّ دعوى الحسبة أو الدعوى الشعبية لا يمكن تعريفها إلاَّ استنادا لدعوى حماية المشروعية، حيث تهدف إلى حماية مصالح المجتمع وبالتالي متطلباته الخاصة، ونتيجة لذلك فإنَّ هدفها الوحيد هو حماية القانون، على عكس الدعاوى الشخصية التي تهدف إلى حماية الحقوق المالية الخالصة كحق الملكية مثلا، وتعبير آخر فإنَّ رقابة المشروعية يتولاها قاضي الإلغاء الذي يتولى حماية مبدأ المشروعية، على عكس القضاء الشامل الذي يهدف أساسا إلى إصلاح ضرر شخصي، أو الإقرار بدين في ذمة الشخص العام لفائدة المدعي، باستثناء المنازعات المحددة التي يفصل فيها القاضي هنا بالإلغاء أو تعديل القرار الإداري محل النزاع، وعليه تهدف دعوى القضاء الشامل إلى تحقيق *la satisfaction de la fin individualiste* (ترضية عادية فردية)، وهذا ما يجعل هذه الدعوى تصنف في إطار الدعوى

⁽¹⁾ أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنرتيسي، دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني ، مرجع سبق ذكره، ص.15. ويختلف هذا التدرج باختلاف النظم القانونية، فإن كانت القواعد الدستورية تتبوأ صدارة مبدأ المشروعية، يقع الاختلاف بالنسبة للتشريعات والاتفاقيات الدولية، حيث وأَّه بالنسبة للجزائر وفرنسا تسموا الاتفاقيات المصادق عليها وفق للضوابط الدستورية على التشريع، بينما تأخذ الاتفاقيات الدولية مرتبة التشريع في مصر.

الفردية الذاتية التي تتعارض جوهريا مع دعوى الحسبة⁽¹⁾.

إنَّ ما يهمننا من ذلك كله هو الغرض الذي يبتغيه الغير الأصلي من طعنه القضائي، وهو في هذا الصدد حماية مبدأ المشروعية من خلال الدفاع عنه كهدف خالص، أي التذرع بحماية مبدأ المشروعية دون المصالح الفردية الخالصة، أي أنَّ الطعن القضائي الذي يقدمه الغير الأصلي أمام قاضي الإلغاء يجب أن تتوفر فيه المصلحة العامة بعيدا عن المصالح الشخصية.

وفي هذا الصدد نسوق بعض التطبيقات القضائية على ندرتها، حيث قضت محكمة القضاء الإداري في مصر - في غياب أي اجتهاد قضائي جزائري - وهي بصدد الفصل في طلب وقف تنفيذ قرارات رئيس الجمهورية لسنة 1981 حيث جاء في منطوق حكمها: "إنَّ المؤسس الدستوري في مصر خرج على تحديد القضاء الإداري لشرط المصلحة في دعوى الإلغاء في حالة واحدة فقط قرب فيها دعوى الإلغاء من دعوى الحسبة، وذلك بنصه في المادة 71 من الدستور: "على أن يبلغ كل من يقبض عليه أو يعتقل بأسباب القبض عليه أو اعتقاله فوراً، ويكون له حق الاتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع، أو الإساءة به على الوجه الذي ينظمه القانون ويجب إعلامه على وجه السرعة بالتهمة الموجهة إليه، ولغيره التظلم أمام القضاء من الإجراء الذي قيد حريته الشخصية، وينظم القانون حق التظلم بما يكفل الفصل فيه خلال مدة محددة، وإلَّا وجب الإفراج حتماً". فهذه المادة أعطت لكل مواطن الصفة ومن ثم مصلحة الالتجاء إلى القضاء متظلماً من أي إجراء يقيد الحرية الشخصية لأي مواطن لا تربطه به أي صلة أخرى، وحكم هذه المادة منطقي وتقدمي والحرية الشخصية للمواطنين في مجتمع حر لا يقبل التجزئة، لأنَّ الاعتداء على حرية مواطن هو في الوقت ذاته اعتداء على حرية باقي المواطنين يتأذى منه المجتمع ويترك فيه انعكاسات سيئة وخطيرة، أقلُّها الشعور بالذل والهوان، فمهما بلغ الفرد من القوة المادية والأدبية فإنَّه في غاية الضعف إزاء وسائل القوة المتطورة المتاحة للسلطة العامة التي لا تستطيع بها قهر حريته الشخصية، ولذلك فإنَّه بعد أن حرص الدستور على تأكيد الحرية الشخصية باعتبارها أصل الحريات الأخرى، ومصدرها في المادتين 41، 42 منه، وقرر أنَّ القانون هو أساس الحكم في الدولة، وكفل التقاضي للناس كافة أمام قاضيهم الطبيعي في المادتين 68 و84، وكان من الطبيعي أن يوفر الدستور أقوى ضمان لحماية الحرية الشخصية للمواطن، وذلك بنصه في المادة 71 منه على "وقوف جميع المواطنين

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.243.

حراسا مدافعين عن الحرية الشخصية بعضهم البعض"، وانتهت المحكمة "إلى أنه في ضوء ما تقدم... يكون شرط المصلحة اللازم لقبول الدعوى الماثلة متوافرا في جميع المدعين"، وبالتالي فإنّ هذا الحكم يشكل إضافة مبتكرة بالغة الأهمية لدور مجلس الدولة المصري في حماية الحريات الشخصية باعتبارها أصل الحريات⁽¹⁾.

وفي حكم آخر لها بتاريخ 1970/04/01 اكتفت محكمة القضاء الإداري بصفة المواطنة لإقامة دعوى الإلغاء للطعن في قرارات تتعلق بدفن النفايات الذرية في الصحراء المصرية، وهو الضابط الذي أخذ به مجلس الدولة الفرنسي منذ عام 1911 بشأن مصلحة الغير الأصلي الذي ينازع في قيد أحد الناخبين أو شطبه من جدول الانتخاب بقوله: (إنّهُ يمارس حق الرقابة والنقد ولا يتصرف بغية تحقيق مصلحة شخصية وإنّما يباشر عملا شعبيا عاما يرمي إلى تطبيق صحيح القانون)⁽²⁾.

إذا يظهر من كل ذلك أنّ تأثير الغير الأصلي وفي سبيل حماية مبدأ المشروعية يمارس دعوى الإلغاء بصفتها دعوى حسبة لحماية مصلحة الجماعة والمجتمع، دون اقتران طلبه بمصلحة شخصية له.

2- هدف دعوى الغير الأصلي حماية مصالحه المالية والمعنوية

لا تعتبر حماية مبدأ المشروعية في أغلب الأحوال دافعا رئيسيا في كل الأحوال، بل على العكس قد يكون في أحيان كثيرة هدف الغير الأصلي من خلال الطعن في قرار إداري حماية مصالحه المالية والمعنوية، وعليه فإنّ حمايته لمصالحه الخاصة تأخذ أحد الوجهين: حماية الحقوق المالية، أو حماية الحقوق المعنوية.

أ- حماية المصالح المالية

يطعن الغير الأصلي في القرارات الإدارية من أجل حماية حقوقه الذاتية، ويعتبر حقا ذاتيا

⁽¹⁾ للاستزادة حول حيثيات الحكم ومنطوقه، ينظر عزيزة الشريف، سلطة قضاء القانون العام في تفسير مفهوم المصلحة، مرجع سبقت الإشارة إليه، ص. 54 وما بعدها.

⁽²⁾ أورده داود الباز، المصلحة في دعوى الحسبة في المسائل الشرعية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2001، ملحق العدد الرابع، ص. 61.

كل منفعة لموضوع قانوني تسمح بالاستمتاع بالأشياء أو مطالبة الآخرين⁽¹⁾، كما يعتبر حقا شخصيا يتمتع صاحبه بوضع قانوني مميز⁽²⁾، وعموما فإن المصلحة المادية تمس المركز المالي للطاعن⁽³⁾.

ولئن كان الغير يتغيا في دعاويه القضائية أمام القاضي الإداري وخصوصا قاضي الإلغاء الدفاع عن مبدأ المشروعية، فإن ذلك لا يعتبر إلا هدفا ثانويا، باعتبار أن الغير الأصلي يهدف أساسا إلى حماية مصالحه الخاصة لا سيما المالية منها، ومن أجل الوقوف على ذلك يبدو من المناسب أن نتعرض لبعض الحقوق المالية التي تتضرر بطريقة غير مباشرة من القرارات الإدارية والتي تسمح للغير بالتقاضي. إن أهم هذه الحقوق المالية ما يتعلق بحق الملكية وهو حق محمي دستوريا، فإذا مس قرارا إداريا شخصا معيناً في ملكيته كونه جاراً، فيعتبر هذا الشخص غيراً أصلياً لأن العلاقة تنشأ بين السلطة الإدارية مصدرة القرار والمستفيد منه، ليعتبر بذلك الغير الأصلي هنا "متلقياً متضرراً".

إن ما يهمنا من هذه الآثار تلك التي يسببها القرار الإداري بالغير الأصلي على ملكيته ولكن بطريقة غير مباشرة، حيث سيتكبد تبعات نفاذ القرارات الإدارية، ولعل أهم تطبيق لذلك يتمثل في رخصة البناء ورخصة المنشآت المصنفة لحماية البيئة.

نأخذ مثالا على إصدار رخصة بناء لشخص معين، فيعتبر مصدر القرار السلطة الإدارية التي تنشئ علاقة قانونية مع المستفيد وهو الشخص المالك للقطعة الأرضية، فإذا كانت القطعة الأرضية محل رخصة البناء في مكان غير أهل بالسكان فإن الأمر لا يطرح إشكالا، غير أنه قد يكون في مكان به سكان وهنا يتحدد الغير الأصلي والمتمثل في الجوار، وبعيدا عن التفصيل في حدود الجوار ونطاقه نأخذ فقط الجار القريب من القطعة الأرضية محل البناء والمجاور لها، حيث سيتحمل هذا الغير الأصلي أضرارا مختلفة تتعلق بملكته، وعليه سيفقد قيمة ملكيته بسبب البناء الجديد، ففقدان القيمة المالية يعتبر أثرا غير مباشر ناتج عن رخصة

¹ Elisabeth Jurvilliers-zuccaro, le tiers en droit administratif, op.cit, p.248.

² Gérard Cornu, vocabulaire juridique, op. cit, p. 334.

³ ضيف عبد الله الجازي، وقت توافر شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 42، الجامعة الأردنية، 2015، ص.20.

البناء، هذا الأثر قد يكون ناتجا عن فقدان حق الرؤية كالبناء متعدد الطوابق⁽¹⁾.

وعليه، فإذا قرر الغير الأصلي الطعن في رخصة البناء أمام قاضي الإلغاء من أجل حقه في حماية الملكية فإن ذلك من أجل حماية مصالحه المالية المتمثلة في استبعاد فقدانه لحق النظر وبالتالي فقدان القيمة المالية لملكيته، ليتبين من ذلك أن الغير الأصلي لا يهدف إلى حماية مبدأ المشروعية بقر ما يهدف إلى حماية مصالحه الخاصة⁽²⁾.

إن حماية حق الملكية من قبل الغير الأصلي نجدها كذلك حاضرة في منازعات المنشآت المصنفة، حيث يمكن لشخص ما أن يتحصل على رخصة إنشاء واستغلال منشأة مصنفة، وهو ما قد ينعكس على الجيران القريبين من القطعة الأرضية محل الرخصة، ذلك من خلال انخفاض القيمة المالية لملكياتهم، وعليه يظهر من ذلك أن الهدف الأساسي الذي يبتغيه الغير الأصلي من خلال طعنه في رخصة إنشاء واستغلال منشأة مصنفة يتمثل في حماية مصالحه المالية الخاصة وليس مبدأ المشروعية.

وفقا لذلك كله، يظهر من الأمثلة السابقة أن الهدف الأصلي لطعن الغير الأصلي أمام قاضي الإلغاء يتمثل في الحقوق المالية ليعتبر بذلك مبدأ المشروعية هدفا ثانويا، وتعبير آخر يشكل مبدأ المشروعية هدفا ظاهرا بينما يكون الهدف الحقيقي وراء ذلك هو حماية المصالح المالية⁽³⁾.

⁽¹⁾ وقد تضمن القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم بعض المسائل المتعلقة بالقيود المفروضة على الباني حائز رخصة البناء، فوفقا للمادة 6 منه يجب عليه أن يحترم مقاييس علو البناء بأن يكون علو بنايته في حدود متوسط البناءات المجاورة إذا كانت في وسط عمراني. ينظر، ج.ر، ع.52، الصادرة بتاريخ 1990/12/02. وهو ما أعاد تأكيده وتفصيله بعد إحالة من المشرع المرسوم التقني رقم 91-175 المتعلق بالقواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء من خلال المادة 28 منه. ينظر، ج.ر، ع.26، الصادرة بتاريخ 1991/06/01. وعموما تهدف هذه الأحكام إلى حماية حق النظر والرؤية للجار المقيم بجانب العقار محل رخصة البناء. هذا، وقد أكد القانون المدني على ذلك حيث أُلزم على المالك أن يراعي في استعمال حقه -وهو حق البناء هنا- المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، كما عليه أن لا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره، وعموما فإن مسؤولية المالك الباني مدنيا في مواجهة جاره لا تقوم إلا أساس الضرر غير المألوف. ينظر، المادتين 690 و691 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع.78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر، ع.44، الصادرة بتاريخ 2005/06/26. ليعتبر بذلك الإضرار بحق الرؤية من الأضرار غير المألوفة التي توجب مسؤولية المالك الباني مدنيا.

⁽²⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.249-250.

⁽³⁾ Ibid, p. 251.

لأن المشروعية الإدارية لا تتضمن أحكاما تتعلق بانخفاض القيمة المالية للملكية، وإنما أحكام تتعلق بالمصلحة العامة بعيدا عن المصالح الشخصية، ومع ذلك يشترط في دعاوي الإلغاء المصلحة الشخصية.

ب- حماية المصالح المعنوية

لا يسعى الغير الأصلي إلى حماية مصالحه المالية فقط، بل يسعى أيضا إلى حماية مصالحه المعنوية، أي تلك الحقوق التي لا تدخل بصفة مباشرة في الذمة المالية، وتتعلق المصالح المعنوية عموما بالشعور الداخلي للإنسان كالقرارات التي تمس سمعة الغير الأصلي أو تتعلق بالشعائر الدينية ومنع ممارستها بموجب قرارات إدارية تمسه، كما تظهر كذلك في دفاع هذا الأخير عن المعتقدات السياسية⁽¹⁾، وعليه فإذا كان الإضرار بالحقوق المعنوية يعطي المصلحة في التقاضي فإن ذلك يتعلق بالمصالح المعنوية والروحية⁽²⁾.

وللفهم أكثر، نتعرض لقضية عرضت أمام مجلس الدولة الفرنسي في سنة 2004 وفصل فيها سنة 2006 وهي قضية Bullanger، حيث كان الهدف وراء رفع الغير الأصلي لدعوى قضائية هو العداء الشخصي، وتتخلص القضية في ارتكاب مفتش عمل تابع للدولة حادث مرور وهو في حالة متقدمة من السكر أدى إلى وفاة أب المدعي، كما أنه ارتكب جنحة التصريح الكاذب، ووفقا لهذه المعطيات تمت معاقبة مرتكب الحادث تأديبيا أمام الجهة الإدارية التي ينتمي إليها، غير أن هذه العقوبة التأديبية لم تعجب المدعي السيد Bullanger ما أدى به إلى تقديم طلب إلى وزير العمل من أجل تشديد العقوبة التأديبية، لكن طلبه قوبل بالرفض وهو الأمر الذي دفعه إلى الطعن بالإلغاء في قرار هذا الوزير أمام المحكمة الإدارية لمدينة Rennes بتاريخ 2002/04/30 التي لم تقبل طلبه بسبب انعدام المصلحة، ما أدى به إلى استئناف الحكم أمام محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة Nantes في سنة 2004، ومع ذلك رفضت محكمة الاستئناف طعنه، ما أدى به إلى الطعن في قرارها أمام مجلس الدولة بتاريخ 21 سبتمبر 2004، الذي أصدر قراره بتاريخ 2006/05/17 والقاضي برفض الطعن⁽³⁾.

وعموما، يتمثل أطراف العلاقة القانونية هنا في السلطة التأديبية ومرتكب الحادث الذي يعتبر موظفا ليعتبر بذلك الطاعن غير أصلي لا يتدخل في العلاقة الأصلية والمتمثلة في علاقة التأديب، بل أبعد من ذلك يعتبر أجنبيا عن المرفق الذي يعمل به مرتكب الحادث.

¹ جهاد ضيف الله الجازي، وقت توافر شرط المصلحة، المرجع السابق، ص. 20.

² Yves GAUDEMET, traité de droit administratif, op. cit., p. 482.

³ CE, 17 mai 2006, Bellanger, recueil lebon des arrêts du conseil d'Etat, p. 257.

واستنتاجا من ذلك، يبدو أنّ حماية مبدأ المشروعية ليس هدفا رئيسيا بل يتمثل هذا الأخير في حماية المصالح المعنوية للسيد Bullanger ، حيث كان يبحث على عقاب مرتكب الحادث، وبالتالي فإنّ دعواه كانت نتيجة عداء شخصي لأنه كان يبحث عن تشديد العقوبة نتيجة وفاة والده، وعليه فالمصلحة هنا ذات طابع شخصي وهو ما استنتجه محافظ الحكومة. هذا وإنّ قضية Bullanger توضح الفئات المضطهدة وكذا الحقودة، فالاضطهاد سوف يؤدي إلى الانتقام، وفي هذا القرار فإنّ الظلم وعدم العدالة يتوافق مع العقوبة المشددة نظرا لواقعة القتل غير العمدي. فالحاقد يهاجم الشخص العام وأعماله من أجل جعله يدفع نتيجة سلوك لم يلق تقديرا من المدعي في الماضي.

وبذلك يظهر أنّ الغير الأصلي كان له هدف رئيسي من خلال طعنه وأهداف أخرى ثانوية، ومع ذلك إذا تذرّع الغير الأصلي أساسا بحماية مصالحه الخاصة فحماية مبدأ المشروعية تعد هدفا ثانويا أو عرضيا، وغالبا ما تكون نتيجة أكثر من كونها هدفا أساسيا⁽¹⁾.

ولئن بدا تدخل الغير في الوضعية القانونية الأجنبي عنها عن طريق طعنه بالإلغاء في القرارات الإدارية موضوع هذه الوضعية سبيلا متيسرا يتسع نطاقه من حيث الشروط والموضوع، فإنّ الجدوى الفعلية لهذا التدخل تكون على مستوى نتائجه التطبيقية وليس فقط على نتائجه النظرية، وهو الأمر الذي يدفعنا إلى دراسة تدخلات الغير الأصلي من الناحية التطبيقية في الوضعيات القانونية الأجنبي عنها موضوع المطالب الموالي.

المطلب الثاني

تطبيقات الغير الأصلي في مجال القرار الإداري

يعتمد تحديد الغير الأصلي بالنسبة لقرار إداري على نطاق هذا الأخير من حيث كونه فرديا أو تنظيميا. ولئن كان تحديد الغير الأصلي بالنسبة للقرار الإداري الفردي يبدو من السهولة بمكان، فإنّ الأمر ليس كذلك بالنسبة للقرار الإداري التنظيمي، حيث أنّه ونظرا لصفته العامة والمجردة، تشكل القاعدة التنظيمية التي يحتويها قاعدة عامة موجهة للجميع ويمكن لأي شخص أن يكون مخاطبا بها ما يجعل مسألة تحديد الغير من المسائل الصعبة، على عكس القرارات الفردية التي لها صبغة معينة من حيث أنّها تطبيق لقاعدة ما على وضعية معينة ويثبت هذا

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.254-255.

التعيين بإمكانية تحديد الأشخاص المعنيين بها⁽¹⁾، فهي تكون إيجابية بالنسبة للمستفيد منها وسلبية في آثارها بالنسبة إلى الغير⁽²⁾. وبناء على ذلك، فإنّ دراستنا لهذه الجزئية تتم في إطار القرارات الإدارية الفردية دون غيرها والتي تعتبر المجال الخصب لدراسة الغير الأصلي، وهو ما يترجم حقيقة في مجال التراخيص الإدارية المتعلقة بمجال التعمير وكذا حماية البيئة.

ويعتبر مجال التعمير وإقامة المنشآت المصنفة واستغلالها من المسائل المرتبطة بحق الملكية وحرية النشاط أي حرية الصناعة والتجارة المكفولة دستوريا⁽³⁾، ومع ذلك فإنّ هذه الحقوق ليست على إطلاقها بل تحدها قيود أخرى دستورية وتشريعية وهو ما يطرح مسألة التوازن بين التعمير والنظام العام في بعده الأمني والجمالي وكذا إقامة المنشأة المصنفة واستغلالها والحق في بيئة نظيفة. فإذا كانت هذه التوازنات تحكمها العلاقة بين السلطة العامة ممثلة في سلطات الضبط الإداري المختصة وكذا المستفيد من القرار، فإنّ نتائج هذه العلاقة قد تمتد إلى الغير الأصلي وتؤثر عليها سلبا، لتلحق بذلك أذى بمركزه القانوني والمتمثل في حق الملكية، وهو ما يدفعه إلى التقاضي أمام قاضي الإلغاء من أجل وضع حد لهذه القرارات غير المشروعة، وأمام ذلك كله، نتناول في هذا المطلب مركز الغير الأصلي في نظام العمران في فرع أول، لنتناول بعد ذلك مركزه في نظام حماية البيئة في فرع ثان.

الفرع الأول

الغير الأصلي في نظام العمران - رخصة البناء أنموذجا -

لا تمثل رخص التعمير مجرد الإذن بالقيام بعمل، بل أنّها تقنية تمكن السلطة الإدارية المختصة من تسليط رقابة واسعة للتحقق من مدى مطابقة النشاط المزمع القيام به للقواعد القانونية السارية المفعول.

ولئن كان يطول تعداد مختلف الرخص المسبقة المتعلقة بميدان التعمير نظرا لكثرتها وتنوعها باعتبار أنّ أغلب الأنشطة الفردية المتعلقة باستعمال واستغلال الأرض تخضع للترخيص

¹) Elise UNTERMAIER-KERLEO, le tiers à l'acte administratif unilatéral, hal-univ-lyon3.archives-ouvertes.fr, 25/04/2018, p4,5.

²) ختام الجماعي، الغير والطعن في القرارات الإدارية في مادة التعمير، مرجع سابق، ص.4.

³) من ذلك مثلا ما نص عليه الدستور الجزائري في المادة 43 حول حرية الاستثمار والتجارة، وكذا ما نص عليه في المادة 64 حول حق الملكية الخاصة. وفي نفس السياق نص الدستور المصري على حق الاستثمار وضمانه من خلال المادة 28 منه، كما نص على حق الملكية الخاصة وضمانها من خلال المادة 35.

المسبق قبل صدورها في شكل قرارات فردية، فإنَّ ما ينجر عنها من آثار يتميز باتساع نطاقها لتشمل الكافة بما يجعلها موضوع طعن بالإلغاء من قبل الغير الأصلي كلما صدرت مخالفة لمبدأ المشروعية.

هذا، وتعد رخصة البناء أكثر القرارات الإدارية الفردية عرضة للطعن فيها بالإلغاء من قبل الغير باعتبارها قرارا إداريا ينبنى على منوالها بقية رخص التعمير والتي هي الأخرى تبقى مستهدفة ولكن بدرجة أقل⁽¹⁾.

وعموما، فإنَّ رخصة البناء عبارة عن ترخيص إداري مسبق ضروري لأي شخص يرغب في إنجاز بناء، ويتم إصدارها بعد التحقق من مطابقة المشروع لقواعد استعمال الأراضي المطبق على الأرض المعنية⁽²⁾. وككل عمل إداري وقبل أن تسلم في صيغة قرار تمر رخصة البناء بعدة مراحل إجرائية تبدأ بتقديم طلب الترخيص وتنتهي بإصدار القرار⁽³⁾، وبما أنَّ الإجراءات المتعلقة بتقديم الطلب لا تهم إلا المعني بالرخصة والإدارة صاحبة اتخاذ القرار إمَّا بالموافقة أو بالرفض من جهة أخرى، فسيقع التركيز على المرحلة الأخيرة من حياة رخصة البناء باعتبار أنَّ قرار الترخيص وإن كان يمنح للمنتفع به صلاحيات استعمال تتعلق بإقامة البناء فمن شأنه الإضرار بمصالح وحقوق الغير الأصلي كلما صدر القرار مخالفا للقانون⁽⁴⁾.

وفي غالب الأحوال يتعين أن يوجه الغير الأصلي طعنه ضد القرارات الإيجابية المانحة لرخصة البناء وذلك كلما تضررت مصلحته من هذا القرار، ليبقى قرار رفض الترخيص محلا للطعن من قبل طالب الترخيص نفسه، وأمام ذلك فإنَّ الأسئلة التي تثور بصدد البحث في هذه الجزئية تتمحور حول تحديد الغير الأصلي لرخصة البناء ومصلحته في الطعن فيها إلغاءً، وزمن ذلك.

⁽¹⁾ ختام الجماعي، الغير والطعن في القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص.40.

⁽²⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.288.

⁽³⁾ فبالنسبة للنظام القانوني لمسار رخصة البناء، ينظر في القانون الجزائري المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في يناير 2015، يحدد كفاءات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج. ر، ع.7، الصادرة بتاريخ 2015/02/12. وفي المصير القانون رقم 119 لسنة 2008 المتعلق بالبناء، ج.ر، ع.19 مكرر أ، الصادرة بتاريخ 2008/05/11. وبالنسبة للقانون الفرنسي ينظر قانون البناء المعدل سنة 2017.

⁽⁴⁾ ختام الجماعي، الغير والطعن في القرارات الإدارية، المرجع نفسه، ص.42.

أولاً: خصوصية الصفة والمصلحة بالنسبة للغير في منازعات إلغاء رخص البناء

كمختلف الدعاوى القضائية يشترط في رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية الفردية الصادرة في مادة التعمير-رخصة البناء- أن تتوفر في الطاعن مجموعة من الشروط بانعدامها أو اختلالها يكون مآل الطعن عدم القبول دون النظر في مدى مشروعيته، وبناء على ذلك يجب أن تكون للغير الأصلي مصلحة في طعنه. إلا أنه ولئن كان من الثابت القول باندماج الصفة في نطاق مفهوم المصلحة في قضاء الإلغاء فإنّ تمييز طعن الغير الأصلي في مجال رخصة البناء يذهب بنا إلى القول بتمييز صفته لقبول طعنه.

1- خصوصية الصفة في طعن الغير الأصلي بالإلغاء في رخصة البناء

لقد دأب اجتهاد القضاء الإداري على اعتبار أنّ توفر عنصر الجوار بين الغير الأصلي وهو الطاعن والمستفيد من القرار كافياً لإثبات مصلحته في الطعن ومبرر لقبول دعواه بجعل مجاورة الطاعن للمنتفع بالرخصة كفيلاً بإثبات مصلحته في الطعن⁽¹⁾، وهو ما قضت به المحكمة العليا في الجزائر في قرارها الصادر بتاريخ 1998/02/25 حيث جاء في إحدى حيثياته: "حيث أنه يعاب على القرار المطعون فيه أنه خرق المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية، رفض صفة المدعي، في حين أنّ المدعى عليه يعترف أنّ ذلك المدعي له مسكناً يجاور مسكنه وهو ما يعني الاعتراف بالصفة للمدعي وأنّ إجراء تحقيق مناسب يثبت ذلك"⁽²⁾.

إذا نلحظ من قراءة هذا القرار القضائي أنّ القاضي الإداري قد أخذ بعنصر المجاورة كمحدد لقبول الدعوى لكن دون تعريفه، ولعل هذا التغافل عن تقديم تعريف أو حتى إبراز مدلول الجوار ونطاقه يمكن تبريره بالاستناد إلى أنّ الجوار يعد من قبيل المفاهيم المتطورة والمتغيرة التي تتأثر بالوقائع المادية والزمانية والتي يصعب على القاضي أن يدققها بصورة واضحة تجنباً للتضييق، ومع ذلك يذهب في بعض الأحيان إلى تبني مفهوم واسع للجوار يقوم على اعتباره "رابطة قانونية تشمل كافة العقارات المتقاربة دون اشتراط تلاصقها" بمعنى أنّه يسعى نحو توسيع نطاق الجوار لا تضييقه وبالتالي إقصاء التعريف الضيق القائم على مجرد مفهوم

⁽¹⁾ ختام الجماعي، الغير والطعن في القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 16.

⁽²⁾ أورده كمال محمد الأمين، الرقابة القضائية على تراخيص أعمال البناء والتعمير، مرجع سابق، ص 84 وما بعدها.

الجار المباشر(1).

ويظهر من خلال ما تقدم بأن مفهوم الجوار يقوم على معيار القرب La proximité ، ما يدل على أن للغير الأصلي والمتمثل في الجار علاقة جغرافية قريبة من المستفيد من رخصة البناء(2). ونتيجة لما ذكر، يتبين أن دعوى الإلغاء المقدمة من قبل الغير الأصلي المتمتع بصفة الجار ضدّ رخص البناء تفوق بكثير تلك المقدمة من المعنيين بالقرار بصفة مباشرة (المستفيد كحالة رفض الترخيص أو سحبه...)، ويعود ذلك إلى ما اعتمده القاضي الإداري من تكريس لمبدأ الجوار بصورة فتحت الباب واسعا للمطالبة بإلغاء تلك القرارات حتى لأتفه الأسباب.

وعليه، فإن يتوخى القاضي الإداري المرونة عند الأخذ بمبدأ الجوار كأساس للقيام بدعوى الإلغاء لتسهيل إمكانية الطعن بالنسبة للجار، من الممكن أن يضيفي إلى تكاثر دعاوي الغير بصورة قد تغرق المحاكم الإدارية في سيل من الدعاوى يستحيل البت فيها في آجال معقولة إن لم يقع رسم ضوابط وحدود لهذا المبدأ بصورة تمكن من إزالة الغموض الذي يعتريه نظرا لطبيعة مصطلح الجوار الذي يصعب تعريفه(3). وتزداد هذه الصعوبة في حالة غياب تحديد دقيق لدائرة الغير الذي يمكنه القيام بالطعن لتبقى المسألة رهينة اجتهاد القاضي الإداري الساعي للتوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد(4).

وتبرز حدود المجاورة بصورة واضحة من خلال ما وقع اعتماده في قضاء المحكمة العليا في قرارها السابق المشار إليه أعلاه، حيث لا يمكن قبول طعن الجار بالإلغاء إلا إذا كان هذا الأخير مالكا كأصل عام، إلا أنه ونظرا لظروف معينة تم قبول طعن الجار -الغير الأصلي- بمجرد حيازته وهو ما يستشف من إحدى حيثيات القرار والتي جاء فيها ما يلي: "وأنّ المجلس بتأييده الحكم محل الاستئناف قد رفض من حيث الشكل صفة المدعي كمالك، في حين أنّ هذا الشكل مسألة تتعلق بالموضوع تتم تسويتها بتحقيق مناسب طبقا لمقتضيات المادة 43 من

1) Yves PITTAD, urbanisme, dalloz, paris 1999, p.727.

يرجع عدم تعريف الجوار إلى سبب تغير علاقات الجوار شيئا فشيئا نتيجة التطور الديموغرافي وزحف المدينة، وتغير الهندسة المعمارية. ختام الجماعي، الغير والطعن في القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص.17. مشار إليه في الهامش.

2) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.288.

3) « L'idee d'une protection du voisinage fait apparaitre le voisinage comme une notion flou ». Bertrand PAUVERT, voisin, voisinage et droit de l'urbanisme, petite affiches, 6/02/2000, p.6.

4) Khalil FENDRI, permis de batir : le conflit d'intérêts, études juridiques, n°13, 2006, p.223.

قانون الإجراءات المدنية، وزيادة على ذلك فإنّ هذا الإجراء قد طلب، وأنّ كثيرا من الملكيات هي بدون سند نظرا لعدم تعميم مسح الأراضي ولانعدام العقود⁽¹⁾. ليتبين من ذلك أنّه يجب على الجار -الغير الأصلي- ليكون طعنه مقبولا أن يكون في وضعية قانونية مشروعة ذلك عن طريق إثبات شهادة الملكية أو شهادة الحيازة، أو عقد إداري، أو إيجار، وهو ما يتمشى وطعن طالب رخصة البناء، أي أنّه إذا كان يجب أن يتوفر في هذا الأخير⁽²⁾ حتى يقبل طعنه شكلا أن تتوفر فيه صفة المالك أو موكله أو المستأجر لديه المرخص له، فإنّه ومن باب أولى أن تتوفر هذه الشروط في الجار وهو ما يتمشى مع مشروعية المركز القانوني الذي ينوي الغير الأصلي حمايته.

وفي نفس السياق، فقد تبني القاضي الإداري في فرنسا منهاجا واسعا في تقدير الصفة حيث لم يقبل فقط صفة مالك العقار في الطعن بالإلغاء بل ذهب أبعد من ذلك حين قبل صفة الساكن⁽³⁾، غير أنّ هذا التوسع من قبل مجلس الدولة في تقدير صفة الطاعن ومدى توفر المصلحة الشخصية لديه أدى إلى كثرة الطعون أمامه، وهي الطعون التي غالبا ما تكون تعسفية، وأمام هذا الوضع الصعب تدخل المشرع سنة 2013 من خلال الأمر رقم 2013-638 المتعلق بمنازعات التعمير -وبموجب المادة الأولى منه التي استحدثت المادة L601-2 في قانون البناء- أعطى الصفة فقط للغير الذي يشغل أو يستعمل أمواله التي يحتفظ بها أو يشغلها بطريقة قانونية، أو التي يشغلها بموجب وعد بالبيع، تأجير أو عقد ابتدائي وفقا للقانون، وبقراءة عكسية لهذا الحكم فإنّ طعن الغير الأصلي الجار لا يقبل إذا لم تتوفر فيه الصفات أعلاه⁽⁴⁾.

2- خصوصية المصلحة في طعن الغير الأصلي بالإلغاء في رخصة البناء

يعتبر وجود المصلحة شرطا ضروريا من شروط قبول النظر في الدعوى، فدعوى الإلغاء

⁽¹⁾ أورده، محمد الأمين كمال، الرقابة القضائية على تراخيص أعمال البناء والتعمير، المرجع السابق، ص.49.

⁽²⁾ يراجع، المادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المتعلق بتحصير عقود التعمير وتسليمها.

⁽³⁾ René CRISTINI, contentieux de l'urbanisme, in répertoire dalloz, contentieux administratif, t. 4.p. 57.

⁽⁴⁾ Art. L. 600-1-2. « Une personne autre que l'Etat, les collectivités territoriales ou leurs groupements ou une association n'est recevable à former un recours pour excès de pouvoir contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager que si la construction, l'aménagement ou les travaux sont de nature à affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance du bien qu'elle détient ou occupe régulièrement ou pour lequel elle bénéficie d'une promesse de vente, de bail, ou d'un contrat préliminaire mentionné à l'article L. 261-15 du code de la construction et de l'habitation ».

لا تكون مقبولة شكلاً إلا إذا كانت مقدمة من شخص له مصلحة في إلغاء القرار المستهدف بالطعن، وبالتالي فإنَّ المصلحة تشكل شرطاً لقبول القضاء الإداري الطعن المقدم من قبل الغير الأصلي، إلا أنَّ خصوصية موضوع الطعن المتعلق بالقرارات الصادرة في مجال رخص البناء يفترض أن تكون المصلحة المشتركة توفرها من طبيعة عمرانية، بالإضافة إلى توفر شرط القرب⁽¹⁾.

إنَّ الطعن في رخصة البناء يدفع القاضي إلى البحث عن عنصر القرب من أجل تقرير توفر المصلحة للغير من عدمه فعنصر القرب يسلط الضوء على أنَّ للطاعن مصلحة في التقاضي، حيث سيكون بالضرورة في علاقة وثيقة جغرافياً مع رخصة البناء

« La proximité ne peut être appréciée uniquement de manière mathématique, juste en calculant un écartement sur une carte. La distance de la propriété du requérant par rapport à la future construction est, certes, prise en compte mais on y ajoute la configuration des lieux : il y aura intérêt à agir si le requérant, même éloigné, a une bonne visibilité sur le projet situé sur une colline mais pas d'intérêt si la future construction, même assez proche, ne peut heurter le regard du requérant ».

(ومع ذلك فإنَّ عنصر القرب لا يمكن تقييمه حسابياً إلا من خلال حساب مسافة على مستوى خريطة مع الأخذ بعين الاعتبار عنصر رئيسي يتمثل في شكل المبنى، حيث ستكون هناك مصلحة للطعن حتى وإن كان الطاعن بعيداً يتمتع برؤية جيدة للمشروع الواقع على تلة، لكن لا تتوفر المصلحة إذا كان البناء المستقبلي حتى وإن كان قريباً بما فيه الكفاية لا يمكن أن يضر برؤية المدعي)⁽²⁾.

ومن ذلك يتبين أنَّ تقدير القرب يجري في إطار شكل الأماكن، أهمية المشروع العقاري، وهذه الخصائص، ومع ذلك فإنَّ شرط القرب ليس شرطاً أساسياً في الواقع، بل هو تابع لعنصر أساسي يتمثل في: رؤية المشروع"، وهو ما نلمسه من قرار مجلس الدولة الفرنسي سنة 2005 في قضية Association des citoyens et contribuables de la communauté de communes Saône-et-Vienne حيث جاء في إحدى حيثياته: (على الرغم من أنَّ من حقيقة هذه التوربينات تقع على ارتفاع إجمالي بما فيه شفراتها يقدر بـ 120 متر، كانت تقع على

¹) Jacqueline MORAND-DEVILLER, le permis de construire, édition dalloz, 1997, op. cit., p. 116.

²) Ibid, p.117.

مسافة أقل من كيلومتر واحد من ممتلكات المدعي، فلم يكن من المقبول أن يقدم طلب إلغاء الرخصة محل الطعن.... اعتبار أنه يبدو من وثائق الملف بأن ملكية السيد M والسيدة X تقع على حافة التجمع السكاني، وتواجه منظرا زراعيا مسطحا واقع على بعد 900 متر من التوربينات محل التشييد، والتي سترتفع كما قيل على ارتفاع 120 متر بما في ذلك شفراتها، وبالتالي على الرغم من الضوضاء الناتجة عن هذه الحالات غير موجودة على 400 متر، فإن الأطراف المعنية تيرر مصلحة كافية للطعن في الرخصة محل النزاع⁽¹⁾. إذاً على الرغم من أن المدعين موجودين على مسافات متساوية من البناء إلا أنهم لم يتضرروا بنفس الطريقة، ومع ذلك فإن من هذا الضرر تعتمد مصلحتهم في الطعن، وعليه فإن المفهوم الرياضي المحض للقرب يجب تجنبه.

إن المصلحة في الطعن بالإلغاء في رخص البناء وإن كانت تقوم على عنصر القرب إلا أنه يعتبر غير كاف، حيث أنه ولكي يقبل الطعن يجب أن يتوفر شرط آخر وهو شرط الخصوصية La spécificité والمتمثل في المصلحة العمرانية⁽²⁾.

وهكذا، فقد أسهم القاضي الإداري في تكريسه لهذا الطابع المميز لمادة منازعات رخص البناء وإن لم يكن بصورة صريحة، حيث يُثبت خصوصية المصلحة المشتركة من خلال بحثه في مدى توفر عناصر المصلحة رسدا لخصوصيتها بالنسبة إلى الغير ليؤكد على أن توفر المصلحة في الطعن ضد قرارات رخص البناء يقدر حسب الحالات وذلك بعد الأخذ بعين الاعتبار خصوصا لطبيعة المنطقة وحجم البناءات المرخص بها وصبغتها ونشاطها المستقبلي.

فالقاضي الإداري عند تقديره لمدى توفر مصلحة الغير يأخذ بعين الاعتبار عناصر ذات طبيعة عمرانية، حيث يذهب إلى الاعتراف بأن من مصلحة الغير "ضمان الانتفاع بالعمارة المذكور على الوجه الأمثل وحمايته من كل ما من شأنه أن ينتقص من صبغته السكنية،

¹⁾ « en dépit de ce que ces éoliennes, d'une hauteur totale, pales comprises, de 120 m, étaient situées à une distance de moins d'un kilomètre de la propriété de ce requérant, celui-ci n'était pas recevable à demander l'annulation du permis en cause. [...] Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la propriété de M. et Mme X est située en bordure d'agglomération, face à un paysage agricole plat offrant une vue dégagée, à une distance d'environ 900 mètres des éoliennes à construire, lesquelles s'élèveront, ainsi qu'il a été dit, à une hauteur de 120 mètres, pales comprises ; qu'ainsi, alors même que les nuisances sonores de ces machines sont inexistantes au-delà de 400 mètres, les intéressés justifient d'un intérêt suffisant pour attaquer le permis litigieux ». Cité par, Elisabeth JUR-VILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.294.

²⁾ Jacqueline MORAND-DEVILLER, le permis de construire, op. cit, p. 117.

اعتبارا لكون الصبغة السكنية تمثل جوهر مادة التعمير"⁽¹⁾.

ليس ذلك فحسب بل أنّ القاضي الإداري ذهب إلى أبعد من ذلك في قراءته لشروط المصلحة ليقر بأنّ التمسك بحماية المنشآت والطرق العمومية القائمة أو العقارات المراد إحداثها عليها بصفة قانونية من الاستلاء أو من كل ما يؤدي إلى النقص في قيمتها بصفة غير شرعية يؤول في نهاية الأمر إلى حماية وصيانة حقوق الجوار⁽²⁾، وهو ما نلمسه صراحة من قضاء مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر بتاريخ 2002/10/01 حيث جاء في أحد حيثياته: "...حيث أنّه بالرجوع إلى وثائق الطرفين والقرار المعاد يتضح بأنّ المسألة تتعلق بمشروعية رخصة البناء، وأنّ الملكية ضرورية وليست كافية لتسليم هذه الرخصة، لأنّ منح هذه الرخصة يتطلب شروطا أخرى لم تتوفر في قضية الحال، وهي عدم الإضرار بالجيران وعدم البناء على قنوات صرف المياه القذرة، أو على ممر، وعليه فإنّ هذا ثابت بمقتضى الوثائق المقدمة من طرف المستأنف عليه وبمقتضى محضر مفتش التعمير، وعليه يتعين تأييد القرار المعاد"⁽³⁾.

وبالإضافة إلى ذلك، يمكن أن تكون المصلحة المشتركة قيامها للطعن بالإلغاء من قبل الغير الأصلي عمرانية جمالية، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي وجود مصلحة ثابتة للغير الأصلي طالب إلغاء رخصة بناء تم إصدارها قصد إقامة مشروع من شأنه التأثير على الخصوصيات الجمالية للمنطقة، بإعلان إمكانية للطعن تطال القرارات المنطوية على مخالفة نظام البناء وذلك للحيلولة دون إقامة أبنية تتنافى والترتيب العمرانية التي يفترض أنّها شرعت لغاية جمالية⁽⁴⁾.

وفي المقابل يتم استبعاد المصلحة الاقتصادية التجارية من نطاق قيام الغير الأصلي من الطعن بالإلغاء في قرارات التعمير، حيث لا يجوز حسب مجلس الدولة الفرنسي أن تتأسس مصلحة الغير الرامي إلى إلغاء رخصة البناء على مصالح اقتصادية، فقرر رفض من خلال قرار Société albigeoise de spectacles بتاريخ 1987/03/13 دعوى مقدمة من طرف شركة مجاورة على أساس أنّ المبنى الذي سيقع تشييده يمارس فيه نشاط مناف للشركة المدعية،

¹ ختام الجماعي، الغير والطعن في القرارات الإدارية في مادة التعمير، مرجع سابق، ص.22.

² Pierre SOLER-COTEAUX, droit de l'urbanisme, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1998, p.519.

³ أورده، محمد الأمين كمال، الرقابة القضائية على تراخيص أعمال البناء والتعمير، مرجع سابق، ص.52.

⁴ ختام الجماعي، الغير والطعن في القرارات الإدارية في مادة التعمير، المرجع عينه، ص.22.

حيث المصالح المدعى بها لا تمس حجم وشكل وارتفاع المبنى الجديد⁽¹⁾.

غير أنّ هذا التطور الذي شهده مجلس الدولة الفرنسي في مجال تقدير المصلحة العمرانية واجهه تدخل المشرع سنة 2013 من خلال تعديل قانون البناء، حيث ولئن كان ما قيل حول المصلحة يصدق جزء منه على بعض الأشخاص العامة لضرورة المصلحة العامة (الدولة، الجماعات المحلية، الجمعيات إذا كانت لها أهداف عمرانية..). فإنّ الغير الشخص الطبيعي أو المعنوي من أشخاص القانون الخاص تتوفر مصلحته في الطعن بالإلغاء في رخصة البناء متى أثبت أن البناء سيؤثر مباشرة على شروط الإشغال، استعمال، استغلال الأموال التي يحتفظ بها بطريقة قانونية، كما يتم تقدير هذا التأثير من يوم الإعلان في البلدية لطلب المستفيد⁽²⁾، وبالتالي يكون المشرع بشروطه هذه يهدف إلى الحد من الطعون التعسفية للغير، والموازنة بين حق هذا الأخير والأمن القانوني لرخصة البناء، وتجنب إرهاب العدالة⁽³⁾.

ولئن كانت مسألة الصفة والمصلحة في المنازعات العمرانية شرطا ضروريا لقبول دعوى الغير الأصلي إلا أنّ ذلك يبقى مقترنا بتوفر الآجال القانونية لرفع الدعوى، وهو ما نتعرض إليه تباعا.

3-المواعيد والآجال والنتائج المترتبة عليها في الطعن بالإلغاء في رخصة البناء من قبل الغير الأصلي

يعتبر تدخل الغير الأصلي في الرابطة القانونية الأجنبية عنها-رابطة البناء-مرتبطا بمدى علمه بها، ولئن كان المشرع الجزائري قد حدد مدة الطعن في القرارات الإدارية عموما بمدة 4 أشهر من يوم نشر أو تبليغ القرار، وحددها المشرعان الفرنسي والمصري بمدة شهرين للأول وستين يوما للثاني⁽⁴⁾، فإنّ ذلك يبقى متوقفا على علم الغير الأصلي في هذه الحال بوجود رخصة البناء، ولمّا كان الإعلام بالقرارات الإدارية التنظيمية في مادة التعمير كما بقية المجالات

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.295.

²) Art. L. 600-1-2 code de l'urbanisme.

³) يخضع تقدير المصلحة في منازعات التعمير في النظام القانوني الجزائري والمصري للقواعد العامة أي من وقت رفع الدعوى، ولعل المشرع الفرنسي أراد بهذا الحكم أن يعطي الفرصة للغير من رفع دعواه، حيث قد تزول مصلحته يوم رفع الدعوى بالرغم من أنّه قد توفرت لديه المصلحة يوم إعلان الطلب.

⁴) ينظر بالنسبة للمشرع الجزائري المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالنسبة للمشرع الفرنسي المادة 1-421 R من قانون القضاء الإداري، أمّا بالنسبة للمشرع المصري فينظر المادة 24 من قانون مجلس الدولة.

الإدارية الأخرى يتم عبر نشره، فإنَّ القرارات الفردية لا يمكن معارضة الأفراد بها إلا من تاريخ علمهم بها بطريقة كاملة وشاملة تنتهي في الغالب بتبليغ القرار المعني به مباشرة وهي مسألة طرحت العديد من الإشكالات في مادة التعمير، إذ من المعلوم أنَّ الآثار القانونية تتجاوز المعنيين بها مباشرة لتشمل بصفة غير مباشرة الغير في مجال رخصة البناء موضوع هذه الدراسة، فإنَّ السؤال الذي يطرح هنا هو كيف يتم علم الغير بها؟

أمام هذا المشكل، سعت السلطة التنظيمية في الجزائر لتجاوزه من خلال إدراجه لبعض الأحكام التي تتعلق بكيفية إشهار رخصة البناء بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المتعلق بتحضير عقود التعمير وتسليمها، حيث أوجب من خلال المادة 55 منه أن توضع نسخة مؤشر عليها تحت تصرف الجمهور بمقر المجلس الشعبي البلدي، كما أضافت المادة 56 منه بأن تبقى النسخة ملصقة بمقر المجلس الشعبي البلدي لمدة سنة وشهر، بل لم يقف عند هذا الحد حيث وضع قيودا على المستفيد من خلال المادة 60 يتمثل في تعليقه لقرار الرخصة طيلة عمل الورشة، ومع ذلك فإنَّ المشكل يثور حول فيما لو لم تتخذ الإدارة إجراءات التعليق وهي نفس الحال بالنسبة للمستفيد من القرار فما هو الحل هنا⁽¹⁾؟

أمام ذلك كان من الأجدر أن تفرض السلطة التنظيمية عقوبات مالية إزاء المخالفات المرتكبة في حالة عدم التعليق أو التعليق المنقوص، ومع هذا يطرح مشكل سريان آجال طعن الغير الأصلي عن طريق دعوى الإلغاء في قرار الترخيص بالبناء في حالة عدم إصاق الرخصة بمقر البلدية وكذا ورشة المستفيد؟

إنَّ الجواب عن هذا السؤال يواجهه افتراض علم الغير بالبناء بمجرد بداية جاره للأشغال، ومع ذلك فإنَّ علم هذا الأخير ببداية جاره بأشغال البناء لا يعني حصوله على قرار الترخيص لأنَّ احتمال البناء بدون رخصة يبقى واردا، ليبقى الحل الوحيد للقاضي الإداري هو اعتبار تاريخ رفع الدعوى هو تاريخ العلم بالقرار وفقا لأحكام القانون، ومن تم احترام الآجال وهو ما يخدم مصلحة الغير نظرا لمرونة شرط الآجال، وهو امتياز سبق للقاضي الإداري الفرنسي أن اعتمده بصورة أكثر توسعا قبل أن يتدخل المشرع في 2017، حيث ذهب إلى قبول دعوى الإلغاء ضد قرار الترخيص بالبناء بعد مرور ثمان سنوات على إصدار القرار بداعي غياب

⁽¹⁾ خاصة إذا علمنا أنَّ التقاعس عن النشر والتعليق بات سمة أساسية فيما يتعلق بمسائل رخصة البناء في الجزائر.

الإشهار الفعلي للقرار⁽¹⁾.

هذا، ويختلف الأمر نسبيا بالنسبة للنظام القانوني الفرنسي للبناء، حيث أخذ بعملية النشر المزدوج كما قدم ضمانات لفعاليتها، إذ ألزم المنظم من خلال المادة R424-15,3 من قانون التعمير بأن يتم نشر رخصة البناء في ظل ثمانية أيام من إصدارها صراحة أو ضمنا، وتعلق لمدة شهرين، كما أمر من خلال المادة R424-16 على أن تعلق الرخصة في الأرض محل البناء وفق شروط معينة⁽²⁾، وعلاوة على ذلك يجب أن يتأكد المستفيد من أنه قد تم نشر الرخصة على مستوى مقر البلدية أو أن يطلب إشهادا على ذلك، أو أن يطلب ذلك عن طريق المحضر القضائي، وفي حالة عدم احترام شكليات النشر وإجراءاته، فإنه يمكن حساب مدة الشهرين المحددة لطعن الغير في رخصة البناء وفقا للمادة R600-2 من قانون التعمير.

وطبقا لما جرى عليه العمل في فرنسا، يقوم المستفيد من رخصة البناء بإشهاد المحضر القضائي على نشر إعلان رخصة البناء وفق ما هو محدد في القانون من أجل استبعاد طعن الغير في القرار بمرور مدة الشهرين، هذه الأخيرة التي تحسب من أول يوم نشر في الأرض محل البناء.

غير أنه وحفاظا على استقرار المراكز القانونية وحماية الأمن القانوني لرخصة البناء أتى المشرع بحكم جديد مفاده غلق باب الطعن بالإلغاء في رخصة البناء من قبل الغير الأصلي

⁽¹⁾ ختام الجماعي، الغير والطعن في القرارات الإدارية في مادة التعمير، مرجع سابق، ص.29. بل كان على المنظم الجزائري أيضا أن يحدد تاريخ بداية التعليق درءا للتعقيد وتجنبيا للانعكاسات التي تنتج عن قيامه خاصة بالنسبة إلى الغير الأصلي، وهو ما يتبين من ظاهر حكم المادة 60 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المتعلق بتسليم عقود وشهادات التعمير، حيث اكتفت بالنص في ما يخص المستفيد بتعليق الرخصة طيلة عمل الورشة بدون تحديد تاريخ بدء النشر..

⁽²⁾ « Le panneau prévu à l'article A. 424-15 indique le nom, la raison sociale ou la dénomination sociale du bénéficiaire, le nom de l'architecte auteur du projet architectural, la date de délivrance, le numéro et la date d'affichage en mairie du permis, la nature du projet et la superficie du terrain ainsi que l'adresse de la mairie où le dossier peut être consulté.

Il indique également, en fonction de la nature du projet :

- a) Si le projet prévoit des constructions, la surface de plancher autorisée ainsi que la hauteur de la ou des constructions, exprimée en mètres par rapport au sol naturel ;
- b) Si le projet porte sur un lotissement, le nombre maximum de lots prévus ;
- c) Si le projet porte sur un terrain de camping ou un parc résidentiel de loisirs, le nombre total d'emplacements et, s'il y a lieu, le nombre d'emplacements réservés à des habitations légères de loisirs ;
- d) Si le projet prévoit des démolitions, la surface du ou des bâtiments à démolir ».

بعد مرور سنة من انتهاء الأشغال، هذا الانتهاء الذي يتم الإعلان عنه صراحة من قبل المستفيد للسلطات المختصة⁽¹⁾.

ونشير في الأخير أنّ المشرع المصري لم يتبن أحكاما تتعلق بضمان حقوق الغير من أجل الطعن في رخصة البناء وكذا حماية المستفيد من طعون الغير الأصلي التعسفية، حيث أنّه ألزم المستفيد فقط بنشر اللافتة في الأرض محل البناء⁽²⁾، دونما أي تحديد للعقوبات الناتجة عن عدم احترام هذه الأحكام، لتسري بذلك الآجال المفتوحة في حق الغير الأصلي في حالة عدم نشر قرار الترخيص من المستفيد، ليعتبر بذلك تاريخ علمه بالقرار هو تاريخ رفع دعواه.

الفرع الثاني

الغير الأصلي في نظام البيئة-رخص إنشاء واستغلال المنشآت المصنفة-

ينصرف مفهوم المنشأة المصنفة ووضعتها إلى المحال والمؤسسات التي من شأن تشييدها وتسييرها أن يسببا أضرارا ومضايقات للبيئة والجوار والنظام العام بمفهوميه التقليدي والحديث، ولمّا كانت هذه المنشآت توصف بأنّها مقلقة للراحة فإنّه ومن أجل ذلك فرضت على التعامل فيها إنشاء أو تسييرا عدة قيود سواء بموجب نصوص تشريعية أو نصوص تنظيمية⁽³⁾، وتتمثل هذه القيود في إجراءات إنشائها واستغلالها والمتمثلة في إجراء التصريح أو الترخيص وذلك بحسب درجة خطورة المنشأة على النظام العام⁽⁴⁾. ويتعلق نظام التصريح بالمنشأة التي لا تمس

⁽¹⁾ المادة 03-603R من تنظيم قانون التعمير الفرنسي.

⁽²⁾ المادة 56 من قانون بالبناء المصري لسنة 2008.

⁽³⁾ عبد الرحمان عزوي، النظام القانوني للمنشآت المصنفة من أجل حماية البيئة، دراسة مقارنة في كل من القانون الجزائري والفرنسي والمصري، ط.1، عالم الكتب للنشر والنوزيع، 2003، ص.8.

⁽⁴⁾ ينظر في هذا السياق، المادة 19 من القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المتدامة، ج. ر، ع.43، الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003. والمادتين ل512-1 ول512-8 من قانون البيئة الفرنسي المعدل سنة 2017. وينظر في نفس السياق، القانون رقم 453 لسنة 1954 بشأن المحال الصناعية والتجارية وغيرها من المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة، المعدل والمتم. والقانون رقم 15 لسنة 2017 تيسير إجراءات تراخيص المنشآت الصناعية.

بدرجة كبيرة الجوار⁽¹⁾، أمّا المنشأة المصنفة الأكثر خطورة فتخضع لنظام الترخيص⁽²⁾، حيث الحصول على رخصة إنشاء واستغلال منشأة مصنفة يتطلب إيداع ملف الترخيص بالإضافة إلى دراسة التأثير والخطر، لتمنح بذلك من قبل الهيئة المختصة التي حددها القانون.⁽³⁾

إذا كان الحصول على الرخصة أو الموافقة على التصريح بإنشاء واستغلال المنشأة المصنفة أمراً يتعلق بطالب الترخيص والإدارة المعنية، فإنّ ما يهمنا هنا هي الآثار الناتجة عن ذلك في مواجهة الغير الأصلي، وعليه يتدخل هذا الأخير في هذه العلاقة عن طريق الطعن بدعوى الإلغاء في قرار الترخيص أو الموافقة على التصريح، وعليه كيف سيتعامل قاضي الإلغاء مع تدخل الغير الأصلي وكيف يتم فتح المحكمة أمامه وتقدير ذلك؟ وهو ما يدفعنا إلى البحث في مسألة الصفة والمصلحة والتي تعتبر من المسائل الأولية التي يبحث فيها القاضي الإداري لقبول دعوى الغير الأصلي، لنخرج بعد ذلك على دراسة مواعيد رفع هذا الأخير لدعواه؟

أولاً: الصفة والمصلحة في دعوى إلغاء قرار الترخيص بإنشاء منشأة مصنفة

إنّ البحث في مسألة الصفة والمصلحة في منازعات إلغاء رخص استغلال منشأة مصنفة يقودنا إلى الكلام عن الصفة باعتبارها عنصراً من عناصر المصلحة في بعدها الشخصي، وعليه تتدمج الصفة في المصلحة، أي المصلحة الشخصية. وعليه، حتى تقبل دعوى الغير الأصلي يجب أن يتوفر فيها عنصر القرب والمعبر عنه بالجوار، ويتعلق هذا الشرط بالطعن

¹ ويسمى كذلك بالإخطار، أي إخبار السلطة الإدارية وإعلامها مسبقاً بالنية والرغبة الآنية أو اللاحقة في ممارسة نشاط معين، ومن أمثلة ذلك تشييد أو تسيير وتشغيل مصنع أو ورشة أو محل مضر أو مؤثر في البيئة، وذلك من أجل تمكينها من اتخاذ الموقف والاحتياطات المناسبة في سياق وظيفة واختصاصات سلطة الضبط الإداري التي تحوزها الإدارة، ومن حيث جوهره اعتمد هكذا إجراء من أجل ضمان ممارسة تلقائية لبعض الأنشطة في هذه الحال. للاستزادة حول ضوابط التصريح وآثاره، ينظر، عبد الرحمان عزاوي، النظام القانوني للمنشآت المصنفة، مرجع سابق، ص.30.

² يمثل الترخيص الإداري إذنا صادراً من الإدارة المختصة بممارسة نشاط معين لا يجوز ممارسته بغير هذا الإذن، إذ تقوم الإدارة بمنح الترخيص إذا توافرت الشروط القانونية، وعليه يشكل الترخيص الإداري وسيلة إدارية تمارس بواسطتها الإدارة رقابتها السابقة وحتى اللاحقة على النشاط الفردي، حيث يتمحور دورها في الوقاية ذلك بالسماح للإدارة بإمكانية منع حدوث الاضطرابات والإضرار بالمجتمع ومنع كذلك الإضرار بالجوار وبالبيئة من خلال رصد مصدر الضرر أي المنشأة المصنفة أو المحل المضر بالصحة أو بالجوار. للتفصيل أكثر، ينظر، أمال مدين، المنشآت المصنفة لحماية البيئة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، ص.82.

³ ينظر على سبيل المثال، المادة 21 من القانون رقم 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة. والمادتين 19 و 20 من قانون رقم 4 لسنة 1994 المتعلق بالبيئة في مصر المعدل.

في رخص البناء كما يطبق في مسألة الطعن في رخص وقرارات الموافقة على تصريح إنشاء واستغلال منشأة مصنفة، وبصفة عامة فإن شرط القرب يوجد في جميع المنازعات الخاصة بالمنشآت المصنفة المرفوعة من قبل الغير الأصلي، ولا يكفي القرب وحده لتوفر صفة الجار ومصلحته بل يجب أن يتوفر عنصر آخر وهو عنصر الأسبقية⁽¹⁾ L'antériorité ..

وبناء على ذلك، فإن القاضي يقبل الدعوى المرفوعة من قبل الغير الأصلي ضد رخص استغلال المنشأة المصنفة متى توفر عنصر الأسبقية، مع العلم أن هذا العنصر لم نجد له أثرا في التشريعين الجزائري والمصري المتعلقين بالبيئة، بل كان محل نص المشرع الفرنسي وحده ذلك ما نلمسه من قراءة المادة 6-514 L من قانون البيئة حيث جاء فيها:

« les tiers qui n'ont acquis ou pris à bail des immeubles ou n'ont élevé des constructions dans le voisinage d'une installation classée que postérieurement à l'affichage ou à la publication de l'acte portant autorisation ou enregistrement de cette installation ou atténuant les prescriptions primitives ne sont pas recevables à déférer ledit arrêté à la juridiction administrative ».

(الأغيار الذين لم يحصلوا على إيجار بنايات أو أنشأت بنايات بجوار المنشآت المصنفة بعد نشر أو إعلان الترخيص أو تسجيل هذه المنشأة أو التخفيف من الشروط الأولية لا يعتبرون مقبولين لإحالة القرار إلى المحكمة الإدارية). يستنتج من ذلك بأن الغير الأصلي الذي يعتبر مقبولا للتدخل في منازعات المنشآت المصنفة هم الأشخاص الموجودين بجوار الموقع محل الإنشاء قبل ما تنشر المنشأة المصنفة قرار ترخيص إنشائها واستغلالها. ويعبر معيار الأسبقية عن معيار المجال الزمني الذي يلعب دورا مهما في إجراء تفرقة في فئة الغير الأصلي، وبالتالي التفرقة بين الغير الأصلي الذي له الصفة والمصلحة في الطعن في قرار الترخيص أو الاستغلال والغير الأصلي الذي لا يمكنه فعل ذلك.

والأسبقية نوعان، أسبقية على النشاط وأسبقية على الطلب. وتتعلق الأولى بوضعية قانونية مستقلة عن الطاعن، حيث أنه في الواقع يمكن لأي مستغل أن يقرر تعديل منشأته من خلال توسيع الاستغلال وتنويع الأنشطة، وتتطلب هذه التعديلات تصريحات ورخصا جديدة يجب أن تدخل حيز النفاذ. فالطاعن لا يملك الخيار للطعن فيها ولن يتمكن، فمثلا: الطعن في رخصة أولية في حين هناك رخصة تكميلية دخلت حيز النفاذ، فإذا تعلق الأمر بمنشأة تخضع

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.299.

للتصريح يمكن للطاعن الطعن فقط في وصل استلام النشاط الجديد، هذه الأسبقية ترتبط بالنشاط الذي يسمح بالتنظيم المرتبط بالعمل وليس بمفهوم الغير الأصلي⁽¹⁾.

بينما تتعلق الثانية بسبق الإشغال من قبل صاحب المنشأة المصنفة أو الغير وللهم أكثر نسلط الضوء على قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Société française de meunerie بتاريخ 2004/10/22 وتعود وقائع القضية إلى أنّ غيراً أصلياً -جار- قد تحصل من المحكمة الإدارية على تعديل القرار الولائي المتعلق بمنشأة مصنفة، وأثبت هذا الجار صفته بعد القرار الأولي للمنشأة المصنفة، دفعت المؤسسة بانعدام مصلحة الجار لأنّ شرط الأسبقية لم يتوفر فيه، وعليه اعتبر مجلس الدولة:

«qu'en vertu du cinquième alinéa de l'article 14 de la loi du 19 juillet 1976 les tiers qui n'ont acquis ou pris à bail des immeubles ou n'ont élevé des constructions dans le voisinage d'une installation classée que postérieurement à l'affichage ou à la publication de l'arrêté autorisant l'ouverture de cette installation ou atténuant les prescriptions primitives ne sont pas recevables à déférer ledit arrêté à la juridiction administrative ; que si ces dispositions font obstacle à ce que les tiers mettent en cause la légalité des actes antérieurs à leur installation dans le voisinage qui déterminent les conditions de fonctionnement d'une installation classée, elles ne s'opposent pas, en revanche, à ce qu'ils contestent, s'ils y ont intérêt, les actes postérieurs à leur établissement et par lesquels l'autorité compétente modifie ou complète les prescriptions imposées à l'exploitant pour la protection de l'environnement ».

(أنّه بموجب الفقرة الخامسة-أصبحت الفقرة 4- من المادة 6-514 L من قانون 23 جويلية 1976 الغير الذي اكتسب أو استأجر مباني أو أنشأ بنايات بجوار منشأة مصنفة بعد نشر أو إعلان القرار المرخص بفتح المنشأة المصنفة أو التخفيف من الشروط الأولية لا يعتبرون مقبولين من أجل إحالة القرار إلى المحكمة الإدارية، في حين إذا كانت هذه الأحكام تمنع الغير من التشكيك في مشروعية الأعمال إذا كانت المنشأة المصنفة الموجودة بالجوار قبل وجود الطاعن، فإنّ ذلك لا يتعارض من ناحية أخرى مع الطعن إذا توفرت المصلحة في الأعمال البعدية بعد تأسيسها والتي بموجبها تعدل السلطة المختصة أو تستكمل متطلبات المفروضة على المشغل من أجل حماية البيئة)⁽²⁾.

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.300.

²) Claire LANDAIS et Lenica FREDERIC , note sur CE Sect., 22 octobre 2004, Société française de meunerie, A.J.D.A, 2004, p. 2150.

يبدو من خلال قرار مجلس الدولة بأن المؤسسة المدعية تذرعت بشرط الأسبقية أو كما تسمى بنظرية سبق الإشغال، هذه النظرية التي تسمح لجيران المنشأة المصنفة بالطعن في كل الأعمال الإدارية التي تتعلق بهذا الافتتاح لمجرد أنهم كانوا موجودين قبل إنشاء المنشأة المصنفة، ويتم تقدير شرط الأسبقية وفق لنشر أو إعلان قرار الترخيص⁽¹⁾، وتفرض الأسبقية بطريقة عكسية إذا كان الغير الأصلي قد استقر بعد الافتتاح فلا يمكنه الطعن في الأعمال التي تؤثر في المنشأة المصنفة، حيث كان يعلم بوجود المنشأة وبالتالي كان يعلم بالاضطرابات والإزعاجات التي تسببها للجوار.

ومع ذلك فإن من مساوئ هذه النظرية أنها تقودنا إلى خلق نوعين من الغير الأصلي ليسوا لهم نفس الحقوق، فالغير الأصلي الموجود قبل المنشأة له الحق في الطعن في الرخصة الأولية وكذلك في الأعمال الأخرى التعديلية، بينما الغير الأصلي الذي استقر بعد إنشاء المنشأة الأصلية لا يملك أي حق⁽²⁾، وبتعبير آخر هل يجوز اكتساب حق الإضرار بالغير بالتقادم؟

لم تعالج التشريعات الفرنسية هذه المسألة بل كرس كل الاعتراف بالحق في التلوّث بإضفائها طابع المشروعية على حالات الإزعاج الموجودة بسبب سبق الإشغال الفردي وبالتالي إعفاء الملوّث من مسؤوليته، وهكذا قد تم تغليب المصالح الاقتصادية للمستغلين على مصالح الجوار بل والمصالح العام لحماية الطبيعة والمحيط⁽³⁾، وأمام هذا الوضع اعتمد مجلس الدولة الفرنسي حلاً جديداً حيث أصبحت الأسبقية كذلك على تدخل شروط قانونية جديدة مثل التعديل في شروط المنشأة أو الظروف الواقعية، أي تعديل في مضايقات الجوار، فإذا كان الغير الأصلي موجوداً قبل تدخل هذه الظروف فإنه يحق له حينئذ رفع دعوى قضائية، إذ لم يعد قبول دعواه مقترناً بوجوده أولاً بعد الإنشاء الأولي للمنشأة، وعليه تقلت وحدها من الطعن القرارات قبل مجيء الغير بجوار المنشأة المصنفة⁽⁴⁾.

¹⁾ F. FERRAND, contentieux des installations classées, in Juris-classeur, environnement, t. 2, fasc. 1040, p. 8.

²⁾ Christophe GUETTIER, note sur CE Sect., 22 octobre 2004, Société française de meunerie, R.D.P 2005, p. 508.

³⁾ للاستزادة حول التوجهات التشريعية والآراء الفقهية حول مسألة سبق الإشغال وإقرار المسؤولية المدنية لمشغل المنشأة المصنفة، يراجع، عبد الرحمن عزوي، النظام القانوني للمنشآت المصنفة من أجل حماية البيئة، مرجع سابق، ص. 78-83.

⁴⁾ E. GUILLAUME, contentieux des installations classées, in répertoire dalloz, contentieux administratif, t. 3.p. 4.

وعموماً، فإنَّ مصلحة الغير الأصلي عادة ما تتمثل في حماية مصالحه المالية والتي يتمثل جوهرها في حق الملكية، حيث أنَّه وتواجده بجوار المنشأة المصنفة فسيتعرض لخطر انخفاض القيمة التجارية لأمواله⁽¹⁾، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في سنة 2013 حيث جاء في منطوق حكمه بأنَّ صفة الغير قد تكون مقبولة للطعن في رخصة استغلال منشأة مصنفة لا يمكن الاعتراف به لمؤسسة تجارية إلا في الحالات التي تكون فيها هذه العيوب أو المخاطر بطبيعتها تؤثر في ظروف التشغيل الخاصة بهذه المنشأة التجارية، وبالتالي يجب التحقق مما إذا كانت المؤسسة تبرر مصلحة مباشرة مع الأخذ بعين الاعتبار المضايقات والمخاطر التي تعرضها المنشأة المصنفة، الذي يقدر بشكل خاص وفقاً لشروط تشغيلها، وضعية الأشخاص وشكل الأماكن، ليقر في الأخير بنفي الصفة عن الشركة التي لم تبرر مصلحتها في الطعن، حيث كانت نتيجة التحقيق أنَّ المؤسسة لم تكن مجاورة للمنشأة المصنفة بل كان يفصلها عنها عدة أمتار، وأنَّ الزيادة في حركة المرور كانت ضئيلة، ولا ينتج منها أي غازات أو غبار، وبالتالي لا يوجد أي خطر أو مضايقات قدمه تركيب شركة M B من المرجح أن يؤثر في حد ذاته على ظروف تشغيل المؤسسة⁽²⁾.

ثانياً: المواعيد والآجال في الطعن بالإلغاء في رخص إنشاء واستغلال منشأة مصنفة من قبل الغير الأصلي والنتائج المترتبة عليها

لم ينص المشرع الجزائري ولا المشرع المصري على أحكام خاصة بمواعيد طعن الغير الأصلي في تراخيص -وكذا قرارات الموافقة على تصريحات- إنشاء واستغلال المنشآت المصنفة بل أخضعها للقواعد العامة⁽³⁾، وهي مدة أربعة أشهر بالنسبة للتشريع الجزائري، وستين يوماً في التشريع المصري تحسب من يوم تبليغ القرار أو نشره. وبما أنَّ رخص استغلال المنشآت المصنفة تعتبر قرارات فردية وتبلغ إلى المستفيد منها، فإنَّ السؤال الذي يطرح هنا

¹ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p251.

² LAURENT Radisson, le conseil d'Etat encadre les possibilités de recours des tiers, www.actu environnement.com, la date visite :20/10/2018.

³ فإذا كان الأمر لا يطرح إشكالا بالنسبة لنظام الرخصة، فإنَّه بالنسبة لنظام التصريح الأمر يختلف، وبذلك نقول أن الغير الأصلي يمكن له أن يطعن في وصل الاستلام باعتباره يشكل قراراً يتضمن اعترافاً للمستفيد من قبل الإدارة لممارسة النشاط محله، كما ينشئ مركزاً قانونياً جديداً قد يؤثر في المركز القانوني للغير الأصلي نفسه. ينظر بشأن سلطة الإدارة في التعامل مع تصريحات إنشاء واستغلال المنشآت المصنفة، عبد الرحمان عزوي، النظام القانوني للمنشآت المصنفة من أجل حماية البيئة، مرجع سابق، ص.32-37.

هو كيف يمكن للغير الأصلي أن يعلم بوجود قرار الترخيص -أو الموافقة على التصريح- بإنشاء واستغلال منشأة مصنفة من أجل الطعن فيه بالإلغاء أمام القاضي الإداري؟

لم نجد أي حكم يتعلق بعلم الغير الأصلي بقرار الترخيص في النصوص القانونية المتعلقة بموضوع المنشآت المصنفة ما عدا الحكم المتعلق بالتحقيق العمومي في النظام القانوني الجزائري، مع العلم أن التحقيق العمومي يعد إجراء سابقا على منح الرخصة بل وشرط من شروط تحققها وما القيام به إلا لتمكين الغير المقيم بمنطقة الدراسة من تقديم ملاحظاته-على الأقل إذا علم به- حوله والاعتراض عليه إن أمكن⁽¹⁾، وأمام ذلك كان من الأحسن أن ينص التشريع الجزائري بل والمصري على الأقل على تعليق رخصة أو وصل الاستلام بناء على التصريح باستغلال المنشأة في مكان إنشاء المنشأة ووقت انطلاق أشغال البناء، ليبقى السبيل الوحيد في هذه الحال هو الاستناد على قرار الترخيص بالبناء المعلق بمكان البناء ومقر البلدية على الأقل بالنسبة للتشريع الجزائري -والتشريع المصري بالنسبة للتعليق في مكان البناء- وبالتالي فإن علم الغير الأصلي بقرار الترخيص بالبناء هذا يعتبر قرينة على وجود قرار إنشاء منشأة مصنفة ما يسمح له بالطعن فيه، لكن أن الأمر يزداد صعوبة متى تعلق بقرارات التعديل في عمل المنشأة ليبقى الملاذ الوحيد هو الحل الذي يفضي إلى أن تاريخ رفع الدعوى يعتبر تاريخ العلم بالقرار وفقا للقانون حفاظا على حقوق الغير الأصلي.

وأمام هذه النقائص في التشريعات أعلاه، فإنَّ المشرع الفرنسي ومن أجل حماية حقوق الغير من جهة وضمان استقرار المراكز القانونية للمستفيدين من رخص الاستغلال أتى بأحكام تضمن علم الغير بوجود هذه القرارات، وذلك ما نصت عليه المادة R181-50 من تنظيم قانون البيئة المعدل سنة 2017، حيث أعطت الغير الحق في الطعن في هذه الرخص في أجل أربعة أشهر تحسب من يوم النشر في البلدية، والإعلان في موقع الإنترنت المخصص لذلك في

⁽¹⁾ مع استبعاد نظام التصريح من ذلك، ينظر، المادة 21 من القانون رقم 03-10 المتعلق بالبيئة والتنمية المستدامة. وينظر في نفس السياق المادتين 24 و25 من المرسوم التنفيذي رقم 06-108 المؤرخ في 4 جمادى الأولى عام 1427 الموافق 31 ماي 2006، يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة، ج.ر، ع.37، الصادرة بتاريخ 2006/06/4. وعموما يفتح التحقيق بموجب قرار صادر من الوالي بعد دراسة أولية وقبول دراسة وموجز التأثير، ويعلن عن القرار بطريق التعليق في مقر الولاية والبلديات المعنية، وفي أماكن موقع المشروع وكذلك عن طريق النشر في جريدتين وطنيتين، وتحدد مدة التحقيق ب 15 يوما من تاريخ التعليق. للتفصيل أكثر، ينظر، المرسوم التنفيذي 07-145 المؤرخ في 2 جمادى الأولى عام 1428 الموافق 19 ماي 2007، يحدد مجال تطبيق ومحتوى كيفية المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، ج.ر، ع.34، الصادرة بتاريخ 2007/05/22. المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-255 المروخ في 9 أكتوبر 2018، ج.ر، ع.62، الصادرة بتاريخ 2018/10/17.

المحافظة⁽¹⁾. ويعتبر تقليص آجال الطعن التي كانت سابقا تقدر بسنة ضمانا للأمن القانوني للمستغلين تحت التحفظ على حقوق الغير .

وإنفاذا لذلك، يستحسن من المشرع الجزائري مستقبلا أن يدرج ضمن قانون البيئة والتنمية المستدامة ومراسيمه التنفيذية أحكاما تتعلق بتمكين الغير الأصلي من العلم -فضلا عن التحقيق العمومي- برخص وقرارات الموافقة على تصريحات (وصل الاستلام) استغلال المنشآت المصنفة من ذلك إلزامية نشر قرار الاستغلال بالأماكن المخصصة للنشر في البلدية والولاية، وخلق بوابة إلكترونية لنشر هذه القرارات وغيرها إعمالا لسياسة الحكومة بشأن تطبيق الإدارة الإلكترونية وتقريب المواطن من الإدارة وسهولة الحصول على المعلومة، هذا بالإضافة إلى إلزام المستفيد بنشر إعلان قرار استغلال المنشأة المصنفة في مكان المزمع إقامته فيها .

¹) « Les décisions mentionnées aux articles L. 181-12 à L. 181-15 peuvent être déférées à la juridiction administrative :

1° Par les pétitionnaires ou exploitants, dans un délai de deux mois à compter du jour où la décision leur a été notifiée ;

2° Par les tiers intéressés en raison des inconvénients ou des dangers pour les intérêts mentionnés à l'article L. 181-3, dans un délai de quatre mois à compter de :

a) L'affichage en mairie dans les conditions prévues au 2° de l'article R. 181-44 ;

b) La publication de la décision sur le site internet de la préfecture prévue au 4° du même article.

Le délai court à compter de la dernière formalité accomplie. Si l'affichage constitue cette dernière formalité, le délai court à compter du premier jour d'affichage de la décision.

Les décisions mentionnées au premier alinéa peuvent faire l'objet d'un recours gracieux ou hiérarchique dans le délai de deux mois. Ce recours administratif prolonge de deux mois les délais mentionnés aux 1° et 2°» .

مع العلم أنَّ المادة ر 181-44 قد قدمت أحكام وضمانات من أجل علم الغير بقرارات إنشاء واستغلال المنشآت المصنفة، من ذلك مثلا نشر هذه القرارات في مقر البلدية محل إنشاء المنشأة وكذا الإعلان في الموقع الإلكتروني المخصص لذلك لمدة شهر .

« En vue de l'information des tiers :

1° Une copie de l'arrêté d'autorisation environnementale ou de l'arrêté de refus est déposée à la mairie de la commune d'implantation du projet et peut y être consultée ;

2° Un extrait de ces arrêtés est affiché à la mairie de la commune d'implantation du projet pendant une durée minimum d'un mois ; procès-verbal de l'accomplissement de cette formalité est dressé par les soins du maire ;

3° L'arrêté est adressé à chaque conseil municipal et aux autres autorités locales ayant été consultées en application de l'article R. 181-38 ;

4° L'arrêté est publié sur le site internet de la préfecture qui a délivré l'acte pendant une durée minimale d'un mois.

L'information des tiers s'effectue dans le respect du secret de la défense nationale, du secret industriel et de tout secret protégé par la loi » .

وعلاوة على كل ما قيل عن حالة القرار الإداري والغير الأصلي، فإنّ تطبيقات هذا الأخير لا تقتصر على الأعمال الانفرادية بل تتعداها لتشمل تلك المتعلقة بتوافق إرادتين، أو الأعمال الإدارية الثنائية، وهي ما يطلق عليها العقد الإداري موضوع دراستنا في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

الغير الأصلي في العقد الإداري

يعبر العقد عن

« convention faisant naître une ou plusieurs obligations ou bien créant ou transférant un droit réel ».

(اتفاق يحدث التزاما أو عدة التزامات كما ينشئ أو ينقل حقا عينيا)⁽¹⁾، وهو بذلك يعبر عن نتيجة إرادات عدة أشخاص، ولمّا كان ذلك فإنّ الشخص العام قد يكون طرفا في رابطة عقدية ومع ذلك قد لا تأخذ هذه الأخيرة صفة العقد الإداري، وبالتالي فإنّ دراستنا هذه ستجري في إطار العقد الإداري.

فإذا كان العقد الإداري يمثل توافق إرادتين أو أكثر تكون إحدهما لشخص عام على إحداث أثر قانوني، فكيف يمكن له أن يعني غيرا أصليا أجنبيا عن هذه الرابطة؟

إنّ العقد الإداري هو نتاج لعدة عمليات مركبة يكون أساسها القرار الإداري، وعليه يمكن أن يحدث ضررا ولو بطريقة غير مباشرة بالأشخاص غير الأطراف، والمقصود هو الغير الأصلي في هذا الصدد، وهو ما يدفعه إلى طرق باب القضاء من أجل حماية مصالحه، متى كان هذا التوجه يتجاهل مصلحة الشخص العام والمتعاقد معه في حماية الرابطة العقدية التي تجمعهم.

وبناء على ذلك، يطرح موضوع المنازعات العقدية عدة مسائل أهمها حماية العلاقة العقدية والسماح للغير في حماية مصالحه وهو الأمر الذي ينتج عنه تنوع في القضاء الإداري نفسه الذي ينظر في هذه المنازعات، وعليه تأتي هذه الدراسة لتسلط الضوء على فئة الغير الأصلي من حيث تحديدها وتمييزها عن غيرها من فئات الغير ضمن مطلب أول، كما تحدد الآليات

¹⁾ Serge GUINCHARD, Gabriel MONTAGNIER, Raymond GUILLIEN, Jean VINCENT, lexique des termes juridiques, dalloz, 17^{ème} éd., 2010, p. 189.

القانونية والقضائية التي تستعملها لحماية مصالحها الخاصة، بل والتدخل في العلاقات التعاقدية الأجنبية عنها عن طريق النزاع القضائي موضوع المطلب الثاني.

المطلب الأول

تحديد الغير الأصلي

"العقد شريعة المتعاقدين" مبدأ يجد تطبيقه في العلاقات التعاقدية وتنحصر نتائجه بين أطرافه تطبيقاً لمبدأ نسبية العقد، ونتيجة لذلك لا يضار منه شخص غير أطراف هذه العلاقة. فإذا كان هذا الأمر يفرضه منطق المعاملات في إطار القانون الخاص فإنّ تطبيقه في إطار القانون الإداري يطرح عدة إشكالات، وذلك لاعتبار أنّ العقد الإداري لا يعتبر قانوناً بين الأطراف المتعاقدة، وإنّما يمثل إبرامه إستجابة لمتطلبات المصلحة العامة، وهو ما يجعل آثاره تنصرف إلى الغير وتؤثر في مركزه القانوني الأمر الذي يدفعه إلى حماية مصالحه⁽¹⁾.

ويظهر من خلال ما تقدم أنّ المنازعات العقدية تتمتع بطابعها المفتوح أمام الغير، ولمّا كان ذلك يستوجب الأمر البحث عن طبيعة الغير الأصلي وموقفه من الطعون العقدية، ذلك من خلال تحليل مشتملات الرابطة العقدية التي تمثل العلاقة القانونية وهو الأمر الذي يؤدي بنا إلى استنتاج الغير الأصلي، وعليه نتعرض في الفرع الأول لموضوع العلاقة القانونية ثم نخرج في الفرع الثاني على تحديد أطرافها.

الفرع الأول

الرابطة العقدية موضوع العلاقة القانونية

يجب أن يؤخذ تحديد موضوع الرابطة العقدية بمفهومها الواسع، حيث أنّ الرابطة العقدية في إطار القانون الإداري تتكون من مجموع من العمليات حتى تصل إلى وصفها هذا، وعليه فإنّ تحديد الغير الأصلي هنا يتم أساساً وفق الوضعية القانونية الإجمالية التي موضوعها العقد الإداري، وبالتالي فإنّ موضوع هذا الأخير يتمثل في العقد الإداري نفسه والقرار الإداري المنفصل.

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.311.

أولاً: العقد الإداري

لا يختلف العقد الذي تبرمه الإدارة مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية في مفهومه العام عن العقد الذي يبرمه الأفراد فيما بينهم، حيث أنّ كلا منهما يقوم على أساس توافق إرادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة⁽¹⁾، وإذا كانت هذه العقود مبنية على أساس إرادات أطرافها التي تعتبر جوهر هذه العلاقة، إلا أنّ ذلك لا يمثل العنصر الوحيد الذي يربط المتعاقدين، بل بالإضافة إلى ذلك يربط المتعاقدين قواعد أخرى تتعلق خصوصاً بحسن النية، والعدالة الموضوعية، والثقة المشروعة⁽²⁾، ومع ذلك يختلف العقد الإداري عن العقد المدني من حيث النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما.

هذا، وتتنوع العقود التي تبرمها الإدارة إلى عقود مدنية أو كما تسمى عقود الإدارة وعقود إدارية، ونكون بصدد الأسلوب الأول إذا ما فضلت الإدارة التعاقد طبقاً لأسلوب القانون الخاص بحيث تقف مع المتعاقد معها على قدم المساواة متجردة من السلطة العامة وامتيازاتها، في حين تتسلح في عقودها الإدارية بأساليب القانون العام وامتيازاته عبر تضمين العقد لشروط وعناصر استثنائية لا مقابل لها في القانون الخاص تجعل لها مركزاً ممتازاً إزاء المتعاقد معها طبقاً لمقتضيات الصالح العام، فضلاً عن إجرائه طبقاً لأساليب معينة. ولمّا كانت العقود التي تبرمها الإدارة تخضع لنظامين قانونيين متميزين، مع اختلاف القاضي المختص في كل حالة، فعقود الإدارة تخضع للقانون الخاص وللقاضي العادي بينما تخضع العقود الإدارية للقانون الإداري وللقاضي الإداري⁽³⁾.

ويرجع وصف عقد من العقود التي تبرمها الإدارة بالطابع الإداري إلى القانون -العقد المسمى- وإذا كان القانون خلواً من ذلك فإنّ الأمر يعود إلى القاضي الإداري لوصف العقد مرتكزاً في ذلك على معيارين أحدهما عضوي والآخر مادي -العقد غير المسمى-.

فوفقاً للمعيار العضوي، يعتبر عقداً إدارياً إذا كان أحد أطرافه شخصاً عاماً، سواء كان شخصاً عاماً إقليمياً أو مصلحياً⁽⁴⁾، وبالتالي فإنّ العقود التي يكون أطرافها جميعاً من أشخاص

⁽¹⁾ محمد عبد الله شريف النعيمي، الالتزامات والحقوق التي يربتها العقد الإداري تجاه الغير، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص.17.

⁽²⁾ Laurent RICHER, droit des contrats administratifs, L.G.D.J, 6^{ème} éd., 2008, p.16-17.

⁽³⁾ شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، ط.2، دار النهضة العربية، مصر، 2016، ص.02.

⁽⁴⁾ Yves GAUDEMET, traité de droit administratif, droit administratif général, op. cit., p. 529, 675.

القانون الخاص لا تكتسب صفة العقود الإدارية حتى ولو تعلق الأمر بمرفق عام، ومع ذلك فهناك حالة استثنائية واحدة يمكن أن يبرم شخص من أشخاص القانون الخاص عقدا إداريا، وهي حال ما إذا كان أحد طرفي هذا العقد قد أبرم هذا الأخير ليس لحسابه الخاص وإنما لحساب شخص معنوي عام، فيعتبر العقد هنا إداريا على أساس أن المتعاقد كان بمثابة وكيل عن الشخص العام، وبالتالي تتصرف آثاره إلى الشخص العام الذي أبرم العقد لحسابه⁽¹⁾، وفي إطار ذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي باعتبار العقد الذي أبرمته إحدى الجمعيات التعاونية للبناء مع أحد المقاولين لبناء كنيسة إداريا، لأنه تم لحساب إحدى البلديات، والأمر نفسه بالنسبة للعقد الذي أبرمته هيئة خاصة لتنشيط السياحة مع أحد مكاتب السياحة لإدارة أحد الشواطئ العامة.

وفي نفس السياق قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في قرار لها بتاريخ 1964/3/7 بأنه ".....ومن تم فإنه متى كان الثابت مما تقدم بأن "شركة شل" في العقدين موضوع النزاع قد تعاقدت لحساب ولمصلحة الحكومة، فإنه لا نزاع في أن العقدين المذكورين قد أبرما بقصد تسيير مرفق عام وفي أنهما اتبعت فيهما وسائل القانون العام، ومتى كان الأمر كذلك، فإنّ العقدين المشار إليهما على ما تقدم يكتسبان صفة العقود الإدارية"⁽²⁾.

يعتبر المعيار العضوي غير كاف من أجل وصف عقد بأنه عقد إداري، وعليه أوجد القاضي الإداري معيارا آخر مكملا للمعيار الأول وهو المعيار المادي والمتمثل في الشروط الاستثنائية التي تعبر بدورها عن عدم المساواة بين طرفي العقد⁽³⁾ وتعتبر هذه الشروط الاستثنائية عن شروط وترتيبات يحتويها العقد المبرم بين الإدارة والفرد المتعاقد معها والتي لا يجوز قانونا للأفراد في القانون الخاص ارتضاؤها أو قبولها أو حتى إذا لم تكن مكرسة في القانون الخاص، إلا أنّها نادرة في عقود الأفراد الخاصة وغير مألوفة لديهم، فهذه الشروط الاستثنائية هي إذاً بإيجاز إمّا شروط غير جائزة في القانون وإمّا جائزة لكنها غير مألوفة ونادرة في عقود الأفراد

⁽¹⁾ محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، 2012، ص. 556.

⁽²⁾ محمد عبد الله شريف النعيمي، الالتزامات والحقوق التي يربتها العقد الإداري تجاه الغير، المرجع السابق، ص. 24 وما بعدها.

⁽³⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p312.

الخاصة⁽¹⁾. بالإضافة إلى ذلك كله فيجب أن يرتبط العقد بمرفق عام⁽²⁾.

وبناء على ما تقدم، يمكن تعريف العقد الإداري بأنه: "اتفاق يبرم بين طرفين أحدهما أو كلاهما شخص من أشخاص القانون العام، وذلك بهدف إدارة مرفق عام أو تنظيمه أو استغلاله، وتظهر في العقد نية تطبيق أحكام القانون العام، يتمثل ذلك في أنّ هذا الاتفاق يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في التعاقد الخاص، سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد، أو بمنح المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع بها مع أي فرد من الأفراد"⁽³⁾.

يتبين من خلال هذا التعريف بأنّ العقد الإداري يتكون من عدة خصائص داخلية وأخرى خارجية، وتتمثل الخاصية الرئيسية الداخلية في عدم المساواة، والتي يعبر عنها بالامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها وفق ما سبق ذكره، أمّا الخاصية الثانية الداخلية فتتمثل في عدم قابلية التصرف l'indisponibilité

« les personnes publiques ont des prérogatives qui n'ont pas le caractère de droits subjectifs dont elles pourraient disposer. Il en résulte que certains objets échappent au contrat. Ainsi il n'est pas possible à la personne publique de s'engager sur l'exercice d'une compétence ou de renoncer à son pouvoir d'organiser un service ».

(حيث يتمتع الأشخاص العامون بامتيازات ليس لها طابع الحقوق الذاتية التي يمكن أن يتصرفوا فيها، نتيجة لذلك، بعض الأشياء يمكن أن تغلت من العقد، وبالتالي ليس من الممكن أن يُشارك الشخص العام في ممارسة اختصاص أو أن يتخلى عن سلطته في تنظيم المرفق العام)⁽⁴⁾.

هذا، ويتم إضافة خصائص خارجية لهذه الخصائص الداخلية والتي تعتبر المصادر القانونية لقانون العقود، وتتمثل الخاصية الخارجية الأساسية في الأثر النسبي للعقد

⁽¹⁾ حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، حقها في فرض جزاءات على المتعاقد معها في حالة الإخلال بالتزاماته التعاقدية، وحقها في فسخ العقد. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، المرجع السابق، ص.560. وسلطة فرض رسوم على المنتفعين بخدمات مرفق عام وتحديدها كما هي الحال في نظام تفويض المرفق العام.

⁽²⁾ نفس المرجع، ص.560.

⁽³⁾ محمد عبد الله شريف النعيمي، الالتزامات والحقوق التي يرتبها العقد الإداري تجاه الغير، المرجع السابق، ص.20.

⁽⁴⁾ Laurent RICHER, droit des contrats administratifs, op. cit, p. 101-110.

La caractéristique externe principale est l'effet relatif du contrat : « le contrat ne crée de droits et d'obligations que pour les parties, ce qui ne l'empêche cependant pas d'exister pour les tiers à qui est, par exemple, opposable le droit réel issu d'un contrat. Le principe de l'effet relatif s'applique aussi en droit administratif. Pas plus qu'un contrat de droit privé un contrat de droit public ne saurait imposer d'obligation à un tiers. Toutefois, d'importantes exceptions sont apportées au principe soit en vertu de la loi, soit en vertu de la théorie dite des clauses ou des effets réglementaires de certains contrats ».

(حيث ينشئ العقد حقوقا والتزامات للأطراف فقط، ومع ذلك فإنّ هذا لا يمنع من وجود الغير، ومثال ذلك نفاذ الحق الطبيعي الناتج عن العقد في وجهه. إنّ مبدأ الأثر النسبي يطبق كذلك في القانون الإداري- إذ ليس أكثر من العقد في القانون الخاص- حيث لا يمكن للعقد الإداري أن ينشأ التزاما في ذمة الغير ومع ذلك هناك استثناءات كثيرة للمبدأ بموجب القانون أو النظرية المسماة بنظرية الشروط أو الآثار التنظيمية لبعض العقود⁽¹⁾. إنّ هذه الخصائص ترجع إلى عناصر وصف العقد الإداري والمتمثلة في وجود الشخص العام والهدف المنشود من إبرامه والمتمثل في المصلحة العامة.

ومهما يكن، يشكل العقد نواة العلاقة القانونية لأنّه يُكوّن التعبير عنها، ومع ذلك يقضي المبدأ بأنّ الغير لا يمكنه الطعن مباشرة في العقد بل في القرار الإداري المنفصل.

ثانيا: القرار الإداري المنفصل في العلاقة العقدية

يقضي المبدأ العام في مجال منازعات العقود الإدارية بعدم قبول الطعن لتجاوز السلطة ضد العقد الإداري، غير أنّ نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد تسمح بفتح محكمة القاضي الإداري للطعن في العلاقات التعاقدية من قبل الغير⁽²⁾.

هذا، وتعتبر القرارات الإدارية المنفصلة أعمالا تتخذها السلطة الإدارية في ممارسة اختصاص ذي صفة غير تعاقدية⁽³⁾، وبأكثر تفصيلا تعتبر القرارات المنفصلة بأنّها قرارات إدارية تكون جزء من بنیان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو القضاء

¹) Laurent RICHER, droit des contrats administratifs, op. cit, p. 31-32.

²) للاستزادة حول التطور التاريخي لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة ومسألة عدم جواز الطعن بالإلغاء في العقد الإداري، يراجع، عادل الطبطبائي، الطعن لتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1987، ع.3، ص.15-24.

³) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.315.

الإداري، ليقوم هذا الأخير بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن عليها بالإلغاء على انفراد⁽¹⁾.

وعليه، فإنّ التعبير عن إرادة الإدارة في نطاق إبرامها لعقودها ما هو إلاّ عبارة عن الترابط المنطقي لمجموعة من القرارات الإدارية عن طريق تشابك أسبابها، مما يؤدي إلى إيجاد كل مركب هو التعبير عن إرادة الإدارة، غير أنّه وفي نفس الوقت يبقى كل واحد من هذه القرارات مستقلا في وجوده القانوني حتى إبرام العقد باكتمال سلسلة القرارات اللازمة قانونا لتكوين التعبير عن إرادة الإدارة، ذلك لأنّ القرار المساهم في تكوين التعبير عن إرادة الإدارة هو جزء من الكل الإداري الموضوعي، والجزء لا يمكن أن يكون جزءا منطقيا إلاّ بعد وجود الكل، "فهو لا يمكن أن يسبق كله في الوجود، إنّما يتزامن معه في ذلك"، ومن أمثلة ذلك القرارات الصادرة باستبعاد مترشح من التقدم بعبء أو القرار الصادر بإبرام العقد، أو مداولة المجلس المحلي التي ترخص لرئيس المجلس بالتوقيع على العقد. ولكي يكون القرار الإداري المنفصل موضوع طعن لتجاوز السلطة فإنّه يجب أن تتوفر فيه شروط القبول المتعلقة بهذا الطعن، أي أن يكون عملا محدثا للأذى⁽²⁾.

ويمكن التمييز بين فئتين من القرارات الإدارية القابلة للإنفصال عن العقد، ويقوم هذا التمييز على معيار موضوعي يتمثل في الزمن، أي زمن التوقيع على العقد، وعليه تتضمن الفئة الأولى قرارات إدارية تتعلق بالعقد وتتدخل حتى التوقيع النهائي له، وتسمى هذه القرارات بالأعمال الداعمة *actes support ou actes soutien* بينما تتألف الفئة الثانية من قرارات تنفيذ العقد⁽³⁾.

تكتسي دراسة القرار الإداري في إطار العلاقة التعاقدية أمرا مهما من أجل تحديد الغير، وبالتالي فإنّ تحديد العلاقة القانونية في إطار العملية العقدية يأخذ بعين الاعتبار جميع العلاقات القانونية التي تدخل في تكوينه، أي جميع العلاقات القانونية التي كان موضوعها

⁽¹⁾ محمد مقبل العندلي، آثار العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط.1، دار وائل للنشر، الأردن، 2015، ص.117.

⁽²⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit.p316.

⁽³⁾ Ibid, p.316.

ولتفصيل واف للموضوع، ينظر مختار مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص.238. ومثله أكثر، يراجع، عادل الطبطبائي، الطعن لتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص.25-40.

القرار الإداري المنفصل المتعلق بتكوين العقد أساسا وبتنفيذه استثناء.

الفرع الثاني

أطراف العلاقة القانونية

تقوم مسألة تحديد الغير الأصلي على عملية الاستنتاج والاستنباط، بحيث أنّ الأشخاص الذين لا يُعْتَبَرُونَ أطرافا في العقد وبالتالي فاعلين نشطين يعتبرون أغيارا أي فاعلين سلبيين، ومع ذلك تعتبر عملية تحديد الغير في العلاقة التعاقدية أمرا صعبا ذلك لتدخل عدة أشخاص في هذه العلاقة وفي مراحلها المختلفة، وعليه نحدد في هذا الفرع الأشخاص الذين ينشؤون العلاقة العقدية، لنحدد بذلك الغير الأصلي عن هذه العلاقة.

أولا: المتعاقدون

يعتبر تحديد أطراف العلاقة القانونية التي يكون موضوعها عقدا أمرا بسيطا، حيث تتكون هذه العلاقة على الأقل من طرفين، فعلى سبيل المثال نأخذ العقد العام وهو عقد أبرمه شخص عام، فيمكن أن يوصف هذا العقد وفقا لمعايير معينة بالعقد الإداري أو يوصف بعقد القانون الخاص، ومع ذلك يبقى أحد أطرافه شخصا عاما على الأقل وليس لوصف الطرف الثاني أي تأثير على ذلك. وكننتيجة لما تقدم يبرم العقد الإداري من قبل شخص عام، وبالتالي قد يكون أطرافه أشخاصا عامة فيما بينها، كما يمكن أن يكونوا من أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص، بل قد يكونوا كلهم أشخاص القانون الخاص فيما بينهم، وهي الحالة التي يبرم فيها العقد الإداري عن طريق الوكالة وفقا لما سبق ذكره.

إذا يظهر من ذلك تنوع طبيعة المتعاقدين في العقد الإداري إلا أنّ هذا الأمر لا يطرح صعوبة في تحديدهم، ومع ذلك فإنّ موضوع العلاقة القانونية في المسائل العقدية لا يمكن اعتباره عقدا بسيطا، فهو لا يتعلق بعمل واحد على غرار العلاقات القانونية المنشأة بموجب قرار إداري، حيث أنّ العقد قبل توقيعه يخضع لإجراءات الإبرام ويدخل مرحلة التنفيذ بعد توقيعه، وبناء على ذلك فإنّ الأشخاص المتعاقدين ليسوا هم الوحيدين الذين يشكلون الفاعلين النشطين في العلاقة القانونية العقدية⁽¹⁾.

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.317.

*تحديد أطراف العلاقة القانونية في تأشيرة الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المنفصل عن العقد

يترجم طعن الغير في العقد في كثير من الأحيان في طعنه في القرار الإداري المنفصل الذي يدخل في تكوينه، ولمّا كان ذلك فإنّ تحديد أطراف العلاقة القانونية في هذه المسألة يماثل تحديدها في مسائل الطعن في القرارات الإدارية عموماً، وعليه فإنّ القرار الإداري المنفصل موضوع الطعن لتجاوز السلطة هو قرار إداري وبالتالي فإنّ أطراف هذه العلاقة هم مصدر القرار والمتمثل في الشخص العام ومتلقي القرار أو المخاطب به، ومثال ذلك: قرار استبعاد مترشح من التقدم بعطائه، حيث يشكل هذا القرار قراراً إدارياً منفصلاً ويعتبر بذلك الشخص العام الذي يريد التعاقد مصدر القرار والمترشح المستبعد متلقيه، ووفقاً لذلك فإنّ أطراف العلاقة القانونية هنا هم الشخص العام والمترشح المستبعد.

يظهر من خلال هذا المثال بأنّ المتعاقد مع الإدارة لا يعتبر طرفاً في هذه العلاقة القانونية وبالتالي فاعلاً نشطاً، وعليه فإنّ تحديد الفاعلين النشطين (الإيجابيين) في القرارات الإدارية لا يمكن تطبيقه في المسائل التعاقدية، حيث أنّه سيؤدي إلى استبعاد الشخص العام الذي يعتبر فاعلاً نشطاً. وعلاوة على ذلك، يمكن استخدام نظام آخر لتحديد الأطراف في العلاقة العقدية، فمفاد ذلك الاحتفاظ فقط بموضوع العلاقة القانونية المطعون فيها، سواء تعلق الأمر بقرار إداري منفصل عن العقد أو العقد نفسه، ونتيجة لذلك يعتبر الفاعلون النشطون المتعاقدون والأشخاص الذين شاركوا في تكوين أو تنفيذ العقد من خلال اتخاذ قرار إداري⁽¹⁾.

ثانياً: الغير الأصلي

يستند تعريف الغير على الأثر النسبي الناجم عن حرية الإرادات، فالأثر النسبي يحقق نتيجتين مهمتين تتمثل أولاهما في أنّ العقد لا يضر بالغير ولا يقيد⁽²⁾، كما يشير إلى أنّ العقد يجب أن لا يضر بالغير ولا يلزمه قانوناً ما دامت لم تحصل موافقته، فعدم احتجاج الغير بشرط من العقد لمصلحته، وحظر فرض العقد للالتزامات على الغير يبين العزلة بين الغير والعقد ككيانين مستقلين تماماً⁽³⁾، ومع ذلك فإنّ الأثر النسبي للعقد لا يفرض سوى عدم وجود

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.318.

²) عبد الحكم فودة، الغيرية والنسبية في العقد، مرجع سابق، ص.02.

³) Marion UBAUD -BERGERON, le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat, in Mélanges M. Guibal, t. 1, presses de la Faculté de Montpellier, 2006, p. 577.

أثر ملزم وليس عدم وجود أثر مادي يمكن أن يصل إلى الغير، وعليه فإنَّ العقد يصبح نافذاً في حق هذا الأخير⁽¹⁾، وبالتالي إذا كان من غير الممكن إلزام الغير فإنَّ على هذا الأخير احترام الرابطة العقدية وعدم التعدي عليها. إنَّ مبدأ الأثر النسبي وإن كان مبدأ في القانون المدني فإنَّه يطبق كذلك في العقود الإدارية⁽²⁾.

هذا، وتعتبر مسألة تحديد الأطراف والغير من المسائل المعقدة، ويرجع ذلك إلى تعدد الأغيار وتميزهم وفق لدرجة مصلحتهم الشخصية تجاه العقد⁽³⁾، ولا تنطوي المنازعات العقدية على تدخل كامل للمتعاقدين وإقصاء الغير، بل بالعكس فإنَّ هذا الأخير يلعب دوراً مهماً في هذه المنازعات، وبناء على ذلك يشمل التصنيف المعقد قبولاً أوسع للفاعلين النشطين، بالإضافة إلى التمييز الدقيق بين الفاعلين السلبيين.

وللوقوف على حقيقة الغير الأصلي وتحديدته ينبغي تسليط الضوء على الغير المستفيد، فالبعض يعرفه على أنه الغير الذي قام بعلاقات قانونية سابقة مع الأطراف، ويبقى التعريف الأكثر تفصيلاً ذلك الذي يرى بأنَّه عبارة عن شخص تدخل في موضوع العلاقة القانونية في وقت معين، أي خلال تكوين العلاقة العقدية أو أثناء تنفيذها، مع استثناء مرحلة المنازعات من ذلك⁽⁴⁾.

وبمفهوم المخالفة، يعتبر غيراً أصلياً كل من لم يتدخل في العلاقة القانونية العقدية مطلقاً⁽⁵⁾، وعليه يمكن تحديد بعض الأشخاص الذين يدخلون في دائرة الغير الأصلي والمتمثلين في دافعي الضرائب المحلية، أعضاء المجالس التداولية، الجمعيات والتجمعات المهنية.

1- دافعو الضرائب المحلية

تعتبر هذه الفئة في فرنسا خاصة الأكثر تعبيراً عن الغير الأصلي، فالمكلف المحلي بالضريبة لا يتدخل في تكوين العقد ولا في تنفيذه، ومع ذلك يمكن أن يرفع دعاوى قضائية الهدف منها الحفاظ على مالية الجماعة المحلية التي ينتمي إليها⁽⁶⁾، وطالما أنَّ الإجراء المتبع

¹ Marion UBAUD -BERGERON, le juge, les parties et les tiers op.cit, p.584.

² Ibid, p.578-579.

³ Ibid, p.591.

⁴ Elisabeth Jurvilliers-zuccaro, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.322.

⁵ Ibid, p.324.

⁶ Ibid, p.324.

في إبرام العقد من شأنه أن يزيد من أعبائه.⁽¹⁾ وإذا كانت هذه هي حال وضعية المكلف المحلي بالضريبة تجاه عقد إداري في فرنسا فإنّ المكلف الوطني دافع الضرائب لا تقبل دعواه ويرجع ذلك إلى ميل وضعية هذا الأخير إلى إنتاج نفس تأثيرات دعوى الحسبة مما قد يرهق القضاء⁽²⁾.

وللإشارة فإنّ هذا التطبيق ليس له مثيل في النظام القانوني الجزائري وهي الحال نفسها في النظام القانوني المصري⁽³⁾.

2- أعضاء المجالس التداولية

وفقا لما هو مستقر عليه الوضع في فرنسا فيحق للعضو في المجالس المحلية أن يرفع دعوى الإلغاء ضد كل قرار صادر عن مداولة من المداولات التي تقوم بها هذه المجالس وبالأحرى تنفيذها لها ويكون عضوا فيها، ومن قبيل ذلك إبرام عقد معين⁽⁴⁾، وعليه يعتبر أغيارا أصليين أعضاء المجالس التداولية الذين تم منعهم من المشاركة في تكوين العقد، فهم معنيين بذلك وبالتالي يعتبرون غرباء عن هذه العلاقة القانونية⁽⁵⁾.

يجد هذا القول تفسيره في قرار Martin لسنة 1905 حيث أنّ المدعي وهو عضو في هيئة تداولية (المجلس العام) طلب إلغاء المداولات التي تم اتخاذها من قبل هذا المجلس، فتم تفسير هذا القرار على أنه يوفر للغير طريق طعن في المادة التعاقدية (إنه مقبول بشكل خاص بالنسبة للغير الذي لم يكن لهم القيام بمنازعات عقدية مقتصرة على أطراف العقد، القيام بدعوى تجاوز السلطة ضد القرارات المنفصلة، ولما كان ذلك فإنّ أعضاء المجلس المحلي تعتبر مداولاتهم ضرورية من أجل الترخيص بإبرام عقد...). وحتى وإن لم يشارك المجلس التداولي

⁽¹⁾ مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص. 254.

⁽²⁾ Elisabeth Jurvilliers-zuccaro, Le tiers en droit administratif, op.cit, p.324.

⁽³⁾ لم يرد مصطلح المكلف بالضريبة في علاقاته بالطعون في قرارات الجماعات المحلية إلا في قانون رقم 12-07 المتعلق بالولاية وبالضبط في المادة 57 منه، ج.ر، ع.12 الصادرة بتاريخ: 29 فبراير 2012، حيث تمت الإشارة إلى صفة المكلف بالضريبة الذي له مصلحة في طلب إلغاء مداولة شارك فيها عضو مجلس شعبي ولائي تتعارض مصالحه فيها ومصالح الولاية، مع العلم أن الإلغاء تتم إثارته من قبل الوالي أصلا لكن بناء على طلب المكلف المحلي بالضريبة، ويبدو من قراءة هذه المادة أنّ الأمر لا يتعلق بانعكاسات مداولة تتضمن المصادقة على عقد معين على المكلف المحلي بالضريبة وإنما يتعلق الأمر بقضية الشبهة والفساد التي يمكن أن تشوب المداولة.

⁽⁴⁾ مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص.254.

⁽⁵⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, ibid, p.324.

في تكوين الرابطة العقدية اعتبر كله غيرا أصليا(1).

3-الجمعيات والتجمعات المهنية

ويتمثل هدفها في الدفاع عن المصالح التي يرتبط بها العقد(2)، حيث يمكن للتجمع المهني مثلا أن يثير دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد إذا كانت تؤثر على المصلحة الجماعية لأعضائه، وليس بإمكانه ذلك إذا كان القرار الإداري المنفصل يؤثر على مصلحة أحد الأعضاء دون أن يؤثر على المصلحة الجماعية لكل المنتمين إليه(3). كما يمكن للجمعيات كتلك التي تنشط في حماية البيئة الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة كتلك المتعلقة بالمصادقة على مداولة تتضمن إبرام عقد إداري له انعكاسات على البيئة، ففي قضية les amis de la terre عام 1985 والتي تتلخص وقائعها بقيام الوزير المكلف بحماية البيئة بتوقيع عقد مع إحدى الجمعيات بغية العمل على إنقاص درجة التلوث، طعن إحدى الجمعيات في القرار الخاص بالتوقيع على العقد وتم قبول طعنها(4).

هذا، ونشير إلى أنَّ المشرع الجزائري قد دعم دور الجمعيات في حماية البيئة من خلال القانون رقم 03-10 المتعلق بالبيئة في إطار التنمية المستدامة، ويتبين ذلك من خلال مباشرتها لدعاوي قضائية عن كل مساس بالبيئة حتى في الحالات التي لا تعني الأشخاص المتسبين لها بانتظام(5)، ويدخل في حكم هذه الدعاوى دعوى الإلغاء ضد قرار إداري منفصل يتعلق بعقد معين كالطعن مثلا بالإلغاء في قرار إبرام عقد قد تكون له تداعيات سلبية على البيئة، وهو الأمر الذي يلحق أذى بالمصالح الجماعية التي تدافع عنها، وهي المصالح التي تتميز عن مصالح أعضائها باعتبارها شخصا معنويا له كيانه الخاص.

إنَّ تحديد الغير الأصلي في الرابطة العقدية يثير التساؤل التالي: كيف يتدخل الغير الأصلي

¹ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.321.

² Ibid, p.325.

³ مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص.253.

⁴ أورده عادل الطيببائي، الطعن لتجاوز السلطة في العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص.57.

⁵ المادة 36 من القانون رقم 03-10 المتعلق بالبيئة في إطار التنمية المستدامة. وقد أعطى القانون للجمعيات على اختلاف طبيعتها، الحق في التقاضي متى تضررت مصالحها التي تحميها، ويعتبر الحق في التقاضي من النتائج الأساسية لتمتع الجمعية بالشخصية المعنوية. المادة 17 من القانون رقم 06-12 المؤرخ في 18 صفر 1433، الموافق 12 يناير 2012، يتعلق بالجمعيات، ج.ر، ع.33، الصادرة بتاريخ 2012/01/15.

في العلاقة القانونية العقدية الأجنبي عنها؟ ذلك ما نجيب عنه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

الآليات القانونية لحماية الغير الأصلي لمصالحه في المادة التعاقدية

يمتاز العقد الموقع بين أشخاص القانون العام والمتعاقدين معهم كغيره من العقود بالثبات التعاقدية (مبدأ استقرار العقد)، ويضمن هذا الاستقرار مبدأ عدم تدخل الغير الأصلي في هذه العلاقة كأصل عام. ويظهر الاستثناء في قبول القاضي الإداري في المنازعات التي تخص العلاقة العقدية في إطار القانون الإداري طعون الغير الأصلي المتعلقة بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد، على أن تحدث هذه الأخيرة أذى بمركزه القانوني.⁽¹⁾

وجدير بنا أن نُذكر بالطرق القانونية للطعن في المنازعات العقدية، حيث يتقاسم ذلك قاضيان، ويتعلق الأمر بقاضي تجاوز السلطة وقاضي القضاء الشامل⁽²⁾، ولئن كان من حيث المبدأ خضوع منازعات العقد الإداري لقاضي القضاء الشامل بعد رفعها من قبل الأطراف، فإنَّ الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة يدور في إطار حماية مبدأ المشروعية، وعليه يعتبر قاضي الإلغاء هو المختص بنظر طعون الغير الأصلي، حيث تسمح هذه الطعون لهذا الأخير بالحصول على إلغاء قرار إداري غير مشروع، ومع ذلك فإنَّ هذا الأخير لم يعد هو الوحيد القابل للطعن من قبل الغير الأصلي أمام قضاء الإلغاء بل امتد الأمر إلى أجزاء من العقد، بل والعقد نفسه وفقا للسياسة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي والهادفة إلى مد نطاق رقابة قاضي الإلغاء في مجال منازعات العقود الإدارية.

الفرع الأول

القرار الإداري المنفصل موضوع طعن الغير الأصلي أمام قاضي الإلغاء

لم يكن الطعن لتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية مقبولا على الدوام، فقد مر القضاء الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة بعدة مراحل لكي يتوصل في نهاية المطاف إلى قبول الطعن ضد القرارات المتصلة بالعقد والقابلة للانفصال عنه، حيث قبل مجلس الدولة في بداية الأمر

¹⁾ Laurent RICHER, droit des contrats administratifs, op. cit, p. 168.

²⁾ Ibid, p.168.

الطعون الموجهة ضد العقود الإدارية نفسها ولكنه ما لبث أن تراجع عن موقفه رافضا قبول الطعن ضد هذه العقود سواء قدمت من المتعاقد مع الإدارة أو من الغير⁽¹⁾.

ومع ذلك اتخذ مجلس الدولة الفرنسي أول الأمر موقف الراض لقبول الطعون الموجهة ضد هذه القرارات بدعوى أنّ العقد يعتبر وحدة قانونية واحدة غير قابلة للتجزئة، وأنّ المتعاقد مع الإدارة أمامه سبيل الطعن في هذه القرارات أمام قاضي العقد، أمّا الغير فهو أجنبي عن العقد ولا يحق له ولوجه⁽²⁾. غير أنّ هذا الأمر لم يبق على حاله، إذ غير مجلس الدولة قضاءه وأعطى للغير الذي تضرر من علاقة تعاقدية وإجراءاتها حق الطعن فيها لعدم وجود سبيل آخر يمكنه من ذلك، وهو الأمر الذي تبين في قراره المتعلق بقضية Martin سنة 1905، وقراراته المتواترة في هذا المجال.

وبناء على ما تقدم، نسلط الضوء في هذا الجزء من البحث على الطعن بالإلغاء ضدّ القرارات الإدارية المنفصلة كآلية من الآليات التي تسمح للغير الأصلي بحماية مصالحه المشروعة، وذلك بتحديد نطاق هذه القرارات، إذ ندرس في الفرع الأول اختصاص قاضي الإلغاء بالنظر في القرارات المنفصلة عن العقد الإداري في المرحلة السابقة على التعاقد، لندرس في الفرع الثاني اختصاصه بالنظر في القرارات التي تدخل في المرحلة اللاحقة على التعاقد.

أولا: الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بالمرحلة السابقة على التعاقد

من المعلوم أنّ الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام العقود إدارية كانت أم مدنية، ذلك أنّها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وبأوضاع رسمها القانون وكذا اللوائح لكفالة اختيار أحسن الأشخاص للتعاقد، وغني عن ذلك أنّ العقد الذي تكون أحد أطرافه إنّما يمر بمراحل متعددة حتى يكتمل تكوينه، وينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي

⁽¹⁾ عادل الطبطبائي، الطعن لتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.15. وللإشارة فإنّ دعوى الإلغاء ضد العقد الإداري كانت مقبولة قبل سنة 1864. الميلود بوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة، دراسة مقارنة في القانون المغربي والفرنسي والمصري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص إدارة عامة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، سلا، المغرب، 2005، ص.130. مشار إليه في الهامش.

⁽²⁾ وكذلك من الأسباب التي قال بها الفقه في تبريره لعدم قبول الطعن بالإلغاء ضد العقد الإداري، أنّ هذا الطعن يوجه ضد الأعمال الصادرة بالإرادة المنفردة وليس للأعمال الصادرة بإرادة طرفين، كما أنّه يكون عقابا على عدم المشروعية في حين أنّ خرق النصوص التعاقدية لا يؤدي إلى خرق مبدأ المشروعية، هذا بالإضافة إلى المحافظة على استقرار المراكز القانونية للمتعاقدين من آثار رجعية أحكام الإلغاء. للاستزادة، يراجع، عادل الطبطبائي، الطعن لتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، المرجع عينه، ص.15 وما بعدها.

تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي تمهد بها لإبرام هذا العقد، ذلك أنه بقطع النظر عن طبيعة العقد إداريا كان أم مدنيا، فمن هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته من حيث كونه إفصاح عن إرادتها الملزمة، مثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد وتتفصل عنه ومن تم يجوز لمن له مصلحة الطعن فيها إلى غاية إبرام العقد⁽¹⁾. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ Michel KRASSILCHIK (إن مفهوم القرار المنفصل يحتفظ بكل أهميته في وظيفته الأساسية ألا وهي جعل دعوى الإلغاء مقبولة ضد الإجراءات التمهيدية ضد القرارات المدمجة في عملية مركبة خاضعة لقضاء آخر أو محكمة أخرى)⁽²⁾، كما يضيف الأستاذ Charles HUBERT بأن (كل القرارات الانفرادية التي تمهد أو تصاحب عملية مركبة تعتبر منفصلة عن هذه الأخيرة وتدخل في اختصاص قاضي الإلغاء)⁽³⁾.

وتوجد هذه القاعدة مجسدة في الاجتهاد القضائي الفرنسي، حيث يعتبر أغلب الفقهاء أن قرار Martin المصاحب باستنتاجات مفوض الحكومة Romieu شكل أصل النظرية، وفي هذا الصدد يقول هذا الأخير:

« nous croyons qu'il y a lieu, à cet effet, de distinguer entre le cas où le recours pour excès de pouvoir contre l'un des actes administratifs sur lequel repose le contrat, est formé par l'un des contractants et le cas où ce recours est formé par des tiers ».

(نعتقد أنه من الضروري لهذا الغرض التمييز بين الحالة التي يكون فيها الطعن لتجاوز السلطة ضد أحد الأعمال التي يقوم عليها العقد مرفوعا من قبل أحد المتعاقدين، والحالة التي يكون فيها مرفوعا من قبل الغير)، إن هذا الطريق من طرق الطعن مخصص للغير أصلا⁽⁴⁾.

وعلى سبيل التذكير، فإن وقائع هذه القضية تعود إلى قيام عضو مجلس منتخب (المجلس العام) بطلب إلغاء مداولة تم عقدها من قبل هذا المجلس، فقبل مجلس الدولة الطعن وألغى

¹ الميلود بوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة، مرجع سابق، ص.132.

² أورده الميلود بوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة، نفس المرجع، ص.137. عن

Michel KRASSILCHIK, la notion d'acte détachable en droit administratif français, thèse, Paris, 1964, p.363.

³ نفس المرجع، ص.138. مقتبس عن

Charles HUBERT, actes rattachable et actes détachables en droit administratif français, contribution à une théorie de l'opération administrative, L.G.D.J., Paris, 1968, p.174 .

⁴ المرجع نفسه، ص.132. ومع ذلك تطرح مسألة صعوبة علم الغير بالقرارات الإدارية المنفصلة.

هذه القرارات معتبرا أن العضو المنتخب غير (1)، وهو في هذه الحال غير أصلي، مع العلم أن الأمر يتعلق بعقد يخضع للقانون الخاص، ومع ذلك وجبت الإشارة إليه من باب تأصيل مسألة القرارات الإدارية المنفصلة وطعن الغير الأصلي فيها. وفي نفس السياق قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن ضد القرارات الناتجة عن مداوات المجلس العام من قبل الغير الأصلي بشأن السماح بمنح امتياز خطوط الحافلات الكهربائية Tramway (2).

وبالاعتراف بها إذا كقرار إداري، يعتبر مجلس الدولة الفرنسي المداولة الصادرة عن مجلس منتخب والتي تقرر إبرام عقد منفصلة عن هذا الأخير، وعليه قد تكون محل طعن لتجاوز السلطة مادام أنّ مشروعيتها تشكل في ذاتها موضوع هذا الطعن.

وبالرجوع إلى القضاء الإداري الجزائري، ورغم نقص قراراته المنشورة في هذا المجال نجده قد أخذ من حيث الأصل بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة، ومع ذلك فإنّ منازعات هذه القرارات لم تكن غالبا مرفوعة من قبل الغير الأصلي-وهو ما يهمننا- بل من قبل أطراف العلاقة أنفسهم، هذا بالإضافة إلى مشكلة تكييف القاضي الإداري لهذه الأعمال القانونية(3).

¹ وهيبة بوغازي، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2009-2010، ص.38.

² أشار إليه عادل الطببائي، الطعن لتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.26.

³ ففي قرار لها بتاريخ 18/04/1969 قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قضية شركة اتحاد النقل والمشاركة بأنّ القرار الإداري المنفصل من السلطة الإدارية الوصائية والمتضمن رفض مداولة صادرة من مجلس محلي متعلقة بعقد امتياز مرفق عام قرارا إداريا منفصلا، ومن تم قبلت دعوى الإلغاء من الشركة.

وفي قرار آخر لها بتاريخ 09/07/1983 قضت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في قضية (ص.ط) ضد والي...برفض قبول دعوى الإلغاء المقدمة من طرف السيد (س.ط) ضد قرار الوالي الصادر بتاريخ 20/04/1982 والقاضي بدفع إيجار المسكن الذي تحصل عليه السيد (س.ط) بموجب عقد مبرم بينه وبين والي الولاية بتاريخ 30/01/1976، غير أنّ الوالي أصدر قرار برفع قيمة الإيجار...، ولقد تأسس رفض المجلس الأعلى لدعوى الإلغاء ضد قرار الوالي برفع قيمة الإيجار على أساس أنّ ذلك يدخل في نطاق دعوى العقد والتي تختص بها المحكمة العادية تطبيقا للاستثناءات الواردة في المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية. أوردتها عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ج.1 ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص.464-466. غير أنّ ما يلفت النظر هو اعتبار القضاء بأنّ قرار الوالي برفع الإيجار هو قرار إداري متصل وغير منفصل عن عقد منح السكن وهو الأمر الذي جاء في إحدى حيثيات القرار، وعليه يعتبر عقد منح المسكن عقد مدني وقرار الوالي قرار إداري فكيف يمكن لقرار إداري أن يعدل عقد مدني. ينظر في تفاصيل ذلك، حميد بن عليّة، مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الإداري الجزائري، تحول النشاط الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006، ص.235. وللاستزادة حول مشكلة تكييف القاضي الإداري بين القرار الإداري المنفصل والعقد وتداعيات ذلك على قواعد الاختصاص القضائي، ينظر، قضية بناد محجوب ضد بلدية تسالة المرجة في 31/03/1996، والذي قضت فيها المحكمة العليا بخضوع عقد إيجار مسكن لاختصاص القاضي الإداري باعتباره مكملا لقرار إداري يخصص بإيجار مسكن. أشارت إليها، وهيبة بوغازي، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.61.

أمّا بالنسبة للقضاء المصري، فقد قبلت محكمة القضاء الإداري في بواكر قضائها بتاريخ 1949/03/10 دعوى إلغاء موجهة من قبل أعضاء المجلس البلدي ضد قرار الوصاية لأنّ "لهم مصلحة أكيدة لطلب إلغاء القرارات الإدارية المتخذة من قبل السلطة المركزية المتعلقة بأحد القضايا الداخلة في اختصاص المجالس التي يعتبرون أعضاء فيها"، وأضافت قائلة: "أنّ استقلالية الأجهزة المحلية سيكون وهما إذا كان حق مهاجمة القرارات الإدارية المتخذة من طرف السلطة المركزية في إحدى قضايا اختصاص هذه الأجهزة محصوراً فقط في رؤسائها الذين يمثلون السلطة المركزية"⁽¹⁾. وعليه يتبين من قراءة هذا القرار أنّه يمكن لأحد أعضاء المجالس المحلية الذي لم يشارك في إنشاء العلاقة القانونية ذات الصلة في هذا المجال برابطة عقدية أن يطعن في قرار الوصاية ما دام أنّها تمارس بقرارات منفصلة عن الجماعات المحلية كما يمكن للمواطنين والذين يعتبرون أغياراً أصليين فعل ذلك أيضاً. كما أوضحت بتاريخ 1956/11/18 موقفها بقولها: "يجب التفرقة في العقد ذاته أو بعبارة أدق الرابطة التعاقدية بين القرارات الإدارية التي يتوقف عليها انعقاده، إذ أنّ هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد ويجوز الطعن فيها"⁽²⁾. وفي السياق ذاته قضت بتاريخ 1993/01/31 على أنّه: "ينبغي التمييز في مقام التكيف بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي تمهد بها لإبرام العقد، فمثل هذه الإجراءات ما يتم بقرار إداري من الجهة الإدارية المختصة كوضع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة، وقرارات لجنة البت والقرار بإرساء المناقصة أو المزايدة، ومثلها في مجال تحديد شخص المتعاقد مع الإدارة في عقد المساهمة في نفقات مشروع ذي نفع عام، وقرار تخصيص قطعة الأرض التي سيقام عليها المشروع وكلها قرارات إدارية منفصلة عن العقد يجوز الطعن فيها بالإلغاء استقلالاً"⁽³⁾.

ثانياً: الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بالمرحلة اللاحقة على التعاقد

يطرح أول ما يطرح مشكل تكيف قرار إبرام العقد من حيث كونه يدخل في مكونات المرحلة السابقة على التعاقد الإداري أم مرحلة العقد باعتباره يزامن وجوده وبالتالي يقبل الطعن بالإلغاء؟ إنّ قرار إبرام العقد غالباً ما يكون شكلاً غير مميز مادياً، ويترجم وجوده بأنّ العقد قد تم

⁽¹⁾ أورده الميلود بوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة، مرجع سابق، ص.162.

⁽²⁾ أورده شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.22.

⁽³⁾ أورده شعبان أحمد رمضان، نفس المرجع، ص.49.

التوقيع عليه، كما أنّ إدراجه في العقد لا يعتبر حاجزا أمام انفصاله، إذ يكفي أن يكون منفصلا ذهنيا⁽¹⁾، وهو الأمر الذي وجد صداه في قرار مجلس الدولة الفرنسي لسنة 1911 في قضية Commune de ousses suzan حيث ميز بين العقد نفسه أي بتبادل التعبير عن إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها، وبين القرار الذي يسبق إبرام العقد، وقد عمل مجلس الدولة على تطبيق تلك الفكرة التي تقوم على أساسها التفرقة بين القرار الذي بمقتضاه تقوم الإدارة بإبرام العقد وبين العقد نفسه، وذلك في حكمه الصادر بتاريخ 1934/11/09 في قضية Chambre de commerce de tamatave عندما قبل الطعن ضد قرار المدير بإبرام العقد والتطرق في مدى تجاوزه للوكالة المخولة له من المجلس البلدي⁽²⁾.

وإذا كان الامتداد في الرقابة على مكونات المرحلة السابقة على التعاقد بل وتلك المزامنة للتعاقد يعود إلى السياسة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي الرامية إلى بسط رقابته على كل هذه العناصر وحماية مبدأ المشروعية، فإننا بالرجوع إلى القضاء الجزائري لم نعثر على أي اجتهاد قضائي في هذا المجال، سوى تلك المنوه عنها سابقا.

وعلى خلاف ذلك، طبق الاجتهاد القضائي في مصر منهج القضاء الإداري الفرنسي ذاته فقبل فصل قرار إبرام العقد والطعن فيه بالإلغاء، من ذلك حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1963/04/21 حيث جاء فيه "...ومن ثم يكون الطعن في القرار الصادر بإبرام العقد أمرا جائزا قانونا لأن إبرام العقد والمراحل السابقة عليه تعتبر قرارات إدارية تستند إلى السلطة العامة لجهة الإدارة"⁽³⁾، ليظهر من ذلك كله أنّ القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في مصر قد أقام تفرقة ذكية بين العقد نفسه وقرار إبرام العقد مع أنّه لا يوجد سوى عمل قانوني واحد وهو العقد الإداري⁽⁴⁾، ويبقى هذا الطعن مقررا حتى للغير الأصلي متى توفرت له المصلحة في ذلك.

وعموما، خلصنا فيما سبق إلى نتيجة توسع القضاء الإداري-الفرنسي والمصري- في استعمال نظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد من أجل السماح بقبول الطعن بالإلغاء

⁽¹⁾ الميلود بوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة، المرجع السابق، ص.143.

⁽²⁾ أشار إليها شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.58 وما بعدها.

⁽³⁾ الميلود بوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة، المرجع نفسه، ص.147.

⁽⁴⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p333

ينظر حول رأي الفقه في هذه المسألة ونتائج ذلك على اختصاص قاضي الإلغاء وقاضي العقد الميلود بوطريكي، القرارات الإدارية

المنفصلة، المرجع نفسه، ص.147،155.

ضدها، ومع ذلك يظهر هذا القضاء متحفظا في قبول هذه الطعون الخاصة بتنفيذ العقد وإنهائه⁽¹⁾، ذلك أنّ الطعن بالإلغاء من غير الممكن قبوله تماما بعد إبرام العقد نهائيا، فالقرارات هنا غير قابلة للانفصال عن العقد بصورة مطلقة لا سيما تلك التي تصدر تنفيذا للعقد، كما أنّ ذوي الشأن لا يمكنهم أن يستخدموا ضدها وسائل الطعن الخاصة بعدم المشروعية، بسبب أنّه لا توجد أية رابطة تربط هؤلاء بأي جزء من العقد⁽²⁾، وبناء على ذلك فإنّ قرارات تنفيذ العقد تعتبر الاختصاص الرئيسي لقاضي العقد ويبقى ذلك حكرا على أطرافه تنفيذا لمبدأ نسبية أثر العقد، إذ يجب النظر إلى منازعاتها كموضوع أساسي للقضاء الشامل⁽³⁾.

ومع ذلك، وحماية لمبدأ المشروعية، سمح القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة الفرنسي للغير الأصلي بالطعن في القرارات الخاصة بتنفيذ العقد، ذلك أنّ هذا الأخير وإن كان أجنبيا تماما عن الرابطة العقدية إلا أنّ تنفيذ هذه الأخيرة يمكن أن يمس مصالحه، وبالإضافة إلى ذلك فإنّ الغير الأصلي لا يمكنه أن يتدخل في النزاع أمام قاضي العقد الذي يبقى محصورا على طرفيه كما ذكرنا سابقا ففي قضية L.i.C لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1964/04/24 كان الطاعن ينازع حق الإدارة في إبرام بعض العقود، فقبل القاضي أن يفصل قرار التنفيذ وهو قرار رفض فسخ العقد، حيث طلبت شركة L.I.C من إدارة البريد دليلا هاتفيا يتكون من ثلاثة حروف ولم تغلح في طلبها، فاعتبر المجلس أنّ قرار الوزير يعد قرارا منفصلا عن العقد المبرم بين شركة SVP والإدارة، حيث جاء في الحكم: (أنّ الشركة لم تكن طرفا في العقد المبرم بين وزير البريد والاتصالات والشركة، وبالتالي لا يمكنها أن تطلب من قاضي العقد أن يفصل في النزاعات التي تقع أثناء تنفيذ العقد، إلا أنّها بصفتها من الغير بالنسبة لهذا العقد، يمكن أن تلجأ لقاضي الإلغاء للدفع بعدم شرعية كل القرارات التي لها تأثير سواء على إبرام العقد أو تنفيذه، ويمكن بالتالي النظر إليها كقرارات منفصلة عن العقد)⁽⁴⁾.

وفي قضية Ville de Paris et autre الصادر بتاريخ 1983/12/09 قبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن الموجه من قبل الغير ضد قرارات تحدد أمكنة وضع المنقولات الحضرية الموجهة للإشهار تطبيقا لعقد يجمع بين مدينة باريس وشركة الإشهار، وميز المجلس بين

⁽¹⁾ عادل الطببائي، الطعن لتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.30.

⁽²⁾ نفس المرجع، ص.31.

⁽³⁾ الميلود البوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة، المرجع السابق، ص.162.

⁽⁴⁾ أورده، نفس المرجع، ص.178.

وضعية الأطراف الذين يفتح أمامهم القضاء التعاقدى فقط ووضعية الغير، وبما أنّ هؤلاء لا يمكنهم انتقاد اختيار الأمكنة عن طريق طعن موجه ضدّ قرار إبرام العقد، فإنّه لا يمكن إلاّ أن يتوفروا على هذا الطريق⁽¹⁾. وفي حكم حديث نسبياً له ذهب مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 2008/12/17 في قضية Association pour la protection de l'environnement du Lunelloi بعد أن أكد على حق الغير في الطعن في الشروط اللاتحوية التي يتضمنها العقد متى كانت له مصلحة في ذلك، قرر أنّه: (...ومن حق الغير أيضاً الطعن لتجاوز السلطة ضد القرارات الصادرة برفض فسخ العقد....ذلك أنّها من القرارات القابلة للانفصال عن العقد)⁽²⁾.

أمّا عن القضاء الإداري المصري، فإنّه يجيز فصل القرارات المتعلقة بتنفيذ العقد في حالة الطعون المقدمة من غير الأطراف المتعاقدة، ومن ذلك قرار المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 1966/03/26 الذي قبلت فيه الطعن بالإلغاء الموجه من شركة القاهرة للنقل والسياحة- وهي غير أصلي- ضد قرار استلاء مؤسسة النقل العام للسيارات مؤسسة خطوط القاهرة-أبو رجليه⁽³⁾.

ومن خلال ما تقدم نصل إلى استنتاج مفاده: أنّ القرارات المتدخلة في مرحلة تنفيذ العقد تعتبر منفصلة عندما تكون تطبيقاً للقوانين واللوائح، وهو ما يفسر أيضاً وبسهولة انفصالية القرارات المتعلقة بالمرحلة السابقة على التعاقد، فالتمييز بين هاتين المرحلتين ليس إلاّ تمييزاً خادعاً⁽⁴⁾، بسبب امتداد رقابة قاضي الإلغاء لكلا المرحلتين.

هذا، ويثار التساؤل حول النتائج المترتبة على الرابطة العقدية جراء إلغاء القرار الإداري المنفصل، وبالتالي هل يؤدي ذلك إلى إلغاء العقد الإداري كنتيجة حتمية؟ وبعبارة أخرى هل يمكن للغير الأصلي تدمير العلاقة العقدية بحصوله على إلغاء القرار الإداري المنفصل؟ في البداية ينبغي الإشارة إلى أنّ القرارات الخاصة بتكوين العقد لا تثير إشكالات من الناحية النظرية أو العملية، ذلك أنّه من الطبيعي أنّ الإلغاء القضائي للقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد قبل إبرامه سيؤدي إلى الحيلولة دون إبرام العقد احتراماً لحجية الشيء المقضي به والأثر

⁽¹⁾ أورده، الميلود البوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة، المرجع السابق، ص.178.

⁽²⁾ أورده، شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص.77.

⁽³⁾ مأخوذ عن الميلود البوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة، المرجع نفسه، ص.181.

⁽⁴⁾ المرجع نفسه، ص.185.

المطلق لحكم الإلغاء⁽¹⁾، ومع ذلك فإنّ الإشكال يظهر في حالة خروج العقد إلى الوجود القانوني، فما تداعيات إلغاء القرار الإداري المنفصل على العقد؟

باستقراء الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري يظهر وجود بعض الأحكام التي رتبت على إلغاء القرار الإداري المنفصل بطلان العقد، ومن ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Commune de guidel بتاريخ 1982/07/07 حيث اعتبر أنّ القرار الصادر باختيار أحد المقاولين لبناء مدرسة دون الالتزام باتخاذ الإجراءات المطبقة في هذا الشأن والتي تستلزم دعوة المؤسسات التي سبق لها الاشتراك في هذه الممارسة يؤدي إلى بطلان القرار الصادر هنا وهو ما يستتبعه بطلان العقد الموقع مع المقاول بناء على القرار المذكور⁽²⁾.

وعلى صعيد موقف مجلس الدولة المصري، نجده أنّه تبنى اتجاه نظيره الفرنسي بهذا الصدد، حيث قرر قسم الرأي مجتمعا بفتواه بتاريخ 1953/12/23 أنّه: "وبما أنّه يشترط لصحة القرار الإداري أن يكون صادرا عن سلطة إدارية لها الحق في إصداره، ويعتبر الإخلال بذلك موجبا لبطلان التصرف...وبما أنّ مدير معمل تكرير البترول الأميري بالسويس غير مختص بإصدار قرارات إدارية تفصح عن إرادة مصلحة المناجم في إحداث أثر قانوني، ذلك أنّ المختص في هذه الحال هو مدير مصلحة المناجم، ولم يصدر منه قرار بقبول عطاء الشركة ومن ثم لا يكون ثمة عقد قد عقد بينهما وبين المصلحة"⁽³⁾.

ورغم قلة هذه القرارات، فإنّ الأصل المستقر عليه في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ومنذ أمد بعيد أنّ إلغاء القرار الإداري المنفصل عن العقد لا يستتبعه إلغاء العقد محله بطريقة تلقائية، بل ينبغي أن يحدث هذا الإلغاء أمام قاضي العقد وبطلب من أطرافه⁽⁴⁾، وهو ما نلمسه من قرار Martin السابق حيث أوضح مفوض الحكومة Romieu في تقرير له حول القضية بعدم تأثر العقد بإلغاء القرار الإداري المنفصل بل يظل قائما حتى يطلب إلغاؤه من قبل قاضي العقد⁽⁵⁾. وذهب في نفس الاتجاه من خلال فتواه التي أصدرها بتاريخ 1997/12/03، حيث

¹ شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 94.

² للاستزادة حول قضايا أخرى في قضاء مجلس الدولة المصري في هذا الشأن، ينظر، نفس المرجع، ص. 81-82.

³ مأخوذ عن، نفس المرجع، ص. 83. وذلك تطبيقا لقاعدة "من بني على باطل فهو باطل".

⁴ عادل الطيببائي، الطعن لتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 44.

⁵ وهيبه بوغازي، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 53.

طلب وزير الداخلية من قسم التقرير والدراسات بمجلس الدولة في قضية Avriillier بتاريخ 1997/10/01 والمتضمن إلغاء القرار الناتج عن مداوات المجلس البلدي لمدينة Grenoble بشأن الترخيص لرئيسه بإبرام عقد تفويض مرفق عام مع شركة تسيير المياه جنوب شرق COGESE وذلك لمعالجة مياه الشرب وتوزيعها في المدنية، وقد قرر مجلس الدولة ما يلي: (متى طلب الغير من قاضي المشروعية إلغاء أحد القرارات القابلة للانفصال عن العقد وصدر حكم بالإلغاء، فإن ذلك لا يؤدي مباشرة إلى إلغاء العقد وإنما يظل بمثابة قانون لأطرافه، ويبقى تنفيذه متعلقاً بمصلحة المرفق العام، ولا يملك الغير سوى المطالبة بالتعويض إذا كان له محل، ويكون لجهة الإدارة حرية الاختيار على هدي الحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل وبين إكمال العقد الذي ساهم القرار غير المشروع في تكوينه، وبين أن تصدر قراراً يفسخ هذا العقد)⁽¹⁾، ليظهر من ذلك أن مجلس الدولة قد أوجب على الإدارة في حالة اختيارها متابعة تنفيذ العقد رغم صدور حكم يقضي بإلغاء القرار الإداري المنفصل إصدار قرار جديد يحل محل القرار الملغى، وأن تحرص على أن يخلو هذا الأخير من العيوب التي أدت إلى إلغاء القرار الأول⁽²⁾.

ويعود مسلك مجلس الدولة الفرنسي هذا إلى حماية العلاقة التعاقدية وكذا المصلحة العامة وذلك لما للإلغاء من أثر على العلاقة التعاقدية برمتها حيث يؤدي إلى إلغائها تماماً مما قد يؤدي إلى الإضرار البالغ بالمصلحة العامة.

ومع ذلك، فإن هذا المسلك واجهه تدخل تشريعي سنة 1980 بصور قانون 539-80 المتعلق بالغرامات التهديدية في المواد الإدارية وتنفيذ الأحكام القضائية المعدل والمتمم، وفي هذا الصدد قرر مجلس الدولة في قضية Epoux Lopez بتاريخ 1994/10/07 بأنه يحق للغير أن يطلب من قاضي المشروعية الحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية في حال تأخرها أو تقاعسها عن تنفيذ حكم الإلغاء.⁽³⁾ كما أعقب هذا التدخل التشريعي تدخل آخر والمتمثل في القانون رقم 95-125 الصادر بتاريخ 1995/02/08 والمتعلق بسلطة القاضي الإداري في

¹أورده، شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.85.

² وهيبة بوغازي، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.55.

³ شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، المرجع نفسه، ص.100.

توجيه أوامر للإدارة (المادة 900 من قانون القضاء الإداري)⁽¹⁾.

وأدى التطور التشريعي بشأن الغرامة التهديدية وتوجيه أوامر للإدارة في النظام القانوني الفرنسي إلى التأثير في السياسة التشريعية لدول عديدة من بينها الجزائر، حيث استحدث المشرع الجزائري سنة 2008 من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية آليتين جديدتين تسمحان للقاضي الإداري بضمان فعالية أحكامه، وتتمثل هاتان الآليتان في الأمر بالتنفيذ والغرامة التهديدية⁽²⁾، واعتبارا لذلك يمكن للغير الأصلي الذي حصل على إلغاء قرار إداري منفصل أن يطلب من قاضي الإلغاء في نفس السياق توجيه أمر للإدارة بأن تلجأ إلى قاضي العقد لتقرير بطلان العقد، بل ويجوز للقاضي الإداري أيضا أن يحكم بالغرامة التهديدية من أجل تنفيذ أمره القاضي بالتوجه إلى قاضي العقد، ومع ذلك يبقى هذا الحل بعيد الاحتمال نظرا للظروف السياسية بل والقانونية المحيطة بالعقد والمتمثلة خصوصا في عدم الإضرار بالمصلحة العامة.

وبالنسبة للقضاء المصري، فقد تواترت أحكامه على السير في نفس اتجاه القضاء الفرنسي من حيث عدم تأثير القرار الإداري المنفصل على العقد ذاته، ومن قراراته في هذا الشأن ما أصدره مجلس الدولة في سنة 2004 حيث قضى بأنه: "لهذه العملية جانبين أولهما إداري بحث يتمثل في الإجراءات التي تتخذها جهة الإدارة المنفردة، والتي يجب أن تسير فيها على مقتضى النظام العام الإداري المقرر لذلك، والثاني تعاقدية يتمثل في إبرام العقد بين صاحب الشأن وممثل الجهة الإدارية المختصة. وحيث أن ما سبق هذا التعاقد من إجراءات تبقى وفق طبيعتها كقرار إداري شأنه في ذلك شأن القرار الذي يصدر من أية جهة إدارية في أي من

⁽¹⁾ حيث يمكن للغير بناء على أحكام هذا القانون أن يطلب من قاضي الإلغاء توجيه أوامر للإدارة من أجل تنفيذ حكم الإلغاء الصادر ضدها وهو ما قضى به مجلس الدولة في قضية institut du recherche pour le développement بتاريخ 2003/10/10 حيث أكد بأن:

« que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement la nullité dudit contrat ; qu'il appartient au juge de l'exécution, saisi d'une demande d'un tiers d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité, de prendre en compte la nature de l'acte annulé ainsi que le vice dont il est entaché et de vérifier que la nullité du contrat ne portera pas, si elle est constatée, une atteinte excessive à l'intérêt général ».

(إلغاء القرار الإداري المنفصل للعقد لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان العقد المذكور الذي يعود إلى قاضي العقد، بعد إخطاره من قبل الغير أن يأمر أحد أطراف العقد بإخطار القاضي المختص للتأكد من البطلان، ليأخذ بعين الاعتبار طبيعة القرار الملغى والعيوب التي لحقته، والتحقق من أن بطلان العقد لا يؤدي إلى إضرار جسيم بالمصلحة العامة)

Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.342.

⁽²⁾ ينظر بشأن سلطة الأمر المادتين 978 و979 من القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، وينظر بشأن الغرامة التهديدية، المواد 980-986 من نفس القانون.

شؤونها ويتمخض عن إرادة ملزمة مصدرها النصوص القانونية ويراد بالإفصاح عنها إحداث مركز قانوني معين يعتبر بحد ذاته ممكنا وجائزا قانونا والباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة مثلما هو الشأن في القرارات الإدارية، وتظل تلك القرارات منفصلة عن العقد وقائمة بذاتها فتختص جهة القضاء الإداري بإلغائها إذا شابها أي عيب من عيوب القرارات الإدارية، ويجوز لطرفي العقد أو غيرهم الطعن على هذه القرارات ما دامت قد توفرت لهم المصلحة في ذلك"، واستطردت قائلة: "إنَّ هذا النزاع لا يمتد إلى العقد ذاته الذي يظل قائما ومنتجا لآثاره إلى أن تفصل المحكمة المختصة في النزاع المتعلق به..."⁽¹⁾. وعموما يبقى الهدف من إجراء الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المنفصل هو الأثر المتمثل في عدم غلق المحكمة أمام المواطنين لاستخدام الاختيار الذي سمح به القانون لتوجيه اللوم لعدم المشروعية، ولتنوير الرأي العام ومنع العودة إلى الممارسات المدانة⁽²⁾.

إنَّ تدخل قاضي الإلغاء في منازعات العقود الإدارية لم يقتصر فقط على القرارات الإدارية المنفصلة مهما كانت طبيعتها، بل وسع من تدخله ليشمل الشروط التنظيمية للعقد، بل والعقد نفسه وهو ما نتناوله تباعا.

الفرع الثاني

التوجه نحو الطعن المباشر عن طريق دعوى الإلغاء في العقد الإداري نفسه

لم يعد عدم خضوع العقد الإداري لقضاء الإلغاء ممكنا نسبيا، وهو الأمر الذي عرفه التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي حصريا والرامي إلى مد نطاق رقابته إلى عناصر العقد الإداري أو العقد نفسه حماية لمبدأ المشروعية وضمانا لحقوق الغير الأصلي، ويبدو ذلك واضحا في سابقة الطعن بالإلغاء في الشروط التنظيمية للعقد الإداري، وكذا الطعن بنفس الإجراء في عقود توظيف الأعوان العموميين المتعاقدين.

¹ وفي حكم قديم لها بتاريخ 1947/11/25 قضت محكمة القضاء الإداري بأنه: "ومن حيث أنه لا يقدح فيما تقدم ما قد يخيل بادئ الرأي من أنَّ الطعن بالإلغاء يكون في مثل هذه الحال غير مجد مادام لا ينتهي إلى العقد ذاته". أوردها كلها، شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.86 وما بعدها.

² Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.343.

أولاً: الطعن بالإلغاء في الشروط التنظيمية للعقد من قبل الغير الأصلي

ابتدع الفقه الإداري نظرية تتعلق "بالأعمال الهيئية"، ولقد استخدم بشأنها مصطلح "الأعمال المختلطة"، وهي التي تتضمن عناصر من طبيعة مختلفة، وفي المجال التعاقدى يعتبر العمل مختلطاً متى أنتج العقد آثاراً تنظيمية⁽¹⁾، وعليه هل تقبل هذه الأخيرة الطعن فيها إلغاءً؟

يعتبر قرار Cayzeele لسنة 1996 أول اجتهاد قضائي قرر من خلاله مجلس الدولة الفرنسي قبول الطعن بالإلغاء الموجه من قبل الغير ضد أحد الشروط التنظيمية للعقد الإداري، وبالتالي سمح هذا القرار بتدخل قاضي الإلغاء في العقد ذاته، وهو ما جعل الفقيه Delvolvé يؤكد على (أنّ الاجتهاد القضائي الثابت الذي كان يرفض قبول دعوى الإلغاء ضد العقد قد تم التخلي عنه، وأصبح من الممكن من الآن فصاعداً مهاجمة العقد عن طريق دعوى الإلغاء على الأقل في جزئه التنظيمي)⁽²⁾.

وتعود وقائع القضية إلى نشوء نزاع يتعلق بعقد إداري كان يربط نقابة ما بين البلديات وبين شركة مكلفة بإزالة النفايات المنزلية، وكان هناك شرط في هذه الحال يفرض على السكان شراء حاوية لهذه النفايات، وهو شرط متعلق بتنظيم مرفق جمع النفايات. وبعد رفض محكمة Grenoble طلب السيد Cayzeele بشأن الطعن في هذا الأخير واعتباره قراراً إدارياً منفصلاً⁽³⁾، استأنف طعنه أمام مجلس الدولة، وتمّ قبوله ليس على أساس صفته مرتفقاً ولكن بصفته مالكا، حيث جاء في أحد اعتبارات قراره هذا

« Considérant, en second lieu, que M. Cayzeele, qui est propriétaire d'un appartement dans un immeuble en copropriété avait un intérêt personnel à contester la légalité du contrat litigieux ».

(وإذ يضع في اعتباره ثانياً أنّ السيد Cayzeele الذي يملك شقة في مبنى سكني له مصلحة شخصية في الطعن في مشروعية العقد المتنازع فيه)، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ Delvolvé (انتظرنا صفة المرتفق، ولكن هذا ما تم الأخذ به... إنَّ صفته كمالك هي التي تم أخذها بعين الاعتبار)⁽⁴⁾.

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif , op.cit, p.347., p.345.

²) أورده الميلود البوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة، مرجع سابق، ص.156.

³) وهيبة بوغازي، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.87.

⁴) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif , ibid, p.347.

هذا، وقد خلق مجلس الدولة الفرنسي استثناء عن مبدأ عدم جواز الطعن في العقد الإداري وهو ما جاء في أحد اعتبارات قراره هذا إذ يقول:

« Considérant, enfin, que les dispositions dont M. Cayzeele a demandé l'annulation ont un caractère réglementaire ; qu'elles peuvent, par suite, être contestées devant le juge de l'excès de pouvoir ».

(وإذ يضع في اعتباره أخيراً أنّ الأحكام التي طلب إلغائها السيد Cayzeele لها طبيعة تنظيمية بحيث يمكن الطعن فيها أمام قاضي تجاوز السلطة)، وعليه يظهر من ذلك أنّه قد تكون الشروط التنظيمية لعقد إداري موضوع للطعن بالإلغاء باعتبارها قابلة للفصل عنه⁽¹⁾.

وبناء على ذلك، تعرف الشروط التنظيمية بأنّها

« Les clauses réglementaires constituent l'ensemble des dispositions impératives créant, au sein d'un rapport contractuel, une situation objective, dans le cadre de l'organisation et du fonctionnement d'un service public, et dont les effets s'étendent au-delà du cercle formé par les parties ».

(وتشير الشروط التنظيمية إلى مجموعة أحكام آمرة تنشئ في إطار علاقة تعاقدية وضعية موضوعية في مجال تنظيم وتشغيل المرفق العام، وتتجاوز آثارها الدائرة التي شكلتها الأطراف)⁽²⁾، ويقصد بها كذلك تلك الشروط المتعلقة بكيفية تنظيم المرفق وأدائه لوظائفه، والتي تكون لها نتيجة لذلك طبيعة لائحية، سواء بالنسبة للمرفق العام أو للمنتفعين بخدماته⁽³⁾. وبذلك تعتبر عملاً مختلطاً حيث أنّها مادياً تشبه القرارات الإدارية، ولكن شكلياً هي عبارة عن قرارات تعاقدية، كما تعتبر أحكاماً آمرة تندمج في العقد بهدف تنظيم المرفق العام وتسييره⁽⁴⁾، كما أنّ آثارها لا تنتشر بين أطرافها فقط، إنّما تمتد لتخاطب الغير مباشرة بأن تفرض عليهم التزامات وترتب لهم حقوقاً مما ينفرد به القرار الإداري التنظيمي أساساً⁽⁵⁾، ويترتب على ذلك نتيجتان، تتمثل أولاهما في امتلاك الشخص العام تجاه هذه الشروط سلطة التعديل من جانب

لأنّه لو تم الأخذ بصفته كمرتفق اعتبر غيراً مستفيداً لأنّه سيتدخل في العلاقة العقدية على الأقل في مرحلة تنفيذها.

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.347.

²⁾ Ibid, p.348.

³⁾ عادل الطببائي، الطعن لتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، المرجع السابق، ص.36.

⁴⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, ibid, p.348.

⁵⁾ مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص.193.

واحد، وتتمثل الثانية في أنه يمكن الطعن فيها من قبل الغير.⁽¹⁾

وللاشارة فإن مجلس الدولة الفرنسي استعمل في قراره هذا مصطلح الأحكام أو النصوص Disposition بدل الشروط Stipulation للتأكيد على أن الأحكام المطعون فيها ليست العقد ذاته⁽²⁾، وبالتالي اعتبر القاضي الإداري أن الشروط التنظيمية لها صفة العمل الإداري الانفرادي ومن الممكن الطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء، ويعزز هذا التمثيل الغرض من الشرط التنظيمي وهو خدمة المصلحة العامة، وبناء على ذلك فإن القاضي لم يعد يأخذ إذا بالصفة الشكلية المحضة للعمل التعاقدية (العقد)، بل يأخذ بالطابع المادي لهذا الأخير، مما قد يجعل هذا التطور يضع حدا لمشكلة الحرمان من حق التقاضي⁽³⁾.

ومع ذلك فإن هذا القرار كان محل انتقادات عديدة تمثلت أهمها في وقت تدخل القاضي، حيث قبل هذا الأخير التذرع بالشروط التنظيمية للعقد واستبعد الطعن المباشر في العقد نفسه عن طريق دعوى الإلغاء وهو ما يشكل تناقضا صريحا مع مبدأ عدم جواز الطعن في العقد الإداري بالإلغاء، وكان كذلك من بين الانتقادات تلك المتعلقة بتشبيه الشرط التنظيمي بالقرار الإداري، فإذا اعتبرنا أننا نتعامل مع عمل مختلط فإن الطعن فيه إلغاء لا يثير أي إشكال لأنه لا يؤثر سلبيا على الأثر النسبي للعقد، غير أن الصعوبة تكمن في اعتبار تفكير القاضي مجرد تشبيه، وفي هذا السياق يفرض الشرط التنظيمي نفسه على الغير، أي يفرض عليه كقرار إداري، وبذلك فإن هذه الصفة موجودة فقط للغير الأصلي، وعليه فإن الشرط التنظيمي يظل شرطا تعاقديا بين أطراف العقد يمكن لهم التفاوض عليه أو تعديله أثناء تنفيذ العقد. ووفقا لذلك فإن صفات هذا الشرط التنظيمي تتعدد بتعدد الأشخاص الذين يمكنهم التذرع به، أي الأطراف والغير، ونتيجة لذلك فإن قبول الطعن بالإلغاء ضد الشرط التنظيمي لعقد إداري يعد خروجاً واضحاً على مبدأ الأثر النسبي للعقد، كما أن السماح بمثل هذا الطعن قد يضر بالعلاقة التعاقدية، ومع ذلك فإن العقود التي توصف بأنها إدارية ليست مجرد عقود عادية، حيث أن طابعها الإداري يمنحها خصائص معينة، مثل النفاذ الذي يمكن أن يؤثر بوضوح على الوضعية الشخصية للغير الأصلي، وبالتالي الاعتراف بطريق طعن يسمح بالموازنة بين المصالح المعنية ل نجد هذا التوازن في نتائج الطعن والمتمثلة في : بقاء العقد

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.349.

² وهيبة بوغازي، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 87 .

³) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, ibid, p.350.

والإلغاء الشرط التنظيمي فقط، ليعود بذلك الأمر للمتعاقدين لتحديد نتائج هذا الإلغاء⁽¹⁾. هذا وي طرح سؤال مفاده: إذا كان الشرط التنظيمي يتعلق بعنصر أساسي في العقد، فهل يلغي القاضي هذا الشرط ويترك العقد دون شيء يذكر؟

عارض الفقه هذه المسألة، حيث ذهب إلى اعتبار الشرط التنظيمي قابلاً للفصل عن العقد بالضرورة وبالتالي يقبل الطعن بالإلغاء، أو أنه غير قابل للفصل وبالتالي لا يقبل الطعن، باستثناء فتح الطعن ضد العقد كله. وفي هذا السياق أجابت محكمة استئناف مرسيليا في 2006/12/18 على هذه المسألة بقولها:

« considérant que si les tiers sont recevables à contester devant le juge de l'ex-cès de pouvoir les dispositions réglementaires contenues dans un contrat, cette faculté ne saurait toutefois concerner les clauses qui, portant sur une condition essentielle du contrat, en constituent un élément indivisible, dont l'annulation aurait pour effet de priver le contrat de son objet ou d'en bouleverser l'équilibre ».

(يكون للغير الحق في الطعن في الشروط التنظيمية الواردة في العقد أمام قاضي تجاوز السلطة، فإنّ هذه الإمكانية لا تكون كذلك متى كانت هذه الشروط أساسية في العقد وتشكل عنصراً غير قابل للتجزئة، لأنّ إغائها سيكون له أثر في منع العقد من تحقيق هدفه أو فساد توازنه)، وهو الأمر الذي لم يأخذ به مجلس الدولة الفرنسي حيث جاء في قراره المتعلق بقضية Association Alcaly et autres بتاريخ 2009/04/08 بأنّ

« les clauses réglementaires d'un contrat sont par nature divisibles de l'ensemble du contrat ».

(الشروط التنظيمية للعقد تعتبر بطبيعتها قابلة للفصل عن العقد)⁽²⁾.

يتبين من ذلك كله أنّ قبول الطعن بالإلغاء يتوقف على الطبيعة التنظيمية للعمل أولاً، فصفة الفصل أو عدمها للشروط التي توصف بأنّها تنظيمية ليس لها أثر، حتى أنّه ولو تم تصور بأنّ الشروط التنظيمية شروط عقدية فإنّ الحل المعتمد يسمح بتبسيط هذه الوضعية القانونية، حيث سمح مجلس الدولة بالطعن في الشروط التنظيمية التي تعتبر بطبيعتها قابلة للفصل عن العقد، ومع ذلك تبقى هذه الأحكام نادرة جداً.

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif , op.cit, p.350.

²) Ibid, p352.

وبناء على ذلك، فإنه قد تم هدم الاجتهاد القضائي المستقر عليه والقاضي بعدم قبول دعوى الإلغاء ضد العقد كله أو جزء منه، وبذلك يعترف القاضي الإداري من خلال هذا الطعن المباشر بالفعالية الكاملة للشروط التنظيمية، ليعتبر هذا العمل مقررا للغير الذين يمكنهم الطعن في بعض شروط العقد الإداري إذا تم الإضرار بوضعياتهم الشخصية⁽¹⁾، ليعتبر بذلك تطورا في موضوع الطعن بالإلغاء في العقد الإداري من قبل الغير، بل والغير الأصلي، غير أن هذا التطور شهد توسعا، وهو ما نعرض عليه في النقطة الجزئية الموالية.

ثانيا: الطعن بالإلغاء في عقود توظيف الأعوان العموميون من قبل الغير الأصلي

لم تنحصر السياسة القضائية لمجلس الدولة الفرنسي والرامية إلى مد نطاق رقابة قاضي الإلغاء إلى جميع عناصر العقد على القرارات الإدارية المنفصلة والشروط التنظيمية للعقد، بل تجاوز ذلك إلى العقد نفسه، وهو ما تجسد فعلا في قراره المتعلق بقضية Ville de Lisieux بتاريخ 1998/10/30.

وفي هذا السياق، أخطر مجلس الدولة الفرنسي بعريضتين تتعلقان بنفس العمل، حيث طعن غير محافظ في عقود توظيف الأعوان العموميون غير المثبتين، غير أن الصعوبة لم تتعلق بمشروعية العقد من عدمه، بقدر ما كانت تتعلق بقبول طعن الغير⁽²⁾.

ويظهر من هذا القرار إزالة التناقض بين طعنين لهما نفس الهدف رفعا من قبل شخصين مختلفين أمام قاضي واحد وهو قاضي الإلغاء، ومع ذلك فإن صفة الطاعن-باستثناء المحافظ- كانت تبدو صعبة، حيث اعتبره القاضي الإداري بمثابة "غير"، فالمدعي كان عبارة عن عضو في المجلس البلدي، ووفقا لذلك يعتبر عضوا في مجلس المداولة الذي يسمح بتشكيل العلاقات التعاقدية، وعلى هذا النحو يشكل طرفا في العلاقة القانونية أي فاعل نشط⁽³⁾.

غير أن النزاع يقودنا إلى صفات مختلفة، حيث أن السيد Fanton له مصلحة في الطعن باسم صلاحياته كعضو في المجلس البلدي في توظيف رئيس البلدية للمتعاقدين في حين أن المجلس البلدي لم يسبق له إنشاء الوظائف المقابلة⁽⁴⁾، ووفقا لهذه المعطيات فإن مجلس

¹ Elisabeth Jurvilliers-zuccaro, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.353-354.

²) DOMINIQUE Pouyaud, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, R.F.D.A 1999, p. 139-140.

³)Ibid, p.354.

⁴)Jacques-Henri Stahl, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, R.F.D.A, 1999., p. 129.

المداولات لم يشارك في تكوين العلاقة التعاقدية، وعليه فإنّ المدعي لم يتدخل في هذه الوضعية القانونية وبالتالي يعتبر غيراً أصلياً معنياً بحماية صلاحياته⁽¹⁾. وفي هذا الصدد قرر مجلس الدولة الفرنسي:

« Considérant, d'une part, qu'en égard à la nature particulière des liens qui s'établissent entre une collectivité publique et ses agents non titulaires les contrats par lesquels il est procédé au recrutement de ces derniers sont au nombre des actes dont l'annulation peut être demandée au juge administratif par un tiers y ayant un intérêt suffisant ; que, par suite, l'annulation des contrats par lesquels le maire de Lisieux a procédé au recrutement d'agents communaux pouvait être demandée aux premiers juges par M. Fanton, qui invoquait sa qualité de conseiller municipal et soutenait que ces décisions avaient été prises en méconnaissance des compétences du conseil municipal ».

(اعتباراً من جهة أخرى، وبالنسبة للطبيعة الخاصة للروابط التي تنشأ بين الجماعات العامة وأعاونها غير الدائمين، فإنّ عقود التوظيف لهؤلاء تعتبر من الأعمال التي تعود إليها وبالتالي يجوز طلب إلغائها أمام القاضي الإداري بناءً على طلب الغير الذي له مصلحة كافية في ذلك، وعليه فإنّ إلغاء العقود التي شرع من خلالها رئيس بلدية Lisieux لتوظيف الأعاون البلديين يمكن طلبها من السيد Fanton أمام قضاء أعلى درجة، متذرعاً بصفته كعضو مجلس بلدي، ومؤكداً على أنّ هذه القرارات قد اتخذت جهلاً بصلاحيات المجلس البلدي)⁽²⁾.

إذا يدخل هذا النزاع في مجال خصوصي وهو مجال الوظيفة العامة، ومع ذلك فليس له تأثير على موقف مجلس الدولة، فالأعاون العموميون، المتعاقدون منهم والدائمون، في وضعية عامة غير شخصية⁽³⁾، كما أنّ العقد لا يتضمن أي شرط تنظيمي، لكن له أثر على وضع المتعاقد في وضع تنظيمي، وهو وضع العون العام⁽⁴⁾.

ولمّا كانت قرارات تعيين الأعاون العموميين قابلة للطعن فيها إلغاءً فإنّ إجراء تمييز بين هذه التعيينات وعقود التوظيف العام هو تناقض مع وجود تشابه في هذه الوضعيات، حيث أنّ الطعن في قرار التعيين يسمح بمعرفة النتائج المستوحاة من إلغاء التوظيف وانعدام الأمن

¹) Elisabeth Jurvilliers-zuccaro, le tiers en droit administratif ,ibid, p355.

²) Ibid, p.355.

³)W. KLOEPFER, réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, A.J.D.A, 2003, p. 589.

⁴) « Il revient par analogie de constater qu'en dégageant la nature administrative des contrats de recrutement d'agents publics, le Conseil d'Etat s'est référé à un régime exorbitant tiré de la situation réglementaire dans laquelle sont placés les cocontractants de l'administration. » Ibid, p.589.

القانوني كنتيجة لذلك، فالقاضي الإداري أمام نزاع يسيطر عليه بشكل جيد مع وجود فارق وحيد وهو غياب قرار التعيين (قرار إداري) للعقد، ومع ذلك سمح مجلس الدولة بإلغاء العقد⁽¹⁾، وعليه نتساءل هل نحن أمام عقد حقيقة، وهل العون في وضع تعاقدية خالص؟

إنَّ هذا المركز لا يكون كذلك إلاَّ بشكل جزئي جدا، حيث توجد مسافة قليلة تفصل بين الموظفين المعيّنين والمتعاقدين، فهؤلاء يخضعون إلى حد كبير للقوانين واللوائح التي تحكم نظرائهم المعيّنين، والقابلة للتعديل في أي لحظة، وقد استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي على أنَّ السلطة الإدارية المختصة يمكن أن تعدل وبحرية تامة الأحكام التنظيمية التي تحكم المراكز القانونية لموظفي المرافق العامة حتى بالنسبة للمتعاقدین منهم، وخصوصا تلك المتعلقة بأجورهم ومرتباتهم، وذلك ضمن القواعد القانونية ولمصلحة المرفق، كما ذهب مجلس الدولة إلى أنَّ القرار الذي سيبرم بواسطة عقد التوظيف يتماثل مع قرار التعيين من حيث كونه منتجا للحقوق وهو لا يمكن أن يسحب إلاَّ في نفس الشروط التي يسحب فيها قرار التعيين⁽²⁾. وعليه يظهر الجانب القوي للقرار الإداري في هذه الرابطة العقدية وهو ما يستشف من إحدى حيثيات قرار مجلس الدولة في قضية Ville du Lisieux والتي جاء فيها: (نظرا للطبيعة المتميزة للروابط المقامة بين جماعة عمومية ومستخدميها المؤقتين فإنَّ العقود التي يتم بواسطتها توظيف هؤلاء تعتبر في عداد القرارات الإدارية التي يمكن المطالبة بإلغائها من طرف الغير الذي له مصلحة كافية)، ويبدو من ذلك أنَّ مجلس الدولة أراد حصر هذه الإمكانية في صنف معين من العقود، فوحدها الطبيعة المتميزة للروابط الناشئة عن العقود موضوع النزاع التي تسمح بتدخل قاضي الإلغاء في العالم المغلق للعقد. وعموما فإنَّه وبالرغم من أنَّ العقد في هذه القضية يعتبر عقدا من طبيعة متميزة بالنسبة للأطراف والضوابط التي أنشأها، فإنَّ الأمر يتعلق بعقد قبل مجلس الدولة دعوى الإلغاء الموجهة ضده من قبل الغير الأصلي مباشرة والمتمثل في عضو المجلس البلدي⁽³⁾.

وبالبناء على ذلك كله، فإنَّ هذا القرار يميل إلى إزالة الاختلاف بين القرار الإداري والعقد الإداري، حيث يقوم هذا الاختلاف على معيار شكلي: جانب القرار الإداري أو العقد الإداري، فقد سمح هذا القرار للغير الأصلي بالطعن في أي عمل يتعلق بتعيين أو توظيف عون عمومي

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif , op.cit, p.356.

²) مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص. 66 وما بعدها.

³) الميلود البوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة، مرجع سبقته الإشارة إليه، ص. 158.

بدون مراعاة الشكل الذي اتخذته السلطة المعنية، وهو ما شكل اجتهادا قضائيا يتمثل في قبول دعوى الإلغاء ضد عقد إداري⁽¹⁾.

إنّ هذا التوسع في رقابة قاضي الإلغاء على عناصر العقد والمتمثلة في القرار الإداري المنفصل والشروط التنظيمية وكذا العقد نفسه يشكل نقلة نوعية في حماية مبدأ المشروعية، ومع ذلك فإذا كانت مسألة القرار الإداري المنفصل المتعلق بمرحلة تكوين العقد لا تطرح إشكالا كبيرا، فإنّ مسألة الطعن في الشروط التنظيمية والعقد كله لا تشكل سياسة قضائية واضحة المعالم، فالقرارات القضائية التي أصدرت في هذا المجال تبقى شاذة، إلاّ أنّه مبدئيا يبقى هذا التوسع خطير، حيث أنّ حماية مبدأ المشروعية يواجهه تنفيذ العقد للمصلحة العامة، فالإلغاء العقد الإداري تنصرف آثاره إلى الماضي وهو الأمر الذي قد يضر بالمصلحة العامة والمتعاقدين، وأمام ذلك أغلق مجلس الدولة الطعن بالإلغاء في العقد الإداري أو أحد عناصره وفتح ذلك أمام القضاء الشامل متى تعلق الأمر بطلب الغير الأصلي وذلك في اجتهاده سنة 2014 وهو ما نتناوله في عنصر آخر من عناصر البحث احتراما لمنهجية البحث والطرح العلمي الصحيح.

وعموما، إذا كان الغير الأصلي يعتبر غريبا عن وضعية قانونية معينة بحيث لا يتدخل فيها إنشاء ولا تنفيذا، فإنّ الغير المستفيد يترجم وجوده بتفاعله مع هذه الوضعية القانونية في مرحلة من مراحل حياتها، حسب العمل الإداري موضوعها، وهو الأمر الذي نتعرض له بالدراسة في الفصل الموالي.

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.359.

الفصل الثاني

الغير المستفيد

يمثل الغير المستفيد شخصا طبيعيا أو معنويا أجنبيا عن علاقة قانونية سيدخل في وقت معين في رباط معها، ولما كان تدخله أول مرة في إنشاء هذه العلاقة أو تنفيذها، فإنه سيتدخل مرة أخرى فيها في المنازعات الناجمة عنها⁽¹⁾، وبتعبير آخر يعتبر غيرا مستفيدا كل شخص طبيعي أو معنوي سيستفيد من خلال تدخله في علاقة قانونية أنشأها أشخاص غرباء عنه من أجل تحقيق منافع خاصة، أو من أجل ترتيب أثر قانوني معين نص عليه المشرع، أو السلطة التنظيمية.

ويحوز الغير المستفيد مكانة خاصة تجاه العلاقة القانونية الغريب عنها، حيث لا يعتبر طرفا فيها كما لا يعتبر غيرا أصليا عنها، بل يوجد في موقع وسط بين الطرف والغير الأصلي يجعله قريبا منها ويمنحه إمكانية رفع بعض الطعون الخاصة لحماية مصالحه من خلال تدميرها.

وعليه، ونظرا للمكانة الخاصة للغير المستفيد في مجالات القانون الإداري نسلط الضوء على وضعيته في مجال القرار الإداري في مبحث أول، لنعرج بعد ذلك على وضعيته في مجال العقد الإداري في مبحث ثان.

المبحث الأول

الغير المستفيد في القرار الإداري

إذا كان الغير المستفيد يعرف من خلال تدخله في العلاقة القانونية في مرحلة معينة من مراحل حياتها، فإنه ينتج عن هذا التدخل استفادته من طعون خاصة على غير تلك التي يستفيد منها الغير الأصلي مبدئيا.

ولئن كان مفهوم الغير المستفيد في العقد الإداري ذا طبيعة معقدة نظرا لوجود فئات عديدة تتدخل في إنشاء الرابطة العقدية إلى غاية اكتمالها وخروجها إلى حيز الوجود، فإن مفهومه في القرار الإداري يتميز بالبساطة ذلك أنه يتميز بنفسه عن الغير الأصلي وله مكانة خاصة في العلاقة القانونية.

¹⁾ Elisabeth Jurvilliers-zuccaro, le tiers en droit administratif, op.cit, p.385.

وفي هذا السياق، وقع اختيارنا على دراسة موضوع الوالي والمحافظ ذلك للمكانة الخاصة التي يحتلونها في حياة بعض العلاقات القانونية التي يعتبر القرار الإداري موضوعها دون أن يكونا طرفا فيها، وبالتالي يستفيدان من بعض الطعون الخاصة في هذا المجال، وعليه نسلط الضوء في هذا المبحث على دراسة محددات الوالي والمحافظ كغير مستفيد في إطار رقابتهما للمشروعية في مطلب أول، ثم الطعون الخاصة التي يستفيدان منها في هذا المجال في مطلب ثان.

المطلب الأول

اكتساب الوالي والمحافظ صفة الغير المستفيد في ظل الوضع القانوني لرقابة المشروعية

تمثل اللامركزية الإدارية صورة من صور الإدارة الذاتية حيث يمكن بمقتضاها أن تمارس الجماعات المحلية تسيير شؤونها بنفسها دون حاجة إلى الرجوع للسلطة المركزية. ورغم أن الجماعات المحلية تمارس صلاحياتها بعيدا عن السلطة المركزية حيث تتوزع الوظيفة الإدارية بينهما فإنّ هذا الاستقلال لا يصل إلى حد الانفصال المطلق، بل تظل العلاقة قائمة بينهما وفقا لرابطة الرقابة التي تمارسها الجهة المركزية على هذه الجماعات⁽¹⁾، وعموما يمارس هذه الرقابة الوالي أو المحافظ حسب القانون محل الدراسة باعتباره جهازا لعدم التركيز الإداري⁽²⁾، من أجل ضمان عدم خروج هذه الجماعات عن الأطر التي رسمها لها القانون، ولمّا كان الأمر كذلك، فإنّ الأمر يستوجب أن نتعرض بشيء من التفصيل للجانب المفاهيمي للوالي والمحافظ في فرع أول، وذلك من أجل الولوج إلى دراسة محددات كل منهما كغير مستفيد في العلاقة القانونية الأجنبي عنها في فرع ثان.

الفرع الأول

الإطار المفاهيمي للوالي والمحافظ

يتبوأ الوالي والمحافظ حسب الحالة مكانة هامة في التنظيم الإداري في الأنظمة القانونية

⁽¹⁾ أعمار بوضيف، شرح قانون الولاية، ط.1، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، 40.

⁽²⁾ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص.126.

محل الدراسة، ونظرا لذلك فإنَّ الأمر يستوجب التعريف به والتعرض لمركزه القانوني بشيء من التفصيل.

أولاً: التعريف بالوالي والمحافظ

تعددت التعريفات التي تناولت مفهوم الوالي غير أنَّها تصب في قالب واحد يتمثل الصلاحيات التي يتمتع بها، وعليه يُعرَّف على أنه "جهاز لنظام عدم التركيز، ويعتبر من الموظفين السامين للدولة"، كما يعرف على أنه بمثابة القائد الإداري للولاية، وحلقة الاتصال بينها وبين السلطة المركزية، فهو مندوب الحكومة والممثل المباشر لجميع الوزراء" (1).

وفي فرنسا يعبر منصب المحافظ عن موظف سام يعود إنشاؤه إلى الحقبة التاريخية لحكم Napoléon Bonaparte والذي يعود لجهاز المحافظات، وفي هذا الصدد يتم تعيينه لشغل مهام تتعلق بمفوض الحكومة أو لمناصب أخرى إقليمية مشغولة من قبل أعضاء هذه الهيئة، أو إلى وظائف عليا تتعلق بمهمة تسيير المرافق العامة التي تعود للحكومة. (2) ويمارس المحافظ صلاحياته على مستوى المحافظة أعلى المستوى الإقليمي، وفي كلتا الحالتين يضطلع بمهمة ضمان الرقابة الإدارية على الجماعات المحلية. (3)

أمَّا في مصر، فتعرف المادة 26 من القانون رقم 43 لسنة 1979 المتعلق بنظام الحكم المحلي المعدل والمتمم المحافظ بأنَّه: "يعتبر المحافظ ممثلاً للسلطة التنفيذية بالمحافظة ويشرف على تنفيذ السياسة العامة للدولة وعلى مرافق الخدمات والإنتاج في الدولة".

وما يلاحظ على هذه التعريفات أنَّها لم تقدم تعريفاً دقيقاً للمحافظ بل اقتصرت على تحديد مجال الصلاحيات التي يحوزها، وعليه يمكننا القول بأنَّ المحافظ -أو الوالي في النظام القانوني الجزائري- عبارة عن شخص يمثل الإدارة العامة على المستوى المحلي يضطلع بمهام إدارية تتعلق بالتسيير والرقابة، وأخرى سياسية تتعلق بتنفيذ السياسة العامة للحكومة.

¹ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص. 126 وما بعدها. وجاء في معجم لسان العرب على أنه "وَلِيّ الوالي البلد وولي الرجل البيعة ولاية فيها وأولويته معروف، ويقال في التعجب ما أولاه للمعروف فهو شاذ، وتقول فلان وُلِّي وولي عليه". جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الجزء 15، دار المعارف، د.س.ن. ص. 411.

² Gérard CORNU, vocabulaire juridique op.cit, p. 705.

³ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.467.

ثانيا المركز القانوني للوالي والمحافظ

يعين الوالي في الجزائر بموجب مرسوم رئاسي صادر عن رئيس الجمهورية، وهي الصلاحية التي خوله إياها المؤسس الدستوري من خلال المادة 92 من الدستور التي تنص على أنه: "يعين رئيس الجمهورية في الوظائف والمهام التالية: 1- الوظائف والمهام المنصوص عليها في الدستور، 10-الولاية...." (1)، ويعين الولاية كأصل عام من بين الكتاب العامين، وترقية رؤساء الدوائر، على أنه يمكن أن يعين 5% منهم من خارج الوظائف السابقة(2).

وتعتبر فئة الكتاب العامين الفئة الأنسب لتولي منصب الوالي وذلك لاعتبارات عملية تتعلق بدورهم المصاحب لدور الوالي في تسيير شؤون الولاية، وتعتبر الكتابة العامة (الأمانة العامة) جهازا غير تقني يتمثل دوره في السهر على حسن تنظيم عمل الوالي ويضمن المناوبة والقيام بأعمال البحث، كما يمكن لمصالحه أن تتخذ تدابير معينة كتلك المتعلقة بالتخطيط وتسيير الموارد البشرية والتسيير المالي، هذا بالإضافة إلى دوره في التنظيم والتنسيق بين مصالح الولاية المختلفة(3).

وتتمثل الفئة الأخرى في رؤساء الدوائر، وذلك للمهام المنوطة بهم والتي تتشابه مع تلك التي يمارسها الولاية في مجال التسيير والتنظيم(4)، ويعين رئيس الدائرة بموجب مرسوم تنفيذي

¹ ويمارس رئيس الجمهورية صلاحيته هذه في مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الداخلية. ينظر، المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 90-230 المؤرخ في 25 جويلية 1990 الذي يحدد أحكام القانون الأساسي الخاص بالمناصب والوظائف العليا في الإدارة المحلية، ج. ر. ع. 31، الصادرة بتاريخ في 1990/07/28.

² المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 90-230 .

³ فتحي عبد الهادي، المركز القانوني للوالي في النظام الإداري الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2011، ص.10. وللاستزادة حول مهام الكتاب العامين، ينظر، المادتين 5 و6 من المرسوم التنفيذي رقم 90-230 المنوه عنه. وللإشارة، فإنه حسب المادة 11 من نفس المرسوم يعين الكاتب العام -الأمين العام- بموجب مرسوم تنفيذي يتخذ في مجلس الحكومة، غير أن الساري عليه العمل اليوم أن هذا الاختصاص أصبح حصريا لرئيس الجمهورية يمارسه عبر آلية المرسوم الرئاسي، مع العلم أن هذا الاختصاص لم ينص عليه الدستور بل أصبح عرفا متبعا من قبله ملغيا بذلك قاعدة قانونية تتمثل في المرسوم التنفيذي الذي يعتبر قرارا إداريا تنظيميا.

⁴ فتحي عبد الهادي، المركز القانوني للوالي في النظام الإداري الجزائري، المرجع نفسه، ص.18.

بناء على اقتراح وزير الداخلية⁽¹⁾، من بين مسؤولي المصالح المركزية والمناصب العليا في الإدارة المحلية⁽²⁾.

وعموماً، فإنَّ الوالي الذي يمارس وظيفة عليا في الدولة⁽³⁾، يتقاضى مرتباً وتعويضات مالية حسب درجة الوظائف المسندة إليه⁽⁴⁾، كما يخضع لواجبات معينة⁽⁵⁾.

هذا عن الوالي في الجزائر، أمّا عن المحافظ في فرنسا فيعين بموجب مرسوم صادر عن رئيس الجمهورية يتخذ في مجلس الوزراء، بعد اقتراح من وزير الأول والوزير المكلف بالداخلية، ومع ذلك يمكن إجراء تعيينات في حدود 10 مناصب، في الوظائف العليا التي لها مهمة الخدمة العامة تعود للحكومة لمدة قصوى تقدر بثلاث سنوات يمكن تمديدها لسنتين، وتخصص ثلاث مناصب نائب المحافظ sous-préfets والمتصرفين الإداريين المدنيين الذين يثبتون مدة 25 سنة في الخدمة العامة بما في ذلك مدة 3 سنوات كنائب محافظ معين في منصب إقليمي أو أمين عام للأعمال الإقليمية⁽⁶⁾. وبالإضافة إلى ذلك، يجب على المحافظ أن يقضي مدة سنة كأصل عام في هذا المنصب، وحينها وبناء على طلبه يتم تثبيته⁽⁷⁾. وعلى خلاف المنظم الجزائري، فإنَّ المنظم الفرنسي قد وضع سلماً للدرجات يتعلق بالمحافظ حسب سنوات العمل المؤدى في هذه الوظيفة، ويتم الإعلان عن التقدم في الدرجات من قبل وزير الداخلية،

¹ المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 90-230 المنوه عنه. ويبدو الاختلاف بين تعيين الكتاب العامين ورؤساء الدوائر في اتخاذ مراسيم التعيين في مجلس الحكومة من عدمه، حيث أنّ رؤساء الدوائر لا يتم اتخاذ قرارات تعيينهم في مجلس الحكومة على غرار الكتاب العامين. وكما سبق وأن ذكرنا فإنَّ صلاحية التعيين أصبحت بيد رئيس الجمهورية.

² المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 90-230 السابق الإشارة إليه. أمّا الفئة الثالثة فتبقى للسلطة التقديرية للإدارة حسب نظرتها للأمر.

³ المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 90-227 المؤرخ في 25 جويلية 1990، يحدد قائمة الوظائف العليا في الدولة بعنوان الإدارة والمؤسسات والهيئات العمومية، ج. ر، ع. 31، الصادرة بتاريخ في 1990/07/28.

⁴ ينظر، المرسوم التنفيذي رقم 90-228 المؤرخ في 25 جويلية 1990، يحدد كيفية منح المرتبات التي تطبق على العمال الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة، ج. ر، ع. 31، الصادرة بتاريخ 1990/07/28. المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 2000-439، المؤرخ في 2000/12/23، ج. ر، ع. 82، الصادرة بتاريخ 2000/12/31.

⁵ يراجع في تفاصيل ذلك، المرسوم التنفيذي رقم 90-226 المؤرخ في 25 جويلية 1990، يحدد حقوق العمال الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة وواجباتهم، ج. ر، ع. 31، الصادرة بتاريخ في 1990/07/28.

⁶ المادة 1 من المرسوم رقم 64-805 المؤرخ في 29 جويلية 1964 المتعلق بالأحكام التنظيمية المطبقة على المحافظين، المعدل سنة 2015. وللإشارة يشكل المحافظون في فرنسا ثلاث مستويات، محافظ الإقليم، محافظ المحافظة، ونائب المحافظ الذي يمثل الدائرة داخل المحافظة.

⁷ المادة 4 من المرسوم رقم 64-805 المؤرخ في 29 جويلية 1964 المتعلق بالأحكام التنظيمية المطبقة على المحافظين.

هذا ويتم التقدم من الدرجة الأولى إلى الدرجة الرابعة بعد انقضاء سنتين من الخدمة في الدرجة السابقة، ليتم التقدم إلى الدرجة الخامسة بعد قضاء سنة في الدرجة الرابعة⁽¹⁾.

أما عن المحافظ في النظام القانوني المصري، فيتم تعيينه بموجب قرار من رئيس الجمهورية، وعلى خلاف المشرع الجزائري والمنظم الفرنسي، فإنه مصداقا للقيم السامية لهذه الوظيفة أوجب المشرع المصري على المحافظ أن يؤدي اليمين قبل مباشرة أعماله، هذا وفي حكم فريد له اعتبر المشرع أن انتهاء عهدة رئيس الجمهورية تؤدي بحسب المأل إلى انتهاء مهمة المحافظ الذي يبقى ممارسا لوظائفه إلى غاية انتخاب رئيس جديد، وذلك درءا للاختلاف في التوجهات السياسية كون التعيين في هذه المناصب يرتكز على الولاء ووحدة التوجه السياسي كأصل عام، وهو الأمر الذي قد ينعكس على التسيير المحلي في غياب منطق الكفاءة والجدارة في التعيين، وللاشارة فإن المشرع لم يبين الشروط الواجب شغلها للتعين في منصب المحافظ على عكس ما فعل المنظمين الجزائري والفرنسي، أمّا من حيث حقوقه المالية المتمثلة في المرتب والمعاش فإنه يعامل في ذلك معاملة الوزير⁽²⁾.

وعن صلاحيات الوالي أو المحافظ، حسب الحال، فتتمثل كما ذكرنا سابقا في مهام إدارية تتعلق بالتسيير والرقابة وأخرى سياسية تتعلق بتنفيذ السياسة العامة للحكومة⁽³⁾.

وبعد الإحاطة بالمركز القانوني للوالي والمحافظ، نعرج في النقطة الموالية على عوامل تحديدهما باعتبار كل منهما غيرا مستفيدا.

¹ المادة 8 من المرسوم رقم 64-805 المنوه عنه. بالإضافة إلى ذلك يمكن للمحافظ أن يتقلد درجة محافظ خارج الفئة إذا كان يشغل أحد المناصب المذكورة في قائمة تحدد بموجب مرسوم. المادة 9 من نفس المرسوم.

² المادة 4 من القانون رقم 43 لسنة 1979 المتعلق بنظام الحكم المحلي المعدل والمتمم.

³ يمارس الوالي صلاحياته في النظام القانوني الجزائري تارة باعتباره ممثلا للدولة وتارة أخرى ممثلا للولاية. للاستزادة ينظر، المواد 102-123 من القانون رقم 12-07 المؤرخ في 28 ربيع الأول 1433 الموافق 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج.ر، ع. 12. الصادرة بتاريخ: 29 فبراير 2012. كما أنّ المحافظ في فرنسا يشغل وضعيتين متميزتين، فقد يمثل الدولة على مستوى الإقليم، كما قد يمثل الدولة على مستوى المحافظة أين يوجد المركز الرئيسي للإقليم. ينظر المرسوم رقم 82-390 المؤرخ في 10 ماي 1982، المتعلق بسلطات محافظي الأقاليم، لنشاط المرافق والتنظيمات العمومية للدولة في الإقليم، وقرارات الدولة في مجال الاستثمار العمومي. أما عن صلاحيات المحافظ في القانون المصري، فينظر المواد 26-29 من القانون رقم 43 لسنة 1979 المتعلق بنظام الحكم المحلي المعدل والمتمم.

الفرع الثاني

محددات الوالي والمحافظ باعتبارهما غيرا مستفيدا

تعتبر الرقابة على مشروعية أعمال الجماعات المحلية من أهم الصلاحيات المسندة للوالي والمحافظ حسب الحالة، وفي هذا الصدد يقوم بالرقابة الإدارية عن طريق عملية مراجعة وتصحيح أعمالها وفقا لقواعد الشكل والمضمون التي يجب أن تخضع لها⁽¹⁾، لتتوج هذه العملية بإلغاء هذه الأعمال متى كانت غير مشروعة.

وعليه، تسمح ممارسة الرقابة الإدارية للوالي بالتدخل في العلاقة القانونية الأجنبي عنها، هذا التدخل الذي يمنحه صفة الغير المستفيد، وبناء على ذلك ندرس في هذه الجزئية محددات الوالي والمحافظ كغير مستفيد في إطار العلاقة القانونية موضوع القرار الإداري في ضوء الأنظمة القانونية لكل من الجزائر وفرنسا ومصر.

أولا: محددات الوالي باعتباره غيرا مستفيدا في النظام القانوني الجزائري

يرتبط وصف الوالي بالغير المستفيد بالصلاحيات التي يحوزها في مجال الرقابة على أعمال المجالس المحلية المنتخبة، وتتوزع هذه الرقابة بين الجهاز الإداري والممثل في الوالي نفسه والجهاز القضائي، وعليه فإن الرقابة الإدارية تجعل الوالي شريكا في إصدار القرار الإداري كقاعدة عامة بينما تجعله الرقابة القضائية غير مستفيد. وبالبناء على ذلك يستلزم الأمر الوقوف على تحولات الوالي من فاعل نشط إلى غير مستفيد في إطار المقاربة بين قانون البلدية وقانون الولاية.

1- الوالي فاعل نشط في إطار الرقابة على أعمال البلدية في ضوء القانون 10-11 المتعلق بالبلدية

تقتضي اللامركزية الإدارية إقامة نوع من التوافق بين نقيضين هما استقلال الشخص وحرية في التسيير من ناحية، وضرورة ممارسة الرقابة عليه من الشخص المركزي من ناحية أخرى وفق ما يحدده المشرع.

ومن المتفق عليه أنّ استقلال الشخص اللامركزي لا يمكن أن يكون مطلقا بل هو نسبي،

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif , op.cit, p.467.

بحيث لا بد من وجود رقابة من السلطة المركزية على الشخص المركزي تسمى الوصاية الإدارية⁽¹⁾، الهدف منها احترام مبدأ المشروعية واحترام السياسة العامة للدولة من خلال منع هذا الشخص من تجاوز حدود اختصاصاته أو إساءة في استعمالها، وعلى ذلك كانت الوصاية الإدارية سلاحا في يد السلطة المركزية تواجه به خطر المساس بوحدتها، وتضمن به السير الحسن للمصالح العامة⁽²⁾.

ووفقا لما تقدم، فإنَّ الرقابة الوصائية على أعمال البلدية يمارسها الوالي باعتباره جهازا لعدم التركيز الإداري، وعليه نقف في هذه النقطة الجزئية على تعريف الوصاية الإدارية وآليات تطبيقها باعتبارها نوعا من الرقابة الإدارية للوقوف على حقيقة مركز الوالي تجاه القرارات الإدارية التي تصدرها البلدية.

أ-تعريف الرقابة الوصائية وآليات تطبيقها

تعتبر الوصاية الإدارية الرابطة التي تجمع بين الوالي والبلدية، وفي هذا الصدد يقتضي الأمر التعرض لمسألة تعريف هذا النوع من الرقابة الإدارية، كما التعرض لوسائل تفعيلها في مجال أعمال بلدية.

أ-1-تعريف الوصاية الإدارية

تعددت التعاريف التي تناولت موضوع الوصاية الإدارية، ونتيجة لذلك اختلفت بسبب اختلاف الفقهاء في إيجاد مفهوم عام وشامل لها، ووفقا لذلك عرفها WALINE Marcel بأنها (جملة الرقابات التي تمارس في مواجهة شخص معنوي أو أعضائه بواسطة عمال السلطة المركزية أو بواسطة شخصية لا مركزية أحيانا، على أن تكون هذه الشخصية أكثر سلطة من الشخصية المشمولة بالرقابة)⁽³⁾، كما عرفها Charles DEBBACH على أنها: (الرقابة التي تمارسها الدولة على الوحدات الإقليمية بقصد المحافظة على وحدة وترابط الدولة وبقصد تجنب الآثار الخطيرة التي تنشأ عن سوء الإدارة من جانب الوحدات اللامركزية، مع ضمان وحدة

¹محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، مرجع سابق، ص.146.

² زين الدين لعماري، الجماعات الإقليمية بين مبدأ الاستقلال ونظام الوصاية الإدارية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017، ص.137.

³أوردته، بوحانة ثابتي، الجماعات الإقليمية الجزائرية بين الاستقلالية والرقابة -الواقع والآفاق-، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015، ص.182. عن عدنان سليمان عمرو، الوصاية على الهيئات المحلية، مذكرة دبلوم الدراسات العليا، تخصص قانون عام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، المغرب، 1982، ص.10.

تفسير القانون بالنسبة لإقليم الدولة بأكمله، على أن لا تتم هذه الوصاية إلا في الحالات المحددة قانونا وحماية لاستقلال الوحدة المشمولة بالوصاية المذكورة⁽¹⁾.

ويلاحظ على هذين التعريفين أنّهما أغفلا بعض الجوانب الأساسية التي تدل على الوصاية، كتلك المتعلقة بإجراءاتها، وتحديد الجهة القائمة بها، حيث تم قصرها على الدولة مع العلم أنّها قد تمارس من جهات لامركزية عليا تجاه هيئات لامركزية دنيا، هذا بالإضافة على إغفالهما للطابع الاستثنائي لها والتمثل في اقتصارها على جوانب محددة تطبيقا للمبدأ العام المتمثل في استقلالية الجماعات المحلية في التسيير، وكذا إغفالهما الهدف المبتغى منها⁽²⁾.

وقد جاء في تعريف آخر بأنّ الوصاية الإدارية "فكرة تستخدم في مجال القانون العام لتحديد العلاقة بين جهة إدارية وجهة أخرى تخضع لها بالنسبة لبعض النواحي خضوعا بعيدا عن السلطة الرئاسية، وذلك عن طريق تدخلات ورقابات محددة فيما يتعلق بموضوعها وأسبابها، وذلك من أجل مراقبة التزام الجهة المشمولة بالرقابة باحترام المشروعية ومستلزمات المصلحة العامة"⁽³⁾. وما يلاحظ على هذا التعريف أنّه أهمل ذكر الأجهزة المكلفة بالرقابة وكذا آلياتها.

هذا، وعرفها الدكتور محمد فؤاد مهنا بأنّها: "رقابة من نوع خاص تتقرر للسلطة المركزية على السلطات اللامركزية، الغرض منها ضمان وحدة الدولة والحيلولة دون مخالفة السلطات المركزية للسياسة العامة التي ترسمها الدولة، وحقوق السلطة الوصائية تشمل حق إلغاء القرارات الخاضعة للوصاية، وحق التصديق على قرارات هذه السلطة وغير ذلك من الحقوق التي تدخل في نطاق الوصاية الإدارية"⁽⁴⁾. ورغم دقة هذا التعريف في بيانه للغرض من الوصاية الإدارية وكذا بعض إجراءاتها إلا أنّه أغفل الطابع الاستثنائي لها.

وقد جاء في قاموس المصطلحات القانونية للأستاذ Gérard CORNU

« Tutelle administrative destinée à sanctionner la légalité des actes des autorités décentralisées (tutelle de la légalité) ou qui subordonne à l'accord des

⁽¹⁾ بوحانة ثابتي، الجماعات الإقليمية الجزائرية بين الاستقلالية والرقابة، المرجع السابق، ص.182، نقلا عن عدنان سليمان عمرو، الوصاية على الهيئات المحلية، المرجع السابق، ص.10.

⁽²⁾ نفس المرجع، ص.182.

⁽³⁾ عبد الناصر صالح، الجماعات الإقليمية بين الاستقلالية والتبعية، مذكرة ماجستير، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010. ص.80.

⁽⁴⁾ محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975، ص.417.

autorités de tutelle la perfection juridique des décisions des autorités sous tutelle (tutelle de l'opportunité) et s'analyse plus exactement en une coopération entre ces deux catégories d'autorités, partant en une coadministration ».

(الوصاية الإدارية تهدف إلى تنويع وترسيخ مشروعية أعمال السلطات اللامركزية -وصاية المشروعية- أو التي تخضع لموافقة سلطات الوصاية على الكمال القانوني لقرارات السلطات تحت الوصاية-وصاية ملاءمة- وتحليلها بأكثر دقة في التعاون بين هاتين الفئتين من السلطات مما يؤدي إلى التشارك في الإدارة)⁽¹⁾. ومع تفصيل هذا التعريف في طبيعة الرقابة الوصائية من حيث أنها رقابة مشروعية أو ملاءمة إلا أنه أغفل الإجراءات المتبعة حيالها.

وبناء على هذا التمايز في التعريفات يمكن القول بأن الوصاية الإدارية عبارة "عن مجموعة سلطات استثنائية ممنوحة بمقتضى القانون لهيئات مركزية على أعضاء وأجهزة وأعمال الهيئات اللامركزية بهدف حماية المشروعية ومراعاة للمصلحة العامة"⁽²⁾.

أ-2-آليات تطبيق الوصاية الإدارية

يعتبر المجلس الشعبي البلدي التطبيق الأمثل لنظام اللامركزية الإقليمية كونه منتخب من قبل الشعب ويمثل إرادته، ولما كان ذلك فإن القرارات التي يتخذها في مجال اختصاصه ذات طبيعة جماعية تجري في إطار المداولة⁽³⁾، ومع ذلك فإن هذه الأعمال تخضع لرقابة قبلية وضع قيودها قانون البلدية، تتمثل آلياتها في المصادقة والإلغاء والحلول.

¹) Gérard CORNU, vocabulaire juridique, op. cit, p. 939.

²) بوحانة ثابتي، الجماعات الإقليمية الجزائرية، المرجع السابق، ص.183. هذا ولا تقتصر الرقابة الإدارية على الرقابة الوصائية فحسب بل تشمل كذلك الرقابة الرئاسية التي تعتبر نقيض هذه الأخيرة، حيث تعرف على أنها الرقابة التي تباشرها السلطة المركزية في مواجهة فروعها وأقسامها المختلفة، حيث أنه من المعلوم أن الجهاز الإداري يقوم في تنظيمه على سلم هرمي متدرج، إذ يوزع الموظفون في هذا السلم في إطار درجات متصاعدة، وتنظم العلاقات بينهم على أساس الخضوع والتبعية بالنسبة لشاغلي المستويات الدنيا، وعليه تتمثل السلطة الرئاسية في ما يملكه الرئيس الإداري من سلطة على مرؤوسيه ممن هم دونه في سلم الدرجات. نفس المرجع، ص.199. وتختلف الرقابة الرئاسية عن الرقابة الوصائية من عدة نواحي، حيث أنه وبالنسبة لأداء ممارستها فإن السلطة الرئاسية تمارس آليا ولا تستبعد إلا بنص، بينما تحدث السلطة الوصائية بموجب القانون كون أن الأصل هو حرية السلطات اللامركزية. أمّا من حيث الطعن فإن قرارات الرئيس في ظل الرقابة الرئاسية لا يمكن الطعن فيها قضائيا إلا إذا مست بالمركز القانوني للمرؤوس، بينما يمكن للهيئات اللامركزية الطعن في قرارات سلطات الوصاية. أمّا من حيث قواعد المسؤولية فإن الرئيس يكون مسؤولا عن قرارات المرؤوس بينما لا تكون السلطة الوصية في ظل الرقابة الوصائية مسؤولة عن أعمال الهيئات الخاضعة للوصاية. للاستزادة، ينظر، عمار بوضياف، شرح قانون الولاية، المرجع السابق، ص.43 وما بعدها.

³) المادة 52 من القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج ر، ع37، الصادرة بتاريخ 3 جويلية 2011. وللإستزادة حول نصاب التصويت والأغلبية الواجبة لذلك، ينظر، المادة 54 من نفس القانون. ويراجع حول طريقة التصويت وإجراءاتها،

أ-2-1 التصديق

يعرف التصديق بأنه عمل إداري يصدر عن السلطة الوصية، ويقع على أعمال الهيئات الإقليمية قصد التحقق من مشروعيتها وعدم مخالفتها للمصلحة العامة⁽¹⁾، كما يقصد به إقرار العمل الذي قامت به الهيئة المحلية، فهو إجراء قانوني لاحق للعمل المنجز، سابق على تنفيذه، كما يقصد به الوسيلة الوقائية التي تسبق تنفيذ القرارات الإدارية والتي تسمح بتقاضي الخطأ الذي قد يسبب ضررا للغير، حيث يعتبر وسيلة تحمي الإدارة والمتعامل معها من تنفيذ القرارات المخالفة لمبدأ المشروعية⁽²⁾.

وينطوي التصديق على العمل كله لا على جزء منه، حيث لا يمكن للسلطة الوصية أن تعدله وإلا عدت متدخلة في صلاحيات الهيئة المحلية. وقد يكون التصديق صريحا متى عبرت السلطة عن إرادتها بالموافقة صراحة سواء ارتبطت بميعاد قانوني أو لم ترتبط، بينما يكون التصديق ضمنيا عندما تسكت السلطة الوصية عن الرد على أعمال الجهة المشمولة بالوصاية خلال مدة معينة⁽³⁾.

وبالرجوع إلى قانون البلدية نجد أنَّ المشرع وضع قاعدة عامة في المادة 56 منه تقيد بنفاد مداوات المجلس الشعبي البلدي بقوة القانون بعد مرور 21 يوما من إيداعها بالولاية، وبالتالي يكون الوالي ملزما بالاعتراض عليها أو أنَّها تصبح مصادقا عليها بقوة القانون⁽⁴⁾، كما وضع استثناء في المادة 57 يتمثل في المصادقة الصريحة على بعض المداوات الحصرية والتي تتضمن الميزانيات والحسابات، قبول الهبات والوصاية الأجنبية، اتفاقيات التوأمة، والتنازل عن

المواد 23-26 من المرسوم التنفيذي رقم 13-105 المؤرخ في 14 مارس 2013، يتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي، ج ر، ع.15، الصادرة بتاريخ 2013/03/17.

⁽¹⁾ بوحانة ثابتي، الجماعات الإقليمية الجزائرية، المرجع السابق، ص.237.

⁽²⁾ أورردها زين الدين لعماري، الجماعات الإقليمية بين مبدأ الاستقلال ونظام الوصاية الإدارية، المرجع السابق، ص.187.

⁽³⁾ بوحانة ثابتي، الجماعات الإقليمية الجزائرية، نفس المرجع، ص.238.

⁽⁴⁾ وعلى سبيل الاستثناء والمقاربة، تنص المادة 99 من قانون البلدية على أنه: "تصبح القرارات البلدية المتعلقة بالتنظيمات العامة قابلة للتنفيذ بعد شهرين من إرسالها إلى الوالي، وفي حالة الاستعجال يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يتخذ فورا القرار أو قرارات البلدية بعد إعلام الوالي بذلك". ويتبين من خلال نص هذه المادة أنَّ القرارات التنظيمية لا تصبح نافذة إلا بعد مصادقة الوالي عليها، وبذلك يمكن له أن يعقب عليها بتعديلها أو إلغائها، وعلى ذلك نستنتج أن هذه القرارات تتعلق بالقرارات التنظيمية التي يمارسها رئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته ممثلا للدولة وبالتالي يخضع للسلطة الرئاسية للوالي، وبناء على ذلك يعتبر الوالي طرفا أصليا في هذه العلاقة القانونية. أمَّا إذا كان ممثلا للبلدية فيمكن الطعن في قراره المشوب بعدم المشروعية عن طريق دعوى الإلغاء لكل من له مصلحة بل ومن الوالي نفسه.

الأموال العقارية البلدية. ويعود السبب في وجوب التصديق الصريح على هذه المداوالت إلى الأهمية والآثار التي يمكن أن ترتبها، فالميزانية تتعلق بإيرادات ونفقات البلدية لذا وجب الاطلاع عليها ودراستها حتى يتم التدقيق في الأرقام والحسابات، كما أنه فيما يتعلق بالمداوالت المتضمنة قبول الهبات والوصايا من جهة أجنبية لا بد أن يتم التحقق من مصدرها حتى يتم التأكد من خلوها من أي شبهة، كذلك الأمر بالنسبة لاتفاقيات التوأمة طالما تضم طرفاً أجنبياً فمن حق الوالي باعتباره ممثلاً للسلطة العامة أن يحقق في بنود الاتفاقية وفحصها، وتظهر الخطورة كذلك فيما يتعلق بالتنازل عن الأملاك العقارية لتفادي نزيف الوعاء العقاري والحفاظ على مداخل البلدية⁽¹⁾.

أمّا عن أجل المصادقة على هذه المداوالت، جعل المشرع مدة زمنية يصادق فيها الوالي عليها تقدر حسب المادة 58 من نفس القانون ب 30 يوماً من تاريخ إيداعها لدى الولاية، فإذا لم يصادق عليها خلال هذه المدة اعتبرت مصادقاً عليها ضمناً، ولعل المشرع بحكمه هذا أراد أن يضع حداً لاحتمال إساءة استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية وحماية المصلحة العامة وعدم تعطيل مصالح المجتمع⁽²⁾.

والملفت للنظر أنّ هناك جهازاً آخر يشارك الوالي صلاحياته في المصادقة على المداوالت والمتمثل في رئيس الدائرة، وهي الصلاحية التي خوله إياها المرسوم التنفيذي رقم 94-215 المؤرخ في 23 جويلية 1994 الذي يحدد أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهياكلها⁽³⁾، حيث حددت المادة 10 منه بعض المداوالت التي يعود التصديق فيها لرئيس الدائرة حصراً والمتمثلة في:

-الميزانيات والحسابات الخاصة بالبلديات والهيئات البلدية المشتركة.

-شروط الإيجار التي لا تتعدى 9 سنوات (أصبحت 3 سنوات بعد تعديل القانون المدني في سنة 2005).

¹ أعمار بوضياف، شرح قانون البلدية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص.288.

² تقدر مدة إيداع المداولة لدى الوالي بثمانية أيام، غير أنّ المشرع لم يوضح متى يبدأ حساب هذه المدة، هل من يوم المصادقة، أو تبقى السلطة التقديرية لرئيس المجلس الشعبي البلدي؟ ينظر بخصوص ذلك، المادة 56 من القانون رقم 11-10 المتعلق بالبلدية. وللاستزادة حول الواقع العملي للمصادقة الضمنية والآثار السلبية الناجمة عنه، يراجع، بلهاري سمية، علاقة الوالي بالهيئات المحلية، مذكرة ماجستير، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016، ص.36-40.

³ ج. ر، ع.48، الصادرة بتاريخ 1994/07/27.

-تغيير تخصيص الملكية البلدية المخصصة للخدمة العمومية.

-المناقصات والصفقات العمومية والمحاضر والإجراءات.

-الهبات والوصايا.

-يوافق على المداولات وقرارات تسيير المستخدمين البلديين باستثناء المتعلقة منها بحركات التنقل وأداء المهام.

ويمارس رئيس الدائرة هذه الصلاحيات وفقا للمادة 10 السابق ذكرها تحت سلطة الوالي باعتباره رئيسا إداريا عليه، كما يجب أن يتم ذلك في إطار تفويض الاختصاص لأنّ هذه الصلاحيات أصلية بالنسبة للوالي ولا يجوز تفويضها إلا بوجود نص يمنح ذلك⁽¹⁾.

أ-2-2 الإلغاء

يعرف الإلغاء بأنه عمل إداري ترمي من خلاله جهة الوصاية الإدارية إلى إزالة وإعدام آثار قرار صادر عن جهة لامركزية لمخالفته القواعد القانونية (مبدأ المشروعية)، أو لمساسه بالمصلحة العامة (رقابة الملاءمة)، هذا ويستند الإلغاء بالضرورة إلى نص قانوني يخول السلطة الوصية حق ممارسته ضمن أجل محدد من أجل ضمان استقرار الأوضاع القانونية⁽²⁾.

وبناء على ذلك يعتبر الإلغاء وسيلة رقابية لاحقة على صدور القرارات البلدية وسابقة على دخولها حيز التنفيذ، يُمكن السلطة الوصية من إلغائها متى كانت غير مشروعة أو متعارضة مع المصلحة العامة. هذا ويجب أن يكون الإلغاء كليا لا جزئيا، لأنّ الإلغاء الجزئي يتضمن تعديلا في القرار وهو ما يتنافى وحقيقة الرقابة الوصائية.

ولقد أعطى قانون البلدية صلاحية إلغاء قرارات المجلس الشعبي البلدي للوالي، وذلك

¹ حيث ينسب العمل هنا إلى رئيس الدائرة باعتباره مفوضا إليه، كما يملك الوالي تجاهه سلطة الإشراف والتعقيب، ويمكن لهذا الأخير أن يسترد اختصاصه الأصلي بإلغاء قرار التفويض. مع العلم أن قانون الولاية لا يحيل في ممارسة هذه الاختصاصات إلى أي كان ولو عن طريق التفويض ما يطرح مشكل توزيع الاختصاص في النظام القانوني الجزائري. للاستزادة حول نتائج وآثار ذلك من الناحية الدستورية والقانونية على توزيع الاختصاص بين السلطات المحلية، يراجع، عبد الرحمان عزوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطين التشريعية و التنفيذية، دراسة مقارنة في مجال تحديد كل من القانون واللائحة، الجزء 2، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، الجزائر، 2009، ص.78-85.

² زين الدين لعماري، الجماعات الإقليمية بين مبدأ الاستقلال ونظام الوصاية الإدارية، المرجع السابق، ص.198.

حسب طبيعة المداوولات محله(1).

فأمّا عن الإلغاء بقوة القانون، فقد تضمنته المادة 59 من قانون البلدية حيث تعتبر المداوولات باطلة بقوة القانون ويكون الوالي ملزماً بإلغائها متى أصابها عيب من العيوب التالية:

-إذا تضمنت خرقاً للدستور

-الماسة برموز الدولة وشعاراتها

-غير المحررة باللغة العربية.

وما يلاحظ على ذلك أنّ المشرع وبالرغم من ذكره المداوولات المخالفة لأحكام الدستور قد ذكر كذلك المداوولات المتعلقة برموز الدولة وشعاراتها وغير المحررة باللغة العربية، وكلها جاءت مترجمة لأحكام مواد الدستور، والتي تشكل في مجملها ثوابت وطنية لا تلزم المجالس المحلية فحسب بل كل مؤسسات الدولة، وهذا ما يبين اتجاه إرادته نحو الحد والتقييد من حرية واستقلال الجماعات الإقليمية والحفاظ على الوحدة السياسية للدولة، إذ غالباً ما تكون المطالبة بالاستقلال مبنية على أسس لغوية أو دينية أو جهوية، وما ممارسة الوصاية الإدارية إلاّ بهدف منع تحقيق ذلك، وعموماً فإقرار هذا السبب لبطلان مداوولات المجالس الشعبية المحلية من شأنه أن يهدف إلى احترام مبدأ المشروعية(2).

وأما عن الإلغاء النسبي، فقد تضمنته المادة 60 من القانون 10-11 وبمقتضاها تكون مداوولات المجلس الشعبي البلدي باطلة، ويثير الوالي إلغائها بموجب قرار معلن متى وجد رئيس المجلس الشعبي البلدي أو أي أحد من أعضائه في وضع تتعارض فيه مصالحه مع مصالح البلدية، سواء كان ذلك باسمه الشخصي أو باسم أزواجهم أو أصولهم أو فروعهم إلى

¹ مع العلم أنّ المشرع استعمل مصطلح البطلان، وهو المصطلح المتبع في قواعد القانون المدني، وعليه كان من الأحسن أن يستعمل مصطلح الإلغاء نظراً لخصوصياته ومنازعات القانون الإداري. هذا ونشير إلى التقسيم الذي يتبناه بعض الباحثين حول تقسيم البطلان إلى نوعين بطلان مطلق وبطلان نسبي نظراً للمداوولات محله، مع أنّ هذا التقسيم يخلو من أساس، حيث وإن سلمنا أن البطلان المطلق يتعلق بمضمون القرار ومخالفته لقواعد المشروعية، فإنّ البطلان النسبي يتعلق بأمور تتعلق بصحة القرار وما تتعارض مصالح الأفراد مع المداولة محل الرقابة ينطبق عليه ذلك، بل وأكثر فإنّ كلا المداوولات يثير إلغاءها الوالي، فإذا كان يصدق ذلك من الناحية النظرية بالنسبة للبطلان النسبي الذي تبقى مسألة إثارته محصورة في أطراف العلاقة القانونية، فإنّه بالنسبة للبطلان المطلق غير ذلك.

² عبد الناصر صالح، الجماعات الإقليمية بين الاستقلالية والرقابة، مرجع سابق، ص.127.

غاية الدرجة الرابعة أو كولاة لحضور المداولة⁽¹⁾.

وعموما فإن إلغاء المداولات المنصوص عليها مقيد بأجل 21 يوما تحسب من يوم إيداع المداولة بالولاية، وهو الحكم المنصوص عليه في المادة 56 من قانون البلدية، وعليه يمكننا القول بأن الوالي ملزم بفحص مشروعية المداولات والتأكد من عدم مخالفتها لأحكام المادتين 59 و60 من نفس القانون، وبفوات هذا الأجل تصبح المداولات نافذة بقوة القانون.

أ-2-3 الحلول

لا تقتصر رقابة السلطة المركزية على أعمال الهيئات اللامركزية من جانبها الإيجابي-القيام بعمل-بل تتعداها إلى جانبها السلبي والمتمثل في امتناعها عن أداء الأعمال المكلفة بها قانونا من أجل تأمين سير المرافق العامة، ويعتبر الحلول الآلية التي تضمن هذه الرقابة.

ويعرف الحلول على أنه: "قيام الإدارة الوصية بواسطة سلطاتها الاستثنائية المحددة قانونا مقام الجهة اللامركزية لتنفيذ بعض التزاماتها القانونية التي تقوم بها بقصد أو لعجز أو لإهمال، أو لعدم احترام المشروعية والمصلحة العامة". كما يعرف على أنه: "السلطة الاستثنائية التي بموجبها تحال سلطة التقرير إلى الوصاية بدلا من الشخص الخاضع للوصاية كجزء على امتناعه رغم تنبيهه وإنذاره، وهي أخطر أنواع الرقابة التي تمارسها سلطة الوصاية وأشدّها تأثيرا في حرية واستقلالية الأشخاص العامة اللامركزية"⁽²⁾، وبناء على ذلك يعتبر الحلول وسيلة من وسائل الرقابة ذات الطبيعة الاستثنائية تمارسها السلطة المركزية لمباشرة عمل من الأعمال الموكلة للهيئات المحلية التي تقاعست عن القيام بها وذلك عند فرض القانون القيام بها، وتعتبر هذه الصفة الاستثنائية ناتجة عن القاعدة العامة المتعلقة بعمل الهيئات اللامركزية وما تقتضيه طبيعة النظام اللامركزي والمتمثلة في حق هذه الهيئات في تسيير الشؤون المحلية، والقيام بكل عمل يخص مرافقها، الأمر الذي لا يسمح لتدخل الجهات الوصية في هذا الشأن حتى لا يكون هناك تعارض مع مبدأ حرية واستقلالية الهيئات المحلية في التسيير، إلا أنّ الصفة الاستثنائية يمكن أن تفعل في حالة نكول هذه الأخيرة عن أداء التزاماتها الأمر الذي يؤدي إلى تعطيل

⁽¹⁾ وفي هذا الصدد تنص نفس المادة على الزام كل عضو من المجلس الشعبي البلدي يكون في وضعية تعارض المصالح أن يصرح بذلك لرئيس المجلس، وإذا كان هذا الأخير في نفس الوضع فعليه التصريح بذلك للمجلس. وللتفصيل أكثر ينظر، المادتين 29-30 من المرسوم التنفيذي رقم 13-105 المتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي.

⁽²⁾ أوردها، زين الدين لعماري، الجماعات الإقليمية بين مبدأ الاستقلال ونظام الوصاية الإدارية، المرجع السابق، ص.207.

وضياع مصالح سكان الإقليم، ليبقى الحل المناسب هنا هو حلول السلطة المركزية محل الهيئة المحلية في أدائها لواجباتها بغية الحفاظ على المصلحة العامة⁽¹⁾.

وللحلول شروط تتمثل في:

- وجود نص صريح يجبر الهيئة المحلية بأداء عمل معين.
- أن تمتنع الهيئة المحلية عن أداء العمل سواء بالرفض أو الإهمال والتقاعد أو العجز.
- ضرورة قيام السلطة المركزية بإخطار الهيئة المحلية للقيام بالعمل الواقع على عاتقها.
- وجود نص قانوني يمنح السلطة المركزية الحلول محل الهيئة المحلية.
- أن يتعلق الحلول بالمسائل التي تدخل في السلطة المقيدة للجماعات الإقليمية، أمّا إذا كان لها سلطة تقديرية في القيام بعمل ولم تقم به فحينه لا يجوز للسلطة المركزية أن تحل محلها⁽²⁾.
- وعموماً، أسند المشرع للوالي صلاحية الحلول محل المجلس الشعبي البلدي في المسائل المتعلقة بالميزانية والمالية وهو الأمر الذي تضمنته المواد 102 و183 و184 على التوالي من قانون البلدية⁽³⁾.

وحسب المادة 102⁽⁴⁾، يحل والي محل المجلس الشعبي البلدي ويضمن المصادقة على ميزانية البلدية بعد الإختلال الذي شهدته عملية هذه المصادقة، ولقد حددت المادة 186 من نفس القانون ضوابط حلول الوالي في هذه الحال والمتمثلة في:

⁽¹⁾ زين الدين لعماري ، الجماعات الإقليمية بين مبدأ الاستقلال ونظام الوصاية الإدارية، المرجع السابق، ص.207.

⁽²⁾ عادل بوعمران، مبدأ استقلالية الجماعات الإقليمية، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، 2010، ع.26، ص.144.

⁽³⁾ كما وهناك مسألة أخرى تم النص عليها في المادة 203 من قانون البلدية تتعلق بمسألة المالية، ومفادها أنه في حال رفض رئيس المجلس الشعبي البلدي القيام بإعداد حوالة قصد تغطية نفقة إجبارية أو إصدار سند تحصيل، يتدخل الوالي ويصدر قراراً يحل محل الحوالة أو سند التحصيل. هذا وتستبعد آلية الحلول المنصوص عليها في المادتين 100 و101 من نفس القانون من هذه الدراسة، لأنها تدخل في إطار الرقابة الإدارية على الأعمال في بعدها المتمثل في الرقابة الرئاسية، وعليه وفي حالة تقاعد رئيس المجلس الشعبي البلدي عن القيام بالمهام المنوطة به في سبيل الحفاظ على النظام العام، وديمومة المرافق العامة خاصة ما تعلق منها بمرفق الخدمة المدنية وكذا العمليات الانتخابية والخدمة العامة، فيحل الوالي محله في ممارسة صلاحياته باعتباره رئيساً إدارياً عليه، حيث أن رئيس المجلس الشعبي البلدي يمارس هذه الصلاحيات باعتباره ممثلاً للدولة وليس للبلدية، وهو ما تأكده المادتين 86 و88 من نفس القانون بصفة خاصة.

⁽⁴⁾ حيث تنص على أنه: " في حالة حدوث اختلال بالمجلس الشعبي البلدي يحول دون التصويت على الميزانية، فإنّ الوالي يضمن المصادقة عليها وفق الشروط المحددة في المادة 186 من هذا القانون".

-استدعاء الوالي للمجلس الشعبي البلدي وفق دورة غير عادية من أجل المصادقة على ميزانية البلدية، ولئن كان ذلك، فإنّ المشرع أكد على عدم انعقاد هذه الدورة إلاّ بانقضاء الفترة القانونية للمصادقة على الميزانية وبعد تطبيق أحكام المادة 185 عندما يتعلق الأمر بالميزانية الأولية⁽¹⁾. وقد أتى المشرع بحكم صريح في عدم المصادقة على الميزانية في أثناء هذه الدورة غير العادية يتمثل في تدخل الوالي وضبطها نهائيا.

هذا، وتتمتع سلطة الحلول-الوالي- عبر سلطة القيد التلقائي بالحق في إدراج-من تلقاء نفسها-الاعتمادات اللازمة ضمن ميزانية الجماعة المحلية للوفاء بالمصروفات الإلزامية الواقعة على عاتقها في حالة عدم قيامها بإدراجها⁽²⁾. وفي هذا السياق هناك حالتين أخريين تتضمنان حلول الوالي محل المجلس الشعبي البلدي، حيث تتعلق الأولى منهما بتصويت المجلس الشعبي البلدي على ميزانية غير متوازنة، أو عدم النص ضمنها على النفقات الإجبارية وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 183 من قانون البلدية⁽³⁾، بينما تتعلق الثانية بالتنفيذ المصحوب بعجز وهي الحالة المنصوص عليها ضمن المادة 184 من نفس القانون⁽⁴⁾.

وإنفاذا لما تقدم، تعتبر الرقابة الوصائية عن طريق حلول الوالي على أعمال المجلس الشعبي البلدي في مسائل ضبط الميزانية والتصويت عليها آلية وقائية تضمن استمرارية المرافق المحلية من خطر توقفها، وفي هذا الصدد يطغى عليها جانب الملاءمة على جانب المشروعية.

¹ إذ تنص على أنه: إذا لم تضبط ميزانية البلدية نهائيا لسبب ما، قبل بدء السنة المالية، يستمر العمل بالإيرادات والنفقات العادية المقيدة في السنة المالية السابقة إلى غاية المصادقة على الميزانية الجديدة.

غير أنه، لا يجوز الالتزام بالنفقات وصرفها إلاّ في حدود جزء من اثنتي عشر في الشهر من مبلغ اعتمادات السنة المالية السابقة." ⁽²⁾ بوحانة ثابتي، الجماعات الإقليمية الجزائرية، المرجع السابق، ص. 254.

⁽³⁾ حيث تنص على أنه: " لا يمكن المصادقة على الميزانية إذا لم تكن متوازنة أو إذا لم تنص على النفقات الإجبارية. في حالة ما إذا صوت المجلس الشعبي البلدي على ميزانية غير متوازنة، فإنّ الوالي يرجعها مرفقة بملاحظات خلال خمسة عشرة يوما التي تلي استلامها، إلى الرئيس الذي يخضعها لمداولة ثانية للمجلس الشعبي البلدي خلال عشرة أيام.

يتم إعدار المجلس الشعبي البلدي من الوالي، إذا صوت على الميزانية مجددا بدون توازن أو لم تنص على النفقات الإجبارية. وإذا لم يتم التصويت على الميزانية ضمن الشروط المنصوص عليها في هذه المادة خلال أجل الثمانية أيام التي تلي تاريخ الإعدار المذكور أعلاه، تضبط تلقائيا من طرف الوالي."

⁽⁴⁾ وتنص على أنه: " عندما يترتب على ميزانية البلدية عجز، فإنّه يجب على المجلس الشعبي البلدي اتخاذ جميع التدابير اللازمة لامتصاصه وضمان توازن الميزانية الإضافية.

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

وبعد دراستنا لآليات تدخل الوالي في قرارات المجلس الشعبي البلدي عن طريق الرقابة الوصائية، فإنّ السؤال الذي يطرح هنا يتمثل في: هل يعتبر الوالي مشاركا في إصدار هذه القرارات أو غيرا يتدخل في مرحلة معينة من مراحل حياتها؟ ذلك ما نجيب عنه في النقطة الجزئية الموالية.

ب- مركز الوالي تجاه القرارات التي يصدرها المجلس الشعبي البلدي

ذكرنا فيما سبق أنّ الوالي يحوز سلطات واسعة تجاه المداولات التي يصدرها المجلس الشعبي البلدي، وتتمثل في المصادقة والإلغاء والحلول، ولما كان ذلك، فإنّ البحث يستلزم التعرض لوضع الوالي بالنسبة لهذه الأعمال من حيث كونه مشاركا في إصدارها أم لا.

فعن المصادقة، يعتبر القرار الصادر عن الوالي قائما بذاته ومتميزا عن العمل الصادر من المجلس الشعبي البلدي ولا يؤثر فيه إلا في نطاق تنفيذه فقط، فموافقة سلطة الوصاية ليس إلا شرطا واقفا لتنفيذ القرار الصادر من الجهة المحلية ولا يعدل بأي حال من الأحوال في الطبيعة القانونية لهذا القرار⁽¹⁾، حيث يذهب الأستاذ رأفت فودة في هذا الصدد إلى أنّ القرار الصادر من الهيئة المحلية قبل تمام التصديق عليه موجود من حيث وجود التعبير الإرادي الصادر من جهة إدارية بإرادتها المنفردة، فالاعتراف باستقلالية هذا القرار يؤكد على وجود هذه العناصر فيه، وعلى ذلك لا يعتبر التصديق مساهمة في التعبير الإرادي الصادر من الهيئة المحلية، وإنّما ينظر إليه على أنّه تعبير إرادي يتحقق به العنصر الأول من عناصر وجود قرار سلطة التصديق وليس قرار سلطة الهيئة الخاضعة للوصاية⁽²⁾.

وفي مجال إحداث قرار الجهة الخاضعة للوصاية للأثر القانوني يقول نفس الأستاذ: "إنّنا نؤكد وبقوة أنّ هذه الآثار تظل دفيئة في جوف هذا القرار ولن تخرج لتمس المراكز القانونية للأفراد إلا بعد تمام التصديق من سلطة الوصاية الإدارية مع رد أثر هذا التصديق إلى تاريخ صدور القرار من السلطة اللامركزية بأثر رجعي.

ومعنى ذلك أنّ الأفراد لا يمكن لهم وبأي حال من الأحوال-قبل تمام التصديق- الادعاء بضرر أصابهم من قرار الهيئة المحلية، لأنّ التصديق يعد في نظري الباب الأوحد لخروج هذه

⁽¹⁾ بوحانة ثابتي، الجماعات الإقليمية الجزائرية، المرجع السابق، ص.239.

⁽²⁾ رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، مرجع سابق، ص.344.

الآثار القانونية الدفينة في أحشاء القرار الخاضع له إلى الغير وبدونه لا تمس هذه الآثار المخاطبين بالقرار لانغلاقها في صلب القرار وعدم خروجها إلى ميدان المراكز القانونية الشخصية. ويترتب على ذلك أنّ هذا القرار -قبل التصديق عليه- يكون غير نهائي أي غير قابل للتنفيذ أي لا يمكن أن يؤدي المخاطبين به وبالتالي لا تقبل حياله دعوى الإلغاء لانعدام مصلحة رافعها نتيجة لانعدام تأثيره على صاحب هذه المصلحة"⁽¹⁾.

ويضيف قائلاً: "فالقرار الخاضع للتصديق هنا لا يكون قابلاً للتنفيذ الفوري قبل التصديق، فهو وإن تضمن قصد الإدارة إنشاء آثار قانونية إلا أنه لم يحدث فعلاً هذه الآثار في أرض الواقع لعدم قدرته وحده على ذلك، إذ منح القانون للتصديق هذا الأثر وهو الإحداث في أرض الواقع أي إخراجها من باطن القرار الأول وتفعيلها وجعلها في حالة حركة بعد سكون طالها خلال فترة ما بين الإصدار والتصديق، وهنا فقط تبدأ في المساس بالمراكز القانونية للأفراد، وهنا فقط يمكن لنا الحديث عن العنصر الرابع لوجود القرار الإداري والمتعلق بوجود إحداث أثر قانوني وبالتالي قبول دعوى الإلغاء ضده....."⁽²⁾.

وبالرغم من براعة تحليل الأستاذ رأفت فودة وجوده طرحه، إلا أنّ لنا بعض المآخذ عليه، ومن جملة ذلك أنّ الأستاذ قد أخطأ بين مسألة إحداث قرار الهيئة الخاضعة للوصاية للأثر القانوني وبين مسألة آلية إحداث هذا الأثر، فحتى وإن سلمنا بأنّ قرار -مداولة- المجلس الشعبي البلدي مستقل عن قرار الوالي المتضمن المصادقة عليه، فإنّ النتيجة الحتمية التي لا يمكن إنكارها تتمثل في أنّ قرار المجلس الشعبي البلدي لا ينتج أثره إلا بعد مصادقة الوالي، وفي غياب ذلك يعتبر قرار المجلس الشعبي البلدي مجرداً من أي قيمة قانونية لغياب عنصر من عناصر وجود القرار الإداري والمتمثل في الأثر القانوني، وهي الحالة نفسها بالنسبة للتصديق الضمني حيث يعتبر الوالي وكأنه تدخل وصادق على القرار. وما يبرر هذا الخلط ذهاب الأستاذ إلى اعتبار أن جهة الوصاية لا تعتبر مساهماً في إصدار القرار، ومع ذلك وفي نفس الوضع يقول "...الآثار تظل دفينة في جوف هذا القرار ولن تخرج لتمس المراكز القانونية للأفراد إلا بعد تمام التصديق من سلطة الوصاية.."، ومادام قرار الوالي القاضي بالتصديق هو الذي يجعل قرار المجلس الشعبي البلدي منتجا لآثاره نقول بأنّ الوالي يعتبر طرفاً في

⁽¹⁾ رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، المرجع السابق، ص.345.

⁽²⁾ نفس المرجع، ص.346.

العلاقة القانونية بين البلدية والمخاطبين بهذا القرار-ولا يمكن الطعن ضده- حيث أنّ هذا الأخير وحتى يرتب أثره يجب أن يستند جميع المراحل التي يمر بها بما في ذلك مرحلة التصديق عليه، أي يجب أخذ الوضعية القانونية محل القرار ككل⁽¹⁾.

وأما فيما يخص الإلغاء، فإنّ الوالي متى تبين له بأنّ المداولة غير مشروعة وفقا لما حددته نصوص قانون البلدية يصدر قرارا بإلغائها وإعدامها، وطالما أن جهة معينة تملك بإرادتها المنفردة منع صدور قرار إداري معين من جهة أخرى أو منع دخول القرارات حيز التنفيذ أو إنهاء أو إلغاء هذه القرارات فهي تعد شريكة في الاختصاص مع جهة أخرى⁽²⁾.

وعن الحلول، ولئن كان يؤدي إلى إسناد سلطة اتخاذ القرار إلى الوالي بدل السلطة الأصلية المتمثلة في المجلس الشعبي البلدي، إلاّ أنّه يُعتبر الوالي فاعلا نشطا في العلاقة القانونية بين المجلس الشعبي البلدي ومتلقي القرار على الأقل من حيث الآثار. وللتوضيح أكثر نأخذ مثلا على ذلك: أصدر المجلس الشعبي البلدي مداولة تتعلق بميزانية البلدية، ويعتبر موضوع العلاقة القانونية المداولة بينما يعتبر أطرافها المجلس الشعبي البلدي ومتلقي القرار وهم مواطني البلدية. وبسبب آلية الحلول، يحل الوالي محل المجلس الشعبي البلدي في اعتمادها إذا شابها عيب من العيوب بعد اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها سابقا، وبالتالي يعتبر الوالي فاعلا نشطا، وبالمثل إذا استعمل سلطاته في المصادقة والإلغاء فإنّه سيتدخل في العلاقة القانونية المكونة، وسيكون لهذا التدخل أثر كبير على مآل هذه العلاقة القانونية، حيث أنّه ومن هذا التدخل تعتمد صحة المداولة وقيمتها القانونية، أو تلغى وتفقد كل قيمتها، وبناء على ذلك فإنّ مثل هذا التأثير على المداولة لا يكون إلاّ لطرف نشط في العلاقة القانونية ومكوّن لها.

فإذا كان الوالي يعتبر طرفا في العلاقة القانونية التي موضوعها مداولات المجلس الشعبي البلدي، فهل هو كذلك بالنسبة لمداولات المجلس الشعبي الولائي؟ ذلك ما نريد الوقوف عليه في العنصر الموالي.

⁽¹⁾ وهو ما تشير إليه المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 13-105 المتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي بقولها: "يعلق مستخرج المداولة في المواقع المخصصة للإصاق وإعلام الجمهور على مستوى مقر البلدية والملحقات الإدارية والمندوبيات البلدية خلال الثمانية أيام التي تلي دخول المداولة حيز النفاذ إذا كان محتواها يتضمن أحكاما عامة"، ويشير مصطلح دخول المداولة حيز النفاذ أنها استندت جميع المراحل التي تمر بها ومن بينها تصديق الوالي.

⁽²⁾ ينظر على سبيل الاستئناس والمقاربة، رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، المرجع السابق، ص.340.

2-الوالي غير مستفيد في إطار الرقابة على أعمال المجلس الشعبي الولائي على ضوء القانون رقم 12-07 المتعلق بالولاية

شكل صدور القانون رقم 12-07 المتعلق بالولاية سنة 2012 نقلة نوعية في مجال تحديد العلاقة بين الوالي وأعمال المجلس الشعبي الولائي، حيث أنه وعلى غرار رقابته لأعمال المجلس الشعبي البلدي، لم تعد رقابة الوالي على أعمال المجلس الشعبي الولائي شرطا لصحة هذه الأعمال، ويتبين ذلك من خلال التقليل من صلاحياته الوصائية في مجال المصادقة والإلغاء مقارنة بتلك التي يحوزها في إطار رقابته على أعمال المجلس الشعبي البلدي، وعليه، وللوقوف على حقيقة ذلك نسلط الضوء على مواطن رقابة الوالي على أعمال المجلس الشعبي الولائي في نقطة أولى، وذلك للوقوف على حقيقته كغير مستفيد في إطار العلاقة القانونية التي موضوعها هذه المداولات.

أ-مواطن رقابة الوالي على أعمال المجلس الشعبي الولائي

تدخل المشرع الجزائري وحدد الحالات التي يمارس فيها الوالي رقابته على أعمال المجلس الشعبي الولائي، وعموما حددت هذه الحالات المادتين 53 و56 من قانون الولاية.

فأمّا عن المادة 53 فقد اعتبر المشرع المداولات التي يتخذها المجلس الشعبي الولائي باطلة بقوة القانون متى شابها عيب من العيوب التالية:

-إذا اتخذت خرقا للدستور وغير المطابقة للقوانين والتنظيمات

-إذا مست برموز الدولة وشعاراتها

-إذا لم تحرر باللغة العربية

-إذا تناولت موضوعا لا يدخل ضمن اختصاصه

-إذا اتخذت خارج الاجتماعات القانونية للمجلس

-إذا اتخذت خارج مقر المجلس الولائي، مع مراعاة أحكام المادة 23 من نفس القانون التي تقضي بعقد مداولات المجلس في مكان آخر غير المقر الرئيسي داخل إقليم الولاية بعد التشاور مع الوالي، وبعد وجود قوة قاهرة تحول دون ولوج مقر المجلس الشعبي الولائي.

وما يلاحظ من هذه المادة، وعلى خلاف المادة 59 من قانون البلدية، أنها أضافت ثلاث حالات لتقرير إلغاء المداولة والمتمثلة في:

-تناول المداولات موضوعا يخرج عن اختصاص المجلس الشعبي الولائي، حيث أنّ اختصاصه يتعلق بالشأن المحلي ومحدد حصرا في قانون الولاية، وبناء على ذلك لا يجوز أن يتداول المجلس في مسائل تتعلق بقطاع العدالة أو الشؤون الخارجية أو الدفاع، لأنها تعود لقطاعات أخرى ولا تدخل ضمن التسيير المحلي⁽¹⁾.

-المداولات التي تتم خارج الاجتماعات القانونية، حيث حدد المشرع من خلال قانون الولاية الدورات التي يجتمع فيها المجلس الشعبي الولائي⁽²⁾، كما حدد إجراءات استدعاء أعضاء المجلس لحضور المداولات⁽³⁾، وشروط صحة المداولات⁽⁴⁾.

-المداولات المنعقدة خارج مقر المجلس.

وأما بالنسبة للمادة 56 فإنّ الأمر لا يختلف عن ذلك المقرر في المادة 60 من قانون البلدية كأصل عام، حيث تعتبر مداولات المجلس الشعبي قابلة للإلغاء متى وجد رئيس المجلس الشعبي الولائي أو أي أحد من أعضائه في وضع تتعارض فيه مصالح الولاية مع مصالحه، سواء كان ذلك باسمه الشخصي أو باسم أزواجهم أو أصولهم أو فروعهم إلى غاية الدرجة الرابعة أو كوكلاء لحضور المداولة⁽⁵⁾.

فإذا كانت المداولات باطلة متى خالفت أحكام المادتين 53 و56 من قانون الولاية فإنّ السؤال يدور هنا حول من هي الجهة التي تتولى ذلك؟

⁽¹⁾ زين الدين لعماري، الجماعات الإقليمية بين مبدأ الاستقلال ونظام الوصاية الإدارية، المرجع السابق، ص.204.

⁽²⁾ هي أربع دورات عادية في السنة، مدة كل دورة 15 يوما على الأكثر. كما يمكن له أن يعقد دورة استثنائية بناء على طلب رئيسه أو ثلث أعضائه أو الوالي، كما ينعقد وجوبا في حالة كارثة طبيعية أو تكنولوجيا. المادتين، 14 و15 من القانون 07-12 المتعلق بالولاية.

⁽³⁾ ينظر، المواد 16، 17، 18 من نفس القانون.

⁽⁴⁾ ينظر بشأن ذلك، المادة 19 من نفس القانون.

⁽⁵⁾ وهو ما أكدته وشرحت كيفيات تطبيقه المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 13-217 المؤرخ في 18 جوان 2013، الذي يتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي الولائي، بقولها: "يجب على رئيس المجلس الشعبي الولائي أو أي عضو بالمجلس معني بموضوع المداولة، إمّا باسمه الشخصي أو اسم زوجه أو أصوله أو فروعهم إلى الدرجة الرابعة أو كوكيل، أن يتخذ موقفا تحفظيا بانسحابه من الجلسة المعنية. وفي حالة المخالفة تعد المداولة باطلة وكل الآثار المترتبة تصبح باطلة بقوة القانون تطبيقا لأحكام المادة 56 من القانون المتعلق بالولاية". الجريدة الرسمية، عدد32، الصادرة بتاريخ: 23 يونيو 2013.

لئن كان يملك الوالي في إطار قانون البلدية سلطة إلغاء المداولات المخالفة للمادتين 59 و60 من قانون البلدية باعتباره مساهما في العمل القانوني المتمثل في المداولة، فإنه في ظل قانون الولاية لا يملك إلا سلطة إثارة بطلان المداولات المخالفة لأحكام المادتين 53 و56 من قانون الولاية أمام المحكمة الإدارية التي تتولى تقرير البطلان من عدمه، وهو ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من المادة 53 من قانون الولاية بقولها: "إذا تبين للوالي أنّ مداولة ما اتخذت خرقا لهذه المادة، فإنه يرفع دعوى أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا لإقرار بطلانها"، وما تنص عليه أيضا الفقرة الأخيرة من المادة 57 من قانون الولاية بقولها: "يرفع الوالي دعوى أمام المحكمة الإدارية قصد الإقرار ببطلان المداولات التي اتخذت خرقا لأحكام المادة 56 أعلاه".

أمّا عن آجال رفع الطعن من قبل الوالي فتختلف باختلاف حالات البطلان، فإذا تعلق الأمر بالحالات المنصوص عليها ضمن المادة 53 فإنّ أجل رفع الدعوى هو 21 يوما التي تلي اتخاذ المداولة⁽¹⁾، بينما إذا تعلق الأمر بحالات البطلان المنصوص عليها ضمن المادة 56 فإنّ آجال رفع الدعوى هي 15 يوم التي تلي اختتام دورة المجلس الشعبي الولائي التي اتخذت خلالها المداولة. كما يمكن المطالبة بها من قبل كل منتخب أو مكلف بالضريبة له مصلحة في الطعن خلال 15 عشرة يوما من إصاق المداولة، مع أنّ هذا الطلب يوجه إلى الوالي الذي يقرر بطلان المداولة⁽²⁾.

ب- حقيقة الوالي كغير مستفيد في إطار الرقابة على أعمال المجلس الشعبي الولائي

تعتبر الرقابة التي يمارسها الوالي على أعمال المجلس الشعبي الولائي رقابة إدارية لاحقة على وجود القرار يمكن أن تؤدي إلى إخطار قاضي الإلغاء متى شاب القرار عيب من عيوب عدم المشروعية المحددة في أحكام قانون الولاية.

وتطبيقا لذلك، فإنّ الوالي لا يملك تجاه هذه الأعمال سلطة المصادقة أو الإلغاء أو الحلول، بل كل ما يملكه فقط هو التأكد من مشروعية القرار لا غير. ويعتبر ما ذهب به أغلب الباحثين من أنّ المشرع قد قرر حكما يتعلق بالمصادقة الضمنية في المادة 54 من قانون الولاية مفاده

⁽¹⁾ حيث تنص الفقرة 2 من المادة 54 على أنه: "إذا تبين للوالي أنّ مداولة ما غير مطابقة للقوانين والتنظيمات طبقا للمادة 53 أعلاه، فإنه يرفع دعوى أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا في أجل الواحد وعشرون يوما التي تلي اتخاذ المداولة لإقرار بطلانها".

⁽²⁾ المادة 57 من قانون الولاية.

بأن جميع مداولات المجلس الشعبي الولائي تصبح نافذة بعد 21 يوما من إيداعها لدى الولاية إلا ما تعلق منها بتلك المنصوص عليها بالمواد 55 و56 و57 قول مردود عليه، حيث أن القول بوجود المصادقة الضمنية سيؤدي بنا إلى نتيجة مفادها اعتبار الوالي قد صادق على المداولة ضمنا وبالتالي يعتبر مساهما في القرار، مع العلم أن قاعدة المصادقة الضمنية هي استثناء من قاعدة المصادقة الصريحة، وعليه ما محل أحكام هذه الأخيرة ضمن هذا القانون⁽¹⁾؟

وأبعد من ذلك، وفيما يخص الطعن بالإلغاء في قرارات المجلس الشعبي الولائي، فإن الوالي يطعن في قرار مكتمل الأركان حيث وصفه المشرع في المواد 53 و54 و55 من قانون الولاية بالمداولة أي قرار مكتمل الوجود صادر عن هيئة تداولية لا يحتاج إلى مصادقة هيئة معينة، وبناء على ذلك فإن فوات مدة 21 يوم المنصوص عليها ضمن المادة 54 يؤدي إلى تقرير مشروعية المداولة بصفة ضمنية، وفي الحالة العكسية إذا تبين له أن المداولة مشوبة بعيب من العيوب المنصوص عليها في المادة 53 يثير عدم مشروعيتها أمام القاضي الإداري خلال 21 يوم من إيداعها لدى الولاية.

ولفهم أكثر حول مركز الوالي "الغير" في إطار الرقابة على مشروعية أعمال المجلس الشعبي الولائي نأخذ مثالا: أصدر المجلس الشعبي الولائي مداولة، يشكل هذا القرار موضوع العلاقة القانونية، بينما يتمثل أطرافها في مصدر القرار وهو المجلس الشعبي الولائي ومتقليه، وبالتالي يعتبر غيرا كل من لم يلعب دورا في تكوين العلاقة القانونية أو تنفيذها، وبناء على معيار التمييز بين الغير الأصلي والغير المستفيد والمتمثل في التدخل في العلاقة القانونية في وقت معين، فهل يتدخل الوالي في العلاقة القانونية المكونة؟ إن الإجابة بنعم، حيث سيتدخل في العلاقة القانونية باعتباره متلقي تحويل مداولات الهيئة المحلية-المجلس الشعبي الولائي- واعتباره أيضا القائم على رقابة المشروعية⁽²⁾.

وفقا لما تقدم، لا تعتبر بعض مداولات المجلس الشعبي الولائي نافذة إلا بعد تحويلها **transmission إلى الوالي**، وبالإضافة إلى الالتزام بالتحويل فإنه يجب إعلان هذه الأعمال،

⁽¹⁾ مع العلم أن المشرع جعل المصادقة صريحة من قبل وزير الداخلية بالنسبة للمداولات المتعلقة، الميزانيات والحسابات، التنازل عن العقار واقتناه أو تبادلته، اتفاقيات التوأمة، الهبات والوصايا الأجنبية. المادة 55 من قانون الولاية.

⁽²⁾ يراجع على سبيل الاستئناس،

وبتعبير آخر، لكي تصبح هذه الأعمال نافذة يجب أن تكون محل تحويل وكذا إعلان عن طريق نشرها أو تبليغها للمعنيين بها إذا كان تخاطب أفراد معينين بذواتهم، ومع ذلك وإن كانت آثار الالتزام بالتحويل والالتزام بالإعلان تتشابه، فإنها تختلف من حيث أغراضها، حيث يجعل الإعلان القرار نافذاً في وجه الأفراد المخاطبين به بينما يجعل الالتزام بالتحويل القرار نافذاً في وجه الوالي، وهو ما يتبين نص المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 13-217 المتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي الولائي، حيث جاء فيها: "يلق مستخرج المداولة في المواقع المخصصة للإصاق وإعلام الجمهور على مستوى مقر الولاية خلال الثمانية أيام التي تلي دخول المداولة حيز التنفيذ إذا كان محتواها يتضمن أحكاماً عامة.

ويمكن للمجلس نشرها بصفة إضافية على وسيلة رقمية.

ويبلغ المستخرج للمعنيين عندما تكون المداولة ذات بعد فردي.....".

ويظهر من قراءة أحكام هذه المادة أنّ المداولة تصبح نافذة بعد تحويلها إلى الوالي - باستثناء المداولات التي يصادق عليها وزير الداخلية - كما تصبح حجة عليه إذا كانت سليمة من عيوب المشروعية السابق ذكرها ولم يطعن فيها أمام قاضي الإلغاء، بينما تصبح نافذة في حق الأفراد بعد نشرها أو تبليغها لتصبح حجة عليهم.

وبالبناء على ذلك كله، يتدخل الوالي في العلاقة القانونية عبر اتجاهين، فبادئ ذي بدء لكي يصبح العمل تنفيذياً يجب أن يحول إلى الوالي الذي لا يلعب دوراً في تكوينه وإنّما في تنفيذه، وعلاوة على ذلك يجب عليه مراقبة مشروعية هذا العمل ليتدخل مرة ثانية. فإذا كان هذا التدخل في إطار نظام الرقابة على أعمال المجلس الشعبي البلدي يقود إلى وصف الوالي بموضوع نشط، فإنّه يوصف بغير مستفيد في إطار الرقابة على أعمال المجلس الشعبي الولائي باعتباره يملك سلطة واحدة تتمثل في إخطار القاضي الإداري. وبما أنّه لا يمكن أن يلغي هذا العمل فإنّ الوالي يتدخل في العلاقة القانونية من أجل تدميرها، وهو في هذه الحال يحتاج تدخل القاضي الإداري، وعليه يعتبر "غيراً مستفيداً" له مكانة خاصة وليس فاعلاً نشطاً، له طريق طعن خاص يختلف عن ذلك المسموح به للغير الأصلي⁽¹⁾.

فإذا كانت هذه هي حال الوالي كغير مستفيد في نظام الرقابة على أعمال المجالس الشعبية

⁽¹⁾ يراجع على سبيل الاستئناس والمقاربة،

المحلية، في الجزائر، فما هي حال المحافظ في نظام الرقابة على أعمال المجالس المحلية في النظام القانوني الفرنسي والمصري؟.

ثانياً: محددات المحافظ كغير مستفيد في كل من النظام القانوني الفرنسي والمصري

تدور مسألة تحديد المحافظ وتأهيله كغير مستفيد وفق الصلاحيات التي يحوزها في مجال الرقابة والتدخل في أعمال الهيئات المحلية، وإذ يختلف هذا التدخل باختلاف الأنظمة القانونية، نقف في هذه النقطة على الإحاطة بجوانب الرقابة التي يمارسها المحافظ في كل من فرنسا ومصر لتحديد طبيعته تجاه هذه العلاقات القانونية.

1- محددات المحافظ كغير مستفيد في النظام القانوني الفرنسي

يعتبر موضوع التقسيم الإقليمي للبلاد في فرنسا من المواضيع الدستورية، حيث ينص الدستور على ذلك في المادة 72 من أنّ الجماعات الإقليمية في البلاد هي البلدية والمحافظة والإقليم، بالإضافة إلى أقاليم ما وراء البحار، وتدار هذه الجماعات بكل حرية عن طريق المجالس المنتخبة⁽¹⁾، وتمارس اختصاصاتها عن طريق المداولات.

وقد عرف تحديد مركز المحافظ تجاه الرقابة على أعمال الجماعات المحلية في النظام القانوني الفرنسي محطات تاريخية أدت إلى تحولات في صلاحياته، وعموماً تدور هذه المحطات التاريخية بين فترتي قبل 1982 وأثنائها.

⁽¹⁾ المادة 1 من القانون العام للجماعات الإقليمية. وتعتبر البلديات Les communes الجماعات الإقليمية القاعدية تشكل المستوى الأقدم والأقرب من المواطنين في المجال التنظيم الإقليمي للبلاد أنشئت عام 1789، ينتخب رئيسها من قبل المجلس البلدي، ويعتبر في مواطن عدة ممثلاً للدولة على مستوى البلدية، كما يمارس السلطة التنفيذية المحلية. وفي 2016 سمح بتجمعهم في إطار "بلدية جديدة" وهو ما ذهب إليه القانون 2015/03/16 المتعلق بتحسين نظام البلدية الجديدة للبلديات القوية والحيوية. بينما تعتبر المحافظات Les départements وحدات أكبر حجماً من البلدية أنشئت هي كذلك عام 1789، وكانت في الأصل دوائر حتى عام 1871 أصبحت جماعة محلية، وقد غير اسم مجلسها التداولي سنة 2015 من مجلس المحافظة إلى المجلس العام، وينتخب الناخبون من كل مقاطعة عضوين متعارضين جنسياً، يقدم ترشحهم في إطار ثنائيات. وتجدد عهدة مجلس المحافظة كل 6 سنوات. أمّا عن الأقاليم Les régions فهي الأكبر حجماً مقارنة بالجماعات الإقليمية الأخرى، كانت تشكل في سنوات الستينيات مجرد مؤسسات عامة بسيطة، ودوائر للنشاط الإقليمي تهدف إلى إعطاء مزيد من التماسك لسياسة الدولة.

وتشكل هذه المستويات الثلاثة مجموعات إقليمية ودوائر لنشاط الدولة يمثلها على التوالي رئيس البلدية، المحافظ ومحافظ الإقليم، ونتيجة لذلك يؤسس تنظيم المرافق غير الممركزة للدولة على نفس التقسيم الإقليمي. في مجال المحافظة يتم إضافة دائرة arrondissement حيث تمثل من قبل نائب المحافظ. ينظر للاستزادة، الموقع الإلكتروني: www.assemblee-nationale.fr، تاريخ زيارة الموقع، 2018/03/03.

أ- صفة المحافظ قبل تاريخ 02 مارس 1982

شغل المحافظ قبل هذا التاريخ وظيفة مزدوجة، ووظيفة مفوض الحكومة ووظيفة عضو التنفيذ لمجموعة المحافظات، وتعلقت وظيفته الأساسية بالوصاية على الإدارات المحلية، وفي سبيل ذلك فإنه كان يتمتع بسلطة المصادقة والإلغاء لأعمال السلطات المحلية، حيث تمحورت وصاية الإلغاء حول سلطة إلغاء أو توقيف الأعمال من قبله للأسباب تتعلق بالمشروعية أو الملاءمة حسب الحال، بينما تمحورت وصاية المصادقة على إعطاء القيمة القانونية الكاملة للمداولات المتعلقة بالجانب المالي أساساً، وبالإضافة إلى هذه السلطات يمكن إضافة وصاية الحلول والتي كانت تسمح له بالعمل باسم السلطة العاجزة. ولما كان ذلك فإن هذه الوصايات المختلفة إنما كانت تهدف إلى ضمان وتعزيز المصلحة العامة الوطنية⁽¹⁾.

وبناء على هذا التقديم الوجيز نقول أنّ المحافظ ونظراً للصلاحيات التي كان يحوزها في هذه الفترة لا يمكن اعتباره إلا فاعلاً نشطاً لا غيراً مستفيداً، وهو الأمر الذي تطرقنا إليه بإسهاب في النقطة الجزئية أعلاه.

ب- صفة المحافظ بتاريخ 02 مارس 1982

يعتبر تاريخ 02 مارس 1982 شاهداً على نهاية عهد الوصاية الإدارية المتعلقة بالمصادقة والإلغاء، أي الوصاية القبلية، ذلك بصدور القانون رقم 82-213 المتعلق بحقوق وحرريات البلديات، المديرية، المحافظات، والأقاليم⁽²⁾ حيث لا تمثل الرقابة في الوقت الحالي شرطاً لصحة أعمال المجالس المحلية، كما أنّها لا تتعلق بملاءمة هذه الأخيرة بقدر ما تتعلق بعدم مشروعيتها، وتعود سلطة إلغائها إلى القاضي الإداري، وهو ما يجعل المحافظ متعقباً لمطالب المشروعية. وعليه، فإذا لم يعد المحافظ مؤهلاً كفاعل نشط فذلك راجع إلى تحول العلاقة السياسية بين الدولة والجماعات المحلية التي أحدثها إصلاح 1982/03/02⁽³⁾.

ولئن كان وصف المحافظ يخضع للعامل الزمني فهو يخضع كذلك لصلاحياته التي منحها له الدستور، حيث يعتبر موضوع المحافظ وصلاحياته من المسائل الدستورية في النظام

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.470.

²⁾ Jean-Marie AUBY, Roland DRAGO, traité des recours en matière administrative, litec, 1992, p. 562.

³⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, ibid, p.471.

القانوني الفرنسي، حيث تنص في هذا الصدد الفقرة الأخيرة من المادة 72 من الدستور على أنه:

«dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ».

(في الجماعات المحلية للجمهورية، ممثل الدولة هو ممثل كل عضو من الحكومة، مكلف بالمصالح الوطنية، الرقابة الإدارية واحترام القوانين)، ووفقا لذلك فإن المحافظ يملك عدة صلاحيات يقوم بعضها على هذا الحكم الدستوري، حيث يعتبر مودعا لديه سلطة الدولة، ومفوض الحكومة، والممثل المباشر للوزير الأول والوزراء، كما يشرف على تنفيذ اللوائح وقرارات الحكومة⁽¹⁾. ويعتبر مسؤولا عن مرافق المحافظات والإدارات المدنية تحت رقابة الوزراء والمديرية العامة لموظفي هذه المرافق⁽²⁾. وتسمح الرقابة الإدارية بمراقبة الأعمال المتخذة من قبل السلطات المحلية وقد تؤدي إلى إخطار القاضي الإداري، وكذلك بالنسبة للرقابة المالية التي ينتج عنها سلطة الحلول⁽³⁾، حيث بإمكان المحافظ أن يخطر الغرفة الجهوية للمحاسبة، وبعد إعداها يمكن له أن يحل محل السلطة العاجزة، كما يمكن تنفيذ هذه السلطة إذا لم يتم التصويت على الميزانية في الآجال القانونية المحددة لذلك، وإذا لم يتم تحقيق التوازن الفعلي، بل وإذا لم يتم إدخال مصاريف إلزامية أو إذا كان الحساب الإداري يقدم على الإفلاس⁽⁴⁾. وبالنظر إلى هذه السلطات المختلفة لوصاية الحلول فإن صفة المحافظ كففاعل نشط تسترعي الإنتباه، إذ نحن في وضع مماثل لذلك الذي كان قبل إصلاح 1982، بالرغم من أنه يمكن وصفه بغير مستفيد، وبالتالي يجب علينا أن نأخذ الرقابة الإدارية بدون سلطة الحلول.

هذا، وتعود رقابة المشروعية لمحافظ الإقليم، يمارسها على السلطات الإقليمية وتلك المتعلقة بالمحافظة المقر الرئيسي للإقليم⁽⁵⁾، كما تعود أيضا إلى محافظ المحافظة يمارسها على سلطات المحافظة⁽⁶⁾ وأعمال مجلس البلدية، وتعتبر هذه الرقابة بعيدية على أعمال السلطات

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.471.

²) Jean-Louis AUTIN, Catherine RIBOT, droit administratif général, litec, 5^{ème} éd., 2007, p. 41.

³) Ibid, p. 45.

⁴) Ibid, p. 61.

⁵) Gérard CORNU, vocabulaire juridique, op.cit, p. 236-237.

⁶) Ibid, p. 236-237.

المحلية تجري عن طريق إخطار القاضي الإداري.

وكما في قانون الولاية الجزائري، فإنَّ بعض الأعمال في النظام القانوني الفرنسي لا تصبح تنفيذية إلاَّ بعد تحويلها إلى المحافظ⁽¹⁾، وبالتالي فإنَّه بدون هذا التحويل لا يدخل العمل حيز التنفيذ، بالإضافة إلى ذلك يجب أن يتم إعلان العمل عن طريق نشره أو تبليغه، وعلى عكس المشرع الجزائري، فإنَّه يجب في النظام القانوني الفرنسي أن يتم الإعلان عن العمل أولاً ثم يتم تحويله إلى الوالي، بحيث يرتب الإعلان أثره تجاه الأفراد المعنيين ليصبح حجة عليهم، بينما يرتب التحويل أثره تجاه المحافظ ليصبح حجة عليه هو كذلك⁽²⁾.

إذا كان المشرع الجزائري قد أتى بقاعدة عامة تتعلق بتحويل جميع المداولات إلى الوالي إلاَّ ما استثني منها بنص خاص⁽³⁾، فإنَّ المشرع الفرنسي لم يجعل من خلال القانون العام للجماعات المحلية سوى بعض الأعمال المهمة خاضعة لالتزام التحويل ومنها مداولات المجالس المحلية المتعلقة ببعض المجالات⁽⁴⁾، بينما المداولات التي لا تخضع للتحويل تعتبر نافذة بقوة القانون بمجرد نشرها أو تبليغها حسب الحالة.

¹ وعموماً فإنَّ مداولات المجالس المحلية ترفع للرقابة على ثلاثة مستويات، فمداولات المجالس البلدية ترفع إلى محافظ المحافظة أو مفوضه لدى الدائرة، كما ترفع مداولات مجلس المحافظة إلى محافظ المحافظة، أمَّا مداولات مجلس الإقليم فترفع إلى محافظ الإقليم.

- Article L. 2131-1 du Code général des collectivités territoriales : « Les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission **au représentant de l'Etat dans le département** ou à son **délégué dans l'arrondissement**. Pour les décisions individuelles, cette transmission intervient dans un délai de quinze jours à compter de leur signature. »

- Article L. 3131-1 du Code général des collectivités territoriales : « Les actes pris par les autorités départementales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission **au représentant de l'Etat dans le département**. Pour les décisions individuelles, cette transmission intervient dans un délai de quinze jours à compter de leur signature ».

- Article L.4141-1 du Code général des collectivités territoriales : « Les actes pris par les autorités régionales sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou affichage ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission **au représentant de l'Etat dans la région**. Pour les décisions individuelles, cette transmission intervient dans un délai de quinze jours à compter de leur signature ».

² Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, Le tiers en droit administratif ,op.cit, p.474. Article L. 2131-1 du Code général des collectivités territoriales.

³ المادة 55 من القانون رقم 07-12 المتعلق بالولاية.

⁴ Article L. 2131-2 du Code général des collectivités territoriales : « Sont soumis aux dispositions de l'article L. 2131-1 les actes suivants :

1° Les délibérations du conseil municipal ou les décisions prises par délégation du conseil municipal en application de l'article L. 2122-22 à l'exception :

a) Des délibérations relatives aux tarifs des droits de voirie et de stationnement, au classement, au déclassement, à l'établissement des plans d'alignement et de nivellement, à l'ouverture, au redressement et à l'élargissement des voies communales ;

ويعود الهدف من تحويل أعمال المجالس المحلية إلى المحافظ للسماح له برقابة مشروعيتها إنفاذاً للالتزامات الدستورية الملقاة على عاتقه في هذا المجال والتمثلة في الرقابة الإدارية وضمان احترام القوانين⁽¹⁾، ومع هذا فقد أغفل القانون العام للجماعات المحلية أجل التحويل، ليبقى الأمر متروكاً للسلطات المحلية التي يجب عليها أن تكون حريصة على تحويل أعمالها بسرعة حتى تكون فعالة وترتب أثرها بسرعة كذلك.

وبعد هذا التقديم الوجيز لصلاحيات المحافظ في إطار الرقابة على أعمال الجماعات المحلية نقول بأنه غير مستفيد يلعب دوراً في تكوين العمل القانوني من خلال رقابته على مشروعياته فهو لا يملك إلغاءه بنفسه ولكن يخطر القاضي الإداري الذي يتولى هذا العمل، وعليه فإنه سيتدخل في العلاقة القانونية من أجل وضع حد لحياتها ويحتاج في ذلك القاضي الإداري، ونتيجة لذلك لا يعتبر فاعلاً نشطاً بقدر ما يعتبر غيراً مستفيداً.

b) Des délibérations relatives aux taux de promotion pour l'avancement de grade des fonctionnaires, à l'affiliation ou à la désaffiliation aux centres de gestion ainsi qu'aux conventions portant sur les missions supplémentaires à caractère facultatif confiées aux centres de gestion ».

- Article L. 3131-2 du Code général des collectivités territoriales : « Sont soumis aux dispositions de l'article L. 3131-1 les actes suivants :

1° Les délibérations du conseil départemental ou les décisions prises par délégation du conseil départemental en application de l'article L. 3211-2 à l'exception :

a) Des délibérations relatives aux tarifs des droits de voirie et de stationnement, au classement, au déclassement, à l'établissement des plans d'alignement et de nivellement, à l'ouverture, au redressement et à l'élargissement des voies départementales ;

b) Des délibérations relatives aux taux de promotion pour l'avancement de grade des fonctionnaires, à l'affiliation ou à la désaffiliation aux centres de gestion ainsi qu'aux conventions portant sur les missions supplémentaires à caractère facultatif confiées aux centres de gestion ».

-Article L. 4141-2 du Code général des collectivités territoriales : « Sont soumis aux dispositions de l'article L. 4141-1 les actes suivants :

1° Les délibérations du conseil régional ou les décisions prises par la commission permanente par délégation du conseil régional à l'exception des délibérations relatives aux taux de promotion pour l'avancement de grade des fonctionnaires, à l'affiliation ou à la désaffiliation aux centres de gestion ainsi qu'aux conventions portant sur les missions supplémentaires à caractère facultatif confiées aux centres de gestion ».

بل وتخضع كذلك للتحويل بعض العقود الإدارية، وهي الحالة الوحيدة التي يطعن فيها مباشرة في العقد الإداري أمام قاضي المشروعية بواسطة المحافظ في هذه الحال، لتفصيل واف في الموضوع، ينظر، مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، 374-353.

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit.p474.

2- محددات المحافظ باعتباره غيرا مستفيدا في النظام القانوني المصري

تعتبر الوصاية الإدارية التي تمارسها السلطة المركزية على المجالس المحلية المعبرة عن إرادة الوحدات المحلية اللامركزية من الأركان العامة لكل تنظيم لا مركزي من أجل احترام السياسة العامة للدولة وضمان عدم الخروج الهيئات اللامركزية عن حدود القانون⁽¹⁾.

وقد نظم القانون رقم 43 لعام 1979 المتعلق بالحكم المحلي المعدل صورا عديدة للرقابة الإدارية والمتمثلة في الرقابة الوصائية على أعمال المجالس المحلية، وبعيدا عن الرقابة التي تمارسها السلطات المركزية في العاصمة سنقتصر فقط على دراسة الرقابة التي يمارسها الأشخاص المعينين على رأس الهيئات اللامركزية ونخص بالذكر هنا رقابة المحافظ في بعدها المتعلق بالرقابة على الأعمال، للوصول إلى نتيجة وصفه بالغير المستفيد.

وكتوطئة لولوج البحث نتعرض باقتضاب إلى نظام التقسيم المحلي في مصر وفق القانون رقم 43 لعام 1979 سالف الذكر، واعتبارا لذلك تقسم وحدات الحكم المحلي إلى: المحافظة وهي الوحدة الأكبر، وتليها الوحدات الأخرى التي تقع في الإطار الجغرافي للمحافظة المتمثلة في المراكز والمدن والأحياء والقرى، وطبقا للمادة الثالثة من ذات القانون يكون لكل وحدة من وحدات الحكم المحلي مجلس شعبي محلي يشكل من أعضاء منتخبين انتخابا مباشرا، يتولى مهمة التقرير، وتعود مسألة التنفيذ لمجالس تنفيذية يتم تعيينها. ولكل وحدة محلية رئيس معين، حيث يمثل المحافظة محافظ، بينما يمثل الوحدات الأخرى رؤساء.

وعلى خلاف النظام القانوني الجزائري والنظام القانوني الفرنسي، فإن المحافظ في ضوء النظام القانوني المصري يملك آلية الاعتراض على أعمال المجالس المحلية متى خالفت الخطة العامة للدولة أو الموازنة المعتمدة أو انطوت على أي مخالفة للقوانين واللوائح السارية المفعول، ويتبين من ذلك أنه يمارس في هذه الحال رقابة ملاءمة وأخرى تتعلق بالمشروعية.

هذا، وتبقى القاعدة العامة في نفاذ القرارات الصادرة عن الجماعات المحلية فور الموافقة عليها من قبلها، وهو الأمر الذي يدفعنا إلى القول أنّ المحافظ لا يملك سلطة المصادقة أو

⁽¹⁾ محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الإداري، مرجع سبق ذكره، ص.187.

إلغاء أو حتى الحلول مكان هذه الهيئات⁽¹⁾.

ولوضع مقاربة بين الأنظمة القانونية محل الدراسة من حيث آليات الرقابة التي يمارسها الوالي أو المحافظ حسب الحالة، نجد أنّ هذه الآليات تتشابه من حيث الغرض منها بينما تختلف من حيث آثارها، حيث يهدف الالتزام بالتحويل في كل من النظامين القانونيين الجزائري الفرنسي إلى رقابة مشروعية العمل المحول وفي حالة ثبوت ذلك يتم إخطار القاضي الإداري، ليعد بذلك أنّ الوالي أو المحافظ قد اعترضاً ضمناً عن العمل محل التحويل، وهو الأمر الذي نجده كذلك في النظام القانوني المصري مع اختلاف في الجهة المحال إليها العمل، حيث أنّه ووفقاً للمادة 132 من القانون المصري السالف الذكر فإنّه وفي حالة اعتراض المحافظ على أعمال المجلس المحلي للمحافظة وهي المداولات في هذه الحالة:

- يعيد القرار المعترض عليه إلى المجلس الذي أصدره، مشفوعاً بملاحظات وأسباب التي بنى عليها اعتراضه، وذلك خلال 15 يوماً من تاريخ إبلاغه بالقرار.

- في حالة إصرار المجلس المحلي للمحافظة على قراره، عرض الوزير المختص بالإدارة المحلية الأمر على مجلس الوزراء خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه به.

ويظهر من ذلك كله أنّ المحافظ في النظام المصري سيتدخل في العلاقة القانونية التي موضوعها القرار الصادر عن المجلس المحلي ومتمليه في مرحلة تنفيذه، باعتباره يمارس رقابته الإدارية عليه، فهو لا يستطيع إلغاء مباشرة (الإلغاء يشمل كذلك تعديل بعض الأحكام من خلال حذفها) بل يحتاج في ذلك إلى المجلس المحلي نفسه، أو إلى وزير الداخلية، أو مجلس المحافظة حسب الحالة.

ولمّا كان الغير المستفيد يحدد من خلال تدخله في العلاقة الأجنبية في مرحلة من مراحل حياتها، فإنّه كذلك يستفيد من طعون خاصة تميزه عن الغير الأصلي، فإما ترى فيم تتمثل الطعون الخاصة التي يستفيد منها الوالي والمحافظ على ضوء الأنظمة القانونية المقارنة محل الدراسة؟

⁽¹⁾ وهو حكم أخذ مكانته الدستورية في فصول الدستور المصري، حيث تنص المادة 181 منه على أنّه: "قرارت المجلس المحلي الصادرة في حدود اختصاصاته نهائية، ولا يجوز تدخل السلطة التنفيذية فيها، إلّا لمنع تجاوز المجلس لهذه الحدود، أو الإضرار بالمصلحة العامة، أو بمصالح المجالس المحلية الأخرى....". وللإشارة، وضعت سلطة التصديق بجانب سلطة الاعتراض أيضاً بيد المجلس الشعبي المحلي للمحافظة، ينظر، المادة 13 من القانون رقم 43 لسنة 1979 المتعلق بنظام الحكم المحلي.

المطلب الثاني

طرق الطعن الخاصة للوالي والمحافظ باعتبارهما غيرا مستفيدا

يتميز الغير المستفيد عن الغير الأصلي بتدخله في العلاقة القانونية الغريب عنها في مرحلة إنشائها أو تنفيذها، بل وأبعد من ذلك فإنه سيستفيد من طرق طعن خاصة جراء تدخله هذا على عكس الغير الأصلي، وعليه فإنه وبالإضافة إلى معيار التدخل في العلاقة القانونية، يعتبر معيار طرق الطعن الخاصة معيارا حاسما في التمييز بين فئات الغير⁽¹⁾.

ولمّا كان الوالي والمحافظ غيرا مستفيدا فإنّهما سيستفيدان في إطار رقابتهما الإدارية في بعدها المتعلق بالمشروعية من طعن خاص يتمثل في طعن المحافظ القضائي عن طريق الإحالة *le déféré préfectoral* ⁽²⁾، ويؤكد هذا البعد الرقابي مصلحتهما في التقاضي التي يستمدانها من القانون مباشرة، لتعتبر بذلك طعونهم مقبولة في كل الأحوال أمام القاضي الإداري⁽³⁾.

وبناء على ما تقدم، نسلط الضوء في هذه الدراسة على موضوع طعن المحافظ القضائي عن طريق الإحالة في النظامين القانونيين الفرنسي والجزائري -مع التركيز على النظام القانوني الفرنسي- ووضع مقارنة بينهما، ذلك من خلال التعرض لأحكامه والنتائج المترتبة عنه، واستبعاد النظام القانوني المصري لعدم تبنيه لهذه الآلية، وعليه ندرس رقابة المشروعية في المرحلة السابقة على المنازعات في النظام القانوني الفرنسي، لنخرج بعد ذلك على مرحلة المنازعات في النظامين القانونيين الفرنسي والجزائري.

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, *le tiers en droit administratif*, op.cit.p476.

²⁾ لا يعتبر طعن المحافظ القضائي في مجال المنازعات الطعن الوحيد المسند للمحافظ في فرنسا بموجب القانون، بل بالإضافة إلى ذلك يملك المحافظ الطعن لتجاوز السلطة، والطعن الاستعجالي في المرحلة السابقة على التعاقد، كما يملك الطعن الاستعجالي التعاقد، أما في القانون الجزائري فيملك بالإضافة إلى الطعن الولائي القضائي، الطعن الاستعجالي في المرحلة السابقة على التعاقد والطعن الاستعجالي التعاقدى إنفاذا لأحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

³⁾ Marie-Christine Rouault, *contentieux administratif*, édition Gualino, 2008, p. 236.

ولئن كان المحافظ يستمد مصلحته في الطعن القضائي مباشرة من الدستور لا سيما المادة 72 منه التي تخوله مهمة الرقابة الإدارية واحترام القوانين، فإنّ الوالي في الجزائر يستمد مصلحته في الرقابة من قانون الولاية.

الفرع الأول

رقابة المحافظ على أعمال المجالس المحلية في المرحلة السابقة على التقاضي في ضوء النظام القانوني الفرنسي

يعتبر المحافظ صاحب مهمة خاصة وفقا للتعريف الدستوري لصلاحياته، ويتوافق ذلك مع وظيفة تنظيمية مرتبطة بالقدرة على التفاوض⁽¹⁾، وتتمثل هذه المهمة الخاصة في الرقابة الإدارية على أعمال السلطات المحلية من حيث مشروعيتها، وتسمح بإخطار القاضي الإداري عن طريق تأشيرة الطعن القضائي عن طريق الإحالة، ومع ذلك فإن هذا الطعن لا يمارس تلقائياً بل تسبقه مرحلة المفاوضات وهي المرحلة الموسومة بالمرحلة غير القضائية.

ويتحدد ميعاد إحالة ممثل الدولة للأعمال غير المشروعة إلى القاضي الإداري وفقا للمواد L2131-6 و L3132-1 و L4142-1 من القانون العام للجماعات الإقليمية بشهرين من تاريخ تحويلها إليه، ويجري خلال هذه المدة حوار حقيقي بين المحافظ ومصدر العمل من أجل التوصل إلى حل ودي لمشكل لامشروعية العمل محل الإحالة، وتجنب في أفضل الأحوال الطعن القضائي، وتعتبر هذه المرحلة اللحظة المميزة لرقابة المشروعية والتي لا تتم متابعتها أمام القاضي الإداري في معظم الحالات⁽²⁾.

وعموما تقدم رقابة المشروعية في هذه الحالة ثلاثة وضعيات مختلفة، حيث تتعلق الوضعية الأولى بمشروعية العمل محل الرقابة وحينه لا يمكن للمحافظ أن يطعن في العمل لمشروعيته، بينما تتعلق الوضعية الثانية بعدم مشروعية العمل وحينها يمكن للمحافظ أن يباشر الطعن القضائي، أما الوضعية الثالثة فهي وضعية وسطى بين الوضعيتين السابقتين، حيث يعتبر العمل محل الرقابة غير مشروع ومع ذلك لا يباشر المحافظ الطعن القضائي ضده، بل يقرر مباشرة مفاوضات مع السلطة المحلية عن طريق التظلم الولائي⁽³⁾.

¹⁾ Ibrahima DIALLO, l'avenir du déféré préfectoral en droit public français, A.J.D.A, 2005, p. 2438.

²⁾ Ibid, p.2439.

ويمائل هذا النوع من الرقابة في النظام القانوني الفرنسي ذلك الذي يمارسه المحافظ في النظام القانوني المصري، حيث أنه وبناء على المادة 132 من قانون الحكم المحلي في مصر، إذا ظهر للمحافظ بأن القرار المحال إليه غير مشروع وغير ملائم يقوم بإرجاعه مشفوعاً بالملاحظات إلى الجهة التي أصدرته من أجل تصحيحه، وعليه يمكننا القول بأن المشرع المصري استعمل أسلوب التظلم الولائي عن طريق رسائل الملاحظات المطبق في النظام القانوني الفرنسي.

³⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit.p480.

وفي إطار الرقابة الإدارية يمارس المحافظ التظلم الولائي عادة عن طريق رسائل الملاحظات les lettres d'observation، حيث أنه عندما يكشف الفحص الذي يقوم به المحافظ على قرار اتخذته السلطة المحلية عن عيب واضح يخص المشروعية الداخلية (خطأ في تفسير القانون، ترتيب القواعد، الوصف القانوني للوقائع...) أو الخارجية (اختصاص مصدر القرار، عيب الشكل، توازي الأشكال، الميعاد...) يرسل المحافظ إلى الجماعة الإقليمية رسالة ملاحظات يطلب من خلالها الشرح والتعليل، خاصة عندما يتعلق الأمر باختلاف التفسيرات بشأن طبيعة مشروعية العمل المتخذ⁽¹⁾، وبتعبير آخر تسمح هذه الرسائل بإبلاغ مصدري الأعمال محل الرقابة بطريقة كاملة ومنهجية بالمخالفات التي تشوب أعمالهم، وعلى هذا النحو يمكن لهم أن يصححوا هذه المخالفات، وفي الحالة العكسية يمكن لممثل الدولة إحالة العمل على القاضي الإداري⁽²⁾. ويتبين من ذلك بأن رسائل الملاحظات تلعب دورا مهما في هذه المرحلة من مراحل رقابة المشروعية، حيث تشكل تظلمًا ولائيا يسمح بتمديد آجال الطعن الولائي⁽³⁾.

هذا، ويعود أيضا إلى المحافظ طلب وثائق إضافية يحتمل أن توضح مشروعية القرار المتخذ، هو ما تبينه المادة 7-2131 R من تنظيم القانون العام للجماعات الإقليمية بقولها:

«Le préfet ou le sous-préfet peut demander, pour exercer le contrôle de légalité, que des pièces complémentaires lui soient fournies ».

(يمكن للمحافظ ونائب المحافظ أن يطلبوا من أجل ممارسة رقابة المشروعية توفير وثائق إضافية لهما)، وفي هذه الحال ينتج عن هذا الطلب آثارا قانونية على آجال الطعن، حيث تقطع مدة الشهرين ولا تحسب مجددا إلا من تاريخ استلام الوثائق المذكورة.

يتضمن التظلم الولائي كطعن إداري الطعن في القرار الإداري أمام مصدره.

¹) Emmanuel AUBIN, contrôle administratif de légalité, différents types de contrôles, Jurisclasseur collectivités territoriales, fascicule n° 911, 30 avril 2010.

²) Xavier DELCROS, le contrôle de légalité des actes administratifs des autorités communales, départementales et régionales, E.D.C.E, 1987, p. 28.

³) وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة في قضية الوكالة العامة للسكن de Nice et des Alpes-Maritimes سنة 2013، حيث اعتبر بأن طلب محافظ des Alpes-Maritimes للوكالة العامة للسكن بإرساله التفسيرات المفيدة من أجل فحص مشروعية الصفقة، لا يشكل تظلمًا ولائيا يمكن أن يمدد آجال رفع الطعن أمام القاضي الإداري.

CE, 15 mai 2013, n° 357031, office public de l'habitat de Nice et des Alpes-Maritimes « Côte d'Azure Habitat », recueil Lebon, dalloz.fr.

وعموماً، تجد الجماعة المحلية محل الرقابة الإدارية عن طريق رسالة الملاحظات نفسها أمام خيارين، يتمثل الأول في الامتثال لطلب المحافظ وبالتالي يصبح الطعن القضائي دون معنى، بينما يتمثل الخيار الثاني في الرفض بالأخذ بملاحظات المحافظ سواء كان هذا الرفض صريحاً أو ضمنياً⁽¹⁾ وهو ما يفتح طريق الطعن القضائي للحصول على إلغاء القرار المتنازع حوله، ليصبح بذلك **طعن المحافظ** التتويج النهائي للرقابة الإدارية في حالة فشل مرحلة ما قبل المنازعات⁽²⁾.

وعلاوة على ذلك، تلعب بعض الوثائق دوراً مهماً في مرحلة ما قبل المنازعات، وتتمثل في شهادات الطعن وعدم الطعن المشار إليها في المواد L2131-6 و L3132-1 و L4142-1 من القانون العام للجماعات الإقليمية⁽³⁾. حيث يجب على ممثل الدولة إبلاغ السلطات الإدارية المعنية بالمخالفات المكتشفة، وبناء على ذلك يمكن لهذه الأخيرة أن تجعل العمل مطابقاً للقانون. ولئن كان يجب معرفة صاحب العمل دائماً بالطعن المباشر من قبل المحافظ، فإنه يختلف عن نية المحافظ في عدم الطعن، إذ الأمر متروك لصاحب العمل لتقديم طلب إلى ممثل الدولة، وبالإضافة إلى ذلك فإن شهادة عدم الطعن ليست ملزمة ولا تربط المحافظ، وبالتالي لا تشكل شهادة مشروعية، وعليه يحتفظ المحافظ بسلطة إحالة القرار إلى القاضي

¹⁾ En vertu de l'article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, « le silence gardé pendant plus de deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet ». Dans ce sens la jurisprudence déclare recevable un déféré dirigé contre une décision implicite. CE, Sec., 28 février 1997, n° 167483, Commune du Port, recueil Lebon, dalloz.fr.

²⁾ Jean-Claude Douence, contrôle de la légalité des actes des collectivités locales, Encyclopédie répertoire de contentieux administratif, avril 2005. www.dalloz.fr.

³⁾ Article L. 2131-6 paragraphe 2 : « Sur demande du maire, le représentant de l'Etat dans le département l'informe de son intention de ne pas déférer au tribunal administratif un acte des autorités communales qui lui a été transmis en application des articles L. 2131-1 à L. 2131-5. Lorsque le représentant de l'Etat dans le département défère un acte au tribunal administratif, il en informe sans délai l'autorité communale et lui Communique toutes précisions sur les illégalités invoquées à l'encontre de l'acte concerné ».

- Article L. 3132-1 paragraphe 2-3 : « Lorsque le représentant de l'Etat dans le département défère un acte au tribunal administratif, il en informe sans délai l'autorité départementale et lui communique toutes précisions sur les illégalités invoquées à l'encontre de l'acte concerné.

Sur demande du président du conseil départemental, le représentant de l'Etat dans le département l'informe de son intention de ne pas déférer au tribunal administratif un acte des autorités départementales qui lui a été transmis en application des articles L3131-1 à 3131-6 ».

- article L. 4142-1 paragraphe 2 : « Lorsque le représentant de l'Etat dans la région défère un acte au tribunal administratif, il en informe sans délai l'autorité régionale et lui communique toutes précisions sur les illégalités invoquées à l'encontre de l'acte concerné. Sur demande du président du conseil régional, le représentant de l'Etat dans la région l'informe de son intention de ne pas déférer au tribunal administratif un acte des autorités régionales qui lui a été transmis en application des articles L. 4141-1 et L. 4141-2 ».

الإداري ما دامت آجال الطعن المقدرة بشهرين لم تنته(1).

وتتخذ عموما نتيجة الرقابة الإدارية بعدين، يتمثل البعد الأول في مشروعية العمل محل الرقابة، وعليه تصبح الرقابة الإدارية دون جدوى بل والطعن القضائي من باب أولى، بينما يتمثل البعد الثاني في عدم مشروعية العمل محل الرقابة، وفي هذه الحال تؤدي مرحلة ما قبل المنازعات إلى وضعيتين مختلفتين، تتمثل أولاهما في قيام رقابة المحافظ بإصلاح عدم مشروعية القرار وبالتالي لا معنى لمباشرة الطعن القضائي، حيث يبقى القاضي الإداري على هامش الرقابة، بينما تتمثل الثانية في عدم توصل رقابة المحافظ إلى إصلاح عدم مشروعية القرار ما يجعله يباشر الطعن القضائي وبالتالي يسمح للقاضي الإداري بمعرفة عيوب مشروعية القرار وممارسة رقابته عليه(2).

ويتبين من ذلك كله الدور الأساسي الذي تلعبه مرحلة ما قبل التقاضي -المرحلة الإدارية- بشأن الطعن القضائي، حيث يؤدي غيابها إلى غياب الرقابة القضائية، وعليه تجعل الرقابة الإدارية القاضي الإداري يظهر كفاعل ثانوي تاركا الدور الرئيسي للمحافظ(3).

الفرع الثاني

تحريك رقابة قاضي الإداري على أعمال المجالس المحلية في ضوء النظام القانوني

الفرنسي والجزائري

تُعرف رقابة المشروعية التي يمارسها المحافظ على أعمال الجماعات الإقليمية في النظام الفرنسي مرحلتين، تتمثل الأولى في مرحلة ما قبل التقاضي والتي يعتبر المحافظ فاعلا فيها، حيث تسمح بالمعالجة الإدارية التي تنتج في أغلب الأحيان باستعادة المشروعية نظرا للتأثير الذي ينطوي عليه أسلوب الحوار بين سلطة الرقابة والسلطة الخاضعة للرقابة(4)، بينما تتمثل الثانية في مرحلة التقاضي وهي المرحلة التي تنتج بإحالة المحافظ الأعمال غير المشروعة بعد عملية التفاوض إلى القاضي الإداري عن طريق طعن المحافظ القضائي عن طريق الإحالة

1) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.481.

2) Ibid, p.483.

3) G. VIVENS, le contrôle de légalité des actes non soumis à transmission, A.J.D.A 1986, p. 546.

4) Laetitia JANICOT, la tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales trente ans après la loi du 2mars 1982, l'actualité juridique droit administratif, A.J.D.A ,février 2012, p.753.

فإذا كانت هذه هي حال رقابة المشروعية على أعمال الجماعات الإقليمية في فرنسا، فإنه في النظام القانوني الجزائري لا يملك الوالي سوى مرحلة واحدة ووحيدة تتمثل في الطعن الولائي أمام القاضي الإداري، وبناء على ذلك كله، نسلط الضوء في هذه الجزئية على مرحلة مهمة من مراحل رقابة المشروعية على أعمال المجالس المحلية والمتمثلة في مرحلة التقاضي التي تقف أساسا على الطعن القضائي الولائي الممارس مباشرة من قبل الوالي والمحافظ (أولا)، أو الطعن الولائي الذي يمارسه الوالي والمحافظ ولكن بناء على طلب أحد الأفراد (ثانيا).

ونشير قبل هذا كله إلى استعمال مصطلح الطعن الولائي القضائي-نسبة إلى القائم به في الجزائر - للدلالة عن رقابة المشروعية التي يمارسها الوالي أو المحافظ في هذه الحال، ولتفادي التكرار والغموض في المصطلحات.

أولا: الطعن الولائي القضائي

يمثل الطعن الولائي القضائي طعنا خاصا يستفيد منه المحافظ أو الوالي حسب الحال من خلال تدخله في العلاقة القانونية الأجنبية عنها، ولما كان الأمر كذلك يستلزم الأمر البحث في طبيعة هذا الطعن وكذا أحكامه.

1-مدى اعتبار الطعن الولائي القضائي طعنا لتجاوز السلطة

بادئ ذي بدء تقتضي عملية المقاربة بين الطعن لتجاوز السلطة والطعن الولائي القضائي وضع تعريف لهذا الأخير، حيث يعرف على أنه

« contrôle a posteriori, de pure légalité et dans le cadre duquel le juge posséderait seul le pouvoir de décider les redressements souhaitables ».

(رقابة لاحقة، للمشروعية الخالصة وفي إطارها يكون للقاضي وحده القدرة على تقرير العلاجات والإصلاحات المرغوبة)⁽¹⁾، ويعتبر هذا الطعن ذا طبيعة موضوعية لأنه يهدف إلى رقابة مشروعية العمل دون رقابة مصدرية وقصدهم ما يعطي هذه الرقابة طابعا ذاتيا، وعليه يهدف الطعن الولائي القضائي إلى تجسيد احترام القانون⁽²⁾. هذا، وتختلف الرقابة التي يمارسها

¹⁾ Jean-Bernard AUBY, la décentralisation et le droit, L.G.D.J, 2006, p. 115.

²⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit,p.482.

القاضي عن الرقابة التي يمارسها ممثل الدولة، إذ يعتبر تدخل القاضي لاحقاً، أكثر بعداً وأكثر مرونة، حيث يضع حدوداً وفقاً للقانون بعيداً عن الحد من درجة اللامركزية التي تسمح لممثل الدولة بالممارسة⁽¹⁾. وعموماً يخطر ممثل الدولة القاضي الإداري من خلال الطعن الولائي في النظام القانوني الفرنسي خلال أجل شهرين تحسب من تاريخ تحويل القرار، أو خلال مدة شهرين من تاريخ معرفة القرار إذا لم يكن خاضعاً للالتزام بالتحويل⁽²⁾، أمّا في النظام القانوني الجزائري فيتمثل أجل إخطار الوالي القاضي الإداري بالقرارات غير المشروعة وفقاً للمادة 54 من قانون الولاية بـ 21 يوماً تلي اتخاذ المداولة إذا كانت هذه الأخيرة باطلة بقوة القانون وفقاً لأحكام المادة 53 من نفس القانون، و15 يوماً التي تلي اختتام دورة المجلس الشعبي الولائي التي اتخذت خلالها المداولة متى شاب هذه الأخيرة عيب من العيوب المنصوص عليها في المادة 56 من نفس القانون⁽³⁾. ومع ذلك تثير مسألة الأجل في هذه الحالات تساؤلات تتعلق باختلافه من حالة لأخرى، حيث أنه وبناء على المادة 54 من قانون الولاية فإنّ الوالي يخطر المحكمة الإدارية خلال أجل 21 يوماً تلي اتخاذ المداولة، بينما يخطر المحكمة الإدارية بناء على أحكام المادة 57 من قانون الولاية خلال أجل 15 يوماً التي تلي اختتام دورة المجلس الشعبي الولائي، وبالتالي ما سبب هذا التمييز مع العلم أنّ هذه الحالات تتعلق بطلان المداولة؟

ففيما يخص مسألة حساب الأجل المحدد في المادة 54 من قانون الولاية، فيظهر من قراءة نصها أنّ مدة 21 يوماً يبدأ حسابها من يوم اتخاذ المداولة محل الإلغاء، ومع ذلك فإنّ السؤال الذي يطرح هنا يتعلق بكيفية علم الوالي بالعيوب التي شابته المداولة؟

تجيبنا عن ذلك المادة 52 من نفس القانون بأنّ إرسال المداولة من قبل رئيس المجلس الشعبي الولائي إلى الوالي يتم خلال ثمانية أيام، مع العلم أنّ هذه المادة لم تحدد متى يبدأ حساب أجل الثمانية أيام، أي هل من يوم اتخاذ المداولة أم من يوم اختتام دورة المجلس⁽⁴⁾؟

¹) J-C. PIEDBOIS, le juge administratif et la « nouvelle » tutelle, in la nouvelle décentralisation, Sirey, bibliothèque des collectivités locales, 1983, p. 262.

²) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p485.

³) ينظر بشأن ذلك، المادة 57 من القانون رقم 12-07 من قانون الولاية.

⁴) حيث شاب نص المادة 52 أعلاه خطأً جسيم يتعلق بمسألة مستخرج المداولة، حيث جاء في النص العربي "...ويرسل مستخلص المداولة..." بينما جاء في النص الفرنسي مصطلح "...L'extrait de la délibération est adressé..." ويظهر بأنّ، المشرع كان يقصد مصطلح المستخرج بدل المستخلص لكنه وقع كعادته في أخطاء الترجمة. وعلاوة على ذلك فإنّ هذه المادة تتناقض وحكم المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 13-217 المتعلق بالنظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي الولائي، حيث تحيل هذه المادة بشأن إرسال

وأمام هذا الغموض، هناك فرضية تجد طرحها في المادة 24 من نفس القانون حيث تنص على أنه: "يحضر الوالي دورات المجلس الشعبي الولائي، وفي حالة حصول مانع ينوب عنه ممثله"، وعليه فإنّ إلزامية حضور الوالي هي التي تؤهله لاكتشاف العيوب التي تشوب هذه المداولة خاصة ما تعلق منها بمخالفة أحكام الدستور والقوانين، أو في حالة عقد دورات المجلس في غير مقره الرئيسي، أو المداولة التي تتناول موضوعا خارج اختصاصاته، وكذا المداولة التي تمس برموز الدولة وشعاراتها وتلك المتخذة خارج الاجتماعات القانونية، أمّا عن المداولات غير المحررة باللغة العربية فيمكن اكتشافها بعد إرسال المداولة من قبل رئيس المجلس الشعبي الولائي إلى الوالي خلال ثمانية أيام حسب المادة 52 من نفس القانون، غير أنّ هذا الطرح يتناقض مع وجوب الطعن في قرار إداري مكتوب من الناحية الشكلية حتى يكتشف القاضي مثالب المشروعية.

وفي خضم هذا التناقض الكبير في النصوص القانونية يمكننا القول بأنّ إخطار الوالي للمحكمة الإدارية بالمداولات المشوبة بالعيوب المشار إليها في المادة 53 يجري خلال أجل 21 يوما من تاريخ إيداع المداولة ويعتبر تاريخ الإيداع هو تاريخ المسجل على وصل الاستلام حسب أحكام المادة 52 من نفس القانون⁽¹⁾، كما يمكن إعطاء قراءة أخرى لهذه الحالة تتمثل في بداية حساب أجل 21 يوما بأثر رجعي، حيث أن إيداع المداولة يتم خلال ثمانية أيام من يوم اتخاذها أو من يوم انتهاء دورة المجلس الذي اتخذت فيه، وبالتالي إذا كانت مدة الإيداع ثمانية أيام كاملة فيبقى للوالي مدة 11 يوم لإخطار المحكمة، وبالتالي يصبح الأجل الكامل هو 21 يوما تحسب من اتخاذ المداولة.

وأما فيما يخص مسألة أجل الطعن المنصوص عليها في المادة 57 من قانون الولاية، فنقول أنّ المشرع وضع قاعدة عامة تتمثل في إحالة الوالي المداولة غير المشروعة وفقا لأحكام المادة 56 من نفس القانون خلال أجل 15 يوما التي تلي اختتام الدورة التي اتخذت خلالها المداولة، على عكس أجل المنصوص عليه في المادة 54 من نفس القانون، وفي تقديرنا أنّ المشرع جعل ذلك نظرا للسلطة التقديرية للوالي في إخطار المحكمة الإدارية وهو ما يستشف

المداولة إلى الوالي إلى المادة 54 من قانون القانون الولاية مع العلم أن هذه الأخيرة لا تشير إلا إلى تاريخ سريان المداولة محل الإيداع، وبالتالي فالإحالة تتعلق بالمادة 52 من نفس القانون وليس المادة 54.

¹ مع العلم أنّ المشرع أشار إلى أوجه اللامشروعية التي تتعلق بالقوانين والتنظيمات موضوع طعن الوالي، فإذا كانت هذه الأسباب تتطلب إلغاء المداولة فإنّه من باب أولى تعتبر مخالفة الدستور سبيلا للطعن بالإلغاء، وهو سهو آخر وقع فيه المشرع.

من عبارة " يمكن أن يثير الوالي....." المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة 57، حيث لا يستلزم الأمر الإحالة المباشرة إلى المحكمة الإدارية بل يراع الوالي بعض المعطيات والظروف في ذلك حفاظا على استقرار العلاقات القانونية وبعيدا عن إطالة أمد النزاع مما قد يؤثر على المصلحة الوطنية خاصة إذا كانت المداولة محل الطعن تتناول موضوعا مهما يتعلق بالمصلحة العامة⁽¹⁾.

ويثير الطعن الولائي القضائي عدة تساؤلات، يتعلق أهمها بطبيعته من حيث كونه طعنا لتجاوز السلطة أم أنه يختلف عنه؟

هناك من يرى أنّ الاختلاف بين الطعنين يكمن في مدى إلزامية تحويل الأعمال محل الرقابة، فإذا كان العمل يخضع للالتزام بالتحويل فيمارس حينها ممثل الدولة طعنا ولانثيا، أما إذا كان العمل غير خاضع للالتزام بالتحويل فيمارس حينها طعنا لتجاوز السلطة، ومع ذلك فإنّ هذه النظرة التفريقية بين الطعنين لم تعد قائمة، لأنّ الطعن الولائي أصبح يماثل تدريجيا الطعن لتجاوز السلطة على الأقل في فرنسا من خلال تأشيرة التفسير الموحد لقانون 1982 المتعلق بالجماعات المحلية. لكن كيف يتم هذا التماثل، هل يندمج الطعن الولائي في الطعن لتجاوز السلطة أو العكس؟

أصبح الطعن لتجاوز السلطة يكتسب تدريجيا خصوصيات الطعن الولائي القضائي حتى فقد أصالته، وبالتالي ينظر إليه على أنه ليس سوى بديل للطعن لتجاوز السلطة، وعليه فإنّ هذا التماثل جرى في إطار اندماج الطعن الولائي ضمن الطعن لتجاوز السلطة بسبب تشابههما⁽²⁾. هذا ويعرف الطعن لتجاوز السلطة العادي والطعن الولائي القضائي على أنّهما الطريق القانوني الذي يُطلب بموجبه من القاضي إلغاء عمل إداري بسبب عدم مشروعيته، وبالتالي وعلى سبيل المثال فإنّ الوسائل المثارة لكلا الطعنين وسائل تتعلق بالمشروعية، ومع ذلك فإنّ الطعن الولائي القضائي باعتباره طعنا لتجاوز السلطة خاص فإنّه مفتوح ضد كل الاتفاقيات التي تبرمها السلطات المحلية ككل، في حين أنّ الطعن لتجاوز السلطة التقليدي مفتوح فقط تجاه عقود توظيف الأعوان العموميون، وعليه، فنحن أمام طعنين أحدهما خاص

⁽¹⁾ مع العلم أنّ هذه المسائل من الصعوبة اكتشافها من قبل الوالي إلا إذا تم إخطاره بها من قبل من له مصلحة، وعليه لو منح للوالي أجل 15 يوما تحسب من تاريخ اتخاذ المداولة فإنّه يفوات هذا الأجل تتحصن المداولة، ولكن المشرع استلزم أن يبدأ تاريخ الطعن من يوم اختتام دورة المجلس الشعبي الولائي حتى يترك له المجال أوسع لاكتشاف هذا العيب نظرا لصعوبته.

⁽²⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.486.

والآخر عادي⁽¹⁾. غير أنّ السيد Verpeaux يتصور المسألة بشكل مختلف، حيث يرى بأنّه يمكن الحصول على تفسيرين مختلفين، فالطعن القضائي الولائي -في فرنسا- يشمل كل الطعون المتاحة للمحافظ، على أساس المادة 72 من الدستور الفرنسي أين يستجيب الطعن الولائي والطعن لتجاوز السلطة لمنطق اختلاف النظم والأسس⁽²⁾. ومع ذلك فإنّ هذا التشبيه لا يمكن القيام به، إذ مهما يكن من أمر فإنّ غالبية الفقه تعتبر الطعن الولائي طعنا لتجاوز السلطة مميز، ويعود تبني هذا المفهوم لتقادي تقسيم فئات الطعون القضائية⁽³⁾.

2- أحكام الطعن الولائي القضائي

يقودنا البحث في أحكام الطعن الولائي المباشر إلى التعرض لمسألة مدى إلزامية استعماله، وكذا المسؤولية الناجمة عن ذلك.

أ- الطعن الولائي القضائي بين التقييد والتقدير

بعد التعرض لمفهوم الطعن الولائي القضائي ومدى اعتباره طعنا لتجاوز السلطة مميز، نتعرض لمسألة إلزامية تحريكه من عدمها، وللفهم أكثر نطرح التساؤل التالي: هل للوالي أو المحافظ السلطة التقديرية في أعمال الطعن الولائي القضائي أم أنّه مقيد؟

فبالنسبة للنظام القانوني الجزائري، يعتبر الوالي ملزما في أعمال الطعن الولائي كما يعتبر مخريرا في ذلك، وعموما تظهر صفة الإلزام ضمن نص المادة 54 من قانون الولاية المشار إليها سابقا، حيث يتبين من قراءة نصها أنّ الوالي ملزم بالإحالة مباشرة للمحكمة الإدارية متى شاب تلك المداولة محل الرقابة عيب من عيوب المشروعية المشار إليها في المادة 53 من نفس القانون، حيث لا يملك الوالي أي سلطة للتقدير ما دام الأمر يتعلق ببطلان بقوة القانون وهو ما توضحه صفة الأمر في حكم الفقرة الثانية من نفس المادة بقولها "إذا تبين للوالي أن مداولة ما غير مطابقة للقوانين والتنظيمات وفقا للمادة 53 أعلاه، فإنّه يرفع دعوى أمام المحكمة الإدارية....." وهو نفس الحكم وفق نفس الصياغة أتت به المادة 54 في فقرتها الثانية.

¹ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p. 486.

² Michel VERPEAUX, constitution, déferé préfectoral et recours pour excès de pouvoir, ou Commune du Port, encore..., economica, 2003, p. 476.

³ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, ibid, p.487.

أما عن صفة التخيير فتظهر في الفقرة الأولى من المادة 57 من القانون المتعلق بالولاية، حيث يتبين من قراءتها أنّ للوالي السلطة التقديرية في إحالة المداولة المشوبة بالعيب المشار إليه في المادة 56 من قانون الولاية، وهو ما تأكده صراحة صياغتها، حيث تنص على أنّه "يمكن أن يثير الوالي بطلان المداولة المنصوص عليها في المادة 56...."، وعليه فإنّ مصطلح "يمكن" المشار إليه ضمن مدخل المادة يشير إلى طبيعة القاعدة القانونية التي تضمنتها المادة 56 من كونها مكملة، ويجوز عدم إتيانها، وذلك لأسباب معينة تتعلق بالمصلحة العامة وكذا استقرار الأوضاع القانونية⁽¹⁾.

هذا عن النظام القانوني الجزائري، أما عن النظام القانوني الفرنسي فإنّ تفسير أحكام القانون العام للجماعات المحلية لا سيما المواد L2131-6 و L3132-1 و L4142-1 يوحى بأنّ المحافظ يخطر القاضي الإداري تلقائياً متى تبين له عدم مشروعية العمل محل الرقابة، فهو لا يملك أي مجال للتقدير، غير أنّ التطبيق العملي مصحوباً باجتهااد القضاء الإداري يذهب عكس ذلك⁽²⁾.

وفي هذا السياق قرر المجلس الدستوري الفرنسي بمناسبة رقابته على بعض أحكام القانون العام للجماعات المحلية الصفة الاختيارية لممارسة الطعن، حيث استعمل فيما يخص موضوع إخطار القاضي الإداري من قبل المحافظ عبارة *faculté de soumettre au contrôle juridictionnel* (إمكانية الإحالة للرقابة القضائية) بدل عبارة الالتزام⁽³⁾.

⁽¹⁾ مع العلم أنّ المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 13-217 المتعلق بالنظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي الولائي، تنص على أنّ المداولات المشوبة بالعيب المشار إليه في المادة 56 تعد باطلة بقوة القانون، وكنتيجة لذلك فإنّ الوالي يكون مقيداً بإحالة هذه المداولة إلى القاضي الإداري، وهو ما يطرح مشكل الصياغة والتناسق بين النصوص القانونية، ومع ذلك تستعمل قواعد التفسير في هذه المسألة ليطبق قانون الولاية باعتباره أعلى درجة من المرسوم التنفيذي رقم 13-217 المشار إليه، تطبيقاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية وتسلسلها.

⁽²⁾ وللاشارة فإنّ هذا الطعن قد يكون مصحوباً بطلب التوقيف أو كما يسمى بالطعن التوقيفي *déféré-suspension* للعمل المطعون ضده، ففي النظام القانوني الفرنسي فإنّه حسب المادة 1-554 من قانون القضاء الإداري يجب على المحافظ أن يثبت شكاً جدياً يتعلق بمشروعية القرار، وعلاوة على ذلك يمكن للمحافظ أن يمارس طعن-الحرية المنصوص عليه في المادة 3-554 من قانون القضاء الإداري، وعليه أن يثبت وجود تعد على حرية عامة أو فردية، كما يؤكد وجود شك جدي فيما يخص مشروعية القرار. أمّا في النظام القانوني الجزائري فإنّه حسب المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يمكن للوالي أن يصحب طعنه الولائي طلباً بتوقيف القرار غير المشروع أمام قاضي الاستعجال، متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك، ومتى تبين للقاضي شك جدي حول مشروعية القرار.

⁽³⁾ Conseil Constitutionnel, n° 82-137 DC, n° 82-138 DC, du 25 février 1982, Lois de décentralisation, Rec. des décisions du Conseil Constitutionnel, p. 38.

غير أنّ القضاء الإداري ممثلاً في مجلس الدولة في بداية الأمر ذهب عكس ذلك، حيث أنّه وفي قرار Marcy بتاريخ 1987/11/18 اعتبر بأنّ رفض أعمال الطعن الولائي القضائي يشكل قراراً قابلاً للطعن لتجاوز السلطة⁽¹⁾، لكن سرعان ما عدل عن قراره هذا، وهو ما أكده في قضية Brasseur بتاريخ 1991/01/25، حيث اعتبر بأنّ رفض المحافظ إحالة عمل على المحكمة الإدارية لا يشكل قراراً من المحتمل أن يؤدي إلى الطعن لتجاوز السلطة⁽²⁾، وبالتالي فإنّ دور المحافظ الذي كان يفترض أن يكون ثانوياً أصبح في الواقع مركزياً⁽³⁾.

غير أنّ مجلس الدولة لم يقف عند هذا الحد، حيث مكن المحافظ من استعمال سلطته التقديرية حتى في مجال التنازل عن الطعن أثناء نظره أمام المحكمة، وعليه ألغى حكم محكمة إدارية على أساس أنّه لم يأخذ بعين الاعتبار أثناء معالجة القضية تنازل المحافظ عن طعنه⁽⁴⁾. وعليه، فإنّ إرادة مجلس الدولة في الحفاظ على حرية تصرف المحافظ يمكن استنتاجها بشكل ضمني من اعتبارات قراراته، ففي قضية commune du Port أشار مجلس الدولة إلى مصطلح اختيار « faculté » وليس إلزام فيما يتعلق بالطعن القضائي الممنوح للممثل للدولة⁽⁵⁾.

ولمّا كان التنازل عن الطعن لتجاوز السلطة مرتبطاً بمفهوم المصلحة في التقاضي، ولمّا كان أيضاً الطعن الولائي القضائي طعناً لتجاوز السلطة خاص بسبب المصلحة القانونية للمحافظ في التقاضي، فإنّ إمكانية التنازل عن الطعن الولائي تتعارض ومفهوم المحافظ باعتباره مفوض القانون commissaire de la loi⁽⁶⁾، والمكلف بالسهر على تطبيقه وفقاً للدستور.

¹) Cité par, Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.491.

²) CE, Sect., n° 80969, du 25 janvier 1991, M. Guy Brasseur, recueil Lebon, dalloz.fr.

³) Janicot Laetitia, La tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales, op.cit, p. 753

⁴) CE, 16 juin 1989, n° 103661, préfet des Bouches-du-Rhône contre Commune de Belcodène, recueil Lebon, dalloz.fr.

⁵) CE, Sect., 28 février 1997, n° 167483, commune du Port, recueil Lebon, Dalloz.fr.

⁶) Jean-François LACHAUME, remarques sur le contrôle a posteriori de la légalité des actes des autorités locales décentralisées, R.F.D.A, 1985, p. 534.

وقد يعود سبب تنازل المحافظ عن الطعن الولائي بسبب تطهير القرار محل الطعن من عيوب المشروعية من قبل السلطة الخاضعة للرقابة، وذلك على الأقل بعد لفت انتباهها عن طريق رسالة تبين مواطن لا مشروعية القرار محل الطعن الولائي القضائي أثناء نظره من قبل القاضي الإداري، وهو ما يستنتج من قراءة المواد ل 2131-6 ول 3132-1 ول 4142-1 من القانون العام للجماعات المحلية.

ومهما يكن، تقودنا هذه الاجتهادات القضائية إلى استنتاج مفاده أنّ الطعن الولائي القضائي هو وسيلة اختيارية بين يدي المحافظ، وهو ما يماثل وضعية الغير المستفيد عموماً في استعماله لطرق الطعن الممنوحة له، ومع ذلك، فإنّ الطبيعة الاختيارية في ممارسة الطعن الولائي القضائي قد تجعل المحافظ يتراخى عن ممارسة دوره الدستوري المنوط به في الرقابة الإدارية على أعمال الجماعات المحلية وهو ما يطرح موضوع مسؤولية الدولة جراء ذلك.

ب- مسؤولية الدولة عن عدم ممارسة رقابة المشروعية

إنّ عدم إعمال المحافظ للطعن الولائي القضائي ضد عمل يفترض أنّه غير شرعي من الممكن أن يثير مسؤولية الدولة وفق شروط معينة.

هذا، ويقوم نظام مسؤولية السلطة العامة على أساس الخطأ الجسيم، ويعتبر الدافع إلى تبني هذا الأساس إلى الصعوبات التي تواجه الإدارة في مهمة الرقابة وعدم كفاية الوسائل⁽¹⁾، كما يمكن تبرير ذلك بالخشية من حلول مسؤولية الدولة المُراقبة محل الجماعات المُراقبة إذا تم وضع نظام للرقابة يعطي مكاناً للخطأ البسيط⁽²⁾.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي سنة 2000 على هذا المبدأ، حيث حكم بأنّ (مجرد امتناع المحافظ إحالة مخطط شغل الأراضي إلى المحكمة الإدارية... والذي بموجبه تم منح رخصة البناء محل النزاع، لا يشكل خطأ جسيماً، وهي الحالة الوحيدة التي تقوم فيها مسؤولية الدولة تجاه البلدية)⁽³⁾، وعليه لا يمكن اعتبار فعل عدم الإحالة إلى القاضي الإداري عملاً غير مشروع يشكل خطأ جسيماً.

وفي قرار له في نفس السنة أكد مجلس الدولة الفرنسي على قضائه السابق مصراً على أنّ

« les carences de l'Etat dans l'exercice du contrôle de légalité des actes des collectivités locales (...) ne sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat que si elles constituent une faute lourde ».

¹) Jean-François AUBY, responsabilité à l'occasion de l'exercice de contrôle, Encyclopédie répertoire de la Responsabilité de la puissance publique, janvier 2013, dalloz.fr.

²) Pascal COMBEAU, contrôle de légalité et responsabilité de la puissance publique, l'Harmattan, Paris, 2007, p. 48.

³) CE, 21 juin 2000, n°202058, Ministre de l'Équipement, des transports et du logement contre Commune Roquebrune-Cap-Martin, recueil Lebon, dalloz.fr.

(تقاعس الدولة في ممارسة رقابة المشروعية على أعمال الجماعات المحلية... ليس من الممكن أن يثير مسؤولية الدولة إلا إذا كانت تشكل خطأ جسيماً)، وفي هذه الحال وضع مجلس الدولة معالم مفهوم الخطأ الجسيم حيث قرر بأن المحافظ

« en s'abstenant pendant trois années consécutives de déférer au tribunal administratif neuf délibérations dont l'illégalité ressortait avec évidence des pièces qui lui étaient transmises et dont les conséquences financières étaient graves pour les communes concernées, a commis (...) dans l'exercice du contrôle de légalité qui lui incombait, une faute lourde de nature à engager la responsabilité de l'Etat ».

(قد امتنع لمدة ثلاث سنوات متتالية على الإحالة إلى المحكمة الإدارية تسع مداوات كانت عدم مشروعيتها جد واضحة من الوثائق المحولة والتي كانت لها عواقب مالية وخيمة على البلديات المعنية.... وفي إطار ممارسته لرقابة المشروعية التي تقع على عاتقه، ارتكب خطأ فادحاً من طبيعته أن يثير مسؤولية الدولة)⁽¹⁾. ويبدو من عرض مجلس الدولة أن الامتناع المتكرر للمحافظ في استعمال صلاحياته في مجال الرقابة، وجموده الطويل في الإحالة إلى القاضي الإداري للأعمال غير المشروعة يمكن إكتشافه بسهولة، كما ينتج عنه ضرر، وتعتبر هذه العناصر مشكلة للخطأ الجسيم، مما يثير مسؤولية الدولة.

ثانياً: الطعن الولائي القضائي بناء على طلب **Le déféré préfectoral provoqué**

يتخذ الطعن الولائي القضائي أسلوبين، يتمثل الأول في الطعن الولائي القضائي العادي تتم ممارسته بمبادرة من الوالي أو المحافظ، بينما يتمثل الأسلوب الثاني في الطعن الولائي بناء على طلب ويكون بمبادرة من الغير الأصلي أو المستفيد. ولقد أسس الطعن الولائي القضائي بناء على طلب في النظام القانوني الجزائري من خلال المادة 57 من قانون الولاية⁽²⁾، كما

¹) CE, 6 octobre 2000, n° 205959, Ministre de l'Intérieur contre Commune de Saint-Florent et autres, recueil Lebon, dalloz.fr.

²) حيث تنص على أنه: "يمكن أن يثير الوالي بطلان المداولة المنصوص عليها في المادة 56 أعلاه، خلال الخمسة عشرة يوماً التي تلي اختتام دورة المجلس الشعبي الولائي التي اتخذت خلالها المداولة.

ويمكن المطالبة بها من قبل كل منتخب أو مكلف بالضريبة في الولاية له مصلحة في ذلك، خلال أجل خمسة عشرة يوماً بعد إصاق المداولة".

أسس في النظام القانوني الفرنسي بموجب المواد 8-2131 و 3-3132 و 3-4142 من القانون العام للجماعات الإقليمية⁽¹⁾. وعليه،

« Un administré intéressé à l'annulation d'une décision locale peut lui-même former à son encontre un recours pour excès de pouvoir selon les conditions du droit commun. Mais, il peut également, simultanément ou à la place, saisir le préfet dans l'intérêt de lui demander qu'il mette en oeuvre la procédure de déferé ».

(فإنَّ المواطن المعني بإلغاء قرار صادر عن جماعة محلية يمكن أن يرفع ضده طعنا لتجاوز السلطة وفقا للشروط العامة، ويجوز له في نفس الوقت أو في مكانه أن يخطر المحافظ في إطار المصلحة التي يطالب بها بإعمال إجراء الطعن الولائي القضائي)⁽²⁾، هذا وي طرح موضوع الطعن الولائي القضائي بناء على طلب عدة تساؤلات تتمثل في: من هم الأشخاص الذين لهم مصلحة في طلبه؟ وهل يتمتع الوالي أو المحافظ بسلطة تقديرية أو مقيدة في تحريكه، وبالتالي لذلك ما هي الآثار الناتجة عن ذلك؟ هي أسئلة وأخرى نجيب عنها تباعا.

1-الأشخاص الذين لهم مصلحة في أعمال الطعن الولائي القضائي بناء على طلب

يظهر من خلال المادة 2/57 من القانون رقم 12-07 المتعلق بالولاية بأنَّ المشرع أعطى الصفة للأشخاص الذين لهم الحق في طلب أعمال الطعن الولائي القضائي، وهم بذلك دافعي الضرائب المحلية وكذا المنتخبين المحليين، ومع ذلك يعاب على المشرع حصر هذا الإجراء في هؤلاء الأشخاص حيث كان من الأحسن توسيع المجال لكل الأشخاص الذين لهم مصلحة في ذلك، ومع ذلك يمكننا القول بأنَّ لدافعي الضرائب المحلية وباعتبارهم مساهمين في النفقات

¹⁾ Article L. 2131-8 paragraphe1 : « Sans préjudice du recours direct dont elle dispose, si une personne physique ou morale est lésée par un acte mentionné aux articles L. 2131-2 et L. 2131-3, elle peut, dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'acte est devenu exécutoire, demander au représentant de l'Etat dans le département de mettre en oeuvre la procédure prévue à l'article L. 2131-6. »

- Article L. 3132-3 paragraphe1 : « Sans préjudice du recours direct dont elle dispose, si une personne physique ou morale est lésée par un acte mentionné aux articles L. 3131-2 et L. 3131-4, elle peut, dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'acte est devenu exécutoire, demander au représentant de l'Etat dans le département de mettre en oeuvre la procédure prévue à l'article L3132-1 ».

- Article L. 4142-3 paragraphe1 : « Sans préjudice du recours direct dont elle dispose, si une personne physique ou morale est lésée par un acte mentionné aux articles L. 4141-2 et L. 4141-4, elle peut, dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'acte est devenu exécutoire, demander au représentant de l'Etat dans la région, de mettre en oeuvre la procédure prévue à l'article L. 4142-1 ».

²⁾ B. FAURE, droit des collectivités territoriales, 1^{ère} éd, dalloz, 2009, p. 619.

العامة المحلية⁽¹⁾، مصلحة في إلغاء المداولة التي شارك فيها أعضاء المجلس الولائي أو أزواجهم أو أقاربهم إلى الدرجة الرابعة أو كوكلاء خاصة إذا كانت هذه المداولة تتعلق بموضوع له أهمية كبرى في الحياة العامة إذ من حقهم أن يرو مساهماتهم في الإنفاق العام تذهب لتحقيق المصلحة العامة وليس مآرب الشخصية، أمّا عن المنتخب المحلي فمصلحته في الطعن مرتبطة بمفهوم الرقابة الشعبية التي يمارسها على منتخبيه، فهؤلاء مهمتهم رفع إشغالات المواطنين وتحقيق الصالح العام بعيدا عن التحيز واستغلال العهدة لقضاء مصالح شخصية. هذا ويعود تقدير المصلحة للوالي في كل الحالات.

وعلى عكس المشرع الجزائري، فإنّ المشرع الفرنسي لم يتبن أسلوب الحصر في تعداد الأشخاص الذين يحق لهم ممارسة طلب الطعن الولائي، بل جعل ذلك ممكنا لكل من تضرر وهو ما نلمسه صراحة من قراءة المواد 8-2131 و 3-3132 و 3-4142 من القانون العام للجماعات الإقليمية بنصهم:

« ... si une personne physique ou morale est lésée par un acte... »

ومع ذلك يجب أن نتصور أنّ الأشخاص الذين يمكن لهم طلب ذلك هم أولئك الذين تتوفر لهم المصلحة في القيام كتلك المتعلقة بالطعن لتجاوز السلطة، وبالتالي يمكننا القول بأنّ المشرع الجزائري كان أحسن من نظيره الفرنسي على الأقل من حيث الصياغة، حيث افترض في من يريد طلب الطعن الولائي مجرد المصلحة وهو الأمر المقرر في الطعن لتجاوز السلطة.

هذا، ويباشر طلب إعمال الطعن الولائي القضائي ضد كل المداولات التي يعقدها المجلس الشعبي الولائي باستثناء تلك المتعلقة بالحالات التأديبية، أمّا بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنّ الطلب يوجه كذلك ضد الأعمال التي تدخل في مضمون الالتزام بالتحويل كالمداولات التي تقوم بها المجالس المحلية في مجالات معينة، وأيضا تلك التي لا تخضع للالتزام بالتحويل.

ومهما يكن من حال، فإنّ ممارسة طلب الطعن الولائي القضائي في النظام القانوني

¹ عن طريق دفعهم لمجموعة من الرسوم كتلك المتعلقة بالرسم العقاري على الملكيات المبنية وغير المبنية ورسم التطهير، ينظر بشأن ذلك قانون الضرائب المباشرة وغير المباشرة، المعدل بموجب القانون رقم 16-14 المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1438 الموافق ل 28 ديسمبر 2016، المتضمن قانونية المالية لسنة 2017، ج. ر. ع. 77، الصادرة بتاريخ 29/12/2016.

الجزائري تتم خلال أجل 15 خمسة عشرة يوما من إصاق المداولة⁽¹⁾، ومع ذلك فإنّ مسألة الأجل المنصوص عليها في هذه المادة تثير غموضا خاصة ما تعلق منها بأجل رفع الوالي الطعن الولائي بناء على طلب المكلف بالضريبة أو المنتخب على مستوى الولاية، حيث أنّ المادة لم تنص إلّا على أجل رفع صاحب الطلب لطلبه لدى الوالي والمقدر بـ15 يوما بعد إصاق المداولة، مع العلم أنّ المداولة تلصق بعد تحويلها إلى الوالي، وعليه في غياب نص خاص يضبط هذه المسألة تطبق القواعد العامة في آجال الطعن بالإلغاء المقررة ضمن المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي أربعة أشهر تحسب من يوم نشر القرار أو تبليغه، ومع ذلك فهل يحسب هذا الأجل من يوم تبليغ الوالي برسالة موسى بها أم من تاريخ نشر المداولة؟

يعتبر في تقديرنا الشخصي إرسال الطلب عبر رسالة موسى عليها وسيلة لتبليغ الوالي بالمداولة، ويبدأ سريان الأجل من يوم الإرسال.

وخلافا لذلك، أوجب المشرع الفرنسي من خلال المواد 8-2131 و 3-3132 و 3-4142 من القانون العام للجماعات الإقليمية على الغير طالب الطعن الولائي القضائي أن يقدم طلبه في ظل شهرين تحسب من يوم دخول القرار حيز التنفيذ، ويكون القرار نافذا بعد إعلانه ونشره وكذا تحويله إلى ممثل الدولة المختص بالنسبة للأعمال التي تخضع لهذا الإجراء ومن بينها مداوات المجالس المحلية، ويظهر من ذلك أنّ المشرع تبنى أجلا واحدا بالنسبة للطعن لتجاوز السلطة والطعن الولائي بناء على طلب.

2-الصفة الاختيارية للطعن الولائي القضائي بناء على طلب

يعتبر الوالي في النظام القانوني الجزائري مخييرا بتحريك الطعن الولائي متى طلب منه ذلك من قبل دافع الضريبة أو المنتخب المحلي، وما يثبت ذلك الخطاب الذي تضمنته المادة 57 من قانون الولاية بقولها: "يمكن أن يثير الوالي بطلان المداولة المنصوص عليها في المادة 56 أعلاه.....يرفع الوالي دعوى أمام المحكمة الإدارية قصد الإقرار ببطلان المداوات التي اتخذت خرقا لأحكام المادة 56"، وعليه يعتبر مخييرا في إثارة بطلان المداولة أمام قاضي

⁽¹⁾ فالمداولة تنتج أثرها في وجه الأفراد وتكون حجة عليهم متى تم إصاقها في الأماكن المخصصة لذلك إذا كان مضمونها عاما، أو على الأقل تبليغها في حال ما تضمنت أحكاما فردية. ينظر، المادة 31 من المرسوم التنفيذي 13-217 المتعلق بالنظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي الولائي، المشار إليه سابقا.

الإلغاء ويتوقف ذلك على مدى اقتناعه بمضمون الطلب وكذا المصلحة المرجوة منه، ومع ذلك فإن سلطة الوالي التقديرية في هذه الحالة قد تؤدي إلى تعسفه، وعليه هل يمكن للمنتخب المحلي أو دافع الضريبة المحلية صاحب طلب الطعن الولائي الطعن في قرار رفض الوالي إحالة المداولة إلى المحكمة الإدارية المختصة؟

وفي غياب أي اجتهاد قضائي في هذه المسألة نقول: بما أن الوالي مخير في استخدامه للطعن الولائي بناء على طلب فإن سكوته في هذه الحالة أو رفضه لا يشكل قرارا يكون قابلا للطعن لتجاوز السلطة وذلك للسلطة التقديرية التي يتمتع بها في هذا المجال، بالإضافة إلى أن هذا الطعن يبقى استثنائيا بالنسبة للمعني بالأمر كونه يمكن له أن يطعن مباشرة-سواء قدم الطلب ورفض أو لم يقدم أصلا- عن طريق الطعن لتجاوز السلطة في المداولة المشوبة بالعيوب المشار إليها في المادة 56 من قانون الولاية بعد نشرها أو تبليغها.

هذا، ويعتبر المحافظ في النظام القانوني الفرنسي كذلك مخيرا في إعماله للطعن الولائي القضائي بناء على طلب المعني به، ويمكن في هذه الحال تشبيه الطعن الولائي بناء على طلب بالطعن الإداري من منطلق أن المحافظ مخير في إخطار القاضي الإداري ولا يملك أي سلطة للإلغاء، غير أن غياب سلطة الإلغاء هذه يشكل حائلا دون وصف هذا الطعن بالطعن الإداري، وعليه لا يشكل الطعن الولائي القضائي بناء على طلب طعنا (تظلم) ولائيا، ولا طعنا رئاسيا، ولا ينبغي أن يكون له أثر على مواعيد الطعن العادية بالنسبة لرافعه. غير أنه من الواضح أن مجلس الدولة لا يحتفظ في الوقت الحالي بهذا المفهوم، حيث ذهب في بدايته إلى تقرير أن الطعن الولائي بناء على طلب لا يمدد آجال الطعن بالنسبة للغير وكان ذلك في قضية Cassar بتاريخ 1986/05/16، لكنه سرعان ما اعترف ضمنا بأن رفض إحالة العمل إلى القاضي الإداري يمكن أن يكون موضوع طعن لتجاوز السلطة من خلال قراره المتعلق بقضية Marcy السابق الإشارة إليها⁽¹⁾، وأخيرا قرر بأن مثل هذا الرفض لا يشكل موضوع طعن لتجاوز السلطة وكان ذلك بمناسبة قراره المتعلق بقضية Brasseur السابق الإشارة إليها حيث ذهب إلى أن المحافظ ليس مجبرا على إحالة قرار غير مشروع على المحكمة الإدارية، فرفض الطعن لا يشكل ضررا من منطلق أن الطعن في حد ذاته لا يعطي حقا للشخص المتضرر في الوقت الذي يكون بحوزته طريق الطعن لتجاوز السلطة، بل وأبعد

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.494.

من ذلك مكن المحافظ من أن يتنازل عن طعنه الولائي أثناء التقاضي. وقد أدى قرار Brasseur إلى إيجاد توازن بين قبول الطعن ضد رفض المحافظ وطعون الغير يتمثل في تمديد الطعن الولائي بناء على طلب لآجال التقاضي المفتوحة أمام الغير⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم، يبقى الوالي سيد اللعبة « maitre du jeu » في هذا المجال، وتعود له وحده سلطة تقرير مصير طلب الغير، ومع ذلك يعتبر الطعن الولائي القضائي بناء على طلب وسيلة بسيطة لضمان أفضل المعلومات للمحافظ في إطار ممارسته التقديرية لرقابة المشروعية، ويعود الفضل في تحقيق ذلك أيضا إلى المواطنين (الأغيار)⁽²⁾.

وفي سياق هذه الدراسة نسوق بعض الإحصائيات حول رقابة المشروعية التي يمارسها المحافظ على أعمال المجالس المحلية في فرنسا للوقوف على حقيقة تطبيقها، حيث أنه في سنة 2000 بلغ عدد الأعمال المحولة 7536756 خضعت منها للطعن الولائي 1713 وكان من بينها 173875 موضوع ملاحظات حول شرعيتها، وفي نفس الصدد وفي سنة 2009 بلغ عدد الطعون الولائية 1034 لعدد إجمالي للأعمال المحولة يقدر بـ 5567609 بما فيها المداومات وبلغ عدد الملاحظات التي قدمها المحافظ 46498. ويظهر من خلال هذا التقرير بأن عدد الطعون الولائية كان ضئيلا جدا مقارنة بعدد الأعمال المحولة بل شهدت هذه الطعون تراجعاً بين عامي 2000 و 2009⁽³⁾، فإذا كان التفسير الإيجابي لذلك يؤدي إلى القول باحترام الجماعات المحلية للقانون، فإنّ التفسير السلبي يبين بشكل أكبر أوجه قصور رقابة المشروعية ويعكس ذلك تطور التشاور المسبق بين المحافظ والجماعات المحلية، وهو ما يوضحه عدد الملاحظات التي قدمت بشأن الأعمال المحولة ممّا يبين كأصل عام بأنّ المحافظ يضمن المراقبة بصفة دائمة، وهو ما يجعلنا نذهب إلى أن الطعن الولائي القضائي

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif ,op.cit, p.494.

حيث يمارس طلب الغير المحرك للطعن الولائي القضائي خلال مدة شهرين من دخول التصرف حيز النفاذ، وفي حالة قبول المحافظ لهذا الطلب فإنّه يمارس طعنه القضائي خلال مدة شهرين من تاريخ تقديم الطلب من قبل الغير.

²) Ibid, p.495.

³) Direction générale des collectivités locales/ Ministère de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales. Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori des actes des collectivités locales et des établissements publics locaux : vingt-et-unième rapport : années 2007 - 2008 - 2009, Paris : D.G.C.L, 2010, p77.

فبالنسبة للتطبيق الجزائري لم نجد أي إحصائيات بل وأحكام قضائية تخص هذا المجال، مما يوحي باستبعاد آلية الطعن الولائي القضائي عموماً من قبل الوالي لأسباب فنية تتعلق بتكوين الولاية، أو لأسباب سياسية تتعلق بتفادي الصدام بين هيئات الدولة، أو على الأقل بسبب المنصب السامي للوالي الذي يمنحه سلطة الهيمنة على جميع الهيئات المحلية.

يعتبر وسيلة ثانوية للمحافظ يستعملها في حالة عدم نجاح مرحلة ما قبل التقاضي⁽¹⁾، ومع ذلك نتساءل: هل جميع الملاحظات التي يتم إرسالها من قبل المحافظين تتم تسويتها عن طريق إلغائها أو تعديلها؟

لقد بلغ عدد الأعمال التي تم إلغاؤها أو تعديلها سنة 2009 بعد تدخل المحافظين 53% من المعدل الإجمالي للملاحظات التي قدمت وبقيت الأخرى دون جدوى⁽²⁾، وعموما يبقى عدد الملاحظات قليل جدا مقارنة بالأعمال المحولة، ومهما يكن الأمر يمكن تفسير الاستخدام الضعيف للطعن الولائي من خلال اختيار مجالات إعماله وصفته الاختيارية، والتنازل عنه أثناء نظر الدعوى، كما يفسر ذلك أيضا بطول المنازعات القضائية، ومشكل إعلام وإرسال الأعمال الذي قد يؤدي إلى رقابة متأخرة تفقد كل أهميتها والهدف الذي قررت من أجله⁽³⁾، بل ومشكل الإمكانيات الفنية والبشرية فيما يخص الهيئات التي تمارس رقابة المشروعية وتلك الخاضعة لها.

وأخيرا، وبعد هذا التقديم الوافي حول موضوع الغير المستفيد في مجال أحد أعمال الإدارة والمتمثل في القرار الإداري، نستكمل مسار هذه الدراسة في مجال آخر من هذه المجالات والمتمثل في العقد الإداري موضوع المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني

الغير المستفيد في العقد الإداري

يشكل الغير فئتين، فئة الغير الأصلي وفئة الغير المستفيد، فإذا كان الغير الأصلي ينقسم في حد ذاته إلى فئتين في مجال المنازعات الإدارية ذات الطابع التعاقدية إلى غير أصلي يعتبر مقبولا للتقاضي، وغير أصلي يعتبر باب الوصول إلى القاضي الإداري مغلق تجاهه، فإن الأمر نفسه نجده بالنسبة للغير المستفيد.

¹⁾ Voir, le cite électronique, www.ladocumentationfrancaise.fr, consulté le 22/10/2018.

²⁾ André MICHELE, rapport d'information au nom de la commission des finances sur les préfectures et la réorganisation territoriale de l'Etat, Sénat, n°77, 2013.

³⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.496.

مع العلم أنَّ المشرع استحدث سنة 2004 من خلال تعديل المادة ل1-2131 من القانون العام للجماعات الإقليمية آلية التحويل الإلكتروني بالنسبة لأعمال البلديات من أجل السرعة في الإرسال وحماية البيانات والمعطيات وتحقيق أمنها.

وعليه، يشكل الغير المستفيد فئات مختلفة يعتبر أبرزها الغير المستبعد الذي يعتبر حاضرا بقوة في منازعات العقد الإداري⁽¹⁾، وهو الأمر الذي كرسه القضاء الإداري وكذا التشريعات. ويعتبر الغير المستبعد غيرا مستفيدا ذلك لتواجده بالقرب من العلاقة التعاقدية، ويدل هذا التواجد على الدور الذي يلعبه في تكوين هذه العلاقة، وكنتيجة لذلك فإنّ هذا الدور يبرز بجلاء فيما يخص الدعاوى القضائية المتاحة له في هذا المجال.

وبناء على ذلك، نسلط الضوء في هذا العنصر من الدراسة على فئة الغير المستبعد ذلك من حيث جانبها المفاهيمي في مطلب أول، لنعرج بعد ذلك إلى السبل القانونية الممنوحة له في الدفاع عن حقوقه في مطلب ثان.

المطلب الأول

الغير المستبعد

يعتبر الغير المستبعد غيرا مستفيدا يترجم وجوده من خلال استفادته من الدعاوى القضائية المتاحة له في منازعات العقد الإداري من قبل القضاء والمشرع، ونتيجة لذلك فإنّه يتطلب لتحديد الغير المستبعد المرور بعدة مراحل تتمثل أساسا في تحديد الغير المستفيد في الرابطة العقدية، ثم التعرض إلى مفهوم الغير المستبعد على ضوء الاجتهادات القضائية التي كان لها السبق في ذلك وكذا الأحكام التشريعية.

الفرع الأول

تحديد الغير المستفيد

يعتبر تعريف العلاقة القانونية في العلاقة العقدية أمرا ضروريا من أجل تحديد الوضعية القانونية للغير المستفيد والوقوف على المنازعات الناجمة عن ذلك.

ويعرف هذا التحديد للعلاقة القانونية مراحل عدة تتمثل أولاها في تعريف موضوع هذه العلاقة في حد ذاته حيث يتمثل في عمل إداري وحيد أو متعدد الأطراف، ومثال ذلك أخذ

⁽¹⁾ بالإضافة إلى ذلك، فإنّ المرتفق يشكل غيرا مستفيدا لأنّه سيتدخل في العلاقة القانونية التي يعتبر العقد الإداري موضوعها في مرحلة تنفيذها، وهي الحالة نفسها بالنسبة للوالي بالنسبة لتدخله في مرحلة تنفيذها، من خلال الرقابة التي يمارسها على العقود الإدارية عن طريق التحويل (transmission) من أجل مراقبة مشروعيتها، كما هو مطبق في فرنسا وفي الجزائر.

العلاقة القانونية التعاقدية في مجملها، أي الأخذ بعين الاعتبار كل الأعمال التي تدخل في تكوين هذه العلاقة وكذا تنفيذها. ويحدد هذه العلاقة القانونية مجال زمني معين مع استبعاد زمن المنازعات وذلك لتفادي الخلط في مسألة تحديد الغير.

وتتمثل المرحلة الثانية في تحديد أطراف العلاقة القانونية، أي الأشخاص التي أنشأتها، وفي هذا الصدد قد نأخذ بنظرة بسيطة في التحديد وبالتالي يُعْتَبَر أطرافا للعلاقة القانونية القائم ومتلقي العمل القانوني، أو نأخذ بنظرة واسعة ذلك من خلال الأخذ بعين الاعتبار كل الأشخاص الذين تدخلوا في تكوين العلاقة القانونية وساهموا في إنشائها، وبالتالي يشكل هؤلاء الأشخاص كلا واحدا، ووفقا لذلك يكون قد تم تحديد موضوع العلاقة القانونية وأطرافها⁽¹⁾.

بينما تتمثل المرحلة الثالثة في تحديد الغير، حيث أنه ولئن كان يمثل فئتين مختلفتين فإن ذلك يدل على أنه يتوزع على طبقات متباينة، حيث يعتبر الغير المستفيد قريبا من العلاقة القانونية العقدية، بينما يعتبر الغير الأصلي بعيدا عنها، وعليه يتمتع الغير المستفيد بمكانة مميزة يستمد منها حق رفع الدعاوى القضائية المختلفة التي تمكنه من الدفاع عن حقوقه، ونتيجة لذلك فإن هذه المكانة المميزة له وقربه من العلاقة القانونية التعاقدية تترجم من خلال تدخله في هذه الأخيرة، حيث سيتفاعل مع الفاعلين النشطين أثناء تكوين العلاقة القانونية أو أثناء تنفيذها، وبالتالي سيكون الغير المستفيد الشخص الذي تقدم بعرض من أجل الحصول على الصفة⁽²⁾، أو قد يكون متعاقدًا من الباطن مع المتعاقد مع الشخص العام (تدخل أثناء تنفيذ العلاقة القانونية التعاقدية)، وقد يكون التدخل حقيقيا كإيداع شركة ما لعرضها حقيقة من أجل الحصول على عقد، كما قد يكون احتماليا، من ذلك مثلا عدم تقديم الشركة لعرضها بسبب عائق معين، وبالتالي كلما كان التدخل ممكنا كلما كان الغير المستفيد قريبا من العلاقة القانونية على عكس الغير الأصلي.

ومع ذلك فإن الغير المستفيد لا ينشئ العلاقة القانونية ويشارك الأطراف الفاعلة ذلك وإنما يتدخل فيها فقط، إلا أن الصعوبة تظهر في العدد الكبير من الأشخاص الذين يتدخلون في عملية إبرام وتكوين العلاقة التعاقدية، وبالتالي يجب عدم الخلط بين الأشخاص الذين يرخسون بإنشاء العلاقة القانونية عبر قرار إداري، كأعضاء هيئات المداولة الذين يعتبرون فاعلين

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.390.

⁽²⁾ تدخل أثناء تكوين العلاقة القانونية العقدية.

نشطين مع أشخاص يقدمون عرضاً من أجل التعاقد، وهم الأشخاص المؤهلون كأغيار مستفيدين، ومع ذلك فإنّ التمييز يعتبر صعباً في هذه الحالة.

إن لصفة الغير الأصلي علاقة بالمصلحة في التقاضي، فالمفاهيم الثلاثة للمصلحة والمتمثلة في: دعوى الحسبة، والمصلحة المرتخية والحق المتضرر تسمح لنا بإخضاع كل نوع من المصلحة لفئة معينة من الغير، وبالتالي فإنّ دعوى الحسبة التي لا يقبلها القاضي الإداري يمكن أن تتوافق مع الدعاوى التي يقوم بها غير أصلي، لأنّه بسبب بعده عن العلاقة القانونية لا يستطيع ممارسة دعاوى قضائية مقبولة. بينما تتعلق المصلحة المرتخية بالغير الأصلي الذي له الحق في التقاضي كما تعود للغير المستفيد، ليعود تقدير ذلك إلى القاضي الإداري المطروح أمامه النزاع، بينما يعود أخيراً الحق المتضرر إلى الغير المستفيد. وعليه فإنّ اشتراط مثل هذه المصلحة في التقاضي للغير المستفيد يثبت قربه من العلاقة القانونية، وهو الأمر الذي يبين تحمله للأثار غير المباشرة التي أضرت به، فتموقعه يأتي من تدخله في العلاقة القانونية، وبناء على ذلك فإنّ اشتراط الاعتداء على الحق لقبول دعواه يدل على مكانته الخاصة تجاه العلاقة القانونية التعاقدية، كما يبرر التمييز بينه وبين الغير الأصلي⁽¹⁾.

وبهذه الدراسة الوجيزة نكون قد حددنا الغير المستفيد، هذا الأخير الذي يظهر في المنازعات التعاقدية، بعد الأخذ بعين الاعتبار العلاقة التعاقدية إجمالاً أي العقد الإداري، ويكون بذلك المتعاقدون هم الفاعلون النشطون، وكذلك الأشخاص الذين رخصوا بتكوين العلاقة القانونية، أي أشخاص الهيئة التداولية الذين رخصوا بإبرام العقد، ولمّا كان كذلك فإنّ العلاقة القانونية هنا تماثل تلك التي تتعلق بالطعن في العقود الإدارية من قبل الغير الأصلي، وعليه فإنّ الأشخاص الذين سيدخلون في هذه العلاقة يعتبرون أغياراً مستفيدين، أي المتنافسين والمحافظ والمرتفقين⁽²⁾.

الفرع الثاني

تحديد الغير المستبعد

يعتبر مصطلح الغير المستبعد نتاجاً للتفسيرات القضائية والأحكام التشريعية، ويرتبط أساساً

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.391.

²) Ibid, p.392.

بمفهوم المتنافس المستبعد *concurrent évincé*، وعليه يستلزم الأمر تعريف هذه الفئة من الغير المستفيد وتبيان موقعها من العلاقة القانونية التعاقدية، ذلك من خلال الوقوف على التطورات القضائية والتشريعية بشأنها.

أولاً: مفهوم الغير المستبعد على ضوء أحكام القضاء الإداري

يعتبر القضاء الإداري ممثلاً في مجلس الدولة الفرنسي أول من أسس لمفهوم الغير المستبعد ولو بطريقة ضمنية، ذلك من خلال تعرضه لمفهوم المتنافس المستبعد، وعليه نتعرض في هذه الجزئية إلى نظرة القضاء الإداري لمفهوم الغير المستبعد وكذا محدداته، ذلك من خلال التطرق للطعن بالإلغاء في القرار الإداري المنفصل، وكذا الطعن في العقد أمام القضاء الشامل.

1- الغير المتنافس المستبعد في إطار الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل عن العقد

وُجد تطبيق مفهوم المتنافس المستبعد في قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Ballande بتاريخ 1906/03/30، وقد نتج عن هذا القرار نتيجة تتمثل في خضوع إجراء المناقصة لقرار إداري منفصل عن تكوين العقد، من ذلك مثلاً مداولة المجلس البلدي التي تسمح لرئيسه بإمضاء العقد، ومع ذلك فإنَّ المناقصة لا تعتبر العقد في حد ذاته ولكن تعتبر عملاً تحضيرياً له يسمح بتعبير السلطة العامة عن إرادتها المنفردة. فمصطلح المتنافس المستبعد لم يظهر في قرار مجلس الدولة المشار إليه أعلاه إلاَّ أنَّ التعليق عليه يظهر بوجود إجراء مناقصة⁽¹⁾، أي إجراء إبرام عقد ينطوي على منافسة بين عدة أشخاص أو شركات⁽²⁾، فالمدعي قد شارك في المناقصة لكن لم يتم الاحتفاظ به، وقد جاء في التعليق على القرار بقبول الطعن ضد القرار النهائي للمناقصة:

« en conséquence, le concurrent évincé est fondé à demander l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté approuvant cette proclamation ».

(ونتيجة لذلك فإنَّ المتنافس المستبعد له ما يبرر طلبه بإلغاء قرار المصادقة على هذه النتيجة عن طريق دعوى تجاوز السلطة)، ويتبين من ذلك بأنَّ المتنافس المستبعد عبارة عن شخص تم قبوله من أجل المشاركة في المناقصة، وهو ما تدل عليه وأكثر ملاحظات محافظ الحكومة Romieu حيث أن المدعي يكون مقبولاً للتقاضي بسبب عدم استبعاده من قائمة

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.393.

²) Gérard CORNU, vocabulaire juridique, op.cit, p. 28.

العارضين المقبولين لتقديم عرض (أي دخل في المنافسة)⁽¹⁾، وبالتالي فإنه يقدم مصلحة شخصية ومباشرة من أجل إلغاء المناقصة⁽²⁾، وعليه لم يتم استبعاده أثناء الإجراء و لكنه لم يبرم العقد وخلاصة ذلك أن المتنافس المستبعد عبارة عن متنافس لم يتم الاحتفاظ بعرضه بسبب إجراء غير قانوني⁽³⁾.

هذا، وقد تطور هذا المفهوم الضيق للمتنافس المستبعد في وقت لاحق ليشمل الأشخاص المقبولين لتقديم عرض لكنهم يمتنعون عن ذلك⁽⁴⁾، وعليه هل يمكن وصف هذا المتنافس بالمتنافس المستبعد؟

وفقا لتعريف الغير المتنافس المستبعد في قرار Balland يتبين بأنه لم يتكلم بشكل صريح عن المتنافس المستبعد لأن رفضه كان بسبب سلوكه (إرادته)، حيث رفضت الشركة تقديم عرضها بسبب إجراء غير قانوني، ولكن ورغم ذلك فإن صفتها كغير مستفيد لا يشوبها شك حيث أنها تدخلت في تكوين العلاقة التعاقدية دون ارتباطها النهائي بها الذي يلزمها، فهذا التدخل المتقطع يعطي للشركة مكانة خاصة، أي توجد بين صفة المتنافس المستبعد والغير المستفيد، ومع ذلك فإن صفة المتنافس المستبعد غير متوقعة مما يجعل التوسع في صفة الغير المستبعد مطلوبا، وبناء على ذلك

« Le tiers évincé est une personne, morale ou physique, non retenue pour conclure le lien contractuel ; elle est donc évincée de ce lien, que cela soit de son propre chef ou par sélection de l'autorité administrative ».

(يعتبر الغير المستبعد شخصا طبيعيا أو معنويا لا يتم الاحتفاظ به من أجل إبرام العلاقة

¹) « Du moment qu'une adjudication a été ouverte régulièrement et que des soumissionnaires n'ont pas été exclus de la liste de ceux qui sont appelés à déposer leurs soumissions : ils ont droit à ce que l'adjudication soit faite conformément à la loi, ils ont donc qualité, n'étant plus les premiers venus, n'étant plus des tiers, pour former un recours, s'ils estiment qu'il a été procédé irrégulièrement ». Cité par, Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.393.

²) « Individus ayant qualité pour attaquer l'adjudication irrégulière sont tous ceux ayant un intérêt direct et personnel à l'annulation de l'adjudication, en particulier les concurrents évincés ». G. JEZE, note sur CE, 30 mars 1906, Ballande, R.D.P, 1906, p. 670.

³) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, Ibid, p.394.

⁴) CE., 6 décembre 1995, Département de l'Aveyron et Société Jean-Claude Decaux, Rec. CE, p. 428, A.J.D.A 1996, p. 120 chron. Stahl et Chauvaux. « Considérant, d'autre part, que, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreint, la société anonyme Aubettes a présenté sa candidature à la suite de l'avis d'appel de candidatures publié au "bulletin officiel des annonces des marchés publics" du 29 mai 1990, et a été avisée par courrier du 13 juillet 1990 qu'elle figurait sur la liste des candidats admis à présenter des offres ; que, dans ces conditions et bien qu'elle se soit abstenue de transmettre une offre, la société justifiait d'un intérêt lui donnant qualité pour agir contre la décision susvisée par laquelle le président du conseil général de l'Aveyron a décidé de passer avec la société Jean-Claude Decaux le marché dont s'agit ».

التعاقدية، ويتم استبعاده من هذه العلاقة سواء من تلقاء نفسه أو عن طريق اختيار السلطة الإدارية⁽¹⁾.

2-الغير المتنافس المستبعد في إطار الطعن في العقد أمام القضاء الشامل L'arrêt du Conseil d'Etat, Société Tropic travaux

يعتبر قرار Tropic الصادر بتاريخ 16 جويلية 2007 شاهدا على ولادة طعن جديد مفتوح لفئة محددة من الأغيار من أجل الطعن المباشر في صحة العقد الإداري أمام قاضي العقد، وهو طريق الطعن الذي لطالما رفضه القضاء الإداري إلى غاية سنة 2007، وتعتبر حركة التغيير هذه والتي تزعمها مجلس الدولة الفرنسي نتيجة لإعادة صياغة توجيهات الاتحاد الأوروبي المتعلقة بالطعون في شكلها الأصلي⁽²⁾. وفي سياق تحديده للغير الذي يمكن له استعمال هذا الطريق من طرق الطعن، ذهب مفوض الحكومة Cassas إلى تقييد شروط قبول الطعن ذلك من خلال قراءة جديدة للمصلحة تغاير تلك المتعلقة بالطعن لتجاوز السلطة، وعليه يكون الطعن مقبولا متى أصاب الطاعن ضرر بحق له، وهو مفهوم ينطبق والمصلحة في دعاوي القضاء الكامل، ويوضح هذا المفهوم للمصلحة في التقاضي بأن

« certains tiers sont suffisamment proches de la sphère contractuelle qu'il peut arriver que la conclusion et l'exécution du contrat lèsent des droits subjectifs qu'ils détiennent ».

(بعض الأغيار قريبين بما فيه الكفاية من المجال التعاقدية حيث أن إبرام العقد أو تنفيذه قد يؤثر على حقوقهم الشخصية)⁽³⁾، ليتبين من ذلك أنّ مفوض الحكومة كان يبحث عن وصف للمصلحة ليظهر على الأقل صلة القرب بين الغير والعلاقة القانونية التعاقدية⁽⁴⁾، وهو

¹⁾ Elisabeth Jurvilliers-zuccaro, le tiers en droit administratif, op.cit, p.393.

²⁾ Laura PREUD'HOMME, l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique, op.cit,2013,p.70.

ومع ذلك فإنّ القاضي الإداري قد تأثر أيضا بتأثر بنظرية البطلان في القانون المدني من حيث نطاقها الشخصي والمتمثل في الأشخاص الذين يمكن لهم التذرع بها، حسب ما إذا كان بطلانا نسبيا يعود إلى أطراف العقد أو مطلقا يعود إلى الأغيار، مع وجود تعدي على حق ذاتي، وكذا من حيث النتائج المترتبة عنها والمتمثلة في إعدام العقد بأثر رجعي، ليعود للقاضي الإداري أخذ ما يجب أخذه وطرح ما يجب طرحه من منطلق اختلاف المصلحة التي يحميها كل القانون، فالعقد الإداري يشكل وسيلة للإدارة من أجل تحقيق المصلحة العامة، التي تعتبر أكبر من المصالح الخاصة التي يحكمها القانون المدني عموما.

Pour plus de détail, voir, Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, ibid, p.444-445.

³⁾ Didier CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, R.J.E.P 2007, p. 345.

⁴⁾ Marion UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, J.C.P, 2007, II, 10156.

ما جعله يأخذ بمفهوم الحق المالي المتضرر وبناء على ذلك أنشأ قائمة للأغيار الذين قد تتضرر حقوقهم المالية ويعتبرون مؤهلين للتقاضي، وتتمثل القائمة في: المرتفقين، دافعي الضرائب المحلية، والمنتخبين المحليين⁽¹⁾.

ورغم هذا التحليل والتفسير لمفوض الحكومة إلا أن مجلس الدولة لم يأخذ به على إطلاقه واحتفظ بذلك بفئة المتنافس المستبعد، وعليه يمكن القول أن المتنافس المستبعد هو متنافس في منافسة اقتصادية، يتدخل في العلاقة القانونية -مرحلة إبرامها- من أجل الحصول على العقد، وإذا رفض ترشحه أصبح غيرا مستبعدا⁽²⁾، ومع ذلك فإن السؤال الذي يطرح هنا هو هل حافظ مجلس الدولة الفرنسي على المفهوم الصارم للمتنافس المستبعد أم وسع منه؟

لقد تبنى مجلس الدولة مفهوما واسعا للمتنافس المستبعد حيث طبق في ذلك مفهوم المترشح المستبعد المطبق في الاستعجال ما قبل التعاقد، ويظهر ذلك في قراره المتعلق بقضية *Ministre de l'immigration* بتاريخ 2009/11/16 وتتعلق هذه الفئة بكل الأشخاص أو الشركات الذين شاركوا في إبرام العقد، وكذلك أولئك الذين لم يشاركوا ولهم ما يبرر أنهم كانوا من الممكن أن يترشحوا، كما يؤكد ذلك رأيه في قضية *Société Gouelle* بتاريخ 2012/04/11 حيث اعتبر أن صفة المتنافس المستبعد يتم الاعتراف بها لكل مدع له المصلحة في إبرام العقد بالرغم من أنه لم يقدم ترشحه، أو لم يكن مقبولا لتقديم عرضه، أو أن عرضه لم يكن ملائما، أو غير قانوني أو غير مقبول⁽³⁾، وعليه كان من الأفضل استعمال مصطلح المتنافس العارض الذي يشمل كل الأشخاص الذين يمكنهم أداء الخدمات المتعلقة بالعقد محل التنازع، سواء شاركوا في إبرام العقد أو لم يشاركوا، وفي الواقع تفترض هذه الصفة مصلحة الشخص في إبرام العقد أي وجود ضرر مادي أو معنوي ناجم عن هذا الإبرام مع العارض الناجح. وللإشارة فإن ذلك يبين استبعاد فئة المرتفقين ودافعي الضرائب المحلية وأعضاء الهيئات التداولية من هذه الفئة وبالنتيجة لذلك استبعادهم من الطعن كليا⁽⁴⁾.

¹⁾ Didier CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, op.cit, p. 345.

²⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.401.

³⁾ Revue générale du droit Note sous CE, 11 avril 2012, Société Gouelle, n. 355446, 01/05/2012.

⁴⁾ Arrêt Tropic : Le recours offert aux concurrents évincés (CE, ass., 16/07/2007, Société Tropic travaux signalisation), www.fallaitpasfairedudroit.fr.

ثانياً: مفهوم الغير المستبعد على ضوء التشريعات المتعلقة بمنازعات إبرام العقود الإدارية

لم يشذ التشريع الفرنسي عن معالجة مفهوم الغير المستبعد على غرار القضاء، حيث نجد ذلك واضحاً فيما يتعلق بالتشريعات المتعلقة بمنازعات إبرام العقود الإدارية والتي وجدت تأصيلها في النظام القانوني الفرنسي، ويقصد هنا إجراء الاستعجال في مرحلة ما قبل التعاقد والاستعجال التعاقدية، وقد تم إنشاء الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد من خلال القانون رقم 92-10 المؤرخ في 10/01/1992 المتعلق بشأن بعض الطعون المتعلقة بإبرام بعض عقود الأشغال العامة والتوريد، وقد تم تقنينه ضمن المواد 1-551L وما يليها من قانون القضاء الإداري، بينما تم إنشاء الاستعجال التعاقدية من خلال الأمر رقم 2009-515 المؤرخ بتاريخ 07/05/2009 المتعلق بالإجراءات المطبقة على عقود الشراء العام، وقد تم تقنينه في قانون القضاء الإداري بموجب المادة 13-551L وما يليها.

وتأثراً بالتشريع الفرنسي، تبنى المشرع الجزائري إجراء الاستعجال في مرحلة ما قبل التعاقد من خلال وضعه للمادة 946 من القانون رقم 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومن خلال الرجوع إلى النصوص القانونية أعلاه يتبين بأنه قد تم تحديد الأشخاص الذين يمكن لهم استعمال هذه الطعون بشكل مماثل وهم : " الذي لهم مصلحة في إبرام العقد ومن المحتمل أن تتضرر مصالحهم من جراء الإخلال بالتزامات الإعلان والمنافسة".

يبدو من خلال قراءة النصوص القانونية أعلاه بأن تعريف الأشخاص المقبولين للنقاضي يشمل مفهوم المتنافس المستبعد كما يأخذ مفهوم المترشح المستبعد، ومع ذلك فإنّ التعريف أوسع من مفهوم المتنافس المستبعد

« les entreprises suffisamment intéressées à l'attribution du contrat ».

(الشركات المعنية بمنح العقد بشكل كبير) يمكن لها التقاضي، وأكثر تحديداً فإنّ التعريف النصي يجمع الأشخاص الذين يحتمل أن يباشروا إجراء الاستعجال أياً كانت طبيعته والذين لهم "رغبة في إبرام العقد"، ونتيجة لذلك فإنّ هذا التعريف يتوافق مع مفهوم الغير المستبعد⁽¹⁾.

هذا، ويتبين أنّ الغير المستبعد الذي يمكن له أن يمارس الاستعجال في مرحلة ما قبل

¹⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.395.

التعاقد والاستعجال التعاقدى يجب أن تكون له علاقة بتكوين العقد، أي أنه كان متافسا، تضرر من سلوك الشخص العام الناجم عن عدم احترام قواعد المنافسة والعلانية المنصوص عليها قانونا⁽¹⁾.

وبناء على ما تقدم فإن مفهوم المتنافس المستبعد يشمل كل الأشخاص الذين كانوا مرشحين للظفر بالعقد، والذين رفض عطاؤهم أو ترشحهم، وتتوفر لهم المصلحة هنا إذا أقدموا على المشاركة في إجراءات الإبرام⁽²⁾، وعليه يطلق على هؤلاء فئة الغير المستبعد، وتعبير آخر فإن الغير المستبعد هنا عبارة عن شخص طبيعي أو معنوي مترشح للظفر بالصفقة غير محتفظ به لإبرام العلاقة التعاقدية، وبالتالي يتم استبعاده من هذه الرابطة من قبل الإدارة بطريقة غير عادلة، فهؤلاء المرشحين كانوا من الممكن أن يصبحوا متعاقدين مع الشخص العام، وبالتالي فإن هذا الاحتمال يعطيهم الصفة في استعمال إجراء الاستعجال في مرحلة ما قبل التعاقد⁽³⁾.

ومع ذلك فقد وسع مجلس الدولة الفرنسي من فئة الغير المستبعد لينشئ مفهوما جديدا يتمثل في الغير المستبعد الافتراضي، ويظهر ذلك في المترشح المحتمل، وهم أولئك الذين لم يشاركوا في إجراءات الإبرام ولكن كان لهم فعل ذلك لولا خطأ الإدارة المتمثل في عدم احترام شكليات الإعلان أو صدهم عن التعاقد بسبب خرق التزامات المنافسة⁽⁴⁾، وتعبير آخر فهم أولئك الذين منعوا أو أعيقوا من تقديم عروضهم، ويكون ذلك بسبب خرق الشخص العام

¹) René CHAPUS, droit administratif général, t. 1, montchrestien, domat droit public, 15^{ème} éd., 2001, p. 1198

²) Laura PREUD'HOMME, l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique, op.cit, p.55.

يمكن تقسيم المتنافس المستبعد إلى فئتين: المترشح المستبعد والمتعهد المستبعد، ويعتمد استعمال أحد المصطلحين على زمن الاستبعاد وفقا لتحليل العرض من حيث الموضوع، فالمترشح بإيداع عرضه يصبح متعهدا.

³)- René CHAPUS, droit du contentieux administratif, montchrestien, domat droit public, 11^{ème} éd., 2004, p. 1399.

⁴) Laura PREUD'HOMME, l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique, ibid, p.55. « Toute personne est recevable à agir, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, lorsqu'elle a vocation, compte tenu de son domaine d'activité, à exécuter le contrat, y compris lorsqu'elle n'a pas présenté de candidature ou d'offre si elle a été dissuadée par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle invoque ». CE, 29 avril 2015, Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe.

لمتطلبات الإعلان، أو لأنَّ متطلبات طلب العروض كانت شديدة التقييد.

ويستبعد من ذلك الأشخاص الذين لم يودعوا عروضهم في الأجل المحدد، أو رفضت عروضهم لمخالفتها الشروط القانونية، أو الذين لم يودعوا أي عرض في غياب المعوّقات، فهؤلاء لا يمكنهم استعمال إجراءات الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد وفي مرحلة العقد، لأنَّ طلباتهم لم يتم رفضها، وعليه فهم ليسوا أغيارا مستبعدين، وببساطة يعتبرون أغيارا أصليين لأنَّهم لم يتدخلوا في العلاقة القانونية التعاقدية على الأقل في مرحلة الإبرام⁽¹⁾.

وبمفهوم المخالفة، نقول أنَّه إذا لم يكن المدعي مرشحا مستبعدا أو مترشحا محتملا (يشكلون الغير المستفيد)، فلا يمكن لغير هؤلاء ممارسة الإجراءات الاستعجالية المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية، باعتبارهم أغيارا أصليين، لأنَّهم لم يشاركوا في إجراء إبرام العقد، كالمنتخبين المحليين، المجلس الشعبي المحلي، بعض التنظيمات المهنية، الجمعيات، وبالتالي يحق لهم ممارسة طعن تجاوز السلطة ضد القرار الإداري المنفصل المكون للعملية العقدية متى توافرت لديهم المصلحة⁽²⁾.

ويظهر من كل ما تقدم أنَّ القضاء قد ساهم في توسيع دائرة الغير المستبعد من خلال دوره الإنشائي المنوط به، وكذا من خلال التفسير الواسع للنصوص القانونية ذات الصلة، ويعود الهدف من ذلك إلى حماية مبدأ المشروعية والمتمثل في هذه الحال في ضمان شفافية عملية

وفي حكم لها قبلت المحكمة الإدارية بباريس طعن الاستعجال ما قبل التعاقد المباشر من قبل شركة من الباطن مرشحة لإبرام العقد وجاء في منطوق حكمها:

« alors même qu'elle n'a pas présenté sa candidature directement ou en groupement et n'a répondu qu'en tant que sous-traitante, a intérêt à ce que le contrat en cause soit conclu et est susceptible d'être lésée par un manquement aux obligations de mise en concurrence ».

(على الرغم من أنَّها لم تقدم ترشحها بطريقة مباشرة أو في إطار تجمع، وبما أنَّها شركة من الباطن فلديها مصلحة في العقد محل الطعن إذا أبرم ومن المحتمل أن تتعرض للأذى جراء الإخلال بالتزامات المنافسة). ليتبين من ذلك أنَّ القاضي أدمج في مفهوم مصلحة إبرام العقد مصلحة رؤية العقد مبرما.

Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.395.

¹ Ibid, p.397.

ومع ذلك قد يكون من الصعب التمييز بين الأغيار المستبعدين المقبولين لممارسة الإجراء وبين أولئك الذين كانوا قادرين على إبرام العقد، أي تربطهم قرابة بعيدة جدا مع العلاقة العقدية.

² Ibid, p.398.

إبرام العقود وكذا حماية حقوق الغير، وهو الأمر الذي يظهر من خلال حزمة الإصلاحات التشريعية التي عرفها نظام إبرام العقود موضوع المطلب الموالي.

المطلب الثاني

حماية الغير المستفيد لمبدأ المشروعية في المرحلة السابقة على التعاقد

يعد العقد الإداري مظهراً لنشاط الإدارة الهادف إلى تسيير المرافق العامة وإشباع الحاجات العامة، ولمّا كانت مسألة إجراءات التعاقد الإداري من النظام العام فإنّها يجب أن تجري في إطار الآليات التي رسمها التشريع والتنظيم، إذ يجب على الإدارة أن تتقيد بالإطار الإجرائي الذي ينظم اختيارها للمتعاقد معها، واطاعة نصب عينها أسس العدالة والشفافية والمساواة التي تحكم نظام التعاقد الإداري ذلك من أجل ضمان اختيارها الرشيد وتحقيق المصلحة العامة.

وتعتبر الصفقة العمومية من أهم العقود الإدارية كونها تمثل آلية الدولة لتحقيق سياستها التنموية والاقتصادية والاجتماعية، تتطلب رصد مبالغ مالية هامة لها من خزينتها العمومية، وبهذه المثابة، فإنّها يجب أن تخضع لنظام إجرائي يقيد عملية اختيارها للمتعاقد معها، غير أنّ هذه العملية ليست بمنأى عن الشبهة، فعادة ما تطمس إجراءاتها بمطالب المشروعية، ولمّا كان ذلك، استلزم الأمر أن تخضع للرقابة القضائية⁽¹⁾، وهي الرقابة التي يمارسها القاضي الإداري في هذه الحال.

واعتباراً لذلك، تمارس رقابة القضاء الإداري في معرض اختيار الإدارة للمتعاقد معها على القرارات الصادرة في هذا المجال، والموسومة بالقرارات الإدارية المنفصلة، حيث يتمحور دور القاضي الإداري هنا في إلغاء هذه القرارات متى شابها عيب من عيوب المشروعية، وبما أنّ إطلاق قاعدة "المفعول غير التوقيفي" للطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية عامة يؤدي في الغالب إلى مساوئ عدة⁽²⁾، فإنّ هذه المساوئ تنتشعب وتتضاعف في مادة العقود الإدارية وذلك كلما عمدت الإدارة إلى الإسراع إلى تنفيذ القرار والإسراع إلى إتمام العملية التعاقدية دون انتظار صدور حكم القضاء في النزاع الأمر الذي يفضي في النهاية إلى استحالة إعادة الوضعية إلى

⁽¹⁾ هذا بالإضافة إلى الرقابة الإدارية التي تمارسها أجهزة الرقابة على الصفقات العمومية في الجزائر والمنصوص عليها ضمن المواد 156-202 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ينظر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 50، الصادرة في 20 سبتمبر 2015.

⁽²⁾ عبد الغني بسيوني عبد الله، وقف تنفيذ القرار الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية 1990، ص.14.

ما كانت عليه عند صدور حكم إلغاء القرار، خصوصا إذا ما تعلق القرار موضوع الطعن بالعقود الإدارية. وحيث أنه لا يمكن التغافل عن خاصية بطء إجراءات التقاضي في المنازعات الإدارية التي تستغرق أمدا طويلا، لدرجة أن هذه الظاهرة أصبحت السمة السلبية البارزة للقضاء الإداري التي قد تنشي الطاعن عن اللجوء إليه. وبما أن الفاصل الزمني بين تطبيق القرار وبين إلغائه قد يصل إلى مدة خيالية ما دام نظر القضاء الإداري في دعوى تجاوز السلطة يخضع إلى إجراءات قد تدوم أشهرا وربما سنة أو سنتين⁽¹⁾، فكان يجب الإسراع في طلب وقف تنفيذه.

ولئن كان للطاعن المتضرر من القرار الإداري المنفصل المكون للعملية التعاقدية أن يطلب توقيف تنفيذه، إلا أن ذلك محكوم بما قد ينجر عنه من آثار مادية يصعب تداركها، بالإضافة إلى شرط الجدية الذي يجب أن يصطبغ به هذا الطلب، وأمام صعوبة تحقق ذلك في مادة العقود الإدارية، فإن طلب وقف التنفيذ لا يحظى غالبا بالموافقة من قبل القاضي الإداري.

ولتجاوز هذه المساوئ وما ينجر عنها من صعوبات في مجال عملية اختيار الإدارة للمتعاقد معها، سنّ المشرع الجزائري قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي وضع آلية جديدة أكثر فعالية تتمثل في رقابة قضاء الاستعجال للمرحلة السابقة على التعاقد متى شاب هذه المرحلة عيب من عيوب إجراءات الإعلان والمنافسة، متبعا في ذلك خطوات المشرع الفرنسي الذي كان سباقا في تحقيق ذلك⁽²⁾.

هذا، وأنيطت مسألة تحريك مسؤولية الإدارة أمام القضاء الإداري الاستعجالي جراء إخلالها بالتزامات المنافسة والإعلان للغير المستفيد، هذا الأخير الذي يحوز مركز جيد للمراقبة في القانون الإداري، حيث أنه إذا كان للمرء أن يلخص القانون الإداري في شكله الحديث، فإنه يمكن القول أن الغير "هو ضابط القانون العام، والمدافع عن المشروعية".

¹ يشير التكري، مدخل إلى القانون الإداري، مركز البحوث والدراسات الإدارية، الطبعة 2، تونس، 2000، ص. 321.

² يعتبر ذلك تكميلا لمسار الدولة في محاربة الفساد في مجال الصفقات العمومية، حيث أن قانون رقم 06-01 المتعلق بمكافحة الفساد المعدل والمتمم لم يركز إلا على الجانب الجزائي، الأمر الذي لم يكن ذي أثر على عملية الإبرام، وهو ما دفع بالمشرع إلى خلق نظام جديد فعال يجمع ما بين السرعة والمرونة في الإجراءات والسلطات الواسعة الممنوحة للقاضي الإداري وهو قاضي الاستعجال في هذا المجال. وأنيطت هذه الرقابة لهذا الأخير كون منازعات إبرام الصفقات العمومية تستلزم النظر فيها بسرعة، فالصفقة العمومية تتعلق بالمصلحة العامة، وبتطو المنازعات بشأنها سيؤدي إلى الإضرار بهذه الأخيرة. هذا ونشير إلى أن هذه الإجراءات لم يأت بها المشرع المصري وبناء على ذلك يبقى للغير المستفيد أن يستعمل دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد متى تعلق الأمر بإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة.

وتأسيسا على ما تقدم، يتمثل منطلق هذه الدراسة في إبراز دور الغير في حماية عملية إبرام العقد عن طريق دعوى الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد في النظام القانوني الجزائري والنظام القانوني الفرنسي-واستبعاد قضاء الإلغاء بالنسبة للقرارات الإدارية المنفصلة- بينما يتمثل مآلها في الوقوف على مستجدات القانون في ذلك، وفقا للإشكالية التالية: أين تكمن خصوصية طعن الغير المستفيد من خلال استعمال دعوى الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد؟

أن يكون طعن الغير المستفيد عن طريق دعوى الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد مميزا، لا يعني في أفضل حالات تميزه، الخروج عن النظام القانوني للدعاوي الإدارية، بدء بتحديد مجالها (الفرع الأول)، وآثار استعمالها (الفرع الثاني)، والوقوف ثالثا على مستحدثات القانون بشأنها (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مجال تطبيق دعوى الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد

يتمثل الهدف من إجراء الدعوى الاستعجالية في المرحلة السابقة على التعاقد في إعاقة تكوين (إبرام) العقود الإدارية، متى تبين إخلال الجهة الإدارية بالتزامات الإعلان والمنافسة المنصوص عليها قانونا، ويستجيب خلق هذا الإجراء إلى ضمان الشفافية في إبرام العقود ذلك من خلال السماح للسلطة الإدارية باختيار متعاقدتها بكل حرية في ظل احترام المساواة في الوصول إلى العقود ولتجنب المحاباة⁽¹⁾.

وقد أثبتت الممارسة أنّ هذا الإجراء يعتبر من أنجع الإجراءات القانونية وأكثرها فعالية في حماية عملية إبرام العقود الإدارية، ذلك لدوره الوقائي وكذا التصحيحي للعيوب التي تشهدها هذه العملية خاصة تلك المتعلقة بالتزامات المنافسة والإعلان⁽²⁾. هذا وقد ساهم خلق هذا الإجراء في التخفيف من بطء المنازعات وكذا تحسين أخلاقيات الحياة العامة الاقتصادية⁽³⁾.

ولمّا كان ذلك، يستلزم الأمر أن نسلط الضوء في هذه الجزئية على نطاق تطبيق هذه

¹⁾Jean WALINE, droit administratif, dalloz, 22^{ème} éd, 2008, pp. 426-427.

²⁾Laura Laura PREUD'HOMME, l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique, op.cit, p16.

³⁾ Charles DEBBASCH, Frédéric COLIN, droit administratif, economica, 7^{ème} éd., 2004, p. 687.

الدعوى من حيث موضوعها، ذلك من أجل تحديد مصلحة الغير المستفيد منها.

أولاً: مجال تطبيق دعوى الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد من حيث الموضوع

تنص المادة 1/946 و2 و3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية. يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية. يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد".

يظهر من خلال نص المادة أعلاه أن المشرع قد جعل تطبيق هذا الإجراء على جميع العقود الإدارية وعلى اختلاف أنواعها، والتي يدخل في شموليتها الصفقات العمومية، على عكس المشرع الفرنسي الذي اعتمد طريقة التحديد في مد نطاق رقابة القاضي الاستعجالي على بعض العقود الإدارية في المرحلة السابقة على التعاقد وهو ما حددته المادة 1-551 من قانون القضاء الإداري الفرنسي⁽¹⁾، حيث قصرت ذلك على العقود الإدارية التي تتضمن أشغالا عامة، توريد اللوازم أو تقديم الخدمات، بمقابل اقتصادي يتكون من ثمن أو حق استغلال، كما تشمل كذلك عقود تفويض مرفق عام، أو اختيار متعامل اقتصادي مساهم في شركة اقتصادية مختلطة. وينطبق ذلك أساسا على اختيار المساهم المتعامل في مؤسسة اقتصادية مختلطة كهرومائية وتعيين صاحب الامتياز، كما يدخل ضمن ذلك عقود الشراء العام التي تبرمها الأشخاص العامة ذات الطابع الإداري، وفقا لقانون الصفقات العمومية. ويظهر من خلال ذلك

¹ « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs Adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique.

Il peut également être saisi en cas de manquement aux mêmes obligations auxquelles sont soumises, en application de l'article L. 521-20 du code de l'énergie, la sélection de l'actionnaire opérateur d'une société d'économie mixte hydroélectrique et la désignation de l'attributaire de la concession ».

وللتبويه، فإنَّ المشرع استعمل في هذه المادة مصطلح السلطات المتعاقدة، بينما استعمل مصطلح الكيانات المتعاقدة في المادة 551- L5 و5 وهي السلطات المتعاقدة التي تمارس أنشطة تشغيل الشبكات، إنتاج، نقل وتوزيع الكهرباء، الغاز، الحرارة، الماء، توفير خدمة عامة في مجال النقل.... وتخضع هذه الهيئات المتعاقدة لقواعد خاصة منصوص عليها في قانون الصفقات العمومية.

أنَّ المشرع الفرنسي قد أدخل في طائفة العقود التي تخضع لرقابة القاضي الاستعجالي في المرحلة السابقة على التعاقد، العقود التي تبرمها المؤسسات الاقتصادية ذات الطابع الإستراتيجي نظرا للأهمية التي تحظى بها، الأمر الذي يحتم عليها اتباع إجراءات المنافسة والإعلان من أجل اختيار أحسن المتعاملين الاقتصاديين الذين ينهضون بتسيير هذه المؤسسات وبالتالي تقديم خدمات جيدة للمنتفعين⁽¹⁾. ويتبين من هذا التحديد أنَّ العقود المعنية بالاستعجال في مرحلة ما قبل التعاقد هي تلك الأكثر استعمالا، أي تلك المتعلقة خصوصا بعقود الشبكات. هذا من حيث طبيعة العقود، أما من حيث متطلبات تدخل القاضي الاستعجالي في المرحلة السابقة على التعاقد فتتمثل على سبيل الحصر في الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة.

1- الإشهار (الإعلان)

إنَّ القاعدة العامة في الدعوة إلى التعاقد في مفهوم القانون الإداري تعني الإعلان عن الصفة العمومية أو التعاقد الإداري، وهذا ما يندرج ضمن حق المواطنين في الإعلام وهو حق دستوري يسمح لكل راغب في التنافس فرصة العلم بالفرص الاقتصادية المتاحة في المجتمع⁽²⁾.

ولمَّا كان ذلك، فإنَّ مبدأ العلانية يقصد به قيام المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن موضوع التعاقد بأسلوب يُمكن كل من تنطبق عليه الشروط من التقدم ببعثائه. حيث أنَّه ولتحقيق الغرض من العقود الإدارية -وبالضبط الصفقات العمومية- على الوجه المقرر في القوانين واللوائح لا بد من احترام وتطبيق مبدأ علانية المناقصات والمزايدات في جميع مراحلها، ويتجسد ذلك من خلال الإعلان مقدما عن مكان وتاريخ إجراء العملية المراد التعاقد عليها عن طريق

⁽¹⁾ وللإشارة فإنَّ عقود الشراء العام التي تخضع لرقابة قاضي الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد هي تلك التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة تطبيقا للمادة 4 من الأمر رقم 2015-899 المؤرخ في 2015/07/23 المتعلق بالصفقات العامة. كما أن عقود الامتياز التي تخضع لهذا الإجراء فقط تلك التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة تطبيقا للمادة 3 من الأمر رقم 2016-65 المؤرخ في 2016/01/29 المتعلق بعقود الامتياز.

⁽²⁾ عبد الرحمان عزوي، خصوصية المصطلحات في القانون الإداري وانعكساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية ومقوماتها (حالة العقد الإداري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، مارس 2012، ص.432.

وسائل الإعلام والإشهار حتى يعلم المواطنين⁽¹⁾.

وبتعبير آخر، فإنَّ العلانية تتحقق عندما تضع الجهة التي تنوي التعاقد المعلومات الأولية المتعلقة بالعقد المنتظر تحت تصرف المترشحين المحتملين⁽²⁾، وحتى يتحقق الهدف من الإعلان يجب أن يكون منطويا على البيانات التي تطلب القانون ضرورة أن يشملها من تحديد الجهة التي يقدم إليها العطاء، مواعده، العمل أداءه، مبلغ التأمين المؤقت ثمن دفتر الشروط.....، وإذا كان ذلك يحقق الشفافية في تعاملات الإدارة مع متعاقدتها، فإنه يحقق من زاوية أخرى مصلحة لجهة الإدارة التي تنوي التعاقد، إذ يجنبها ذلك الجهد والوقت في فحص العطاءات غير المناسبة التي تقدم بها أصحابها جهلا بشروط المناقصة التي لم يفصح عنها في الإعلان⁽³⁾.

ويعتبر من قبيل العناصر الواجب توافرها في الإعلان عن الصفقة ذلك ما حددته المادة 62 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث يجب أن يتوفر فيه مجموعة من البيانات من ذلك: تحديد كيفية طلب العروض، ومدة تحضيرها وكذا مكان إيداعها، صلاحيتها، تقديم كفالة تعهد...، وحتى يكون الإعلان أكثر فعالية، أوجبّت المادة 65 من نفس التنظيم على المصلحة المتعاقدة بأن يُنشر في الجريدة الرسمية للمتعاقد العمومي، وعلى الأقل في جريدتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني، وأن يكون طلب العروض محل نشر محلي في جريدتين محليتين أو جهويتين، ويتم إلصاقه في مقر الولاية أو كافة بلدياتها...، وعلاوة على ذلك، يجب أن يكون طلب العروض محررا باللغة العربية ولغة أجنبية واحدة على الأقل. وللإشارة، فإنَّ نشر طلب العروض في الصحف الوطنية لا يكون إجباريا إلا متى تعلق الأمر بطلب العروض المفتوح، وطلب العروض المفتوح مع قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، والتراضي بعد الاستشارة عند اللزوم⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ عتيق حبيبة، الشكالية في العقد الإداري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص. 61 وما بعدها. ويعرف الإعلان عموما على أنه إيصال العلم إلى جميع الراغبين في التعاقد وإبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد ونوعية المواصفات المطلوبة ومكان وزمان الإجراء. نفس المرجع ص.98.

⁽²⁾ مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص.589.

⁽³⁾ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام-التفويض-المنازعات في ضوء أحكام مجلس الدولة وفقا لقانون المناقصات والمزايدات، 2005، ص.153.

⁽⁴⁾ المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

أمّا بالنسبة للنظام القانوني الفرنسي، فقد فرض المرسوم رقم 2016-360 المؤرخ في 2016/03/25 المتعلق بالصفقات العمومية من خلال المادة 31 على السلطة المتعاقدة تحديد موضوع التعاقد في الإعلان بدقة من حيث كونه طلب عروض أو إجراء منافسة، كما حددت المادة 33 منه وسائل الإعلان والمتمثلة في النشر ضمن النشرة الرسمية لإعلانات الشراء العام وكذا الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، أو لدى جريدة مؤهلة لنشر الإعلانات القانونية، ومع ذلك فإنّ هذه الوسائل تختلف باختلاف مبلغ الصفقة في حد ذاته⁽¹⁾.

ولمّا كانت القواعد التي تنص على ضرورة الإعلان السابق من النظام العام، فإنّ مخالفتها تؤدي إلى وصم إجراءات التعاقد باللامشروعية، وأبعد من هذا، يعتبر كذلك متى كان الإعلان غير فعال وغير مكتمل إذا لم يحتو على البيانات الدنيا المفروضة، أو أنّه لم ينشر بشكل كاف أو لأنّ مدته لا تكون ملائمة لإعداد العروض⁽²⁾.

2- المنافسة

لا يمكن فصل العلاقة بين الإعلان والمنافسة، فمن حيث المبدأ تقتضي المنافسة الإعلان عنها، ويسمح الإعلان بإنشاء مجال يمكن من خلاله ممارسة المنافسة من أجل اختيار الاقتراح الأكثر تكيفا مع احتياجات الشخص العام المعني، وبالتالي فإنّ المنافسة لا تعتبر غاية في حد ذاتها بقدر ما تعتبر وسيلة تضمن الاستخدام الجيد للأموال العامة لأنها تسمح بإمكانية مشاركة العديد من المترشحين مما يؤدي إلى وجود عدة عروض متنافسة⁽³⁾.

وتعرف المنافسة على أنّها:

¹ وكذا ما ألزمته المادة 39 على الجهة المتعاقدة بوضع كافة الوثائق المتعلقة بالتعاقد تحت تصرف المرشحين. وعلى سبيل المقارنة، أوجب المشرع المصري من خلال المادة 21 من القانون رقم 182 لسنة 2018 المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة على الجهات التي تريد التعاقد أن تبين في إعلان الدعوة إلى التعاقد موضوع التعاقد وشروطه والأسباب المبررة لاتباعه، وأسلوب التقييم الفني والمالي، كما أوجب أن ينشر الإعلان على بوابة التعاقدات العامة، كما ينشر مرة واحدة في صحيفة يومية واسعة الانتشار متى تعلق الأمر بالمنافسة العامة أو الممارسة العامة الداخلية أو المزايدة بالمظاريف المغلقة، ويكون النشر في إحدى الصحف الدولية والإعلان عنه عن طريق القنصليات والدبلوماسية متى تعلق بإجراء المناقصة العامة والممارسة العامة الخارجية. ويمكن أن يتعدد النشر حسب موافقة السلطة الإدارية ووفقاً لأهمية وطبيعة التعاقد.

² للاستزادة حول جزاء الإخلال بأحكام الإعلان، ينظر، مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص.403-460.

³ Muhannad AJJOUR, la notion de liberté contractuelle en droit administratif français, thèse de doctorat en droit public, université panthéon-Assas, Paris 2, 2016, p.296.

« compétition économique ; offre, par plusieurs entreprises distinctes et rivales, de produits ou de services qui tendent à satisfaire des besoins équivalents avec, pour les entreprises, une chance réciproque de gagner ou de perdre les facteurs de la clientèle ».

(منافسة اقتصادية، عروض، تجري بين عدة شركات مختلفة متنافسة، للمنتجات أو الخدمات، والتي تميل إلى تقديم احتياجات متماثلة، وللشركات فرصة متبادلة للفوز أو خسارة الزبون)⁽¹⁾، وعليه يمكننا القول أنّ المنافسة في مجال الصفقات العمومية تعني المنافسة الاقتصادية التي تجري بين عدة عارضين مختلفين للمنتجات أو الخدمات، يميلون إلى تقديم احتياجات متماثلة، ولهم فرصة متبادلة للفوز أو خسارة العقد.

وحتى تكون المنافسة حرة، فإنّه يجب فتح باب التزاحم الشريف أمام كل من يود الاشتراك في التعاقد⁽²⁾، أو إفساح المجال لكافة الأشخاص الذين يهمهم الأمر وتتحقق فيهم شروطها⁽³⁾.

ويعد إخلالا بمبدأ المنافسة متى تعلق الأمر مثلا :

- قبول بعض العطاءات رغم فوات الميعاد المحدد لتقديمها.

- تفضيل أحد المرشحين من خلال تزويده بالمعلومات المتعلقة بالصفقة دون باقي المترشحين.

- اعتماد معايير انتقاء لا علاقة لها بموضوع الصفقة أو معايير تمييزية لم يتضمنها دفتر الشروط.

- الاستبعاد والإقصاء من المنافسة دون وجه حق⁽⁴⁾.

- اللجوء إلى التفاوض في غير الحالات المحددة له أثناء مرحلة تقييم العروض⁽⁵⁾.

¹) Gérard CORNU, vocabulaire juridique, op.cit, p.200.

²) مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص.496.

³) ولا يشكل تقييد المنافسة في بعض الأوضاع المنصوص عليها قانونا إخلالا بمبدأ المنافسة، كالمسابقة التي تعتبر إجراء يتطلب انتقاء أشخاص تتوفر فيهم خصائص معينة يتطلبها التعاقد، ينظر المادة 84 من المرسوم الرئاسي رقم 274/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. أو طلب العروض مع اشتراط قدرات دنيا. ينظر المادة 44 من نفس المرسوم. وينظر في نفس السياق، المادة 88 من المرسوم رقم 2016-360 المتعلق بالصفقات العامة في القانون الفرنسي فيما يخص المسابقة المقيدة، والمادة 69 فيما يتعلق بطلب العروض المقيد.

⁴) مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع نفسه، ص.869.

⁵) ينظر على سبيل المثال، المادة 80 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ثانياً: عنصر المصلحة في قضاء الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد

حددت المادة 2/946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 10-551-L من قانون القضاء الفرنسي الأشخاص الذين لهم الحق في إخطار قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد، وهم بذلك كل من لهم مصلحة في إبرام العقد والذين قد يتضرروا من خرق التزامات الإعلان والمنافسة⁽¹⁾. ويتبين من ذلك أن تحديد الغير الذي له حق إخطار القاضي الاستعجالي مرتبط أساساً بعنصر المصلحة (المصلحة المانحة للصفة في التقاضي)، هذه الأخيرة التي لها وجهان في هذه الحال، إبرام العقد والضرر المحتمل المترتب عن خرق التزامات الإعلان والمنافسة.

وبمفهوم المخالفة نقول، أنّ الأشخاص الذين ليست لهم مصلحة في إبرام العقد ليس لهم الحق في استعمال الاستعجال في مرحلة ما قبل التعاقد، وعليه يتمثل الأشخاص الذين لهم مصلحة في إبرام العقد عموماً في المتنافس المستبعد والمرشح المحتمل.

فإذا كانت صفة المترشح المستبعد أو المحتمل تعطي الطاعن المصلحة في استعمال دعوى الاستعجال في مرحلة ما قبل التعاقد، فإنّ ذلك يبقى مقترناً بإمكانية الإضرار بمصالحه أي حقوقه الشخصية جراء خرق التزامات الإعلان والمنافسة حيث يعتبر ذلك كافياً لإثبات مصلحته، مع العلم أن هذا الأمر متروك لتقدير القاضي مراعيًا بذلك نطاق الإجراء الخاص بهم، وكذا خطر إلحاق الضرر بهم ولو بطريقة غير مباشرة، وعليه فإنّ الضرر الحقيقي غير مشروط⁽²⁾. وتبدو مسألة الإثبات هنا صعبة نوعاً ما خاصة ما تعلق منها بخرق التزامات الإعلان والمنافسة، وبالتالي يمكن للقاضي في هذه الحال أن يستعمل سلطته في التحقيق

¹ مع العلم أنّ المادة 10-551-L من قانون القضاء الإداري الفرنسي أضافت فئة أخرى تتمثل في الأشخاص الذين يريدون الدخول في رأس مال شركة مختلطة ذات غرض وحيد، وينطبق هذا التحديد عموماً على الأشخاص الذين لديهم مصلحة في المساهمة في رأس مال هذه الشركات، وبالتالي يخرج ذلك من إطار التعاقد الإداري، بل والإجراءات التي تقتضيها هذه الأخيرة.

² Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.435.

هو ما ذهب إليه مفوض الحكومة في قضية SMERGEOM بتاريخ 2008/10/03 وما أخذ به مجلس الدولة - بقوله:

« les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements: du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements et qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si, eu égard en particulier à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, les manquements allégués du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont susceptibles d'avoir lésé ou de léser les personnes requérantes ».

(الأشخاص المؤهلون لوضع حد لإخلال السلطة المتعاقدة بالتزامات الإعلان والمنافسة هم الذين من المحتمل أن يتأذوا من هذا الإخلال والذي يعود لقاضي الاستعجال ما قبل التعاقد البحث عنها بالنظر إلى نطاقها ومرحلة الإجراءات التي تتعلق بها، وعليه فإنّ الإخلال المزعوم للسلطة المتعاقدة في القيام بمتطلبات الإعلان والمنافسة من المحتمل أن يشكل ضرراً أو يضر بالأشخاص الطالبين)، وقد وضع هذا القرار حداً للتفسير القائل بأنّ أي غير مستبعد يمكن أن يتذرّع بكل الاختلالات حتى ولو لم تسبب له أي ضرر.

DACOSTA, concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, R.F.D.A, 2008, p. 1137.

ذلك من خلال إلزام الإدارة بتقديم الأدلة والوثائق التي تثبت ذلك، كما يمكن له أن يضع ذلك على كاهل المتقاضي⁽¹⁾.

وللغير المستفيد أن يتذرع بالوسائل التي تبين خرق الجهة المتعاقدة لالتزاماتها المتعلقة بالإعلان والمنافسة، كأن يتذرع بفرضها شروط انتقائية تعيق جميع المتنافسين ذلك من خلال وضع مواصفات تمييزية في دفتر الشروط، قد تعيق الكل أو البعض منهم من تقديم عطاءات، أو عدم وجود معلومات كافية حول موضوع التعاقد، أو وجود ثغرات في محتوى الإعلان، أو مخالفات في اختيار وسائل الإعلان، أو عدم معرفة المواعيد النهائية للإعلان، أو استعمال إجراء إبرام عقد غير مناسب⁽²⁾، وفي هذه الحال على القاضي أن يبحث بطريقة موضوعية في الأسباب التي بررت هذا الخرق، فهو يراقب الأداء الصحيح للالتزامات المفروضة على السلطات المتعاقدة⁽³⁾.

ومع ذلك، يوجد غير مستفيد يتدخل في الوضعية القانونية للعلاقة التعاقدية في وقت معين، ويستفيد من إجراء الاستعجال ما قبل التعاقد، بالرغم من أن ليس له مصلحة في إبرام العقد ولا يحتمل من أن يتضرر من خرق التزامات المنافسة والعلانية، وإنما يهدف لضمان احترام مبدأ المشروعية، بصفته هيئة تضمن المشروعية على المستوى المحلي، ويتمثل ذلك في الوالي وهو ما نصت عليه المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويتم إخطاره في هذه الحال من الأشخاص الذين لهم مصلحة شخصية في ذلك كالجمعيات أو أعضاء المجالس المحلية وغيرهم.....

وفي نفس السياق يكون ممثل الدولة (المحافظ) في فرنسا، ما لم يتعلق الأمر بعقد أبرمته الدولة باستخدام إجراء الاستعجال ما قبل التعاقد عندما تخطره اللجنة الأوروبية بالأسباب التي تعتبرها خرقا خطيرا للالتزامات الإعلان والمنافسة في مرحلة إبرام العقد⁽⁴⁾.

فما من شك أنّ ليونة القاضي في التعامل مع قبول طعون الغير، من خلال دعوى الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد يبين تدعيمه بسلطات استثنائية تقابل ذلك، وعليه

¹) Laura PREUD'HOMME, l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique, op.cit, p.58.

²) Ibid, p.60.

³) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.424.

⁴) الفقرة الثانية من المادة L551-10 من قانون القضاء الإداري الفرنسي.

كيف يتعامل قاضي الاستعجال إزاء طعن الغير المستبعد بعد قبوله؟.

الفرع الثاني

أثر طعن الغير المستفيد عن طريق دعوى الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد على أعمال الإدارة غير المشروعة

يهدف تدخل الغير المستفيد في منازعات الاستعجال ما قبل التعاقد إلى إلغاء كل الأعمال غير المشروعة التي تخالف التزامات الإشهار والمنافسة المنصوص عليها قانونا، ويترجم أثر تدخله في السلطات الممنوحة لقاضي الاستعجال لمجاهته هذا الإخلال، هذه السلطات التي تختلف مع سلطات قاضي الاستعجال العادي في مسائل عدة وتجتمع معها في مسائل أخرى، وهو ما يدفعنا إلى القول أنّ تدخل قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد يجمع بين خصائص القضاء الكامل، وخصائص الاستعجال العادي، بل أكثر من ذلك يجعلنا نقر بأن له صلاحيات واسعة النطاق، تعبر عن اتجاه الأخذ بالتدابير المؤقتة (الفرع الأول) أو النهائية (الفرع الثاني) للبت في الطلبات المقدمة بسرعة وتفادي الشكليات الإجرائية، وفق ما تنص عليه المادة 6 و5 و4 و946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادة 2 و551-L من قانون القضاء الإداري الفرنسي⁽¹⁾، وهو ما نتناوله تباعا.

⁽¹⁾ " يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه . ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد . ويمكن لها كذلك وبمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما" . وفي نفس السياق تنص المادة 2-551-L على أنه:

« I.-Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. »

Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.

II.-Toutefois, le I n'est pas applicable aux contrats passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité au sens de l'article 6 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics Pour ces contrats, il est fait application des articles L. 551-6 et L. 551-7 ».

ونشير إلى أن صلاحيات قاضي الاستعجال تجاه الكيانات المتعاقدة المنصوص عليها في المادة 5-551-L تتمثل في: الأمر والتوقيف والغرامة التهديدية. ينظر، المادة 6-551-L من قانون القضاء الإداري الفرنسي.

وللتتويه أيضا، فإنّه ومع ذلك فلا مجال للحديث عن هذه التدابير والإجراءات متى قررت الإدارة سحب التعاقد نهائيا، ولا معقب على سلطتها هذه ليصبح الكلام عن اختصاص قاضي الاستعجال غير ذي قيمة تذكر، وهو ما تنص عليه على سبيل المثال في النظام القانوني الجزائري المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتوقيضات المرفق العام.

أولاً: التدابير المؤقتة

وهي تدابير تحفظية وقائية يتخذها القاضي حيال عملية التعاقد والمتمثلة في سلطة تأجيل إبرام العقد، ويعبر ذلك عن وقف إبرامه ووقف تنفيذ كل قرار يتعلق به، وبتعبير آخر تهدف هذه السلطة الممنوحة للقاضي الاستعجال إلى "شل عمليات التعاقد"⁽¹⁾. ويعتبر هذا الإجراء من المسائل الأولية التي يجب أن يفصل فيها قاضي الاستعجال ابتداءً قبل اتخاذ أي إجراء آخر، متى تبين له من ظروف القضية أنه يوجد إخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة مما يوحى بجدية الطعن، على أن يكون التأجيل هنا خلال 20 يوماً وفقاً للمادة 6/946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي المدة المقررة لنظر قاضي الاستعجال في الطعن المرفوع أمامه.

ومع ذلك فإنّ هذا الإجراء قد لا يغل يد السلطة المتعاقدة عن توقيع العقد وبالتالي رفع يد قاضي الاستعجال عن النظر في موضوع القضية، وهي المسألة التي عالجها المشرع الفرنسي في المادة 5-551L من قانون القضاء الفرنسي بقوله:

«Le juge ne peut statuer avant un délai fixé par voie réglementaire».

(لا يحق للقاضي الفصل إلا بعد مرور مدة محددة يحددها التنظيم)، وهي المدة التي حددتها المادة 101 من المرسوم رقم 360-2016 المتعلق بالصفقات العمومية⁽²⁾، ويسمى هذا القيد *délai de standstill* أي "مدة الجمود" بالنسبة لإبرام العقود التي تخضع لإجراءات شكلية أي المدة المعينة بين تاريخ تبليغ رفض العرض وتاريخ توقيع العقد والمقدرة بـ 16 يوماً، وتخفض هذه المدة إلى 11 يوماً إذا تم نشر إعلان نية الإدارة في إبرام العقد. وعليه فإنّ القاضي ملزم باحترام هذا الأجل وعلى الإدارة الانصياع لذلك وعدم توقيع العقد من أجل تمكين الغير المستبعد من استعمال حقه في الطعن.

¹ مختار مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص. 873.

² « I – Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, un délai minimal de onze jours est respecté entre la date d’envoi de la notification prévue au deuxième alinéa du II de l’article 99 et la date de signature du marché public par l’acheteur. Ce délai minimal est porté à seize jours lorsque cette notification n’a pas été transmise par voie électronique.

II. – Le respect du délai mentionné au I n’est pas exigé : 1o Lorsque le marché public est attribué au seul opérateur ayant participé à la consultation ; 2o Pour l’attribution des marchés subséquents, fondés sur un accord cadre, ou des marchés spécifiques fondés sur un système d’acquisition dynamique ».

يعبر نظام الشراء الديناميكي عن إجراء إلكتروني لمنح العقد بالنسبة للمشتريات الروتينية، حيث يمنح المشتري بعد دعوة للمنافسة إلى صفقة أو عدة صفقات محددة إلى أحد المتعاملين المحددين مسبقاً. المادة 81 من المرسوم رقم 360-2016 المتعلق بالصفقات العمومية.

ثانيا: التدابير النهائية (القطعية)

وهي التدابير الناتجة عن الحكم الموضوعي الذي يفصل في خصومة الاستعجال ما قبل التعاقد، ويظهر هنا وبقوة الاختصاص المدعم لقاضي الاستعجال، أي السلطات الاستثنائية الممنوحة له في هذا الصدد، والمتمثلة في: سلطة إصدار أوامر، وسلطة فرض الغرامة التهديدية.

1-سلطة الأمر

وهي سلطة تمنح للقضاء لإلزام الإدارة القيام بعمل إيجابي (القيام بعمل) أو عمل سلبي (الامتناع عن عمل)، ويتمثل ذلك في أمره لها بأن تراعي الالتزامات المفروضة عليها قانونا في مجالي العلانية والمنافسة في إبرام الصفقة العمومية خصوصا، كأن يأمرها بأن تنشر إعلانا عن الصفقة في حال نكولها عن ذلك، أو أن تعيد نشر الإعلان إذا كان النشر الأول لم يستوف شروطه القانونية، أو أن يأمرها بتكليف إجراءات العقد مع مقتضيات المنافسة وفقا للقانون⁽¹⁾. وحقيقة ذلك أنّ سلطة الأمر ما هي إلاّ نتاج لعملية إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة-كقاعدة عامة- المكونة لإرادة الإدارة في التعاقد والمشوبة بعيوب مخالفة أحكام العلانية والمنافسة، أي أن القرار الإداري المنفصل مشوب بعيوب الإجراءات أو الشكل، وهو اختصاص أصيل للقاضي الإداري وخصوصا قاضي الإلغاء، ليخرج عن دائرة الطعن في هذه الحال قرار توقيع العقد، لأنه متى تم ذلك اعتبر العقد موجودا وبالتالي يفقد قاضي الاستعجال في المرحلة السابقة للتعاقد اختصاصه كأصل عام.

ومع ذلك، فإنّ المشرع الفرنسي مكن القاضي صراحة من خلال الفقرة الثانية من المادة L551-2 من قانون القضاء الإداري من سلطة إلغاء الأعمال غير المشروعة التي لها علاقة بعملية إبرام العقد، بل وإلغاء الشروط التنظيمية التي تظهر في العقد ولا تمتثل للالتزامات المنافسة والعلانية.

⁽¹⁾ للاستزادة حول الظروف التاريخية لهذا الإجراء، ينظر، مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص.871-874. وينظر في نفس السياق، حول تطبيق سلطة الأمر في النظام القانوني الجزائري المادتين 978 و979 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- فرض غرامة تهديدية

إنّ ضمان تنفيذ الأحكام القضائية القطعية الصادرة عن القضاء الإداري لا يكون إلاّ بخلق آليات تحقق ذلك، ولعلّ أهمها الغرامة التهديدية، حيث يستطيع القاضي بناء على هذا الإجراء أن يأمر المدين بتنفيذ التزامه عينا مدة معينة ، فإذا تأخر كان ملزما بدفع غرامة تقدر على أساس مبلغ معيّن عن كلّ فترة زمنية عن الإخلال بالالتزام، و بالتالي يرجع للقضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات والذي يجوز للقاضي أن يحوّل هذه الغرامات أو أن يخفضها (1). وتأسيسا على ذلك، فإنّه لقاض الاستعجال ما قبل التعاقد أن يُقرن قرارته القطعية الصادرة في مجال الصفقات العمومية خصوصا والعقود الإدارية عموما بالغرامة التهديدية لضمان فعالية تنفيذ أحكامه.

وفي الأخير نشير بأنّ استخدام قاضي الإستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد في النظام الفرنسي لصلاحياته المنصوص عليها في المادة 2-551 L محكوم بنظرية الموازنة وهو ما قضت به بقولها:

« ...s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages ».

(...مع الأخذ بعين الاعتبار كل المصالح التي يمكن أن تتضرر بما في ذلك المصلحة العامة، وأنّ النتائج السلبية الناجمة عن هذه التدابير تفوق مزاياها)، وبالتالي فعلى القاضي أن يقدر جميع المصالح في هذه الحال سواء كانت مصالح عامة أو خاصة.

وللإشارة، يتحدد أجل الفصل في دعوى الاستعجال في مرحلة ما قبل التعاقد في النظام القانوني الجزائري بعشرون 20 يوما من تاريخ إخطار قاضي الاستعجال (2)، وبالتالي فإنّ مرور هذا الأجل يغل يد القاضي بالنظر في الدعوى وتسقط بذلك وهو ما يظهر من صيغة الفعل "تفصل..."، كما أنّ تقريره مقرر للمصلحة العامة والتمثلة في سرعة إبرام العقد دون تعطيل من القضاء.

¹ مهندس مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص. 789. مشار إليه في الهامش. وتعرف الغرامة التهديدية على أنّها عقوبة مالية تبعية ومحتملة تحدد بصفة عامة بمبلغ معين من المال عن كل يوم تأخير، بهدف تجنب عدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري أو التأخير في تنفيذها. عمر رزيق، بشير الشريف شمس الدين، قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، جوان 2017، العدد 11، ص. 636. يراجع في أحكام الغرامة التهديدية في المادة الإدارية، المواد 980-986 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومع ذلك يطرح سؤال مفاده: هل يقبل الحكم الفاصل في دعوى الاستعجال في مرحلة ما قبل التعاقد الطعن وفقا لما هو مقرر للطعن في الأحكام الاستعجالية؟

لقد سكت المشرع الجزائري عن هذه المسألة، وعليه نرجع للأحكام العامة المطبقة في هذا المجال، واعتبارا لذلك أفرد المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية حكما يقضي باستبعاد الطعن بالاستئناف في الأوامر الاستعجالية الصادرة في مادة القرارات الإدارية، وكذا حالات الاستعجال القسوى والتعدي المادي والاستلاء، وكذا في حالة تعديل مقتضيات الأمر الاستعجالي أو الحد منها بناء على طلبات ذوي المصلحة⁽¹⁾، باستثناء الأوامر الاستعجالية في مادة الحريات الأساسية التي تقبل الاستئناف⁽²⁾، أو الأوامر القاضية برفض دعوى الاستعجال لعدم التأسيس، أو عدم الاختصاص⁽³⁾، وعليه نقول أنه لا يمكن الاستئناف في

⁽¹⁾ المادة 936 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁽²⁾ المادة 937 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁽³⁾ المادة 938 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وفيم يخص الاستئناف لعدم التأسيس، نجد تطبيق ذلك في قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 2015/12/17، في قضية مؤسسة الأشغال والبناء ضد بلدية واد تليلات، وتعود وقائع القضية إلى استئناف مؤسسة الأشغال والبناء للأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة الإدارية بوهران بتاريخ 2015/05/17 القاضي برفض الطلب لعدم التأسيس بحجة أن الطلب يمس موضوع الدعوى ولا يتوفر فيه عنصر الاستعجال، كونه يتعلق بإلغاء المنح المؤقت للصفقة لمؤسسة أخرى لعدم قانونيته، وقد جاء في حيثيات القرار ما يلي: "حيث ثابت من المادة 946 أعلاه أن اختصاص قاضي الاستعجال ينعقد في حالة الإخلال بالتزامات المنافسة والإشهار فقط في حين الطلب الحالي ينصب حول وقف المنح المؤقت ولا يطعن في إجراءات المنافسة والإشهار.

حيث أن صحة المنح المؤقت من عدمه يخضع للسلطة التقديرية للإدارة من خلال الرقابة الذاتية الداخلية التي تمارسها من خلال آليات الرقابة المتمثلة في اللجان الولائية واللجنة الوطنية للصفقات العمومية لفحص وتقدير المؤهلات الخاصة بكل مترشح ومدى استحقاقه لإبرام الصفقة من عدمه.... الأمر الذي يتعين معه تأييد الأمر المستأنف". مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، قرار بتاريخ 2015/12/17، فهرس رقم 15/02890، غير منشور، ينظر الملحق رقم (1)، ص. 350. وللإشارة فإن مجلس الدولة استند في إصدار قراره -بالإضافة إلى مواد أخرى- إلى المادة 924 من قانون الإجراءات المدنية وهو ما يتبين من مقتضياته، حيث تنص على أنه: "عندما لا يتوفر الاستعجال في الطلب، أو يكون غير مؤسس، يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب.

وعندما يظهر أن الطلب لا يدخل في اختصاص الجهة القضائية الإدارية، يحكم القاضي بعدم الاختصاص النوعي"، ومع ذلك كان عليه أن يستند كذلك إلى المادة 938 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ليؤسس قبوله للطعن بالاستئناف.

أما فيم يخص الطعن لعدم الاختصاص، فنجد تطبيق ذلك في قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 2012/06/21 في قضية ولاية بالبيضاء ممثلة بمديرية الري ضد السيد (أ.ع.م). حيث تدور معطيات القضية حول استئناف ولاية البيض القرار الاستعجالي الصادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء سعيدة الصادر بتاريخ 2011/07/25 والقاضي بالزامها احترام بنود الصفقة والمتعلقة بمبلغ 186041683 دج، وقد جاء في حيثيات القرار أن "النزاع الحالي يتعلق بالزام المدعى عليها باحترام بنود الصفقة، وحيث تبين من أوراق الملف أن المستأنف عليه امتثل لقرار لجنة الصفقات العمومية المتضمن تخفيض مبلغ الصفقة وقام بتنفيذ الأشغال وتسليمها مؤقتا.

حيث أن قاضي الاستعجال يكون مختصا في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة قبل إبرام العقد، وطالما أن الصفقة قد أبرمت والأشغال نفذت، فالقرار المستأنف بفعله هذا قد تعدى لأصل الحق مما يتعين إلغاؤه". مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، قرار بتاريخ 2012/06/21، فهرس رقم 723، منشور، ينظر، الملحق رقم (2)، ص. 354. لكن الملفت للنظر أن قرار مجلس الدولة جاء خلوا من

الأحكام الصادرة في قضايا الاستعجال في مادة العقود الإدارية ، إلا إذا تعلق الأمر برفض دعوى الاستعجال لعدم التأسيس، أو عدم الاختصاص النوعي، ذلك أن هذا النوع من القضايا يستلزم النظر فيه بسرعة ولا يحتمل إطالة أمد النزاع بشأنه، لتعلقه بالمصلحة العامة⁽¹⁾.

وعلى النقيض من ذلك، فإنَّ المشرع الفرنسي قد جاء بحكم صريح حول مآل نزاع الاستعجال الموضوعي في المرحلة السابقة على التعاقد في الصفقات العمومية وذلك بنصه في المادة L551-3 من قانون القضاء الإداري على أن:

« Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés ».

(يفصل رئيس المحكمة الإدارية أو مفوضه ابتدائياً ونهائياً في الاستعجال).

إنَّ الحديث عن مستحدثات تشريع الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في مجال الرقابة القضائية السابقة على عملية إبرام العقود الإدارية -الصفقة العمومية- متى تعلق الأمر بالإخلال بالتزامات الإعلان والمنافسة يدفعنا إلى البحث في التشريعات المقارنة لاسيما التشريع الفرنسي عن الآليات الجديدة الأكثر فعالية في حماية التزامات المنافسة والإعلان، وأبعد من ذلك عن دور القضاء في تحقيق ذلك.

الفرع الثالث

التوجهات الحديثة الرامية إلى مد نطاق رقابة الغير المستفيد على أعمال الإدارة غير

المشروعة في المرحلة السابقة على التعاقد

تعتبر دعوى الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد من المستجدات المهمة في التشريع الجزائري، كما تعتبر مكسبا في ميدان مكافحة الفساد في إطار إبرام العقود الإدارية عموما والصفقات العمومية خصوصا، ولمَّا كان المشرع الجزائري قد اقتبس هذا الإجراء عن نظيره الفرنسي، فإنَّ هذا الأخير قد خطى خطوة عملاقة نحو تدعيم سياسته التشريعية الرامية إلى

الأسانيد التي تؤسس قبوله للطعن بالاستئناف غير تلك الواردة في مقتضيات القرار، وعليه، يمكن القول أنَّ قبول الاستئناف قد ارتكز على مضمون المادة 938 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بتفسيرها تفسيراً موسعاً خاصة بالنسبة لمسألة الطعن لعدم الاختصاص النوعي. كما يتبين من هذا القرار مشكل الغلط في تفسير قضاة الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سعيدة لأحكام المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية، حيث أن القضية المعروضة عليهم تعلقت بعملية تنفيذ العقد ما يدخل في ولاية قاضي العقد وليس قاضي الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد، وهو ما يطرح مشكل تكوين القضاة في المادة الإدارية.

¹ حتى وإن تم الطعن في ذلك، فإنَّه سيكون غير ذي فائدة، لأنَّ الإدارة ستمضي العقد لا محال، ولا يوجد ما يعيقها في ذلك، إنفاذاً للأثر غير التوقيفي للطعن في مسائل القانون الإداري كقاعدة عامة.

مكافحة الفساد، ذلك من خلال فتح المجال للغير باللجوء إلى قاضي الاستعجال بعد خروج العقد إلى حيز الوجود، بل أبعد من ذلك، فإنَّ القضاء الإداري الفرنسي ممثلاً في مجلس الدولة ذهب في نفس الاتجاه ومنح الغير مكنة الطعن في العقد الإداري، ورغم قراراته المتفرقة القليلة العدد في هذا الميدان إلا أنَّها لا تتم في ندرتها على أنها مرحلة عابرة في قضائه بل تشكل في مجموعها سياسته القضائية، وبهذه المثابة نسلط الضوء في هذا الفرع على المستجدات التشريعية والقضائية الحديثة الهادفة إلى حماية مبدأ المشروعية في المرحلة السابقة على التعاقد في النظام القانوني الفرنسي.

أولاً: التوجهات التشريعية الرامية إلى مد نطاق رقابة الغير المستفيد على أعمال الإدارة غير المشروعة في المرحلة السابقة على التعاقد

أمام قصور إجراء الاستعجال ما قبل التعاقد في معالجة مسألة الإخلال بالتزامات الإعلان والمنافسة، قام المشرع الفرنسي بخلق آلية جديدة تمكن الغير من تحريك مسؤولية الإدارة حتى بعد إمضاءها على العقد أمام قاضي الاستعجال وفق شروط معينة، وهي مسألة تعد استثناء من مبدأ نسبية العقد وخروجاً عن المؤلف. وتم إنشاؤها سنة 2007 بموجب التعليم رقم CE/66/2007 في 11 ديسمبر 2007، وتم إدخالها في التشريع الفرنسي بموجب الأمر 515/2009 المؤرخ في 7 ماي 2009، وتم تنظيمها بموجب المواد L551-13 إلى L551-23 من قانون القضاء الإداري.

وبناء على ذلك، نتعرض لشروط تطبيق هذه الدعوى، ثم نطاق أثر استعمال الغير لها.

1- شروط تطبيق دعوى الاستعجال التعاقدية

حددت المواد L551-13 إلى L551-16 من قانون القضاء الإداري الفرنسي شروط تطبيق دعوى الاستعجال التعاقدية والمتمثلة في:

- أن يتعلق هذا الإجراء بمراقبة مدى الإخلال بالتزامات الإعلان أو المنافسة التي يتطلبها إبرام العقود الإدارية، كما أنَّ نطاق تدخل قاضي الاستعجال التعاقدية محدد بمرحلة ما بعد إبرامها، وأنَّ مجال تطبيقه يتعلق بالعقود التي تخضع لرقابة قاضي الاستعجال في مرحلة ما قبل التعاقد تطبيقاً للمادة L551-13 من قانون القضاء الإداري.

ويعتبر هذا الإجراء متاحا لجميع الأشخاص الذين لهم مصلحة في إبرام العقد والذين قد يتضرروا من جراء الإخلال بالتزامات الإعلان والمنافسة، ويشمل هذا المفهوم الغير المستفيد (المستبعد) الذي له علاقة بتكوين العقد والمتمثل خصوصا في المترشح المستبعد والمترشح المحتمل -الذين سبق وأن تعرضنا لهما في الاستعجال ما قبل التعاقد- وكذلك ممثل المحافظة فيما يتعلق بالعقود التي تبرمها الجماعات الإقليمية أو مؤسسة عامة محلية⁽¹⁾.

وللإشارة فإن قاضي الاستعجال التعاقدى لا يصح مخالفت قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد، فالمخالفات التي يتم تصحيحها في قضاء الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد لها علاقة بالإضرار أو احتمال الإضرار بمصالح الطاعن، والتي تشكل معيارا لتحديد المصلحة في الدعوى، بينما يعتبر الإضرار أو احتمال الإضرار بمصالح الطاعن من خلال الإخلال المتدرع به في الاستعجال التعاقدى غير ذي تأثير على قبول الطعن الذي لا يخضع إلا لاعتبارات إجرائية⁽²⁾.

وهكذا، فإنه لا يُنظر إلى الاستعجال التعاقدى على أنه بديل عن الاستعجال ما قبل التعاقد، كما لا يعتبر إمكانية مفتوحة للمترشح المستبعد كي يمارس دعويين، قبل وبعد توقيع العقد، حيث لا يمكن لهذا الأخير أن يستعمل الاستعجال التعاقدى إذا استعمل الاستعجال ما قبل التعاقد، أو في حالة ما إذا احترمت المصلحة المتعاقدة إجراء توقيف إبرام العقد الذي حكم به قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد من يوم إخطار المحكمة إلى غاية تبليغ السلطات والهيئات المتعاقدة بالقرار القضائي⁽³⁾.

وفي نفس السياق، يبقى الاستعجال التعاقدى مفتوحا إذا لم يتم تبليغ المتنافس المستبعد رفض نية الإدارة التعاقد معه، أو خالفت "مدة الجمود" أي المدة المعينة بين تاريخ تبليغ رفض العرض وتاريخ توقيع العقد والمقدرة 16 يوما، وتخضع هذه المادة إلى 11 يوما إذا تم تبليغ المعنيين إلكترونيا. ويتم غلق الاستعجال التعاقدى في حالة ما إذا استعمل المترشح المستبعد دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد دون أن تعلم المصلحة المتعاقدة، بسبب عدم إخطارها من

⁽¹⁾ المادة L551-14/1 من قانون القضاء الإداري. ويعتبر الحكم المنصوص عليه في 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقاضي بمنح الوالي مكنة إخطار قاضي الاستعجال بعد إبرام العقد بمثابة دعوى الاستعجال التعاقدى محل الدراسة في هذه الجزئية.

⁽²⁾ Laura PREUD'HOMME, l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique, op.cit, p.65.

⁽³⁾ المادة L551-14/2 من قانون القضاء الإداري الفرنسي.

قبل قلم كتاب المحكمة، ووقعت المصلحة المتعاقدة العقد بحسن نية قبل أن ينظر القاضي في النزاع⁽¹⁾.

هذا، ويهدف الاستعجال التعاقدى إلى المعاقبة على المخالفات الأكثر خطورة، وبالتالي تعتبر الوسائل المدفوع بها أقل عددا من تلك المتعلقة بالاستعجال في مرحلة ما قبل التعاقد، وعليه فإنَّ أوجه القصور التي يمكن التذرع بها في الاستعجال التعاقدى هي مثل العقوبات التي تنشأ عنها، وهي تلك المحددة في المواد L551-18 إلى L551-20 من نفس القانون⁽²⁾، ويبقى للقاضي التحقق من أنَّ الإخلالات التي يتذرع بها الغير المستبعد أثرت على فرصه للحصول على العقد.

وعموما، يمكن للمتنافس المستبعد أن يتذرع بالوسائل التالية التي أثرت سلبيا في فرصه للحصول على العقد:

- الغياب التام للإعلان.

- غياب الإعلان في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي متى كان ذلك إلزاميا.

- مخالفة مدة الجمود.

- مخالفة توقيف إمضاء العقد المرتبط بإخطار قاضي الاستعجال في مرحلة ما قبل التعاقد.

- جهل الأحكام الخاصة بالمنافسة بالنسبة للاتفاق الإطار أو نظام الشراء الديناميكي.

ويمارس الاستعجال التعاقدى كأصل عام خلال 31 يوما من إعلان منح الصفقة في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، وبالنسبة للعقود المتعلقة بالاتفاق الإطار أو نظام الشراء الديناميكي

¹) Les Recours contentieux lies a la Passation des Contrats de la commande publique, p.5. disponible sur le site : www.economie.gouv.fr, consulté le 10/09/2018.

²) CE, 19 janvier 2011, Grand port maritime du Havre, req. n° 343435, Rec. p. 11 : « Considérant [...] qu'en ce qui concerne l'ensemble des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont, comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu, limitativement définis aux articles L. 551-18 à L. 551-20 du même code ; qu'ainsi, le juge des référés ne peut prononcer la nullité mentionnée à l'article L. 551-18 - c'est-à-dire annuler le contrat - ou, le cas échéant, prendre les autres mesures prévues aux articles L. 551-19 et L. 551-20, que dans les conditions prévues à ces articles ». Voir, Laura PREUD'HOMME, l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique, op.cit, p.66.

فالقاضي ملزم بالنظر في مخالفات التزامات المنافسة والإعلان التي ارتكبت في المرحلة السابقة على التعاقد واختيار الإجراء المناسب لها، وليس معاقبة كل العيوب التي تتعلق بالإعلان والمنافسة، ليصبح بذلك مقيدا فقط بالإخلالات التي تم التذرع بها في المرحلة السابقة على التعاقد.

من تاريخ تبليغ إبرام العقد، وستة 6 أشهر من يوم التالي لإبرام العقد إذا لم يتم نشر الإعلان بمنح الصفقة أو تبليغ إبرام العقد، وبالتالي فإنَّ للمشتري المصلحة في نشر قرار منح الصفقة في أقرب وقت ممكن بعد تبليغ العقد، وللقاضي مدة شهر للنظر في الطعن تحسب من يوم من يوم تبليغه.

2- أثر استعمال الغير المستبعد لدعوى الاستعجال التعاقدية

يندرج هذا الأثر ضمن السلطات المهمة التي يتمتع بها قاضي الاستعجال في هذه الحالة، وقد نظمت ذلك المواد L551-17 إلى L551-23 من قانون القضاء الإداري، ويتمثل في بطلان العقد⁽¹⁾، فسخه، الإنقاص من مدته، والعقوبة المالية⁽²⁾.

أمَّا عن البطلان⁽³⁾، فأول ما يمكن ملاحظته من صياغة المادة L551-18 هو الارتباك في استعمال مصطلح البطلان والإلغاء معا كمترادفين

¹)Article L551-18 : « Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite.

La même annulation est prononcée lorsque ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat ».

²) Article L551-20 « Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière ».

-Article L551-19 : « Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général.

Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public ou encore si la nullité du contrat menace sérieusement l'existence même d'un programme de défense ou de sécurité plus large qui est essentiel pour les intérêts de sécurité de l'Etat ».

³) ويعرف البطلان عموماً على أنه الجزء المترتب على تخلف ركن من أركان انعقاد العقد أو شرط من الشروط اللازمة لركن من أركانه، فالعقد الباطل هو الذي لم يستجمع الشروط اللازمة لانعقاده، والعقد إمَّا أن يبطل بطلانا مطلقاً متى تعلق بتخلف ركن من أركانه كالرضا أو المحل أو السبب أو بطلانا نسبياً في حالة وجود عيب من عيوب الرضا أو حالة نقص أهلية أحد المتعاقدين، وفي الحالتين إذا تقرر البطلان فإنَّ العقد يزول بأثر رجعي ويعتبر كأنه لم يكن. ينظر، سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مرجع سبق ذكره، ص 90-91. والعقد الإداري لا يختلف في تكوينه عن غيره من العقود إذ يتم بمجرد تبادل طرفاه التعبير عن إرادتهما مع مراعاة ما يقرره القانون من أوضاع معينه لانعقاده، ويلزم في تكوينه توافر أركانه وهي ركن الإدارة، وركن المحل، وركن السبب، كما يلزم توافر

« Le juge prononce la nullité du contrat [...] La même annulation est prononcée [...] Le juge prononce également la nullité du contrat ».

حيث لا تغطي هذه المصطلحات هذا النوع من الطعون، إذ يستعمل مصطلح البطلان في إطار المنازعات العقدية من قبل قاضي العقد بينما يستعمل مصطلح الإلغاء من قبل قاضي الإلغاء، وعليه فإنَّ هذا الارتباك والغموض في المصطلحات إمَّا يهدف إلى التقريب بين قضاء الإلغاء والقضاء الشامل، أو يؤدي إلى تمييز غامض بينهم⁽¹⁾.

وفي سياق توقيع العقد، قد ترتكب مخالفات تعتبر جسيمة بحيث لا يكون سوى أمام قاضي الاستعجال الإداري سوى النطق بإلغاء العقد، ويتوفر ذلك في حالة عدم وجود أي إجراءات للإعلان عن إبرام العقد، أو عدم النشر في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي متى كان النشر واجباً، وينطبق الأمر نفسه متى تعلق بتجاهل إجراءات الدعوة إلى المنافسة المتعلقة بإبرام العقود المتعلقة بنظام الشراء الديناميكي أو الاتفاق الإطار. وأخيراً يقرر قاضي الاستعجال التعاقد بطلان العقد متى تم توقيع هذا الأخير قبل انتهاء مدة الجمود بعد إرسال قرار الإرساء إلى المتعامل الاقتصادي الذي أودع ترشحه أو عرضه، أو ضمن مدة التوقيف التلقائي لتوقيع العقد بمجرد تقديم الطعن المنصوص عليه في L551-1 و L551-19 من قانون القضاء الإداري، ويجب توفر شرطين آخرين: فمن جهة يجب أن يكون تجاهل الالتزامات المذكورة أعلاه قد حرم المدعي من ممارسة حقه في الطعن عبر الاستعجال في مرحلة ما قبل التعاقد، ومن جهة أخرى يجب أن يكون الإخلال بالالتزامات الإعلان والمنافسة التي يخضع لها إبرام العقد قد أثرت على صاحب الطعن في فرصته على الحصول على العقد.

شروط صحته وذلك بخلو إرادة طرفيه مما قد يشوبها من عيوب الرضا .
وتخلف ركن أو أكثر من أركان العقد الإداري أو شرط من شروط صحته يترتب عليه بطلان العقد أو إبطاله. ويختلف نوع البطلان الذي يشوب العقد تبعاً لمدى جسامته المخالفة التي تشوب العقد ذاته فيكون البطلان المطلق حيث يتخلف ركن أو أكثر من أركانه ، ويكون البطلان النسبي أو (القابلة للإبطال) حيث يصاب العقد بعيوب الرضا. ومما تجدر الإشارة إليه أن تكوين العقد الإداري يتم في عملية معقدة تتم على مراحل متعددة تبدأ من لحظة الإعلان عن إبرامه وتنتهي بإبرام العقد نهائياً والتصديق عليه من السلطة المختصة . كما ترد على حرية الإدارة وهي بصدد إبرام عقودها الإدارية قيود موضوعية تتعلق بشكل الأشخاص المعنوية العامة بقاعدة التخصص ، وقيود شكلية تتعلق بشكل العقد وأسلوب إبرامه وضرورة الإذن بالتعاقد وأيضاً ضرورة استشارة جهات معينة حددتها القوانين واللوائح، وترد أيضاً على حرية الإدارة قيود تتعلق بكيفية اختيار المتعاقد معها، والبطلان هو الجزاء الحتمي لمخالفة هذه القيود. وعليه، فالبطلان قد يكون متعلقاً بالنظام العام وقد يكون غير متعلق به والحكم به يتوقف على تمسك الشخص به وقد لا يتوقف على ذلك. يراجع، برهان زريق، كتابه نظرية البطلان في العقد الإداري، مرجع سابق.

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.432.

ومع ذلك، ولئن كان من حيث المبدأ أن يعلن القاضي بطلان العقد فإن ذلك يبقى رهينا بعدم تعارضه والمصلحة العامة، فيكون حينه القاضي حرا في اختيار العقوبات الثلاثة الأخرى والمتمثلة في فسخ العقد، الإنقاص من مدته، والعقوبة المالية. وبغض النظر عن حالات البطلان الإجباري يكون القاضي حرا في اختيار أي عقوبة من العقوبات الأخرى، إذ يكفيها مع مخالفات التزامات الإعلان والمنافسة التي ارتكبت في سياق إبرام العقد⁽¹⁾.

وعلاوة على ذلك، يمكن لقاضي الاستعجال التعاقدى استعمال سلطاته في العقاب في الحالات المنصوص عليها في المادة 20-551L من قانون القضاء الإداري، ويتضمن ذلك الحالة التي يكون فيها العقد قد تم التوقيع عليه قبل انتهاء المدة الزمنية المحددة ما بين إرسال قرار الإرساء إلى المتعاملين الاقتصاديين الذين قدموا عرضا أو ترشحا وقرار الإبرام أو أثناء التوقيف المنصوص عليه في المادة 4-551L أو المادة 19-551L، وبعبارة أخرى فهي نفس الفرضية المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 18-551L باستثناء عبارة الإخلال بالتزامات الإعلان والمنافسة التي يخضع لها إبرام العقد والتي قد تؤثر على فرص حصول الطاعن على العقد، وعليه فإن التصحيح يتعلق بالاستحالة الموضوعية لممارسة الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد. وبالتالي لمعاقبة هذه المخالفات قد يقرر القاضي بطلان العقد، أو فسخه، أو الإنقاص من مدته أو فرض غرامة مالية⁽²⁾ تتناسب وهدفها الرادع دون

⁽¹⁾ ووفقا للفقرة الثانية من المادة 19-551L فإن تشكيل السبب الملح للمصلحة العامة يكون على ضوء الأخذ بعين الاعتبار المصلحة الاقتصادية إذا كان بطلان العقد ينطوي على عواقب غير متناسبة وأن المصلحة الاقتصادية المتضررة ليست مرتبطة بالعقد مباشرة، أو إذا كان العقد يتعلق بتفويض مرفق عام أو إذا كذلك بطلان العقد يهدد بشكل خطير برنامج للدفاع أو الأمن عموما الذي يعتبر مهما للمصالح الأمنية للدولة. وفي سياق شرح المصطلحات، يعرف الفسخ على أنه جزء على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، وهو لا يتصور إلا في العقود الملزمة لجانبين، فإذا لم يتم أحد الطرفين لعقد من هذه العقود بتنفيذ التزامه جاز للطرف الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه هو أيضا وأن يطلب فسخ العقد. ولا يرد فسخ العقد إلا على عقد صحيح منتج لآثاره، وهو يزيل هذا العقد بأثر رجعي واعتباره كأن لم يكن. سمي عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص.90. ويبدو من أن المشرع الفرنسي لم يوفق في استعماله لإجراء الفسخ، لأن المسألة لا تتعلق بنكول أحد الأطراف عن تنفيذ التزامه، ولكن تتعلق بخلف شرط من شروط صحته وهي الحالة التي ينطبق عليها البطلان.

⁽²⁾ article L551-20 « Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière ». Voir, Les Recours contentieux liés à la Passation des Contrats de la commande publique, op,cit, p.6.

أن تتجاوز نسبة 20% من مبلغ العقد دون ضريبة⁽¹⁾.

وأخيراً، فإنّ الاستعجال التعاقدى ليس له أثر على توقيف تنفيذ العقد مدة إجراءات الخصومة، غير أنه يمكن للقاضي أن يأمر ذلك بقرار صريح مع مراعاة مصلحة العامة⁽²⁾.

ثانياً: التوجهات القضائية الرامية إلى مد نطاق رقابة الغير المستفيد على أعمال الإدارة غير المشروعة في المرحلة السابقة على التعاقد

المنتبع للسياسة القضائية للقضاء الإداري الفرنسي يلحظ بما لا يدع مجالاً للشك الدور المهم لمجلس الدولة في خلق القواعد القانونية وسد الفراغ التشريعي، إذا أنه وأمام عجز المشرع في معالجة كل ما تعلق بمسائل الإخلال بقواعد المنافسة والإعلان المتعلقة بالعقود الإدارية، تدخل مجلس الدولة وابتكر حلاً جديداً يكرس لمرحلة جديدة ومفهوم جديد للغيرية في العقد الإداري، ويظهر ذلك جلياً في تمكين الغير المستبعد من الطعن في صحة العقد وكان ذلك سنة 2007، غير أنه وكعادته دائماً ما أنشأ مبدأً إلاً وحاول الالتفاف عليه متى اقتضت الظروف ذلك، موازناً بذلك بين مبدأ المشروعية والمصلحة العامة، وبين استقرار المراكز القانونية، ويبدو ذلك واضحاً في قراره الصادر سنة 2014 القاضي بتمكين الغير بنوعيه من الطعن في صحة العقد الإداري وفق شروط معينة.

1- دعوى الطعن في صحة العقد L'arrêt du Conseil d'Etat, Société Tropic travaux

إذا كان الهدف من استحداث آلية دعوى الاستعجال التعاقدى سنة 2009 هو التكامل مع آلية دعوى الاستعجال في مرحلة ما قبل التعاقد بعد مرحلة توقيع العقد، فإنّ الواقع يثبت أنّ هذا البحث عن هذا التكامل كان قد بدأ قبل فترة من ذلك، وهو ما تجسد في خلق دعوى الطعن

¹⁾ Article L551-22 « Le montant des pénalités financières prévues aux articles L. 551-19 et L. 551-20 tient compte de manière proportionnée de leur objet dissuasif, sans pouvoir excéder 20 % du montant hors taxes du contrat. Le montant de ces pénalités est versé au Trésor public ».

وتجب الإشارة إلى أنّ العقوبة المالية هنا ليست ضد الإدارة لصالح المترشح أو المتنافس المستبعد، وتعبير آخر لا يمكن اعتبارها تعويضاً لهؤلاء، بقدر ما تعتبر عقوبة من أجل ردع الشخص العام تدفع إلى الخزينة العمومية.

²⁾ Article L551-17 : « Le président du tribunal administratif ou son délégué peut suspendre l'exécution du contrat, pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages ».

في صحة العقد بتاريخ 16 جويلية 2007 (1).

وقد وضع هذا القرار حدا للقاعدة التي كانت مطبقة ردحا من الزمن والتي تقضي بأن طلب بطلان العقد يكون من قبل طرفيه وليس للغير سبيل إلى ذلك، هذا الأخير الذي كان يملك سلطة الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد. ويجد هذا الحل تبريره في احترام الأمن القانوني للعقود وثبات العلاقات التعاقدية، ومع ذلك فإن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة قد ينتج عنه نتائج يصعب التنبؤ بها، كل ذلك دفع القاضي الإداري إلى قبول طعن المتنافس المستبعد من إبرام العقد في صحة العقد نفسه(2)، وبناء على ذلك فقد رسم مجلس الدولة الإطار الذي تمارس فيه هذه الدعوى وكذا ضوابطها، كما حدد الآثار الواسعة لممارستها، نبينها تباعا.

أ- شروط ممارسة الدعوى

لا يستفيد من هذه الدعوى كل الأغيار، وإنما فقط الغير المستفيد، ويقصد من ذلك المتنافس المستبعد، ووفقا لقرار مجلس الدولة فإنه يعتبر كذلك المترشح الذي دخل في منافسة وقبول ترشحه بالرفض أو استبعاد رسميا أثناء إجراءات الدعوة إلى المنافسة، أي متعاقد محتمل، وهذه الصفة تعطيه الحق في استعمال هذه الدعوى، حيث ينطوي الطعن هنا فقط على العقود التي تفرض فيها المنافسة، مما يقلل من فئة الأغيار الطاعنين، وما يبرر ذلك عنصر المصلحة الذي اشترطه مجلس الدولة في الطاعن، حيث لا يشترط مجرد الإضرار بالمصلحة بل يجب أن يكون فيه إضرار مباشر بالمصلحة للطاعن وبصفة واضحة، وبالتالي فإن هذا الضرر المباشر هو الرابط بين العقد والمتنافس المستبعد(3).

¹ وتعود وقائع القضية إلى دعوة من أجل طلب العروض تقدمت بها غرفة التجارة والصناعة Point-à-Pitre من أجل منح عقد لمدة 3 سنوات يتعلق بتثبيت أسطح الطائرات وتعبيد طرق مطار Point-à-Pitre le Raizet، ولسوء حظها، رفض عرض مؤسسة Tropic travaux signalisation Guadeloupe وتم إعلامها بذلك بتاريخ 2005/11/14، وتم منح العقد لمؤسسة Rugoway. وعلى ضوء ذلك قدمت مؤسسة Tropic travaux signalisation طعنا لدى المحكمة الإدارية Basse-Terre من أجل طلب إلغاء قرار رفض عرضها، وقرار منح العقد لشركة Rugoway بل والعقد نفسه، كما تقدمت بطلب توقيف هذه القرارات، غير أن طلبها هذا قوبل بالرفض بموجب أمر صادر بتاريخ 2006/03/02، وهو ما دفعها إلى تقديم طعن ضد هذا الأمر أمام مجلس الدولة الذي أصدر قراره مجتمعاً بتاريخ 2007/07/16 القاضي بإلغائه.

² Fabrice MELLERAY, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, R.D.P 2007, p. 1396.

³ Pour plus de détail, voir, Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, *Le tiers en droit administratif*, op.cit, p.400-402.

وتطبيقاً لذلك، فإنّ مجلس الدولة باشتراطه لعنصر الضرر المباشر للمتنافس المستبعد كان يهدف إلى حماية العلاقات التعاقدية واستقرارها، على نقيض الطعن لتجاوز السلطة الذي يكفي فيه مجرد المساس بالمصلحة أو الإضرار بها⁽¹⁾.

غير أنّه سرعان ما تبنى مفهوماً واسعاً للمتنافس المستبعد، ولمّا كان ذلك فإنّ شروط قبول دعوى الطعن في صحة العقد كانت أكثر مرونة من تلك التي تتطلبها دعاوى القضاء المستعجل التعاقدية وما قبل التعاقد، وعليه يتم قبول دعوى المنافس المستبعد هنا حتى وفي الحالات التالية:

-ولو لم يسمح له بتقديم ترشحه، أو عرض، أو عرض غير مناسب أو غير مشروع أو غير مقبول.

-استعمل دعوى الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد.

-يمكنه التمسك بجميع وسائل المشروعية وليس فقط الوسائل المستمدة من عدم احترام التزامات المنافسة والإعلان.

أمّا عن مدة ممارسة الدعوى، فهي شهران تحسب من يوم القيام بإجراءات النشر اللازمة، ولا سيما عن طريق إشعار يذكر فيه إبرام العقد وشروط الإبرام⁽²⁾، وعموماً تحسب مدة الطعن من يوم التبليغ أو النشر المناسبين للقرار المراد الطعن فيه، مع العلم أنّ قصر المدة يهدف إلى حماية العلاقة التعاقدية واستقرار المراكز القانونية الناتجة عنها⁽³⁾.

ب- أثر طعن الغير المستفيد في صحة العقد الإداري

تسمح هذه الدعوى بالطعن في صحة بعض العقود الإدارية أو أحد شروطها التنظيمية من قبل الغير عن العقد، ومع ذلك فإنّ مصطلح "صحة العقد" *la validité du contrat* يطرح إشكالات من حيث نطاقه ومجاله كونه من بين المصطلحات التي يتم تداولها في إطار منازعات العقود الخاصة؟

¹ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, *me tiers en droit administratif*, op.cit, p.324.

² Léon-Bernard KREPPER, *rationalisation des référés et recours en matière de contrats et marchés publics*, propositions de la CCI de région Paris Ile-de-France, p.24.

³ Laura PREUD'HOMME, *l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique*, op.cit, p.73-74.

يعتبر مصطلح الصحة *validité* مصطلحا واسعا وغير واضح⁽¹⁾، ومن المعلوم في هذا الصدد أنّ رقابة صحة العقد تعني رقابة مشروعيتها، ولكن هل تشمل الصحة بخلاف المشروعية الخاصة في مجال بطلان العقود مثل الغش أو الخطأ أو الإكراه؟ وهل أبعاد صحة العقد تتعلق بالشخص العام وليس بالمتعاقد معه إذا كان شخصا خاصا؟ إن هذه الأسئلة يتم الإجابة عنها من خلال تحديد القاضي الإداري للطلب الذي سيقدم في الطعن، وفي هذا السياق يمكن القول أن القاضي الإداري يأخذ بعين الاعتبار العيوب التي تؤثر على عملية إبرام العقد، والتي تؤثر على القرارات الإدارية المنفصلة لهذه العملية أو تلك التي تضر بالعقد نفسه⁽²⁾.

وتظهر هذه الآثار في مجموعة السلطات التي يملكها القاضي الإداري (قاضي العقد)، حيث مكنه هذا القرار من سلطة واسعة في التقدير (متى تحقق من وجود أحد العيوب التي تلحق بمشروعية العقد، فله أن يقدر النتائج التي يمكن أن تترتب على ذلك، حيث يجوز له إمّا أن يقضي بفسخ العقد برمته أو يعدل بعض شروطه، أو أن يحكم عند الاقتضاء بالاستمرار في تنفيذه تحت تحفظ بمراعاة إجراءات التسوية المتخذة بواسطة جهة الإدارة المتعاقدة، وإمّا أن يحكم بالتعويضات اللازمة لجبر الضرر الذي يمكن أن يصيب المتعاقد، ويجوز له أخيرا بعد التحقق من أنّ العقد لا يشكل اعتداء مفرطا على المصلحة العامة أو حقوق الأطراف أن يقضي ببطلان العقد كليا أو جزئيا مع تأجيل التنفيذ إذا اقتضت الضرورة ذلك)⁽³⁾.

وعليه، يمكننا تقسيم هذه الصلاحيات إلى مجموعتين، تضم المجموعة الأولى السلطات المتعلقة بمتابعة العقد وبقائه، بينما تضم المجموعة الثانية السلطات المتعلقة بإسقاط العقد. فعن المجموعة الأولى، فإنّه وبالرغم من الطعن في عيب يمس العلاقة العقدية إلا أنّ القاضي قد يأمر بمواصلة تنفيذ العقد، وتظهر هنا الإجراءات التي يهدف من خلالها إلى إعادة ضبط

¹) « Considérant que, indépendamment des actions dont les parties au contrat disposent devant le juge du contrat, tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant **la validité de ce contrat** ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires ». CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, op. cit., p. 411.

²) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.449.

³) « après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnités en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat ». CE ,Ass, 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, op. cit, p. 411.

بعض أحكام العقد وانسجامها، ويدخل في إطار ذلك سلطة تعديل بعض شروط العقد، ومع ذلك تبقى هذه الصلاحية محل نقد، حيث أنّ الشروط التعاقدية هي نتاج لإرادة المتعاقدين ولا يجوز مبدئياً للقاضي أن يعدلها، حيث أنّ إحلال هذا الأخير لإرادته محل إرادة الأطراف من خلال استبدال قرارهم بقراره يحدث ضرراً بمبدأ الحرية التعاقدية⁽¹⁾. هذا عن المجموعة الأولى من صلاحيات قاضي العقد، أمّا عن المجموعة الثانية فتتمثل في فسخ العقد وذلك بإبقاء أثره بالنسبة للماضي وإلغائه بالنسبة للمستقبل، كما يملك سلطة إبطال العقد بأثر رجعي متى تبين له وجود عيوب لا يمكن جبرها، مع أنّه يمكن أن يكون جزئياً أو كلياً ذلك حسب علاقة العيب بالعقد نفسه⁽²⁾، وأخيراً يمكن له أن يأمر بمنح تعويض للمتأثرين المستبعد متى تضررت حقوقه، حيث أنّ طلبه هذا غير مقيد بتقديم طلب مسبق كما هو مطبق في مجال المسؤولية الإدارية، وتعتبر هذه السلطة مهمة إذا تقرر متابعة تنفيذ العقد بالرغم من عيوبه.

هذا، ويستعمل قاضي العقد تقنية الموازنة لاستعمال الصلاحيات التي يملكها، وإنّ تنوع هذه الصلاحيات يسمح له بتكييف قراره مع طبيعة العيب الذي يشكل عدم المشروعية، حيث يؤدي هذا الحل إلى إحداث توازن، فالموازنة تقتضي الأخذ بعين الاعتبار المصلحة العامة وحقوق المتعاقدين من أجل تحديد الصلاحية الأنسب لذلك، ومع هذا فإنّ صلاحية البطلان هي المحل الرئيسي لنظرية الموازنة كونها الصلاحية الوحيدة التي يمكن أن تلحق ضرراً كبيراً بالعلاقة التعاقدية، إذ تقتضي الأخذ بعين الاعتبار طبيعة العيوب وهو ما نلمسه من عبارة

« l'effet excessif d'une annulation sur la préservation des droits du cocontractant et, surtout, sur la sauvegarde de l'intérêt général ».

(التأثير المفرط للقرار على الحفاظ على حقوق المتعاقد، وخصوصاً الحفاظ على المصلحة)

¹) Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.450.

ويتمحور الطعن في الشروط العقدية متى كانت قابلة للانفصال، ومع ذلك فإنّ الطعن فيها لم يعد منحصراً فقط في الشروط التنظيمية للعقد بل حتى تلك التي لها طبيعة تعاقدية كذلك المتعلقة بالشروط المالية المحضة. ومهما يكن، فالمهم أن تكون هذه الشروط قابلة للفصل، وفي حال كانت غير ذلك فإنّه يمكن الطعن في العقد برمته.

Ibid, p.446.

²) Ibid, p.449.

إنّ استعمال القرار لعبارة الإلغاء annulation يقودنا إلى التقريب من الطعن لتجاوز السلطة، حيث أنّه وفي المسائل التعاقدية يتم الحصول على إلغاء العقد بأثر رجعي من خلال نطق القاضي ببطلانه la nullité، وعليه يبقى مصطلح الإلغاء محجوزاً لقضاء الإلغاء، وبالنتيجة فإنّ القرار لم يوفق في اختيار المصطلح الأنسب لهذه الحال.

Pierre Delvolve, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation., R.J.E.P 2007, p. 335.

العامة)⁽¹⁾.

ومن أجل تحقيق فعاليته، قرر مجلس الدولة الفرنسي إمكانية قبول مصاحبة الطعن في العقد بوقف تنفيذه أمام قاضي الاستعجال وفقا لما هو مقرر في المادة 1-521 من قانون القضاء الإداري⁽²⁾، وهو الأمر الذي قد يؤدي إلى شل النشاط الإداري وتعطيل المصلحة العامة.

ونشير أخيرا إلى أنّ هذا الطعن قد أغلق باب الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد بالنسبة للمتأفّس -الغير- المستبعد بعد عملية إبرام العقد، وأصبح ذلك حكرا فقط على الأعيان الآخرين⁽³⁾، وهو الأمر الذي يمكن أن يشكل نوعا من الأمن القانوني للعقود، وفي هذا الصدد شهد هذا الاجتهاد تطورا كبيرا نتعرض له في النقطة الموالية.

2- دعوى الطعن المباشر للغير المستبعد في العقد الإداري -l'arrêt Tarn-et-Garonne

أصدر مجلس الدولة الفرنسي هذا القرار بتاريخ 4 أبريل 2014، ويشكل نقطة تحول في التقاضي الإداري⁽⁴⁾، بل يعد سابقة قضائية حيث يسمح بفتح دعوى الطعن في صحة العقد

¹⁾ Pierre Delvolve, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, op. cit, p. 334.

حيث تقود تقنية الموازنة إلى استخلاص النتائج المترتبة على عدم مشروعية العمل المطعون فيه.

²⁾ CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, op. cit., p. 411. « Que, par ailleurs, une requête contestant la validité d'un contrat peut être accompagnée d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution ». وحسب المادة 1-521 من حيث يكفي في هذه الحال حسب قانون القضاء الإداري تحقق شكوك جدية حول مشروعية العقد.

³⁾ Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, op.cit, p.377.

⁴⁾ وتتخلص وقائع القضية في أنّ محافظة Tarn-et-Garonne فتحت باب التعاقد من خلال الدعوة إلى المنافسة عن مناقصة عامة مفتوحة بخصوص عملية الشراء على سبيل التجزئة في إطار عقد الشراء تحت الطلب، وذلك بقصد استئجار عدد من السيارات لتكون تحت تصرف المجلس العام للمقاطعة، وفي هذا الصدد أصدرت اللجنة الدائمة بالمجلس العام للمحافظة بتاريخ 20/11/2006 قرارا يقضي إعطاء رئيس المجلس المحلي للمقاطعة بالتوقيع على العقد مع شركة Sotral. ووفقا لذلك قام السيد François Bonhomme بصفته المستشار العام للمحافظة Tarn-et-Garonne بتاريخ 17/11/2007 بالطعن أمام محكمة مدينة Toulouse لإلغاء القرار المشار إليه، فأجابته المحكمة لطلبه بتاريخ 20/07/2010 حيث قضت بإلغاء القرار المطعون فيه ودعوة أطراف العقد إلى الاختصاص أمام قاضي العقد ما لم يكن هناك حل ودي بفسخ العقد. غير أنّ الجهة الإدارية المطعون ضدها لم ترض بالحكم فقدمت طعنا أمام محكمة الاستئناف الإدارية بمدينة Bordeaux التي أصدرت قرارها بتاريخ 28/02/2012 والقاضي برفض طلب إلغاء الحكم المطعون فيه. وأمام ذلك قدمت طعنا آخر أمام مجلس الدولة وفق تشكيلة الجمعية الخاصة ببعض المنازعات من أجل إلغاء القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بمدينة Bordeaux، حيث أصدر قراره بتاريخ 04/04/2014 القاضي بإلغاء الحكم المستأنف ضده.

للذين تضررت مصالحهم من إبرام عقد إداري أو أحد شروطه⁽¹⁾. كما أنه وباسم استقرار العلاقات التعاقدية، أغلق مجلس الدولة بكل بساطة الطعون ضد القرارات الإدارية المنفصلة وفي المقابل فتح لهم المجال للطعن في صحة العقد⁽²⁾. ولفهم أكثر نتعرض لشروط ممارسة هذا الطعن وكذا أثر ممارسة الغير له والذي يترجم في السلطات الممنوحة للقاضي الإداري وهو قاضي العقد في هذه الحال.

أ- شروط ممارسة الدعوى

تتعلق دعوى الطعن في صحة العقد بكل العقود الإدارية أو بعض شروطها غير التنظيمية والقابلة للفصل، كما أن هذا الطعن قد وضع حدا للطعن لتجاوز السلطة ضد القرارات الإدارية المنفصلة المكونة للعقد الإداري في مرحلة الإبرام⁽³⁾. باستثناء طعن محافظ الدولة أثناء رقابته للمشروعية الذي يملك الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة التي تدخل في تكوين العقد عن طريق دعوى تجاوز السلطة قبل توقيع العقد، و يندرج ضمن ذلك الأعمال المتعلقة باختيار المتعاقد، والمداولات التي ترخص بإبرام العقد، وكذا قرار إبرامه⁽⁴⁾.

ومع ذلك، فإن هذا القرار لم يشر إلا إلى طائفة معينة من القرارات الإدارية المنفصلة والتي لا تقبل الطعن لتجاوز السلطة من قبل الغير، بل تكون عرضة للطعن المباشر في العقد أمام قاضيه، وتتمثل هذه القرارات في تلك المسائل التالية:

-مشروعية اختيار المتعاقد.

-المدولة التي ترخص بإبرام العقد.

1) Yasmine AZI, l'ouverture du recours Tropic à tous les tiers justifiant d'un intérêt lésé par un contrat administratif, Disponible sur le site : www.village-justice.com. « Tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses ».

2) Camille BROUELLE, tiers et droit public , op.cit , p.5..

3) حيث أصبح بإمكان الغير الذي تحصل على حكم الإلغاء أن يطلب من قاضي التنفيذ أن يوجه أمرا للإدارة بأن تلجأ لقاضي العقد الذي يرتب النتائج الطبيعية لحكم الإلغاء وإعمال الأثر المنطقي له على العقد فيقوم بإبطاله. شعبان أحمد رمضان، مدى جواز الطعن بالإلغاء في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.100. ويشكل ذلك خطرا كبيرا على استقرار المراكز القانونية وكذا المصلحة العامة، حيث أن إخطار قاضي التنفيذ من قبل الغير ليس محدد بمدة، إذ يمكننا أن نستشف ذلك مثلا من خلال إلغاء قرار إبرام عقد في 2000 وفي 2010 رفع الأمر إلى قاضي العقد -بعد إجبار الإدارة على ذلك من قبل قاضي التنفيذ- الذي اعتبر العقد كأنه لم يوجد أصلا، إذا يمكننا نتصور الصعوبات التي قد تنشأ عن ذلك.

Camille Broyelle, tiers et droit public, ibid, 2015, p.5.

4) Les Recours contentieux lies a la passation des contrats de la commande publique op.cit ,p.07.

-قرار توقيع العقد.

ومع ذلك، فإنّ توقيع العقد تسبقه أعمال أخرى لم يشر إليها القرار، كقرار اللجوء إلى اختيار أسلوب التعاقد، أو قرار رفض عرض...، ولمعالجة هذا النقص، حدد القاضي الإداري تدريجياً الحدود بين الأعمال التي تقبل الطعن مباشرة عن طريق الطعن لتجاوز السلطة وتلك التي تقبل الطعن المباشر ضد العقد، وهو الأمر الذي يظهر في قرار المحكمة الإدارية بمدينة Amiens في قضية « Sté A7 aménagement » بتاريخ 2017/01/31 حيث جاء في أحد اعتبارات قرارها (كل القرارات المتعلقة بإبرام العقد) لا يمكن الطعن فيها إلا بمناسبة الطعن المباشر ضد العقد، ويدخل في حكم ذلك قرار رفض عرض أو رفض ترشح، أو قرار لجنة طلب العروض⁽¹⁾.

إذا كانت الأعمال التحضيرية لتوقيع العقد محفوظة للطعن المباشر في العقد، فإنّ الأعمال اللاحقة تكون موضوع طعن مباشر يختلف عن الطعن في العقد مباشرة، وهو ما أوضحه مجلس الدولة، حيث اعترف لأول مرة بعد قرار Tarn-et-Garonne بتاريخ 2016/12/23 بأنّ الطعن بالإلغاء مفتوح ضد القرارات التي تأتي بعد عملية إبرام العقد، وخصوصاً قرار المصادقة على العقد، ومع ذلك يبقى هذا الطعن الممنوح للغير غير محدد من حيث المبدأ، ويقف على الضوابط التالية:

-فالمصلحة في الطعن مؤطرة بطريقة صارمة، لأنها مصلحة تتعلق نسبياً بتنفيذ العقد ويجب أن يتوفر الضرر المباشر والمحدد.

-لا يمكن التذرع بكافة الوسائل، بل فقط تلك العيوب المتعلقة بقرار المصادقة تعتبر مقبولة،

⁽¹⁾ وفي هذا النزاع كان على المحكمة أن تثبت في مسألة ما إذا كان الطعن بالإلغاء ما يزال ممكناً ضد القرار الذي يعلن بعدم متابعة إبرام العقد، مع أنّه لا يوجد عقد مُوقَّع، وفي هذا الصدد أجاب القاضي بالنفي معتبراً بأنه لا يوجد طعن ممكن، وقد جاء في أحد اعتباراته: « compte tenu de la possibilité offerte à un concurrent évincé de pouvoir contester la validité d'un contrat dans le cadre du recours de pleine juridiction ouvert par la décision précitée et de la possibilité dont il dispose de remettre en cause à cette occasion la régularité des actes détachables de ce contrat, ce dernier n'est plus recevable à en demander directement l'annulation au juge du contrat ; **qu'une telle solution est applicable y compris dans le cas où, comme en l'espèce, le marché n'a finalement pas été signé après que le pouvoir adjudicateur a déclaré sans suite la procédure d'appel d'offres** ; qu'il suit de là que les conclusions présentées par la requérante et tendant à l'annulation de la décision de la commission d'appel d'offres, de celle rejetant son offre et de toutes les décisions relatives à la passation du contrat de prestations de services querellé doivent être rejetées comme irrecevables ». Sophie LAPISARDI, Contrats public : quel recours en cas de déclaration sans suite ?, p. 2.

أي عيب عدم الاختصاص، عيب الشكل، عيب الإجراءات، تجاوز السلطة(1).

وعموماً يخرج من الطعن المباشر ضد العقد القرارات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية، وتلك المتعلقة بإبرام عقد يخضع للقانون الخاص.

وبناء على ما تقدم، فإن الأعمال التي تكون محل الطعن بمناسبة الطعن المباشر ضد العقد تتمثل في مشروعية قرار اختيار المتعاقد، المداولة التي ترخص بإبرام العقد، قرار توقيع العقد، قرار رفض العرض، قرار رفض الترشح، قرار لجنة فتح العروض، ويستثنى من ذلك: قرار المصادقة على العقد، قرارات تنفيذ العقد إذا لم تتعلق بالمتعاقدين، القرارات التحضيرية لعملية إبرام العقود الخاصة والتي تكون من اختصاص قاضي الإلغاء، وعليه تخضع هذه القرارات للطعن بالإلغاء(2).

هذا، ويكون الطعن مفتوحاً لكل الأعيان، سواء ما تعلق بفئة الأعيان المستفيدين، أي الأعيان المستبعدين الذين لهم مصلحة في إبرام العقد حتى ولو لم يتم تقديم ترشحهم، أو الذين منعوا من تقديم عروضهم، أو كانت عروضهم غير مقبولة، أو غير ملائمة... غير أنه عليهم أن يثبتوا أن مصالحهم أضررت بصفة مباشرة وواضحة جراء إبرام العقد. أو ما تعلق بالأعيان الأصليين كدافعي الضريبة المحلية الذين لهم مصلحة في رفع هذه الدعوى متى تضررت مصالحهم المالية من خلال الأثر المالي الكبير للعقد، وكذلك الجمعيات التي تدافع عن المصالح الجماعية إذا تضررت المصالح التي يدافعون عنها مباشرة من العقد، وتتوفر كذلك الصفة للأعضاء هيئات التداولية للمجالس المحلية المعنية بالعقد، والوالي في إطار ممارسته

1) Alexandre Delavay, concurrents évincés, tiers au contrat : quels sont vos recours après la signature d'un Contrat public ?, p 1-2.

ويتعلق هذا القرار عموماً بطلب إلغاء للقرار الضمني المتضمن الرفض الناتج عن سكوت الوزير الأول لطلب سحب المرسوم رقم 154-2015 المتضمن الموافقة على عقد شراكة بين SNCF Réseau و شركة la SAS Gare de la Mogère للبناء والصيانة وتمويل مركز التبادل المتعدد الوسائط Montpellier Sud de France، وقد جاء في أحد اعتبارات القرار :

« Considérant qu'indépendamment du recours de pleine juridiction dont disposent les tiers à un contrat administratif pour en contester la validité, dans les conditions définies par la décision n° 358994 du 4 avril 2014 du Conseil d'Etat, statuant au contentieux, les tiers qui se prévalent d'intérêts auxquels l'exécution du contrat est de nature à porter une atteinte directe et certaine sont recevables à contester devant le juge de l'excès de pouvoir la légalité de l'acte administratif portant approbation du contrat ; qu'ils ne peuvent toutefois soulever, dans le cadre d'un tel recours, que des moyens tirés de vices propres à l'acte d'approbation, et non des moyens relatifs au contrat lui-même ».

2) Alexandre Delavay, concurrents évincés, tiers au contrat, ibid, p.3.

لرقابة المشروعية (1).

ويمارس الطعن خلال شهرين تحسب من إتمام إجراءات النشر الملائمة لعملية إبرام العقد، وينطبق ذلك على كل العقود بما فيها المتعلقة بالأشغال العامة، أما العقود الممنوحة وفق إجراءات شكلية، يكون الإشعار بالمنح في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي ليبدأ حساب مدة الشهرين (2).

ب- أثر طعن الغير المستفيد في العقد الإداري وفق قرار Tarn-et-Garonne

يتمتع القاضي الإداري في هذه الدعوى بسلطات واسعة يستخدمها وفقا لطبيعة العيب الذي يلحق بالعقد ولأسباب الحفاظ على الأمن القانوني والمصلحة العامة والمتمثلة في هذه الحال في استمرارية المرفق العام، وعموما تعتبر هذه السلطات شبيهة بتلك التي تطرقنا إليها في موضوع طعن Tropic، وتتمثل في الأمر بمتابعة تنفيذ العقد، ودعوة الأطراف من أجل اتخاذ التدابير اللازمة من أجل تسوية وضعية العقد خلال أجل محدد، كما يمكن له في حالة المخالفات التي لا يمكن تغطيتها بإجراءات التسوية والتي لا تسمح بمتابعة تنفيذ العقد أن يأمر بتأجيل أثره، وبعد التأكد من أن قراره لا يشكل اعتداء مفرطا على المصلحة العامة أن يأمر بفسخ العقد. كما له أن يبطل العقد كليا أو جزئيا متى احتوى على مضمون غير شرعي أو شابه عيب من عيوب الرضا أو عيب آخر، ومتى تأكد من أن قراره هذا لا يشكل اعتداء مفرطا على المصلحة العامة (3).

ونزولا على ما تقدم، يمكن لقاضي العقد أن يأمر أطراف العقد بدفع تعويض للطاعن جراء الإضرار بحقوقه، وقد وضعت المحكمة الإدارية بمدينة Amien في قضية Sté A7 aménagement التي سبقت الإشارة إليها بعض الشروط من أجل حصول المتنافس المستبعد بطريقة غير قانونية للتعويض، وتتمثل في الآتي:

- إذا كانت له فرصة كبيرة لربح الصفقة فيمكن تعويضه عن تفويت الربح.

¹⁾ Pour plus de détail, voir , les recours contentieux liés à la Passation des contrats de la commande publique, op.cit, p.7-8.

²⁾ Yasmine AZI, l'ouverture du recours tropic à tous les tiers justifiant d'un intérêt lésé par un contrat administratif, Op.cit.

³⁾ Les recours contentieux lies a la passation des contrats de la commande publique, op.cit, p.8.

-ومن ناحية أخرى، إذا كان لديه فرصة بسيطة للفوز بالصفقة، فيمكن حينه دفع النفقات التي تكبدها من أجل تقديم العرض.

وفي كل الأحوال، لا يحصل المتنافس المستبعد على تعويض في حال قررت المصلحة المتعاقدة عدم متابعة إبرام العقد للمصلحة العامة⁽¹⁾.
هذا، ويمكن للطاعن أن:

-يقدم استنتاجاته بشأن التعويض أمام قاضي العقد بصفة إضافية أو تكميلية لاستنتاجاته المتعلقة بفسخ العقد أو بطلانه.

-أو يياشر دعوى القضاء الشامل مستقلة، يسعى من خلالها للحصول على تعويض حصري عن الأضرار التي لحقت بسبب عدم مشروعية إبرام العقد الذي تم استبعاده منه.

ويمكن أن تكون دعوى بطلان العقد الإداري مصحوبة بطلب وقف تنفيذه أمام قاضي الاستعجال، على أن تتوفر فيه الجدية والاستعجال⁽²⁾.

¹) Alexandre DELAVAY, concurrents évincés, tiers au contrat, op.cit, p. 2.

²) Les recours contentieux liés à la passation des contrats de la commande publique, op.cit, p.8.

خاتمة

من نافلة القول أنّ ما يميز القانون هو ضبطه للعلاقات الاجتماعية من حيث موضوعها ومجالاتها المختلفة والمتنوعة وأساليب تكوينها بل وأطرافها، فإذا كانت القاعدة هي أن يحكم هذه العلاقات مبدأ النسبية والمتمثل في أن يقتصر أثرها على أطرافها، فإنّ مبدأ الغيرية يعتبر حاضرا وبقوة في إطارها، حيث يمكن للغير أن يكتسب حقا أو يتحمل التزاما مباشرا عنها .

ولمّا كان الأمر كذلك، فقد جاءت هذه الدراسة لتسلط الضوء على موضوع الغير في ظل نظام قانوني يتميز بخصوصية المصلحة التي يحميها وكذا تشعب أحكامه والمتمثل في القانون الإداري وفق بعدين ومحورين متكاملين: أحدهما مفاهيمي والآخر يغلب عليه الطابع التطبيقي.

أمّا عن جانب البعد المفاهيمي، ولئن كان بروز مصطلح الغير في نطاق قواعد القانون المدني باكرا، فإنّ ذلك لم يمنع من تجسيده في قواعد القانون الإداري سواء في تطبيقات القضاء في بداية نشوئه من حيث طعون الغير المتعلقة بالمشروعية، أو في نطاق المسؤولية الإدارية في جانبها المتعلق بفعل الغير، والمسؤولية عن فعل الغير، أو في إطار اعتراض الغير..... وما شهد بعد ذلك من تأطير قانوني متكامل.

والملاحظ من ذلك أنّ القاضي الإداري لم يعط تعريفا دقيقا للغير-وهو أمر طبيعي كي لا يقيد نفسه بخصوص مسألة غير ثابتة متعددة المعالم-بل راح يمزج ويوائم بين الطرف والغير تارة وبين الأحكام القانونية التي يخضع لها كل من هما تارة أخرى، ولعل ذلك كان بسبب وقوعه في الخطأ الذي وقع فيه شراح القانون المدني خصوصا من حيث تعريفهم للغير على أساس الآثار التي تلحقه من علاقة قانونية قد يكون -حسب تقديرهم-أجنبيا عنها، وحتى نصوصه التي لم تفرق بين الغير والطرف خاصة في مجال أثر العقد والمسؤولية عن فعل الغير.

وأمام ذلك كله كان لا بد من إيجاد تعريف للغير يجمع هذا الشتات المتناثر وفق أسلوب علمي يسمح بتحديد موقعه في مجال العلاقات القانونية الأجنبي عنها، من خلال تحديد موضوعها وأطرافها، وعلاقتها البيئية.

ولقد سمحت هذه الدراسة-تحت دراسة تأصيلية تاريخية- من ولوج موضوع الغير في القانون المدني والوقوف على تطبيقاته في مجالين من مجالاته يتميزان بخصوصية ذاتية، وهما مجال العقود ومجال المسؤولية المدنية، ذلك من أجل الوقوف على حقيقته.

ففي مجال العقود تمت دراسة أثر العقد على الغير ذلك بالتطرق لموضوع الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير في الأنظمة القانونية المقارنة محل الدراسة، بل سعت وامتدت لأبعد بالوقوف على حقيقة "الأثر النسبي" للعقد في حالتها الخلف العام والخاص، وكان من بين النتائج التي تم التوصل إليها من خلال البحث والتحليل، أنّ الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير ما هما سوى تطبيقين حقيقيين لمبدأ نسبية العقد، بينما يعتبر الخلف العام والخاص التطبيقين الحقيقيين لمبدأ الغيرية في العقد، أي اكتساب الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد حقاً أو تحمله التزاماً عن ذلك.

وفضلاً عن ذلك، ومن أجل ضبط المفاهيم ووضعها موضعها السليم، تم التطرق إلى مسألة مهمة من مسائل أحكام العقود وهي تلك المتعلقة بالحجية، حيث تم التمييز بينها وبين مبدأ الغيرية، وهو الأمر الذي وضع كثيرين من شراح القانون المدني في موضع الخلط بينهما، وتطبيقاً لذلك تم التوصل -على عكس ما هو متداول- إلى أنّ الدائن العادي لا يكسب حقاً ولا يتحمل التزاماً عن علاقة أجنبية موضوعها العقد، بل كل ما في ذلك أنّه يحتج بها لكي لا ترتب أثرها عليه، وهي نفس الحال في مواطن أخرى بالنسبة للخلف العام والخلف الخاص. ويعود الفضل في تبيان ذلك إلى القضاء الفرنسي من خلال تطبيقاته في ذلك وإلى نفر من الفقه اللذان كان لهما بالغ الأثر على تعديل المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي سنة 2016 لتحمل بعد ذلك الترقيم 1199 وإضافة المادة 1200، والذي يتمثل مضمونها في أنّه لا يمكن للغير أن يجبر على تنفيذ العقد كما لا يمكن له أن يطلب تنفيذه، ونتيجة لذلك عليه أن يحترم الوضع القانوني الناشئ عن العقد، وكل ما يمكن فعله هو التمسك بهذا الأخير من أجل إثبات واقعة ما. وهو ما ندعو المشرع الجزائري إلى الأخذ به لضمان استقرار العلاقات القانونية وكذا ضمان حقوق الغير في نطاق المعاملات المدنية.

أمّا في مجال المسؤولية عن فعل الغير، فقد كان من بين النتائج المتوصل إليها تبيان حقيقة الغير في ضوئها، وهو الأجنبي عن وضعية الضرر الذي سيتدخل فيها -في مجال المنازعات- من أجل ضمان التعويض للمضرور، وعموماً اتخذت هذه المسؤولية بعدين: مسؤولية متولي الرقابة، ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه.

وفي ظل أحكام القضاء الإداري وتعامله مع موضوع الغير من حيث فتح قاعة المحكمة أمامه أو غلقها، وكذا تدخل المشرع، تم بناء سلم يحدد درجات الغير في القانون الإداري، وهما

الغير الأصلي والغير المستفيد، وتم تعريفهما على أساس الغرابة الكاملة عن العلاقة القانونية أو التدخل فيها في وقت معين مع استبعاد زمن المنازعات، كما يرجع التمييز بينهما أيضا إلى الدعاوى التي يحوزها كل منهما في الدفاع عن مصالحه، فالغير الأصلي ونظرا لبعده عن العلاقة القانونية يعتبر أجنبيا عنها ولا يتدخل فيها، بينما يتدخل الغير المستفيد في هذه العلاقة في وقت معين سواء في وقت تكوينها أو أثناء تنفيذها.

وفي هذا الصدد، ومن أجل إسقاط هذه المفاهيم على تطبيقات قضائية في إطار الأعمال الإدارية المتمثلة في القرار والعقد الإداريين، تمت دراسة الغير الأصلي في نطاق القرار الإداري في إطار نظام العمران في جانبه المتعلق برخصة البناء، ونظام حماية البيئة والذي كانت رخصة استغلال منشأة مصنفة محل دراسته، وقد تم التوصل إلى أن الغير الأصلي يعتبر الجار المجاور للباني حائز رخصة البناء، أو المجاور للمنشأة المصنفة، كما تم استنتاج تحديد ذلك من قبل القاضي الإداري على أساس عنصر القرب أو البعد الجغرافيين، والأسبقية في الوجود بالنسبة للمنشأة المصنفة، كما تم التوصل إلى أن القاضي الإداري، ومن أجل فتح المحكمة للغير الأصلي، اعتمد خاصة بالنسبة لرخصة البناء توافر المصلحة العمرانية من أجل قبول طعنه، والأسبقية بالنسبة للمنشأة المصنفة. مع العلم أن الأسبقية في الوجود لم تعد اليوم -خاصة في الجزائر- حجة في يد صاحب المنشأة للتمسك ببقائها وتشغيلها واستغلالها رغم أنها أصبحت مضرّة بالمجاورين لها بفعل زحف العمران إليها بعدما لم تكن كذلك قبل التوسع العمراني، فلا يمكن اكتساب حق الإضرار بالغير بالتقادم.

وعليه، فإن ما يمكن تسجيله في مجال طعن الجار في رخصة البناء هو عدم إدراج المشرع لآليات كفيلة تضمن علمه بوجود هذه الرخصة خاصة في حالة نكول الباني حائز رخصة البناء عن تعليقها وفق لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المتعلق بتحضير عقود التعمير وتسليمها وهي الحال نفسها بالنسبة البلدية. أما فيما يخص الطعن في رخص إنشاء واستغلال المنشأة المصنفة، فإن المشرع الجزائري من خلال قانون البيئة في إطار التنمية المستدامة لم يتبن معيار الأسبقية في الوجود لقبول طعن الجار الغير الأصلي وهو الأمر الذي ينعكس سلبا على مركزه القانوني، ليترك الأمر بذلك للقاضي من خلال اجتهاده مستقبلا، ذلك من خلال الاستناد على الأقل على أحكام المادتين 690 و691 من القانون المدني اللتان ألزمتا المالك أن يراعي في استعمال حقه المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، كما عليه أن لا يتعسف

في استعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره، وعموما فإنّ مسؤولية المالك حائز رخصة استغلال منشأة مصنفة مدنيا في مواجهة جاره لا تقوم إلا أساس الضرر غير المؤلف. هذا بالإضافة إلى غياب وسائل علم الجار "الغير" بوجود رخصة الاستغلال حتى يباشر طعنه بالإلغاء ضدها.

وبناء على ذلك، بات على المشرع الجزائري من خلال قانون التهيئة والتعمير، أو السلطة التنظيمية في أغلب الأحوال عبر مراسيمها التنفيذية اعتماد آليات تتعلق بنشر هذه الرخص وإشهارها على أوسع نطاق، بالإضافة إلى النشر في مقر البلديات والولايات المعنية، والنشر في الجرائد اليومية، واستحداث بوابة إلكترونية مخصصة لذلك، كما يستحسن إدراج آليات تتعلق بضمان تنفيذ أحكام النشر المنصوص عليها، وذلك من خلال تبني أسلوب الغرامة المالية، وهو نفس الأمر بالنسبة لنشر رخص بل وقرارات الموافقة على تصريحات استغلال المنشأة المصنفة، ضمانا لاستقرار العلاقات القانونية وكذا حماية لحق الغير. كل ذلك في سياق مفهوم ونطاق إقامة وحماية النظام العام بأبعاده التقليدية من أمن عام وصحة عامة وطمأنينة وسكينة عامة، وأبعاده الحديثة النظام العام البيئي والاقتصادي وحماية البيئة والنظام العام العمراني وجمال الرونق والرواء.

بل بالإضافة إلى ذلك كله، تم التطرق لموضوع الغير الأصلي في نطاق العقد الإداري وتم تحديده بناء على عناصر معينة تتعلق بموضوع العلاقة التعاقدية وأطرافها وكذا الأثر الذي ترتبه، وتم التوصل إلى أنّ هذا الغير يملك حق الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المنفصل عموما في كل من النظام القانوني الجزائري والمصري والفرنسي، مع اختلاف في مسألة طعنه في الشروط التنظيمية للعقد، بل والعقد نفسه متى تعلق الأمر بعقود توظيف الأعوان العموميين، وهو الأمر الذي كان للاجتهاد القضائي الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة دور محوري فيه.

وعموما، فإنّ تطبيقات الطعن لتجاوز السلطة في القرارات الإدارية المنفصلة في الجزائر تبقى قليلة جدا مقارنة بحجم التعاقد الإداري ما يطرح مشكل أسباب الإحجام عنه والتي قد تتمثل في أغلب الأحوال في نقص ثقافة التقاضي عبر هذا الأسلوب، وبالتالي ذلك محدودية نتائجه.

هذا، وتم التعرض كذلك إلى موضوع الغير المستفيد الذي يشكل النوع الثاني من أنواع الغير في نطاق القانون الإداري، حيث تم تعريفه وتحديده بالنسبة للعلاقة القانونية الأجنبي عنها،

حيث تم التطرق إليه في نطاق القرار الإداري والذي كان الوالي في الجزائر والمحافظة في كل من مصر وفرنسا موضوع دراسته، وذلك للدور الذي يلعبونه في رقابة المشروعية والملاءمة أيضا، التي يمارسونها على أعمال المجالس المنتخبة المحلية، وقد تم التوصل إلى أنّ كلا منهم يتدخل في العلاقة القانونية التي موضوعها مداوات هذه المجالس في وقت تنفيذها، مستعملا بذلك أسلوب الطعن الولائي القضائي في كل من الجزائر وفرنسا، وأسلوب الطعن الولائي الإداري في مصر، وفي هذا السياق-وعلى غير المشرع الفرنسي- فإنّ آلية الطعن الولائي القضائي لم نجد لها تطبيقا قضائيا في النظام القانوني الجزائري، بالإضافة إلى غموض الأحكام التي تنظمها -ضمن قانون الولاية- تارة، وتضاربها تارة أخرى.

وفي هذا السياق، يستحسن من المشرع الجزائري مستقبلا إعادة ضبط أحكام قانون الولاية فيما يخص أعمال رقابة المشروعية عن طريق الطعن الولائي القضائي، بل وضبط المصطلحات التي أصبحت تشكل السمة البارزة للتشريع الجزائري.

وعلاوة على ذلك، فقد تمت دراسة هذا النوع من الغير في إطار العقد الإداري، ويشمل ذلك المتنافس المستبعد والمترشح المحتمل، ويرتبط تحديد ذلك بالطعون الخاصة التي مكنهم المشرع منها جراء الإخلال بقواعد العلانية والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والقضاء من خلال تفسيره لهذه الأحكام، بل والاجتهاد في غيابها.

وأمام قصور التشريع في معالجة مسألة الإخلال بقواعد المشروعية في مرحلة اختيار المتعاقد مع الإدارة، تبنى المشرع الجزائري عن نظيره الفرنسي آلية الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد لمجابهة إخلال الإدارة بقواعد الإعلان والمنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقد، ويعد ذلك خطوة عميقة منه في مكافحة الفساد وحماية المال العام.

ومع ذلك فإنّ تطبيق هذه الآلية ما زال لم يرق إلى المستوى المرغوب، إضافة إلى عدم إلمام المتقاضي بجوانب هذا الطعن وهو ما تثبته الأحكام القضائية من حيث استعماله بعد إبرام العقد، بل والقاضي نفسه، هو ما يدعو إلى إعادة تكوينه تكوينا متخصصا يتماشى وخصوصيات منازعات العقود الإدارية التي يغلب عليها الطابع التقني والمعقد.

ولئن كان الهدف من ذلك يتمثل في الوقوف على هذا المستجد في مجال الرقابة القضائية في المرحلة السابقة على التعاقد في نطاق العقود الإدارية في الجزائر، فإنّه وفي مقابل ذلك

كان يجب أن نقف على مستحدثات التشريعات المقارنة وكذا القضاء المقارن في هذا المجال، وخصصنا بالذكر هنا النظام القانوني الفرنسي الذي دعم الغير المستفيد بآليات جديدة تضمن له مقاضاة الإدارة جراء إخلالها بالتزامات المنافسة والإعلان حتى بعد إبرام العقد وهي ما تعلقت بالاستعجال التعاقدي، وكذلك ما ذهب إليه القضاء الإداري ممثلاً في مجلس الدولة من تمكين فئة من الغير المستفيد خصوصاً من الطعن في صحة العقد الإداري أمام القضاء الشامل، بل أبعد من ذلك تمكين كل الأعيان الذين تتوفر لديهم المصلحة في الطعن في صحته، وهو ما يعد تكريساً لنظرية البطلان المطلق كأصل عام في القانون الإداري التي أسست معالمها في قواعد القانون المدني، وبداية لنهاية نظرية الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة المكونة للعقد.

وقد كان من شأن هذا الاتساع بكافة جوانبه أن أفضى في الأخير إلى إيجاد حماية فعلية للغير ولمبدأ المشروعية، ولكن رغم ذلك بقي حرص القاضي على الموازنة بين مبدأ المشروعية والمصلحة العامة وبينهما وبين استقرار المراكز القانونية حاضراً في كل الأحوال.

الملاحق

-الملحق رقم (01): يتضمن قرار صادر عن مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، قرار بتاريخ 2015/12/17، فهرس رقم 15/02890، غير منشور. الصفحة من 353-350.

-الملحق رقم (02): يتضمن قرار صادر عن مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، قرار بتاريخ 2012/06/21، فهرس رقم 723، منشور. الصفحة 357-354.

قائمة المصادر والمراجع

*المصادر

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: النصوص القانونية

أ-الوطنية

1-الدستور الجزائري المعدل سنة 2016.

2 -الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، المعتمد والمنشور عن العن بـموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 الف (د-3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948. انضمت إليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، ج.ر، ع.64، الصادرة بتاريخ: 10/09/1963.

3-الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، المجاز من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 58 بنيروبي، كينيا، جويلية 1981. صادقت عليه الجزائر بتاريخ 23/02/1987، ج.ر، ع.6، الصادرة بتاريخ: 04/02/1987.

4-القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله ج.ر، ع.37، الصادرة في 1 يوليو 1998. المعدل والمتمم بموجب القانون العضوي رقم 11-13 المؤرخ في 26 يوليو 2011، ج.ر، ع.43، الصادرة في 3 أوت 2011.

5-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر، ع.78، الصادرة بتاريخ: 30/09/1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر، ع.44، الصادرة بتاريخ: 26/06/2005.

6-القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، ع.24 الصادرة بتاريخ: 12 يونيو 1984. المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق ل 27 فبراير 2005. ج.ر، ع.15.

7-القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير ج.ر، ع.52، الصادرة بتاريخ: 02/12/1990 المعدل والمتمم.

8- القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتضمن قواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج.ر، ع.21، الصادرة بتاريخ: 08/05/1991.

- 9-القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج. ر، ع.43، الصادرة بتاريخ: 20 يوليو 2003.
- 10-الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15/07/2006 المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العامة، ج. ر، ع.46، الصادرة بتاريخ: 16 يوليو 2006.
- 11-القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية، ج.ر، ع.21، الصادرة بتاريخ: 23 أبريل 2008.
- 12-القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جوان 2011، يتعلق بالبلدية، ج. ر، ع.37، الصادرة بتاريخ: 3 جويلية 2011.
- 13-القانون رقم 12-06 المؤرخ في 18 صفر 1433، الموافق 12 يناير 2012، يتعلق بالجمعيات، ج.ر، ع.33، الصادرة بتاريخ: 2012/01/15.
- 14-القانون رقم 12-07 المؤرخ في 28 ربيع الأول 1433 الموافق 21 فبراير 2012، المتعلق بالولاية، ج.ر، ع.12 الصادرة بتاريخ: 29 فبراير 2012.
- 15-القانون رقم 16-14 المؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1438 الموافق ل 28 ديسمبر 2016، المتضمن قانوني المالية لسنة 2017، ج. ر، ع. 7، الصادرة بتاريخ: 2016/12/29.
- 16-المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية، العدد 50، الصادرة بتاريخ: 20 سبتمبر 2015.
- 17-المرسوم التنفيذي رقم 88-131 الذي ينظم العلاقات بين المواطن والإدارة ج. ر، ع.27، الصادرة بتاريخ: 1988/06/06.
- 18-المرسوم التنفيذي رقم 90-226 المؤرخ في 25 جويلية 1990، يحدد حقوق العمال الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة وواجباتهم، ج. ر، ع.31، الصادرة بتاريخ: 1990/07/28.
- 19-المرسوم التنفيذي رقم 90-227 المؤرخ في 25 جويلية 1990، يحدد قائمة الوظائف العليا في الدولة بعنوان الإدارة والمؤسسات والهيئات العمومية، ج. ر، ع.31، الصادرة بتاريخ: 1990/07/28.

- 20-المرسوم التنفيذي رقم 90-228 المؤرخ في 25 جويلية 1990، يحدد كيفية منح المرتبات التي تطبق على العمال الذين يمارسون وظائف عليا في الدولة، ج. ر، ع.31، الصادرة بتاريخ: 1990/07/28. المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 2000-439، المؤرخ في 2000/12/23، ج. ر، ع.82، الصادرة بتاريخ: 2000/12/31.
- 21-المرسوم التنفيذي رقم 90-230 المؤرخ في 25 جويلية 1990 الذي يحدد أحكام القانون الأساسي الخاص بالمناصب والوظائف العليا في الإدارة المحلية، ج.ر، ع.31، الصادرة بتاريخ: في 1990/07/28.
- 22-المرسوم التنفيذي رقم 91-175 المتعلق بالقواعد العامة للتعبئة والتعمير والبناء، ج.ر، ع.26، الصادرة بتاريخ: 1991/06/01.
- 23-المرسوم التنفيذي رقم 94-215 المؤرخ في 23 جويلية 1994 الذي يحدد أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهياكلها، ج. ر، ع.48، الصادرة بتاريخ: 1994/07/27.
- 24-المرسوم التنفيذي رقم 06-108 المؤرخ في 4 جمادى الأولى عام 1427 الموافق 31 ماي 2006، يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة، ج.ر، ع.37، الصادرة بتاريخ: 2006/06/4.
- 25-المرسوم التنفيذي 07-145 المؤرخ في 2 جمادى الأولى عام 1428 الموافق 19 ماي 2007، يحدد مجال تطبيق ومحتوى كفايات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، ج.ر، ع.34، الصادرة بتاريخ 2007/05/22. المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 18-255 المؤرخ في 9 أكتوبر 2018، ج.ر، ع.62، الصادرة بتاريخ: 2018/10/17.
- 26-المرسوم التنفيذي رقم 13-105 المؤرخ في 14 مارس 2013، يتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي البلدي، ج. ر، ع.15، الصادرة بتاريخ: 2013/03/17.
- 27-المرسوم التنفيذي رقم 13-217 المؤرخ في 9 شعبان 1434 الموافق 18 يونيو 2013، يتضمن النظام الداخلي النموذجي للمجلس الشعبي الولائي، ج.ر، ع.32، الصادرة بتاريخ: 23 يونيو 2013.
- 28-المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في يناير 2015، يحدد كفايات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج. ر، ع.7، الصادرة بتاريخ: 2015/02/12.

29-المرسوم التنفيذي رقم 16-190 المؤرخ في 25 رمضان عام 1437، الموافق 30 يونيو 2016، يحدد كفايات الاطلاع على مستخرجات مداوات المجلس الشعبي البلدي والقرارات البلدية، ج. ر، ع.41، الصادرة بتاريخ: 2016/07/12.

ب-الأجنبية

-في مصر

- 1-الدستور المصري لسنة 2012 المعدل سنة 2014.
- 2-قانون الوصية رقم 71 الصادر في 24 جوان 1946.
- 3-القانون المدني الصادر بالقانون رقم 131 لسنة 1948.
- 4- القانون رقم 453 لسنة 1954 بشأن المحال الصناعية والتجارية وغيرها من المحال المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة المعدل والمتم.
- 5- القانون رقم 47 لسنة 1972 المنظم لمجلس الدولة.
- 6- القانون رقم 43 لسنة 1979 المتعلق بنظام الحكم المحلي المعدل والمتمم.
- 7-القانون رقم 119 لسنة 2008 المتعلق بالبناء، ج.ر، ع19 مكرر أ، الصادرة بتاريخ 2008/05/11.
- 8-القانون رقم 15 لسنة 2017 تيسير إجراءات تراخيص المنشآت الصناعية.
- 9-القانون رقم 182 لسنة 2018 المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة.

-في فرنسا

- 1-Constitution Française du 4 octobre 1958, modifiée le 23 juillet 2008 par la réforme de modernisation des institutions de la Ve République (1), JORF n°0171 du 24 juillet 2008.
- 2-Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales Rome, 4 novembre 1950.
- 3- Code général des collectivités territoriales modifiée en 2018, publiée sur www.legifrance.gouv.fr .
- 4-code de l'urbanisme modifiée et complétée en 2017, publiée sur www.legifrance.gouv.fr .
- 5-code de l'environnement modifiée et complétée en 2017, publiée sur www.legifrance.gouv.fr .

- 6-code de procédure administrative, publiée sur www.legifrance.gouv.fr .
- 7- code de procédure civil modifiée en 2018, publiée sur www.legifrance.gouv.fr.
- 8- Ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000 relative à la partie Législative du code de justice administrative, JORF n°0107 du 7 mai 2000, modifiée en 2018.
- 9-Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, JORF n°0088 du 13 avril 2000.
- 10-Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n° 169, 24/07/2015.
- 11-Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF n° 25, 30/01/2016.
- 12-ordonnance n° 2016-131 du 10/02/2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n0035 du 11/02/2016.
- 13- Décret n°64-805 du 29 juillet 1964 fixant les dispositions réglementaires applicables aux préfets, JORF du 5 août 1964, modifiée en 2015.
- 14- Décret n° 82-390 du 10 mai 1982 relatif aux pouvoirs des commissaires de la République de région, à l'action des services et organismes publics de l'Etat dans la région et aux décisions de l'Etat en matière d'investissement public, JORF du 11 mai 1982 , Modifiée en 2004.
- 15-Décret n°2006-16 du 30 juin 2006 ; portant code des marchés Publics, texte 28 du 27/03/2016.

-نصوص قانونية أجنبية أخرى

- 1-مجلة الالتزامات والعقود التونسية.
- 2-مجلة الأحوال الشخصية التونسية.
- 3-مجلة الالتزامات والعقود المغربية.

*المؤلفات

أولاً: الكتب

1-المؤلفات العامة

أ-باللغة العربية

- 1-أبي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، ج5، دار صادر، بيروت، د.س.ن.

- 2- أحمد خطيب عباس، إساءة استعمال الحق في التقاضي بين النظام الإسلامي والأنظمة القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
- 3- أحمد عبد الحسيب عبد الفتاح السنرتيسي، دور قاضي الإلغاء في الموازنة بين مبدأ المشروعية ومبدأ الأمن القانوني، دراسة مقارنة، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2018.
- 4- العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، الواقعة القانونية، ط.4، ج.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 5- برهان رزيق، نظرية البطلان في العقد الإداري، ط.1، المكتبة القانونية، دمشق، 2002.
- 6- برهان رزيق، القرار الإداري وتمييزه عن قرار الإدارة، ط.1، د.د.ن، 2016.
- 7- بشير التكري، مدخل إلى القانون الإداري، مركز البحوث والدراسات الإدارية، الطبعة 2، تونس، 2000.
- 8- ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، 1966.
- 9- جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ، لسان العرب، الجزء 15، دار المعارف، د.س.ن.
- 10- جوزيف بادروس، القاموس الموسوعي الإداري، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- 11- راضي مازن ليلو، القانون الإداري، منشورات الأكاديمية العربية بالدنمارك، 2008.
- 12- رأفت فودة، عناصر وجود القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 13- سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، 1996.
- 14- سليمان الطماوي، النظرية العامة لقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، راجعه عاطف البنا، دار الفكر العربي، القاهرة، 2006.

15- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 2008.

16- سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973.

17- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، مصدران جديان للالتزام الحكم والقرار الإداري، ط.1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.

18- سمير عبد السيد تناغو، محمد حسين منصور، القانون والالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.

19- عاطف نصر مسلمي علي، نظرية الأوضاع الظاهرة في القانون الإداري، دراسة مقارنة، شركة مطابع الطويجي التجارية، د.س.ن.

20- عبد الرحمان عزاوي، النظام القانوني للمنشآت المصنفة من أجل حماية البيئة، دراسة مقارنة في كل من القانون الجزائري والفرنسي والمصري، ط.1، عالم الكتب للنشر والتوزيع، 2003.

21- عبد الرحمان عزاوي، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية و التنفيذية، دراسة مقارنة في مجال تحديد كل من القانون واللائحة، الجزء2، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، الجزائر، 2009.

22- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح أحكام القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ج2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

23- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.

24- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ط. 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

25- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام-التنفيذ-المنازعات في ضوء أحكام مجلس الدولة وفقا لقانون المناقصات والمزايدات، 2005.

- 26- عبد الغني بسيوني عبد الله، وقف تنفيذ القرار الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية 1990.
- 27- عبد اللطيف عبد الحميد ماضي، شرط الصفة في دعوى الإلغاء، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016.
- 28- عصام نعمة إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرار الإداري، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 29- علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ط.1، ج.1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2011.
- 30- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، د.ط، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.
- 31- عمار بوضياف، شرح قانون الولاية، ط.1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 32- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ج.1، 2005.
- 33- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج.1، دار هومة، الجزائر، 2003.
- 34- لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الثالث نظام التعويض في المسؤولية الإدارية، ط.1، دار الخلدونية، 2007.
- 35- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، بيروت، د.س.ن.
- 36- محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات، العقد، ط.2، د.د.ن، 1997.
- 37- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، 1983.
- 38- محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العام للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

39-محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، 2010.

40-محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، ط.2، ج.2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.

41-محمد مقبل العنذلي، آثار العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط.1، دار وائل للنشر، الأردن، 2015.

42-مختار مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.

43-مصطفى بوبكر، المسؤولية التقصيرية بين الخطأ والضرر في القانون المدني الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.

44-موريس نخلة، مسؤولية السلطة العامة، ط.1، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، د.س.ن.

45-ميسون جريس الأعرج، آثار حكم إلغاء القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.

46-ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط.2، مخبر الدراسات السلوكية والدراسات القانونية، 2007.

ب-باللغة الفرنسية

1-Andre- JEAN ARNAUD, dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, L.G.D.J, 2^{ème} éd, 1993.

2-B. FAURE, droit des collectivités territoriales, 1^{ère} éd, dalloz, 2009.

3-Charles DEBBASCH, Frédéric COLIN, droit administratif, economica, 7^{ème} éd, 2004.

4-Didier TRUCHET, droit administratif, P.U.F, thémis droit, 2^{ème} éd., 2009.

5-Georges VEDEL, Pierre DELVOLVE, droit administratif, t. 1, P.U.F, thémis droit, 12^{ème} éd, 1992.

- 6-Gérard CORNU, vocabulaire juridique, P.U.F, 2007.
- 7-Guy BRAIBANT, Bernard STIRN, le droit administratif français Presses de sciences po, dalloz, 7^{ème} éd., 2005.
- 8-Jacques GHESTIN, Marc BILLIAU, Christophe JAMIN, traité de droit civil, les effets du contrat, 3^{ème} édition, L.G.D.J,2001 .
- 9-Jacqueline MORAND-DEVILLER, le permis de construire, dalloz, 1997.
- 9-J-C. PIEDBOIS, le juge administratif et la « nouvelle » tutelle, in La nouvelle décentralisation, Sirey, Bibliothèque des collectivités locales, 1983.
- 10-Jean Waline, Droit administratif, dalloz, 22^{ème} éd, 2008.
- 11-Jean-Louis AUTIN, Catherine RIBOT, droit administratif général, Litec, 5^{ème} éd, 2007.
- 12-Jean-Bernard AUBY, la décentralisation et le droit, L.G.D.J, 2006.
- 13-Jean-Marie AUBY, Roland DRAGO, traité des recours en matière administrative, Litec, 1992.
- 14-Jean-Marie AUBY, Roland DRAGO, traité des recours en matière administrative, Litec, 1992.
- 15-Laurent RICHER, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, 6^{ème} éd, 2008
- 16-Le Petit La rousse,éd la rousse, paris, 2009.
- 17-Marie-Christine Rouault, contentieux administratif, gualino, 2008.
- 18-Muriel FABRE-MAGNAN, droit des obligations, t. 2, responsabilité civile et quasi-contrats, P.U.F, thémis droit, 2007.
- 19-Pascal COMBEAU, contrôle de légalité et responsabilité de la puissance publique, l'harmattan, Paris, 2007.
- 20-Pierre SOLER-COTEAUX, droit de l'urbanisme, 2^{ème} édition, dalloz, Paris, 1998.
- 21-René CHAPUS, droit administratif général, 13^{ème} édition, montchrestien, Paris, 2000.
- 22-René CHAPUS, droit administratif général, t. 1, montchrestien, domat droit public, 15^{ème} éd., 2001.
- 23-René CHAPUS Droit du contentieux administratif, montchrestien, domat droit public, 11^{ème} éd., 2004.
- 24-Serge GUINCHARD, Gabriel MONTAGNIER, Raymond GUILLIEN, Jean VINCENT, lexique des termes juridiques, dalloz, 17^{ème} éd., 2010.

25-Yves GAUDEMET, traité de droit administratif, droit administratif général, t1, L.G.D.J, 16^{ème} éd, 2001.

26-Yves GAUDEMET, droit administratif, 20^{ème} édition, L.G.D.J, lextenso édition, 2012.

27-Yves PITTAD, Urbanisme, dalloz, Paris 1999.

2- المؤلفات المتخصصة

1- سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة للغير، ط.1، شركة المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2012.

2- سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.

3- صبري محمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة مقارنة في النظرية العامة للالتزام، ط.1، دار الثقافة، عمان، 2001.

4- عبد الحكم فودة، النسبية والغيرية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، 1996.

5- محمد عبد الله شريف النعيمي، الالتزامات والحقوق التي يترتبها العقد الإداري تجاه الغير، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

ثانياً: الأطروحات والمذكرات

1- الأطروحات

أ- باللغة العربية

1- الميلود بوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة، دراسة مقارنة في القانون المغربي والفرنسي والمصري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص إدارة عامة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، سلا، المغرب، 2005.

2- بوحانة ثابتي، الجماعات الإقليمية الجزائرية بين الاستقلالية والرقابة -الواقع والآفاق-، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015.

3- حميد بن علي، مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الإداري الجزائري، تحول النشاط الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006.

4-فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، أطروحة دكتوراه دولة، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1992.

5-محمد ربيع بن سعيد، أشخاص القانون الخاص وإصدار القرار الإداري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة عبد الملك السعدي، طنجة، المغرب، 2011.

ب-باللغة الفرنسية

1-Dima El RAJAB, l'opposabilité des droits contractuels. étude de droit comparé français et libanais, thèse de doctorat en droit privé, Université Panthéon-Assas, 2013.

2-Elisabeth JURVILLIERS-ZUCCARO, le tiers en droit administratif, thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en droit, faculté de droit, sciences économiques et gestion, université nancy2,2010.

3-José DUCLOS, L'opposabilité. essai d'une théorie générale, L.G.D.J, bibliothèque de droit privé, 1984.

4-Laura PREUD'HOMME, l'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique, à l'initiative des tiers au contrat, Thèse pour le doctorat en droit public, université de Paris 1 pantheon-sorbonne,2013.

5-Marc LEVIS, L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits, economica, Droit privé, 1989.

6-Muhannad AJJOUR, la notion de liberté contractuelle en droit administratif français, thèse de doctorat en droit public, université panthéon-assas Paris 2, 2016.

7-Robert WINTGEN, étude critique de la notion d'opposabilité, les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand, L.G.D.J, bibliothèque de droit privé, 2004.

2-المذكرات

1-أمال مدين، المنشآت المصنفة لحماية البيئة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013.

2-حبيبة عتيق، الشكلية في العقد الإداري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015-2016.

3- ختام الجماعي، الغير والطعن في القرارات الإدارية في مادة التعمير، مذكرة ماجستير، تخصص قانون البيئة وتهيئة الفضاءات، كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية، جامعة قرطاج، 2008-2009.

4- ربيع ناجح راجح أبو حسن، مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه في مشروع القانون المدني الفلسطيني، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة نابلس، فلسطين، 2008.

5- زين الدين لعماري، الجماعات الإقليمية بين مبدأ الاستقلال ونظام الوصاية الإدارية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017.

6- سمية بلهوارى، علاقة الوالي بالهيئات المحلية، مذكرة ماجستير، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016.

7- عاشور فراحي، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2009-2010.

8- عبد الناصر صالحى، الجماعات الإقليمية بين الاستقلالية والتبعية، مذكرة ماجستير، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010.

9- فتحي عبد الهادي، المركز القانوني للوالي في النظام الإداري الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2011.

10- لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2014.

11- نبيلة صديقي، مسؤولية الإدارة عن الأضرار المترتبة عن الأشغال العمومية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2005-2006.

12- وهيبة بوغازي، تطور الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2009-2010.

ثالثا: المقالات والتقارير والتعليقات القانونية

1- باللغة العربية

1- إِيَاد محمد جاد الحق، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الدراسات الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، المجلد 19، غزة، فلسطين 2011، ع. 2.

2- بشير سالم فرج، نماذج ل"غير" معانيها واستعمالاتها ودلالاتها في القرآن الكريم، مجلة رسالة النجف، مجلة الكترونية تصدرها جامعة النجف الأشرف الدينية، السنة الثامنة، العراق، جوان، 2012، ع. 21.

3- الجيلالي سوسي، حول اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، مجلة المحامي، منظمة المحامين لسيدي بلعباس، 2003، ع. 00.

4- حسين عبد العلي الكعبي، مروى عبد الجليل، الطعن بطريق اعتراض الغير، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العراق، 2014، ع. 7.

5- داود الباز، المصلحة في دعوى الحسبة في المسائل الشرعية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2001، ملحق العدد الرابع.

6- رزيق عمر، بشير الشريف شمس الدين، قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، جوان 2017، العدد 11.

7- سحر جبار يعقوب، القرار الإداري المنفصل وأثره على الغير، مجلة الغري للعلوم الاقتصادية والإدارية، جامعة الكوفة، العراق، 2009، ع. 3، رقم 12.

8- سيد أحمد محمود، شرط المصلحة في الدعوى القضائية وشرط استمراريتها، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة 25، 2001، ملحق العدد 4.

- 9- عادل الطبطبائي، الطعن لتجاوز السلطة في مجال العقود الإدارية، دراسة خاصة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1987، ع.3.
- 10- عادل بو عمران، مبدأ استقلالية الجماعات الإقليمية، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، 2010، ع.26.
- 11- عبد الحفيظ علي الشيمي، عماد عبد الكريم قطّان، اعتراض الخارج عن الخصومة في القضائين العادي والإداري "دراسة في القانون القطري والمقارن"، المجلة القانونية والقضائية، وزارة العدل، قطر، 2015، ع.18.
- 12- عبد الرحمان عزوي، خصوصية المصطلحات في القانون الإداري وانعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية ومقوماتها (حالة العقد الإداري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، مارس 2012، العدد الأول.
- 13- عزيزة الشريف، سلطة قضاء القانون العام في تفسير مفهوم المصلحة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2001، ملحق العدد الرابع.
- 14- فراس مؤيد أحمد، الغير في العقد الإداري، مجلة كلية الآداب، د.س.ن، ع.97.
- 15- مامون مؤذن، الطبيعة القانونية لنشاط النقابات أو المنظمات المهنية، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، 2014، ع.30.
- 16- محمد الفيلي، خصوصية المصلحة في الطعون الانتخابية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2001، ملحق العدد الرابع.
- 17- محمد نايف العتيبي، المصلحة في دعوى الإلغاء، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة 25، 2001، ملحق العدد الرابع.
- 18- نبيل مهدي زوين، مدى سريان أثر العقد للدائن العادي، مجلة جامعة بابل، العراق، 2005، دون عدد.

- 1-André Michèle, rapport d'information au nom de la commission des finances sur les préfetures et la réorganisation territoriale de l'Etat, Sénat, n°77, 2013.
- 2-Bertrand PAUVERT, voisin, voisinage et droit de l'urbanisme, petite affiches, 6/02/2000.
- 3-Camille BROUELLE, tiers et droit public.
- 4-Direction générale des collectivités locales/ Ministère de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales. Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori des actes des collectivités locales et des établissements publics locaux : vingt-et-unième rapport :années 2007 - 2008 - 2009, Paris : D.G.C.L, 2010.
- 5- E. GUILLAUME, contentieux des installations classées, in répertoire dalloz, contentieux administratif, t. 3.
- 6-Emmanuel AUBIN, contrôle administratif de légalité, différents types de contrôles, Jurisclasseur collectivités territoriales, fascicule n° 911, 30 avril 2010.
- 7-F. FERRAND, contentieux des installations classées, in juris-classeur, environnement, t. 2, fasc.
- 8-G. VIVENS, Le contrôle de légalité des actes non soumis à transmission, A.J.D.A 1986
- 9-Ibrahima DIALLO, l'avenir du déferé préfectoral en droit public français, A.J.D.A, 2005.
- 10- Laetitia JANICOT, la tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales trente ans après la loi du 2mars 1982, l'actualité juridique droit administratif, A.J.D.A ,février 2012.
- 11-Jean-François LACHAUME, remarques sur le contrôle a posteriori de la légalité des actes des autorités locales décentralisées, R.F.D.A, 1985.
- 12-Jean-Louis MESTRE, « L'arrêt Landrin, acte de naissance du recours pour excès de pouvoir ? », R.F.D.A, 2003.
- 13-Khalil FENDRI, permis de batir : le conflit d'intérêts, études juridiques, n°13, 2006.
- 14- Léon-Bernard KREPPER, rationalisation des référés et recours en matière de contrats et marchés publics, Propositions de la C.C.I de région Paris Ile-de-France.
- 15-Marion UBAUD -BERGERON, le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat, in mélanges m. Guibal, t. 1, Presses de la faculté de Montpellier, 2006.

16-Michel VERPEAUX, constitution, déféré préfectoral et recours pour excès de pouvoir, ou Commune du Port, encore..., economica, 2003.

17-René CRISTINI, Contentieux de l'urbanisme, in Répertoire dalloz contentieux administratif, t. 4.

18-W. KLOEPFER, réflexions sur l'admission du recours pour excès de pouvoir en matière contractuelle, A.J.D.A, 2003.

19-Xavier DELCROS, le contrôle de légalité des actes administratifs des autorités communales, départementales et régionales, E.D.C.E, 1987.

ملاحظات وتعليقات قانونية

1-Claire LANDAIS et Lenica FREDERIC , note sur CE Sect., 22 octobre 2004, Société française de meunerie, A.J.D.A, 2004.

2-Christophe GUETTIER, note sur CE Sect., 22 octobre 2004, Société française de meunerie, R.D.P 2005.

3-DACOSTA, concl. sur CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, R.F.D.A, 2008.

4-Didier CASAS, concl. sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société tropic travaux signalisation, R.J.E.P 2007.

5-Dominique POUYAUD, note sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, R.F.D.A 1999.

6-Fabrice MELLERAY, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, R.D.P 2007.

7-Jacques-Henri STAHL, concl. sur CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux, R.F.D.A, 1999.

8-Marion UBAUD-BERGERON, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, J.C.P, 2007.

9-Pierre Delvolvé, note sur CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation,. R.J.E.P, 2007

10-Revue générale du droit, Note sous CE, 11 avril 2012, Société Gouelle, n. 355446, 01/05/2012.

رابعاً: المواقع الإلكترونية

1-aurelienbamde.com

2-dalloz.fr

3-le dictionnaire en langue française d'emile littré ,francois.gannaz.free.fr

4-univ-lyon3.archives-ouvertes.fr

5-www.actu-environnement.co

6-www.assemblee-nationale.fr

7-www.doctrine.fr

9-www.economie.gouv.fr

10-www.fallaitpasfairedu droit.fr

11-www.ladocumentationfrancaise.fr

12-www.lapisardi-avocat.fr

13-www.larousse.fr

14-www.legifrance.gouv.fr

15-www.village-justice

الفهرس

أ.....	الشكر والتقدير
ب.....	الإهداء
ج.....	قائمة بأهم المختصرات
01.....	المقدمة
11.....	الباب الأول: الإطار المفاهيمي والتاريخي للغير في القانون
13.....	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للغير في القانون
14.....	المبحث الأول: التعريف بالغير
15.....	المطلب الأول: الغير لغة واصطلاحا
15.....	الفرع الأول: الغير لغة
16.....	الفرع الثاني: الغير اصطلاحا
16.....	أولا: الغير في معاجم القانون
18.....	ثانيا: الغير في المؤلفات القانونية
19.....	ثالثا: الغير في مراجع القانون الإداري
19.....	1- التعريف بالغير في مجال الأعمال القانونية الإدارية
22.....	2- التعريف بالغير في مجال المسؤولية الإدارية
24.....	المطلب الثاني: حقيقة الغير بناء على علاقته البينية والوضعية القانونية ذات الصلة
24.....	الفرع الأول: العلاقة الإيجابية بين الغير والوضعية القانونية
25.....	أولا: تحديد الغير بالنسبة للشخص المعنوي العام
26.....	ثانيا: الغير والعون العمومي

29.....	الفرع الثاني: العلاقة السلبية بين الغير والوضعية القانونية.
29.....	أولاً: الغير في إطار اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.
30.....	1-التعريف باعتراض الغير الخارج عن الخصومة.
31.....	2-شروط اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.
38.....	3-طبيعة الصلة بين الغير والغير المعترض.
39.....	ثانياً: الغير في المسؤولية الإدارية.
40.....	1-الغير والمسؤولية عن أضرار الأشغال العامة.
46.....	2-الغير والمسؤولية الإدارية عموماً.
50.....	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للغير.
51.....	المطلب الأول: العناصر التي تدخل في تكوين الغير.
51.....	الفرع الأول: العلاقة القانونية.
52.....	أولاً: التعريف بالعلاقة القانونية.
53.....	ثانياً: مصادر العلاقة القانونية.
54.....	الفرع الثاني: نفاذ العلاقة القانونية.
58.....	الفرع الثالث: مركز الغير في المجال القانوني.
59.....	أولاً: موضوع المجال القانوني.
60.....	ثانياً: أطراف المجال القانوني.
61.....	ثالثاً: آثار المجال القانوني.
63.....	رابعاً: دور العامل الزمني في تحديد الغير.
64.....	المطلب الثاني: الموازنة بين حقوق الغير وضمان الاستقرار القانوني للعلاقات القانونية ذات الأبعاد الإدارية.

65.....	الفرع الأول: حق الغير في الوصول إلى القضاء
67.....	الفرع الثاني: ضمان الأمن القانوني للعلاقات القانونية واستقرارها
71.....	الفصل الثاني: الإطار التاريخي للغير في القانون
72.....	المبحث الأول: الغير في إطار العلاقات التعاقدية
72.....	المطلب الأول: الروابط العقدية التي ترتب حقا للغير أو تحمله التزاما
73.....	الفرع الأول: الاشتراط لمصلحة الغير
74.....	أولا: الاشتراط لمصلحة الغير التعريف به ومساره التاريخي
77.....	ثانيا: أحكام الاشتراط لمصلحة الغير
77.....	1- شروط تطبيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير
80.....	2- الآثار البنينة لأطراف الاشتراط لمصلحة الغير
87.....	ثالثا: تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير
87.....	1- عقد التأمين
88.....	2- عقد المقاوله
88.....	رابعا: حقيقة الغير في الاشتراط لمصلحة الغير
89.....	الفرع الثاني: التعهد عن الغير
89.....	أولا: التعريف بالتعهد عن الغير
91.....	ثانيا: الآثار البنينة لأطراف التعهد عن الغير
91.....	1- العلاقة بين المتعهد والمتعهد له
93.....	2- العلاقة بين المعتهد له والغير المتعهد عنه
95.....	ثالثا: حقيقة الغير في التعهد عن الغير

المطلب الثاني: الروابط العقدية التي تعتبر حجة للغير وعليه.....	96
الفرع الأول: الخلف في العقد.....	96
أولاً: الخلف العام.....	97
1-غيرية الخلف العام.....	99
2-حقيقة غيرية الخلف العام.....	106
ثانياً: الخلف الخاص.....	108
1-شروط انصراف الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد في ذمة السلف تجاه الخلف الخاص.....	109
2-غيرية الخلف الخاص وحقيقة ذلك.....	113
الفرع الثاني: الدائن العادي.....	114
أولاً: طبيعة العلاقة بين الدائن العادي والوضعية القانونية التي يكون مدينه طرفاً فيها.....	115
ثانياً: آليات تدخل الدائن العادي (الغير) في العلاقات التي يكون مدينه طرفاً فيها.....	116
1-تدخل الدائن العادي في العلاقات التي يكون مدينه طرفاً فيها عن طريق الدعوى غير المباشرة.....	117
2- تدخل الدائن العادي في العلاقات التي يكون مدينه طرفاً فيها عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية).....	120
3- تدخل الدائن العادي في العلاقات التي يكون مدينه طرفاً فيها عن طريق دعوى الصورية.....	125
المبحث الثاني: الغير في مجال المسؤولية عن عمل الغير.....	130
المطلب الأول: مسؤولية متولي الرقابة.....	132
الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية الغير متولي الرقابة.....	135

أولاً: تولي الرقابة.....	135
1-الالتزام بالرقابة.....	135
2-مدى الرقابة ونطاقها.....	136
ثانياً: صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة.....	144
الفرع الثاني: أساس مسؤولية الغير متولي الرقابة وكيفية دفعها.....	142
أولاً: أساس مسؤولية الغير متولي الرقابة.....	142
ثانياً: نفي الغير متولي الرقابة لمسؤوليته.....	144
المطلب الثاني: مسؤولية الغير المتبوع عن أعمال تابعه.....	146
الفرع الأول: شروط تحقق مسؤولية الغير المتبوع عن أعمال تابعه.....	147
أولاً: قيام رابطة التبعية بين المتبوع والتابع.....	147
ثانياً: صدور عمل غير مشروع ينسب إلى التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.....	150
1-خطأ التابع حال تأدية الوظيفة.....	151
2- خطأ التابع بسبب الوظيفة.....	151
3-خطأ التابع بمناسبة الوظيفة.....	152
الفرع الثاني: أساس مسؤولية الغير المتبوع وأحكام رجوعه على تابعه.....	155
أولاً: الأساس القانوني لمساءلة المتبوع عن فعل تابعه.....	155
1-المسؤولية عن فعل التابع مسؤولية شخصية.....	155
2- مسؤولية المتبوع عن تابعه قائمة على أساس تحمل التبعية.....	157
3- مسؤولية المتبوع هي مسؤولية عن عمل الغير (مسؤولية الغير).....	158
ثانياً: أحكام الرجوع بين أطراف الوضعية القانونية.....	160

164.....	الباب الثاني: درجات الغير وتطبيقاتها في مواضع القانون الإداري
166.....	الفصل الأول: الغير الأصلي.....
167.....	المبحث الأول: الغير الأصلي في القرار الإداري.....
168.....	المطلب الأول: تحديد الغير الأصلي.....
168.....	الفرع الأول: القرار الإداري موضوع العلاقة القانونية.....
169.....	أولاً: القرار الإداري صادر عن جهة إدارية أو شبه إدارية.....
171.....	ثانياً: القرار الإداري تعبير إرادي.....
172.....	ثالثاً: القرار الإداري صادر بالإرادة المنفردة.....
173.....	رابعاً: القرار الإداري يقصد منه إحداث أثر قانوني.....
175.....	الفرع الثاني: أطراف العلاقة القانونية.....
175.....	أولاً: الفاعلون الإيجابيون.....
177.....	ثانياً: الفاعلون السلبيون.....
179.....	1-النشر.....
180.....	2-الإعلام.....
181.....	الفرع الثالث: دافع الغير الأصلي إلى التقاضي في مجال القرارات الإدارية.....
182.....	أولاً: أثر المصلحة على قبول طعن الغير الأصلي أمام القاضي الإداري.....
183.....	1-أن تكون شخصية ومباشرة.....
184.....	2- أن تكون محققة أو محتملة.....
187.....	ثانياً: المصالح المحمية للغير الأصلي في ميزان دعوى الإلغاء.....
188.....	1-هدف دعوى الغير الأصلي هو حماية مصالح المجتمع.....
190.....	2-هدف دعوى الغير الأصلي حماية مصالحه المالية والمعنوية.....

- المطلب الثاني: تطبيقات الغير الأصلي في مجال القرار الإداري.....194
- الفرع الأول: الغير الأصلي في نظام العمران-رخصة البناء أنموذجاً-.....195
- أولاً: خصوصية الصفة والمصلحة بالنسبة للغير في منازعات إلغاء رخصة البناء.....197
- 1- خصوصية الصفة في طعن الغير الأصلي بالإلغاء في رخصة البناء.....197
- 2- خصوصية المصلحة في طعن الغير الأصلي بالإلغاء في رخصة البناء.....199
- 3- المواعيد والآجال والنتائج المترتبة عليها في الطعن بالإلغاء في رخصة البناء من قبل الغير الأصلي.....209
- الفرع الثاني: الغير الأصلي في نظام البيئة-رخص إنشاء واستغلال المنشآت المصنفة-.....206
- أولاً: الصفة والمصلحة في دعوى إلغاء ترخيص بإنشاء واستغلال منشأة مصنفة.....207
- ثانياً: المواعيد والآجال في الطعن بالإلغاء في رخص إنشاء واستغلال منشأة المصنفة من قبل الغير الأصلي والنتائج المترتبة عليها.....211
- المبحث الثاني: الغير الأصلي في العقد الإداري.....214
- المطلب الأول: تحديد الغير الأصلي.....215
- الفرع الأول: الرابطة العقدية موضوع العلاقة القانونية.....215
- أولاً: العقد الإداري.....216
- ثانياً: القرار الإداري المنفصل في العلاقة العقدية.....219
- الفرع الثاني: أطراف العلاقة القانونية.....221
- أولاً: المتعاقدون.....221
- ثانياً: الغير الأصلي.....222

- 1-دافعوا الضرائب المحلية.....223
- 2-أعضاء المجالس التداولية.....224
- 3-الجمعيات والتجمعات المهنية.....225
- المطلب الثاني: الآليات القانونية لحماية الغير الأصلي لمصالحه في المادة التعاقدية...226
- الفرع الأول: القرار الإداري المنفصل موضوع طعن الغير الأصلي أمام قاضي الإلغاء.226
- أولاً: الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بالمرحلة السابقة على التعاقد.....227
- ثانياً: الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بالمرحلة اللاحقة على التعاقد.....230
- الفرع الثاني: التوجه نحو الطعن المباشر عن طريق دعوى الإلغاء في العقد الإداري نفسه.....237
- أولاً: الطعن بالإلغاء في الشروط التنظيمية للعقد من قبل الغير الأصلي.....238
- ثانياً: الطعن بالإلغاء في عقود توظيف الأعوان العموميون من قبل الغير الأصلي.....242
- الفصل الثاني: الغير المستفيد.....246**
- المبحث الأول: الغير المستفيد في القرار الإداري.....247
- المطلب الأول: اكتساب الوالي والمحافظ صفة الغير المستفيد في ظل الوضع القانوني لرقابة المشروعية.....248
- الفرع الأول: الإطار المفاهيمي للوالي والمحافظ.....248
- أولاً: التعريف بالوالي والمحافظ.....249
- ثانياً: المركز القانوني للوالي والمحافظ.....250
- الفرع الثاني: محددات الوالي والمحافظ باعتبارهما غيرا مستفيدا.....253
- أولاً: محددات الوالي باعتباره غيرا مستفيدا في النظام القانوني الجزائري.....253

- 1- الوالي فاعل نشط في إطار الرقابة على أعمال البلدية في ضوء القانون 10-11 المتعلق بالبلدية.....253
- 2- الوالي غير مستفيد في إطار الرقابة على أعمال المجلس الشعبي الولائي على ضوء القانون رقم 07-12 المتعلق بالولاية.....267
- ثانيا: محددات المحافظ كغير مستفيد في كل من النظام القانوني الفرنسي والمصري..272
- 1- محددات المحافظ كغير مستفيد في النظام القانوني الفرنسي.....272
- 2- محددات المحافظ باعتباره غيرا مستفيد في النظام القانوني المصري.....277
- المطلب الثاني: طرق الطعن الخاصة للوالي والمحافظ باعتبارهما غيرا مستفيدا.....278
- الفرع الأول: رقابة المحافظ على أعمال المجالس المحلية في المرحلة السابقة على التقاضي في ضوء النظام القانوني الفرنسي.....280
- الفرع الثاني: تحريك رقابة قاضي الإداري على أعمال المجالس المحلية في ضوء النظام القانوني الفرنسي والجزائري.....283
- أولا: الطعن الولائي القضائي.....284
- 1- مدى اعتبار الطعن الولائي القضائي طعنا لتجاوز السلطة.....284
- 2- أحكام الطعن الولائي القضائي.....288
- ثانيا: الطعن الولائي القضائي بناء على طلب292
- 1- الأشخاص الذين لهم مصلحة في إعمال الطعن الولائي القضائي بناء على طلب...293
- 2- الصفة الاختيارية للطعن الولائي القضائي بناء على طلب.....295
- المبحث الثاني: الغير المستفيد في العقد الإداري.....298
- المطلب الأول: الغير المستبعد.....299
- الفرع الأول: تحديد الغير المستفيد.....299

- 301..... الفرع الثاني: تحديد الغير المستبعد
- 302..... أولاً: مفهوم الغير المستبعد على ضوء أحكام القضاء الإداري
- 1- الغير المتنافس المستبعد في إطار الطعن بالإلغاء ضد القرار الإداري المنفصل عن العقد..... 302
- 2- الغير المتنافس المستبعد في إطار الطعن في العقد أمام القضاء الشامل..... 304
- ثانياً: مفهوم الغير المستبعد على ضوء التشريعات المتعلقة بمنازعات إبرام العقود الإدارية..... 306
- المطلب الثاني: حماية الغير المستفيد لمبدأ المشروعية في المرحلة السابقة على التعاقد..... 309
- الفرع الأول: مجال تطبيق دعوى الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد..... 311
- أولاً: مجال تطبيق دعوى الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد من حيث الموضوع..... 312
- 1-الإشهار (الإعلان)..... 313
- 2-المنافسة..... 315
- ثانياً: عنصر المصلحة في قضاء الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد..... 317
- الفرع الثاني: أثر طعن الغير المستفيد عن طريق دعوى الاستعجال في المرحلة السابقة على التعاقد على أعمال الإدارة غير المشروعة..... 319
- أولاً: التدابير المؤقتة..... 320
- ثانياً: التدابير النهائية (القطعية)..... 321
- 1-سلطة الأمر..... 321
- 2- فرض غرامة تهديدية..... 322

الفرع الثالث: التوجهات الحديثة الرامية إلى مد نطاق رقابة الغير المستفيد على أعمال الإدارة	
غير المشروعة في المرحلة السابقة على التعاقد.....	324
أولاً: التوجهات التشريعية الرامية إلى مد نطاق رقابة الغير المستفيد على أعمال الإدارة غير	
المشروعة في المرحلة السابقة على التعاقد.....	325
1- شروط تطبيق دعوى الاستعجال التعاقدية.....	325
2- أثر استعمال الغير المستبعد لدعوى الاستعجال التعاقدية.....	328
ثانياً: التوجهات القضائية الرامية إلى مد نطاق رقابة الغير المستفيد على أعمال الإدارة غير	
المشروعة في المرحلة السابقة على التعاقد.....	331
1- دعوى الطعن في صحة العقد L'arrêt du Conseil d'Etat, Société Tropic	
travaux.....	331
2- دعوى الطعن المباشر للغير المستبعد في العقد الإداري - l'arrêt Tarn-et-	
Garonne.....	336
الخاتمة.....	342
الملاحق.....	349
قائمة المصادر والمراجع.....	358
الفهرس.....	377

ملخص

يعد غيرا في مجال القانون كل شخص طبيعي أو معنوي غريب عن وضعية قانونية معينة، لا يربطه أي رباط مع هذه الأخيرة، ومع ذلك فإنه قد يتفاعل معها وسيتدخل فيها مع الذي يعتبر أجنبيا عنه في مجال المنازعات ليحصل على صفة الطرف.

ويشكل الغير في مجال القانون الإداري فئتين، فئة الغير الأصلي وفئة الغير المستفيد، ويعتبر الغير الأصلي بعيدا تماما عن العلاقة القانونية التي يكون موضوعها القرار الإداري أو العقد الإداري ولن يتدخل فيها إلا في مجال المنازعات، بينما يتدخل الغير المستفيد في مرحلة من مراحل حياة هذه العلاقة، كما يتدخل في مجال المنازعات. وعموما يشكل تدخل كل من الغيرين وجها من أوجه التمييز بينهما، بالإضافة إلى اختلاف وسائل التدخل التي يملكها كل منهما.

الكلمات المفتاحية: غير-قانون مدني- قانون إداري-قاضي إداري-غير أصلي-غير مستفيد-قرار إداري-عقد إداري-صفة-مصلحة.

Résumé

Le tiers est considéré, dans le domaine juridique comme toute personne physique ou morale étrangère à une situation juridique déterminée à laquelle, il n'a aucun lien de rattachement. Cependant, il peut s'interagir, s'immiscer dans la situation juridique, il peut intervenir avec quelqu'un qu'il lui est étranger, pour devenir une partie dans un contentieux déjà né entre autres personnes qu'elles lui sont étrangères.

En droit administratif, on peut distinguer entre deux catégories de tiers : le tiers pur et le tiers intéressé. Le tiers pur est une personne extérieure de la situation juridique dont l'objet est un acte administratif ou un contrat administratif. Par conséquent, il n'intervient qu'après la naissance du contentieux relatif à cette situation juridique. Par ailleurs, le tiers intéressé intervient dans une des phases d'une relation juridique comme il peut intervenir dans le contentieux y afférant. En général, l'intervention de ces deux catégories de tiers, constitue le critère de distinction entre elles, ainsi que la différence de moyens de leurs interventions.

MOTS Clés : tiers-droit civil-droit administratif-juge administratif- tiers pur – tiers intéressé-acte administratif unilatéral-contrat administratif-qualité-intérêt.

Abstract

Prepare third party in the field of law, every natural or legal person who is alien to a particular legal status is not bound by any association with the latter, yet he may interact with them and interfere with those who are foreign to him in the field of disputes, so as to obtain the status of the party.

And constitute third party in the field of administrative law two categories, the category of pure third party and the category of interested third party, and the pure third party is completely away from the legal relationship, which is the subject of administrative decision or administrative contract and will intervene only in the domain of disputes, while the interested third party intervenes at one stage of life of this relationship, intervenes in the domain of disputes. In general, the intervention of each of the third parties is one of the distinctions between them, as well as the different means of intervention that each of them.

key words: third party- civil law- administrative law- Administrative judge- pure third party- interested third party- administrative decision- administrative contract- quality- Interest.