

امتحان السداسي الثاني في مادة المنهجية

السؤال: حرر مذكرة استخلاصية في صفتين على الأكثر تتعلق بسريان قرارات الإدارة العامة مستندا على النصوص القانونية والقضائية والدراسات الفقهية التالية:

أولا: النصوص القانونية

تنص المادة 97 من القانون 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011 المتضمن قانون البلدية على: "لا تصبح قرارات رئيس المجلس الشعبي البلدي قابلة للتنفيذ إلا بعد إعلام المعنيين بها عن طريق النشر إذا كان محتواها يتضمن أحكاما عاما أو بعد إشهار فردي بأي وسيلة قانونية في الحالات الأخرى".

وتنص المادة 124 من القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتضمن قانون الولاية على: "تنشر القرارات المتضمنة التنظيمات الدائمة إذا كانت تكتسي طابعا عاما وفي الحالات المخالفة تبلغ للمعنيين دون المساس بأجال الطعون المنصوص عليها في القوانين المعمول بها".

والمادة 829 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية "يحدد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة أشهر تسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الفردي أو من تاريخ نشر القرار الجماعي أو التنظيمي".

المادة 830: "يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه. يعد سكوت الجهة الإدارية المتظلم أمامها عن الرد خلال شهرين بمثابة قرار بالرفض ويبدأ هذا الأجل من تاريخ تبليغ التظلم...".

ثانيا: الاجتهاد القضائي

قرار الغرفة الأولى مجلس الدولة فهرس 122 المؤرخ في 2012/10/23 : في قضية السيدة م خ ضد والي ولاية المسيلة: حيث أن المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنص على تحديد أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة أشهر تسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الفردي أو من تاريخ نشر القرار الجماعي أو التنظيمي، مما يجعل هذا الميعاد من النظام العام، هذا من جهة ومن جهة أخرى كان المستأنفون على علم بالقرار المطعون فيه علما يقينيا...".

قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى في قضية (ز م) ضد والي ولاية الجزائر ومن معه (مجلة قضائية العدد الثاني 1994 ص 219 وما بعدها): حيث أن النظرية التي أسسها الاجتهاد القضائي والمتعلقة بالعلم اليقيني يجب تطبيقها بشكل محدود جدا، وتقديم الدليل القاطع الذي لا يمكن رفضه، والذي يثبت رسميا بأن المعني قد علم بلا منازع بالقرار المطعون فيه، وحيث أنه في دعوى الحال فإن مجرد وجود الحكم الصادر عن محكمة بئر مراد رابح، لا يمكن أن يشكل الدليل على علم الطاعن بالمقرر المطعون فيه، إلا في الحالة التي يقدم فيها الدليل على تبليغ هذا الحكم للطاعن مثبتا بذلك شكل رسمي على الطاعن علمه بالقرار المطعون فيه".

قرار الغرفة الرابعة لمجلس الدولة، فهرس 259 المؤرخ في 1999/06/28 في قضية بلدية حمر العين ضد بودور محمد: من المقرر قانونا أن العلم بالقرار الإداري المطعون فيه لا يمكن اعتباره علما يقينيا، إلا من اليوم الذي يبلغ فيه قرار الغرفة المدنية بالمجلس القضائي الذي يشير إلى القرار المطعون فيه وليس من يوم النطق بالقرار أو من يوم الاستظهار به في الجلسة، ومن ثم فإنه إذا لم يثبت تبليغ قرار المجلس القضائي الغرفة المدنية الصادر بتاريخ 1992/06/12 كان الطعن التدرجي المسبق المرفوع بتاريخ 1992/06/22 صحيحا ويستوجب قبوله...".

ثالثا: الفقه

مقتطف من كتاب: القرار الإداري (دراسة تشريعية قضائية وفقهية) للأستاذ الدكتور عمار بوضياف

تسري القرارات الإدارية من تاريخ العلم بها حتى يتمكن المعنيون بها من اتخاذ موقف تجاه هذه القرارات خاصة وأنه ترتب آثارا قانونية، لذا لا يجوز للإدارة العامة أن تتمسك بها إذا لم يحدث العلم بها عن طريق النشر أو التبليغ كأصل عام، أو عن طريق آلية أخرى من صنع القضاء وهي العلم اليقيني.

1-النشر: يقصد بالنشر اتباع الإدارة العامة الشكليات المقررة لكي يعلم الجمهور بالقرار وعرف أيضا على أنه إعلام الأفراد بموجبات القرار الذي تصدره الإدارة، ومتى علم المعنى بالقرار أو افترض فيه العلم بواسطة النشر ترتب عنه جملة من الآثار القانونية أهمها بدء سريان أجل الطعن الإداري والقضائي،

ويشمل نشر القرار كافة محتوياته حتى يلم أصحاب المصلحة به إماما نافيا للجهالة، وهو التزام يقع على عاتق الإدارة ويكفل للمعنيين به ضمانه العلم بمضمون القرار، عن طريق العديد من الطرق التي تكفل العلم له مثل: نشرة القرارات الإدارية الخاصة بالمرفق .

2-التبليغ: ويقصد بها اخطار المعني بالقرار الإداري رسميا بالكيفية التي حددها القانون أو المعتمدة داخل الدولة، وكقاعدة عام ليس للتبليغ شكل خاص المهم أم يصل القرار للمعنيين به بكل محتوياته، فيعتبر بذلك اعلانا صحيحا، ويتميز العلم بواسطة التبليغ أنه علم حقيقي وثابت في حق المبلغ اليه بخلاف العلم بواسطة أسلوب النشر فهو علم فرضي، يفترض أن المعني اطلع على القرار وينفذ في حقه بعد النشر ولو لم يطلع عليه.

3-العلم اليقيني: يتحقق العلم اليقيني بالقرار باتصال علم الأفراد به بطريقة مؤكدة عن غير طريق الإدارة، بحيث يكون هذا العلم شاملا لجميع عناصر القرار الإداري، وعليه فإنه ان لم تقدم الإدارة على تبليغ قرارها للمعني به ومع ذلك تحقق العلم بمضمون

القرار كنا أمام حالة العلم باليقين وهي نظرية لا تقوم على فكرة الظن أو الاحتمال ، بل تقوم على التأكيد والقطع والجزم وإزالة كل شك أن المعني بلغ إلى علمه القرار بغير طريق الإدارة.

وحتى نكون أمام العلم اليقيني وجب توافر الشروط التالية :

● أن يحصل العلم بغير النشر أو التبليغ، فيجب أن يثبت عدم قيام الإدارة باتباع إجراءات نشر القرار أو تبليغه أيا ما كانت الأسباب التي دفعتها لذلك كالأهمال أو عدم الاكتراث أو النسيان أو كثرة الأعمال... فإن تحقق قيامها بإجراء النشر أو التبليغ فلا يمكن تطبيق فكرة العلم اليقيني.

● أن يكون علم المعني بالقرار قطعيا لا ظنيا ، فالقرار الإداري يسري في حق المعني فقط إذا تم التأكد أن المعني بالقرار صار عالما به رغم عدم اتباع إجراءات النشر أو التبليغ من جانب الإدارة، كأن يعلم به عن طريق شخص تابع لنفس الجهة مصدرة القرار.

● أن يشمل العلم بالقرار جميع أجزائه وعناصره أي أن المعني يجب أن يعلم بكافة عناصر القرار علما يمكنه من تحديد مركزه القانوني بالنسبة للقرار المطعون فيه .

الإجابة النموذجية لامتحان السداسي الثاني في مادة المنهجية

المرحلة التحضيرية:

الكلمات المفتاحية: النشر، التبليغ، العلم اليقيني.

الفكرة العامة: وسائل العلم بالقرارات الإدارية

أو سريان القرارات الإدارية

الأفكار الأساسية: 1- وسائل الإعلام التشريعية.

2- وسائل الاعلام القضائية.

الخطة:المبحث الأول: وسائل الإعلام التشريعية

المطلب الأول: النشر

المطلب الثاني: التبليغ

المبحث الثاني: وسائل الإعلام القضائية.

المطلب الأول: العلم باليقين

المطلب الثاني: شروط العلم باليقين.

خاتمة.

المرحلة التحريرية:

مقدمة:

يتناول موضوع الملف سريان القرارات الإدارية على اختلاف أنواعها في مواجهة المخاطبين بها، الذي حاول المشرع الجزائري تكريسه في العديد

من النصوص، لعل أبرزها ما جاء في الوثيقة ، لفص المواد 97 من قانون البلدية و المادة 124 من قانون الولاية، و المواد 829 و 830 من

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و طبقه القضاء الإداري الجزائري في العديد من المناسبات ، و خاصة بعد تبني الازدواجية القضائية، و لعل

أبرز تطبيقاتها في هذا الخصوص القرار رقم 122 المؤرخ في 2012/10/23 الصادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة، و القرار رقم 259

المؤرخ في 1999/06/28 الصادرة عن الغرفة الرابعة لمجلس الدولة و القرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى و دون أن ننسى الفقه الذي كان

سابقا لعرض أهم الإشكالات القانونية التي تترتب عن فكرة سريان القرارات الإدارية في وجه المخاطبين بها، و هذا مما يستشف من مؤلف الدكتور

عمار بوضياف الموسوم بالقرارات الإدارية (دراسة تشريعية و قضائية و فقهية) .الإشكالية: ماهي الوسائل القانونية الم عمدة قانونا لمخاطبة

المنتفعين بخدمات المرافق العامة؟ و ما مصدرها؟إن الإجابة عن الإشكالية أعلاه تقتضي بالضرورة إتباع الخطة المبينة أناده: مقدمة:

المبحث الأول: وسائل الإعلام التشريعية

المطلب الأول: النشر

المطلب الثاني: التبليغ

المبحث الثاني: وسائل الإعلام القضائية.

المطلب الأول: العلم باليقين

المطلب الثاني: شروط العلم باليقين.

خاتمة.

أحدث المشرع الجزائري العديد من الأليات القانونية التي من شأنها أن تكفل وتضمن علم المعني المخاطب بالقرارات بمحتوى هذا الأخير سواء كان فرديا أو تنظيميا ومن بين تلك الأليات لدينا النشر والتبليغ.

المطلب الأول: النشر.

بالنظر إلى الوثيقة موضوع المذكرة نجد أن المشرع يؤكد على أن الوسيلة الوحيدة للعلم بالقرارات الإدارية التنظيمية عن طريق النشر وذلك بموجب المادة 97 من قانون البلدية بنصها "... عن طريق النشر إذا كان محتواها يتضمن أحكاما عامة...". وكذلك نص المادة 124 من قانون الولاية بنصها "... كتنشر القرارات التضمن التنظيمات الدائمة إذا كانت تكتسب طبعاً عاماً...". وكذا نص المادة 829 من ق إ م التي تنص "... من تاريخ القرار الجماعي أو التنظيمي..". لذا عمد الدكتور عمار بوضياف إلى تعريفها في كتابه القرارات الإدارية على أنها " يقصد بالنشر اتباع الإدارة العامة الشكليات المقررة لكي يعلم الجمهور بالقرار وعرف أيضا على أنه إعلام الأفراد بموجبات القرار الذي تصدره الإدارة...". وكرسها القضاء الإداري الجزائري في العديد من المناسبات جعل المواعيد تحتسب من تاريخ النشر وهي من النظام العام، وجل أحكامها بهذا الخصوص مستقرة على هذا المبدأ (نشر القرارات التنظيمية) مما يدفعنا إلى القول إن فكرة النشر جعلت كل الوثائق المذكرة الاستخلاصية متوافقة فيما بينها.

المطلب الثاني: التبليغ.

بالنسبة إلى التبليغ فقد ربطه المشرع الجزائري بالقرارات الإدارية الفردية التي تخص فردا بعينه أو حالة بذاتها، فيتحقق العلم بها بمجرد تبليغ المخاطبين بمحتوى القرار الإداري الفردي و بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده تارة يستخدم عبارة "إشهار" وتارة أخرى "تبليغ" وهي غالبا تؤدي نفس المعنى وهو إعلام المعني بمحتوى القرار وعن طريق أية طريقة قانونية ت حددها الإدارة المعنوية ، و الواضح هنا أن المشرع ترك طرق التبليغ لسلطة للإدارة العامة وإمكانياتها فطرق التبليغ تختلف ما بين الطرق التقليدية البطيئة و الطرق الحديثة السريعة التي أصبحت تدخل ضمن العصرية الإدارية هذا ما أكدته المادة 97 من قانون البلدية التي نصت على. «... أو بعد إشهار فردي بأي وسيلة قانونية في الحالات الأخرى" وكذا نصت ال مادة 124 من قانون الولاية "... تبليغ للمهنيين..". وكذا المادة 829 ق إ م والتي تنص "... من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الفردي...".

وفي نفس السياق وبشكل مكمل ومتوافق نهج الفقه نفس النهج الذي اتبعه المشرع حيث عرف الدكتور عمار بوضياف التبليغ في مؤلفه (القرار الإداري) على أنه " ويقصد بها اخطار المعني بالقرار الاداري رسميا بالكفبة التي حددها القانون أو المعتمدة داخل الدولة ، وكقاعدة عام ليس للتبليغ شكل خاص المهم أم يصل القرار للمعنيين به بكل محتوياته". ناهيك عن أحكام القضاء الإداري مستقرة في هذا الخصوص حيث تؤكد جليا على أن القرارات الفردية تبلغ للمعنيين بها وهي ألية تستخدم للعلم بمحتواها.

المبحث الثاني: وسائل الاعلام القضائية

بالإضافة إلى الوسائل التي اتبعها المشرع الجزائري لإعلام المخاطبين بالقرار حتى تكون سارية في حقهم ألا وهي النشر والتبليغ خلق وأحدث القضاء الإداري وسيلة أخرى إلى جانبهم تمكن الأفراد من العلم بالقرار الصادرة في حقهم وهي العلم باليقين.

المطلب الأول: نظرية العلم باليقين.

لا وجود لفكرة العلم باليقين على مستوى التشريع، بذلك لأنها من خلق القضاء اعترف بوجودها وأكد على أن الأفراد يمكن أن يعلموا بمحتوى القرار الإداري سواء كان فرديا أو تنظيميا بطريقة أخرى غير النشر أو التبليغ وهي نظرية العلم اليقين الذي اكتفى بتحديد شروطها دون أن يتصدى لتحديد مفهومها. وفي هذا الصدد عرفها الدكتور عمار بوضياف على أنها " يتحقق العلم اليقيني بالقرار باتصال علم الأفراد به بطريقة مؤكدة عن غير طريق الادارة ، بحيث يكون هذا العلم شاملا لجميع عناصر القرار الاداري". وبذلك نجد أن الفقه توافقت مع القضاء وكمل هذه النظرية من خلال معظم أحكامه إلا انه في بعض الأحيان ينفي وجودها كما هو الحال في **قرار الغرفة الغرفة الرابعة لمجلس الدولة ، فهرس 259 المؤرخ في 1999/06/28 في قضية بلدية حمر العين ضد بودور محمد.**

المطلب الثاني: شروط نظرية العلم باليقين.

على خلاف التشريع تصدى كل من القضاء والفقه لتحديد شروط فكرة نظرية العلم اليقين لكن أحكام القضاء بخصوص هذه المسألة غير مستقرة لأنها استثناء من القاعدة العامة (النشر والتبليغ) فتارة يأخذها وتارة أخرى لا يأخذها ويبقى وجودها وتطبيقها يتم في حدود ضيقة جدا وضمن شروط محددة وهي:

2 - أن يكون علم المعني بالقرار قطعيا لا ظنيا.

3 - أن يشمل العلم جميع وأجزاء القرار الإداري.

خاتمة:

بعد الاطلاع على وثائق المذكرة الاستخلاصية نجد أن هنالك توافق وتكامل بين القضاء والتشريع و الفقه و بخصوص طرق الإعلام التشريعية (لنشر و التبليغ) و تطبيقها على مستوى القضاء مستقرة لكن عندما يتعلق الأمر بنظرية العلم اليقيني فإن المشرع الجزائري لم ينص على وجودها أو على عدم وجودها، بخلاف الفقه و القضاء اللذان أكدا على إمكانية العلم عن طريقها لكن في حدود و شروط معينة فهي شاذة و لا يمكن القياس عليها و لا يمكن الاعتراف بوجودها أو الاعتماد عليها إلا بتوفر شروطها.

امتحان السداسي الثاني في مادة المنهجية

السؤال: حرر مذكرة استخلاصية مستندا على النصوص القانونية والأحكام القضائية والدراسات الفقهية التالية:

أولاً: النصوص القانونية

المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري تنص "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري تنص: الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمّة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

المادة 66 من قانون الأسرة: "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"

المادة 69 من قانون الأسرة على ما يلي "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون".

المادة 222 من قانون الأسرة " كل ما لم يرد النص عليه يرجع فيه الى احكام الشريعة الاسلامية.

ثانياً: الاجتهادات القضائية

قرار المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1990/02/025 ملف رقم 201336-الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص سنة 2001-ص178. والذي جاء فيه "...ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن الأم أسقطت حضانتها بعد زواجها بأجنبي فإن المجلس لما قضى بإسناد الحضانة إليها بالرغم من أن زواجها بالأجنبي يعد تصرفاً رضائياً واختيارياً يكون قد خالف القانون"

قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1998/07/21- ملف رقم 201336 - الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-عدد خاص سنة 2001-ص178. والذي جاء فيه "من المقرر قانوناً أنه يعود الحق في الحضانة إذا زال بسبب سقوطها غير الاختياري.

ومتى تبين - في قضية الحال- أن المطعون ضدها قد تزوجت بغير قريب محرم ثم طلقت منه ورفعت دعوى تطلب فيها استعادة حقه في الحضانة، فإن قضاة المجلس بقضائهم بحقه في الحضانة طبقاً لأحكام المادة 71 من قانون الأسرة قد طبقوا صحيح القانون"

قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1989/03/27- ملف رقم 53340 - المجلة القضائية لسنة 1990- العدد الثالث-ص85. والذي جاء فيه "من المقرر فقهاً وقانوناً أن المتنازلة عن الحضانة باختيارها لا تعود إليها ولا يقبل منها طلب استرجاع الأولاد لها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الفقهية والقانونية.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن الطاعنة تنازلت عن حضانتها باختيارها دون أن ترغم على ذلك، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برجوع المطعون ضدها أم الأولاد عن تنازلها عن حقه في الحضانة وإسناد من كان منهم في حضانة النساء إليها، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا الفقه والقانون".

قرار المحكمة العليا- غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1988/12/19- ملف رقم 51894 - المجلة القضائية لسنة 1990- العدد الرابع-ص70. والذي جاء فيه "من المقرر شرعاً وقانوناً أن تنازل الأم عن حضانة أولادها يقتضي وجود حاضن آخر يقبل منها تنازلها وله القدرة على حضانتهم، فإن لم يوجد فإن تنازلها لا يكون مقبولاً وتعامل معاملة نقيض قصدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً لأحكام الحضانة".

القرار الصادر عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية- قرار صادر بتاريخ 1993/06/23 ملف رقم 91671- المجلة القضائية لسنة 1994- العدد الثاني- ص72. والذي جاء فيه "من المقرر قانوناً أنه إذا رغب الشخص - الموكول له حق الحضانة - الإقامة في بلد أجنبي أن يرجع للقاضي لإثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحضون.

ولما ثبت - في قضية الحال- أن قضاة المجلس عند تأييدهم لحكم المحكمة، القاضي بإسناد الحضانة بالجزائر بالرغم من عدم معارضة الأب عن إقامة ابنه بفرنسا لكونه هو نفسه يقيم بفرنسا، وعليه كانت تجب مراعاة حال الطرفين ومصلحة المحضون قبل وضع أي شرط، وما دام قضاة الموضوع لم يلتزموا بأحكام القانون فإن قرارهم استوجب النقض الجزئي".

ثالثاً: الفقه

مقتطف من مؤلف عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري : الطبعة الثالثة مدعمة بالاجتهادات القضائية لسنة 1996- دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع- الجزائر:

عرف الفقهاء الحضانة بأنها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة أو المعتوه الذي لا يميز ولا يستقل بأمره وتعهده بما يصلحه ووقايته مما يؤذيه أو يضره وتريبته جسميا ونفسيا وعقليا كي يقوى على النهوض بتبعات الحياة والاضطلاع بمسؤولياتها . وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها فصلت في شروط الحاضن على النحو المبين أدناه:

شروط العقل: وهذا الشرط يتمشى والمنطق فلا يعقل أن يتولى المجنون حضانة طفل لأنه في حد ذاته في حاجة إلى من يتولاه ويرعى شؤونه وبالتالي لا يكون له تولى شؤون غيره.

وعليه فلا بد أن يتأكد القاضي من السلامة العقلية للحاضن وألا يحرم صاحب الحق في الحضانة منها إلا بعد إن يثبت بالدليل عدم سلامته العقلية وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2002/02/13 والذي جاء فيه "إن إسناد الحضانة للأب بحجة مرض الزوجة عقليا دون إثبات هذا المرض يعد انعداما في الأساس القانوني ومخالفة للقانون ينجر عنه النقص دون إحالة"

شروط البلوغ: الصغير الذي لا يتولى شؤون نفسه لا يمكن الاعتماد عليه لتولى شؤون غيره لأن الحضانة مهمة شاقة وليست بالأمر الهين. لذلك يشترط في الحاضن أن يكون بالغا والمقصود بالبلوغ في القانون الجزائري هو سن الرشد المدني وهو تمام 19 سنة حسب نص المادة 40 من القانون المدني.

وتجدر الإشارة هنا أن القاصرة التي تحصلت على الترخيص بالزواج من طرف رئيس المحكمة تعتبر أهلا لتحمل المسؤولية الناتجة عن الزواج ويمكنها حضانة أولادها إذا توفرت فيها باقي الشروط وهذا استنادا على نص المادة 7 من قانون الأسرة التي جاء في فقرتها الثانية "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات"

شروط الأمانة على لأخلاق: الأمانة على الأخلاق شرط يجب توفره في الحاضن حتى يكون أهلا لممارسة الحضانة. فالحاضن الذي لا يقيم وزنا للأخلاق لا يكون أهلا للحضانة لأنه غير أمين على نفس الطفل وخلقه. فالأم التي ترتكب جريمة الزنا مثلا تسقط حضانتها على أولادها

شروط القدرة: يقصد بالقدرة الاستطاعة على صيانة المحضون في كل الجوانب والاعتناء بشؤونهم والسهر على سلامته الجسدية والخلقية فلا تكون الحضانة مثلا لمسن عاجز عن القيام بشؤون نفسه فما بالك بشؤون الغير أو المريض بمرض يقعه الفراش كالمشلول مثلا، أو مصاب بمرض معددي وخطير من شأنه أن يؤذي المحضون.

شروط الإسلام: أكدت المادة 62 من قانون الأسرة على أن يربى المحضون على دين أبيه والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل يشترط أن يكون الحاضن مسلما.

اختلفت آراء الفقهاء في هذه المسألة فمنهم من قال بحرمان الحاضنة من الحضانة لاختلاف الدين كالحنابلة والشافعية ومنهم من قال أن المحضون يبقى مع الحاضنة الكافرة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعا، فإن خيف على المحضون من الحاضنة أعطي حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد وهذا الرأي هو رأي الإمام مالك" من خلال هذا فالقاضي هو الذي يقدر تأثير الحاضنة على دين المحضون، فإن تبين له ذلك اسقط الحضانة عنها وإن تبين أنه لا خوف على دينه فيعطى الحضانة ولو كانت كافرة.

إذا كان الحاضن رجلا يشترط أن يكون محرما للمحضون إن كانت أنثى، لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذا الشرط إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية فصلوا فيه تفصيلا وافيا، فقد حدد الحنابلة والحنفية سن المحضونة بسبع سنين تفاديا للخلوة بها لعدم المحرمية وإن بلغت البنت حد الفتنة لم تعط له بالاتفاق لأنه في حالة بلوغها هذه المرحلة لا يكون لغير المحرم حضانة البنت ومثال ذلك حضانة ابن العم لبنت عمه، وأجازها الحنفية إذا لم يكن لبنت العم غير ابن العم وإبقائها عنده بأمر القاضي إذا كان مأمون عليها، ولا يخشى عليها الفتنة منه والخوف من الفتنة أو عدمه يحدده القاضي وفقا لمعطيات كل قضية مطروحة بين يديه.

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أنه حدد حالات سقوط الحضانة والمتمثلة في زواج الحاضنة بغير قريب محرم يعد سببا من أسباب سقوط الحضانة وهذا حسب نص المادة 66 من قانون الأسرة

أن سقوط الحضانة يكون بزواج الحاضنة بغير قريب محرم كقاعدة عامة، إلا أن لهذه القاعدة استثناءات فالقاضي لا يحكم بسقوط الحضانة مباشرة بمجرد زواج الحاضنة وإنما عليه أن يراعي مصلحة المحضون. فلو لم يقبل المحضون غير حاضنته- أما كانت أو غيرها- وأصر على البقاء معها فهل إسقاط الحضانة عنها فيه مصلحة للمحضون، نحن نرى أنه لا مانع من عدم إسقاط الحضانة عن الحاضنة لزواجها بغير قريب محرم إذا كان في ذلك مصلحة للمحضون وتأكيد القاضي من تمسك المحضون بالحاضنة وكان الزوج رجلا مستقيما محمود الأخلاق لا يخشى منه على المحضون، أو أنه ليس للمحضون حاضن غير أمه التي تزوجت بغير قريب محرم أو له حاضن آخر غير أمين عليه وهناك استثناء وضعه المالكية على سقوط الحضانة عن الحاضنة التي تزوجت بغير قريب محرم وهو أن تكون هذه الأخيرة- الحاضنة- وصية على المحضون، لأن حق الوصاية لا تسقطه الزوجية ويحصرها هذا الاستثناء في الأم الحاضنة فقط، فقد قال الإمام مالك إن المرأة الوصي على أولادها لا تسقط حضانتها بتزوجها ولا ينزع منها، وهذا هو الرأي الغالب وقال رأي بامتداد هذا الحكم ولو كانت المرأة الوصي غير الأم.

بالنسبة لمسألة اعتبار زواج الحاضنة بغير محرم تنازلا اختياريا عن الحضانة أو تنازلا غير اختياري وبالتالي حقها في المطالبة بالحضانة بعد سقوطها عنها من عدمه مسألة لم يتطرق إليها المشرع الجزائري وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن آراء الفقهاء اختلفت في هذه المسألة كالمالكية الذين انقسموا إلى فئتين فمنهم من قال لا تعود الحضانة لمن سقطت حضانتها بالتزويج بعد الطلاق لها أو موت زوجها وهذا لأن الحضانة حق للحاضن حسب هذا الرأي.

وهناك رأي يقول أن زواج الحاضنة بأجنبي عن المحضون إنما يسقط حقها في حال تزوجها فإن طلقها الزوج أو مات عنها، رجعت في ولدها لأن تزوجها ليس رضا منها بترك الولد، لأن النكاح مما تمس الحاجة إليه كالطعام والشراب فأشبهه إذا مرضت وضعفت عن الحضانة، أن الولد يأخذ منها لهذه العلة، فإذا ارتفعت العلة عادت الحضانة إليها وأخذت ولدها.

أما عن رأي الأحناف والحنابلة والشافعية فقد اتفقوا على أن من سقطت حضانتها بالتزويج يعود إليها حقها في الحضانة إذا ارتفعت الزوجية.

امتحان السداسي الثاني في مادة المنهجية

السؤال: حرر مذكرة استخلاصية مستندا على النصوص القانونية والأحكام القضائية والدراسات الفقهية التالية:

أولاً: النصوص القانونية

المادة 171 من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016 والمتضمن التعديل الدستوري تنص: "تمثل المحكمة العليا الهيئة المقومة لأعمال المجالس القضائية والمحاكم. يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية. تتضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون. تفصل محكمة التنازع في حالات تنازع الاختصاص بين هيئات القضاء العادي وهيئات القضاء الإداري.

المادة 2 من القانون العضوي رقم 01-98 المؤرخ في 30 ماي 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم تنص: "مجلس الدولة هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية وهو تابع للسلطة القضائية. يضمن توحيد الاجتهاد القضائي في البلاد ويسهر على احترام القانون.

المادة 03 من القانون العضوي 01-98 تنص: "يعد مجلس الدولة تقريراً عاماً سنوياً يرفعه الى رئيس الجمهورية يتضمن تقدير نوعية قرارات الجهات القضائية الادارية التي رفعت اليه وكذا حصيلة نشاطاته الخاصة .

المادة 896 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية تنص: "يعرض محافظ الدولة تقريره المكتوب . يتضمن التقرير عرضاً عن الوقائع والقانون والأوجه المثارة ورأيه حول كل مسألة مطروحة والحلول المقترحة للفصل في النزاع ويختتم بطلبات محددة.

ثانياً: الأحكام القضائية

قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى بتاريخ 7 ديسمبر 1972 كجهة استئناف حيث جاء في منطوق القرار : حيث أن هؤلاء القضاة قد تجنبوا انكار العدالة بفصلهم في القضية فإنهم لم يتداركوا سهو المشرع نظراً للتفسير الذي فسروا به مقتضيات المادة المذكورة بتصريحهم لقانونية طعن قضائي لم يتحدد شروط قبوله في القانون. حيث أن قضاة الدرجة يختارون بين الحلول المتوفرة طريقة التفكير على أساس القياس من خلال جعل الحالة الخاضعة للفقرة الرابعة من المادة 169 مكرر من قانون الاجراءات المدنية تشمل الحالة القانونية المعروضة عليه...."

قرار صادر عن مجلس الدولة في قضية رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية عين أزال ضد عربة الطاهر ومن معه بتاريخ 8 مارس 1999: "... وبالرجوع إلى أدلة الملف يتبين بأن مسؤولية البلدية قائمة. بحيث أن أشغال حفر الحفرة كانت تحت إدارة البلدية وأن البلدية هي التي رخصت بها سكان القرية لجمع القمامة .

حيث كان يجب على المندوبية التنفيذية لبلدية عين أزال أخذ كل الإجراءات المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول لحماية الحفرة ، حيث كان على البلدية التأكد من أن هذه الحفرة لا تشكل خطراً على المحيط ولا سيما على الأشخاص ، حيث أن هذا التقصير والإهمال أدى إلى غرق ابن المستأنف عليه ، حيث أن مسؤولية البلدية ثابتة وهي ملزمة بتعويض ذوي حقوق الضححة..."

قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى للقضاء بتاريخ 1965/12/03 قرار غير منشور في قضية خطاب ضد الدولة: "... حيث أن سبب الأخطار التي يمثلها وجود تلك المنشآت فإن الإدارة مسؤولة في غياب الخطأ على الأضرار الحاصلة والتي لا يمكن إعفاؤها منها إلا في حالة القوة القاهرة وخطأ الضححية ..."

قرار صادر عن مجلس الدولة : المديرية العامة للأمن الوطني ضد أرملة لشاني ومن معه بتاريخ 1999/02/01: "... حيث أن المستأنف يستند في طلبه لإعفائه من المسؤولية على كون شلالي عبد الرحمن الشرطي السابق لم يكن في خدمته أثناء الوقائع بل كان في جولة غير شرعية بسبب إهماله لمنصب عمله ، كما كانت له كامل السلطة في استعمال سلاحه في استعمال سلاحه، وحيث أن المادة 136 من القانون المدني تنص على أن المتبوع مسؤول عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا في حالة تأدية وظيفته أو بسبب وظيفته. مما يجعل مديرية الأمن الوطني مسؤولة عن عمل تابعها غير المشروع..."

ثالثاً: الفقه

مقتطف من مقال د.كمال دريد بعنوان: القانون الاداري في الجزائر: قضائي أم تشريعي، مجلة المعيار في الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية العدد 20 جوان 2018.

دوافع وأسباب قضائية القانون الاداري ويمكن إجمالها في :

- عدم وجود تقنين اداري على غرار التقنين المدني وفي هذا طرح الاستاذ فيدال التساؤل الآتي لماذا لم يهتم المشرع بوضع قانون مشترك للإدارة العامة؟. وقد أجاب عنه بقوله أن المشرع الفرنسي خلال نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ما كان يمكن أن يضع تقنين إداري لأنه وبكل بساطة تنقصه المادة التي تصلح لأن تكون محلا لهذا التقنين. في حين أن التقنين المدني كان تجميع لاختيارات أو حذف لأخرى لقواعد أصلية ومعاني مختلفة ولكنها كانت موجودة أصلا وهذا ما يفسر خروج القواعد القانونية الادارية عن ما هو مألوف والذي يقوم على كون القضاة يطبقون القانون ولا يصنعون القاعدة القانونية والظروف التاريخية لتشكل القانون الاداري ساهمت في خلق فراغ كان على القاضي الاداري ملؤه، وهذا ما دفع بمجلس الدولة ليضع مبادئ أساسية تطبق على نشاط الادارة والتي تم اعتماد أغلبها من طرف المشرع.
- عدم صلاحية تطبيق قواعد القانون الخاص على النزاعات الادارية يرى بعض الفقهاء أن اخضاع الادارة لقواعد القانون الخاص كان سيعطي نتائج لن تكون مرضية لا للإدارة ولا للمواطنين ، ناهيك عن وجود اتفاق ضمني واضح بين القاضي الاداري وأساتذة الفقه الاداري يهدف لابقاءالاجتماد القضائي مصدرا اساسيا للقانون الاداري بعيدا عن التشريع ليكون لهم مجالهم الخاص بهم.
- وهناك من الفقه من انتقد القانون الاداري على أنه قضائي على أساس أنه غير ديمقراطي حيث أنه يكون مصدرا لقواعد قانونية لديها نفس القوة والقيمة التي تتمتع بها القواعد التشريعية من دون موافقة ممثلي البرلمان وهذا ما يعل هذا القانون غير شرعي.
- وهناك من الفقه من يرى أن القانون الاداري قضائي سري لا يفهمه الا رجال القضاء والقانون المتخصصون فهو قانون مشفر. وأنه يمس بمبدأ عدم رجعية القوانين لأن تشكل القاعدة القانونية جاء بعد حدوث النزاع الذي سيطبق عليه .
- ويبرز الاستاذ مولري الجدل الحاصل بين فقهاء القانون الاداري في مسألتين أولهما أن القانون الاداري الفرنسي أساسي وقضائي وثانيهما هي التحول الظاهر لمصادر القانون الاداري باتجاه القواعد المكتوبة ، مما يعنى أن الأولى تفيد جملة القواعد القانونية الخاصة المطبقة على الادارة والثانية تفيد جملة المفاهيم الأولية والاطر الأساسية لفهم المادة الادارية.
- وحتى يمكن اعتبار قانون ما قضائي لا بد وأن يكون للقضاء دور بارز في وضع القواعد القانونية التي تشكله ووضع الأطر اللازمة له والاستمرار في تجديدها ، ويستدعي هذا الأمر وجود اطرار قضائية مؤهلة وقادرة على الابداع ، لا تهرب من الاجتهاد عندما تتاح لها الفرصة أو يستدعي لها الأمر ذلك ، وفي الجزائر نجد أن خاصية قضائية القانون الاداري مغيبة تماما لعدة أسباب أهمها:
- أن القانون الاداري في فرنسا نشأ نشأة تدرجت في التطور ومرت بالعديد من المراحل والأحداث، يمضي خطوة وبتعثر أخرى، أما القانون الاداري في الجزائر فلم يمر بتلك المراحل بل ولد تقريبا كامل التطور يحوى مجموعة من النظم، وإن كانت لم تصل بعد إلى درجة التطور في القانون الإداري الذي توصل إليه مجلس الدولة في فرنسا ومصر؛ وهذا يعود فقط لحدائته ولعدم توفر عدد كاف من القضاة المتخصصين في المادة الإدارية.
- بعد الاستقلال لم تتوفر الجزائر على اطرار قضائية مؤهلة بأن تضطلع بالاجتهاد القضائي المنشئ للقاعدة القانونية الى جانب القاعدة التشريعية .
- تصادف تشكيل النظام القانوني الجزائري حركة قوية في فرنسا تدعو لتقنين القانون الاداري وانحسار الطابع القضائي للقانون الاداري ، وقد يكون قد تأثر بالانتقادات التي وجهها بعض الفقهاء للطبيعة القضائية للقانون الاداري .
- تدخل المشرع الجزائري بالتشريع في جميع فروع القانون الاداري ، لكن هذا لا يعني عدم وجود حالات يمكن للقاضي الاداري ان يتدخل فيها بالاجتهاد خاصة وأن قواعد القانون الاداري تتميز بخاصية المرونة وسرعة التطور.
- لا يمكن التحدث عن قانون اداري جزائري قضائي لا في أسسه ولا في تقنياته لهيمنة القاعدة التشريعية على القانون الاداري في الجزائر ولعدم وجود قضاء اداري قادر على ابتكار قاعدة قانونية خارج الاطار التشريعية ،

السؤال:

- جاء في نص المادة الثالثة من الفصل الأول (أحكام عامة) من الباب الأول (أحكام ومبادئ أساسية) من القانون رقم 11.18 المؤرخ في 2018/07/02 والمتعلق بالصحة (جريدة رسمية رقم 46 لسنة 2018 ما يلي:
- تتمثل المبادئ في مجال الصحة في حماية صحة المواطنين عبر المساواة في الحصول على العلاج وضمان استمرارية الخدمات العمومية للصحة والأمن الصحي. تتركز نشاطات الصحة على مبادئ تسلسل وتكامل نشاطات الوقاية من والعلاج وإعادة تكييف مختلف هياكل ومؤسسات الصحة.
 - المطلوب : تحليل نص المادة أعلاه بطريقة منهجية (المرحلة التحضيرية والمرحلة التحرييرية في التحليل إلى غاية المقدمة فقط).

السؤال :

جاء في نص المادة رقم 160 من الفصل الثالث (السلطة القضائية) من الباب الثاني (تنظيم السلطات) من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06/03/2016 والمتضمن التعديل الدستوري (جريدة رسمية رقم 14 لسنة 2016 ما يلي:

" تخضع العقوبات الجزائية إلى مبدأى الشرعية والشخصية .
يضمن القانون التقاضي على درجتين في المسائل الجزائية ويحدد كيفية تطبيقها.
المطلوب : تحليل نص المادة أعلاه بطريقة منهجية (المرحلة التحضيرية والمرحلة التحريية في التحليل).