

مجلة سداسية متخصصة محكمة

Revue Semestrielle Spécialisée Référencée

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

المجلة الأكاديمية
للبحث القانوني

المجلد 16/عدد 02-2017
Volume 16/N° 02-2017

Revue Académique
de la Recherche Juridique

Revue Académique de la Recherche Juridique

السنة الثامنة/المجلد 16/عدد 02-2017

Huitième Année / Volume 16 / N° 02-2017

رد م د: 2170-0087

ISSN:2170 - 0087

الإيداع القانوني: 2010_57

Dépôt légal:57_2010

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية
كلية الحقوق و العلوم السياسية



المجلة الأكاديمية
للبحث القانوني

مجلة سداسية متخصصة محكمة: السنة الثامنة / المجلد 16 العدد 02-2017

ردم د: 0087-2170

ردم د الإلكتروني: 2588-2287

رقم الإيداع القانوني: 57-2010

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

مجلة سداسية محكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية

هيئة تحرير المجلة

مدير النشر: الأستاذ الدكتور أيت منصور كمال، عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية.

رئيس التحرير: الدكتور بري نورالدين، أستاذ محاضر "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية.

المراجعة اللغوية:

-الدكتور: تريكي فريد (اللغة العربية).

-الأستاذ الدكتور: صدام فيصل كوكز المحمدي (اللغة الانجليزية).

-الدكتور: بري نورالدين (اللغة الفرنسية).

أمانة المجلة:

-عوف السعدي

-أسيخ سمير

-بن موهوب فوزي

اللجنة العلمية الاستشارية للمجلة:

- الأستاذ الدكتور زوايمية رشيد، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور معاشو عمار، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- الأستاذ الدكتور صدام فيصل كوكز المحمدي، جامعة الأنبار، العراق.
- الأستاذ الدكتور عائض سلطان البقي، معهد الإدارة العامة الرياض، السعودية.
- الأستاذ الدكتور محمد حسن القاسمي، جامعة الامارات العربية المتحدة.
- الأستاذ الدكتور محمد خليل يوسف ابوبكر، جامعة الزيتونة، عمان، الأردن.
- الأستاذ الدكتور جيل ماثيو، جامعة بول سيزار مارسيليا، فرنسا.
- الأستاذ الدكتور لويس كادي، جامعة السربون، باريس 1 فرنسا.
- الأستاذ الدكتور فليب ديلباك، جامعة السربون، باريس 1 فرنسا.
- الأستاذ الدكتور بودريوه عبد الكريم، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور أيت منصور كمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور خلفي عبد الرحمان، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور كايس شريف، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- الأستاذ الدكتور إقلولي محمد، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- الأستاذة الدكتورة إقلولي ولد رايح صافية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.
- الأستاذ الدكتور محمد الهادي المكنوزي، جامعة محمد الخامس بالرباط، المغرب.
- الأستاذ الدكتور فالي علال، جامعة محمد الخامس بالرباط، المغرب.
- الأستاذ الدكتور بازي محمد، جامعة القاضي عياض، مراكش، المغرب.
- الدكتور نجيب بن عمر عوينات، جامعة جندوبة، تونس.
- الدكتورة إقروفة زوبيدة، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور دحماني عبد السلام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور قبايلي طيب، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور أحمد محمود المساعدة، جامعة المجمع، المملكة العربية السعودية.
- الدكتورة أمال كامل محمد عبد الله، جامعة السلطان قابوس، سلطنة عمان.
- الدكتور معيفي لعزيز، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.

أهداف المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلة سداسية محكمة ومتخصصة في مجال القانون، أنشأت بموجب محضر المجلس العلمي لكلية الحقوق والعلوم السياسية لجامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية تحت رقم 07/CSF/FD/08 سنة 2008.

تتمتع المجلة بهيئة تحرير تشمل مدير للنشر ورئيس التحرير ولجنة علمية ولجنة قراءة، تضم مجموعة من الأساتذة الجامعيين (برتبة أستاذ، أستاذ محاضر)، البارزين والمتخصصين في الدراسات القانونية من بعض الجامعات الجزائرية، وتدعمت خلال سنة 2014 من خلال المجلس العلمي لكلية بأسماء أساتذة وباحثين أجانب قصد إصباغها الطابع الدولي وتمكين المجلة من التفتح على المحيط الدولي.

يخضع النشر في المجلة إلى مقاييس محددة وفقا للمعايير الوطنية والدولية المعتمدة في الأعمال العلمية الأكاديمية المتعارف عليها. فضلا عن هذا، تكون المقالات المقدمة للنشر موضوع خبرة يتولاها أعضاء اللجنة العلمية بناء على تقرير خبري (02) لتقييم القيمة العلمية لهذه المقالات والتأكيد على قبولها أو رفضها للنشر، كما يمكن اللجوء إلى خبرة ثالثة في حالة تعارض الخبرتين.

تهدف المجلة من هذا المنطلق إلى تحقيق أهداف علمية يمكن إيجازها في تسليط الضوء على المستجدات الحاصلة في المنظومة القانونية على المستوى الوطني والدولي، ونشر الثقافة القانونية وتدعيم المكتبة الوطنية في مجال الحقوق بالدراسات والبحوث العلمية المتخصصة. كما تهدف المجلة إلى نشر بحوث من مختلف التخصصات وباللغات الثلاثة العربية والإنجليزية والفرنسية في مجال القانون والعلوم الإدارية.

تهدف إلى إشراك باحثين من داخل جامعات الوطن وخارجه في سبيل تطوير البحث العلمي وفتحه على الدراسات المقارنة بغرض إعطائها طابع التحكيم الدولي.

كما تسعى المجلة الأكاديمية للبحث القانوني إلى مساعدة الأساتذة الباحثين إلى الترقية العلمية وتأهيلهم لدرجة الأستاذية أو أستاذ محاضر "أ" أو لتمكينهم من مناقشة رسائلهم في الدكتوراه.

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية - كلية الحقوق والعلوم السياسية

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

مقاييس النشر

عنوان المقال : يقدم الباحث عنوانا للمقال باللغات الثلاث (العربية والفرنسية والإنجليزية).

المعلومات الشخصية

- اسم ولقب ورتبة المؤلف،
- العنوان المهني بالتدقيق (القسم، الكلية والجامعة) والبريد الإلكتروني.

الملخص: يقدم الباحث ملخصا للمقال باللغات الثلاث (العربية والفرنسية والإنجليزية).

الكلمات الدالة: يقدم الباحث كلمات دالة للمقال باللغات الثلاث (العربية والفرنسية والإنجليزية).

المقدمة: يجب على المؤلف ان يلتزم بالتوجيهات و الارشادات الموجودة في هذه الوثيقة عند كتابة المقالة، لا يغير حجم الخط أو المسافة بين الاسطر لزيادة أو إدخال مزيد من النصوص.

تقديم وثيقة المقال: ترسل المقالات عن طريق المنصة الجزائرية للمجلات العلمية ASJP (www.asjp.cerist.dz).

يجب تقديم وثيقة المقال على شكل ملف وورد word (.doc). فقط.

إعداد وثيقة المقال: يحضر المقال في ورقة حجم A4 (21x29.7) سم , وكل محتوى المقال من نصوص و اشكال و جداول تكون في مساحة 17.6 سم عرضا و 25.5 سم طولا , و تكون هوامش الصفحة كالتالي: أعلى 1.5 سم، أسفل 2.7 سم، أيمن وأيسر 1.7 سم ، و يكون رأس الورقة 1.25 سم و أسفل الورقة 1.25 سم.

1 عنوان المقال: بالنسبة لعنوان المقال يطبق أسلوب titreArticle الموجود في l'anglet Style، يبدأ من مسافة 1.7 سم من الحافة الأولى من الصفحة (1.5 سم هامش بالإضافة إلى 0.2 سم إضافية). ويكون مركز في المنتصف الخط نوع simplified Arabic و بالبنط العريض قياس 16.

2 النص : بالنسبة للنصوص تطبق أسلوب texteArticle الموجود في l'anglet Style و يكون نوع الخط نوع simplified Arabic مقاسه 14 بمسافة 1 بين الأسطر، لا يجب مضاعفة الفراغ بين الأسطر أو المباعدة بين الفقرات. ولتحديد الكلمات المهمة في النص نستعمل خاصية /gras italique.

3 الاشكال والجداول : الاشكال والجداول توضع في اول او اخر الصفحة مع تجنب وضعها في منتصف النص و يكون العنوان تحت الشكل أو الجدول. كما انه يجب تجنب وضع الأشكال أو الجداول قبل أول ذكر لها في النص.

II النتائج والتوصيات: هنا يجب أن تحدد أهم الاستنتاجات في المقالة.

III المراجع : المراجع مهمة للقارئ. لذلك يجب أن يكون كل اقتباس كامل وصحيح. إذا كان ذلك ممكنا

ترقم جميع المراجع البيبليوغرافية و تكون بخط simplified Arabic مقاسه 12 (يتطبيق أسلوب reference note de bas de page).
المجلات:

(1) المؤلف، "عنوان المقال"، اسم المجلة، المجلد، العدد ، والسنة.

الكتب:

(2) المؤلف، عنوان الكتاب، الناشر، صفحات .

الملتقيات:

(3) المؤلف "، عنوان المقال"، اسم الملتقى، السنة.

يتحمل أصحاب المقالات مسؤولية الآراء المعبر عنها في مقالاتهم

الفهرس

تواتي غيلاس

11..... نظرية التسهيلات الأساسية : وسيلة لمنافسة فعلية

ساكري السعدي

20..... نظام تحول القرار الإداري في القانونين الجزائري والمصري

أيت مولود ذهبية

33..... نطاق الالتزام بالتبصير عن مخاطر العمل الطبي

مولوج لامية

55..... مكانة مبدأ عدم الفصل بالعلم الشخصي في الخصومة التحكيمية

عطوي عبد الحكيم

قراءة تحليلية لمضمون نص المادة 74 من قانون الإجراءات الجبائية المنظمة لطلب الإرجاء

65..... القانوني لدفع الضريبة

د. طاهير رابح

82..... سبل تطوير حماية وترقية حقوق الإنسان في العالم العربي

بقة حسان

95..... دور الضمانات والمبادئ الدولية في حماية ملكية المستثمر الأجنبي

براهمي فضيلة

109..... تأثير مبدأ المنافسة على الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام

د. طباش عزالدين

124..... تأملات حول دستورية النصوص المعدلة لقانون العقوبات الجزائري

د. سقلاب فريدة

139..... المسؤولية المدنية والجنائية للوكيل العقاري في القانون الجزائري

د. راجي عبد العزيز، قليل نبيل

المسؤولية الطبية والوسائل البديلة لحل نزاعاتها 150

بهنوس آمال

الدليل الرقمي في الاجراءات الجنائية 169

بن بخمة جمال

التعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسات المقيدة للمنافسة 190

د. وداعي عزالدين

التسرب كأسلوب من أساليب البحث والتحري الخاصة على ضوء قانون الإجراءات

الجزائية الجزائري والمقارن 200

د. شنتوفي عبد الحميد

التحفيزات الجبائية وفعاليتها في جلب الاستثمارات بالجزائر 218

إملول ريمة

إشكالية تطبيق الجزاءات المدنية على الممارسات المقيدة للمنافسة 230

عميروش هنية

أثر الدليل العلمي على إقتناع القاضي الجزائري 240

دالي عقيلة

مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات الأجنبية (من حيث تكريس

الضمانات القانونية) 256

AREZKI Nabila

Le juge administratif face au droit de la concurrence 279

UNIVERSITE ABDERRAHMANE MIRA - BEJAIA
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES



Revue Académique
de la Recherche Juridique

RARJ

Revue Semestrielle Spécialisée Référencée/ Huitième Année/Volume 16/N°02-2017

ISSN : 2170 - 0087
EISSN : 2588-2287
Dépôt légal n° 57-2010

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

Revue Académique de la Recherche Juridique

**Revue Semestrielle éditée par la Faculté Droit de et des Sciences Politiques,
Université Abderrahmane Mira de Bejaia**

Directeur de la Publication

Pr. AIT MANSOUR Kamal, Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Abderrahmane Mira, Bejaia.

Rédacteur en Chef

Dr. BERRI Noureddine, Maitre de conférences à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Université Abderrahmane Mira, Bejaia.

Secrétariat Technique

- Mr. AOUF Saadi.
- Mr. ASSIAKH Samir.
- Mr. BENMOUHOU B Fawzi.

Révision linguistique

- Pr. SADAM Fayçal Koukiz Almouhamadi (Anglais).
- Dr. TRIKI Farid (Arabe).
- Dr. BERRI Noureddine (Français).

Comité scientifique :

- Pr. ZOUAÏMIA Rachid, Université Abderrahmane Mira, Bejaia,
- Pr. MAACHOU Amar, Université de Tizi-Ouzou,
- Pr. SADAM Fayçal Koukiz Almouhamadi, Université Alanbar, Irak,
- Pr. AIED Soltane Elbakami, Institut d'Administration générale, Arabie Saoudite,
- Pr. MOHAMED Hacen Elkacimi, Université des Emirats Arabes-Unies,
- Pr. MOHAMED Khallil Youcef Aboubaker, Université El-Zaytouna, Jordanie
- Pr. GILES Mathieu, Université Paule Sézame, Marseille III, France,
- Pr. LOÏC Cadiet, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, France,
- Pr. DELEBECQUE Philippe, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, France,
- Pr. BOUDRIOUA Abdelkrim, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Pr. AIT MANSOUR Kamal, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Pr. KHELFI Abderrahmane, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Pr. KAIS Cherif, Université de Tizi-Ouzou,
- Pr. IGALOULI Mohamed, Université de Tizi-Ouzou,
- Pr. IGALOULI née OULD RABAH Safia, Université de Tizi-Ouzou,
- Pr. ELMAKNOUZI Mohamed Ehadi, Université Mohamed V, Rabat, Maroc,
- Pr. FALI Allal, l'Université Mohamed V, Rabat, Maroc,
- Pr. BAZI Mohamed, université Cadi Ayyad de Marrakech, Maroc,
- Dr. NAJIB Ben Amer Aouinat, Université Djandouba, Tunisie,
- Dr. IGROUFA Zoubida, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. DAHMANI Abdeslam, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. KEBAILI Tayeb, Université Abderrahmane Mira- Bejaia,
- Dr. AHMED Mahmoud Almasa'deh, Université Majmaah, Arabie Saoudite,
- Dr. AMAL FADAL Mohamed Abdullah, Université Kabous, Oman,
- Dr. MAIFI Laziz, Université Abderrahmane Mira- Bejaia.

Protocole de rédaction

Les articles adressés à la rédaction de la revue peuvent être rédigés soit en arabe, en français, ou en anglais, accompagnés d'un résumé, les mots clés et du titre en trois langues. Ils sont soumis à l'appréciation du comité de rédaction pour une sélection technique préalable, puis à l'expertise d'au moins deux experts, membres du comité scientifique qui se prononcent sur leur publication.

Les contributions, doivent respecter les normes suivantes :

Titre de l'article : En trois langues (arabe, français, anglais)

Auteur1, Auteur 2 , Auteur3 , ...

Indications relatives à l'auteur

- Nom, prénom et grade scientifique
- Adresse Professionnelle, institution de rattachement (département, labo, faculté et université)
- Adresse Professionnelle, E-mail.

Notes de bas de pages

Les notes seront numérotées d'une manière continue avec insertion automatique.

Références

Les auteurs indiqueront :

- Ouvrages : Auteur, Titre, Editeur, Lieu d'édition, Année d'édition, pages.
- Articles : Auteur, Titre, Revue, Volume, Numéro, Année, Pages.
- Communication : Auteur, Titre, Nature de la rencontre scientifique, Lieu, Période, Pages.

Présentation

- Les articles soumis à la Revue ne doivent pas dépasser 20 pages.
- Pour les articles rédigés en langue arabe, il est recommandé aux auteurs d'utiliser la police **Simplified Arabic**, taille 14 pour les développements et 12 pour les notes, Interligne 01 cm.
- Pour les articles rédigés en français, il est recommandé aux auteurs d'utiliser la police Times New Roman, taille 14 pour les développements et 12 pour les notes.

- **Le document doit être soumis, à travers la plateforme ASJP (www.asjp.cerist.dz), en WORD seulement.**

Faculté de droit et des sciences politiques, Université Abderrahmane-Mira, Bejaia
Campus Aboudaou. Tel/Fax : 034229357.

| |
|--|
| <p>Les opinions émises dans les articles publiés par la Revue n'engagent que leurs auteurs.</p> |
|--|

But de la revue

La revue académique de recherche juridique, revue semestrielle spécialisée dans le domaine juridique, est créée en vertu du PV du Conseil scientifique de la faculté de droit et des sciences politiques de l'université Abderrahmane Mira- Béjaia (n° 07/CSF/FD/08 de l'année 2008).

La revue dispose d'un comité de rédaction composé du directeur de la publication, rédacteur en chef, d'un comité scientifique et d'un comité de lecture regroupant un certain nombre de Professeurs algériens et étrangers spécialistes des études juridiques.

La publication d'articles est soumise à un certain nombre de conditions fixées selon les critères nationaux et internationaux admis dans les travaux scientifiques et académiques.

Les articles adressés à la rédaction de la Revue font l'objet d'une expertise du comité scientifique (2 experts) et, éventuellement d'une contre-expertise.

La revue a pour objectif d'éclairer le lecteur sur l'actualité juridique nationale et internationale, de développer la culture juridique et de contribuer à la richesse de la bibliothèque nationale en matière d'études juridiques.

En outre, la possibilité offerte aux chercheurs de publier en trois langues différentes permet de diffuser la culture juridique à grande échelle.

Elle a pour objectif de venir en aide aux enseignants chercheurs désireux de bénéficier d'une promotion aux grades supérieurs dans leur carrière, de les habilitier au rang magistral ou de leur permettre de soutenir leurs Thèses de Doctorat.

Sommaire

AREZKI Nabila

Le juge administratif face au droit de la concurrence..... 279

نظرية التسهيلات الأساسية: وسيلة لمنافسة فعلية

تواتي غيلاس، طالب دكتوراه،

مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر

البريد الإلكتروني: ghilestouati1@gmail.com

الملخص:

يشمل مفهوم التسهيلات الأساسية مجموع التراكيب (المادية و غير المادية) التي تحوزها مؤسسة مهيمنة والتي يغيب بديل بشأنها، والتي يعتبرها الغير ضرورية لممارسة نشاطهم في السوق. في هذا الشأن يرتبط إضفاء الطابع الأساسي على تسهيلة ما تظافر معيارين أساسيين، وهما الطابع الوحدوي لها وضرورتها لممارسة النشاط الاقتصادي.

بمقابل ذلك، يشترط تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية في حالة عدم التمكين من الدخول إلى هذه الأخيرة، اجتماع ثلاثة شروط، تتجلى في، رفض التمكين من الدخول إلى التسهيلة محل طلب ذلك، على نحو قد يؤدي إلى المساس بالنافسة، وأخيرا وجود نية منافية للمنافسة.

الكلمات المفتاحية:

التسهيلة الأساسية، المتعامل التاريخي، وضعية الهيمنة، التعسف، المتعاملين الجدد، الرفض، الدخول، المنافسة.

La théorie des facilités essentielles: Un instrument pour une concurrence effective

Résumé:

La notion de facilité essentielle recouvre l'ensemble des installations (matérielles ou non), détenues par une entreprise dominante, qui s'avèrent non aisément reproductibles et dont l'accès est indispensable aux tiers pour exercer leur activité sur le marché. A cet égard, dire qu'une facilité est essentielle, exige la présence de deux critères principaux, son unicité et sa nécessité pour l'exercice de l'activité économique.

Par ailleurs, l'application de la théorie des facilités essentielles, en cas de refus d'accès à cette dernière, impose trois conditions qui ce reflète par, le refus d'accès à la facilité concernée, ce qui peut porter atteinte à la concurrence, et enfin, l'existence d'une intention anticoncurrentielle.

Mot clés:

Facilité essentielle, opérateur historique, position dominante, abus, nouveaux opérateurs, le refus, l'accès, concurrence.

The theory of the essential facilities: an instrument for an effective competition **Abstract:**

The concept of essential facility recovers the whole installations (hardware or not) held by a dominant company, which seems not easily reproducible and whose access is essential to the thirds, to carry on their activities on the market. In this respect, to say that a facility is essential, the presence of two main criteria is required.

Moreover, the theory application of the essential facilities, in the case of refusal to access to this latter, obtrudes three conditions which are reflected in, the refusal of access to facility concerned, which may adversely affect competition, and, finally, the existence of an anti-competitive intention.

Keywords:

Essential facility, historical operator, dominant position, abuse, new operators, refusal, access, competition.

مقدمة

يتسم قانون الضبط الاقتصادي بأنه قانون انتقالي ، وهذا باعتبار أنه قد جاء لمرافقة القطاعات المفتوحة حديثا على المبادرة الخاصة من الاحتكار إلى المنافسة ليزول بعد ذلك¹، حيث يحل قانون المنافسة محل الضبط القطاعي في تنظيم السوق والحفاظ على النظام فيه. في هذا الصدد يرتبط هذا الزوال بنضج قواعد السوق وشيوع المنافسة على مستواه، هذه الأخيرة يرتبط تحققها هي الأخرى بضرورة تحقيق التوازن بين المتعاملين الجدد ونظائهم التاريخيين، لاسيما، عن طريق تمكين الطائفة الأولى من استعمال التسهيلات الأساسية للطائفة الثانية، حيث أن رفض هؤلاء يشكل عائقا لوجود منافسة فعلية في السوق على مستوى القطاعات الخاضعة للضبط. من بين الحلول المقترحة للتصدي لمثل هذه السلوك الذي من شأنه المساس بالمنافسة في السوق هو إرغام هذا العون الاقتصادي التاريخي على تمكين الاعوان الجدد من الدخول في شروط معقولة و غير تمييزية. هذا الحل المعروف تحت تسمية "نظرية التسهيلات الأساسية"²، عرف التطبيق لأول مرة من طرف المحكمة العليا

¹-للتفصيل أكثر في مسألة انتقالية قانون الضبط الاقتصادي، انظر:

BERRI Noureddine, "Ordre réglementaire: Essai sur l'émergence d'un concept", *Revue Académique de la Recherche Juridique*, Tome 11, n^o 01, 2015, pp. 26-45.

²-فضلنا استعمال عبارة التسهيل الأساسية بدل العديد من المصطلحات الأخرى لاسيما، المصادر الأساسية ، المنشآت الأساسية، لسببين أساسيين:

أن هذين المصطلحين لا يستوعبان كل ما يمكن أن يُعد أساسيا لممارسات النشاط الاقتصادي على غرار حقوق الملكية الفكرية والأموال المعنوية، فهذين المصطلحين يشيران فقط إلى ما هو مادي.

ثم أن استعمال مصطلح التسهيل له مفهوم غائي، وهذا للدلالة على أن الهدف من اللجوء إلى هذه النظرية تبقى غايته بالدرجة الأولى هو تسهيل الدخول إلى السوق.

الأمريكية في قضية "Terminal Railroad" سنة 1912¹، ثم من طرف محكمة العدل الأوروبية في قضية "Commercial Solvents" سنة 1974²، وهذا قبل أن يشيع تطبيقه من طرف الهيئات القضائية وأجهزة المنافسة في معظم الدول التي تبنت نظام اقتصاد السوق.

إن تسليط الضوء على هذه النظرية يدفع بنا إلى طرح التساؤل التالي: هل كلما رفض المتعامل المهيمن تمكين باقي المتعاملين من استعمال المنشآت التي يحوزها، استدعى ذلك تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية؟ إن التفصيل في هذه المسألة يفرض في البداية تحديد المقصود بالتسهيل الأساسية (مطلب أول)، ثم الخوض بعد ذلك في الشروط الواجب توافرها لتطبيق هذه النظرية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: موضوع النظرية: التسهيل الأساسية

قبل الخوض في الشروط الواجب توافرها للقول بالطابع الأساسي للتسهيل (الفرع الثاني)، لابد من الوقوف عند المقصود بالتسهيل الأساسية (الفرع الأول).

الفرع الأول: تعريف التسهيل الأساسية: اختلاف في التعاريف و اتفاق في الغاية

لم يستقر الفقهاء والباحثين في العلوم القانونية على تعريف واحد للتسهيل الأساسية، وهذا بالنظر إلى اختلاف الزاوية التي يُنظر من خلالها إلى هذه الأخيرة، فهناك من يعرفها على أنها: "مجموع من التراكمات المادية و غير المادية التي تحوزها مؤسسة مهيمنة والتي يغيب بديل بشأنها، والتي يعتبرها الغير ضرورية

¹تتلخص وقائع القضية في استحواذ تجمع "Terminal Railroad" على منشآت السكك الحديدية لمدينة "Saint Louis"، في ولاية "Missouri" الأمريكية، على نحو أصبحت الوسائل التي تمكن من عبور نهر "Mississippi"، الموجود على مستوى هذه الولاية و الذي يسمح بالوصول إلى مدينة "Saint Louis" في حيازة هذا التجمع. إن اجتماع الوسائل التي تسمح بعبور هذا النهر في يد شركة واحدة أثار انتباه الحكومة الأمريكية، التي لجأت إلى القضاء للمطالبة بالنظر فيما إذا كانت مثل هذه الوضعية لا تخالف قانون المنافسة الأمريكي. فكان تحليل المحكمة العليا الأمريكية لهذه القضية على النحو التالي:

أقرت المحكمة أنه من غير الممكن لشركة ناشطة في مجال السكك الحديدية على مستوى هذه الولاية ممارسة النشاط الاقتصادي والوصول إلى مدينة "Saint Louis" دون استعمال المنشآت المحوزة من طرف تجمع "Terminal Railroad"، حيث أشارت المحكمة إلى عدم قدرة أي شركة من الناحية الاقتصادية من إنشاء جسر لها الخاص لعبور نهر "Mississippi"، وأن الجسور الموجودة بمحاذاة هذه المدينة بعيدة جدا لكي يمكن اعتبارها بدائل حقيقية، وتضيف المحكمة أن الشركات التابعة للتجمع قد ترفض تمكين الغير من استعمال هذه المنشآت لممارسة النشاط الاقتصادي على نحو يحول دون عبورهم إلى مدينة "Saint Louis"، وهو ما جعل المحكمة تخلص إلى نتيجة مفادها أن تمكين المؤسسات التابعة للتجمع وحدها فقط من العبور إلى هذه المدينة من شأنه المساس بالمنافسة على سوق النقل بالسكك الحديدية. كل هذه المعطيات دفعت بالمحكمة -بدل حلّ تجمع "Terminal Railroad"- إلى أن تقرض على هذا الأخير تمكين الغير الراغب في العبور إلى مدينة "Saint Louis" وممارسة النشاط الاقتصادي من الدخول، وذلك في شروط معقولة وغير تمييزية. وعُرف هذا الحل تحت تسمية نظرية التسهيلات الأساسية. للتفصيل أكثر في هذه القضية انظر:

DEZOBRY Guillaume, *La théorie des facilités essentielles: Essentialité et droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, Paris, 2009, P. 01 et s.

²CJCE, 06 mars 1974, Instituto Chemioterpico Italiano SPA, et Commercial Solvents Corporation c/ Commission, 6-7/73, point 223.

لممارسة النشاط الاقتصادي في السوق"¹. في حين هناك من يعتبر التسهيل الأساسية على أنها: "عناصر يكون ممارسة النشاط الاقتصادي دونه أمر غير ممكن، أو أنها كل تسهيلة لا يوجد بشأنها لا بديل حقيقي ولا بديل محتمل"². في ذات السياق، لم تتردد الاجتهادات القضائية الغربية في تقديم تعريف للتسهيل الأساسية.

حيث عرف الاجتهاد القضائي الأمريكي هذه الأخيرة في قضية "Ohio Bell Telephone company vs "CorComm Newco" على أنها: "كل تسهيلة ضرورية لمنافسة فعلية"³.

أما على المستوى الأوروبي، عرفت اللجنة الأوروبية التسهيل الأساسية على أنها: "كل منشأة لا يمكن للمتنافسين دون استعمالها، تقديم خدمات لزيائهم"⁴، في تعريف آخر تعتبر اللجنة التسهيل الأساسية: "كل تركيبية أو هيكل ضروري لضمان العلاقة مع الزبائن و/أو السماح للمتنافسين بممارسة نشاطهم، والتي يستحيل إعادة إنتاجها بوسائل معقولة"⁵.

من جانبه عرف مجلس المنافسة الفرنسي (سلطة المنافسة حاليا) التسهيل الأساسية في رأيه الصادر في 14 أكتوبر 2004 على أنها: "كل منشأة ضرورية للمؤسسات العاملة في السوق لمنافسة المؤسسة الحائزة على هذه التسهيل"⁶. أما محكمة استئناف باريس فقد قدمت للتسهيل الأساسية تعريف شبيه إلى حد بعيد بذلك الذي قدمته لها اللجنة الأوروبية، حيث عرفت على أنها: "كل تركيبية أو هيكل ضروري لضمان العلاقة مع الزبائن و/أو السماح للمتنافسين بممارسة نشاطهم، والتي يستحيل إعادة إنتاجها بوسائل معقولة"⁷.

إن هذه التعريفات بالرغم من تعددها وتنوعها إلا أنها تتفق جميعها في أن التسهيل الأساسية تشكل عنصرا جوهريا لضمان منافسة فعلية بين الأعوان الاقتصاديين في السوق لاسيما بين المتدخلين الجدد فيه والمتعامل التاريخي. بمقابل ذلك، تسمح هذه التعريفات بالقول أن الطابع الأساسي ليس ميزة مرتبطة بمنشأة أو مال معين، بل يمكن لأي مال معنوي أو مادي أن يشكل تسهيلة أساسية في حد ذاته بمجرد أن تتوفر فيه شروط معينة، سوف يرد ذكرها أدناه.

¹Frédéric Marty & Julien Pillot, « Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne », *Revue de reflets et perspectives de la vie économique*, n. 4, 2001, P. 197, Disponible sur www.cairn-info.fr

² VIGNAL Marie Malaurie, *Droit de la concurrence*, 2^{éd}, Armand Colin, Paris, 2003, p. 195.

³ في هذه القضية أكد القاضي على أنه:

"Facilities that are essential to effective competition", Voir, *Ohio Bell Telephone Company v. Corecomm Newcom, Inc.*, 214 F.Supp.2d 810(N.D. Ohio, 2002).

⁴Décision 94/119/CE de la Commission du 21 décembre 1993, Port de Rodby, JOCE n^o L 15 du 26 février 1994, p. 52, point 37.

⁵Communication de la commission relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, JOCE n^o C 265 du 22 août 1998, p. 2. Disponible sur eur-lex.europa.eu.

⁶Cons. conc, Avis n^o 04-A-17, 14 octobre 2004, relatif à une demande d'avis présenté par l'autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du codes des postes et communications électroniques. Disponible sur: www.autoritédelaconcurrence.fr.

⁷CA de Paris, Héli-inter assistance, 9 septembre 1997.

بمقابل التعاريف العديدة المقترحة للتسهيل الأساسية في القانون المقارن، نلاحظ الغياب التام لتعريف هذا المصطلح في القانون الجزائري، باستثناء الإشارة إليه في النصوص المنظمة للقطاعات الخاضعة للضبط¹.

الفرع الثاني: معايير إضفاء الطابع الأساسي على التسهيل

من خلال التعاريف السالف ذكرها يمكن القول على أنه لإضفاء الطابع الأساسي على تسهيلة ما لا بد من توفر شرطين أساسيين على سبيل الترادف وهما معيار الضرورة (أولاً)، ومعيار الوحدة (ثانياً).

أولاً: ضرورة التسهيل الأساسية لممارسة النشاط الاقتصادي

إن طابع الضرورة للتسهيل الأساسية يمكن التعبير عنه إما بشكل إيجابي وإما بشكل سلبي. فإذا نظرنا إلى هذه الأخيرة من زاوية ما يترتب عنه من آثار إيجابية على المتعامل الاقتصادي طالب الدخول، تعتبر التسهيل الأساسية وسيلة لممارسة النشاط الاقتصادي أو للاستمرار فيه، أما إذا نظرنا إليها من زاوية سلبية، نقول أن عدم استعمال التسهيل الأساسية سوف ينجر عنه استحالة ممارسة النشاط الاقتصادي المزمع، أو أن المؤسسة التي لم تُمكن من الدخول إلى التسهيل المعنية سوف يؤدي إلى إقصاءها من السوق، أو أنه سوف يحول دون وصول المؤسسة إلى زبائنها². ما يعني أن عدم استعمال التسهيل التي تُعتبر أساسية سوف يُعرض المتعاملين الاقتصاديين لعواقب السوق لاسيما، الإقصاء منه.

في هذا الشأن نجد أن الطابع الضروري للتسهيل في صورته الإيجابية قد تم التعبير عنه بصريح العبارة من طرف محكمة الدرجة الأولى للاتحادية الأوروبية في قضية "مطار باريس"، التي اعتبرت في هذا الشأن التسهيل الأساسية هي كل تسهيلة: "يكون استعمالها لا غنى عنه لتقديم خدمات متعددة"³، وهو ما أشارت إليه إليه كذلك اللجنة الأوروبية في التعريف الذي قدمته للتسهيل الأساسية، بمعنى كل تركيبة أو هيكل ضروري لضمان العلاقة مع الزبائن و/أو السماح للمنافسين بممارسة نشاطهم"⁴. في ذات السياق، لم تخلُ الاجتهادات القضائية من التعبير عن الطابع الضروري في صورته السلبية، حيث أشارت اللجنة الأوروبية إلى ذلك بالقول أن "التجهيزات الأساسية، هي التجهيزات التي لا يمكن للمنافسين دون استعمالها، تقديم خدمات لزبائنهم"⁵.

في نفس السياق، نجد الطابع الضروري قد تم التعبير عنه كذلك في الأوساط الفقهية، حيث يشير الأستاذ "GLAIS Michel" إلى الطابع الضروري للتسهيل الأساسية بالقول: "تقتض صفة الضرورية أن يكون

¹ كمثل عن ذلك، تنص المادة 13 من القانون رقم 03-2000 القانون رقم 03_2000، مؤرخ في 05 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج.ر عدد 48 صادر في 06_08_2000، معدل و متمم بالقانون رقم 10_14، مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر عدد 78 صادر في 31 ديسمبر 2015، على أنه: " تتولى سلطة الضبط المهام التالية:.. السهر على توفير تقاسم منشآت المواصلات السلكية واللاسلكية مع احترام حق الملكية".

² Sur ce sujet, voir, DEZOBRY Guillaume, *La théorie des facilités essentielles* :... op.cit, p. 36.

³ TPICE 12 décembre 2000, Aéroport de Paris c/ Commission, T-128/98, point 122.

⁴ CJCE, 06 mars 1974, op.cit, point 223.

⁵ Décision 94/19/CE de la Commission du 21 décembre 1993, op.cit, Point 12.

استعمال التسهيل من متعامل اقتصادي لا غنى عنه في اقتراحه لمنتوج أو خدمة معينة¹. من جانبه يشير الأستاذ "VEGIS Emmanuelle" إلى الطابع الضروري للتسهيل بالقول على أنه: تُعتبر تسهيلة ما أساسية، إذا ما كانت حيوية تسمح لمتنافس من الدخول أو البقاء في السوق، أو بعبارة أخرى، لا يُمكن للمتنافسين النشاط في السوق دون الدخول إلى التسهيل المعنية باعتبارها ضرورية².

ثانيا: الطابع الوحدوي للتسهيل الأساسية : غياب الحل البديل

إن القول بالطابع الأساسي للتسهيل يفرض دراسة مدى غياب حل بديل لها، من ذلك إذا ما تبين أنه لا وجود لأي بديل حقيقي أو محتمل للتسهيل محل طلب الدخول، أُعتبرت هذه الأخيرة في ذلك الحين أساسية. في هذا الشأن يتحقق غياب الحل البديل الحقيقي لهذه التسهيل في الحالة التي يتضح فيها عدم وجود أي بديل معقول وفوري لها على نحو لا يمكن استبدالها بمورد آخر³، في حين نقول بغياب البديل المحتمل لهذه التسهيل في الحالة التي يتبين فيها أن إعادة إنتاج مثل هذه التسهيل وبالنظر إلى المعطيات المتوفرة، لأسباب مادية، جغرافية، اقتصادية، أو حتى قانونية فرضية مستبعدة وغير قائمة⁴.

ما ينبغي الإشارة إليه في هذا الشأن هو أن شرطي غياب بديل حقيقي وغياب بديل مُحتمل هما شرطين متلازمين للقول بالطابع الوحدوي للتسهيل، وبالتالي إضفاء الطابع الأساسي عليها. في هذا السياق نجد هذين الشرطين قد تم التعبير عنهما بصريح العبارة في قرار صادر عن محكمة الدرجة الأولى للإتحادية الأوروبية، حينما أكدت على أنه: "تُعتبر أساسية، تلك التسهيل التي لا يوجد بشأنها أي بديل حقيقي ومحتمل"⁵.

إن البحث عن العلاقة التي تربط بين معياري ضرورة التسهيل و غياب الحل البديل، جعلنا نخلص إلى نتيجة مفادها، أن هذين المعيارين تربط بينها علاقة ترادفية، بمعنى أنه يُمكن التعبير عن الطابع الأساسي للتسهيل من خلال كل واحد منهما، فكلا المعيارين يترتب عنهما نفس النتيجة من زاوية مختلفة، إذ أنه عند تحديد الطابع الأساسي انطلاقا من أنه لا غنى عنها لممارسة النشاط الاقتصادي، تكون الدراسة في هذه الحالة مركزة على النشاط الاقتصادي المزمع ممارسته، في حين أنه عند تحديد أساسية التسهيل من منطلق غياب حل بديل أو محتمل لها، كانت الدراسة في هذه الحالة مُنصّبة على التسهيل في حد ذاتها⁶، ثم إن القول بالطابع الضروري للتسهيل لممارسة النشاط الاقتصادي ليس إلا نتيجة للطابع الوحدوي لها، مما يُفيد أن هذا المعيار الأخير يُعتبر بدوره سببا للمعيار للأول.

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية

¹GLAIS Michel, "Facilités essentielles : "de l'analyse économique au droit de la concurrence", in *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002 du Conseil d'Etat, Jurisprudence et avis de 2001, La documentation française, 2002, p. 404.

²VEGIS Emmanuelle, "La théorie des essential facilities: Genèse d'un fondement autonome visant des interdictions d'atteinte à la concurrence?", *Revue de droit commerciale belge*, n°01, 1999, p. 13.

³GLAIS Michel, *Facilités essentielles ...*, *op.cit*, P. 405.

⁴DEZOBRY Guillaume, *La théorie des facilités essentielles ...*, *op.cit*, p. 42.

⁵TPICE, 12 juin 1997, Tiercé Ladbroke SA c/ Commission, T-504/93, Point 131.

⁶DEZOBRY Guillaume, *La théorie des facilités essentielles... op.cit*, p. 44.

إن تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية يفرض تظافر ثلاث شروط أساسية، والتي تتجلى في رفض الدخول إلى التسهيل الأساسية (الفرع الأول)، وأن يكون من شأن هذا الرفض المساس بالمنافسة (الفرع الثاني)، وأخيراً أن يكون هدف صاحب التسهيل من هذا الرفض هو القضاء على المنافسة في سوق النشاط (الفرع الثالث).

الفرع الأول: رفض الدخول إلى التسهيل الأساسية

إن تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية لا يكون إلا في الحالة التي يثور فيها نزاع بين الحائز على التسهيل الأساسية ومتعامل أو عدة متعاملين اقتصاديين، بالتالي فإن أول شرط ينبغي توفره لتطبيقها هو رفض حائزها تمكين المتعاملين الاقتصاديين طالبي الدخول إليها من ذلك. في هذا الشأن قد يكون هذا الرفض صريحاً وقد يكون ضمناً¹. بالنسبة للرفض الصريح فهي الفرضية الأكثر بساطة، وذلك بأن يتمتع مالك التسهيل الأساسية عن الاستجابة لطلب الدخول بصريح العبارة باستعمال عبارات دالة على ذلك، ولقد عبر الأستاذ " BAZEX Michel" عن ذلك بالقول أنه: "تكون أمام رفض مباشر، حينما تُعارض المؤسسة الحائزة على التسهيل استعمالها من طرف الغير"². بالنسبة للرفض الضمني فهو ذلك الرفض الذي لا يُترجم بأجوبة سلبية واضحة من الحائز على هذه التسهيل، غير أنه وبمقابل ذلك يتخذ سلوكات وممارسات توجي إلى امتناعه عن التمكين من الدخول إلى المنشأة المعنية، وكمثال عن ذلك تتأخر الحائز على التسهيل المعنية من الاستجابة لطلب الدخول، ونجد مثل هذه الممارسة في قضية شركة "Sea containers" ضد شركة "Sealink"، حينما طالبت الأولى من الثانية تمكينها من استعمال ميناء "Holyhead"، حيث أدانتها اللجنة الأوروبية باللجوء إلى استراتيجيات تعطيلية حينما تأخرت الشركة الثانية على الاستجابة لطلب الأولى في أجل معقول، كما لم تُبادر بمقابل هذا التأخر إلى التفاوض وتقديم اقتراح لتمكينها من الدخول³، كما يمكن للرفض الضمني أن يأخذ صورة وضع سعر دخول مرتفع جداً⁴ على نحو تجد المتعامل الاقتصادي المعني يتراجع عن الالتحاق بالسوق لعدم قدرته على دفع السعر المطلوب.

الفرع الثاني: التأثير المحتمل لرفض الدخول على سوق النشاط: إمكانية المساس بالمنافسة

إن تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية لا يكون إلا في الحالة التي يؤدي فيها الرفض إلى المساس بمنافسة فعلية في السوق⁵، إذ لا ينبغي الاستجابة الإيجابية لطلب الدخول إلى التسهيل الأساسية إلا في الحالة

¹ Ibid, P. 276.

² BAZEX(M), "Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles", *Revue de la concurrence et de la consommation*, n 19, 2001, p. 40.

³ Décision 94/19/CE de la commission du 21 décembre 1993, Sea Containers/Stena Sealink, JOCE, n° L 15 du 18 janvier 1994, p. 8

⁴ للتفصيل أكثر في مسألة السعر المفرط، انظر:

CHARBIT Nicolas, " La notion de prix excessif en droit des télécommunications", *Communications & Stratégies*, n° 39, 2000, pp. 9-25.

⁵ للتفصيل أكثر في مفهوم المنافسة الفعلية انظر:

التي يتبين فيها أن السوق غير تنافسية. إذ أنه في الحالة العكسية، أي حينما تكون هذه الأخيرة تنافسية فإن الالتحاق بها لا يجد ما يبرره، فهو لن يساهم في الفعالية الحيوية للسوق إلا بصفة ضئيلة¹، ما دام أن هذه السوق كانت كذلك قبل حتى وصول هذا المتعامل الجديد. أما إذا كانت السوق غير تنافسية فإن عدم التمكين من الدخول سوف ينجر عنه تأزم الوضعية والمساس بالمنافسة أكثر فأكثر. مما يعني أن التمكين من الدخول سوف يؤدي إلى رفع وتيرة وحيوية المنافسة في السوق. في هذا الشأن تبقى مسألة تقدير مدى تنافسية السوق من عدهما من اختصاص مجلس المنافسة.

إن تحليل هذا الشرط أخذاً بعين الاعتبار الوضعية التنافسية على مستوى أسواق القطاعات الخاضعة لضبط في القانون الجزائري _ لاسيما الشبكية منها _ يؤدي بنا إلى القول بأن رفض الدخول سوف ينجر عنه تعزيز الوضعية الاحتكارية للمتعامل التاريخي والقضاء على منافسة فعلية على مستواها، مما ينجر عنه تأخير أكثر فأكثر من التحاق هذه القطاعات بالنظام التنافسي.

الفرع الثالث: رفض الدخول إلى التسهيل الأساسية: وجود نية القضاء على المنافسة

إذا كان الأصل في قانون المنافسة هو عدم اعتداده بالنية لإدانة السلوكات المنافية للمنافسة، فمتى ثبت ارتكاب ممارسة منافية للمنافسة كانت هذه الأخيرة محل إدانة دون البحث عن مدى نية مرتكبيها في القضاء على المنافسة من عدمه، ذلك لأن قانون المنافسة على حد تعبير الأستاذة " VIGNAL Marie Malaurie " هو قانون موضوعي، لا يهتم سوى بالسوق والممارسات التي يُمكن أن تأخذ شكل عقد يمس بالسوق².

بمقابل ذلك، يبقى مثل هذا التحليل صعب التطبيق على سلوك رفض الدخول إلى التسهيل الأساسية، ذلك لأن رفض التعاقد هو الوجه السلبي لمبدأ الحرية التعاقدية، إذ أن هذه الممارسة قد لا تُعد تعسفية ومنافية للمنافسة بصفة مسبقة. من ذلك فإن إدانة هذا الرفض لا ينبغي النطق به إلا إذا تم إثبات الدليل على النية الاحتمالية للحائز على هذه التسهيل ورغبته في القضاء على المنافسة في السوق، وهو ما يفرض اللجوء إلى اختبار التضحية "*Le test de sacrifice*"، والذي مفاده أن رفض الدخول إلى التسهيل الأساسية ليس بقرار اقتصادي معقول وحكيم، من منطلق أن صاحبه قد قرر حرمان نفسه من أرباح إضافية. في حين أن صاحب التسهيل الأساسية مثله مثل أي متعامل اقتصادي يهدف إلى تحقيق الربح³، وبالتالي يمكن تفسير رفضه هذا بأنه يندرج ضمن استراتيجية التضحية بأرباح في سوق التسهيل، لمضاعفتها مستقبلاً على مستوى سوق النشاط⁴. الشيء الذي يُفيد بسوء نية الحائز على التسهيل الأساسية، ما يجعل من سلوكه في هذه الحالة تعسفي.

RIEM Fabrice, " Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe-l'œil", *Revue internationale de droit économique*, Tome 22, n° 01, 2008, pp. 67-91.

¹DEZOBRY Guillaume, , *La théorie des facilités essentielles...*, *op.cit*, p. 285.

²VIGNAL Marie Malaurie, *op.cit*, p. 161.

³DEZOBRY Guillaume, , *La théorie des facilités essentielles...*, *op.cit*, p. 299.

⁴*Ibid*.

بمقابل ذلك تبقى هذه القرينة بسيطة يمكن للحائز على التسهيل الأساسية إثبات عكسها وذلك بإتيان الدليل المخالف وإثبات مشروعية سلوك رفض التمكين من الدخول، والذي لا يُمكن أن يحدث إلا إذا تبين أن هنالك أسباب موضوعية تقف وراء هذا الرفض مثل، عدم قدرة التسهيل الأساسية على استقبال متدخلين جدد في السوق¹، أو أن الإمكانات المالية للمتعامل الاقتصادي طالب الدخول لا تسمح له بدفع تكلفة الالتحاق بالسوق².

خاتمة

من خلال ما ذكرناه سابقاً، نخلص إلى نتيجة مفادها أن تطبيق نظرية التسهيلات الأساسية هي عملية جد معقدة تحتاج إلى تحليل اقتصادي لجملة من العناصر. حيث ينبغي في البداية تسليط الضوء على التسهيل محل الرفض الدخول إليها، والتأكد من طابعها الأساسي. هذا الأخير لا يُمكن القول به إلا بعد الخوض عميقاً في السوق والتأكد من أن هذه التسهيل تُعتبر فعلياً ضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي في السوق، للاستمرار فيه، كنتيجة حتمية لطابعها الوجودي بسبب غياب بديل حقيقي ومحمّل بشأنها. كما يقتضي تطبيق هذه النظرية بدوره تظافر مجموعة من الشروط، منها ما هو متعلق بالسلوك الظاهري للمتعامل الاقتصادي الحائز على التسهيل، ومنها ما هو مُرتبط بسوق النشاط ووضع المنافسة على مستواه، وأخيراً منها ما يتعلق بالبحث عن الباعث الذي دفع إلى اتخاذ قرار رفض الدخول. إن هذا التحليل يفترض كفاءة عالية لدى الهيئة المكلفة بالمنافسة حتى تتقاضي المساس بحق الملكية المقرر قانوناً لصاحب التسهيل محل طلب الدخول من جهة، وتجنب إقصاء متعاملين من السوق والذي من شأنه إعاقة المنافسة في السوق من جهة أخرى. إنها مهمة التوفيق بين مصلحتين متعارضتين مصلحة عامة وأخرى خاصة.

¹ كمثال عن ذلك أن تكون المساحة المخصصة لتقديم الخدمات للمسافرين على مستوى المطار غير قادرة على استقبال واستيعاب متعاملين اقتصاديين جدد، وهو المبرر الذي أثارته مؤسسة "Sealink" في رفضها تمكين مؤسسة "Sea containers" من استعمال ميناء "Rodby"، للتفصيل أكثر انظر:

Décision 94/19/CE de la commission du 21 décembre 1993, Op.cit, point 17.

² DEZOBRY Guillaume, *op.cit*, p. 311.

نظام تحول القرار الإداري في القانونين الجزائري والمصري

ساكري السعدي، طالب دكتوراه،

قسم الحقوق،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة باتنة1، باتنة، الجزائر.

البريد الإلكتروني: profdroit@gmail.com.sakri

الملخص:

تشكل نظرية تحول التصرف القانوني أحد أهم النظريات التي استحدثها الفقه الألماني وصاغها بعدئذ تشريعه، وهي وإن كان منبت أصلها الأول القانون الخاص بتلقف مختلف التشريعات الغربية والعربية لها وتقبلها، كمثل التشريع الجزائري وقبله المصري إلا أنها انطلقت وتطورت لتجد لها صدى ضمن روابط القانون العام، وتأتي هذه الورقة البحثية لترصد مدى إمكانية استيعاب فكرة تحول القرارات الإدارية وإمكانية تطبيقها في قضائنا الإداري الجزائري لاسيما وقد تم الركون إليها بمقتضى المادة 105 من تقنيننا المدني.

الكلمات المفتاحية:

قرار إداري، تحول، قاضي إداري، تصرف قانوني.

Le système de la conversion de décision administrative en droit algérien et égyptien

Résumé :

La conversion des actes juridiques est l'une des théories les plus importantes mises au point par la doctrine allemande, admise, en premier lieu, par le droit allemand, elle a été, par la suite, adoptée par plusieurs législations, y compris arabes, à l'instar des législations égyptienne et algérienne, par ailleurs et bien qu'elle trouve ses origines en droit privé, ladite théorie, s'est progressivement taillée une place dans le champ du droit public.

Le législateur algérien a adopté la technique de la conversion des actes juridiques par l'article 105 du code civil, ainsi, cette étude essaye d'examiner dans quelle mesure l'application de cette technique pourrait être compatible avec les décisions administratives et exercée par le juge administratif algérien.

Mos clés :

Décision administrative, la conversion, juge administratif, acte juridique.

The system of administrative decision conversion in Algerian and Egyptian law

Abstract:

The conversion of juridical acts is one of the most important theories developed by the German doctrine, admitted, in the first place, by the German law, it was, later, adopted by several legislations, including Arab, Like the Egyptian and Algerian legislations, moreover, and although it has its origins in private law, this theory has gradually gained a place in the field of public law.

The Algerian legislature has adopted the technique of conversion of legal acts by Article 105 of the Civil Code, thus, this study tries to examine to what extent the application of this technique could be compatible with the administrative decisions and exercised by the Algerian administrative judge.

Keywords:

Administrative decision, conversion, administrative judge, legal act.

مقدمة

لئن كانت نظرية تحول التصرف إحدى النظريات الرصينة التي كشف عنها الفقه الشريعة العامة وأعلنها التشريع المقارن طبي نصوصه، فإن مشرعنا بلا ريب لم يكن بمنأى عن تبنيها وهو ما يعد مؤشرا قويا على إدراكه وتفهمه لأهميتها العلمية والعملية المتزايدة ومناطق هذه النظرية باقتضاب هو أن التصرف القانوني الباطل قد يحمل في طياته عناصر تصرف آخر صحيح فيتحول إلى هذا الأخير متى انصرفت نية المتعاقدين إليه. ولما كانت تلك النظرية قد حظيت بشيوع وذبوع كبيرين من قبل الفقه والقضاء الخاص فإن الرغبة قد انبعثت بشدة وقوة لدى فقهاء القانون العام لتبنيها لاسيما وأن الإدارة قد تصدر قرارات معيبة فتتولد لديها الرغبة في إنقاذ إرادتها بأيسر الطرق القانونية، لتعمل على تحويلها إلى قرارات أخرى صحيحة وفقا لضوابط محددة، ومن هنا يثور التساؤل عن مدى إمكانية استيعاب هذه الفكرة وتطبيقها في قضائنا الإداري؟، وعن حدود مطابقتها لمبدأ الشرعية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية فقد تمت الاستعانة بالمنهج التاريخي المقارن لرصد هذه الظاهرة في النظم المقارنة خصوصا المصري منها، ومعه المنهج الوصفي وكذا التحليلي لتتبعها واستنتاج النصوص القانونية الواردة بشأنها، هذا وقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى محورين أساسيين بحيث يتعلق **المبحث الأول** بمعاينة حقيقة التحول ويتضمن **الثاني** ضوابط أعمالها ومعاينة مدى إمكانية استعارتها لنظامها القضائي الإداري.

المبحث الأول: حقيقة نظام تحول القرار الإداري

لا ريب في أن فكرة التحول في نطاق القرارات الإدارية ما كانت لتجد لها سندا قانونيا لولا ارتكانها إلى نظرية تحول التصرف القانوني التي أستخدمها الفقه القانون الخاص وتبني التشريعات المدنية لها لجدواها العلمية والعملية المتزايدة، وسياقا لذلك سيتم الولوج إلى هذا المبحث من خلال رصد حقيقة نظام التحول (المطلب الأول)، لنعرج بعدها على تقصي مواقف الفقه والقضاء حيالها بعدئذ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم نظام تحول القرار الإداري

اكتسب نظام التحول في نطاق القرارات الإدارية أهمية بالغة وهو ما عكسته انشغالات الحركة الفقهية به من إنكبابها على أفراد عديد التعريفات له (الفرع الأول)، كما أنه قد يختلط مع بعض المفاهيم الشبيهة به (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف نظام تحول القرار الإداري

لا ريب أن تحديد تعريف مضبوط لنظام التحول في مجال القرار الإداري لا يمكن أن يتأتى إلا من خلال معاينة تعريف هذه الفكرة في نطاق القانون الخاص، وهكذا نجد فقهاء هذا الأخير قد قدموا ذلك تطبيقاً لنظرية تحول التصرف القانوني في نطاق العقد وهي فكرة تحوله والتي رأوا بأنها تتلخص في: «أن التصرف الباطل قد يتضمن عناصر تصرف آخر، فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل، إلى التصرف الذي توافرت عناصره وهو التصرف الصحيح، وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً لا أصلياً»⁽¹⁾، ولعل أوضح مثال على هذا هو تحول السفتجة التي لم تستوف الشكل الواجب إلى سند آخر عادي صحيح⁽²⁾، الوصية اللاحقة الباطلة إلى عدول إذا ما أردفت وصية سابقة والأمثلة كثيرة في هذا الخصوص.⁽³⁾

ويعد التشريع الألماني هو من نظّر وأسس لهذه النظرية بوجهها القانوني الواضح بالمادة 140 من التقنين المدني⁽⁴⁾، وهو ما جنحت إليه عديد التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري بالمادة 105 منه التي نصت على أنه: «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد».⁽⁵⁾

واهتداء بالطرح المذكور فإنه يكون تحولاً للقرار الإداري: «إذا تضمن بالقرار الباطل -أياً كانت درجة البطلان- عناصر قرار إداري آخر، فإن القرار الإداري يكون صحيحاً باعتباره القرار الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية الإدارة كانت تتصرف إلى إصدار هذا القرار لو علمت بغيب القرار الأصلي، وعليه تسحب الإدارة قرارها المعيب ضمناً وتحوله بأثر رجعي إلى قرار صحيح يتكون من عناصر القرار الأول».⁽⁶⁾

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دس، ص 498.

² - أنظر المادة 390 من الأمر رقم: 75-59 المؤرخ ف 26/09/1975 المتضمن القانون التجاري (ج ر ج ج عدد 101 مؤرخة في 19/12/1975).

³ - أنظر تفصيلاً: عبد الحكم فودة، الموسوعة العلمية في البطلان في ضوء الفقه وقضاء النقض، المجلد الأول، الجزء الأول، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، دس، ص 653.

⁴ - ولم تظهر فكرة التحول هذه في فرنسا إلا في أوائل القرن العشرين بكتابات الفقهاء سالي، و إيمار ثم جايو و ديجون في رسالته عام 1909، أنظر: عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص ص 646، 648.

⁵ - الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني (ج ر ج ج عدد 78 مؤرخة في 30/09/1975).

⁶ - محمد أحمد إبراهيم المسلماني، تصحيح القرارات الإدارية المعيبة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص ص 72،

وما يستقى من هذا التعريف أن إمكانية تحول القرار الإداري لا تجري إلا وفقا لضوابط محددة هي ضرورة وجود قرار إداري باطل مهما كانت درجته، وانطوائه على عناصر ومقومات قرار آخر صحيح من حيث أركانه وانصراف نية الإدارة إلى هذا الأخير، والواقع أنها نظرية جديدة بتبني القضاء الإداري لها، على أن نظام التحول قد يتداخل مع بعض المصطلحات الشبيهة.

الفرع الثاني: تمييز نظام تحول القرار الإداري عن فكرة تصحيحه

رغم خصوصية فكرة التحول إلا أنها تقترب كثيرا من فكرة تصحيح القرار الإداري (أولا) وسحبه (ثانيا) وإنهائه جزئيا (ثالثا).

أولا: تمييز نظام تحول القرار الإداري عن فكرة تصحيحه

مناط فكرة التصحيح هو التطهير اللاحق للقرار الإداري المعيب بأحد عيوب الشرعية الخارجية⁽¹⁾، كلما أقرته الجهة المختصة لاحقا مع حفاظها على مضمونه وهذا تقاديا لسحبه أو إلغائه، ما لم يكن قد قضي بهذا الأخير من قبل قاضي تجاوز السلطة بهدف صون المراكز القانونية التي استقرت لأصحابها.⁽²⁾ و على ضوء هذا التعريف وبمقابلته مع نظيره المتعلق بنظام التحول يمكن أن نستنتج أهم الفروق بينهما كما يلي:

- 1- أن مضمون التصحيح الإداري لا ينصب إلا على القرار المعيب وأحيانا المعدوم- ماعدا في حالة التصحيح التشريعي- وأن تعرب الإدارة عن رغبتها في الاحتفاظ بهذا القرار محل التصحيح، وأن يأتي هذا الأخير كأداة إنقاذ لها من مأزق قانوني، وألا يكون قد حكم بإلغائه.
- 2- و خلافا من ذلك فإن نظام التحول لا يجري إلا حيث يتواجد قرار باطل أو قابل للإبطال، وأن يتضمن هذا القرار المعيب عناصر قرار آخر صحيح، وتؤكد حصول نية مفترضة متجهة نحو قيام التصرف الجديد. على أن هذه الفروقات لا تنفي وجود تقارب بينهما لاسيما من حيث أنهما يردان على قرار إداري معيب، وتولد آثار رجعية وإن كانت ظاهرية تقتضيها طبيعتهما دون أن تصل إلى حد المساس بالمبدأ الأصولي القاضي بعدم رجعية القرار الإداري.

ثانيا: تمييز نظام التحول عن الإلغاء الجزئي للقرار الإداري

إذا كان أصل التحول هو نظرية تحول التصرف القانوني فإن الإلغاء الجزئي للقرار الإداري أصلها نظرية إنقاص العقد المعروفة في نطاق القانون الخاص⁽³⁾، و مناطه أن القرار إذا صدر معيبا في أحد أجزائه دون

¹- بخصوص هذه العيوب أنظر تفصيلا:

- Jean Rivero, Jean waline, Droit administratif, 17^{ème} édition, Dalloz, France, 1998, pp 239,240.
- Charles Debbash, Jean claud Ricci, Contentieux administratif, 7^{ème} édition, paris, France, p 671 et suites.

²- أنظر: محمد أحمد إبراهيم المسلماني، المرجع السابق، ص25.

³- أنظر المادة 104 من الأمر رقم: 58-75 السالف الذكر، وأيضا: علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة العقد، دار موفم للنشر، 2001، ص354 وماليها.

الأجزاء الأخرى وأمكن فصله عن هذه الأخيرة فإن الإدارة تملك مكنة سحبه كجزء معيب فيه أو الرجوع فيه، كما يمكن للأفراد أصحاب المصلحة رفع دعوى إلغائه لوحده دون بقية الأجزاء حفاظا عليه من الإبطال.⁽¹⁾ وهكذا يتبين أن شروط أعمال نظام الإلغاء الجزئي للقرار الإداري تختلف عن نظام تحوله من زوايا عدة، فمن حيث درجة البطلان والتي تصل أحيانا إلى المطلق في نظام التحول بحيث يكون معدوماً⁽²⁾ أو قابل للإبطال بعدد تحقق إبطاله فعلا، بينما ينصب العيب في نظام الإلغاء الجزئي على ركن المحل. كما أن نظام التحول يشترط لتحقيقه انطواء القرار المعيب عناصر قرار آخر صحيح وجديد ويشترك معه في الشكل أو المضمون، وهو ما يسمى بعنصر التوافق⁽³⁾، على أن يجريه القاضي الإداري أو الإدارة في مرات أخرى حصرية بحسب الأحوال خلافا لنظام الإلغاء الجزئي الذي يمكن أن يمارسه القضاء الإداري والأفراد ذوي الشأن والإدارة نفسها، ويقترب المصطلحان من بعضهما من حيث الهدف وهو إنقاذ إرادة الإدارة من المآزق القانونية ورعاية الصالح العام.

ثالثا: تمييز نظام تحول القرار الإداري عن سحبه

ينصرف مدلول السحب إلى قيام حق الإدارة في إعدام قراراتها بأثر رجعي من تاريخ صدورها بحيث تعد كأن لم تكن⁽⁴⁾، وينصب هذا الإجراء كأصل عام على القرار غير الشرعي واستثناء القرار الشرعي في حالات عدم تعلق به حقوقا مكتسبة أو مراكز شخصية وهو ما جنح إليه القضاء المقارن في مصر وفرنسا⁽⁵⁾، على أن السحب يجب أن يمارس خلال المدة المحددة للطعن بالإلغاء أي أربعة أشهر⁽⁶⁾، وعطفا على هذا تتبدى لنا الفروق ما بين السحب والتحول في كون هذا الأخير لا ينصب إلا على القرار غير الشرعي (الباطل)، وأيضا أن القرار المسحوب لا يتحول لانعدام آثاره حاضرا ومستقبلا وأخيرا فإن السحب لا تجرئه إلا الإدارة خلافا للتحول الذي قد يكون إداريا أو تحولا يتم عن طريق القضاء الإداري، وبعد إجراء عملية التمييز هذه حري بنا رصد مواقف الفقه والقضاء من المسألة.

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء من نظام تحول القرار الإداري

لقد احتدم النقاش واحتد ما بين الفقه (الفرع الأول) والقضاء (الفرع الثاني) حيال مسألة تحول القرار الإداري ولكل حججه وقناعاته.

¹ - محمد أحمد إبراهيم المسلماني، المرجع السابق، ص 91.

² - حول القرار المنعدم راجع: سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، مصر، 1991، ص 362 وما يليها.

³ - أحمد يسري، تحول التصرف القانوني (رسالة دكتوراه)، مطبعة الرسالة، مصر، 1958، ص 250.

⁴ - أنظر: عمار بوضياف، القرار الإداري، الطبعة الأولى، دار جسر للنشر، الجزائر، 2007، ص 231، عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 151.

⁵ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 638.

⁶ - المادة 829 من القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 27/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج ر ج ج عدد 21 مؤرخة 2008/04/23).

الفرع الأول: موقف الفقه من نظام تحويل القرار الإداري

انشطر الفقه حال مدارسته لهذه المسألة ما بين معارض (أولاً) و مؤيد (ثانياً)

أولاً: موقف الفقه المعارض

رغم ذبوع فكرة تحويل القرار المعيب لدى أوساط العديد من الفقه والقضاء المقارن إلا أن جانب آخر منه ظل متوجساً يعامله بحذر شديد بل ويعارضه في غالب الأحيان ولعل أبرز الحجج التي ساقها كتبرير عن قناعته هو مشكلة غياب السند القانوني له في القانون العام على غرار القانون الخاص، وأن القرار الإداري عند إصداره من قبل الإدارة يكون قد نشأ وقد لازمته قرينة الصحة والسلامة شكلاً ومضموناً حتى يثبت العكس، على أن أساس ذلك كله هو ما حيط به من ضمانات كمثل كفاءة الموظفين مصدره، وصرامة نظام الرقابة الإدارية، وسلطة التأديب الانضباطية، وكل هذه المحددات تجعلنا لا نحتاج نظام التحويل.⁽¹⁾

وأيضاً يرى ذات الاتجاه بأن إعمال فكرة التحويل من شأنها عدم تحصين القرار المعيب بفوات المدة المقررة لإلغائه والتي قد تؤدي إلى المساس بالحقوق المكتسبة فضلاً عن أنه مخالفة صارخة لرغبة المشرع وإرباك النشاط الإداري.

ثانياً: موقف الفقه المؤيد

قام الفقه المؤيد بدحض المزاعم والحجج التي ساقها الفقه المعارض كما يلي: ⁽²⁾

بالنسبة لزعم غياب السند القانوني فهي مردودة لكون دور القاضي الإداري مختلف عن القاضي المدني، فالأول مبتكر مبتدع للحلول وأصل نشأة القانون الإداري قضائية، بخلاف الثاني الذي دوره تطبيقي، كما أنه لا مانع من تطبيق قواعد القانون الخاص ما لم تتعارض مع روح القانون العام.

كما أن قرينة الصحة والسلامة الملازمة للقرار الإداري ليست صحيحة على إطلاقها كونها تخص القرار الباطل دون المنعدم⁽³⁾ المجرد من أي شرعية، بل وأن هذه الحجة هي لصالح تأييد وإعمال التحويل وليس لرفضه كونه أحد الوسائل المهمة لصون إرادة الإدارة والحفاظ عليها، وأخيراً فإنه لا يعد مساساً بالحقوق المكتسبة للأفراد لكون القرارات (المعيب والمتحول) يتفقان في الهدف والمضمون ومن ثم فهو صيانة لها إحقاقاً للمصلحة العامة التي تتوخاها كل إرادة تشريعية.

وعطفاً على ما سبق فإن نظام التحويل ضرورته قد فاقت خطورته بكثير وأنه مسلك مهم وفعال في سبيل عدم قلقلة شؤون الإدارة بصيانة إرادتها وضمنان تصريف شؤونها بما يتماشى مع حقوق المتعاملين معها في كنف مبدأ سيادة القانون، وهو ما كرسه القضاء الإداري.

¹ -أنظر: محمد عبد الله حمود الديلمي، تحول القرار الإداري، الطبعة الأولى، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001،

ص ص 31، 32، أحمد يسري، المرجع السابق، ص 241

² - أنظر تفصيلاً: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 245، محمد عبد الله حمود الديلمي، المرجع السابق، ص 32 وما يليها.

³ - قرار مجلس الدولة رقم 169417 المؤرخ في 27/07/1998، قضية (د ت ت ع)، ضد (اللجنة ما بين البلديات)، مجلة مجلس الدولة، عدد 01، 2002، ص 81.

الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري من نظام التحول

جنح القضاء المقارن إلى تطبيق نظام تحول القرار الإداري على نطاق واسع على المستويين الغربي والعربي، ولعل أول من ابتكره وطبقه فعليا هو القضاء الإداري الألماني، في حكم المحكمة الإدارية العليا لبروسيا عام 1912 أين قامت بتحويل قرار منح رخصة ورشة نجارة لنجار بسبب تهديده بخطر الاحتراق لمخزن الذخيرة المحادي لها (وهو قرار باطل)، إلى قرار آخر سببه المساس بالطمأنينة العامة وليس أمن المباني⁽¹⁾، وبالنسبة للقضاء العربي فتعد مصر أول من طبقه، وهكذا نجد المحكمة الإدارية العليا فيها قد أفصحت عنه في حكمها الصادر بتاريخ في 1958/11/8 وتتخلص وقائعه في أن مصلحة المعامل بوزارة الصحة قد وظفت شخصا بوظيفة مُبخر رغم أنها تعلم أن أوضاع الميزانية آنذاك لا تسمح بهذا التعيين، مما يفيد اتجاه قصدها إلى تعيينه في وظيفة مساعد مبخر لكونها تبادلت المكاتبات بشأنه وإقراره هو بنفسه بذلك، وفي حمل قرارها على محمل الصحة فيتحول قرار تلك المصلحة من قرار باطل إلى الآخر الصحيح.⁽²⁾

وبعد هذا تواترت تطبيقات هذه الفكرة كمثل حكم محكمة القضاء الإداري المؤرخ في 1969/05/08 والتي أجازت من خلاله فكرة إحلال سبب صحيح⁽³⁾ محل سبب آخر غير صحيح في القرار المعيب وأكدت أن طبيعة التحول تقريرية وليست إنشائية وهو يتضمن إبطالا ضمنيا.⁽⁴⁾

وباستطلاع الوضع في الجزائر فإننا لم نعثر على أي قرار صريح أعرب فيه قضاؤنا الإداري (الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا أو مجلس الدولة حاليا) عن هذه الفكرة إلا أن ذلك لا يعني استبعاده لها، فلو عرضت عليه قضية من هذا القبيل لاستطاع أن يفصح عن موقفه لاسيما وأن المشرع المدني قد كرس فكرة تحول العقد مثلما سلف البيان، وهذا المعنى يمكن أن نستشفه من قرار مجلس الدولة المؤرخ في 2000/05/22 والذي تتلخص وقائعه في أن السيد (ي ك) الذي يعمل كسائق لدى الوكالة الوطنية للأثار وقد تم توقيفه عن العمل بموجب قرار إداري أصدرته في حقه في 1996/03/17 وأحالته على لجنة التأديب بعدها في 1996/03/29 والتي امتنعت عن الإدلاء برأيها والتزمت الصمت وبعدها عزلته في 1996/08/26، وبعدها استصدر قرار قضائيا بإبطال قرار الوكالة وإلزامها بإرجاعه لعمله، ولقد أيده مجلس الدولة بعد استئناف الوكالة للقرار القضائي المذكور، والذي صرح بأنه: «كان يجب على لجنة التأديب إصدار قرار تجاه المستأنف عليه ثم تبليغه للإدارة لتنفيذه... وليس السكوت وترك التصرف للإدارة...».⁽⁵⁾

¹ - أنظر مزيد من النماذج لدى، أحمد يسري، المرجع السابق، ص ص 252، 253.

² - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 245.

³ - وقد طبقها مجلس الدولة الفرنسي في عدة قضايا مثل قضية Rouleau و Varlet و Desamis الخ... أنظر: لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 437.

⁴ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 245.

⁵ - قرار مجلس الدولة رقم 330 المؤرخ في 2000/05/22 قضية الوكالة الوطنية للأثار ضد (ي ك)، غير منشور أورده: لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 225.

ويلاحظ هنا أن قرار الوكالة باطل لخرقها إجراء مهما وهو عدم استشارة لجنة الموظفين ولكن يستطيع المجلس هنا أن يحوله إلى قرار آخر بالشطب من الترقية وهو إحلال الأساس القانوني السليم، وفيه لا تلزم الإدارة بتلك الاستشارة وهو عقوبة من الدرجة الثانية وفقا للمادة 124 من قانون الموظفين والعمال⁽¹⁾، لاسيما وأن الموظف المذكور أكثر من الغيابات، فمسألة إعمال فكرة التحويل واردة على هذا النحو وبالتالي إنفاذ إرادة الإدارة عليه طالما أنه أخل بواجباته مصداقا للقانون، ويسود هذا النظام كثيرا في مجال منازعات الوظيفة العمومية لاسيما في مجال التناسب ما بين الخطأ والعقوبة، ونمر الآن إلى رصد أساسه وضوابطه في ما يلي.

المبحث الثاني: قواعد استخدام نظام تحول القرار الإداري

تتضمن قواعد استخدام نظام التحول مسألة تحديد أساسه (المطلب الأول)، ثم الولوج إلى معاينة شروطه وصولا إلى إمكانية تقريره في قضائنا الإداري (المطلب الثاني)

المطلب الأول: أساس نظام تحول القرار الإداري

يرتد نظام التحول إلى عدة أسس هامة منها هي ضرورة مطابقته لمبدأ الشرعية (الفرع الأول)، وكذا افتراض صحة وسلامة القرار الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضرورة تماشي التحول مع مبدأ الشرعية

لا ريب أن الاعتراف لجهة الإدارة بممارسة الوظيفة الإدارية وبالتالي الاضطلاع بنشاطها الهادف إلى إحقاق المصلحة العامة وضمن سيرورة المرافق العمومية بانتظام واطراد⁽²⁾ أمر بات مستقرا عليه في مختلف النظم القانونية لاسيما تلك المعتمدة لنظام الازدواجية القضائية، كما أنه لا مناص لتحقيق ذلك إلا بتمكين تلك الجهة من امتيازات السلطة العامة بما يرتبه من آثار قانونية في مواجهة المتعاملين معها، ولعل الوسيلة المنوطة بها تحقيق ذلك هو القرار الإداري الذي يسري قبلهم رغم اعتراضاتهم إن تظلموا أو بنشر دعوى إلغاء ضده، ويبقى كذلك ما لم يتم سحبه أو إعدامه قضائيا، ولإدارة مكنة تنفيذه مباشرة⁽³⁾ دون اللجوء إلى القضاء. هذا وقد يتصور حدوث تعسف من قبلها في استعمالها لسلطتها ما دفع بالمشرع إلى الحد من سلطتها وحرمتها بتقييدها وإحاطتها بسياج من الضمانات القانونية نزولا عند مبدأ الشرعية⁽⁴⁾ وإعلاء لسيادته باحترامه من الكافة.

¹ - المرسوم رقم: 85-59 المؤرخ في 23/03/1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية (ج ر ج ج عدد 13 مؤرخة في 24/03/1985).

² - أنظر تفصيلا: عمار عوابدي، المرجع السابق، ص ص 5، 6.

³ - للتوسع أكثر راجع: حسين فريجة، «التنفيذ الإداري المباشر في أحكام القضاء الإداري الجزائري»، مجلة إدارة، عدد 23، 2002، ص 09 وما يليها، حسني سعد عبد الواحد، تنفيذ أحكام القضاء الإداري، الطبعة الأولى، مطابع مجلس الدفاع الوطني، مصر، 1984، ص 176 وما يليها.

⁴ - بغض النظر عن الجدل الفقهي الحاصل بشأن التفرقة ما بين اصطلاحى المشروعية والشرعية فإننا نقر هذا الأخير أسوة بما نص عليه دستورنا لعام 1996 المعدل إذ حدد بدقة الاستعمال السليم لهما فعبر عن الاصطلاح الأول بالمادة 12 منه، وحجز المادة 158 منه للإصطلاح الثاني.

ولاشك أن طرحا من هذا القبيل من شأنه أن يجزنا إلى التنويه بجدوى وجود رقابة قضائية فعالة على كافة أوجه أعمال الإدارة وردها جميعا إلى هذا المبدأ، وهو ما يتحقق واقعا من خلال قيامها بتصويب قراراتها الصادرة بالمخالفة له إما بالرجوع عنها بالسحب⁽¹⁾ أو بالتصحيح، أو بطلب تحويلها إلى قرارات أخرى صحيحة غير معيبة في حدود الضوابط والشروط المقررة له لاسيما بما يكفل التوفيق مع الشرعية وصيانة الحقوق المكتسبة، نقول هذا رغم أن بعض الفقه يشكك في ذلك ويتخوف من نظام التحول كثيرا⁽²⁾، هذا من زاوية أولى ومن زاوية أخرى فإن أعمال هذا النظام يستجيب لمقتضيات المصلحة العامة المذكورة إذ أنها تنجح إليه لكونه يصب في اتجاهها لأنه من الأفضل و الأوفق تحويل قرار إداري باطل إلى آخر صحيح خير من بقاءه على هيئته باستمرار سريانه، بل أنه قد أبيض للإدارة ما هو أخطر من ذلك بكثير كمثل لجوئها إلى آلية التصحيح التشريعي⁽³⁾ لقراراتها المعيبة، وحتى منع وغل القضاء الإداري عن إبطال هذه الأخيرة (رغم عيوبها) إذا كانت من أعمال السيادة.

الفرع الثاني: افتراض صحة وسلامة القرار الإداري

تطبع مسألة تنفيذ الإدارة لقراراتها الإدارية بسمات محددة مما يجعلها في مركز متميز قبل الأفراد فبالإضافة إلى امتياز التنفيذ المباشر المشار إليه أعلاه، نجد قراراتها هذه تقتض في قرينة السلامة والصحة ما لم يثبت العكس، ومرد ذلك هو أنها تُسجج بضمانات عدة كحسن انتقاء مُصدرها وتنوع طرق رقابتهم من قبل رؤسائهم باستمرار وإلزامهم باتباع شتى الأوضاع والشكليات والإجراءات اللازمة حال إصدارها من قبلهم واحترام قواعد الاختصاص، وهذا ما نجم عنه فرض التزام على الأفراد باحترامها حتى ولو ساورهم شك في عدم شرعيتها وصحتها ومن ثم فهي منتجة لكافة الآثار تماما كمثل القرارات السليمة الشرعية ما لم يحكم بإلغائها ولا يستثنى من هذه القرينة إلا فئة القرارات الإدارية المعدومة.⁽⁴⁾

وبناء على ذات القرينة فإنه يفترض تلمس صحة تلك القرارات المعيبة من خلال العمل على تحقيقها واقعا بواسطة تحويلها إلى قرارات أخرى تحقق فعليا عنصر السلامة المشار إليه، أو بتعبير آخر تأكيد صحتها ودرء عيوبها بهذا النظام ولكن مع مراعاة ضوابطه القانونية.

¹ - حول السحب راجع: قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)، ملف رقم 104779 المؤرخ في 19/12/1993 قضية (ك ع) ضد (رئيس بلدية الشارقة)، المجلة القضائية، العدد 03، 1994، ص206

² - محمد عبد الله حمود الديلمي، المرجع السابق، ص 79.

³ - ويقصد به ذلك: « الإجراء الذي بواسطته يستطيع المشرع أن يعيد إلى القرار الإداري المعيب سريانه ومكانه في النظام القانوني، سواء بمنع القاضي من إلغائه أو بإلباسه ثوبا من الشرعية إذا كان قد ألغي»، أنظر:

- Michel Lesage, les interventions du l'égislateur dans le fonctionnement de la justice, BDP édition, LGDJ, 1960, 183.

- Paul Lewalle et luc Donnay, contentieux administratif, 3^{ème} édition, Iarcier, Bruxelles, Belgique, 2008, p950.

⁴ - أنظر: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص611، عمار بوضياف، المرجع السابق، ص203.

المطلب الثاني: ضوابط تحول القرار الإداري ومدى إمكانية العمل بها في القضاء الإداري الجزائري

قدر الفقه والقضاء المقارن بضرورة تواجد عدة ضوابط وشروط لصحة عملية تحول القرار الإداري (الفرع الأول)، كما أن هذا يدعونا إلى التساؤل عن إمكانية إعمالها في قضائنا الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضوابط إجراء تحول القرار الإداري

تحكم عملية تحول القرار الإداري ضوابط وشروط معينة وهي ضرورة أن يكون محله قرار إداريا (أولا) وباطلا (ثانيا)، وأن يتوافر عنصر التوافق ما بين القرارين الباطل والجديد (ثالثا)، وأخير أن تتصرف نية الإرادة إلى هذا القرار المستجد (رابعا).

أولا: أن ينصب محل التحول على قرار إداري

لم يُعرف المشرع الجزائري القرار الإداري وإنما اكتفى بالإشارة إليه بموجب المواد 801، 819، 829، 830، 833، 834، 837، 901، 912 من قانون الإجراءات المدنية، وبعض مواد قانون مجلس الدولة⁽¹⁾ والمحاكم الإدارية⁽²⁾، غير أن القضاء الإداري الفرنسي ومعه المصري استقر على أنه: «إفصاح الإدارة المختصة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث أثر قانوني معيناً يكون ممكناً وجائزاً قانوناً ابتغاء مصلحة عامة»⁽³⁾، ولم يسلم هذا التعريف من النقد فمصطلح "الإفصاح" يشمل فقط القرارات الصريحة دون الضمنية، كما أنه حصر آثارها في إحداث مركز قانوني مغفلاً تعديلها أو إلغاؤها، ليخلص الفقه إلى تعريفه بأنه: «عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة أحد السلطات الإدارية في الدولة ويحدث آثاراً قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم»⁽⁴⁾، ونحن نؤيد هذا التعريف لدقته وشموليته.

وباستقراء هذا التعريف يتبين بأن خصائص القرار الإداري تظهر في أنه عمل قانوني انفرادي، وأنه صادر عن جهة إدارية مختصة، ومن شأنه إحداث آثار قانونية معينة، وهكذا فإنه لا يقبل التحول إلا القرار الإداري بالمفهوم المذكور، وبالتالي تستثنى الأعمال المادية للإدارة وكذا التمهيدية والتحضيرية، وبالنسبة للتشريع فالأصل أنه لا يتحول إلا استثناءً وكذا الحكم القضائي إذ لا يمكن تحويله، وإن كان العقد الإداري يجري عليه أسوة بالعقد المدني.

¹ - قانون عضوي رقم 11-13 المؤرخ في 26/07/2011 المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم: 98-01 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله (ج ر ج ج عدد 43).

² - قانون رقم 98-02 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية (ج ر ج ج عدد 37).

³ - فائزة جروني، طبيعة قضاء وقف تنفيذ القرارات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2011، ص 17.

⁴ - فائزة جروني، المرجع نفسه، ص 17.

ثانيا: أن يكون هذا القرار محل التحول باطلا

ومن المعلوم أن القرار الإداري يكون باطلا إذا تخلف أحد أركانه المعروفة⁽¹⁾ كركن السبب، وركن الشكل والإجراءات وركني المحل والغاية، بينما يصل إلى حد الانعدام⁽²⁾ إذا مُس ركن الاختصاص كأن يصدر من جهة غير مختصة، أو شكل هذا القرار اغتصابا للسلطة، وبالتالي وعلى خلاف القرار الباطل لا يرتب أي أثر، وساقا لذلك فإن التحول لا يجري إلا على هذا الأخير ما لم يتحصن بانقضاء مواعيد الطعن فيه⁽³⁾، ولا يصح أن يكون محله قرار سليما، ويرى الفقه -وبحق- أن القرار إذا كان جزء منه صحيحا والآخر باطلا فإنه يجب إجراء عملية إنقاظه لا تحويله مادام يقبل التجزئة وهي أحد تطبيقات الإنهاء الجزئي له، كما أن نفس الاتجاه أقر فكرة تحول القرار المنعدم⁽⁴⁾.

ثالثا: أن يتوافر عنصر التوافق ما بين القرارين الباطل والجديد

ومناطق ذلك أن يتضمن القرار الباطل معظم عناصر القرار الجديد المتولد عن عملية التحول على خلاف فقه القانون الخاص الذي يتطلب جميع العناصر التي يتضمنها العقد الباطل⁽⁵⁾، كما أن ضابط التوافق المذكور يفترض أن يشترك القرارين من حيث المضمون والشكل، فإذا كان القرار الأول باطلا لعدم استيفائه الشكل الكتابي والإجرائي فلا يجوز عندئذ إجراء عملية التحول والأمر نفسه لركن الاختصاص، رغم أن البعض يقر ذلك⁽⁶⁾.

رابعا: أن تنصرف نية الإدارة إلى القرار الجديد

على غرار نص المادة 105 من القانون المدني، فإنه ليس يكفي توفر الشروط السابقة بل يلزم لإجراء عملية التحول هذه انصراف نية الإدارة إلى هذا القرار الإداري الجديد ويمكن تلمسها من خلال ملاسبات ووقائع الدعوى، وهي إرادة مفترضة وليست حقيقية، ويعمل القاضي على إنفاذها، وهذا ما أقرته محكمة القضاء الإداري المصرية بحكمها الصادر في 12/12/1969 عندما ذهبت إلى أن إرادة الإدارة في تحويل القرار القابل للإبطال إلى قرار آخر صحيح بعد تظلم المدعي من جزئه الباطل وموافقة كل من المفوض والوزير له، بوضعه في الدرجة الثالثة الجديدة المقابلة للدرجة الثانية القديمة، قد ظهرت وتبينت من أوراق القضية وتم التسليم بها⁽⁷⁾.

¹ - فائزة جروني، المرجع نفسه، ص31.

² - قرار مجلس الدولة رقم: 169417 المؤرخ في 27/07/1998 قضية (ديوان الترقية والتسيير العقاري) ضد (اللجنة مابين البلديات)، مجلة مجلس الدولة، العدد01، 2002، ص81.

³ - محمد عبد الله حمود الديلمي، المرجع السابق، ص 79.

⁴ - محمد عبد الله حمود الديلمي، المرجع السابق، ص ص 81، 84.

⁵ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص ص 263، 264.

⁶ - أنظر تفصيلا: محمد عبد الله حمود الديلمي، المرجع السابق، ص94.

⁷ - محمد حمود الديلمي، المرجع نفسه، ص109.

وأما عن إجراءات التحول فقد يكون بواسطة الإدارة عموماً عن طريق رفع تظلم، أو أن يجريه القاضي الإداري إما من تلقاء نفسه أو عن طريق رفع دعوى مبتدأة، ويجب أيضاً مراعاة ميعاد محدد له وهو أربعة أشهر قياساً على ميعاد السحب.⁽¹⁾

الفرع الثاني: مدى إمكانية استعارة وتطبيق نظام التحول في النظام القانوني الجزائري

لقد بات جلياً أن فكرة التحول ليست بالغريبة عن نظامنا القانوني بدليل أن مشرعنا قد قننها بالمادة 105 من القانون المدني منذ مطلع صدوره (في عام 1975) ولا تزال سارية المفعول إلى حد كتابة هذه الأسطر، وما من شك أن القضاء الإداري ليس يجهلها تماماً بدليل أنه يجنح في أحيان كثيرة إلى فكرة إحلال السبب الصحيح محل السبب غير الصحيح الذي بني عليه القرار الإداري المطعون فيه وهو ما يعد أحد أشكال التحول، ونعتقد أنه لو عرضت عليه قضية في هذا الخصوص لأفصح عنها في قراراته بشكل جلي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن نظام التحول المذكور في تحقيق للمصلحة العامة والخاصة طالما تم تلافي النبلان في أحيان كثيرة وإنقاذ إرادة الإدارة وأيضاً تحقيق ذات المنفعة لصاحب الشأن في القرار الجديد والتي كانت كامنّة في القرار الباطل الذي حول، ولا خوف بعدئذ عن الحقوق المكتسبة أو المساس بالمراكز القانونية للأفراد لأنه يجري بضوابط وشروط محددة طبقاً لمبدأ الشرعية.⁽²⁾

خاتمة

بدا جلياً من خلال هذه الدراسة أن مسألة تحول القرار الإداري بدأ بفكرة مدنية وهي تحول التصرف القانوني وانتهى ليصير أحد أهم المبادئ الجوهرية الداعمة التي تحكم أعمال الإدارة المنفردة في علاقاتها مع الأفراد إحقاقاً للصالح العام والخاص على حد سواء، وسبقاً لذلك فإن أهم النتائج المتوصل إليها نحوصلها في ما يلي:

- أن نظام تحول القرار الإداري ليجد أساسه في نظرية تحول التصرف القانوني مع اختلاف الطبيعة بينهما.
- أنه لا تصادم ما بين هذا النظام ومبدأ الشرعية كونه لا يجري إلا وفقاً للضوابط القانونية.
- أن العمل به تحقيقاً لمبدأ أصولي هام هو الرغبة في استقرار الأوضاع الإدارية وعدم قلقها وأن في تحويل القرار الإداري الباطل فائدة خير من إهماله.
- أن ضرورته قد فاقت بكثير خطورته بدليل أن القضاء الإداري المصري قد تنبه لذلك منذ فجر تأسيسه فطبقه لجدواه العملية المتزايدة في النظم المقارنة.
- أن التمسك بحجة غياب السند القانوني لاستبعاده أمر فيه شطط بحسبان أن القضاء الإداري مبتدع مبتكر للحلول خاصة في هذا السند بل وأن الحجة المذكورة تعمل لصالحه وليس العكس.

¹ - أنظر المادة 834 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - أنظر المادة 4 من المرسوم رقم: 88-131 المؤرخ في 4/7/1988 المنظم للعلاقات بين الإدارة والمواطن (ج ر ج ج عدد 27 مؤرخة في 06/07/1988).

- وأخيرا فإنه يعمل على صيانة ورعاية قرينة الصحة والسلامة المتمتع بها القرار الإداري الباطل والتي قد تسقط بالإلغاء إذا لم يحول إلى آخر صحيح في الميعاد المحدد لذلك.
من هنا فإننا نوصي بأن يستوعب قضائنا هذه الفكرة ويطبّقها فيما يصلح لها من منازعات إدارية وهذا لتلافي كثرة الإبطالات للقرارات الإدارية بما يسببه من هدر للإجراءات وللجهد والوقت وضياع حقوق الأفراد وتعطيل المصلحة العامة، مع تسيّجه بكافة الضمانات، نقول هذا لأن الأساس الأصولي العام قد وفرته له المادة 105 من التقنين المدني أسوة بالنظم الرائدة في هذا المجال.

نطاق الالتزام بالتبصير عن مخاطر العمل الطبي¹

أيت مولود ذهبية، أستاذة مساعدة "أ"،
قسم القانون الخاص،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.
البريد الإلكتروني: dehbait@yahoo.fr

الملخص:

أكد الالتزام بالتبصير ذاتيته واستقلاليته، فبالإضافة إلى كونه شرطا لرضا المريض بالعمل الطبي، لإصباح عليه طابع المشروعية، فهو حق للمريض، يستند في وجوده إلى الحق في عدم جواز المساس بالتكامل الجسدي، والحق في احترام الكرامة الإنسانية، إلا برضاه رضا متبصرا.
تملي ضرورة احترام إرادة المريض، تمكينه من التعبير عن قبوله لأي عمل طبي، قبولاً حراً ومستتيراً، الأمر الذي لا يتأتى إلا بتبصيره بمخاطر التطور الطبيعي للمرض، وكذا جميع مخاطر علاجه، استناداً لمبدأي الثقة المتبادلة بين أطراف العلاقة الطبية، وحق المريض في تقرير مصيره، لخلق تكافؤ بين مركزي القوي والضعيف، لافتراض علم الطبيب بأصول مهنته ومعطياتها العلمية، وجهل المريض لما يواجهه من مخاطر. إلا أن حماية المريض، تفرض أحيانا منح الطبيب سلطة تقديرية في تضيق نطاق التبصير، بحجب بعض أو كل المعلومات عنه، إذا كانت تؤثر على فرص نجاح العلاج، ليتلاشى الالتزام بالتبصير تماماً، إذا تطلب الأمر الحفاظ على صحة وحياة المريض، في حالة الضرورة الاستعجالية، بإخضاعه للعلاج دون إمكانه من التعبير عن إرادته، على أن يبقى ذلك في أضيق نطاق يقدر بقدره.

الكلمات المفتاحية:

رضا المريض، الالتزام بالتبصير، العمل الطبي، الطبيب، الخطر الاستثنائي، الخطر الجسيم، المريض.

1 - هناك فرق بين الإعلام والتبصير، فنجد الالتزام بالتبصير قائم مهما كان نوع التدخل الطبي، ويمتد على جميع مراحل تنفيذه، أما الالتزام بالإعلام يقوم وينقضي في الفترة السابقة على انعقاد العقد، إذ يقوم أحد طرفي المفاوضات بإعلام الطرف الآخر بالمسائل المهمة التي لها صلة بموضوع العقد، وإذا لم يقم بذلك فمن حق الطرف الآخر أن يستعلم عنها كي يتحقق التكافؤ في العلم. د/أكرم محمود حسين ود/زينة غانم العبيدي، تبصير المريض في العقد الطبي، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 08، عدد 30، 2006، ص 01 .

La portée de l'obligation d'information sur les risques de l'acte médical

Résumé :

L'obligation d'informer le patient a confirmé son autonomie et son indépendance. En plus d'être une condition de procéder à un acte médical, c'est un droit du patient, fondé sur l'existence du droit à l'inviolabilité de l'intégrité physique et du droit au respect de la dignité humaine.

L'obligation du respect de la volonté du patient, permet à ce dernier l'expression de son acceptation pour chaque acte médical avec consentement éclairé, obligeant le médecin à l'informer des risques de l'évolution naturelle de sa maladie, aussi bien que tous les risques de l'intervention médicale pour créer une parité entre les parties basée sur le principe de confiance mutuelle. Mais, d'autre part, l'obligation de préserver la santé et la vie du patient incite parfois à donner au médecin un pouvoir discrétionnaire lui permettant de dissimuler une partie ou l'ensemble des informations au patient si elles affectent les chances du succès du traitement, et même en cas d'urgence, soumettant ainsi le patient au traitement sans tenir compte de sa volonté.

Mots clés :

Consentement du malade, l'obligation d'informer, l'acte médical, le médecin, le risque exceptionnel, le risque grave, le patient.

The scope of the obligation to inform on the risks of medical intervention

Abstract:

The obligation to inform the patient established his autonomy and independence, in addition to be a condition to perform a medical act, it is a patient's right, based on the presence of the right of inviolability of physical integration and the right to respect human dignity.

The obligation to respect patient's wish enables the patient to express his or her acceptance for every medical act with informed consent, obliging the doctor to inform him of the risks of the natural evolution of his illness, as well as all the risks of medical intervention, in order to create the parity between the parties based on the principle of mutual trust.

But, sometimes, the obligation to preserve the health and life of the patient gives the doctor a discretionary power allowing him to conceal some or all information's to the patient, if it affects the chances of successful treatment, or in emergency, case, the patient submit to treatment without taking account to his or her wish.

Keywords:

Consent of patient, Obligation to inform, Medical Act, Doctor, Exceptional risk, Serious risk, Patient .

مقدمة

يشترط العقد الطبي، كباقي العقود الأخرى، ركن الرضا لانعقاده، بيد وجوب عدم الخلط بين هذا الرضا، ورضا المريض عن كل عمل طبي يخضع له، أيا كانت طبيعته وفي جميع مراحل تنفيذه¹، والذي يجب أن يكون حرا متبصرا ومستثيرا، ما يستلزم التزام الطبيب بالإفصاح عن كل ما يتعلق بحالة المريض، وما يلزمها من تدخل طبي، للسماح له بأن يختار عن علم وبينه تامة، بين تحمل التطور الطبيعي للمرض وبين قبول مخاطر التدخل الطبي، وما يتضمنه من تعريضه لمخاطر جميع وسائل التشخيص والوقاية والعلاج، فيكون التبصير بذلك بمثابة تحذير سابق بمخاطر العلاج وفوائده المنتظرة.

يؤدي الإخلال بالالتزام بالتبصير، انعقاد مسؤولية الطبيب، فلا بد من تحديد نطاق هذا الالتزام، لتحديد مدى نفاذ حق المريض في الحصول على المعلومات الخاصة بحالته الصحية وما يواجهه من مخاطر، فما هي المعايير المعتمدة لرسم حدود مضمون وكم المعلومات المتعلقة بالمخاطر الطبية التي يلتزم الطبيب بالإفصاح عنها للمريض؟

كانت هذه الإشكالية الأبرز في مجال التزام الطبيب بتبصير مريضه، والتي كانت محلا للكثير من التطورات الهامة في الآونة الأخيرة، سواء من الناحية القضائية أم التشريعية، ما استلزم تتبع التطور الذي مرى به هذا الالتزام، خاصة وقد اختلفت الآراء الفقهية، وتضاربت القرارات القضائية، حول حدوده، فهناك من يرى ضرورة اقتصار التبصير على القدر المعقول من المعلومات، التي تمكن المريض من معرفة حالته الصحية وتقدير العلاج، وذلك باستبعاد المخاطر الشاذة للتدخلات العلاجية من نطاق التبصير (المبحث الأول)، وبين رأي آخر، يرى ضرورة تبصير المريض تبصيرا كاملا، وذلك بتوسيع دائرته، ليشمل كل تفاصيل الحالة الصحية، وكل المخاطر التي تحوم حول التدخلات الطبية، حتى النادرة الوقوع منها، متى وصلت قدرا من الجسامة، بغض النظر عن طبيعة التدخل الطبي، للسماح للمريض قبول أو رفض العلاج عن بصيرة تامة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تضييق نطاق الالتزام بالتبصير

رغم أهمية التبصير في التدخلات الطبية، كوسيلة مثلى للحصول على رضا مستثير للمريض، إلا أن فرضه كالتزام على الطبيب أثار خلافا كبيرا لمدة طويلة، بين تيار قابل له وآخر رافض (المطلب الأول)، ليرسو

1 - يتمثل رضا المريض، الذي ينعقد به العقد الطبي، فيما يصدر عنه من إيجاب عند عرض حالته على الطبيب، يجد أساسه في نظرية صحة الرضا وسلامته وفق القواعد العامة، فمتى تطابق هذا الإيجاب بقبول من الطبيب انعقد العقد، إلا أن هذا الرضا لا يقصد به رضا المريض بالعمل الطبي، بل يلزم أن يصدر من المريض رضا لاحق لذلك، متكرر يتعين استظهاره في كل مراحل تنفيذ الأعمال الطبية، بمقتضاه يقبل بكل عمل طبي على حدا أيا كان نوعه، بغض النظر عن طبيعة العلاقة التي تربط المريض بطبيبه، يبحث عنه في مدى تنفيذ الطبيب لالتزامه المهني، وفقا للقانون وما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، فصحة الرضا بالعقد لا تغني عن الرضا بالعمل الطبي، الواجب بغض النظر عن طبيعة العلاقة التي تربط المريض بطبيبه. انظر: د/أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2014، ص 103.

الأمر بعد ذلك على اعتراف الفقه به وإقرار القضاء بذلك، وتكريس جل القوانين الوضعية له كالتزام على عاتق الطبيب، إلا أن الاختلاف بقي قائما حول نطاقه، إذ اعتمد الأمر في بادئها، على طبيعة الخطر لتحديد مضمون التبصير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الالتزام بالتبصير بين الرفض والقبول

أثار وجوب التبصير، في بادئ الأمر، خلافا فقهما بين تيار رافض له، على اعتبار وجوب احترام مهنة الطبيب ووضع الثقة فيه، بحكم علمه وخبرته (الفرع الأول)، وبين تيار مساند له، على اعتبار وجوب احترام إرادة المريض وضمان سلامته، في مواجهة نشاط طبي محفوف بالمخاطر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتجاه الرافض لالتزام الطبيب بالتبصير

تكمن الصعوبة التي تعترى فرض على الطبيب الالتزام بالتبصير، أن الطبيب ذاته لا يستطيع أن يلم مقدما بكافة توقعات العمل الطبي، فكيف نلزمه بالإفصاح عن نتائج لم تكن في الحسبان، خاصة وأنه يجهل التاريخ المرضي للحالة التي يتعامل معها لأول مرة¹. ضف إلى ذلك، الصدمات النفسية والمعنوية في نفس المريض عند معرفة حقيقة مرضه ومخاطر علاجه، ما يدفعه لرفض الأعمال الطبية كونه أسير مشاعره وأحاسيسه.

يرى البعض، ومعظمهم من الأطباء، ضرورة تمتع الطبيب بالهيمنة الطبية التي تمنحه الوصاية على المريض، استنادا إلى مبدأ الأبوية، لعدم استطاعته استيعاب حقيقة مرضه، باعتباره ظاهرة علمية معقدة، يصعب نقل معطياتها في كثير من الحالات، فلا يحسن المريض تقدير الأمور تقديرا سليما، ليكون الطبيب الأجدر على تقرير ما تمليه حالة المريض ومصالحته في العلاج بطريقة عقلانية وعلمية².

فيتضمن قبول المريض العلاج تفويضا مسبقا مطلقا للطبيب، بموجب الثقة غير المشروطة التي وضعها فيه، في اتخاذ ما يراه مناسبا من الأعمال الطبية دون طلب موافقة المريض، الذي أصبح قاصرا لا يتمتع بالقدرة الجسمانية والعقلانية الكافية لتقدير الأمور بسبب مرضه، ما يحتم عليه الخضوع الكامل، ووجوب تنفيذ قرار الطبيب، الذي يتمتع بالكفاءة العلمية التي تكسبه مركزا قويا ومرتبة تعلو مرتبة المريض مهما بلغت درجة وعيه³. يصف البعض، علاقة الطبيب بمريضه، بالفاشية الطبية، تنتهي حسب مناصريها، إلى عدم الاعتداد بإرادة المريض، ولا ترى بالتالي ضرورة الحصول على موافقته قبل مباشرة العمل الطبي على جسمه، بل تؤدي

1- د/سالم عبد الرضا طويرش الكعبي، التزام الطبيب بتبصير المريض، مجلة جامعة ذي قار، المجلد 02، عدد 03، 2006، ص 29.

2 - د/أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 113.

3 - ليدية صاحب، علاقة الطبيب بالمريض: الخضوع، التبصير أو التوافق، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 02، 2010، ص ص 330-335.

إلى إمكان استخدام الإكراه لإجباره على تلقي العلاج، الذي يراه الطبيب ضروريا لحالته¹. بذلك، اعتبر التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض في بادئ الأمر، فقط من أجل إباحة العمل الطبي، هذا ما يجعل العقد الطبي عقد إذعان، يجعل المريض خاضعا لما يراه الطبيب مناسبا، إلا أن تطور علوم الطب الذي جعلها محفوفة بالمخاطر، وبروز حركات الدفاع على حقوق الإنسان، استوجبا تكريس مبدأ ضرورة فرض التزام الطبيب بتبصير المريض تبصيرا كاملا، قصد الحصول على رضا مستتير، فمن حق كل شخص أن يكون سيد نفسه، ما أدى إلى اتجاه أغلب الفقه، بعد ذلك، إلى تأييد اعتبار تبصير المريض التزاما مفروضا على الطبيب.

الفرع الثاني: الاتجاه القابل للالتزام الطبيب بالتبصير

يرجع اشتراط الرضا المتبصر إلى تطور علاقة الطبيب بالمريض، من الوصاية الطبية إلى نظام المريض المقرر، في إطار نظام أخلاقي مؤسس على مبدأ احترام الشخص في استقلاليته وذاتيته، باعتباره صاحب السلطة في اتخاذ القرار الطبي المتعلق بصحته، بعد تفاوض عقدي مسبق مع الطبيب².

فلا يصح الإدعاء بأن المرض يؤدي دائما إلى تعطيل الملكات الذهنية للمريض، ومن ثم إنقاص أهليته، على وجه لا يصح معه الاعتداد بما يصدره من تعبير عن الإرادة، فيظل المريض رغم مرضه، إنسانا حرا يتمتع بكامل قواه العقلية، وبالقدرة على تدبير الأمور والتمييز بينها، إلا إذا كان مصابا بمرض عقلي، لنكون أمام استثناء عن المبدأ العام، وهو استثناء لا يبرر تصرف الطبيب بمحض إرادته، إذ يكون من واجبه استشارة أقارب المريض أو المكلفين قانونيا بالقيام عن إرادته³.

أما القول بأن العلاقة بين الطبيب والمريض تقوم على مبدأ الثقة، فالثقة توجب التعاون المتبادل بينهما، فجهل أحد المتعاقدين ليس خاصا بالعقد الطبي، بل يوجد في أغلب العقود التي ينطوي موضوعها على جوانب فنية متخصصة، تلقي على عاتق المتعاقد المتخصص التزام بالتبصير، سواء قبل العقد لإبرامه عن رضا مستتير، أو أثناء تنفيذه كي يشاركه عن وعي في تنفيذه، ما يلزم الطبيب بالإفشاء بالمعلومات الخاصة بالتشخيص ومخاطر العلاج، كي يعمل المريض على إتباع التعليمات الطبية لضمان نتيجة العلاج والتأهب لعواقبه⁴.

1 - د/محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، دراسة في التزام الطبيب بإعلام المريض أو حق المريض في الإعلام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 17.

2 - ليدية صاحب، مرجع سابق، ص 336 وص 337.

3 - د/جابر محبوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي (دراسة مقارنة)، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، 2000، ص 22 و 23.

4 - د/ خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 385.

اعترفت الشريعة الإسلامية هي الأخرى، بوجود الالتزام بالإعلام والنصح في مجال العقود، كالتزام شرعي يلتزم بمقتضاه أحد طرفي العقد المراد إبرامه، بتقديم المعلومات الجوهرية والإفصاح عن البيانات الأساسية المتصلة بموضوع العقد إلى الطرف الآخر العاجز عن الإحاطة بذلك بوسائله الخاصة. نقلا عن: د/محمد ريس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هوم، الجزائر، 2012، ص 169.

يجد الالتزام بالتبصير أساسه في النصوص القانونية الدولية والوطنية، فنجده معترفاً به في المواثيق الدولية، مثل اتفاقية حقوق الإنسان والطب الحيوي للمجلس الأوروبي (1997/04/04) في مادته الخامسة، والإعلان العالمي للجنيتات البشرية وحقوق الإنسان لليونسكو (1997/11/11) في مادته الخامسة أيضاً، والإعلان العالمي لأخلاقيات علم الأحياء وحقوق الإنسان لليونسكو (2005/10/19) في مادته السادسة¹. كما كرسه التشريعات الداخلية، فنجد المشرع الفرنسي ينص على التبصير الطبي الشامل والكامل في قانون الصحة العمومية²، والذي يعتبره بمثابة مرآة تعكس كل ما توصلت إليه الاتجاهات القضائية الفرنسية، فيما يتعلق بطبيعة وشمولية الالتزام بالتبصير وإثبات تنفيذه، بموجب نص المادة 2/1111 منه.

كما نص المشرع الجزائري على الالتزام بالتبصير في عدة مواد من قانون الصحة العمومية³، ومن مدونة أخلاقيات الطب⁴، كما حاول حماية هذا الحق وكفالاته للمريض بالإقرار بالتبصير الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، الذي تضمنها المرسوم التنفيذي 92-286⁵، وتكريس الدستور⁶ لاحترام المريض ككائن إنساني واعي متبصر، يمارس حقه في التفكير وتقرير مصيره، وسلامته النفسية والجسدية، خاصة في

1 - LEGOUX (Alain), « Consécration du défaut d'information comme faute autonome », *Gazette du palais*, N°167-168, 2010, p 10.

انظر في تفصيل ذلك: د/محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص ص 24-28

2 - Loi n° 2002-303 du 04/03/2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Jo 45 du 05/03/2002.

3 - انظر المواد 154، 3/162، 5/166، 168 مكرر 2، من القانون رقم 85-05، الصادر بتاريخ 16/02/1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر عدد 08، صادر بتاريخ 17/02/1985، المعدل والمتمم.

4 - انظر المواد 43، 44، 48، من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، الصادر بتاريخ 06/07/1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر عدد 52، صادر بتاريخ 08/07/1992. وكذا المادتين 6 و 7 منه، اللتان تؤكدان ممارسة الطب ضمن احترام حياة الفرد وشخصه وكرامته الإنسانية.

5 - مرسوم تنفيذي رقم 92-286، المتعلق بالإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، مؤرخ في 06/07/1992، ج.ر عدد 53، الصادر بتاريخ 07/12/1992.

ألزم المشرع الجزائري، بموجب هذا المرسوم، زيادة عن الأطباء صانعو المنتجات الصيدلانية ومستورديها، والمؤسسات العمومية التي يرتبط عملها بالصحة العمومية، والجمعيات ذات الطابع العلمي وذات الطابع الاجتماعي، فأوجب عليهم تبصير ليس المريض فحسب بل عامة الناس، بجميع المعلومات المتعلقة بتركيب المنتجات الصيدلانية وآثارها العلاجية والبيانات الخاصة بمنافعها ومضارها، والاحتياطات الواجب مراعاتها، وكيفية استعمالها، ونتائج الدراسات الطبية المتعلقة بنجاحتها، وآثارها الجانبية سواء العاجلة منها أو الآجلة، وذلك بغية ضمان الاستعمال السليم لهذه المنتجات الصيدلانية، مطابقاً للمواصفات المعتمدة لتسويق الأدوية وللأخلاق المهنية، ولا ينبغي أن يشتمل على أقوال مغشوشة أو غير قابلة للتحقيق، تقادياً لاستهلاك المريض لدواء لا مبرر له طبياً فيضر صحته ولا ينتفع باستهلاكه له شيئاً. نقلاً عن: د/محمد رايس، مرجع سابق، ص 186.

6 - دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-483، المؤرخ في 07/12/1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28/11/1996، ج.ر عدد 76، صادر بتاريخ 08/12/1996، معدل ومتمم.

نص المادة 41 منه، التي تؤكد على ضمان الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، والمادة 66 التي تعتبر الرعاية الصحية حقاً للمواطنين.

اعتبرت الباحثة الفرنسية Sophie Souet العقد الطبي مصدراً للالتزام بالتبصير، إلى جانب النصوص القانونية، بما ذهب إليه قرار محكمة النقض الفرنسية (قرار 1951/05/29)¹، الذي أعلنت فيه أن العقد الطبي يلقي على عاتق الطبيب، التزام بعدم مباشرة أي تدخل طبي، إلا بعد الحصول على رضا المريض بعد تبصيره، ولو لم ينص العقد صراحة على ذلك، باعتباره من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة²، ليكون الالتزام بالتبصير التزاماً تابعاً لأحد الالتزامات الصريحة في العقد، لما يقتضيه مبدأ حسن النية في التعاقد، لضمان حسن تنفيذ الالتزام الأصلي بالعلاج³، ومبدأ عدم التعسف في الحق، استناداً إلى رابطة الثقة التي تجمع الطبيب بمريضه، بدافع الاعتبار الشخصي للطبيب، والتي تجعل المريض يرى فيه الحامي الطبيعي والمنقذ من الآلام والمعاناة، ما يرتب على عاتق الطبيب التزاماً بالتعاون والتبصير والنصيحة⁴.

المطلب الثاني: طبيعة العلاج معيار لتحديد الالتزام بالتبصير

كلما كان العلاج ضرورياً، ضاق نطاق الالتزام بالتبصير الملقى على عاتق الطبيب (الفرع الأول)، ليتشدد إذا كانت الغاية منه، سوى تحسين حالة المريض الصحية بصفة عامة، دون حاجة أو ضرورة ملحة، بوجود الإفضاء عن الشاذ غير العادي من الأخطار دون أدنى تحفظ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: استبعاد المخاطر الاستثنائية من نطاق التبصير

تقتضي القواعد العامة، ضرورة حصول الطبيب على رضا مستتير للمريض، قبل إخضاعه لأي عمل طبي ينطوي على قدر من الأهمية، ما يقضي ضرورة تبصيره بصورة كافية عن المخاطر المتوقعة في جميع مراحل الرحلة العلاجية، استناداً إلى اعتبارات تفرضها حماية المريض نفسه. يكاد يجمع الفقه، على عدم إطلاق التبصير الطبي، وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي لمدة طويلة، باقتصار التزام الطبيب على تبصير مريضه **بالمخاطر المتوقعة فقط**، دون لفت نظره إلى الشاذ النادر منها، التي يُحتمل وقوعها، فلا يلتزم الطبيب الذي يشرف على سيدة على وشك وضع حملها، أن يخبرها أن اثنين من الألف من السيدات الحوامل يمتن أثناء الولادة، أو يخبر من يقدم على إجراء عملية إزالة الزائدة الدودية، أن كل تخدير يحتمل إغماءة مميتة.

1 - د/ خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص 392.

2 - تنص المادة 2/107 ق.م.ج على: " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

3 - سعاد بختاوي، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص ص 147-149.

4 - د/قادة شهيدة، التزام الطبيب بإعلام المريض: المضمون والحدود وجزاء الإخلال، موسوعة الفكر القانوني، الجزء 01، العدد 02، 2003، ص ص 81-94.

تبعث المبالغة في التبصير، الخوف والفرع في نفس المريض، ما يؤثر سلبا على إرادته، ما يدفعه إلى اتخاذ قرار غير سليم، بالإحجام عن العمل الطبي وهو في أمس الحاجة إليه، رغم ما يحتويه من مخاطر محتملة لا تتحقق إلا بنسب ضئيلة، ما يؤثر سلبا على صحته، كما أن التسليم بهيمنة الطبيب على مرضاه بموجب الثقة الموضوعة فيه¹، تُحجب إرادة المريض بإرادة الطبيب، نظرا لجهله للمسائل الطبية الدقيقة، ما يعجزه عن مشاركة الطبيب في اتخاذ القرار الصائب، فلا داعي للتفصيل والتدقيق في المعلومات التي يقدمها الطبيب.

رغم التقدم الهائل الذي حققه علم الطب في الوقت الراهن، ثمة جوانب مجهولة في جسم الإنسان لا يمكن توقعها أو الكشف عنها، فكل عمل طبي مهما كان بسيطا، سواء فحص أو علاج بالأدوية أو بتدخل جراحي، يمكن أن يحدث بعض التعقيدات والمضاعفات التي لا يمكن توقعها أو التنبؤ بها، فمن أجل الإبقاء على المبادرة الطبية وعدم عرقلتها بضرورة الكشف للمريض عن كل الأخطار التي يستحيل معرفتها، يعفى الطبيب من الكشف عن المخاطر الاستثنائية وغير المتوقعة². ضف إلى ذلك، اختلاف ردود أفعال أجسام المرضى المختلفة، تجاه ما يقدم لهم من معلومات، وتعذر تقديرهم لظروفهم الصحية، فرغم المساس بالسلامة الجسدية للمريض، يستوجب الثقة والتعاون المتبادل بين أطراف العلاقة الطبية تحقيقا لهدف الطب النبيل.

وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في عدة مناسبات، حيث قضت أن الطبيب غير ملزم بإخبار المريض مقدما بالنتائج غير المتوقعة (قرار 13/05/1959)، بل ملزم بإخباره فقط بالمخاطر الجدية *risques sérieux* والمعتادة *risques habituels* (قرار 05/05/1981)، دون الاستثنائية منها بسبب ندرتها، بمناسبة دعوى أقامها مريض على طبيبه، لإصابته بخلل في العصب الوجهي *nerf-facial*، أثناء جراحة لعلاج حالة الصمم، إذ لاحظ الخبراء أن الشلل في الوجه، كان احتمالا كانت تشير الإحصائيات إلى أن نسبة وقوعه بين 04 و 05 من الألف، فلا يكون الطبيب ملزما بتبصير مريضه بهذا الخطر الاستثنائي (قرار 06/03/1979، وقرار 15/12/1993)³.

يتوقف التزام الطبيب بالتبصير، على الأخطار المتوقعة المتكررة الحدوث ولو كانت معلومة للكافة، دون التعقيدات غير العادية والاستثنائية نادرة الوقوع، استنادا إلى أن أساس الالتزام بالتبصير، هو اختلال التوازن المعرفي، لجهل المريض بخبايا الطب، وإن كانت لديه ثقافة عامة عن أصول الطب، إلا أن معلوماته تبقى تقريبية غير كاملة، قد يكون المريض قد أساء فهمها أو استيعابها، فعلى الطبيب أن يصحح هذه المعلومات المغلوطة ويزيل الفهم الخاطيء، فالمعلومات العامة لا تحل أبدا محل التبصير المفصل بظروف كل حالة مرضية على وجه الخصوص⁴، على أن يتوجب على الطبيب، بعد تبصير المريض بعواقب العلاج والتطور المحتمل

1 - د/أكرم محمود حسين ود/زينة غانم العبيدي، مرجع سابق، ص 44.

2 - د/جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 137.

3 - د/علي نجيدة، التزام الطبيب بتبصير المريض، مجلة الأمن والقانون، عدد 02، 1993، ص 240 و 241.

4 - د/جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 155-157.

للمرض، أن ينبهه بالانصراف عن أي تدخل طبي لا تتناسب فائدته للمريض البتة مع الأضرار التي يمكن أن يسببها له¹.

تبقى للطبيب السلطة التقديرية، في تحديد المعلومات الواجب إخبار المريض بها، وفق معيار الحرص والعناية التي تميز كافة ما يباشره من عمل طبي، شرط ألا تقل هذه المعلومات عن تلك التي يقدمها طبيب آخر في ظروف مماثلة حسب المتعارف عليه، فلا تقوم مسؤولية الطبيب على إخلاله بالالتزام بالتبصير، إلا إذا ثبت عدم تبصير مريضه بأحد المخاطر التي استقر أهل الطب الإخبار بها، وهو ما تؤكد بصورة واضحة في القضاء البريطاني في قضية *Sida Way*²، التي وصلت إلى مجلس اللوردات، باعتباره أعلى هيئة قضائية في بريطانيا، الذي انتهى إلى تأييد حكم محكمة أول درجة، والتي قضت ببراءة الطبيب، استنادا إلى الطابع الخاص لعلاقة الطبيب بالمريض، فإن كان من حق الأخير تلقي المعلومات الضرورية لممارسة حقه في الموافقة على الوجه السليم، إلا أن ضرورة المعلومة خاضع لتقدير الطبيب، وفقا لمعيار الحيطة والحذر والعناية والدراية والتعقل الذي يلتزم به الطبيب تجاه مريضه في كافة مراحل علاجه. وهو ما تؤكد أيضا لاحقا، في قضية *Gold V Horingey Health Authority*³، فيكفي لنفي الخطأ، أن يثبت الطبيب أن هناك رأيا طبيا له وزنه وقدره، يؤيد ما ارتآه لازما لتبصير مريضه، حتى ولو كان يمثل أقلية بين الأطباء في ذات التخصص وفي ذات الوقت الذي حدثت به الواقعة.

على أن يتحدد التزام الطبيب، بالإفشاء بالأخطار المعلومة وفق الأصول والمعارف الطبية المكتسبة، المطابقة لمعطيات العلم الحديثة وقت التدخل الطبي، فيجب أن لا يعتمد الطبيب على مقدرته الفنية أو شهرته العلمية، في إمكانية التغلب على آثار ومخاطر العلاج، كي يعفي نفسه من الالتزام بالتبصير، ما يحتم عليه الاستعلام قبل الإعلام⁴، بالمتابعة المستمرة لكل تطورات العلم الحديث في الطب بصفة عامة وفي تخصصه بصفة خاصة، لتجديد معلوماته وتحيينها، وعدم الاكتفاء بما سبق وأن تحصل عليه أثناء حياته الدراسية⁵.

1 - د/عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي: المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول: المسؤولية الطبية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق لجامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، 2004، ص 149.

2 - د/عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 99 و 129.

3 - د/سالم عبد الرضا طويرش الكعبي، مرجع سابق، ص 30.

4 - سعاد بختاوي، مرجع سابق، ص 145.

5 - انظر نص المادة 15 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية.

وهو ما أقرته محكمة النقض الفرنسية، تطبيقا لنص المادة 1111-2 من قانون الصحة 2002/03/04:

"Les risques doivent être connus, en l'état des données acquises, à la date de l'acte médical".
Cass.civ.1^{ère}.02/10/2002. N°01-03173. Non publié au bulletin. In <http://www.legifrance.gouv.fr>

يعرف الخطر المتوقع، بكل خطر خضع لتقييم إحصائي، ورد ذكره في المراجع الطبية، إلا أن هذا المعيار لا يكفي لتلبية متطلبات الممارسة الطبية واليومية ولا تحقيق مصلحة المريض، إذ لا وجود للخطر غير المتوقع وفق هذا المعيار، فإذا كان خطر الوفاة في الولادة الطبيعية يحدث في حالتين من كل ألف حالة، فإنه لا يعد مع ذلك غير متوقع، طالما أنه كان محلا لتقدير إحصائي وورد النص عليه في المراجع العلمية الطبية المتخصصة، فبإعمال هذا المعيار، وجب على الطبيب إخبار الواشكة على الولادة أنها تواجه خطر الموت بنسبة 02 من الألف، وهذا ما لا يخدم مصلحة المريضة التي سيمتلها الخوف والقلق والتردد، ما يؤثر سلبا على عمل الطبيب. لذلك اقترح الشراح معيار الخطر المعتاد *risque normal* متكرر الحدوث *fréquent*، وعرفوه على أنه الخطر الذي يكون تحققه أمرا معقولا بالتالي وجب الإفضاء به، أما الخطر الشاذ *risque anormal* الاستثنائي *rare* نادر الوقوع *exceptionnel*، وجب السكوت عنه¹.

يبقى تقدير تكرار الخطر من عدمه مسألة واقع، تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، مستندا في ذلك لتقرير الخبير، الذي يستند بدوره إلى معطيات إحصائية لتحديد درجة تكرار الخطر، فاعتمد القضاء على اعتبار الأخطار التي تقع بنسبة من 03 إلى 07 من الألف أخطارا استثنائية نادرة الوقوع، أما التي تتحقق بنسبة من 02 إلى 03 من المئة أخطارا متكررة وجب الإفضاء بها².

لكن تبقى هذه المعطيات الإحصائية مجرد أرقام تقديرية يمكن أن يختلف عليها أهل الخبرة، فندرة حدوث بعض المخاطر لا تجعلها بالضرورة غير متوقعة، فقد يكون الخطر نادرا من حيث الوقوع، إلا أنه رغم ذلك متوقع، فيلتزم الطبيب بكشفه للمريض، فكون الأخطار استثنائية وغير متوقعة لا تسقط بالمرّة عن الطبيب التزامه بالتبصير³، ما أوجب إدخال عامل جسامته الخطر إلى جانب درجة احتمال وقوعه، لتحديد نطاق الالتزام بالتبصير.

الفرع الثاني: تشديد الالتزام بالتبصير في الأعمال غير العلاجية

يتشدد الالتزام بالتبصير في استعمال أساليب التشخيص الحديثة التي تكتنفها مخاطر على سلامة المريض، وكذا الأعمال الطبية غير العلاجية، ما نلاحظه في الجراحة التجميلية، إذا كانت تحسينية وترفيهية، فلا بد من الإفضاء حتى عن الشاذ من الأخطار، التي لا تقع إلا نادرا، وكذا مساوئ التدخل الجراحي وما يحدثه من تشوهات في هذا النوع من الأعمال الطبية، والمضاعفات السلبية غير المرغوبة⁴، ومدة بقائها وصعوبة زوالها، ومدى الحاجة إلى علاج تكميلي. والأمر نفسه نجده في الوقف الاختياري للحمل، فهو إجهاض غير

1 - د/جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 140.

2 - LEGROS (Bérenghère), *Les droits des malades en fin de vie*, Thèse de doctorat en droit privé, Faculté des Sciences juridiques, Politiques et Sociales, Université de Lille, 1997, p 82.

3 - د/قادة شهيدة، مرجع سابق، ص 88.

4 - ALBERT (Nathalie), *Revue Française de Droit Administratif*, n°02, 2003, p 350.

علاجي، تسمح به بعض القوانين المقارنة، في إطار مقيد بشروط وضوابط، منها تشديد الالتزام بالتبصير بكل خطر، كمخاطر التشوه وعدم القدرة على الإنجاب مرة أخرى¹، هذا من جهة.

لنجد من جهة أخرى، التبصير المشدد في مجال الأعمال الطبية التي تخدم مصلحة الغير لا مصلحة الخاضع لها، منها التجارب العلمية غير العلاجية وعمليات نقل وزرع الأعضاء، فإن كانت المواثيق الدولية (تقنين نورمبرج وإعلانا طوكيو وهيلسنكي)، أجازت التجارب العلمية وإن لم تكن علاجية، إلا أنها قيدتها بضوابط وشروط وجب احترامها رعاية للشخص الخاضع للتجربة²، بتشديد الالتزام بالتبصير، وخضوع هذا النوع من التجارب إلى تقدير لجان استشارية، لحماية الخاضعين للأبحاث الطبية، والتي لا تسمح بإجراء هذا النوع من التجارب إن كانت تتطوي على أخطار متوقعة وهامة بالنسبة لصحة الخاضع لها نظرا لتكرارها، والجسيمة منها رغم ندرتها، فالتجارب المسموح بها هي التي تتطوي على درجة محدودة من المخاطر، وهو ما انتهجته معظم القوانين الوضعية المقارنة³.

تتميز عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بطابع مزدوج، فهي علاجية بالنسبة للمتلقي وغير علاجية بالنسبة للمتبرع في الوقت ذاته، فمن حق الأخير أن يبصر على نحو كامل بالإجراءات التي سيواجهها والآلام التي سيشعر بها، والمخاطر الحالية والمستقبلية التي سيتعرض لها، علاوة على فرض نجاح العملية، والمزايا المتوقعة للمستفيد منها، وأن يبصر أن له الحق بسحب موافقته في أي وقت⁴. كما من حق المتلقي، طبقا للقواعد العامة للالتزام، العلم بجميع مخاطر العملية، ومدى إمكانية السيطرة على ظاهرة رفض جسمه للعضو الجديد، بعدم استغنائه طوال حياته للمثبطات، لتقليل المناعة الطبيعية، منعا لطرده الجسم للعضو المزروع، وما تسببه هذه الأدوية من مضاعفات على جميع أجهزة الجسم⁵، فيجب أن يخبره بخصوصياتها وتأثيراتها على صحته وجسده ومفعولها على جسمه، والآثار الجانبية التي تحدثها لديه⁶، وإخباره بالمخاطر التي تحوم حول المتبرع، من جراء استئصال عضو منه، ما يهيئ له وسائل التعبير عن إرادته، من أجل المقارنة بين كل ذلك وذاك واتخاذ القرار عن قناعة، بتعبير حر، مستتير، متبصر، واعي وواضح.

المبحث الثاني: توسيع دائرة الالتزام بالتبصير الشامل

بعد الاكتفاء بالتبصير المشدد فقط في مجال الأعمال غير العلاجية، تتضح ضرورة توسيعه إلى جميع مجالات التدخلات الطبية، بغض النظر عن غرضها علاجيا كان أم لا، نظرا لعجز معيار الخطر المعتاد في

1 - د/أكرم محمود حسين ود/زينة غانم العبيدي، مرجع سابق، ص ص 33-36.

2 - للتفصيل في الإطار القانوني للتجارب العلمية، انظر: ذهبية أيت مولود، ضوابط إجراء البحوث والتجارب العلمية على الجسم البشري، مداخلة مقدمة في إطار ملتقى وطني حول تأثير التطور العلمي والتقني على حقوق الانسان، المنظم يومي 27 و28 نوفمبر 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر.

3 - د/جابر محبوب علي، مرجع سابق، ص ص 237-242.

4 - د/علي نجيدة، مرجع سابق، ص 251.

5 - د/سالم عبد الرضا طويرش الكعبي، مرجع سابق، ص 35.

6 - د/محمد رايس، مرجع سابق، ص 184.

الحصول على رضا متبصر ومستنير، ما استوجب إدخال عامل جسامة الخطر إلى جانب درجة احتمال وقوعه، لتحديد نطاق التزام الطبيب بالتبصير (المطلب الأول)، إلا أن وجوبية التخفيف من الالتزام بالتبصير الشامل أو حتى الإعفاء منه، تفرض نفسها، بالاعتداء على إرادة المريض إذا كان في ذلك حماية لصحته وحياته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: جسامة الخطر معيار لتحديد الالتزام بالتبصير

اعتمد الفقه، وسانده في ذلك الاتجاه الحديث للقضاء، على عدة حجج لتبرير وجوب اعتناق معيار جسامة الخطر لرسم حدود التزام الطبيب بالتبصير (الفرع الأول)، ليشمل جميع الأخطار التي تحوم حول العمل الطبي، سواء كانت متوقعة أم لا، استثنائية نادرة الوقوع أم معتادة متكررة ومحملة الحدوث (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اعتبارات شمولية التبصير للأخطار الاستثنائية

اتجه أغلب الفقه الحديث، إلى تبصير المريض تبصيرا مشددا، يشمل جميع الحوادث والآثار سواء كانت مؤكدة أو محتملة الوقوع، وسواء كان العمل علاجيا أو جراحيا، نظرا لحق المريض في حياته وسلامة بدنه، فرغم تعاقد مع الطبيب أو دخوله للمستشفى، لا يفقد إرادته وحرية في جسمه ليصبح تحت رحمة الأطباء، لاعتبارات الثقة القائمة بين أطراف العلاقة الطبية¹.

عرّفت الأستاذة جاكلين باز الالتزام بالتبصير، بالوسيلة المثلى للحفاظ على الثقة في العلاقة بين الطبيب والمريض، وبالوسيلة الضرورية للتأكد من تعاون المريض بالنسبة للتدابير التي ينوي الطبيب اتخاذها في حالته المرضية، ومن أجل العلاج الذي يقتضي إتباعه²، ما يستلزم التبصير المتبادل، إذ على المريض الإجابة بصدق عن جميع أسئلة الطبيب، قصد التعرف عن تاريخه المرضي، من أجل الوصول إلى التشخيص الصحيح لتطبيق العلاج الملائم³. وعبر الأستاذ Pierre Sargos، عن الالتزام بالتبصير باعتباره حصيلة طبية حقيقية⁴، تمنح للمريض حق عدم حجب بعض المعلومات عليه مهما كان تأثيرها عليه، منتقدا فكرة درجة احتمال تحقق الخطر كمعيار لتحديد الالتزام بالتبصير، لسببين أولهما عدم دقة المعطيات الإحصائية، فكل عمل طبي ينطوي على مخاطر تقلت من المتابعة والتقييم. ثانيهما، أن المعيار الكمي المستمد من درجة احتمال تحقق الخطر، لا يسمح بالأخذ في الاعتبار الظروف الخاصة بكل مريض، فردود الفعل إزاء الخطر الجسيم ولو كان نادرا، يختلف بصورة كبيرة من مريض لآخر، حسب طبيعة مرضه وخطورته، وظروفه الاجتماعية⁵.

1 - د/أكرم محمود حسين ود/زينه غانم العبيدي، مرجع سابق، ص 19.

2 - مراد بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 245 و246.

3 - DUPONT (Marc), ESPER (Claudine) et PAIRE (Christian), *Droit hospitalier*, Dalloz, Paris, 4^{ème} édition, 2003, p 451.

4 - ALBERT (Nathalie), *op.cit*, p. 355.

5 - ALBERT (Nathalie), *Op.cit*, p 356.

كما انتقد العميد René Savatier، الاتجاه الأول، على أساس عدم جواز الكذب ولو كان متقائلا بحجة انعدام الأمل عند المريض، واستسلامه لمرضه، وذلك من أجل رفع درجة المقاومة عنده، وحث عوامل البقاء وشحن همته لقهر المرض، وإنعاش ردة فعله الطبيعي للدفاع ضد الخطر، وبذل الجهد من أجل نجاته¹، فليس من المقبول المبالغة في تصوير آثار التبصير السلبية على نفسية المريض، فقبل أن نتوقع فقدانه للأمل بسبب معرفته بسوء حالته، علينا توقع إنعاش ردة فعله الطبيعية لمواجهة الخطر²، كما لا يجوز الاعتذار بعدم قدرته على اتخاذ القرار السليم، إذ هي حالات استثنائية شاذة لا يجوز القياس عليها، وإن كان كذلك، فيمكن الرجوع إلى أقاربه.

استحسن الفقه الحديث التبصير الشامل، بحكم توفيره حماية أكبر للمريض، وتدعيمه للثقة التي تربط أطراف العلاقة الطبية، فلا يكفي الاعتذار بعدم قدرة المريض على تقدير المسائل الفنية البحتة، لحرمانه من حق معرفتها، فعلى الطبيب توضيحها بأسلوب بسيط بعيد عن المصطلحات العلمية التي لا يفهمها إلا أهل الاختصاص، واستعمال اللغة الدارجة يسهل على المريض استيعابها³، بل ضعف المريض وجهله يلزم الطبيب بالتوضيح له وتنويره بقدر أوسع عما لو كان المريض مثقفا، ليتسع الفرق لو كانت ثقافته وتخصصه من ذات ثقافة وتخصص الطبيب⁴.

يرتبط التبصير بمخاطر العلاج، من الناحية الأخلاقية، بحق المريض بالذاتية وفي سلامة جسمه وبحقه في تقرير مصيره، فلا يمكن أن يعرض إلى خطر معين بدون موافقته المسبقة والمستتيرة عليه، لأنه على ضوء المعلومات الخاصة بالمخاطر، من حيث طبيعتها ومدى جدتها ونسبة تحققها، يقرر المريض الموافقة على العلاج المقترح، أو البقاء بدون علاج في حالة انعدام البدائل العلاجية⁵، على أن يبقى التزام الطبيب بتحذير المريض لا إقناعه بخطورة التدخل الطبي، ليبقى المريض مسؤولا عن اختياره بعد تبصيره⁶. فقد توصل الفقه إلى أن الالتزام بالتبصير ذو طبيعة مزدوجة، فهو التزام بتحقيق نتيجة، لأن هدفه تقديم المعلومة وليس القيام بكل

1 - د/علي نجيدة، مرجع سابق، ص 244.

2 - أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 115.

3 - إلا أن تبسيط وتحويل المعلومات من لغتها العلمية إلى لغة دارجة لا يأتي على حساب صدقها، فذلك مقيد بقيدتين:

* إن كانت اللغة المستعملة غير دقيقة من الوجهة الفنية، إلا أن شأنها تقديم فكرة صحيحة تماما عن التدخل الطبي.

* أن لا تكون المعلومات البسيطة المقدمة قاصرة، تخفي بعض الحقائق الهامة للعلاج المقترح. د/أكرم محمود حسين ود/زينة غانم العبيدي، مرجع سابق، ص 17.

4 - د/سالم عبد الرضا طويرش الكعبي، مرجع سابق، ص 32.

5 - د/عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 122.

6 - ALBERT (Nathalie), Op.cit, p 355.

"Toutefois, un médecin n'est pas tenu de réussir à convaincre son patient du danger de l'acte médical qu'il demande,..., une fois bien informé, le patient est responsable de son choix". Cass.civ.1^{er}. 18/01/2000. Bulletin 2000, I, n° 13, p 08. In : <http://www.legifrance.gouv.fr>

ما في مقدور الطبيب حتى يوصل المعلومة إلى المريض، أما فعاليته وتفهيمه من قبل المريض والاعتناع به، فهو التزام ببذل عناية¹.

الفرع الثاني: مضمون التبصير الشامل وفق معيار جسامة الخطر

أكدت محكمة النقض الفرنسية، بموجب قرارها الصادر بتاريخ 1998/10/07²، مساندة في ذلك الاتجاه الفقهي الحديث، وجوب التزام الطبيب بتبصير شامل لكل المخاطر، التي بسبب جسامتها، ستؤثر على قرار المريض بقبول أو رفض التدخل الطبي، بصرف النظر عن درجة احتمال تحققها وندرة حدوثها، وهو ما أكده أيضا القضاء الإداري، بموجب قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 2004/05/19³. ولا يعفى الطبيب من هذا الالتزام، بحجة أن حالة المريض كانت تستوجب العلاج المتبع، وانتفاء إمكانية اللجوء إلى بدائل علاجية أخرى، وهو ما أكدته أيضا محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 2000/07/18⁴.

1 - سعاد بختاوي، مرجع سابق، ص 145.

2 - "Hormis les cas d'urgences, d'impossibilités ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donné une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés [...], il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'*exceptionnellement*". Cass.civ.1^{er}. 07/10/1998. Bulletin 1998, I, N° 291, p 202. In : <http://www.legifrance.gouv.fr>

في قضية تعرضت فيها المريضة لفقدان البصر بعينها اليسرى، أثناء خضوعها لعلاج خاص بكسر أحد فقراتها (2^{ème} vertèbre lombaire)، بغرض تثبيت جهاز طبي في مرحلة أولى (une greffe vertébrale)، على أن تتبع لاحقا بعملية زرع فقارية، فاستندت المريضة في دعواها على عدم تبصيرها قبل مباشرة العلاج، بخطر تخثر الدم (risque de thrombose) ذي الطبيعة الاستثنائية.

3 - "Que lorsque l'acte médical envisagé, même accompli conformément aux règles de l'art, comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé, que si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'*exceptionnellement* ne dispensent pas les médecins de leur obligation". Conseil d'état. 19/05/2004. Publié au recueil Lebon. N° 216039. In : <http://www.legifrance.gouv.fr>

4 - "Le médecin n'est pas dispensé de cette information du risque par le fait que l'intervention serait médicalement nécessaire. L'absence de possibilité de choix du patient ne délie pas le médecin de son obligation d'information". Cass.civ.1^{ère}. 18/07/2000. Bulletin 2000. I. N° 227. p 149. In : <http://www.legifrance.gouv.fr>

تبقى درجة احتمال تحقق الخطر، معيار لتقدير التعويض عن الضرر الناتج عن تفويت فرصة رفض العمل الطبي، فللقاضي إنقاص أو إسقاط الحق في التعويض، إذا قدر أن خطورة المرض وانعدام طريقة علاج أو فحص بديلة، وعدم شيوع الخطر الذي لم يبصر به، ما كان للمريض رفض العمل الطبي حتى ولو بصر بهذا الخطر، عندئذ لا يمكن الإدعاء بأن ثمة فرصة تم تفويتها. د/جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 147.

يتضح مما تقدم، أن التزام الطبيب بالتبصير الكامل يفرض عليه تبصيرا شاملا لكل الأخطار، من حيث طبيعتها ومدى جدتها وأبعادها، مهما كانت نسبة تحققها، وذلك في جميع مراحل التدخل الطبي، فلا بد من إخباره عن كل الحوادث التي وقعت فعلا أثناء تنفيذ العمل الطبي سواء كلل بالنجاح أو باء بالفشل، وكذا تبصيره بكل التعقيدات والمضاعفات التي يحتمل أن تترتب عنه مستقبلا، وكل ما يمكن أن يسببه من إزعاج وآلام وتشوهات وعاهات، فضلا عما يحتاجه من فترة نقاهة وما ينتج عنه من تعطل عن العمل لإعادة تأهيله، حتى يكون المريض على بينة من أمره، لإتباع السلوك الواجب لضمان تحقق النتائج المرجوة¹. فقضت محكمة النقض الفرنسية (قرار 1983/05/09)، بوجوب تبصير المريض بجميع الأخطار الباقية (risques résiduels) بعد العمل الطبي ولو كانت نادرة، كخطر حصول الحمل المتبقي بعد إجراء عملية ربط المبايض، لاتخاذ الاحتياطات اللازمة لضمان الحصول على النتائج المرجوة من العلاج، كما قضت بوجوب تبصير المريض باحتمال حدوث تعقيدات في التطور الطبيعي للمرض ذاته (قرار 1987/01/20)، حتى ولو كانت درجة احتمال تحققها ضئيلة، لاتخاذ إجراءات اللازمة لتقادي ذلك².

هذا لا يعني المبالغة والإفراط في التبصير وإغراق المريض بالمعلومات، وإلا تجرد من قيمته، فيرى René Savatier، كثرة التبصير عرقلة للفعالية المرجوة من الطبيب بإغراقه بالشكليات والتفاصيل الدقيقة³، فلا داعي للاسترسال في شرح المخاطر التي من الممكن أن لا تتحقق أصلا، فقد تظهر في شخص دون آخر، لأن ردود أفعال الأجسام بالنسبة لدواء أو لمادة معينة، تختلف من شخص لآخر، والكثير من المخاطر لا تعرف إلا لاحقا، فلا بد من ذكر فقط المخاطر الرئيسية التي تؤدي إلى الوفاة أو العجز أو التشوهات الخطيرة الخاصة بالتدخل الطبي ذاته، والتذكير العام بمخاطر التخدير، دون الدخول في التفاصيل الفنية الدقيقة، إلا إذا كانت تثير لدى المريض نتائج ضارة خاصة به، نظرا لحالته الجسيمة⁴، أو تضمنتها أسئلة المريض فيصبح الطبيب ملزما بالإفشاء بالمعلومات حتى الفرعية والثانوية منها، طالما تضمنها السؤال⁵، لأن الهدف من التبصير، هو الحصول على رضا متبصر ومستنير، لا تقديم محاضرة في الطب لتكوين ثقافة طبية، تخلق الرعب والقلق لدى المريض.

بصدور قانون الصحة الفرنسي 2002/03/04، نظم المشرع الالتزام بالتبصير بنصوص صريحة، تبعث الشك حول تناقض مصطلحاتها مع ما استقر عليه القضاء، فبالرجوع إلى نص المادة 1111-2 منه، نجد إشارة إلى المخاطر المتكررة الوقوع (Risques fréquents)، والجسيمة التي يمكن توقعها عادة (Risques graves) (normalement prévisibles)، بينما القضاء استعمل مصطلح المخاطر المحتملة والاستثنائية (Risques

1 - د/أكرم محمود حسين ود/زينة غانم العبيدي، مرجع سابق، ص 20.

2 - د/جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 146.

3 - Trop d'information tue l'information. In : ALBERT (Nathalie), Op.cit, p 356.

4 - د/سالم عبد الرضا طويرش الكعبي، مرجع سابق، ص 32.

5 - د/أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 132.

(exceptionnels)، نادرة الحدوث رغم توقعها، ما يبعث الشك حول تناقض واختلاف التشريع عما استقر عليه القضاء. لكنها في الحقيقة عكس ذلك، فهي مصطلحات منسجمة ومتكاملة فيما بينها، تحدد بدقة حدود الالتزام بالتبصير، فيلتزم الطبيب بتبصير المريض عن جميع المخاطر المتوقعة المعتادة، المتكررة الوقوع، بغض النظر عن النتائج التي ترتبها، بسيطة كانت أم جسيمة، ليغفى من الإفضاء بالأخطار الاستثنائية المحتملة الوقوع إذا كانت بسيطة، أي بمفهوم المخالفة يلتزم بالإفضاء حتى بالأخطار الاستثنائية، النادرة الوقوع، متى كانت جسيمة، وإذا كانت بسيطة، فإن ذلك لا يحول دون إلزام الطبيب بالإفصاح عنها متى كانت متكررة الحدوث.

على أن يبقى تقدير خطر إن كان متوقعا أم لا خاضعا للحالة الخاصة لكل مريض بشكل منفرد، وذلك بموجب قرار محكمة النقض الفرنسية، الصادر بتاريخ (2004/06/15)، التي اعتبرت خطرا غير متوقع، إصابة مريض بحساسية من مضاد حيوي في عملية جراحية على مستوى الركبة، استنادا إلى أنه حتى وإن كانت الحساسية من المضادات الحيوية أخطار متوقعة في المجال الطبي، إلا أنها لم يكن للجراح التنبؤ بها في حالة المريض المدعي، لقيامه بجميع التحاليل الطبية قبل إجراء الجراحة وممارسة التخدير، والتي كانت نتيجتها سلبية لا تشير إلا أي حساسية سابقة، فلم تقم مسؤولية الطبيب لعدم تبصير المريض بخطر الحساسية، لأن حالته كانت تنفي ذلك¹.

بينما نجد استعمال المشرع الجزائري لعبارة خطر جدي (Risque sérieux)، في المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب، دون تحديد معيار الجدية، فعمومية هذا المصطلح، تسمح بإدراج جميع الأخطار سواء كانت متوقعة أم لا، متكررة أم استثنائية في نطاق التزام الطبيب بتبصير المريض. ليقترح في نص المادة 22، من مشروع قانون الصحة الجديد، شمولية التبصير لكل الأخطار التي يتعرض المريض لها أثناء التدخل الطبي، مقتديا بالمشرع الفرنسي، ومعتنقا للاتجاه الحديث للقضاء وأغلب الفقه، بموجب المادة 357 منه، والتي تنص على: " ... يلتزم الطبيب باحترام إرادة المريض، بعد إعلامه... والأخطار الاعتيادية (risques fréquents) أو الخطيرة (graves) التي يمكن عادة توقعها (normalement prévisible) ...".

قدم الأستاذ Pierre Sargos، تعريفا للخطر الجسيم، باعتباره كل خطر يؤدي بطبيعته إلى نتائج قاتلة، أو إحداث عجز أو تشوهات جمالية خطيرة، بالنظر إلى انعكاساته النفسية والاجتماعية²، وقد حدد المشرع الفرنسي معايير لتحديد الخطر الجسيم، بموجب المادتين 1142-2/1 و 1142-1-1 من قانون الصحة الفرنسي، كشرط لتعويض ضحايا الحوادث الطبية، فتقاس جسامه الخطر بعجز حركي، يؤثر على الحياة اليومية

1-CHAIB (Souraya), La preuve de l'obligation d'information médicale en droit algérien et français, p 10.

مداخلة مقدمة في إطار الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، يومي 23 و 24 جانفي 2008.

2 - Ibid, p. 09.

والعملية، وتوقف عن العمل مؤقتا، والتي بين المرسوم رقم 76-2011¹، معايير لحساب نسبة العجز لاستحقاق التعويض عن الحوادث الطبية، فحددها بعجز حركي مقدر بـ 50%، أو توقف مؤقت عن العمل يقدر على الأقل بستة أشهر ممتدة خلال فترة 12 شهر، أو عجز كلي عن مواصلة العمل المهني الذي كان يمارسه المريض قبل تحقق الضرر.

هذا ما جعل المعيار المعتمد في القضاء الفرنسي، وفق الاتجاه الحديث، أقرب إلى معيار المريض المحتاط منه إلى المعيار المهني، الذي استقر عليه القضاء الأمريكي، بموجب قضية Canterbury سنة 1972²، ليلتزم الطبيب بالإفشاء بكل ما يقدره مريض محتاط في الظروف ذاتها. بينما نجد المادة 267 مكرر 3 من قانون الصحة الجزائري، تمنح للقاضي استشارة المجلس الوطني أو المجالس الجهوية للأدب الطبية، لتحديد الأخطاء التي تقيم مسؤولية الطبيب، من بينها تحديد نطاق التبصير، معتمدا المعيار المهني بدلا من معيار المريض المحتاط.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على التبصير الشامل

يكشف التطبيق العملي للالتزام باحترام إرادة المريض، عن وجوب تخفيفه في بعض الحالات، بالتعدي على حق المريض في التبصير الكامل، عن طريق حجب بعض المعلومات عنه (الفرع الأول)، أو وجوب إعفاء الطبيب كلية من الالتزام بالحصول على رضا المريض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التحديد العلاجي للالتزام بالتبصير

يرى البروفيسور J.Hamburger³، أن القضاء والتشريع والفقهاء قد بالغوا في توسيع دائرة التبصير، لأن من شأن ذلك إدخال القلق و اليأس في نفس مريض مهدد جسديا، فيصاب بصدمة نفسية أو ارتفاع ضغط الدم أو السكر، أو قرحة في المعدة أو ذبحة صدرية ...، ما يفوت الهدف المبتغى.

لكن الحقيقة أنه، قد بالغ في نظره للالتزام بالتبصير، لأنه حتى وإن ألزم الطبيب بإفشاء كامل وشامل، إلا أنه ملزم بإتباع طريقة في تنفيذه، بصورة لا تلحق أي أذى بالمريض أو إفزاعه أو إقلاقه، خاصة إذا واجه مريضا شديدا التأثر بحقيقة مرضه وبالمخاطر التي سيواجهها، وكان ذا مستوى محدود على قدرة الفهم والاستيعاب، سعيًا من الطبيب لتحقيق مصلحة المريض برؤية عقلانية وبأكبر قدر من الموضوعية، ما يُسمح له بحجب بعض المعلومات، لاعتبار الثقة المتبادلة بين أطراف العلاقة الطبية⁴.

1 - Décret 2011-76, du 19/01/2011, Relatif au caractère de gravité des accidents médicaux, des affections iatrogènes et infections nosocomiales prévu à l'article 1142-1 du code de la santé publique, J.O.R.F du 21/01/2011.

2 - د/عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 127.

3 - د/جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 158.

4- SAVATIER (René) et AUBY (Jean-Marie) et SAVATIER (Jean) et PEQUIGNOT (Henri), *Traité de droit médical*, Librairie technique, Paris, 1956, p245.

ترى الباحثة الفرنسية Sophie Souet، أن التشخيص الجيد لا يكفي لوحده لإعداد طبيب جيد، فلا بد أن تتوفر لدى الطالب، ممارسة مهنة الطب، مؤهلات نفسية لمواجهة العديد من الحالات اليومية.

أما إذا كانت النتيجة التي توصل إليها الطبيب، أن المريض ميؤوس من شفائه، جاز له كتمان ذلك عنه، إعمالا بالتزامه بعدم إفشاء السر المهني، ولو في مواجهة المريض صاحب الملف وسيده¹، أو إخباره بصورة تدريجية، لمنحه فرصة قضاء مسأله الدينية والدينية. لكن إذا كان المرض يهدد الغير بخطر العدوى، وجب على الطبيب الإفشاء به، حتى يمتنع المريض عن أي نشاط يمكن أن يؤدي إلى انتقالها فعلا، حماية للغير²، شرط أن لا يدلي بحقيقة النتيجة المتوصل إليها، إلا بعد تأهيل المريض نفسيا لتحملها والتعامل معها، بالكشف عنها بلطف وتدرجيا، مع اختيار أنسب الأوقات للإفشاء بها³، خاصة إذا كان الأمر يخص أحد الأمراض التي ينفر منها الناس، كالسل والسرطان ومرض نقص المناعة المكتسبة ...، دون قطع كل أمل، فالحياة والموت أولا وأخيرا بيد الله عز وجل، لا يملكه غيره ولا يعلمه إلا هو، تقاديا لقتل المريض مرتين نفسيا واجتماعيا، وتعجيل الموت الحقيقية عن طريق دفع المريض المحبط إلى الانتحار، خاصة وأن الطب علم غير منضبط وحقائقه غير ثابتة، فله دائما هامش مجهول يمنع الطبيب من الجزم بتشخيص معين أو نهاية محددة لمرض أو تطوراته المحتملة.

كما يجوز للطبيب إخفاء حقيقة التشخيص الخطير الذي توصل إليه، إذا رأى إمكانية تجربة علاج جديد على المريض، لعدم إفزاعه وإقلاقه، لتجنب ردود أفعال لاإرادية، حرصا على نجاح التجربة، حفاظا على الفرصة الأخيرة للعلاج⁴.

ففي كل هذه الحالات الحرجة، ترسم حدود الالتزام بالتبصير، استنادا إلى السلطة التقديرية للطبيب، محتكما في ذلك لضميره المهني وعقيدته، بجواز ما يسمى بالكذب المتقائل⁵، إذا كان الإفشاء بكل المعلومات يأتي بمردود عكسي على نفسية المريض أو بتأثير سلبي على مجريات العلاج وفرصة الشفاء، استنادا إلى مبدأي الثقة وحسن النية المفترضين في الطبيب، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية. فالطبيب تزين الحقيقة للتخفيف من قساوتها ومرارتها، بتقديم معلومات تقريبية، عامة وغامضة، تبدو غير كافية إذا قيس بمعيار الحقائق العلمية، ولا تتناسب مع الصعوبات المرتبطة بالعلاج المباشر، مع الالتزام بإخطار عائلة المريض بالحقيقة، إلا إذا منع المريض مسبقا كشف حالته الصحية أو حدد شخصا بالذات لذلك.

1 - LEGROS (Bérengère), *op.cit*, p 55.

2 - DUPONT (Marc), ESPER (Claudine) et PAIRE (Christian), *op.cit*, p 452.

3 - LEGROS (Bérengère), *op.cit*, pp 41-47 et p 68 et 70.

4 - د/جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 242.

5 - يباح الكذب إذا كان الهدف من ورائه تحقيق مصلحة المريض لا مصلحة الطبيب، ليوصف بالمقائل تمييزا له عن الكذب المتشائم غير المشروع، إذا ما من شأنه إخفاء نتائج مشجعة بقصد دفع المريض إلى قبول علاج ما كان ليقبله لو بصر بالحقيقة بصورة كافية، هذا إعمالا بالمعيار الذي قدمه الفقيه Carbonnier، ليضيف العميد Savatier، أن الكذب غير المبرر لا يتمثل في تحفظ بسيط، يهدف إلى عدم إرباك المريض بلا فائدة، بل في تأكيد مادي خاطئ، لتقوم مسؤولية الطبيب سواء كان الكذب مقائلا أو متشائما. نقلا عن: د/سالم عبد الرضا طويرش الكعبي، مرجع سابق، ص 31.

لم ينص قانون 2002/03/04، عن الامتيازات العلاجية التي تسمح للطبيب بعدم إخبار المريض بخطورة حالته الصحية، إذا كان له أثر سلبي على نفسيته، ما دفع بالأستاذ¹ Durrieu Diebolt، إلى القول بوجود الالتزام بحرفية النصوص الجديدة، ما يمنع الطبيب من التحجج بحالة المريض لتبرير حجه لبعض المعلومات، إلا أن الأستاذ Pierre Sargos، يرى أن التوجه الجديد للقضاء والفقه وتكريسه من قبل التشريع، يجعل التبصير شاملا حتى للأخطار الجسيمة ولو كانت نادرة الوقوع، ليس من شأنه أن يلغي ما أسماه بالتحديد العلاجي للتبصير²، بإخفاء الأضرار الجسيمة لضرورة علاجية، إذا كان العلاج حيويًا لإنقاذ المريض، فما من أحد يمكنه نكر الجانب الإنساني لواجب الطبيب، إلى جانب واجبه الفني، تجاه المريض بالمعونة والمساعدة وتخفيف الآلام.

الفرع الثاني: إعفاء الطبيب من الالتزام بالتبصير

من حق المريض التنازل عن حقه في معرفة وضعه الصحي وما يلزمه من علاج، استنادًا إلى الثقة الموضوعية في الطبيب، وتسليما منه بالهيمنة الطبية على المرضى، ليمارس الطبيب عمله بالفعالية المطلوبة، باعتبار قبول المريض الخضوع للعلاج، يتضمن رضا شاملا لكل ما يستوجب لتنفيذ كل أشكال الفحص والعلاج المختلفة.

إلا أن هذا لا يكون على وجه الإطلاق، إذ على الطبيب عدم احترام إرادة المريض المعلنة، إذا كانت تتعارض مع مصالح أكثر أهمية، كأن يستدعي الأمر بتر عضو، أو تتعارض مع مصالح الغير، كأن أن يكون المرض خطيرا ومعديا، فلا بد من تبصير المريض لاتخاذ الاحتياطات اللازمة لمكافحة المرض وإيقاف سريانه، ليصبح الالتزام بالتبصير في هذه الحالة، من النظام العام، لا يمكن الاتفاق على الإعفاء منه، مادام يحقق مصلحة المريض والمجتمع معا³.

يستند الالتزام بالتبصير إلى ضرورة احترام إرادة المريض، فله كل الحرية في قبول العمل الطبي أو رفضه، بشرط تقديم تصريح كتابي بذلك⁴، بعد التزام الطبيب بتبنيه بخطورة رفض العلاج، وما له من آثار سلبية تترتب على التطور الطبيعي للمرض، على أن لا يرضخ لإرادة المريض بسهولة، وأن لا ينسحب إلا بعد تقديمه علاجا مؤقتا. إلا أن لضرورة المحافظة على صحة المريض وربما حياته، الأولوية على احترام حريته وإرادته، إذ يتحتم على الطبيب التدخل دون الاكتراث برضا المريض، للقيام بما تفرضه الظروف من علاج ووقاية، إذا كان رفضه للعلاج دون الاستناد إلى أي مبرر مقبول، أو كانت هناك ضرورة تفرض التدخل على

1 - DURRIEU DIEBOLT (Carine), Droits du patient, in : <http://www.sos-net.eu.org/medical/index.htm>

2 - د/جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 162.

3 - SAVATIER (René) et AUBY (Jean-Marie) et SAVATIER (Jean) et PEQUIGNOT (Henri), op.cit, p 245.

4 - المادة 49، من مدونة أخلاقيات الطب.

وجه الاستعجال، ما لا يبرر تجاوز الطبيب لرضا المريض، بحجة حالة الضرورة، إذا كنا أمام أعمال غير علاجية، لانقضاء علة تهدد حياة المريض أو تؤثر على السير الطبيعي لوظائف جسمه¹. ينبغي أن يكون ماثلاً للذهن، أن حرية المريض في قبول أو رفض التدخل الطبي ليست مطلقة، إذ للطبيب التدخل إذا تبين له أن المريض يفضل الموت عن الحياة، لفقدانه حرية الاختيار تحت تسلط الباعث الذي يدعوه إلى الانتحار²، أو نتيجة تقلبات نفسية سببها المرض نفسه، أو إقتناعاً بمعتقدات دينية، ترفض بعض طرق العلاج، كالإجهاض العلاجي أو وسائل منع الحمل، فالأصل وجوب الخضوع لإرادة المريض، الذي يفضل سلامته الروحية والعقائدية عن سلامته البدنية، إلا إذا تحقق خطر داهم يستوجب تدخل الطبيب، وإلا قامت مسؤوليته عن جريمة الامتناع³.

يستوجب الاستعجال الطبي، باعتباره الصورة الثانية لحالة الضرورة، إعفاء الطبيب من الالتزام بالتبصير *المسبق*، استناداً إلى نص المادة 2/154 من قانون حماية الصحة وترقيتها، والمادة 2/52 من مدونة أخلاقيات الطب، إذا وجد أمام مريض غائب عن الوعي، غير قادر على فهم وإدراك واستيعاب ما يقدم له من معلومات⁴، مع استحالة الاتصال بأحد أقاربه، وكان الطبيب أمام ظروف استعجالية ملحة لا تحتمل التأخير، إذا كان عدم التدخل، يعرض المريض لخطر الموت، أو يعرض صحته لضرر يتعذر علاجه فيما بعد.

كما يتصور حالة ضرورة من جهة أخرى، في إطار الاستعجال الطبي، في حصول الطبيب فعلاً على رضا المريض بعد تبصيره قبل مباشرة التدخل الطبي، إلا أنه أثناء تنفيذه، كشفت الظروف عن أمور جديدة لم تكن متوقعة، كأن يكتشف الطبيب، أن العلة الحقيقية التي يعاني منها المريض تختلف طبيعتها عن تلك التي قام بتشخيصها، أو أنها تستوجب علاجاً أوسع نطاقاً وأخطر من الذي قبله المريض⁵، وهو ما يستدعي في كلا الحالتين، ضرورة تغيير المسار المتفق عليه، إذا كان وقف العمل مؤقتاً لاستثناؤه بعد إخبار المريض بذلك، ينشئ تعقيدات شديدة الخطورة، تعرض حياته أو صحته لخطر داهم⁶، ما يوجب على الطبيب التدخل بسرعة، محتكماً إلى ما يمليه ضميره المهني، والالتزام بقواعد أخلاقيات مهنة الطب، بعدم الاستهانة بمخاطر المرض واحتمال انتشاره، وتعقيداته المكتشف عنها أثناء التدخل الطبي، على أن ذلك لا يعني إعفاء الطبيب من

1 - د/عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 249.

2 - د/خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص 383.

3 - للتفصيل في هذه الحالات، انظر: د/ جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 207-220.

4 - تُنزل حالة فقد الوعي، سواء المستمر أو المنقطع، المريض منزلة فاقد الأهلية، لتمنح للطبيب واقعيًا، نوعاً من الوصاية الفعلية، التي يمارسها لإنقاذ حياة المريض أو سلامته البدنية.

LEGROS (Bérengrère), op.cit, p 99.

5 - شرط أن يكون الخطر الذي يقيم الاستعجال، أجنبياً عن الطبيب، لا دخل لإرادته فيه، لتقوم مسؤوليته إذا أخطأ في التشخيص، ما أحر تطبيق العلاج الملائم، الذي خلق الخطر الحاد بصحة أو حياة المريض.

6 - DUPONT (Marc), ESPER (Claudine) et PAIRE (Christian), op.cit, p 455.

التبصير كلية، بل يلتزم بعد تنفيذ العمل الطبي المستعجل، الإفضاء بما كانت عليه الحالة وما الدافع للتدخل المفاجئ، وما استدعته من علاج، وما ستؤول إليه مستقبلاً¹.

تجد حالة الاستعجال مبررها، في النصوص القانونية التي تجرم الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر، إلى جانب مبدأ افتراض رضا المريض²، ووجود ظن راجح بقيام الحاجة للتدخل الطبي، على أن يخضع ذلك لرقابة القاضي، إذا ما أثير شك حول قيام الاستعجال، بالتحقق من وجود تناسب بين الخطر المراد استبعاده وبين الضرر الذي يمكن أن يصيب المريض بسبب التدخل الطبي الذي يفرض عليه، مستندا في ذلك لتقارير فنية للخبراء³. ففي قضية تتعلق بسيدة خضعت لعملية قيصرية، أصيبت خلالها بتمزق الرحم، ما دعى الجراح لخيطة جزء منه وإجراء عملية ربط قنوات فالوب، لمنع أي احتمال لحمل مستقبلي لخطورته، وهو ما رفضته المريضة عندما أحيطت علما به، عقب انتهاء العملية. إلا أن محكمة النقض الفرنسية، أدانت الجراح لعدم حصوله على رضا مسبق قبل ربط القنوات، بموجب قرارها الصادر بتاريخ 1988/10/11، لانتفاء حالة الاستعجال، كون إرادة الجراح قد اتجهت إلى تقادي خطر مستقبلي في حالة حدوث حمل جديد، دون توفر أية ضرورة علاجية تبرر ذلك، كون الأمر يتضمن اختيار شخصي بحت من جانب المريضة⁴.

تبقى للقاضي سلطة تحديد مدى أهمية أي تدخل طبي لمواجهة واقعة جديدة، رغم انتفاء عنصر الاستعجال، فلا يفقد العمل الطبي مشروعيته ولو تجاوز الطبيب حدود الرضا ما دام في صالح المريض، فقد يكون تأخير العلاج في غير مصلحة المريض، بحكم أن مجرد الخضوع مرة ثانية للتخدير، قد يعرضه إلى مخاطر ومضاعفات قد تهدد مستقبله الصحي. كما يصعب من الناحية الفنية، مباشرة إجراء طبي في المكان نفسه بعد فترة زمنية قصيرة، فقد لا يكون الجرح قد التأم، وقد يحدث أن تطول آثار الالتهاب الناجمة عن الجراحة الأولى، بالتالي قد تقل هذه المخاطر، إذا نفذ الجراح التدخل الطبي الضروري لمواجهة الواقعة الجديدة أثناء التدخل الأول⁵.

خاتمة

إن للتبصير دور فعال وأهمية كبيرة في عدة مجالات، لكن أهميته تتعاضد وتتسامى فيما يتصل بجسم الإنسان، لما له من حرمة مصونة وحماية ثابتة ومقررة بموجب النصوص الدستورية والتشريعات العقابية في جميع دول العالم، فرضا المريض لازمة حتمية ينبغي مراعاتها والتحقق منها، لما يحق له قبول أو رفض أي

1 - د/أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 131.

2 - يمكن الأخذ بمعيار الرضا المفترض، لتبرير انحراف الطبيب عن المسار المتفق عليه، رغم غياب حالة الاستعجال، شرط أن يهدف كلا التدخلان إلى تحقيق ذات النتيجة، وأن تكون الطريقة الجديدة أقل خطورة من المتفق عليها مبدئياً، إلا أن هذا يفتح المجال لتعسف الأطباء في استعمال فرضية الرضا المفترض، بحجة حسن نيتهم في تحقيق الشفاء. للتفصيل في ذلك انظر: د/ جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 200.

3 - د/عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 249.

4 - د/ جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 196.

5 - د/عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 258.

تدخل طبي، حسبما يراه محققا لمصلحته وموافقا لرغباته، وهذا لا يتأتى إلا بإلزام الطبيب بتبصير مريضه بحالته الصحية وطبيعة مرضه ودرجة خطورته، وما يقترحه له من طرق ووسائل لعلاج. فيعتبر التبصير، الوسيلة المثلى للكشف عن الحقائق الطبية الخفية والمتلبسة، ليقرر المريض تفحصها وتمحيصها لتكوين قناعته الشخصية، ما يخلق تكافؤ بين مركزين مختلفين، باعتبار الطبيب صاحب المركز المتميز، والمريض في مركز العاجز عن الوصول لوحده للتفاصيل التي يلتزم الطبيب بتقديمها.

تساهم عدة عوامل في تحديد نوع وكَم المعلومات التي يفصح عنها الطبيب أو يسكت عنها، وفقا لمتطلبات كل حالة على حدة، فمنها ما يتعلق بقواعد ممارسة المهنة الطبية، بسبب اختلاف طبيعة المرض من جهة وطبيعة العلاج المقترح من جهة أخرى، ومنها ما يتعلق بعوامل شخصية خاصة بالمريض، فلا يمكن تحديد كم المعلومات تقديرا حاسما ومطلقا في مختلف التدخلات الطبية، إلا أن هذا لا يمنع من الاحتكام بالقواعد العامة، لمراقبة سلوك الطبيب في تنفيذه للالتزام بالتبصير، إعمالا بمعيار الطبيب المعتاد من نفس الدرجة العلمية والكفاءة التخصصية، والذي أحيط بنفس الظروف، وفق الأصول والمعارف الطبية المكتسبة، المطابقة لمعطيات العلم الحديثة وقت تنفيذ التدخل الطبي، وذلك بعد ثبوت عجز معيار الخطر المعتاد في تحديد نطاق الالتزام، ما استوجب إعمال معيار جسامة الخطر إلى جانب درجة احتمال وقوعه، بيد وجوب عدم الإفراط في الإفصاح عن المخاطر التي من الممكن عدم تحققها أصلا، على أن يبقى احتمال التخفيف و الإغفاء من الالتزام ممكنا حماية لصحة وحياة المريض.

توصلنا إلى مجموعة من التوصيات نرجو أن تؤخذ بعين الاعتبار، والمتمثلة في:

- اقتراح صياغة نص المادة 357 من مشروع قانون الصحة على النحو التالي، بقصد إزالة كل إبهام حول نطاق التزام الطبيب بتبصير مريضه، اقتداءا لما توصل إليه الفقه والقضاء الفرنسيين بعد صراع طويل: "يلتزم الطبيب باحترام إرادة المريض، بعد إعلامه ب..... والأخطار الاعتيادية المتوقعة بغض النظر عن النتائج التي ترتبت عنها، بسيطة كانت أم جسيمة، والاستثنائية نادرة الوقوع، متى بلغت درجة جسامة معينة.....".

- اقتراح تعديل نص المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب، بتكريس ما يسمى بالتحديد العلاجي للتبصير، وذلك بمنح الطبيب السلطة التقديرية في تحديد طبيعة المعلومات التي يفصح بها للمريض، ما يخص التشخيص وكذا العلاج وما ينجر عنه، استنادا إلى مبدأي الثقة وحسن النية المفترضين في الطبيب.

- اعتبار الالتزام بالتبصير من النظام العام، بالحد من حق المريض في التنازل عن حقه في معرفة حالته المرضية وما يلزمها من علاج، إذا كان ذلك يتعارض مع مصالح الغير، من أجل منحه فرصة اتخاذ ما يلزم لمكافحة المرض والحد من انتشاره.

ولا شك أن النصوص القانونية لوحدها، لا تكفي لإلزام الطبيب بالإفصاح بقدر معين من المعلومات لمرضاه، فقد أثبتت الممارسة العملية، عدم تقيد الأطباء بالحدود المرسومة، خاصة أمام مرضى ذوي مستوى ثقافي محدود، فلا يتأتى حماية الحق في التبصير إلا بتوعية المرضى بذلك، لما له من أثر كبير في تفعيل الثقة بين أطراف العلاقة الطبية، على نحو يعكس إيجابيا على صحة المريض والمجتمع على حد سواء.

مكانة مبدأ عدم الفصل بالعلم الشخصي في الخصومة التحكيمية

مولود لامية، أستاذة مساعدة "أ"،

قسم التعليم الأساسي للحقوق،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: lamo-1984@hotmail.fr

الملخص:

من أجل تحقيق فعالية مرفق القضاء أخضع المشرع الخصومة القضائية لمجموعة من المبادئ الجوهرية، غير أنّ هذا الأخير مازال يعاني من عدة مشاكل منها بطء في الاجراءات وصعوبة تنفيذ الأحكام الصادرة عنه، الأمر الذي أدى الى إقرار الطرق البديلة لتسوية النزاعات ويعد التحكيم من أبرزها.

على غرار الخصومة القضائية، تخضع الخصومة التحكيمية لعدة مبادئ على رأسها مبدأ عدم الفصل بالعلم الشخصي، ورغم أهمية هذا المبدأ في تحقيق فعالية التحكيم، إلا أنّ المشرع لم ينص عليه، ولحمائته نقترح ترتيب آثار على الإخلال به، كاعتبار هذا الإخلال كوجه من أوجه الطعن وإثارة مسؤولية المحكم.

الكلمات المفتاحية:

المحكم، العلم الشخصي، الطعن القضائي، المسؤولية، الإختصاص، القانون واجب التطبيق.

La place du principe de non –juger sur les connaissances personnelles dans l’instance arbitrale

Résumé :

Afin d'atteindre l'efficacité des services juridictionnels, le législateur a soumis l'instance judiciaire à un ensemble de principes fondamentaux. Mais devant la lenteur de la procédure et les difficultés d'exécution des décisions de justice, l'adoption des modes alternatifs de résolution des litiges est une nécessité, et l'arbitrage en est le plus diffus.

A l'instar de l'instance judiciaire, l'instance arbitrale est soumise à plusieurs principes dont celui de non-juger de l'arbitre par sa connaissance personnelle. Malgré l'importance de ce dernier principe pour assurer l'efficacité de l'arbitrage, le législateur ne l'a pas prévu, et pour le protéger, nous proposons de sanctionner son atteinte par des effets juridiques, tels que l'ouverture de l'appel et la responsabilité de l'arbitre.

Mots cles :

L'arbitre, la connaissance personnelle, le recours judiciaire, la responsabilité, la compétence, le droit applicable.

**The standing of non- ruling principle based on personal knowledge in
arbitral litigation**

Abstract :

In order to achieve the effectiveness of the justice facility, the legislator has knuckled litigation under a set of fundamental principles. However, he still faces a number of problems such as sluggishness in procedures and difficulty in implementing its judgments. As a result of that, alternative dispute settlement methods are adopted such as arbitration, the most prominent of them.

Like any dispute, arbitral litigation is subject to several principles, among which the principle of non-ruling based on the personal knowledge. Despite the importance of this principle in the achievement of arbitration's efficiency, the legislator did not provide for it. And to protect it I submit an arrangement of effects against its breach as exercising a judicial appeal and raising the arbitrator's liability.

Keywords:

Arbitrator, personal knowledge, judicial appeal, liability, jurisdiction, applicable law.

مقدمة

يُعدُّ القضاء الطريق الرسمي لحل النزاعات على مختلف أنواعها¹، ولحسن سيره أقر المشرع في الأحكام التمهيديّة الواردة في قانون الإجراءات المدنيّة والإدريّة² مجموعة من المبادئ التي تضمن للمتقاضى محاكمة قضائيّة عادلة، من بين أهم هذه المبادئ نجد مبدأ المساواة أمام القضاء ومبدأ الوجاهية، حق الدفاع ومبدأ تسبب الأحكام القضائيّة... الخ³. غير أنّ الوصول إلى التكريس الفعلي لهذه المبادئ يقتضي احترام القاضي لمبدأ آخر لم يذكره المشرع صراحة لكنّه تمليه قواعد العدالة، وهو مبدأ عدم فصل القاضي بعلمه الشخصي. بالرغم من حرص السلطات في الدولة على عصريّة مرفق القضاء وتحقيق فعاليته، إلا أنّ هذا الأخير مايزال يعاني من عدّة مشاكل، كبطئ الإجراءات وصعوبة تنفيذ الأحكام الصادرة عنه، الأمر الذي أدى إلى إقرار الطرق البديلة لتسوية النزاعات والتي يُعد التحكيم من أبرزها لما يتميز به من سرعة الفصل في النزاعات

¹ المنازعة القضائيّة قد تكون منازعة عادية أو منازعة إدارية عندما تكون فيها الدولة أو أحد فرعيها طرفاً في النزاع.

² قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 أفريل 2008، يتضمّن قانون الإجراءات المدنيّة والإدريّة، ج.ر عدد 21 مؤرخ في 23 أفريل 2008.

³ راجع الأحكام التمهيديّة الواردة في قانون الإجراءات المدنيّة والإدريّة.

وتوفير التخصص في المحكمين، فضلا عن تمتع الأطراف المحكّمة بالحرية في اختيار القانون واجب التطبيق على الخصومة التحكيمية من الناحية الإجرائية والموضوعية¹.

إذا كانت طبيعة التحكيم تقتضي، عند النظر في الخصومة التحكيمية، عدم التزام هيئة التحكيم باتباع نفس الإجراءات المقررة في الخصومة القضائية، إلا أن هناك مجموعة من المبادئ التي تعد جوهر العدالة ولا يمكن تجاوزها أيّا كان نوع القضاء رسمي أو موازي.

أمام تعدد هذه المبادئ، اخترنا التطرق إلى دراسة مدى إمكانية إعمال مبدأ عدم الفصل بالعلم الشخصي في الخصومة التحكيمية، وسنحاول في هذه الورقة دراسة هذا المبدأ من خلال التطرق إلى نقطتين، نتناول الأولى مفهوم مبدأ التزام المحكم بعدم الفصل بعلمه الشخصي، أما النقطة الثانية فتعالج آثار إخلال المحكم بالمبدأ، وهذه الدراسة سوف تكون في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية واتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها كون الدولة الجزائرية صادقت عليها².

1- ضبط مبدأ عدم الفصل بالعلم الشخصي في الخصومة التحكيمية

يقاس نجاح التحكيم بمدى وصول المحكم إلى إصدار حكم تحكيمي قابل للتنفيذ أي غير معرض للبطلان، وتحقيق هذه النتيجة أمر متوقف على وجوب احترام المحكم لأهم مبدأ وهو مبدأ عدم فصله بعلمه الشخصي (أولا)، الذي تعددت مرجعيات الزامية (ثانيا)، رغم عدم وضوح طبيعته القانونية (ثالثا).

أولا- مضمون مبدأ عدم فصل المحكم بعلمه الشخصي

يلتزم المحكم أيّا كانت الطريقة التي عين بها، سواء من قبل الخصوم أو بواسطة شخص ثالث أو عن طريق القضاء، بعدم الفصل بعلمه الشخصي في النزاع المعروض عليه، بمعنى لا يجوز للمحكم الفصل في النزاع وفقا لمعلوماته الشخصية التي اكتسبها من وقائع وأدلة غير قائمة في الخصومة التحكيمية رغم ماله من سلطة البحث عن الأدلة، فهو لا يصدر حكمه الا بناءً على وسائل قانونية وواقعية طرحها مسبقا للنقاش بين الخصوم³ ولو كان اختيار الأطراف للمحكم يعود إلى علمه وإمامه بموضوع النزاع، فاستغلال المحكم لخبرته وتخصصه في مجال حل النزاع المعروض عليه لا يتعارض مع مبدأ عدم فصله بعلمه الشخصي شرط بسط رأيه للنقاش على الأطراف وإبداء رأيهم فيها⁴، بل خبرة المحكم تجعله أكثر استقلالية فلا يكون عرضة للتأثر بأراء الآخرين وبعواطفه ومصالحه، فصدور الحكم التحكيمي سوف يكون بناءً على ما ناقش بينه وبين الخصوم.

¹ الحسين مقبوب، "مزايا التحكيم التجاري الدولي مقارنة مع القضاء"، مجلة القصر، عدد 20، 2008، هيئة المحامين بالقنطرة، المغرب، ص ص 132-140.

² الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، والتي انضمت إليها الجزائر بموجب القانون رقم 88-18 المؤرخ في 12 جوان 1988، ج.ر عدد 28 المؤرخ في 13 جويلية 1988.

³ بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية-دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص.387.

⁴ سامي محسن حسن السري، القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي-دراسة مقارنة-، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2004، ص ص 146-147.

يمكن أن نفهم أنّ المشرّع أوجب عدم فصل المحكم بعلمه الشخصي في نص المادة 1022 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية الخاصة بأحكام التحكيم الداخلي، حيث تنص على أنه: " يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر (15) يوما على الأقل، والا فصل المحكم بناء على ما يقدم اليه خلال هذا الأجل". كما نستنتج حرص المشرّع على أن يفصل المحكم في النزاع المعروض عليه بعيدا عن علمه الشخصي، إذ منح للمحكم سلطة البحث عن الأدلة، حيث تنص المادة 1047 من القانون نفسه على أنه: " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة"، كما أجاز تدخل القضاء من أجل تقديم أدلة الإثبات، حيث تنص المادة 1048 من القانون نفسه على أنه: " إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهيمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبّق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

ثانيا- أساس التزام المحكم بعدم الفصل بعلمه الشخصي

بالعودة إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية واتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، لا نجد أي نص يتضمن مبدأ عدم فصل المحكم بعلمه الشخصي، لكن نرى أنّ هذا المبدأ، وعلى غرار المبادئ الأخرى، لا يمكن إرجاعها إلى نصوص قانونية معينة بل هي مبادئ أملاها العقل السليم وفرضتها فكرة تحقيق العدالة، ومن خلال القواعد والنصوص العامة في التحكيم، نرى أنّ المحكم ملزم بعدم الفصل بعلمه الشخصي احتراما للمبادئ الأخرى المستقرة في الخصومة التحكيمية، وهي كما يلي:

1- تأسيس المبدأ على احترام المحكم لحقوق الدفاع

يُعدّ حق الدفاع حق طبيعي لإقامة العدالة، فلا يمكن تجاوزه في الخصومة التحكيمية، لذلك لا يجوز للمحكم حسم النزاع بعلمه الشخصي بل الأمر متوقف على السماع للخصوم، فيلتزم بكل الطرق بدعوة كل طرف للسماع لأقواله وتقديم المستندات والمطالب، على أن يكون كل خصم على علم بما قدمه الطرف الآخر من مستندات وحجج ليتم مناقشتها والرد عليها خلال آجال معقولة بطريقة وجاهية، على أن يعامل المحكم الأطراف على قدم المساواة¹.

تمتع المحكم بسلطة ترجيح دليل على آخر لا يتعارض مع مبدأ عدم فصله بعلمه الشخصي، شرط أن يكون اقتناعه تم بناءً على الأدلة والوقائع التي طرحت للنقاش، مع العلم أنّ في التحكيم تتعدد وسائل الإثبات منها: شهادة الشهود، الخبرة، المعاينة... إلخ².

¹ HEDFI Haythem, *Principe de la contradiction et arbitrage*, mémoire en vue de l'obtention du mastere en droit des affaires, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, université 7 novembre carthage, Tunis, 2003, pp.77-91.

² في موضوع وسائل الإثبات في التحكيم راجع:

RICHANI Joseph, *Les preuves dans l'arbitrage international*, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en Droit, université libanaise, université de Cergy-Pontoise, 2014.

2- تأسيس المبدأ على وجوب تسبيب الحكم التحكيمي

يعتبر تسبيب المحكم للحكم التحكيمي أهم ما يوضح حسن استعابه لوقائع النزاع ودفاع الخصوم، إذ يجب أن يشمل الحكم على الأسباب الواقعية والقانونية التي أدت إلى صدوره، على أن تكون هذه الأخيرة قد نوقشت بين المحكم والخصوم¹.

لم يكتف المشرع بالنص، في المادتين 1/1027 و 5/1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على وجوب تسبيب الحكم التحكيم بل اشترط أيضا عدم التناقض في الأسباب².

3- تأسيس المبدأ على فكرة عدم تجاوز المحكم لحدود مهمته

إن مهمة المحكم ما هي إلا نظام من صنع الأطراف المحكّمة يتضمن مجموعة من الواجبات المفروضة عليه من قبل هذه الأطراف ومجموعة من السلطات الممنوحة له للبت في النزاع، ولضمان احترامها من قبل المحكم، وجب التزامه بقاعدة عدم الفصل بعلمه الشخصي، فعلى المحكم احترام المهمة التحكيمية الموكلة إليه من خلال الإلتزام بكل ما اتفق عليه لخصوم من القواعد واجبة التطبيق من الناحية الإجرائية والموضوعية من جهة، واحترام حدود اتفاقية التحكيم وطلبات الخصوم من جهة ثانية، فعلى المحكم عدم التعرض لمسائل خارج اتفاق التحكيم، أو تجاهل الفصل في الطلبات التي عرضت عليه³.

4- تأسيس المبدأ على مبدأ التزام المحكم بالحياد

يعود التزام المحكم بعدم الفصل بعلمه الشخصي في النزاع المعروف عليه، إلى وجوب التزامه بالحياد، فهو شرط أساسي يزرع الثقة في نفسية الخصوم كون المحكم لن يصدر حكمه إلا على حق ودون تحايز أو هوى لأحد الأطراف، والأصل في الشخص المحكم أنه محايد طوال إجراءات التحكيم إلى غاية إثبات العكس ممن يدعي عدم حياده.

يقصد بالحياد الميل النفسي أو الذهني للمحكم ضد أو لصالح أحد الخصوم، بحيث يرجح معه عدم استطاعته الحكم بغير ميل على أن تكون للعداوة أو للمودة الشخصية قوة، بحيث يستنتج منها قيام خطر عدم حياد المحكم عند إصدار الحكم⁴.

¹ OUERFELLI Ahmed, *L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne*, Editions Tatrach, Tunis, 2010, pp.326-327.

² تنص المادة 1/1027 من القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أنه " يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة ". من جهتها، تنص المادة 5/1056 من نفس القانون على أنه " إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب ".

³ الصفرى فؤاد، نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني - عين الشق -، المغرب، 1996، ص 117.

⁴ فتحى والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 245.

رغم أنّ الحياد حالة نفسية ليس لها مظهر خارجي، فهناك بعض الظروف التي قد تثير عدم حياد المحكم، مثل وجود علاقة شخصية أو مالية مع أحد الخصوم أو ممثليهم، أو أن تكون جنسية المحكم من جنسية أحد الخصوم، مما يوحي بعدم استقلاليته.

تجسيداً لمبدأ حياد المحكم، الذي يساهم في إعمال مبدأ عدم فصل المحكم بعلمه الشخصي، وضع المشرع عدة ضمانات تركز فكرة حياد المحكم واستقلاليته، منها إخضاع المحكم لإجراء الإفصاح كإجراء أولي قبل قبول المهمة التحكيمية، أي التزام المحكم بإحاطة الخصوم علماً ببيان تفصيلي حول كل صلاته المهنية والمالية والاجتماعية السابقة والحالية بأطراف النزاع محل التحكيم أو ممثليهم أو صلاته بموضوع النزاع¹.

بناءً على ما تقدم، نرى أنّ مبدأ حياد المحكم هو الأساس الحقيقي لقاعدة عدم فصل المحكم بعلمه الشخصي، أما مبدأ احترام حقوق الدفاع هو مبدأ وقائي يحول وجوده دون خرق مبدأ حياد المحكم، أما تسبب الحكم واحترام المحكم لحدود مهمته فهي تطبيق لمبدأ عدم فصل المحكم بعلمه الشخصي.

ثالثاً- طبيعة مبدأ عدم فصل المحكم بعلمه الشخصي

أمام غياب التكريس الصريح للمبدأ، وبالاعتماد على المبادئ التي ذكرت في أساس التزام المحكم بعدم الفصل بعلمه الشخصي، يظهر لنا أنّ مبدأ عدم الفصل بعلمه الشخصي في الخصومة التحكيمية ليس من النظام العام، بمعنى أنه من حق الأطراف الاتفاق على استبعاده في الخصومة التحكيمية هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه إذا رفع أيّ طعن ضد الحكم التحكيمي أو ضد الأمر القاضي بالإعتراف بالحكم أو تنفيذه.

II- أثار الإخلال بمبدأ عدم فصل المحكم بعلمه الشخصي

رغم أهمية مبدأ عدم فصل المحكم بعلمه الشخصي، سواءً لهذا الأخير أو للمحتكمين، لما يهدف إلى تحقيقه من شفافية وعدالة، إلا أنه قد لا يتحقق هذا الهدف بسبب إخلال المحكم به، الأمر الذي يستدعي تقرير آثار على هذا الإخلال من خلال تقرير حق ممارسة طرق الطعن (أولاً) وإثارة مسؤولية المحكم (ثانياً).

أولاً- ممارسة حق الطعن

يمارس القضاء الوطني الرقابة على الأحكام القضائية من خلال ممارسة الأطراف لطرق الطعن العادية وغير العادية، إلا أنه في مجال التحكيم، وفي حالة فصل المحكم بعلمه الشخصي لا يجد الطرف المتضرر إلا طريق الطعن ضد الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ⁽¹⁾ وطريق الطعن ببطلان الحكم التحكيمي⁽²⁾.

1- الطعن بالاستئناف ضد الأمر القاضي بالاعتراف بحكم التحكيم أو بتنفيذه

من خلال الاعتماد على مختلف الأسس التي نوقشت في مسألة أساس التزام المحكم بمبدأ عدم الفصل بعلمه الشخصي، يمكن القول أنّ الحالات التي عدّها نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تشكل ضمناً صور الإخلال بمبدأ عدم فصل المحكم بعلمه الشخصي، والمشكلة في آن واحد لحالات

¹ تنص المادة 2/1015 من القانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك ولا يجوز له القيام بالمهمة الا بعد موافقتهم".

الطعن ببطلان حكم التحكيم، حيث تنص على أنه: " لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

- 1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية أو بناءً على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية،
- 2 - إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون،
- 3 - إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها،
- 4 - إذا لم يراع مبدأ الوجاهية،
- 5 - إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب،"

حسب نص المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يرفع الاستئناف ضد الأمر القاضي بالاعتراف أو بتنفيذ الحكم التحكيمي أمام المجلس القضائي الذي تتبع له المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالاعتراف أو بالتنفيذ خلال شهر واحد (01) ابتداءً من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة¹ ، على أن يكون قرار المجلس قابلاً للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وحسب الفقرة الأخيرة من المادة 1051 من القانون نفسه، يؤول اختصاص منح الاعتراف أو الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي إلى رئيس المحكمة التي صدر الحكم التحكيمي في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان الحكم التحكيمي صادراً خارج الإقليم الوطني².

كرّس المشرع القاعدة العامة أن الاستئناف يوقف التنفيذ في مجال التحكيم، على خلاف حالة الطعن بالنقض أين خرج عن القاعدة، إذ جعل الطعن بالنقض موقف للتنفيذ، وهو ما نص عليه نص المادة 1060 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه:

" يوقف تقديم الطعون و أجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055 و 1056 و 1058 ، تنفيذ أحكام التحكيم " .

2- الطعن في الحكم التحكيمي

من خلال العودة إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يمكن للطرف المتضرر الطعن مباشرة في الحكم التحكيمي من خلال رفع استئناف أو رفع دعوى البطلان ضده.

¹ تنص المادة 1057 ق إ م إ على أنه: " يرفع الإستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد(1) ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة".

² تنص الفقرة الأخيرة من المادة 1051 ق إ م إ على أنه: "وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر التحكيم موجود خارج الإقليم الوطني".

أ-رفع استئناف ضد الحكم التحكيمي

أقرّ المشرّع بموجب نص المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بحق الطرف المتضرر في استئناف حكم التحكيم الداخلي الصادر في الجزائر، باعتبار أنّ المشرّع لم يذكر الحالات التي يبني عليها الإستئناف، فلنا اعتبار فصل المحكم بعلمه الشخصي كوجه من أوجه الإستئناف. يرفع الاستئناف في الحكم التحكيمي في أجل شهر من تاريخ النطق به أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه¹، ليتم الفصل فيه بموجب قرار قابل للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا خلال شهرين من تاريخ تبليغ قرار المجلس².

ب-رفع دعوى البطلان ضد الحكم التحكيمي

أتاح المشرّع إمكانية الطعن في الحكم التحكيمي الدولي مباشرة عبر رفع دعوى البطلان، حيث يمكن أن نفهم من نص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنّ فصل المحكم بعلمه الشخصي يُعدّ أحد أوجه الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي، حيث تنص المادة 1/1058 على أنه: " يمكن أن يكون الحكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في نص المادة 1056 أعلاه ".

عليه، يكون المشرّع قد ميّز بين أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر وبين تلك الصادرة خارج الجزائر، فلم يُجزِ الطعن بالبطلان سوى في الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر، على أن تُبنى دعوى البطلان على إحدى الحالات المنصوص عليها في نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. بالعودة إلى نص المادة 1059 من القانون المشار إليه أعلاه، ترفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه الحكم ابتداءً من تاريخ النطق بحكم التحكيم المطعون فيه، على أن ينتهي أجل رفع هذه الدعوى بعد شهر واحد من تاريخ التبليغ الرّسمي للأمر القاضي بالتنفيذ³.

لحسن تطبيق القانون سمح المشرّع بالطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في قرار المجلس الصادر في دعوى البطلان⁴.

¹ تنص المادة 1033 ق إ م إ على أنه: " يرفع الإستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد(1) من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، مالم يتنازل الأطراف عن حق الإستئناف في اتفاقية التحكيم".

² تنص المادة 1034 ق إ م إ على أنه: " تكون قرارات الفاصلة في الإستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

³ تنص المادة 1059 ق إ م إ على أنه: " يرفع الطعن بالبطلان في الحكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه ، و يقبل الطعن ابتداءً من تاريخ النطق بحكم التحكيم".

⁴ تنص المادة 1061 ق إ م إ على أنه: " تكون القرارات الصادرة تطبيقاً للمواد 1055 و 1056 و 1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض".

إذا كان الأمر القاضي بتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر غير قابل لأي طعن، فإنه في حالة ما إذا قام المحكوم ضده برفع طعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي، فإن ذلك يستتبع آلياً الطعن في الأمر القاضي بتنفيذ الحكم، وإذا لم يُصدر القاضي أمراً بالتنفيذ يتوقف عن النظر فيه إلي حين الفصل في دعوى البطلان، وبهذا يكون لدعوى البطلان آثار متعددة أولها إبطال الحكم التحكيمي، ثانيها الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه.

تجدر الإشارة في الأخير إلى أنّ غياب التكريس الصريح لمبدأ عدم فصل المحكم بعلمه الشخصي، يمنح سلطة تقديرية واسعة للقاضي المختص في النظر في الطعن، اذ له قبوله أو رفضه.

ثانياً - إثارة مسؤولية المحكم

لم يتعرض المشرع إلى موضوع مسؤولية المحكم، كما أنّ الفقه انقسم بين من يؤيد حصانة المحكم ومن يرى تقرير مسؤوليته¹، الأمر الذي دفعنا إلى العودة إلى القواعد العامة في مجال المسؤولية.

عليه، فإذا فصل المحكم بعلمه الشخصي وأضرّ بأحد الأطراف أو معاً، كان للطرف المضرور إثارة مسؤوليته من أجل الحصول على التعويض، وفي موضوعنا فإنّ المسؤولية التي تثار اتجاه المحكم هي المسؤولية المدنية العقدية كون المحكم مرتبط بالأطراف المتنازعة بعقد من جهة، وأخلّ بأحد الالتزامات الناشئة عن هذا العقد -عدم الفصل بعلمه الشخصي- من جهة ثانية، والتعرض لمسؤولية المحكم نتيجة إخلاله بمبدأ عدم الفصل بعلمه الشخصي، تدفعنا إلى التطرق إلى أركان هذه المسؤولية(1) والبحث في الاختصاص عن دعوى مسؤولية المحكم(2).

1- أركان المسؤولية العقدية للمحكم

لقيام المسؤولية العقدية للمحكم يجب أن يتوفر أولاً ركن الخطأ العقدي المتمثل في فصل المحكم بعلمه الشخصي متجاهلاً طلبات ودفع الأطراف، وثانياً ركن الضرر المتمثل في المساس الفعلي بمصلحة مالية مشروعة للمضرور على أن يكون ضرراً شخصياً، وأخيراً وجوب وجود علاقة سببية بين خطأ المحكم - فصله بعلمه الشخصي - والضرر الناتج عنه، أمّا إذا انقطعت العلاقة السببية، فالمحكم لا يكون مسؤولاً، و يقع عبء إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما على عاتق المدعي².

2- الاختصاص في دعوى مسؤولية المحكم

رغم ذهاب أغلبية الفقه³ إلى وجوب إثارة مسؤولية المحكم إلا أنّ الاختلاف مازال قائماً حول تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في الدعوى والقانون واجب التطبيق عليها، فهناك من يرى أنّ الاختصاص

¹ نقلا عن محمود علي عبد السلام وافي، المسؤولية الإجرائية للمحكم - دراسة تأصلية وتحليلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص ص334-337.

² HANS Smit, « Les opinion dissidentes en maitiere d'arbitrage », *bulletin de la cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale*, n°1, 2004, pp.38-39.

³ نقلا عن كل من:

- محمود علي عبد السلام وافي، المرجع السابق، ص ص489-491.

يعود إلى المحكمة الوطنية في الدولة التي ينتمي إليها المحكم بجنسيته¹، في المقابل هناك من منح الاختصاص للمحكمة الوطنية المتعلقة بموطن المحكم، وفي حالة تعدد المحكمين، تختص المحكمة الوطنية المتعلقة بجنسية أو بموطن أحدهم، في المقابل هناك من يرى أن الاختصاص القضائي مبني على اختيار المحكم والأطراف المحكّمة².

أما فيما يتعلق بالقانون واجب التطبيق في دعوى مسؤولية المحكم، يرى الفقه أن عقد المحكم هو عقد دولي يشمل على عنصر أجنبي مؤثر سواء ما تعلق بمحل إبرامه أو تنفيذه، أو موضوعه أو بأطرافه، فمن الواجب تطبيق قانون الإرادة وفي حالة غياب قانون الإرادة وجب تطبيق أحد الحلول التالية: الحل الأول تطبيق قانون محل إبرام عقد المحكم أو قانون محل انعقاد جلسات التحكيم كحل ثاني³.

خاتمة

تناولت هذه الدراسة أهم مبدأ في الخصومة التحكيمية ألا وهو مبدأ عدم فصل المحكم بالعلم الشخصي، ومن خلال البحث المقدم تبين لنا غياب التكريس القانوني للمبدأ على مستوى كل من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، غير أن فكرة تحقيق فعالية التحكيم والمنطق يقتضيان وجوب التزام المحكم بهذا المبدأ ولو كان ذلك احتراماً للمبادئ الأخرى المستقرة في الخصومة التحكيمية.

غير أن تكريس المبدأ لوحده قد لا يحقق محاكمة تحكيمية عادلة، بل يجب حمايته عبر تقرير آثار في حالة مخالفته.

عليه، يتعين على المشرع، في حالة تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، النص على مبدأ عدم فصل المحكم بعلمه الشخصي الى جانب المبادئ المستقرة، وإلى حين ذلك، نرى أنه على المحكم ان يلتزم به، كونه مبدأ أساسياً ومنطقي في الفصل في أي نزاع بكل حياد.

- BOUAZIZ Amin, *La responsabilite de l'arbitre*, mémoire en vue de l'obtention du mastere en sciences juridiques fondamentales ,faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, universite 7 novembre carthage, Tunis,2008,105-111.

¹ أنور على أحمد الطشي، المسؤولية المدنية للمحكم في منازعات التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة-، قسم القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2001، ص ص.493-499.

² المرجع نفسه، ص510.

³ راجع كل من:

-أنور على أحمد الطشي، المرجع السابق، ص ص.561-576.

BOUAZIZ Amin, *La responsabilite de l'arbitre*, mémoire en vue de l'obtention du mastere en sciences juridiques fondamentales ,faculte des sciences juridiques, politiques et sociales, universite 7 novembre carthage, tunis,2008,pp.111-117.

قراءة تحليلية لمضمون نص المادة 74 من قانون الإجراءات الجبائية المنظمة لطلب الإرجاء القانوني لدفع الضريبة

عطوي عبد الحكيم، أستاذ مساعد قسم "أ"،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.
البريد الإلكتروني: hakimatoui@yahoo.fr

الملخص:

تكتسي القرارات الصادرة عن الإدارة الضريبية المتضمنة تأسيس الضريبة وحسابها طابع خاص، من حيث قوتها التنفيذية، على أساس أن الأمر يتعلق بتحصيل ديون الخزينة العمومية التي لها الأولوية مقارنة بالديون الأخرى، لذلك تسعى إلى تنفيذها بكل الطرق المتاحة، وهذا ما يدفع المكلف بالضريبة الذي يطعن في تأسيس الضرائب المفروضة عليه مشروعيتها، إلى البحث عن الوسائل القانونية التي تتيح له الفرصة إلى تأجيل آثارها، ومن بينها الإرجاء القانوني للدفع. وقد نظم المشرع الجزائري هذا الإجراء بموجب نص المادة 74 من قانون الإجراءات الجبائية، وفي سبيل تعزيز الضمانات القانونية للمكلف بالضريبة من جهة وحماية حقوق الخزينة العمومية، أدخلت عليه تعديلات مختلفة حسب ما تقتضيه الضرورة، وآخر تعديل كان بموجب القانون 14-16 مؤرخ في 28 ديسمبر سنة 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، وضمن هذا الإطار يتم البحث عن المستجدات التي تضمنها وآثارها على حقوق المكلف بالضريبة.

الكلمات المفتاحية:

إرجاء الدفع، منازعة ضريبية، ضمانات .

Lecture analytique de l'article 74 du code de procédures fiscales régissant la demande du sursis légal au paiement de l'impôt

Résumé :

Vu leur force exécutoire, les arrêtés émanant de l'administration fiscale revêtent un caractère particulier du fait qu'ils portent sur des recouvrements des créances du trésor public, dont l'administration veille à sa mise en œuvre par tous ses moyens.

De ce fait, le contribuable qui conteste le bien-fondé des impositions mises à sa charge, tente d'en acquérir un sursis à exécution. Dans ce sens, le législateur a procédé à la mise en place d'un mécanisme, en vertu de l'article 74 du code de procédures fiscales, permettant au contribuable de différer le paiement de la partie contestée dite: le sursis légal au paiement.

En vue de garantir une protection adéquate des droits du contribuable, plusieurs modifications ont été apportés sur cet article, les plus récentes sont prévues par la loi n°16-14 du 28 décembre 2016 portant loi de finances pour 2017. C'est dans ce contexte qu'il est utile d'évoquer les nouveautés apportées et leurs effets sur les droits du contribuable.

Mots clés :

Le sursis au paiement, contentieux fiscal, garanties.

**Analytical reading of Article 74 Code of Tax Procedures,
governing the legal suspension of payment.**

Summary:

Given their enforceability, the orders issued by the tax authorities are of a special nature because they relate to recoveries of claims from the public treasury, the administration of which ensures its implementation by all means. As a result, the taxpayer who disputes the validity of the charges against him, attempts to obtain a stay of execution. In this sense, the legislator proceeded to the establishment of a mechanism, under Article 74 of the Code of Tax Procedures, allowing the taxpayer to postpone the payment of the so-called disputed part: the legal suspension of payment.

In order to guarantee adequate protection of the taxpayer's rights, several amendments have been made to this article, the most recent ones being provided for by Law No. 16-14 of 28 December 2016 on the Finance Act for 2017. It is in this context that it is useful to discuss the new developments and their effects on the taxpayer's rights.

Keywords:

Suspension of payment, tax litigation, guarantees.

مقدمة

تعد المنازعات الضريبية من أعقد المنازعات الإدارية من حيث موضوعها والإجراءات المقررة في سبيل حلها، بالنظر إلى طبيعة العلاقة القانونية التي تربط المكلف بالضريبة بالإدارة الضريبية، والتي تبدو علاقة غير متوازنة، فالقرارات الصادرة بشأن تحديد الوعاء الضريبي وتأسيسه قرارات نافذة ولا يمكن للشكوى أو الطعن القضائي وقف تنفيذها، على أساس أن الأمر يتعلق باستيفاء ديون الخزينة العمومية، والتي تعتبر من المستحقات التي لها أولوية مقارنة بالديون الأخرى .

لذلك عمل المشرع الجزائري على إيجاد آلية قانونية تسمح للمكلف بالضريبة بالطعن في قرارات الإدارة الضريبية إعمالاً لمبدأ المشروعية وإفادته بإجراءات خاصة تسمح له بالتقليل من أثارها وهذا عن طريق ما يسمى بالإرجاء القانوني للدفع.

تولى المشرع الجزائري تنظيم هذا الإجراء في قانون الإجراءات الجبائية⁽¹⁾ وذلك ضمن احكام المادة 74 منه، بصياغتها الجديدة بعد تعديلها بموجب قانون المالية لسنة 2017⁽²⁾ والتي تنص على: "1- يجوز للمكلف بالضريبة الذي ينازع من خلال شكوى مقدمة ضمن الشروط المحددة في المواد 72 و 73 و 75 من هذا القانون في صحة أو مبلغ الضرائب المفروضة عليه أن يرجئ القدر المتنازع فيه من الضرائب المذكورة، إذا طلب قبل صدور القرار المتخذ بشأن هذه الشكوى، الاستفادة من الأحكام المقررة في هذه المادة، شريطة تقديم ضمانات حقيقية لضمان تحصيل الحقوق المحتج عليها.

وفي غياب تقديم الضمانات، يمكن المكلف بالضريبة أن يرجئ دفع القدر المتنازع فيه من خلال دفع مبلغ يساوي 30 بالمائة من الضرائب المتنازع فيها، لدى قابض الضرائب المختص...."⁽³⁾.

وعلى ضوء مضمون فقرات هذه المادة نلمس رغبة المشرع في تكريس حق المكلف بالضريبة في الاستفادة من الحق في إرجاء الدفع وتعزيزه، فماهي المستجدات التي تضمنتها هذه المادة، ومدى استجابة أحكامها لغرض تفعيل ممارسة هذا الحق؟

¹ المستحدث بموجب نص المادة 40 من القانون 01-21 مؤرخ في 23 ديسمبر 2001 يتضمن قانون المالية لسنة 2002، ج ر عدد 78 . مؤرخة في 23 ديسمبر 2001.

² راجع في ذلك نص المادة 46 من القانون 16-14 مؤرخ في 28 ديسمبر 2016، يتضمن قانون المالية لسنة 2017، ج ر عدد 77 مؤرخة في 29 ديسمبر 2017.

وللإشارة فإن هذه المادة تعرضت إلى عدة تعديلات بموجب مختلف قوانين المالية المتعاقبة منذ سنة 2001، راجع في ذلك نص المواد التالية:

- المادة 38 من القانون رقم 04-21، مؤرخ في 29 /12/ 2004، يتضمن قانون المالية لسنة 2005، ج ر عدد 85، مؤرخة في 2004/12/30.

- المادة 45 من القانون 06-24 مؤرخ في 26/12/2006، يتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج ر عدد 85 مؤرخة في 2006/12/27.

³ - تكملة لنص المادة: 74 (ق.إ.ج)

"2...- ويخص تطبيق هذا التدبير فقط، فقط الشكاوى الناجمة عن المراقبات الجبائية، مع استثناء الشكاوى المثقلة بالزيادات المطبقة في حالة الغش الجبائي.

3- يترتب على منح الإجراء القانوني للدفع تأجيل تحصيل الحقوق الباقية إلى غاية صدور القرار النزاعي.

4- يمكن أن يكون الإجراء القانوني للدفع الممنوح محل إنهاء من قبل السلطة المختصة في حالة ظهور أحداث من شأنها تهديد تحصيل الدين الجبائي موضوع هذا الإجراء.

5- يرجئ تحصيل الضرائب المتنازع فيها نتيجة فرض ضريبي مزدوج أو أخطاء مادية تم إثباتها من طرف إدارة الضرائب إلى غاية صدور القرار النزاعي، دون أن يكون المكلف بالضريبة مضطرا إلى تقديم ضمانات أو دفع مبلغ 30 بالمائة من الضرائب المتنازع فيها."

وسنحاول من خلال هذه الدراسة التحليلية ان نتطرق إلى بعض المسائل الإجرائية المنظمة لطلب إرجاء الدفع من خلال تحديد الإطار القانوني لهذا الإجراء في مبحث أول ثم نستعرض في تحليل شروط الاستقادة من إرجاء الدفع ومختلف المسائل القانونية التي تثيرها في مبحث ثاني.

المبحث الأول : الإطار القانوني لممارسة طلب إرجاء دفع الضريبة

إن القراءة المتأنية لمضمون نص المادة 74 (ق.إ.ج)، موضوع الدراسة الحالية نجد انها تحدد مجال ممارسة طلب إرجاء الدفع، سواء ما يتعلق بالأشخاص الذين لهم الحق في تحريك هذا الإجراء أو المواضيع التي تكون محل تطبيقه، وقبل الخوض في التفاصيل نعتقد أنه من الضروري البحث عن مفهوم هذا الإجراء لرفع اللبس عن بعض الإجراءات القانونية المشابهة له.

المطلب الأول: مفهوم طلب الإرجاء القانوني للدفع

يبدو للوهلة الأولى أن تقديم طلب يتضمن تأجيل دفع الضرائب المتنازع فيها مجرد التماس ودي بسيط يقدمه المكلف بالضريبة امام الإدارة، غير أن الحقيقة على خلاف ذلك، لهذا كان من الضروري الإحاطة بخصوصيات هذا الإجراء.

الفرع الأول: تحديد تعريف إرجاء الدفع

لقد خلت مختلف النصوص التشريعية المنظمة للمنازعات الضريبية، سواء قانون الضرائب المباشرة أو قانون الإجراءات الجبائية الجزائريين من أي حكم يعرف لنا بصفة صريحة معنى طلب إرجاء الدفع، شأنها في ذلك بعض التشريعات المقارنة على سبيل المثال التشريع الفرنسي، إذ اكتفت بالإشارة إلى مختلف الإجراءات المتبعة لممارسة هذا الإجراء وكذا الشروط القانونية التي تسمح بالاستقادة من مزاياه والآثار التي تترتب عنه. غير أن تحليلنا لمضمون المادة 74 من قانون الإجراءات الجبائية الجزائري السالف ذكرها ونص المادة L277-1 من كتاب الإجراءات الجبائية الفرنسي⁽⁴⁾ وقفنا على عبارات مشتركة لا تخرج عن نطاق الاعتراف للمكلف بالضريبة الذي ينازع في صحة مبلغ الضريبة المفروضة عليه أو في تأسيسها، بحقه في تقديم طلب يتضمن إرجاء أو تأجيل دفع القدر المتنازع فيه مؤقتا إلى حين صدور القرار الفاصل في شكواه أو في دعواه، شريطة تقديم ضمانات كافية لتحصيل ديون الخزينة العمومية.

4 - التي نصت على:

"Le contribuable qui conteste le bien-fondé ou le montant des impositions mises à sa charge est autorisé, s'il en a expressément formulé la demande dans sa réclamation et précisé le montant ou les bases du dégrèvement auquel il estime avoir droit, à différer le paiement de la partie contestée de ces impositions et des pénalités y afférentes. L'exigibilité de la créance et la prescription de l'action en recouvrement sont suspendues jusqu'à ce qu'une décision définitive ait été prise sur la réclamation soit par l'administration, soit par le tribunal compétent. Lorsque la réclamation mentionnée au premier alinéa porte sur un montant de droits supérieur à celui fixé par décret, le débiteur doit constituer des garanties portant sur le montant des droits contestés...."

وبتحليل مضمون المادتين يمكن أن نستنتج بأن طلب إرجاء الدفع هو طلب ثانوي يدرج ضمن الشكوى الضريبية أو مستقلاً عنها، حسب الاحوال ووفقاً للشروط القانونية، يكون غرضه تأجيل دفع مبلغ الضريبة المتنازع فيه مؤقتاً إلى حين صدور قرار في الشكوى الأصلية، شريطة تقديم ضمانات كافية لتحصيل ديون الخزينة.

الفرع الثاني: خصائص إجراء الإرجاء القانوني للدفع

باستقراء المواد القانونية المشار إليها اعلاه، نجد أن هذا الإجراء يتصف بخصائص تميزه عن مختلف الطلبات الأخرى الرامية إلى الإعفاء من دفع الضرائب أو التخفيض منها والتي يمكن للمكلف بالضريبة تقديمها أمام الإدارة، ومن بين هذه الخصائص نجد:

أولاً: طلب إرجاء الدفع هو طعن نزاعي

ومعنى هذا أن ينصب الإجراء على نزاع يكون محل شكوى أو تظلم مرفوع أمام الإدارة الضريبية، يكون موضوعه الطعن ضد قرار الإدارة الضريبية المتضمن تأسيس الضريبة أو حسابها، وهذا ما عبرت عنه صراحة الفقرة الأولى من المادة 74 (ق.إ.ج) التي تنص على: "يجوز للمكلف بالضريبة الذي ينازع من خلال شكوى مقدمة ضمن الشروط المحددة في المواد 72 و 73 و 75 من هذا القانون في صحة أو مبلغ الضرائب المفروضة عليه، أن يرجئ القدر المتنازع فيه من الضرائب المذكورة،....".

واقتران هذا الطلب بوجود نزاع ضريبي هي الخاصية الجوهرية التي تميزه عن التظلمات الولائية التي يتقدم بها المكلف بالضريبة، الذي تعذر عليه دفع الضريبة المفروضة عليه بشكل قانوني، من أجل طلب تخفيض ولأني من الإدارة الجبائية إذا ما كان هناك حائل أو عجز مادي⁽⁵⁾، أو طلبات الإعفاء من الضريبة أو التخفيف منها، التي يلتصقها المكلفون بالضريبة في حالة عوز أو ضيق الحال التي تضعهم في حالة عجز عن الدفع⁽⁶⁾ أو الطلبات المتعلقة بالتماس أجل الاستحقاقات التي يمنحها القابض لتحصيل الضرائب⁽⁷⁾.

وعليه فإن الطلبات المقدمة بهذا الشكل لا تدخل ضمن الشكاوى النزاعية بمفهوم نص المادة 70 (ق.إ.ج)⁽⁸⁾، على أساس أن المكلف بالضريبة لا ينازع في تأسيس أو تقدير الضريبة وإنما يستعطف الإدارة من أجل تخفيض الضريبة أو إعفائه منها لأسباب ذاتية تتعلق بالعوز أو عدم القدرة على الدفع.

⁵ - أنظر في ذلك نص المادة 92 (ق.إ.ج) ، المعدلة بموجب نص المادة 17 من القانون 12-12 مؤرخ في 26 ديسمبر 2012، يتضمن قانون المالية لسنة 2013، ج ر عدد 72 مؤرخة في 30 ديسمبر 2012.

⁶ - أنظر بشأن الأحكام المنظمة لهذه الطلبات، نص المادة 93 (ق.إ.ج) المعدلة بموجب المادة 42 من القانون 11-12 السالف الذكر.

⁷ - أنظر في ذلك نص المادة 156 (ق.إ.ج)، المعدلة بموجب المادة 60 من القانون 16-14 يتضمن قانون المالية لسنة 2017 السالف الذكر.

⁸ - التي تنص على: "تدخل الشكاوى المتعلقة بالضرائب أو الرسوم أو الحقوق أو الغرامات التي توضع من قبل مصلحة الضرائب في اختصاص الطعن النزاعي، عندما يكون الغرض منها الحصول إما على استدراك الأخطاء المرتكبة في وعاء الضريبة أو حسابها، وإما الاستفادة من حق ناتج حكم تشريعي أو تنظيمي".

ثانياً: طلب إرجاء الدفع إجراء مؤقت

ويقصد بهذا أن هذا الإجراء إذا استوفى شروطه القانونية وتم قبوله، يترتب آثاراً مؤقتة، تتمثل في توقيف مؤقت لتحويل ديون الخزينة العمومية إلى حين صدور قرار فاصل في الشكوى المرفوعة بشأن النزاع الضريبي، وهذا ما عبرت عنه الفقرة الثالثة من المادة 74 (ق.إ.ج) التي تنص على: "...يترتب على منح الإرجاء القانوني للدفع تأجيل تحويل الحقوق الباقية إلى غاية صدور القرار النزاعي...".

وكنتيجة لذلك فإن آثاره تتوقف بمجرد صدور القرار الفاصل في النزاع، كما منح المشرع للإدارة سلطة إنهاء، في حالة ظهور أحداث من شأنها أن تهدد تحويل الدين الجبائي موضوع التأجيل، وهذا وفقاً لمضمون نص الفقرة الرابعة من المادة نفسها.

المطلب الثاني: مجال ممارسة طلب إرجاء الدفع: من التوسيع إلى التضييق

من الخصائص الجوهرية للمنازعة الضريبية أنها تمر بمرحلتين أساسيتين لحلها؛ الأولى إدارية أو ما يطلق عليها جبائياً بالشكوى الضريبية، تختص الإدارة الضريبية بالفصل فيها، بينما الثانية قضائية يتولى القضاء الفصل فيها وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، شأنها في ذلك مختلف المنازعات الإدارية، وهذا وفقاً لنص المادة 89 (ق.إ.ج)، وباعتبار أن نص المادة 74 في فقرتها الأولى ينطبق أساساً على المرحلة الإدارية، سنحصر دراستنا على هذه المرحلة إذ نتناول فيها مجال ممارسة هذا الإجراء من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع.

الفرع الأول: مجال ممارسة طلب إرجاء الدفع من حيث الأشخاص

لم يحدد المشرع ضمن نص المادة 74 (ق.إ.ج) الأشخاص أو مكلفين بالضريبة بعينهم، الذين لهم الحق في الاستفادة من هذا الإجراء أو الشروط الواجب توافرها في رافع هذا الطلب أو الشخص المؤهل قانوناً لممارسة هذا الطلب على نحو محدد، وإنما سمح لكل مكلف بالضريبة؛ شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً، تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها ضمن أحكام نص المادة 75 من القانون نفسه، والذي ينازع في صحة أو مبلغ الضرائب المفروضة عليه، وهذه الشروط هي نفسها الشروط المطلوبة في المنازعة الضريبية بصفة عامة.

غير أن الشروط المراد الحديث عنها في صدد هذه الدراسة تتعلق بسلوك المكلف بالضريبة تجاه إدارة الضرائب، من حيث دفع الضرائب ومن حيث مدى خضوعه للرقابة الجبائية، وكذا حسن نيته في التزاماته الضريبية تجاه الإدارة.

وقد أشار المشرع إلى ذلك بطريقة غير مباشرة في الفقرة الثانية من نص المادة 74 (ق.إ.ج) التي تنص: "...ويخص تطبيق هذا التدبير فقط الشكاوى الناجمة عن المراقبات الجبائية، مع استثناء الشكاوى المتعلقة بالضرائب المثقلة بالزيادات المطبقة في حالة الغش الجبائي...".

كما استثنى كذلك المشرع من حق الاستفادة من الإجراء القانوني للدفع المكلفين بالضريبة الذين ثبت في حقهم إجراء التلبس الجبائي، وهذا طبقاً لنص المادة 20 مكرر 3-3 من قانون الإجراءات الجبائية⁽⁹⁾. ونلاحظ في هذه الفقرة أن المشرع قد منح هذا الحق فقط للمكلفين بالضرائب الذين يرفعون شكاوى ناجمة عن المنازعات المترتبة عن المراقبات الجبائية⁽¹⁰⁾ وهذا يعني أن هذا الحق ليس مطلقاً وهو ما يتناقض مع مضمون الفقرة الأولى من نفس المادة، والتي تنص "...يجوز للمكلف بالضريبة الذي ينازع من خلال شكوى مقدمة ضمن الشروط المحددة في المواد 72 و 73 و 75 من هذا القانون في صحة أو مبلغ الضرائب المفروضة عليه أن يرجئ القدر المتنازع فيه من الضرائب المذكورة، إذا طلب قبل صدور القرار المتخذ بشأن هذه الشكاوى الاستفادة من الأحكام المقررة في هذه المادة شريطة تقديم ضمانات حقيقية لضمان تحصيل الحقوق المحتج عليها..."⁽¹¹⁾.

فإذا كان استثناء الأشخاص الذي ثبت في حقهم الغش الجبائي أو استعمال مناورات تدليسية للتهرب من التزاماتهم وفق ما وردت الإشارة إليه في المادة 20 (ق.إ.ج) السابق ذكرها، أو من ثبت في حقهم إجراء التلبس الجبائي، من حق الاستفادة من الإجراء القانوني للدفع أمراً مقبولاً ومعقولاً إلى حد ما، فإن حصر هذا الحق في الأشخاص الذين يرفعون شكاوى ناجمة عن الرقابة الجبائية ليس له ما يبرره قانوناً، على أساس أن المنازعات الجبائية لا تقتصر على الشكاوى المتعلقة بالرقابة الجبائية بل تتعلق أيضاً بكل منازعة يكون موضوعها تصحيح الأخطاء المادية، أو المنازعة في صحة مبلغ الضريبة المفروضة عليه أو أساسها وحتى المطالبة بحق ناتج عن حكم تشريعي أو تنظيمي، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الهدف من إقرار حق الإجراء هو الحيلولة دون تحصيل ضرائب يمكن أن تكون قد فرضت خرقاً للقانون، لذلك فإن إجبار المكلف بالضريبة بدفع ديون مشكوك في مشروعيتها أو غير مستحقة أصلاً يمكن اعتباره مساساً بمبدأ المشروعية واعتداء على ملكيته.

⁹ تم استحداث هذه المادة بموجب نص المادة 18 من الأمر 10-01 مؤرخ في 26 أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر عدد 49 مؤرخة في 29 أوت 2010.

وقد نصت الفقرة الثالثة منها على: "...تترتب على إجراء التلبس الجبائي آثار جبائية من حيث أنظمة الإخضاع الضريبي وإجراءات المراقبة وحق الاسترداد وكذا الاستبعاد من بعض الحقوق كالتأجيل القانوني للدفع المقدر ب 20 بالمائة.....".

¹⁰ وقد تم إدراج هذا القيد ابتداءً من سنة 2005، أي بموجب القانون رقم 04-21 المؤرخ في 29/12/2004، يتضمن قانون المالية لسنة 2005 ج ر عدد 85 مؤرخة في 30/12/2004، إذ لم تكن هذه الحالة واردة في بداية الأمر عند تأسيس قانون الإجراءات الجبائية، إذ جعل المشرع هذا الإجراء حقاً لكل المكلفين بالضريبة الذين ينازعون في مبالغ الضريبة المفروضة عليه مع اشتراط تقديم ضمانات كفيلة باستيفاء حقوق الخزينة العمومية، ودون تحديد طبيعة هذه الضمانات أو مقدارها.

و أكد المشرع على هذه المسألة بموجب نص المادة 25 من القانون 09-09 مؤرخ في 30/12/2009، يتضمن قانون المالية لسنة 2010، وذلك على النحو الآتي: "...ويخص تطبيق هذا التدبير فقط المنازعات المترتبة على الاحتجاجات الناجمة عن المراقبة المذكورة في المواد 18 و 19 و 20 و 20 مكرر و 21 من قانون الإجراءات الجبائية.....".

¹¹ وهذا تقريباً نفس المعنى الذي تبناه المشرع الفرنسي، انظر المادة 277 L الفقرة الأولى، من كتاب الإجراءات الجبائية الفرنسي السالفة الذكر.

كما يتناقض حصر هذا الحق فقط في المنازعات المترتبة عن المراقبة الجبائية، مع اشتراط حسن النية للمكلف بالضريبة، على أساس ان اللجوء إلى إجراءات الرقابة الجبائية عادة ما يتم في حالة عدم تقديم التصريحات المطلوبة قانونا أو تقديم تصريحات مشكوك في صحتها أو عدم تقديم التوضيحات والتبريرات المطلوبة بشأنها، وهذا ما يجعل المكلف بالضريبة الخاضع للرقابة الجبائية أو موضوع الفرض التلقائي وفقا للمادة 44 (ق.إ.ج)، مشبوها في سلوكه الجبائي في نظر الإدارة الجبائية.

لهذا السبب نجد أن الفقه الفرنسي لا يميز في هذا الشأن، بين المكلفين بالضريبة مهما كانت وضعيتهم الجبائية تجاه الإدارة⁽¹²⁾ على أساس أن هدف طلب الإرجاء هو وقف مؤقت لتحويل الديون العمومية إلى حين صدور قرار السلطة المختصة الفاصل في شكوى المكلف بالضريبة، خاصة وأن حقوق الخزينة العمومية تبقى محفوظة ولا تتأثر بإفادة المكلف بهذا الإجراء، مادام أن قبول طلبه مشروطا بدفع ضمانات كافية لضمان حقوق الخزينة العمومية.

ونظرا لما تقدم يبقى موقف المشرع الجزائري غير مفهوم في هذه المسألة، بسبب عدم توضيح المبررات التي اعتمدها لتقييد مجال ممارسة طلب إرجاء الدفع خاصة وأن هذه القيود لم تكن واردة قبل صدور قانون المالية لسنة 2005.

الفرع الثاني: مجال ممارسة طلب إرجاء دفع الضريبة من حيث الموضوع

تأخذ المنازعة الضريبية عموما صورتين أساسيتين، الأولى تسمى منازعات الوعاء تتضمن المنازعة في إجراءات تأسيس الضريبة، تصفيتها وتقديرها؛ والثانية تسمى بمنازعات التحصيل يكون موضوعها الطعن في صحة الإجراءات التي تباشرها الإدارة الضريبية في سبيل تحصيل الضريبة. والحديث عن مجال ممارسة هذا الإجراء يعني تحديد النوع الذي ينطبق عليه طلب إرجاء الدفع من جهة، والمبالغ المالية المحتج عليها التي ينصب عليها من جهة أخرى؛ هل المبلغ الرئيسي للضريبة المفروضة، أم يشمل كذلك مبلغ الزيادات والغرامات المفروضة على المكلف بالضريبة، من جهة أخرى.

أولاً: نوع المنازعة التي ينصب عليها طلب إرجاء الدفع

في بداية الامر لم يحدد المشرع الجزائري بصفة صريحة أي من النوعين من المنازعة الذي ينصب عليهما طلب إرجاء الدفع، على اعتبار أنه أشار إلى النوعين معا، إذ خص منازعات الوعاء في مضمون نص المادة 74 (ق.إ.ج)، وخص منازعات التحصيل بموجب مضمون نص المادة 158⁽¹³⁾ من القانون نفسه تحت عنوان، إرجاء الدفع.

¹²– Jacques Buisson, Le sursis au paiement de l'impôt, L.G.DJ, 1996, Paris, p37.

¹³ التي تنص على : "..... غير أنه يمكن المكلف بالضريبة أن يرجئ دفع المبلغ الرئيس المتنازع فيه إذا طلب ذلك في اعتراضه مع تحديد مبلغ التخفيض الذي يطالب فيه أو بيان أساس ذلك....".

غير أن إلغاء المادة 158 (ق.إ.ج) بموجب قانون المالية لسنة 2012⁽¹⁴⁾ والاحتفاظ بمقتضيات المادة 74 (ق.إ.ج) ضمن القسم الخاص بالإجراءات الأولية أمام إدارة الضرائب يوحي بأن المشرع أدرج الطلبات الرامية إلى إرجاء الدفع ضمن منازعات الوعاء.

وتتص المادة 74-1 (ق.إ.ج) على: "يجوز للمكلف بالضريبة الذي ينازع من خلال شكوى مقدمة ضمن الشروط المحددة في المواد 72 و 73 و 75 من هذا القانون، في صحة أو مبلغ الضرائب المفروضة عليه أن يرجئ القدر المتنازع فيه من الضرائب المذكورة إذا طلب قبل صدور القرار المتخذ بشأن هذه الشكوى الاستعادة من الأحكام المقررة في هذه المادة شريطة تقديم ضمانات حقيقية لضمان تحصيل الحقوق المحتج عليها".

يتبين من مضمون هذه المادة أنها تنطبق على منازعات الوعاء، على أساس أن هذه الأخيرة تتضمن كل منازعة يكون غرضها الطعن في مشروعية إجراءات فرض الضريبة أو أساس فرضها أو المبالغ المالية التي تنصب عليها وهي نفس العناصر التي تضمنتها المادة 70 السالفة الذكر، كما أن الأحكام المنظمة لطلب إرجاء الدفع من حيث الإجراءات هي نفسها التي تحكم منازعات الوعاء وهذا ما يظهر من خلال مضمون المواد المحال عليها من المادة 74 (ق.إ.ج).

ونفس الموقف اتخذه المشرع الفرنسي بحيث اعتبر أن طلب إرجاء ينطبق على منازعات الوعاء وليس على إجراءات تحصيل الضريبة⁽¹⁵⁾.

كما ان الهدف من إقرار المشرع لهذا الحق هو إرجاء دفع المبالغ المتنازع عليها إلى غاية صدور القرار الصادر عن الإدارة الضريبية الفاصل في الشكوى المرفوعة من طرف المكلف بالضريبة أو إلى حين الفصل في الدعوى إذا تم رفع دعوى أمام القضاء، لذلك يشبه هذا الإجراء من حيث الآثار المترتبة عنه إجراء وقف تنفيذ القرارات الإدارية المعمول به في مجال المنازعات الإدارية بصفة عامة.

لذلك من المنطقي ان يلجأ المكلف بالضريبة إلى مثل هذا الإجراء للحيلولة دون مباشرة إجراءات التحصيل والمتابعة التي يمارسها قابض الضرائب، خاصة إذا كانت الضرائب المفروضة غير مشروعة أو غير مؤسسة قانونا، يمكن أن تشكل خطر يهدد المصالح المالية للمكلف بالضريبة بصورة يصعب تدارك آثاره لاحقا.

ثانيا: من حيث المبالغ المالية التي ينصب عليها إجراء طلب الإرجاء

حدد المشرع الجزائري في المادة 74 (ق.إ.ج) المبالغ المالية التي ينصب عليها طلب إجراء الدفع، وذلك بنصه على ذلك ضمن الفقرة الأولى من المادة نفسها التي تنص على: "يجوز للمكلف بالضريبة الذي ينازع من خلال شكوى مقدمة ضمن الشروط المحددة في المواد 72 و 73 و 75 من هذا القانون في صحة أو مبلغ الضرائب المفروضة عليه، أن يرجئ القدر المتنازع فيه من الضرائب المذكورة.....".

¹⁴ أنظر في ذلك نص المادة 46 من القانون رقم 11-16 مؤرخ في 28 ديسمبر 2011، يتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج ر عدد 72 مؤرخة في 29 ديسمبر 2011.

¹⁵ - Jacques Buisson, op - cit, p58.

على ضوء هذه الفقرة نرى بان المشرع حدد المبالغ موضوع طلب الإرجاء في القدر المتنازع فيها، على أساس أن المكلف يمكن ان ينازع في المبلغ كاملاً⁽¹⁶⁾ إذ رأى بأن الضريبة غير مشروعة تماماً، أو في جزء منه إذا كانت الضريبة مبالغ فيها، على أن يبين أسس التخفيض الذي يأمل فيه، بشرط أن يطالب بذلك صراحة قبل صدور القرار المتخذ بشأن شكواه المرفوعة أمام المدير الولائي للضرائب،

المبحث الثاني: شروط الاستفادة من الإرجاء القانوني لدفع الضريبة

لقد تضمنت المادة 74 (ق.إ.ج) سابقاً شروط الاستفادة من الإرجاء القانوني لدفع الضريبة لكنها جاءت عامة، غير أن المشرع حاول التفصيل فيها ولو بصورة محتشمة، بموجب التعديلات التي أدرجها ضمن قانون المالية لسنة 2017، منها ما يتعلق بالجانب الشكلي أو الموضوعي.

المطلب الأول: الشروط الشكلية لطلب إرجاء الدفع

لم يتضمن نص المادة 74 ق إ ج بصياغتها الجديدة شروطاً خاصة، بصفة منظمة لممارسة طلب إرجاء الدفع بل يمكن أن نستنتج ذلك من خلال ما ورد في مضمون النص، فمنها ما يتعلق بالمكلف بالضريبة نفسه ومنها ما يتعلق بأجال ممارسته.

الفرع الأول: الشروط الخاصة بالمكلف بالضريبة

لم تحدد المادة 74 ق إ ج بصفة حصرية للشروط الواجبة التوفر في المكلف بالضريبة من أجل تقديم طلب إرجاء الدفع، إلا أن الرجوع إلى مضمون الفقرة الأولى من هذه المادة نجد أن المشرع أحالنا على المادة 73 من القانون نفسه، وباستقراء مضمون هذه المادة يمكن ان نستنتج الشروط الخاصة بطلب إرجاء الدفع والتي غالباً ما لا تخرج عن الشروط المطلوبة في صاحب الشكوى الضريبية، وعادة ما ترتبط بعنصرين أساسيين وهما المصلحة والصفة.

أولاً: المصلحة الجديرة بالحماية

تعتبر المصلحة الجديرة بالحماية شرطاً لقبول الشكوى الضريبية بصفة عامة وطلب إرجاء الدفع بصفة خاصة، على أساس ان تقديم هذا الأخير مقترناً بضرورة رفع شكوى نزاعية أمام المدير الولائي للضرائب، بصفة المدين بالضريبة أو المكلف بها تجعله ذو مصلحة لتقديم طلبه، فقرار فرض الضريبة هو الذي يجعل الشخص مدين لحساب الخزينة العمومية، مما يعطي له صفة للتصرف⁽¹⁷⁾، وتتميز المصلحة في مجال النزاع الضريبي عموماً بثلاث خصائص أساسية نوردتها فيما يلي:

¹⁶ وقد حذى المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي في هذه المسألة، مع اختلاف طفيف في الصياغة على أساس أن المشرع الفرنسي أضاف إلى القدر المتنازع فيه من الضرائب، مختلف الغرامات المترتبة عنها. أنظر بشأن ذلك الفقرة الأولى من نص المادة 277 L من كتاب الإجراءات الجبائية .

¹⁷ - Charles Debbasch, Jean – Claude Ricci ,Contentieux administratif, 7ème édition, Dalloz 2001, p 911

1- **المصلحة الشخصية:** ومعنى ذلك أن تكون هذه المصلحة فردية كأصل عام، غير أنه يجوز للمكلفين الذين تفرض عليهم الضرائب جماعيا أن يقدموا طلبات جماعية، وهذا ما يفهم من نص المادة 1/73 من (ق.إ.ج) التي تنص على: « يجب أن تكون الشكاية فردية غير أنه يجوز للمكلفين الذين تفرض عليهم الضريبة جماعيا وأعضاء شركات الأشخاص الذين يعترضون على الضرائب المفروضة على الشركة، أن يقدموا شكوى جماعية...».

2- **المصلحة المادية:** ومعناها أن يكون موضوع طلب الإرجاء منصب على مبلغ الضريبة المفروض على المكلف بالضريبة أو الجزء المتنازع فيه وعموما هو المبلغ المحدد في الشكوى المرفوعة أمام مدير للضرائب، والذي يأمل المكلف بالضريبة إرجاء دفعه إلى حين الفصل في شكواه، وهذا ما تشير إليه المادة 1/74 (ق.إ.ج) التي تنص على: "...أن يرجئ القدر المتنازع فيه من الضرائب المذكورة..."، وهذا يعني إستبعاد الطلبات الأخرى مهما كان نوعها.

3- **المصلحة الفورية:** ويقصد بها أن طلب إرجاء الدفع يجب ان يكون متعلقا بضريبة تم فرضها فعلا، ولهذا أكد على ضرورة اقتران هذا الطلب بوجود نزاع ضريبي موضوع شكوى نزاعية مرفوعة أمام مدير الضرائب بالولاية، وإن دلّ هذا على شيء فإنه يدل على جدية هذا الطلب وجدية النزاع المرفوع أمام إدارة الضرائب.

ثانيا - الصفة

المبدأ هو أنه لا يمكن أن يرفع الشكاية إلا المكلف بالضريبة نفسه، أي من طرف المدين بها شخصيا أو المكلف بتسديدها قانونا، وبالتالي فإن طلب تقديم طلب إرجاء الدفع هو حق للمكلف نفسه وفقا لما جاء في المادة 74 (ق.إ.ج)، وهذا لا يعني أنه يجب ممارسته شخصيا بل يمكن أن يمارسه باسمه شخص آخر في حالات خاصة، مثالها انعدام الأهلية، بحيث يستوجب تدخل ممثل عن هذا الأخير أو وكيل يتصرف باسمه، وهو ما أكدت عليه المادة 1-75 (ق.إ.ج).

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بشكل الطلب وآجال تقديمه

والمقصود بهذه الشروط تلك المتعلقة بشكل الطلب في حد ذاته وكذا الآجال الخاصة بتقديمه.

أولا: شكل الطلب

لم يحدد المشرع ضمن أحكام المادة 74 (ق.إ.ج) شروط خاصة تتعلق بشكل هذا الطلب، وإنما أحالنا على أحكام نص المواد: 72، 73 و 75 من القانون نفسه، وهي الشروط الخاصة بالشكوى الضريبية ما يوحي بأن المسائل المرتبطة بشكل هذا الطلب من حيث البيانات التي يتضمنها والأشخاص المؤهلين لتوقيعه هي نفسها الشروط المرتبطة بالشكوى الضريبية؛ غير أن المشرع لم يحدد ضمن أحكام هذه المادة ما إذا كان المكلف بالضريبة ملزم بتقديم هذا الطلب ضمن الشكوى نفسها أم بإمكانه تقديمه بصفة مستقلة عن الشكوى.

عند الرجوع إلى مضمون نص المادة 74 ق إ ج قبل تعديلها نجد أن المشرع استعمل عبارة "يجوز للمكلف بالضريبة الذي ينازع..... إذا طلب الاستفادة من ذلك في عريضة إفتتاح دعواه، أو إذا طلب الاستفادة من

ذلك في عريضة المنازعة، أو إذا طلب الاستفادة من ذلك في شكواه...⁽¹⁸⁾، نجد أن المشرع يوحي بأن طلب إرجاء الدفع يجب أن يدرج ضمن الشكوى النزاعية ذاتها المرفوعة أمام مدير الضرائب للولاية. غير أن الصياغة الجديدة لمقتضيات المادة 74 (ق.إ.ج)، توحي بأن المشرع نص على إمكانية تقديم هذا الطلب بصفة مستقلة عن الشكوى النزاعية المرفوعة، وذلك وفقا للتعديل التي طرأ عليها بموجب المادة 46 من قانون المالية لسنة 2017، والتي جاءت على النحو الآتي: "يجوز للمكلف بالضريبة الذي ينازع من خلال شكوى..... أن يرجئ القدر المتنازع فيه من الضرائب المذكورة، إذا طلب قبل صدور القرار المتخذ بشأن هذه الشكوى، الإستفادة من الاحكام المقررة في هذه المادة.....".

لذلك فإن عبارة "...إذا طلب قبل صدور القرار المتخذ بشأن هذه الشكوى..."، تفيد بأن طلب إرجاء الدفع يكون لاحقا لرفع الشكوى وسابقا لصدور قرار مدير الضرائب للولاية المتخذ بشأن هذه الشكوى، وهذا ما يرجح اتجاه نية المشرع نحو ضرورة تقديم طلب الإرجاء مستقلا عن الشكوى النزاعية.

وفي اعتقادنا كان من الأجدر الاحتفاظ بالإجراء السابق بحيث يقدم طلب إرجاء الدفع بصورة صريحة ضمن الشكوى النزاعية، أو بموجب طلب مستقل مرفق بها أو مترامنا معها، خاصة وأن دراسة طلب إرجاء الدفع مرتبط بمضمون الشكوى وبموضوع المنازعة التي يثيرها المكلف بالضريبة، والتي يتحدد على ضوءها مدى إلزاميته بتقديم الضمانات من عدمه للاستفادة من تأجيل الدفع.

ثانيا- آجال تقديم طلب إرجاء الدفع

يعتبر موضوع الآجال في المنازعات الضريبية بصفة عامة من المواضيع التي أولى بها المشرع عناية بالغة، حيث قام بتنظيمه بصرامة، خاصة ما يتعلق بالشكوى النزاعية أو الطعن القضائي.

غير أنه فيما يتعلق بطلب إرجاء الدفع لم يحدد المشرع آجالا خاصة، إذ أن القراءة الأولية لمضمون نص المادة 74 (ق.إ.ج) الفقرة الأولى قيدت أجل تقديم الطلب بالآجال الخاصة بالشكوى الضريبية وذلك حين نصت على ما يلي: "يجوز للمكلف بالضريبة من خلال شكوى مقدمة ضمن الشروط المحددة في المواد 72 و....."، على أساس نص المادة 72 (ق.إ.ج) خاصة بأجل تقديم الشكوى النزاعية، فإذا تم تقديم الطلب رفقة الشكوى فلا إشكال في ذلك.

إلا أن الأمر على خلاف ذلك إذا تم تقديم الطلب مستقلا عن الشكوى، حيث لم يحدد المشرع أجلا خاصا لذلك وإنما ربطه بتاريخ صدور قرار مدير الضرائب الفاصل في الشكوى، وذلك عندما أضاف في نفس الفقرة من المادة 72 (ق.إ.ج): "...إذا طلب قبل صدور القرار المتخذ بشأن هذه الشكوى الاستفادة من الاحكام المقررة في هذه المادة.....".

وعلى خلاف ذلك أقر المشرع الفرنسي بضرورة تقديم طلب صريح للاستفادة من إرجاء الدفع، يدرج ضمن الشكوى التي ينازع بموجبها المكلف بالضريبة مبلغ وأسس الضريبة المفروضة عليه⁽¹⁹⁾، ويفهم من هذا أن أجل

¹⁸ - راجع في ذلك مضمون التعديلات الواردة على نص المادة 74 ق إ ج بموجب قوانين المالية لسنة 2002، 2005، و

تقديم طلب إرجاء الدفع يكون ضمن الاجل الخاص بتقديم الشكوى الضريبية، وهذا ما كان عليه الأمر في التشريع الجزائري قبل تعديل المادة 74 (ق.إ.ج) بموجب قانون المالية لسنة 2017، أين كان طلب إرجاء الدفع يقدم ضمن الشكوى النزاعية⁽²⁰⁾.

ويظهر من ما سبق أن النص الفرنسي والمضمون القديم لنص المادة 74 (ق.إ.ج) أكثر منطقية في هذا الشأن، على أساس أن تقديم طلب إرجاء الدفع ضمن الشكوى النزاعية تعبر عن مدى جدية المكلف في مسعاه لتأجيل إجراءات تحصيل الضريبة، خاصة إذا كانت هذه الأخير مطعون في مشروعيتها، كما أن التأخير في تقديم الطلب، أو تقديمه قبل صدور قرار الإدارة الفاصل في الشكوى سيسمح للقابض في مباشرة إجراءات التحصيل والمتابعة ضد المكلف بالضريبة، وهذا ما يجعل هذا الأخير في وضعية صعبة في مواجهة سلطات القابض الذي يسعى لاستيفاء ديون الخزينة العمومية.

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لقبول طلب إرجاء الدفع

من بين المسائل القانونية التي تناولتها المادة 74 (ق.إ.ج)، الشروط الموضوعية لقبول طلب إرجاء الدفع أمام الإدارة الضريبية، بالرغم من ان هذه المادة لم تعالجها بنوع من التفصيل إلا أننا سنحاول استنتاجها، وتتلخص هذه الشروط في مسألتين أساسيتين؛ الأولى تتعلق بوجود اقتران ممارسة هذا الطلب بوجود منازعة بشأن تقدير الضريبة وأسسها مرفوعة أمام مدير الضرائب بالولاية، والثانية بضرورة تقديم ضمانات كافية لتحصيل ديون الخزينة العمومية.

الفرع الاول - اقتران تقديم طلب إرجاء الدفع بوجود شكوى نزاعية

يعتبر هذا الشرط ضروري لقبول طلب إرجاء الدفع، فوجود شكوى نزاعية مرفوعة أمام الإدارة الضريبية يعبر على جدية المكلف بالضريبة في الطعن في مبلغ الضريبة أو أساسها، ويشبه هذا الإجراء وقف تنفيذ القرار الإداري أمام القضاء الذي اشترط المشرع ضرورة اقتران دعوى وقف التنفيذ مع دعوى الموضوع أو بتظلم إداري وفقا لما نص عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²¹⁾.

وقد ظهر موقف التشريعين الجزائري والفرنسي منسجما مع هذا الطرح، وفي هذا السياق نصت المادة 74 (ق.إ.ج) في فقرتها الأولى على: " يجوز للمكلف بالضريبة الذي ينازع من خلال شكوى مقدمة ضمن الشروط المحددة في المواد 72 و 73 و 75 من هذا القانون في صحة أو مبلغ الضرائب المفروضة عليه أن يرجئ القدر المتنازع فيه من الضرائب المذكورة، إذا طلب قبل صدور القرار المتخذ بشأن هذه الشكوى، الاستفادة من الاحكام المقررة في هذه المادة، شريطة تقديم ضمانات حقيقية لضمان تحصيل الحقوق المحتج عليها".

¹⁹ - راجع في هذا الشأن نص المادة L277 من كتاب الإجراءات الجبائية الفرنسي، السالفة الذكر.

²⁰ - راجع في ذلك مضمون نص المادة 114 من القانون رقم 01-21 المتضمن قانون المالية لسنة 2002 السالف الذكر، والتعديلات الواردة على نص المادة 74 ق إ ج بموجب قانون المالية لسنة 2005، وقانون المالية لسنة 2007.

²¹ - أنظر نص المادة 835 من القانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، مؤرخة في 23 أبريل سنة 2008.

وفي نفس الاتجاه سار فيه المشرع الفرنسي⁽²²⁾، بل أكثر من ذلك نص على ضرورة التعبير صراحة عن طلب إرجاء الدفع ضمن الشكوى نفسها، وفي رأينا فإن هذا الموقف أكثر بساطة وأحسن جدوى في هذا الشأن، على أساس أن إدراج الطلب ضمن الشكوى النزاعية يفيد أكثر جدية الطلب و يسهل دراسته بالنظر إلى ما تضمنته الشكوى.

وعلى هذا الأساس ولأجل قبول طلب ارجاء الدفع يجب ان يتعلق بالمنازعة الجبائية بالمفهوم القانوني لها، بحيث لا تخرج عن نطاق الطعون النزاعية او الشكاوى المتعلقة بالضرائب أو الرسوم أو الحقوق أو الغرامات التي توضع من قبل مصلحة الضرائب عندما يكون الغرض منها الحصول إما على استرداد الأخطاء المرتكبة في تحديد وعاء الضريبة أو حسابها، وإما الاستفادة من حق ناتج حكم تشريعي أو تنظيمي⁽²³⁾، وهذا ما يعني رفض الطلبات الولائية التي تهدف إلى الحصول على الإعفاء أو التخفيض من الضرائب بسبب العوز أو عدم القدرة على الدفع، من مجال ممارسة هذا الإجراء، على أساس أن المكلف بالضريبة لا ينازع في مبلغ الضريبة المفروضة عليه أو في تأسيسها⁽²⁴⁾.

الفرع الثاني: ضرورة تقديم ضمانات لضمان تحصيل الحقوق المحتج عليها

يعد شرط تقديم ضمانات كافية لتغطية حقوق الخزينة العمومية من الشروط الاساسية التي يتوقف عليها قبول طلب إرجاء دفع الضريبة، فهو بمثابة شرط جوهري للاستفادة من هذا الإجراء، بحيث أقرته مختلف التشريعات بصورة صريحة على رأسها التشريع الفرنسي، وذلك ضمن نص المادتين L277 و L279 من كتاب الإجراءات الجبائية، وبصورة أكثر تفصيلا ضمن المادة R277 من الكتاب نفسه .

أما في التشريع الجزائري فقد تم التطرق إلى مسألة الضمانات ضمن نص المادة 74 (ق.إ.ج)، بحيث أكد على وجوب تقديمها للاستفادة من ارجاء الدفع كمبدأ، غير أن المستحدث في ظل قانون المالية لسنة 2017 أن المشرع لم يجعل هذا الامر مطلقا بل أورد عليه بعض الاستثناءات.

أولاً- مبدأ وجوب تقديم الضمانات:

يعتبر وجوب تقديم ضمانات لاستيفاء حقوق الخزينة العمومية مسألة جوهريّة في المنازعات الضريبية بصفة عامة، إذ حتى وإن اختلفت طبيعة هذه الضمانات ومقدارها إلا أن المشرع لم يهجر هذا الشرط منذ أن تم الاعتراف للمكلف بحقه في إرجاء الدفع، رغم التعديلات المتعاقبة على نص المادة 74 وأخرها بموجب قانون المالية لسنة 2017، والتي نصت صراحة على: "...إذا طلب قبل صدور القرار المتخذ بشأن هذه الشكوى، الاستفادة من الاحكام المقررة في هذه المادة شريطة تقديم ضمانات حقيقية لضمان تحصيل الحقوق المحتج عليها....".

²² - أنظر المادة 1-277 من كتاب الإجراءات الجبائية الفرنسي.

²³ - أنظر في ذلك المادة 70 (ق.إ.ج).

²⁴ - Jacques Buisson, op - cit, p57.

لذلك نجد المشرع قد أكد على هذا الشرط بل جعله من النظام العام، وهذا ما يفهم من العبارة المشار إليها أعلاه، لذلك فإن تخلف هذا الشرط يجعل الطلب تحت طائلة الرفض، وهذا ما يسمح للإدارة الضريبية بمباشرة إجراءات المتابعة ضد المكلف بالضريبة لاستيفاء ديون الخزينة العمومية.

أما ما يتعلق بطبيعة الضمانات التي تسمح بالاستفادة من إرجاء الدفع فلم يحددها المشرع صراحة ضمن نص المادة 74 (ق.إ.ج)، بل اكتفى بالنص على ضمانات حقيقية دون الإشارة إلى طبيعتها، حتى وإن استدرك الأمر لاحقا بالإشارة إلى مبلغ الضمان الذي حدده وهو ما يساوي 30 بالمائة من الضرائب المتنازع فيها، وهذا ما يمكن تفسيره في نظرنا نقطة إيجابية لصالح المكلف بالضريبة على أساس أن له الخيار في تقديم ضمانات كافية أو تقديم مبلغ مالي في حدود النسبة المحددة.

غير أن هذا الخيار يمكن أن يفسر في غير مصلحة المكلف بالضريبة بما يخدم مصلحة الإدارة الضريبية، فإذا كان مبلغ الضمان المشار إليه ضمن المادة 74 (ق.إ.ج) لا يثير أي إشكال بالنسبة للمكلف بالضريبة، فإن الضمانات المشار إليها في نفس المادة يشوبها غموض كبير خصوصا ما يتعلق بطبيعتها تقدير مدى كفايتها من عدمها، خاصة أمام انعدام نصوص تنظيمية أو تعليمات خاصة بهذا الشأن⁽²⁵⁾، وهذا ما يفتح المجال واسعا أمام السلطة التقديرية للقابض، الذي له كل الصلاحيات لتقييم طبيعة وقيمة الضمانات المقدمة، هذا ما قضى به مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2005/03/08⁽²⁶⁾، الأمر الذي يستدعي تدخل المشرع لرفع اللبس بشأن هذه المسألة، وهذا خلافا لمل كان عليه الأمر سابقا، أين اكتفى المشرع بتحديد مبلغ الضمان بنسب محددة من مجموع المبالغ المتنازع فيها دون الأخذ بعين الاعتبار الضمانات الأخرى⁽²⁷⁾.

ثانيا: الاستثناءات الواردة على شرط تقديم الضمانات

خلافا للمبدأ العام قد وضع المشرع الجزائري بعض الاستثناءات على شرط تقديم الضمانات، ولأول مرة منذ إقراره بحق المكلف بالضريبة في طلب إرجاء الدفع، وهو من المسائل المستحدثة ضمن المادة 74 (ق.إ.ج)، إذ تنص في فقرتها الأخيرة على إعفاء المكلفين بالضريبة من تقديم ضمانات للاستفادة من إرجاء الدفع إلى غاية صدور القرار النزاعي، ويتعلق الأمر بالمكلفين الذين ينازعون في ضرائب ناتجة عن فرض ضريبي مزدوج أو أخطاء مادية تم إثباتها من طرف إدارة الضرائب.

²⁵ - وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي فصل في هذه المسائل بموجب نصوص قانونية و تنظيمية، سواء ما يتعلق بشروط الاستفادة من إرجاء، إجراءات ممارسته، آجال ممارسته، السلطة المختصة بالفصل فيه، والآثار المترتبة عنه، أنظر في هذا الشأن نص المواد:

L277 إلى L280 و المادة R277 من كتاب الإجراءات الجبائية.

²⁶ - أنظر بشأن ذلك، فضيل كوسة، منازعات التحصيل الضريبي في ضوء اجتهادات مجلس الدولة، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 77.

²⁷ - ويظهر من مقتضيات مختلف القوانين المالية الجزائرية أن موقف المشرع غير مستقر بشأن مسألة اشتراط الضمانات، فتارة يشترط ضمانات مختلفة لوحدها أو نسب محددة من المبالغ دون ضمانات أخرى، وتارة أخرى يأخذ الإثنين معا، وأحيانا يشترط 20 بالمائة وأحيانا أخرى 30 بالمائة، راجع في ذلك قانون المالية لسنوات 2002، 2005، 2006، 2017.

غير أن التدقيق في مضمون هذه الفقرة يجعلنا نتساءل عن المغزى من تركيز المشرع على هاتين الحالتين؛ فهل اتجهت نيته لتحديدتها على سبيل الحصر، أم على سبيل المثال أم أن الأمر متروك للإدارة الضريبية في استخلاص حالات أخرى أكثر جدية جدية بأخذها في عين الاعتبار والتي يمكن استنتاجها من ملف المنازعة وظاهر المستندات⁽²⁸⁾، كما هو الشأن بالنسبة لصفة المكلف بالضريبة في حد ذاته أو مشروعية الضريبة، إذ من غير المعقول اشتراط ضمانات لمكلف بالضريبة وهو ينازع في ضرائب غير معني بها أصلا، أو يطعن ضد تطبيق قانون ما لا ينطبق على حالته.

ومهما قيل بشأن هذه الضمانات تبقى عنصر جوهري يتوقف عليها مصير طلب الإرجاء، تبقى سلطة قبولها من عدمها أو تقييم مدى كفايتها خاضعة للسلطة التقديرية للإدارة الضريبية ممثلة في شخص القابض، وما على المشرع التدخل لضبط إجراءات المطالبة بها وتحديد ميعاد تقديمها وإبراز المعايير المعتمد عليها لتقديرها مراعاة لحقوق المكلف بالضريبة.

خاتمة

إن حق المكلف بالضريبة في البحث عن الآليات القانونية التي تسمح له بمواجهة القرارات الصادرة عن الإدارة الضريبية في سبيل تأسيس وعاء الضريبة وكذا إجراءات تحصيلها، من الحقوق الأساسية التي كرسها المشرع بموجب المادة 74 من قانون الإجراءات الجبائية التي تشكل الإطار القانوني العام لمجال ممارسة طلب إرجاء الدفع في المرحلة الإدارية للمنازعة الضريبية، إذ تضمنت عدة أحكام تتعلق أساسا بشروط الاستعادة منه والآثار المترتبة عنه.

غير ان الدراسة التحليلية لمضمون هذه المادة سمحت لنا بالوقوف على بعض النقائص والتي سبق وأن تطرقنا إليها، منها ما يتعلق بالجانب الإجرائي ومنها ما يمس الجانب الموضوعي، رغم التعديلات المتكررة التي مستها، تجعل من ممارسة هذا الإجراء أمرا في غاية التعقيد، مقارنة بمضمون النص القديم إلى درجة توحى بأن المشرع ينتج نحو تقييده بدلا من تكريسه،

لذلك يبقى تدخل المشرع من أجل إعادة النظر في صياغة هذه المادة عن طريق مراجعة تشريعية هادفة من أجل توضيح الغامض وتكملة الناقص منها عن طريق نصوص تنظيمية وتعليمات تفصيلية ترفع اللبس عن بعض المسائل القانونية.

فمن الناحية الإجرائية يجب الأخذ بعين الاعتبار مسألة الاختصاص بالفصل في طلب إرجاء الدفع، بالنظر إلى غموض دور كل من المدير الولائي للضرائب وقابض الضرائب لتفعيل هذا الإجراء، مع تحديد سلطات كل منهما وحدودها، خصوصا وأن الطلب يكون مستقلا عن الشكوى الأولية حسب ما يظهر من مقتضيات المادة 74 (ق.إ.ج) بصياغتها الحالية.

²⁸ - وهذا ما أخذ به المشرع المغربي، وطبقه قضاء، أنظر في ذلك، حميد ولد البلاد، القضاء الاستعجالي في المادة الضريبية، نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الإدارية، السلسلة 3، الجزء 12، 2013، ص 15.

تحديد آجال تقديم الطلب بدقة خصوصا وأن المشرع ربط هذه الآجال بتلك الخاصة بالتظلم أمام المدير الولائي، وكذا تقليصها إلى الحد المعقول، بالشكل الذي يسمح بالحفاظ على حقوق المكلف بالضريبة خاصة إذا كان ينازع في أمور جدية لا تحتتمل التأخير، يمكن ان تهدد مصالحه المالية.

أما من الناحية الموضوعية فعلى المشرع رفع القيود عن مجال ممارسة هذا الإجراء ليشمل كل المنازعات التي لها علاقة بإجراءات تحديد وعاء الضريبة وتأسيسها وعدم تحديدها في تلك الناتجة عن الرقابة الجبائية.

رفع اللبس عن مسألة الضمانات وتحديد طبيعتها ولو على سبيل المثال، ذلك أن اشتراطها وفقا لما ورد النص عليها لا تخدم مصلحة المكلف بالضريبة بل على العكس من ذلك تعزز من سلطات الإدارة خاصة في غياب معايير دقيقة تسمح بتقييمها وتقديرها.

سبل تطوير حماية وترقية حقوق الإنسان في العالم العربي

د. طاهر رابح،

قسم القانون العام،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: tahir.rabah@yahoo.fr

الملخص:

تعرضت الدول العربية خلال القرنين التاسع عشر والعشرين لموجة من الاستعمار من طرف الدول الأوروبية، والتي قامت باستغلال ونهب ثرواتها و مواردها الطبيعية، كما حاولت طمس هويتها، حيث عانت من تخلف كبير في شتى مجالات الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وقامت هذه الشعوب بثورات ضد المستعمر كللت بتحقيق الاستقلال إثر ذلك قامت هذه الدول بإنشاء جامعة الدول العربية أملا في تحقيق الوحدة العربية على كافة المستويات و أن تعيش شعوبها في كنف الحرية والسلام.

قامت جامعة الدول العربية في بداية الأمر بإنشاء اللجنة العربية الدائمة لحقوق الإنسان والتي تولت إعداد الميثاق العربي لحقوق الإنسان والذي صادق عليه مجلس الجامعة عام 2004، تضمن هذا مجموعة من الحقوق والحريات وتعهدت الدول بالعمل على تحقيقها، كما تضمن إنشاء جهاز لمتابعة تنفيذه وهو اللجنة العربية لحقوق الإنسان، ثم قامت عام 2013 بوضع النظام الأساسي للمحكمة العربية لحقوق الإنسان كجهاز رقابي ثاني. غير أن المتتبع لمسار هذه الدول في مجال حماية وترقية حقوق الإنسان يجد بأنه صادفته عدة عراقيل وصعوبات من ذلك عدم وجود وسط ملائم والمتمثل في انعدام الديمقراطية، إضافة إلى ضعف الأجهزة المكلفة بمتابعة تنفيذ الميثاق، وتردي الوضع الاقتصادي لأغلب الدول العربية، وظهور صراعات داخلية وأزمات مختلفة بين هذه الدول، فكل هذه العراقيل جعلت نظام حقوق الإنسان في هذه الدول منتقد مقارنة بأنظمة حماية حقوق الإنسان في كل من أوروبا وأمريكا.

الكلمات المفتاحية:

سبل تطوير حماية حقوق الإنسان - الإصلاحات السياسية والاقتصادية - اللجنة العربية الدائمة لحقوق الإنسان - الميثاق العربي لحقوق الإنسان - اللجنة العربية لحقوق الإنسان - النظام الأساسي للمحكمة العربية لحقوق الإنسان.

Moyens de développer la protection et la promotion des droits de l'Homme dans le monde arabe

Résumé :

Le Monde arabe a subi une vague de colonialisme occidental pendant le 19^e et le 20^e siècle, qui a exploité ses richesses et a détruit la société. Ce colonialisme a engendré une dégradation totale sur tous les niveaux, politique, social, économique et culturel.

Le monde arabe a fait d'énormes efforts pour améliorer la situation en commençant par la création de la ligue des États arabes qui a pris part dans le cadre de l'instauration et la promotion des droits de l'Homme, par la promulgation de la charte arabe des droits de l'Homme. cette dernière a consacré les droits et des libertés, et a instauré un mécanisme de contrôle nommé :« la commission arabe des droits de l'Homme » pour la mise en œuvre de cette charte, ainsi que le statut du tribunal arabe des droits de l'Homme pour encourager et renforcer la protection.

Malgré tous ces efforts, les droits de l'Homme dans le Monde arabe restent critiqués par rapport à d'autres systèmes de protection notamment les systèmes Européen et Interaméricain.

Mots Clés :

Protection et promotion des droits de l'Homme dans le Monde arabe- réformes politique et économique- charte arabe des droits de l'Homme- création les Mécanismes de contrôles- Commission et tribunal arabes des droits de l'homme.

Means of developing the protection and promotion of human rights in the Arab world

Abstract:

The arab countries were colonized by the European countries during the 19th and 20th centuries which destroy the society and feat their wealth and natural resources, Arab people attacked them until to the independence, after that the Arab countries start to established the human rights in their constitution and legislation.

The league of Arab states was created, later it adopted the Arab charter on human rights, which contain the rights and liberties' and creation of Arab commission on human rights to control the execution of the charter, then the Arab human rights court regalement adopted to strengthen the control system.

Despite all these efforts, human rights in the Arab world remain criticized in relation to other protection systems, particularly the European and Inter-American systems.

Keywords:

human rights in the Arab world Policy and economic reforms- creation the league of Arab states –adoption the Arab on human rights charter- Arab commission on human rights- the Arab human rights court.

مقدمة

أضحت مسألة حقوق الإنسان في الوقت الراهن إحدى الاهتمامات الأساسية للمجتمع الدولي، وهذا بالنظر إلى العدد الهائل من الإعلانات التي أصدرتها مختلف المنظمات الدولية والاتفاقيات المبرمة في إطارها إضافة إلى الندوات والمؤتمرات التي تعقد في مختلف مناطق العالم لدراسة موضوع حقوق الإنسان. تعتبر منظمة الأمم المتحدة أكبر المنظمات الدولية اهتماما بهذا الموضوع، حيث انصب اهتمامها منذ زمن بعيد على هذه المسألة كونها تندرج ضمن إحدى مقاصدها، لهذا بذلت مجهودات معتبرة من أجل حماية و ترقية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية المختلفة¹، حيث أخرجته من طابعه الوطني وأصبغت عليه طابعا عالميا من خلال مجموعة من الإعلانات التي أصدرتها والاتفاقيات التي أبرمت في إطارها ناهيك عن القرارات والتوصيات التي أصدرتها أجهزتها المختلفة².

تماشيا مع هذه التطورات الحاصلة في المجتمع الدولي في مجال حقوق الإنسان، قامت جامعة الدول العربية بإنشاء اللجنة العربية الدائمة لحقوق الإنسان والتي كلفت بإعداد مقترحات ومشاريع اتفاقيات³، وقد تمكنت بعد أمد طويل من إعداد الميثاق العربي لحقوق الإنسان عام 1994، غير أنه لم يدخل حيز النفاذ بسبب عدم تصديق الدول عليه، وهذا نظرا للانتقادات التي تعرض لها والنقائص التي ظهرت فيه، لذلك تم إعادة صياغته من جديد، وصادق عليه مجلس الجامعة عام 2004، ودخل حيز النفاذ عام 2008، تضمن مجموعة من الحقوق والحريات، بمختلف أنواعها المدنية والسياسية و الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كما تضمن إنشاء لجنة حقوق الإنسان العربية قصد متابعة تنفيذ الميثاق، وهذا مواكبة للتطور الحاصل في العالم في مجال حماية وترقية حقوق الإنسان. وبعد ذلك قامت جامعة الدول العربية بوضع النظام الأساسي للمحكمة العربية لحقوق الإنسان عام 2013، من أجل تدعيم آليات الرقابة على حماية حقوق الإنسان.

¹ ميثاق الأمم المتحدة والملحق بالنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المصادق عليه في مؤتمر سان فرانسيسكو بتاريخ 1945/5/5، وانضمت الجزائر لمنظمة الأمم المتحدة في 1962/10/08، بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 176(د-17)، صادر بتاريخ 1962/10/08.

²Favoreu Louis, Gaia Patrick,..., Droits des libertés fondamentales, 1^{er} éd Dalloz, Paris, 2000, p.68.

³ تعود فكرة نشأت جامعة الدول العربية إلى المجهودات التي قامت بها جمهورية مصر العربية اثر المشاورات التي باشرتها بشأن الوحدة العربية عام 1943، لتشكل في النهاية جامعة الدول العربية بتاريخ 1945/03/29، أنظر: صلاح الدين عامر، قانون التنظيم الدولي : النظرية العامة- الأمم المتحدة - وكالاتها المتخصصة - الهيئات الدولية خارج إطار الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص.455.

رغم هذه الجهود التي قامت بها جامعة الدول العربية في مجال حماية حقوق الإنسان و حرياته الأساسية، إلا أنّ وضع هذه الحقوق في الواقع مازال بعيدا عن طموحات المواطن العربي، حيث نجد نقصا فادحا في ممارسة بعض الحقوق كالسياسية والاقتصادية والاجتماعية، إذ لم ترق إلى المستوى المطلوب، وبناءً على ذلك نتساءل: ما هي سبل تطوير حماية حقوق الإنسان وترقيتها في العالم العربي؟ وعلى ضوء ذلك تكون دراستنا لهذا الموضوع على النحو الآتي:

أولاً: إحداهت إصلاحات سياسية و اقتصادية

1- إحداهت إصلاحات سياسية

2- إحداهت إصلاحات اقتصادية

ثانياً: تطوير وتفعيل آليات حماية حقوق الإنسان على المستوى العربي

1- توسيع عمل اللجنة العربية الدائمة لحقوق الإنسان

2- تطوير عمل لجنة حقوق الإنسان العربية

3- تفعيل المحكمة العربية لحقوق الإنسان

4- إصلاح جامعة الدول العربية

أولاً: إحداهت إصلاحات سياسية واقتصادية

إن النهوض بحقوق الإنسان لا يتوقف على الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية المتصلة بحقوق الإنسان، و تعديل الدساتير لتبني أحكام هذه الاتفاقيات، وإنما أبعد من ذلك، حيث أنّ حقوق الإنسان تتطلب وجود وسط ملائم ومقبول لممارستها وهو المجتمع الديمقراطي، وهذا ما لا نجده في الدول العربية، لذا يتطلب إحداهت إصلاحات سياسية عميقة وأن يتبع ذلك بإصلاحات اقتصادية نظراً لما يؤديه الاقتصاد من دور في مجال حماية الحقوق والحريات خاصة الاجتماعية والاقتصادية منها.

1- إحداهت إصلاحات سياسية

عانت الدول العربية من ويلات الاستعمار خلال القرنين الماضيين لتجد نفسها في ما بعد في صراعات داخلية جعل عدم الاستقرار سيد الموقف، وهذا الوضع انعكس سلبا على حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، لهذا كان ينبغي على هذه الدول إجراء بعض الإصلاحات السياسية لحل هذه المشاكل ومواكبة التطور الذي يشهده العالم في مختلف مجالات الحياة لاسيما مجال حقوق الإنسان، ذلك أن تردي وضعية حقوق الإنسان في هذه البلدان مرده أساساً إلى غياب الديمقراطية و ما إنجر من ذلك من تضيق للحقوق والحريات، و قد تأخرت الدول العربية كثيراً ، وطال الانتظار إلى انتفض الشارع أو ما عرف بالثورات العربية أو الربيع العربي، وكانت هذه الثورات بمثابة الشرارة التي عجلت بالإصلاحات السياسية في بعض البلدان العربية وهذا بداية من أواخر عام 2010 وبداية عام 2011، حيث قامت ثورة في تونس و التي

تعرف بثورة 2010/12/17، أدت إلى الإطاحة بالنظام القائم آنذاك بقيادة الرئيس " زين العابدين بن علي"⁴ والتي كللت بانتخاب مجلس تأسيسي لإعداد دستور للجمهورية التونسية، والذي تم إصداره في 2014/01/23، تضمن إقرار العديد من الحقوق والحريات⁵، كما تم إجراء انتخابات تعددية برلمانية ورئاسية.

قامت ثورة أخرى بمصر أطاحت بالرئيس المصري " حسني مبارك" وتم وضع دستور جديد للجمهورية العربية المصرية، وتنظيم انتخابات تعددية برلمانية ورئاسية، فاز بها الإخوان المسلمون⁶، غير أنّ الوضع عاد إلى سابق عهده، إثر قيام الجيش المصري بإنقلاب عسكري على الإخوان وتم الزج بالرئيس "محمد مرسي" في السجن، و بعد ذلك تم إعداد دستور جديد وتنظيم انتخابات رئاسية عاد فيها الفوز لأحد رموز النظام السابق وهو "عبد الفتاح السيسي" الذي أعاد نسخ نظام سابقه "حسني مبارك".

وكامتداد للثورات العربية الأخرى قامت في المغرب حركة شبابية تعرف بحركة 20 فبراير 2011⁷، مطالبة بالحرية والديمقراطية والتي شكلت ضغطا كبيرا على السلطات المغربية والتي أثمرت بإحداث إصلاحات سياسية أفضت إلى إصدار دستور جديد يكرس حقوقا و واجبات لم تكن موجودة من قبل⁸.

⁴ رنا العاشوري سعدي، التجربة الديمقراطية في تونس: هاجس متأصل ومسار متعثر، مجلة المستقبل العربي، العدد 277 لعام 2012، المركز العربي للوحدة والدراسات، بيروت لبنان، ص ص 162. و 163. www.caus.org.ib, le 11/09L17. 21h00

⁵ تضمن دستور الجمهورية التونسية الحقوق والحريات في الباب الثاني من الفصل 21 إلى الفصل 49، حيث أكد على المساواة بين المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات، ثم سرد مختلف الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية، دستور الجمهورية التونسية، المجلس التأسيسي، يوم 2014/01/26،

www.constituteproject.org

⁶ Nathalie Bernard Maugiron , les réformes constitutionnelles dans les pays arabes en transition, p. 55. In: www.imesd.org le 10/10/2017 à 19h00.

⁷ محمد الاخصاصي، الإصلاحات في المغرب : الحصيلة والمستقبل، مجلة المستقبل العربي، العدد 444، ص. 22 وما بعدها. www.caus.org.ib, le 11/09L17 à 21h00

⁸ نص دستور المملكة المغربية على الحريات والحقوق الأساسية في الباب الثاني من الفصل 19 إلى الفصل 40، حيث أكد على تمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والبيئية الواردة في هذا الباب، تسعى الدولة إلى تحقيق المناصفة بين الرجال والنساء وتحدث لهذا الغرض هيئة للمناصفة ومكافحة أشكال التمييز، دستور المملكة المغربية لعام 2011، ظهير شريف رقم 1.11.91، صادر بتاريخ 2011/07/29، ج ر عدد 5964 مكرر ليوم 2011/07/30، www.mcrp.gov.ma

فيما قامت الجزائر هي الأخرى خشية إمتداد المد الثوري العربي، بإجراء حزمة من الإصلاحات شملت تعديل قانون الانتخابات و قانون الأحزاب السياسية، قانون الجمعيات⁹، انتهاء بتعديل الدستور عام 2016¹⁰، وقامت دول أخرى بإجراء بعض الإصلاحات هي الأخرى تندرج في إطار تكريس الحقوق والحريات الأساسية للمواطن في كل من اليمن والأردن، و في دول الخليج قامت سلطنة عمان ببعض الإصلاحات السياسية، كما قامت دول أخرى بإصلاحات مست حقوق المرأة بالسماح لها بالمشاركة في الاستحقاقات الانتخابية¹¹.

إنّ إندلاع مثل هذه الثورات والانفجار الاجتماعي أو الشارع العربي كان كرد فعل عن الخناق الذي مارسه الأنظمة العربية على الحقوق والحريات، حيث قامت بالتضييق على ممارسة الحقوق والحريات خاصة السياسية بسبب النظام التسلطي و الحكم غير الديمقراطي¹²، ورغم الإصلاحات التي باشرتها أغلب الدول العربية والتي مست أساسًا إقرار الحقوق والحريات السياسية خاصة حق الانتخاب والترشح وإنشاء الأحزاب السياسية وغيرها من الحقوق في الدساتير.

إلا أنّ هذه الإصلاحات لم ترق إلى تطلعات الجماهير العربية، حيث بقيت هذه الشعوب تقبع على وقع الأنظمة غير الديمقراطية، فيما بقيت ممارسة هذه الحقوق شكلية فقط حيث لم ترق إلى المستوى المطلوب. فالجديد هو تزيين الواجهة أي الظهور بمظهر دولة القانون بالنسبة للخارج. إذ عرفت حرية التجمهر والعمل النقابي وحرية الصحافة، وحقوق المرأة والطفل مضايقات كبيرة إلى غير ذلك من الممارسات، وهذا ما أبرزته المنظمات الحقوقية الوطنية والدولية في تقاريرها.

بناءً على ذلك يتطلب من هذه الدول القيام بتعميق الإصلاحات والمضي قدما من أجل تكريس مبدأ التداول على السلطة فعليا، الذي يكون دافعا أساسيا للأحزاب للتنافس على أحسن الحلول للنهوض بحقوق الإنسان وحياته الأساسية، وهذا ما لم نسجله في هذه الإصلاحات، فالملك المغربي حافظ على سلطاته في الدستور الجديد الصادر عام 2014، كما تم تركيز السلطة في الجزائر بيد الرئيس في التعديل الأخير للدستور، والذي تتولى تعينه قوى خفية نافذة داخل النظام، فمن غير المعقول تصور انتخاب رئيس الجمهورية في الجزائر غير الرئيس المزكى من طرف السلطة في الوقت الراهن وبالتحديد من المؤسسة

⁹ -Nathalie Bernard Maugiron , op. cit, p. 53.

¹⁰ باشرت الجزائر سلسلة من الإصلاحات كالتعديل الدستور عام 2016، الذي نص على الحقوق والحريات من المادة 32 إلى المادة 73، حيث نجد المادة 32 تنص على المساواة، فيما نصت المواد الأخرى على الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 1996، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 1996/12/7، ج ر عدد 76، صادر بتاريخ 1996/12/08 معدل ومتمم 2002 و 2008 و 2016.

¹¹ إبراهيم البداوي، تفسير العجز الديمقراطي في الوطن العربي، مجلة المستقبل العربي، العدد 384، ص ص. 85-100.

www.caus.org.ib, le 11/09L17 à 21h00

¹² MAHIUO Ahmed, la charte arabe des droits de l'homme, in : <https://blogavocat.fr/sites.p.2>.
le 20/10/2017 à 21h00.

العسكرية، والأمر نفسه في مصر حيث عاد "عبد الفتاح السيسي" إلى الحكم والذي يجسد النظام السابق. كما حافظ الملوك في دول الخليج العربي بسلطاتهم كاملة، وتشبث الرئيس السوري بمنصبه رغم الدمار الذي مس بلاده.

كل هذا ما صنغته العقلية المتحجرة لحكام الشعوب العربية، فالصراع على الكرسي أصبح سيد الموقف في هذه الدول، فمن وصل إلى الحكم لا يريد أن يتنازل عنه، رغم سنهم المتقدم، فغياب الإرادة الشعبية ساهم في ضعف منظومة الحكم مما جعل هذه الدول عرضة للتدخلات الأجنبية.

2- إحداث يؤدي العامل الاقتصادي دور مهم في مجال النهوض بحقوق الإنسان، ذلك أن التقدم الاقتصادي للدولة يجعل منها دولة قادرة على تلبية حاجيات المواطنين خاصة الاجتماعية منها كتوفير مرافق التعليم والمرافق الصحية، ومناصب العمل ووسائل الترفيه... الخ، أما الدولة المتخلفة فإنها لا تستطيع توفير مثل هذه الحاجيات مما يجعل المواطنين في هذه الدولة لا يتمتعون بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بشكل كامل.

وعلى إعتبار أن الدول العربية عانت خلال الفترة الاستعمارية من تخلف كبير نتيجة تعرضها لنهب ثرواتها من طرف الاستعمار الغاشم، واستمرت المعاناة مع تحقيق استقلالها من تبعية اقتصادية للدول المتقدمة، فأغلب هذه الدول تعاني تخلف اقتصادي والذي انعكس سلبا على الأوضاع الاجتماعية.

يقوم اقتصاد الدول العربية على الثروات الطبيعية وهي البترول والغاز والفوسفات و مثال ذلك دول الخليج العربي، والجزائر، وليبيا، والمغرب وتونس وقطاع الخدمات كالسياحة كمصر مثلا، فاعتمادها على المصدر الوحيد للدخل جعلها عرضة لعدة أزمات اقتصادية ومالية بسبب تراجع أسعار هذه المواد في السوق الدولية مثل البترول والغاز، وتراجع عائدات السياحة بسبب الظروف الأمنية المتدهورة، نتيجة انتشار الإرهاب في هذه المنطقة كمصر مثلا، كل هذا انعكس سلبا على الوضع الاجتماعي لهذه الدول، إذ ارتفع معدل التضخم، كما عرفت القدرة الشرائية تراجعا كبيرا، كل هذا أثر سلبا على الحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية لهذه البلدان.

حاولت معظم هذه الدول النهوض باقتصادها قصد التخلص من التبعية الاقتصادية للخارج من خلال اعتماد إصلاحات اقتصادية، بهدف تنويع الاقتصاد الوطني والقضاء على البطالة والفقر والفوارق الاجتماعية من خلال التوزيع العادل للثروة¹³، لكن رغم ذلك مازالت هذه الدول تعاني من التبعية بسبب إعتقادها على الريع البترولي بالنسبة لأغلب الدول الجزائر، دول الخليج، أو السياحة بالنسبة للدول الأخرى كمصر والمغرب، لكن هناك تفاوت من حيث المستوى المعيشي بين هذه الدول حيث أن دول الخليج أحسن بكثير من دول شمال إفريقيا، إذ تمكنت بعض دول الخليج من قطع أشواطا معتبرة في مجال التنمية الاقتصادية مثل الإمارات العربية والسعودية وقطر¹⁴، أما بقية الدول مثل مصر والمغرب والجزائر فهي تعيش على وقع

¹³ MAAZOUZ, Economie du Monde Arabe, in: www.e-tahero.net/cours/economie, P.15.
le 20/10/2017 à 21h00.

¹⁴ MAZOUZI, Op. Cit, p. 18.

الأزمة المالية بسبب تدني أسعار البترول وتراجع عائدات النشاط السياحي، ورغم الإجراءات والتدابير المتخذة للحد من وقع هذه الأزمة إلا أنّ آثار الأزمة مازالت قائمة.

لهذا يتطلب من هذه الدول وضع استراتيجية اقتصادية طويلة المدى من أجل النهوض بالاقتصاد وإحداث تنمية شاملة وكاملة، وإقامة تعاون بين هذه الدول في المجال الاقتصادي وغيره من المجالات وهذا نتيجة وجود عناصر التكامل بين اقتصاديات هذه الدول، وكل هذا سيكون له انعكاس ايجابي على وضعية حقوق الإنسان في العالم العربي.

ثانياً: تفعيل وتطوير آليات حماية حقوق الإنسان على المستوى العربي

قامت جامعة الدول العربية بوضع الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي أقر مجموعة من الحقوق والحريات، ونص على جهاز رقابي يتمثل اللجنة العربية لحقوق الإنسان، إضافة وضع النظام الأساسي للمحكمة العربية لحقوق الإنسان.

1-توسيع عمل اللجنة العربية الدائمة لحقوق الإنسان

لم تول الجامعة العربية في بداية نشأتها إهتماماً لحقوق الإنسان حيث لم يرد أي نص ولا أية إشارة في الديباجة بشأن حقوق الإنسان، عكس المنظمات الدولية الأخرى وهذا راجع إلى الظروف التاريخية التي ظهرت فيها، لكن بمرور الزمن بدأت الجامعة تهتم بهذه المسألة، وكانت البداية بإنشاء اللجنة العربية الدائمة لحقوق الإنسان، وهذا بموجب القرار رقم 48/2443 بتاريخ 1968/09/03، أسندت لها مهمة وضع اقتراحات وبحوث مشاريع الاتفاقيات والتي يتعين موافقة مجلس الجامعة.

تعتبر هذه اللجنة هيئة ذات طابع سياسي تعمل تحت وصاية ورقابة مجلس جامعة الدول العربية، تتكون من ممثلي الدول الأعضاء، هذا ما يجعل هذه اللجنة تختلف كثيراً عن تلك المنشأة في إطار المنظمات والاتفاقيات الدولية الأخرى، التي تتكون من شخصيات لها خبرة في مجال حقوق الإنسان وتتمتع بالاستقلالية في أداء عملها مثل اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان سابقاً، واللجنة الأمريكية لحقوق الإنسان.

انصبّ عمل هذه اللجنة في بداية الأمر على أوضاع حقوق الإنسان في الأراضي المحتلة (القضية الفلسطينية)، على اعتبار أن القضية الفلسطينية هي قضية محورية بالنسبة للدول العربية، غير أنه في السنوات الأخيرة قامت ببعض المجهودات أفضت إلى صياغة الميثاق العربي لحقوق الإنسان، الذي صادق عليه مجلس الجامعة عام 1994، غير أنّ هذا الميثاق تم تعديله بسبب الثغرات والنقائص التي ظهرت عليه، ليتم إصدار نسخة جديدة عام 2004. يتضح من كل ما تقدم بأنّ عمل هذه اللجنة محدود جداً، لذا يتطلب إعادة النظر في عملها حتى تكون دعامة قوية لحماية حقوق الإنسان.

2- تطوير دور لجنة حقوق الإنسان العربية

تم إنشائها إستنادا لنص المادة 45 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان بنصها على أنه: (تشأ لجنة عربية لحقوق العربية تتكون من سبعة أعضاء تنتخبهم الدول الأطراف في هذا الميثاق بالاقتراع السري)¹⁵، لقد اختار الميثاق اللجنة كآلية لمتابعة تنفيذ الميثاق من طرف الدول الأعضاء، وهذا أسوة بالاتفاقيات الدولية المتصلة بحقوق الإنسان السابقة على الميثاق العربي لحقوق الإنسان، كالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والاتفاقيتين الأوروبية والأمريكية لحقوق الإنسان.

إستنادا للمادة 47 من ذات الميثاق تعهدت الدول الأطراف على توفير الضمانات لأعضائها وهي الحصانة لحمايتهم من كل المضايقات وأشكال الضغط المعنوية والمادية أو من أية متابعة قضائية بسبب موقفهم أو تصريحاتهم أثناء قيامهم بمهامهم¹⁶.

يتضح من هذا النص أنّ الميثاق أعطى ضمانات مهمة لأعضاء اللجنة و المتمثلة في الحصانة والحماية من كل المضايقات وأشكال الضغط المعنوية والمادية أو من أية متابعة بسبب موقفهم أو تصريحاتهم أثناء قيامهم بمهامهم، فهذه الضمانات تشكل حافزا كبيرا و قويا للجنة وأعضائها في أداء الدور المنوط لها بموجب أحكام الميثاق.

أما المادة 48 من ذات الميثاق فقد نصت على إختصاصات اللجنة والمتمثلة في دراسة التقارير الدورية التي تقدمها الدول الأطراف بشأن التدابير المتخذة لتنفيذ الحقوق المقررة في الميثاق، وبيان التقدم المحرز للتمتع بها للأمين العام للجامعة العربية وتتم هذه الدراسة بحضور ممثل الدولة المعنية، وهذا خلال سنة من دخول الميثاق حيز النفاذ ثم بعد ذلك تقدم الدول تقاريرها كل ثلاث سنوات¹⁷.

نلاحظ بأنّ الميثاق منح إختصاص وحيد للجنة وهو دراسة التقارير التي تقدمها الدول الأطراف فقط، وهنا مكنم الخلل، فهذا الأسلوب الوحيد المتبع لا يثني عن متابعة تنفيذ الميثاق، وقد أثبتت التجارب السابقة أي الاتفاقيات المتصلة بحقوق الإنسان والتي إعتمدت هذا الأسلوب من ذلك العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وغيرها، إنّ أسلوب عمل اللجنة من خلال التقارير يكتنفه أو يشوبه نقص كون هذه التقارير لا تعكس الوضع الحقيقي في أغلب الأحيان، كما أنّ هذه التقارير غير كافية لتشخيص الوضع العام لحقوق الإنسان في الدولة، ذلك أنّ الدول كثيرا ما تقدم تقارير لا تبرز فيه مختلف العيوب والانتهاكات أي تقوم بإخفاء الحقائق، كما أنها غالبا ما تبرر تأخرها في تنفيذ الالتزامات بوجود صعوبات مالية وتقنية في تطبيق

¹⁵ المادة 45 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي اقره مجلس جامعة الدول العربية على مستوى القمة السادسة عشر ب تونس ما بين 22-23 مايو 2004، صادقت عليه الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 06-62 مؤرخ في 11/02/2006، ج ر عدد 8، ليوم 15/02/2006.

¹⁶ المادة 48 من ذات الميثاق.

¹⁷ حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية مقارنة بها في ظل أحكام الشريعة الإسلامية ومدى هذه الحماية في مصر، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص. 179.

هذا الميثاق¹⁸، فغياب الطعون الفردية والشكاوي بين الدول يجعل إختصاصات هذه اللجنة محدودة جداً، وإن لم نقل معدومة الإختصاص، وإنطلاقاً من هذا يتطلب توسيع إختصاصات هذه اللجنة من أجل ضمان الفعالية في ممارسة اختصاصاتها.

3- تفعيل المحكمة العربية لحقوق الإنسان

تم إعتقاد نظامها الأساسي بتاريخ 2013/10/10 بسلطنة عُمان، ونشير إلى أنّ هذا النظام لم يدخل حيز النفاذ، وبذلك لم يتم تنصيب هذه المحكمة وفي إنتظار ذلك، يمكننا القول بأنّ هذه المحكمة تعتبر إنجاز مهم في سبيل تطوير وترقية حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، و تضمن نظامها الأساسي 28 مادة، حيث نصّت المادة الثانية من هذا النظام على أنه: (تتشأ في إطار جامعة الدول العربية محكمة عربية لحقوق الإنسان بوصفها هيئة مستقلة تهدف إلى تعزيز رغبة الدول الأطراف في تنفيذ إلتزاماتها في مجال حقوق الإنسان وحرياته)¹⁹. ونصّت المادة 7 على أنّ المحكمة تتشكل من سبعة قضاة من مواطني الدول الأطراف ويجوز زيادته إلى 11 قاضياً بناء على طلب المحكمة وبموافقة الجمعية العامة²⁰.

ينبغي أنّ تتوفر في المترشحين لهذا المنصب بعض الشروط منها أن يكون من الشخصيات المشهود لها بالنزاهة والإلتزام بالقيم الأخلاقية العالية، إضافة إلى الكفاءة والخبرة في مجال العمل القانوني أو القضائي، وأن تتوفر فيهم المؤهلات المطلوبة للتعين في أعلى المناصب القضائية أو القانونية في دولتهم ويفضل من لديه خبرة في مجال حقوق الإنسان²¹.

ونصت المادتان 14 و 15 من ذات النظام على تتمتع القضاة بالحصانات وغيرها من الامتيازات وعلى استقلالهم وتفرغهم²²، فيما نصت المادة 16 على ولاية المحكمة بالنظر في أية منازعة ناشئة عن تطبيق وتفسير الميثاق العربي لحقوق الإنسان أو أي اتفاقية عربية أخرى في مجال حقوق الإنسان تكون الدولة المتنازعة طرفاً فيها²³، وحددت المادة 18 شروط قبول الدعوى

نصت المادة 19 من الميثاق على إختصاصات اللجنة، حيث تنظر في الدعوى بين الدول الذي يكون أحد مواطنيها قد تعرض لإنتهاك أحد حقوقه من طرف دولة أخرى، كما يمكن للمنظمات الوطنية غير الحكومة كذلك أن تتأسس في الدعوى بشرط قبول الدولة المعنية بهذا الإختصاص مسبقاً أو لاحقاً²⁴.

¹⁸ MAHIOU Ahmed, op.cit , p. 5.

¹⁹ المادة 2 من النظام الأساسي للمحكمة العربية لحقوق الإنسان المعتمد في البحرين من طرف مجلس الجامعة على مستوى القمة رقم 573، دع (24) بتاريخ 2013/03/26، 20h00 à www.lasportal.org/ar le 20/10/2017

²⁰ المادة 7 من النظام نفسه.

²¹ المادة 7 من النظام نفسه.

²² المادة 14 و 15 من النظام نفسه.

²³ المادة 16 من النظام نفسه.

²⁴ المادة 18 و 19 من النظام نفسه.

وتختص المحكمة كذلك بتقديم آراء استشارية حول مسألة قانونية ذات صلة بالميثاق، أو أي إتفاقية عربية متعلقة بحقوق الإنسان، وتسبب المحكمة ما تصدره من آراء استشارية، ويكون لكل قاض الحق في إصدار رأي منفرد استقلالا عن رأي المحكمة وهذا إستناداً للمادة 21 من النظام الأساسي للمحكمة²⁵.

باستقراء هذه النصوص نبدي الملاحظات الآتية:

-إنّ إنشاء محكمة عربية لحقوق الإنسان، يعد قفزة نوعية ودعامة أساسية وقوية في إطار حماية حقوق الإنسان، وشكل من أشكال ترقية حماية حقوق الإنسان.

-إنّ هذه الهيئة تتمتع بالاستقلالية، كما يتمتع القضاة بالاستقلالية والحصانات و ببعض الإمتيازات، يعتبران ضمانات مهمة في مجال أداء القضاة لمهامهم بعيداً عن ضغوط الدول، تبقى الممارسة لتأكيد جدية هذه النصوص. كما تتمتع المحكمة بالاستقلالية في مجال إعداد الميزانية.

-إنّ الإختصاصات الممنوحة للمحكمة محدودة في مجال التصدي لانتهاكات حقوق الإنسان من طرف الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة، حيث تم حصرها في الشكاوي بين الدول دون السماح للأفراد بتقديم الشكاوي أو الطعون أمامها، كما سمحت للمنظمات الوطنية غير الحكومية بالتأسيس في الشكاوي بشرط قبول الدولة الطرف مسبقاً أو لاحقاً، وهذا ما قد يعطل هذا الإجراء، و ينقص من فاعلية هذا الجهاز القضائي.

هذا إنّ دلّ على شيء وأنما يدل على غياب إرادة سياسية حقيقية ونية صادقة في ترقية حماية حقوق الإنسان، ذلك أنّ إسقاط الطعون الفردية يعتبر نقصاً فادحاً في النظام الأساسي للمحكمة يتطلب تداركه في أقرب وقت، ويبدو أنّه كان ممنهجاً على إعتبار أنّ الدول العربية لا تسمح بمقضاتها من طرف مواطنيها أمام جهات قضائية خارجية، وفي الأخير نقول بأنّ هذا الجهاز يعكس توجه أنظمة الحكم العربية التي تتحكم في زمام الأمور ولا تعطي أي فرصة في الحرية لأفرادها.

أما في ما يخص الشروط المطلوبة لتقديم الشكاوي فقد حددها النظام كما هو معمول به في سائر الاتفاقيات الدولية المتصلة بحقوق الإنسان، كالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وهي: إستنفاد طرق الطعن الداخلية-عدم عرض النزاع أمام هيئة إقليمية-مرور ستة أشهر من صدور الحكم البات، فهي شروط منطقية تتطابق مع ما هو موجود في الاتفاقيات الدولية المتصلة بحقوق الإنسان²⁶.

4-إصلاح جامعة الدول العربية

نشأت هذه الجامعة عام 1945، ومن ذلك التاريخ لم يعرف ميثاقها أي تعديل رغم ظهور معطيات جديدة تستدعي مراجعة هذا الميثاق، وفي هذا الإطار كانت هناك عدة محاولات لإصلاح الجامعة العربية إلا إنّ هذه المحاولات باءت بالفشل، وهذا نتيجة غياب إرادة حقيقية في الإصلاح وتضارب مصالح الدول

²⁵ المادة من النظام نفسه.

²⁶ المادة 18 من النظام نفسه.

من جهة أخرى خاصة فيما يتعلق باقتراح تقدمت به الجزائر والمتمثل في التداول على منصب الأمين العام للجامعة والذي ترفضه مصر في كل مرة.

لكن ما يمكن قوله في هذا الإطار هو أن الجامعة بحاجة إلى إصلاح هيكلي و وظيفي لمواكبة التطور الحاصل في العالم العربي والعالم ككل، خاصة فيما يتعلق بدور هياكل الجامعة، في مجال النهوض بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية. حيث أن ميثاق الجامعة لم يتضمن أية إشارة في مجال حماية حقوق الإنسان ودور هياكل الجامعة في ذلك، لهذا يتطلب تعديل هذا الميثاق والنص على حماية حقوق كأحد أهداف الجامعة وإعطاء دور أو مهام لأجهزة الجامعة في هذا المجال. وهذا الأمر جد مهم على اعتبار أن كل الأجهزة المنشأة تخضع لإشراف الجامعة وبالتحديد مجلس الجامعة.

خاتمة

يتضح من خلال كل ما تقدم أن جامعة الدول العربية عملت على النص على حقوق الإنسان في دساتيرها، كما وضعت تشريعات تكرس حماية هذه الحقوق الدستورية، ووضع بعض الهيئات للرقابة على حماية حقوق الإنسان على المستوى الوطني.

كما قامت بإصدار الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي تضمن عدة حقوق مدنية وسياسية واقتصادية واجتماعية وثقافية، كما وضعت آلية لمتابعة تنفيذ الميثاق والمتمثلة في اللجنة العربية لحقوق الإنسان، وتم تدعيم هذه الآلية بالمحكمة العربية لحقوق الإنسان.

غير أن المتتبع لمسار حقوق الإنسان في العالم العربي في هذا المجال يجد بأن هذه النصوص غير كافية، والآليات غير فعالة لضمان حماية حقوق الإنسان على المستوى العربي، فحقوق الإنسان تنتهك هنا وهناك وعلى مرأى العالم، كما أن الإصلاحات التي قامت بها هذه الدول لم تمس جوهر المشكلة، وهو اعتماد الديمقراطية، حيث أن ملوك ورؤساء مختلف الدول العربية إحتفظوا بسلطاتهم ولم يكرسوا مبدأ التداول على السلطة فعليا. زيادة على كل هذا، فإن هذه الدول أنهكتها الصراعات الداخلية والإرهاب الذي أضحى منتش في جميع أنحاء الدول العربية، مما زاد من تردي أوضاع هذه الدول والذي إنعكس سلبا على حقوق الإنسان.

وبناءً على ما تقدم نبدي بعض الاقتراحات التي يمكن أن تساهم في النهوض بحقوق الإنسان على المستوى العربي، في ما يأتي:..

1- تعميق الإصلاحات السياسية، وهذا من خلال التكريس الفعلي لمبدأ التداول على السلطة، والفصل بين السلطات العامة للدولة، وتكريس إستقلالية السلطة القضائية في كل دولة من الدول العربية.

2- تطوير آليات الرقابة الوطنية لحقوق الإنسان.

3- إصلاح جامعة الدول العربية تماشيا مع التطورات الحاصلة في المجتمعات العربية والعالم ككل، من خلال تعديل ميثاقها وإدراج موضوع حقوق الإنسان في الميثاق، وإستحداث هياكل جديدة تتولى رصد إنتهاكات حقوق الإنسان.

- 4- تنوع أساليب الرقابة المعتمدة من طرف اللجنة العربية لحقوق الإنسان، من خلال إستحداث الشكاوي بين الدول والطمعون الفردية، واجراء التحقيق في إنتهاكات حقوق الإنسان.
- 5- تنصيب المحكمة العربية وتنقيح نظامها بما يتماشى والمستجدات في مجال حماية الحقوق والحريات، من أجل تكريس الفعالية في ممارسة هذه المحكمة لاختصاصها، وإلا فهي مجرد هيكل بلا روح.
- 6- وضع إستراتيجية لمكافحة الإرهاب الذي أضحى يشكل هاجسا كبيرا في ممارسة حقوق الإنسان، وإدراج حقوق الإنسان ضمن برنامج منظومة التربية والتعليم من أجل ترسيخ مبادئ حقوق الإنسان في الأجيال القادمة.

دور الضمانات والمبادئ الدولية في حماية ملكية المستثمر الأجنبي

بقة حسان، أستاذ مساعد قسم "أ"،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000، بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: hacembekka@gmail.com

الملخص:

تلعب الآليات الدولية دور كبير في ضمان وحماية الاستثمارات الأجنبية، حيث تحرص المنظمات الدولية والاتفاقيات الدولية للاستثمار على وضع قواعد قانونية موحدة لمعاملة الاستثمارات، دون تمييز بين الدول المصدرة للاستثمار والدول المضيفة له. ينصب كل ذلك في محاولة تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة للدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، هذا التعارض يجد تفسيره في ازدياد عدد القضايا المطروحة أمام هيئات التحكيم الدولي، فيما يتعلق باحترام الشروط القانونية المطلوبة لشرعية نزع الملكية.

الكلمات المفتاحية:

الاستثمار، ضمانات الحماية، مبادئ القانون الدولي، المستثمر الأجنبي، نزع الملكية.

Le rôle des garanties et des principes internationaux dans la protection de la propriété des investisseurs étrangers

Résumé:

Les mécanismes internationaux, incarné tant par les organisations internationales que par les conventions internationales de l'investissement, jouent un rôle majeur dans la garantie et la protection des investissements étrangers, et ce, en établissant des règles juridiques uniformes pour un traitement égalitaire des investissements entre les pays exportateurs et les pays d'accueil. Une telle démarche vise à réaliser un équilibre entre les intérêts paradoxaux de l'Etat hôte et l'investisseur étranger. Cette contradiction s'explique par la multiplication des affaires portées devant les tribunaux arbitraux internationaux concernant le respect des conditions de licéité d'expropriation.

Mots clés:

Investissement, garanties de protection, principes du droit international, investisseur étranger, expropriation.

The role of international safeguards and principles in protecting the property of foreign investors

Abstract:

International mechanisms, embodied both by international organizations and by international investment conventions, play a major role in guaranteeing and protecting foreign investment by establishing uniform legal rules for equal treatment of investments between exporting countries and host countries. Such an approach aims at achieving a balance between the paradoxical interests of the host State and the foreign investor. This contradiction can be explained by the increasing number of cases brought before international arbitration tribunals concerning the respect of conditions of lawfulness of expropriation.

Keywords:

Investment, Guarantees of protection, Principles of international law, Foreign investor, expropriation.

مقدمة

أمام تضارب مصالح أطراف العملية الاستثمارية، يسعى المستثمر الأجنبي إلى ضمان حماية حقوقه خاصة الحق في الملكية وعدم التعرض لها بالنزاع إلا باحترام الشروط القانونية المحددة في القانون الدولي للاستثمار، في حين تعتبر الدول النامية نفسها صاحبة السيادة، فمن حقها تنظيم الاستثمارات خدمة لمصالحها من خلال إجراءات نزع الملكية سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة⁽¹⁾.

التوفيق بين المصالح المتعارضة لا يتحقق دون ارساء قواعد قانونية دولية تقر بمعاملة المستثمر الأجنبي على أساس مبادئ دولية لا يمكن التنازل عنها، لما تشمله من ضمانات دولية تُرسخ في نفسية المستثمر الأجنبي نوعاً من الثقة والاطمئنان، وتؤكد على تكريس واحترام المبادئ المستقرة في القانون الدولي للاستثمار⁽²⁾. وبالتالي، فما مدى فعالية الضمانات والمبادئ الدولية في توفير الحماية اللازمة والكافية لأموال المستثمر الأجنبي من خطر نزع الملكية؟.

تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع من خلال الدور الذي تلعبه الضمانات والمبادئ الدولية كوسائل قانونية فعالة موحدة تلزم الدول بتقرير حماية لحقوق الملكية للمستثمرين الأجانب، ولدراسة هذا الموضوع تم إتباع المنهج الوصفي لتبيان أهم هذه الضمانات والمبادئ المكرسة على المستوى الدولي مع الاعتماد أيضاً على المنهج التحليلي، من خلال التطرق لأشهر القضايا التحكيمية المعروفة في هذا الموضوع.

للإجابة على هذا السؤال، تقتضي الدراسة بيان أهم الضمانات الدولية للحماية وما لها من تأثير على حماية المستثمر الأجنبي من خلال التأكيد على عدم الحرمان التعسفي من ممتلكاته (أولاً)، ثم التطرق إلى

1- أحمد عبد اللاه المراغي، القانون الدولي الاستثماري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص 137.

2- أحمد محمد بهي الدين محمد رمضان، مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها الطبيعية: دراسة تطبيقية على الثروة البترولية، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، تخصص قانون دولي عام، كلية الحقوق، الإسكندرية، 2010، ص 269 وما بعدها.

المبادئ المستقرة في القانون الدولي للاستثمار، بالوقوف على مجموعة من أحكام التحكيم المشهورة في هذا المجال (ثانياً).

أولاً- الضمانات الدولية لحماية ملكية المستثمر الأجنبي

يعدّ ضمان حق المستثمر الأجنبي في عدم نزول الدولة المضيفة له على الحد الأدنى المطلوب في المعاملة والحماية من بين أهم القواعد والضمانات الأساسية المستقرة في القانون الدولي العرفي، والتي يكفلها لإعمال الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، أمام صعوبة الحصول على حماية أكبر من تلك الممنوحة لمواطني الدولة المضيفة (1)، والاحتفاظ له بالحق في الحماية الدبلوماسية (2)، وفتح المجال أمامه للجوء إلى هيئات التحكيم الدولي في حالة نشوء نزاعات متعلقة بالاستثمار (3).

1- ضمان تمتع الأجنبي بحد أدنى من الحقوق لحماية أمواله

إنّ تحديد مفهوم الحد الأدنى لحماية الأجانب ومعاملتهم كان دائماً محل دراسة من حيث المضمون في فقه القانون الدولي منذ القرن التاسع عشر (19)، فيما يخص الأضرار التي لحقت بملكات الأجانب نتيجة لأعمال الشغب أو الحرب الأهلية، ولكن المسألة العامة المتعلقة بمسؤولية الدول على التعدي عن الحقوق المكتسبة للأجانب ظلت موضوع بحث واستكشاف إلى حد الآن (1). وبالرجوع إلى الممارسة الدولية نجد ما يدعم ويؤسس ذلك، حيث أيدت محكمة العدل الدولية الدائمة معيار الحد الأدنى في كثير من أحكامها، وقد قضت في حكمها الصادر في 25 ماي 1926 لتسوية نزاع بين بولندا وألمانيا بشأن مصالح الرعايا الألمان المقيمين في سيليزيا العليا البولندية بقولها: "أن الدول ليست حرة في معاملة الأجانب كما هو الحال بالنسبة لمعاملة الوطنيين، إذ يحد من هذه الحرية وجود قانون دولي مشترك يوجب عليها احترام أحكامه المقررة بمقتضى العرف الدولي"، وأضافت المحكمة قولها: "بأن نزع ملكية المصانع الألمانية في هذه المنطقة دون تعويض هو أمر يخالف القانون الدولي" (2).

انتهجت الدول المستقلة حديثاً، سياسات ترمي إلى إعادة استرجاع ثرواتها الطبيعية، والتي كان معظمها عن طريق التأميم (3). وبالتوازي مع عمليات نزع الملكية، تساءلت الدول عن جوهر معيار الحد الأدنى الهادف إلى حماية الحقوق المكتسبة، وقد قدمت هذا الاحتجاج في الجمعية العامة للأمم المتحدة، أين تم اتخاذ عدة قرارات، كان أبرزها القرار 3281 الصادر في 12 ديسمبر 1974 (4)، بعنوان "ميثاق حقوق وواجبات الدول"، والذي ينص في المادة 2-2 (أ) على أنه: "لا تلزم أي دولة بمنح معاملة تفضيلية للاستثمارات الأجنبية". وهذا

1- LEBEN Charles, «Droit international des investissements: Un survol historique», in: Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, sous la direction de LEBEN Charles, Edition A. Pédone, Paris, 2015, p.44.

2- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 50.

3- NOUVEL Yves, «Les standards de traitement: Le traitement juste et équitable, La sécurité pleine et entière», in: Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, sous la direction de LEBEN Charles, Edition A. Pédone, Paris, 2015, p.294.

4- Résolution 3281 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 12 Décembre 1974. Lien internet: [http://www.un.org/frech/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281\(XXIX\)&Lang=F](http://www.un.org/frech/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281(XXIX)&Lang=F).

ما يعد إشارة مباشرة إلى الاعتراف بالحد الأدنى من المعاملة، كما يجد أقوى تعبير عنه في المادة 2-2 (ج) من نفس الميثاق، إذ يحق للدولة نزع ملكية الاستثمار الأجنبي مقابل دفع تعويض كاف وفق ما تقضي بها تشريعاتها وأنظمتها الداخلية⁽¹⁾.

أمام تطور المركز القانوني للمستثمر الأجنبي أصبح الحد الأدنى بالمفهوم التقليدي غير كاف لحماية أمواله، لذلك ظهرت الحاجة إلى قواعد الحد الأدنى الأكثر شمولاً وحماية⁽²⁾، والتي تجد مصدرها أساساً في القانون الدولي الاتفاقي، وأن مفهوم الحد الأدنى لمعاملة المستثمرين الأجانب لا يجب أن يقل عن معاملة الدولة لمواطنيها تطبيقاً لمعايير الحماية المعمول بها في القانون الدولي والاتفاقيات الدولية⁽³⁾، وفي تشريعات الاستثمار الوطنية أيضاً⁽⁴⁾. ومن المؤكد أن القانون العرفي يجد اليوم عناصر تأكيده في ممارسة الدول، التي بدأت في التوسع التدريجي إلى ضمان الحد الأدنى من الحقوق، منذ بداية الثمانينيات من القرن العشرين، من خلال زيادة الحماية في تشريعات الدول المضيفة للاستثمار⁽⁵⁾.

إنّ ضمان الحد الأدنى لحقوق الأجانب حتمته مقتضيات التبادل التجاري والاقتصادي والتعامل المشترك بين الدول من خلال الأفراد المنتمين إليها، وهكذا تلاقت إرادة الدول على وجوب ضمان الحد الأدنى من الحقوق عند معاملتها للأجانب⁽⁶⁾. هذا ما نلاحظه في اعتماد الفقه الدولي على عدد من القرارات القضائية التي تتفق مع مفاهيم الدول المتقدمة بشأن وجود حد أدنى لمعاملة الأجانب إلى جانب احترام قواعد القانون الدولي المطبقة على نزع الملكية لضمان حماية رعاياها واستثماراتهم في الخارج⁽⁷⁾.

2- ضمان الحماية الدبلوماسية

اعترف القانون الدولي بحق المستثمرين في اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية قبل انتشار عدد من الاتفاقيات الدولية للاستثمار، وذلك عندما تتعرض مصالحهم المرتبطة باستثماراتهم في الخارج للضرر⁽⁸⁾، هذا ما دفع

1- NOUVEL Yves, op.cit., p.294.

2- عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 52. أنظر أيضاً: صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 483.

3- BONOMO Stéphane, Les traités bilatéraux relatifs aux investissements entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats, Presses universitaires d'AIX-Marseille, France, 2012, p.57. V. aussi: LAVIEC Jean-Pierre, Droit international des investissements étrangers, PUF, Paris, 1985, p.93 et s.

4- المادة 14 من الأمر رقم 03-01 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر. عدد 47، صادر في 22 أوت 2001، ملغى بموجب القانون رقم 09-16 مؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج. عدد 46، صادر في 03 أوت 2016.

5- NOUVEL Yves, op.cit., p.296.

6- LEBEN Charles, «Droit international des investissements: un survol historique», in: Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, sous la direction de LEBEN Charles, Edition A. Pédone, Paris, 2015, p.41 et 45.

7- Ibid, p.46.

8- BACHAND Rémi, « Les mécanismes de règlements des différends relatifs aux investissements L'ALENA comme modèle? », p.6. In: <http://www.unites.uqam.ca/gric>

بالدول المتقدمة إلى القول أنه من الواجب عليها أن تمد حمايتها الدبلوماسية لكل رعاياها المتواجدين في الدول الأخرى، بما يضمن ويكفل لهم التمتع بكافة الحقوق والمزايا المعترف بها في إطار القانون الدولي⁽¹⁾. كما أن الحق في الحماية الدبلوماسية هو حق ذاتي خالص للدولة في مواجهة الدولة الأخرى، باعتبار أن الأفراد لا يمكن لهم اللجوء إلى المحاكم الدولية للمطالبة بالحماية الدبلوماسية، والتي أصبحت من واجبات الدولة التي تلتزم بها وتمارسها من أجل الحصول على التعويض المناسب لرعاياها عن الأضرار التي تتسبب فيها الدولة الأجنبية في حالة خرقها لمبادئ القانون الدولي⁽²⁾. وهذا الحق أشارت إليه محكمة العدل الدولية الدائمة CJIP بقولها: "يعد من المبادئ الأساسية في القانون الدولي أن يكون للدولة الحق في حماية رعاياها عندما يلحق بهم ضرر نتيجة إجراءات مخالفة للقانون الدولي ترتكبها دولة أخرى، ويكونون غير قادرين على أن يحصلوا منها على ارضاء مناسب عندما يسلكوا الطرق العادية"⁽³⁾.

كما اتخذت الحماية الدبلوماسية تطبيقاتها بصفة خاصة في مواجهة ما يسمى "إنكار العدالة" وهي الحالة التي تقدر فيها الدولة التي ينتمي إليها الأجنبي أن هناك ظلماً وقع عليه أمام الجهات القضائية للدولة المضيفة، أو أن هناك خطأ واضح ارتكبه الدولة المضيفة في ممارسة العدالة، أو أن هناك تدليس أو سوء نية يشوب الحكم الصادر ضده⁽⁴⁾. ومن المبادئ المستقرة في القانون الدولي أن الدولة لا تستطيع ممارسة حق الحماية الدبلوماسية، إلا إذا توفرت ثلاث شروط:

1- للاستفادة من الحماية الدبلوماسية يجب أن يكون الفرد متمتعاً بجنسية الدولة التي تتدخل لحمايته من وقت وقوع الفعل الضار لحين الفصل في الدعوى، وأن تربطه علاقة وثيقة بها⁽⁵⁾.

1- عبد الواحد محمد الفار، طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية في ظل النظام الدولي القائم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 21.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، "المسؤولية الدولية ودور فكرة الجنسية في الحماية الدبلوماسية"، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الأول، رقم 153، 1995، ص 13.

3- بوسهوه نورالدين، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في القانونين الدولي والجزائري، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2005، ص 138.

4- يمكن الإشارة إلى الحكم الشهير الصادر في قضية السيد M. Neer في 15 أكتوبر 1926، حيث أن وقائع القضية تدور حول حول مشكلة كانت تكمن في خلل في الإدارة المكسيكية والشرطة الذين أثبتوا الإهمال أو التقاعس في البحث عن المسؤولين عن مقتل السيد M. Neer، عامل أمريكي في منجم مكسيكي، وقد استندت أسرته إلى إنكار العدالة والتي تُبين في شكلها عدم اهتمام السلطات المكسيكية بالبحث عن القاتل، وهذا ما يعد خطأ واضح ارتكبه الدولة المضيفة في ممارسة العدالة، وفي هذه القضية حاول المحكمون إعطاء تعريف لإنكار العدالة بشكل أكثر دقة من تلك التعاريف التي قدمها أسلافهم في القرن التاسع عشر.

- LEBEN Charles, «Droit international des investissements: un survol historique», op.cit., pp.42-43.

5- وهنا يمكن ذكر على سبيل الخصوص مجموعة من القضايا المطروحة على كل من المحكمة الدائمة للعدل الدولي (CJIP) ومحكمة العدل الدولية (CIJ)، المتعلقة بضرورة تمتع الشخص طبيعياً كان أو معنوياً بجنسية الدولة التي تلتزم بالحماية، والتي تربطه بها علاقة وثيقة، منها: قضية (Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala) في سنة 1955، والقضية المشهورة: Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd., (Belgique c. Espagne) في سنة 1970. أنظر:

2- أن يكون قد استنفذ كافة طرق التقاضي الداخلية المتاحة له على ضوء القانون الداخلي في الدولة المضيفة قبل أن يلجأ إلى دولته.

3- ألا يكون قد صدر عن الشخص الذي لحق به ضرر أفعال مخالفة لقانون الدولة المدعى عليها، وقواعد القانون الدولي⁽¹⁾.

في حالة توفر هذه الشروط، يعتبر التدخل الدبلوماسي لدولة جنسية المستثمر وسيلة من وسائل حماية الاستثمارات الأجنبية، ويتم هذا التدخل عن طريق الاحتجاج لدى الدولة أو اللجوء إلى وسائل دولية خاصة بتسوية المنازعات كالتحكيم أو المحاكم الدولية أو المعاملة بالمثل...، وفقا لقواعد القانون الدولي⁽²⁾. إلا أنه هناك استثناء مهم نصت عليه اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات (CIRDI) فيما يتعلق باللجوء إلى التحكيم الدولي، حيث لا يجوز للدولة ممارسة حقها في الحماية الدبلوماسية إذا اتفق أحد رعاياها مع الدولة الأخرى في حالة نشوء نزاع على طرحه أمام التحكيم⁽³⁾.

3- ضمان اللجوء إلى التحكيم الدولي

يرى الكثير أن التحكيم الدولي لا مفر منه في الوقت الحالي⁽⁴⁾، إذ يعد من أهم الضمانات المقررة لجذب رؤوس الأموال وأحد الوسائل الفعالة لتسوية ما قد يثور من نزاعات تتعلق بالاستثمار، كما أنه يؤكد في نظر المستثمرين الأجانب الحياد اللازم والضمانة الضرورية لحماية استثماراتهم⁽⁵⁾، إذ أن السبب الرئيس الذي يجعل الأطراف المتنازعة تستبعد اللجوء إلى القضاء الوطني هو عدم الثقة في النظام القضائي لدولة الطرف الآخر،

- BACHAND Rémi, op.cit., pp.6 et 7.

أنظر أيضا: أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، هامش 32، ص 15.

1- ومفاد ذلك أن تكون يدها نظيفتين (Clean hands)، فالفرد الذي دأب على انتهاك القوانين الداخلية للدولة التي يقيم فيها لا يعتبر جديرا بالحماية الدبلوماسية، حيث تمتنع الدولة عن تقديم الحماية الدبلوماسية له في حالتين:

- إذا كان سلوكه غير قانوني، كانتهك قوانين الدولة المضيفة التي يقيم فيها (قوانين وأنظمة الإقامة مثلا)، أو اشتراكه في عصيان مسلح، أو مساهمته في حركة ثورية ضد الحكومة الشرعية.

- قيامه بنشاط يتعارض مع القانون الدولي، كالاتجار بالرقيق والمخدرات والتجسس وتهريب الأموال وتبييضها.... إلخ. أنظر: رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011، ص 267.

2- بوسهوه نورالدين، مرجع سابق، ص 139.

3- صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 520. أنظر أيضا:

- SCHOKKAERT Jan, La pratique conventionnelle en matière de protection juridique des investissements internationaux: droit comparé - droit interne - conventions européennes, Edition Bruylant, Bruxelles, 2006, p.25.

4- محمد سامي فوزي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للتصميم والإنتاج، عمان، الأردن، 2006، ص 11.

5- قبائلي طيب، "الاتجاهات الحديثة للتحكيم في مجال الاستثمار"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15/العدد 1، 2017، ص 12.

دون أن ننسى ما يميز التحكيم عن القضاء العادي من حيث السرعة والمرونة والتحرر من الشكليات، وكذا الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع⁽¹⁾.

مما لا شك فيه أن التحكيم هو مظهر من مظاهر الفكر القانوني والاقتصادي الحديث على المستوى العالمي، وأداة مبتغاة ومفضلة لتنشيط حركة الاستثمارات الدولية⁽²⁾، وأن المستثمر الأجنبي عادة ما لا يقدم على استثمار أمواله إلا على أساس معرفته بوجود القواعد القانونية التي تحكم تسوية النزاعات المحتملة النشوء بينه وبين الدولة المضيفة، وضرورة اطمئنانه على إمكانية إخضاعها للتحكيم، خاصة تلك النزاعات المتعلقة بتحديد شرعية أو عدم شرعية نزع الملكية وتقدير التعويض المناسب⁽³⁾. الأمر الذي خلق اتجاها قويا في مختلف الدول يدفعها لتعديل قوانينها بصورة تسائر هذا الفكر.

إنّ رغبة الدولة الجزائرية في تحقيق النمو الاقتصادي والاجتماعي، فرض عليها التغيير في سياستها الداخلية التي أثبتت فشلها خاصة في سنوات الثمانينات⁽⁴⁾، ومن أجل ذلك وتجسيدا لهذا التغيير قام المشرع الجزائري في القوانين الداخلية بعدة إصلاحات وتعديلات مهمة، تمثلت في الاعتراف بصفة صريحة ورسمية باللجوء إلى التحكيم، وكان ذلك بموجب صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية⁽⁵⁾، كما تعزز هذا المسعى بصدور قانون جديد في 25 أفريل 2008، يتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية⁽⁶⁾، يتضمن تيسير وتبسيط إجراءات التحكيم الداخلي والدولي وطرق تنفيذ أحكامه. وبعد ذلك كرس المشرع الجزائري أسلوب التحكيم في قوانين الاستثمار المتوالية⁽⁷⁾، كوسيلة فعالة وبسيطة لتسوية نزاعات الاستثمار.

1- HAROUN Mehdi, Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions Franco-Algériennes, Edition Litec, Paris, 2000, p.633.

2- هفال صديق اسماعيل، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي: دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 196.

3- شهدت أغلب القوانين الوضعية لمختلف الدول حركة تعديلات وإصدار قوانين جديدة تتضمن تنظيم التحكيم الدولي بالشكل الذي يجعل الأطراف المتنازعة في العلاقات التجارية والاستثمارية مطمئن وثق في هذا النظام كوسيلة فعالة لحل النزاعات، حيث إن ضرورات التعامل التجاري بين الدول النامية والدول المتقدمة والبحث عن حل لنزاعاتها الناتجة عنه، جعل من اللجوء إلى التحكيم وسيلة ناجحة مطمئن إليها الدول وتشجع على الأخذ بها. محمد سامي فوزي، مرجع سابق، ص 421.

4- تراري الثاني مصطفى: "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 05/04/1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية"، مجلة الدراسات القانونية، العدد 01، الجزائر، 2002، ص 36.

5- مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 05 أكتوبر 1993 يعدل وينمّ الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر عدد 27، الصادرة بتاريخ 10/10/1993 (ملغى).

6- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25/02/2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد رقم 21، مؤرخ في 23 أفريل 2008.

7- وهو ما نصت عليه المادة 24 من القانون المتعلق بترقية الاستثمار، كما يلي: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية

لقد انعكس القبول المتزايد للتحكيم على المستوى الدولي في إبرام الجزائر العديد من الاتفاقيات الثنائية والانضمام إلى الاتفاقيات الجماعية، والتي تمنح في الغالب الحماية الكافية لمصالح رعايا الدولة الطرف فيها⁽¹⁾، بما في ذلك الحماية من الإجراءات الاستثنائية للدولة المضيفة التي قد تمس بملكية المستثمر الأجنبي وتعيق حركة أمواله، وكذلك الحق في الحماية والضمان الكاملين والسماح بالحصول على التعويض عن التأميم أو نزع الملكية للمنفعة العامة.

كما تمتد الضمانات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية لتشمل الحكم التحكيمي الذي لا يحقق جدواه ولا يجد أساسا له إذا استحال على الطرف المتنازع المحكوم لصالحه إجبار خصمه على تنفيذ منطوق القرار التحكيمي⁽²⁾، وهذا ما لا يتحقق إلا باعتراف الدولة بالأحكام التحكيمية وإقرار حجبتها في تشريعاتها الوطنية المستقبلية لإجراء التحكيم كدلالة على مصداقيتها في الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها الجبري كضمانة إجرائية للاستثمار الأجنبي.

ثانيا: تطبيق مبادئ القانون الدولي لحماية أموال المستثمر الأجنبي

انتهجت معظم الدول النامية، ووعيا منها بأهمية استقطاب الاستثمارات الأجنبية للمساهمة في تحقيق التنمية في جميع المجالات، سياسة تهدف إلى تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية، وبالتالي حماية أموال المستثمر الأجنبي من خلال تدعيم الضمانات الممنوحة، بتطبيق مجموعة من المبادئ أو المعايير للمعاملة المجسدة في القانون الدولي للاستثمار بشقيه العرفي والاتفاقي، والمتمثلة في المعاملة العادلة والمنصفة⁽¹⁾، ومبدأ الدولة الأولى بالرعاية⁽²⁾، وأخيرا المعاملة الوطنية⁽³⁾.

1- مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة

يعد هذا المبدأ من بين أهم مبادئ القانون الدولي؛ حيث يقضي الالتزام الدولي بتمتع المستثمر الأجنبي بمعاملة عادلة ومنصفة أي بأمن وحماية دائمين بعيدا عن الإجراءات التعسفية غير المبررة أو التمييزية التي من شأنها عرقلة تسيير وضمان استعمال أمواله بصفة قانونية وفعالية، وتوفير القدر المضمون في إطار القانون

المختصة إقليميا، إلا في حالات وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص"، قانون رقم 16-09، مؤرخ في 03 أوت 2016، مرجع سابق. وهي نفس الأحكام التي كانت قد تضمنتها المادة 17 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار (ملغى)، والتي استبدلت بالنص أعلاه. وكلا النصين اعترف بإمكانية اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في حالة وجود نزاع متعلق بالاستثمار.

1- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2006، ص 300.

2- رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، مرجع سابق، ص 212-213.

الدولي للاستثمارات بهدف حمايتها. وهذا المبدأ ينتج آثاره حتى وإن تم إعماله بصفة مستقلة عن باقي المبادئ الأخرى⁽¹⁾، ولعل ذلك راجع لما تلعبه المعاملة العادلة والمنصفة من وظيفة فاحصة مهمة جدا في هذا الشأن. من الممكن حسب رأي الأستاذ Julliard (P.) التمييز بين قواعد المعاملة التي تشكل مجموع عناصر النظام القانوني منذ لحظة إنشاء الاستثمار إلى غاية تصفيته، وقواعد الحماية التي تهدف إلى منع بعض المخالفات التي تقوم بها الدولة أو إحدى سلطاتها العمومية⁽²⁾. كما يعد هذا المبدأ من بين قواعد المعاملة المنتشرة في الفقه والقضاء التحكيمي⁽³⁾، وكذلك في نصوص اتفاقية منظمة التجارة والتنمية الاقتصادية OCDE لسنة 1968 حول حماية ممتلكات الأجانب⁽⁴⁾، ويجد أصله في المبدأ الكلاسيكي للقانون الدولي الذي مفاده ضرورة ضمان المعاملة في حدود الحد الأدنى المطلوب من الدولة مع احترام متطلبات الحد الأدنى للحقوق الشخصية والاقتصادية والإجرائية للأجانب وممتلكاتهم⁽⁵⁾.

الجدير بالذكر، أن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة يجمع بين مبدأي المعاملة الوطنية والدولة الأولى بالرعاية، باعتبارهما يمنعان أي معاملة تمييزية يمكن أن يتعرض لها المستثمر الأجنبي⁽⁶⁾. فهذا المبدأ هو التزام اتفاقي يمنع الدولة المضيفة من القيام بأي إجراء غير مبرر أو تمييزي أو غير منصف يمكن أن يعرقل قانونيا أو فعليا المعاملة العادلة والمنصفة⁽⁷⁾، لهذا نجد الاتفاقيات الثنائية للاستثمار التي أبرمتها الولايات المتحدة لم تخضع في مرحلة ضمانات وحماية الاستثمارات للقانون الوطني وإنما خضعت لمعايير القانون الدولي⁽⁸⁾، وأكثر

1- ومبدأ المعاملة العادلة والمنصفة يختلف في ذلك عن المعاملة الوطنية ومبدأ الدولة الأولى بالرعاية، التي يتطلب فيها معاملة تكون في الغالب أكثر من حيث ضمان أكبر قدر ممكن من الحقوق وليس فقط مجرد المعاملة العادلة والمنصفة ببساطة. أنظر:

- SANTULLI Carlo, «Le traitement juste et équitable: stipulation particulière ou principe général de bonne conduite?», RGDIP, Tome 119, n°01/2015, pp.69-70.

2- Julliard (P.), «L'évolution des sources du droit des investissements», RCADI, 1994, vol. VI, p.40.

3- AZOULAI Loïc et BEN HAMIDA Walid, «La protection des investissements par le droit primaire – droit conventionnel des investissements et droit primaire communautaire: étude comparée des régimes et des approches», in: Le droit européen et l'investissement, sous la direction de KESSEDJIAN Catherine et LEBEN Charles, LGDJ, Paris, 2009, pp.82-83.

4- BONOMO Stéphane, op.cit., pp.44-45.

5- لمزيد من التفصيل حول الموضوع أنظر:

- SANTULLI Carlo, op.cit, p.79. V.aussi: NOUVEL Yves, op.cit., pp.289-298.

6- LEBEN Charles, «L'évolution du droit des investissements», in Un accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum à l'autre?, journée d'étude organisée par l'institut des hautes études internationales, Université Paris II, le 7 décembre 1998, Société Française pour le droit international, Edition A. Pédone, Paris, 1999, p.23.

7- علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص 99.

8- AZOULAI Loïc et BEN HAMIDA Walid, op.cit., pp.81-82.

من ذلك تنص اتفاقيات الاستثمار على العديد من ضمانات الحماية، من بينها الأكثر تمسكا من طرف المستثمرين الأجانب، نجد المعاملة العادلة والمنصفة، فحسب التصور الغالب يعترف بأن هذه المعاملة تلزم كل دولة على التصرف بطريقة منسجمة دون أي غموض، واحترام الشفافية والممارسات المشروعة للمستثمر⁽¹⁾.

كرّست الجزائر في قانون الاستثمار الجديد لسنة 2016⁽²⁾ هذا المبدأ في المادة 21 منه، كما يلي: "مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم". وتدعيما لهذا المبدأ أبرمت عدة اتفاقيات ثنائية، منها ما جاء في الاتفاق المبرم مع الجمهورية المصرية⁽³⁾، على أنه: "يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين بضمان معاملة عادلة ومنصفة على إقليمه ومنطقته البحرية لاستثمارات مواطني وشركات الطرف المتعاقد الآخر،..."، وهو ما نجده أيضا في المادة 1/3 من الاتفاق المبرم بين الجزائر والنمسا⁽⁴⁾، التي تنص على: "1- يعامل كل من الطرفين المتعاقدين مستثمري الطرف الآخر واستثماراتهم بطريقة عادلة ومنصفة وتمنحهم حماية وأمنا كاملين وتأمين".

إلا أنه يُعاب على هذا المبدأ، أنه لا يوجد له مفهوم موحد، بمعنى أنه ليس له كيان مستقل أو مضمون يحدد قواعد العدل والإنصاف⁽⁵⁾، ولا يوجد أي معيار محدد للحكم فيما إذا كانت المعاملة عادلة أم لا وأنها عبارة عن مصطلحات أكثر منها فلسفية⁽⁶⁾. وهذا ما يظهر من خلال اتجاه الدول إلى اعتماد معايير أخرى أكثر وضوحا وتحديدا لمعاملة الاستثمارات الأجنبية، إذ لا يمكن أن تمارس المعاملة العادلة والمنصفة لوحدها دون الإشتراك مع معايير أخرى، منها معيار الدولة الأولى بالرعاية والمعاملة الوطنية.

1- SANTULLI Carlo, op.cit., p.76.

2- قانون رقم 09-16 مؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

3- أنظر المادة 03 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية مصر العربية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع عليه في القاهرة بتاريخ 20 مارس 1997، مصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 98-320 مؤرخ في 11 أكتوبر 1998، ج.ر.ج. عدد 76، صادر في 11 أكتوبر 1998.

4- أنظر المادة 1/3 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية النمسا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بفيينا في 17 يونيو 2003، مصادق عليه بموجب مرسوم رئاسي رقم 04-327 مؤرخ في 10 أكتوبر 2004، ج.ر.ج. عدد 65، صادر في 13 أكتوبر 2004 .

5- الموجى حسين، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني الدولي للاستثمارات الأجنبية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 69.

6- عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص ص 85-86.

2- مبدأ الدولة الأولى بالرعاية

لقد ترسخ مبدأ الدولة الأولى بالرعاية منذ القدم في الاتفاقيات المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية مع الدول الأخرى حول الصداقة والتجارة والملاحة⁽¹⁾، وقد عرفت هذه الاتفاقيات معيار الدولة الأولى بالرعاية بأنه يمنح رعايا أو أي ممتلكات أخرى كيفما يكون الحال تابعة لدولة متعاقدة في إقليم الدولة المتعاقدة الأخرى لرعايا دولة ثالثة أفضل معاملة⁽²⁾، حيث وصفت محكمة العدل الدولية (CJI) هذا المستوى من المعاملة بأنه يعني المساواة بين الدول دون تمييز⁽³⁾.

على الرغم من تنوع واختلاف النصوص المتضمنة لمبدأ الدولة الأولى بالرعاية من حيث الشكل إلا أنها تؤدي نفس الوظيفة، حسب ما جاء في تقرير منظمة التجارة والتنمية الاقتصادية (OCDE) كما يلي:
«[Garantir] que les parties à un traité octroient un traitement non moins favorable que celui qu'elles accordent en vertu d'autres traités dans les secteurs visés par la clause»⁽⁴⁾.

كما يمكن في هذا الصدد أيضا الاستناد على سبيل التوضيح إلى التعريف المقدم من طرف الأستاذ LYONNET Geoffroy كما يلي:

«On droit des investissements, la clause de la nation la plus favorisée est celle par laquelle, dans un traité, un Etat contractant s'oblige à accorder aux investisseurs de l'autre Etat contractant ou à leurs investissements un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui qu'il accorde aux investisseurs d'une autre nationalité ou à leurs investissements»⁽⁵⁾.

تتشرط الدول المصدرة لرؤوس الأموال، من أجل تعزيز الحماية الاتفاقية للاستثمارات الأجنبية، ضرورة إدراج شرط الدولة الأولى بالرعاية في الاتفاقيات الثنائية تجسيدا لمبدأ عدم التمييز في المعاملة⁽⁶⁾، وهذا ما قامت به الجزائر في أغلب الاتفاقيات التي أبرمتها في مجال الاستثمار، حيث أكدت على هذا الشرط في المادة

1- MEKPO Cosme Gosshé, «La clause de la nation la plus favorisée (NPF) et son impact sur l'arbitrage en matière d'investissement: regard sur les sentences récentes», Bulletin de droit économique, vol. 2, n°1, automne 2011, p.3.

2- CAZALA Julien, «Les standards indirecte de traitement: traitement de la nation la plus favorisée et traitement national», in Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, sous la direction de LEBEN Charles, Edition Pedone, Paris, 2015, pp.266-267.

3- LABIDI Hind, «Où va la clause de la nation la plus favorisée en droit international des investissements?», in: Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre, Acte du colloque organisé à Tunis les 3 et 4 mars 2006, sous la direction de HORCHANI Ferhat, Edition A. Pedone, Paris, p.32.

4- OCDE, Droit international de l'investissement: Un domaine en mouvement: complément aux perspectives de l'investissement international, Editions OCDE, 2006, p.140.

5- LABIDI Hind, op.cit., p.31.

6- LYONNET Geoffroy, «La clause de la nation la plus favorisée en droit des investissements: bilan et perspectives», RGDIP, Tome 119, n° 1/2015, p.19.

الثالثة من الاتفاق المبرم مع جمهورية صربيا والتي جمعت في نص واحد بين كل من شرط المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأكثر رعاية⁽¹⁾.

من الواضح أن هذا الشرط يحقق للدولة المستفيدة منه والملتزمة به فائدة كبيرة، لأنه يكفل لرعايا الدولة الأولى واستثماراتهم الحصول على كل امتياز يمنح لاستثمارات ورعايا دولة ثالثة في الحاضر والمستقبل في إقليم الدولة الثانية، كما أنه يعبر عن النظرة الإيجابية للدولة الملتزمة به تجاه الاستثمارات الأجنبية⁽²⁾.

إن أول وأشهر حكم صدر في هذا الموضوع كان في قضية Maffezini ضد إسبانيا⁽³⁾، وقد اعترفت محكمة التحكيم في قرارها المتعلق بالاختصاص، بإعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية، حيث أنها لأول مرة تسمح للمستثمر، استنادا إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية، بالاستفادة من شرط لتسوية المنازعات الذي يرى أنه أكثر ملاءمة في اتفاقية أخرى أبرمتها الدولة المستقبلة مع دولة ثالثة⁽⁴⁾.

في أعقاب قضية Maffezini، تم إصدار عدة أحكام، منها على سبيل المثال: قضية Camuzzi ضد الأرجنتين في عام 2005، وقضية Gas Naturel ضد الأرجنتين في عام 2005، وقضية Suez1 ضد الأرجنتين في عام 2006، وقضية Telefonica ضد الأرجنتين في عام 2006، وأيضا قضية Impregilo ضد الأرجنتين في عام 2011⁽⁵⁾. والجدير بالذكر أن النقاط المشتركة بين كل هذه القضايا يميل فيها الطلب إلى إزالة الشروط المسبقة للطعن في القضايا التي ذكر فيها شرط الدولة الأولى بالرعاية، لأنه يتعلق بمعاملة الاستثمارات أو المستثمرين في جميع المسائل التي تحكمها اتفاقية الاستثمار. وقد أخذت المحكمة صراحة في قضية Maffezini بهذه الصيغة الواسعة لشرط الدولة الأولى بالرعاية للنظر في إمكانية الوصول إلى إجراءات التحكيم في نطاقه⁽⁶⁾.

1- عيبوط محند وعلي، "شرط الدولة الولي بالرعاية في القانون الدولي للاستثمارات"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، 2010، ص 85.

2- أنظر المادة 3 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية صربيا، المتعلق بالترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 13 فيفري 2012، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-334 مؤرخ في 30 سبتمبر 2013، ج.ر.ج. عدد 43، صادر في 02 أكتوبر 2013.

3- صدر القرار في الاختصاص بتاريخ 2000/01/25 في قضية Emilio Augustin Maffezini ضد إسبانيا، حيث يمثل الحكم الصادر في 25 ماي 2000 نقطة تحول في تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية على آليات تسوية المنازعات، ولاسيما وصول الأطراف إلى إجراءات التحكيم، بما في ذلك الإجراءات التي وضعتها اتفاقية واشنطن لعام 1965. ولمزيد من التفصيل في الموضوع أنظر كل من:

- عيبوط محند وعلي، "شرط الدولة الولي بالرعاية في القانون الدولي للاستثمارات"، مرجع سابق، ص.ص 92-94.
- LYONNET Geoffroy, op.cit., p.28.

4- قبائلي طيب، مرجع سابق، ص 17.

5- LYONNET Geoffroy, op.cit., p.28.

6- Ibid, pp.28-29.

3- مبدأ المعاملة الوطنية

يقتضي معيار المعاملة الوطنية من الدولة أن تضع المستثمرين الأجانب والمستثمرين الوطنيين على قدم المساواة في المعاملة، وهو الذي يمكن أن يبدو لنا اليوم أمر أكثر من الطبيعي⁽¹⁾. ومفاد هذا المعيار أن يحظى المستثمرين الأجانب واستثماراتهم بنفس المعاملة أو بمعاملة، إن لم تكن أكثر، فهي لا تقل عن تلك التي يحظى بها الوطنيين، أي أنه بموجب هذا المعيار يتم العمل على تشبيه الأجانب بالوطنيين⁽²⁾.

لقد حدث تطور ملحوظ نحو المساواة في المعاملة بين المواطنين والأجانب طوال القرن التاسع عشر، من خلال كل من القانون الوطني للدولة والقانون الاتفاقي⁽³⁾. وأهم ممارسة في القرن التاسع عشر هي أن دول أمريكا اللاتينية التي حصلت على الاستقلال في العشرينات من القرن الماضي ستسعى بنشاط كبير إلى توسيع نطاق تطبيق المعاملة الوطنية بهدف اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية والأجانب، لأنها هي وحدها القادرة على جلب التنمية الاقتصادية إلى أقاليم شاسعة مأهولة بالسكان⁽⁴⁾.

ما يبيّن أهمية المعاملة الوطنية هو إدراجها في عدد مهم من الأدوات الدولية المتعلقة بالاستثمار، وكذلك انتشاره الواسع في التشريعات الوطنية المطبقة على الاستثمارات الأجنبية⁽⁵⁾، وهو ما تم تجسيده في التشريع الجزائري المتعلق بالاستثمار في نص المادة 14 من الأمر رقم 03-01، المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى، كالاتي: "يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار".

يظهر أن معاملة الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري هي ذات المعاملة المخصصة للوطنيين، أما الاستثناء فهو مراعاة ما تتضمنه الاتفاقيات الثنائية التي يتم إبرامها بين الدولة الجزائرية والدولة الأصلية التي يعتبر الأجانب من رعاياها⁽⁶⁾. ومعيار المعاملة الوطنية عموما مدرج في معظم الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، فهو يحمي المستثمرين الأجانب من السياسات أو الإجراءات التمييزية التي قد تتخذها الدول ضدهم⁽⁷⁾. يفهم في الأخير، أن هذا المبدأ يقضي بأن يحظى المستثمرين الأجانب واستثماراتهم بنفس الحماية أو بحماية لا تقل عن تلك التي يحظى بها الوطنيين، أي أنه بموجب هذا المبدأ يتم العمل على تشبيه الأجانب بالوطنيين. والغاية منه هو تسهيل ممارسة مختلف النشاطات الاقتصادية والتجارية دون أي تفرقة بين الوطنيين والأجانب، وكذا تشجيع توافد الأجانب إلى الدولة بغرض الاستثمار والمساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية.

1- BONOMO Stéphane, op.cit., p.58-59.

2- LAURIOL Thierry, «Le traitement national», RGDIP, Tome 119, n° 1/2015, p.52.

3- Ibid, pp. 63-66.

4- CAZALA Julien, op.cit., p.268.

5- LAVIEC Jean-Pierre, Droit international des investissements étrangers, op.cit., p.96.

6- عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مرجع سابق، ص 277.

7- CAZALA Julien, op.cit., pp.267-268.

خاتمة

بناءً على ما تقدم، نخلص إلى أن حماية ملكية المستثمر الأجنبي عن طريق تبني مبادئ القانون الدولي قد جعلت الدول المضيفة تلتزم بتوفير الحماية المرجوة في منظور الدول المصدرة، نظراً لما لها من الزام يتمثل في المطالبة بترتيب المسؤولية الدولية على الدولة لخرقها أحد المبادئ المكرسة في القانون الدولي، نتيجة عيب أو خطأ في الحماية المقرر منحها للمستثمرين.

بالتالي، فالحماية الدولية تعد من بين أهم الضمانات التي يطالب بها المستثمرين الأجانب، لأهميتها الكبيرة في حماية أموالهم ضد أي إجراء يتسم بعدم المشروعية قد تتخذه الدولة المضيفة لهم ولاستثماراتهم، تؤدي إلى الحرمان من ممارسة الحق في الملكية. كما تظهر أيضاً فعالية هذه المبادئ في الحماية في ظل الحاجة والضرورة الملحة للدول النامية، خاصة تلك التي تمر بظروف اقتصادية صعبة، إلى استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية للمساهمة في تحقيق التنمية، وهذا لن يكون مع عدم احترام مبادئ القانون الدولي، حماية للحق في ملكية المستثمرين الأجانب والاستثمارات الأجنبية بصفة عامة.

من أجل الوصول إلى وضع قواعد قانونية دولية تحظى بالقبول والإلزام بين كل الدول وتكون بمنأى عن القصور والفشل الذي عرفته القواعد السابقة في القانون الدولي العرفي، يجب على مختلف الدول العمل على وضع نظام قانوني دولي جديد للاستثمارات بمشاركة جميع الأطراف، في محاولة لتحقيق التوازن بين المصالح العامة للدول والمصالح الخاصة بالمستثمرين الأجانب، بما يعود بالفائدة على الجميع. ولعل هذا ما عملت على تحقيقه من خلال إدراج المبادئ المكرسة في أغلب الاتفاقيات الدولية للاستثمار بهدف الزيادة من الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، وبالتالي حماية الممتلكات الخاصة بالمستثمرين الأجانب.

تأثير مبدأ المنافسة على الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام

براهمي فضيلة، أستاذة مساعدة قسم "أ"،

قسم قانون الأعمال،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: brahmifadila@hotmail.fr

الملخص:

ألزم المشرع الجزائري الشخص المعنوي العام بالتقيد بمبدأ المنافسة الحرة عند إبرامه للعقد الإداري، ويتضح ذلك من خلال إلزام الهيئة العامة بالإعلان عن رغبتها في إبرام العقد بغرض استقطاب أكبر عدد ممكن من المتنافسين وكذا إحالتهم إلى الوثائق المكونة لعملية إبرام العقد، ومن جهة أخرى يقع إلزاما على الهيئة العامة الابتعاد عن أي سلوك من شأنه منع أي كان من الترشح لإبرام العقد أو تقضيل متعامل على آخر دون وجه حق، ويلعب القاضي الإداري الاستعجالي دورا هاما في ضمان هذا الإلتزام من خلال سلطته في الأمر وتأجيل توقيع العقد وكذا فرض الغرامة التهديدية على الشخص المعنوي العام المخالف لمبدأ المنافسة.

الكلمات المفتاحية:

مبدأ المنافسة، حرية تعاقد الأشخاص العام، النظام العام التنافسي، إجراءات إبرام العقد الإداري.

Le principe de mise en concurrence et son impact sur la liberté contractuelle des personnes publiques

Résumé :

Dans le cadre des contrats administratifs, la mise en concurrence apparait comme l'exigence du respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Pour garantir l'efficacité du mécanisme de mise en concurrence, le législateur a étendu la compétence du juge du référé pré-contractuel par le pouvoir d'adresser des injonctions, de suspendre la passation du contrat, d'ordonner une astreinte à l'encontre de l'auteur du manquement à l'obligation de publicité et de mise en concurrence.

Mot clés :

Mise en concurrence, commande publique, procédure de passation, contrat administratif.

The impact of the principle of competition on the contractual freedom of the public legal person

Abstract :

In the framework of administrative contracts, competition appears as a requirement to respect the principles of free competition, equal treatment of candidates and transparency of procedures without leaving the administration the freedom to choose its co- contracting.

In order to ensure the effectiveness of the competition's mechanism, the legislator extended the jurisdiction of the summary administrative judge through the authority to postpone the signing of the contract or imposing a fine in case of the violation of the principles of competition.

Keywords:

Competition, Competitive public order, administrative contract.

مقدمة

تزامنا مع تحولات وظيفية الدولة من الدولة المتدخلة إلى الدولة الحارسة أصبحت فكرة النظام العام تتبلور في مفاهيم قطاعية تُلقب باسم القطاع الذي فرضت فيه فظهر لنا النظام العام الاجتماعي والنظام العام الاقتصادي سواء بدوره التوجيهي الذي يترجم من خلال القواعد الآمرة التي سنتها الدولة لتوجيه الاقتصاد، أو بدوره الحمائي الذي يترجم من خلال القواعد التي جاءت لحماية الطرف الضعيف في العلاقة كالمستهلك مثلا، ومع تحرير النشاطات القطاعية ظهر ما يسمى بالنظام العام الضبطي وهي مجموعة من القواعد الضبطية التي ترمي إلى ظهور المنافسة ويسود النظام العام التنافسي بمجرد عموم منافسة حرة على المرافق العمومية¹.

النظام العام التنافسي في إطار إبرام الصفقات العمومية خاصة والعقود الإدارية عامة هي مجموعة من القواعد القانونية الآمرة التي تخضع لها كل الأطراف الرامية إلى إبرام العقد سواء الشخص المعنوي العام أو المتعاملين الاقتصاديين العارضين لضمان ترسيخ منافسة حرة².

على حد قول الفقيه NICINSKI أنه ليس من المعقول أن نواصل الاعتقاد أن قانون الصفقات العمومية مبني على بديهيات أخرى غير بديهية فتح السوق على المنافسة³، لذا من الواجب البحث عن سبل ووسائل الحفاظ على إنماء النظام العام التنافسي عند إبرام العقود الإدارية، ولن يتحقق ذلك إلا من خلال إلزام المشرع

1- عمارة مسعودة، "إشكالية تحديد مفهوم النظام العام و تطبيقاته القانونية"، من أعمال الملتقى الدولي حول التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 07 و 08 ماي 2014، منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، عدد خاص، 2015، ص 395.

2- عيساوي عز الدين، "البحث عن نظام للنظام العام"، من أعمال الملتقى الدولي حول التحول في فكرة النظام العام: من النظام العام إلى الأنظمة العامة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، يومي 07 و 08 ماي 2014، منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، عدد خاص، 2015، ص 375-376.

3 - NICINSKI Sophie, *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J., Paris, 2005.p.p.,55-56.

الجزائري الشخص المعنوي العام باحترام مبدأ الإشهار والمنافسة *la mise en concurrence* في اختياره للشخص الخاص الذي سيتعاقد معه.

أول ما تبنت المنظومة القانونية الجزائرية لمبدأ المنافسة عند إبرام العقد الإداري كان من خلال إخضاع إجراءات إبرام الصفقات العمومية لهذا المبدأ وفق تعديل قانون المنافسة في سنة 2008 بموجب القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 يونيو 2008 المعدل والمتمم للأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة⁴، ثم بعد ذلك تم التأكيد على ضرورة احترام المصلحة المتعاقدة لهذا المبدأ عند إختيارها المتعامل المتعاقد معها من خلال تعديل قانون الصفقات العمومية وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتعلق بالصفقات العمومية⁵.

وتم الحفاظ على هذا المبدأ في قانون الصفقات العمومية لسنة 2010، لكي ينتقل هذا المبدأ إلى عقود تفويض تسيير المرافق العامة بموجب قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجديد لسنة 2015 والذي ألغى قانون الصفقات العمومية لسنة 2010⁶.

والملاحظ أنّ مبدأ المنافسة جاء كإجراء إلزامي ينبغي على الشخص المعنوي العام التقيد به عند إبرامه للعقد رغم أن المبدأ المعروف في القانون الإداري هو حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها كالأستاذ على المعيار الشخصي في عقود التفويض مثلا لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة⁷، الأمر الذي يدفعنا للبحث في موضوع " تأثير مبدأ المنافسة على الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام "، وهذا لإيجاد حل للإشكالية الآتية: كيف يمكن لمبدأ المنافسة أن يقيد الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام والتي تعتبر حقاً أصيلاً للإدارة العامة في التعاقد؟

وقد اعتمدنا للبحث في الموضوع أعلاه على المنهجين التحليلي والمقارن وعلى تقسيم منهجي ثنائي قوامه جزئين، حيث خصص الأول منه لدراسة تأطير إجراءات إبرام العقد الإداري خصيصاً لتقييد الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام من خلال إلزامه بالإعلان عن نيته في إبرام العقد والإحالة إلى دفتر الشروط ومنع أي سلوك تمييزي بين المتعاملين الخواص العارضين ، وخصص الثاني لدراسة القضاء الإداري الإستعجالي كضمانة لاحترام الشخص المعنوي العام لمبدأ المنافسة، بالإضافة إلى خاتمة تضم أهم النتائج المتوصل إليها.

4- قانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 يونيو 2008، يعدل و يتم الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، ج ر ع 36، المؤرخ في 2 يوليو 2008، و تم تعديل أيضا قانون المنافسة بموجب القانون رقم 10-05، المؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر ع 46، المؤرخ في 18 أوت 2010.

5- مرسوم رئاسي رقم 08-338، مؤرخ في 26 أكتوبر 2008، يتضمن تعديل المرسوم الرئاسي رقم 02-250، المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ع 62، مؤرخ في 9 نوفمبر 2008(ملغى).

6- مرسوم رئاسي رقم 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، ج ر ع 50، مؤرخ في 20 سبتمبر 2015.

⁷- BADIE Bleza, *L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public*, Thèse de doctorat, université panthéon-assas Paris II, 25 juin 2001, p.p., 89-105.

أولاً: مبدأ المنافسة كقيد لحرية الإدارة في التعاقد

يُمكن تعريف مبدأ المنافسة عند إبرام العقود الإدارية على أنه: القواعد التي تستعين بها الهيئة العامة من قانون المنافسة لتستعملها في اختيار المتعامل المتعاقد معها⁸ ، والمنافسة في هذه الحالة له مفهوم آخر حيث لا يُقصد به تسابق وتنافس وتصارع الأعوان الاقتصاديين العارضين لنفس السلع لجلب أكبر عدد ممكن من الزبائن، وإنما يقصد به قيام الهيئة العامة الطالبة للخدمة أو مشتريه السلعة بخلق جواً تنافسياً بين الأعوان الاقتصاديين الناشطين في مجال معين وجعلهم في تسابق وتنافس للاستجابة للطلب العمومي وتوفير ما تدعوا إليه الهيئة العامة في إطار تحقيق المصلحة العامة⁹.

يظهر لنا تقييد الشخص المعنوي العام بمبدأ المنافسة من خلال تأطير عملية إبرام العقد وعدم إتباع أسلوب الحرية التعاقدية المبنية على أساس السماح له باختيار المتعاقد معه بكل حرية ودون قيود، بل تم فرض على الأشخاص العامة طرق تلتزم بإتباعها عند إبرامها للعقد الإداري وغالباً ما تبدأ بالإعلان، ثم تلقي العروض وفحصها استناداً إلى شروط موضوعية دون تمييز، ثم إرساء العقد والإعلان عن المنح المؤقت.

I: الإعلان عن إبرام العقد والإحالة إلى دفتر الشروط

يُعتبر الإعلان المسبق الأسلوب الأمثل لاحترام مبدأ المنافسة بحيث يسمح بتقديم عدّة عروض ترشيحية من شأنها خلق مناخاً تنافسياً ويفرض على الإدارة أن تلجأ إلى مقارنة فعليّة بين العروض¹⁰، حيث يُعتبر الإعلان المسبق إجراءً ضروريّاً لتكريس الشفافية وضمان منافسة أكبر بين المترشحين على أساس معايير تضعها الإدارة بصفة مسبقة، كما أنه لن يتنافس العارضين إلاّ من خلال توضيح لهم مضمون العمليّة التعاقدية بإحالتهم إلى دفتر الشروط.

أ: الإعلان عن رغبة الشخص المعنوي العام في إبرام العقد الإداري

يُعتبر الإعلان الوسيلة المثلى لترسيخ المنافسة وبين المشرّع الجزائري طريقة الإعلان عن الصفقات العمومية التي تكون في جريدتين وطنيتين أو جهويتين حسب قيمة الصفقة وكذا يتم الإعلان في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي ، كما حدّد أيضاً المشرّع الجزائري مضمون الإعلان ولغته الذي يجب أن يكون باللّغة العربية ولغة أجنبية واحدة على الأقل، بالإضافة إلى السماح بالإعلان الإلكتروني¹¹.

قصد ترسيخ المنافسة أكثر، يُحيل الإعلان الراغبين في تقديم عرضهم لإبرام الصفقة العمومية إلى سحب دفتر الشروط الذي يبين موضوع الصفقة العمومية، وكذا تبيان مجموعة من الوثائق التي ينبغي على العاهدين تقديمها.

⁸-SABIRAU PEREZ Marie-Agnès, *Secteur public et concurrence*, collection études, Paris, p.p., 371-373.

⁹ - idem, p 374.

¹⁰ - محمد عبد اللطيف، تقويض المرفق العام، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص ص 120-121.

¹¹ - أنظر المادة 65 و المادة 203 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تقويضات المرفق العام، مرجع سابق.

ولكن الملاحظ في هذا الصدد أنّ كل هذه الإجراءات حصرها قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في عملية إبرام الصفقة العمومية ولم يعممها على عملية إبرام عقود التفويض التي نصّ فقط على أنّ عملية إبرامها تستند على مبدأ المنافسة وحرية الوصول إلى الطلبات العمومية ولكن لم يذكر الطريقة الأمثل والأصح التي من خلالها يتم إبرام عقود التفويض، وبعبارة أخرى لم يحدد قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أساليب احترام مبدأ المنافسة عند إبرام عقود التفويض.

من خلال المادة 6 من قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجد أن المشرع الجزائري قد حدد الأشخاص الذين يمولون الصفقات العمومية ولكن بالمقابل لا نجد مادة تبين لنا الأشخاص المؤهلة لإبرام عقود التفويض أو على العموم التي يقع على عاتقها إلزام التقيد بمبدأ المنافسة والإشهار.

لكن حدد المشرع الجزائري من خلال قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام صفة الهيئة المفوضة في كل من الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن المرفق العام، بالإضافة إلى منح صفة السلطة المفوضة إلى أشخاص تتصرف لحساب شخص معنوي عام، مما يمكن القول أن المشرع الجزائري سمح للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص التي تتصرف لحساب شخص معنوي عام من تفويض تسيير مرفق عام فبتالي تخضع تلك العقود التي تبرمها لمبدأ المنافسة الحرة.

بالعودة إلى قانون المياه¹² فقد أخضع المشرع الجزائري عقد تفويض الخدمات العمومية للمياه الصالحة للشرب لمبدأ المنافسة عن طريق إلزام الهيئة المفوضة في قطاع المياه بالعرض على المنافسة ولكن دون ذكر طريقة العرض على المنافسة، وحتى أن المشرع لم يبيّن مدى تقييد الهيئة المفوضة بمراحل الإبرام المذكورة في قانون الصفقات العمومية بل اكتفى المشرع الجزائري بذكر بعض الالتزامات التي تقع على عاتق الهيئة المفوضة أثناء العرض على المنافسة من بينها ذكر محتوى الخدمات التي يتحملها المفوض له، وشروط تنفيذها، والمسؤوليات الملتمزم بها، ومدة التفويض، وكيفيات دفع أجر المفوض له أو تسعيرة الخدمة المدفوعة من المستعملين، ومعايير تقييم نوعية الخدمة، ولم يلزمها بذكر مثلا مدة تقديم العروض وكيفيات تقديمها¹³.

بالعودة إلى المرسوم التنفيذي 10-275 الذي يحدد كيفيات الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير نجد أنّه أوجب إرفاق ملف الموافقة على اتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه والتطهير بالإشعار وملف الإعلان عن المنافسة وتقرير تقييم العروض، وكذا مبرر التأهيلات المهنية والضمانات المالية للمتعاقل المقبول¹⁴.

12- قانون رقم 05-12، مؤرخ في 4 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج ر ع 60، مؤرخ في 4 سبتمبر 2005، المعدل و المتمم.

13- أنظر المادة 105 من القانون رقم 05-12، المؤرخ في 4 أوت 2005، يتعلق بالمياه، مرجع نفسه.

14- المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 10-275، المؤرخ في 4 نوفمبر 2010، يحدد كيفيات الموافقة على إتفاقية تفويض الخدمات العمومية للمياه و التطهير، ج ر ع 68، المؤرخ في 10 نوفمبر 2010.

ب: الإحالة إلى دفتر الشروط

تعتبر دفاتر الشروط وثيقة تتضمن مجموعة من البنود التي تتعلق بموضوع العقد، طريقة منحها والوثائق المكونة والمطلوبة، وكذلك الأسس التي يتم الاعتماد عليها في اختيار المتعامل المتعاقد ومعايير الاختيار فمثلا كيفية التنفيذ بالنسبة للعرض التقني والمالي، إضافة إلى الأحكام المتعلقة بتنفيذ العقد والشروط التقنية التي تضعها الإدارة من أجل حسن سير تنفيذ العقد، وعموما يتضمن دفتر الشروط جميع الشروط التي يبرم وينفذ وفقها العقد.

ولقد نصّ قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على ضرورة توضيح دفاتر الشروط المحيطة دوريا والشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية والتي تضمّ على وجه الخصوص ما يلي:
- دفاتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال واللوازم والدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة التي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعني.
- دفاتر التعليمات الخاصة التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة عمومية¹⁵.

من خلال تبيان هذه الدفاتر لموضوع الصفقة ومضمونها يتنافس المتعاملين الاقتصاديين الراغبين في تقديم ترشحهم حول تقديم عرض يتلاءم مع ما ورد في دفتر الشروط لكي يضمن بذلك اختياره من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

أما في إطار إبرام عقود تفويض تسيير المرفق العام فنجد المشرع الجزائري قد أحال إلى دفاتر شروط نموذجية يمكن ذكر على سبيل المثال المرسوم التنفيذي 08-57 المتعلق بمنح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته أين تم الإحالة إلى دفتر شروط نموذجي مرفق به¹⁶.

كما تمّت الإحالة إلى دفاتر شروط نموذجية في كل من تفويض تسيير الخدمات العمومية للتزويد بالمياه الصالح للشرب¹⁷، وتفويض تسيير الخدمات العمومية للتطهير¹⁸.

¹⁵ - المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

¹⁶ - تنص المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 08-57، المؤرخ في 13 فبراير 2008، المتعلق بتحديد شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته ج ر ع 9، المؤرخ في 24 فبراير 2008، على: " تلحق الاتفاقية النموذجية للإمتياز وكذا دفتر الشروط النموذجي المرفق بها بهذا المرسوم."

¹⁷ - مرسوم تنفيذي رقم 08-54، مؤرخ في 09 فبراير 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للتزويد بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر ع 8، مؤرخ في 13 فبراير 2008.

¹⁸ - مرسوم تنفيذي رقم 08-53، مؤرخ في 09 فبراير 2008، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمات العمومية للتطهير و نظام الخدمة المتعلق به، ج ر ع 8، مؤرخ في 13 فبراير 2008.

II: التفضيل بين العروض استنادا إلى شروط موضوعية

بعد تقديم المتعاملين الاقتصاديين لعروضهم يأتي دور اللجان الإدارية المكلفة بالموازنة بين هذه العروض واختيار أفضل عرض من حيث المزايا الاقتصادية في الصفقات العمومية وكذا أفضل عرض يؤدي إلى ترقية الأداء العمومي ويحافظ على المصلحة العامة في عقود تفويض المرافق العمومية رغم أن المشرع الفرنسي اعتبر في هذه العقود الأخيرة المعيار الشخصي هو العامل الأساسي للتفضيل ما بين العروض إلا أنه حافظ على ضرورة إقامة منافسة فعلية بين المترشحين، حيث يبرم عقد التفويض في فرنسا على مرحلتين الأولى تتمثل في الإشهار وإقامة المنافسة لغرض اختيار العروض المؤهلة للترشح للمرحلة الثانية المبنية على أساس التفاوض الحر بين المتعهدين وممثل الهيئة المفوضة، ومنه وازن بين المنافسة الحرة والحرية التعاقدية في إبرام عقد التفويض وهذا ما لا نجده في التشريع الجزائري.

على العموم مهما كان نوع العقد الإداري غير المستثنى من تطبيق مبدأ المنافسة¹⁹ فإنه يقع لزوما على الهيئة المفوضة اختيار الشخص الذي ستتعاقد معه وفق أسس موضوعية، كما أنه لا يمكن لها التمييز بين المتعاملين الخواص والمتعاملين العموميين المترشحين لإبرام العقد.

أ: عدم تعسف الشخص المعنوي العام في استبعاد المتعاملين

يُقصد بذلك المساواة في معاملة المتعهدين للطلبات العمومية ولا يُمكن تفضيل شخص عن آخر كتفضيل مثلا المؤسسات الكبيرة على المؤسسات الصغيرة أو المتوسطة، ومبدأ المساواة له وجهين وهي المساواة في الدخول والترشح للطلبات العمومية وكذا المساواة أثناء دراسة العروض²⁰. تُعتبر الهيئة العامة ضامنة وبصفة أساسية ومُلزمة باحترام مبدأ المساواة في معاملة المترشحين للطلب العمومي وكذا معاملة الطلبات بطريقة متساوية ولتحقيق ذلك ينبغي على الهيئة الإدارية:

– الالتزام بواجباتها بوضع تحت تصرف جميع المتعاملين المعلومات المتعلقة بالعقد وبصفة كافية لتحضير عروضهم، كما ينبغي على الإدارة المتعاقدة أن تضع تحت تصرف المتعهدين ملف الاستشارة الذي يحدد المعلومات الضرورية لتمكينهم من تقديم عرضهم كما هو محدد في المادة 64 من قانون الصفقات العمومية

¹⁹ - لقد نص المشرع الجزائري على أن العقود التي تخضع لمبدأ المنافسة الحرة هي كل من الصفقات العمومية و عقود تفويض المرفق العام، إلا أن الصفقات العمومية المبرمة وفق أسلوب التراضي لا تخضع لمبدأ المنافسة الحرة كما أن المشرع الجزائري لم يحدد طائفة من عقود التفويض التي لا تخضع لمبدأ المنافسة عكس المشرع الفرنسي الذي حدد إستثناءات خضوع عقود التفويض لمبدأ المنافسة مثلا عقود التفويض ذو قيمة ضئيلة، عقود التفويض بين شخصين معنويين عامين أو ما يسمى بالتفويض الداخلي... إلخ، أنظر في ذلك:

LYUDMILA Weyer, *Délégation de service public en pratique régime juridique- passation- exécution*, éd. le moniteur, Paris, 2014, p.p., 22-27.

²⁰ - CLAMOUR Guylain, *Intérêt général et concurrence, assai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Thèse pour le doctorat en droit, université de Montpellier I, 18 décembre 2004, p 517.

وتفويضات المرفق العام كما تلتزم بتضمين الإعلان بالبيانات الإلزامية المحددة في المادة 62 من نفس المرسوم.

– أن تمتنع الهيئة العامة المتعاقدة عن إتيان أي سلوك تمييزي، كمثلاً تمنح لبعض المترشحين مدة شهر لتقديم العرض بينما تمنح للمترشحين الآخرين مدة ثلاثة أشهر لتقديم عروضهم، أو أنها تطلب من متعهدين بعض الوثائق وتعفي المتعهدين الآخرين منها إلا ما سمح به القانون، فلا يمكن التسليم بشرعية عملية إبرام العقد الإداري إذا كان الفائز بالطلب العمومي استفاد من امتيازات من الإدارة أكسبته هذا المركز القانوني²¹، وقد اعتبر المؤسس الدستوري في فرنسا أنه لا يمكن للهيئة العامة أن تتخذ أي سلوك يؤدي إلى تفضيل أو إعاقة أي عون تقدم لإبرام العقد الإداري، وقد ظهر هذا المبدأ لأول مرة في الصفقات العمومية ثم تم توسيعه ليشمل عقود إدارية أخرى لاسيما عقد تفويض تسيير المرافق العامة²².

إلا أنه ينبغي القول أن استبعاد الهيئة العامة لبعض المتعهدين لعدم توفر فيهم الشروط، أو لكونهم من الأشخاص الممنوعين من الترشح²³ أو المقصيين²⁴، أو منح أفضلية للمنتجات الجزائرية²⁵ لا يشكل أي مساس بمبدأ المنافسة ولا يدل على تعسف الهيئة العامة المتعاقدة.

ب: تطبيق المساواة التنافسية بين المتعاملين العموميين والمتعاملين الخواص

إن تطبيق القانون الاقتصادي للأعمال وقانون المنافسة على الأشخاص المعنوية العامة الممارسة للنشاط الاقتصادي في السوق، يُشكّل حجر الأساس لتوفير لهم شروط وظروف مماثلة لتلك التي يتمتع بها المتعاملين الخواص، لضرورة إقامة منافسة متساوية لكلا من المتعامل العمومي والمتعاملين الخواص يفرضها شمولية مبدأ المنافسة سواء من الناحية الموضوعية حيث أصبح يطبق على عقود أخرى غير الصفقة العمومية أو من الناحية الهيكلية حيث تلتزم به هياكل أخرى غير الدولة والجماعات المحلية²⁶.

²¹ - NICINSKI Sophie, *Droit public de la concurrence*, op.cit., p.p., 56-62.

²² - cité par : BADIE Bleza, *L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public*, op.cit., p 227.

²³ - أنظر في ذلك: القرار الممضي في 19 سبتمبر 2015، يحدد كفاءات التسجيل و السحب من قائمة المتعاملين الإقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، و كذلك القرار الممضي في 19 سبتمبر 2015، يحدد كفاءات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج ر ع 17، المؤرخ في 16 مارس 2016.

²⁴ - حددت المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق، حالات الإقصاء و يمكن أن نذكر على سبيل المثال المتعاملين الذين هم في حالة إفلاس، الذين رفضوا استكمال عروضهم... إلخ.

²⁵ - تمنح هامش أفضلية للمنتجات الجزائرية مقدر بنسبة 25% و ذلك وفق المادة 83 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، مرجع سابق.

²⁶ -BADIE Bleza, *L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public*, op.cit.,p.p., 40-43.

إنّ معادلة شروط المنافسة يعني عدم امكانية الأشخاص المعنوية العامة الناشطة في الحقل الاقتصادي استغلال امتيازات السلطة العامة لمنافسة المتعاملين الخواص، ويكون ذلك من خلال إنشاء مراكز مالية متساوية بين المتعاملين الخواص والمتعاملين العموميين، فيخضع كليهما لنظام جبائي موحد وكذا المحاسبة التجارية بدلا من المحاسبة العمومية بالنسبة للمتعامل العمومي، وللكشف عن المساواة في المراكز المالية للمتعاملين الخواص والمتعاملين العموميين ينبغي التدقيق في تقنيات الميزانية والمحاسبة التي يخضع لها كل واحد منهم وكذا السعر الذي يطلبه كل متعامل مقابل الخدمة المؤداة.

يُمكن اعتبار مبدأ المساواة التنافسية الذي يقوم عليه العقد الإداري بمثابة نتيجة حتمية لتطبيق مبدأين أساسيين وهما مبدأ المساواة والحياد الذي يقوم عليه المرفق العام، ومبدأ حرية الصناعة والتجارة المضمون دستورا للأعوان الاقتصاديين والذي لا يمكن خرقه أو استبعاده تذرعا بحرية الإدارة في التعاقد بل أن هذا المبدأ الأخير يقضي بحرية المتعاملين الخواص بالاستثمار وبصفة متساوية مع المتعاملين العموميين في المجالات المفتوحة على المنافسة.

عموماً ينبغي التذكير أنّه في حالة إخلال الشخص المعنوي العام بمبدأ المنافسة الحرة عند إبرام العقد الإداري يمكن لكل متضرر جراء ذلك أن يرفع دعوى أمام القضاء الإداري.

ثانياً: القضاء الإداري الإستعجالي كضمانة لاحترام مبدأ المنافسة

تبنى المشرع الجزائري إمكانية الطعن أمام القاضي الإستعجالي عند مخالفة الهيئة الإدارية لالتزام الإشهار والمنافسة من خلال تضمين قانون الإجراءات المدنية والإدارية²⁷ فصلاً كاملاً تحت عنوان " الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات"

وهو ما يعرف بالاستعجال ما قبل التعاقد الذي تبناه المشرع الجزائري إقتباساً عن نظيره الفرنسي²⁸، منه يفرض الأمر التطرق إلى شروط رفع هذه دعوى، ثم إلى تحديد سلطات القاضي فيها.

²⁷ - يظهر لنا هذا التبنى من خلال الفصل الخامس من الباب الثالث لا سيما المادتين 946 و 947 من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر ع 21، المؤرخ في 23 أبريل 2008.
²⁸ - يمكن تعريف القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية على أنه: "إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة"، للتدقيق أكثر حول نشأة و تطور القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد أنظر في ذلك:

- بزاحي سلوى، "رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، السنة الثالثة، المجلد 05 ، عدد 01 ، 2012 ، ص. 31 .
- رزاق محمد زكرياء، الحماية القانونية لقواعد المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2014، ص 223.

I: شروط رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد

بالعودة إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية سنجد شروط رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد تتمثل في شروط عامة تطبق على جميع الدعاوى الاستعجالية وشروط خاصة وسوف يتم توضيحها على النحو التالي:

أ- الشروط العامة وتتمثل فيما يلي:

– شرط الاستعجال ويُقصد به الضرورة التي لا تحتمل التأخير مقترن بخطر وشيك الوقوع لا يمكن تفاديه برفع الدعوى العادية حتى وإن تمّ تقصير المواعيد²⁹، ويجب أن تتضمن العريضة الرامية إلى استصدار تدابير استعجالية عرضاً موجزاً للوقائع والأوجه المبررة للطابع الاستعجالي للقضية³⁰، وعند ما لا يتوفر الطابع الاستعجالي للدعوى أو أنّ الطلب غير مؤسس كمثلاً رفع الدعوى من طرف شخص منع قانوناً من تقديم عرضه فإن القاضي الاستعجالي يرفض الطلب أو الدعوى بأمر مسبب وفق ما ورد في نص المادة 924 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

– شرط عدم المساس بأصل الحق وهذا يعني أن القاضي الاستعجالي يأمر بتدابير مؤقتة إستعجالية ولا ينظر في موضوع الدعوى أو تحديد أصل الحق³¹، ويمكن للقاضي الاستعجالي أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من طرف الأشخاص المعنوية العامة³² باتخاذها أعمال غير مشروعة تمس بشكل خطير بحقوق الأفراد.

– شرط الجديّة أي أنّه يجب على المدعي أن يُثبت جديته في رفع الدعوى الاستعجالية وذلك من خلال تأكيد استناد حقه في اتباع إجراءات التقاضي على أسباب جديّة ويختلف شرط الجدية من دعوى لأخرى، ويمكن القول أن المتعامل الاقتصادي الذي يرفع دعوى استعجالية ما قبل التعاقد ثم يعلن انسحابه من إجراءات إبرام العقد هذا دليل على عدم جديته في رفع الدعوى.

– شرط الجهة القضائية المختصة والمتمثل في جهة القضاء الإداري استناداً إلى المعيار العضوي المكرس في نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالتحديد يؤول الإختصاص في الفصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد إلى المحكمة الإداري وذلك استناداً إلى نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع العلم أنّه تمّ إسناد مهمة الفصل في الدعاوى الاستعجالية إلى التشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع³³، ولعل السبب الرئيسي في توحيد الجهة القضائية الفاصلة في دعاوى الاستعجال

29- لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجالي الإداري، دراسة قانونية فقهية و قضائية مقارنة، دار هومة للنشر، الجزائر، 2007، ص ص 12-14.

30- المادة 925 من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

31- المادة 918 من القانون نفسه.

32- المادة 920 من القانون نفسه.

33- المادة 917 من القانون نفسه

ودعاوى الموضوع هو التصدي لإحتمال إستصدار قرارات متعارضة والمحافظة على حقوق الأشخاص رافعي الدعوى، لكون من بين الشروط العامة التي تستلزم لقبول جميع الدعاوى وفقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية شرطا الصفة والمصلحة ويقصد بالصفة العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوع النزاع وترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة، أما المصلحة المتطلبة في الدعوى الاستعجالية فهي المصلحة المحتملة في النزاع ولا يعتد بالمصلحة القائمة والحالة وقت رفع الدعوى.

ب- الشروط الخاصة وتتمثل هذه الشروط في الآتي:

- رغم كون الصفة من بين الشروط العامة لقبول الدعوى حيث لا تقبل الدعوى بدون صفة إلا أنه من خلال المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قيد المشرع الجزائري إمكانية رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد في شخصين دون سواهما يمكن أن يكتسب صفة المدعي وهما: كل من تضرر من عملية إبرام العقد دون الاستناد إلى قواعد الإشهار والمنافسة والشفافية، ولم يذكر المشرع الجزائري إذا كان هذا المدعي من بين المتعاملين الذين قدموا عروضهم أو أنه يحق لمتعامل آخر ولو لم يترشح لإبرام العقد أن يرفع الدعوى بل قيد شرط رفع الدعوى بشرط المصلحة فكل من تمّ المساس بحقه والاعتداء عليه جراء إبرام العقد دون الإلتزام بقواعد الإشهار والمنافسة يمكن له رفع الدعوى.

أما الشخص الثاني الذي أجاز له قانون الإجراءات المدنية والإدارية برفع الدعوى الاستعجال ما قبل التعاقد هو ممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سبيرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية، وذلك حفاظا على مشروعية الأعمال الإدارية.

- الإطار الزمني لرفع الدعوى: بالعودة إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين أنه لم يحدد ميعادا معينا لرفع الدعوى الاستعجالية عند إبرام العقود الإدارية، ولكن من خلال شرط الاستعجال الذي يفرض السرعة في اتخاذ الإجراءات لمنع ضرر وشيك الوقوع فإن الدعوى ترفع في أجل معقول يحافظ على هذا الطرف، بالإضافة إلى ذلك من خلال نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص في فقرتها الثالثة على "يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد"، وهذا كدليل قاطع أن الدعوى ترفع قبل إبرام العقد أي أثناء إجراءات إبرامه.

ولكن في الفقرة الموالية للمادة وعند السماح لممثل الدولة برفع الدعوى الاستعجالية استعملت عبارة: ".....لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيبرم"، فمن خلال ذلك يفهم من سياق المادة أنه يمكن لممثل الدولة رفع دعوى استعجالية نظرا للإخلال بإجراءات الإشهار والمنافسة التي تفرضها عملية إبرام العقد ولو بعد إبرامه.

بالعودة إلى القانون الفرنسي نجد أنه سمح برفع ثلاث أنواع من الدعاوى عند الإخلال بإجراءات الإبرام تتمثل الأولى في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد وهي حق ممنوح للمتعاملين المترشحين لإبرام العقد دون سواهم مع ضرورة المساس المباشر أو غير المباشر لمصالحهم أثناء إجراءات إبرام العقد وقبل التوقيع عليه، أما

الدعوى الثانية فهي الدعوى الاستعجالية التعاقدية وهو حق ممنوح للمتعاملين الذين تم استبعادهم من إجراءات إبرام العقد ولكن بشرط ألا يكونوا قد مارسوا حقهم في الاستعجال ما قبل التعاقد³⁴.

تُرفع دعوى الاستعجال التعاقدية في آجال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان عن المنح المؤقت للعقد أو في آجال ستة أشهر من تاريخ إبرام العقد في حالة غياب قرار الإعلان، وفي هذه الحالة سيحكم القاضي الإداري بإلغاء العقد إذا تبين له إبرامه دون إتباع إجراءات الإعلان والمنافسة.

أما الدعوى الثالثة فهي ما يطلق عليه بـ " طعن tropic " الذي يعود نشأته إلى مجلس الدولة الفرنسي وسمي كذلك نسبة إلى شركة "tropic travaux signalisation" باعتبار أن هذا الاجتهاد اتخذ بصدد الفصل في دعوى استعجالية رفعتها الشركة المذكورة تعبيراً منها عن تضررها من استبعادها من إجراءات إبرام عقد تفويض تسيير مرفق عام منح لشركة أخرى بأسلوب مخالف لإجراءات الإعلان والمنافسة ، حيث إعتبر مجلس الدولة الفرنسي هذا الطعن يدخل ضمن دعاوى القضاء الكامل المرفوعة على العقد الإداري، وهذا الطعن مخصص للمتعاملين المستبعدين من عملية إبرام العقد وفي مدة شهرين من إتمام وقفل إجراءات الإعلان والمنافسة³⁵.

يُمكن للقاضي الإداري الفرنسي في هذه الحالة أن يأمر بوقف تنفيذ العقد للبحث في مدى الإخلال بمبدأ المنافسة فإذا ثبت له ذلك يمكن أن يأمر بالفسخ أو تعديل بنود العقد أو الإلغاء الكلي أو الجزئي للعقد، أو الحكم بالتعويض وذلك حسب العيب المشوب به، وفي حالة عدم الكشف عن أيّ إخلال يُمكن أن يأمر بالمواصلة في تنفيذ العقد مراعيّاً في ذلك ضرورة ضمان سيرورة المرفق العام³⁶.

– شرط الإخلال بالإجراءات المؤطرة لعملية إبرام العقد بحيث يشترط لرفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد أن تخل الهيئة الإدارية بإجراءات الإعلان والمنافسة كمثلاً عدم تضمين الإعلان البيانات المحددة قانوناً أو عدم الإحالة إلى دفتر الشروط أو عدم تقرير مدة معقولة لتحضير العروض أو منح امتيازات لمعامل على حساب المتعاملين الآخرين، أو تخصيص العقد إلى متعامل واحد محدد بالذات كمثلاً إبرام الصفقة العمومية وفق أسلوب التراضي رغم عدم توفر حالة استثنائية.

يدخل أيضاً ضمن الإخلال بمبدأ المنافسة قبول عروض غير مؤهلة، فرض شروط وتقنيات لغرض تخصيص العقد لمؤسسة واحدة، تفضيل المتعامل العمومي عن الخواص، استبعاد المتعاملين دون وجه حق أو منعهم من المشاركة رغم توفر فيهم الشروط وقد ذهب القضاء الفرنسي في هذه الحالة إلى منح المتعامل الذي لا

³⁴ - BADIE Bleza, *L'application de la concurrence aux conventions de gestion déléguée de service public*, op.cit., p 228.

³⁵ - C.E., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, www.conseil-etat.fr,

³⁶ - LYUDMILA Weyer, *Délégation de service public en pratique*, op.cit., p 89.

يختار من طرف الهيئة العامة ويتم استبعاده من إجراءات إبرام العقد وبصفة دائمة رغم توفر كل الشروط فيه حق طلب التعويض عن كل الأموال التي نفقها جراء تقديم عرضه³⁷.

II : سلطات القاضي الإداري في الدعوى الاستعجال ما قبل التعاقدية

يتمتع القاضي الإداري وهو بصدد الفصل في الدعوى الإستعجالية بسلطات واسعة غير معروفة في النظام القانوني العام للقضاء الإداري بمفهومه اللاتيني، تتمثل هذه السلطات في الأمر Injonction والإلغاء L'annulation والوقف Suspension.

أ- سلطة توجيه أمر للإدارة: يملك القاضي حق توجيه أمر للإدارة للامتثال لالتزاماتها وكان من المستقر عليه في فرنسا أن القاضي لا يأمر الإدارة، إذ يحكم القاضي الإداري بمبدأ إجرائي مفاده أن: " القاضي يفصل في النزاع ولا يمارس المهام الإدارية " وذلك تطبيقاً لمبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والهيئات الإدارية³⁸.

لكن تخلى كل من القانون الفرنسي والجزائري على هذه المبادئ فمن خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية أكد المشرع الجزائري على إمكانية توجيه القاضي الإداري أوامر للإدارة حيث تنص المادة 4/946 منه على: "يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه". بالتالي لا يوجد أي مبرر قانوني للقاضي الإداري بعدم توجيه أوامر للإدارة من أجل الامتثال للالتزام فيما يخص الإخلال بالمنافسة والشفافية في إبرام العقود الإدارية.

ب- سلطة فرض غرامة تهديديه: لم يكتفي المشرع الجزائري بمنح القاضي الإستعجالي حق إصدار أوامر للإدارة بل نصّ على أسلوب ردعي يفرض على الهيئة الإدارية الامتثال لأوامر القضاء وهي فرض غرامة تهديديه على كل يوم تتأخر فيه الإدارة عن تنفيذ أوامر القضاء الإداري وتسري من تاريخ انقضاء الأجل الممنوح لها لاتخاذ الإجراء.

يتمتع القاضي الإداري بحرية في فرض الغرامة التهديديه من عدمها وذلك لكون المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية استعملت كلمة " يُمكن " ولم تأت بصيغة الوجوب كما هو حر أيضاً في تقدير الغرامة المالية بغض النظر عن وجود ضرر من عدمه، ولكن الغرامة التهديديه لديها طابع تبعي أي أنها لا تفرض إلا بعد رفض الإدارة الامتثال للحكم القضائي الصادر ضدها.

عموماً، فإن الغرامة التهديديه مستقلة عن تعويض الضرر³⁹، وفي حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التأخر عن التنفيذ تقوم الجهة القضائية الإدارية بتصفية الغرامة التهديديه التي أمرت بها⁴⁰، كما يجوز له أيضاً

³⁷ - لقد حكم مجلس الدولة الفرنسي بتعويض شركة كانت دائماً تقدم عرضها لإبرام عقد تعويض تسيير الشواطئ و لكن كانت دائماً تستبعد و لا تفوز بإبرام العقد مما دفعها إلى رفع دعوى ضد البلدية لتعويضها عن ما خسرت من مبالغ مالية في تحضير عرضها، أنظر في ذلك:

- C E., 19 septembre 2012, la commune de Cavalaire-sur-Mer, www.conseil-etat.fr,

³⁸ - بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011، ص ص 63-64.

تخفيض الغرامة التهديدية أو إلغائها عند الضرورة⁴¹، كما يجوز للجهة القضائية أن تقرر عدم دفع جزء من الغرامة التهديدية إلى المدعي، إذا تجاوزت قيمة الضرر وتأمر بدفعه إلى الخزينة العمومية⁴²، كل ذلك حماية للمصلحة العامة وكذا تماشياً مع الطابع العمومي لأحكام الشخص المعنوي العام.

ج- الحكم بتأجيل إمضاء العقد: من خلال المادة 6/946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي الإداري الاستعجالي الأمر بتأجيل إمضاء العقد لمدة 20 يوماً وفي هذا الأجل ستتحرى المحكمة الإدارية بتشكيلتها الجماعية عن مدى مخالفة الشخص المعنوي العام لإجراءات الإعلان والمنافسة، كما أنها تتقيد أيضاً بنفس الميعاد الذي هو 20 يوماً للفصل في الطعن ابتداء من تاريخ الإخطار.

و لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو ما هي الوسائل التي تستعملها المحكمة الإدارية للكشف عن مدى إخلال الهيئة الإدارية بالتزامات الإشهار والمنافسة؟

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي التمييز بين الأفعال المخلة بمبدأ الإشهار والمنافسة، فهناك من الإخلالات التي لا تكلف المحكمة الإدارية نفسها عناء البحث للكشف عنها كعدم النشر في جريدتين وطنيتين الذي يُعتبر انتهاكاً واضحاً لمبدأ الإشهار والمنافسة، إلا أنّ هناك من الإخلالات التي تفرض على المحكمة الإدارية التغلغل في قانون المنافسة للكشف عن مدى وجود مساس بمبدأ المنافسة من عدمه مثل الاتفاق المحظور الذي يجمع بين الشخص المعنوي العام وأحد المتعاملين المتعهدين، فعلى القاضي الإداري في هذه الحالة أن يعتمد على وسيلتين هما: التحليل الاقتصادي من خلال تحليل الوقائع المعروضة عليه بنفس الطريقة التي يقوم مجلس المنافسة بتحليلها، وكذا طريقة إتباع خطوات الاستدلال الاقتصادي وذلك من خلال تكييف الوقائع التي سببتها الممارسة والبحث عن مدى مشروعيتها مما يؤهله أن يصل إلى نفس النتيجة التي قد يصل إليها مجلس المنافسة⁴³، وفي هذا السياق سمح المشرع الجزائري للقاضي الاستعجالي أن يأمر بكل تدبير ضروري للخبرة أو للتحقيق⁴⁴.

³⁹-المادة 982 من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

⁴⁰- المادة 983 من القانون نفسه.

⁴¹- المادة 984 من القانون نفسه.

⁴²- المادة 985 من القانون نفسه.

⁴³- صويلح كريمة، تطبيق قانون المنافسة على أشخاص القانون العام في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بجاية، 2002، ص ص 119-120.

⁴⁴- المادة 940 من القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مرجع سابق.

خاتمة

بعد البحث في موضوع تأثير مبدأ المنافسة على الحرية التعاقدية للشخص المعنوي العام ينبغي القول أنّ تبني المشرع الجزائري لمبدأ المنافسة ضمن إجراءات إبرام العقد الإداري خطوة جدّ إيجابية لما له من آثار فعالة في ترقية الأداء العمومي، رغم أنّه فصل في إجراءات إبرام الصفقات العمومية ولم يعممها وقد أغفلها تماما في اتفاقيات تفويض تسيير المرافق العامة كما ينبغي على المشرع الجزائري أن يضع معياراً دقيقاً يستند إليه لإختيار المفوض إليه مثلما إعتد المشرع الفرنسي في ذلك على المعيار الشخصي، كما ينبغي على المشرع الجزائري توحيد النصوص المطبقة على عقود التفويض في جميع المجالات بسن نص قانوني واحد جامع ومانع. وعليه نقترح على المشرع الجزائري ضرورة منح أهمية أكثر لإتفاقيات تفويض تسيير المرفق العام، والأخذ بعين الإعتبار التنسيق بين مختلف النصوص القانونية المنظمة للنشاط الإقتصادي، والمنظمة للقطاع العام، لأنّه إذا ألمنا بهدف قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في فرض مبدأ المنافسة على إجراءات إبرام العقد الإداري من جهة وكذا ترسيخ قانون المنافسة لهذا المبدأ عن طريق قمع مجلس المنافسة لأيّ ممارسة مقيدة للمنافسة الحرة فإننا نصل إلى نتيجة أنّ كلا القانونين يهدفان إلى حماية ما يسمى بالنظام العام التنافسي.

تأملات حول دستورية النصوص المعدلة لقانون العقوبات الجزائري

د. طباش عزالدين،

مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: azzedintebache@gmail.com

الملخص:

هذه الدراسة تتمحور كليا حول إشكالية حقيقة وهامة يجب طرحها اليوم والمتعلقة بمدى دستورية بعض النصوص المعدلة لقانون العقوبات الجزائري، إذ أن تلك التعديلات تبناها المشرع الجزائري بنوع من التسرع في نظرنا، باعتبار أنه اعتمدها دون الأخذ بعين الاعتبار مقتضيات المبادئ الأساسية والدستورية التي يجب على القوانين العقابية احترامها، خاصة مبادئ الشرعية والمساواة.

الكلمات الدالة:

مبدأ الشرعية، دستورية القوانين، قانون العقوبات، جرائم، عقوبات.

Réflexions sur la constitutionnalité des textes modifiant le code pénal Algérien

Résumé :

Cette étude se focalise entièrement sur une problématique sérieusement importante, celle de la constitutionnalité de certains textes modifiant le code pénal, après de multiples amendements que je considère trop hâtives, parce qu'ils ont été adoptés sans prendre compte des principes fondamentaux et constitutionnels que le code pénal doit respecter, très particulièrement les principes de légalité et d'égalité.

Mots clés :

Principe de légalité, constitutionnalité des textes, code pénal, infractions, peines .

Reflections about constitutionality of the texts modifying the Algerian penal code

Abstract:

This study focuses on a serious problem, that of the constitutionality of some texts modifying the penal code, after many amendments that I consider hasty, because they were adopted without taking into account the fundamental and constitutional principles which the Criminal Code must respect, particularly the principles of legality and equality.

Keywords:

Principle of legality, constitutionality of the texts, penal code, offenses, penalties.

وأن تقسيمنا للموضوع سيكون بحسب مواطن تواجد النصوص التي تحمل من عدم الدقة والغموض الى حدّ تعارضها مع مبدأ الشرعية سواء في التجريم أو العقاب بالشكل الذي سنفضّل فيه لاحقاً، بحيث نجدها بالخصوص في جرائم ضدّ الأخلاق أو الجرائم الجنسية وكذا في الجرائم ضدّ الأموال.

المبحث الأول: انعدام الدقة في النصوص المعذلة والمضافة في جرائم ضدّ الأخلاق

شهد قانون العقوبات الجزائري في مجال جرائم ضدّ الأخلاق أو الجرائم الجنسية تعديلات جوهرية ومتوالية بعضها جاء بمقتضى قانون 1/01¹، الذي عدّل بمقتضاه نص المادة 336 قع المتعلّق بجريمة الاغتصاب، ثم تلاه قانون 19/15² الذي أضاف المواد 333 مكرر 2 و3، الى جانب تعديل المادة 341 مكرر المتعلّقة بالتحرش الجنسي، وقد أثارت هذه المواد تعقيبات وغموضاً كبيراً في مجال الإعتداءات الجنسية.

المطلب الأول في جريمة الاغتصاب

يشترط الاغتصاب بمفهومه العام ضرورة توافر سلوك إجرامي يتمثّل في الإيلاج الجنسي أو ضرورة ممارسة علاقة جنسية على شخص دون رضاه، وهذه العلاقة يجب أن تكون طبيعية، ولكي تكون كذلك، لا بدّ أن ترتكب بين شخصين من جنسين مختلفين أي بين ذكر وأنثى، ولما كان الإيلاج لا يمكن أن يتم إلا من طرف الذكر فإن الضحية يجب أن يكون دائماً أنثى، ولتوضيح الإبهام الذي تتضمنه المادة 336 قع فإنه يقتضي التطرّق الى مفهوم الاغتصاب في ظل هذه المادة قبل تعديلها، ثم الإشارة الى الوضع الحالي لهذه المادة بعد تعديلها.

الفرع الأول: مفهوم الاغتصاب وفق النص القديم للمادة 336 قع:

فقد كان نص المادة 336 قع يعبر عن فعل الاغتصاب بمصطلح هتك العرض، ترجمة لنفس النص في النسخة الفرنسية لمصطلح le viol، ولم يضع النص تعريفاً لهذا الفعل، بل أكد على وصفه الجنائي فقط، بحيث اعتبره جنائية، إذ ورد كما يلي "كل من ارتكب جنائية هتك العرض يعاقب.... وإذا وقع هتك العرض ضدّ قاصرة لم تكمل السادسة عشر تكون العقوبة...".

وفي غياب تعريف جامع ومانع للفعل فقد اتجه الفقه والقضاء الى تبني مفهوماً ضيقاً لمصطلح الاغتصاب بحصره في سلوك موقعة أنثى دون رضاها³، باعتبار أن هذا الفعل يجب أن يتم بالإيلاج الجنسي يرتكبه إنسان من جنس الذكر على إنسان آخر من جنس الأنثى، وأن يتم في المكان الطبيعي المعدّ لذلك أي

¹ - قانون 01/14 مؤرخ في 04/02/2014، المتضمن تعديل قانون العقوبات الجزائري، ج ر ج ج، عدد 07، الصادرة في 16/02/2014.

² - قانون 19/15 مؤرخ في 30/12/2015، المتضمن تعديل قانون العقوبات الجزائري، ج ر ج ج، عدد 71، الصادرة في 30/12/2015.

³ - إدوارد غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، ط 2، الراعي للطباعة والنشر، مصر، 1997، ص 117.

في القبل، وأن يتم الإيلاج بوسيلة واحدة وهي عضو التنكير¹ ، لذلك فإن أي إيلاج آخر مهما كانت طبيعته ومهما كانت وسيلته لا يدخل في نطاق جريمة الاغتصاب حتى وإن وقع بدون رضا الضحية² ، بل يمكن إدراجه في مجال الفعل المخلّ بالحياء والمعاقب عليه في المادة 335 أو 334 قع.

وقد أكد على ذلك المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 336 عندما نصت على الظرف المشدّد المتعلّق بسنّ الضحية، إذ وردت عبارة وقوع الفعل على "قاصرة"، أي من جنس الأنثى وبالمعنى المخالف أنّ الذكر لا يمكن أن يقع هذا الفعل ضده.

الفرع الثاني: مسألة مفهوم الاغتصاب بعد تعديل المادة 336 قع

فإذا كان مفهوم السلوك الإجرامي في جريمة الاغتصاب كان يؤخذ بالشكل الذي تناولناه سابقا فإنه بعد تعديل المادة 336 ق ع أصبح يستوجب الحذر في تحديد عناصره بسبب الغموض الناتج عن عدم دقة النص المعدل بمقتضى قانون 01/14، إذ ورد كما يلي "كل من ارتكب جناية الاغتصاب يعاقب... وإذا وقع الاغتصاب على قاصر لم يكمل الثامنة عشر فتكون العقوبة...".

فالملاحظ في نص المادة أن المشرع الجزائري أبقى على نفس سياسته بعدم تعريف فعل الاغتصاب، واستبدل مصطلح هناك العرض بمصطلح الاغتصاب لإزالة الغموض عن العبارة التي كانت تُفسّر تارة بالإغتصاب وتارة أخرى بالفعل المخل بالحياء.

لكن الإشكال يطرح أساسا في استبدال مصطلح القاصرة المؤنث بمصطلح القاصر بصيغة المذكر، ولا يمكن اعتباره قد ورد خطأ لأنه بالعودة الى النسخة الفرنسية فعل المشرع نفس الشيء واستبدل مصطلح la mineure في صيغة المؤنث بـ le mineur بصيغة المذكر ، والذي يمكن أن يعود على كلا الجنسين.

لذلك فالسؤال الذي يجب أن يطرح، يرتبط أساسا بنية المشرع إن كان قد تعمّد حقيقة حذف حرف التاء من كلمة القاصر، والذي يعني اتجاهه الى إحداث تغيير جوهري في مفهوم السلوك الإجرامي في جريمة الاغتصاب، وليس مجرد "بوادر إعادة النظر " فقط ، بحسب رأي بعض الفقه³ ، وهو ما نعارضه بشدة لأن نصوص قانون العقوبات يجب أن تكون جازمة ولا يستلزم أن تبقى مجرد بوادر فقط، وبالطريقة التي ورد بها النص يعني توسيع نطاق جريمة الاغتصاب لتشمل حتى الإيلاج الجنسي الذي يقع على إنسان من جنس الذكر بدون رضاه، وهذا ما سيؤدّي الى إعادة النظر في عناصر السلوك الإجرامي بشكل جذري، لأن النص لم يعد يحصر هذا السلوك في العلاقة الجنسية الطبيعية التي تتم بدون رضا الأنثى كما رأينا سابقا، وإنما سوف يشمل كل إيلاج ذو طابع جنسي مهما كانت طبيعته، بل مهما كانت وسيلته ودون الإهتمام بجنس الضحية، بل فقط يجب أن يتم بدون رضاه، وهذا هو المفهوم الذي يتبناه المشرع الفرنسي بعد تعديله للنص المقابل للمادة 336 إذ

¹-بوسقيعة أحسن، الوجيز في شرح القانون الجزائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، الجزء الأول، الطبعة الثامن عشر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص104

²-محمد زكي ابو عامر سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص665.

³-بوسقيعة أحسن، الوجيز في شرح القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص104.

أصبح يعرف الاغتصاب بأن "كل إيلاج جنسي أيا كانت طبيعته يقع على شخص الغير بالقوة أو التهديد أو المباغلة"¹، وهيئات بين هذا المفهوم والمفهوم السابق للاغتصاب قبل تعديل المادة 336 قع. لذلك كان على المشرع الجزائري أيضا إعداد تعريفا جامع ومانعا لفعل الاغتصاب ثم، استبدال مصطلح القاصرة بالقاصر بشكل يتوافق مع المفهوم العام الذي يجب أن يرد في الفقرة الأولى من المادة، أما ترك النص بالشكل الذي هو عليه حاليا في قانون العقوبات فإنه في اعتقادنا يتنافى مع بدأ شرعية التجريم كمبدأ دستوري يفرض التزام الدقة والوضوح في النصوص الجزائية، خاصة وأن اشتراط انعدام الرضا كعنصر في الركن المادي لهذه الجريمة يجعل من المتعذر اللجوء الى تطبيق نصوص آخر كالمادة 338 قع المتعلقة بالشذوذ الجنسي والذي يتم برضا الطرفين.

ولما كان في الماضي يُستند بتطبيق نص المادة 335 أو 334 قع المتعلقةين بجريمة الفعل المخلّ بالحياة عندا يتم الإيلاج الجنسي في الحالات غير الطبيعية وبدون رضا الضحية، فإن المشرع زاد من الطين بلّة عندما وسّع من نطاق سنّ القصور في الاغتصاب ليصل الى 18 سنة بدلا من 16، وتركه في الفعل المخلّ بالحياة محددًا ب16 سنة عندما يقع بدون الرضا.

وعلى ذلك فإذا تعرّض شخصا من جنس الذكر في سن 17، لإعتداء جنسي بالإيلاج في دبره مثلا وبدون رضاه، فإنه بالمفهوم الوارد في القانون الفرنسي يعدّ اغتصابا، لكن بالعودة الى القانون الجزائري، فإن اعتماد مفهوم الاغتصاب قبل تعديل المادة 336 قع يعتبر فعلا مخلا بالحياة دون توافر الظرف المشدّد وهو قصور الضحية أقل من 16 سنة لذلك سيواجه الجاني عقوبة السجن المؤقت من 5 الى 10 سنوات وفق المادة 335/ف1 قع، ولكن إذا اعتبرنا أن المشرع الجزائري بمقتضى التعديل الأخير للمادة 336 قع أراد التوسيع من نطاق الاغتصاب بالمفهوم السابق الذكر، فإن الفعل سوف يكون اغتصابا مع ظرف مشدّد هو قصور الضحية أي أقل من 18 سنة وبالتالي سيواجه الجاني عقوبة السجن المؤقت من 10 الى 20 سنة.

المطلب الثاني: في جريمة الفعل المخلّ بالحياة

هذه الجريمة لم تسمّها التعديلات التي ذكرناها إذ بقيت نصوص المواد 334 ق ع المتعلقة بالفعل المخلّ بالحياة بدون عنف والمادة 335 قع المتعلقة بنفس الفعل عندما يرتكب بعنف، بقيت على حالها، ولكن الإشكال الذي أثاره المشرع في هذه الجريمة هو إضافة المادة 333 مكرر 3 المتعلقة بتجريم أي شكل من الإعتداءات الجنسية التي ترتكب خلسة أو بالعنف ويمسّ الحرمة الجنسية لشخص الغير، والمضافة بمقتضى قانون 19/15، لذلك يستلزم البحث في موقع هذه الجريمة في نطاق الجرائم الجنسية.

¹ -Art.222-23 « toute pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace, ou surprise est un viol ». -Code pénal français, cent cinquantième édition, annotation de jurisprudences et de bibliographies par Mayaud Yves, Dalloz, Paris, 2008, p460.

الفرع الأول: المقصود بجريمة الفعل المخل بالحياة

جريمة الفعل المخل بالحياة مثلها مثل جريمة الاغتصاب لم يعرفها المشرع الجزائري، بل نص فقط على وصفها جنائية عقوبتها تساوي عقوبة الاغتصاب، أما الفقه فيعتبر الجريمة أنها تشمل كل اعتداء ذو طابع جنسي من غير السلوك الذي يشكل جريمة الاغتصاب يرتكب ضد شخص الغير ذكرا كان أو أنثى بدون رضاه¹. لذلك فعناصر ركنه المادي تتلخص في اثنين: إتيان سلوك مادي ذو طابع جنسي على جسم المجني سواء بالمساس مباشرة أو الكشف عن إحدى عوراته، والثاني ارتكاب هذه السلوك بدون رضا الضحية²، لذلك فهي جريمة ذات سلوك أوسع من جريمة الاغتصاب بمفهومه القديم الذي أوضحناه سالفاً، والذي بموجبه يخرج من نطاق الفعل المخل بالحياة سلوك وحيد هو ممارسة علاقة جنسية طبيعية ضد الأنثى بدون رضاها، أما الأفعال الجنسية الأخرى سواء كانت إيلاجاً أو غيره من أعمال الفحش ستدخل ضمن جريمة الفعل المخل بالحياة إذا وقعت دون رضا الضحية سواء كان ذكراً أو أنثى³، بل أن مجرد الكشف عن أي جزء من الجسم مما يعدّ عورة لدى الرجل أو المرأة دون المساس بها يدخل في نطاق هذا التجريم. أما انعدام الرضا كعنصر في ركنها المادي فإنه حتى وإن عبر عنه المشرع الجزائري بمصطلح العنف فقط، فإن مفهومه أوسع من ذلك، بحسب الفقه والقضاء، إذ يمتد لكل وسائل التعبير عن انعدام الرضا بما فيه العنف والإكراه مادياً أو معنوياً وكذا انعدام التمييز، أو كان بسبب المرض والعياء الشديد وكذا المباغرة والخدعة⁴.

فإذا كان مفهوم السلوك الإجرامي في جريمة الفعل المخل بالحياة يؤخذ بهذا الشكل فإن السؤال يطرح حول الهدف من وضع نص المادة 333 مكرر 3.

الفرع الثاني: موقع نص المادة 333 مكرر 3 في جرائم ضد الأخلاق

وهي المادة المضافة بمقتضى قانون 19/15 حيث جاء نصّها كما يلي: "ما لم يشكّل الفعل جريمة أخطر، يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 100000 دج إلى 500000 دج كل اعتداء مرتكب خلصة أو بالعنف أو الإكراه أو التهديد ويمسّ بالحرمة الجنسية للضحية".

ويقصد المشرع بعبارة "ما لم يشكّل الفعل جريمة أخطر" إما الإغتصاب أو الفعل المخل بالحياة، ولكن الملاحظ في النص أنه ورد عاماً يشمل كل الاعتداءات مهما كانت طبيعتها عندما تمسّ بالحرمة الجنسية للشخص ذكراً كان أو أنثى، ما عدا فعل الوقاع الجنسي الذي يدخل في نطاق الاغتصاب كما رأينا، ومادام أن

¹- محمد زكي ابو عامر سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 286.

²-BOITARD, Leçons de droit criminel, 13^e édition, imprimerie et librairie MARCHAL et BILLARD, Paris, 1890, p385.

³-PRADEL jean Danti-juan Michel, Droit pénal spécial, 2^e édition, Edition Cujas, Paris, 2001, p482.

⁴- إدوارد غالي الذهبي، المرجع السابق، ص 130. قرار المحكمة العليا رقم 40236 الصادر في 1984/11/20، مجلة قضائية 1990 عدد 2، ص 459.247. Cass.Crim.Franc.25/10/1994, Code pénal, op-cit, p 459.247.

الإعتداء يجب أن يمسّ بالحرمة الجنسية فلا بد أيضا أن يكون فعلا ماديا ذو طابع جنسي، وبالتالي إما أن يكون في صورة المساس المباشر بجسد الضحية أو في صورة الكشف عن إحدى عوراته، وبالإضافة الى ذلك اشترط المشرّع أن يتم إما "خلسة أو بالعنف أو الإكراه أو التهديد"، وهي تلك صور انعدام الرضا بالشكل الذي وضّحناه في الفعل المخلّ بالحياة.

و لما كان كذلك فهل يمكن أن نتصوّر وقوع الإعتداء الجنسي بهذا الشكل ولكن لا يدخل في نطاق الفعل المخلّ بالحياة بمفهومه الحالي؟ خاصة أن الفقه والقضاء يوسّع من نطاقه الى أدنى درجات الإعتداء، ثم ألا يعدّ هذا النص عبارة عن تعريف لجريمة الفعل المخلّ بالحياة المنصوص عليها في المادة 335 قع؟
فلو قلنا أن المشرّع قد حصر الفعل المخلّ بالحياة صراحة في الإعتداء الواقع بالعنف فقط للتعبير عن انعدام الرضا، فلماذا أضاف مصطلح العنف أيضا في نص المادة 333 مكرر3؟

ومن الواقع أمثلة كثيرة يصعب على القاضي الجزائري اليوم بعد إضافة هذه المادة في أي خانة سوف يدرجها، فلو فاجيء شخص امرأة ولامس ثديها مثلا، ماذا يمكن اعتبار هذا الفعل، إذ أنه يمس بالحرمة الجنسية لتلك المرأة لأنه ارتكب خلسة، كما أنه فعلا مخلا بالحياة بالمفهوم الذي تناولناه، فهل يعتبر إذن مجرد جنحة عقوبتها لا تتعدّى 3 سنوات حبس وفق المادة 333 مكرر3، أم أنه جنائية عقوبتها السجن المؤقت التي تصل الى 10 سنوات وفق المادة 335؟

فالمشرّع الجزائري لم يحدّد أي معيار للتمييز بين الجريمتين بل اكتفى فقط بالقول "ما لم يشكّل الفعل جريمة أشدّ" وبذلك فهو يمنح سلطة تقديرية واسعة للقاضي الجزائري لاختيار الوصف الأنسب وهو ما يتعارض مع مقتضيات مبدأ شرعية التجريم والعقاب.

ولعلّ الخطأ الذي وقع فيه المشرّع الجزائري في اعتقادنا هو محاولة نقل نص المادة 333 مكرر3 من القانون الفرنسي في مادته 222-22، التي تتضمّن نصّا مشابها إذ جاء فيه "يعتبر اعتداء جنسي كل مساس ذو طابع جنسي يقع على الغير بالعنف أو الإكراه أو التهديد أو الخلسة"¹.

وإذا كان الأمر صحيحا فإن المشرّع الجزائري قد تناسى أن المشرّع الفرنسي عندما أضاف هذه المادة بعد صدور قانون العقوبات الجديد قام بإلغاء النص القديم الذي كان يتضمّن جريمة الفعل المخلّ بالحياة، وأصبح يميّز فقط بين الاغتصاب من جهة وباقي الإعتداءات الجنسية من جهة أخرى دون إعطاءها إسما محددا باستثناء التحرش الجنسي نظرا لخصوصيته، و قد اتفق الفقه هناك على أن تعريف الإعتداءات الجنسية (les agressions sexuelles autres que le viol) ، بأنها كل سلوك ذو طابع جنسي يرتكب على الغير دون رضاه

¹ - Art. 222-23, Code pénal Français, op-cit, p 456 « toute pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit , commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace, ou surprise est un viol ».

من غير الإيلاج الجنسي الذي يعتبر اغتصاب¹، أي أنه نفس المفهوم الذي كان يشرح به الفعل المخل بالحياء، وما فعله المشرع في رأيهم إلا توضيح أكثر تلك الإعتداءات².

لذلك كان بالأحرى أن يفعل المشرع الجزائري نفس الشيء، أي إلغاء نص المادة 335 ق ع وإضافة المادة 333 مكرر3، أو ترك الوضع على حاله كما كان ليجرّم الاغتصاب عندما يقع بسلوك الواقعة الجنسية دون رضا الضحية، أما باقي الإعتداءات فتدخل في نطاق الفعل المخلّ بالحياء، أما إذا كان الأمر كما هو عليه اليوم، فإنه في اعتقادنا أنه لا موقع للمادة 333 مكرر3 في جرائم ضدّ الأخلاق وأنّ بقاء هذه المادة سيؤدي الى العصف بحريات الأفراد وإهدار مبدأ المساواة الذي هو من المبادئ الأساسية التي تتحكّم في القوانين العقابية.

المطلب الثالث: في جريمة التحرش الجنسي

استحدث المشرع الجزائري جريمة التحرش الجنسي في سنة 2004 وقبل صدور قانون 19/15 كان مجالها يقتصر فقط على تجريم بعض صور التحرش الواقع في إطار علاقة التبعية، أي في ميادين العمل، ولكن بعد تعديل المادة 341 مكرر بمقتضى قانون 19/15، وسّع المشرع الجزائري من نطاق الجريمة لتشمل حتى أعمال التحرش المرتكبة دون توافر علاقة التبعية بين الجاني والضحية ومهما كان المكان الذي وقع فيه التحرش. ولما كان التحرش الجنسي غالبا ما تكون ضحيته هم نسوة، فإن التعديل كان ثمرة جهود الجمعيات النسوية، رغم أن المشرع حتى في التعديل الجديد لم يخص المرأة فقط، بل شمل التجريم كلا الجنسين، إلا أن تلك الجهود النسوية دفعت به الى اتخاذ مواقف متسرّعة بإحداث نصوص يكتنفها الغموض وعدم الدقة في سبيل إرضاء جمعيات الدفاع عن حقوق المرأة دون الإكتراث بعواقب ذلك على المبادئ الدستورية وبالخصوص مبدأ الشرعية، حيث استحدث بمقتضى قانون 19/15 نصّا موجّه خصيصا لحماية المرأة فقط وذلك بتجريم سلوك مضايقة المرأة عن طريق تصرفات تخدش حياءها وفق المادة 333 مكرر2، وهو ما يثير لبسا كبيرا في رأينا سنشرحه كما يلي.

الفرع الأول: المقصود بجريمة التحرش الجنسي خارج نطاق علاقة التبعية

عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 341 مكرر/ف2 قع بالنص "يعدّ كذلك مرتكبا للجريمة المنصوص عليها في الفقرة السابقة ويعاقب بنفس العقوبة، كل من تحرّش بالغير بكلّ فعل أو لفظ أو تصرف يحمل طابعا أو إيحاء جنسيا".

و كأن المشرع الجزائري بهذه العبارات يريد أن يتبنّى مفهوما عاما لجريمة التحرش الجنسي التي يمكن أن تقوم بدون أي شرط ودون حصر لصور سلوك التحرش كما هو وارد في الفقرة الأولى من نفس المادة. ويقصد بالتصرفات التي تحمل طابعا أو إيحاء جنسيا مجموعة الأفعال أو المعاكسات أو الإشارات والألفاظ الموجهة من شخص لآخر ذكرا كان أو أنثى تحمل طابعا جنسيا بشكل مباشر، كمن يعرض أمام أعين الضحية صور أو مجلّات الإثارة الجنسية، أو يرسل لها رسائل إلكترونية تحمل عبارات الإغراء على الممارسة

¹-MALABAT Valérie, Droit pénal spécial, 4ème édition, Dalloz, Paris, 2009,p178.

²- PRADEL jean Danti-juan Michel, op-cit, p 484.

الجنسية، وقد يكون هذا التصرف يوحي أنه ذو هدف جنسي، كالزميل في العمل الذي يتسبب في مختلف العراقيل لإضعاف مركز الضحية في منصب عملها ما لم ترسخ لرغباته الجنسية.

ولكن الإشكال يطرح في أن الظاهر من خلال الفقرة الثانية من المادة 341 مكرر ، أن المشرع الجزائري لا يشترط في سلوك التحرش أن يكون الهدف منه تحقيق رغبة جنسية، وهي فقرة مستلهمة من التشريع الفرنسي الذي خطى نفس الخطوة قبل المشرع الجزائري حيث تبني نصا أكثر وضوحا ودقة في المادة 222-33¹ ، إذ أن المشرع الجزائري أنهى النصّ بعبارة "يحمل طابعا أو إيهاء جنسيا" caractère ou à insinuation sexuelle وهذا يعني أنه يشترط أن يكون السلوك في ذاته يجب أن يحمل طابعا جنسيا وليس شرطا أن يكون الهدف منه تحقيق رغبة جنسية، مثلما ذكره بصريح العبارة في حالة التحرش في إطار علاقة التبعية.

وبهذا المفهوم فإن هذه الصورة من التحرش الجنسي ستؤدي الى إحداث خلط كبير مع نص المادة 333 مكرر 2 المتعلقة بمضايقة امرأة المضافة أيضا بنفس قانون 19/15.

الفرع الثاني: صعوبة التمييز بين سلوك التحرش الجنسي الوارد في المادة 341 مكرر 1/ف2 وجريمة مضايقة امرأة

تنص المادة 333 مكرر 2 على أنه "يعاقب بالحبس من شهرين الى ستة أشهر وبغرامة من 20000 دج الى 100000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من ضايق امرأة في مكان عمومي بكل فعل أو قول أو إشارة تخدش حياءها".

ويقصد بالمضايقة إزعاج المرأة بسلوك قد يكون مادي (الفعل أو الإشارة) بالقيام بحركة مادية معينة، أو معنوي يتم بإصدار كلمات أو عبارات ،ومن شأن ذلك أن يخدش حياءها، والفارق بين السلوك المعاقب عليه في هذه المادة وفعل الإعتداء الجنسي الوارد في المادة 333 مكرر 3 أنه لا يشترط القانون أن يطل هذا السلوك جسم المرأة وإنما ما يقوم به الجاني هو حركة مادية أمام المرأة أو تحت أنظارها أو إسماعها عبارات تخدش حياءها ، فهي تشبه جريمة الفعل العلني المخل بالحياء (المادة 333 قع) في سلوكها المادي وتشبه جريمة الإخلال بالأخلاق الحميدة(المادة 333 مكرر) في سلوكها المعنوي، لكن الفارق أن كلا الجريمتين يكون فيهما الضحية غير محدد أي كل الجمهور أما في المضايقة فالسلوك موجّه لإمرأة معينة .

أما الإخلال بالحياء فرغم أنه مفهوما نسبي يختلف من مجتمع لآخر فإن المتفق عليه أن أي سلوك لا يصل الى درجة الإخلال بالحياء إلا إذا كان يحمل طابعا جنسيا في نظر المجتمع الذي وقع فيه²، وبالتالي فإن السلوك الذي يخلّ بحياء المرأة لا بد وأن تكون له طبيعة جنسية.

¹ - Art.222-33 « Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ... » Code pénal Français, édition 2014, [http // : www.légifrance.gouv](http://www.légifrance.gouv)

² - إدوارد غالي الذهبي، المرجع السابق، ص136.

وبذلك فالصعوبة تدقّ عندما نحاول مقارنة سلوك التحرش الذي ورد في المادة 341 مكرر / ف 2 "كل فعل أو لفظ أو تصرف يحمل طابعا أو إيحاء جنسيا"، مع السلوك الذي يقوم به فعل المضايقة والذي ورد في المادة 333 مكرر 2 "كل فعل أو قول أو إشارة تخدش حياءها"، فرغم أن النص الأخير جاء ليحمي المرأة بشكل حصري وصريح، فإن التحرش بمفهومه العام أيضا غالبا ما تكون المرأة ضحيته كما أشرنا إليه سابقا، إذ من الصعب تصور سلوكا يخدش حياء المرأة ولا يحمل طابعا أو إيحاء جنسيا، إذ أن المفهومين متداخلان في بعضهم البعض في غياب معيار دقيق وواضح للتمييز بينهما.

فلو أن شخصا قام بالكشف عن أعضاءه التناسلية أمام امرأة وأشار إليها ليلفت نظرها، فإنه يمكن اعتباره تحرشا لأنه سلوكا يحمل طابعا جنسيا، كما يمكن اعتباره أيضا مضايقة لأنه سلوك يخلّ بحياء المرأة، والأخطر من ذلك أن المشرع قرر عقوبة مختلفة لكلا الجريمتين خاصة الحبس، إذ يتراوح في التحرش ما بين سنة إلى ثلاث سنوات أما في المضايقة شهرين إلى ستة أشهر.

فلو أراد المشرع الجزائري في رأينا إزالة هذا الغموض الذي يكتنف كلا النصين لربط بشكل صريح فعل التحرش المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 341 مكرر، بضرورة أن يكون الهدف منه تحقيق رغبة جنسية مثل صورة التحرش في إطار علاقة التبعية، وبالتالي لا يشترط أن يكون السلوك نفسه ذو طابع جنسي، ثم يصبح الفعل الذي يحمل طابعا جنسيا في ذاته ولكن لا يهدف إلى تحقيق رغبة جنسية سوف يدخل في خانة المضايقة، أو يجعل المضايقة تقتصر فقط على السلوكيات التي تحدّ من حرية المرأة دون أن يكون لها طابعا يخلّ بحياءها، وبالتالي تصنّف كل السلوكيات ذات الطابع الجنسي في خانة التحرش.

و بهذا الشكل تسهل لدى القاضي عملية التمييز بين ما يعدّ مضايقة وما يعدّ تحرشا جنسيا .

المبحث الثاني: عدم دقة النظام العقابي المقرر لبعض جرائم ضدّ الأموال

على عكس جرائم ضدّ الأخلاق التي لاحظنا فيها غموضا وخلطا كبيرا في مجال التجريم في التعديلات الأخيرة لقانون العقوبات الجزائري، فإن عدم الوضوح في جرائم الأموال يرتبط أساسا بالنظام العقابي المقرر لها، إذ أن سياسة التخفيف في هذا النوع من الجرائم والتي اعتمدها المشرع خاصة منذ تعديلات 2006 بمقتضى قانون 23/06¹، حيث قام بإلغاء عقوبة الإعدام في عدة مناسبات وكذا تجنيح بعض الجرائم التي كانت توصف بالجنايات، كل ذلك تم بدون مراعاة الدقة في تقرير العقوبات مما جعل من تلك النصوص تقع في تناقض كبير لا يخدم مبدأ شرعية العقوبة، إذ يلاحظ ذلك بالخصوص في جرائم السرقات وجرائم التخريب عن طريق الحريق أو التفجير.

¹ - قانون رقم 23/06 المؤرخ في 20/12/2006.

المطلب الأول: في العقوبات المقررة لجريمة السرقة

تعتبر السرقة من أخطر الجرائم الواقعة على الأموال، تقتضي لقيامها أخذ الشيء بدون رضا حائزه، فهي اعتداء على ملكية الشيء وحيازته في نفس الوقت¹، وقد وضع المشرع الجزائري النص الأساسي والتقليدي لفعل السرقة في المادة 350 ق ع بالقول "يعتبر سارقا كل من اختلس شيئا غير مملوك له..."
ومنذ صدور قانون 23/06 أحدث المشرع تعديلات جوهرية في النظام العقابي لجريمة السرقة، إذ اختلفت عقوباتها بحسب جسامة وخطورة فعل السرقة، إذ نجدها أحيانا جنحة بسيطة وأحيانا أخرى جنحة مشددة، وفي حالات أخرى جنائية يمكن أن تصل عقوبتها إلى السجن المؤبد.

لكن كثرة وتنوع الظروف المشددة لهذه الجريمة أوقعت المشرع الجزائري في بعض التناقضات التي يجب عدم الإبقاء عليها، والتي يمكن حصرها في حالة إعمال ظرف حمل السلاح وكذا حالة ارتكاب السرقة ضد أموال مملوكة للدولة أو إحدى مؤسساتها.

الفرع الأول: مسألة ظرف حمل السلاح في جريمة السرقة

ظرف حمل السلاح من أخطر الظروف المشددة في جريمة السرقة إذ يجعل منها جنائية كانت عقوبتها قبل تعديل نص المادة 351 من قانون العقوبات بمقتضى قانون 23/06 هي الإعدام، وبعد صدور هذا القانون أصبحت السجن المؤبد، إذ يكفي أن يكون الجاني حاملا للسلاح فقط دون استعماله، لكي يقوم هذا الظرف، بل حتى وإن كان هذا السلاح موجودا في المركبة التي استعملت كوسيلة لارتكاب السرقة وفق نص المادة 351/2، إذ أن نص المادة 351 جاء عاما ليشمل هذا الظرف كل السرقات مهما كان نوع الشيء محل الجريمة.

إلا أنه وفي سنة 2009 وبمقتضى قانون 01/09² أضاف المشرع الجزائري مادتين وهما 350 مكرر 1 ومكرر 2 تتصان على عقاب السرقة لشيء معين بذاته وهي الممتلكات الثقافية المنقولة والمحمية أو المعرفة، ويقصد بها سرقة الآثار والتحف الفنية أو كل ما يتعلق بالتراث الثقافي، وذلك نظرا لغياب نص يجزّ فعل السرقة لهذه الأشياء في قانون 04/98 المتعلق بحماية التراث الثقافي³.

وقد تضمنت المادة 350 مكرر 2 ظروف التشديد لجريمة السرقة الواقعة على تلك الممتلكات الثقافية، ومن بينها ارتكاب الجريمة مع حمل السلاح أو التهديد باستعماله، إذ نصت على أن تكون العقوبة في حالة توافر هذا الظرف الحبس من 5 إلى 15 سنة وغرامة من 500000 دج إلى 1.500000 دج.

وبذلك أصبح اليوم في قانون العقوبات الجزائري مجالين مختلفين لتطبيق ظرف حمل السلاح في جريمة السرقة، وعلى القاضي كلما توافر هذا الظرف أن يسأل حول طبيعة الشيء محل السرقة، فإذا كان من الممتلكات الثقافية المحمية أو المعرفة فإن النص الواجب التطبيق هو المادة 350 مكرر 2 وبالتالي سوف تعتبر

¹ -محمود نجيب حسني، جرائم الإعتداء على الأموال، المجلد الأول، طبعة 3، بيروت، 1998، ص 33.

² -قانون رقم 01/09 المؤرخ في 25/02/2009

³ -قانون 98 / 04 المؤرخ في

جناحة عقوبتها الحبس من 5 الى 15 سنة بالإضافة الى الغرامة، أما إذا كان محلها شيء آخر فإن النص الواجب التطبيق هي المادة 351 ق ع التي تعتبر الفعل جنائية معاقبا عليها بالسجن المؤبد !
فلو افترضنا وفق هذا الوضع أن شخصا سرق بقرة من إحدى المزارع وكان حاملا للسلاح ، وآخر دخل أحد المتاحف حاملا للسلاح وهدد باستعماله، ثم تمكن من سرقة إحدى التحف الفنية النادرة والتي لا تقدر بثمن، فإن الأول سيواجه عقوبة السجن المؤبد أما الثاني سيواجه جناحة مشددة عقوبتها الحبس من 5 الى 15 سنة، والغرامة مهما كانت كبيرة لا يمكنها أن تقارن بالعقوبات السالبة للحرية.

فهذا الوضع إذن يبدو أنه غير معقول وغير منطقي وغريب جدا، إذ كيف للمشرع أن يقع في مثل هذا التناقض رغم أن المادتين تلت بعضهما البعض، وكيف للهيئة المكلفة برقابة دستورية القوانين أن تقلت من رقابتها مثل هذه النصوص دون اكرثات بعواقبها الوخيمة على الحريات الفردية ومبدأ المساواة وكذا مبدأ الشرعية العقابية؟

الفرع الثاني: حالة ظرف السرقة الواقعة على أشياء مملوكة للدولة أو إحدى مؤسساتها

وهو الظرف العام الوارد في المادة 382 مكرر، بحيث أنه ظرف لا ينطبق فقط على السرقة ، بل على جرائم الأموال الأخرى أيضا، كالنصب وخيانة الأمانة وغيرها.

لكن الملاحظ في هذا النص أن المشرع الجزائري لم ينتبه الى ضرورة تعديله كي يصبح متوافقا مع التعديلات التي أجريت في العقوبات المقررة لجريمة السرقة بالخصوص، فرغم أن الفقرة الأولى من المادة 382 مكررتم تعديلها عند تعداد من هم الأشخاص الإعتبارية ، إلا أن الفقرتين المتعلقتين بتقرير العقوبات لم يمسها التعديل رغم الغموض الذي أصبح يكتنفها.

فعندما تكون الدلوة أو إحدى مؤسساتها ضحية سرقة، فقد وردت العقوبات كما يلي:

1- السجن المؤبد في الحالات الواردة في المواد 352 و353 و354.

2- الحبس من سنتين الى 10 سنوات إذا تعلق الأمر بجناحة.

إذ أن هذا النظام العقابي كان قد وضع في الوقت الذي كانت المادتين 352 و354 تتصان على حالات جرائم السرقة الموصوفة.

أما اليوم وبعد تجنيح الحالتين فإن التساؤل يطرح حول الحل الذي يجب على القاضي أن يتبناه إذا ما حضرت أمامه صور السرقة الواردة في المادتين 352 و354، والواقعة على إحدى مؤسسات الدولة، فهل يستند الى الفقرة الثانية من المادة 382 مكرر التي تنص على تطبيق عقوبة الحبس من سنتين الى 10 سنوات حبس، لأن الأمر يتعلق بجناحة؟ وذلك غير منطقي، لأن العقوبة سوف تكون أقل شدة من العقوبة المنصوص عليها في المادتين المذكورتين، باعتبار أن حدّهما الأدنى هو 5 سنوات أما في حالة الضحية هي الدولة يكون الحد الأدنى سنتين.

أم أنه يبقى يستند دائما الى الفقرة التي تنص على تطبيق عقوبة السجن المؤبد إذا ما توافرت حالات السرقة المذكورة في المواد 352 و 354، وهذا أيضا غير منطقي، إذ ليس من العادة أن نجد في قانون العقوبات القفز بالتشديد بهذا الشكل من عقوبة الحبس الى السجن المؤبد مباشرة !
لذلك فإن مبدأ الشرعية يفرض في اعتقادنا ضرورة إعادة النظر في المادة 382 مكرر لتوضيحها بالشكل الذي يتوافق مع التنظيم العقابي الحالي والمقرر خاصة لجريمة السرقة.

المطلب الثاني: غياب التناسق في العقوبات المقررة لجرائم التخريب عن طريق الحريق والتفجير

هذه الجرائم تضمنتها المواد من 395 الى 405 ق ع وقد شهدت هي أيضا تعديلات بمقتضى قانون 23/06، والتي مسّت بالخصوص العقوبات المقررة لها دون التجريم، وذلك في إطار سياسة المشرع الرامية الى التقليل من الأخذ بعقوبة الإعدام، إذ أن هذه الجرائم كانت في غالبيتها تكون عقوبتها الإعدام، إلا أن هذه التعديلات ونظرا لعدم المراجعة المتأنية للنصوص، أوقعت المشرع في تناقضات ظاهرة والتي يمكن ملاحظتها في ما يلي:

الفرع الأول: في جريمة التخريب عن طريق الحريق

يعد الحريق عن طريق التخريب إحدى السلوكيات الإجرامية الخطيرة التي يمكن أن تكون أموال الفرد عرضة لها، وقد خص المشرع بالحماية منها أساسا المباني بشكل عام والمذكورة بأنواعها في المواد 395 قع وما بعد، حيث ميّز في العقاب أساسا، بين تلك المباني المسكونة أو المستعملة للسكن وبين المباني غير المسكونة وغير المستعملة لذلك، وفي سنة 2006 وبمقتضى قانون 23/06 قام المشرع بإجراء بعض التعديلات المتعلقة بعقوباتها، وذلك بإلغاء عقوبة الإعدام من غالبيتها، إلا أن هذا التدخل تسبّب في ظهور مفارقات غير منطقية ولا يستوجب أن تكون عليها النصوص العقابية، فقد نصّت المادة 395 قع على ما يلي "يعاقب بالسجن المؤبد (بدلا من الإعدام التي كانت من قبل) كل من وضع النار عمدا في مبان... مسكونة أو مستعملة للسكن....".
ثم نصّت المادة 396 قع "يعاقب بالسجن المؤقت من 10 الى 20 سنة كل من وضع النار عمدا في الأموال الآتية...مباني غير مسكونة أو غير مستعملة للسكن....".

أما المادة 396 مكرر نصّت "تطبّق عقوبة السجن المؤبد إذا كانت الجرائم المذكورة في المادتين 395 و 396 تتعلق بأموال الدولة...".

أما المادة 399 وهي الأهم في هذه المفارقة جاء نصّها كما يلي "في جميع الحالات المنصوص عليها في المواد من 396 الى 398 يعاقب مرتكب الجريمة بالإعدام إذا أدى هذا الحريق العمد الى موت شخص أو عدّة أشخاص".

فالملاحظ إذن من خلال نص المادة 399 قع، أنه بعد إلغاء عقوبة الإعدام في حال ارتكاب جريمة الحريق العمد في مباني مسكونة أو مستعملة للسكن وفق المادة 395 قع، لم ينتبه المشرع للعقوبات المقررة فيما بعد، إذ أبقاها على حالها، وهو ما نتج عنه أن بقت تلك الجريمة بدون ظروف مشدّدة، لأنها كانت في الماضي تنص على أقصى عقوبة وهي الإعدام.

لكن بالمقابل في حالة الحريق العمد المرتكب في مباني غير مسكونة وغير معدة للسكنى والتي هي أقل خطورة بدليل أن عقوبتها الأصلية هي من 10 إلى 20 سنة سجن، بحسب المادة 396 قع، ومع ذلك فهذه الجريمة تحتوي على عدة ظروف مشددة أخطرها عندما تؤدي إلى وفاة شخص، إذ تصل عقوبتها إلى الإعدام، بحسب المادة 399 قع، بالإضافة إلى عقوبة السجن المؤبد إذا تعلق الأمر بأمالك الدولة أو أدى إلى إصابة شخص بعاهة مستديمة.

وبذلك فإذا ارتكب شخص جريمة الحريق العمد في منزل مسكون أو مستعمل للسكنى ثم أدى إلى وفاة شخص بداخله فإنها تشكل صورة للقصد الإجمالي¹، إذ أنه مادام أن المبنى مسكونا فإن العلم بإمكانية تواجد إنسان بداخله واردا جدا ورغم ذلك فإن العقوبة لا تشدد بحكم أن المادة 399 قع لا تشمل حالة المادة 395، التي تنص على تجريم مثل هذه الواقعة، لأن التعديل لم يتطرق إلى المادة 399 قع في سنة 2006 وإلى غاية كتابة هذه الأسطر، لذلك تبقى العقوبة المقررة هي السجن المؤبد.

في حين إذا ارتكب آخر جريمة الحريق في منزل غير مسكون أو غير مستعمل للسكنى، فإن احتمال أو توقع تواجد إنسان بداخله ضئيل جدا ولذلك، فإذا أدى إلى الوفاة فهي تبقى صورة للقصد المتعدي الذي يجب أن لا تكون عقوبته أشد أو في مستوى العمد²، ومع ذلك تكون العقوبة حسب المادة 399 قع هي الإعدام !

الفرع الثاني: في جريمة التخريب عن طريق التفجير

جريمة التخريب عن طريق التفجير هي أيضا من أخطر الجرائم التي تصيب الأموال مثل الحريق وقد ورد النص عليها في المواد من 400 إلى 405 قع، بحيث أن العقوبات المقررة بشأنها أراد لها المشرع الجزائري أن تكون هي نفسها العقوبات المقررة لجريمة التخريب عن طريق الحريق، بحيث أحالت المادة 400 قع إلى تطبيق المواد من 395 إلى 399 قع بحسب كل حالة، وقد رأينا الغموض وعدم الدقة التي تميز تلك المواد، وبالتالي فنفس الحكم ينطبق في حالة التخريب عن طريق التفجير.

ضف إلى ذلك أن المشرع زاد من التناقض وعدم الفهم، عندما عدل المادتين 401 و403 قع بمقتضى قانون 23/06، بحيث رفع من العقوبة التي كانت منصوصا عليها في المادة 401 وهي السجن المؤبد و أصبحت الإعدام، في حين ترك العقوبة الواردة في المادة 403 كما هي دون تغيير، إذ جاء نص المادة 401 قع " يعاقب بالإعدام كل من هدم أو شرع في ذلك بواسطة لغم أو أية مواد متفجرة أخرى، طرقا عمومية أو سدود..."

وجاء نص المادة 403 كما يلي "إذا نتجت وفاة شخص أو أكثر من ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المادة 401، يعاقب بالإعدام، وإذا سببت الجريمة جروحا أو عاهة مستديمة فتكون العقوبة السجن المؤبد".

فمن خلال النصين فإن التناقض والغموض ظاهر للعيان، إذ أن أحكام المادة 403 قع لم تعد لها معنى، ما دام أن المشرع رفع من عقوبة المادة 401 إلى الإعدام، سواء نتجت عن التفجير إحداث الوفاة أم لا، بل أنه

¹ - راجع: طباش عزالدين، النظام القانوني للخطأ غير العمدي في جرائم العنف، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014، ص 255.

² - طباش عزالدين، المرجع السابق، ص 260.

ما يثير الحيرة أيضا النص على عقوبة السجن المؤبد في حال تسبب التفجير في إحداث عاهة أو جروح، وكأن توافر هذا الظرف أصبح عذرا مخففا وليس ظرفا مشددا، لذلك فإن المادة 403 كان على المشرع إلغائها نهائيا وليس تعديلها فقط، فهي مادة غير دستورية ولا موقع لها في قانون العقوبات بالشكل الذي هي عليه في قانون العقوبات الحالي.

خاتمة

وفي الختام فإن الهدف المرجو من هذه الدراسة هو التنبيه بخطورة التدخّلات التشريعية المتسرّعة في إحداث التعديلات في مجال التجريم والعقاب، والذي أوقع المشرع الجزائري في متاهات الغموض وعدم الدقة في وضع النصوص بشكل يتنافى مع مبدأ الشرعية، بحيث لن يتحمّل أثارها في الأخير إلاّ الحريات الفردية وسمعة العدالة الجنائية.

وعلى ذلك فإن توصياتنا في هذا المجال ضرورة التنبيه إلى ما يلي:

- ضرورة التأنّي والمراجعة قبل إضافة نصوص أو إحداث تعديلات جديدة وذلك لتفادي التناقض الذي يضرّ بمباىء التجريم والعقاب.
- ضرورة تدخّل المشرع الجزائري بسرعة لتوضيح بعض النصوص التي تناولنا الإشكاليات التي يمكن أن تطرحها في التطبيق.
- ضرورة إزالة التناقض الموجود بين بعض النصوص التي أشرنا إليها خاصة في مجال السرقة والتخريب عن طريق الحريق والتفجير .
- ضرورة إعداد تعارف جامعة ومانعة لبعض الجرائم من أجل توضيح أركانها وبالتالي تحديد نطاق تطبيقها، كما في فعل الاغتصاب.
- تفادي الرضوخ لبعض التأثيرات ذات الطابع العاطفي التي تجرّ الى استحداث تعديلات فوضوية تمس بمبدأ المساواة والحريات الفردية.

المسؤولية المدنية والجنائية للوكيل العقاري في القانون الجزائري

د. سقلاب فريدة ،

قسم التعليم الأساسي للحقوق،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: fseklab@yahoo.fr

الملخص:

يلعب الوكيل العقاري دورا هاما في المجال العقاري، لاعتبار أنه يرشد الشخص الذي يرغب في بيع أو شراء أو إيجار عقار فهو وسيط بين طرفي المعاملة العقارية ووكيل عن أحد طرفي هذه الأخيرة، الأمر الذي استدعى وضع نص خاص يحمي جميع الأطراف من التلاعبات والإلتواءات، وهو ما جسده المشرع الجزائري من خلال سنه للمرسوم التنفيذي رقم 09-18 الذي يحدد التنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري. لقد شدد المشرع الجزائري مسؤولية الوكيل العقاري، سواء المدنية أو الجزائية، وبالخصوص بعض المسائل الهامة التي تحتاج إلى تنظيم خاص وذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 09-18، وترك أمور أخرى عامة وشائعة في المعاملات بين الأشخاص لنصوص القانون المدني وأحكام القانون الجنائي.

الكلمات المفتاحية:

الوكيل العقاري، الترقية العقارية، المعاملات العقارية، مسؤولية الوكيل العقاري، المسؤولية المدنية، المسؤولية الجزائية.

La responsabilité civile et pénale de l'agent immobilier en droit Algérien

Résumé :

L'agent immobilier joue un rôle important dans les transactions immobilières, et ce, en guidant la personne qui désire vendre, acheter ou louer un immeuble. De ce fait, il est considéré comme un médiateur entre les parties de la transaction immobilière et il procède en même temps en tant que mandataire de l'une des parties en question. Une telle situation exige de mettre en place un texte spécial de nature à protéger toutes les parties des manœuvres qui peuvent éventuellement se produire en ce domaine. Pour se faire, le décret exécutif n° 09-18 modifié et complété, intervient afin de fixer la réglementation relative à l'exercice de la profession d'agent immobilier.

Par ailleurs, le législateur algérien aggrave la responsabilité de l'agent immobilier aussi bien civile que pénale. Cette option porte essentiellement sur les questions qui nécessitent une réglementation spéciale. On la trouve surtout incarnée par ledit décret, en laissant l'encadrement des autres questions de droit commun aux dispositions du code civil et du code pénal.

Mots clés :

L'agent immobilier, la promotion immobilière, les transactions immobilières, la responsabilité de l'agent immobilier, la responsabilité civile, la responsabilité pénale.

The civil and criminal liability of the real estate agent in Algerian law

Summary:

The real estate agent plays an important role in real estate transactions, guiding the person who wants to sell, buy or rent a building. As a result, he is considered as a mediator between the parties to the real estate transaction and at the same time acts as an agent of one of the parties in question. Such a situation requires the establishment of a special text to protect all parties from the maneuvers that may possibly occur in this area. To do so, Executive Decree No. 09-18, amended and completed, intervenes to set the regulations governing the practice of the profession of real estate agent.

In addition, the Algerian legislator aggravates the responsibility of the real estate agent as well civil as criminal. This option focuses on issues that require special regulation. It is mainly embodied by the said decree, leaving the framework of other issues of common law to the provisions of the Civil Code and the Penal Code.

Keywords:

Real estate agent, real estate development, real estate transactions, liability of real estate agent, civil liability, criminal liability.

مقدمة

يلعب الوكيل العقاري دورا هاما في مجال تسيير الشؤون العقارية، إذ أنه يساعد الأفراد على إبرام التصرفات العقارية المختلفة، فهو يمثل وسيطا في الميدان العقاري.

إن الوكيل العقاري هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم باتخاذ نشاط الوساطة بين طرفي التعامل العقاري لتحقيق تلك المعاملات، حيث تتمثل هذه الأخيرة في البيع والشراء أو الإيجار، كما يمكن أن تكون كذلك عمليات التبادل في مجال العقار بكل أنواعه، حضري، ريفي، صناعي، فلاحي...

يقصد بالمسؤولية في مفهومها العام، مساءلة الشخص عن فعله أو فعل غيره الخاطئ، بحيث أن الخطأ يمثل مخالفة للواجب القانوني أو العقدي، وبالتالي قيام الضرر بالغير، فينتج عن ذلك إلزام الشخص القائم بالضرر بالتعويض عن الخطأ أو الضرر.

إن المسؤولية بالنسبة للوكيل العقاري هو الجزء الذي يترتب عليه عند إخلاله بقاعدة من قواعد السلوك وكذلك بالالتزامات التي تترتب عليه بعقد مع المتعاملين معه، فإذا تجاوز مهامه باختراقه لقواعد قانونية أو اتفاقية تقوم عليه المسؤولية.

وعلى هذا نتساءل عن تنظيم المشرع الجزائري لمسؤولية الوكيل العقاري، سواء فيما يتعلق بالمدنية أو الجنائية، وهل أن هذا التنظيم قد غطى كل الجوانب المتعلقة بمسؤولية الوكيل العقاري، أم أنه هناك قصور بهذا الشأن؟

أولاً- المسؤولية المدنية للوكيل العقاري :

يقصد بالمسؤولية المدنية، إلزام الشخص بتعويض الضرر الذي تترتب على إخلاله بالتزام يقع عليه، وهي إما أن تكون مسؤولية عقدية، إذا كان مصدر الالتزام الذي حصل الإخلال به هو العقد، وإما أن تكون مسؤولية تقصيرية إذا كان هذا الالتزام مصدره العمل غير المشروع¹.

وفيما يلي سيتم التطرق لمسؤولية الوكيل العقاري العقدية (1) ثم لمسؤولية الوكيل العقاري التقصيرية (2).

1- المسؤولية العقدية للوكيل العقاري :

تعرف المسؤولية العقدية بأنها الجزء المترتب عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها، فيكون المدين مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد². تنشأ مسؤولية الوكيل العقاري العقدية عند خرقه الالتزامات المقررة عليه، وعدم قيامه بكل أو بعض واجباته المتفق عليها في الوكالة، وبذلك يسأل عن الخسارة الناشئة لموكله نتيجة تقصيره، كون أن عدم قيامه بالالتزامات المفروضة عليه في العقد يترتب عليه مسؤولية عقدية.

تعتبر الوكالة القائمة بين الوكيل العقاري وزبائنه عقد وكالة بأجر، وهذا بصريح نص المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 09-18 المؤرخ في 20 يناير 2009، والمتضمن تحديد التنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري³، حيث تنص هذه المادة على أنه : "يعد وكيلا عقاريا كل شخص طبيعي أو معنوي يلتزم بموجب وكالة وبمقابل أجر، بالقيام بخدمات ذات طابع تجاري كوسيط في الميدان العقاري أو في ميدان الإدارة والتسيير العقاريين، لحساب أو لفائدة مالكين".

لاعتبار أن العقد الذي يربط بين الوكيل العقاري وزبونه هو عقد وكالة بأجر، فإن هذا يؤدي إلى تشديد مسؤولية الوكيل العقاري، حيث يتوجب عليه القيام بالالتزامات المقررة عليه بموجب الوكالة ولا يقصر فيها،

¹ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني : الواقعة القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص ص 07-08.

² بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول : التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص ص 264-265.

³ مرسوم تنفيذي رقم 09-18 مؤرخ في 20 يناير سنة 2009، يحدد التنظيم المتعلق بمهنة الوكيل العقاري، ج ر ج ج، عدد 06، صادر في 25 يناير 2009 (معدل ومتمم).

ويكون كذلك حسن النية، وفي هذا الإطار تنص المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 09-18 على أنه : "يجب على الوكيل العقاري في إطار ممارسة مهنته، القيام بما يأتي :

- أداء التزاماته تجاه زبائنه وفقا للأحكام المنصوص عليها في هذا المرسوم وحسب أعراف المهنة.
- الاتقان في تقديم الخدمات.
- احترام القوانين والتنظيمات التي تسيّر النشاط.
- قيد جميع العمليات التي ينفذها في سجل ترقمه وتؤشر عليه المصالح المختصة للوزارة المكلفة بالسكن.

يجب الاحتفاظ بهذا السجل خلال مدة خمس (05) سنوات على الأقل، وتقديمه مع الوثائق الأخرى إلى كل عون دولة مؤهل للقيام بمراقبة هذه السجلات.

- إلصاق جدول الأتعاب والتعريفات بصفة مرئية وواضحة للزبائن".

وتنص المادة 29 من القانون نفسه على أنه : "يجب على كل وكيل عقاري أثناء ممارسة مهنته، أن يحمل البطاقة المهنية المذكورة أعلاه، بصفة دائمة، وأن يفتح دفتر احتجاجات، ويضعه تحت تصرف الزبائن مرقم ومؤشر من طرف المصالح المختصة للوزارة المكلفة بالسكن".

أ- التزامات وحقوق الوكيل العقاري:

سيتم التعرض للالتزامات ثم للحقوق المخولة للوكيل العقاري.

1- التزامات الوكيل العقاري:

يتضح من خلال أحكام المرسوم التنفيذي رقم 09-18، أن الوكيل العقاري يلتزم بعدة التزامات اتجاه الإدارة والهيئات الوصية كما يلتزم كذلك اتجاه الزبائن بالتزامات منها الأخلاقية ومنها الإدارية، بحيث لا يمكن المحافظة على سلامة المعاملات إلا إذا التزم كل أطرافها بما هو منصوص عليه في المرسوم التنفيذي السابق الذكر، رغم انعدام أي التزام فيما يخص الزبائن¹.

من الشائع عند شراء العقارات، اللجوء إلى إحدى الوكالات العقارية، وعليه لا بد من معرفة أن دور الوكيل العقاري لا يقتصر على تحقيق الاتصال بين البائع والمشتري فحسب، ولكنه ملزم أيضا ببعض الواجبات التعاقدية تجاهه، والتي تتمثل فيما يلي :

- ينبغي على الوكيل العقاري الالتزام بالدقة والأمانة ، وهما شيان ينبغي أن يتصف بهما الوكيل العقاري، حيث يجب على هذا الأخير جمع كافة المعلومات الخاصة بالعقار، وذلك من خلال إجراء اتصالات بمن يعرفهم وبمن لهم علاقة بالعقار، ثم تزويد المشتري بها، وعليه أيضا التأكد قدر الإمكان من مدى فائدة هذه المعلومات في جعل المشتري يتمكن من تقييم العقار جيدا والتحقق من درجة أمان العقار ثم مساعدته في أخذ قرار الشراء².

¹ شنيّتي دريدي، الدليل القانوني والإداري للوكيل العقاري، دار النشر جيطلي، برج بوعريّيج، 2012، ص 30.

² راجع الموقع : www.aljarida.it/articolo/ ، تم الإطلاع عليه بتاريخ 13 / 02 / 2017، على الساعة 14h06.

- يجب على الوكيل العقاري أن يكون واضحاً في التواصل، فليس هناك أسوأ بالنسبة للعميل بأن يصل لمعينة العقار، ويجد أن المواصفات غير مطابقة لوصف الوكيل العقاري، كونه يهدر وقت جميع الأطراف ويفقد ثقة العميل، ولذلك على الوكيل العقاري أن يحرص على وصف العقار بشكل صحيح¹.
يكون الوكيل العقاري لا يحترم التزاماته فيما يتعلق بتزويد المشتري بالمعلومات اللازمة في الحالات التالية:

- لا يقوم بفحص سند ملكية العقار والتحقق من مدى إمكانية قيام البائع بنقل ملكية العقار للمشتري .
- لا يقوم بإخطار المشتري بأن العقار غير قانوني أو غير صالح للسكن، حيث تم تشييده بطريقة تخالف نظم البناء والصحة.
- لا يخطره بأن العقار تم تشييده على أرض غير مخصصة للبناء.
- لا يخطره بوجود رهون على العقار المعروض للبيع أو وجود إجراءات إفلاسية أو قسرية على عاتق البائع.
- لا يخطره بصدور حكم تحفظي على العقار المعروض للبيع بتاريخ سابق لتاريخ البيع .
- تجاهله الإشارة إلى وجود عيوب بالعقار، مثلاً : العقار المعروض للبيع لم يتم توصيل شبكة الغاز به، ولم يتم الوكيل العقاري على رغم علمه بذلك بإبلاغ المشتري بهذا، لذلك السبب فهو مقصر في واجباته ، لذا أرغم على رد العمولة التي تقاضاها، وكذلك رد المبلغ الذي كان المشتري قد سلمه إياه لإتمام صفقة شراء الشقة مع البائع .

بالتالي، لا يقتصر دور الوكيل العقاري في تحقيق الاتصال بين البائع والمشتري، بل ينبغي عليه أن يقوم بتوضيح ملامح البيع والشراء لكلا الطرفين².

إن العمل العقاري هو عمل مبني على أسس جوهرية أساسية من أهمها الصدق في التعامل والأمانة في الأداء وتقديم الاستشارات والتوجيهات ، وهذه هي الدعائم الأساسية لعمل رجل العقار الناجح الذي يأمل أن يبني بينه وبين الناس ثقة دائمة يرقى بها، ولا بد في الوكيل العقاري من أن يكون خبيراً فيما يتوسط فيه بين البائع والمشتري ، حتى لا يضر أحدهما بإدعائه العلم والخبرة وهو ليس كذلك ، ولا بد أن يكون أميناً صادقاً لا يحابي أحدهما على حساب الآخر، بل يبين عيوب السلعة ومميزاتها بأمانة وصدق ولا يغش البائع أو المشتري³.

2- حقوق الوكيل العقاري :

كما يقع على الوكيل العقاري التزامات، فإن له حقوق، حيث تنص المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 09-18⁴ على أنه : " في إطار ممارسة مهامه ، للوكيل العقاري الحق في تقاضي أجر ، وبالنسبة للوكالة والوسيط العقاري، إذا كانت قيمة العقار المعروض للبيع:

¹ راجع الموقع : www.lamudi.jo/journal/، تم الإطلاع عليه بتاريخ 2017/02/13، على الساعة 12h05.

² راجع الموقع : www.aldjarida.it/articolo/، مرجع سابق.

³ شنييتي دريدي، مرجع سابق، ص 31.

⁴ مرسوم تنفيذي رقم 09-18 مؤرخ في 20 يناير 2009، مرجع سابق.

- 1,000,000 دج : 3 % ،
- أقل أو تساوي 5,000,000 دج : 2 % ،
- تفوق أو تساوي 5,000,000 دج : 1 % ،
- إذا كان الأمر يتعلق بملكية معروضة للتأجير، فيعادل الأجر الذي يتلقاه ما قيمته شهر إيجار عن كل سنة تأجير.

- بالنسبة للقائم على إدارة الأملاك: يحدد أجره بموجب اتفاقية توضح فيها الخدمات الموافقة لكل العمليات التي يتم القيام بها في إطار ممارسة نشاطه.

من خلال المادة 34 أعلاه، نجد أن المشرع لم يحدد إن كانت الأتعاب على الطرفين أم على طرف واحد في المعاملة وكذا الإيجار شهر لكل طرف أم معا ، كما لم يترك المجال فسيحا أمام اتفاق خاص بين الوكيل والزوجين في الحالات الخاصة¹.

لا يقوم الوكيل العقاري بأعمال الوساطة العقارية إلا مقابل أجر، وأجرته تتحدد عندما تلتقي إرادة مشتري بإرادة البائع عن طريق تبادل الإيجاب والقبول بينهما، وبالتالي انعقاد البيع، وأما تحرير عقد البيع وكتابته فهي مسائل شكلية نص عليها المشرع في المادة 35 من المرسوم التنفيذي رقم 09-18، ولكن لا يتعلق بها انعقاد البيع وأيضا لا يتعلق بها تحديد أجر الوكيل العقاري².

ب- أركان المسؤولية العقدية للوكيل العقاري :

إن قيام المسؤولية العقدية تقتضي توافر ثلاثة أركان هي : الخطأ، الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.
1- الخطأ العقدي:

هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد، فالمدين قد التزم بالعقد فيجب عليه تنفيذ التزامه، فإذا لم يقم المدين في العقد بالتزامه ، كان هذا هو الخطأ العقدي³.

لقد جاء القانون المدني الجزائري⁴ بعدة نصوص قانونية تجبر المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية، ومثالها المواد 106، 107، 164 منه.

يتحقق الخطأ في المسؤولية العقدية بمجرد عدم قيام الوكيل العقاري بتنفيذ التزاماته، وقد أقر المشرع الجزائري أن تكون الوكالة التي تربط بين الوكيل العقاري وموكله مكتوبة، بحيث نجد فيها كل من حقوق والتزامات الطرفين محددة، وكل طرف تكون لديه نسخة، وكل ذلك حماية لكلا طرفي العقد، وكذلك لإثبات

¹ شنيبي دريدي، مرجع سابق، ص 34.

² المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، الجزء الأول : التصرف القانوني، مرجع سابق، ص 266.

⁴ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، عدد 78، صادر في 30/09/1975 (معدل ومتمم).

العلاقة القائمة بينهما، وفي هذا السياق تنص المادة 35 من المرسوم التنفيذي رقم 09-18¹ على أنه : " يجب أن تكون الوكالة التي تربط بين الوكيل العقاري وزبائنه مكتوبة وتحدد بوضوح حقوق وواجبات الطرفين". من استقراء نص المادة أعلاه نجد أن المشرع الجزائري قد أوجب كتابة العقد، إذن يفهم من هذا أن الكتابة ركن من أركان عقد الوكالة وليس شرطاً لإثباته فقط، وفي حالة انتفائه يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

2- الضرر:

يعتبر الضرر الركن الثاني في المسؤولية العقدية، حيث لا يكفي أن يرتكب المدين الخطأ عقدياً حتى تقوم مسؤوليته العقدية عن عدم تنفيذه لالتزامه، وإنما يجب أن يترتب على عدم التنفيذ للالتزام العقدي ضرر يلحق الدائن².

كذلك الحال بالنسبة للوكيل العقاري، فلا تقوم مسؤوليته العقدية إلا بتحقق الضرر، حيث تطبق بشأنه القواعد العامة للمسؤولية العقدية.

3- علاقة السببية بين الخطأ والضرر :

تعتبر علاقة السببية هي الركن الثالث للمسؤولية العقدية، وهي تقتضي بأن يكون الضرر الذي وقع بالدائن سببه الخطأ العقدي الذي ارتكبه المدين، فإذا انتفت علاقة السببية بين الخطأ والضرر، فلا محل لمسؤولية المدين³.

بالنسبة للوكيل العقاري تطبق بشأنه هذه القاعدة، فإذا ارتكب الوكيل العقاري خطأ عقدياً معيناً، وكان الضرر الناتج سببه القوة القاهرة، انتفت العلاقة السببية بين الخطأ العقدي الذي ارتكبه والضرر، وبالتالي تنتفي مسؤوليته العقدية.

في الأخير، إذا تحققت أركان المسؤولية العقدية، يلتزم الوكيل العقاري بتعويض الأضرار التي سببها لزيونه، سواء كانت أضراراً مادية أو معنوية، إضافة إلى فسخ العقد وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه من قبل.

2- المسؤولية التقصيرية للوكيل العقاري :

قد يحدث الشخص ضرراً لشخص آخر، نتيجة تقصير منه، كأن يتلف مالا لأحد الأشخاص، فإن هذا الشخص يكون مسؤولاً عما يحدثه من أضرار في مواجهة الشخص المضرور، عن طريق تعويض هذا الضرر، ويستوي في ذلك أن يكون الفعل الضار قد صدر عن الشخص عن عمد أو غير عمد⁴، وقد تناول المشرع الجزائري هذه المسؤولية الأخيرة في المواد من 124 إلى 140 من القانون المدني⁵.

¹ مرسوم تنفيذي رقم 09-18 مؤرخ في 20 يناير 2009، مرجع سابق.

² خليل حسن أحمد قداشه، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول : مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 151.

³ المرجع نفسه، ص 154.

⁴ خليل حسن أحمد قداشه، مرجع سابق، ص 231.

⁵ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

تقوم المسؤولية التقصيرية للوكيل العقاري عند إخلاله بواجباته التي فرضها القانون، والمقصود بذلك عدم أدائه لالتزاماته القانونية، بحيث يقع على المسؤول تعويض الطرف المضرور دون وجود أية علاقة تعاقدية بينهما، فإذا تسبب الوكيل العقاري في ضرر للغير دون إبرامه لوكالة معه، ففي هذه الحالة يكون مسؤولاً على أساس المسؤولية التقصيرية. فتوفر ركن الخطأ واجب لقيامها بحيث يكون عمدي أو غير عمدي، كأن يخفي الوكيل العقاري أهلية المتعامل معه اتجاه الطرف الآخر، فهنا يكمن الخطأ وبالتالي تترتب عنه مسؤولية لأنه أضر بالغير.

إلى جانب ثبوت الخطأ لا بد من وقوع ضرر وإثبات وجود العلاقة السببية ما بين الخطأ والضرر.

ثانياً - المسؤولية الجنائية للوكيل العقاري :

المسؤولية الجنائية هي الجزاء على فعل موجه ضد المجتمع ويشكل جريمة جنائية، ومن ثم فالجزاء في المسؤولية الجنائية هو العقوبة التي وضعها قانون العقوبات، والتي تطالب بها النيابة العامة باعتبارها ممثلة المجتمع، ويتحدد نطاق المسؤولية الجنائية بأفعال مجرمة بصريح نص القانون، طبقاً للقاعدة العامة المقررة في القانون الجنائي والتي تقضي بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"¹.

أثناء قيام الوكيل العقاري بمهامه، يمكن له ارتكاب بعض الأخطاء في مجال اختصاصه، والتي قد تصل في بعض الأحيان إلى حد مساءلته من الناحية الجنائية والتي تختلف حسب درجة جسامة الخطأ المرتكب، فهي تقوم كنتيجة للإضرار بمصالح الأفراد وفيها يتعين توقيع عقوبة جنائية على المسؤول عليها وذلك زجراً له.

لإعتبار الشخص مرتكب لجريمة ما بمفهوم قانون العقوبات، يجب أن تتوافر أركان هذه الجريمة وبما أن كل الجرائم يشترط لقيامها الأركان العامة اللازمة (1) فإن المشرع الجزائري قد خص جريمة التصريح الكاذب بأركان خاصة بها، ونظراً لأهمية هذه الجريمة ومساسها الكبير بالثقة العامة في المجتمع، فقد نص عليها المرسوم التنفيذي رقم 09-18²، وذلك في المادة 39 منه، لذلك سيتم التطرق لهذه الجريمة التي يمكن أن يرتكبها الوكيل العقاري (2) دون غيرها من الجرائم التي قد تكون في عدة أشكال مثل : خيانة الأمانة، السرقة، الاختلاس، تزوير الوثائق، استعمال المزور، ... إلخ.

¹ راجع نص المادة الأولى من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر ج ج عدد 49، لسنة 1966، (معدل ومتمم).

² مرسوم تنفيذي رقم 09-18 مؤرخ في 20 يناير 2009، مرجع سابق.

1- الأركان العامة للجريمة :

تتمثل الأركان العامة لتحقيق أي جريمة فيما يلي :

أ. الركن الشرعي للجريمة :

يكتسب الفعل صفته غير المشروعة عندما نجد نص في قانون العقوبات يجرمه، وذلك باستيفائه جميع الشروط التي تجعل نص التجريم واجب التطبيق عليه¹.

ب. الركن المادي للجريمة :

يعاقب القانون على الأفعال المادية التي تتطابق مع نص التجريم والتي تكوّن ماديات الجريمة، فالقانون لا يعاقب على النوايا مهما كانت شريفة، ما دامت محبوسة في نفس الجاني ودون أن يعبر عنها بفعل مادي ملموس ينتج أثره في العالم الخارجي².

ج. الركن المعنوي للجريمة :

يقصد بالركن المعنوي³ الجانب الشخصي أو النفسي للجريمة، فلا تقوم الجريمة بمجرد وقوع الواقعة المادية التي تخضع لنص التجريم ولا تخضع لسبب من أسباب الإباحة، بل لا بد أن تصدر هذه الواقعة عن إرادة فاعلها وترتبط بها ارتباطا معنويا أو أدبيا، بحيث يمكن أن يقال بأن الفعل هو نتيجة لإرادة الفاعل⁴.

2- صورة خاصة من صور المسؤولية الجنائية للوكيل العقاري (جريمة التصريح الكاذب) :

تنص المادة 39 من المرسوم التنفيذي رقم 09-18، الذي يحدد التنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري⁵ (5) على أنه : "يعاقب على كل تصريح كاذب طبقا لأحكام قانون العقوبات".

من خلال استقراء نص المادة أعلاه، نجده يحيلنا إلى نصوص قانون العقوبات، وبالتحديد نص المادة 223 منه فوفقا لنص هذه المادة، فإن كل من توصل إلى الحصول - بغير حق - على إحدى الوثائق المذكورة في المادة 222 من قانون العقوبات، بالإدلاء بإقرارات كاذبة يعاقب بالحبس والغرامة.

أ- العناصر المكونة لجريمة التصريح الكاذب :

تتمثل عناصر جريمة التصريح الكاذب فيما يلي :

1- الفعل المادي، المتمثل في الحصول الحقيقي - وبغير وجه حق - على إحدى الوثائق المذكورة على سبيل المثال في الفقرة الأولى من المادة 222 من قانون العقوبات المتعلقة بالرخص والشهادات والبطاقات وجوازات

¹ عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم العام)، الجزء الأول : الجريمة، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات

الجامعية، الجزائر، 2005، ص 70.

² المرجع نفسه، ص 144.

³ ZAALANI Abdelmadjid, MATHIAS Eric, La responsabilité pénale, Berti édition, Alger, 2009, PP 257-309.

⁴ عبد الله سليمان، مرجع سابق، ص 231.

⁵ مرسوم تنفيذي رقم 09-18، مؤرخ في 20 يناير 2009، مرجع سابق.

السفر، وغيرها من الوثائق والمستندات التي تصدرها الإدارة العامة بغرض إثبات حق، أو شخصية أو صفة أو منح إذن، ذلك أنه لو وقع التصريح الكاذب خارج إطار ما نصت عليه المادة 222 عقوبات، فإنه لا يكون مجرماً ولا معاقباً عليه حتى لو كان كاذباً¹.

2- يتمثل العنصر الثاني لقيام جريمة التصريح الكاذب في عنصر إثبات أن التصريح المقدم بقصد الحصول على مثل هذه الوثائق هو تصريح مزيف وكاذب، ذلك أنه لو كان الحصول على إحدى هذه الوثائق قد وقع استناداً إلى تصريح صادق ومحقق أو استناداً إلى خطأ غير متعمد فلا جريمة ولا عقاب².

3- لقيام جريمة التصريح الكاذب يستلزم الأمر توافر عنصر أو ركن ثالث يتمثل في عنصر القصد أو النية الإجرامية باعتبار أن فقدان القصد في الجرائم العمدية يفقد الجريمة أحد أهم عناصر قيامها ويفقد وجودها القانوني وتصبح كأن لم تكن³.

ب- العقوبة المقررة قانوناً لجريمة التصريح الكاذب :

تنص المادة 223 من قانون العقوبات الجزائي على أنه كل من تحصل بغير حق على إحدى الوثائق المبنية في المادة 222 أو شرع في الحصول عليها سواء بالإدلاء بإقرارات كاذبة أو بانتحال اسم كاذب أو صفة كاذبة أو بتقديم معلومات أو شهادات أو إقرارات كاذبة، يعاقب بالحبس من ثلاث أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج.

خاتمة

يتضح مما سبق أن الوكيل العقاري يلعب دوراً مهماً في تنظيم المعاملات المالية بين البائع والمشتري، فهو يعمل على تسهيل عملية البيع والشراء المتعلقة بالعقارات، لذا فإنه من الضروري اختيار وكيل عقاري جيد لديه الخبرة الكافية لتنظيم وتوفير احتياجات العميل.

إن الوكيل العقاري هو ذلك الشخص الذي يتحمل مسؤولية البحث عن البائع المناسب الذي يرغب في البيع، وتوفير المشتري المناسب الذي يرغب في الشراء، فالمكسب أو الدخل الأساسي للوكيل العقاري يكون من خلال العمولة التي يتحصل عليها من خلال القيام بدوره هذا، فالوكيل العقاري يتحمل عن عميله سواء كان بائعاً أو مشترياً، الخوض في عملية بيع أو شراء عقار مليئة بالإزعاج وتحتاج إلى تفرغ.

يجب أن تكون الوكالة التي تربط بين الوكيل العقاري وزبائنه مكتوبة، تتضمن واجبات وحقوق كلا الطرفين، وتوضح الطريقة التي سيتم التعامل بها مستقبلاً، حيث يجب الاتفاق وتحديد الطريقة التي سوف يتم التواصل بواسطتها بين العميل والوكيل العقاري سواء عن طريق المقابلة الشخصية أو الهاتف، إضافة إلى معرفة واجبات ومسؤوليات ذلك الوكيل للتمكن من تحديد مدى قيامه بدوره على أكمل وجه أو لا.

¹ سعد عبد العزيز ، جرائم التزوير وخيانة الأمانة واستعمال المزور (جريمة تزوير الوثائق، جريمة استعمال المزور، جريمة شهادة الزور، جريمة التصريح الكاذب، جريمة خيانة الأمانة)، الطبعة السادسة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 122.

² سعد عبد العزيز ، مرجع سابق، ص 122.

³ المرجع نفسه، ص ص 122-123.

الملاحظ من خلال التعرض لتنظيم المشرع الجزائري لمسؤولية الوكيل العقاري، سواء كانت مدنية أو جزائية، أنه قصرها على بعض الأمور فقط، تاركا معظم الجوانب بدون تنظيم خاص، لئتم الرجوع بشأنها إلى أحكام القانونين المدني والجنائي، أي الشريعة العامة، خصوصا فيما يتعلق بالإخلال بالالتزامات العقدية وكذلك الآثار الناجمة عن بطلان أو قابلية عقد الوكالة العقارية للإبطال. إضافة إلى المسؤولية التقصيرية للوكيل العقاري التي لم يرد أي نص خاص بشأنها، حيث يجب العودة دائما إلى نصوص القانون المدني المتعلقة بها. بالنسبة للمسؤولية الجزائية للوكيل العقاري، فإنه لم يتم تنظيمها بشكل كاف كبير كذلك، ما عدا نص المادة 39 من المرسوم التنفيذي رقم 09-18، التي تحيل إلى أحكام قانون العقوبات كل تصريح كاذب يقوم به أحد الوكلاء العقاريين، ولم يتم ذكر بقية الجرائم التي يمكن أن يرتكبها الوكيل العقاري، ولقد خص المرسوم التنفيذي رقم 09-18 جريمة التصريح الكاذب بالذكر لاعتبارها أكثر الجرائم التصاقا بمهنة الوكيل العقاري.

المسؤولية الطبية والوسائل البديلة لحل نزاعاتها

قليل نبيل، طالب دكتوراه،
قسم الحقوق،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر.

البريد الإلكتروني: kellilnabil@gmail.com

د. راجي عبد العزيز،
قسم الحقوق،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر.

البريد الإلكتروني: radji.abdelaziz19@gmail.com

الملخص:

تقع سلامة الإنسان وكرامته في جوهر اهتمام الشرائع والقانون، إلا أن الواقع يعرف صعوبة قيام المسؤولية الطبية نظرا للجوانب التقنية للمهنة التي لا يعرف مقتضياتها القاضي، فلا الطبيب متمكن من القانون، ولا القاضي متمكن في الطب. على الرغم من التطور الكبير للحياة القانونية للمجتمعات، تبقى استجابة بعض فروع القانون غير كافية لتحقيق العدالة المبتغاة وتعويض الأضرار التي تصل لدرجة المأساة خاصة فيما يتعلق بالقانون الطبي الذي رغم حداثة هو على درجة كبيرة من الأهمية لعلاقته الوثيقة بسلامة الإنسان وكرامته. هذه الصعوبة وهذا التجاذب يجعل البحث عن وسائل بديلة لحل النزاعات الطبية أمرا أساسيا لأن قيام المسؤولية على أساس الخطأ وبدونه ليس هينا، من أهم البدائل نذكر فكرة اللجان المتساوية الأعضاء، لجان المستخدمين، هيئة المدافع عن الحقوق، البيواتيقا، كما أن العلاقة بين الطبيب ومريضه هي علاقة أخلاقية بامتياز مما يستوجب التفكير في رفع مستوى الوازع الأخلاقي كوسيلة لتقادي النزاعات أو إنقاذها.

الكلمات المفتاحية:

الطبيب، المريض، المسؤولية، الخطأ، الأخلاقيات.

La responsabilité médicale et les alternatives de résolution des conflits

Résumé :

La sérénité de l'homme et sa dignité se situe au centre des intérêts des religions et de la législation. Cependant, la réalité connaît une difficulté d'application de la responsabilité médicale en raison des aspects techniques de la profession ignorés par les juges, ni le médecin maîtrise la législation et le juge est capable de maîtriser la médecine.

Malgré le développement important de la vie juridique des sociétés, la réponse de certaines branches de la justice reste insuffisante pour instaurer une vraie justice et pallier l'ampleur de certains préjudices allant au niveau de la tragédie, surtout en matière de droit médical, qui en dépit de sa nouveauté, son importance est cruciale pour le lien étroit ou l'hyperlien qui l'uni avec l'homme et sa dignité.

Cette difficulté et cette interaction rendent capitale la recherche d'autres alternatives pour résoudre les conflits médicaux, car la responsabilité fondée sur la faute ou sans faute reste sujette d'ambiguïté; parmi ces alternatives on cite: les commissions paritaires, commissions des usagers, défenseur des droits et la bioéthique. D'autre part, la relation « médecin-patient » est une relation

morale par excellence, ce qui incite à plus valoriser la conscience morale comme moyen d'éviter ou de réduire les conflits.

Mots clés :

Médecin, malade, responsabilité, faute, éthique.

Medical Responsibility and Alternative Dispute Resolution

Summary:

The serenity of man and his dignity is at the center of the interests of religions and legislation. However, the reality is that it is difficult to apply medical liability because of the technical aspects of the profession ignored by the judges, neither the doctor masters the legislation and the judge is able to master medicine.

Despite the significant development of the legal life of societies, the response of some branches of justice remains insufficient to establish true justice and mitigate the extent of certain prejudices to the level of tragedy, especially in medical law, which in Despite its novelty, its importance is crucial for the close link or the link that links it with man and his dignity.

This difficulty and interaction make it essential to find other alternatives to resolve medical conflicts, since responsibility based on fault or fault remains ambiguous; these alternatives include: joint committees, user commissions, advocacy and bioethics. On the other hand, the "doctor-patient" relationship is a moral relation par excellence, which encourages more value moral conscience as a means of avoiding or reducing conflicts.

Keywords:

Doctor, sick, responsibility, fault, ethics.

مقدمة

الإنسان هو أساس كل حضارة وغايتها في نفس الوقت، لقد عرفت الحياة البشرية تطورا من ممارسة أبسط الحرف كالصيد وصولا إلى أعلى درجات التقدم التكنولوجي بمحاولة البحث عن الحياة خارج كوكب الأرض. ظهر الطب قديما كحرفة ارتبطت بالحلاقة والحجامة وتطورت إلى مهنة طالما حصنها طابع القدسية لممارسيها والغموض في أساسياتها وطرق ممارستها، لذلك أطلق الفقيه ديديه تابوتو سنة 2015 مصطلح "العلبة السوداء" على النظام الصحي في فرنسا، مع وجود محاولات لقيام المسؤولية أو لتسليط العقوبة على الأطباء، عادة ما تصطدم بصعوبة إثبات الخطأ من جهة وعدم إدراك القاضي لتفاصيل العمل الطبي. وإذا كانت فرنسا هي مهد القانون الإداري والمسؤولية الإدارية، فهي أيضا ميدان خصب لتطور المسؤولية في المجال الطبي من الجانبين القضائي والفقهي والجانب التشريعي بشكل أقل.

الأخطاء الطبية وما تشكله من مساس قد يكون خطيرا بسلامة الجسم البشري وكرامة الإنسان هي موضوع مهم للدراسة، وهو ما سنحاول التطرق إليه من خلال الإجابة عن التساؤلات الآتية: ما هي الأخطاء الطبية وتقسيماتها؟ وهل تقوم مسؤولية الطبيب بغياب ركن الخطأ؟ وهل أوجد الاجتهاد وسائل بديلة لحل النزاعات الطبية؟

هذا ما سنحاول دراسته من خلال المحاور الآتية:

أولا: قيام المسؤولية الطبية على أساس الخطأ.

ثانيا: صور الخطأ الطبي وأنواعه.

ثالثا: قيام مسؤولية الطبيب بدون خطأ

رابعاً: الوسائل البديلة لحل النزاعات في المجال الطبي.
أولاً: قيام المسؤولية الطبية على أساس الخطأ.

قبل التطرق للخطأ الطبي من الجدير بالذكر البحث في تعريف النشاط الطبي، فقد عرفته المادة 372 من قانون الصحة العمومية الفرنسي على أنه: "النشاط الحاصل في المستشفيات العمومية، بواسطة انجاز الأعمال الطبية والتي يحددها مجلس الدولة بالإحالة على جدول المصطلحات الرسمي والمعد بموجب قرار صادر عن وزير الصحة العمومية بعد استطلاع رأي الأكاديمية الوطنية للطب"^{*} مع التنويه إلى أن معظم التشريعات لم تأت بتعريف واضح للخطأ الطبي، بل ترك الأمر للقضاء والفقهاء للخوض في هذا المجال ولإحاطة أكثر بحقيقة الخطأ الطبي سنحاول عرض بعض التعاريف للخطأ الطبي وكذا تبين أركانه والمعيار المتبع في تحديده.

1. أركان قيام المسؤولية الطبية.

تقوم المسؤولية بصفة عامة بوجود ركن هام وأساسي وهو الخطأ، والذي سنتطرق إليه من خلال بالتطرق إليه من الجانب الفقهي والتشريعي.

1.1. الخطأ الطبي في الفقه والقضاء.

قبل أن نعرف الخطأ الطبي يجب أولاً أن نتطرق إلى تعريف الخطأ بصورة عامة.

أ- المعنى اللغوي والاصطلاحي:

أ-1 المعنى اللغوي للخطأ: يطلق الخطأ في اللغة على ما يقابل الصواب " فيقال لمن طلب حاجة ولم ينجح أخطأ نوؤك ويراد بهذا القول جعل الله نواها مخطئها أي لا يصيبها مطره "

- وخطئ الرجل يخطأ خطأ وخطأة على وزن فعلة أذنب.

- و الخطأ ما لم يتعمد، والخطأ ما تعمد وفي الحديث: قتل الخطأ كذا وكذا، وهو ضد العمد.

- ويقال لمن أراد شيئاً ففعل غيره أو فعل غير الصواب: أخطأ.⁽¹⁾

أ-2 المعنى الاصطلاحي: تقصير في مسلك الشخص لا يصدر عن إنسان يقظ وجد في ذات الظروف التي

أحاطت بالمسؤول.⁽²⁾ وقال الزركشي في هذا الصدد أن يصدر منه الأمر بغير قصد.⁽³⁾

*Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies ou d'affections chirurgicales, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient, ou pratique l'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre de la Santé publique pris après avis de l'Académie nationale de médecine, sans être titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné à l'article L. 356-2 et exigé pour l'exercice de la profession de médecin, ou sans être bénéficiaire des dispositions spéciales visées aux articles L. 356, L. 357, L. 357-1, L. 359 et L. 360

(1) - ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، ص 66.

(2) - أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، النهضة العربية، القاهرة / مصر، 1999، ص 60.

(3) - ميادة محمد الحسن، الخطأ الطبي، المملكة العربية السعودية، بدون معلومات النشر، ص 8.

أ-3 **التعريف الكلاسيكي للخطأ:** عرفه بلانيول Planiol على أنه "إخلال بالتزام سابق" كما عرفه الأستاذ شابي Chapus قائلا: "تكون مرتكبين لخطأ عندما لا نتصرف كما كان علينا أن نفعله: أي عندما يكون الفعل أو الامتناع عن فعل من طبيعته تبرير لوم ما"⁽⁴⁾ ويمكن القول في هذا السياق أن الخطأ هو القيام بفعل يترتب نتيجة غير النتيجة المرجوة بالأساس.

ب- المفهوم الفقهي للخطأ الطبي:

ب-1 "هو كل مخالفة أو خروج من الطبيب على القواعد العامة والأصول الطبية التي يقضي بها العلم، أو المتعارف عليها نظريا وعمليا وقت تنفيذه للعمل الطبي، أو إخلاله بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على فعله نتائج جسيمة في حين كان في قدرته وواجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالمريض".⁽⁵⁾

ب-2 " هو ذلك الخطأ الذي يصدر عن شخص يتمتع بصفة الطبيب خلال أو بمناسبة ممارسته للأعمال الطبية"⁽⁶⁾

ب-3 هي الأخطاء التي يرتكبها الطبيب أثناء علاجه لمرضاه، بدون تعمد الخطأ أو إيذاء المريض".⁽⁷⁾ من خلال استقراء التعاريف السابقة يمكن القول بأن الخطأ الطبي هو كل تصرف يقوم به شخص يحمل صفة طبيب، أثناء تأديته لمهام أو بمناسبتها، ويؤدي هذا التصرف إلى نتائج ضارة.

كما أن الأخطاء الطبية هي أخطاء يتم ارتكابها في المجال الطبي نتيجة انعدام الخبرة أو الكفاءة من قبل الطبيب الممارس أو الفئات المساعدة، أو هي نتيجة ممارسة عملية أو طريقة حديثة وتجريبية في العلاج أو نتيجة حالة طارئة تتطلب السرعة على حساب الدقة أو نتيجة طبيعة العلاج المعقد.

ج- المفهوم التشريعي للخطأ الطبي.

سبق الذكر بأن معظم التشريعات لم تأت بمفهوم واضح للخطأ الطبي بل اكتفت بالإشارة للخطأ كركن من أركان المسؤولية المدنية فقد نص المشرع الجزائري في المادة 124 والتي نصت على: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

كما نصت المادة 125 من (ق.م.ج) على: " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو إهمال منه وعدم حيطة إلا إذا كان مميزا". ونلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع قد أضاف شرطا وهو أن يكون هذا الإخلال صادرا عن تمييز وإدراك.

(4) -آث ملويا حسين بن شيخ، دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الأول المسؤولية على أساس الخطأ، دار الخلدونية، 2007، الجزائر، ص 25.

(5) - عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية /مصر، 2005، ص 17.

(6) - أشرف جابر، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(7) -أسامة رمضان الغمري، لوائح وقوانين ممارسة الطب والأخطاء المنية للأطباء، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص 84.

كذلك الحال بالنسبة لعدد القوانين الأخرى كالقانون المصري أو القانون الفرنسي والتي لم تعرف الخطأ لكنها تطرقت إليه كركن لترتيب المسؤولية في عديد المرات.

ثانياً: صور الخطأ الطبي وأنواعه

يمكن القول أن الفقهاء في تقسيمهم للخطأ الطبي قد انقسموا إلى فريقين وهذا حسب المعيار المتبع في

التقسيم:

أ- أنواع الخطأ الطبي من المنظور الفقهي:

أ-1 الخطأ المادي:

- الخطأ الذي لا صلة له من الناحية الفنية بالمهنة كالإهمال وعدم الاحتراز الذين يمكن أن يصدر عن أي شخص.⁽⁸⁾

- "هو ما يصدر عن الطبيب كغيره من الناس، أي فعل مادي يكون ارتكابه مخالفة لواجب الحرص المفروض على الناس كافة، كإجراء العملية الجراحية في حالة سكر أو الإهمال في تخدير المريض قبل إجراء العملية الجراحية" ⁽⁹⁾

أ-2 الخطأ الفني:

الأعمال التي تتعلق مباشرة بفن مهنة الطب، حيث تكون لصيقة مباشرة بصفة الطبيب ولا يتصور صدورها مباشرة من غير الطبيب كالتشخيص والعلاج.⁽¹⁰⁾ القضاء في فرنسا انتهى إلى مسائلة الطبيب عن خطئه الطبي بكافة صورته نظراً لتطور فكرة المسؤولية والميل إلى حماية أكبر للمتضرر، لذا أصبح الطبيب مسؤولاً عن خطئه مهما كان نوعه، فالطبيب يسأل عن خطئه الجسيم المستخلص من وقائع ناطقة واضحة ويتنافى مع القواعد المقررة التي لا نزاع فيها.⁽¹¹⁾

اختلف الفقهاء وتعددت تقسيماتهم للخطأ الطبي، فمن الفقهاء من يقسم الخطأ الطبي إلى نوعين (الإهمال /نقص الخبرة) ومنهم من يقسمها إلى عدة أنواع (الإهمال /الرعونة / عدم الاحتراز / مخالفة القوانين واللوائح) ...الخ من التقسيمات، سنحاول من خلال هذا العنصر التطرق إلى صور الخطأ الطبي وهذا بصورة عامة حتى يتسنى لنا التعرف على كافة صور الخطأ الطبي وكذا التقسيمات المختلفة للخطأ الطبي.

ب: التقسيمات الفقهية للخطأ الطبي:

ب-1 الأخطاء الطبية العادية: وهي الأخطاء التي يرتكبها الطبيب أثناء أو بمناسبة علاجه لمرضاه، بدون تعمد الخطأ أو إيذاء المريض.

(8) - صفوان محمد شذفيات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2011، ص200، نقلاً عن د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ص20.

(9) - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 1998، ص ص 17/16.

(10) - صفوان محمد شذفيات، المرجع السابق، ص201.

(11) - طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة (دراسة مقارنة)، دار هومة، الجزائر، 2008، ص19.

ب- 2 الأخطاء الطبية الجنائية: وهي الأخطاء التي يرتكبها الطبيب أثناء علاجه للمريض، مع علمه بأن ما يفعله ممنوع قانوناً، وأن ممارسته لهذا الفعل تعرضه للمساءلة القانونية، ومثالا على ذلك أن يقوم طبيب بتجربة على مريض دون علمه.

ب-3 الأخطاء الطبية السلوكية: وهي الأخطاء التي يرتكبها الطبيب مخالفاً فيها لوائح وآداب مهنة الطب أثناء تعامله مع مرضاه، فيتسبب بذلك في الإساءة إلى المريض أو إلى أحد زملائه في المهنة.⁽¹²⁾

ج- الصور العامة للخطأ الطبي: من المتفق عليه أن أي عمل مهما كان نوعه معرض فاعله للخطأ كيف ما كان هذا الشخص حريصاً في أداء عمله، وهو الحال بالنسبة للعامل في المجال الطبي، فالعامل في هذا المجال معرض بصفة دائمة للخطأ.

سنحاول من خلال هذا الفرع التعرض لمختلف صور الخطأ الطبي وهذا رغم صعوبة حصرها للاختلاف الكبير الحاصل بين الفقهاء في هذا المجال.

1- النوع الأول:

1.1: الخطأ في التشخيص:

تبدأ جهود الطبيب في علاجه للمريض بمحاولة تشخيص المرض، في هذه الفترة يحاول الطبيب التعرف على ماهية المرض ودرجته من الخطورة وتاريخه مع جميع ما يؤثر فيه من الظروف الخاصة بالمريض من حالته الصحية بصفة عامة إلى سوابقه المرضية وأثر الوراثة فيه، ثم يقرر بناء على ما يجتمع لديه من معلومات حول كل ما سبق ذكره أن يحدد نوع المرض الذي يشكو منه المريض وكذا درجة تقدمه.⁽¹³⁾

2.1: شروط التشخيص:

- على الطبيب أن يفحص المريض فحصاً دقيقاً ومتأنياً.
- تلمس مواضع الألم ومتحسساً أماكن الداء.
- استعمال جميع الوسائل اللازمة والمسهلة لعملية التشخيص، مثل الأجهزة الطبية الحديثة والتحاليل المخبرية والأشعة ونحوها من الوسائل المتاحة لتبيان نوع المرض وتسهيل مهمة التعرف عليه.
- الفحص السريري⁽¹⁴⁾

ملاحظة: يسأل الطبيب في هذه الحالة ما إذا كانت الأخطاء التشخيصية جسيمة وتتطوي على جهل مطبق بالعلوم الطبية، وكذا الغلط غير المغتفر، كما إذا ما كانت علامات وأعراض المريض بحيث لا يفوت على الطبيب مثل الذي قام بالتشخيص.

⁽¹²⁾-الغمري أسامة رمضان، لوائح وقوانين ممارسة الطب، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، صص 84-85.

⁽¹³⁾- طاهري حسين، مرجع سبق ذكره، ص ص 26-27.

⁽¹⁴⁾- الحلبي إبراهيم علي حمادي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2007، ص 139.

لا يشكل الخطأ في التشخيص خطأ طبيا حتما إلا إذا كان نتيجة إهمال وعدم تحرز في الفحص الطبي، كأن يجري فحص الطبيب بصورة سطحية ودون تعمق واهتمام، أو دون استعمال الأدوات الطبية المساعدة في التشخيص.

تطبيق قضائي: عرضت في مصر قضية فتاة تعرضت للقرع، نسب فيها السبب إلى كون الطبيب المعالج قد أخطأ في علاجها (بالتاليوم)، وهو عقار خطير قد تترتب عليه نتائج خطيرة بدلا من استعمال الأشعة والتي تعتبر أقل خطرا، ولكن المحكمة قررت أن اختيار طريقة العلاج هو من حق الطبيب وحده ولا مسؤولية عليه في ذلك ما دامت الطريقة المختارة من الطرق المسلم بها والمعترف بها علميا.⁽¹⁵⁾

والملاحظ على هذا الحكم أن القضاء هنا قد بنا حكمه على أن مسؤولية الطبيب عن خطأه لا تقوم في حالة التشخيص إلا إذا اختار طريقة غير مسلم بها علميا، أما إذا اتبع طريقة علمية معترفا بها فلا مسؤولية تقع عليه.

في هذا الإطار نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم الطبيب عند مباشرته مهن الطب لأول مرة وضع تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء مهامه، ونجده أيضا قد نص صراحة على حرية الطبيب في إعطاء الوصفة التي يراها ملائمة للحالة المعروضة أمامه.*

تطبيق قضائي: أقام القضاء الفرنسي عام 1921 مسؤولية الطبيب عن خطأ في التشخيص لعدم إحاطة الطبيب بتشخيص المرض وبالمعلومات المتأنية والكافية، ولعدم إتباع الطرق العلمية خلال إجرائه للفحص.**

2- النوع الثاني: الخطأ الطبي في مرحلة الوصفة الطبية.

تعتبر هذه المرحلة من أهم المراحل في العمل الطبي وتأتي بعد مرحلة التشخيص.

تهدف هذه المرحلة إلى دراسة الطرق والوسائل الممكنة والمتاحة من أجل الوصول بالمريض إلى الشفاء

إن أمكن.⁽¹⁶⁾

⁽¹⁵⁾المرجع نفسه، ص ص : 142-143 .

*-أنظر المواد 82 و83 من المرسوم التنفيذي رقم 92 - 276 المؤرخ في خمسة محرم 1413 الموافق ل سته يوليو1992 والمتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

**-تتمثل وقائع هذه القضية في أن سيدة غير متزوجة توجهت إلى طبيب تشكو من آلام حادة في الرحم، ونتيجة عدم إفصاح السيدة عن معلومات دقيقة عن حالتها أدت على فهم خاطئ لحالتها من طرف الطبيب، فشخص المرض على أنه ورم داخل الرحم فقرر إجراء عملية للاستئصال الورم، وفعلا بوشر في إجراء العملية في الموعد المحدد، وأثناء التدخل الجراحي اتضح ان السيدة حامل في الشهر الأخير، فأدين من طرف المحكمة طبقا لنص المادة (319) من قانون العقوبات الفرنسي، بسبب استمراره في العملية وإخراجه للطفل حيا، الأمر الذي كان يقتضي حسب رأي الخيرة أن يعلق الجرح يكف عن استمراره بالعملية لأن استمراره بعد تأكده من الحمل أدى إلى نتيجة لاحقة تمثلت في آلام حادة ونزيف دموي أدى إلى وفاة المرأة. أنظر منار فاطمة الزهراء، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 1، 2012، ص 226 نقلا عن الجوهري، أخطاء الأطباء ص 64.

يمكن القول بأن الخطأ في تحرير الوصفة الطبية قد يؤدي إلى نهاية حياة المريض، وللأهمية البالغة لهذا الأمر نجد أن المشرع الجزائري قد أوجب على الطبيب تحرير الوصفة الطبية بكل وضوح والحرص على تمكين المريض أو من يقوم على رعايته من فهمها بكل وضوح، وأن يجتهد الطبيب للحصول على أفضل العلاج. (17)

تعتبر الوصفة الطبية الوسيلة التي تثبت العلاقة بين الطبيب ومريضه، وهي التي يدون فيها الطبيب مجموعة من المعلومات تتمثل في: اسم المريض وسنه ونوع المرض والأدوية المناسبة له (العلاج المقرر)، وكذا طريقة استعماله.

على هذا الأساس يعتبر إهمال الطبيب المعالج أو عدم احتياظه في تحريرها إخلالا بالتزام قانوني يستوجب العقاب عليه. (18)

وفي هذا الإطار نجد حكما قضائيا فرنسا، قضى بإدانة طبيب عن جريمة القتل الخطأ، وذلك نتيجة إهماله في بيان الجرعات وكيفية تعاطي الدواء الخطير المدون بالوصفة الطبية، والذي أدى استخدامه إلى تسميم المريض ووفاته فيما بعد. (19)

3- النوع الثالث: الخطأ في العلاج.

يتولد الخطأ العلاجي عن أسباب عديدة، منها خطأ مساعدي الأطباء من تقنيين ومن ممرضين وعن الأطباء أنفسهم، حيث أنه على الطبيب وهو بصدد علاج مريضه إتباع مجموعة من القواعد وهي:

- ألا يعرض مريضه لخطر علاج لا تقتضيه حالته الصحية.
- أن يوازن بين مخاطر العلاج وبين أخطار المرض بحيث لا يهدد سلامته ولا يؤذيه بعلاج لا تقتضيه حالته الصحية.
- إذا كانت حالة المريض ميؤوسا منها فيجب عليه أن يقرر أي طريقة علاج لإنقاذه حتى وإن اتسمت بالخطورة. (20)

مع التذكير بأن طريقة العلاج التي يختارها الطبيب تبقى بعيدة عن تقويم المحاكم ومناقشاتها، وهو ما نصت عليه المادة (16) من مدونة أخلاقيات مهنة الطب.*

- أن يراعي سن المريض وقدراته البدنية والنفسية ومدى مقاومته وحالته الصحية.

(16) - حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والقانون المقارن، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 100.

(17) - أنظر المادة 13 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

(18) - شذفيات محمد صفوان ، مرجع سبق ذكره، ص 46.

(19) - شذفيات محمد صفوان، مرجع سبق ذكره، ص 234.

(20) - الحلبوسي إبراهيم علي حمادي، مرجع سبق ذكره، ص 144.

*-تنص المادة (16) من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على " يخول الطبيب وجراح الأسنان القيام بكل أنواع التشخيص والوقاية والعلاج ..."

مما سبق نستنتج بأن الطبيب يكون مسؤولاً فقط في مرحلة العلاج إذا باشر بإجراء علاج ليس معروفاً أو متقناً عليه بين الجمهور الواسع من الأطباء.

4- النوع الرابع: الخطأ الطبي من خلال العمليات الجراحية.

تعتبر الجراحة من أهم الأعمال الطبية وأخطرها لما تنطوي عليه من مخاطر، لذلك لا يجب اللجوء إليها إلا بعد تفكير عميق ودراسة مستفيضة للحالة المرضية (خاصة في الحالات التي تكون فيها الجراحة في مكان دقيق وخطير كالقلب والرأس) من الأماكن الحساسة في جسم الإنسان.

ويجب على الطبيب خلال التدخل الجراحي أن يراعي جميع قواعد الفن الطبي، وأن يحاول قدر المستطاع ألا يصيب أي عضو غير العضو الذي تم من أجله التدخل الطبي الجراحي.

مثال عن الخطأ الطبي الجراحي: ترك قطعة شاش أو قطن أو إحدى الآلات المستعملة في الجراحة داخل الجرح، مما يؤدي إلى مضاعفات خطيرة تصيب صحة المريض وقد تؤدي إلى وفاته.

تثار مسؤولية الطبيب الجراح إذا ثبت أنه لم يؤدي عمله الجراحي بالمهارة التي تقتضيها المهنة وبالمستوى الذي ينتظره منه المريض، فهو مسؤول عن كل خطأ يصدر منه ولا يشترط أن يكون الخطأ الطبي جسيماً بل يكفي ألا يكون الطبيب قد قام بما ينبغي عليه من بذل عناية تملئها الظروف المحيطة به.⁽²¹⁾

النوع الخامس: الخطأ في المراقبة.

تعتبر الرقابة في المجال الطبي من أهم مراحل التدخل الطبي لما يترتب عليها من تحقيق سليم للوصول لشفاء المريض، وخاصة بعد إجراء العملية الجراحية، إذ يتوقف حسن وسلامة رقابة المريض إلى نجاح أو فشل العمل الطبي السابق برمته.⁽²²⁾ ونظراً للأهمية البالغة للرقابة في ميدان العمل الطبي نجد أن المشرع الجزائري قد خص الرقابة ببند كامل ضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، وهذا تحت عنوان: ممارسة الطب أو جراحة الأسنان بمقتضى الرقابة، وقد خص هذا البند بعشرة مواد.*

من خلال استقراء هذه المواد ومواد أخرى من المدونة نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم الطبيب بعدد

القواعد منها:

- إشعار المريض بأنه يقوم بفحصه بصفته طبيباً مراقباً.
- أن يراعي الموضوعية الكاملة في استنتاجاته، وأن يلتزم بالسر المهني اتجاه إدارته.⁽²³⁾

(21) - منصور محمد حسين، مرجع سبق ذكره، ص ص: 82-83.

(22) - منار فاطمة الزهراء، مسؤولية طبيب التخدير المدنية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة، الأردن، ط1، 2012، 230، نقلاً عن د. الهريش فرج صالح، موقف القانون من التطبيقات الطبية الحديثة، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع، ليبيا، ط 1، 1996، ص123/124.

* - أنظر المواد من 90 إلى غاية 99 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

(23) - أنظر المادة 90 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

- عدم الكشف عن المعلومات الطبية أمام أشخاص غريباء عن المصلحة،⁽²⁴⁾ هذا بالإضافة إلى عديد التوصيات التي جاءت بها مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

ثالثا: قيام مسؤولية الطبيب بدون خطأ

المسؤولية الإدارية بدون خطأ كما تبينه التسمية، تقوم في غياب ركن الخطأ فبعدما كانت المسؤولية لا تقوم إلا بوجود خطأ ينسب للإدارة وهو ما يعرف بالمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، أصبحت المسؤولية تقوم أيضا في حالة عدم وجود خطأ ينسب للإدارة، مما يرتب مسؤوليتها في تعويض الأفراد جبرا للضرر الذي لحق بهم.

ولقد عرفها مفوض الدولة Bertrand أمام مجلس الدولة الفرنسي في قضية " سولز" و الذي أخذ مجلس الدولة برأيه في الحكم الصادر بتاريخ 1968/11/06 بمناسبة هذه القضية قائلا " :إن مسؤولية الدولة بلا خطأ منها، إنما هي تصحيح أدخله القضاء على ما يتسم به القانون العام من طابع اللامساواة، و هي تستوي عند نقطة التوازن بين مبدأ تغليب المصلحة العامة التي تضطلع الإدارة بتطبيقه في جميع الحالات التي يصطدم فيها بالمصالح الخاصة، و بين مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، و هو يتطلب التعويض عن كل ضرر منسوب إلى نشاط عام عندما يتجاوز الحدود اللازمة لظروف الحياة في المجتمع".

تتميز المسؤولية الإدارية بخصائص وهي ليست مطلقة في مداها وهذا انسجاما مع خصائص المسؤولية الإدارية التي بينها قرار بلانكو هي تكميلية استثنائية من أجل المحافظة على التوازن بين الحقوق والامتيازات المقررة للإدارة وحقوق الأفراد ومتطلبات العدالة.⁽²⁵⁾

يدرج الأستاذ لحسين بن شيخ آث ملويا رأيا للأستاذ روني سافاتيي RenéSavatier الذي يرى "بأن المسؤولية على أساس المخاطر لا يمكن أن تكون إلا مسؤولية احتياطية، ولا يجب أن يفرضها المشرع إلا في ميادين محدودة". كما أنه في الواقع المخاطر تجسد فرضية واحدة فقط للمسؤولية بدون خطأ حيث يمكن إثبات حدوث الضرر نتيجة لتحقق المخاطر وبتعبير آخر فإنه من العدل والإنصاف أن الخطر المتسبب في الضرر لا بد أن ينشئ نظاما للمسؤولية مختلفا عن نظام المسؤولية بوجود الخطأ بأنواعه.⁽²⁶⁾

يؤكد الأستاذ أحمد محيو بأن المسؤولية الإدارية حالها حال المسؤولية المدنية استقامت أولا على الخطأ، وبعد الحرب العالمية الأولى تم القبول بالمسؤولية من غير الخطأ المصلي بسبب الأخطار الناشئة عن نشاط الإدارة وعرف تطور فكرة المخاطر في القانون الإداري نوعا من السهولة مقارنة بالقانون المدني حيث يمكن للقاضي الإداري إصلاح الضرر دون تقدير المظهر خاطئ أو غير خاطئ لأن الإدارة بشكل عام تسعى لتحقيق المصلحة العامة من خلال نشاطها ومن غير العدل استفادة مجموع المواطنين من نشاط الإدارة وتحمل شخص

⁽²⁴⁾المادة الأولى من مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

⁽²⁵⁾عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية دراسة تأصيلية تحليلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 2004، ص 183.

⁽²⁶⁾- لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سبق ذكره، ص 7.

واحد للضرر ولذلك يجب التعويض رغم غياب الخطأ وتحمل ميزانية الدولة ذلك التعويض تكريسا وحفاظا على المساواة.⁽²⁷⁾

المسؤولية على أساس المخاطر تجنب المدعى تقديم إثبات الخطأ بل تكفي إقامة العلاقة السببية بين نشاط المرفق العام والضرر لإنشاء الحق في التعويض، ولقد شهدت نظرية المخاطر تطورا ملحوظا من القضاء الإداري إذ تم تطبيقها أولا في مجال الأشغال العمومية فقط ثم امتد مجال تطبيقها بداية من القرن العشرين إلى بعض النشاطات والأعمال الخطيرة.

الفرع الأول: الأسس التقليدية للمسؤولية بدون خطأ

تستند المسؤولية على أساس المخاطر إلى اعتبارات قانونية وسياسية ودستورية وتقوم على أسس قانونية تقليدية وهي:

• **مبدأ الغنم بالغرم:** مبدأ ارتباط بين المنافع والأعباء بمعنى أن الجماعة الممثلة في الدولة تنتفع وتغتني من مختلف النشاطات الإدارية التي يمكن أن تتسبب في إضرار للغير وبالتالي ومقابل هذه المنافع يجب على هذه الجماعة تحمل عبء التعويضات لضحايا الأضرار.

• **مبدأ التضامن الاجتماعي:** الضمير الجماعي للجماعة يستوجب عليها رفع الضرر الاستثنائي لأحد الأعضاء من الخزينة العمومية للدولة التي تعتبر أداة هذه الجماعة.

• **مبدأ العدالة المجردة:** إذا كان مبدأ المساواة القانونية يعني المساواة في المعاملة بين جميع أفراد الدولة طبقا للقاعدة القانونية العامة دون تمييز أو استثناء، وتحويل جميع الأفراد قدرا متساويا من الحريات العامة، معنوية كانت أو مادية وتقرير وفرض في حقهم قدرا متساويا من الأعباء والتكاليف والواجبات العامة وبذلك يكون لمبدأ المساواة وجهان، الوجه الأول: يتمثل في **المساواة في الحقوق والمنافع** التي تتمثل وتتجسد في المساواة أمام القانون والمساواة أمام الوظائف العامة والمساواة أمام خدمات المرافق العامة، وأما الوجه الثاني: لمبدأ المساواة أي **المساواة في الأعباء والتكاليف العامة** مثل المساواة أمام الضرائب وأداء الخدمة. وبهذا المبدأ تقوم مسؤولية الدولة بدون خطأ عن الإضرار التي تسببت فيها بتوزيع مبلغ التعويض على أفراد الجماعة الممولين للخزينة العمومية الأمر الذي يستهدف إعادة بناء مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.⁽²⁸⁾

الفرع الثاني: الأسس القضائية للمسؤولية بدون خطأ.

جاء القضاء بمجموعة من الحلول القضائية للمسؤولية بدون خطأ (على أساس المخاطر) مقسما إياها على أساس: الأشياء الخطيرة وعلى أساس المناهج الخطيرة.

⁽²⁷⁾ - أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فانز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، ط7، الجزائر، 2008، ص

220.

⁽²⁸⁾ - عمور سلامي، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 127.

أ- **الأشياء الخطيرة:** هي أشياء معتبرة خطيرة بما فيه الكفاية قابلة لإحداث ضرر بدرجات مختلفة، يتدخل القضاء لتبليانها فقد تكون أشياء منقولة أو مباني عمومية أو مواد ومنتجات ذات مخاطر أو منتجات دموية، مثال ذلك:

أ-1 **المتفجرات:** وضعت قواعد هذا النظام في القضاء الفرنسي بناء على القرار في قضية *RegnaultDerzier* بتاريخ 1919/03/26 حيث حدث انفجار بسبب التكديس الذي شكل خطراً يفوق حدود الجوار العادية.⁽²⁹⁾

أ-2 **الأسلحة والآلات الخطيرة:** استعمال الشرطة لأسلحة تتضمن مخاطر استثنائية ينشئ المسؤولية بدون خطأ مثال ذلك قضية *Lecomte* في 1949/07/24 حيث قام أعوان شرطة بتوقيف سيارة فرفض السائق التوقف فأطلق العون عياراً نارياً أسفل السيارة فانعكست الطلقة وأصاب السيد *Lecomte* إصابة مميتة. قضى مجلس الدولة الفرنسي بقيام المسؤولية على أساس المخاطر الاستثنائية متجاوزاً فكرة اشتراط الخطأ الجسيم كشرط لمسؤولية الشرطة.

أ-3 **الأشغال العمومية الخطيرة:** هناك أخطار خاصة ببعض الأشغال العمومية كشق الطرق في المناطق الوعرة حيث في حالة وجود الضرر تكون المسؤولية بدون خطأ لفائدة المستعملين والغير.

أ-4 **المنتجات الدموية:** اعترف الاجتهاد القضائي بأن المنتجات الدموية هي مصدر للمسؤولية بدون خطأ لأن مراكز نقل الدم وجمعه تتحمل مسؤولية راجعة للمخاطر التي يشكلها نشاطها في أصله وهو توريد المنتجات الدموية وهي أخطار نقل العدوى بفيروس السيدا والتهاب الكبد.⁽³⁰⁾

حيث نجد أن القضاء الفرنسي قد أدان بنك الدم، وحكم عليه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمريض من جراء نقل دم معيب لكون معطيه حاملاً لمرض معين.⁽³¹⁾

ب- **المناهج الخطيرة:** يعود الفضل في ظهور هذا الصنف من المسؤولية بدون خطأ إلى القضاء الفرنسي حيث وجد أن بعض المناهج الليبرالية لإعادة التربية قد تؤدي إلى عديد الأضرار ما يستلزم التعويض عن تلك الأضرار.

ونجد كذلك تطبيقاً لهذه النظرية في الميدان الطبي بالنسبة لمستشفيات الأمراض العقلية (المرضى المصابين بأمراض عقلية)، هذا في حالة فرار المريض وإحاقه أضراراً بالغير، فتقوم مسؤولية المستشفى على أساس الخطأ في المراقبة، ونجد تطبيقاً لهذا في القضاء الفرنسي، القرار الصادر بتاريخ 1921/06/24

⁽²⁹⁾ - عمور سلامي، المرجع نفسه، ص 131.

⁽³⁰⁾ - لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سبق ذكره، ص 27 .

⁽³¹⁾ - منصور محمد حسين، مرجع سبق ذكره، ص 59.

قضية (Lupiac) إذ تعود وقائع هذه القضية إلى هروب أحد المرضى من مستشفى الأمراض العقلية وتسببه في أضرار لدى أحد أصحاب المقاهي.⁽³²⁾

وفي الإطار الطبي دائما وجد القضاء الفرنسي على إثر قضية (توزيلي) ميدانا آخر في مادة المسؤولية الإستشفائية ويتعلق بتمديد الاستفاداة من المسؤولية دون خطأ للمرضى المعرضين لأضرار خصوصية بفعل تطبيق بعض الطرق العلاجية، في هذا الصدد صدر قرار عن المجلس الإداري للاستئناف (ليون) 12/21/1990 مفاده أن تطبيق طريقة جديدة للجراحة يبرز أن المسؤولية بدون خطأ تقوم في حق المستشفى متى تم تطبيق طريقة جديدة في الجراحة وفق شروط ثلاث هي:

- ألا تعرف بصفة كاملة التبعات الممكنة لتلك الجراحة.
- ألا يكون اللجوء إلى هذه الطريقة قد فرضته (أسباب حيوية) بمعنى أن المسؤولية بدون خطأ مستبعدة إذا كان اللجوء إليها هو الفرصة الوحيدة لإنقاذ المريض....

- أن تكون النتائج الضارة المباشرة لهذه الطريقة لها طابع استثنائي خطورة غير مألوفة.⁽³³⁾
وفي نفس الإطار جاء قرار مجلس الدولة الفرنسي المتعلق بقضية بيانشي (Bianchi)* ليؤكد على المسؤولية بدون خطأ للمستشفى بفعل عمل طبي ضروري للتشخيص والعلاج، وفق شروط أكثر دقة:

- أن يشكل هذا العمل مخاطر " كان وجودها معروفا لكن تحققها استثنائي ".
- "ألا يوجد أي سبب للظن بأن المريض معرض خصوصا لتلك المخاطر".
- أن يكون تنفيذ ذلك العمل هو السبب المباشر للأضرار ذات الخطورة القصوى، ولا علاقة لها بحالة المريض (أو تطورها المتوقع).⁽³⁴⁾

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي أحيانا إلى أبعد من ذلك إذ قضى بمسؤولية المستشفى بدون خطأ عندما يكون الضرر ذو خطورة خاصة ناتجة عن نشاط طبي يشكل خطرا معترف به والذي يكون تحقيقه استثنائيا وذلك في قرار " Bianchi " الصادر في 1993/04/09.⁽³⁵⁾

(32) - طاهري حسين ، مرجع سبق ذكره، ص 56.

(33) قرار المجلس الإداري لليون (Lyon) 1990/12/21 نقلا عن آث ملويا حسين بن شيخ، مرجع سابق، ص 34.

* - تتلخص وقائع القضية إن السيد Bianchi كان يعاني من اضطرابات صحية (هبوط في ضغط الدم، وفقدان للتوازن، دوخة..) فخضع في المستشفى لفحوصات عادية، بعد إفاقته من التخدير تبين إصابته بشلل تام وهو ما لم يكن بالتطور العادي لحالته رغم سوئها مما دفعه إلى رفع دعوى قضائية مطالبا المستشفى بالتعويض لكن المحكمة رفضت الدعوى لانتفاء خطأ من جانب المستشفى.

(34) قرار جمعية مجلس الدولة الفرنسي 1993/04/09 نقلا عن آث ملويا حسين بن شيخ... نفس المرجع ص 35.

(35) - <http://www.conseil-etat.fr/fr/presentation-des-grands-arrets/10-avril-1992-epoux-v.html>

Par l'arrêt du 10 avril 1992, le Conseil d'État a abandonné l'exigence d'une faute lourde en la matière et a considéré que, en l'espèce, les erreurs commises constituaient une faute médicale de nature à engager la responsabilité de l'hôpital.

- والخلاصة هي تسلسل القضاء الفرنسي من اشتراط الخطأ الجسيم إلى الخطأ البسيط لمسؤولية المستشفى وصولاً إلى عدم اشتراط الخطأ وتترتب المسؤولية في حالة ضرر ذو خطورة خاصة فقط.
- وتبعاً لحكم Bianchi صدر اجتهاد قضائي آخر عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية Joseph Imbert بتاريخ 03 نوفمبر 1997 أكد تأييد وتكريس مبدأ مسؤولية المستشفى بدون خطأ.⁽³⁶⁾
بالرجوع إلى قرارات مجلس الدولة الفرنسي نجده قد أكد القرار السابق في العديد من القضايا والحالات كالتحان والعدوى الناتجة عن نقل المنتجات الدموية.

ج-الوضعيات الخطيرة: يمكن للأشخاص الذين يجدون أنفسهم معرضين للضرر، نتيجة لالتزاماتهم أو وظائفهم، وأول من تطرق لهذه الوضعية هو القضاء الفرنسي بموجب قرار مجلس الدولة الصادر في 19/10/1962 الخاص بقضية القنصل الفرنسي العامل بكوريا الجنوبية (سيول) والمعروفة بقضية بريش (*PERUSHE*)^{*}. وبدون أن ترتكب الحكومة خطأ، فإنه من حق القنصل الحصول على تعويض بسبب كون الحكومة وضعت في وضعية محفوفة بالمخاطر الاستثنائية لشخصه وأمواله.⁽³⁷⁾

يمكن أن نجد للمسؤولية دون خطأ في هذه الحالة (الوضعيات الخطيرة) تطبيقاً في المجال الطبي خاصة ما تعلق بالتلقيح الإجباري، والسبب يرجع لإلزاميته (التلقيح ضد التيتانوس أو ضد الدفتيريا)، ولكون الدولة تعرض الخاضعين لهذا النوع من التلقيح لمخاطر حوادث تلقيحية، وتعتبر قضية (*Dejous*) خير مثال على هذا النوع من المسؤولية حيث حكمت محكمة بوردو "بمسؤولية الدولة وإلزامها بالتعويض على أساس المخاطر، مادام أن التطعيم ملزم للدولة، وأنه ترتب عليه ضرراً جسيماً لا يتناسب مع فائدته".⁽³⁸⁾

في إطار الوضعيات الخطيرة نجد أن المشرع الجزائري قد أقر بوجود مخاطر مهنية، وأقر تعويضاً لها يمنح لمستخدمي المرافق العمومية الصحية، وهذا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 52/03 المؤرخ في 04 فبراير

⁽³⁶⁾-<http://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2008/01/29/responsabilite-sans-faute-des-etablissements-hospitaliers>.

L'arrêt Hôpital Joseph Imbert d'Arles du 3 novembre 1997 marque une extension du champ d'application de la jurisprudence Bianchi. En l'espèce, la victime était décédée à la suite d'un coma prolongé consécutif à un arrêt cardiaque dont elle avait été victime au cours d'une opération de circoncision subie sous anesthésie générale pratiquée dans les services de l'hôpital. Alors même que cette opération n'avait pas de visée thérapeutique, et que le patient ne pouvait donc être considéré, selon les termes de l'arrêt Bianchi, comme un « malade », le Conseil d'Etat confirme l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon qui avait engagé la responsabilité sans faute de l'hôpital. Le fait que le risque considéré en l'espèce ne concernait pas directement le diagnostic ou le traitement considéré, mais une anesthésie générale préalable au traitement lui-même n'est pas pris en considération par les juges.

^{*} - تلخص وقائع هذه القضية أنه خلال الحرب بين الكوريتين، وأثناء احتلال كوريا الشمالية لعاصمة كوريا الجنوبية، أمرت السلطات الفرنسية القنصل الفرنسي العامل هناك (سيول) بالبقاء في مقره، فتعرضت أمواله للنهب.

⁽³⁷⁾ لحسين بن شيخ آث ملويا، مرجع سبق ذكره، ص 36.

⁽³⁸⁾ صاحب ليدية، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص 69.

2003 والذي يؤسس تعويضا على خطر العدوى لفائدة المستخدمين الممارسين في بعض الهياكل العمومية الصحية، مما يعني بأن المشرع الجزائري قد اعترف بالمسؤولية على أساس المخاطر.

رابعا: الوسائل البديلة لحل النزاعات في المجال الطبي.

إذا كان الاجتهاد القضائي والتشريعي الفرنسي في المادة الإدارية ذو تأثير كبير على الجزائر، نجد أنه من المهم التطرق لبعض الوسائل البديلة التي فرضها واقع صعوبة تأطير وتنظيم العلاقات الطبية بقواعد قانونية، بالنظر لكون الدراسات النظرية لموضوع المسؤولية الطبية مستفيضة، إلا أن الواقع أثبت بأن التطبيقات القضائية بقيت محدودة بدليل الإحصائيات، ففي فرنسا مثلا: في الفترة من 1970 إلى 1985 تم غلق 5788 ملفا، صدر فيها 183 حكما فقط حول المسؤولية، سنة 1988 هناك 2000 ملف تم فتحه (95 حكم منها 24 حكم جنائي/08 اتهامات، 71 حكم مدني/28 حكم بالمسؤولية).⁽³⁹⁾

لذلك تبدو الوسائل البديلة لحل المنازعات -المتعلقة بالأعمال الطبية- ضرورة ملحة، سنعرض في الآتي بعض الآليات البديلة لحل المنازعات المتعلقة بالنشاط الطبي وفق التجربة الفرنسية:

1- الاهتمام المتزايد بالأخلاقيات البيولوجية (Bioéthique):

خلال السنوات الأخيرة ساهم التطور الكبير للبحث العلمي في تغيير مسار الحياة الإنسانية، حيث أصبح من الممكن إعطاء الحياة خارج المجال الطبيعي بواسطة الإنجاب بالمساعدة الطبية، كما أن الحياة يمكن إنقاذها أو تمديدها بنقل الأعضاء. الحياة أيضا يمكن التدخل لتعديلها بمعالجات وراثية، كما يعتبر التطور والتحكم في علم الوراثة والجينات البشرية ثورة حقيقية قد تؤدي لنتائج باهرة وقد تؤدي لكوارث ومأساة أيضا. هناك نوع من الصعوبة في ترجمة الكلمة المركبة *Bio* بمعنى الحياة و *Ethos* بمعنى الأخلاق لذلك تعددت محاولات الترجمة للغة العربية: أخلاقيات بيولوجية، أخلاقيات الطب، كما توجد محاولة للمحافظة على المصطلح باللاتينية البيواتيك والبيواتيقا.

من الجانب التاريخي أول اهتمام واضح بموضوع الأخلاق في الطب من الجانب القانوني تمت ملاحظته بمناسبة المحاكمة الشهيرة لنورنبرغ من أكتوبر 1945 إلى أكتوبر 1946، والتي تطرقت لموضوع التجارب التي قام بها الأطباء النازيون على أسرى ومساجين، وأدت إلى مأساة بشرية كبيرة أساءت لسمعة الطب خصوصا والعلوم بشكل عام.

حيث حمل النظام الأساسي لمحكمة نورنبرغ قواعد عامة توطر وتنظم التجارب على الجسم البشري أهمها: ضرورة الحصول على رضا المريض دون إكراه كشرط مسبق لأي تجربة، مع ضرورة تقديم كل التوضيحات والتفاصيل للمريض حول طبيعة التجربة ومدتها وهدفها، يجب أن تكون التجربة ذات أثر إيجابي على المجتمع، يجب أن تسبق التجربة على الإنسان نتائج لتجارب على الحيوان من خلالها تظهر مبررات واضحة لتطبيق

⁽³⁹⁾-Gérard MEMETEAU, Marion GIRER, cours de droit médical, cinquième édition, LEH édition, France, 2016, p507.

التجربة على الإنسان، من جهة أخرى لا بد أن يكون استعداد الطبيب لقطع التجربة في أي مرحلة إذا ثبت أنها قد تؤدي لأضرار كالموت أو الجرح.⁽⁴⁰⁾

الاستخدام الأول لكلمة *Bioéthique* كان من طرف الطبيب فان رانسيلير بوتر سنة 1970، والذي أبرز نظرة إيجابية للتقدم العلمي والتقني، مع الإلحاح-من جهة أخرى- على ضرورة المرافقة بالتفكير الأخلاقي من خلال التركيز على احترام القيم واحترام الكل (كل المجتمع والطبيعة، كل مكونات المحيط الحيوي).⁽⁴¹⁾

لقد شهدت الولايات المتحدة الأمريكية ثورة علمية وتكنولوجية خاصة في الفيزياء كالطاقة الذرية والسلاح النووي بشكل خاص والذي يعتبر تطورا مذهلا وخطرا غير مسبوق على الحياة البشرية، إلا أن الفكر البراغماتي الأمريكي لم يهتم فعلا بالتأثيرات السلبية للعلوم، لكن التطورات المتسارعة في الميدان الطبي والبيولوجي أدت إلى بروز فكرة ضرورة مرافقة الأخلاقيات للعلوم خاصة بعد اكتشاف تقنية تصفية الدم سنة 1961 التي لم تكن متاحة لجميع المرضى أي أنه لا بد من عملية انتقاء المرضى من طرف لجنة حيث تم اعتماد معايير تقوم على السلوك والإنتاجية مما أدى نقد شديد من طرف الرأي العام لهذه المعايير غير الإنسانية. إلى جانب تقنية تصفية الدم برزت قضايا لاحقا كزرع الأعضاء بداية بالقلب سنة 1967 والتي عرفت فشلا بسبب رفض العضو المزروع وتم تعليقها ثم إعادة بعثها بداية من الثمانينات بعد اكتشاف دواء مضاد لرفض الأعضاء، وصل التطور إلى مستويات أعلى بحجب البيولوجيا للفيزياء بعد اكتشاف بنية الحمض النووي من طرف واطسون سنة 1953 خاصة عندما توفرت إمكانية إعادة تشكيل الحمض النووي مما أدى إلى تدخل الأكاديمية الوطنية للعلوم بأمريكا وقامت باستدعاء 11 باحثا سنة 1974 وأفضى اللقاء بنشر رسالة مفتوحة في ثلاث مجلات كبرى تدعو لتوقيف الأبحاث المتعلقة بالتصرف في الجينات إلى غاية تنظيم مؤتمر دولي حول الموضوع، هذا المؤتمر انعقد سنة 1975 ورفع تجميد الأبحاث لكن بالمقابل وضع قواعد أمان شكلت بذرة التطورات اللاحقة التي ساهمت فيها المنظمات المهتمة بالموضوع بالإضافة للدول.⁽⁴²⁾

بين المرحلتين الأساسيتين النظام الأساسي لنورنبرغ 1947 واستخدام فان رانسيلير بوتر لمصطلح *Bioethics*، لا بد من الإشارة لإعلان هلسنكي في سنة 1964 كمحطة مهمة حيث شكل هذا الإعلان تصريحا مباشرا بمبادئ أساسية للأخلاق الطبية حيث لا بد من إخضاع التجارب الطبية للجان أخلاقية مستقلة لإبداء الرأي وتقديم التوجيهات. حيث بدأ تنصيب هذه اللجان التي كانت أبرز مهامها مراقبة مدى احترام مبادئ إعلان هلسنكي من خلال إبداء الرأي في البروتوكولات الطبية المتبعة وحماية المريض من السلطة الطبية، وكذلك

⁽⁴⁰⁾ - Extrait du jugement du TMA, Nuremberg, 1947, (traduction française in F Bayle, croix gammée contre caducée. les expériences humaines en Allemagne pendant la deuxième guerre mondiale, commission scientifique des crimes de guerre, 1950. <http://www.frqs.gouv.qc.ca/>.

⁽⁴¹⁾ - Michel Brugvin, qu'est ce que la bioéthique ?, chronique de Jacques Julliard, « Le Nouvel Observateur », 2005, p 1.

⁽⁴²⁾ - عمر بوفتاس، البيوتيقيا الأخلاقيات الجديدة في مواجهة تجاوزات البيوتكنولوجيا، إفريقيا الشرق، المغرب، 2011، ص ص

استباق المشاكل الاجتماعية بإرساء الحوار البناء والعقلاني. وصولاً لنتائج فلسفية (التأكيد على الأخلاق في العمل الطبي) ونتائج قانونية (قيام مسؤولية الأطباء وإمكانية دفاع المرضى عن حقوقهم).⁴³

2- إنشاء لجان مختلطة لاقتراح تسوية ودية للمنازعات:

ومن أهم الأمثلة المتحصل إليها، ما جاءت به الباحثة الفرنسية Geraldine Salem، والتي قدمت اقتراحاً كاملاً لإصلاح النظام القانوني للمسؤولية على أساس الخطأ، ويتمثل في وجوب إخطار المتضرر لهيئة متساوية الأعضاء مكونة من قاضي مهني مختص وطبيب خبير للشروع في مرحلة الصلح وهي وساطة ضرورية أمام الهيئة المتساوية الأعضاء وتكون نتيجة الوساطة كالاتي:

الحالة الأولى: التوصل لاتفاق وإمضاء بروتوكول تسوية مالية من طرف المؤمن (شركة التأمين) أو بواسطة مبدأ التضامن الاجتماعي للأخطاء البسيطة جداً.

الحالة الثانية: محضر عدم التوصل لاتفاق وبالتالي اللجوء للهيئة القضائية المختصة. وفي هذه الحالة يتم تعيين خبير إذا طالب به طرفي النزاع، حيث يتم تبعا لذلك توصيف وتكييف الخطأ والضرر والعلاقة السببية. ويتم لاحقاً التصريح بقرار له حجية الشيء المقضي فيه إما بتعويض عن الخطأ الخفيف وفق مبدأ التضامن الوطني، أو من طرف المؤسسة المهنية وشركة تأمينها في حالة الخطأ البسيط، أما في حالة الخطأ الجسيم فيتم جبر الضرر من طرف المؤمن مع التأكيد بأن المصالح والتعويضات المتعلقة بالجانب الجزائي غير قابلة للتأمين.⁽⁴⁴⁾

كما نشير لرأي آخر وهو القول بأنه من غير العدل الرمي بكل ثقل المسؤولية الطبية على المهنيين بل لا بد من رفع درجتها أيضاً لدى المرضى كفاعلين أساسيين في النظام الصحي، وبالتالي على المتضرر أن يعمل على تقادي الضرر أو الإنقاص من حجمه ليستحق التعويض، وفي الحالة العكسية يتم تخفيض التعويض من طرف القضاء.

3- هيئة المدافع عن الحقوق:

وهي هيئة دستورية مستقلة نص عليها التعديل الدستوري لسنة 2008 بفرنسا، ينظمها القانون العضوي 333/2011 المؤرخ في 29 مارس 2011، هذه الهيئة الجديدة تعوض الوساطة التقليدية، والمدافع عن الحقوق هو سلطة مستقلة تماماً، لا تقبل أي تعليمات، مهامها الأساسية الوساطة في العلاقة مع الإدارات العمومية ومحاربة التمييز والدفاع عن الطفولة وأخلاقيات الأمن، ويتم التعيين فيها من طرف رئيس الجمهورية لمدة ست

⁽⁴³⁾-Doris Bonnet, « L'éthique médicale universelle engage-t-elle la construction d'un acteur social universel? », Autrepart 2003/4 (n° 28), p. 5-19...En 1964, l'Association médicale mondiale (AMM) introduit les principes de base de l'éthique médicale et des recommandations en faveur de la création de comités d'éthique (déclaration d'Helsinki). Non seulement elle fait valoir que l'intérêt de la personne prévaut sur celui de la science ou de la société, mais elle recommande que la recherche biomédicale se conforme à un protocole expérimental qui doit comporter une déclaration sur les considérations éthiques de la recherche et être soumis à un comité indépendant désigné spécialement à cet effet, pour avis et conseils...

⁽⁴⁴⁾-Géraldine Salem, contribution à l'étude de la responsabilité médicale pour faute en droit français et américain, thèse de doctorat, Paris VIII Vincennes Saint Denis, 2015.

سنوات وهو غير قابل للعزل وغير قابل للتجديد. من اختصاصاته التحقيق والسماع والمراقبة في عين المكان وكذا الوساطة وتقديم التوصيات أو الأوامر مع إمكانية تقديم ملاحظات أمام القضاء والإحالة المباشرة أمام النيابة العامة في الحالات الخطيرة، كما تم تزويد الهيئة بإمكانية اقتراح تعديلات على الهيئة التشريعية.⁽⁴⁵⁾ في هذا المجال يعمل قطب الصحة لهيئة المدافع عن الحقوق على الحفاظ على قنوات للاتصال تقاديا للنزاعات القضائية، كما يعمل على تسوية القضايا المعقدة بطريقة عقلانية وموضوعية بحضور سلطة مستقلة، حيث أنه في جو من الحذر المتبادل بين مستعملي القطاع الصحي الراغبين في الحصول على الشفافية والوضوح وبين مهنيي الصحة الواقعين تحت الضغط، يعمل هذا القطب أيضا على تكريس ثقافة الاستماع وتنمية الحوار وتفعيل حماية كل الفاعلين في النظام الصحي وكذا تطوير التحليل والاستغلال الإيجابي للأخطاء.⁽⁴⁶⁾

في تقرير النشاط لسنة 2016، تؤكد الهيئة على أنها تلقت قرابة 130.000 طلب تدخل أو استشارة، منها 22 إحالة مباشرة، ولضمان السير الجيد فهي مزودة بـ 250 مساعد على مستوى مقراتها وحوالي 450 ممثل على مستوى كامل التراب الفرنسي. وخلال دراستها لـ 81949 ملف أودعت ملاحظاتها أمام القضاء في 119 حالة، كما أنها قامت بـ 696 إجراء منها توصيات واقتراح إصلاحات بالإضافة للإحالات المباشرة في الوضعيات الخطيرة.⁽⁴⁷⁾

4- إنشاء معاهد البحث المتخصصة (القانون والصحة):

حيث يعتبر معهد القانون والصحة IDS جامعة باريس ديكرت، الرائد في هذا المجال وهو المعهد الوحيد المعتمد في فرنسا من طرف المعهد الوطني للصحة والبحث الطبي INSREM هذا الأخير خاضع لوصاية مزدوجة من وزارة الصحة والوزارة المكلفة بالبحث العلمي.

⁽⁴⁵⁾ - Art 71-1 de la Constitution Française, JORF n°0171 du 24 juillet 2008 page 11890 texte n°2, «Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences.

Il peut être saisi, dans les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa. Il peut se saisir d'office.

La loi organique définit les attributions et les modalités d'intervention du Défenseur des droits. Elle détermine les conditions dans lesquelles il peut être assisté par un collègue pour l'exercice de certaines de ses attributions.

Le Défenseur des droits est nommé par le Président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable,..... »

- Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, JORF n°0075 du 30 mars 2011 p 5497.

⁽⁴⁶⁾-L.Ricour, la protection des droits et libertés dans le domaine de la santé, *ethicsmedecine and public health* (2015) 1, 75-85.

⁽⁴⁷⁾-défenseur des droits, Rapport Annuel d'activité 2016, janvier 2017, disponible sur www.defenseurdesdroits.fr.(consulté le 29 aout 2017 à 14h30)

ويقوم معهد القانون والصحة لجامعة باريس بالإشراف على التفكير القانوني في مجال قانون الصحة، فهو يجمع بين المحامين والباحثين والممارسين من التخصصات الأخرى المهمة بهذه القضايا كالتطب، والصيدلة، وعلم الأحياء، وعلم الاجتماع، وعلم النفس والاقتصاد.

يمارس هذا المعهد اليقظة القانونية *la veille juridique* في كل مجالات قانون الصحة، فكل أسبوعين تسمح اليقظة بتلخيص التطورات التشريعية والفقهية والاجتهادات القضائية في كل ما يتعلق بقانون الصحة.⁽⁴⁸⁾

خاتمة

من خلال ما تم التطرق إليه يمكن القول بأن موضوع المسؤولية الطبية يقع في مركز تقاطع علاقات متشعبة وحساسة بين الأطباء والمرضى والفاعلين في المنظومة الصحية، كما يقع هذا الموضوع المهم في دائرة اهتمام الميادين العلمية المختلفة كالعلوم البيولوجية والهندسة الوراثية وعلم الاجتماع والاقتصاد والفلسفة والقانون، كما أن الأنظمة الصحية تقع في قلب اهتمامات السياسات الاقتصادية والاجتماعية، مما يؤدي إلى صعوبة في قيام المسؤولية الطبية نظرا لطابعها المعقد والمتشعب كثيرا.

إذا كان الخطأ موجبا للتعويض كقاعدة عامة في القانون المدني، فهو أيضا موجب للتعويض في المسؤولية الطبية، لكن تطبيق ركن الخطأ في فرنسا عرف تدرجا من الجسامة إلى البساطة لترتيب المسؤولية وصولا لعدم اشتراط الخطأ لترتيب المسؤولية في مجال المسؤولية الطبية، والمشرع الجزائري لم يوضح موقفه فيما يخص جسامة الخطأ أو إمكانية عدم اشتراط الخطأ لترتيب المسؤولية على أساس التضامن الاجتماعي.

قواعد قيام المسؤولية الطبية لا تعرف استقرارا يضاهي استقرار قواعد المسؤولية المدنية، لذا ما يزال الاجتهاد الفقهي بحاجة لتطوير بدائل مبررة وواضحة - تم عرض بعضها - ليتم لاحقا التكفل بها تشريعا. يمكننا وصف العلاقة بين الطبيب والمريض على أنها علاقة أخلاقية بالدرجة الأولى، لذلك يجب رفع درجة الوعي بهذه المسألة من جهة ومحاولة تطوير الحوار والتواصل بين مختلف الفاعلين في المجال الطبي لضمان التأطير المناسب للعلاقات تقاديا للنزاع من جهة أخرى.

⁽⁴⁸⁾- <http://www.institutdroitsante.com>, consulté le 16 juillet 2017 à 11h 25.

الدليل الرقمي في الإجراءات الجنائية

بهنوس آمال،

باحثة في صف دكتوراه العلوم في القانون الجنائي،

جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، وهران، الجزائر.

البريد الإلكتروني: bahnoussa@hotmail.fr

الملخص:

لما كان الدليل الرقمي ليس كالأدلة المادية وإنما عبارة عن مزيج من المعلومات والأرقام والطاقة، والتي تكون غالبا في الحاسوب والشبكات، وبالتالي تكمن المشكلة في كيفية التعامل مع الدليل الرقمي ذو الطبيعة التقنية بالدقة المطلوبة من النواحي التقنية والقانونية والإجرائية التي يجب إتباعها للحصول على الدليل ومدى مشروعية الأخذ به كدليل أو مقبوليته كوسيلة من وسائل الإثبات الجنائي وخاصة في ظل غياب النصوص التشريعية التي تنظمه.

الكلمات المفتاحية :

دليل، تقني، الكتروني، بيئة رقمية، العالم الافتراضي، الإثبات الجنائي، الجريمة المعلوماتية، الإجراءات الجزائية.

La preuve numérique dans le procès pénal

Résumé :

Etant donné qu'une preuve numérique ne s'inscrit pas dans l'ordre des preuves matérielles, tactiles, mais qu'elle est une combinaison d'informations, de chiffres et des octets n'existant que dans l'univers virtuel des dispositifs d'électroniques et des réseaux... la question qui se pose est de savoir comment saisir cette preuve et quel procédé légal réserver à son traitement notamment en tenant compte de l'inexistence de cadre légal régissant son exploitation ?

Mots clés :

Preuve, technique, numérique, électronique, univers virtuel, preuve pénale, cybercriminalité, procédure pénale.

Digital evidence in the criminal trial

Summary:

Since a digital proof is not in the order of physical, tactile proofs, but it is a combination of information, numbers and octs existing only in the virtual universe of the devices. The question that arises is how to seize this evidence and what legal process to reserve for its treatment, in particular taking into account the lack of legal framework governing its exploitation?

Keywords:

Evidence, technical, digital, electronic, virtual universe, criminal evidence, cybercrime, criminal procedure.

مقدمة

يشهد العالم منذ منتصف القرن العشرين ثورة جديدة سميت بالثورة المعلوماتية¹، مما أدى إلى حدوث قفزة حضارية ونوعية في حياة الأفراد والدول، حيث تعتمد القطاعات المختلفة في الوقت الحالي في أداء عملها بشكل أساسي على استخدام الأنظمة المعلوماتية نظرا لسرعتها ودقتها في تجميع المعلومات، وتخزينها ومعالجتها، ومن ثم نقلها وتبادلها بين الأفراد والشركات ومؤسسات الدولة الواحدة أو بين عدة دول. إلا أن هذا الجانب المشرق لعصر المعلوماتية لا ينفى الانعكاسات السلبية التي أفرزتها هذه التقنية والمتمثلة في إساءة استخدام الأنظمة المعلوماتية واستغلالها على نحو غير مشروع، وبصورة تضر بمصالح الأفراد والجماعات، وبالتالي مصلحة المجتمع كله. حيث أدى هذا التطور الهائل إلى ظهور أنماط مستحدثة من الجرائم سميت بالجرائم الالكترونية²، وتحدث هذه الجرائم باستخدام الكمبيوتر والانترنت ووسائل التقنية العالية، تعتبر هذه الجرائم³ ظاهرة إجرامية مستحدثة نسبيا، حيث إنها تستهدف الاعتداء على المعطيات بدلالاتها التقنية الواسعة (بيانات، معلومات وبرامج بكافة أنواعها)، كما أنها تمس الحياة الخاصة للأفراد عن طريق الحصول على معلوماتهم، وقد تؤدي إلى تهديد الأمن القومي والسيادة الوطنية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية والثقافية للدول.

¹ - كلمة معلوماتية هي اختصار لكلمتي: معلومة (information) وكلمة آلي أو آلية (automatique)، وهي تعني المعالجة

الآلية للمعلومة Traitement automatique de l'information

² - الجريمة الالكترونية، وفقا لمؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة ومعاينة المجرمين المنعقد في فيينا عام 2000، يمكن تعريفها بأنها: "أية جريمة يمكن ارتكابها بواسطة نظام حاسوبي، أو شبكة حاسوبية أو داخل نظام حاسوب، وتشمل تلك الجريمة من الناحية المبدئية جميع الجرائم التي يمكن ارتكابها في البيئة الالكترونية".

مشار إليه عند: أسامة أحمد المناعسة، جلال محمد الزغبى وفاضل الهواوشة، جرائم الحاسب الآلي والانترنت، دار وائل للنشر، عمان، 2001، ص.78.

³ - تمتاز هذه الجرائم بتعدد أشكال وصورها نذكر على سبيل المثال: جرائم غش الحاسب الآلي، اختراق شبكة المعلومات أو البيانات، جرائم القرصنة، عمليات التجسس والتجوير للأشخاص والأماكن باستخدام الحاسب الآلي وتقنيات الاتصال وغيرها من الجرائم.

على ضوء ما تقدم فإن كشف ستر هذا النوع من الجرائم يحتاج إلى طرق إلكترونية تتناسب مع طبيعتها، بحيث يمكنها فك رموزها وترجمة نبضاتها وذنباتها إلى كلمات وبيانات محسوسة ومقروءة، تصلح لأن تكون أدلة إثبات لهذه الجرائم ذات الطبيعة الفنية والعلمية، وتدعى هذه الوسيلة بالدليل الرقمي أو الإلكتروني، وبذلك اختلف الوسط الذي ترتكب فيه الجريمة، من وسط مادي إلى وسط معنوي أو ما يعرف بالوسط الافتراضي، وهو ما إستنتج ظهور طائفة جديدة من الأدلة تتفق وطبيعة الوسط الذي ارتكبت فيه.

في هذا البحث سوف نطرح بإيجاز فكرة الدليل الرقمي، وهو ذلك الدليل المستمد من العالم الافتراضي¹ (cyberspace) والذي اعترف به القضاء المقارن كأساس يصلح للإدانة، والقيام بتبيان (تعريف، خصائص، أنواع) الدليل الرقمي، وبالتالي فإن السؤال الذي يمكن أن يطرح هنا: هل يصلح الدليل الرقمي أن يكون وسيلة من وسائل الإثبات الجنائي؟

ومن ناحية أخرى، فإن الدليل الرقمي يثير الكثير من التساؤلات والتي يمكن إرجاعها إلى إشكاليتين رئيسيتين هما:

الأولى: الدليل الرقمي، هو من الأدلة الحديثة التي أفرزها التطور التقني، وهو أيضا ذو طبيعة خاصة من حيث الوسط الذي ينشأ فيه والطبيعة التي يبدو عليها، وهذا ما يثير التساؤل حول مشروعية الأخذ به، بمعنى أن يكون هذا الدليل قد قبله المشرع ضمن أدلة الإثبات الجنائي، فما هو الموقف من هذا النوع من الأدلة؟

الثانية: إن نظام الإثبات الجنائي تحكمه قرينة البراءة، والتي على أساسها يتعين الحكم بالبراءة كلما تعرض دليل لشك، مما يثير التساؤل حول مقبولية الدليل الرقمي في إثبات الجريمة، خاصة إذا علمنا مقدار التطور في مجال تقنية المعلومات على نحو يتيح العبث بالمرجات الرقمية مما يجعل مضمونها مخالفا للحقيقة دون أن يتسنى لغير المتخصص إدراك ذلك، فهل مفهوم اليقين²، الذي يجب أن يتمتع به الدليل الجنائي بوجع عام يتعارض وهذه الطبيعة الخاصة للدليل الرقمي؟

¹ - إن البيئة التي يحيا فيها الدليل الرقمي هي الحيز الافتراضي cyber spatial، وهي بيئة المكان الافتراضي والزمان الافتراضي، هذه البيئة ممثلة في الأقراص بأنواعها بالإضافة إلى معالجات حركة البرامج والذاكرة، وكل قطعة يمكن أن تقوم بدور في هذا الشأن بما في ذلك القطع المرنة التي لا يعمل الحاسوب بدونها، مثل نظام التشغيل والبرمجية التي تعمل على تنفيذ أوامر تشغيل الملفات التي وضعها الإنسان، فهذه البيئة تشكل العالم الافتراضي الذي تنتقل إليه عبر الإنترنت، كذلك يضاف إليها نظام الحزم التراسلية التي يمكن من خلالها التوصل إلى الدليل الرقمي، للمزيد من التفصيل أنظر: عمر محمد بن يونس، الدليل الرقمي، جامعة الدول العربية، ندوة الدليل الرقمي المنعقدة في الفترة بين 5 و 8 مارس 2006، القاهرة، ص.7.

² - اليقين في الاصطلاح القانوني عرفه البعض من الفقهاء على أنه: "عبارة عن اقتناع مستند إلى حجج ثابتة وقطعية تؤكد وجود الحقيقة"، ويتم الوصول إلى ذلك عن طريق ما تستنتجه وسائل الإدراك المختلفة للقاضي من خلال ما يعرض عليه من وقائع الدعوى، وما ينطبع في ذهنه من تصورات واحتمالات ذات درجة ثقة عالية من التوكيد، للمزيد من التفاصيل أنظر: موسى مسعود عبد الله، حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، الطبعة الأولى، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان، طرابلس، 1998، ص.131.

لمعالجة الإشكالات السابق طرحها أعلاه، إرتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول (ماهية الدليل الرقمي)، أما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة (القيمة القانونية للدليل الرقمي في مجال الإثبات الجنائي).

المبحث الأول: ماهية الدليل الرقمي

القانون ظاهرة اجتماعية تستهدف تنظيم الحياة في المجتمع، وتتجاوب مع كافة العوامل الاجتماعية والسياسية والتقنية المؤثرة فيه، وقد أثر هذا التطور التكنولوجي على المفاهيم التقليدية للدليل، وظهور نوع جديد من الأدلة الناتجة عن طبيعة التقنية الناجمة عن الحاسوب والانترنت، بحيث يصح أن يطلق عن الارتباط بين الظاهرة الرقمية الجديدة وبين الإثبات الجنائي تسمية جديدة للدليل، وهي الدليل الرقمي، وقد اعتدت بها المحاكم في النظم القانونية المقارنة، سواء من حيث جدواه أو من حيث قيمته القانونية، فالدليل الرقمي يساوي الدليل التقليدي المتعارف عليه، والمستمد من وسائله المعروفة كالتفتيش والشهادة والقرائن... وغيرها.

يختلف الدليل الرقمي عن الدليل المادي وبقية أنواع الأدلة الأخرى، حيث أن هذه الأدلة مقننة، أي أنها تجد لها موقعا في القانون ويمكن الاستناد إليها في بناء الإدانة، أما الدليل الرقمي فإن التفاعل القانوني يقف معه عند حد معين، وهذا ما يجعل مناطق الخلاف بين هذا الدليل، والدليل في صورته التقليدية قائمة.

في هذا المبحث سنتناول بالدراسة مفهوم الدليل الرقمي من خلال تبيان تعريفه وخصائصه وأنواعها، على

النحو التالي:

المطلب الأول: المقصود بالدليل الرقمي

للإحاطة بمضمون الدليل الرقمي، لابد التطرق أولا إلى تعريفه ثم تبيان مميزاته.

الفرع الأول: تعريف الدليل الرقمي¹

تعددت التعريفات التي قبلت بشأن الدليل الرقمي وتباينت بين التوسع والتضييق، ويرجع ذلك لموضع العلم الذي ينتمي إليه هذا الدليل، فاختلقت بين أولئك الباحثين في مجال التقنية والباحثين في المجال القانوني²، ومن بين أهم هذه التعريفات ما يلي:

عرفه البعض بأنه "الدليل الذي يجد أساسه في العال الافتراضي ويقود إلى الجريمة"¹، أو أنه "الدليل المأخوذ من أجهزة الكمبيوتر وهو يكون في شكل مجالات أو نبضات مغناطيسية، أو كهربائية ممكن تجميعها

¹ - قد يعتقد البعض أن مصطلح الدليل الرقمي يعني أن موضوعه هو الأرقام، أو ينصب على الأرقام، وهو ما يجافي حقيقة هذا المصطلح، فهذا المصطلح التقني يرجع أصله إلى استخدام النظام الرقمي الثنائي (0، 1) وهي الصيغة التي تسجل بها كل البيانات (أشكال، حروف ورموز وغيرها) داخل الحاسب الآلي، حيث يمثل (0) وضع الإغلاق (off)، والواحد (1) وضع التشغيل (on)، ويمثل الرقم (0) أو الرقم (1) ما يعرف بالبت Bit، ويشكل عدد بت 8 (8 Bits) ما يعرف بالبايت (6Byte)، للمزيد من التفصيل حول مصطلح الرقمية أنظر: عبد الناصر محمد محمود فرغلي، محمد عبيد سيف سعيد المسماري، الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، الرياض، 2007، ص.03.

² - عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص.52.

وتحليلها باستخدام برامج تطبيقات وتكنولوجيا وهي مكون رقمي لتقديم معلومات في أشكال متنوعة مثل النصوص المكتوبة أو الصور أو الأصوات أو الأشكال والرسوم وذلك من أجل اعتماده أمام أجهزة إنفاذ وتطبيق القانون².

والذي يلاحظ على هذا التعريف الأخير أنه يقصر مفهوم الدليل الرقمي على ذلك الذي يتم استخراجها من الحاسب الآلي، ولا شك أن ذلك فيه تضيق لدائرة الأدلة الرقمية³، فهي كما يمكن أن تستمد من الحاسب الآلي، فمن الممكن ان يحصل عليها من أية آلة رقمية أخرى، فالهاتف وآلات التصوير وغيرها من الأجهزة التي تعتمد التقنية الرقمية في تشغيلها، يمكن أن تكون مصدرا للدليل الرقمي، ضف إلى ذلك، فإن هذا التعريف يخلط بين الدليل الرقمي ومسألة إستخلاصه، حيث عرف بأنه " الدليل المأخوذ من الكمبيوتر..."، وهذا يعني أن الدليل الرقمي لا تثبت له هذه الصفة إلا إذا تم أخذه أو استخلاصه من مصدره، وهذا برأينا ليس صحيحا، إذ من الشأن التسليم بذلك القول أن تلك المجالات المغناطيسية أو الكهربائية قبل فصلها عن مصدرها بواسطة الوسائل الفنية لا تصلح أن توصف بالدليل الرقمي، أي أن مخرجات الآلة الرقمية لا تكون لها قيمة إثباتية ما دامت في الوسط الافتراضي الذي نشأت فيه، وهذا غير مقبول.

ضف إلى ذلك أن الفرق بين الدليل الرقمي وبرامج الحاسوب يكمن في الوظيفة التي يؤديها كل واحد منهما، فهذا الأخير له دور في تشغيل الحاسوب وتوجيهه إلى حل المشاكل ووضع الخطط المناسبة، وبدونها لا يعدو أن يكون مجرد آلة صماء كباقي الآلات⁴، بل أنه توجد برامج خاصة تساهم في استغلال الدليل الرقمي مثل : Tree pro gold وبرامج النسخ مثل Lap link⁵، أما الدليل الرقمي له أهمية كبرى ودور أساسي في معرفة كفيات حدوث الجريمة الالكترونية، بهدف إثباتها ونسبتها إلى مرتكبيها، لا سيما في البيئة الافتراضية غير محسوسة (intangible)، حيث يمكن تفتيش القرص الصلب لمعرفة كل المراحل التي مر بها المجرم وهو في سبيل تحقيقه للهدف الاجرامي⁶.

ويجب التنبيه هنا، إلى أن الدليل الرقمي لا يقتصر دوره في إثبات الجرائم الالكترونية فقط، كاستغلال الأطفال في الاباحية والسرقه الملكية والفكرية، والتحرش الجنسي، بل يتعداه إلى الجرائم التقليدية، كالاتجار

¹ - عمر محمد أبو بكر، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، 2004، ص.969.

² - عبد الفتاح بيومي حجازي، الدليل الجنائي والتزوير في جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005، ص.115.

³ - نفس المرجع ، ص.115.

⁴ - عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص.57.

⁵ - ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، استخدام بروتوكول (TCP/IP) في بحث وتحقيق الجرائم على الكمبيوتر، ورقة مقدمة إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية، المنعقد في 28/26 أبريل 2003، الامارات العربية المتحدة، ص.10.

⁶ - Jean- François, plaideur en faveur d'aménagement de la preuve informatique, revue de science et de droit comparé, N° 01, janvier/mars, France, 2004, p.72.

بالمخدرات، وجرائم الاختطاف والقتل، التي تستخدم فيها التكنولوجيا الرقمية كأداة لتسهيل تنفيذ الجرائم بسرعة وكفاءة قد تفوق قدرات المحققين¹.

مما سبق مناقشته أعلاه، فإنه يمكننا اعتماد التعريفين التاليين للدليل الرقمي : هو "مجموعة المجالات أو النبضات المغناطيسية أو الكهربائية التي يمكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات خاصة لتظهر في شكل صور أو تسجيلات صوتية أو مرئية"²، أو كما عرفته المنظمة الدولية لأدلة الحاسوب بأنه "عبارة عن جميع المعلومات المخزنة أو المتعلقة في شكل ثنائي، والتي يمكن أن تعتمد عليها المحكمة"³، وهو نفس المعنى تقريبا للتعريف المتبنى من قبل الفريق العامل على مستوى الأدلة الرقمية، حيث أن هذا الأخير نشأ من أجل توحيد الجهود التي تقوم بها المنظمة الدولية لأدلة الحاسوب (IOCE)⁴، وتطوير مختلف التخصصات والمبادئ والمبادئ التوجيهية من أجل استرداد الحافظة، ودراسة الأدلة الرقمية بما فيها الصوتية والمصورة، وقد حددت هذه المنظمة المواصفات والمقاييس لأدلة الإثبات الإلكترونية بأنها: "مجموعة من المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية، بشكل دائم، بحيث يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الانسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك"⁵.

من التعاريف المذكورة أعلاه، فإن أهم ما يمكن استخلاصه، هو أن للدليل الرقمي طبيعة خاصة، يستمدّها من الطبيعة التقنية أي أنه يتواجد في بيئة رقمية تقنية ويتكون من عالم من الأرقام التي لا تنتهي، وما تنتجه التقنية ليس سوى نبضات رقمية تشكل قيمتها في امكانية تعاملها مع القطع الصلبة التي تشكل الحاسوب. كما أن البيئة التي يحيا فيها الدليل الرقمي هي الحيز الافتراضي cybers patial وهي بيئة المكان الافتراضي cybers place والزمان الافتراضي time cyber هذه البيئة ممثلة في الأقراص بأنواعها بالإضافة إلى معالجات حركة البرامج والذاكرة وكل قطعة يمكن أن تقوم بدور في هذا الشأن بما في ذلك القطع المرنة التي لا يعمل الحاسوب بدونها⁶.

¹ - عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص.61.

² - طارق محمد الجملي، الدليل الرقمي في مجال الإثبات الجنائي، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون المنعقد في الفترة 28 إلى 29 أكتوبر 2009، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ص.02.

³ - مشار إليه عند: سوزان نوري فقي محمد، الإثبات في جرائم الانترنت في القانون العراقي والقانون المقارن، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة المنصورة، 2015، ص.44.

⁴ - (IOCE) organisation of computer، المنظمة الدولية لأدلة الحاسوب، هي تنظيم دولي تم اعتماده في أبريل سنة 1990، مقره الولايات المتحدة الأمريكية، وتسعى هذه المنظمة إلى توفير منتدى دولي لوكالات انفاذ القانون لتبادل المعلومات بشأن التحقيق في جرائم الحاسوب وغيرها من غير قضايا الطب الشرعي، للمزيد من التفصيل، يرجى زيارة الموقع التالي للمنظمة: <http://www.ioce.org>

⁵ - مشار إليه عند: سوزان نوري فقي، المرجع السابق، ص.44.

⁶ - عمر محمد بن يونس، ندوة الدليل الرقمي، جامعة الدول العربية، المرجع السابق، ص.07.

هذه البيئة تشكل العالم الافتراضي الذي ننتقل إليه عبر الإنترنت، فعندما يتم البحث عن الدليل الرقمي هنا، فإن البحث يكون في إطار جغرافيا النظام الافتراضي أو المعلوماتي¹.

الفرع الثاني: مميزات الدليل الرقمي

يتميز الدليل الرقمي بعدة مميزات أهمها:

1- يتميز بصعوبة محوه أو تحطيمه، إذ حتى في محاولة أمر بإزالة ذلك الدليل فمن الممكن إعادة إظهاره من خلال ذاكرة الآلة التي تحتوي ذلك الدليل.

2- إن محاولة الجاني محو الدليل الرقمي، بذاتها تسجل عليه كدليل حيث إن قيامه بذلك يتم تسجيله في ذاكرة الآلة وهو ما يمكن استخراجها واستخدامه كدليل ضده².

3- إن الطبيعة الفنية لدليل الرقمي تمكن من إخضاعه لبعض البرامج والتطبيقات للتعرف على ما إذا كان قد تعرض للعبث والتحريف³.

4- الميزة الرقمية الثنائية (0 - 1) لدليل الرقمي، حيث أنه ليس له هيئة واحدة، وإنما له ميزة الالتصاق بمفهوم تكنولوجيات المعلومات من حيث تكوينه، إذ يتكون من تعداد غير محدود لأرقام ثنائية موحدة في الواحد والصفير (0 - 1)، والتي تتميز بعدم تشابهها فيما بينها على الرغم من وحدة الرقم الثنائي الذي تتكون منه⁴، فالكتابة مثلا في العالم الرقمي ليس لها الوجود المادي الذي نعرفه في شكل ورقي، وإنما هي مجموعة من الأرقام التي ترجع كأصل واحد هو الرقم الثنائي المشار إليه، فأى شيء في العالم الرقمي يتكون من الصفير والواحد وهما في تكوينهما الحقيقي عبارة عن نبضات متواصلة الايقاع تستمد حويتها وتفاعلها من الطاقة، وأما تكوين معطياته فإنها تختلف من حيث الحجم والموضوع، إذ كمية الـ (0 - 1) في ملف يمكن أن تختلف عن الحجم في ملفات أخرى⁵.

المطلب الثاني: خصائص و انواع الدليل الرقمي

يتميز الدليل الرقمي بخصائص تميزه عن باقي الأدلة التقليدية، كما أن الطبيعة الرقمية والتقنية لهذا الدليل تؤدي إلى وجود تنوع في صور وأشكال هذا الدليل، هذا ما سنقوم بتبينه على النحو التالي :

¹ - عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص.56.

² - Yann PADOVA, un aperçu de lutte contre la cybercriminalité en France, R.S.C.P n°4, Dalloz, 2002, p.765.

³ - Ibid, p.765.

⁴ - رشيدة بوبكر، جرائم الاعتداء عن النظم المعالجة الآلية في التشريع الجزائري والمقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص.390.

⁵ - عمر محمد أبو بكر بن يوسف، المرجع السابق، ص.971.

الفرع الأول: خصائص الدليل الرقمي

تقوم خصائص الدليل الرقمي على مدى ارتباطه بالبيئة التي يعيش فيها، و هي البيئة الافتراضية ذا الطبيعة المرنة، و قد انعكس ذلك على طبيعة هذا الدليل مهما يجعله يتصف بعدة خصائص، سنتناول فيما يلي أهمها:

1- ذاتية الدليل الرقمي:

للدليل الرقمي ذاتية خاصة يتميز بها، اكتسبها من موضوعه و هو الجريمة الإلكترونية، و هذه الذاتية أثرت بدورها في إجراءات و طرق الحصول عليه، بحيث لم يعد يعتمد فقط على الاجراءات التقليدية لجمع الدليل الرقمي (كالتفتيش و المعاينة)، بل تعداه لإجراءات حديثة، كالتحفظ المعجل مع البيانات المخزنة، و اعتراض الاتصالات الإلكترونية الخاصة¹، و هو أمر ضروري و في غاية الأهمية لمواجهة هذا النوع المستحدث من الجرائم .

2- الدليل الرقمي دليل فني و علمي:

يتكون الدليل الرقمي من بيانات و معلومات غير ملموسة، يتطلب لإدراكها الاستعانة بالأجهزة و المعدات الإلكترونية و باستخدام برامج و نظم خاصة، بمعنى لا يمكن الحصول على هذا أو الإطلاع على فحواه سوى باستخدام الأساليب العلمية، وهذا يعني انه كدليل يحتاج إلى بيئته التقنية التي يتكون فيها لكونه من طبيعة تقنية المعلومات و لجل ذلك فإن ما ينطبق على الدليل العلمي² ينطبق على الدليل الرقمي، فلا يجب أن يخرج هذا النوع من الأدلة كما توصل إليه العلم الرقمي و إلا فقد معناه³.

كما تفيد هذه الخصيصة أيضا أنه حين نتطرق إلى مسألة حفظ الدليل الرقمي، يجب أن تبنى عملية حفظ هذا الدليل على أسس علمية، و يجب التأكيد هنا على ضرورة تحديث أسلوب تحرير المحاضر في هذا الشأن، فتحرير محضر يتناول دليلا رقميا يختلف عن تحرير محضر يتناول اعتراف شخص بجريمة قتل أو سرقة... إلخ، فتحرير محضر يتناول دليلا علميا يعني في الحقيقة ضرورة توافر مسلك علمي في تحريره يتوافق مع ظاهرة الدليل العلمي تحديد⁴، و بحيث يجب أن لا يتخذ المحضر المظهر التقليدي فقط، فيجب مثلا التذكير بضرورة الارتباط بالخبرة و تحديد الخبرة في محضر ضبط الدليل الرقمي⁵.

¹ - عائشة بن قارة مصطفى، المرجع السابق، ص.61.

² - الدليل العلمي " هو الوسيلة العلمية التي تستعمل فيها الكيمياءيات و الإلكترونيات و التكنولوجيا الحديثة و ما يسجد منها، في اتهام محل شك يقدم للقاضي ليعبر بها عن قناعته في ثبوت الواقعة الإجرامية أو عدم ثبوتها بما يؤدي إلى إدانة المتهم أو براءته". مشار إليه عند: طه أحمد طه متولي، الدليل العلمي واثره في الإثبات الجنائي، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة طنطا، 2007، ص.29.

³ - جميل عبد الباقي صغير، الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالإنترنت، دار الفكر العربي، الإسكندرية مصر، 2001، ص.96.

⁴ - عمر محمد بن يونس، ندوة الدليل الرقمي، جامعة الدول العربية، المرجع السابق، ص.8.

⁵ - نفس المرجع، ص.8.

3- الدليل الرقمي دليل تقني:

بعدما انتهينا إلى التأكيد على أن الدليل الرقمي هو دليل علمي فإن ذلك يثبت بالضرورة أن التقنية هي الخصيصة الثانية التي يتمتع بها الدليل الرقمي، بحيث يجب لكي يتم التعامل مع هذا الدليل، أن يكون ذلك من قبل تقنيين متخصصين في الدليل الرقمي أو العالم الافتراضي ككل، فالدليل الرقمي ليس مثل الدليل العادي، فلا تنتج التقنية سكيناً أو سلاحاً نارياً يتم به اكتشاف القاتل أو بصمة أصبع¹... إلخ، وإنما ما تنتجه التقنية هو نبضات رقمية تشكل قيمتها في امكانية تعاملها مع القطع الصلبة التي تشكل الحاسوب على أية شاكلة يكون عليها²، ومثل هذا الأمر لاحظته المشرع البلجيكي فقام بمقتضى قانون 28 نوفمبر 2000 بتعديل قانون التحقيق الجنائي، بإضافة المادة 39 Bis، التي سمحت بضبط الأدلة الرقمية، مثل نسخ المواد المخزنة في نظم المعالجة الآلية للبيانات بقصد عرضها على الجهات القضائية³.

ومما سبق نقول، أنه لا وجود لدليل الرقمي خارج البيئية الرقمية، فلن يكون هناك دليل رقمي يجب أن يكون مستتب من بيئته التي يعيش فيها، وهو العالم الرقمي الذي يطلق عليه العالم الافتراضي المتمثل بأجهزة الحاسب الآلي، والخوادم، والمضيفات، والشبكات بمختلف أنواعها.

4- امكانية استعادة الدليل الرقمي:

بمعنى أن الدليل التقني يصعب التخلص منه، وتعد هذه الخاصية من أهم ما يميز الدليل الرقمي عن باقي الأدلة التقليدية، حيث أن هذه الأخيرة يمكن التخلص منها بسهولة، فإذا كانت أوراق أو أشرطة مسجل عليها اعتراف متهم بارتكابه جريمة معينة يمكن أن يقوم بتمزيقها أو حرقها، وإذا كان بصمات أصابع يقوم بمسحها من موضعها⁴، أما الأدلة الرقمية فيمكن استرجاعها بعد محوها وإصلاحها بعد إتلافها، حيث هناك الكثير من البرامج الحاسوبية التي تكون وظيفتها استعادة البيانات التي تم حذفها أو إلغائها، فإذا تم حذف الدليل الموجود على القرص الصلب عن طريق الأمر (delete)، فيمكن استرجاع المعلومات التي حذفت باستخدام الأمر (format)⁵.

¹ - سوزان نوري فقي، المرجع السابق، ص. 55.

² - عمر محمد بن يونس، ندوة الدليل الرقمي بجامعة الدول العربية، المرجع السابق، ص. 17.

³ - RRT 07 : « Il est inséré le code d'instruction criminelle un article 39 bis, rédigé comme suit :
« ART 39 bis, s 1^{er} :

sans préjudice des dispositions spécifiques de cet article, les règles de ce code relatives à la saisie,...., sont applicables aux mesures consistant à copier, rendre inaccessible et retirer des donnée stockées dans un système informatique » loi du 28/11/2000 relative à le criminalité informatique belge.

⁴ - سوزان نوري فقي محمد، المرجع السابق، ص. 46.

⁵ - للمزيد من التفاصيل حول هذه البرامج أنظر الموقع التالي:

<http://www.isecur1ty.org/articles/digital.formensics/221.photorec-recoverjpeg.foremost.html>

5-الدليل الرقمي قابل للنسخ:

يمكن استخراج نسخ من الأدلة الجنائية الرقمية مطابقة للأصل ولها نفس القيمة العلمية والحجية الثبوتية¹، الشيء لا يتوافر في أنواع الأدلة التقليدية الأخرى، مما تشكل هذه الخاصية ضمانة شديدة الفعالية للحفاظ على الدليل الرقمي ضد الفقد والتلف والتغيير عن طريق عمل نسخ طبق الأصل من الدليل²، مثل نسخ المواد المخزنة في نظام المعالجة الآلية للبيانات بقصد عرضها على الجهات القضائية³. كما هناك خصائص أخرى للدليل الرقمي، مثل أنها أدلة ذات طبيعة ديناميكية فائقة السرعة تنتقل من مكان لآخر عبر شبكات الاتصال متعددة لحدود الزمان والمكان⁴، كما أنها أدلة متطورة بطبيعتها حيث لا تتصف بالجمود بالتبعية للتطور المتواصل في البيئة الرقمية، لذلك يجب مواكبة التطور الحاصل في عالم تكنولوجيا المعلومات.

الفرع الثاني: أنواع الدليل الرقمي

إن الدليل الرقمي ليس على صورة واحدة، بل يوجد له العديد من الصور والأشكال، وذلك سببه التنوع والتطور المستمر الذي يطرأ على البيئة الرقمية التي يعيش فيها هذا الدليل، مما تجعله من الأدلة المتطورة بطبيعتها، لا سيما وأن العالم الافتراضي لا يزال في بدايته ولم يصل بعد إلى منتهاه.

ولعل أهم التقسيمات التي قبلت بشأن الدليل الرقمي، هو التقسيم الذي جاءت به وزارة العدل الأمريكية سنة 2002⁵، حيث أنه وفقاً لما قررته يمكن تقسيم الدليل الرقمي إلى ثلاث مجموعات وهي:

1-التسجيلات المحفوظة في الحاسوب وهي الوثائق المكتوبة مثل البريد الإلكتروني وملفات برامج معالجة الكلمات ورسائل غرف المحادثة على الإنترنت.

2-السجلات التي تم إنشاؤها بواسطة الحاسوب، وتعتبر مخرجات برامج الحاسوب وبالتالي لم يلمسها الانسان مثل log files، وسجلات الهاتف وفواتير أجهزة السحب الآلي.

3-السجلات التي جزء منها تم حفظه وجزء آخر تم إنشاؤه بواسطة الحاسوب، ومن الأمثلة عليها: أوراق العمل المالية التي تحتوي مدخلات تم تلقيهما إلى برامج أوراق العمل مثل Excel، ومن ثم تمت معالجتها من خلال البرنامج بإجراء العمليات الحسابية عليها.

مما سبق، فإنه هناك ثلاثة أشكال رئيسية يظهر بها الدليل الرقمي وهي⁶:

¹ - عمر محمد بن يونس، ندوة الدليل الرقمي، جامعة الدول العربية، المرجع السابق، ص.17.

² - عبد الناصر محمود فرغلي، عبيد سيف سعيد المسماري، المرجع السابق، ص.13.

³ - سوزان نوري فقي محمد، ص.47.

⁴ - رشيدة بوبكر، المرجع السابق، ص.390.

⁵ - أنظر كل من: رشيدة بوبكر، المرجع السابق، ص.386، وسلطان محيا الديجاني، الجرائم المعلوماتية، منشور على الموقع التالي:

<http://www.atsdp.com/forum/f278/caincaea.4377/html> .

⁶ - طارق محمد الجملي، المرجع السابق، ص.07.

1- الصور الرقمية: إن الصورة الرقمية تمثل تكنولوجيا بديلة لصور الفوتوغرافية التقليدية وهي أكثر تطوراً منها، وهي عبارة عن تجسيد للحقائق المرئية حول الجريمة، وفي العادة تقدم الصورة إما في شكل ورقي أو في شكل مرئي باستخدام الشاشة المرئية.

2- التسجيلات الصوتية: وهي التسجيلات التي يتم ضبطها وتخزينها بواسطة الآلة الرقمية، وتشمل المحادثات الصوتية على الانترنت والهاتف... إلخ.

3- النصوص المكتوبة: وهي تشمل خاصة النصوص التي يتم كتابتها بواسطة الآلة الرقمية، ومنها الرسائل عبر البريد الإلكتروني، والهاتف النقال والبيانات المسجلة بأجهزة الحاسوب.

وفي الأخير نقول، أن هذا التنوع في الدليل الرقمي، يفيد أنه ليس هناك وسيلة واحدة للحصول عليه، وفي كل الأحوال يظل الدليل المستمد منه تقنيا رقمياً، حتى وإن اتخذ هيئة أخرى، ففي هذه الحالة وإن اعترف القانون بهذه الهيئة الأخرى فإن ذلك يكون مؤسساً على طابع افتراضي مبناه أهمية الدليل الرقمي ذاته وضرورته، إلا أنه لكي يحدث تواصل بين القانون وبين هذا الدليل يلزم إتخاذ المسلك الافتراضي من حيث اعتباره دليلاً أصلياً¹.

المبحث الثاني: القيمة القانونية للدليل الرقمي في الإثبات الجنائي

إن مجرد وجود دليل يثبت الجريمة وينسبها إلى شخص معين لا يمكن التعويل عليه لإصدار الحكم بالإدانة، إذ يلزم أن يكون لهذا الدليل قيمة قانونية، وهذه القيمة للدليل الرقمي تتوقف على مسألتين رئيسيتين: الأولى: مشروعية الدليل الرقمي و الثانية : حجية أو اليقينية في دلالة الدليل الرقمي على الواقعة المراد إثباتها

وعلى ذلك سنحاول في هذا المبحث تحديد القيمة القانونية لدليل الرقمي في مطلبين، على النحو التالي:

المطلب الأول: مشروعية الدليل الرقمي

إن قبول الدليل الجنائي بصفة عامة يعتبر الخطوة الأولى التي يتخذها القاضي اتجاهه، وذلك بعد التقيب عنه وقبل إخضاعه لتقديره، وقبول الدليل الجنائي يتسع ويضيق تبعاً للمبادئ التي تقوم عليها أنظمة الإثبات السائدة، ويتيقن القاضي الجزائي في هذه المرحلة أساساً من مدى مراعاة الدليل الجنائي لقاعدة مشروعية الحصول عليه.

لدراسة مشروعية الدليل الرقمي يقتضي منا تناول مشروعية وجوده (الفرع الأول) ومشروعية الحصول عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مشروعية وجود الدليل الرقمي

يقصد بمشروعية الدليل الرقمي أن يكون الدليل معترفاً به، بمعنى أن يجيز القانون للقاضي الاستناد إليه لتكوين عقيدته للحكم بالإدانة أو بالبراءة²، ويمكن القول أن النظم القانونية في الدول تختلف في موقفها من الأدلة التي تقبل كأساس للحكم بالإدانة بحسب الاتجاه الذي تتبناه، هناك اتجاهان رئيسيان هما :

¹ - عمر محمد بن يونس، ندوة الدليل الرقمي بجامعة الدول العربية، المرجع السابق، ص.08.

² - سوزان نوري فقي، المرجع السابق، ص.60.

1- نظام الأدلة القانونية : حيث في ظل هذا النظام، القانون يحدد الأدلة التي يجوز للقاضي الجنائي قبولها، وعليه فإنه في ظل هذا النظام لا يمكن الاعتراف للدليل الرقمي بأية قيمة إثباتية ما لم ينص القانون عليه صراحة ضمن قائمة أدلة الإثبات¹.

2- نظام الإثبات الحر: في ظل هذا النظام، فإن المبدأ السائد هو حرية الإثبات، حيث تكون للقاضي سلطة في قبول جميع الأدلة، أي تكون جميع طرق الإثبات مقبولة، ما لم يستبعد المشرع بعضها صراحة².

موقف المشرع الجزائري من قبول الدليل الرقمي :

لم نجد في التشريع الجزائري وكغيره من التشريعات المنتمية إلى النظام ذات الأصل اللاتيني، أنه قد أفرد نصوصا خاصة تحظر على القاضي مقبلا قبول أو عدم قبول أية دليل بما في ذلك الدليل الرقمي، وهذا أمر منطقي على اعتبار أن الجزائر تستند لمبدأ حرية الإثبات في المواد الجزائية (المادة 212 من ق.إ.ج.ج.ج)³، وكذلك المشرع الفرنسي أقر بمبدأ حرية الإثبات في نص المادة (427) من ق.إ.ج.ج.⁴

في نظرنا هناك العديد من الأسباب التي تبرر الأخذ بمبدأ حرية الإثبات الجنائي، منها أن حرية الإثبات تعد نتيجة منطقية لمبدأ قضاء القاضي بمحض اقتناعه الذاتي والتي تستلزم بالضرورة منح الحرية للقاضي بالاستعانة بجميع وسائل الإثبات التي يفتتح ويطمئن إليها حتى يتسنى له أداء رسالته في إرساء العدالة الجنائية. كذلك من بين المبررات الداعية إلى الأخذ بمبدأ حرية الإثبات ظهور الأدلة العلمية الحديثة التي كشف عنها العلم الحديث في اثبات الجريمة ونسبتها إلى المتهم، كالبصمة الوراثية، بصمة الصوت...إلخ.

مما سبق نقول، أنه بالنسبة لدليل الرقمي، لم نجد أي قانون في الجزائر يتضمن قواعد خاصة بهذا الدليل، لا في قانون الإجراءات الجزائية ولا حتى في قانون (09-04) المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها⁵.

وعليه فإن الدليل الرقمي سيكون مشروعا من حيث الوجود استصحابا للأصل، أي في الأدلة مشروعية وجودها، وذلك باعتباره من الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي.

¹ - نظام الأدلة القانونية ينتمي إلى التشريعات ذات الأصل الأنجلوسكسوني، مثل بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية، وتطبيقا لذلك، فقد نص قانون الإثبات في المواد الجنائية البريطاني على قبول الدليل الرقمي وحدد قيمته الإثباتية.

² - نظام الإثبات الحر، أخذت به القوانين ذات الصياغة اللاتينية كالقانون الفرنسي (م 427 ق إ ج ج) والقوانين الأخرى التي تأثرت به كالقانون الجزائري (212 ق إ ج ج).

³ - تنص المادة 212 من الأمر رقم 155/66 مؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، معدل ومنتم، على أنه : "يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك".

⁴ - ART 427 du C.P.P.F dispose que : « hors les cas où la loi en, dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après sons intime conviction ».

⁵ - قانون رقم 09-04 مؤرخ في 14 شعبان عام 1430 الموافق لـ 5 غشت سنة 2009، يضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر ج ج، العدد 47.

النتائج المترتبة على تطبيق مبدأ حرية الإثبات الجنائي: إن إعمال مبدأ حرية الإثبات يجعل من دور

القاضي الجزائي دور إيجابي في كشف الحقيقة في الجرائم، ويبدو هذا الدور في نقطتين:

1- له الحرية في توفير الدليل المناسب للفصل في الدعوى الجنائية بما في ذلك الدليل الرقمي.

2- له الحرية في قبول أي دليل، يمكن أن تتولد منه قناعته بما في ذلك الدليل الرقمي.

الفرع الثاني : مشروعية الحصول على الدليل الرقمي

يشترط في الدليل الجنائي عموماً لقبوله كوسيلة إثبات أن يتم الحصول عليه بطريقة مشروعة.

وما يثيره الدليل الرقمي من حيث مشروعية الحصول عليه يرتكز أساساً في إجراءات التفتيش للبحث عنه.

وعليه فإن بحثنا سيتمحور على ما يثيره جمع الدليل الرقمي من اشكالات قانونية بالنظر إلى طبيعته

الخاصة، من خلال طرح التساؤل التالي : **مدى مشروعية التفتيش عن الدليل الرقمي وضبطه في الوسط**

الافتراضي (الكيانات المعنوية) ؟

يعرف التفتيش بأنه عبارة عن إجراء من إجراءات التحقيق، يباشره موظف مختص بهدف البحث عن أدلة

مادية لجريمة ونسبتها إلى المتهم، تحقق وقوعها في محل يتمتع بحرمة، وذلك وفقاً للضمانات والقيود القانونية

المقررة¹.

والتساؤل الذي يمكن طرحه في شأن مشروعية تفتيش الوسط الافتراضي يرجع أساساً إلى تحديد المقصود

بمصطلح "شيء" الذي يفترض أن يكون محلاً للتفتيش، بمعنى هل ينطبق لفظ شيء على الوسط الافتراضي ؟

والمشكلة لا تقتصر فقط على مشروعية التفتيش وإنما تمتد أيضاً لمشروعية ضبط² البيانات التي توجد في

الوسط الافتراضي، وعلى ذلك فقد أثارت الطبيعة المعنوية للدليل الرقمي جدلاً فقهيًا حول مدى إمكانية ضبطها

وهي مجردة من دعائها المادية المثبتة عليها (العالم الرقمي لا يعدو أن يكون إلا معلومات إلكترونية ليس لها

أي مظهر مادي محسوس في العالم الخارجي)، خصوصاً وأن الضبط حسب الأصل لا يرد إلا على الأشياء

المادية³.

وفي هذا الشأن يمكن استظهار رأيين فقهيين⁴ :

الرأي الرفض : يرى جانب من الفقه، أن مصطلح شيء : هو ما كان مادياً أي ملموساً، وعليه فإن

الوسط الافتراضي والبيانات المعنوية غير ملموسة لا يمكن اعتبارها شيئاً، مما يجعل تفتيش الوسط الافتراضي

¹ - هلاي عبد الله أحمد، تفتيش نظم الحاسوب الآلي وضمانات المتهم المعلوماتي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص.45.

² - الضبط هو وضع اليد على شيء يتصل بجريمة وقعت ويفيد في كشف الحقيقة عنها وعن مرتكبيها، وهو من حيث محله لا يرد إلا على الأشياء المادية، راجع تعريف الضبط : هلاي عبد الله أحمد، المرجع السابق، ص.46. حسن محمد الطوالي، التفتيش الجنائي على نظم الحاسوب والانترنت، دراسة مقارنة، الطبعة 1، عالم الكتب الحديث، د.ب.ن، 2004، ص.11 وما بعدها.

³ - حسن محمد الطوالي، المرجع السابق، ص.13.

⁴ - للمزيد من التفاصيل حول هذه الاختلافات الفقهية، أنظر هلاي عبد الله أحمد، المرجع السابق، ص.199.

وضبط محتوياته مخالفا للقانون¹، مما جعل أصحاب هذا الاتجاه يقترح أن يتم تعديل النصوص الخاصة بالتفتيش، وذلك بأن يضاف إليها ما يجعل التفتيش يشمل البحث في الوسط الافتراضي².

الرأي المؤيد : يذهب أنصار هذا الرأي إلى جواز التفتيش، ويستند في ذلك إلى عمومية نصوص التفتيش³، وذلك من خلال توسيع تفسير عبارة تفتيش وضبط "أي شيء" لتشمل المكونات غير المادية⁴، ومن جهة أخرى فإن كلمة "شيء" تعني كل ما يشغل حيزا ماديا في فراغ معين⁵، ولما كانت الكيانات المعنوية والبرامج تشغل حيزا ماديا في ذاكرة الحاسوب ويمكن قياسها بمقياس معين⁶، كما تأخذ شكل نبضات الكترونية، فإنها بالتالي ذات كيان مادي وتتشابه مع التيار الكهربائي الذي يعتبره القانون والفقهاء من الأشياء المادية⁷، وبالتالي فإن البيانات المعنوية تعد أشياء بالمعنى العلمي للكلمة ومن ثم تصلح لأن تكون محلا للضبط والتفتيش⁸.

في تقديرنا، فإننا نرى من الأحسن التوفيق بين الرأيين، بمعنى لا جدوى من الوقوف حول المعنى اللفظي لمصطلح "شيء"، حقيقة أنه لا يمكن ضبط وتفتيش إلا الأشياء المادية، وعلى ذلك فإننا نرى أنه من الممكن تفتيش الكيانات المعنوية ولكن بشرط إذا أسفر عن وجود بيانات اتخذت فيما بعد أشكالا مادية، بمعنى إذا أمكن تحريز مضبوطات الكيان المعنوي، كالبيانات إذا تمت طباعتها في شكل نصوص أو تحريزها في أقراص مضغوطة CD.

موقف المشرع الجزائري من تفتيش الكيانات المعنوية :

أجاز المشرع الجزائري بموجب المادة 5 من القانون رقم (04/09) المتعلق بالقواعد الخاصة للحماية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، السلطات القضائية المختصة وكذا لضباط الشرطة

¹ - طارق محمد الجملي، المرجع السابق، ص. 08.

² - في هذا الشأن نصت صراحة بعض التشريعات على أن إجراء التفتيش يشمل أنظمة الحاسب الآلي، كقانون إساءة استعمال الحاسب الآلي في إنجلترا الصادر في 1990، وما نصت عليه اتفاقية بودابست لسنة 2001 في المادة 19/1-3. للمزيد من التفاصيل حول اتفاقية بودابست، يرجى زيارة الموقع الآتي :

- Convention sur la cybercriminalité faite à Budapest le 23/11/2001, disponible en ligne :

<http://convention.coe.int/treaty/en/treaties/html/185.htm>

³ - طارق محمد الجملي، المرجع السابق، ص. 8.

⁴ - تنص المادة 487 من ق.ع الكندي على إمكانية تفتيش وضبط أي شيء.... تتوافر بشأنه مبررات معقولة تدعو الاعتقاد بأن الجريمة قد وقعت أو يشتبه في وقوعها...، يفسر هذا النص بوضوح تام على أنه يسمح بتفتيش المكونات المعنوية لنظام المعالجة الآلية، مشار إليه لدى : هلال عبد الله أحمد، المرجع السابق، ص. 201.

⁵ - المرجع نفسه، ص. 202.

⁶ - المرجع نفسه، ص. 202.

⁷ - وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه المشرع الجزائري بتجريمه لسرقة الكهرباء والغاز والمياه، التي اعتبرها أشياء تأخذ حكم المنقول طبقا للمادة 350 فقرة 2 من الأمر رقم 156/66 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

⁸ - طارق محمد الجملي، المرجع السابق، ص. 08.

القضائية وفي الحالات المنصوص عليها، الدخول بغرض التفتيش ولو عن بعد إلى منظومة معلوماتية أو جزء منها وكذا المعطيات المعلوماتية المخزنة فيها وكذا منظومة تخزين معلوماتية.

وإن كنا نطمح أيضا بتعديل أحكام قانون الإجراءات الجزائية الخاصة بالتفتيش، ذلك أن القواعد التي تحكم التفتيش وضعت في زمن أو في وقت لا يتلائم مع ظهور نظام المعالجة الآلية وتطبيقاتها، ذلك أن تفتيش الوسط الافتراضي تتطلب قواعد خاصة تحكمها.

وقد أحسن في ذلك المشرع الفرنسي الذي قام بتعديل نصوص التفتيش، حيث قام بإضافة عبارة "المعطيات المعلوماتية" في المادة 94 من ق إ ج، وذلك بموجب المادة 42¹ من القانون رقم (2004/545) المؤرخ في 21 جوان 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي، لتصبح المادة كما يلي² : "يباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء أو معطيات معلوماتية يكون كشفها مفيدا لإظهار الحقيقة".

وفي نفس الموضوع، صرحت الاتفاقية الأوروبية في شأن جرائم تقنية المعلومات بحق الدول الأعضاء في تفتيش النظم في إطار الإجراءات الجزائية، وذلك من خلال المادة 19 فقرة أولى من القسم الرابع حيث نصت على أنه³ : "لكل طرف من حقها أن تسن من القوانين ما هو ضروري لتمكين السلطات المختصة بالتفتيش أو الدخول إلى :

- نظام الكمبيوتر أو جزء منه أو المعلومات المخزنة فيه.

- الوسائط التي يتم تخزين معلومات الكمبيوتر بها ما دامت مخزنة في اقليمها.

المطلب الثاني: حجية الدليل الرقمي

تنص المادة 212 من ق.ج.ج.غ.ج.ع. على انه "يجوز اثبات الجرائم بأي طريقة من طرق الإثبات....، وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الشخصي..."، يفهم من المادة أن القانون منح للقاضي الجزائي حرية واسعة في تقدير الأدلة وفقا لاقتناعه الشخصي، بمعنى يصح للقاضي أن يؤسس اقتناعه على أي دليل كما يصح أن يهدره تبعا لاطمئنانه.

إلا أن تطبيق ذلك على الدليل الرقمي قد يثير بعض الصعوبات، حيث أن الطبيعة الفنية الخاصة للدليل الرقمي تمكن من العبث بمضمونه على نحو يحرف الحقيقة دون أن يكون في قدرة غير المتخصص إدراك ذلك العبث و تصحيحه⁴، خاصة مع نقص الثقافة العلمية التقنية للقاضي الجزائي فإن في هذه الحالة قد يستعين

¹ - Art 42 du L.C.E.N dispose que : « l'article 94 du code de procédure pénale, après les mots : « des objets », sont insérés les mots : « ou des données informatiques ».

² - Art du C.P.P.E dispose que : « les perquisitions sont effectuées dans tous les lieux ou peuvent se trouver des objets ou des données dans tous découverte serait utile à la manifestation de vérité ».

³ - Art 19 a linéa 1 du C.C.C disponible en ligne à l'adresse suivante :

<http://convention.coe.int/treaty/en/treaties/html/185.htm>

⁴ - رشيدة بويكر ، المرجع السابق، ص 496

بوسائل الخبرة¹ للبحث عن مصداقية هذا الدليل الرقمي، مما يقوي من قيمته من الناحية العلمية على نحو لا يقبل العكس فهل من شأن ذلك إضفاء حجية قاطعة و قوة حاسمة على الدليل الرقمي بما لا يمكن للقاضي الجزائي أن يعمل سلطته التقديرية لقبول أو استبعاد الدليل الرقمي؟
و على ذلك فإننا في موضوع حجية الدليل الرقمي فإننا سنتناول بالدراسة مسألة مصداقية الدليل الرقمي من خلال تقييمه
(في الفرع الأول)، و القيمة العلمية القاطعة لدليل الرقمي و مدى تأثيرها على اقتناع القاضي الجزائي (في الفرع الثاني).

الفرع الأول: مصداقية الدليل الرقمي

إن الدليل الرقمي باعتباره من الأدلة العلمية، فهو محكم وفقا لقواعد علمية حسابية قاطعة لا تقبل التأويل مما يقوي يقينته² ويساعد القاضي من التقليل من الأخطاء القضائية، والفقه والقضاء الفرنسي يتناول حجية الدليل الرقمي ضمن مسألة قبول الأدلة الناشئة عن الآلات الالكترونية، مثل أجهزة التصوير، الرادار، أشربة التسجيل وأجهزة التصنت³ وفي ذلك قضي في فرنسا بخصوص قوة المحررات الصادرة عن الآلات الالكترونية في الإثبات الجنائي، إذا كانت التسجيلات الممغنطة لها قيمة الدليل يمكن الاطمئنان عليها، ويمكن أن تكون صالحة في الإثبات أمام القاضي الجنائي⁴.

والشيء الملاحظ أنه بظهور الدليل الرقمي قد زاد من دور الإثبات العلمي واستتبعه ذلك تعاظم دور الخبير⁵ في القيام بدور فعال في إبداء خبرته الفنية، وعلى ذلك فإن للخبرة التقنية أهمية كبيرة في استخلاص الدليل الرقمي⁶، ذلك أن القاضي بثقافته القانونية لا يمكنه إدراك الحقائق المتعلقة بأصالة الدليل الرقمي، من جهة أخرى فإن هذا الدليل يتمتع من حيث قوته التدليلية بقيمة إثباتيه قد تصل إلى حد اليقين، ولكن هذا لا

¹ - تعرف الخبرة، بأنها المعرفة الفنية الخاصة بأمر معينة تتجاوز معرفة المحقق أو القاضي، و قد أجاز الشرع الجزائري لضباط الشرطة القضائية الاستعانة بالخبراء تطبيقا لنص المادة 49 من ق.ا.ج.ج، كما يجوز ذلك لقاضي التحقيق طبقا لنص المادة 143 من ق إ ج ج، و كذلك الحال بالنسبة لجهات الحكم طبقا لمادة 219 من ق إ ج ج.

² - رشيدة بوبكر، المرجع السابق، ص.496.

³ - FRANCILLON Jacques, les crimes informatiques et d'autres crimes dans le domaine de la technologie informatique en France, r.i.d.p, 1993, p.307.

⁴ - Crime, 24/04/1991 Bull n° 173, cité par Francillon Jacques, op, cit, p.305.

⁵ - الخبير هو كل شخص له إمام خاص باي علم أو فن، أما الخبير المعلوماتي فهو الشخص الذي تعمق في دراسة عمل من الأعمال الالكترونية، أو تخصص في أدائه منذ فترة زمنية طويلة مما أكسبه خبرة علمية بحيث اصبح ملما بتفاصيله مما جعله متفوقا على الشخص العادي، وجعله قادرا على إبداء الرأي في الأمور المتعلقة بهذا العمل.

للمزيد من التفصيل، أنظر: مصطفى محمد مرسي، التحقيق الجنائي في الجرائم الالكترونية، مطابع الشرفة، القاهرة، 2009، ص.222.

⁶ - طارق محمد الجملي، المرجع السابق، ص.25.

يتناقض مع إمكانية أن يكون الدليل الرقمي موضع شك من حيث سلامته من العبث من ناحية، وصحة الإجراءات المتبعة في الحصول عليه من ناحية أخرى، ذلك ان الدليل الرقمي يشكك في سلامته من ناحيتين: **الأولى:** الدليل الرقمي من الممكن خضوعه للعبث للخروج به على نحو يخالف الحقيقة، وذلك دون أن يكون في استطاعة غير المتخصص إدراك ذلك العبث، على نحو يمكن القول معه أن ذلك أصبح هو الشأن في النظر لسائر الأدلة الرقمية التي تقدم للقضاء، فالتقنية الحديثة تمكن من العبث بالدليل الرقمي بسهولة بحيث يظهر وكأنه نسخة أصلية في تعبيرها عن الحقيقة.

ثانيا: إن نسبة الخطأ الفني في الحصول على الدليل الرقمي نادرة إلا أنها تظل ممكنة، ويرجع الخطأ في الحصول على الدليل الرقمي أساسا إلى الخطأ في استخلاص أو الخطأ في استخدام الأداة المناسبة في الحصول عليه، كوجود خلل في الشفرة المستخدمة أو بسبب استخدام مواصفات خاطئة¹.

مما قلناه سابقا نخلص إلى أن الشك في الدليل الرقمي لا يتعلق بمضمونه كدليل، وإنما بعوامل مستقلة عنه، ولكنها تؤثر في مصداقيته بسبب الطبيعة الفنية لهذا الدليل، ولكن من الناحية العملية هناك وسائل فنية تمكن من تقييم الدليل الرقمي من خلال فحصه للتأكد من سلامته وصحة الإجراءات المتبعة في الحصول عليه²، منها فكرة التحليل التناظري الإلكتروني، وهو من الوسائل المهمة للكشف عن مصداقية الدليل الرقمي، من خلالها تتم مقارنة الدليل الرقمي المقدم للقضاء بالأصل المدرج بالآلة الرقمية³، ومن ذلك يتم التأكد من مدى حصول عبث في النسخة المستخرجة، وكذلك استخدام عمليات حسابية تسمى بالخوارزميات للتأكد من سلامة الدليل الرقمي من التبديل أو العبث خاصة في حالة عدم الحصول على النسخة الأصلية للدليل الرقمي⁴. بالإضافة إلى أنه يمكن الاستعانة أيضا بالدليل المحايد⁵، وهو دليل لا علاقة له بموضوع الجريمة ولكنه يساهم في التأكد من مدى سلامة الدليل الرقمي المقصود من حيث عدم حصول تعديل أو تغيير في النظام الإلكتروني أو في نظام الآلات الرقمية.

من خلال ما تم دراسته أعلاه، نقول أنه يمكن التغلب على مشكلة الشك في مصداقية الدليل الرقمي من الناحية العلمية من خلال إخضاعه لاختبارات يمكن من التأكد من صحتها.

¹ - نفس المرجع، ص. 26.

² - للمزيد من التفصيل حول وسائل تقييم الدليل الرقمي، أنظر: ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، زبيدة محمد قاسم، عبد الله عبد العزيز، نموذج مقترح لقواعد اعتماد الدليل الرقمي للإثبات في الجرائم عبر الكمبيوتر، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الخامس، المنعقد في 12/10 ماي 2003، الإمارات العربية المتحدة، ص. 2241.

³ - نفس المرجع 2246.

⁴ - نفس المرجع 2247.

⁵ - طارق محمد الجملي، المرجع السابق، ص. 26.

الفرع الثاني: القيمة العلمية القاطعة للدليل الرقمي ومدى تأثيرها على اقتناع القاضي الجزائي

يجب التنويه أولاً إلى عدم الخلط بين الشك الذي يشوب الدليل الرقمي بسبب إمكانية العبث به أو لوجود خطأ في الحصول عليه كما رأينا سابقاً، وبين القيمة الاقتناعية لهذا الدليل، فالحالة الأولى لا يملك القاضي الفصل فيها لأنها مسألة فنية، ولا شك أن الخبرة وكما قلنا سابقاً تحتل في هذه الحالة دوراً مهماً في التثبت من صلاحية هذا الدليل كأساس لتكوين عقيدة القاضي، فبحث مصداقية هذا الدليل هي من صميم عمل الخبير لا القاضي، فإن سلم الدليل الرقمي من العبث والخطأ، فإنه لن يكون للقاضي سوى القبول بهذا الدليل ولا يمكنه التشكيك في قيمته التدلالية.

يخضع الدليل الرقمي شأنه شأن الدليل الجنائي بشكل عام للمبدأ العام في الإثبات الجنائي وهو حرية القاضي الجزائي في الإقتناع، والقاضي في ظل هذا المبدأ يملك حرية واسعة في تقييم عناصر الإثبات، و وزن الأدلة وتقديرها بالكيفية التي تمكنه من تكوين عقيدته في الدعوى المطروحة عليه¹، وباعتبار الدليل الرقمي تطبيقاً من تطبيقات الدليل العلمي فلا يمكن للقاضي أن يتنازع القاضي في قيمة ما يتمتع به هذا الدليل من قوة إستدلالية قد استقرت بالنسبة له وتأكدت من الناحية العلمية².

أما مسألة إمكانية التشكيك في سلامة الدليل الرقمي بسبب قابليته للعبث ونسبة الخطأ في اجراءات الحصول عليه، فتلك مسألة فنية كما أشرنا إليها سابقاً، لا يمكن للقاضي أن يقطع في شأنهما برأي حاسم إن لم يقطع به أهل الاختصاص، لذلك فإذا توافرت في الدليل الرقمي الشروط المطلوبة بخصوص سلامته من العبث والخطأ، فإن هذا الدليل لا يمكن رده استثناءً لسلطة القاضي التقديرية وفقاً للمادة (212) والمادة (307) من قانون الإجراءات الجزائية، ولكن يقتصر دور القاضي على الظروف والملابسات التي وجد فيها الدليل الرقمي فهي من يدخل في نطاق تقديره الشخصي، بحيث يكون في مقدور القاضي أن يطرح مثل هذا الدليل (رغم قطعيته من الناحية العلمية)، إذا تبين بأنه لا يتحقق مع ظروف الواقعة وملابساتها، ذلك أن مجرد توافر الدليل العلمي الرقمي لا يعني أن القاضي ملزم بالحكم بموجبه مباشرة سواء بالإدانة أو بالبراءة.

مما سبق نخلص إلى أنه مهما علا شأن الدليل العلمي الرقمي في الواقعة المراد إثباتها، فإنه يجب أن نبقى على سلطة القاضي التقديرية في تقديره لهذا الدليل الرقمي، لأننا بذلك نضمن تنقية هذا الدليل من شوائب الحقيقة العلمية³، ويظل القاضي هو المسيطر على هذه الحقيقة لأنه من خلال سلطته التقديرية يستطيع أن يفسر الشك لصالح المتهم، وأن يستبعد الأدلة التي يتم الحصول عليها بطرق غير مشروعة، وهي تكون ضرورية أيضاً لجعل الحقيقة العلمية حقيقة قضائية⁴.

¹ - راجع في ذلك المواد 212 و 307 من ق.إ.ج.ج.ج.

² - رشيدة بوبكر، المرجع السابق، ص.507.

³ - رشيدة بوبكر نفس المرجع، ص.507.

⁴ - نفس المرجع، ص.508.

وقد تبين لنا من خلال دراسة "الدليل الرقمي"، الأهمية الكبيرة لاستخدامات الأدلة العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، وقد توصلت من خلال هذا البحث إلى عدد من النتائج والاقتراحات، أعرض لأهمها في النقاط التالية :

أولاً- النتائج :

- 1-الدليل الرقمي هو مجموعة من المجالات والنبضات المغناطيسية أو الكهربائية التي يمكن تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات خاصة لتظهر في شكل صور أو تسجيلات صوتية أو مرئية.
- 2-لا يقتصر مفهوم الدليل الرقمي على ذلك الذي يتم استخراجها من الحاسب الآلي فحسب، حيث يمكن أن يحصل عليه من أية آلة رقمية أخرى، كالهاتف الذكي وآلات التصوير وغيرها من الأجهزة التي تعتمد التقنية الرقمية في تشغيلها.
- 3-لا يقتصر دور الدليل الرقمي في الإثبات على الجرائم الإلكترونية فقط، بل يصلح أيضا لإثبات الجرائم التقليدية كالاتجار بالمخدرات، وجرائم الاختطاف والقتل التي تستخدم فيها التكنولوجيا الرقمية.
- 4-الدليل الرقمي هو دليل فني وعلمي، حيث لا يمكن الحصول عليه أو الإطلاع على فحواه سوى باستخدام الأساليب العلمية.
- 5-إن أهم ما يميز الدليل الرقمي على باقي الأدلة التقليدية هو صعوبة التخلص منه، حيث يمكن استرجاعه بعد محوه وإصلاحه بعد اتلافه.
- 6-إن الدليل الرقمي ليس على صورة واحدة، بل يوجد له العديد من الصور والأشكال بسبب التنوع والتطور المستمر الذي يطرأ على البيئة الرقمية التي يعيش فيها هذا الدليل.
- 7-عدم وجود نظام للإجراءات الجزائية الجزائري توضح كيفية التعامل مع الدليل الرقمي.
- 8-لا يوجد نص صريح في قانون الإجراءات الجزائية بقبول الدليل الرقمي، ومع ذلك، يستمد مشروعته من القاعدة العامة للإثبات الحر، طبقا للمادة 212 من ق.إ.ج.ج.
- 9-يعتبر التفتيش عن الدليل الرقمي في الوسط الافتراضي وضبط محتوياته مشروعا، وذلك طبقا للمادة 05 من القانون رقم (09-04) المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، حيث أجازت هذه المادة السلطات القضائية المختصة تفتيش المعطيات المعلوماتية.
- 10-أهمية ضرورة الاعتماد على الدليل الرقمي في الإثبات الجنائي باعتباره ينتمي بحسب طبيعته إلى القرائن، ويعتمد على الخبرة في استنتاجه وعرضه ومناقشته أمام القضاء.
- 11-يمكن التأكد من سلامة الدليل الرقمي بوسائل خاصة، تكشف عن وجود عبث أو تغيير يطرأ على الدليل الرقمي، بل يمكن استخدام ذلك ضد المتهم نفسه كدليل إدانة.
- 12-القوة التدلالية لدليل الرقمي قد تصل إلى حد اليقين والجزم باعتباره من الأدلة العلمية، ومع هذا يبقى هذا الدليل يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الجنائي في تقديره لهذا الدليل الرقمي العلمي طبقا للمواد 212 و 307 من ق.إ.ج.ج.

ثانيا- الاقتراحات :

- 1- ضرورة تدخل المشرع الجزائري لتحديد الشروط الموضوعية والشكلية والقانونية للتعامل مع الدليل الرقمي.
- 2- تعديل قانون الإجراءات الجزائية، بحيث يتم النص على كيفية التعامل مع الأدلة الرقمية خاصة في المواد المتعلقة بالتفتيش و الضبط بما يتناسب و أحكام القانون رقم 09- 04 .
- 3- دعوة المشرع الجزائري بتعديل القواعد التي تحكم التفتيش في قانون الإجراءات الجزائية، بإضافة عبارة (المعطيات المعلوماتية) في المادة 81 لتصبح على النحو التالي: " يباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء أو معطيات معلوماتية يكون كشفها مفيدا لإظهار الحقيقة" .
- 4- التوسع في إنشاء المعامل الرقمية التي تساعد في عملية الإثبات بالأدلة الرقمية والتأكيد على حجية هذه الأدلة من خلال إيضاح النصوص القانونية وتزويد المعنيين بالإثبات بذلك.
- 5- إنشاء أقسام ووحدات فنية متخصصة خاصة على مستوى جهاز الضبط القضائي للتدقيق في الجرائم المرتكبة بواسطة الحاسوب والآلات الرقمية والتعامل مع الأدلة الرقمية واكتشافها ومدتها بالكفاءات البشرية المتخصصة وبالتجهيزات الفنية الملائمة.
- 6- دعوة الجزائر للانضمام إلى الاتفاقيات الدولية التي تشمل على نصوص تنظيم إجراءات التفتيش والضبط الواقع عبر الحدود على أنظمة الحاسوب المتصلة بشبكة الإنترنت، ونخص بالذكر هنا خاصة اتفاقية بودابست، التي تعتبر مدخلا هاما لمساعدة دول العالم في مكافحة جرائم تقنية المعلومات بصفة عامة وبصورة شاملة وفعالة لما تتضمنه من تدابير وإجراءات جزائية متطورة، فضلا على آليات متعددة للتعاون الدولي والمساعدة القانونية المتبادلة.
- 7- إن من أهم مشكلات الدليل الرقمي هو صعوبة فهمه، لأن مضمونه مسائل فنية لا يقوى فهمها إلا الخبير المتخصص، مما يكشف لنا عن الأهمية المتزايدة لتدريب الخبراء القضائيين على تقنيات الحاسبات الآلية لتمكينهم من القيام بمهامهم بصفة دقيقة، كما ندعو أيضا لتدريب جهات الضبط القضائي والتحقيق والحكم على فهم طبيعة الأدلة المستخرجة من الوسائل الرقمية والإلكترونية، والعمل على إلمامهم بمكونات الحاسب الآلي والأجهزة الرقمية وكيفية عملها ومعرفة اللغة التي تتعامل بها، خاصة وأن الجرائم التي تقع باستخدام الوسائل الإلكترونية في الغالب ما تعتمد على رموز تكون معروفة فقط عند أهل العلم والخبرة.
- 8- دعوة القاضي الجزائري بالأخذ بالدليل الرقمي كدليل جنائي علمي أثبتت الدراسات العلمية بمصداقيته و لكن بعد التأكد من صحته و نسبته للمتهم مما تصبح الضرورة ملحة لدعوة المشرع الجزائري بسن قانون مستقل خاص بالدليل الرقمي مثل سنه لقانون البصمة الوراثية يبين فيه بوضوح قواعد و شروط التعامل مع الدليل الرقمي مع وضع ضوابط تكفل احترام ضمانات المتهم الذي يتمتع بقريئة البراءة في حماية حرمة حياته الخاصة.

خاتمة

في نهاية هذه الدراسة والتي تناولنا فيها موضوعا هاما وحيويا، خاصة في العصر الذي تغيرت فيها أنماط الجريمة وظهور أنواع حديثة من الإجرام لم تكن معروفة من قبل، وكذلك ظهور نوعية جديدة من المجرمين الذين يعتمدون على التقنيات العلمية والتكنولوجيا الحديثة كوسيلة في ارتكاب جرائمهم أطلق عليهم إسم "المجرم المعلوماتي"، بات ضروريا أن يكون هناك تشريع يلاحق هذه الأنواع المستحدثة وأجهزة فنية متطورة ومنتسحة علميا لتكون قادرة على مواجهة تلك الجرائم، لحسن استخدام الدليل التقني الذي يعتبر الأداة الرئيسية الصامته على ارتكاب المتهم لجريمته أو إنه بريء منها.

التعويض عن الأضرار الناتجة عن الممارسات المقيدة للمنافسة

بن بخمة جمال، أستاذ مساعد^أ،

قسم الحقوق،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة جيجل، 18000، جيجل، الجزائر.

البريد الإلكتروني: abdelkrimmaktaba@gmail.com

الملخص:

حظر قانون المنافسة الجزائري الممارسات المقيدة للمنافسة ورتب عليها جزاءات يتم توقيعها من طرف مجلس المنافسة، الذي يعتبر صاحب الاختصاص الأصيل في قمعها غير أنه بالنسبة للجزاءات المدنية على غرار التعويض عن الأضرار التي تسببها هذه الممارسات للضحايا، فإنها تخرج من نطاق صلاحيات مجلس المنافسة، وتختص بها الهيئات القضائية، حيث تقوم بدراسة القضايا التي يرفعها المضرورون من خلال التأكد من توافر دعوى المسؤولية، والحكم بالتعويض المناسب سواء كان نقدياً أو عينياً.

الكلمات المفتاحية:

الممارسات المقيدة للمنافسة؛ مجلس المنافسة؛ التعويض عن الأضرار؛ الهيئات القضائية العادية؛ التعويض العيني والنقدي.

L'indemnisation des dommages causés par les pratiques restrictives à la concurrence

Résumé :

Sont prohibées les pratiques restrictives de la concurrence par la loi de la concurrence, sanctionnées par le conseil de la concurrence qui a une compétence inhérente. Cependant, les sanctions civiles telles que l'indemnisation des préjudices causés par ces pratiques aux victimes sortent du domaine de la compétence du Conseil de la concurrence et relèvent de la compétence du juge civil. Ce dernier examine la réunion des éléments constitutifs de l'action en responsabilité et se prononce sur une indemnisation adéquate.

Mots clés :

Les pratiques restrictives de la concurrence, le Conseil de la concurrence; l'indemnisation des préjudices, juridictions civiles, l'indemnisation.

Compensation for damage caused by restrictive practices to competition

Summary:

Restrictive practices of competition by the law of competition, sanctioned by the council of competition which has an inherent competence are prohibited. However, civil penalties such as compensation for damage caused by such practices to victims fall outside the competence of the Competition Council and fall within the jurisdiction of the civil judge. The latter examines the meeting of the constituent elements of the action for damages and decides on adequate compensation.

Keywords:

Restrictive practices of competition, the Conseil de la concurrence; compensation for damages, civil courts, compensation.

مقدمة

أدت الإصلاحات التي قام بها المشرع الجزائري بداية من سنة 1988 إلى انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي حيث تم فتح العديد من النشاطات أمام القطاع الخاص، الأمر الذي أدى إلى التفكير في آليات جديدة لضبط السوق، وهو ما أدى إلى ظهور السلطات الإدارية المستقلة في النظام القانوني الجزائري، بداية من سنة 1990، ومن بين هذه السلطات نجد مجلس المنافسة الذي كلف بضبط السوق من خلال الكشف على الممارسات المقيدة للمنافسة كالاتفاقيات المحظورة، والتعسف في وضعية الهيمنة، والبيع بأسعار مخفضة تعسفاً، ومعاينة مرتكبيها.

غير أن مجلس المنافسة لم يستأثر بكل الصلاحيات المتعلقة بهذه الممارسات إذ نجد الهيئات القضائية العادية تظل مختصة في النظر في دعاوى البطلان ودعاوى التعويض عن الأضرار التي تتجم عن الممارسات، وتشكل دعاوى التعويض حلقة هامة في تدخل القاضي العادي في مجال المنافسة، والتعويض هو الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية التي يضطر المضرور إلى إقامتها على المسؤول إذ في أغلب الأحوال لا يعترف المسؤول بمسؤوليته⁽¹⁾، والملاحظ أن المشرع الجزائري قد نص على حق والملاحظ أن المشرع الجزائري قد نص على حق المضرور في التعويض عن الأضرار التي تسببها الممارسات المقيدة للمنافسة في نص المادة 48 من الأمر رقم 03-03 والمتعلق بالمنافسة على أن هذه المادة لا تؤثر على حق المضرور في المطالبة بالتعويض في حالة حذفها، حيث يمكن للمضرور الاستناد على قواعد المسؤولية التقصيرية طبقاً لأحكام المادة 124 من التقنين المدني الجزائري والتي تنص: «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه وبسبب ضرر للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض»، ولعل الحكمة من إدراج نص المادة 48 ضمن المنافسة هو تأكيد المشرع الجزائري على حق المضرورين في اللجوء إلى القضاء والمطالبة بالتعويض، لدى وفي ظل هذه المعطيات

(1) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 126.

نتساءل عن مدى توفيق المشرع الجزائري في كفالة حق المضرور في التعويض عن الأضرار الناجمة عن الممارسات المقيدة للمنافسة؟.

للإجابة على هذه الإشكالية سنقسم البحث إلى مبحثين:

- المبحث الأول: أركان دعوى التعويض.
- المبحث الثاني: آثار دعوى التعويض.
- المبحث الأول: أركان دعوى التعويض:

تعتبر شروط رفع دعوى التعويض ضد المسؤولين عن الممارسات المقيدة للمنافسة نفسها الشروط التي تقوم عليها المسؤولية التقديرية في القانون المدني، والتي تقتضي وجود الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وتوافر هذه الشروط فإن المضرور يملك حق الحصول على التعويض.

المطلب الأول: الخطأ

يشترط لقيام المسؤولية وجود خطأ⁽²⁾، تطبيقاً لأحكام المادة 124 من التقنين المدني والمقابلة لأحكام المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي، وبالرغم من عدم وجود تعريف للخطأ في التقنين المدني الفرنسي والجزائري، إلا أن البعض قد عرفه بأنه عمل ضار مخالف للقانون، والبعض يراه بأنه إخلال بالتزام قانوني، غير أن الفقه والقضاء استقرا تعريف الخطأ بأنه كل انحراف في السلوك أو إخلال بواجب تفرضه القواعد القانونية⁽³⁾، ويشترط في الخطأ توافر عنصريه المادي والمعنوي.

فالعنصر المادي هو الفعل الذي يرتكبه الأشخاص ويسبب ضرراً للغير، كإبرام اتفاق محظور أو تعسف في وضعية الهيمنة أو ممارسة أسعار بيع مخفضة تعسفاً، أما العنصر المعنوي فهو إدراك الشخص للأعمال التي قام بها متوقفاً للنتيجة التي سوف يصل إليها، فخفض الأسعار بشكل تعسفي الغرض منه هو إزاحة المتنافسين للاستيلاء على السوق وحسب الاجتهاد القضائي الفرنسي فإن الخطأ يكون بمخالفة نص جنائي أو مدني⁽⁴⁾، أما في قانون المنافسة فيكفي للمضرور:

- إثبات وجود ممارسة مقيدة للمنافسة، مخالفة لأحكام الأمر رقم 86-1243 وهو ما قام به السيد *CHEPELLE jean*، موزع للأجهزة السمعية البصرية ضد شركة *SONY*، وذلك في 27 جوان 1996، أمام مجلس قضاء فيرساي *Versailles*، حيث طالب بإصلاح الضرر الناتج بسبب عدة ممارسات قامت بها شركة *SONY* وتقع تحت طائلة المادة 07 من الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986، وتتعلق أساساً بالتمييز في تطبيق شروط البيع بين الموزعين، والمنع من إمكانية تقديم طلبات تكميلية *les commandes complémentaires*، ورفض البيع غير المبرر⁽⁵⁾.

(2) FASQUELLE Daniel, «La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles», *Revue Trimestrielle de droit commercial et de droit économique (RTDCDE)*, n°01, 1998, pp 763-794.

(3) فيلالي علي، الالتزامات: الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 55.

(4) FASQUELLE Daniel, Op.cit, p 769.

(5) Ibid, p 771.

- إثبات وجود ضرر وفق قواعد المسؤولية التقصيرية وهذا في حالة عدم وجود مخالفة لأحكام قانون المنافسة، حيث يستند المضرور لأحكام المادتين 1382 و1383 من التقنين المدني الفرنسي والمقابلة لأحكام المادة 124 من التقنين المدني الجزائري.

- يمكن للمتقاضى كذلك (في القانون الفرنسي) الاستناد إلى أحكام المادتين 85 و86 من اتفاقية روما.

المطلب الثاني: الضرر

يعتبر الضرر *le dommage* الركن الثاني في المسؤولية التقصيرية، حيث يجب أن يترتب على الخطأ ضرر يصيب مؤسسة ما، والضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له (6)، والمصلحة المشروعة إما أن تكون مادية أو أدبية، وبالتالي يمكن أن يكون الضرر التفاضلي ماديا أو معنويا كما يمكن أن يكون ضررا فرديا أو جماعيا.

الفرع الأول: الضرر المادي والضرر المعنوي:

قسم الفقه الضرر إلى نوعين ضرر مادي وآخر معنوي، فالضرر المادي هو الإخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية (7)، ففي مجال المنافسة غالبا ما يكون بخسارة رقم الأعمال (8)، ويشترط في الضرر المادي أن يكون محققا لا محتملا ويتحقق ذلك من خلال خسارة تاجر لزيائنه لصالح تاجر آخر فالضرر المحتمل لا يوجب التعويض إلا في حالة وقوعه، ولكن ماذا عن تقويت الفرصة؟

ينبغي عدم الخلط بين الضرر المحتمل والضرر المتمثل في تقويت فرصة فالفرصة أمر محتمل ولكن تقويتها أمر محقق، وقد سارت المحاكم على الحكم بالتعويض على أساس فوات الفرصة فيه مساس بانتهازها ومحاولة الفوز بها (9)، فأكد أن الاتفاق المحظور الذي يتم بين عدة مؤسسات في مجال الصفقات العمومية من أجل حرمان مؤسسة غير عضوة في الاتفاق من الفوز بالصفقة العمومية، فيه إضرار بهذه المؤسسة لكونها فوتت فرصة الفوز بالصفقة ورفع رقم أعمالها.

وأما الضرر المعنوي فهو الضرر الذي يصيب الشخص في سمعته أو شرفه أو عاطفته، يمكن المطالبة بالتعويض عنه استثناءا، وقد استعمل مفهوم الضرر المعنوي من طرف محكمة التنازع الفرنسية في مجال المنافسة بعد النظر في الصعوبات التي تلتقتها في تعريف الضرر المادي، اثر نظرها في قضية سنة 1988 تتعلق برب عمل تضرر من شرط عدم التنافس *clause non concurrence*، حيث رفض القضاة طلب التعويض لأنه لا يوجد تحويل لزيائن المدعي لصالح المدعى عليه، إلا أن محكمة التنازع اعتبرت أن شرط عدم التنافس ينطوي على الأقل على ضرر معنوي (10).

(6) فيلالي علي، المرجع السابق، ص 283.

(7) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 76.

(8) FASQUELLE Daniel, *op.cit*, p 776.

(9) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 79.

(10) FASQUELLE Daniel, *Op.cit*, p 777.

الفرع الثاني: الضرر الفردي والضرر الجماعي

الضرر الفردي هو الذي يصيب شخصا أو مؤسسة معينة جراء الممارسة مقيدة للمنافسة والمرتكبة من طرف مؤسسات أخرى، وفي هذه الحالة تكون الخسارة المعنوية أو المالية ذات طابع شخصي، أما الضرر الجماعي فهو الضرر الذي يصيب فئة معينة أو مصالح جماعية، وفي هذه الحالة كيف ستكون المطالبة بالتعويض هل بصفة فردية أم جماعية؟.

ينجم عن القول بإمكانية المطالبة الفردية بالتعويض صعوبات كثيرة من الناحية العملية منها كثرة قضايا التعويض وأهمية المبالغ التي سيدفعها المسؤول عن الضرر والتي تؤدي إلى إفلاسه والتناقضات التي قد تحصل بين الأحكام القضائية بشأن قبول الدعاوى أو بشأن مبالغ التعويضات الممنوحة⁽¹¹⁾، ونظرا لهذه المساوئ فقد حث القانون المعنيين على تنظيم أنفسهم للدفاع عن مصالحهم من خلال إنشاء جمعيات تتمتع بالشخصية المعنوية، كما هو الحال بالنسبة لجمعيات حماية المستهلكين، حيث نصت المادة 23 من القانون رقم 09-03 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه في حالة تعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك فإنه يمكن لجمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني.

ويثار المشكل بالنسبة لحالة تحرك هذه الجمعيات إذ يبقى المشكل مطروحا، ويرى بعض الفقه أنه من الأفضل منح كل شخص من أشخاص هذه الجماعة أن يطالب بالتعويض بشرط أن يثبت الطابع الشخصي للضرر الذي يدعيه وألا يكون هناك شخص معنوي يتولى الدفاع عن المصالح المشتركة⁽¹²⁾.

المطلب الثالث: العلاقة السببية بين الضرر التنافسي والخطأ

تعتبر علاقة السببية الركن الثالث في المسؤولية التقصيرية وتعني وجوب وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه الشخص وبين الضرر الذي وقع بالشخص، ومن ثم لا يكون مسؤولا عما ارتكبه من أعمال إذا أثبت أن الضرر الذي وقع قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، لانتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر⁽¹³⁾، وفي قانون المنافسة يقتضي من المؤسسة المدعية إثبات علاقة السببية، ونظرا لصعوبة إثبات العلاقة السببية لتعقيد الأعمال الاقتصادية⁽¹⁴⁾، تعتمد المحاكم في بعض الأحيان على تأسيس قراراتها من خلال إثبات الضرر⁽¹⁵⁾.

وبالعودة إلى نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري والتي تنص: "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 ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك".

(11) فيلالي علي، المرجع السابق، ص 300-301.

(12) المرجع نفسه، ص 303.

(13) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 251.

(14) BURST Jean- jacques, KOVAR Robert, *Droit de la concurrence*, Economica, Paris, 1981, p 277.

(15) FASQUELLE Daniel, Op.cit, p 781.

من هذا النص يتضح أن الخطأ الصادر من المضرور بعدم العلاقة السببية وبالتالي يحرم من التعويض، غير أنه بالعودة إلى أحكام المادة 48 والتي تنص على مايلي: «يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة، وفق مفهوم أحكام هذا الأمر أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به»، يستخلص بأن كل الأشخاص المضرورين من الممارسات المقيدة للمنافسة من حقهم المطالبة بالتعويض، بمن فيهم الدين شاركوا في أفعال تعتبر كممارسات مقيدة للمنافسة، فهل تطبق المحاكم أحكام المادة 127 من القانون المدني، أم أحكام المادة 48 من قانون المنافسة؟.

جرت العادة على مستوى القضاء الفرنسي على جواز الحكم بالتعويض لمن ساهم في ممارسة مقيدة للمنافسة، نظرا للضغوطات التي قد يتعرض لها، وهكذا فإن المشاركة في اتفاق تحت التهديد بالمقاطعة التجارية مثلا يعتبر سببا للإباحة وهذا رغم أن السوق قد يتضرر من جراء هذا الاتفاق⁽¹⁶⁾، ففي قضية *UGAP-Camif* حكمت محكمة استئناف باريس في 2001 بمعاينة شركة *UGAP* لتعسفها في وضعية الهيمنة وفرضها لشروط تعاقدية تدخل ضمن التزام بالتمويل الحصري، كما حكمت المحكمة بإصلاح الضرر الذي لحق بالشركة المنافسة *Camif*⁽¹⁷⁾.

المبحث الثاني: آثار دعوى التعويض

إذا توافرت أركان دعوى التعويض وفقا لما سبق فإن المسؤول يلتزم بتعويض كل الضرر المباشر الذي تسبب فيه بخطئه، وهذا ما قصدته المادة 124 من القانون المدني وسوف ندرس أطراف الدعوى وجزاء المسؤولية.

المطلب الأول: أطراف الدعوى

يقصد بأطراف المدعي وهو الطرف المضرور، والمدعي عليه وهو الشخص المرتكب للخطأ.

الفرع الأول: المدعي

المدعي هو الطرف المضرور من إحدى الممارسات المقيدة للمنافسة، حيث يطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت، وفي قانون المنافسة فإن المدعي قد يكون طرفا في اتفاق محظور، أو الغير، جمعيات حماية المستهلكين، أو وزير التجارة.

أولا: أطراف الاتفاق

منح المشرع الجزائري كل شخص متضرر اتفاق مقيد للمنافسة، حق المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر، بما في ذلك أطراف الاتفاق في حد ذاته وذلك بالاستناد إلى أحكام المسؤولية المدنية بإثبات أنه كان ضحية للتعسف من استعمال الحق، وقد ذهب البعض إلى القول بجرمان أصحاب الاتفاق من التعويض عملا

(16) كتو محمد الشريف، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري: دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع القانون العام جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2004-2005، ص 104.

(17) Cour d'appel de paris, Arrêt «UGAP/Camif» du 22 octobre 2001, juridata, n°2001-157128, in CONDOMINES Aurélien, *Guide pratique du droit de la concurrence*, Gualino éditions, Moulineaux, 2014, p 349.

بقاعدة حرمان الملوث من الاسترداد، غير أن هذا الطرح سيؤدي إلى إقرار الممارسة المقيدة للمنافسة والاعتراف بالآثار الناتجة عنها وهو أمر يستحيل قبوله في المنطق القانوني⁽¹⁸⁾.

ثانياً: الغير

الغير كل طرف أجنبي عن الاتفاق، والذي يمكن أن يتضرر من ممارسة مقيدة للمنافسة الأمر الذي يجعله يطالب بالتعويض استناداً إلى أحكام المادة 48 من قانون المنافسة، أو المادة 124 من التقنين المدني، والأمثلة على هذا كثيرة نذكر منها الحكم الصادر عن محكمة استئناف فرساي بالتعويض لصالح الممون على إثر الاتفاق غير المشروع المبرم بين منتج للسيارات ومجموعة من الوكلاء المعتمدين التابعين له كما تم تعويض شركة تتكفل برعاية حدث رياضي والتي وقعت ضحية من جهة للتعسف في وضعية الهيمنة من قبل الطرف الأساسي للعملية ومن جهة أخرى إلى اتفاق بين هذا الأخير ومنظم العملية⁽¹⁹⁾.

ثالثاً: جمعيات حماية المستهلكين

جمعيات المستهلكين هي كل جمعية منشأة للقانون تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله⁽²⁰⁾، وقد منح لها المشرع الجزائري الحق في رفع دعاوى أمام المحاكم المختصة بشأن الأضرار التي تلحق جماعة المستهلكين، والملاحظ أن القانون رقم 89-02 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك (الملغى)، جاء أكثر دقة من القانون رقم 09-03 عندما أعطى جمعيات المستهلكين صراحة الحق في التعويض بنص المادة 12 منه، في حين اكتفى القانون رقم 09-03 بذكر حق هذه الجمعيات في أن تتأسس كطرف مدني.

الفرع الثاني: المدعى عليه

المدعى عليه الشخص المسؤول عن إحداث الضرر الذي وقع بالمضروب، والذي يتولى دفع التعويضات لصالح المضروب التي كانت نتيجة مباشرة عن الخطأ الذي وقع منه⁽²¹⁾، ولكن ماذا لو تعدد المسؤولون عن إحداث الضرر؟ في هذه الحالة يجوز للمضروب من ممارسة مقيدة للمنافسة أن يرجع على أحدهم بالتعويض المستحق كله بدلاً من الرجوع على كل واحد منهم بالجزء الذي يتحمله من المسؤولية والمسؤولية بينهم تكون بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل واحد منهم⁽²²⁾.

(18) موساوي الظريفة، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولو معمري، تيزي وزو، 2011، ص 22-23.

(19) كتو محمد الشريف، المرجع السابق، ص 361.

(20) المادة 21 من القانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15، مؤرخ في 08 مارس 2009.

(21) خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 259.

(22) المادة 126 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني: إرهاب المدعى بعبء الإثبات

ألزم القانون المدعى على ضرورة إثبات أركان المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، فالنسبة للخطأ يقوم المدعى بإثبات وجود ممارسة مقيدة للمنافسة على اعتبار أن الخطأ مفترض في المسائل المتعلقة بالمنافسة، ففي قرارها الصادر بتاريخ 28 جوان 2002، اعتبرت محكمة استئناف باريس خرق المواد L 420-1 و L 420-2، من القانون التجاري الفرنسي، يشكل خطأ تقصيرياً يبرر رفع دعوى التعويض⁽²³⁾، ولكن كيف يثبت المدعى ممارسة مقيدة للمنافسة يعجز أحيانا مجلس المنافسة على اكتشافها، إلى درجة أن المشرع الجزائري قد أقر نظام الرأفة ضمن أحكام المادة 60 من قانون المنافسة من خلالها يتم إسقاط العقوبة أو تخفيفها على المؤسسات المخالفة التي تعترف بالمخالفات المنسوبة إليها، وتتعاون في الإسراع بالتحقيق فيها، وتتعهد بعدم ارتكاب المخالفات المتعلقة بتطبيق قانون المنافسة، فيكون المدعى مطالب بإثبات الممارسة المقيدة للمنافسة بكافة طرق الإثبات على اعتبارها وقائع مادية⁽²⁴⁾.

يثبت كذلك الخطأ بالتحقيق الجنائي، فرغم استبعاد القاضي الجنائي من مجال المنافسة، فإن بعض الممارسات المقيدة للمنافسة كالأعمال والاتفاقيات غير المشروعة تقع تحت قانون العقوبات بعنوان المضاربة غير المشروعة، وفقا لأحكام نص المادة 172 و المادة 175 من قانون العقوبات⁽²⁵⁾، ومادامت هذه المادة لم تلغ فليس ثمة ما يمنع مساءلة أي شخص طبيعي أو معنوي من أجل الممارسات المقيدة للمنافسة أمام مجلس المنافسة ومتابعته جزائيا من أجل المضاربة غير المشروعة أمام الجهات القضائية، ومن هنا تطرح مدى إشكالية ارتباط القاضي العادي بالقاضي الجزائري؟

تجيب نص المادة 339 من القانون المدني الجزائري على هذا التساؤل، حيث نصت على أن القاضي المدني لا يرتبط بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا، فوفقا للمادة يمكن للقاضي المدني أن يرتبط بالقاضي الجزائري بشروط هي ، فبالإضافة إلى شرط تقييد القاضي المدني بالأحكام الجنائية فقط، يشترط عليه ألا يتقيد بالوقائع التي فصل فيها الحكم الجنائي وكان فعله فيها ضروريا⁽²⁶⁾، وعلى هذا إذا صدر الحكم بالإدانة فعلى القاضي المدني التقييد بذلك وتعتبر مسؤولية المتهم قائمة ويلزم بالتعويض عما ثبت وقوعه من ضرر .

(23) موساوي الظريفة، المرجع السابق، ص 40.

(24) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 156.

(25) أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، معدل ومتمم، ج ر عدد 49، مؤرخ في 11 جوان 1966.

(26) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 146.

يلزم المدعى كذلك بإثبات الضرر خاصة في مجال المنافسة، حيث يلزم المضرور بإثبات الضرر حتى يحصل على التعويض⁽²⁷⁾، كأن يثبت تراجع رقم أعماله أو تعرضه للإفلاس جراء الممارسة المقيدة للمنافسة. كما يقع عليه عبء إثبات علاقة السببية، أي أن الضرر ناتج عن خطأ المسؤول، غير أن هذه القاعدة مجال تطبيقها في العمل محدود إذ أنه متى أثبت المضرور وقوع الخطأ وحدث الضرر يفترض إن الضرر قد نشأ عن الخطأ، وما على المدعى عليه إلا إثبات السبب الأجنبي⁽²⁸⁾.

المطلب الثالث: جزاء المسؤولية الناتجة عن ارتكاب ممارسة مقيدة للمنافسة

تنص المادة 132 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأميناً.

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع"، فمن خلال المادة يلاحظ بأن التعويض قد يكون عينياً أو نقدياً.

الفرع الأول: التعويض العيني

يؤدي التعويض العيني، الذي يعتبر أفضل طرق التعويض، إلى إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً، وذلك بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ويقع هذا كثيراً في الالتزامات التعاقدية، والقاضي ملزم بالتعويض العيني متى كان ممكناً وطلبه المدعي أو المدعى عليه⁽²⁹⁾، وفي قانون المنافسة فإن الضحية يمكنها أن تطلب وقف الفعل المولد للضرر، وتجنبه بالنسبة للمستقبل من أجل عدم إلحاق أضرار أخرى، وفي هذه الحالة يمكنها أن تطلب وقف المخالفة، أو إلغاء الفعل غير المشروع⁽³⁰⁾.

وإذا كان قانون المنافسة قد منح مجلس المنافسة أن يتخذ أوامر معللة ترمي إلى الحد من الممارسات المعاينة المقيدة للمنافسة عندما تكون العرائض والملفات المرفوعة إليه أو التي يبادر هو بها من اختصاصه⁽³¹⁾، فإن الهيئات القضائية المدنية والتجارية أن تتصرف على هذا النحو بتأكيد الأوامر المتخذة من طرف المجلس، وعند الاقتضاء تؤكد الأوامر المتخذة من طرف القاضي الاستعجالي⁽³²⁾، (في حالة رفع قضية أمام القاضي الاستعجالي).

(27) لينا حسن ذكي، قانون حماية المنافسة ومنع الاحتكار: دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي و الأوروبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005-2006، ص 374.

(28) المادة 127 من الأمر رقم 75-58، مؤرخ في مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم، ج ر عدد 78، مؤرخ في 19 ديسمبر 1975.

(29) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 156.

(30) FASQUELLE Daniel, Op.cit, p 790.

(31) المادة 45 من الأمر رقم 03-03، المرجع السابق.

(32) FASQUELLE Daniel, op.cit, p 790.

الفرع الثاني: التعويض النقدي

التعويض النقدي هو عبارة عن مبلغ من النقود يعطى للمضرور دفعة واحدة، وعند الاقتضاء ويجوز أن يكون عبارة عن أقساط، كما يجوز أن يكون إيراداً مرتباً⁽³³⁾، ويمكن للضحية في بعض الأحيان أن تطالب بنشر الحكم القضائي أو توزيعه أو تعليقه، ففي قضية شركة *LABINAL* طالبت هذه الأخيرة بالتعويض العيني إضافة إلى نشر القرار ويكون ذلك على عاتق المدعى عليه⁽³⁴⁾.

خاتمة

يتضح مما سبق بأن الهيئات القضائية المدنية والتجارية، على غرار مجلس المنافسة تتدخل من أجل وضع حد للممارسات المقيدة للمنافسة، حي تعتبر صاحبة الاختصاص دون سواها، في الفصل في قضايا التعويض التي يرفعها المتضررون من الممارسات المقيدة للمنافسة، ويكون الحكم سواء بالتعويض العيني أو النقدي، غير أنه ورغم فعالية الهيئات القضائية في مجال المنافسة، لاسيما قضايا التعويض، فإنها تصطدم بعدة عراقيل أهمها مشكل كيفية تقدير التعويض، والإشكالات الناجمة عن كيفية إثبات الخطأ الموجب للتعويض.

(33) المادة 132 من التقنين المدني الجزائري، المرجع السابق.

(34) FASQUELLE Daniel, op.cit, p 791.

التسرب كأسلوب من أساليب البحث والتحري الخاصة على ضوء قانون الإجراءات الجزائية الجزائري والمقارن

د. وداعي عزالدين،

مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: azzeddineouddai.ou@gmail.com

الملخص:

لقد واكب المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات العقابية الأخرى التطور الذي شهدته السياسة العقابية الحديثة في مجال مكافحة الجريمة، إذ لم يعد يجابه الجرائم الخطيرة والمستحدثة بإستعمال الأساليب التقليدية والقديمة، بل عمد وخلال تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006 إلى إستحداث أساليب وتقنيات جديدة تتماشى والتطور الذي عرفته الجريمة، ومن بينها أسلوب "التسرب" أو "الإختراق" الذي يتيح الفرصة لضابط أو عون الشرطة القضائية بالتوغل داخل الشبكة الإجرامية، بإيهام عناصرها بأنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف، وهذا قصد الوصول إلى معرفة عناصر الشبكة الإجرامية وتقديمهم للجهات القضائية ومعاقبتهم.

الكلمات المفتاحية:

التسرب، الإختراق، التحقيق، أساليب التحري الخاصة، الضبطية القضائية، الجرائم المستحدثة.

L'infiltration comme moyen de recherche et d'investigation dans le cadre du code de procédure pénale algérien et comparé.

Résumé :

À l'instar d'autres législations pénales, le législateur algérien s'est mis au diapason de développement que la politique pénitentiaire avait connu dans le domaine de la lutte contre le crime. En effet, la confrontation des crimes dangereux et contemporains ne s'effectue plus par les méthodes anciennes ou traditionnelles. La loi 06-22 du 20 décembre 2006 a établi de nouvelles méthodes et techniques selon le développement constaté dans les crimes. La méthode de la pénétration ou l'infiltration permet à l'agent de police judiciaire ou à l'officier à pénétrer dans le réseaux criminels en se comportant comme complice afin d'intercepter l'ensemble des éléments du réseau et les traduire devant la justice.

Mots clés :

Pénétration. Infiltration. Enquête. Méthodes particulières d'investigation. Crimes modernes, Police judiciaire.

Infiltration as a special mean of search and investigation in the light of the Algerian code of criminal procedure and the comparative one

Abstract:

Like the other criminal laws, the Algerian lawmaker kept in line with the advance of the modern criminal policy in the field of fight against crime. He does no more fight dangerous and new crimes using traditional and old means, and by modifying the code of criminal procedure in virtue of the Law n° 06-22 issued on 20 January 2006, he invented new means and techniques which go along with the advance of crime such as "infiltration" or "intrusion" which gives a chance for the criminal investigation agent or officer to go deeply into the criminal organization by making its members believe that he is one of them or a partner, and all this in order to know the members of the criminal network then arrest them and present them to the jurisdictions to punish them.

Keywords:

Infiltration, intrusion, inquiry, special investigation means, criminal investigation department, new crimes.

مقدمة

لقد أخذت الجريمة أشكالاً وأبعاداً عديدة جراء التقدم والتطور العلمي والتكنولوجي الذي عرفته البشرية في العقود الأخيرة من الزمن، إذ ظهرت أنواع خطيرة من الجرائم لم يكن الإنسان يعرفها من قبل والتي أصبحت تشكل تهديداً حقيقياً بأفراد المجتمع وبعلاقاتهم الاجتماعية، إذ عجزت الأساليب التقليدية والكلاسيكية المستعملة في البحث والتحري عن مواجهة هذه الأشكال الإجرامية الخطيرة، مما أضحت من اللازم والضروري على التشريعات العقابية مواكبة هذا التطور الخطير في الجريمة، من خلال تطوير قواعدها القانونية الخاصة بالبحث والتحري لمسايرة هذا التغيير، والبحث عن الحلول القانونية للحد منها، وتعزيز التعاون والتنسيق بين الدول على المستوى الأمني.

وبما أن الجزائر وكغيرها من الدول ليست بمنأى عن هذا التطور في الظاهرة الإجرامية، ولمجابهة هذا التطور الذي شهدته بشتى أشكالها الخطيرة منها والمستحدثة، ومواكبة للسياسة العقابية الحديثة في هذا المجال عمد المشرع الجزائري إلى توسيع الصلاحيات المخولة للجهاز القضائي، وكذا التعزيز من صلاحيات الضبطية القضائية، من خلال تطويره لأساليب البحث والتحري عن الجرائم، وإدخال أساليب حديثة أخرى تتماشى وطبيعة الجريمة المرتكبة، إلى جانب الأساليب التقليدية والكلاسيكية التي لم تعد قادرة عن الكشف عن هذه الجرائم، والذي جاء بأسلوب "التسرب" من خلال القانون 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006 المتضمن تعديل

قانون الإجراءات الجزائية⁽¹⁾، كما سماه كذلك المشروع في المادة 56 من القانون 06-01 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته "الإختراق"⁽²⁾.

لذا فإن موضوع البحث يعد من المواضيع التي تكتسي أهمية كبيرة في إطار السياسة العقابية الحديثة من خلال محاربة الجريمة الخطيرة والمستحدثة، والتي أفرزتها التطورات السريعة والمذهلة في وسائل الإتصال والتقدم العلمي والتكنولوجي الذي عرفته البشرية في العقود الأخيرة، وما ينجر عنه من تهديد لأمن وسلامة المجتمع هذا من جهة، ومن جهة ثانية ما تتطلبه عملية إجراء التسرب من ضرورة إحترام حقوق الأفراد وحررياتهم وعدم المساس بها.

وعليه فإن من بين الأسباب التي أدت بنا إلى إختيار هذا الموضوع هو محاولة التوصل إلى مدى مواكبة المشروع الجزائري للسياسة العقابية الحديثة في مجال محاربة الجريمة المستحدثة والخطيرة، والتي تطورت مع التطور العلمي والتكنولوجي الذي عرفته البشرية، ومدى إستعانتها بأساليب البحث والتحري عن الجريمة لا سيما "التسرب" أو "الإختراق".

والتسرب كأسلوب أو تقنية حديثة في مجال البحث والتحري عن الجرائم الخطيرة والمستحدثة، التي قد تمس بحريات الأفراد وبحياة منفيديه، يستلزم على المشروع إحاطته بمجموعة من الضوابط التي تحد من إستعماله: فما هي إذا الضوابط التي وضعها المشروع الجزائري لإستعمال أسلوب التسرب في البحث والتحري عن الجرائم؟ وإلى أي مدى وفق في حماية الحقوق والحريات الخاصة بالأفراد من خلال هذا الأسلوب؟

إن طبيعة البحث تملي علينا توظيف المنهج التحليلي والمقارن، وهذا من خلال تحليل ما جاء بمحتوى نص القانون 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006 المعدل والمتمم للأمر 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، فيما يخص إعتقاد ولأول مرة المشروع الجزائري لأسلوب التسرب في مجال البحث والتحري عن بعض الجرائم الخطيرة، وإستعمال المنهج المقارن من خلال مقارنة ما جاء به المشروع من حيث النظام القانوني للعملية مع بعض الأنظمة والقوانين المقارنة الأخرى، لاسيما قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي⁽³⁾، وما جاء بمسودة مشروع قانون يقضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية المغربية⁽⁴⁾.

¹ - القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006 المعدل والمتمم للأمر 66-155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر ع 14، الصادرة في 2006/12/24.

² - القانون 06-01 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج ر ع 14 الصادرة بتاريخ 2006/02/20.

³ - code de procédure pénale français, dernière modification le 03/12/2017 édition du 05/12/2017, sur site : www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidtexte=LEGITEXT000006071154

⁴ - أنظر مسودة مشروع قانون يقضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية المتاح على الموقع الإلكتروني لوزارة العدل المغربية: www.justice.gov.ma والذي تم الإطلاع عليها بتاريخ 2017/06/27 على الساعة 22:00، كما تجدر الإشارة إلى أن مسودة المشروع منبثقة عن توصيات الحوار الوطني الشامل والعميق لإصلاح منظومة العدالة الذي أصدرته مؤخرا وزارة العدل والحريات المغربية الذي جاء ليعدل ويتم القانون الحالي رقم 01-22 المتعلق بالمسطرة الجنائية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.255 الصادر في 25 دجنبر 1432 الموافق 03 أكتوبر 2002 الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة

و للإلمام بجميع جوانب الموضوع إرتأينا دراسته في مبحثين، بحيث أنه نتطرق في (المبحث الأول) منه إلى الإطار المفاهيمي لعملية التسرب، الذي بدوره نقسمه إلى ثلاثة مطالب حيث نتناول في (المطلب الأول) منه ماهية عملية التسرب، وفي (المطلب الثاني) نتناول صفات عملية التسرب، وفي (المطلب الثالث) نتناول صور التسرب والجهات المخولة بمراقبته.

أما (المبحث الثاني) منه فننتطرق إلى شروط إجراء التسرب والضمانات المقررة لمنفذيه، الذي بدوره نقسمه إلى مطلبين، أين نتطرق في (المطلب الأول) منه إلى شروط إجراء التسرب، وفي (المطلب الثاني) منه نتطرق إلى الضمانات المقررة لمنفذي عملية التسرب.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لعملية التسرب

بما أن التسرب هي عبارة عن تقنية جديدة من تقنيات البحث والتحري الخاصة، التي أدرجها المشرع الجزائري في تعديل قانون الإجراءات الجزائية لسنة 2006 عندما تقتضي ضرورات البحث والتحري أو التحقيق في إحدى الجرائم الواردة على سبيل الحصر، وكما أنه تقنية من تقنيات التحري التي تسمح للشخص التوغل داخل جماعة إجرامية، فإن المشرع الجزائري نجده قد احاط هذه العملية بمجموعة من الشروط كما أعطى بعض الصفات التي ينبغي أن يتسرب بها العون، المتمثلة في السرية والخديعة وإستعمال الهوية المستعارة.

كما جعل المتسرب يظهر كفاعل أصلي في العملية أو شريك فيها أو خاف، إلى جانب أنه قد حدد الجهات التي خول لها مراقبة العملية وكذا تلك الجهات المختصة في تنفيذها.

المطلب الأول: ماهية عملية التسرب

يعد التسرب⁽⁵⁾ أسلوب من أساليب التحري الخاصة التي جاء بها المشرع الجزائري وعزز بها من إختصاصات الضبطية القضائية⁽⁶⁾، إلى جانب أساليب التحري الخاصة الأخرى من إعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور.

الموافق 30 يناير 2003، هي مسودة شبه نهائية تم إقرارها سنة 2014 وغير مصادق عليها بعد في إنتظار المصادقة عليها لتعد بمثابة قانون معدل ومتمم للقانون رقم 01-22 المتعلق بالمسطرة الجنائية.

⁵ - التسرب لغة : تسرب: تسربا [سرب] من الماء، دخل في البلاد: دخلها خفية كقولك : "تسربت الجواسيس ولكلمة التسرب كلمة مرادفة لها هي: "الإختراق"، وتعني إختراق: إختراقا، الناس، مشى وسطهم أنظر في ذلك: المنجد الأبجدي: دار المشرق للتوزيع، الطبعة الثامنة، لبنان، 1980، ص 250، و أنه كذلك مشتق من الفعل تسرب، تسربا، اي دخل وإنتقل خفية ، وهي الولوج والدخول بطريقة أو بأخرى إلى مكان أو جماعة، أنظر في ذلك: سهيل حسيب سماحة، معجم اللغة العربية، الطبعة الأولى، مكتبة سمير، ص 130.

⁶ - وفقا للقانون رقم 17-07 المؤرخ في 27 مارس سنة 2017 وفي المادة 12 منه فإن المشرع الجزائري قد إستبدل تسمية مصطلح "الضبط القضائي" "بالشرطة القضائية" والتي تنص على مايلي "يقوم بمهمة الشرطة القضائية القضاة والضباط والأعوان والموظفون المبيّنون في هذا الفصل.

توضع الشرطة القضائية بدائرة إختصاص كل مجلس قضائي ، تحت إشراف النائب العام، ويتولى وكيل الجمهورية إدارتها على مستوى كل محكمة، وذلك تحت رقابة غرفة الإتهام..."

حيث أن أساليب التحري الخاصة عبارة عن تلك العمليات أو الإجراءات أو التقنيات التي تستخدمها الضبطية القضائية تحت مراقبة وإشراف السلطة القضائية، بغية البحث والتحري عن الجرائم الخطيرة المقررة في قانون العقوبات، وجمع الأدلة عنها والكشف عن مرتكبيها، وذلك دون علم ورضا الأشخاص المعنيين⁽⁷⁾.

الفرع الأول: التعريف الفقهي للتسرب

عرف التسرب على أنه: "تقنية من تقنيات التحري والتحقيق الخاصة تسمح لضابط أو عون شرطة قضائية بالتوغل داخل جماعة إجرامية، وذلك تحت مسؤولية ضابط شرطة قضائية آخر مكلف بتنسيق عملية التسرب، بهدف مراقبة أشخاص مشتباه فيهم وكشف أنشطتهم الإجرامية، وذلك بإخفاء الهوية الحقيقية وتقديم المتسرب لنفسه على أنه فاعل أو شريك"⁽⁸⁾.

الفرع الثاني: التعريف القانوني للتسرب

لقد عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 65 مكر 12 من القانون رقم 06-22 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية على أنه: "يقصد بالتسرب قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة بإيهامهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف"، وهو التعريف المتطابق للتعريف الذي قدمه المشرع الفرنسي للتسرب في نص المادة 706-81-03 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي⁽⁹⁾، على عكس ما جاء بمسودة مشروع قانون يقضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية المغربية، التي نصت على إمكانية اللجوء إلى التسرب أو "الإختراق" دون أن يعطى من خلالها تعريفا دقيقا له⁽¹⁰⁾.

ومن خلال التعاريف السابقة للتسرب أو الإختراق، فإنه يمكننا نحن بدورنا أن نعرفه على أنه "وسيلة أو إجراء قانوني مخول لضباط الشرطة القضائية خلال القيام بمهمة البحث والتحري الخاصة عن بعض الجرائم الخطيرة والحديثة، وهذا بإذن من النيابة العامة وتحت إشراف ومراقبة السلطة القضائية، حيث من خلاله تستخدم بعض التقنيات والتسرب أو التوغل داخل الجماعة الإجرامية والتظاهر بالإشتراك في الجريمة، قصد جمع الأدلة عنها والكشف عن مرتكبيها".

⁷ - عبد الرحمان خلفي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري والمقارن، الطبعة الثانية، دار بلقيس، الجزائر 2016، ص ص 97،98.

⁸ - عبد الرحمان خلفي، المرجع نفسه، ص 105.

⁹ - art 706-81-3 « l'infiltration fait l'objet d'un rapport rédigé par l'officier de police judiciaire ayant coordonné l'opération , qui comprend les éléments strictement nécessaires a la constatation des infractions et ne mettant pas en danger la sécurité de l'agent infiltré et des personnes requises au sens de l'article 706-82 »

¹⁰ - أنظر مسودة مشروع قانون يقضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية، المرجع السابق.

المطلب الثاني: صفات التسرب

حفاظا على حياة المتسرب وحمايتها وحماية عائلته، ومن أجل كذلك الوصول إلى معرفة عناصر الشبكة الإجرامية والوقوع بها، ألزم المشرع الجزائري على أن تنفذ العملية في سرية تامة وبهوية مستعارة والتنكر وإستعمال الخديعة والتعامل مباشرة مع الفاعل الأصلي للجريمة.

ومنه فإن لعملية التسرب ثلاثة صفات السرية (الفرع الأول)، الخديعة وإستعمال الهوية المستعارة (الفرع الثاني) التداخل (الفرع الثالث).

الفرع الأول: السرية

لقد أجاز المشرع الجزائري لضابط الشرطة القضائية أو عون الشرطة القضائية المتسرب إخفاء هويته وصفته الحقيقية أثناء القيام بالمهمة، وفق ما نصت عليه المادة 65 مكرر 01/16 من القانون 06-22 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، التي نصت على أنه: "لا يجوز إظهار الهوية الحقيقية لضابط أو أعوان الشرطة القضائية الذين باسروا عملية التسرب تحت هوية مستعارة في أي مرحلة من مراحل الإجراءات"، وهو نفس الشيء الذي ذهب إليه المشرع الفرنسي أين جعل العملية تتم تحت إخفاء هوية المتسرب في كل مراحل العملية وفق ما نستخلصه من نص المادة 706-84 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي⁽¹¹⁾، وكذا ما جاء بمسودة مشروع قانون يقضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية المغربية من خلال ما نستخلصه من نص المادة 82-16 منها، التي نصت على أنه: "لا يمكن الكشف عن الهوية الحقيقية لضابط أو عون الشرطة القضائية منذ عملية الإختراق بهوية مستعارة في أي مرحلة من مراحل العملية".

ولعل إقرار المشرع الجزائري وعلى غرار المشرع الفرنسي و ما جاء بمسودة مشروع قانون يقضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية المغربية بالزامية إخفاء الهوية الحقيقية للمتسرب أو المخترق، يعود إلى الحفاظ على حياة المتسرب وحياة أسرته هذا من جهة، وتمكين المتسرب من التوغل داخل الجماعة الإجرامية والتظاهر بأنه شريك في الجريمة أو فاعل أصلي، مما يساعد للوصول إلى الخيوط الحقيقية للجريمة من جهة أخرى.

إلى جانب هذا نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم بإجراء هذه العملية في السرية بإستعمال كلمة "لا يجوز"، مما يوحي أن المشرع قد جعل من بين شروط صحة هذه العملية إجرائها في السرية وبهوية مستعارة وان كل ما يخالف ذلك يعرض هذا الإجراء للبطلان.

الفرع الثاني: الحيلة والخديعة

إن عملية التسرب جاءت في إطار ظهور الجريمة الحديثة والخطيرة والتي تفاقمت بإستعمال وسائل الإعلام والاتصال، لذا لنجاح هذه العملية ما على ضباط وأعوان الشرطة القضائية إلا إستعمال الحيلة والخديعة، وإفتعال سيناريوهات وهمية لكسب ثقة المجرمين لجمع المعلومات المتعلقة بالجريمة.

¹¹ - art 706-84 « l'identité réelle des officiers ou agents de police judiciaire ayant effectuée l'infiltration sous une identité d'emprunt ne doit apparaître à aucun stade de la procédure ».

الفرع الثالث: التداخل

هو قيام علاقة تداخل مباشرة بين ضابط أو عون الشرطة القضائية المتسرب والفاعل المحتمل ضبطه، وهي العناصر الأساسية لعملية التسرب⁽¹²⁾.

المطلب الثالث: صور التسرب والجهة المخولة بمراقبته وتنفيذه

إن التسرب الذي يقوم به ضابط أو عون الشرطة القضائية قد يظهر فيه دوره كفاعل أصلي في الجريمة، أو يظهر فيه كشريك لها، كما قد يمكن له إخفاء الأشياء المتحصل عليها من الجريمة لإيهام الأشخاص المشتبه فيهم بأنهم جزءا منهم، إلى جانب أن العملية أعطيت صلاحية منحها لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية المختص إقليميا.

وعليه سوف نتطرق إلى صور التسرب في (الفرع الأول)، والجهة المخولة بمراقبته وتنفيذه في (الفرع

الثاني).

الفرع الأول: صور التسرب

لقد نصت المادة 65 مكرر 12 من القانون رقم 06-22 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية على أنه: " يقصد بالتسرب قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية بمراقبة الأشخاص المشتبه في إرتكابهم جنائية أو جنحة أو بإيهاهم أنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف".

من خلال نص المادة 65 مكرر 12 السالفة الذكر نستخلص أن المشرع الجزائري قد حدد ثلاثة صور يتم بها التسرب وهي إعتبار الضابط أو العون المتسرب كفاعل أصلي أو شريك، أو يتم التسرب خفية، وهي نفس الصور التي جاء بها المشرع الفرنسي في نص المادة 706-81 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي التي نصت على أنه يمكن لضابط الشرطة القضائية أو عون الشرطة القضائية المتسرب التظاهر أمام الأشخاص المجرمين كأشخاص فاعلين أو شركاء أو متلقين⁽¹³⁾، والتي حددتها كذلك مسودة مشروع قانون يقضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية المغربية في نص المادة 82-11 منها، التي نصت على أنه: " يتيح الإختراق لضابط أو عون الشرطة القضائية المختص تحت إشراف ومراقبة النيابة العامة تتبع ومراقبة الأشخاص المشتبه فيهم من خلال التظاهر أما هؤلاء الأشخاص بأنه فاعل، أو شريك أو مساهم أو مستفيد من الأفعال الإجرامية موضوع البحث، ويمكنه لهذه الغاية إستعمال هوية مستعارة، كما يمكنه عند الضرورة إرتكاب إحدى الأفعال المبينة في المادة 82-12 بعده".

¹² - مجراب الذوايدي، الأساليب الخاصة للبحث والتحري في الجريمة المنظمة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون العام، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2015 2016، ص 333.

¹³ - art 706-81 «...l'infiltration consiste, pour un officier ou un agent de police judiciaire spécialement habilité dans des conditions fixées par décret et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire chargé de coordonner l'opération à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant passer, auprès de ces personnes comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs... »

ويعتبر فاعلا وفق نص المادة 41 من الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي⁽¹⁴⁾، إذ أنه ولكي يتوصل ضابط أو عون الشرطة القضائية المأذون له بعملية التسرب إلى الهدف المنشود، لابد أن يتصرفوا مع المشتبه فيهم كأنهم عناصر منهم وفاعلين مساهمين في الجريمة، لكسب ثقتهم وللحصول على دليل مادي لإيقاع المشتبه فيهم وليس لتحريضهم على ارتكاب الجريمة⁽¹⁵⁾.

كما عرف المشرع الجزائري الشريك في الجريمة في المادة 42 من الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم على أنه كل شخص لم يشترك إشتراكا مباشرا، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك⁽¹⁶⁾، كما حدد الأشخاص الذين يدخلون في حكم الشريك بموجب المادة 43 من ذات الأمر وهو كل شخص إعتاد أن يقدم مسكنا أو مكانا للاجتماع لوحد أو أكثر من الأشرار الذين يمارسون اللصوصية أو العنف ضد أمن الدولة والأمن العام والأشخاص والأموال مع علمه بسلوكهم الإجرامي⁽¹⁷⁾.

وعلا بمحتوى هذه النصوص القانونية الخاصة بالشريك، فإنه يعتبر عون أو ضابط الشرطة القضائية المأذون له بعملية التسرب وكذا العون المسخر شركاء في الجريمة، بالنظر إلى المساعدة المادية والمعنوية التي يقدمونها للمشتبه فيهم لإنجاز مخططاتهم الإجرامية، لكن دون أن يكونوا مسؤولين جزائيا عن ذلك لأنها تدخل ضمن الأفعال المبررة.

كما جعل المشرع الجزائري وعلى غرار المشرعين الفرنسي وما جاء بمسودة مشروع قانون يقضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية المغربية من بين الصور التي تتم بها عملية التسرب الإخفاء، والذي تطرقت إليه نص المادة 387 من الأمر 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم⁽¹⁸⁾، والتي على حسبها يجوز لعون أو ضابط الشرطة القضائية المأذون له والمسخر للعملية، بأن يلجأ إلى إخفاء الأشياء المتحصل عليها من الجريمة لإيهام الأشخاص المشتبه فيهم بأنهم جزءا منهم، وهذا دون أن يرتب عليهم أية مسؤولية جزائية⁽¹⁹⁾.

¹⁴ - أنظر المادة 41 من الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، ج ر ع 49 الصادرة بتاريخ 1966/07/11.

¹⁵ - مجراب الدواوي، المرجع السابق، ص 364.

¹⁶ - أنظر المادة 42 من الأمر 66-156، المرجع السابق.

¹⁷ - أنظر المادة 43، المرجع نفسه.

¹⁸ - أنظر المادة 387، المرجع نفسه.

¹⁹ - مجراب الدواوي، المرجع السابق، ص 365.

الفرع الثاني: الجهات المخولة لها بمراقبة عملية التسرب وتنفيذه

سوف نتطرق إلى الجهات المخولة لها بمراقبة عملية التسرب (أولا)، ثم نتطرق إلى الجهات المختصة بتنفيذ إذن التسرب (ثانيا).

أولا: الجهات المخولة لها بمراقبة عملية التسرب

لقد خول المشرع الجزائري مهمة منح الإذن بالتسرب إلى وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق وفي نفس الوقت أوكل لهما صلاحيات الرقابة على هذه العملية، هذا ما نجده قد نصت عليه المادة 65 مكر 11 من القانون رقم 22/06 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية على أنه: "... يجوز لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية أن يأذن تحت رقابته حسب الحالة بمباشرة عملية التسرب ضمن الشروط...".

وبما أن وكيل الجمهورية هو الممثل للنيابة العامة على مستوى المحكمة، أوكل له المشرع حق مباشرة الدعوى العمومية وتحريكها⁽²⁰⁾، كما أوكلت له كافة الصلاحيات لإتخاذ الإجراءات اللازمة للبحث والتحري عن الجرائم بصفة عامة قبل إحالتها على التحقيق⁽²¹⁾، هذه الصفة أعطت الحق لوكيل الجمهورية منح الإذن إلى ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق عملية التسرب إذا تطلبت ضرورات التحقيق والتحري في تلك الجرائم المذكورة في نص المادة 65 مكرر 05 من القانون 22-06⁽²²⁾، كما خولت له هذه الصفة منح الإذن بالتسرب في حالة الجرائم المتلبس بها.

هذا وإلى جانب وكيل الجمهورية أعطى المشرع الجزائري الصلاحية لقاضي التحقيق في منح الإذن بالتسرب، وهذا بعد إخطار وكيل الجمهورية من طرف ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق عملية التسرب في مجال البحث والتحري عن الجرائم، وفق ما نصت عليه المادة 65 مكرر 11 من القانون 22/06⁽²³⁾، وهذا ما يتطابق مع نص المادة 706-81 الفقرة الأولى منها من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، أين أوكل من خلالها المشرع الفرنسي كذلك مهمة منح الإذن بالتسرب لوكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية، كما تكون أعمال الضبطية القضائية المكلفة بالتنسيق في العملية تحت رقابتها⁽²⁴⁾، هذا على عكس

²⁰ - علي شلال، السلطة التقديرية للنيابة العامة في الدعوى العمومية، دار هومة للنشر والتوزيع الجزائر 2008، ص 21.

²¹ - أنظر المادة 42 من القانون 22-06، المرجع السابق.

²² - تنص المادة 65 مكرر 05 من القانون 22-06 المعدل والمتمم للأمر 66-155 على أنه "إذا إقتضت ضرورات التحري في الجرائم المتلبس بها أو التحقيق الابتدائي في جرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو جرائم تبييض الأموال أو الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصراف وكذا جرائم الفساد، يجوز لوكيل الجمهورية المختص أن يأذن بمايلي:..."

²³ - أنظر المادة 65 مكرر 11 من القانون 22/06، المرجع السابق.

²⁴ - Art 706-81 "... l'orsque les nécessites de l'enquêtes ou de l'instruction l'un des crimes ou délits entrant dans le champs d'application des articles 706-73 et 73-1 le justifiant, le procureur de la république ou après avis de ce magistrat, le juge d'instruction saisi peuvent autoriser qu'il soit procède, sous leur contrôle respectif a une opération d'infiltration dans des conditions prévues par la présente section »

ما جاء بمسودة مشروع قانون يقضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية المغربية حيث أوكلت مهمة منح الإذن بالتسرب أو الإختراق في الجرائم المنصوص عليها في نص المادة 108⁽²⁵⁾ من مشروع المسودة إلى النيابة العامة دون سواها، والتي تكون تحت مراقبتها، وهذا ما نستخلصه من نص المادة 82-11 منها⁽²⁶⁾.

ثانيا: الجهات المخولة لها تنفيذ الإذن بالتسرب

لقد أوكل المشرع الجزائري وفق ما نصت عليه المادة 65 مكرر 12 من القانون 22/06 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائئية مهمة تنفيذ عملية التسرب إلى ضباط وأعوان الشرطة القضائية، تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق عملية التسرب⁽²⁷⁾، وبهذا أخذ بنفس النهج الذي أخذ به المشرع الفرنسي من خلال ما أشار إليه في نص المادة 706-81 الفقرة الثانية منها، والذي جعل تنفيذ عملية التسرب من مهمة ضابط الشرطة القضائية أو عون الشرطة القضائية، والذي يكون تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المنسق للعملية⁽²⁸⁾.

ولعل أنه عندما أسند المشرع الجزائري مهمة مراقبة عملية التسرب والإذن به إلى الجهة القضائية ممثلة في وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق المختص إقليميا، أراد من وراء ذلك حماية الحقوق والحريات العامة في المجتمع وعدم المساس بها، وحماية للفرد القائم بالعملية من الأخطار التي تتجم عنه والتي تصل إلى حد الوفاة، ناهيك عن حماية أفراد أسرته هذا من جهة، ومن جهة أخرى ضمان تحقيق العملية لنتائجها والوصول إلى خيوط الجريمة.

المبحث الثاني: شروط إجراء التسرب وضماناته

بالإضافة إلى الصفات التي تتم بها تنفيذ عملية التسرب داخل المجموعة الإجرامية، والتي تهدف إلى حماية المتسرب وحماية أسرته من كل الأخطار المحتملة، وتلك الصور والأشكال التي يمكن أن يظهر فيها المتسرب خلال العملية كعنصر في الجماعة الإجرامية، قصد الوصول إلى تحديد العناصر المكونة لها، والتي جاء بها المشرع الجزائري في تعديل قانون الإجراءات الجزائئية لسنة 2006، وكذا الجهات المخولة لها مراقبته وتنفيذه من وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية المختص إقليميا.

²⁵ - تنص المادة 108 من مسودة مشروع قانون يقضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية: "الجرائم التي تمس بأمن الدولة أو جريمة إرهابية أو جريمة منظمة أو تتعلق بالعصابات الإجرامية أو بالقتل أو التسمم أو بالإختطاف أو اخذ الرهائن أو بتزييف أو بتزوير النقود أو سندات القرض العام أو بالمخدرات والمؤثرات العقلية أو بالأسلحة والذخيرة والمتفجرات أو بحماية الصحة أو بغسل الموال أو بالرشوة أو إستغلال النفوذ أو الغدر أو إختلاس أو تبيد المال العام، أو بالجريمة الماسة بنظام المعالجة الآلية للمعطيات أو جريمة الإبادة الجماعية أو الجرائم ضد الإنسانية أو جرائم الحرب والإتجار بالبشر".

²⁶ - أنظر 82-11 من مشروع قانون يقضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية، المرجع نفسه.

²⁷ - أنظر المادة 65 مكرر 12 من القانون 22/06، المرجع السابق.

²⁸ - art 706-81 "l'infiltration consiste, pour un officier ou un agent de police judiciaire spécialement habilité dans des conditions fixées par décret et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire chargé de coordonner l'opération ... »

فإن المشرع الجزائري كذلك قد أخضع هذه العملية لمجموعة من الشروط التي تتم وفقها وإلا كانت باطلة، إلى جانب وضعه لمجموعة من الضمانات التي قررها لصالح منفذي العملية حماية لهم من جهة ومن جهة أخرى جعل كل الأعمال التي قاموا بها في إطار المهمة المسندة إليهم وإن كانت في الأصل أعمالا مجرمة من الناحية القانونية تصبح مباحة، ويتم إعفائهم من المسؤولية الجزائية المترتبة عن ذلك. وعلى هذا سوف نتطرق إلى شروط إجراء التسرب (المطلب الأول)، وفي (المطلب الثاني) نتطرق إلى الضمانات المقررة لمنفذه.

المطلب الأول: شروط إجراء التسرب

إن المشرع الجزائري قد وضع مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية لإجراء عملية التسرب يستلزم التقيد والإلتزام بها، ولهذا سوف نتطرق إلى الشروط الشكلية (الفرع الأول)، وإلى الشروط الموضوعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط الشكلية

إن لمباشرة هذا الإجراء ألزم المشرع الجزائري أن يصدر إذنا للقيام به، وأن يكون قانونيا وحاملا لصفة الوثيقة الرسمية، وهو ذلك الأمر القضائي الصادر عن وكيل الجمهورية المختص إقليميا، أو قاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية وفق ما نصت عليه المادة 65 مكرر 11 التي تنص على أنه: "عندما تقتضي ضرورات التحري أو التحقيق في إحدى الجرائم المذكورة في المادة 65 مكرر 05 أعلاه، يجوز لوكيل الجمهورية أو لقاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية أن يأذن تحت رقابته حسب الحالة بمباشرة عملية التسرب ضمن الشروط المبينة في المواد أدناه".

كما أنه لا بد من أن يكون هذا الإذن مكتوبا ومسببا بذكر المبررات التي إستندت إليها النيابة العامة لإصداره، والتي دفعت ضابط الشرطة القضائية لتنفيذ عملية التسرب، وأن تحدد الجريمة التي يبرر اللجوء إلى هذه العملية، وهوية صفة ضابط الشرطة القضائية الذي تتم تحت مسؤوليته، وذكر مدة التسرب⁽²⁹⁾.

أما عن الشروط الشكلية الأخرى فقد نص المشرع الجزائري على أن يكون الإذن مكتوبا ومسببا وان تحدد فيه مدة التسرب التي لا يمكن أن تتعدى أربعة (04) أشهر، وأن تذكر في الإذن الجريمة التي تبرر اللجوء إلى هذا الأخير، وهوية ضابط الشرطة القضائية الذي تتم العملية تحت مسؤوليته⁽³⁰⁾، وهو ما يتطابق مع نص المادة 01-81-706 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي⁽³¹⁾ التي إشتطرت وجوب الحصول على الإذن

²⁹ - هشام بنعلي، إجراء الإختراق كآلية للكشف على بعض الجرائم على ضوء مسودة مشروع قانون المسطرة الجنائية، المجلة المغربية للقانون الجنائي والعلوم الجنائية، مركز الدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية وجدة، المملكة المغربية، العدد الثاني، 2015، ص 42.

³⁰ - انظر في ذلك المادة 65 مكرر 15 فقرة 01 من القانون 06/22، المرجع السابق

³¹ - Art 706-81-1 " l'orsque les nécessites de l'enquêtes ou de l'instruction l'un des crimes ou délits entrant dans le champs d'application des articles 706-73 et 73-1 le justifient, le procureur de la république ou après avis de ce magistrat, le juge d'instruction saisi peuvent autoriser qu'il soit

للقيام بعملية التسرب، ومع نص المادة 706-83 من ذات القانون⁽³²⁾ التي إشتطرت أن يكون هذا الإذن مكتوبا ومسببا، ويبين فيه طبيعة الجريمة وهوية ضابط الشرطة القضائية ومدة التسرب.

ونجد كذلك نفسها نفس الشروط الشكلية التي وضعها المشرع الجزائري والمحددة بمسودة مشروع قانون يقضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية المغربية من خلال المادتين 82-11⁽³³⁾ و 83-13⁽³⁴⁾ منه، إلا أنه يختلف في مدة التسرب أو الإختراق، حيث أن المشرع الجزائري حددها بأربعة (04) أشهر قابلة للتجديد، أما بمشروع المسودة فقد حددت بستة (06) أشهر قابلة للتجديد.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية

من خلال إستعراضنا لنص المادة 65 مكرر 11 من القانون 06/22 يمكن لنا أن نستخلص الشروط الموضوعية التي وضعها المشرع الجزائري لإجراء التسرب، وهي حالة الضرورة (أولا)، وأن يكون التسرب تحت مسؤولية ضابط شرطة قضائية المنسق للعملية (ثانيا).

أولا: وجود حالة ضرورة

لقد نصت المادة 65 مكرر 11 من القانون 22/06⁽³⁵⁾ على هذه الحالة بعبارة " عندما تقتضي ضرورات التحري أو التحقيق في الجرائم المذكورة على سبيل الحصر في المادة 65 مكرر 05 أعلاه..." وهو ما نجده يتطابق مع نص المادة 706-81 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، عندما إستعمل المشرع الفرنسي les nécessites التي يقصد بها ضرورات البحث⁽³⁶⁾، مما نستنتج أنه إذا كان بإمكان النيابة العامة إستعمال الطرق الكلاسيكية في البحث والتحري عن الجرائم، فإنه لا يجوز لها اللجوء إلى إجراء عملية التسرب إلا للضرورة فقط.

ونرى كذلك أنه جاء بمسودة مشروع القانون السالفة الذكر المشرع المغربي قد جعلت من بين الشروط الموضوعية لإجراء التسرب وجود حالة الضرورة هذا ما نستخلصه من نص المادة 82-3-1 منها، التي تنص

procède , sous leur contrôle respectif a une opération d'infiltration dans les conditions prévues par la présente section... »

³² - Art 706-83 « a peine de nullité, l'autorisation donnée en application de l'article 706-81 est délivrée par écrite et doit être spécialement motivée.

elle mentionne la ou les infractions qui justifient le recours a cette procédure et l'identité de l'officier... ».

³³ - أنظر المادة 82-11 من مسودة مشروع قانون يقضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية، المرجع السابق.

³⁴ - أنظر المادة 83-13 المرجع نفسه.

³⁵ - تنص المادة 65 مكرر 11 من القانون 06/22 على أنه: " عندما تقتضي ضرورات التحري او التحقيق في الجرائم المذكورة

على سبيل الحصر في المادة 65 مكرر 05 أعلاه يجوز لوكيل الجمهورية أو لقاضي التحقيق بعد إخطار وكيل الجمهورية أن يأذن تحت رقابته حسب الحالة بمباشرة عملية التسرب ضمن الشروط

³⁶ - « Art 706-81-1 « l'orsque les nécessites de l'enquêtes ou de l'instruction... »

على أنه: " إذا إقتضت ضرورة البحث..."، إذ تتوافق في هذا الشرط مع ما جاء به المشرع الجزائري والفرنسي⁽³⁷⁾.

ثانيا: إجراء التسرب تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المنسق للعملية

إن هذا الشرط أوصى به المشرع الجزائري من خلال نص المادة 65 مكرر 12 من القانون 06/22 التي تنص على أنه: " يقصد بالتسرب قيام ضابط عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية..."، كما أمكن المشرع الجزائري ووفق المادتين 65 مكرر 13⁽³⁸⁾ و 65 مكرر 14⁽³⁹⁾ إدراج أشخاص آخرين للمشاركة في عملية التسرب، وهم الأشخاص المسخرين للعملية من تقنيين أو فنيين أو مخبريين يستعين بهم عون أو ضابط الشرطة القضائية المتسرب في عمله ومساعدتهم له وهو ما يتوافق مع ما جاء بمسودة مشروع قانون يقضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية المغربية وما جاء به المشرع الفرنسي كذلك، حيث جعلت مسودة المشروع وألزمت أن تكون عملية التسرب أو الإختراق تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المنسق للعملية وفق ما نستخلصه من نص المادة 82-1-1 منها التي نصت على أنه: " تكون عملية الإختراق موضوع محضر أو تقرير من طرف ضابط الشرطة القضائية الذي عهد إليه بتنسيق العملية...". كما أُلزم كذلك المشرع الفرنسي ضمن المادة 706-81 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي⁽⁴⁰⁾ أن تكون عملية التسرب تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المنسق للعملية، لكن يختلف معهما المشرع الجزائري من حيث الأشخاص المسخرين للعملية والذين يعتبرون متسربين، أين نجد كل من المشرع الفرنسي وكذا ما جاء بمسودة المشروع المغربية لم ينص كل واحد عليهما مما يثير تساؤل حول شرعية الإستعانة بهم في العملية من عدمها.

المطلب الثاني: الضمانات المقررة لمنفذي عملية التسرب

نتيجة لخطورة عملية التسرب على تنفيذها خلال العملية أو بعد إنتهائها، نجد أن التشريعات العقابية الحديثة التي أخذت بهذه العملية قد كفلت حماية خاصة لمنفذي العملية، والتي تتمثل في الإعفاء من المسؤولية الجنائية (الفرع الأول)، معاقبة كل شخص كشف عن هوية منفذي عملية التسرب (الفرع الثاني) وعدم جواز الإستماع إلى أقوال ضابط أو عون الشرطة القضائية المتسرب كشاهد (الفرع الثالث).

³⁷- أنظر المادة 82-3-1 من مسودة مشروع قانون يقضي بتغيير وتتميم قانون المسطرة الجنائية، المرجع السابق .

³⁸- تنص المادة 65 مكرر 13 على أنه: " يحرر ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق عملية التسرب تقريرا يتضمن العناصر الضرورية لمعينة الجرائم غير تلك التي قد تعرض للخطر أمن الضابط أو العون المتسرب وكذا الأشخاص المسخرين طبقا للمادة 65 مكرر 14 أذناه"

³⁹- تنص المادة 65 مكرر 14 على أنه: " يمكن ضباط وأعاون الشرطة القضائية المرخص لهم إجراء عملية التسرب والأشخاص الذين يسخرونهم لهذا الغرض ، دون أن يكونوا مسؤوليين جزائيا القيام بما يأتي:..."

⁴⁰ - art 706-81 "...l'infiltration consiste, pour un officier ou un agent de police judiciaire spécialement habilité dans des conditions fixées par décret et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire chargé de coordonner l'opération ... »

الفرع الأول: الإعفاء من المسؤولية الجنائية

وهي إعفاء ضباط وأعاون الشرطة القضائية المأذون لهم بتنفيذ عملية التسرب والمسخرين لها عن كل الأفعال المرتبطة بهذه العملية⁽⁴¹⁾، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في نص المادة 65 مكرر 14 من القانون 06/22 التي تنص على أنه: " يمكن لضباط وأعاون الشرطة القضائية المرخص لهم بإجراء عملية التسرب والأشخاص الذين يسخرونهم لهذا الغرض، دون أن يكونوا مسؤولين جزائيا القيام بما يأتي:

- إقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم أو إعطاء مواد أو أموال أو منتوجات أو وثائق أو معلومات متحصل عليها من ارتكاب الجرائم أو مستعملة في ارتكابها.

- إستعمال أو وضع تحت تصرف مرتكبي هذه الجرائم الوسائل ذات الطابع القانوني أو المالي، وكذا وسائل النقل أو التخزين أو الإيواء، أو الحفظ أو الإتصال".

ومنه فإن المشرع الجزائري قد جعل من هذه الأفعال من الأفعال المبررة والمباحة لأعاون وضباط الشرطة القضائية والمسخرين لعملية التسرب، إذ أخرجها من دائرة التجريم إلى دائرة الأفعال المبررة الغير معاقب عليها، عملا بنص المادة 39 الفقرة الأولى من الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، التي نصت على أنه لا تشكل جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون⁽⁴²⁾.

وعند مطابقتنا لنص المادة 65 مكرر 14 من القانون 66/22 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بنص المادة 82-3 من مشروع قانون يقضي بتغيير وتنظيم قانون المسطرة الجنائية المغربي الفقرة الثانية منها، نستنتج أن المشرع الجزائري يتوافق مع ما أقرته مسودة مشروع القانون المغربية فيما يخص الإعفاء من المسؤولية الجنائية لأعاون الشرطة القضائية وضباط الشرطة القضائية والمسخرين للعملية، إذ تنص المادة 82-3 من المسودة على أنه: " يعفى من المسؤولية الجنائية لضباط وأعاون الشرطة القضائية المأذون لهم بتنفيذ عملية الإختراق بمناسبة مباشرتهم للعمليات المذكورة أعلاه.

يعفى من المسؤولية الجنائية بالنسبة للأفعال المرتبطة مباشرة بتنفيذ عملية الإختراق، الأشخاص الذين تمت الإستعانة بهم لإتمام عملية الإختراق، المعينين سلفا من طرف ضباط الشرطة القضائية المأذون لهم بمباشرتها إذا كانت النيابة العامة قد أشعرت بذلك".

⁴¹ - علاوة هوام، التسرب كآلية للكشف عن الجرائم في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مجلة الفقه والقانون المنشورة على الموقع الإلكتروني : www.majalah.new.ma ص 04 .

⁴² - أنظر المادة 01/39 من الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم ، ج ر ع 49 الصادرة بتاريخ 11/07/1966 .

ومنه فإن نص المادة 82-3 من مشروع المسودة وعلى غرار المشرع الجزائري، نرى أنها قد جعلت سببا من أسباب الإباحة الأفعال التي يقوم بها المتسرب والمسخر لذلك ونزعت عنها صفة التجريم، وجعلتها من الأفعال المبررة في هذا الشأن لا عقاب عليها وفق نص المادة 124 من القانون الجنائي المغربي⁽⁴³⁾. أما عن المشرع الفرنسي ومن خلال نص المادة 706-82 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي⁽⁴⁴⁾ نرى أنه يختلف مع المشرع الجزائري وكذا لما ما أقرته مسودة المشروع المغربية من حيث الإعفاء من المسؤولية الجزائية، حيث أنه أعفى أعوان وضباط الشرطة القضائية المرخص لهم بعملية التسرب من المسؤولية الجزائية، دون ذكر الأشخاص المسخرين لهذه العملية بل أغفل على إعفائهم من المسؤولية الجنائية.

الفرع الثاني: معاقبة كل شخص كشف عن هوية منفذي عملية التسرب

لقد رتب المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات العقابية الأخرى مجموعة من العقوبات على كل شخص تسبب في الكشف عن الهوية الحقيقية لضابط أو عون الشرطة القضائية المنفذ لعملية التسرب، حيث وفر لهؤلاء المتسربين حماية قانونية من خلال ما نستخلصه من نص المادة 65 مكرر 16 من القانون 66/22 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، والتي تنص على معاقبة كل شخص يكشف هوية ضباط الشرطة القضائية بالحبس من سنتين (02) إلى خمسة (05) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج، وتشدد العقوبة إذا تسبب هذا الكشف عن الهوية في أعمال عنف أو ضرب أو جرح على احد هؤلاء الأشخاص أو أزواجهم أو اصولهم المباشرين تكون العقوبة بالحبس من خمسة (05) سنوات إلى عشرة (10) سنوات والغرامة من 200.000 دج إلى 500.000 دج وإذا تسبب هذا الكشف في وفاة أحد هؤلاء الأشخاص تكون العقوبة من عشرة (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة والغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج⁽⁴⁵⁾. وعند تفحصنا لنص المادة 82-6-3 من مسودة مشروع قانون يقضي بتعديل وتتميم قانون المسطرة الجنائية، نستخلص أنها قد وفرت كذلك حماية لهؤلاء الأشخاص كما ذهب إليه كذلك المشرع الجزائري في هذا الشأن، لكن بعقوبات أكبر مما أقره المشرع الجزائري، أين قررت عقوبات تتراوح بين الحبس والسجن والتي قد تصل إلى السجن بثلاثين (30) سنة، بالإضافة إلى غرامة مالية قد تصل إلى خمسين ألف (50.000) درهم، وذلك حسب جسامه الضرر المتسبب للمنفيذ أو لأحد أفراد عائلته بما في ذلك الأصول والفروع، وقد تصل العقوبة إلى السجن المؤبد إذا كان الكشف عن الهوية الحقيقية من طرف الشخص الذي إستعان به منفذ العملية لإتمام إجراء الإختراق⁽⁴⁶⁾.

⁴³ - أنظر المادة 124 من مجموعة القانون الجنائي المغربي المعدل والمتمم، ظهير شريف رقم 1.59.413 المؤرخ في 26 نوفمبر 1962 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر بتاريخ 05/جويلية/1963 .

⁴⁴ Art 706-82 " les officiers ou agents de police judiciaire autorisés a procéder a une opération d'infiltration peuvent, sur l'ensemble du territoire national, sans être pénalement responsables de ces actes..."

⁴⁵ - أنظر المادة 65 مكرر 16 من القانون 06/22، المرجع السابق.

⁴⁶ - أنظر المادة 82-6-3 من مشروع قانون يقضي بتعديل وتتميم قانون المسطرة الجنائية المغربي، المرجع السابق.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد وفر كذلك حماية لهؤلاء الأشخاص المتسربين من خلال ما نستخلصه من نص المادة 706-84 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، حيث نرى أنه قد قرر عقوبات تصل إلى خمسة (05) سنوات سجنا وغرامة تقدر بـ 75000 أورو، وإذا كان هذا الكشف عن الهوية أدى إلى ضرب أو جرح المنفذ أو احد أفراد عائلته بما في ذلك الأصول والفروع، قد تصل العقوبة إلى سبعة (07) سنوات سجنا وغرامة بـ 100.000 أورو، وفي حالة ما إنجر عنها الوفاة لأحدهم قد تصل العقوبة إلى عشرة (10) سنوات سجنا وغرامة بـ 150.000 أورو⁽⁴⁷⁾.

من خلال ما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري وعلى غرار المشرع الفرنسي وكذا ما أقرته مسودة مشروع تنظيم وتعديل قانون المسطرة الجنائية المغربية، قد شدد في العقوبة المقررة للشخص الذي يكشف عن هوية منفاذ عملية التسرب، وهذا حسب جسامة الضرر الناتج عن ذلك، لكن ما يؤخذ عليه أنه لم يدرج العقوبة الخاصة بالشخص المسخر للعملية قصد إتمام إجراءات التسرب، وجعله في نفس المرتبة مع الأشخاص الآخرين والتي لا بد أن تكون مشددة، لأن هذا الشخص المسخر يعتبر الشخص الذي يعرف ضابط الشرطة القضائية أو عون الشرطة القضائية المتسرب معرفة جيدة ويعرف عنه كل شيء، كما يعرف أسرته وأصوله وفروعه معرفة جيدة، مما كان لزاما من تشديد العقوبة على هذا الشخص كما جاء تشديدها بمسودة المشروع المغربية والتي قد تصل إلى السجن المؤبد.

الفرع الثالث: عدم جواز الإستماع إلى أقوال ضابط أو عون الشرطة القضائية المتسرب كشاهد

إن من بين أنواع الحماية التي قررها المشرع الجزائري للشخص المنفذ لعملية التسرب، عدم تقديم العون المتسرب للإدلاء بشهادته، بل يجوز فقط سماع ضابط الشرطة القضائية الذي تجرى العملية تحت مسؤوليته دون سواه، بوصفه شاهدا عن العملية حفاظا على حياة العون وحياة أسرته، هذا ما نصت عليه المادة 65 مكرر 18 من القانون 06 /22 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية⁽⁴⁸⁾ ، وهذا ما يتطابق مع نص المادة 706-86 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي التي سمحت كذلك بسماع ضابط الشرطة القضائية كشاهد الذي تجرى العملية تحت مسؤوليته دون سواه⁽⁴⁹⁾، وهذا عكس وهذا عكس ما جاء بمسودة المشروع المغربية من خلال ما نستنتجه من نص المادة 347 فقرة 1 و 2 و 3 منها مشروع قانون، فإنه قد كفل حماية كذلك للعون المتسرب أو المخترق، وهذا بسماع فقط ضابط الشرطة القضائية المسؤول عن العملية لوحده فقط كشاهد، لكن وفي نفس الوقت جعل إمكانية السماع للعون المتسرب في حالة موافقته فقط، وهذا في حالة ما إذا كانت شهادته هي الوسيلة الوحيدة لإثبات الحقيقة⁽⁵⁰⁾.

⁴⁷ - أنظر المادة 706-84 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، المرجع السابق.

⁴⁸ - أنظر المادة 65 مكرر 18 من القانون 06/22 ، المرجع السابق

⁴⁹ - art 706-86 « l'officier de police judiciaire sous la responsabilité duquel se déroule l'opération d'infiltration peut seul être entendu en qualité de témoin sur l'opération... »

⁵⁰ - أنظر المادة 47-1-2-3 من مسودة مشروع قانون يقضي بتعديل وتنظيم قانون المسطرة الجنائية المغربية، المرجع السابق.

خاتمة

لقد جاء تعديل الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006 يحمل العديد من التعديلات وهذا لمواكبة التطور الذي تشهده السياسة العقابية في مجال محاربة الجريمة بشتى أشكالها، حيث أعطيت من خلاله أوسع الصلاحيات للجهاز القضائي وتم التعزيز من صلاحيات الضبط القضائي، لمحاربة الأشكال الجديدة والخطيرة للجريمة والتي تهدد بإستقرار المجتمع، ومن بين هذه الصلاحيات المخولة لهما السماح ولأول مرة بإستعمال أساليب وتقنيات جديدة في البحث والتحري عن بعض الجرائم، التي لم يكن مسموحا إستعمالها من قبل كونها تعتبر إنتهاكا لخصوصيات الأشخاص وحرّياتهم، والتي من بينها أسلوب "التسرب" أو "الإختراق" الذي من خلاله يتمكن عون أو ضابط الشرطة القضائية في التوغل داخل مجموعة إجرامية للوصول إلى مرتكبي الجرائم وتقديمهم إلى العدالة .

وإن لجأ المشرع الجزائري إلى هذا الأسلوب أو التقنية في البحث والتحري عن الجرائم، إلا أن تجربته فتية في هذا المجال مقارنة بالتشريعات العقابية الأخرى، على غرار المشرع الفرنسي الذي أدرج هذا الأسلوب في محاربة الجريمة، الشيء الذي يستوجب تحيين ومراجعة بعض النصوص القانونية المتعلقة بالتسرب أو الإختراق وهذا كما يلي:

- لابد من الإشارة خلال القانون 06-22 إلى الأحكام الخاصة بعملية التسرب التي يقوم بها عون أو ضابط الشرطة القضائية الجزائري خارج الإقليم الوطني، وكذا تلك التي يقوم بها عون أو ضابط الشرطة القضائية الأجنبي داخل الإقليم الجزائري في إطار إحترام الإتفاقيات الثنائية بين البلدين .

- تعديل المادة 65 مكرر 18 من القانون 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006 التي تقضي بعدم سماع أقوال عون الشرطة القضائية المتسرب كشاهد، وهذا بإمكانية سماعه كشاهد في العملية خاصة إذا كانت شهادته ضرورية في التحقيق، إذ يمكن سماعه بإستعمال التقنيات الحديثة في الصوت والصورة التي تمكن من إخفاء هويته .

- تعديل المادتين 65 مكرر 13 و 65 مكرر 14 من القانون 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006 اللتان تنصان على الأشخاص المسخرين لعملية التسرب، وهذا بإمكانية فتح مجال أوسع لضباط الشرطة القضائية وتمكينهم من الإستعانة ببعض الأشخاص العاديين أو معتادي الإجرام في عملية التسرب، بما أن التجربة أثبتت أنه في غالب الأحيان لا يمكن محاربة الجريمة إلا بنخبة من المجرمين أنفسهم، كونهم أكثر معرفة من غيرهم بالأوساط الإجرامية والمجرمين، وخير دليل على نجاح إدراج العصابات الإجرامية في التسرب قضية الفرنسي "يوجين فيدريك" المسبوق قضائيا خريج السجون الفرنسية، الذي أصبح المطارذ الأول للمجرمين وليصبح في النهاية على رأس قوة أمنية بمدينة باريس.

- لابد من تعديل نص المادة 65 مكرر 05 من القانون 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006 لتوسيع مجال الجرائم التي تشملها عملية التسرب، وهذا بإضافة أنواع أخرى مستحدثة وخطيرة من الجرائم، كجرائم

إختطاف الأطفال التي تهدد المجتمع الجزائري في الآونة الأخيرة، وجرائم أخذ الرهائن المنتشرة بقوة في مجتمعنا، وجرائم الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب.

- ضرورة الإشارة في نص القانون 06-22 إلى ضرورة تكوين الأشخاص المكلفين بعملية التسرب لإعداد كوادر متخصصة في الجرائم المستحدثة والخطيرة، ووضع شروط لمباشرة هذه العملية، وإقامة تربيصات نوعية ومتخصصة للإحتكاك بنظرائهم في الدول الرائدة في هذا المجال، والإطلاع على آخر التقنيات والحديثة المستعملة في عمليات التسرب.

التحفيزات الجبائية وفعاليتها في جلب الاستثمارات بالجزائر

د. شنتوفي عبد الحميد،

أستاذ مشارك،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: abdelhamid.chentoufi@yahoo.fr

الملخص:

تعاني الجزائر كغيرها من دول العالم من ركود الاستثمارات، ومن ثم فهي تبحث عن سبل بعثها وتنشيطها، فعلى الرغم من الجهود المبذولة لتحسين مناخ الأعمال، وذلك بتطوير التشريعات وإقرار الحوافز الضريبية لتطوير وترقية الاستثمار، خصوصا القانون الساري المفعول رقم 16-09 المؤرخ في 07 أوت 2017، إلا أن الإقبال على الاستثمار محتشما وضعيفا مقارنة ببعض الدول. لذلك فإن هذه الورقة البحثية تنصب حول دراسة مدى نجاعة التحفيزات الضريبية الممنوحة للمستثمرين قصد جذبهم وتشجيعهم.

الكلمات المفتاحية:

الاستثمار، الفعالية، تشجيع، التحفيزات والمزايا الضريبية والمالية، المستثمر الوطني، المستثمر الأجنبي.

Les incitations fiscales et leur efficacité à attirer les Investissements en Algérie

Résumé :

L'Algérie, comme d'autres pays du monde souffre de la stagnation des investissements. Pour cette raison, l'Etat cherche avec tous les moyens à rénover et activer l'économie nationale.

Malgré tous les efforts menés afin d'améliorer le climat des affaires en développant les législations pour promouvoir l'investissement, notamment la loi en vigueur n°16-09 du 07 Aout 2016, cet investissement reste faible et limité.

Cette étude a pour objet la recherche des failles contenues dans la cette loi ainsi que des éléments d'efficacité des avantages conférés aux investisseurs (avantages fiscaux, financiers...)

Mots clés :

Investissement, efficacité, incitation fiscale et financière, investisseur, investisseur étranger.

Tax incentives and their effectiveness in attracting investment in Algeria

Summary:

Algeria, like other countries of the world suffers from the stagnation of investments. For this reason, the state seeks with all means to renovate and activate the national economy.

Despite all efforts to improve the business climate by developing legislation to promote investment, including the current law No. 16-09 of 07 August 2016, this investment remains low and limited.

This study aims to find the flaws contained in this law as well as elements of effectiveness of the benefits conferred on investors (tax, financial benefits ...)

Keywords:

Investment, efficiency, tax and financial incentive, investor, foreign investor.

مقدمة

تعمل التنمية بكل أبعادها، لا سيما الاقتصادية منها على زيادة الإنتاج والدخل للإقتصاد الوطني، ومن ثمة معدلات النمو الاقتصادي في دولة ما من الاستثمار المنتج باعتباره مفتاح التنمية، بل أصبح من أهم أهداف الدولة التي تسعى إلى تحقيق تكامل اقتصادي، وحتى يتم ذلك فإن معظم حكومات الدول تتبع مجموعة من الأدوات القانونية والسياسات لتنظيم الإستثمار، والتي تعمل على تهيئة وتوفير المناخ الملائم للإستثمار ومستلزماته الأساسية التي ترمي إلى توجيه الإستثمارات في القطاعات ذات الأولوية والتي تمثل أهمية خاصة بالنسبة للإقتصاد الوطني من شأنها أن تنمي قدرات الدول.

إن جاذبية دولة ما كموقع الإستثمار يتوقف على وجهة نظر المستثمر وعلى عدّة عوامل بعضها اقتصادية وبعضها تسويقية، كما أن الأهداف التي تسعى الدولة إلى بلوغها من وراء الإستثمارات وهي المنافع الاقتصادية والاجتماعية التي تمكن من وراءها على جذب الإستثمارات، غير أنّ هذه المنافع متوقفة أيضا على مدى توفير هذه الدولة لعوامل أو مكونات أساسية لمناخ الإستثمار.

من هذا المنطلق، تعاضم التنافس بين الدول المختلفة ومنها الجزائر على جذب رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة، وأصبحت الدول تتبارى لإغذاق المزايا والحصانة على المستثمرين تشجيعاً لهم وذلك بتوفير الحماية الموضوعية والإجرائية لاستثماره، وهذا ما يسمى بتنافس النظم الضريبية.

وبالرغم من تعدّد حوافز الإستثمار والمتمثلة أساساً في التسهيلات الضريبية وشبه الضريبية والجمركية والعقارية التي تقدمها الدول للمستثمرين سواء كانوا وطنيين أم أجانب على حد سواء، لاستقطابهم عن طريق الأجهزة والهيئات المكلفة بذلك، إلا أن مسألة تكييفها القانوني ومدى فعاليتها والآثار المترتبة عنها، تبقى من المسائل الهامة والجديرة بالبحث فيها خصوصاً في ظل احتدام التنافس بين الدول في إقرار مختلف الحوافز، وتباين المصالح بين الدول المضيفة والمستثمرين في ظل المعطيات الدولية الجديدة الهادفة إلى عولمة الإقتصاد وتوحيد تطبيق أحكام القانون الدولي العام للإستثمار لاسيما في مجال الحماية والضمانات.

وعليه نتساءل عن مدى فعالية التحفيزات الجبائية في جلب الاستثمارات سواء المحلية أو الأجنبية؟

وبذلك سأعرض فيما يأتي مسألة اعتماد نظام جبائي تحفيزي لجلب الاستثمارات (أولاً)، ثم مدى نجاعة هذه الحوافز (ثانياً)، لنصل بعد ذلك إلى تقديرها (تقييمها)، وأخيراً إبراز شروط ضمان نجاح الحوافز الجبائية ومساهمتها في استقطاب الاستثمارات (رابعا).

أولاً- تكريس نظام جبائي تحفيزي لاستقطاب الاستثمارات:

تُشكل مسألة ترقية الاستثمار محوراً أساسياً لسياسة الانفتاح الجديدة المعتمدة من قبل بعض الدول، خاصة الجزائر منها، هذا ما جعلها تتنافس فيما بينها لجذب أكبر قدر ممكن من الاستثمارات إليها، لا سيما الأجنبية منها، ذلك من خلال وضع إطار قانوني مناسب يزخر بتنظيم محكم لمعاملة الاستثمارات سواء من جانبها الإداري أو ضمن إطار سياسة التحفيز الضريبي من خلال منح أنواع مختلفة من الحوافز والامتيازات، بما يتفق مع مصالحها المشروعة في تحقيق تنمية اقتصادها الوطني.

وتم تعزيز المعاملة التحفيزية بمبدأ حرية الاستثمار المكرّس لأول مرة في التعديل الدستوري لسنة 2016، في المادة 143¹، التي تمثل في نظرنا نقلة نوعية، فهي ضمانة دستورية قوية للمستثمرين، كما ذهب المؤسس الدستوري إلى أبعد من ذلك، من خلال التأكيد على أن الدولة تعمل على تحسين وضمان مناخ الأعمال لتشجيع الصادرات والإنتاج الوطني، فمصطلح الأعمال مصطلح ليبرالي وجديد في دستورنا، فضلا عن تشجيع ازدهار المؤسسات دون تمييز من حيث المزايا والتمويل²، وجعلها الحل الأخير لإنعاش الاقتصاد الوطني أمام الأزمات المالية نتيجة انهيار أسعار البترول، ويكون بذلك قد تراجع عن مبدأ تقديس القطاع العمومي و أولوية المؤسسة العمومية، وكّرس بوضوح مبادئ النظام الليبرالي، ويكون بذلك قد منح جواب صريح للمستثمرين بالانسحاب الكلي للدولة من النشاط الاقتصادي وفسح المجال للقطاع الخاص بدون تمييز في إطار قواعد المنافسة الحرة، باعتباره شرطاً أساسياً لبناء اقتصاد السوق.

زيادة على ذلك، أن الدولة تتكفل بضبط السوق، والملاحظ أن قانون الضبط أدرج لأول مرة في التعديل الدستوري الحالي.

¹ - مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن إصدار نص التعديل الدستوري، الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76 صادر في 08 ديسمبر 1996، معدّل ومتمم بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25، صادر في 14 أبريل 2002، معدّل بموجب قانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008، معدّل بموجب قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14 صادر في 7 مارس 2016.

² - أدركت السلطات العمومية أهمية ودور المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في انعاش الاقتصاد الوطني وكذا ضرورة الاعتماد على المشاريع الاستثمارية ذات المردودية العاجلة في الظروف الراهنة بسبب تراجع أسعار البترول، لذا تبنت الدولة سياسة واستراتيجية في هذا الشأن منذ سنة 2001، وتم تعزيزها بصدور القانون رقم 17-02 مؤرخ في 10 جانفي 2017، يتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج. ر عدد 02 صادر في 11 جانفي 2017.

إن إدراج هذه المهام في التعديل الدستوري الحالي الهدف منها هو الشروط الضرورية لممارسة النشاط الاقتصادي والأعمال بكل حرية لتحقيق التنمية بكل أبعادها لاسيما الاقتصادية منها، وضمان الحكم الراشد في المجال الاقتصادي وتسييره وتأطيره بضمانات كفيلة بتحقيق الغاية المنشودة³.

أما في إطار القوانين الوطنية، سعت الدولة إلى تهيئة العوامل لتحسين مناخ الأعمال على الصعيدين الداخلي والدولي، لاسيما بعد سلسلة الإصلاحات الاقتصادية لتشهد منظومة قانونية خاصة بالاستثمار، لعل أبرزها الأمر رقم 01-03 الملغى جزئياً بموجب القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار⁴، الذي جاء في الأساس لتجميع هذه الضمانات والحوافز في إطار قانوني موحد، ولها عدة أصناف منها ما هو ذو طبيعة موضوعية كالضمانات القانونية المقدمة للاستثمار، أو ذو طبيعة إجرائية كأجهزة الاستثمار لتحريره من العراقيل الإدارية ومنها ما هو ذو طبيعة مالية.

إضافة إلى تبنيتها لمجموعة من المبادئ المتصلة بمشاريع الاستثمار كحماية ملكية المستثمر⁵، مبدأ مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة⁶، مبدأ الاستقرار التشريعي⁷، ضمان حرية تحويل وتنقل رؤوس الأموال⁸ والتحكيم التجاري الدولي⁹،... فكل هذه المبادئ تشكل ضمانات حماية ومعاملة الاستثمارات، وهي كذلك بدورها تشكل إحدى الميكانيزمات الأساسية لتفعيل العملية الاستثمارية.

وكذا في قوانين المالية المتعاقبة بدايةً من قانون المالية التكميلي لسنة 2009¹⁰، التي أحدثت بعض التغييرات لنظام الاستثمارات، خاصة الأجنبية منها.

إلى جانب إبرامها العديد من الاتفاقيات في مجال تشجيع وحماية الاستثمار وانضمامها الى أنظمة ضمان عدة (دولية وإقليمية)، وكذا إبرام العديد من عقود الاستثمار.

بالتالي أدركت الدولة حقيقة وأهمية الحوافز الضريبية في جلب المستثمر، ومن ثم أقرت له جملة من الحوافز والإعفاءات ما يُشجعه على الإقبال والاستثمار فيها، كما قامت بإدخال المرونة والشفافية وإزالة

³ - حسان سامية، "تطور الاستثمار في الجزائر بين النص والمأمول"، مداخلة قدمت في اليوم الدراسي حول: مستجدات الاستثمار في الجزائر في ظل القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أمجد بوقرة، بومرداس، يوم 08 ماي 2017، ص 28.

⁴ - قانون رقم 16-09 مؤرخ في 3 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46 صادر في 3 أوت 2016.

⁵ - المادة 23 من القانون ذاته.

⁶ - المادة 21 من القانون ذاته.

⁷ - المادة 22 من القانون ذاته.

⁸ - المادة 25 من القانون ذاته.

⁹ - المادة 24 من القانون ذاته.

¹⁰ - قانون رقم 09-01 مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج. ر عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009.

التعقيدات على النظام الضريبي المقصود منها التخفيف من الأعباء الضريبية من أجل جعله محفزاً للاستثمارات، وتدعيماً للأمن القانوني للاستثمار.

أما بشأن أنواع الامتيازات الجبائية التي تضمنها القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار حوافز ضريبية معتبرة للمستثمر، وقد قسّم المزايا إلى أربعة أنواع:

1- الامتيازات التي يستفيد منها كافة المستثمرين:

تتمثل في مجمل الحوافز الجبائية والجمركية التي تمنح للمشاريع مهما كانت طبيعتها ومهما كان موقعها، وتتضمن أساساً الإعفاء أو التخفيض من بعض الضرائب¹¹.

2- المزايا التي تمنح للاستثمارات التي تنجز في مناطق الجنوب والهضاب العليا وكذا كل منطقة تستلزم المساهمة الخاصة للدولة للنهوض بها:

فيما يخص الامتيازات التي تمنح للاستثمارات المقامة على هذه المناطق تتراوح بين الاعفاء والتخفيض من بعض الضرائب، سواء كان ذلك في مرحلة إنجاز المشروع أو في مرحلة الاستغلال، وبالتالي فإنه يمكن لهذه الاستثمارات الاستفادة من عدة امتيازات في المرحلتين من إعفاءات أو تخفيضات ضريبية لمدة تتراوح ما بين 05 (إنجاز) و 10 سنوات¹².

الهدف من إضافة هذا النوع من المزايا هو تدارك السلطات العليا بضرورة التنمية بكل أبعادها لا سيما الاقتصادية منها لمناطق الهضاب العليا والجنوب، وكل المناطق التي تتطلب مساهمة الدولة للنهوض بمعدلات التنمية، وضعت عدّة تدابير لدعم النشاط الاقتصادي في هذه المناطق.

3- المزايا الإضافية التي تمنح لفائدة النشاطات ذات الامتياز و/أو المنشأة للمناصب:

منح للمستثمر الذي يمارس نشاطاً صناعياً أو سياحياً أو فلاحياً بموجب المادة 15 من هذا القانون رقم 16-09، الاختيار بين التحفيزات الجبائية والمالية الخاصة بالمنشأة بموجب التشريع المعمول به لفائدة النشاطات المذكورة، أو تلك التحفيزات المحددة في المادتين 12 و 13 من القانون أعلاه، شريطة أن لا يستفيد من عدّة مزايا من نفس الطبيعة¹³، فضلا عن منحه إعفاء إضافيا لفائدة الاستثمارات المنجزة خارج المناطق المذكورة في المادة 13، من 3 إلى 5 خمس سنوات بالنسبة للمشاريع التي تنشأ أكثر من 100 منصب شغل دائم ابتداء من تاريخ تسجيل الاستثمار إلى غاية السنة الأولى من بداية مرحلة الاستغلال كأقصى تقدير، كما أحيل إلى التنظيم كليات تطبيق هذه المادة¹⁴.

¹¹ - المادة 12 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

¹² - المادة 13 من القانون ذاته.

¹³ - المادة 15 من القانون ذاته.

¹⁴ - المادة 16 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

- راجع أيضا المرسوم التنفيذي رقم 17-105 المؤرخ في 05 مارس 2017، المحدد كليات تطبيق المزايا الإضافية للاستغلال الممنوحة للاستثمارات المنشأة لأكثر من 100 منصب شغل، ج ر عدد 16، صادرة في 8 مارس 2017.

يرمي هذا القانون في تقديرنا إلى تدعيم الاستثمار الخاص من خلال إعادة بعث النشاط الصناعي، السياحي والفلاحي قصد تحسين ظروف الحياة خاصة في المناطق المعزولة والمهمشة ومنحها سُبلاً للاستثمار واستغلال الثروات المتوفرة.

4- المزايا الاستثنائية التي تمنح لفائدة الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني:

أقر القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار مسألة اعتماد الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني بهدف استقطاب الاستثمارات الأجنبية، غير أنّ هذا النمط يختلف عن الأنماط الأخرى، كونه يتم في شأنه إبرام اتفاقية أو عقد الاستثمار، فالاستفادة من المزايا الخاصة يتم التفاوض عليها بين الوكالة والمستثمر في إطار إبرام اتفاقية بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار عليها¹⁵.

ثانياً - مدى فعالية التحفيزات الجبائية في إستقطاب الاستثمارات:

يرجح الاختلاف الناتج بين الفقهاء في هذه المسألة أساساً إلى توجيهاتهم وتحليلاتهم المختلفة المستوحاة من مختلف الدراسات، فالبعض يرى صحة وفاعلية هذه الحوافز وأنها منتجة لآثارها باعتبارها أداة فعالة لتشجيع الاستثمار (1)، في حين الاتجاه الآخر ينفي فعاليتها، كون المعاملة الضريبية عنصراً آخر مؤثر في المناخ الاستثماري، ولا تكون سبباً للفاعلية إذا كانت العناصر الأخرى تعمل في اتجاه معاكس (2).

1- فعالية التحفيزات الجبائية في مجال الاستثمارات:

ذهب الإتجاه الأول الذي تبنته معظم الدول النامية في تعزيز دور الحوافز الضريبية في جلب الاستثمارات، إذ أن الزيادة في استخدام الحوافز الضريبية كان مؤشراً إيجابياً، وذلك من أجل المنافسة الضريبية بين الدول. فظهرت العديد من الدراسات منها دراسة هيليز (1973)، ويلي (1986)، روف (1993)¹⁶، فاهتم هذا الإتجاه بالحوافز الضريبية للاستثمار والأنواع المختلفة لها التي تقدمها الدولة المضيفة، حيث برر موقفه بالتنافس الضريبي بين الدول النامية قصد الحصول على أكبر عدد من الاستثمارات الدولية، لما تحمله من تكنولوجيات وتقنيات إدارية حديثة، فنتج عن ذلك اتفاقيات ثنائية عملت على تشجيع وحماية الإستثمارات الدولية، فكرست بذلك الممارسة التعاقدية في القانون الإتفاقي.

غير أن هذا الإتجاه لم يسلم من الانتقاد، بالرغم من أهميته في ظل العولمة والمعطيات الدولية الراهنة، حيث وجهت له انتقادات من بعض الخبراء وأعضاء المنظمات الدولية، وأظهروا شكوكهم حول مدى صحة الحوافز الجبائية حيث اعتبروا المغالاة في منح الإعفاءات وإهداراً للموارد المالية للحكومات.

¹⁵ - المواد 17، 18 و 19 من القانون رقم 09-16.

¹⁶ - طالبي محمد، " أثر الحوافز الضريبية وسبل تفعيلها في جذب الاستثمار الأجنبي في الجزائر"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 6، 2008، ص 318. ص 318.

2- عدم فعالية التحفيزات الجبائية في مجال الاستثمارات:

يستبعد أنصار هذا التوجه ما استند إليه الاتجاه الأول، حيث يرى أن تأثير الحوافز الضريبية في مجال الاستثمار ضئيل أو حتى غير جوهري¹⁷، كون أنها غير منتجة لآثارها، كما توصلت معظمها إلى أن أغلب قرارات الاستثمار لا تأخذ بعين الاعتبار الحوافز الضريبية بصفة مطلقة، ومن أهم أنصارها: نجد الفقيه Lim عام 1983، أكد بوجود علاقة عكسية بين الحوافز والإعفاءات الضريبية والأشكال المختلفة للحوافز القطاعية وحوافز التصدير وانسياب رؤوس الأموال الأجنبية، في حين توصل كل من Toyه و Shah عام 1978¹⁸، في دراستهما إلى أن الإعفاءات الضريبية الممنوحة من طرف الدول النامية هي بمثابة تعويض عن العوائق والعقبات التي تواجه المستثمر والاستثمار، فالإجراءات البيروقراطية المعقدة غالباً ما تصعب على المستثمر الحصول عليها بكل سهولة، إذ أن الإعفاءات الضريبية لا معنى لها باعتبار الفساد الإداري يمثل أعباء إضافية للمستثمر.

يبقى أن نقول على الدولة المضيفة لرؤوس الأموال لاسيما الأجنبية منها أن لا تفرط في استخدام الحوافز بطريقة عشوائية حتى لا يؤدي إلى الإضرار بالخزينة العمومية، وبالنظر إلى أهمية المشروع وقيمه.

ثالثاً - تقييم فعالية التحفيزات الجبائية لجلب الاستثمار في الجزائر:

يهدف هذا العنصر إلى تقييم فعالية الحوافز الجبائية وتأثيرها في مجال ترقية الاستثمارات، وذلك من خلال دراسة نجاعة النظام الضريبي (1)، ثم من حيث مدى ثبات القوانين المتعلقة بالحوافز (2)، وأخيراً تقييم دور الهيئات والإدارة المكلفة بالمتابعة والرقابة (3).

1. مدى نجاعة النظام الضريبي في جلب الاستثمارات:

بالرغم من المزايا والضمانات الممنوحة للمستثمر لاستقطاب أكبر عدد ممكن من الاستثمارات، إلا أن الواقع أثبت محدودية السياسة التحفيزية وتأثيرها في جلب الاستثمار، لأن هذه المعاملة الضريبية غير كافية وعادة ما تكون غير مجدية لجذب الاستثمارات، لأنّ لا فائدة ترجى من جلب وتشجيع الدولة للاستثمارات، إذا كانت إجراءات الحصول على الحوافز الضريبية تتسم بالكثرة والتعقيد، وإذا لم تتوفر على الجو الملائم.

ضمن هذا السياق، أشارت بعض الدراسات إلى أن التوسع والإكثار من المزايا والحوافز السخية المقررة للمستثمر في قانون الاستثمار، تُعدّ بمثابة حوافز باهظة، لأنها تُشكّل ضغطاً على الخزينة العمومية، وبالتالي فلا يمكن أن تُشكّل في غالب الأحيان العامل الأساسي في جذب المستثمرين، لأنّ بعض الدراسات أشارت إلى أنّ الحوافز الضريبية تحتل مراتب ثانوية من هذه العوامل والمحددات من حيث الفعالية على جذب الاستثمارات،

¹⁷ - أحمد هاشم خاطر، " أنماط الحوافز الضريبية للاستثمار في الدول النامية"، المجلة المصرية للتنمية والتخطيط، مجلد 04، عدد 01، 1996، ص 122 إلى ص 124.

¹⁸ - طالبي محمد، مرجع سابق، ص 319.

وبالتالي فكان على الدولة اعتماد سياسة انتقائية في منح المزايا وتحويل بعض مواردها لتطوير البنية التحتية ومناخ الأعمال.

فتأثير المعاملة الإدارية والضريبية في تحقيق معدلات الربح المستهدفة من قبل المستثمر وكذا الثبات لممارسة نشاطه في أحسن الظروف، لا يبرز إلا من خلال ارتباطها بعناصر أخرى ذات أهمية قصوى في جلب الاستثمارات، منها ما يخص بالسياسة الاستثمارية، ومنها ما يتصل بالمناخ الاستثماري السائد في البلاد.. الخ. فالاعتماد من قبل الدولة على الحوافز الجبائية وحدها غير كافية في حد ذاتها لاجتذاب الاستثمارات، فنجاح أي قانون للاستثمار وفعاليته متوقف على عوامل عدة كالمحيط المؤسسي والاقتصادي وكذلك الظروف السياسية والاجتماعية السائدة.

2- مدى ثبات القوانين الخاصة بالتحفيز الضريبية في مجال الإستثمار:

من حق أي دولة ذات سيادة تعديل تشريعاتها وتطويرها وفقا لما تقتضيه مصالحها في مختلف الميادين، لا سيما في ميدان الاستثمارات ودون أن تترتب المسؤولية الدولية عليها، طالما أنها لا تخالف أحكام القانون الدولي¹⁹، إلا أن التعديلات المستمرة وغير المبررة قد تثير مخاوف لدى المستثمرين خصوصا الأجانب²⁰، مما يترتب عنه عدم ثقة المستثمر في الدولة المضيفة للاستثمار، فظاهرة التعديلات من سمات المشرع الجزائري في مجال الاستثمارات، بحيث تزامن صدور قانون الاستثمار مع استقلال البلاد في 1962، إلا أن تعديلات لحقت بقوانين الاستثمار وأكسبتها صفة عدم الثبات، حيث تم تعديله أكثر من 10 مرات إلى يومنا هذا. فيبقى استقرار التشريعات الاستثمارية المتسمة بالوضوح والثبات لدى المستثمر أكثر جاذبية مقارنة ما يحققه من فوائد جراء التحفيز الممنوحة له.

3- مدى نجاعة الهيئات والإدارات المكلفة بالمتابعة والرقابة:

تم إحداث هيئات وإدارة مكلفة بمتابعة ومراقبة الاستثمارات المستفيدة من المزايا الجبائية بموجب أحكام رقم 01-03 الملغى جزئيا بموجب القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، وتتمثل هذه الهيئات في الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار عبر الشباك اللامركزي (مركز تسيير المزايا)، المجلس الوطني للاستثمار فضلا عن الإدارات الأخرى، والتي ترمي كلها إلى متابعة المشاريع ورقابة نشاطاتها لضمان تحقيق الأهداف المسطرة من قبل الدولة.

أ- من حيث درجة التنسيق:

إن متابعة ورقابة الاستثمارات المستفيدة من المزايا أمر ضروري بالنظر لما تُشكِّله الحوافز الجبائية كميزة اقتصادية قابلة للتقدير بقيمة نقدية من أثر مالي على كاهل الخزينة العمومية، ومن أجل ذلك تم إنشاء أجهزة مكلفة بهذه العملية.

¹⁹ - بشر نبيل، المسؤولية الدولية في عالم متغير، دار النهضة العربية، 1994. ص 185.

²⁰ - طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية (دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 280.

فتعد وظيفة المتابعة والرقابة من الوظائف المخولة قانونا للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار والشباك الوحيد اللامركزي عبر مركز تسيير المزايا، بمتابعة المشاريع الاستثمارية التي هي قيد فترة الإنجاز والاستغلال، وكذلك السهر على تنفيذ المستثمر لالتزاماته وتعهداته التي اكتتبتها، حتى لا يتوانى في إتمام إنجاز مشاريعه وتحقيق الأهداف المنشودة من منح المزايا، وهذا طبقا لنص المادة 32 من القانون رقم 16-09 السالف الذكر²¹.

غير أنه من خلال تفحصنا لأحكام القانون رقم 16-09 أعلاه، نجد أنه هناك نوع من التداخل ما بين الوكالة والمجلس، حيث أن الأول يفصل في منح المزايا لفائدة الاستثمارات التي يساوي مبلغها أو يفوق 5.000.000.000 دينار جزائري للموافقة المسبقة من طرف المجلس الوطني للاستثمار²²، في حين الوكالة تمنح المزايا المرتبطة بالاستثمارات، وبالتالي نجد غياب التنسيق بين الجهازين، فعدم وجود أي نوع من التعاون وتبادل المعطيات، الأمر الذي من شأنه يؤدي إلى صعوبة عملية المتابعة والرقابة، فضلا كذلك يتمتع المجلس الوطني بمهام متعددة في مجال إقتراح التدابير التحفيزية، والفضل في طبيعة التحفيز الممنوحة، غير أن دوره محتشم في مجال المتابعة والرقابة، والعكس نلمسه لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار.

لذا من أجل ممارسة متابعة ورقابة فعالة للاستثمارات المستفيدة من المزايا الجبائية، ضرورة وضع مقاييس وطرق للتنسيق بين الوكالة والمجلس، وكذا تبادل المعطيات الجبائية بالتنسيق بين مختلف الإدارات لا سيما إدارة ضرائب الجمارك، والمحافظات العقارية والأملاك الوطنية، وهذا تجنباً لاستغلال الحوافز الجبائية خارج إطارها القانوني.

ب- من حيث العقوبات المقررة عند مخالفة المستثمر لتعهداته:

يلتزم المستثمر المستفيد من المزايا الجبائية بتنفيذ جملة من الالتزامات والواجبات المكتتبه والمرتبطة بإنجاز المشروع في الآجال المحددة له قانونا، والتي يتفق عليها مسبقا عند اتخاذ قرار منح وتحقيق الأهداف المرجوة من هذا الإستثمار خلال مدة الإعفاء، حيث تسري آجال الانجاز من تاريخ التسجيل طبقا للمادة 20 من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار²³.

وفي حالة عدم احترام آجال الإنجاز، وشروط منح المزايا، وعدم احترام الإلتزام بإعداد الكشف السنوي لحالة تقدم المشاريع الاستثمارية، وكذا عدم احترام الإلتزامات والواجبات المكتتبه بعد إعداره في أجل لا يتجاوز 60 يوما، إبتداء من تاريخ إرسال الإعدار يتم حسب الحالة²⁴، إما أن يكون موضوع مقرر سحب المزايا، وإما موضوع إجراء تجريد من الحقوق بنفس الأشكال التي منحت بها، وهذا طبقا للمادة 34 من القانون رقم 16-09

²¹ - المادة 32 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

²² - المادة 14 من القانون ذاته.

²³ - المادة 20 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

²⁴ - المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017، يتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الإلتزامات و الواجبات المكتتبه، ج ر عدد 16، صادرة في 5 مارس 2017.

المشار ، كما يمكن لمركز تسيير المزايا إصدار اشعارات بالتجريد من الحق في المزايا بالنسبة للاستثمارات الخاضعة لاختصاصه ويقوم عند الاقتضاء بسحبها²⁵.

غير أن هذه المقررات تكون محل طعن إختياري من قبل المستثمر أمام لجنة الطعن أو أمام إلغاء القرار أمام العدالة، في حالة ما إذا كان القرار لصالح المستثمر، فيتم رفع التجريد من الحق في المزايا طبقاً لأحكام المواد المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017²⁶.

غير أن المشرع قد أغفل في أحكام القانون رقم 16-09 المشار إليه أعلاه، عن فرض غرامات مالية نتيجة سحب المزايا، خاصة في حالة احتمال إستغلال الحوافز خارج مجالها، لا سيما أن هذه الحوافز تشكل موارد مالية تخصص من خزينة الدولة خاصة مع تقليل مداخيل البترول.

رابعاً- شروط ضمان نجاح التحفيز الجبائي في استقطاب الاستثمارات :

إن نجاح أو فشل أي سياسة تحفيزية يقتضي من المشرع الجزائري أن يلم بجميع المعطيات المتعلقة بالظروف والأوضاع السائدة، وكذا وضع النشاطات المحفزة مع سلم الأولويات حسب ما يقتضيه الاقتصاد الوطني، وبالتالي على المشرع الإلمام بمجموعة من الشروط يمكن أن نقدمها في صنفين :

1- الشروط ذات الطابع الضريبي :

تتعلق هذه الشروط بطبيعة وشكل التحفيز، وكذا زمن ومجال تطبيقه.

أ- طبيعة الضريبة محل التحفيز :

من دون شك أن تأثير الضرائب على المستثمر أو المؤسسة يختلف باختلاف طبيعتها ومعدلاتها، فلن يؤدي النظام الامتيازي دوره ما إذا كانت الضرائب محل التحفيز ضعيفة النسب وخرجت عن هذا الإطار الضرائب والرسوم ذات الأهمية بالنسبة للمؤسسة، وبالتالي فتحديد نوع الضريبة محل التحفيز له أهمية بالغة على مستوى فعالية ذلك التحفيز²⁷، وعلى هذا الأساس يجب تحديد الضريبة محل الإعفاء حسب أهميتها ومردوديتها بالنسبة للمستثمر .

ب- شكل التحفيز :

كما أشرنا في السابق، فإن سياسة التحفيز الجبائي تأخذ عدة أشكال مختلفة كالتخفيض في معدل الضريبة، والإعفاءات، إضافة إلى امتيازات أخرى لها تأثيرات مختلفة على نشاط المستثمر والمؤسسة، وفي هذا الصدد يجب أن يكون الإعفاء الضريبي واسع الانتشار، لما له من تأثير مباشر في تخفيض كلفة المشروع على

²⁵- المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 17 - 100 المؤرخ في 05 مارس 2017، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 06-356 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006، والمتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج. ر عدد 16، صادر في 8 مارس 2017.

²⁶- المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 17-104 .

²⁷- ناصر مراد، فعالية النظام الضريبي بين النظرية والتطبيق، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 120 و121.

الرغم من أنه يؤدي إلى انخفاض إيرادات الدولة، فالفائدة الاقتصادية وما تحققه المشاريع من أهداف التنمية والنقل من البطالة أهم من البحث عن إيرادات جبائية لصالح الخزينة العمومية، والتي يمكن تعويضها في مجالات أخرى غير جبائية .

ت- زمن وضع التحفيز وتاريخ سريانه:

ضمانا لفعالية الامتيازات الجبائية يرجى اختيار الوقت المناسب والذي تكون فيه الوضعية الاقتصادية بحاجة إلى إنعاش، فالوقت المناسب لمنح الإعفاءات في تقديري هو الفترة أو المرحلة التي تلي الأزمة ويتبعها مباشرة إنعاش اقتصادي، فلا ضرورة من منح امتيازات جبائية في مرحلة انفتاح أو إنعاش اقتصادي لما تتميز به هذه المرحلة من كثرة المشاريع الاقتصادية، كما أن منح المزايا الضريبية يجب أن يركز من تاريخ تسجيل المشروع أو في فترة انطلاق المشروع، حتى يتسنى للمستثمر القيام بالتمويل الذاتي لمصاريف بداية مرحلة الاستغلال.

ث- مجال تطبيق التحفيز :

يجب اختيار المشاريع التي تستفيد من الإجراء التحفيزي، وكذا المواد والوسائل الداخلة في إنجازها بالنظر إلى أهميتها الاقتصادية ومردودها التنموي، لذا يجب تمييز سياسة التحفيز الجبائي بالانتقائية في اختيار الاستثمار من جهة أي بمعنى الأنشطة والقطاعات الاستثمارية التي يجب تشجيعها نظرا لأهميتها في دفع عجلة التنمية، ومن جهة أخرى نوعية التجهيزات والمعدات التي تدخل مباشرة في إنجاز مثل هذه المشاريع، كما يجب على السلطات تحفيز المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ذات المردودية الاقتصادية العاجلة لخلق التنمية لا سيما بعد تراجع مداخيل البترول.

2- الشروط ذات الطابع غير الضريبي:

تختلف قدرة الدول على جلب الاستثمارات تبعا لظروفها الداخلية وسياساتها الاستثمارية، وتتعلق هذه الشروط بالظروف التي تسود في الدولة، ويمكن إدراجها في عدة عوامل أهمها:

أ-العامل السياسي والأمني:

يعد الاستقرار السياسي والاستقرار الأمني من أهم عوامل جلب الاستثمارات ومن أهم انشغالات المستثمر، فالاستقرار السياسي والاستقرار الأمني يعلمان على تشجيع ونمو الاستثمارات المحلية والأجنبية على السواء ومن ثم إنجاح التحفيز الجبائي، فليس من مصلحة المستثمر أن يزج أمواله في بلد مضطرب سياسياً وأمنياً، خوفاً من تأثير الظروف السياسية والأمنية على مشروعه الاستثماري، بالتالي فالمخاطر السياسية هي أول ما يأخذه المستثمرون بعين الاعتبار سواء المحليين منهم أو الأجانب .

ب-العامل التشريعي والإداري:

يرتبط مدى فعالية التحفيز الجبائي من جهة أخرى بطبيعة التشريعات المقررة والمعاملات الإدارية، حيث أن توحيد القوانين المنظمة للاستثمار وتجنب تضاربها نظرا لكثرتها، وكذا تطهير الإدارة من البيروقراطية والرشوة يكون له التأثير الإيجابي في اتخاذ قرار الاستثمار، ومن ثم المساهمة في إنجاح إجراء التحفيز الجبائي، وذلك

لا يتحقق إلا بنجاعة وكفاءة الأجهزة المكلفة لإتمام عملية التحفيز المتمثلة في الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ومركز تسيير المزايا.

ت-العامل الاقتصادي :

ونقصد بذلك الوضعية الاقتصادية السائدة في البلد الذي يسعى إلى ترقية الاستثمار من خلال إجراء التحفيز الجبائي، إذ يجب توفر محيط اقتصادي مُشجع للمؤسسات المستثمرة ومُحفز للقطاع الخاص على الاستثمار، إذ أن توفير أسواق كافية و وسائل المواصلات وشبكة اتصالات متطورة، ونظام مصرفي قادر على توفير التمويل اللازم، تعتبر من ايجابيات المناخ الملائم للاستثمار في المؤسسات بكل أحجامها .
يتضح مما سبق، أن نجاح سياسة التحفيز الجبائي مرتبط ببعده شروط بعضها ذات طابع ضريبي وأخرى خاصة بالظروف التي تحيط بنظام التحفيز لا سيما السياسي والاقتصادي والوضوح في توجهات الحكومة تجاه قضايا الاستثمار.

خاتمة

يتضح من خلال دراستنا، أن الاعفاءات والتسهيلات الممنوحة لرأس المال المحلي والأجنبي لم تحفز الاستثمار بشكل كاف، باعتبارها لا يمكن أن تكون عاملاً مهماً وجوهرياً في جلب الاستثمارات وتطويرها، لأن الأمر الذي يهم المستثمر إلى جانب التحفيزات الجبائية، هو مدى توفير مناخ مشجع للأعمال والاستثمار، وكذا وجود منظومة إدارية غير بيروقراطية (شفافة)، فضلا عن محاربة الفساد بكل أشكاله، وكذا تفعيل أداء النظام المصرفي والبنكي والمالي، وبالتالي فإن تهيئة وتطوير هذا المحيط تبقى هي أولوية كل إصلاح يرمي لترقية الاستثمار.

وهو الطرح الذي بدأ المشرع الجزائري يُكرسه في القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار مقارنة بالأمر رقم 01-03 السابق، والتوجه إلى منح ضمانات أخرى للاستثمار، وخاصة أن الجزائر في رهان الإصلاح الاقتصادي الذي يشمل كافة التشريعات والسياسات والاجراءات التي تسهم في تحرير الاقتصاد الوطني والتسيير الكفاء وفقا لآليات السوق.

إشكالية تطبيق الجزاءات المدنية على الممارسات المقيدة للمنافسة

إملول ريمة، أستاذة مساعدة قسم "أ"،

مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: imloulryma@gmail.com

الملخص:

تفترض قواعد السوق ضرورة وضع أطر قانونية لحماية المنافسة والمتنافسين على حد سواء، من خلال فرض عقوبات مدنية مقررة على الممارسات المقيدة للمنافسة، إلا أن تطبيقها عادة ما يصطدم بمسألة صعوبة الإثبات التي عادة ما ترهق المدعي، وكذا صعوبة تقدير التعويض لانعدام المعايير المعتمدة عليها، مما ينتج عنه بالضرورة اختلاف مبالغ التعويض المحكوم بها بين القضاة، وهو ما يؤثر سلبا على المتضررين .

الكلمات المفتاحية:

المنافسة، الممارسات المنافسة للمنافسة، الجزاءات المدنية، المسؤولية المدنية، عبء الإثبات، التعويض.

Problématique d'application des sanctions civiles en matière de pratiques restrictives de concurrence

Résumé :

Les règles du marché exigent de mettre en place un cadre juridique pour protéger à la fois la concurrence et les concurrents. Pour ce faire, des sanctions civiles ont été adoptées en vue de réprimer les pratiques restrictives de concurrence.

Cependant, la mise en œuvre de telles sanctions suscitent un certain nombre de questions liées essentiellement au fardeau de la preuve incombant aux plaignants d'une part, et à l'absence de critères permettant une évaluation exacte du préjudice indemnifiable, ce qui porte atteinte gravement aux victimes en raison de la diversité des sommes allouées par les juges.

Mots clés :

La concurrence, pratiques anticoncurrentielles, sanctions civiles, responsabilité civile, la preuve, l'indemnisation.

The problematical application of civil penalties to restrictive practices of competitions

Abstract:

The rules of market require a legal framework to protect both competition and competitors. To this end, civil penalties have been adopted with a view to suppressing anticompetitive practices.

However, the implementation of such sanctions raises a number of problems mainly related to the burden of proof on the plaintiff on one hand and the absence of criteria for an accurate assessment of compensable prejudice on the other hand, which severely affects the victims because of the diversity of the sums awarded by the judges.

Keywords:

Competition, anti competitive practices, civil penalties, civil liability, burden of proof, compensation.

مقدمة

تعد المنافسة من أهم الأسس التي يقوم عليها اقتصاد السوق، فغيابها يؤدي حتما إلى قيام الاحتكار وعرقلة الأوضاع الاقتصادية في سوق ما، فالمنافسة الصحيحة التي تستند لأسس سليمة بقوة القانون هي التي تستبشر اقتصاد وطني قوي، فهي ضمانة لتفعيل السوق والحرية الاقتصادية التي تحقق الصالح العام.

وبناء على ذلك تقوم المحاكم القضائية في إطار صلاحياتها القانونية بفرض العقوبات المدنية المقررة للممارسات المنافية للمنافسة على مرتكبيها¹، إذ تنص المادة 48 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة² على أنه: " يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي يعتبر نفسه متضررا من ممارسة مقيدة للمنافسة وفق مفهوم أحكام هذا الأمر، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للتشريع المعمول به ".

يستند إذن كل متضرر جراء ممارسة منافية للمنافسة لتعويضه على أحكام المادة 124 من القانون المدني الجزائري³، التي تعد المبدأ العام للمسؤولية التقصيرية والتي تنص على أنه: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض... ".

إلا أن واقع تطبيق الجزاءات المدنية على هذا النوع من الممارسات، غالبا ما يرتبط بإثارة إشكالية الإثبات التي ترهق المدعي وتؤثر بالسلب على الدعاوى المرفوعة أمام القضاء (أولا)، ضف إلى ذلك ما يعانیه هذا الأخير في سبيل تقدير التعويض المناسب لإصلاح الأضرار الناتجة (ثانيا).

¹ BLAISE Jean-Bernard, *Droit des affaires, commerçant concurrence, distribution*, manuel, LGDJ, Delta, Paris, 1999, p 446.

² أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19-07-2003، ج ر عدد 43 صادر في 20-07-2003، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 12-08 مؤرخ في 25-06-2008، ج ر عدد 36 صادر في 02-07-2008، و القانون رقم 05-10 مؤرخ في 15-08-2010، ج ر عدد 46 صادر في 18-08-2010.

³ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26-09-1975 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادر في 30-09-1975، معدل ومتمم.

أولاً / صعوبة الإثبات في مادة الممارسات المنافسة للمنافسة

نظراً لخصوصية دعاوى المنافسة والتميز بالتعقيد والتقنية، فيقع على المدعي الأخذ بعين الاعتبار الصعوبات التي تثيرها هذه الدعاوى، خاصة ما تعلق منها بإثبات وجود ممارسة منافية للمنافسة (أ)، علماً أن مسألة الإثبات عادة ما تصطدم بعدة إشكالات تتعدد بتعدد الممارسات في السوق التنافسية (ب) وهو ما يستلزم بالضرورة العمل على إيجاد حلول لتجاوز هذه الصعوبات (ج).

أ- تعريف الإثبات وأهميته

يكمن مفهوم الإثبات بصفة عامة في كونه وسيلة لإقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها⁴، بالتالي الإثبات في المجال القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود حق أو مصلحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى نتائج قانونية معينة⁵. وغاية الإثبات دائماً هي تقديم المدعي للقضاء الدليل على صدق ما يدعيه بهدف الكشف عن الحقيقة⁶، حيث لا يستطيع القاضي أن يقضي بالحق إلا إذا أثبتته صاحبه، والعجز عن إثبات الحق يؤدي إلى عدم الاعتراف به أمام القضاء ولو كان موجوداً في الحقيقة والواقع⁷، وهذا ما جعل الفقهاء يفرقون بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية⁸.

إذن الإثبات يعد من الناحية العملية الوسيلة الأكيدة التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم، لأن الحق بدون إقامة الدليل عليه سيكون في حكم العدم.

ب- الإشكالات المرتبطة بالإثبات

نظراً لتعدد الممارسات المقيدة للمنافسة في السوق، فسوف تتعدد بالضرورة الإشكاليات المرتبطة بمدى إمكانية إثباتها، والتي يمكن أن نذكر على سبيل المثال ما يلي:

1- غياب قاعدة بيانات دقيقة في مجال المنافسة

يعتبر غياب قاعدة بيانات دقيقة في سوق ما من المسائل الشائكة، لأنها تصعب من دور الجهات القضائية، إذ تتطلب القضية الواحدة مثلاً لبحثها ودراسة السوق فيما يتعلق بها، وقتاً طويلاً لعمل استبيان هيكل السوق ومعرفة ما يتم فيها من ممارسات، على الرغم من أن بناء قاعدة بيانات هي إحدى اختصاصات مجلس

⁴ . عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات أمام القضاء الإداري-الإثبات المباشر- الإثبات غير المباشر- دور القاضي في الإثبات-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 15.

⁵ محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 7.

⁶ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 16.

⁷ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 7.

⁸ لحميم زليخة، "دور القاضي المدني في الإثبات في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد"، دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، 2011، ص 193.

المنافسة⁹، إلا أنها مهمة في غاية الصعوبة تتطلب جهودا ضخمة وإمكانيات مادية وخبرات وعمل جاد، فيقوم مجلس المنافسة بإعداد بيانات من عدم ثم تحديثها بشكل دائم، ثم تحليلها بما يخدم أغراض القانون للكشف عن الحالات الضارة بالمنافسة¹⁰.

بالتالي صعوبة المهمة التي ألقاها القانون على عاتق مجلس المنافسة والجهات المكلفة بتعداد بيانات دقيقة لجل الممارسات التي يمكن أن تنشئ في السوق التنافسية، ينتج عنه بالضرورة صعوبة إثبات الحالات الضارة بالمنافسة عموما باعتبارها مسائل اقتصادية محضة.

كما يكون من الصعب أيضا في حالات عديدة إثبات الرابطة السببية، فإذا أخذنا مثلا اتفاقا مقيدا بالمنافسة أحدث أضرارا ضد مشروع معين، فهل مناط تحديد قيام رابطة السببية المباشرة بين الاتفاق المقيد بالمنافسة والضرر الذي وقع على المشروع يكون بالتحقق من التأثير السلبي للاتفاق على رقم أعمال المشروع، أو حجم المبيعات، أو مدى تقدم نشاط المشروع في السوق، أو بالنظر إلى المستهلك الذي بدأ يشكو من ارتفاع الأثمان ارتفاعا يمكن أن يغري إلى الاتفاق المقيد بالمنافسة، ويختلف تقدير القضاء لقيام الرابطة السببية باختلاف السوق التي يتم فيها الإتفاق المقيد بالمنافسة.

من الوجهة الإشارة إلى أنه في جميع الحالات يظل مناط إقامة علاقة السببية، هو تحديد ما إذا كانت الشروط الواردة في الاتفاق المقيد بالمنافسة في ذاتها التي قد أدت بشكل مباشر إلى تحقق أي من النتائج المشار إليها. وهو ما يعرف بنظرية تعادل الشروط حسب القضاء الفرنسي¹¹، ويقع عبء إثبات قيام علاقة السببية على الطرف المتضرر.

2- تداخل السوق العالمي مع السوق المحلي

لا يقتصر تعريف السوق في بعض المنتجات أو الخدمات على النطاق الجغرافي لبلد ما، إذ توجد بعض الحالات التي قد يكون سوق السلعة أو الخدمة هو سوق إقليمي يشمل عدة دول مثل الشرق الأوسط مثلا أو يشمل إفريقيا، وقد يمتد نطاق السوق بالنسبة للبعض الآخر ليشمل جميع دول العالم، وهو ما تثار معه مشكلة تحديد مدى وكيفية التعامل مع الاختلافات المتعددة في مستوى الأسعار وأسبابها الاقتصادية، ومستوى دخول المستهلكين والتشريعات الداخلية لكل دولة وظروف السوق كخطوة أولية تحليلية لإعداد تقارير عن وجود مخالفات من عدمه¹²، وهي أمور صعبة الإثبات في بعض الحالات.

⁹ مرسوم رئاسي رقم 96-44 مؤرخ في 17-01-1996، يحدد النظام الداخلي في مجلس المنافسة، ج ر عدد 05 صادر في 21-01-1996.

¹⁰ أميرة عبد الغفار محمد أبو زيد، الوسائل القانونية لمكافحة الممارسات الاحتكارية وحماية المنافسة-دراسة مقارنة بين القانون المصري والتشريعات الأمريكية المقابلة-، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة القاهرة، 2010، ص 155.

¹¹ لينا حسن ذكي، قانون حماية المنافسة ومنح الاحتكار (دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والأوروبي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 374.

¹² أميرة عبد الغفار محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 155.

فرضاً أن المدعي تمكن من إثباته لوجود ممارسة مقيدة للمنافسة، يجدر عليه كذلك إثبات الضرر اللاحق به من جراء هذه الممارسة للحصول على التعويض، وإثبات قيام علاقة سببية، أي إثبات أن خطأ المدعى عليه هو سبب الضرر الذي لحق به.

3- إرهاق المدعي بعبء الإثبات

يقع عبء إثبات الممارسة المحظورة في دعوى البطلان على المدعي المتضرر من الممارسة، إذ يجب عليه إقامة البرهان والدليل على أن الاتفاق أو الالتزام أو الشرط التعاقدية الصادر عن المتعامل الاقتصادي يتعلق بإحدى الممارسات المقيدة للمنافسة، خاصة وأن إثبات هذه الأخيرة كما سبق الإشارة إليه من الأمور الصعبة على المدعي باعتبارها مسائل اقتصادية محضة، دون أن ننسى أن هناك ممارسات أباحها القانون ولا تدخل في مجال تطبيق البطلان¹³، فعلى المدعي أن يثبت بأن هناك تعسف في الهيمنة أو ممارسة أسعار مخفضة تعسفاً بشكل مخالف لقانون المنافسة، خاصة إذا علمنا أن المشرع الجزائري في مجال التجارة اعتمد بدل سعر الشراء الحقيقي، سعر التكلفة الحقيقي مما يطرح إشكالية تحديد هذا السعر، فإذا كان سعر الشراء يظهر من تفحص الفواتير فإن سعر التكلفة لا يمكن التحقق منه إلا بالرجوع إلى هيكل الأسعار¹⁴، الشيء الذي يزيد في تعقيد عملية البحث عن الإثبات، لأن إنجاز مثل هذه العملية ليس بالأمر الهين.

أما بالنسبة للاتفاقيات المقيدة للمنافسة فالمسألة تتعلق بعتبة الحساسية، فبوجودها يمكن تطبيق الجزاءات المدنية عليها،¹⁵ والممارسات المنافية للمنافسة المحسوسة، تلك التي تؤثر بشكل حاد على السوق المعنية، أما الممارسات المنافية للمنافسة غير المحسوسة تلك التي لم تصل إلى درجة التأثير في السوق المعنية، والتي لا يدينها القانون نظراً لضعف تأثيرها في السوق كالاتفاقيات ذات الحجم الصغير أو قليلة الشأن¹⁶، فنظرياً لا يوجد ما يمنع المتضرر من طلب التعويض عن الخطأ في هذه الحالة، ليبقى على القاضي الفصل في مدى وجوده، إلا أنه وفي حال عدم بلوغ عتبة الحساسية فيصبح من الصعب جداً إثباته.

¹³ أنظر كل من:

- كريم لمين، الدور التكاملي بين مجلس المنافسة والقضاء في ضبط الممارسات المنافية للمنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013، ص 72.
- موساوي ظريفة، دور الهيئات القضائية العادية في تطبيق قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 39.

¹⁴ صابري نبيل، "حماية المستهلك من الممارسات المقيدة للمنافسة"، الملتقى الوطني لحماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، 13 و14 أبريل 2003، ص 162.

¹⁵ LASSERE-KIESOW Valérie, « La notion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », *RP* n° 30, septembre, 2007, p. 119.

¹⁶ كريم لمين، المرجع السابق، ص 73.

لكن يجدر الذكر أن صعوبة الإثبات لا تطرح بهذه الحدة عندما تكون دعوى البطلان مرفوعة من مجلس المنافسة لتوفير هذا الأخير على وسائل قانونية تمكنه من التأكد من تضمن الملف المعروض أمامه على التزامات مقيدة للمنافسة.

بالإضافة إلى عبء الإثبات في مجال المنافسة، لابد من توفر شروط لرفع الدعوى أمام الهيئات القضائية وهو ما نصت عليه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹⁷: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو مصلحة يقرها القانون".

فالقاضي إذن يثير تلقائياً انعدام الصفة لأطراف الدعوى، كما يثير الإذن إذا ما اشترطه القانون، وهو ما ينطبق على الشخص المختر لمجلس المنافسة إذ يجب أن يكون من بين الأشخاص المحددة قانوناً للقيام بذلك¹⁸.

وعليه يجب الاعتراف بأن صعوبة الإثبات في مادة المنافسة هي من بين الأسباب المباشرة لقلّة الدعاوى المرفوعة أمام القضاء العادي رغم أهمية هذا الأخير في مجال الاقتصاد والمنافسة، الأمر الذي يستدعي ضرورة إيجاد حلول وميكانزمات للتخفيف من هذا العبء الذي يرهق المتقاضين.

ج- التدابير المقترحة لمواجهة إشكالية الإثبات

من بين الحلول الأساسية لمواجهة الصعوبات التي تنجم عن إجراء الإثبات، إلى جانب الاعتماد على مجموعة من المواد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹⁹ نجد:

- ضرورة اللجوء أولاً إلى مجلس المنافسة الذي يتمتع بوسائل فعالة للبحث عن الأدلة، فالقضاء الفرنسي اعتبر الإثبات قرينة لوقوع الضرر، وذلك إذا ما أدان مجلس المنافسة المدعى عليه بارتكاب ممارسات مقيدة للمنافسة، لينتقل بذلك عبء الإثبات إلى مرتكب هذه الممارسات ليثبت أن الممارسات المقيدة للمنافسة التي تثبت ارتكابه لها ليست هي السبب المباشر في الضرر الذي وقع للمدعي²⁰.

- جعل القرارات الصادرة عن سلطة ضبط المنافسة والقاضية بوجود خرق لقواعد المنافسة ملزمة في مواجهة الهيئات القضائية، لأن القاضي المختص قانوناً بالنظر في مثل هذه الدعاوى يعاني حتماً من صعوبة الجزم بأن الإلتزام أو الشرط التعاقدية له طابع منافي للمنافسة لعدم اختصاصه في مجال المنافسة من جهة، ولحساسية المنازعة الاقتصادية من جهة أخرى، مع منح أطراف النزاع إمكانية الإطلاع على المستندات الموجودة لدى سلطة ضبط المنافسة.

¹⁷ قانون رقم 09-08 مؤرخ في 25-02-2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 صادر في 23-04-2008.

¹⁸ أنظر المادة 1/44 من الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

¹⁹ راجع في ذلك مثلاً المواد: 70، 75، 81 من القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

²⁰ لينا حسن ذكي، المرجع السابق، ص 376.

- اللجوء إلى الهيئات القضائية والمطالبة بتدخل سلطة ضبط المنافسة في الدعوى المدنية لتقديم رأيها، وكذا اللجوء إلى المديرية التي تهدف إلى حماية السوق من مختلف التجاوزات لفتح تحقيقات كلما اقتضى الأمر ذلك.

ثانياً- صعوبة تقدير التعويض

يعتبر تقدير التعويض من بين المسائل المرتبة بالقاضي أثناء فصله في القضايا التنزعية المعروضة عليه، إلا أن خصوصية المنازعة التنافسية غالباً ما تؤدي إلى إجبار القاضي المختص للحكم بالتعويض لصالح ضحايا الممارسات المنافسة للمنافسة²¹. وينبغي في هذا المقام التطرق إلى الطابع القانوني لإجراء التعويض (أ)، وكذا مختلف الإشكالات المرتبطة بتقديره (ب)، لنصل بعد ذلك إلى ضرورة البحث عن قضاة متخصصين في مجال المنافسة (ج).

أ- الطابع القانوني للتعويض

ينبغي الإشارة إلى أنه عندما ترفع أمام القاضي دعوى المطالبة بالتعويض، وجب عليه في مرحلة أولى أن يفهم الوقائع المطروحة أمامه، وفي مرحلة ثانية تكييفها بتطبيق النص القانوني الملائم عليها، من خلال التأكد بأنها كافية لتشكيل أركان المسؤولية المدنية، ليتأتى له في مرحلة ثالثة تقدير التعويض، على اعتبار أنه لا تعويض بدون مسؤولية ولا تقدير حيث لا تعويض²²، ويختار القاضي طريقة التعويض من خلال تحديد ما هو الأنسب لإصلاح الضرر²³.

إذن يقوم القاضي عادة بتقدير التعويض على أساس ما أصاب الدائن من ضرر نتيجة لخطأ المدين، ويراعي القاضي في تقديره للتعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من مكسب، وعلى المتضرر عبء إثبات الضرر بعنصره. ويشترط أن يكون التعويض شاملاً يغطي جميع عناصر الضرر الواقع على المضرور، ولا يشمل الأضرار غير مستحقة التعويض، فلا يمنح المضرور أكثر مما يستحق ولا ينتزع حقه في تعويض كامل عن الأضرار التي أصابته²⁴.

²¹ موساوي ظريفة، المرجع السابق ص 50.

²² جاء في حيثيات قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 28-03-2000 تحت رقم 231419: "حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني، فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره بعد مناقشة المسؤولية عن الفعل والضرر والعلاقة السببية، وأما تقديره فإنه يبقى سلطة تقديرية لقضاة الموضوع لا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك...". مجلة قضائية، عدد خاص لسنة 2003، ص 627.

²³ أنظر نص المادة 182 من أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

²⁴ باسل محمد يوسف قبيها، التعويض عن الضرر الأدبي (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2009، ص 36.

كما يجب أن يكون فوراً وكافياً من الناحية المالية، لأن التعويض الجزافي لا يخدم مصالح الضحايا ولا يردع الممارسات المنافية للمنافسة ولا يضمن عدم وقوعها مستقبلاً، ناهيك على أن الفصل في الدعوى في آجال قصيرة أمر ضروري وحتمي للحفاظ على مصالح ضحايا مثل هذه الممارسات²⁵.

يلتزم القاضي بالتأكد من مدى توفر أركان المسؤولية المدنية في القضية التنافسية المعروضة عليه²⁶، حتى وإن صدر قرار الإدانة من مجلس المنافسة، علماً أن قرارات هذا الأخير ليس لها قوة الشيء المقضي فيه في مواجهة الجهات القضائية²⁷.

والغاية من التعويض جبر الضرر جبراً مساوياً له، والذي يقصد منه المساواة التقريبية، لأن تعويض الضرر على نحو تحقيق المساواة الكاملة بينه وبين التعويض أمر بعيد الإحتمال²⁸.

ب- الإشكالات المرتبطة بتقدير التعويض

من بين أهم الإشكالات التي تعترى عمل القاضي أثناء تقديره للتعويض في المنازعة التنافسية نجد :

1- انعدام المعايير المعتمدة في تقدير التعويض

يرمي القاضي وراء تقديره للتعويض في القضايا ذات الطابع الإقتصادي الحفاظ على مصالح الضحايا في مختلف الممارسات المنافية للمنافسة، إلا أنه وفي حقيقة الأمر لا يجد القاضي المعايير التي يعتمد عليها في تقديره للتعويض الملائم للضرر الحاصل في مثل هذه القضايا، إذ له الخيار بين تطبيق قواعد المسؤولية المدنية بطريقة كلاسيكية وذلك بمراعاة مبدأ التناسب بين مبالغ التعويض والضرر اللاحق بالضحية من جهة، أو يعاقب بنفسه الممارسة مع أخذه بعين الاعتبار جسامته الخطأ من جهة أخرى، وأكد الاجتهاد القضائي الفرنسي اعتماد القاضي على الطريقة الأولى لحل القضايا المتعلقة بالتعويض²⁹.

كما أنه غالباً ما يستتجد القاضي بخبير قضائي توكل له مهمة تقدير التعويض وتسطر له المهام بشكل واضح ودقيق، على أن ينجز مهامه في آجال قصيرة بالشكل الذي يخدم مصلحة المتضرر، ويمكن للقاضي تعيين خبير من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، كما يحق له الاستعانة بعدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة.

يمكن للقاضي في حال ما رأى أن الخبرة غير وافية، اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لحل إشكالية تقدير التعويض، كأن يأمر باستكمال التحقيق أو الأمر بحضور الخبير أمامه بهدف الحصول على الإيضاحات

²⁵ كريم لمين، المرجع السابق، ص 74.

²⁶ قرار المحكمة العليا رقم 231419 الصادر بتاريخ 28-03-2000، المرجع السابق .

²⁷ JALABERT-DOURY Nathalie, NOUVEL Laurent, Le MAREC Delphine, « politique de concurrence » *R.D.A.I.*, n°6, 2006, p. 801.

²⁸ باسل محمد يوسف قبها، المرجع السابق، ص 36.

²⁹ كريم لمين، المرجع السابق، ص 75.

والمعلومات الضرورية، أو استدعاء الخصوم شخصيا أو إحضار أي وثيقة متواجدة لدى الخصوم إلى غيرها من الإجراءات³⁰.

2- إختلاف مبالغ التعويض المحكوم بها

يجدر الذكر أنه رغم منح القانون للقاضي حق الإستعانة بخبير إلا أنه لا توجد طريقة وحيدة وموحدة لتقدير مبالغ التعويض، حيث نجد لكل خبير ولكل قاضي طريقته الخاصة في كيفية وصوله لتقدير مناسب لنوع القضية هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد إختلاف في مبالغ التعويض المحكوم بها من قضية لأخرى على الرغم من وجود تقارب في موضوع القضايا ، كما قد يختلف خبيرين أو أكثر في تقدير مبالغ التعويض في نفس القضية، فمثلا في قضية MORS ضد LABINAL قدر مبلغ التعويض بقيمة 5213756.39 أورو ليحدد بقيمة 234918.43 في قضية PEUGEOT ضد ECOSYSTEMES³¹.

تعد إذن مسألة تقدير التعويض من المسائل الصعبة نظرا لتعلق الأمر بضرر يصيب القدرة التنافسية للوعن الاقتصادي³²، خصوصا وأن الأضرار تختلف فيما بينها في أمر تقويمها مما يجعل التعويض على نحو كامل في مجال التطبيق العملي أمرا فوق طاقة المحاكم والهيئات القضائية، فثمة حالات يصعب فيها تقدير الضرر بدقة وبالتالي يتعذر حساب التعويض، وخاصة في ظل الحياة الاقتصادية الحديثة وسرعة تقلب الأسواق³³، الأمر الذي يؤدي لا محالة إلى إخضاع مسألة التعويض لشخص القاضي.

ج- ضرورة البحث عن قضاة متخصصين في مجال المنافسة

أشار وزير العدل بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2010-2011 إلى أنه تم إعادة النظر في الأطر البيداغوجية ومناهج التكوين القاعدي للقضاة وموظفي العدالة، وكذلك التكوين المتخصص الذي يجرى بالمدارس والمعاهد الوطنية المتخصصة، ولدى الدول الصديقة في إطار ما بيننا من اتفاقيات التوأمة والتعاون الثنائي التي عرفت تكثيفا واسعا ومتنوعا، إضافة إلى التكوين المستمر للقضاة وموظفي العدالة بالمدارس والمراكز التابعة للقطاع وبالجهات القضائية وفق برنامج سنوي متجدد³⁴.

³⁰ راجع المواد 125 إلى 145 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

³¹ FASQUELLE Daniel, « Les dommages et intérêts anticoncurrentiels », www.minefi.gouv.fr/DG

³² بن وطاس إيمان، مسؤولية العون الاقتصادي في ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، دار هومة، الجزائر ، 2012، ص 214.

³³ باسل محمد يوسف قبها، المرجع السابق، ص 37.

³⁴ بلعز الطيب وزير العدل حافظ الأختام، "كلمة بمناسبة افتتاح السنة القضائية 2010-2011، المحكمة العليا، 28 أكتوبر 2010"،

نشرة القضاة الصادرة عن المديرية العامة للشؤون القضائية والقانونية بوزارة العدل، عدد 66، 2011، ص.ص 41-42.

كما تم الإشارة إلى هذه المسألة من طرف المدير العام للموارد البشرية بوزارة العدل أيت أودية بوجمعة الذي أشار إلى تدعيم سياسة التكوين المستمر والمتخصص الذي يجرى على المستوى الوطني وبالخارج، ومن أهم التخصصات التي أشار إليها: القانون الإداري، قانون الأعمال، القانون التجاري³⁵.
غير أنه ومع ذلك يجدر الإشارة إلى انعدام أي نص ضمن المنظومة القانونية الإجرائية أو الموضوعية المنظمة لمسألة تخصص القضاة، رغم دعوة رجال الفقه منذ الإعلان عن تبني نظام ازدواجية القضاء³⁶، الأمر الذي يدفعنا للقول بضرورة تدخل المشرع من أجل إيجاد قضاء متخصص يؤدي إلى تفرغ القضاة لميدان واحد حتى يكون الإلتقان في العمل وحسن النوعية³⁷، لاسيما في مجال جد حساس كالمنافسة التي تهدف إلى البحث عن النظام العام الاقتصادي.

خاتمة

يعتبر تدخل القضاء أمرا حتميا وإلزاميا لحماية السوق من كل أنواع الممارسات المنافية للمنافسة، من خلال تطبيق الجزاءات المدنية على كل ممارسة توصف قانونا بأنها منافسة غير مشروعة، إلا أن تطبيقها على أرض الواقع أمر فوق طاقة المحاكم والجهات القضائية.

فالقاضي مثلا لا يستطيع أن يقر بأحقية الشخص في ادعائه ما لم يقدم دليلا على ذلك، وكثيرا من الخصوم يخسرون دعواهم لأنهم لا يستطيعون إثبات الوقائع أو أنها كانت غامضة، لذا فإن القاضي لا يستطيع مساعدتهم لأن دوره سلبي، لذلك كانت من الأهمية بيان من يتحمل عبء الإثبات.

ناهيك عن ورود حالات يصعب فيها تقدير الضرر، وبالتالي يصعب حساب تقدير التعويض الذي يختلف باختلاف تقارير الخبراء من جهة، وباختلاف القضاة من جهة أخرى على الرغم من وجود تقارب في موضوع القضايا، لأنه في حقيقة الأمر تقدير التعويض يخضع لمعيار شخص القاضي الذي يتمتع بسلطة واسعة من حيث فهم وتكييف الوقائع المادية، وتقدير مقدار الضرر، وتحديد مقدار التعويض، خاصة في ظل الحياة الاقتصادية الجديدة وسرعة تقلب الأسعار.

يتجلى بالتالي وبكل وضوح عدم كفاية النصوص القانونية في هذا المجال نظرا إلى غياب ضوابط دقيقة تحكمه وتتماشى مع متطلبات الاقتصاد الحر، الأمر الذي يدفعنا للقول بضرورة إجراء تعديلات جديدة تتماشى مع جل التطورات، من خلال وضع نظام قانوني خاص بالمسؤولية المدنية لمرتكبي الممارسات المنافية للمنافسة أكثر دقة وأكثر حماية، مع ضرورة العمل على إدراج تكوين متخصص للقضاة، من خلال التأطير المحكم لهم نظريا وتطبيقيا بما يتوافق تطور الفكر القانوني الجديد.

³⁵ أيت أودية بوجمعة، "مكانة الموارد البشرية في إصلاح العدالة"، أعمال الندوة الوطنية حول إصلاح العدالة، الجزائر، يومي 28-29 مارس 2005، ص 157 وما يليها.

³⁶ بودريو عبد الكريم، "القضاء الإداري في الجزائر: الواقع والآفاق"، مجلة مجلس الدولة، العدد 06، 2006، ص.ص 16-18.

³⁷ كلوفي عز الدين، نظام المنازعة في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر جيطلي، 2012، ص 43.

أثر الدليل العلمي على إقتناع القاضي الجزائي

عميروش هنية ، أستاذة مساعدة "أ"،

مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: amiroucheasam@gmail.com

الملخص:

إذا كان العلم قد إستحدث الكثير من أساليب الإثبات، وأمدّ سلطات التحقيق بوسائل علمية حديثة ومتطورة تستطيع أن تتغلب على كل محاولات المتهم لتضليل العدالة، وكشف ما قد يطمسه من آثار، هذا بالإضافة لما تقدمه للقاضي من مساعدة كبيرة في تكوين عقيدته في الإقتناع بصورة أشد حزمًا و يقينًا، كما تساعد على التقليل من الأخطاء القضائية، والإقتراب من العدالة بخطوات أوسع، والتوصل إلى درجة أكبر نحو الحقيقة، غير أنّ ذلك لم يستبعد نظام الإقتناع القضائي، وظل هذا النظام هو السائد في التشريعات الإجرائية الجنائية المعاصرة، حيث يتمتع القاضي الجنائي بسلطة واسعة في تقدير الأدلة المعروضة عليه.

الكلمات المفتاحية:

القاضي، الإقتناع، اليقين، المشروعية، الدليل العلمي، الإدانة، البراءة.

L'impact des preuves scientifiques sur la conviction du juge pénal

Résumé :

Un grand nombre de méthodes de preuves ont été créées et modernisées grâce à l'avancée de la science et de la technologie. Ces méthodes de preuves modernes et scientifiques permettent aux autorités chargées des enquêtes de surmonter toutes les tentatives pouvant tromper la justice. Elles représentent pour le juge une aide importante dans la formation de sa conviction ainsi qu'une aide dans la réduction des erreurs judiciaires. Cependant cela n'exclut pas le système judiciaire de conviction qui reste un système dominant dans la procédure pénale contemporaine où le juge pénal jouit d'une large autorité pour la sélection des preuves qui lui sont présentées.

Mots clés :

Juge, conviction, certitude, légitimité, preuves scientifiques, condamnation, innocence.

The impact of the scientific evidence on the conviction of the criminal judge

Abstract:

Science has already introduced a lot of proof methods, and granted the investigating authorities many modern scientific means, which can not only help to overcome the defendant's attempts to mislead the law and reveal the effects that he may blur, but also to help the judge in the formation of his conviction more firmly and surely, and to reduce the judicial errors in order to get closer to the justice, and to reach the truth. However, it did not rule out the judicial conviction system which has prevailed in cotemporary criminal procedural legislation.

Keywords:

The judge, conviction, certainty, Legitimacy, scientific evidence, condemnation, innocence.

مقدمة

لقد أدى تطور الجريمة وتنوع أساليبها وأنماطها إلى تطور أساليب مكافحتها بالمقابل حيث ساعدت العلوم الحديثة كالكيمياء والفيزياء والطب الشرعي وعلم النفس الجنائي وغيرها في كشف غموض العديد من الجرائم فظهر ما يعرف بالدليل العلمي، وهو دليل أفرزه تدخل العلوم الحديثة في ميدان الإثبات الجنائي. ونظرا لما يقدمه الدليل العلمي اليوم من فوائد في المجال الجنائي لا تقتصر فقط على إثبات وقوع الجريمة بل تتعداه إلى نسبتها إلى فاعلها بشكل قطعي قد تعجز عنه الأدلة التقليدية فهو يتميز بموضوعية وكفاءة في إقناع القاضي نتيجة لقيامه على أسس علمية دقيقة تجعل منه يتميز بدرجة مصداقية كبيرة، وهذا ما يدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية: ما مدى تأثير الدليل العلمي على الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي؟ لأجل الإجابة على الإشكالية السابقة قمنا بتقسيم هذا البحث إلى بحثين، تناولنا في المبحث الأول مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي، تطرقنا فيه لمضمون مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي في المطلب الأول، وتناولنا في المطلب الثاني مبررات مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي والانتقادات الموجهة إليه. أما المبحث الثاني تناولنا فيه ضوابط الإقتناع بالدليل العلمي، تطرقنا فيه لمشروعية الدليل العلمي في المطلب الأول، ويقينية الدليل العلمي في المطلب الثاني. وختمنا هذا الموضوع بأهم النتائج والإقتراحات المتوصل إليها.

المبحث الأول: مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي

الأصل أنّ القاضي في المواد الجزائية يبني حكمه على أساس إقتناعه الشخصي القائم على حريته في تقدير الأدلة المعروضة عليه في الدعوى، دون أن يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا. غير أنّه لا يجب أن يفهم من ذلك أنّ حرية القاضي في تكوين عقيدته هي حرية تحكمية، بحيث يمكنه أن يحلّ محل وسيلة الإثبات تخميناته وآراءه الشخصية، أو أن يقضي وفق مزاجه وأهوائه، فذلك يعني التحكّم والتعسف، فحرية التقدير شيء والتحكّم شيء آخر.

وبناءً على ما تقدّم، تقتضي دراسة مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، أن نعرض مضمون مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائري في المطلب الأول، لنتطرق فيما بعد لمبررات مبدأ الإقتناع الشخصي والإنتقادات الموجّهة إليه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مضمون مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائري

إنّ مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائري من أهم وأرقى المبادئ القانونية التي عرفتتها التشريعات الإجرائية الجنائية، ونظراً لإختلاف الفقه في تحديد مدلول الإقتناع، كان لابدّ علينا البحث في المدلول القانوني للإقتناع ثمّ العناصر التي تدخل في تكوينه، حتّى نتوصّل إلى الأساس الصحيح للإقتناع القضائي، وهو ما سوف يتم إستعراضه في هذا المطلب، حيث نتطرق في الفرع الأول إلى تعريف الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائري لنتولى بيان عناصر الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائري

هناك محاولات عديدة من جانب الفقه، لتحديد مدلول الإقتناع القضائي، وسنتناول الحديث عن تعريف الإقتناع في اللّغة والإصطلاح، وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف الإقتناع لغة

الإقتناع مصدر إقتنع، ومعناه رضى، قبول.

إقتنع، إقتناعاً ب: رضى ب...⁽¹⁾، والمقنع بفتح الميم: العدل من الشهود، يقال فلان شاهد مقنع أي رضا يقنع به، والقناعة بالفتح: الرضا بالقسم، يقال: قنع فهو قانع وقنع وقنيع وقنوع أي رضى والقانع بمعنى الراضي⁽²⁾.

ثانياً: تعريف الإقتناع إصطلاحاً

التحديد الإصطلاحي للإقتناع، تناوله كثير من فقهاء القانون الجنائي، وذلك كمحاولة منهم للوقوف على تحديد المدلول القانوني له.

فإقتناع القاضي في رأي الدكتور محمود محمود مصطفى: هو التقدير الحر المسبب لعناصر الإثبات في الدعوى⁽³⁾.

¹ يوسف محمد رضا: معجم العربية الكلاسيكية والمعاصرة، الطبعة الأولى، مكتبة لبنان، بيروت، 2006، ص 163.

² أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور: لسان العرب، المجلد الخامس، دار صادر، بيروت، 1997، ص 329.

³ محمود محمود مصطفى: الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1977، ص 03.

وجاء في معجم روبر - Robert - أنّ الإقتناع الشخصي يعني: >> الأثر الذي يولد دليلاً كافياً، ويقينا معقولاً مستمداً من أغوار النفس <<(4).

وقد عرفه الدكتور علي راشد بأنه: تلك الحالة الذهنية والنفسية أو ذلك المظهر الذي يوضح وصول القاضي بإقتناعه لدرجة اليقين بحقيقة واقعة لم تحدث تحت بصره بصورة عامة(5).
كما عرّفه الدكتور إبراهيم الغماز بأنه عبارة عن: حالة ذهنية ذاتية تستنتج من الوقائع المعروضة على بساط البحث احتمالات ذات درجة ثقة عالية من التأكيد الذي نصل إليه نتيجة إستبعاد أسباب الشك بطريقة قاطعة(6).

وعرّفه أيضاً الدكتور/ هلالى عبد الله أحمد بأنه عبارة عن: حالة ذهنية وعقلانية تؤكد وجود الحقيقة، ويتم الوصول إليها عن طريق ما تستنتجه وسائل الإدراك، حيث تنشأ هذه الحالة منذ بدء الإجراءات الأولى لنظر الواقعة محل الإثبات، ونتيجة لتكامل عناصرها ومعطياتها التي تكمن في الأدلة بإعتبارها السبب الأول والأساسي في حدوثها(7).

وفي تقدير الدكتور/ فاضل زيدان محمد إقتناع القاضي هو: عملية عقلية منطقية لتحليل الدليل، والتعرف على فحواه ومضانه، وما يترتب عليه من نتائج، ومن خلال هذا التحليل المدرك والواعي والمنضبط بقواعد العقل والمنطق يمكن أن يصل القاضي إلى تقدير القيمة الفعلية للدليل المعروض عليه(8).

وفي رأي الدكتور كمال عبد الواحد الجوهرى الإقتناع القضائي هو: >> حالة ذهنية وجدانية، وهي محصلة عملية علمية منطقية تستثيرها وقائع (القضية الجنائية) في نفس القاضي، فتتشط ذاكرته لتستدعي القواعد القانونية ذات (الوقائع النموذجية) المرشحة للتطابق مع (وقائع القضية)، وتتوقف طبيعة هذه الحالة على نتيجة عملية المطابقة بين الواقعتين، فقد تكون إرتياح الضمير القاضي وإذعانه أو تسليمه بدون أدنى شك بثبوت الوقائع في جانب المتهم، وثبوت مسؤوليته عنها، وقد تكون الشك في ذلك، وأخيراً قد تكون إرتياح ضميره وإذعانه أو تسليمه بعدم حدوثها أو عدم مسؤولية المتهم عنها مطلقاً <<(9).

⁴ مروك نصر الدين: محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الأول، النظرية العامة للإثبات الجنائي، دار هومه، الجزائر، 2007، ص 621.

⁵ عبد الله بن صالح بن رشيد الربيش: سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في قسم العدالة الجنائية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2003، ص 75.

⁶ إبراهيم إبراهيم الغماز: الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1980، ص 627.

⁷ هلالى عبد الله أحمد: النظرية العامة للإثبات في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 1987، ص 398.

⁸ فاضل زيدان محمد: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2006، ص 109.

⁹ كمال عبد الواحد الجوهرى: تأسيس الإقتناع القضائي والمحاكمة الجنائية العادلة، دار محمود، مصر، 1999، ص 14-15.

ويرى الدكتور حسين علي محمد علي الناعور النقبي إقتناع القاضي على أنه: التعبير عن عملية ذهنية وجدانية بمنطق وعقل، ونتيجتها الجزم واليقين(10).

ونحن نخلص إلى أنّ المدلول القانوني للإقتناع هو: >> عملية ذهنية ونفسية قائمة على أسس عقلية ومنطقية، والمرتبطة بضمير القاضي ووجدانه لإدراك الحقيقة الواقعية من خلال التقدير السليم للأدلة <<.

الفرع الثاني: عناصر الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي

بعد إستعراضنا لتعريفات التي قيلت حول الإقتناع القضائي، يمكننا إستخلاص الخصائص أو العناصر التي إنطوى عليها تعريف الإقتناع، وهما عنصران: أحدهما شخصي، والآخر موضوعي، ولا يكفي توافر أحد العنصرين، بل لابدّ من توافرها معا لقيام الإقتناع القضائي، وسوف أقوم بعرض ذلك وفق مايلي:

أولاً:العنصر الشخصي

الإقتناع في ضوء العنصر الشخصي يتألف من عنصرين هما العنصر الذهني أو العقلي المنطقي والعنصر النفسي الوجداني أو الضميري، ويمثل كل عنصر منهما مرحلة من المرحلتين التي تمر بهما حالة الإقتناع، وقطعاً فإنّ العنصر الأوّل سابق في وجوده على العنصر الثاني، وذلك لأنّ العنصر الثاني يمثل خلاصة وتقويم ما تكوّن لدى عقيدة القاضي من خلال العنصر الأوّل.

أ- العنصر الذهني أو العقلي المنطقي

وهو ثمرة التفاعل بين وقائع القضية من ناحية، وما يقَدّم بشأنها من دفاع وأدلة إثبات أو أدلة نفي وعقل القاضي من ناحية أخرى(11).

فالإقتناع القضائي عملية ذهنية يجريها القاضي، وتنتهي برسم صورة واضحة العناصر والملاح لحقيقة الواقع، فيرتسم في ذهن القاضي ويستقر في عقله حقيقة ما حدث.

وإنّ هذه العملية عقلية منطقية لأنّ القاضي يقوم بإجرائها وفق أصول وقواعد علمية، ويعتمد على قواعد المنطق والعدالة سواء في تفسير القواعد القانونية واجبة التطبيق أو في عملية المطابقة بين وقائع القضية وتلك الوقائع النموذجية المقررة بنص من النصوص التشريعية أو في إختيار الجزاء المناسب الذي يوقع على الجاني في حالة إدانته(12).

ب- العنصر النفسي الوجداني أو الضميري

ويتمثل في الحالة التي يصل القاضي إليها من حيث طبيعة الإقتناع، أي أنّها تمثل طبيعة حالة الصورة الذهنية والعقلية التي تكونت لدى القاضي في المرحلة الأولى، والتي كانت تشكل جوهر العنصر الأوّل، حيث تستقر نفسه ويرتاح ضميره لما إستقر لديه في المرحلة الأولى، ولا يشعر بأي ضرورة أو حاجة لمعاودة التفكير

¹⁰ حسين علي محمد علي الناعور النقبي:سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص ص 270 - 271.

كمال عبد الواحد الجوهري، المرجع السابق، ص 19. ¹¹

¹² المرجع نفسه، ص 16.

أو التقصي إذ لا توجد في عقيدته أيّ فروض أخرى تتخالف مع الفروض الذي تكونت لديه فيما يتعلق بحدوث أو عدم حدوث الواقعة⁽¹³⁾.

ومما لا شك فيه أنّ الضمير، هو تشكيل معنوي في الذات الإنسانية له دوره الذي لا يمكن إغفاله في بناء وتكوين الإقتناع، ولكّنه لا يصلح لوحده في بناء الأحكام الجزائية، وذلك لتعذر ضبطه بمعيار علمي محدد ودقيق، فالضمير وسيلة رقابة ذاتية فعالة لضمان ممارسة القاضي لسلطته على نحو عادل وسليم.

ثانياً- العنصر الموضوعي للإقتناع القضائي

يقصد بالعنصر الموضوعي للإقتناع أن يستند القاضي الجنائي في حكمه على دليل يجب أن يكون أقوى مصدر ممكن للإثبات وتقرير الإدانة، ومقتضى ذلك أن يحمل الدليل في ذاته معالم قوته في الإقناع⁽¹⁴⁾. فلا يكفي أن يقتنع المرء بأنّه صاحب حق لأنّ ذلك يبقى بينه وبين نفسه، ولكن عليه إذا أراد الدفاع عن حقه عن طريق القضاء أن يثبت ما يدّعي، بل وأن يثبت مزاعمه وفقاً للسبل التي رسمها القانون، فأمام القضاء لا حقّ بدون إثبات.

والغاية النهائية من جمع الأدلة وتقديمها ليس الوصول إلى الدليل القاطع بحدّ ذاته وإنما هو الوصول إلى إقناع القاضي، وبطبيعة الحال هناك مجال مشترك وحد أدنى مشترك بين الجميع فيما يتعلق بتقدير الأدلة وهو نابع من المنطق السليم الذي يتفق عليه جميع العقلاء من الناس، ولكن مع ذلك هناك جانب من الفروق بين قاض وآخر بحسب نسبة ذكاء كلّ منهم، وتنوع طرق التفكير وسرعة البديهة والرصيد المعرفي لدى كل منهم.

المطلب الثاني: مبررات مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي والانتقادات الموجهة إليه

يعتبر مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي من أهم المبادئ المستقرة في نظرية الإثبات بصفة عامة، ولقد نصّ عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 212 و307 من قانون الإجراءات الجزائية⁽¹⁵⁾. وعلى الرغم من أنّ هناك مبررات عديدة تملي منح القاضي الجزائي الحرية في تقدير الأدلة، ودورا إيجابيا فعالا في الوصول إلى أحكام عادلة، نجد أنّ هناك إنتقادات موجهة للمبدأ، وهو ما سوف نتطرق إليه في هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: مبررات مبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائي

إنّ سيادة مبدأ الإقتناع الحر في مجال الإثبات الجنائي كانت قد أملت ضرورات معينة منها أنّ تطبيق نظام الإثبات القانوني في مجال المواد الجنائية محفوف بالمخاطر، نظرا لما يتسم به من صفة تحكيمية، فهو من جهة يشكل ضررا بالبراءة، لأنّ القاضي في ظلّه ملزم بإدانة كل متهم إكتملت في شأنه الأدلة التي حددها القانون، ولو كان في قرارة نفسه مقتنعا ببراءته مما نسب إليه.

كمال عبد الواحد الجوهري، المرجع السابق، ص20. ¹³

¹⁴ رمزي رياض عوض: سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 29.

¹⁵ راجع المادتين 212 و307 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، جريدة رسمية العدد 48، الصادر بتاريخ 10 يونيو 1966 المعدل و المتمم.

ومن جهة ثانية فهو ضار بالعدالة، لأنّ القاضي يكون ملزماً بتبرئة كل متهم لم تكتمل بحقه أدلة الإثبات التي نص عليها القانون، ولو أن إدانته كانت جلية واضحة بالنسبة له. وقد كان نظام الإثبات المقيّد سائداً في معظم التشريعات تقريبا حتى منتصف القرن الثامن عشر حين بدأ الفلاسفة وفقهاء القانون أمثال بيكاريا وفولتير، يهاجمون نظام التتقيب والتحري مطالبين بإجراء بعض الإصلاحات على القانون الجنائي، والتي من ضمنها إرساء مبدأ الإثبات الحر في مجال الإثبات الجنائي. وقد وجدت هذه الصيحة صدى لدى مشرعي الثورة الفرنسية، حيث وافقت الجمعية التأسيسية الفرنسية في جلستها المنعقدة في 18 / 01 / 1791 على مشروع القانون الذي يقضي بإقرار مبدأ شفوية المرافعة والرجوع إلى نظام المحلفين الذي كان قد هجر منذ القرن السادس عشر، وإعتماد مبدأ حرية الإقتناع كبديل لمبدأ الإثبات المقيّد، أو ما يسمى بنظام الأدلة القانونية.

وفي ظل نظام الإثبات الحر لا يرسم القانون طرقاً محددة للإثبات يتقيد بها القاضي الجزائي، بل يترك حرية الإثبات لأطراف الخصومة في أن يقدّموا ما يرون أنّه مناسباً لإقتناع القاضي هذا من جهة، ومن جهة أخرى يترك للقاضي الحرية المطلقة في تقدير الأدلة المعروضة عليه، ذلك أنّ الإثبات في المواد الجنائية ينصب على وقائع مادية ونفسية يكون من المتعذر إثباتها ما لم تترك لقاضي الموضوع الحرية في تقديرها، وعدم تقييده بأدلة محدّدة.⁽¹⁶⁾

ثانياً - الإنتقادات الموجهة لمبدأ الإقتناع الشخصي

من أهم الإنتقادات الموجهة لمبدأ الإقتناع الشخصي للقاضي نابعة من طبيعة الإقتناع نفسه بما يتضمنه من ذاتية ونسبية، وتبدو الخاصة الأولى وهي الذاتية، من خلال الأساس الذي يقوم عليه الإقتناع، وهو كونه نشاطاً عقلياً يهدف إلى إستنباط الحقيقة من خلال إستقراء الأدلة وإستيعاب قوتها في الدلالة عليها. ولأنّ نتاج الحالة العقلية، والتي عند تقديرها للأدلة قد تتأثر من غير شكّ بمدى قابلية القاضي وإستجابته للدوافع الذاتية المختلفة، ممّا قد يؤدي بالقاضي إلى الخطأ في تقديره للأدلة، ومن ثمّ لا يمكن الجزم بإمكانية الوصول إلى اليقين التام أو المطلق.⁽¹⁷⁾

أمّا الخاصية الثانية ألا وهي النسبية، وتعني أنّ اليقين الذي يصل إليه القاضي ليس مطلقاً بل هو يقينا نسبياً، ومن ثمّ فإنّ النتائج التي يمكن التوصل إليها، تكون عرضة للتنوع والإختلاف في التقدير من قاضي لآخر، تبعاً لما يتمتع به من تكوين شخصي وتأهيل علمي وإدراك عال وضمير عادل يحصّنه ويحميه من أن يتأثر بالدوافع والأفكار القابعة في مكنوناته عند تكوين إقتناعه في مجال تقديره للأدلة.

ومع التطور العلمي والتكنولوجي الذي شهده عصرنا الحالي، إتّجه الفقه الجنائي الحديث إلى القول بأنّ هناك مرحلة جديدة من مراحل تطور الإثبات الجنائي تتميّز في خصائصها عما سبق من المراحل، لأنّها تعتمد

¹⁶ حاتم حسن بكار، أصول الإجراءات الجنائية وفق أحدث التعديلات التشريعية والإجتهادات الفقهية والقضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 790.

¹⁷ فاضل زيدان محمد، المرجع السابق، ص 113.

على الإكتشافات والبحوث العلمية وما تسفر عنه من نتائج بدءاً من مرحلة وقوع الجريمة ومعاينة مسرحها وكشف غموضها، إلى مرحلة تقديم الدليل للقضاء، أطلق عليها الفقه نظام الأدلة العلمية أو الإثبات العلمي. ولقد كان لدخول هذا النوع من الإثبات أثره الواضح في تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، ممّا دفع جانبا كبيرا من الفقه، وعلى رأسهم الفقيه الإيطالي فري " E. Ferri " يرى ويتوقع أن يحل نظام الأدلة العلمية محل نظام الإقتناع القضائي.⁽¹⁸⁾

لكن هذا الرأي في اعتقادنا قد جانب الصواب، لأنّ ذلك يعني أن يصير الخبير هو قاضي الدعوى، وهذا يؤدي إلى حرمان المتهم من ضمانات الحرية الفردية والكرامة البشرية التي لا يحسن توفيرها غير قاض بالإضافة إلى أنّ مباشرة الخبير عمله تقتضى تحديد عناصر مهمته ثم تقدير قيمة تقريره، وهما وظيفتان قضائيتان، وفي النهاية فإنّ الفصل في الدعوى الجنائية يثير مسائل قانونية لا يحسن الخبير البت برأي فيها.

المبحث الثاني: ضوابط الإقتناع بالدليل العلمي

الأصل أنّ القانون خوّل للقاضي الجزائي سلطة واسعة وحرية كاملة في تقدير أدلة الإثبات بغير معقب عليه، كما وإنّ له أن يستخلص من سائر العناصر المطروحة على بساط البحث الصورة الصحيحة لواقعة الدعوى حسبما يؤدي إليه إقتناعه، وأن يطرح ما يخالف ذلك الواقع من صور أخرى، على أنّه يتعيّن على القاضي في تكوين إقتناعه أن يراعي شروطا وضمانات معيّنة. وهذا ما سنتولى دراسته في هذا المبحث حيث نتطرق في المطلب الأول إلى مشروعية الدليل العلمي وفي المطلب الثاني يقينية الدليل العلمي.

المطلب الأول: مشروعية الدليل العلمي

إنّ الدليل لا يكون مشروعاً إلاّ إذا كان وليد إجراءات مشروعّة، الأمر الذي يترتب عليه أنّ أيّ إجراء في مختلف مراحل الخصومة الجنائية سواء في مرحلة جمع الإستدلالات أو التحقيق أو المحاكمة يجب ضرورة مراعاة مشروعيته، وإلاّ أهدر ذلك الإجراء وكافة ما يترتب عليه من نتائج تطبيقاً لقاعدة ما بني على باطل فهو باطل.

ومن ثم يتضح أنّ مشروعية الدليل العلمي تستلزم ضرورة أن يكون ذلك الإجراء المستمد منه الدليل مشروعاً، وهذا ما سوف نتناوله بالدراسة في الفرع الأول تحت عنوان مشروعية إجراءات جمع الأدلة كأساس لمشروعية الدليل، لنتناول في الفرع الثاني قيمة الدليل غير المشروع في الإثبات.

الفرع الأول : المشروعية الإجرائية كأساس لمشروعية الدليل

حدّدت التشريعات المختلفة وسائل وإجراءات لتحصيل أدلة الإثبات لتجعل منها إجراءات أو وسائل خاضعة لمبدأ الشرعية، يرجع إليها القاضي أثناء تكوين إقتناعه الشخصي كميّار لتحديد مدى مشروعية الدليل المستند عليه في ذلك، في حد ذاته.

¹⁸ geneviève giudicelli-delage: les transformations de l'administration de la preuve pénale, société de législation comparée, paris, 2006, p75.

من هذا المدخل، يمكننا أن نفسر الارتباط الوثيق بين مشروعية الدليل كمبدأ، وبين شرعية الإجراء الموصل إليه، فوجود الأول متوقف أساسا على مدى وجود الثاني، ولا غنى لأيّ منهما عن الآخر. فهدف الإثبات أولا وأخيرا، مهما اختلفت وسائله، هو إظهار الحقيقة لا غير، ولا يمكن بأيّ حال من الأحوال أن يبرر هذا الهدف استعمال أية وسيلة حتى لو خرجت عن الإطار الذي رسمته لها الشرعية التي أوجدها المشرع حماية للفرد أولا، وللمجتمع بعد ذلك كي لا يخرج هذا الأخير أثناء تأديته لوظائفه عن قواعد العدالة، وحتى لا يخرق حقوق الدفاع التي ضمنها القانون للشخص المتهم.

فالعبارة ليست بتوافر الأدلة وحشدها، لكن بنزاهة وشرعية تحصيلها، وهذا ما نصت عليه أغلب الدساتير والقوانين، وقبلهم الشريعة الإسلامية في عدة حوادث عرفها التاريخ الإسلامي، كتلك الحادثة التي أهدر فيها أمير المؤمنين - عمر ابن الخطاب- دليلا توصل إليه عن طريق التصنّت على إعتبار هذا الأخير طريقا غير مشروع للإثبات لمخالفته لقواعد الآداب والسلوك.⁽¹⁹⁾

وإذا كان القاضي لا يجد نفسه في إشكال كبير إذا ما تعلق الأمر بتطبيق دليل تقليدي تكون التشريعات قد وضعت طرقا معينة، يتعين إحترامها للحصول عليه، فإنّ الإشكالات تبدأ بالظهور، إذا كنّا بصدد دليل علمي يفرض نفسه بقوة حجّيته وقطعيته على إقتناع القاضي الجنائي، ولم يكن المشرع قد وضع قواعد محدّدة لتنظيم أو لتقنين إجراءات الحصول عليه فيجد القاضي نفسه هنا سواء بين خيار عدم الأخذ بهذا الدليل، لعدم وجود نص قانوني يحدّد مدى شرعية إجراءات الحصول عليه من جهة، أو لمساسه بالحريات الفردية وقواعد السلوك والآداب من جهة أخرى، أو بين خيار الأخذ به معتمدا على نص المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية التي تبيح له استعمال كل الطرق التي يمكنها أن توصله إلى الحقيقة وبذلك تكون قد أعطته كل الحرية في إختيار أيّ وسيلة، أو الأخذ بأيّ دليل يجده كافيا لتكوين إقتناعه الشخصي.

ونظرا لكون شرعية الحصول على دليل ما، تستلزم شرعية الإجراء الموصل إليه فوجود الأول متوقف أساسا على مدى وجود الثاني، ولا غنى لأيّ منهما عن الآخر، وفي حالة سكوت المشرع عن إجراءات تحصيل أدلة الإثبات يتعين إستبعاد كل تلك الوسائل التي تشكّل إنتهاك لحق الإنسان في سلامته الجسدية والذهنية وتمسّ بالحريات الفردية، مثل التنويم المغناطيسي، وجهاز كشف الكذب، والتحليل التخديري وغيرها، ويتعين حظر إستخدامها بموجب نصوص صريحة.

الفرع الثاني: قيمة الدليل غير المشروع في الإثبات

طبقا لمبدأ الشرعية الإجرائية والتي يتحصل من خلالها الدليل، لا يكون الدليل مشروعاً ومن ثم مقبولاً في عملية الإثبات، والتي يتم من خلالها إخضاعه للتقدير، إلا إذا جرت عملية البحث عنه أو الحصول عليه وعملية تقديمه إلى القضاء أو إقامته أمامه بالطرق التي رسمها القانون والتي تكفل تحقيق توازن عادل ودقيق

¹⁹ فوزية خربوش: الأدلة العلمية و دورها في الإثبات الجنائي، رسالة ماجستير في القانون الجنائي و العلوم الجنائية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2002، ص 208.

بين حق الدولة في العقاب، وحق المتهم في توفير الضمانات الكافية لإحترام كرامته الإنسانية وعدم إتهان حقوقه الأساسية.

فمتى ما تم الحصول على الدليل خارج هذه القواعد القانونية فلا يعتد بقيمته مهما كانت دلالاته على الحقيقة الواقعية، وذلك لعدم مشروعيته، وإن كان هذا الكلام ينطبق على دليل الإدانة، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لدليل البراءة، وهذا ما سوف نحاول تبينه، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: بالنسبة لدليل الإدانة

يجب أن يؤسس القاضي الجنائي إقتناعه الذاتي للحكم بإدانة المتهم على أدلة مشروعة، وذلك إنطلاقاً من قاعدة أنّ الأصل في الإنسان البراءة، فالمتهم يجب أن يعامل على أساس أنه بريء في مختلف مراحل الدعوى إلى أن يصدر بحقه حكم بات، وهذا يقتضي أن تكون الأدلة التي يؤسس عليها حكم الإدانة مشروعة. ولو أجزنا للقاضي الجنائي الحكم بإدانة المتهم ولو بأدلة أو إجراءات غير مشروعة فإنّ الضمانات التي كفلها القانون لحماية حقوق المواطن وكرامته وحرمة مسكنه لا قيمة لها، كما أنّ القواعد التي يسنها المشرع لا أهمية لها متى ما أمكن إهدارها وعدم الإلتزام بها. (20)

وبالتالي فليس للقاضي أن يعطي الدليل المستمد بطريق غير مشروع أو بوسيلة مخالفة للقانون أيّ قيمة في الإثبات وإلا كان الحكم المبني على ذلك باطلاً.

ثانياً: بالنسبة لدليل البراءة

بيّنا في الفقرة السابقة أنّ حكم الإدانة يجب أن يكون مستندا على دليل مشروع، ولا يجوز أن تبنى الإدانة على دليل باطل وفقاً للرأي الراجح، فهل ينطبق هذا القول على دليل البراءة؟ في الحقيقة لقد أثار هذا التساؤل جدلاً فقهيًا كبيراً بين فقهاء القانون الجنائي، تمخض عنه ثلاثة إتجاهات رئيسية:

الإتجاه الأول: يرى بأنّه ليس هناك ما يمنع من تأسيس حكم البراءة على دليل غير مشروع إنطلاقاً من مبدأ إفتراض البراءة بإعتبارها هي الأصل، وبالتالي المحكمة ليست بحاجة لإثباتها، بل كل ما تحتاجه هو التشكيك في الإدانة لكي تصدر حكمها ببراءة المتهم ممّا نسب إليه. (21)

هذا بالإضافة إلى أنّ بطلان دليل الإدانة الذي تولّد عن إجراء غير مشروع إنّما شرع لضمان حرية المتهم، فلا يجوز أن ينقلب هذا الضمان وبالأعلى عليه. (22)

الإتجاه الثاني: يرى أنصار هذا الإتجاه أنّه ليس للقاضي أن يحكم ببراءة المتهم بناء على دليل جاء من طريق غير مشروع، أي لا يفرق بين ما إذا كان الدليل سوف يؤدي للبراءة أو للإدانة فهي على حد سواء.

²⁰ محمد عطية راغب المحامي: النظرية العامة للإثبات في التشريع الجنائي العربي المقارن، دار المعرفة، القاهرة، 1960، ص 177.

²¹ أحمد فتحي سرور: الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة، القاهرة، 1981، ص 501.

²² سامي حسني الحسيني: النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 470.

وأضافوا أنه ليس للقضاء أن يقرّ قاعدة أنّ الغاية تبرر الوسيلة كمبدأ قانوني صحيح، وهو إذا أقرّها في خصوص جواز إثبات البراءة بكل السبل، فقد يقال فيما بعد أنه حتى التزوير، وشهادة الزور، وإرهاب الشهود حتى يعدلوا عن أقوالهم تصبح كلها أمور مشروعة لإثبات البراءة، وهذا مالا يمكن أن يقول به أحد، ولكن ينتهي إليه حتما منطق هذا القضاء الخاطئ⁽²³⁾.

الإتجاه الثالث: هو إتجاه توفيقى، يرى أنصاره جواز إستناد المحكمة في تبرئة المتهم إلى دليل غير مشروع، ولكن في حدود معيّنة، وذلك عن طريق التفرقة في شأن دليل البراءة بين ما إذا كانت وسيلة الحصول عليه تعدّ جريمة جنائية، أم أنّها مجرد مخالفة لقواعد الإجراءات.

فإذا كان الدليل متحصلا من جريمة جنائية، فإنّه لا يمكن الإعتداد به، لأنّ القول بغير ذلك مفاده الدعوة لإرتكاب بعض الجرائم، وإخراجها من دائرة العقاب، وهذا الأمر لا يقبله لا العقل ولا المنطق القانوني السليم.

أمّا إذا كان الحصول على الدليل يخالف قاعدة إجرائية فحسب، فهنا يصح الإستناد إلى هذا الدليل في تبرئة المتهم تحقيقا للغاية من تقرير البطلان، لأنّ الغرض من البطلان الذي شاب وسيلة التوصل إلى الدليل إنّما يرجع إلى فعل من قام بالإجراء الباطل، وبالتالي لا يصح أن يضار المتهم بسبب لا دخل له فيه.⁽²⁴⁾

ونحن نؤيد هذا الرأي الأخير لأنّه في رأينا هو الأكثر تحقيقا للعدالة، كما أنّ إتجاه متوازن لا يغلب لا كفة البراءة ولا كفة الإدانة، كما أنّه يحافظ على الأصل العام، ألا وهو البراءة، ذلك أنّه من غير المقبول القول بإهدار دليل للبراءة من شأنه أن يظهر براءة متهم لمجرد أنّه لم يستوف بعض الإجراءات الشكلية اللازمة قانونا، لأنّ هذا سيؤدى إلى نتيجة خطيرة للغاية وهي إدانة بريء، وفي هذه الحالة يتحمل المجتمع ضررين، عقاب بريء أقام دليل على براءته، وإفلات مجرم من العقاب.

المطلب الثاني: يقينية الدليل العلمي

إذا كان المبدأ العام في الدعوى الجزائية في تشريعات الدول المختلفة، بما فيها التشريع الجزائري هو أنّ القاضي الجزائي يتمتع بقدر كبير من الحرية في تكوين عقيدته، إلا أنّ هذه الحرية ليس معناها أنّ القاضي يملك الحكم في الدعوى على غير أساس من التثبت واليقين.

وسنتطرق في هذا المطلب إلى تحديد مفهوم اليقين في الفرع الأول، لنتناول القيمة القطعية للدليل العلمي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم اليقين

تتحد كل الإجراءات أو التشريعات الجنائية المختلفة، في أن يصيب القاضي الحقيقة في إصدار الحكم الجنائي، سواء أكان بالإدانة أو بالبراءة، ولن يتمكن من ذلك إذا لم يتوفر لديه اليقين.

واليقين هو أساس العدالة الإنسانية ومصدر ثقة المواطنين، ومن الطبيعي أن نتعرف أولا على مدلول اليقين، ثم نقوم بتمييزه عما قد يختلط به من مصطلحات ثانيا.

نصر الدين ماروك: مبدأ المشروعية والدليل الجنائي، مجلة النائب، العدد 10، ص 10. ²³

سامي الحسيني، المرجع السابق، ص ص 471-473. ²⁴

أولاً: تعريف اليقين

اليقين لغة هو قرار الشيء، يقال: يقن الماء في الحوض، أي إستقر، وهو في الإصطلاح حصول الجزم بوقوع أمر أو بعد وقوعه، أمّا الشك فهو في اللّغة التردّد، والمراد به تردّد الفعل بين الوقوع وعدمه. ومن هنا يتبيّن أنّ اليقين والشك نقيضان، فلا مجال للشك عند وجود اليقين، ولا يتصور اليقين حيث يقوم الشك، وإذا كان إجتماع النقيضين محالاً، فإنّ الشك قد يطرأ بعد حصول اليقين. وقد تعرض الفقهاء لهذا الغرض فوضعوا قاعدة أصولية مؤداها أنّ اليقين لا يزول بالشك، فاليقين أقوى من الشك، والقوي لا يزول بضعيف، فما ثبت بيقين لا يرتفع بالشك وإنّما يرتفع بيقين مثله⁽²⁵⁾. أمّا إصطلاحاً فهو عبارة عن حالة ذهنية أو عقلانية تتولد لدى القاضي محدثة إنطباعاً مؤكداً عن كيفية حدوث الواقعة الإجرامية، ويتوقف تكامل هذا اليقين في ضمير القاضي على قدرة الأدلة المطروحة على توصيل القاضي إلى هذه المرحلة، بحيث أنّه إذا إستطاع إدراكها فإنّه في هذا الفرض تتطابق حالة الذهن والعقل مع حالة الواقع والحقيقة، وعلى العكس من ذلك يتباعد مصطلح اليقين في حالة تشكك القاضي وعدم قدرة أدلة الدعوى على توصيله إلى تلك المرحلة من اليقين⁽²⁶⁾.

ويكون تطبيق القانون عادلاً، إذا بيّن القاضي الواقعة بيانا صحيحا وكافيا يؤدي هذا البيان في نهاية الأمر إلى إستخلاص اليقين للواقعة، ومن ثم تطبيق العقوبة التي تتفق ودرجة جسامة الجريمة فليست حرية إقتناع القاضي سببا لإدانة الأبرياء أو تبرئة المدانين، بل هي طريق يسلكه حتى يصل بحكمه من العدالة ويقترّب به إلى اليقين.

ثانياً: تمييز اليقين عمّا قد يختلط به

لا يمكننا الوقوف على معنى الجزم واليقين، دون تحديد العلاقة بين كلمة اليقين والإقتناع، فهل هما كلمتان مترادفتان في المعنى أم لا، كما قد يتبادر في الذهن أنّه لا فرق بين الحقيقة التي يسعى القاضي إلى الوصول إليها واليقين الذي يستمد منه إقتناعه، ولكن الأمر ليس كذلك، وهو ما سوف نتناوله بالتفصيل على النحو الآتي:

أ- تمييز اليقين عن الإقتناع

إختلف الفقه في تحديد وجه الخلاف بين الإقتناع واليقين، فذهب البعض إلى القول أنّ الإقتناع (la conviction) يراد به: "إذعان نفس لما يجده المرء من أدلة تسمح له بقدر من الرجحان والإحتمال كاف لتوجيه عمله"، وبمعنى آخر هو حكم ذهني جازم غير قابل للشك، وهنا يشترك الإقتناع مع مفهوم الإعتقاد (croyance) لكونه هو الآخر حكماً ذهنياً جازماً، إلا أنّه قابل للتشكيك⁽²⁷⁾، فهو في مرتبة أدنى من الإقتناع.

²⁵ وهبة بن مصطفى الزحيلي: التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، المجلد الثاني، الجزء الثالث، دار الفكر المعاصر، دمشق، 1997، ص 109.

²⁶ مروك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، المرجع السابق، ص 491-492.

²⁷ حاتم حسن بكار، المرجع السابق، ص 848.

أما اليقين فهو حالة ذهنية تلتصق بالحقيقة دون أن تختلط بأي شك، فهي من الناحية الشخصية تتعارض مع الشك، ومن الناحية الموضوعية فوق الجهل والغلط، ودرجة اليقين تختلف بحسب المكثات المعطاة⁽²⁸⁾. ورغم أن اليقين والإقتناع يتحدان في أن كلا منهما غير قابل للتشكيك، إلا أن اليقين أكثر دقة وتأكيدا من الإقتناع، فالإقتناع لا يخلو تماما من بعض الإحتمال ولو بنسبة ضئيلة⁽²⁹⁾. وهناك من يرى⁽³⁰⁾ أن إقتناع القاضي لا يعني أكثر من تسليمه بثبوت الوقائع كما دونها في حكمه ثبوتا كافيا، فالإقتناع- في مفهومه القضائي- ليس يقينا، لأن القاضي لا يملك وسائل إدراك اليقين كحالة ذهنية تلتصق بالحقيقة دون أن تختلط بأي شك على المستوى الشخصي أو بجهل أو غلط على الصعيد الموضوعي. وحسب هذا الرأي الإقتناع ليس إعتقادا لأن القاضي لا يجوز أن يحكم بناء على أسباب شخصية صلحت لحلمه هو نفسه على التسليم بثبوت الوقائع لكثها لا تصلح إذا نظر إليها من الناحية الموضوعية أو من جانب الآخرين، وإنما يقف الإقتناع في منطقة الوسط بين "اليقين" و"الإعتقاد" يفوق الإعتقاد لأنه لا يقوم على أسباب شخصية وإنما على أدلة وضعية تدنيه من اليقين، ويختلف عن اليقين في إستقامته على التسبب والتعليل وقبول التسبب والتحليل أمر شخصي لا يتسم بصرامة اليقين.

ب- تمييز اليقين عن الحقيقة

اليقين بالمعنى السابق يختلف عن الحقيقة، فحقيقة الواقعة الإجرامية تمثل النموذج الواقعي لكيفية حدوثها وطريقة ارتكابها، ومن إشتراك أو ساهم فيها، وغير ذلك من التفاصيل التي حدثت بالفعل على مسرح الجريمة، وتكون وظيفة الأدلة هي نقل وتصوير هذا الواقع أمام المحكمة، في حين أن اليقين يمثل حالة ذهنية أو عقلانية تتولد لدى القاضي، محدثة إنطباعا مؤكدا عن كيفية حدوث تلك الواقعة الإجرامية ويتمكن القاضي من الوصول إلى هذه الحالة عن طريق قدرة الأدلة المطروحة على توصيل القاضي إلى ذلك الإنطباع لتلتقي الحقيقة باليقين. وقد يتطابق المفهومان في حالة تمكن القاضي من الوصول إلى مرحلة اليقين العقلاني الكاشف له عن تفاصيل حقيقة الواقعة المرتكبة، وفي تلك الحالة تتطابق حالة الذهن والنفس بمسبباتها مع حالة الواقع بتفاصيلها، وقد يتنافر المفهومان ويتباعدان في حالة تشكك القاضي، وعدم قدرته على الوصول إلى تلك المرحلة من اليقين، فيستحيل عليه كشف حقيقة الواقعة المرتكبة⁽³¹⁾.

الفرع الثاني: القيمة القطعية للدليل العلمي

لقد قطع التقدم التقني والعلمي خطوات هائلة في المجال الجنائي لذلك كان من الضروري أن يلجأ القاضي إلى الإستعانة بأهل الخبرة، لفصل النزاعات عندما تعرض عليه مسائل يستعصي عليه فهمها، فمن المنطقي أن

فاضل زيدان محمد، المرجع السابق، ص 110. 28

حاتم حسن بكار، المرجع السابق، ص 848. 29

محمد زكي أبو عامر: الإجراءات الجنائية، الطبعة السابعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 729-730. 30

حسين علي محمد علي الناعور النقبلي، المرجع السابق، ص 285-286. 31

ثقافة القاضي مهما كانت واسعة، فلا يمكن أن تستوعب جميع المشاكل التي تعرض عليه خاصة بعد التطور العلمي الذي شهدته البشرية، وظهور وسائل فنية حديثة مما يجعل اللجوء إلى الخبرة ضرورياً. وهكذا أصبحت الخبرة تحتل مكاناً هاماً في العمل القضائي باعتبارها طريقاً مهماً من طرق الإثبات لا سيما إذا تعلق الأمر بالمسائل الفنية البحتة التي يلتزم القاضي بتعيين خبير فيها لفهم معطيات النزاع. وفي الحقيقة إن ما يصل إليه الخبير من إثبات الواقعة يمثل وجهة نظر فنية محضة ويجب أن تقتصر بوجهة نظر قانونية، لكي تكتسب وجهة نظره قيمة فعلية في مجال الإثبات.⁽³²⁾

وإذا كان تقدير القاضي لا يتناول القيمة العلمية الفاطعة للدليل العلمي، وذلك لأن قيمة الدليل تقوم على أسس علمية دقيقة ولا حرية للقاضي في مناقشة الحقائق العلمية الثابتة، أما الظروف والملابسات التي وجد فيها الدليل فإنها تدخل في نطاق التقدير الذاتي للقاضي فهي من إختصاص عمله، حيث يمكنه أن يطرح مثل هذا الدليل رغم قطعيته من الناحية العلمية وذلك لعدم تناسقه منطقياً مع ظروف وملابسات القضية. والواقع أنه مهما اتسعت السلطة التقديرية للقاضي في رقابة تقرير الخبير وإستمداد إقتناعه منه فإن هذه السلطة لها حدود معينة لا تعدو أن تكون تحكيمية، وإنما يتحرى بها مدى جدية تقرير الخبرة ومقدار ما يوحي به من ثقة، ويتبع القاضي في ذلك أساليب الإستدلال المنطقي التي يقرها العلم ويجري بها العمل القضائي⁽³³⁾، ولذلك قيل أن القاضي هو الخبير الأعلى في الدعوى.

خاتمة

لقد أدى التطور التكنولوجي والمعلوماتي إلى إستفادة محترفي الإجرام من وسائل متقدمة وأدوات تقنية متطورة في ارتكاب الجرائم وخاصة الإجرام المنظم العابر للحدود الوطنية، وساعدتهم أيضاً في إخفاء معالم الجريمة، ومن ثم كان على أجهزة العدالة الجنائية مواكبة هذا التطور الكبير وإدخال وسائل جديدة في عملية إكتشاف الجرائم حتى يكون للسياسة الجنائية دور إيجابي وفعال في مكافحة الإجرام المستحدث، ومواكبة لهذا التطور تطورت طرق الإثبات الجنائي وظهرت طرق علمية جديدة مستحدثة سميّة بالأدلة العلمية، ولقد أشرنا إلى هذا النوع من الأدلة وإلى كيفية إحتلالها الصدارة بين أدلة الإثبات الأخرى أمام القاضي الجنائي، حيث أنها أصبحت الأكثر إستعمالاً في ميدان الكشف عن الجريمة وإثبات الحقيقة مما جعلها تشكل واقعا مفروضاً على القاضي بسبب دقتها ويقين نتائجها العلمية.

وما تجدر الإشارة إليه أن السياسة الجنائية الحديثة المستندة على التقدم العلمي والتكنولوجيا، والتوسع إلى فتح آفاق كبيرة للقضاء على الجريمة عن طريق مساندة كل ما هو العلمي، قد إصطدمت أثناء عملية تطورها بإشكالات عديدة، إذ من أهم ما سيره البحث التحسي من مسدس من الناحية العملية، مشكلة المشروعية أو مشكلة المصلحة الأولى بالرعاية، فالكثير من هذه الأدلة يمثل في حد ذاته

³² فاضل زيدان، المرجع السابق، ص 112.

³³ فودة عبد الحكيم، حجية الدليل الغني في المواد الجنائية و المدنية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص 27.

إعتداء صارخا على حرية الفرد أي الشخص المتهم أثناء البحث أو محاولة الحفاظ على مصلحة المجتمع، وهنا يثور التساؤل عن مصلحتي الفرد والمجتمع، من منهما الأولى بالرعاية.

إنّ محاولة تقاضي الإصطدام الذي قد تحدثه عملية الأخذ بالأدلة الحديثة في إثبات الجريمة مع مبدأ قرينة البراءة ومحاولة تحديد المصلحة الأولى بالرعاية تدفعان بالقاضي أو المشرع إلى محاولة كفالة التوازن بين حق المجتمع في الحصول على الدليل الذي يوصله إلى الحقيقة وبين حق المتهم في إثبات براءته، وذلك عن طريق إتخاذ كافة الإحتياطات والضمانات التي تمنع المساس بحرية الفرد إلاّ بالقدر اللازم لتقيد الإجراءات التي يتخذها المجتمع أثناء بحثه عن الحقيقة.

ورغم أهمية الدليل العلمي وحجّيته في الإثبات، فهو لا يزال يقف عاجزا أمام الكثير من الجرائم التي تطوّرت في حدّ ذاتها مع تطور وسائل الكشف عنها، فالتكنولوجيا الحديثة التي ساهمت في الكشف عن الجريمة هي نفسها التي وضعت بين أيدي محترفي الإجرام الوسائل المتقدمة لإستخدامها في إرتكاب أخطر جرائمهم وإخفائها، فلقد أصبح ذكاء المجرم في تطور طردي مع تطور الوسائل العلمية لمكافحة إجرامه.

وإذا كانت الأدلة العلمية قد تقلّص من السلطة التقديرية للقاضي الجنائي أثناء تكييفه لها بسبب طبيعتها العلمية البحتة، الأمر الذي قد يؤثر على مبدأ إقتناعه الشخصي في حد ذاته أو حتّى إغائه في بعض الأحيان، فالقاضي الجزائي مقيّد بكل ما هو وارد في تقدير الخبرة لأنّ الدليل العلمي يقوم على أسس علمية دقيقة ولا حرية ولا سلطة للقاضي الجزائي في مناقشتها بإعتبارها تشكل حقائق علمية ثابتة، إلاّ أنّ الظروف والملابسات التي وجد فيها الدليل فإنّها تدخل في نطاق تقديره.

هذه كانت أهم النتائج المتوصل إليها، أمّا عن الإقتراحات التي نرجو الأخذ بها، فتتمثل فيما يلي:

إنّ العالم اليوم في تقدم مستمر ومتسارع بما يحويه من وسائل تعمل على تطوير الجريمة في حدّ ذاتها تطورا يخرجها من سيطرة الجهاز القائم على مكافحتها، أو حتى من الحدود الجغرافية التي إرتكبت فيها، لذا فقد أصبح لزاما على الجهات الأمنية والتشريعية والقضائية أن تطوّر أساليبها ووسائلها وتخضعها لهذا التطور كي تتمكن من التعامل والتعايش مع عصر الثورة المعلوماتية، وفي ظل التقدم العلمي الذي فتح آفاق جديدة وجلب معه أيضا مشكلات ومخاطر جديدة، فإن لم نستطع التعامل معها بكفاءة عالية فإنّ ذلك سيهدّد الحياة الخاصة، ولذلك لا بدّ من وضع برامج علمية وأساليب فعّالة للتعامل مع هذا الواقع الجديد الذي فرض نفسه على الأفراد والمجتمعات على مستوى العالم.

وإلى جانب الإهتمام بتقنين هذه الوسائل الحديثة في جمع الأدلة يجدر بنا الإشارة إلى أنه أضحى من الصعب إسناد عملية تجميع هذه الأدلة إلى الشرطة القضائية بمعناها الضيق بما تحويه مهامها طبقا للتشريع القائم من بحث وتحري وجمع للأدلة فحسب، كون الأدلة العلمية وبحسب طبيعتها، تستلزم أن يكون الجهاز القائم بالتنقيب عليها والبحث فيها جهازا علميا جنائيا وتقنيا كما هو عليه الحال فيما يسمى بالشرطة العلمية، وهنا تجدر بنا الإشارة إلى محاولة إلقاء الضوء على وضع هذه الهيئة في القانون الجزائري الذي ومنذ الإستقلال يكتنفه الكثير من الغموض خلافا لما هو عليه الحال بالنسبة للشرطة القضائية فنحن لا نجد لها ذكرا في قانون الإجراءات الجزائية من الناحية التشريعية رغم وجودها كجهاز قائم بذاته مستقل نسبيا عن الشرطة القضائية من الناحية العملية.

مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات الأجنبية (من حيث تكريس الضمانات القانونية)

دالي عقيلة، طالبة دكتوراه،
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية،
كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.
البريد الإلكتروني: ninadal87@hotmail.fr

الملخص:

إن حاجة الدولة الجزائرية للاستثمار الأجنبي من أجل النهوض باقتصادها الوطني، دفعها إلى تضمين قوانينها الداخلية المتعلقة بالاستثمار بالعديد من الضمانات بمختلف أنواعها التي تساعد على جذب وتدفع رؤوس الأموال الأجنبية إلى أراضيها الداخلية؛ من قانونية، مالية وقضائية- ما يهمنها هي الضمانات القانونية التي تعد مجال دراستنا-، ولكن فعالية هذه الأخيرة إلا إذا ما كان هناك تجسيدها على أساس تحقيق وتكريس مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بين المستثمرين الأجانب والمستثمرين الوطنيين.

وباعتناق الجزائر للنظام الرأسمالي، قامت بتكريس هذا المبدأ في مختلف قوانينها المتعلقة بالاستثمار، وأخرها القانون رقم 16-09، المتعلق بترقية الاستثمار، أين نجده أقر صراحة بمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بين المستثمرين الأجانب في مجال الاستعادة من الضمانات القانونية دون أن يقر تطبيق هذا المبدأ في هذا المجال بين المستثمرين الأجانب والوطنيين.

وعليه فتطبيق هذا الأخير- مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة- هو تطبيق نسبي، ويشوبه تناقضات عديدة، مما ينقص من معنى هذا التكريس، وهذا ما يؤدي حتما إلى تنافر وعدم تحبيذ الأجانب من استثمار رأسمالهم في مثل هذه الدولة، التي يتميز قوانينها بالتناقض وعدم الفعالية.

الكلمات المفتاحية:

المستثمر الأجنبي، مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، المستثمر الوطني، تشجيع الاستثمار الأجنبي، تطبيق نسبي، الضمانات القانونية.

Le principe du traitement juste et équitable des investissements étrangers (Consécration des garanties juridiques)

Résumé :

Le besoin de l'Etat algérien pour l'investissement étranger pour améliorer son économie nationale a conduit à l'inclusion dans ses lois nationales relatives à l'investissement divers types de garanties qui contribuent à attirer et à faire circuler des capitaux étrangers sur son territoire ; -ce qui nous intéresse, ce sont les garanties juridiques qui font l'objet de notre étude- mais l'efficacité de ces dernières, à moins qu'elles ne soient incorporées sur la base de la consécration du principe du traitement équitable et de l'intégration des investisseurs étrangers et nationaux.

La conversion de l'Algérie au système capitaliste, a permis la consécration de ce principe dans diverses lois sur l'investissement. La toute récente loi (n° 16-09) sur la promotion de l'investissement consacre explicitement le principe.

Par conséquent, l'application de ce dernier est relative, et comporte des contradictions, ce qui diminue le sens de cette consécration. Cela conduit inévitablement à l'aliénation et à l'abus dans le traitement des investisseurs étrangers.

Mots clés :

Investisseur étranger, le principe du traitement juste et équitable, investisseur national, encouragement des investissements étrangers, Application relative, les garanties juridiques.

The principle of fair and equitable treatment of foreign investments (Consecration of legal guarantees)

Summary:

The Algerian State's need for foreign investment to improve its national economy has led to the inclusion in its national investment laws of various types of guarantees that help attract and circulate foreign capital in its territory. What we are interested in are the legal guarantees that are the subject of our study - but the effectiveness of these, unless they are incorporated on the basis of the recognition of the principle of fair treatment and integration of foreign and domestic investors.

The conversion of Algeria to the capitalist system, has allowed the consecration of this principle in various laws on investment. The most recent Investment Promotion Law (No. 16-09) explicitly enshrines the principle.

Consequently, the application of the latter is relative, and contains contradictions, which diminishes the meaning of this consecration. This inevitably leads to alienation and abuse in the treatment of foreign investors.

Keywords:

Foreign investor, the principle of fair and equitable treatment, domestic investor, encouragement of foreign investment, Relative enforcement, legal guarantees.

مقدمة

عرفت المنظومة التشريعية المتعلقة بالاستثمار تطورا ملحوظا، أين نجده في البادئ، قبل بنظرة عدائية بعد الاستقلال، ظنا بأن الاستثمار الأجنبي يمس بسيادة الدولة الجزائرية الاقتصادية، إلا أنه مع بداية التسعينيات تبدلت هذه النظرة لتتبدل إلى تكريس حرية الاستثمار الأجنبي وتشجيعه، أين نجد القوانين المتتالية، وآخرها قانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار الذي نجده قد كرس معاملة عادلة ومنصفة للاستثمارات الأجنبية التي ينادي بها جل المستثمرين الأجانب، إذ بتوافر هذا المبدأ سيضمن لهم التمتع بنفس الحقوق والالتزامات، مما يجعلهم يقررون الاستثمار في الدولة التي ستوفر لهم هذه المعاملة، وتبعث الثقة والطمأنينة لدى المستثمرين الأجانب باستثمار رأسمالهم في الإقليم الجزائري، ولعل من بين مظاهر تطبيق هذا المبدأ، يظهر من خلال تكريس ضمانات بمختلف أنواعها من قانونية ومالية وقضائية، ولكن نحن ندرستنا ستقتصر على دراسة الضمانات القانونية من حيث تطبيقها وتكريسها لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة في ظل القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار باعتباره جاء مؤخرا.

وهذا ما يجعلنا نطرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى تم تكريس الضمانات القانونية لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات الأجنبية في إطار قانون رقم 16-09؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سنقوم أولا بالإحاطة بمفهوم مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة (أولا)، لنتطرق فيما بعد لتبيان الضمانات القانونية (ثانيا)، لندرس أخيرا إذا ما كان تطبيق مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بصفة مطلقة أم أن هناك حدود لتطبيقه (ثالثا).

المبحث الأول: مفهوم مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة

لقد ضمن المشرع الجزائري القوانين المتعلقة بالاستثمار مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بداية بانتهاجه للإصلاحات الاقتصادية التي فرضت على الدولة الجزائرية لمواكبة التطورات الاقتصادية والعولمة التي وصلت إليها الدول المتطورة.

المطلب الأول: تكريس مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة

لقد كرس المشرع الجزائري مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، في الأمر رقم 01-03 المتعلق بترقية الاستثمار¹، أين ضمن مبدأ عدم التمييز بين المستثمر الأجنبي والوطني في الحقوق والواجبات، كما أقر مبدأ

¹ - تنص المادة 14 من الأمر رقم 01-03، يتعلق بتطوير الاستثمار، مؤرخ في 20 أوت 2001، ج. ر. ج. ج.، عدد 47، صادر في 22 أوت 2001، (ملغى)، على ما يلي: " يعامل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب يمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الجزائريين في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار، ويعامل جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب نفس المعاملة مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية."

عدم التمييز بين المستثمرين الأجانب فيما بينهم، باستثناء الأحكام التي تنص عليها الاتفاقيات الدولية التي تبرمها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية، أين تقر منح مزايا أو امتيازات أفضل لرعايا الدول المتعاقدة¹. ولعل تطبيق نظام قانوني واحد على كلا الطرفين - المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي - هو لدليل على تكريس نفس الحقوق والواجبات عليهم، وهذا ما تم استقرائه من نص المادة الأولى (1) من الأمر المذكور أعلاه، والتي جاء بندها على نحو التالي: " يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات، وكذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز و/ أو الرخصة"².

ليأتي فيما بعد التعديل الدستوري لسنة 2016، ليقر بحرية الاستثمار والتجارة المعترف بها، على شرط أن تمارس في إطار القانون، كما على الدولة أن توفر مناخا ملائما لإنجاز مثل هذه الأعمال، وتشجيع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية³. وليتم إقرار هذا المبدأ في قانون الاستثمار الذي جاء مؤخرا⁴ بصريح العبارة⁵، وهذا على النحو التالي: " مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية والمتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية، يتلقى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب معاملة منصفة وعادلة، فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم"⁶.

لكن الشيء الملاحظ من خلال استقراء محتوى هذه المادة، هو أن المشرع الجزائري اكتفى بتكريس هذا المبدأ على المستثمرين الأجانب فيما بينهم، وهنا يطرح تساؤل إذا ما كان هذا المبدأ لا ينطبق إقراره فيما بين المستثمر الأجنبي والوطني؟، وهذا ما سيتم معالجته ودراسته في المحورين التاليين لهذا المبحث.

¹ - لعماري وليد، الحوافز والحوافز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، الجزائر، 2010/2011، ص. 17.

² - أمر رقم 01-03، يتعلق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.

³ - راجع نص المادة 43 من القانون رقم 16-01، مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل لدستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-483، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج. ر. ج. ج. ج.، عدد 76، صادر في 8 ديسمبر 1996، ج. ر. ج. ج. ج.، عدد 14، مؤرخ في 7 مارس 2016.

⁴ - قانون رقم 16-09، مؤرخ في 3 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج. ر. ج. ج. ج. ج.، عدد 46، صادر في 3 أوت 2016.

⁵ - باعتبار أن الأمر رقم 01-03، المتعلق بتطوير الاستثمار، لم ينص على مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، وإنما اقتصر على عبارة " نفس المعاملة "، وكما أنه لم يحدد نوعية هذه المعاملة العبارة، على عكس القانون رقم 16-09، المتعلق بترقية الاستثمار، فلقد نص بصريح العبارة على " مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة".

⁶ - راجع نص المادة 21 من القانون رقم 16-09، يتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

بيد أنه، بالرجوع إلى نص المادة الأولى (1) من القانون نفسه، يلاحظ أن هذا الأخير جاء ليحدد النظام القانوني الذي سيطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية على حد سواء، حيث تنص على ما يلي: " يهدف هذا القانون إلى تحديد النظام المطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات."

وعليه، من خلال هاتين المادتين المذكورتين أعلاه، فإن الدولة الجزائرية أقرت بمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للمستثمرين الأجانب بدون تمييز بينهم، وهذا ما يعني تمتعهم بنفس الحقوق، وتحملهم نفس الواجبات¹، باعتبار أن المعاملة العادلة تقتضي احترام أحكام القانون الداخلي وما هو مكرس في القانون الدولي المعمول به في مجال حماية الأجانب وممتلكاتهم في الخارج، ولا يكون هذا إلا باحترام ومراعاة مجموعة من الشروط تتمثل أساسا في عدم التمييز بين المستثمرين سواء كانوا وطنيين أو أجانب، من حيث تمتعهم بحق ملكية استثماراتهم، وكذا حرية التحويل والحق في التعويض، أما الإنصاف فهي خاصية تتطلب الأخذ بعين الاعتبار مصالح كل الأطراف المعنية بعملية الاستثمار، أين يجب أن تكون معاملة الأجانب مطابقة لما هو مكرس ومعترف به في القانون الدولي².

وبالتالي، فتكريس الدولة الجزائرية لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، لدليل على رغبة الدولة لفتح المجال أمام المستثمرين الأجانب وإقبالهم إلى الاستثمار بجلب رأسمالهم لاستثمارها على الأراضي الجزائرية³. والجدير بالذكر، أن تكريس المشرع الجزائري لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمار الأجنبي كان استلهاما لما هو منصوص عليه في معظم وإن لم نقل جل الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية والتي أبرمتها مع أغلب دول العالم سواء مع الدول الغربية أو العربية⁴، أين نجدها قد كرس مبدأ أساسيا يكفل حماية للمستثمر الأجنبي والمتمثل في " مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة"، ومن بين هذه الاتفاقيات نجد:

- الاتفاقية الجزائرية والاتحاد للكسمبورغي البلجيكي الخاص بحماية وتشجيع الاستثمارات، التي نصت في المادة الثالثة الفقرة الأولى والتي جاء بندها على النحو التالي:

¹ - عجة الجليلي، الكامل في القانون الجزائري للاستثمار " الأنشطة العادية وقطاع المحروقات"، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص. 455.

² - عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2005/2006، ص. 271.

³ - كعباش عبد الله، الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية، رسالة ماجستير، فرع القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة بن عكنون، كلية الحقوق، الجزائر، 2001/2002، ص. 186.

⁴ - محمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر - دراسة حالة أوراسكوم-، بحث مقدم لنيل درجة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، جامعة منتوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسنطينة، 2009/2010، ص. 91.

" تتمتع كل الاستثمارات المباشرة وغير المباشرة التي تمت من طرف أحد الأطراف المتعاقدة على إقليم الطرف المتعاقد الآخر بمعاملة منصفة وعادلة"¹.

- **المادة الرابعة** من الاتفاقية الجزائرية الاسبانية المتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، والتي تنص على ما يلي:

" يضمن كل طرف متعاقد على إقليمه معاملة عادلة ومنصفة حيال الاستثمارات المنجزة من قبل مستثمري الطرف الآخر."²

لكن الشيء الملاحظ من خلال القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، نجده قد كرس مبدأ المعاملة العادلة بين المستثمرين الأجانب دون أن يقر تكريس هذا المبدأ الأخير بين المستثمرين الوطنيين والأجانب.

المطلب الثاني: الضمانات القانونية المكرسة في قانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار

لقد كرس المشرع الجزائري العديد من الضمانات القانونية التي من شأنها تشجيع وجذب المستثمرين الأجانب للاستثمار في الدولة الجزائرية وهذا مواكبة للتطورات الاقتصادية ومتطلبات الدول المصدرة لرأس المال عامة والمستثمر الأجنبي خاصة، وهذه الضمانات تتمثل فيما يلي:

الفرع الأول: ضمان استقرار أحكام القانون المعمول به

قد يحدث ويتغير القانون المنظم للاستثمار، وهذا طبعاً لن يساعد المستثمر الأجنبي في أداء العملية الاستثمارية، ولهذا يطلع هذا الأخير ويرغب في استثمار أمواله في دولة يمتاز قانونها الداخلي بالاستقرار³، وهذا فعلاً ما تم إقراره في قوانين الاستثمار الجزائرية وذلك في نص صريح⁴، وأخر هذه القوانين نجد القانون الصادر في 2016 أين نص في **المادة 22** منه على تكريس وإقرار هذا الضمان، وذلك على النحو التالي:

¹ اتفاق مبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي، يتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، موقع بالجزائر بتاريخ 24 أبريل 1991، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-345، مؤرخ في 5 أكتوبر 1991، ج. ر. ج. ج. ، عدد 46، مؤرخ في 6 أكتوبر 1991.

² اتفاق مبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الاسبانية، يتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، موقع في مدريد بتاريخ 23 ديسمبر 1994، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-88، مؤرخ في 25 مارس 1995، ج. ر. ج. ج. ، عدد 23، مؤرخ في 26 أبريل 1995.

³ محمد سارة، مرجع سابق، ص. 94.

⁴ - TERKI Nour Eddine, « La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie », Revue des sciences juridiques économiques et politiques, n° 02, 2001, p.- p. 18- 19.

" لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".¹

من خلال هذه المادة يستشف أن لها شقين؛ فالشق الأول يتمثل في المبدأ العام، أين يبقى تطبيق هذا القانون على مختلف الاستثمارات والعقود الاستثمارية المبرمة أثناء وبعد صدور هذا القانون، فلا يكون هناك تطبيق عليهم لأحكام جديدة جاءت نتيجة تعديل أو إلغاء له، إلا إذا ما أراد المستثمر الأجنبي الاستفادة من المزايا المكرسة إثر تعديله أو إلغائه، ففي هذه الحالة فما على هذا الأخير إلا اللجوء إلى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ويطلب الحصول على المزايا التي تضمنها القانون الجديد أو التعديل.²

وعليه، فالتجميد القانوني وتثبيتته يعد كقاعدة استثنائية لمبدأ عام والمتمثل في حرية الدولة في تعديل وإلغاء القوانين وهذا على أساس تطبيق سيادتها التي تتمتع بها كل دولة، والمعترف بها دولياً، وهذا من أجل مواكبة جل التطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، فهو استثناء لا يجب أن يتوسع في تفسيره.³

الفرع الثاني: ضمانات ضد إجراء نزع الملكية

يعتبر إجراء نزع الملكية من المخاطر غير التجارية التي تهدد سلامة العملية الاستثمارية، أين تتخذها الدولة المستضيفة للمستثمرين الأجانب على أساس ممارسة سيادتها على إقليمها، بيد أنه بالرغم من اعتراف للدول بممارسة هذا الحق، إلا أنه يكون في حدود⁴، وهذا ما تم إقراره في مختلف الاتفاقيات الثنائية، وكمثال على ذلك المادة الرابعة من الاتفاقية الجزائرية الدانماركية⁵، والتي تنص على ما يلي:

¹ - وهو نفس الإقرار والتكريس المقررين في ظل الأمر رقم 01-03، يتعلق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق. وذلك في نص المادة 15 منه، والتي جاء بندها كالآتي:

" لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

² - لعماري وليد، مرجع سابق، ص. - ص. 18-19.

³ - دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي - المعوقات والضمانات القانونية -، مركز دراسات والوحدة العربية، بيروت، ص. 244.

⁴ - حسين نورة، الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2003، ص. 94.

⁵ - اتفاق مبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة الدانمارك، حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، موقع بالجزائر في 25 و 28 أكتوبر 2002، مصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-525، مؤرخ في 30 ديسمبر 2003.

" لا يمكن أن تكون ملكية استثمارات مستثمري كل طرف متعاقد على إقليم الطرف المتعاقد الآخر، موضوع نزع ملكية أو تأميم أو تخضع لتدابير ذات آثار مماثلة للتأميم أو لنزع الملكية (المشار إليها في ما يأتي بـ"نزع الملكية")، إلا لغرض المنفعة العامة، وعلى أساس غير تمييزي وبناء على الإجراء القانوني المطلوب ومقابل تعويض سريع ومناسب وفعلي".

وعليه، فنزع الملكية حسب بند هذه الاتفاقية يكون وفقا لمتطلبات المنفعة العامة، ويكون الإتيان بهذا الإجراء على أساس غير تمييزي أي بمراعاة مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، وذلك بعدم تطبيق إجراء نزع الملكية على مستثمر بالنظر إلى جنسيته مثلا، فهذا عمل تمييزي ومخالف للمبدأ المكرس دوليا وداخليا.

وهذا الضمان مكرس دستوريا، أين بين المؤسس الدستوري نيته في إقرار مبدأ حق الدولة في نزع الملكية، وأساس عملية النزع هي قيام الحاجة العامة لتطلبها تحقيق المنفعة العامة وهو السبب الوحيد والشرعي لنزع ملكية الأفراد الخاصة، هذا ما أكدته الدساتير المتوالية، آخرها دستور 1996 المعدل والمتمم في المادة 20 التي تنص على ما يلي: " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض عاجل ومنصف"، إذ ما أضافته هو إدخال عنصر جديد يتعلق بالتعويض الذي يتحصل عليه المستثمر الأجنبي من حيث التفصيل في شروط التعويض (قبلي، عادل، منصف). يمكن القول أنّ حرية التملك حق دستوري مضمون وهذا ما تؤكد المادة 52 من الدستور 1996¹، لكن بتحفظ، لما للدولة من الحق في استرجاع أملاكها من أجل تحقيق المصلحة العامة مقابل دفع تعويض عادل ومنصف وقبلي².

وبالعودة إلى قانون الاستثمار المتعلق بترقية الاستثمار، نجده قد نص على منع أي استيلاء لملكية الاستثمارات المنجزة إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، مع احترام القواعد التي تحكم نزع الملكية³، حيث تنص المادة 23 من القانون رقم 16-09 على ما يلي:

¹ - محمود زغداوي، نزع الملكية للمنفعة العامة في القانون الجزائري (المفهوم والإجراءات)، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 1998، ص. 44.

² - وهذا ما نصت عليه المادة 22 من القانون رقم 16-01، مرجع سابق، والتي جاء بندها على النحو الآتي:
" لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون.

ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف."

³ - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-483، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج. ر. ج. ج.، عدد 76، صادر في 8 ديسمبر 1996 (معدل ومتمم).

" زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به".¹

لكن الشيء الملاحظ من هذه المادة، هو أنها لم تفصل في الإجراءات الخاصة بإجراء الاستيلاء، وإنما اكتفت بالإحالة إلى نصوص التشريع المعمول به، وهنا يطرح تساؤل آخر إذا ما كان المشرع الجزائري يقصد من الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ما هو منصوص عليه في التقنين المدني، إذا ما كان كذلك، فهذا يعني تطبيق المواد 679 إلى 681 منه²، والتي نظمت إجراء الاستيلاء كإجراء لنزع الملكية، وكأن المشرع أراد من ذلك تقادي التفصيل في المسائل الحساسة التي يخاف منها المستثمر الأجنبي، ليخف بذلك رغبته في الاحتفاظ بحق الدولة في استرداد هذه الأملاك العقارية كلما استدعت المصلحة العامة ذلك، لكونه حق سيادي إقليمي تمارسه الدولة كلما رأت ضرورة لذلك.

1- مفهوم الاستيلاء

يعتبر الاستيلاء وسيلة الإدارة في الحصول على ملكية الأفراد وخدماتهم بما يحقق الصالح العام، فهو يعد من بين صور نزع الملكية الخاصة، وبالتالي يشكل مساسا بحق مكرس دستوريا ودوليا، ويعد الاستيلاء إجراء مؤقتا يقع على الأموال العقارية والمنقولة، تتخذه السلطة العامة المختصة في الدولة للحصول على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة بغرض تحقيق المصلحة العامة مقابل دفع تعويض لاحق لمالكها³. كما يمكن تعريفه على أنه إجراء قانوني مؤداه استيلاء الدولة مؤقتا على العقارات المملوكة للأفراد في الحالات الطارئة والمستعجلة، بعد إتباع إجراءات معينة مقابل دفع تعويض عادل⁴. وعليه، فالاستيلاء إجراء استثنائي مؤقت تلجأ إليه الدولة في حالات الضرورة والاستعجال، وذلك إذا لم تسمح الطرق المألوفة المنصوص عليها قانونا تحقيقا للمصلحة العامة⁵.

¹ - المقصود هنا كل من:

- قانون رقم 91-11، مؤرخ في 21 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج. ر. ج. ج. ج. عدد 21، لسنة 1991، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 04-21، مؤرخ في 29 ديسمبر 2004، يتضمن قانون المالية لسنة 2005، ج. ر. ج. ج. ج. عدد 85، مؤرخ في 30 ديسمبر 2004.

- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج. ر. ج. ج. ج. عدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975 (معدل ومتمم).

² - قانون رقم 16-09، يتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

³ - هشام محمد أحمد خالد، عقد ضمان الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثار بشأنه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص. 126.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (حق الملكية)، الجزء الثامن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص. 620.

⁵ - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص. 392.

وتجدر الإشارة، على أن الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية، عند مباشرتها لإجراء الاستيلاء، يجب عليها مراعاة الشروط المنصوص عليها في الاتفاقيات الثنائية والقوانين الداخلية، من احترام مبدأ الشرعية، عدم التمييز إضافة إلى دفع مقابل مالي لجبر الضرر الذي لحق بالمستثمر الأجنبي، لاعتباره إجراء ينتج نفس الآثار التي يسببها إجراء نزع الملكية.

وهذا ما تم تأكيده من الناحية التشريعية، نجد المشرع الجزائري قد تبني الاستيلاء كصورة من صور نزع الملكية المادة 679 منه، والتي تنص على ما يلي: " يتم الحصول على الأموال والخدمات الضرورية لضمان سير المرافق العامة باتفاق رضائي وفق الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون. إلا أنه يمكن في الحالات الضرورية والاستعجالية وضمانا لاستمرارية المرفق العمومي، الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الاستيلاء"¹

من خلال هذا النص، نجد الإدارة المختصة تلجأ إلى هذا الإجراء في حالات محددة في القانون، بهدف الانتفاع ببعض الأموال أو الخدمات، أو حيازة عقار خاص للأفراد أو مشروع معين، بغية الانتفاع به واستغلاله بصفة مؤقتة وفق لما هو منصوص عليه في القانون، كما لا يمكن للدولة اللجوء إلى مثل هذا الإجراء إلا بعد فشل الوسائل الرضائية المنتهجة مع المالك هذا كقاعدة، وفي حالة عدم التوصل إلى اتفاق وكانت بحاجة ماسة إلى هذه الأموال أو الخدمات لضمان استمرار سير المرافق العامة، فإنها تلجأ للاستيلاء وفق إجراءات نص عليها القانون مقابل دفع تعويض²

2- أنواع الاستيلاء

هناك نوعان من الاستيلاء وهما:

أ- الاستيلاء المؤقت بطريق التنفيذ المباشر على العقارات اللازمة للمنفعة العامة:

حيث يتم الاستيلاء ليس بصفة دائمة وإنما بصفة مؤقتة، وإلا اعتبر وكيّف على أنه نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة.

ب- الاستيلاء في الحالات الطارئة ولوجود ظروف مستعجلة:

تلجأ الإدارة إلى مثل هذا النوع من الاستيلاء إذا ما توافرت هناك حالات طارئة أو ظروف مستعجلة. وذلك ما تم استنتاجه في نص المادة 679 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: " يتم الحصول على الأموال والخدمات الضرورية لضمان سير المرافق العامة باتفاق رضائي وفق الحالات والشروط المنصوص

¹- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

²- سهيلة بوخميس، " الاستيلاء الشرعي على الملكية العقارية الخاصة في ظل التشريع الجزائري"، مداخلة قدمت ضمن أعمال الملتقى الوطني حول الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، يومي 25 و 26 سبتمبر 2013، ص. - ص.، 144-145.

عليها في القانون. إلا أنه يمكن في الحالات الضرورية والاستعجالية وضمانا لاستمرارية المرفق العمومي، الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الاستيلاء¹

من خلال هذا النص، نجد الإدارة المختصة تلجأ إلى هذا الإجراء في حالات محددة في القانون، بهدف الانتفاع ببعض الأموال أو الخدمات، أو حيازة عقار خاص للأفراد أو مشروع معين، بغية الانتفاع به واستغلاله بصفة مؤقتة وفق لما هو منصوص عليه في القانون، كما لا يمكن للدولة اللجوء إلى مثل هذا الإجراء إلا بعد فشل الوسائل الرضائية المنتهجة مع المالك هذا كقاعدة، وفي حالة عدم التوصل إلى اتفاق وكانت بحاجة ماسة إلى هذه الأموال أو الخدمات لضمان استمرار سير المرافق العامة، فإنها تلجأ للاستيلاء وفق إجراءات نص عليها القانون مقابل دفع تعويض² ومن خلال ما سبق يظهر أن إجراء الاستيلاء يخضع لمجموعة من القيود حسب نص المادة 23 من القانون رقم 16-09، المتعلق بترقية الاستثمار، والمتمثلة فيما يلي:

3- القيود الواردة على إجراء الاستيلاء

إن حق الملكية الخاصة معترف به على المستوى الدولي والداخلي، وهذا على أساس مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بين المستثمرين مهما كانت جنسيتهم، وهذا ما يمثل الأمان القانوني لدى المستثمر الأجنبي فيما يخص علاقته بالدولة المستضيفة لاستثماره، إلا أن هذا لا يمنع أن يكون هذا الحق عرضة للمساس ووضعي اليد عليه من طرف هذه الدولة، حيث تعد آلية نزع الملكية من الآليات المعتمدة من طرف الدولة لتكوين رصيد عقاري مهم للقيام بالمشاريع الاقتصادية والاجتماعية ومحاربة المضاربات العقارية³، وإن قيام الدولة بنزع ملكية المشروع الاستثماري يكون عند توفر شرط المنفعة العامة ليس بعقوبة تطبقها عليه - المشروع الاستثماري-، وإنما هو عمل من أعمال السيادة والتي توجبها مصلحة الدولة، لكن يتحتم على الدولة في نفس الوقت عدم إهدار مصلحة صاحب المشروع الاستثماري، ووجوب تعويضه عما لحق به من ضرر، وهذا ما يسمى بالقيود الخاصة، كما ينبغي التقيد بمبدأ عدم التمييز والمساواة من خلال الإتيان بهذا الإجراء هذا من جهة، ومن جهة أخرى، احترام الدولة لالتزاماتها الدولية، وهذا ما يسمى بالقيود العامة.

أ- القيود الخاصة بنزع الملكية

ما دام الأصل في حق الملكية أنه حق دائم لا يمس ولا يعتدى عليه والاستثناء هو إمكانية نزع هذا الحق من يد صاحبه، ونظرا لخطورة هذا الاستثناء كان لابد أن يحاط بعدة قيود لحماية الملكية الخاصة⁴، والمتمثلة فيما يلي:

¹ - عمار بوضياف، " منازعات نزع الملكية للمنفعة العامة وإشكالاتها القانونية"، مرجع نفسه، ص. 34.

² - مرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ - العربي منور، مبدأ السيادة على الموارد والثروات الطبيعية في إطار الأمم المتحدة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص. 96.

⁴ - حسين نورة، " الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص. 75، 76.

أ-1- المنفعة العامة

بالرغم من ضمان وحماية الملكية الخاصة في النظامي الاتفاقي الثنائي والداخلي إلا أن هذا لا يمنع الدولة من استعمال مبدأ السيادة لنزع الملكية¹، وذلك متى استدعت تحقيق المنفعة العامة ذلك، إذ يعد نزع الملكية استثناء للأصل، فالأصل إقرار الملكية الخاصة أما الاستثناء جعل حق الدولة في نزع الملكية الخاصة متى توفرت شرط المنفعة العامة قصد إشباع حاجاتها.

حيث كرس المشرع الجزائري حق الدولة في نزع ملكية المستثمر إذا ما تطلب ذلك تحقيق المنفعة العامة، إذ تعد هذه الأخيرة شرط وقيود يرد على حق الدولة في نزع الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي تحت طائلة البطلان، وبالتالي لا تستطيع اتخاذها لهذا الإجراء في غير الإطار القانوني المرسوم لها، الأمر الذي يجعل المصلحة العامة ومساائل تقديرها قيودا في مواجهة الدولة².

وبالتالي لا يمكن أن تخضع الاستثمارات الأجنبية، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، لنزع الملكية أو لأي إجراء ذي أثر مماثل، ما لم يكن ذلك تحقيقا للمنفعة العامة³، وباستقراء القوانين الجزائرية نستشف إقرارها على أن تداعيات المصلحة العامة هي شرط يرد على حق الدولة في مباشرة إجراء نزع ملكية المستثمر الأجنبي، بدءاً من دساتيرها الذي يعد القانون الأسمى في الدولة الذي كرس هذا الشرط، إضافة إلى المادة 2/2 من القانون رقم 91-11 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة التي تنص على أنه: " لا يكون نزع الملكية ممكناً إلا إذا جاء تنفيذاً لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط وتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عامة". كما نجد نص المادة 679 من التقنين المدني الجزائري قد نصت على أن إجراء الاستيلاء لا يتم إلا إذا ما استدعت ذلك الحاجة إلى ضمان السير الحسن للمرافق العمومية⁴.

ويجدر بنا التتويه، إلى أن مصطلح المنفعة العامة ذو مفهوم واسع، قد يشمل حماية الثروات العامة، مكافحة التلوث أو إنشاء هياكل عامة، مع العلم أن تحديد مدى توفر شرط المصلحة العامة تكون من صلاحية الدولة، وذلك في إطار ممارسة سيادتها الإقليمية وسلطاتها التقديرية في مجال تنظيم النشاطات الاقتصادية فيها

¹ - تنص المادة 2 من القانون رقم 91-11، يتعلق بالتحديد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مرجع سابق، على ما يلي:

" يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية."

² - محمد السيد عرفة، " ضمانات الاستثمار الأجنبي وحوازه في القانون المصري، دراسة تحليلية مقارنة"، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، د.س، ص. 567.

³ - أنظر نص المادة 20 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، مرجع سابق.

⁴ - عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص. 182.

¹، ولذا يجب على الدولة أن تتخذ إجراء نزع الملكية تحقيقاً للمصلحة العامة وليس قصد الإضرار، وهذا ما يضيف على هذا عدم المشروعية إذا ما أرادت الدولة تحقيق الربح المادي وممارسة المضاربة العقارية ².

ب- 2- التعويض

تعترف قواعد القانون الدولي لكل دولة ذات سيادة بالحق في ممارسة إحدى إجراءات نزع الملكية التي سلفنا ذكرها سواء مباشرة أو غير مباشرة، إلا أنها مقيدة بقيود خاصة، فإلى جانب ضرورة توفر شرط المنفعة العامة لقيام الدولة بإحدى إجراءات نزع الملكية استناداً لمبدأ السيادة وإضفاء مبدأ المشروعية، نجد قيوداً آخر لا يقل أهمية عن هذا الأخير الذي يعد كضمانة لحماية ملكية المستثمر الأجنبي؛ المتمثل في التزام الدولة بدفع تعويض عادل قابل للتحويل إلى الخارج ³، فالتعويض التزم يقع على عاتق الدولة ليتعين عليها احترام الحقوق المكتسبة للأجنبي المقيم على إقليمها وحماية أمواله وممتلكاته ⁴، حيث يعتبر الالتزام بأداء التعويض من الضمانات القانونية المهمة للاستثمارات الأجنبية في الدول المستقطبة لها، فهذه الأخيرة إن كانت تملك الحق في وضع اليد على المشاريع الاستثمارية المنجزة على إقليمها، وذلك باستخدام إحدى صور نزع الملكية، إلا أنه يقع عليها التزام جبر الضرر الذي لحق بصاحب المشروع الاستثماري نتيجة حرمانه منه ⁵، وهذا ما يعني أن كل مساس بالملكية الفردية عندما تبرره المنفعة العمومية يستتبعه دفع تعويض يغطي الضرر بناءً على مبدأ المساواة أمام القانون لأنه سينتفع من هذا الإجراء مجموعة واسعة من مواطنيها، وبالمقابل لا يمكن للمستثمر أن يتحمل وحده الأضرار التي تلحق به من جراء إجراء نزع الملكية ⁶.

إذ أن الضرر الذي يصيب صاحب المشروع الاستثماري بسبب نزع الملكية أو أي إجراء آخر مماثل له يتوجب على الدولة دفع تعويض، وهو ما أكدته دساتير والتشريعات الداخلية للدول المستقبلية لرؤوس الأموال الأجنبية، حيث أقرت هذا القيد عند ممارستها لإحدى إجراءات نزع الملكية وكحق للمستثمر كضمان له منها ⁷.

¹ - راجع نص المادة 679 من الأمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

² - يحيوي عمر، الوجيز في الأموال الخاصة والجماعات المحلية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص. 96.

³ - عمر هشام محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص. 39.

⁴ - أماني أحمد عبد الله موسى، "حواجز وضمانات الاستثمار في السودان وفقاً لقانون تشجيع الاستثمار لسنة 1999 والتعديلات اللاحقة له"، كلية الحقوق، جامعة النيلين، الأردن، د.س، ص. 649.

⁵ - دريد محمود السامراني، مرجع سابق، ص. 147.

⁶ - أحمد رحمان، "نزع الملكية من أجل المنفعة العامة"، مجلة إدارة، العدد 2، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 1994، ص. 50.

⁷ - حمدي محمد مصطفى حسن، "تعويض المشروع الاستثماري الأجنبي المتضرر كأحد الضمانات القانونية في قوانين الاستثمار العربية واتفاقيات الاستثمار بدولة الإمارات العربية المتحدة واتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية لسنة 1981"، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، د.س، ص. 811.

وما يلاحظ، أنّ الدّول عند اتخاذها لإجراء الاستيلاء مهما كان نوعه على الأموال الأجنبية المستثمرة على إقليمها لا تستدعي أداء التعويض، ويبقى قرار الاستيلاء صحيحاً ومنتجاً لأثاره القانونية¹.

ب- القيود العامة الواردة على إجراء نزع الملكية

تدخل هذه القيود ضمن المبادئ والقواعد التي استقر عليها القانون الدولي ضماناً للحد الأدنى للحماية المقررة للأموال الأجنبية ومن بينها الالتزام بعدم معاملة هذه الأموال بمعاملة تمييزية مقارنة مع ما يتمتع به المستثمر الوطني، والالتزام الدولة بعدم مباشرة هذه الإجراءات إذا ما قامت بإبرام أي اتفاق أو عقد يمنعها من مباشرة إجراءات نزع الملكية المألوفة أو المشابهة لها.

ب- 1- مبدأ عدم التمييز والمساواة

يعتبر مبدأ عدم التمييز من المبادئ الأساسية التي يطلبها المستثمر الأجنبي لاتخاذ قرار الاستثمار في دولة ما ، هذا ما جعل الدول المستقطبة لرؤوس الأموال تقوم بتكريسها في قوانينها، إلا أن مبدأ عدم التمييز والمساواة المكرس في إطار القانون المتعلق بترقية الاستثمار لم يقر بهذا المبدأ وتطبيقه بين المستثمر الأجنبي والوطني، وإنما هذا المبدأ أقره فيما بين المستثمرين الأجانب.

وعليه، لا يمكن للمستثمر الأجنبي أن يطالب بنفس المعاملة التي يعامل بها المستثمر الوطني²، وبالتالي هناك إخلال لما هو متفق عليه دولياً، ولما التزمت به الدولة الجزائرية، وهذا ما يعني إخلال هذه الأخيرة لالتزاماتها الدولية.

ب- 2- مبدأ احترام الدولة لالتزاماتها الخاصة

من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام، مبدأ التزام الدولة بما تعهدت به بمقتضى الاتفاقيات الدولية، أو بمقتضى أي اتفاق أو عقد له صلة بالاتفاقية الدولية من أجل وضع حد للدولة من إجراء استرجاع ممتلكاتها التي تحصل عليها المستثمر الأجنبي طيلة مرحلة استثماره على إقليمها وهذا كله ما لم تطرأ ظروف جديدة تجيز للدولة المضيفة للاستثمار التنصل من التزاماتها الدولية أو العقدية، رغم تضرر الدولة أو إحدى رعاياها من جراء هذا التنصل³.

وهذا ما أقره المشرع الجزائري، أين كرس هذا المبدأ في القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، والذي نستشفه من خلال نص المادة 24 منه التي جاءت على النحو الآتي: " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية المختصة إقليمياً،

¹ - دريد محمود السامراني، مرجع سابق، ص. 148.

² - راجع نص المادة 21 من القانون رقم 16-09، يتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

³ - حسين نواره، "الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، مرجع سابق، ص. 80.

إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص.¹ إذ ألزم المشرع الجزائري من خلال نص هذه المادة الدولة الجزائرية باحترام التزاماتها وعدم خرقها، إذ ينبغي عليها الانصياع لالتزاماتها الخاصة مع المستثمر الأجنبي أو مع دولة هذا الأخير. لكن للأسف، فالواقع يبين عكس ذلك، فالدولة الجزائرية لم تبد أهمية لهذا المبدأ المكرس دوليا، إذ قامت بخرق العديد من التزاماتها، وذلك بممارسة حق الشفعة، وقضية شركة جيزي، لدليل حي على نقض الدولة الجزائرية لما تم الاتفاق عليه دوليا في إطار الاتفاقيات الثنائية.

المبحث الثاني: حدود تطبيق مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة على المستثمر الأجنبي

بالنظر إلى مضمون المواد المؤطرة للاستثمارات الأجنبية بصفة عامة، وضمان تكريس مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة وتطبيقه على المستثمر الأجنبي بصفة خاصة، وآخرها القانون رقم 16-09، المتعلق بترقية الاستثمار، الذي نجده قد كرس ضمانات قانونية محفزة لجذب الاستثمار الأجنبي، وهذا على أساس تطبيق مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بين المستثمرين الأجانب، إلا أنه باستقراء مضمون مواد القانون المذكور أعلاه، نجدها كرس إجراءات تقلص من الاستفادة بالضمانات القانونية بالنسبة للمستثمرين الأجانب دون المستثمرين الوطنيين، وهذا يعد مساسا لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة.

المطلب الأول: عدم الاستقرار التشريعي

ويظهر هذا جليا من خلال عدم إتباع الدولة واحترامها للمعايير المتفق عليها دوليا، من توفر متطلبات المصلحة العامة، واحترام مبدأ الشرعية، ودفع تعويض لما يصيب المستثمر الأجنبي من أضرار وخسائر جسيمة من جراء الإتيان بمثل هذه الإجراءات، وهذا إن دل على شيء وإّما يدل على عدم إرادة الحكومة الجزائرية من التنازل عن حقها في الاستيلاء على الأملاك الخاصة، ورجبتها في تقليص وتضييق نطاق ومجال إمكانية المستثمر الأجنبي من الامتلاك الدائم لنشاطه الاستثماري، وهذا حتما ما سيجعل المستثمر الأجنبي يعيش في كابوس عدم استقرار القوانين المؤطرة للاستثمار في الجزائر، وهذا ما يؤدي حتما إلى عدم توفر الأمن والاستقرار القانوني الداخلي الذي يظهر من خلال الرغبة السياسية في مباشرة إجراء التأميم الزاحف على الاستثمارات الأجنبية دون الوطنيين، وهذا ما أدى بالشركات الأجنبية تقضل الانسحاب أو العدول وعدم المغامرة برأس مالها لمستقبل غامض لا يدرك ما مصيره في الحقل الاقتصادي الجزائري، الذي يفتقر لأدنى شروط المنافسة الحرة، ومبدأ حرية الاستثمار، وعدم مصداقية الضمانات المكرسة في القانون الخاص بالاستثمار، وخرق أهم مبدأ تسعى إليه الشركات الأجنبية التي على أساسها تقرر الاستثمار في دولة ما، وهو ضمان مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة.

¹ - راجع نص المادة 24 من القانون رقم 16-09، يتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

والجدير بالذكر أن هذه التعديلات تمس المستثمر الأجنبي أكثر مما تمس المستثمر الوطني، ومن هنا يمكن لنا القول أن لا مكانة للحديث عن ضمان مبدأ دولي في المنظومة القانونية الجزائرية والمتمثل في مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، فلا مكانة لهذا الأخير في مجال تطبيق الدولة الجزائرية لحقها السيادي في مجال تعديل أو إلغاء القوانين الخاصة بالاستثمار، وكذا القيام بالمساس بالضمانات المكرسة في هذه الأخيرة. وعليه، ما أدى إلى ظهور إجراءات جديدة لنزع الملكية تتصف بالإبهام والغموض، إذ هي إجراءات غير مباشرة تؤدي إلى حرمان المستثمر الأجنبي من ملكية مشروع الاستثمار، تعرف لدى الفقه الدولي بتسمية "التأميم التدريجي أو التأميم الزاحف" وهي تتخذ من قبل الدولة المضيفة للاستثمار، بالرغم من أنها لا تعد بصفة رسمية نزاعاً للملكية، إلا أنها تؤدي بالتدريج وبطريق غير مباشر إلى حرمان المستثمر الأجنبي من ملكيته أو من سلطاته الجوهرية على مشروع الاستثمار والانتفاع منه¹، إذ تقوم الدولة بإجراءات تشريعية وتنظيمية تمييزية من شأنها المساس بملكية المستثمر الأجنبي².

الفرع الأول: أشكال إجراء التأميم الزاحف

إن أشكال التأميم الزاحف متعددة، حيث قد يرد على شكل إجراءات تتخذها الدولة للتدخل في حق الملكية بإلزام المستثمر الأجنبي ببيع أصول استثماره إلى مواطنيها، إضافة إلى إجراءات لا تقل جساماً عن الأولى والمتمثلة في المضايقات الإدارية الصادرة من قبل المؤسسات الإدارية التابعة للدولة المستقطبة لرأس المال الأجنبي تحرم المستثمر من تحقيق ما توقعه من ربح في البداية الذي ينجر عنه انخفاض قيمة مشروعاته³، وبالتالي فإن إجراء التأميم الزاحف يصدر على شكل إجراءات سياسية أو إدارية، كما يكون من جراء إجراءات قانونية.

ويعتبر التذبذب وعدم الاستقرار التشريعي الوسيلة التي تستخدمها الدولة في سبيل ممارسة إجراء التأميم الزاحف على مصالح وأموال المستثمرين الأجانب⁴، بالمساس بشكل مقنع على ملكيتهم، إذ على الرغم من الضمانات التي تقرها الدولة للاستثمارات الأجنبية في قوانينها الداخلية المتعلقة بالاستثمار التي تعد كعامل أساسي لاستقطاب رأس المال الخارجي، بيد أن هذه الضمانات لا توفر الحماية القانونية الكافية للاستثمار الأجنبي، وذلك أمام امتلاك الدولة حقاً مطلقاً - استناداً إلى مبدأ السيادة - في تعديل تشريعاتها الداخلية ومنها

¹ - حسين الموجي، مرجع سابق، ص. 80.

² - عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون، مرجع سابق، ص. 109.

³ - ومثال عن هذه الإجراءات؛ حرمان المستثمر الأجنبي من تراخيص الاستيراد والتصدير اللازمة لاستمراره في العمل، أو تحديد سقف لإنتاجه أو تحديد أسعار لمنتجاته تقل من تكلفة الإنتاج. نقلاً عن حسين الموجي، مرجع سابق، ص. 81.

⁴ - زوبيري سفيان، "القيود الواردة على الاستثمار الأجنبي في ظل التشريعات الحالية: ضبط للنشاط الاقتصادي أم عودة إلى الدولة المتدخل؟"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص. 114.

قانون الاستثمار الذي يمس بالاستثمارات الأجنبية عموماً وعلى ملكية الاستثمار على الخصوص¹، إذ غياب تشريع قانوني شامل وموحد ينظم مجال الاستثمار ينجر عنه تشتت المستثمرين بين أكثر من تشريع ولا يدرك لأي قانون يوفر حماية وضمانة لحقوقه، فأمام تقادم ظاهرة التضخم التشريعي الذي نتج عن كثافة النصوص القانونية المؤطرة للأنشطة الاستثمارية وعدم وضوح نصوصها وعدم استتباعها بلوائح تنفيذية وتفسيرية يفتح المجال أمام عدة تأويلات لها، وأكثر من ذلك نجد هناك تعارض فادح فيما بينها².

الفرع الثاني: إجراء التأميم الزاحف كمظهر للحد من نطاق تطبيق مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة

من خلال دراسة واستقراء مواد القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار يلاحظ أن هناك مواكبة من طرف الدولة الجزائرية وموافقتها لما هو منصوص عليه في الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية التي تكون طرفاً فيه، إلا أنه عند الخروج من ضمان ملكية المستثمر من الصور التقليدية يلاحظ قصور الحماية الداخلية في إطار الصور الحديثة التي تمس بطريق غير مباشر على الملكية الخاصة، و التي نجدها منافية ومناقضة لما هو مكرس في إطار النظام الاتفاقي الثنائي، وهذا من خلال ممارسة التأميمات الزاحفة عن طريق عدم الاستقرار التشريعي الذي تمارسه الدولة الجزائرية وفقاً لمبدأ السيادة الإقليمية، إذ من بين النقائص التي يؤخذ عليها المشرع الجزائري كثافة النصوص المنظمة للأنشطة الاستثمارية عامة ومجال حماية ملكية المشروع الاستثماري خاصة التي تتسم بالغموض والتناقض واحتمالها عدة تأويلات، وما يلاحظ أن الدولة الجزائرية نظمت حق الملكية الخاصة في عدة قوانين مبعثرة، مما يصعب على المستثمر الأجنبي إدراكها والإطلاع على هذه الأسانيد، وهذا إن دلّ على شيء إنما يدل على محدودية الحماية المكرسة في القانون الداخلي، ورغبة من الدولة ممارسة حقها في نزع الملكية بإتباع إجراءات مقننة لا يمكن للمستثمر التنبه لها والتنبؤ بها إلا بعد ممارسته للنشاط الاستثماري فيها.

وعلاوة على ذلك، نجد الملكية الخاصة نظمت في عدة قوانين، إذ لم يقتصر تنظيمها فقط على قانون الاستثمار الذي نجده بدوره اكتفى بالنص على إجراء واحد والمتمثل في الاستيلاء المنصوص عليها في نص المادة 23 من القانون رقم 16-09، المتعلق بترقية الاستثمار، فمن الناحية النظرية، يفهم بأن المشرع الجزائري اقتصر فقط على إجراء واحد واستثنى الأشكال الأخرى، ولكن عند تحليل نص المادة نجدها قد أشارت إلى أن تطبيق هذا الإجراء يكون وفقاً للقانون المعمول به، والمقصود هنا القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، وما يفهم من خلال هذا اللبس هو فتح المجال أمام الدولة الجزائرية لممارسة إجراءات نزع الملكية تحت غطاء مقنع، دون عناء احترام تطبيق المعايير المتفق عليها دولياً، كما نجد أحكامها مبعثرة في عدة قوانين خاصة مثل قانون النقد والقرض، وقوانين المالية، وفي هذا الصدد نجد الدولة الجزائرية قامت باستبعاد المستثمر الأجنبي من حقه

¹ طارق كاظم عجيل، القيمة القانونية للضمانات التشريعية الممنوحة للمستثمر الأجنبي دراسة مقارنة، جامعة ذي قار، العراق، ص. 712.

² زوييري سفيان، مرجع سابق، ص. 115.

في شراء أسهم لاستثمارها وفقا لأحكام الخوصصة وذلك في إطار اقتناء أصول المؤسسات العمومية الاقتصادية في شكل استثمار جديد، وهذا ما يستشف من نص المادة 4 مكرر 2 من أمر 01-03 يتعلق بتطوير الاستثمار، معدلة بموجب المادة 62 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009¹، الذي جاء متته على النحو الآتي: " لا يمكن تحقيق الاستثمارات المنجزة من طرف الجزائريين المقيمين بالشراكة مع المؤسسات العمومية الاقتصادية إلا في إطار مساهمة دنيا.....

عند انقضاء مدة الخمس (5) سنوات.....، يمكن المساهم الجزائري أن يرفع لدى مجلس مساهمات الدولة، طلب إمكانية شراء الأسهم التي تكون في حوزة المؤسسات العمومية الاقتصادية" فاستبعاد المستثمر الأجنبي من إمكانية شراء أسهم المؤسسات العمومية الاقتصادية في شكل استثمار جديد، هو منافع لمبدأ دستوري ألا وهو حق الصناعة والتجارة²، وبالتالي مساسا بحرية الاستثمار وتقييد من مبدأ آخر يقره ويحميه القانون الأسمى في الدولة الجزائرية ويتجسد في ضمان الحق في الملكية الخاصة، كما يعد تمييز في المعاملة بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني، وهذا ما يدل على إرادة الدولة في تضييق المجالات التي يمكن للمستثمر الأجنبي امتلاك مشاريع استثمارية في الجزائر والاقتصار على استغلال مشروعه دون أن يكون له المجال في المساهمة في رأس المال القطاع الاقتصادي أو استعادة النشاطات الممارسة من طرف الشركات الوطنية المفتوح رأس مالها على المنافسة³.

والجدير بالذكر، أن المشرع الجزائري لم يكتف بالاعتماد على إجراء التأميم الزاحف وما ينجر عنه من مساس بحرية الاستثمارات الأجنبية وبالتالي المساس بمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات الأجنبية، وإنما نجده قد تبنى نوعا آخر يمس بطريقة غير مباشرة بملكية المشروع الاستثماري بنوع من التمييز، والمتمثل بتطبيق حق الشفعة على كل التنازلات من حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب⁴.

¹ - قانون رقم 09-01، مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج، عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009.

² - تنص المادة 37 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، مرجع سابق، على ما يلي: "حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون."

- راجع نص المادة 43 من القانون رقم 16-01، مرجع سابق

³ - زوبيري سفيان، مرجع سابق، ص. 116.

⁴ - أنظر في هذا الشأن نص المادة 4 مكرر 3 من الأمر 09-01، مؤرخ في جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي، مرجع سابق.

المطلب الثاني: إقرار صور غير مباشرة لنزع ملكية المستثمر الأجنبي

يظهر جليا عند استقراء نص المادة 4 مكرر 3 المعدلة بموجب الأمر رقم 10 - 01، مؤرخ في 26 أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي¹، إذ منحت للدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية حق تطبيق إجراء الشفعة على كل ما يتم من تنازلات أسهم الشركات الأجنبية المستثمرة في الجزائر، وهذا ما يعني تمكين هذه الأشخاص العامة من احتلال مركز ممتاز بحلولها محل المستثمرين الآخرين من الأجانب، كما يمتد تطبيق حق الشفعة بالرغم من تخلي الدولة من ممارسة هذا الحق لعدم إبدائها الرغبة في ممارسته خلال شهر، في حالة إذا ما تعدى مبلغ المعاملة المقدار المحدد من طرف الوزير المكلف بالاستثمار، وكذا إذا ما كان موضوع المعاملة متعلق بالأسهم أو الحصص الاجتماعية لشركة تمارس أحد الأنشطة المحددة في القرار الصادر من قبل الوزير المكلف بالاستثمار².

كما نجد انتهاكا آخر لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة في إطار الاستفادة من الضمانات القانونية من قبل المستثمر الأجنبي، يتمثل في استبعاد المستثمر الأجنبي من إمكانية شراء أسهم المؤسسات العمومية الاقتصادية في شكل استثمار جديد، هو منافٍ لمبدأ دستوري ألا وهو حق الصناعة والتجارة³، وبالتالي مساسا بحرية الاستثمار وتقييد من مبدأ آخر يقره ويحميه القانون الأسمى في الدولة الجزائرية ويتجسد في ضمان الحق في الملكية الخاصة، كما يعد تمييز في المعاملة بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني، وهذا ما يدل على إرادة الدولة في تضييق المجالات التي يمكن للمستثمر الأجنبي امتلاك مشاريع استثمارية في الجزائر والاقتصر على استغلال مشروعه دون أن يكون له المجال في المساهمة في رأس المال القطاع الاقتصادي أو استعادة النشاطات الممارسة من طرف الشركات الوطنية المفتوح رأس مالها على المنافسة⁴.

الفرع الأول: المساس الصارخ لحق الملكية بتكريس حق الشفعة للدولة

يعد نص المادة 30 من القانون رقم 16 - 09، المتعلق بترقية الاستثمار، لدليل قاطع على تضييق تطبيق مبدأ المعاملة العادلة والمتصفة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب، وذلك من خلال تطبيق حق الشفعة على المستثمرين الأجانب دون الوطنيين، حيث تنص على ما يلي: " بغض النظر عن أحكام نص المادة 29 أعلاه، تتمتع الدولة بحق الشفعة على كل التنازلات عن الأسهم أو الحصص الاجتماعية المنجزة من قبل أو لفائدة الأجانب"، فبعدما أقرت بهذا الإجراء في القوانين المالية التكميلية، والذي يقلص من مجال تكريس مبدأ عدم التمييز والمساواة، وذلك من خلال الإقرار بعدم إمكانية المستثمر غير المقيم من شراء أسهم المؤسسات العمومية

¹ - أمر رقم 10 - 01، مؤرخ في 26 أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي، ج.ر.ج. ج. عدد 49، صادر في 29 أوت 2010.

² - راجع نص المادة 46 من الأمر رقم 10 - 01، مرجع نفسه.

³ - تنص المادة 37 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، مرجع سابق، على ما يلي: "حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون".

⁴ - زوييري سفيان، مرجع سابق، ص. 116.

الاقتصادية في شكل استثمار جديد، وبالتالي غلق باب الخوصصة أمام المستثمرين الأجانب وفتحته أمام المستثمرين الوطنيين لمؤشر كاشف لوجود تمييز بينهما وتضييق من فرص المستثمر المقيم من امتلاك مشاريع استثمارية جديدة¹.

حيث تعد الشفعة نظاما قانونيا، وسببا من أسباب اكتساب الملكية، وقيدا عليها في نفس الوقت، ويعتبر هذا الأخير استثناء من مبدأ حرية التصرف في الملكية العقارية لأسباب قدرها المشرع لحماية مصلحة قد تكون عامة وقد تكون خاصة². والشفعة من الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية الغراء لحكمة سامية، هي إزالة الضرر عن الشريك حتى لا يدخل عليه من لا يعرف شركته و لا معاملته، و دفع ما ينشأ من سوء الجوار³، ويمكن تعريف الشفعة على أنها مصدر لنشوء الحق، كونها رخصة استثنائية تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار، فهي لا ترد إلا على العقارات، وغير قابلة للتجزئة فلا يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة في بعض المبيع دون غيره، أو إذا بيع العقار لأكثر من مشتري فلا يجوز للأخذ بالشفعة من بعضهم دون البعض الآخر⁴.

ونجد المشرع الجزائري في هذا الصدد، قد كرس حق الشفعة في القانون المدني ونظمها بتخصيصها ثلاثة عشر مادة في القسم الخامس منه، ولقد أعطى تعريفا لها في نص المادة 794 منه والتي جاء متنها على الشكل الآتي: " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية."⁵

لكن الشيء الملاحظ، بالرغم من كون الشفعة استثناء وليست الأصل، إلا أنّ المشرع الجزائري توسع في هذا الاستثناء، إذ منح رخصة استعمال حق الشفعة في العديد من القوانين الخاصة، فلم تعد حق الشفعة تطبق بمفهومه الكلاسيكي وإنما بات يؤخذ بها في مجالات مهمة، ولعل أهمها المجال الاقتصادي وأقر هذا الحق - أي حق الشفعة- للدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية، وهذا ما ينجر عنه المساس بملكية المشروع الاستثماري وبالتالي المساس بتطوير مستوى تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى الجزائر، وهذا ما يظهر جليا عند استقراء نص المادة 4 مكرر 3 المعدلة بموجب الأمر رقم 10 - 01، مؤرخ في 26 أوت 2010، يتضمن قانون

¹ راجع نص المادة 62 من الأمر رقم 09 - 01، يتضمن قانون المالية التكميلي، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ج.ج، عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009.

² دراجي خدروش، " أسباب الشفعة وإجراءاتها"، مداخلة قدمت ضمن أعمال الملتقى الوطني حول الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 134.

³ أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2006، ص. 08.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص. 470.

⁵ والمقصود بالمواد التالية: المادة 795 إلى المادة 807 من الأمر رقم 75 - 56، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق، التي نظم بموجبها حق الشفعة.

المالية التكميلي¹، إذ منحت للدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية حق تطبيق إجراء الشفعة على كل ما يتم من تنازلات أسهم الشركات الأجنبية المستثمرة في الجزائر، وهذا ما يعني تمكين هذه الأشخاص العامة من احتلال مركز ممتاز بحلولها محل المستثمرين الآخرين من الأجانب، كما يمتد تطبيق حق الشفعة بالرغم من تخلي الدولة من ممارسة هذا الحق لعدم إبدائها الرغبة في ممارسته خلال شهر، في حالة إذا ما تعدى مبلغ المعاملة المقدار المحدد من طرف الوزير المكلف بالاستثمار، وكذا إذا ما كان موضوع المعاملة متعلق بالأسهم أو الحصص الاجتماعية لشركة تمارس أحد الأنشطة المحددة في القرار الصادر من قبل الوزير المكلف بالاستثمار²، وإذا ما تمعنا في مضمون هذه المادة المشار إليها أعلاه ومحتوى نص المادة 30 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار³، نستشف تراجع المشرع عن مبدأ حرية التعاقد على المال الأجنبي، إضافة إلى تقييد حرية تحويل الأموال الناتجة عن نهاية الاستثمار⁴، بالرغم من تكريس هذه الحرية في نص المادة 31 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار التي نصت على ما يلي: "تستفيد الاستثمارات المنجزة انطلاقاً من مساهمة في رأس المال بواسطة عملة صعبة حرة التحويل يسعها بنك الجزائر بانتظام ويتحقق من استيرادها قانوناً، من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناتجة عنه. كما يشمل هذا الضمان المداخل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو التصفية، حتى وإن كان هذا المبلغ أكبر من الرأسمال المستثمر في البداية."⁵ ليأتي ليقر هذا الحق صراحة في القانون رقم 09-16، المتعلق بترقية الاستثمار⁶، بعدما كان في السابق يكرس هذا الحق في إطار القوانين المالية.

والجدير بالذكر، أن الدولة الجزائرية تكرس حق الشفعة في مجال العمليات الاستثمارية، دون أن يكون هناك تنظيم خاص ينظم هذا الإجراء، وهذا بالرغم من النص في القانون المتعلق بترقية الاستثمار على تبيان كيفية ممارسة حق الشفعة عن طريق التنظيم⁷، لكن لحد الآن لا ميلاد لهذا الأخير. ومن هنا، يمكن القول بأن الشفعة صورة من صور المماثلة لإجراءات نزع الملكية لكن بشكل مقنع، تهدد مصير حق المستثمر في ملكية استثماره الأجنبي، إذ بالرغم من عدم اعتبار الشفعة استعمال القوة لنزع الملكية،

¹ - أمر رقم 10 - 01، مؤرخ في 26 أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي، ج.ر.ج. ج. عدد 49، صادر في 29 أوت 2010.

² - راجع نص المادة 46 من الأمر 10 - 01، مرجع نفسه.

³ - تنص المادة 30 من الأمر 01 - 03، يتعلق بتطوير الاستثمار، على ما يلي: "يمكن أن تكون الاستثمارات التي تستفيد من المزايا المنصوص عليها في هذا الأمر موضوع نقل للملكية أو تنازل يلتزم المالك الجديد لدى الوكالة بالوفاء بكل الالتزامات التي تعهد بها المستثمر الأول والتي سمحت بمنح تلك المزايا، وإلا أُلغيت تلك المزايا."

⁴ - زوييري سفيان، مرجع سابق، ص. 119.

⁵ - أمر رقم 01 - 03، يتعلق بتطوير الاستثمار، مرجع سابق.

⁶ - راجع نص المادة 30 من القانون رقم 09-16، مرجع سابق.

⁷ - راجع نص المادة 31/5 من القانون رقم 09-16، مرجع سابق.

إلا أنّهما ينتج عنهما نفس الآثار التي تتناقض مع حق الملكية، وهذا على حد قول الأستاذ الدكتور " زوايمية رشيد":

"Il ne s'agit pas de mesures de transfert forcé de propriété au profit de l'Etat d'accueil, mais d'actes ayant des effets équivalents en ce qu'elles interfèrent avec les droits de propriété du fait de leur caractère à la fois rétroactif et discriminatoire."¹

الفرع الثاني: إقرار حق الدولة في شراء الأسهم والحصص المتنازل عنها في الخارج

بصدور الأمر رقم 10-01، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، أتى بمادة جديدة متممة للأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، والمتمثلة في المادة 4 مكرر 4، فبموجبها، أخضع عمليات التنازل التي تباشرها الشركات الخاضعة للقانون الجزائري واستقادت من مزايا أو تسهيلات عند إنشائها لاستشارة المسبقة للدولة الجزائرية، سواء كان تنازل كلي أو جزئي، كما أقر بحق الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية في إعادة شراء الأسهم والحصص الاجتماعية التي تتنازل عنها الشركات الخاضعة للقانون الجزائري سواء كان التنازل بطريق مباشر أو غير مباشر، ويتم تحديد إعادة السعر وفقا للخبرة². ليتم فيما بعد الإقرار بهذا الإجراء في القانون الخاص بالاستثمار، وهذا ما نستشفه عند استقراءنا لنص المادة 31/4 من القانون رقم 16-09، المتعلق بترقية الاستثمار، والتي جاء متنها على النحو الآتي:

"في حالة عدم الالتزام بتنفيذ الإجراء المذكور في الفقرة 2 أعلاه، أو الاعتراض المبرر لمجلس مساهمات الدولة في أجل شهر واحد (1) من تاريخ استلام الإخطار المتعلق بالتنازل، تمارس الدولة حق الشفعة على نسبة من رأس المال الموافق لرأس المال محل التنازل في الخارج، دون تجاوز الحصة التي يحوزها المتنازل في الرأسمال الاجتماعي للشركة الخاضعة للقانون الجزائري."³

خاتمة

في الأخير، نصل إلى القول، بالرغم من إقرار القانون رقم 16-09، المتعلق بترقية الاستثمار، لضمانات قانونية لفائدة المستثمرين بنوعيهما - المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي - على أساس تطبيق معاملة عادلة ومنصفة، التي على أساسها قام باتخاذ قرار الاستثمار على الإقليم الجزائري إلا أن الشيء الملاحظ في نص المادة 21 من القانون المذكور أعلاه قد نص على تطبيق هذه المعاملة بين المستثمرين الأجانب، دون أن يكون لهم الحق في المطالبة في التمتع بنفس الحقوق والواجبات التي يتمتع بها المستثمر الوطني، الذي كان منصوصا عليه في إطار القانون المتعلق بتطوير الاستثمار الصادر في سنة 2001، وهذا يعد تراجعاً من قبل الدولة الجزائرية لأهم مبدأ دولي.

¹ - ZOUAIMIA Rachid, "Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'Etat dirigiste en Algérie", RASJEP, N°2, faculté de droit, Université D'Alger, 2011, p. 20,

² - راجع نص المادة 47 من الأمر 10-01، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، مرجع سابق.

³ - راجع نص المادة 31/1/2/3 من القانون رقم 16-09، يتعلق بترقية الاستثمار مرجع سابق.

كما أن اتخاذ الدولة الجزائرية لإجراءات غير مبررة أو تمييزية من خلال وضع عقبات أمام المستثمر الأجنبي دون المستثمر الوطني في التمتع والاستفادة من هاته الضمانات القانونية على قدم المساواة، يعد انتهاكا صارخا لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة.

والجدير بالذكر، أن بالرغم من الحاجة الملحة لتدفق الاستثمارات الأجنبية إلى الجزائر من أجل النهوض بالاقتصاد الوطني الجزائري وجلب العملة الصعبة إلى إقليمها، خصوصا في الآونة الأخيرة، إلا أنها لا تزال مصرة على وضع عراقيل أمام مثل هذه الاستثمارات ومعاملتها معاملة تمييزية عن الاستثمارات الوطنية، وعدم مراعاتها لالتزاماتها الدولية، حيث لم تركز معاملة عادلة ومنصفة في مجال الاستفادة من الضمانات القانونية، مما يعني أن الدولة الجزائرية لا تولي أهمية لما التزمت به دوليا، كما أنها لا تخشى من تعرضها لمساءلة دولية.

Le juge administratif face au droit de la concurrence

AREZKI Nabila, M A "A",
Laboratoire de Recherche sur l'Effectivité
de la Norme Juridique (LARENJ),
Faculté de Droit et des Sciences Politiques,
Université de Bejaia, 06000 Bejaia, Algérie.
Email : nabila.arezki@gmail.com

Résumé:

Si le législateur opte pour le transfert de compétences d'une partie du contentieux de la concurrence au profit du juge judiciaire, cela ne signifie nullement que le juge administratif est étranger à l'application du droit de la concurrence. Le juge a gardé compétence pour recevoir les recours exercés contre les décisions de concentrations économiques du Conseil de la concurrence. Il est appelé, en outre, à appliquer les dispositions du droit de la concurrence dans le bloc de la légalité des actes administratifs, et pour statuer sur les pratiques restrictives de concurrence de personnes publiques liées à une mission de service public ou à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Toutefois, la confrontation entre le juge administratif et le corpus concurrentiel suscite des interrogations sur l'expertise du juge administratif dans l'application du droit de la concurrence.

Mots-clés :

Juge administratif, concurrence, service public, intérêt général, analyse économique, expertise.

The administrative Judge in the opposition of the competition law

Abstract :

If the legislator opts for the transmission of a part of the dispute of the competition for the benefit of the judicial judge, it doesn't mean that the administrative judge is foreign with care of the competition law. The judge keep competence to receive the recourses exercised against the decisions of economic concentrations of the Competition Council. It is, called to apply the measures of the competition law in the block of the legality of administrative acts, and to rule on the restrictive practices of public persons' competitors connected to a mission of public service or to an exercise of privileges of public authorities. However, the confrontation between the administrative judge and the competitive corpus arouses questioning on the expertise of the administrative judge in the application of the competition law.

Keywords:

Administrative judge, competition, public service, general interest, economic analysis, expertise.

القاضي الإداري في مواجهة قانون المنافسة**المخلص:**

ان كان المشرع قد اختار تحويل جزء من منازعات المنافسة للقاضي العادي، فهذا لا يعني بتاتا استبعاد القاضي الإداري من تطبيق قانون المنافسة. فالقاضي يحتفظ باختصاصه في الفصل في الطعون ضد قرارات التجميعات الاقتصادية الصادرة من مجلس المنافسة. كما يتولى إضافة، تطبيق أحكام قانون المنافسة عند النظر في مشروعية القرارات الإدارية، وعند الفصل في الممارسات المقيدة للمنافسة للأشخاص العمومية المرتبطة بأداء مهام مرفق عام أو ممارسة صلاحيات السلطة العمومية.

لكن، تبقى المواجهة بين القاضي الإداري و النظام التنافسي تثير إشكالات في مدى خبرة القاضي الإداري في تطبيق أحكام قانون المنافسة.

الكلمات المفتاحية:

القاضي الإداري، المنافسة، المرفق العام، المصلحة العامة، التحليل الاقتصادي، الخبرة.

Introduction

Le Conseil de la concurrence- autorité administrative indépendante- est une institution chargée de garantir le respect de l'ordre public économique et réprimer les pratiques restrictive de concurrence. Néanmoins, si cette autorité assure une mission de régulation sur le marché, elle n'est pas l'unique protectrice de la concurrence, une telle mission ne peut remplacer le rôle du juge : juge complément du régulateur/ ou juge contrôleur du régulateur-le régulateur n'est point un juge et le juge ne saurait être un régulateur¹.

Dans cette optique, le législateur a octroyé aux tribunaux administratifs et judiciaires un rôle important dans l'application du droit de la concurrence et la mise en œuvre de la politique de la concurrence qui se manifeste par le contrôle des décisions du conseil de la concurrence et le contrôle des actes de puissance publique au regard du droit de la concurrence.

Il est toutefois pertinent de relever que, le phénomène de l'application du droit de la concurrence par le juge administratif se rattache au problème général des relations entre sphères publique et privée. En se restreignant à des aspects techniques : celle de la compétence du juge administratif pour appliquer le droit de la concurrence, et celles des moyens dont il dispose pour pénétrer le monde des affaires. Le droit de la concurrence ne touchant l'administration que par ricochet. Le juge

¹ - Renaud DENOIX de SAINT MARC, "Régulateurs et juges : Introduction générale", in *les régulations économiques légitimité et efficacité*, (S/dir) Marie Anne FRISON-ROCHE, Vol. I Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, pp.113.117.

administratif a la lourde tâche d'apprécier l'action administrative à travers le prisme du comportement d'opérateurs économiques². Ce qui nous amène à s'interroger sur l'office du juge administratif pour faire face au droit de la concurrence ?

I- Le juge administratif juge naturel du contentieux de la concurrence

Le juge administratif est le juge naturel de l'action administrative. Il a une compétence normale pour connaître de l'activité de l'administration, et notamment de celles des autorités administratives indépendantes. En effet, à l'exception de certaines décisions de l'autorité générale de concurrence, la plupart des textes institutifs d'autorités administratives indépendantes en Algérie confèrent la compétence du contrôle de leurs décisions au juge administratif, soit le Conseil d'Etat³. Une telle attribution évoque des problématiques juridiques sur la compétence du juge administratif en matière de concurrence, un contentieux dérogatoire au contentieux administratif classique (A) et suscite à s'interroger sur les limites de la compétence du juge administratif dans le contentieux de la concurrence, notamment suite au transfert d'une partie de ce contentieux au juge judiciaire, un contentieux éparpillé entre deux ordres de juridictions (B).

A-Problématique juridique de la compétence du juge administratif ?

Si les textes institutifs des autorités administratives indépendantes en général et relatif à la concurrence en particulier, renvoient les recours contre leurs décisions au juge administratif, cela ne peut s'opérer sans soulever quelques problématiques quant à l'attribution de la compétence au Conseil d'Etat par un texte ordinaire (1). Du transfert de compétence au profit du juge judiciaire, une compétence du juge administratif désormais étreinte en matière de concurrence (2). Et enfin un régime dérogatoire au contentieux administratif classique représentant ainsi : un contentieux administratif spécifique (3).

1- De l'incertitude de la compétence du Conseil d'Etat ?

En matière de concurrence, l'article 19 de l'ordonnance de 2003 renvoie expressément les recours contre les décisions de rejet de concentration devant le Conseil d'Etat. Or les compétences du Conseil d'Etat, sont fixées par l'article 9 de la loi organique n°98-01 ayant trait aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat⁴ comme suit : "*Le Conseil d'Etat connaît en premier et dernier ressorts des recours en annulation, en interprétation et en appréciation de la légalité formés contre les actes administratifs émanant des autorités*

² - Sophie NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, L.G.D.J, Paris, 2005., p.157.

³ - A titre d'exemple l'article 17 de la loi n°2000-03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, *JORA* n° 48 du 06 août 2000 modifiée et complétée par loi n°06-24 du 26 décembre 2006, portant loi de finances pour 2007, *JORA* n° 85 du 26 décembre 2006, modifiée et complétée par loi n° 14-10 du 30 décembre 2014, portant loi de finances pour 2015, *JORA* n° 78 du 31 décembre 2014 ; l'article 139 de la loi n° 02-01 du 5 février 2001 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisation, *JORA* n° 8 du 6 février 2002... etc.

⁴ - Loi organiques n° 98-01 du 30 mai 1998 relatives aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat, *JORA* n° 37 du 1^{er} Juin 1998. Modifiée et complétée par loi organique n°11-13 du 26 juillet 2011, *JORA* n°43 du 03 août 2011.

administratives centrales, des institutions publiques nationales et des organisations professionnelles.

Il connaît également des affaires que lui confèrent des textes particuliers»

Ce texte suscite quelques interrogations sur la vraie compétence du Conseil d'Etat à recevoir de tels recours, dans la mesure où il n'englobe pas expressément les recours en annulation formés contre les décisions des A.A.I, on s'interroge dès lors sur la place de ces autorités dans ce texte ?

Selon une analyse du Professeur ZOUAIMIA, ces autorités peuvent être rangées dans la catégorie *des institutions publiques nationales*, dans la mesure où la première catégorie vise l'administration centrale de l'Etat, constituée par l'ensemble des autorités qui forment le pouvoir exécutif, et la deuxième vise les ordres professionnels (notaires ; avocats; médecins, pharmaciens...) ⁵. Le Conseil d'Etat ne peut donc être compétent des recours en annulation contre les décisions rendues par les autorités administratives indépendantes, que si l'on admet qu'elles rentrent dans la catégorie des institutions publiques nationales, étant exclu qu'elles soient rangées dans les deux premières ⁶.

2- La juridiction administrative partiellement dépossédée : un transfert au juge judiciaire injustifié

Dès 2003, le juge judiciaire se voit attribuer la compétence du contrôle d'une partie du contentieux de la concurrence- les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence en matières de pratiques restrictives de concurrence-.Le transfert de compétence du juge administratif au juge judiciaire ouvre le débat autour de la notion du litige administratif, en ce qu'il pose une exception à la compétence de principe des juridictions administratives. S'avère alors la nécessité de s'interroger, sur le fondement juridique d'un tel transfert ?

2.1.- La bonne administration de la justice : fondement de transfert de compétence juridictionnelle au droit comparé

En l'absence de justification en droit algérien du transfert de compétences au profit du juge judiciaire, il est pertinent de faire référence aux décisions du Conseil constitutionnel français en la matière ⁷.

⁵ - Voir, Rachid ZOUAÏMIA, "Le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit algérien", *Revue Idara*, n°29,2005, pp. 5-48. Voir également Rachid ZOUAÏMIA, *Les instruments juridiques de la régulation économique en Algérie*, édition Belkeise, Alger, 2012, pp.213-220.

⁶ - Le code de procédure civile et administrative –loi ordinaire- fixe également les compétences du Conseil d'Etat (art. 901 à 903). Il prévoit à l'art. 901§2 que le Conseil d'Etat "Connait également des affaires que lui confèrent des textes particuliers", ainsi, il reconnaît implicitement la compétence du Conseil d'Etat à recevoir les recours contre les décisions des autorités administratives indépendantes. Désormais, il est inutile de chercher à justifier sa compétence en les introduisant dans la catégorie des "institutions publiques nationales". De telles dispositions restent toutefois entachées d'inconstitutionnalité en ce que l'article 153 de la Constitution réserve à la loi organique le soin de fixer les attributions du Conseil d'Etat. Ce dernier reste ainsi lié, s'agissant de ses compétences, par les dispositions de la loi organique du 30 mai 1998.

⁷ - Le législateur algérien a recours constamment aux dispositions du droit français, comme l'affirme un auteur en s'exprimant sur l'état des mutations que connaît l'économie algérienne : « *L'Algérie, comme la plupart des Etats du sud, malgré le caractère vivants de son nationalisme et les spécificités de sa culture, a eu constamment recours à des modèles extérieurs* ». V. Robert CHARVIN, "D'un modèle à l'autre : La part du Droit", in *L'Algérie en mutation : les*

A l'origine, les décisions du Conseil de la concurrence français relevaient de la compétence du Conseil d'Etat⁸, mais suite à l'édiction d'une loi sur la concurrence en date du 20 décembre 1986 qui modifie les articles 12 et 15 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le législateur opère un transfert de compétences juridictionnelles au profit de la cour d'appel de Paris, qui devient juge de droit commun en matière de concurrence. Suite à cela, un groupe de députés saisit le Conseil constitutionnel afin de se prononcer sur la conformité de la loi transférant à une juridiction de l'ordre judiciaire la compétence pour statuer sur les recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence⁹.

Le Conseil constitutionnel a rendu le 23 janvier 1987 une décision rappelant le principe fondamental de réserve de compétence au profit de la juridiction administrative à l'égard des actes des autorités publiques. Ce qui ne l'empêche pas de considérer que l'aménagement des règles de compétence juridictionnelle doit être "précis et limité", et dans un souci « de bonne administration de la justice » l'unification du contentieux de la concurrence sous l'autorité de la Cour de cassation, doit être admise¹⁰.

Le droit de la concurrence opère donc une synthèse entre les deux ordres juridictionnels classiques au profit de la Cour d'appel de Paris, qui se voit attribuer une mission de contrôle de régulation du système économique que sous-tend la liberté d'entreprendre. Selon la doctrine, la notion de bonne administration de la justice niche à deux endroits : d'abord dans la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, et ensuite dans la désignation des juges compétents au sein de chacun des deux ordres¹¹.

instruments juridiques de passage à l'économie de marché, (S/dir), Robert CHARVIN & Ammar GUESMI, éd. L'Harmattan, Paris, 2001, pp.19-48., Dans ce cas précis, le législateur algérien a franchi un pas supplémentaire pour étendre son mimétisme des dispositions de la loi française ayant trait au contentieux des décisions du Conseil de la concurrence. V. Rachid ZOUAÏMIA, *Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique*, Editions Houma, Alger, 2005, p. 124.

⁸ - V. L'article 15 de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JORF* du 9 décembre 1986. www.legifrance.fr.

⁹ - Cette loi a reçu la bénédiction du Conseil constitutionnel, sauf en ce qui concerne le sursis à exécution qui n'existe pas dans la procédure civile et qui n'avait pas été aménagé dans ce premier texte du 20 décembre 1986. Voir, C. Const. n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *RD*, n° 05, 1987, p. 1351, conc. Note. Yves GAUDEMET, voir également, Louis FAVOREU & Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, 9^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1999 pp. 701-702. La loi du 6 juillet 1987 transférant à la Cour d'appel de Paris le contentieux de la réformation des décisions du Conseil de la concurrence, permet enfin à la Cour de différer l'exécution d'une décision frappée d'un recours, qui n'est pas suspensif., ce texte est intégré dans le code de commerce français en vertu de l'ordonnance n°2000-912 du 18 septembre 2000, *JORF* n°219 du 21 septembre 2000, modifiée et complétée par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *JORF* n° 113 du 16 mai 2001.

¹⁰ - Pour la première fois, le juge constitutionnel affirme que le législateur peut aménager les règles de compétence juridictionnelle dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. , Voir, Petit SERGE, *Le contentieux judiciaire de l'administration*, éd. Berger-LEVRAULT, Paris, 1993, pp. 319-337

¹¹ - Nathalie LAVAL, "La bonne administration de la justice", *LPA*, n°160, 12 août 1999, p.14. Voir également, Olivier GABARDA, "L'intérêt d'une bonne administration de la justice", *RD*, n° 1, 2006, p. 153. Le législateur français a opéré des transferts de compétence au juge judiciaire du contentieux de plusieurs autorités de régulation, notamment l'autorité de régulation des communications électroniques et de la poste (*ARCEP*) et le contentieux de la commission des opérations de bourse (*COB*). Les décisions répressives de la *COB* sont passibles d'un recours devant la cour d'appel de Paris, les décisions individuelles et réglementaires, devant le Conseil d'Etat.

2.2.- La difficile transposition du transfert de compétence en droit algérien

Le Conseil de la concurrence étant qualifié par le législateur d'autorité administrative de manière expresse¹², le contentieux de ses décisions devait relever en toute logique de la compétence du Conseil d'Etat, et ce à l'instar de celui des décisions émanant des autres autorités administratives. Toutefois, le législateur pose une exception en la matière, en ce qu'il donne compétence au juge judiciaire pour connaître des recours formés contre une partie de ses décisions en vertu des dispositions de l'article 63 de l'ordonnance relative à la concurrence, "**Les décisions du conseil de la concurrence concernant les pratiques restrictives de concurrence peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Cour d'Alger, statuant en matière commerciale ...**".

Le transfert de compétence tel qu'opéré dans l'article 63 ne s'applique pas en droit algérien sans poser quelques problèmes juridiques. En effet, de telles dispositions heurtent de front les dispositions de la Constitution de 1996, dont l'article 153 prévoit que "**L'organisation, le fonctionnement et les autres attributions de la Cour Suprême, du Conseil d'Etat et du tribunal des Conflits, sont fixé par une loi organique**"¹³. Dans la mesure où le législateur a opté pour la compétence du juge judiciaire en vertu d'une ordonnance approuvée par une loi ordinaire¹⁴, il a manifestement méconnu le principe de la hiérarchie des normes que consacrent les dispositions de la Constitution et qui détermine le rang des règles dans l'ordonnement juridique : au sommet la constitution ; au dessous les lois organiques, ensuite les lois ordinaires¹⁵. Seule une loi organique est susceptible de poser des exceptions à la compétence de principe du Conseil d'Etat, qui est déterminée par une loi organique et en conséquence, une loi ordinaire qui modifie la substance d'une loi organique est susceptible d'être entachée d'inconstitutionnalité.

En outre, la référence au principe de bonne administration de la justice ne peut être globale et ainsi intégrer tout les contentieux des autorités administratives indépendantes. Le transfert de compétences en droit algérien est opéré uniquement en matière de concurrence. En effet, après avoir confirmé que le recours des décisions du Conseil de la concurrence, prises dans le cadre de pratiques restrictives de concurrence, relèvent de la compétence de la Cour d'Alger statuant en matière

¹² - Selon l'article 23 de la loi n° 03-03 relative à la concurrence tel que modifiée et complétée par loi n° 08-12 op. cit. "**Il est créé une autorité administrative autonome, ci-après dénommée « Conseil de la concurrence**».....".

¹³ - Décret présidentiel n° 96-438 du 7 décembre 1996 relatif à la promulgation du journal officiel de la République algérienne démocratique et populaire de la révision constitutionnelle adoptée par référendum du 28 novembre 1996, *JORA* n° 76 du 08-12-1996 complétée par loi n° 02-03 du 10 avril 2002 portant révision constitutionnelle, *JORA* n° 25 du 14 avril 2002 ; modifiée par loi n° 08-19 du 15 novembre 2008 portant révision constitutionnelle, *JORA* n° 63 du 16 novembre 2008, modifiée et complétée par loi n° 16-01 du 06 mars 2016 portant révision constitutionnelle, *JORA* n° 14 du 07 mars 2016.

¹⁴ - Loi n° 03-12 du 5 octobre 2003 portant approbation de l'ordonnance n° 03-03 du 19 /07/2003 relative à la concurrence, *JORA* n° 64 du 26 octobre 2003.

¹⁵ - A plusieurs occasions, le Conseil constitutionnel algérien a relevé la suprématie de la loi organique sur les lois ordinaires que consacre la Constitution.- A titre d'exemple : Avis n° 10/A.R.I./C.C./2000 du 13 mai 2000 relatif à la conformité du règlement intérieur de l'assemblée populaire nationale à la constitution, *JORA* n° 46 du 30-07-2000., Avis n° 02/ A.LO/ CC/ 04 du 22 août 2004 relatif au contrôle de conformité de la loi organique portant statut de la magistrature à la constitution, *JORA* n° 57 du 8 septembre 2004., Avis n° 01/A.L.O/C.C./05 du 17 juin 2005 relatif à la conformité de la loi organique relative à l'organisation judiciaire à la constitution, *JORA* n° 51, 2005.

commerciale¹⁶ ; le législateur réaffirme qu'il relève des attributions du Conseil d'Etat de connaître le contrôle des décisions du Conseil de la concurrence en matière de concentration économique¹⁷. Pourtant, il est erroné de comparer l'opération de concentration entre le droit algérien et le droit français ; ce dernier confère la compétence au ministre chargé de l'économie de prendre la décision de concentration et par conséquent, au juge administratif l'annulation ou la réformation de la décision du ministre¹⁸. Tandis que dans le cas algérien, c'est le Conseil de la concurrence qui prend la décision de concentration¹⁹ et non le ministre du commerce, ce qui change nécessairement la nature juridique de la décision et, à ce titre, aucun argument pertinent ne permet de morceler le contentieux de ses décisions²⁰.

Ainsi, la solution française de la compétence judiciaire ne peut être transposée de façon mécanique en droit algérien.

3 -Un régime dérogatoire au contentieux administratif classique

Le caractère spécifique ou dérogatoire de la procédure contentieuse devant le juge administratif se manifeste par rapport à la multiplicité des délais de recours (3.1); de la juridiction compétente : tribunal administratif ou Conseil d'Etat (3.2) ; et enfin de la problématique du sursis à exécution en matière de concurrence (3.3).

¹⁶ - Sont concernées, les ententes, des abus de position dominante, de l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique, des clauses d'exclusivité monopolistiques en matière de distribution, des pratiques de prix abusivement bas.

¹⁷ - L'article 19§3 de l'ordonnance 03-03 relative à la concurrence prévoit que " *...la décision de rejet de la concentration peut faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat*".

¹⁸ - Un revirement s'est produit en droit français suite à l'édiction de la nouvelle loi dite de modernisation de l'économie. C'est la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui remplace le Conseil de la concurrence par l'Autorité de la concurrence (dont les missions sont également précisées dans l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 de modernisation de la régulation de la concurrence), V. Code de commerce français, www.legifrance.gouv.fr. L'article 96 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 transfère à l'Autorité de la concurrence des compétences jusque-là confiées au ministre de l'économie en ce qui concerne le contrôle de concentration. Dans l'architecture mise en place par l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, le contrôle des concentrations économiques, relevait du ministre de l'économie qui prenait sa décision en s'appuyant éventuellement sur l'avis du Conseil de la concurrence, à condition de l'avoir sollicité. Aux termes de l'article L.430-1 du code de commerce définissant les critères juridiques d'une opération de concentration et l'article L. 430-2 fixant les seuils financiers, en termes de chiffres d'affaires, le ministre pouvait soit : constater par décision motivée, que l'opération projetée ne répondait pas aux critères définis par les articles L. 430-1 et L. 430-2. Soit autoriser l'opération éventuellement en la subordonnant, par décision motivée, à la réalisation effective des engagements pris par les parties. Soit, enfin, saisir pour avis le Conseil de la concurrence si l'opération projetée était de nature à porter atteinte à la concurrence et que les engagements pris ne suffisaient pas à y remédier. Désormais, l'Autorité de la concurrence dispose d'un pouvoir décisionnel en matière de concentration en lieu et place du ministre de l'économie ; lequel conserve toutefois la main. En effet, l'article L. 430-7-1 du code de commerce issu de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dispose d'une part que celui-ci peut demander à l'Autorité de la concurrence un examen approfondi de l'opération et d'autre part qu'il « peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence », lesquels motifs « sont, notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi ». Voir, l'article L.430-7-1 du code de commerce français, op.cit.

¹⁹ - L'article 19§1 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence prévoit que "*Le Conseil de la concurrence peut, après avis du ministre chargé du commerce, autoriser ou rejeter, par décision motivée, la concentration*".

²⁰ - Voir, Rachid ZOUAIMIA, *Les autorités administratives indépendantes (...)*, op.cit, p. 132.

3.1.-La multiplicité des délais de recours devant le juge administratif

La question des délais de recours devant le juge administratif, contre les décisions des autorités administratives indépendantes en général reste entachée d'ambiguïté ; en ce que le législateur, à travers des dispositions spécifiques, détermine des délais multiples et hors du droit commun ; optant tantôt pour le mode de calcul en jours, tantôt en mois, et parfois reste carrément silencieux.

Dans la mesure où l'opérateur économique dispose d'un droit d'option : il peut saisir pour un contentieux de la concurrence le Conseil de la concurrence ou une autorité de régulation sectorielle s'il entre dans son secteur régulé, il sera confronté à des délais de recours différents. Concernant les décisions du Conseil de la concurrence, il y'a lieu de distinguer entre celles réprimant les pratiques restrictives de concurrence qui sont susceptibles de recours devant la Cour d'Alger statuant en matière commerciale dans un délai d'un mois et, de 20 jours lorsqu'il s'agit de mesures provisoires ; et celles relatives aux rejets de concentration économique qui peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. La loi reste toutefois muette sur le délai de recours contre ces décisions, et nous renvoi ainsi implicitement à l'application des dispositions du Code de procédure civile et administrative²¹.

Selon les dispositions du Code de procédure civile et administrative²², le délai de recours est de quatre (4) mois à compter de la date de la notification ; durant cette période la personne concernée par l'acte administratif peut adresser une réclamation à l'autorité administrative en cause (un recours administratif préalable)²³. Toutefois, si la personne décide d'intenter un recours administratif préalable, elle doit respecter les délais qu'il introduit, dans ce cas le recours n'est plus facultatif, en d'autres termes on se retrouve devant deux possibilités : si l'autorité administrative saisie d'une réclamation garde silence, pendant deux (2) mois à compter de sa notification, ce qui signifie une décision de rejet, l'intéressé dispose pour introduire un recours contentieux devant le Conseil d'Etat, d'un délai de deux mois à partir de la date d'expiration de cette période de silence (deux mois); en revanche, en cas de réponse à la réclamation, le délai de deux mois ne commence qu'à compter de la date de notification de rejet. En tout état de cause, le délai ne peut dépasser huit mois, une période qui s'avère tout de même un peu longue vu la nature économique du contentieux de la concurrence.

A savoir que le même délai s'applique concernant les recours relatifs aux pratiques restrictives de concurrence de personnes publiques devant le juge administratif soit le tribunal administratif soit le Conseil d'Etat.

S'agissant des délais de recours contre les décisions des autorités de régulation sectorielles, ils diffèrent d'une autorité à une autre, concernant les recours contre les décisions de la commission bancaire statuant en matière répressive ainsi que les

²¹ - Voir les articles 19 et 63 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, modifiée et complétée, op. cit.

²² - Voir, les articles 901, 829 à 832 du Code de procédure civile et administrative, op. cit.

²³ - Aujourd'hui le problème du recours administratif préalable ne se pose plus, dans la mesure où le code de procédure civile et administrative ne l'exige pas- devenu plutôt une procédure facultative- pour les recours devant le Conseil d'Etat. L'article 830, dispose que « La personne concernée par l'acte administratif peut adresser une réclamation à l'autorité administrative qui l'a rendu ... ».

décisions individuelles du Conseil de la monnaie et du crédit doivent être formées dans un délai de soixante (60) jours de la date de leurs notifications²⁴. Tandis que, les décisions de la chambre statuant en matière disciplinaire de la (COSOB) et celle du conseil de l'ARPT peuvent faire l'objet d'un recours dans un délai d'un mois à compter de leur notification²⁵. Quant aux décisions de la commission de régulation de l'électricité et du gaz, la loi se contente de préciser qu'elles peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat sans en fixer les délais²⁶. On y applique donc le délai de quatre (4) mois tel que prévu par le code de procédure civile et administrative²⁷.

Enfin, pour éviter d'induire les plaignants en erreur, le législateur devra unifier les délais ainsi que la procédure de recours contre les décisions de l'ensemble des autorités administratives indépendantes.

3.2.- La juridiction compétente : tribunal administratif ou Conseil d'Etat ?

Si le juge administratif se voit compétent en matière du contrôle juridictionnel des décisions des autorités administratives indépendantes, en matière du contentieux de la concurrence il dispose de compétence plus élargit. En effet le juge administratif, en plus des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence relatives aux opérations de concentrations économiques qui s'opère devant le Conseil d'Etat au même titre que les recours contre les décisions des autorités sectorielles, il se voit compétent pour statuer sur les pratiques restrictives de concurrence de personnes publiques indissociables à l'accomplissement d'une mission de service public ou à l'exercices de prérogatives de puissance publique d'une part, et d'autre part le contentieux des marchés publics au regard du droit de la concurrence. A savoir que la juridiction compétence : tribunal administratif ou Conseil d'Etat, dépend de la nature de la personne publique :

-relève de la compétence du tribunal administratif dès que la personne publique auteur de la pratique restrictive de concurrence est l'Etat, la wilaya, la commune ou l'établissement public à caractère administratif²⁸.

²⁴ - Art. 107 de l'ordonnance n° 03-11 du 26 août 2003 relative à la monnaie et au crédit, *JORA* n° 52 du 27 août 2003, modifiée et complétée par l'ordonnance n° 09-01 du 22 juillet 2009 portant loi de finances complémentaires pour l'année 2009, *JORA* n° 44 du 26 juillet 2009, modifiée et complétée par l'ordonnance n° 10-04 du 26 août 2010, *JORA* n° 50 du 1er septembre 2010, modifiée et complétée par loi n° 13-08 du 30 décembre 2013 portant loi de finance pour 2014, *JORA* n° 68 du 31-12-2013, modifiée et complétée par loi n° 16-14 du 28 décembre 2016 portant loi de finance pour 2017, *JORA* n° 77 du 29-12-2016.

²⁵ - Art. 57 du décret législatif n° 93-10 du 23 mai 1993 relatif à la bourse des valeurs mobilières *JORA* n° 34 du 23 mai 1993, modifié et complété par l'ordonnance n° 96- 10 du 10 janvier 1996, *JORA* n° 03 du 14 janvier 1996 et loi n° 03-04 du 17 février 2003, *JORA* n° 11 du 19 février 2003 (rectificatif in *JORA* n° 32 du 7 mai 2003). ; Et art. 17 de la loi n° 2000-03 du 5 août 2000 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, *JORA* n° 48 du 06-08-2000 modifiée et complétée par loi n°06-24 du 26 décembre 2006, portant loi de finances pour 2007, *JORA* n° 85 du 26-12-2006, modifiée et complétée par loi n° 14-10 du 30 décembre 2014 portant loi de finances pour 2015, *JORA* n° 78 du 31-12-2014.

²⁶ - Art. 139 de la loi n° 2002-01 du 5 février 2002 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisation, op. cit.

²⁷ - Art. 907, 829 à 832 du code de procédure civile et administrative, op. cit.

²⁸ - Art. 800 et 801 du code de procédure civile et administrative, op.cit.

- relève de la compétence du Conseil d'Etat dès que la personne publique auteur de la pratique restrictive de concurrence est une autorité administrative centrale, institution publique nationale ou une organisation professionnelle nationale²⁹.

3.3.- Problématique du sursis à exécution :

Les décisions administratives sont revêtues de l'autorité de la chose décidée, c'est-à-dire s'appliquent tant que le juge ne les a pas annulées³⁰. En effet, le caractère non suspensif du recours devant les juridictions administratives est fondé, en droit administratif, sur la théorie de « la décision exécutoire » thèse, selon laquelle l'administration peut procéder à l'exécution de ses propres décisions et n'a pas à se faire autoriser par le juge³¹. Il se fonde également sur le principe de la séparation de l'administration et de la juridiction. Quoique dans des cas extrêmes, cette exécution peut s'avérer néfaste aux intérêts économiques et financiers des requérants et comporter des effets irréparables dans le cas où elles seraient annulées par le juge, notamment lorsque ces décisions sont l'œuvre d'autorités administratives indépendantes³².

Si en France, le principe de sursis à exécution a une valeur constitutionnelle³³, en Algérie, les textes régissant les diverses autorités administratives indépendantes reprennent pour la plupart les mêmes dispositions³⁴ qui rejettent une telle garantie, dépossédant ainsi le juge d'un pouvoir d'appréciation que lui reconnaît le Code de procédure civile et administrative et qui, selon l'article 910 jouit de la faculté de surseoir à l'exécution des décisions attaquées³⁵.

S'agissant des décisions du Conseil de la concurrence, il faut distinguer entre celles qui relèvent du contrôle du juge judiciaire de celles du juge administratif. Pour la

²⁹ - Art. 09 de la loi organique n° 98-01 relatives aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat, op.cit.

³⁰ - Voir, Rachid ZOUAÏMIA & Marie Christine ROUAULT, *Droit administratif, Collection droit pratique*, Berti éditions, Alger, 2009, p.164. Le caractère non suspensif d'une décision signifie que les personnes sanctionnées par l'autorité de régulation doivent l'exécuter même s'ils exercent un recours juridictionnel.

³¹ - Voir, BENNACER Mohamed, "Les procédures d'urgence en matière administrative", *Revue Conseil D'Etat*, n° 04, 2003, pp.54-68.

³² - L'exemple le plus courant est celui du retrait d'agrément à une banque qui conduit à sa mise en liquidation et qui reviendrait à être annulé quelques années plus tard par le Conseil d'Etat ; comme l'exprime un auteur « la justice est rendue avec une grande lenteur et dans des conditions de délai qui privent quelques fois de tout intérêt pratiques les arrêts rendus », Jean-Louis AUTIN, "Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation", *RDJ*, 1988, tome 104, p. 1219.

³³ - "Compte tenu de la nature non juridictionnelle, de l'étendue des injonctions et de la gravité des sanctions pécuniaires qu'il peut prononcer, le droit pour le justiciable formant un recours contre une décision de cet organisme de demander et d'obtenir, les cas échéant, un sursis à exécution de la décision attaquée constitue une garantie essentielle des droits de la défense". Con. Const. n° 87-224 DC du 27 janvier 1987, 22^{ème} Cons.

³⁴ - A titre d'exemple : art. 107 de l'ordonnance n° 03-11 du 26 aout 2003 relative à la monnaie et au crédit, op. cit. ; art. 17 de la loi n° 2000-03 fixant les règles générales relatives à la poste et aux télécommunications, op. cit. ; Pour le cas de la CREG, la loi reste muette, voir art. 139 de la loi n° 02-01 relative à l'électricité et à la distribution du gaz par canalisation, op. cit. Voir l'analyse de Rachid ZOUAÏMIA, *Droit de la régulation économique*, op. cit, pp. 175-178 ; voir également, Pierre ARHEL, "Concurrence (Règles de procédure)", *Rép. Com. Dalloz, Recueil, V° Concurrence*, juin 2001, p. 34 et s.

³⁵ - L'article 910 du Code de procédure civile et administrative, renvoie aux dispositions applicables devant les tribunaux administratifs (art. 833-837), la même disposition était prévue à l'article 283§2 de l'ancien code de procédure civile, op. cit.

première catégorie, l'article 63 de l'ordonnance relative à la concurrence prévoit que *"le recours auprès de la Cour d'Alger n'est pas suspensif des décisions du Conseil de la concurrence. Toutefois, le président de la Cour d'Alger peut décider, dans un délai n'excédant pas quinze (15) jours, de surseoir à l'exécution des mesures préventives prévues aux articles 45 et 46 ci-dessus prononcées par le Conseil de la concurrence, lorsque des circonstances ou des faits graves l'exigent"*³⁶. Il a ainsi expressément reconnu une telle garantie aux justiciables. S'agissant de la deuxième catégorie, l'article 19 de la même loi se contente de prévoir qu'elles peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat, ce qui nous renvoie à l'application des dispositions du Code de procédure civile et administrative relatives au sursis à exécution.

B- Délimitation du champ de compétence du juge administratif en matière de concurrence : une compétence étrécie

Principalement, le contrôle des décisions des autorités administratives indépendantes –en tant qu'institutions publiques nationales- devrait relever pour la totalité de la compétence du Conseil d'Etat. Or, celles du Conseil de la concurrence représentent plutôt un cas singulier : dans la mesure où le législateur opte pour le transfert de compétence de contrôle d'une partie de ses décisions au profit du juge judiciaire, sur le fondement de "la bonne administration de la justice" et l'unification de son contentieux, il distingue pourtant les décisions de refus des opérations de concentration qui sont soumises à l'appréciation et au contrôle du Conseil d'Etat³⁷. Cette position appelle à s'interroger sur la logique d'une telle séparation ?

En réalité, éparpiller le contrôle des décisions du Conseil de la concurrence entre deux ordres de juridictions n'est point le génie du législateur algérien, mais juste le fruit d'un mimétisme aveugle des dispositions du droit de la concurrence français. En effet, si en droit français, la compétence du Conseil d'Etat pour connaître des décisions relatives aux opérations de concentration, est justifié du fait que ce n'est guère le Conseil de la concurrence qui octroie les autorisations de concentration mais plutôt une autorité ministérielle : soit le ministre chargé de l'économie ou le ministre chargé du secteur concerné³⁸ ; en Algérie, de telles compétences relèvent du Conseil de la concurrence et devraient donc relever de la compétence de la Cour d'Alger afin d'unifier le contrôle de ses décisions sous les mains de la même juridiction en l'occurrence : la Cour suprême.

On constate donc, que suite au transfert de compétence d'une partie du contentieux de la concurrence au profit du juge judiciaire, celle du juge administratif s'avère strictement limitée aux seules recours contre les décisions de rejet de concentration (1), de celles relatives aux pratiques restrictives de concurrence exercées par des personnes publiques dans le cadre de leur mission de service public

³⁶ - Les articles 45 et 46 visent les injonctions, les sanctions pécuniaires et les mesures provisoires.

³⁷ - V. art. 19 et 63 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, modifiée et complétée, op. cit.

³⁸ - En effet, l'article L 430-7 du code de commerce français dispose que : " *Le ministre chargé de l'économie et, le cas échéant, le ministre chargé du secteur économique concerné peuvent, par arrêté motivé (...) interdire l'opération de concentration et enjoindre le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante* ". www.lexinter.dz.

ou l'exercice de prérogatives de puissance publiques(2), et enfin le contentieux des marchés publics au regard des dispositions du droit de la concurrence (3).

1- Le contrôle des concentrations économiques

L'article 19 de l'ordonnance de 2003 renvoie expressément les recours contre les décisions de rejet de concentration devant le Conseil d'Etat. "....la décision de rejet de la concentration peut faire l'objet d'un recours devant la Conseil d'Etat."

Certainement, si le législateur reconnaît formellement l'éventualité de recours contre les décisions des opérations de concentration devant le Conseil d'Etat, il le limite pourtant aux seules décisions de rejet de concentration, sans pour autant accorder une telle potentialité aux personnes extérieures à une opération de concentration autorisée, qui peuvent subir à l'occasion, un préjudice imminent. Or, si on se réfère aux dispositions du droit français, une telle garantie est affirmée à l'encontre même des personnes externes à l'opération de concentration (notamment les entreprises concurrentielles, les fournisseurs...etc.), qui peuvent à leur tour recourir au Conseil d'Etat pour demander l'annulation de la décision du ministre portant autorisation de concentration et ce, pour excès de pouvoir³⁹. A savoir que malgré cette restriction de la compétence du conseil d'Etat, les décisions d'autorisation de concentration ne sont pas pour autant immunisées contre tout contrôle juridictionnel, dans la mesure où, les personnes lésées peuvent intenter un recours pour excès de pouvoir contre les décisions d'autorisation de concentration sous le fondement de l'article 143 de la constitution algérienne qui prévoit que : "*La justice connaît des recours à l'encontre des actes des autorités administratives*".

2- La compétence pour statuer sur les pratiques restrictives de concurrence de personnes publiques indissociablement liées à une mission de service public ou à l'exercice de prérogatives de puissance publique

La question qui s'impose : le juge administratif peut-il connaître de la légalité d'actes administratifs au regard du droit de la concurrence ?

A l'évidence, si le litige se rapporte à une simple activité économique de production, de distribution, d'importation ou de services, d'une personne publique indépendamment de l'exercice d'une mission de service public ou de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, ce litige relève de la compétence transversale du Conseil de la concurrence telle que prévue par la loi relative à la concurrence⁴⁰. En contrepartie, si un tel contentieux se rapporte à une décision par

³⁹ - Voir sur la question, François BRUNET & Ianis GIRGENSON, " Le nouveau régime de contrôle des concentrations :Les ambivalences d'une "révolution antitrust" à la française", *JCP, Economica*, n°46, 2002. p. 1638. Malgré cette restriction de la compétence du conseil d'Etat, les décisions d'autorisation de concentration ne sont pas pour autant immunisées contre tout contrôle juridictionnel, dans la mesure où, les personnes lésées peuvent intenter un recours pour excès de pouvoir contre les décisions d'autorisation de concentration sous le fondement de l'article 143 de la constitution algérienne qui prévoit que : "*La justice connaît des recours à l'encontre des actes des autorités administratives*".

⁴⁰ - Art. 2 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, tel que modifié et complété par la loi n° 10-05 du 15 août 2010, op. cit, qui veut dire que le litige se rapporte à une pratique ou à un comportement d'une personne publique

laquelle la personne publique assure une mission de service public qui lui incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, décision constituant en même temps un acte de production, de distribution ou de services ou porte tout simplement atteinte à la concurrence. Ce litige relève de la juridiction administrative qui est appelée à apprécier la légalité et la conformité de cette décision au droit de la concurrence et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par la personne publique (ex : choisir ou écarter une entreprise pour exécuter un marché public)⁴¹. Toutefois, même en attribuant au juge administratif la compétence du contrôle de telles pratiques, ce dernier est appelé à appliquer les dispositions du droit de la concurrence dans le bloc de légalité de ces actes en combinaison avec d'autres tempéraments, "concilier entre la concurrence et les impératifs du service public"⁴², autrement, faire la balance entre les spécificités des missions de l'autorité publique et le nécessaire respect par celle-ci du droit de la concurrence⁴³.

En réalité l'attribution au juge administratif d'une telle compétence se justifie par le fait qu'aussi bien le Conseil de la concurrence que la Cour d'appel d'Alger ne disposent que de prérogatives limitées (mesures conservatoires, suspensions, injonctions aux parties de revenir à l'état antérieur ou de mettre fin aux pratiques, sanctions). A aucun moment il n'a été confié à ces autorités un pouvoir d'annulation ou de réformation des actes administratifs⁴⁴.

3- Contentieux des marchés publics au regard du droit de la concurrence

L'article 02 de l'ordonnance n°03-03 relative à la concurrence tel que modifié en 2008 soumet expressément les marchés publics aux dispositions du droit de la concurrence « *Les dispositions de la présente ordonnance s'appliquent nonobstant toutes autres dispositions contraires : aux marchés publics, à partir de la publication de l'avis d'appel d'offres jusqu'à l'attribution définitive du marché.....* ». On s'interroge sur l'étendue de cet article, détermine-t-il l'opposabilité du droit de la concurrence aux marchés publics? Ou alors élargit-il la compétence du Conseil de la concurrence pour connaître le contentieux des marchés publics ?

Un tel article se confronte avec les dispositions de l'article 946 du code de procédure civile administrative qui réserve la compétence du contentieux des marchés publics au tribunal administratif en ses termes : « *Le tribunal administratif peut être saisi par requête en cas de manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumises la passation des contrats administratifs et des marchés publics.....* »

A première vue, on pourrait croire à une contradiction ou plus précisément à un conflit de compétences entre le Conseil de la concurrence et le tribunal administratif

détachable de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif, le recours relève du Conseil de la concurrence et de la cour d'appel d'Alger.

⁴¹ - Voir sur la question, Philippe TERNEYRE, "La compétence du juge administratif", *ADJA* 2000, p. 697.

⁴² - Voir, Didier CHAUVAUX & Thierry-Xavier GIRARDO, "Application des règles de concurrence aux actes administratifs", *AJDA*, 1997, p. 142.

⁴³ - Olivier FUCHS, "La conciliation des intérêts dans le contentieux administratif de la concurrence", *AJDA*, 2006, p. 746.

⁴⁴ - Sophie NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, op.cit., p.143.

dans le contentieux des marchés publics. Toutefois on se trouve confronté à deux hypothèses :

-Si la pratique restrictive de concurrence relative à un marché public- qui prend le plus souvent la forme d'une entente prohibée- à été mis-en œuvre par les soumissionnaires aux marchés entre eux uniquement, elle relève de la compétence exclusive du Conseil de la concurrence qui va appliquer les dispositions du droit de la concurrence aux marchés publics.

-Si la pratique restrictive de concurrence relative à un marchés publics à été mis-en œuvre par l'administration contractante et un soumissionnaire, elle relève de la compétence du juge administratif qui est toutefois appelé à appliquer les dispositions du droit de la concurrence au contentieux des marchés publics

Au final les ententes prohibées dans le domaine des marchés publics ne sont plus immunisées contre les dispositions du droit de la concurrence.

II. L'étendue de la compétence du juge administratif dans le contentieux de la concurrence

A l'évidence, la nature administrative du Conseil de la concurrence, de ses décisions, et l'objet du recours déterminent sans aucun doute en matière de concurrence la compétence du juge administratif, en dépit, du transfert de compétence au juge judiciaire qui apparaît immédiatement comme déroger aux règles normales de répartition de compétences, et à la compétence de principe du juge administratif.

La notion de l'application du droit de la concurrence par le juge administratif se définit comme l'utilisation, par ce dernier, des règles de concurrence pour trancher les litiges qui lui sont soumis⁴⁵. On s'interroge dès lors sur les méthodes du juge administratif dans le règlement du contentieux de la concurrence (**B**). Exerce-t-il un simple contrôle pour excès de pouvoir ou peut-il engager la responsabilité de ces organes (**A**).

A-L'intensité du contrôle du juge administratif

Globalement, les AAI sont astreintes à un contrôle comparable à celui exercé à l'égard des autorités administratives ordinaires. En effet, les recours dirigés contre les actes des autorités administratives indépendantes chargées de missions de régulation économique conduisent le juge administratif à contrôler différents aspects de leurs décisions et de l'exercice de leurs missions, contrôle également le respect des procédures encadrant l'adoption de leurs décisions. L'attribution de compétence au juge administratif en matière du contentieux de la concurrence incite à s'interroger sur l'étendue de son contrôle, s'agit-il d'un simple juge d'excès de pouvoir ? (**1**), où plus encore d'un juge de responsabilité ? (**2**).

⁴⁵ - David KATZ, Juge administratif et droit de la concurrence, thèse honoré, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 2003. p.197.

1. Le juge administratif : juge d'excès de pouvoir ?

Aux termes des dispositions des articles 2 et 19 de l'ordonnance relative à la concurrence, le juge administratif se voit compétent pour apprécier la validité d'un acte administratif au regard des règles de concurrence, notamment lorsqu'il s'agit d'un recours contre une décision de rejet de concentration ou contre les décisions et pratiques de personnes publiques exerçant une activité économique. Le juge administratif saisi d'un recours pour excès de pouvoir ne peut qu'annuler la décision, il ne peut la réformer⁴⁶. A cet effet, ce dernier doit apprécier les arguments des parties et être pénétré des méthodes du droit de la concurrence pour apprécier le débat qui se déroule devant lui et y répondre⁴⁷. A titre d'exemple, s'agissant des décisions de rejet de concentration, le contrôle du Conseil d'Etat s'exerce d'abord classiquement sur la légalité externe et porte sur les modalités d'adoption de la décision (la compétence, la procédure et la forme de la décision)⁴⁸; ensuite il doit examiner la réalité des atteintes qu'une telle concentration était susceptible d'apporter à la concurrence; et d'apprécier en même temps l'éventuelle contribution apportée par le projet au progrès économique⁴⁹. L'application du droit de la concurrence, même dans le contexte de l'excès de pouvoir, exige une assez lourdes mises en œuvres de critères précisant et concrétisant la règle de droit et des appréciations complexes sur les effets économiques des mesures contestées, qui requiert une analyse économique en profondeur des marchés⁵⁰.

Le juge doit donc opérer un contrôle de la légalité externe et de légalité interne de l'acte administratif au regard du droit de la concurrence

1.1. Le contrôle de la légalité externe :

Le juge administratif doit contrôler la légalité externe des actes administratifs qui lui sont déférés, une légalité qui s'apprécie au regard des règles de compétences, de procédure et de forme.

1.2. Le contrôle de la légalité interne des actes administratifs :

Il s'exerce notamment sur l'erreur de droit, la qualification des faits, l'inadaptation de la décision aux faits, l'erreur manifeste d'appréciation, comme on pourrait trouver la censure du détournement de pouvoir.

Enfin, les pouvoirs du juge administratif sont limités, il ne peut qu'annuler la décision, il ne peut la réformer. En réalité offrir la possibilité pour le juge de se substituer à un organe de régulation ruine le bien-fondé du recours à de telles

⁴⁶ - Nicole DECOOPMAN, "Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes", www.u.picardie.fr, p. 225.

⁴⁷ - Jean-Yves CHEROT, "Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence", *AJDA* 2000, p. 687.

⁴⁸ - V. Didier THEOPHILE & Hugues PARMENTIER, "L'étendue du contrôle juridictionnel dans le contentieux du contrôle des concentrations en droit interne et communautaire", *Revue Concurrence* n° 1, Doctrines, 2006, p. 39-46.

⁴⁹ - V. Guillaume LHUILLIER, "l'application des règles de concurrence par le juge administratif", publié dans les catégories : *Derniers articles parus. Droit administratif. Droit des affaires*, 24 mars 2010, <http://www.etudesdedroit.com>.

⁵⁰ - Jean-Yves CHEROT, "Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence", op.cit., p.687.

instances, tel est le cas du recours devant le juge judiciaire qui dispose de pouvoirs plus complets dont un pouvoir de réformation. Est –t-il réellement en mesure de modifier une décision d’une autorité de régulation dotée d’un pouvoir d’expertise en matière économique ?

2. Le juge administratif : juge de responsabilité ?

L’exercice des autorités administratives indépendantes de leur mission de régulation par l’édiction de multiples décisions (agrément ; attribution, refus ou retrait des autorisations d’accès aux marchés, sanctions répressives) peut être néfaste aux droits et intérêts des opérateurs économiques exerçant dans le secteur d’activité placé sous leur autorité. Si ces derniers disposent de la faculté d’intenter un recours en annulation contre leurs décisions entachées d’illégalité devant le juge compétent, qu’en est-il de la possibilité d’engager la responsabilité de ces organes et de demander indemnisation pour le préjudice subi du fait de leurs actes ?

Même si les textes institutifs des autorités administratives indépendantes soumettent leurs décisions au contrôle du juge de l’excès de pouvoir, aucune disposition ne fait référence à l’éventualité d’engager la responsabilité de ces organes à l’occasion de l’exercice de leurs compétences de régulation. Ce qui implique le retour aux règles de droit commun régissant le domaine de la responsabilité des personnes publiques et des autorités administratives.

En vertu des dispositions de l’article 276 de l’ancien Code de procédure civile, on peut conclure que l’opérateur qui s’estime lésé, peut intenter un recours en annulation de la décision litigieuse et y adjoindre une requête ou des conclusions connexes à fin d’indemnisation pour le préjudice subi⁵¹. De telles dispositions n’ont pas été reprises par le Code de procédure civile et administrative, ce qui laisse à supposer que l’opérateur sera obligé d’intenter deux recours : l’un en annulation devant le Conseil d’Etat, et l’autre pour indemnisation devant le tribunal administratif d’Alger qui peut toutefois, décider soit de renvoyer ces demandes connexes au Conseil d’Etat où de lui transmettre carrément le dossier⁵².

Par ailleurs, l’autorité de régulation peut porter préjudice à une entreprise par ses agissements sans pour autant prendre une décision susceptibles d’être actionnée par voie de recours devant le juge⁵³. A titre d’exemple, dans le cas d’une banque qui subit un préjudice du fait d’un règlement édicté par le Conseil de la monnaie et du crédit, elle ne peut se prévaloir de l’illégalité de la mesure réglementaire devant le juge de l’excès de pouvoir, elle ne peut que saisir le juge en vue d’obtenir réparation du préjudice subi⁵⁴. La question qui se pose est de savoir devant quel juge intenter une telle action ?

⁵¹ - Art. 276§2 du Code de procédure civile dispose que : "La chambre administrative de la Cour suprême peut connaître, nonobstant toutes dispositions contraires, des conclusions connexes contenues dans la même requête ou dans une requête connexe à la précédente, tendant à la réparation du dommage imputable à la décision attaquée".

⁵² - Voir les articles 809 et 813 du Code de procédure civile et administrative, op. cit.

⁵³ - Rachid ZOUAIMIA, *Droit de la régulation économique*, op. cit., p. 179.

⁵⁴ - Selon l’art. 65 de l’ordonnance n° 03-11 relative à la monnaie et au crédit, modifiée et complétée : "Un règlement promulgué et publié comme indiqué à l’article 64 ci-dessus ne peut faire l’objet que d’un recours en annulation formé par le ministre chargé des finances devant le Conseil d’Etat. Ce recours n’est pas suspensif". Voir d’autres exemples

Le cas des AAI dépourvues de personnalité morale, telle que le Conseil de la monnaie et du crédit et de la commission bancaire, ne pose aucun problème dans la mesure où l'on peut directement invoquer la responsabilité de l'Etat des actes de telles autorités et ce, devant les tribunaux administratifs⁵⁵. Le reste des autorités de régulation échappent à une telle éventualité en ce que le législateur les a dotées de personnalité morale. On est confronté dès lors à un vide juridique que le législateur aurait pu éviter en introduisant les autorités de régulation parmi les organes énumérés à l'article 801 du code de procédure civile et administrative ayant trait à la compétence des tribunaux administratifs.

Concernant le droit applicable au contentieux de la responsabilité des autorités administratives indépendantes, en particulier celle de concurrence, on constate souvent des revirements de jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de responsabilités des personnes publiques en général, tantôt il fait appel aux règles spécifiques du droit public⁵⁶, tantôt il fonde ses décisions sur les dispositions du code civil⁵⁷.

B- Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence

La confrontation entre le juge administratif et le nouveau corpus concurrentiel suscite des interrogations sur les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence ? Le droit de la concurrence confronte-t-il le juge à l'application d'une analyse économique à laquelle il n'est pas habitué et qui le soumet à de nouveaux défis ;(1)comment peut-t-il concilier entre les exigences du fonctionnement concurrentiel des marchés et les nécessités du service public- l'intérêt général revendiqué par la puissance publique ?(2).

1. L'affranchissement du juge administratif par rapport à l'analyse économique

Le problème le plus crucial -de la compétence du juge administratif au règlement d'un contentieux de la concurrence- pourrait être celui de l'expertise du juge administratif dans l'application des règles du droit de la concurrence, tant pour élaborer les critères d'application des normes, largement indéterminées, qu'en raison de la complexité des appréciations de fait que comporte leur mise en œuvre⁵⁸.

cités par : Rachid ZOUAIMIA, "Le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit algérien", op. cit., p. 34 et s.

⁵⁵ - Voir l'article 801§ 1 du code de procédure civile et administrative, op.cit, article 7 de l'ancien code de procédure civile, op.cit. En France, un tel problème ne se pose pas dans la mesure où l'action en responsabilité est dirigée contre l'Etat en raison de l'absence de personnalité juridique des autorités administratives indépendantes

⁵⁶ - A titre d'exemple voir, CE 27 juillet 1998, Bouterra Ahmed c/ Directeur du secteur sanitaire de Mila, www.conseil-eta-dz.org/arabe/137131.htm. En ces termes : "Attendu que conformément à une jurisprudence, la responsabilité de l'administration pour les dommages causés aux particuliers du fait des agissements des personnes qu'elle emploie dans le service public ne peut être régi par les principes établis par le Code civil pour les rapports entre particuliers ; que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue, mais qu'elle a ses règles propres qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier entre les droits de l'Etat et les droits particuliers", cité par Rachid ZOUAIMIA, " Le régime contentieux des autorités administratives indépendantes en droit algérien", op.cit. ; voir les exemples cités par le même auteur, pp. 39-43.

⁵⁷ - On peut citer quelques affaires où le Conseil d'Etat a opté pour l'application des dispositions du Code civil sur la responsabilité administrative: CE du 31 mai 1999, n°160017, Revue du Conseil d'Etat, n° 1, 2002, p. 99 ; CE 11 septembre 2001, n° 161579, Revue du Conseil d'Etat, n° 1, 2002, p. 137.

⁵⁸ - Jean-Yves CHEROT, "Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence", op. cit., p. 687.

1.1. Aptitude et analyse économique ?

L'économie n'est pas une matière simplement technique ; elle entretient avec le droit des relations différentes de celles que connaît le savoir technique. Les mécanismes économiques sont des mécanismes vivants. Or le juge administratif, tant par sa formation que par la composition du tribunal, ne connaît que le droit. D'où la nécessité, le plus souvent, de recourir à l'expertise⁵⁹.

Par ailleurs, le juge administratif n'a pas les moyens de jouer les économistes, il ne dispose pas de large pouvoir d'investigation d'une autorité de concurrence, il ne peut appréhender pleinement les faits, ni infliger des sanctions, d'autant plus l'indétermination des concepts économiques qui comporte en germe un danger de conflit des interprétations⁶⁰. Les normes issues du droit de la concurrence sont largement indéterminées. Les textes appliqués ne fixent pas avec précision les obligations de l'administration. Il s'agit en effet d'appliquer des notions telles que « ententes ayant pour effet d'affecter la concurrence », « marché pertinent », « position dominante », « abus de position dominante », ce sont donc des normes complexes. Ainsi, on ne peut que reconnaître que les juges administratifs sont volontiers suspects d'hostilité envers le monde de l'entreprise⁶¹. Néanmoins pour y remédier, le législateur a prévu la possibilité de faire appel à l'expertise du Conseil de la concurrence dans toutes affaire liée à la concurrence⁶², ou s'appuyer sur les autorités administratives. Mais quelle autorité donner aux avis rendus sans affecter l'indépendance de sa fonction de juge ?

Une telle solution ne peut s'appliquer concernant les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence ou des autorités sectorielles dans la mesure où il ne peut être juge et partie du litige en même temps ce qui peut nuire à l'impartialité du jugement. Le législateur devra plutôt songer à la spécialisation des juges en matière économique.

1.2. Pouvoirs limités par rapport au Conseil de la concurrence

Le procès économique pose des exigences tant en matière de droit processuel que d'analyse économique. Le juge administratif, de par sa culture, peut-il répondre à ces exigences ? Or, dans un procès économique, l'entreprise attend des décisions claires et complètes ; elle a besoin de savoir pourquoi elle a gagné ou perdu et quelles règles de conduite elle doit en tirer. Et, surtout, le recours pour excès de pouvoir est-il bien adapté au procès économique ?⁶³.

⁵⁹ -Christine BRECHON-MOULENES, "La place du juge administratif dans le contentieux économique public", *AJDA* 2000 p. 679.

⁶⁰ - Voir sur la question, Laurent RICHER, "Le juge économiste ?", *AJDA* 2000, p. 700.

⁶¹ - Jean-Yves CHEROT, "Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence", op. cit., p. 687.

⁶² - Art. 38§1 de l'ordonnance n° 03-03 relative à la concurrence, modifiée et complétée, op. cit., prévoit que "Pour le traitement des affaires liées aux pratiques restrictives, telles que définies par la présente ordonnance, les juridictions peuvent saisir le Conseil de la concurrence pour avis. L'avis n'est donné qu'après une procédure contradictoire, sauf si le Conseil a déjà examiné l'affaire concernée."

⁶³ - Christine BRECHON-MOULENES, "La place du juge administratif dans le contentieux économique public", op.cit., p.679.

Par ailleurs, le juge administratif ne dispose pas du pouvoir d'expertise d'une autorité de concurrence, il ne peut appréhender pleinement les faits, ni infliger des sanctions, d'autant plus l'indétermination des concepts économiques. Il lui est également reprocher de ne pas bénéficier des pouvoirs dont dispose le Conseil de la concurrence (enquêtes impliquant visites et saisies, sanctions pécuniaires ou mesures conservatoires). Nonobstant, il convient toutefois de relever que, si le Conseil de la concurrence dispose du pouvoir de sanction, ses compétences s'avère très limitées dans la mesure où il ne peut intervenir pour annuler les actes ou décisions qui pourraient être à l'origine de la pratique restrictive de concurrence- une compétence qui demeure par excellence du juge administratif-, notamment que la sanction pécuniaire n'est certainement pas la solution la plus adéquate à une mesure administrative qui troublerait le jeu de la libre concurrence mais l'annulation radicale de la source de la pratique⁶⁴.

2. La conciliation entre les exigences du fonctionnement concurrentiel des marchés et les nécessités du service public

Après le célèbre arrêt S^{té} *Million et Marais* en 1997 en France, l'opposabilité du droit de la concurrence français dans le bloc de légalité des actes administratifs ne fait aucun doute en ce qu'il soumet expressément les actes administratifs aux dispositions du droit de la concurrence. La même position est retenue en droit de la concurrence algérien en ce que le législateur en reformulant les dispositions de l'article 02 de l'ordonnance n°03-03 en 2008 et 2010 exige une conciliation entre une mission de service public et l'application du droit de la concurrence en ces termes : «*Toutefois, la mise en œuvre de ces dispositions ne doit pas entraver l'accomplissement de missions de service public ou l'exercice de prérogatives de puissance publique.* »

A la lecture de ce texte, force est de constater que les règles ou les principes de concurrence doivent être pris en considération et mis en balance avec les intérêts généraux dont l'autorité administrative à la charge. Le juge administratif va-t-il procéder à un simple contrôle de la proportionnalité des mesures restrictives de concurrence au regard des nécessités d'intérêt général revendiqués par la puissance publique, ou plus encore de mettre en balance l'importance de l'intérêt public par rapport aux principes de concurrence et de peser l'équilibre des intérêts ?

En réalité, le juge administratif doit procéder à la conciliation entre les exigences de service public et le droit de la concurrence par la définition du champ d'application des règles de concurrence et par la mise en œuvre de dérogations aux règles de concurrence. Il est appelé à effectuer un « **bilan** » entre les restrictions que la mesure administrative peut imposer à la concurrence et l'éventuel avantage à l'intérêt général quelle procure (intérêts des consommateurs, protection de l'environnement, protection du marché, protection des services publics et de l'ordre public. L'établissement de ce bilan serait complété par un contrôle de

⁶⁴ - V. Sophie NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, op.cit., p 158 et s.

proportionnalité, les atteintes à la concurrence n'étant justifiées que dans la stricte mesure de ce qui est nécessaire pour assurer l'objectif d'intérêt général⁶⁵.

Enfin, si le juge administratif prend en considération les règles de la concurrence, mais en se ménageant la possibilité de les adapter aux nécessités de l'action administrative. Le juge administratif doit faire donc preuve de retenue dans l'application des règles de la concurrence, laissant ainsi ouverte la possibilité d'adaptation du droit économique à l'intérêt général⁶⁶.

Conclusion

Si le juge administratif applique le droit de la concurrence dans différentes hypothèses : les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence concernant les concentrations économiques, les actes administratifs et les pratiques restrictives de concurrence de personnes publique liées à une mission de service public et la mise en œuvre des prérogatives de puissance, et le cas de la mise en concurrence des marchés publics. Il devra pourtant, pour juger du respect ou non du droit de la concurrence, concilier des principes souvent en contradiction : entre les exigences du fonctionnement concurrentiel des marchés et les nécessités du service public. Ainsi dans un article sur les difficultés inhérentes à l'intervention du juge administratif en matière de concurrence, Marie-Anne Frisson-Roche concluait : « un conflit inévitable, une conciliation nécessaire ».

Reste que, la question de l'effectivité du contrôle juridictionnel interpelle le juge lui-même, il doit être en mesure de juger vite, de maîtriser des réglementations nouvelles, parfois instable et touchant à des domaines techniques, de motiver fortement et précisément ses décisions⁶⁷.

Enfin, le juge administratif doit prouver sa « compétence », son efficacité en matière économique est contestée, certains auteurs évoquent même l'hostilité du juge administratif en matière de concurrence. Cela peut-être du à l'inadaptation du domaine du contentieux administratif à l'analyse économique d'un comportement restrictif de concurrence⁶⁸. Pour cette raison, il apparaît indispensable de pouvoir intégrer des données économique dans le raisonnement juridique afin d'atteindre les points d'équilibres de la politique économique et assurer la sécurité juridique⁶⁹, cela ne sera possible qu'en dispensant aux juges une formation spécialisée et continue en matière économique et notamment en renforçons leurs pouvoirs d'expertise à l'instar de ceux des régulateurs pour pouvoir aisément surmener ce type de difficulté.

⁶⁵ - . Ibid., p.165.

⁶⁶ - Laurent RICHER, "Le juge économiste ?", Op.cit., p. 700.

⁶⁷ - Renaud DENOIX, "Régulateurs et juges", *Les petites affiches*, n°17 du 23 janvier 2003, p.6.

⁶⁸ - Voir sur la question l'analyse de : Sophie NICINSKI, *Droit public de la concurrence*, op.cit..

⁶⁹ - "Le rôle du pouvoir judiciaire et dans l'application du droit et de la politique de la concurrence", communication de la Tunisie à la cinquième conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, Turquie, 14-18 novembre 2005,