1985
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

المجلة الجزائرية لقانون الأعمال

Algerian Business Law Journal

دوريّة، أكاديمية، محكّمة، نصف سنويّة، متخصّصة في قانون الأعمال
تصدر عن كلّية الحقوق والعلوم السّياسيّة
بالتّعاون والتّنسيق مع فرقة البحث PRFU
"تأثير الرّقمنة على حركيّة التّشريع في مجال قانون الأعمال"
*

العدد الثاني - ديسمبر 2020

هيئـة التحريـر

المدير المسؤول:

د. حمزة خضري (عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية)

رئيس التحرير:

د. عبد العزيز بوخرص

رئيس التحرير المساعد:

د. عبدالمجيد صغير بيرم

أعضاء هيئة التحرير:

د. كمال فراحتية

د. عمارة عمارة

د. ياسين مقدم

د. حمزة بوخروبة

أمانة المجلة:

د. إبراهيم رابعي

د. خالد عطوي

التدقيق اللغوي:

د. أحمد غرابي (اللغة العربية)

د. جلول لعجال (اللغة الفرنسية)

د. وليد ميرة (اللغة الإنجليزية)

لجنة القراءة و التحكيم

د. عبدالعزيز بوخرص	جامعة المسيلة	**د. حاجة وافي**	جامعة مستغانم
د. فواز لجلط	جامعة المسيلة	**د. الحسين لعيساوي**	جامعة المسيلة
د. عمارة عمارة	جامعة المسيلة	**د. عماد عجابي**	جامعة المسيلة
د. عبداللطيف والي	جامعة المسيلة	**د. حبيبة عبدلي**	جامعة خنشلة
أ.د. محمد الطاهر بلعيساوي	جامعة سطيف 2	**د. سليم بودليو**	جامعة قسنطينة 2
د. مولود قارة	جامعة المسيلة	**أ.د. كوثر مزهود**	جامعة مستغانم
د. كمال فراحتية	جامعة المسيلة	**د. محمد أمين صحبي**	جامعة سيدي بلعباس
أ.د. نادية ضريفي	جامعة المسيلة	**د. حكيم وشتاتي**	جامعة عنابة
د. ياسين مقدم	جامعة المسيلة	**د. نسيمة آمال حيفري**	جامعة غرداية
د. نورالدين بن حميدوش	جامعة المسيلة	**د. مبروك جنيدي**	جامعة المسيلة
د. حمزة بوخروبة	جامعة المسيلة	**د. عتو الموسوس**	جامعة غليزان
د. ليلى بن حليمة	جامعة المسيلة	**د. عبد المجيد صغير بيرم**	جامعة المسيلة
د. عبد المجيد قادري	جامعة عنابة	**أ.د. علي خشان**	جامعة القدس - فلسطين
د. بشير سليم	جامعة باتنة 1	**د. فادي علاونة**	جامعة الاستقلال -فلسطين
د. نهى شيروف	جامعة سكيكدة	**أ.د. أسماء علمي**	جامعة الحسن الثاني -المغرب
د. أمينة لطروش	جامعة مستغانم	**د. إسلام حسن البيازي**	جامعة الاستقلال -فلسطين
د. العمرية بوقرة	جامعة المسيلة	**د. عدنان إبراهيم الحجار**	جامعة الإسراء -فلسطين

قواعد النشر في المجلة

المجلة الجزائرية لقانون الأعمال مجلةٌ أكاديمية، محكّمة، نصف سنويّة، متخصصة في نشر الدراسات والبحوث القانونية والمقالات المتخصصة في مجال قانون الأعمال، تراعي ضوابط وشروط النشر الأكاديمي. تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمّد بوضياف بالمسيلة بالتعاون والتنسيق مع فرقة البحث (PRFU) الموسومة بـ: "تأثير الرّقمنة على حركية التّشريع في مجال قانون الأعمال".

يشمل النشر في || المجلة الجزائرية لقانون العمل || **المواضيع** الآتية:

- نشر الدراسات والبحوث العلمية ذات الصلة باختصاص المجلة (قانون الأعمال)؛
- ملخصات أطروحات الدكتوراه في القانون؛
- نشر التقارير العلمية الخاصة بالندوات، والأيام الدراسية والتكوينية المتخصصة، والمؤتمرات العلمية الوطنية والدولية؛
- نشر النصوص القانونية ذات الصلة بقانون الأعمال؛
- عرض الإصدارات العلمية الجديدة المتخصصة في قانون الأعمال؛
- التعليق على الأحكام القضائية.

تخضع الأبحاث والمقالات والدراسات والتقارير والتعليقات والملخصات ومراجعة الإصدارات العلمية للتحكيم وِفق الشروط والضوابط العلمية التي تحددها وتضبطها لجان القراءة والتحكيم، ويخضع ترتيب المادة العلمية المقبولة تحكيميًا للنشر في كل عدد لاعتباراتٍ فنيّةٍ لا غير.

ومن **شروط النشر** في المجلة ما يلي:

- أن يلتزم الباحث بالمنهج العلمي في إعداد البحث وكتابته (يجب أن تتوافر في الورقة البحثية شروط ومعايير البحث العلمي).
- ألَّا يزيد البحث عن 15 صفحة مع المراجع ولا يقل عن 10صفحات.
- لا تُنشر الأوراق البحثية التي تصل لجنة القراءة والتحكيم إلا بعد أن تكون الورقة البحثية الواحدة محل تحكيم من محكِّمِيْن اثنين على الأقل.
- بالإمكان مشاركة الباحث بورقة بحثية باللغات الثلاث (العربية والفرنسية و الإنجليزية). مع اشتراط تقديم ملخص باللغة الأجنبية (فرنسية أو انجليزية) في حدود 100 إلى 150 كلمة في حال ما إذا قُدِّم البحث باللغة العربية.

- في حال ما إذا كان البحث بلغة أجنبية (فرنسية أو انجليزية) يجب إرفاق البحث بملخص بالعربية في حدود 100 إلى 150 كلمة.
- تكتب الأبحاث بخط (Sakkal Majalla) بحجم 15 عادي للمتن و15 مضخم **(Gras)** للعناوين، على أن تكون المسافة بين الأسطر 1.25 وحجم الهوامش 12.
- إذا كان البحث بلغة أجنبية؛ فعلى الباحث أن يكتب بحثه بـ (Times New Roman) بحجم 13 (عادي) للمتن و13 مضخم (Gras) للعناوين، على أن تكون المسافة بين الأسطر 1.0 وحجم الهوامش 11.
- يجب أن تتضمن الصفحة الأولى من المقال أو البحث أو الدراسة: العنوان باللغتين العربية والإنجليزية أو الفرنسية، واسم ولقب صاحب المقال والرتبة العلمية والمؤسسة الجامعية الأصلية والبريد الإلكتروني المهني.
- يتم ترقيم الإحالات والمراجع تسلسليًا حسب ظهورها في المتن، وتُكتب **آليًا** وتُعرض في **آخر المقال.**
- يرسَل المقال بعد أن تتمّ مراجعتُه لغويًا، والتأكد من توافر ضوابط وشروط النشر الأكاديمي في ملف (Word).

تنبيه:

- تحتفظ المجلة بجميع حقوق النشر للورقة البحثية المُجازة، والبحث المُجاز، والدراسة المُجازة والتقرير المُجاز (النسخة الورقية والإلكترونية).
- تعطي هيئة التحرير أولويةَ النشر للمساهمات والبحوث والمقالات والدراسات الواردة من أسرة التدريس الجامعي في كليات الحقوق والعلوم السياسية.
- تراعي هيئة التحرير في أولوية النشر للبحوث والدراسات التي تُعنى بالقوانين الجزائرية في مجال التخصص (قانون أعمال)، وتراعي هيئة التحرير في أولوية النشر كذلك الدراسات المقارَنة بالقوانين الجزائرية في مجال التخصص، كما تراعي هيئة التحرير وتخصُّ بعناية خاصة البحوثَ التي يتضمن تهميشها (واحدًا على الأقل) مقالا، أو بحثا، أو دراسةً منشورةً بالمجلة الجزائرية لقانون الأعمال (بعد العدد السادس بإذن الله).

تُرسَل البحوث والدراسات إلى:

السيد / رئيس تحرير المجلة الجزائرية لقانون الأعمال، على العنوان الإلكتروني التالي:

ablawjournal@gmail.com **أو** abdelaziz.boukhors@univ-msila.dz

محتويات العدد

الموضوع	الصفحة
كلمة العدد المحرّر	07
الكتابة الإلكترونية د. غنية باطلي	08
قانون حماية المستهلك كآلية لتجاوز قصور القواعد العامة في القانون المدني ط. د. خليفة بوداود – د. فواز لجلط	30
الحماية القانونية للأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في ضوء القانون 18-07 د. كاملة بوعكة	52
المنافسة الحرّة وآليات حماية الاقتصاد الوطني في مجال الصّفقات العمومية محمد العنتري	69
التصريح بالممتلكات كآلية وقائية لمكافحة الفساد ط. د. حمزة عشاش – حمزة خضري	92
الآثار القانونية للعلامة التجارية المسجلة في التشريع الجزائري ط. د. نور الدين مزهود – د. ياسين مقدم	102
مسؤولية المدير الأجنبي في حالة إفلاس الشركة التي يُديرها ط. د. زكريا باي – د. محمد إقلولي	113
آثار تدخّل الوكيل الإلكتروني في إبرام العقد وعلاقته بحماية المستهلك د. مولود قارة	129
شرط الثبات التشريعي كضمانة في عقود الاستثمار ط. د عبد الرزاق رحموني – د. عبد اللطيف والي	139

كلمة العدد

بسْمِ اللهِ الرّحمن الرّحيم

ها هُو ذَا يصدر العددُ الثّاني من المجلّة الجزائرية لقانون الأعمال، وبه تخطو المجلّة خطوتَها الثّانية في مسيرتها. وكما في العددِ الأوّل، تنوّعت موضوعات هذا العدد؛ وكان مستهلُّها دراسةٌ بحثية تتناول موضوعَ الكتابةِ الإلكترونية انطلاقًا من إشكاليةٍ تتعلّق بمدى كفاية الكتابة الإلكترونية كدليلِ إثبات، ومدى مُعادلتِها للكتابة التّقليدية؛ تَليها دراسةٌ ثانية ضمن قانونِ حمايةِ المستهلِك، وهي دراسةٌ تبحث كيفيةَ مساهمةِ قانونِ حمايةِ المستهلِك في تجديد النّظريةِ العامّة للالتزامات والعقود في إطار حماية المستهلِك وتحقيقِ العدالةِ العقدية؛ أمّا الدّراسةُ الثّالثة فعنت بالبحث حول الحمايةِ القانونية للأشخاص الطبّيعيين في مجال معالجةِ المُعطياتِ ذاتِ الطّابَع الشّخصي، عالجت من خلالها الباحثة الآليّاتِ القانونية التي وضعها المشرّعُ الجزائري من خلال القانون 07/18، حمايةً للأشخاص الطبيعية في ظلّ الثّورة المعلوماتية التي يعرفها العصر الحديث.

أمّا الدّراسةُ الرّابعة، فتنتقِل بنا إلى مجالٍ بحثيّ لا يزال ثريًا يتعلّق بالصّفقات العمومية، يعالج فيها الباحثُ مسألةَ حرّية المنافسة في مجال الصّفقاتِ العمومية؛ وتأتي الدّراسةُ الخامسة لِتعالج مسألةً تتعلّق بسياسة مكافحةِ الفساد، الذي بات موضوعَ اهتمامِ كثيرٍ من التّشريعات المقارنة في الآونةِ الأخيرة، ويتناول فيها الباحثُ أهمّية التّصريح بالممتلكات كآليةٍ وِقائيةٍ لمكافحة الفساد.

ولا تبتعدُ الدّراسةُ السّادسة عن بيئة الأعمال، فتعالج مسألةَ الآثارِ القانونيةِ للعلامةِ التّجارية المسجَّلة في التّشريع الجزائري؛ بينما تتناول الدّراسةُ السّابعة مسؤوليةَ المدير الأجنبيّ في حالة إفلاسِ الشّركة التي يُديرها، في محاولةٍ للبحث عن الأثار المُترتّبة على امتدادِ حكمِ الإفلاس إلى مسيّري الشّركات التجارية.

وفي إطارِ بحثِ مستجدّاتِ قانونِ الاستثمار في الجزائر، تعالجُ الدّراسةُ الثّامنة موضوعَ الثّباتِ التّشريعي باعتبارهِ واحدًا من الضّمانات الهامّةِ والأساسية بالنّسبة للاستثمارِ الوطنيّ والأجنبي؛ لِيكونَ ختام موضوعاتِ هذا العدد دراسةٌ حول آثارِ تدخّلِ الوكيلِ الإلكتروني في العقد وعلاقتُه بحماية المستهلك.

رئيس التحرير

د. عبد العزيز بوخرص

الكتابة الإلكترونية

Electronic Writing

د. غنية باطلي*

ملخص:

ظلّت مكانة الكتابة متعايشة في أحضان القانون المدني لمئات السنين، باعتبارها العنصر الدّاعم للاستقرار والمسهّل لعملية الإثبات. غير أنّها أصبحت عائقًا في ظلّ التّحولات التّكنولوجية والتي تخلّت تدريجيًا عن الدّعامة الورقية التي أصبحت تستعمل في بعض الوضعيات القانونية، حيث بات من المهمّ البحث عن كيفية أقلمة مفهوم الكتابة مع تحوّلها الحالي إلى مجرّد معطيات مجرّدة في صورة رقمية.

الكلمات المفتاحية: المحرَّر الإلكتروني؛ الكتابة الإلكترونية؛ الإثبات الإلكتروني.

Abstract:

Writing is one of the institutions most affected by new technology. Its place in civil law is the fruit of hundreds of years of cohabitation and the law has seen it as a stable ally. Formerly a facilitator, writing becomes an obstacle while information technology, freed from paper, is used in legal situations. How to adapt the notion of writing -and those of the original and the signature- with this current transformation into simple abstract data in digital form.

Keywords: Electronic act; Electronic writing; Electronic evidence.

مقدمة:

يُعدّ مجال الإثبات أهمَّ وأبرز المجالاتِ تأثّرًا بالتطوّرات التكنولوجية الحاصلة في عالم القرن الحادي والعشرين، وذلك نظرًا لدخول نوعٍ جديد من الكتابة وهي الكتابة الإلكترونية، والتي تمثّل بشكل خاصّ إحدى أهمِّ الوسائل الأساسية في الإثبات أمام القضاء.

يتميز "الدّليل الكتابة" بكونه -وفي وضعيات معينة- دليلٌ حاسم للنزاع بين الأطراف، نظرًا للخصائص التي يتمتّع بها في مواجهة الأطراف أو في مواجهة الكافّة ضمن الشّروط القانونية المطلوبة، ولقد ظلّت الكتابة الخطّية مرتبطة ارتباطًا جدُّ وثيق بدعامتها إلى درجة أنه لا غِنى لواحدة عن الأخرى، بل وكان من غير المتصوَّر الفصل بينهما أصلًا، غير أن الوضع حاليًا لم يصبح كذلك نتيجةً لظهور الكتابة الإلكترونية.

لقد فصّل المشرّع الجزائري بين الكتابةِ كمفهومٍ أو شرطٍ للمحرَّر، وبين الوسيطِ أو الدّعامةِ التي يُحمل عليها سواء أكان ورقيًّا أو إلكترونيًا، حيث بدأ الاهتمامُ بالوظيفة والغايةِ المرجوّة من الكتابة وليس نوع

* أستاذ محاضر (أ)، مخبر تطبيقات التكنولوجيا الحديثة على القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة سطيف 2- الجزائر.

الوسيط أو الدّعامة، وعليه، فلكي يفرّق بين الكتابة الخطّية والكتابة الإلكترونية، كان لابدَّ من التمييز بين: الكتابة والدّعامة التي تحملها.

معنى ذلك أنّ شكل الكتابة هو الذي يوضح نوعية الكتابة، هل هي خطية أو إلكترونية، وهو ما يطرح إشكاليةً أساسية تتعلّق بمدى كفاية الكتابة الإلكترونية في إعداد الدليل؟ ومدى معادلتها للكتابة التقليدية؟ بمعنى متى يمكن القول بأنّ الكتابة على الورق تعادل الكتابة على الشكل الإلكتروني؟

في محاولةٍ للإجابة على هذه الإشكالية سيتم التّعرض إلى الكتابة الإلكترونية (المبحث الأول)، والذي سيتم التطرق فيه إلى تعريف الكتابة الإلكترونية (المطلب الأول)، والشروط القانونية للاعتداد بالكتابة الإلكترونية (المطلب الثاني). ثم وفي (المبحث الثاني) سنتناول حجية الكتابة الإلكترونية وأشكالها، والذي سيتضمن الحديث عن حجية الكتابة الإلكترونية (المطلب الأول)، والمحررات الإلكترونية الرسمية (المطلب الثاني)، وأخيرا المحررات العرفية الإلكترونية (المطلب الثالث).

المبحث الأول: الكتابة الإلكترونية

لقد ظلت الكتابة الخطية مرتبطةً ارتباطًا وثيقًا بدعامتها إلى درجة أنه لا يمكن الفصل بينهما، إلا أنها لم تصبح كذلك، نظرًا لظهور الكتابة الإلكترونية. وقد فصَل المشرع الجزائري بين الكتابة كمفهوم أو شرط للمحرَّر، وبين الوسيط الذي تُحمل عليه سواءٌ أكان ورقيًا أو إلكترونيًا. حيث بدأ الاهتمام بالوظيفة والغاية المرجوّة من الكتابة وليس بنوع الوسيط أو الدّعامة.

وعليه، فلكي نفرّق بين الكتابة الخطّية والكتابة الإلكترونية، لابدّ من التمييز بين الكتابة والدّعامة التي تحملها، لأنّ شكل الدّعامة هو الذي يوضّح نوعية الكتابة، هل هي خطية أم إلكترونية. وعليه سنتطرق في المطلب الأول إلى تعريف الكتابة الإلكترونية، وفي المطلب الثاني إلى الشروط القانونية للكتابة الإلكترونية باعتبارهما شرطان أساسيان وجوهريان في المحررات.

المطلب الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية

لقد بدأ الاعتراف بهذا النّمط الجديد من قِبل الفقه والقضاء ومن خلال الاتفاقيات الدولية، مرورًا إلى التشريعات الداخلية. وقد عُرفت بعدة مصطلحات منها رسالة بيانات، رسالة معلومات، الكتابة الرقمية، الكتابة في الشكل الإلكتروني، المحرَّرات الإلكترونية والمستندات الإلكترونية.

الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية في الاتفاقيات الدولية

تعرّضت العديدُ من الاتّفاقيات الدّولية لتوسيع مفهومِ الكتابةِ الإلكترونية، وسَعت الدّول إلى المصادقة على هذه الاتّفاقيات من خلال تضمينِ تشريعاتِها لهذا النّمطِ الجديد من الكتابة.[1]

حيث عرفتها المادة 2/4 من اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باستخدام الخطاباتِ الإلكترونية في إبرام وإثباتِ العقودِ الدّولية لسنة 2005 على أنها "الخطاب الإلكتروني الذي يتبادله الأطراف فيما بينهم بواسطة رسائل بيانات...".

والمقصود برسائل البيانات في مفهوم الفقرة 4 من المادة 4 هي: "جميع المعلومات المرسَلة أو المتلقَّاة أو المخزّنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية، أو وسائل مشابهة، تشمل على سبيل المثال -لا الحصر- التبادل الإلكتروني بين الأطراف عن طريق البرق، أو الفاكس، أو البريد الالكتروني".[2]

يُفهم من هذا النص أن الاتفاقية قد وَسّعت من مفهوم الكتابة لتشمل كلّ الأشكال المستحدثة والدعامات القائمة، بل لتستوعب كل التقنيات المستقبلية.

وقد تمّ تعريف رسائل البيانات في الفقرة 1 من المادة 2 من قانون "اليونسيترال" (UNCITRAL) النموذجي للأمم المتحدة الخاص بالتجارة الإلكترونية، الصادر بموجب القرار 162/51 المؤرخ في 1996/12/11، على أنها "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو وسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال -لا الحصر- تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".[3]

يلاحَظ على هذا النص أنه وسّع في مفهوم الكتابة، ولم يحصر الكتابة الإلكترونية في شكل معيّن، ولا العمليات التي يتم بها الإنشاء، الإرسال، الحفظ، الاستلام والتخزين. ولم يَحصر الوسائل التي تتمّ بها هذه العمليات، حيث ترك المجال مفتوحًا لأيّ وسيلة جديدة، واعتبر البريد الإلكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي من قبيل الوسائل التي تنشِئ الكتابة الإلكترونية.

أمّا على المستوى الأوربي، فقد صدر عن البرلمان الأوربي التوجيه رقم 31/2000 الصّادر في 2000/06/08، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، حيث نصّت المادة 9 منه على ضرورة اعتراف تشريعات الدول الأعضاء بإمكانية إبرام العقود بالوسائل الإلكترونية.

الفرع الثاني: تعريف الكتابة الإلكترونية في التّشريعات الدّاخلية

بادرت العديدُ من الدول على المستوى الداخلي إلى إصدار قوانينَ خاصّة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، حيث أصدر التشريع الفرنسي القانون رقم 2004/575، المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي، وكذا القرار الوزاري الصادر عن وزير العدل الفرنسي رقم 2005/674 المتعلق بتحقيق بعض الشكليات التعاقدية عن طريق الوسائل الإلكترونية، حيث جعل الكتابة الإلكترونية موحدة في إثبات صحة التصرف.

وقد وسّع المشرع الفرنسي في مفهوم الكتابة لتشمل الكتابة الإلكترونية إثر تعديله القانون المدني بموجب القانون 2000/230، حيث أعاد صياغة المادة 1316 بنصّه "الإثبات الخطي، أو الإثبات بالكتابة ينتج من كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أيَّ رمزٍ أو إشارة أخرى ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة، أيًّا كانت دعامتها أو وسيلة نقلها".[4]

لقد ركز هذا التعريف على مفهوم الكتابة وقابليتها للقراءة فقط. ولقد تأثرت العديد من التشريعات العربية بالقانون النموذجي للأمم المتحدة. وقد عدلت هذه المادة مرة أخرى وأصبحت المادة 1365 بموجب التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي رقم 2016/131 المؤرخ في 10 فيفري 2016 والتي تنص على:

« L'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support ».

بمعنى أن الكتابة تتشكل من تسلسل حروف، علامات، أرقام أو أية رموز أو إشاراتٍ ذاتِ دلالة مفهومة أي قابلة للإدراك، مهما كانت دعامتها. والفرق بين المادة 1316 القديمة والمادة 1365 الجديدة أن المشرع الفرنسي استبدل مصطلح "الاثبات الخطّي أو بواسطة الكتابة" بمصطلح "الكتابة "، وكذا مصطلح "مهما كانت دعامتها وطرق نقلها" بمصطلح "مهما كانت دعامتها". ويُفهم من هذا التعديل أنّ المشرّع الفرنسي سعى إلى توسيع مفهوم الكتابة لتشمل كل المستجدّات.

أمّا بالنّسبة للمشرّع التّونسي، فقد كان هو السّباق في هذا المجال، حيث أصدر أوّل قانونٍ عربي خاصّ بالتوقيع الإلكتروني رقم 2000/83. حيث اعترف بالمستند الإلكتروني، وساوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الخطّية في مسألة الإثبات، وعبّر عن الكتابة الإلكترونية بمصطلح "الوثيقة الإلكترونية".[5]

ولقد عدّل المشرّع التونسي من مجلة الالتزامات بموجب القانون 2000/57 الصادر بتاريخ 2000/06/13، ونصّ على الوثيقة الإلكترونية والإمضاء الإلكتروني، ومن خلال هذا القانون عرّف الوثيقة الإلكترونية، واشترط أن تكون ذات محتوى مفهوم، ومحفوظة على حامل إلكتروني (وسيط) يسمح بقراءتها والعودة إليها عند الحاجة، وحدّد دورها في الإثبات.[6]

وقد عرّف المشرع المصري الكتابة الإلكترونية في المادة 1 من القانون رقم 2004/15[1] على أنها "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبّت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة، وتعطي دلالة قابلة للإدراك".

نفسُ المادة منه، الفقرة (ب) عرفت المحرَّر الإلكتروني بأنه "رسالةُ بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تُدمَج أو تُخزَّن أو تُرسَل أو تُستقبَل كلّيًا أو جزئيًا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأيّة وسيلة أخرى مشابهة".

يتّضح من خلال هذين النصّين أنّ المشرّع لم يميّز بين الكتابة والمحرَّر، حيث أنّ المحرَّر يجب أن يتوافر على الكتابة والتوقيع حتى تكون له حجية في الإثبات".[7]

أمّا المشرّع الجزائري، فقد لجأ إلى عملية تطويع قواعد القانون المدني المتعلقة بالإثبات لتستوعب الرّسائلَ والدّعامات غير الورقية، فعرض إلى الكتابة الإلكترونية في المادة 323 مكرر، وكذا المادة 323 مكرر 1 من القانون 05-10 المعدّل للقانون المدني الجزائري. حيث نصَّت المادة 323 مكرر "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسُل حروفٍ أو أوصافٍ أو أرقامٍ أو أيّة علاماتٍ أو رموزٍ ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلةُ التي تتضمّنها، وكذا طرقُ إرسالها".

كما اعترف بها بطريقةٍ غيرِ مباشرة في القانون 05-02 المؤرخ في 06-02-2005، المعدِّل والمتمِّم للقانون التجاري، حيث أجاز إمكانية التّقديم المادّي للسّفتجة للوفاء بأي وسيلة تبادل إلكترونية حسب نص المادة 414 من القانون التجاري، كما نصَّ على إمكانية تقديم الشيك للوفاء بأية وسيلة تبادل إلكترونية يحدِّدها التشريع والتنظيم المعمول بهما، ونصّ على بطاقات السَّحب الإلكتروني وبطاقات الدّفع الالكتروني في المواد 543 مكرّر و543 مكرّر 23 من القانون التجاري الجزائري.

وقدْ أخذ المشرّع الجزائري بالمفهوم الموسّع للكتابة، وترك المجالَ واسعًا أو مفتوحًا أمام كل الدّعامات تحسّبًا لظهور أيّ دعامات أخرى، حيث تشمل الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية، ولم يقيّد طرقَ إرسال الكتابة، والتي يُمكن أن تكون بالنّقل المادّي للأوراق، أو المغناطيسي (مثل الفاكس والتلكس)، أو النّقل الإلكتروني (جهاز الحاسب الآلي والأنترنت). وهو الملاحَظ من خلال المادّة 543 مكرّر، والتي تقترب بكثير من المادة 1/1316 من القانون الفرنسي.

ولا يُشترط إتّباع شكلٍ معيّن في كتابة السّندات أو في صياغتها أو في طريقة تكوينها، إذْ أنّ أسلوب الكتابة أو مادّة الكتابة ليست هي التي تمنح السّند القوةَ في الإثبات، سواءٌ بين طرفيه أو في مواجهة الغير، وإنّما مناط ذلك هو التوقيع.[8]

كما نصّ المشرّع الجزائري كذلك على وسائل الإثبات الإلكتروني من خلال قانون الصّفقات العمومية الصادر بالمرسوم الرئاسي 236/10، حيث نصّ على إمكانية إبرام الصفقات عبر وسائل الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، وهذا من خلال الباب السادس تحت عنوان "الاتصال وتبادل المعلومات بطريق إلكترونية":

- القسم 1 تحت عنوان: الاتصال بطريقة إلكترونية في المادة 173.[9]
- القسم 2 تحت عنوان: تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية في المادة 174.[10]

يتّضح من نصّ المادّتين أنّ المشرّع الجزائري اعترف بالمحرّر الإلكتروني من خلال الإشارة "توضع وثائق الدّعوى إلى المنافية تحت تصرّف المتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية".

ولقد اختلفت التشريعات العربية في المصطلح المعبَّر عن الكتابة، فالمشرع الجزائري استعمل مصطلح "الكتابة في الشكل الإلكتروني"، بينما المشرع الأردني أطلق عليها "رسالة المعلومات"، واستعمل المشرع المصري عبارة "المحرر الإلكتروني"، بينما أطلق عليها المشرع الفرنسي مصطلح "الكتابة على الدعامة الالكترونية".

الفرع الثالث: المفهوم الحديث والموسَّع للكتابة

إنّ الكتابة الإلكترونية تتكوّن من مادة قابلة للتمغنط، ذلك أنّ وضع البيانات في المحرَّر الإلكتروني يتمّ بمغنطة كلِّ نقطة من نقاط مادة المحرَّر عن طريق تمرير التّيار الكهربائي فيها.[11]

أمّا المحرَّر الإلكتروني فهو عبارة عن سندٍ يتمّ دمجُه وحفظُه من خلال الحاسب، مثل الرسالة أو العقد أو الصورة، ويتمّ إرسالُ المحرَّر الإلكتروني عبر الأنترنت أو حفظُه على أسطوانات ضوئية أو محفوظة أو عن طريق التلكس أو الفاكس.[12]

أو هو بياناتٌ ثبوتية يتمّ خزنها و نقلها بشكل رقمي، والمقصود من ذلك هو الشكل الرقمي أو الإلكتروني وليس الشكل الورقي اللاحق.[13]

ووِفقًا للمادة 323 مكرر، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمفهوم الموسَّع والحديث للكتابة، لتشمل الكتابةَ على الورق والكتابةَ في الشكل الإلكتروني. وإنْ كان الشائعُ أنّ المحرَّر يُكتب على الورق التقليدي، فقد أصبح الآن يُصنع من مستحضراتِ موادٍ معيّنة وفقًا لأشكال وأحجام متنوعة. وعليه، فإنها غير مقيّدة بمفهوم الورق، حيث قد تستجدّ صناعةٌ أخرى للورق غير معروفة في وقتنا الراهن. لذا نقول أنّ الكتابةَ اتّسع مفهومها لتشمل كل المحرَّرات الإلكترونية المستخرجة من وسائل الاتصال الحديثة، أيًّا كانت مادّتها أو شكلها أو وسيلة نقلها، حتى ولو لم تظهر بوسيلة مادية محسوسة أو مجرّدة للقارئ، دون الاستعانة بوسائط أخرى.[14]

وجرى العملُ على تدوين السّندات الرسمية والعرفية على الأوراق، وبالحروف الخاصة بلغة المتعاقدين أو اللغة المستعملة في تحرير العقد، أمّا تدوين الكتابة على وسائط إلكترونية فيتمُّ من خلال ومضات كهربائية وتحويلها إلى اللغة التي يفهمها الحاسب الآلي، والتي تتكون من التوافق والتبادل بين رقمي الصفر والواحد.[15] وبالنسبة للدول التي لم تنظّم الكتابةَ الإلكترونية، فيمكن اعتبار المحرَّراتِ والرّسائل الإلكترونية صالحةً لإثبات الوقائع المادية، والتصرفات القانونية التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود أو القرائن.

الفرع الرابع: خصائص الكتابة الإلكترونية

تتميز الكتابة الإلكترونية بمجموعة من الخصائص تجعلها مميزة عن الكتابة التقليدية، وتتمثل في:

أولا- السرعة وضمان الأمن القانوني لها: تقوم الكتابة الإلكترونية على تغيّر فيزيولوجي يتمثل في مغنطة مادة المحرَّر، على خلاف الكتابة على الورق والتي تقوم على التصاق الحبر بالورق، وعليه، تمتاز الأولى بالسرعة لأنها تكتب بلغة الحاسوب، ولا يمكن معرفة مضمونها إلا من قبل المرسِل والمرسَل إليه.

على العكس من ذلك، فالكتابة العادية يمكِن معرفة مضمونها من قِبل أيّ شخص يطّلع عليها، ونفس الأمر بالنسبة للبرقيات التي يمكن الاطّلاع عليها ومعرفة مضمونها من قِبل الأشخاص الذين يتداولونها، فالكتابة الإلكترونية تُستخرج من تقنيات متطوّرة، تكفل لها المحافظة على سرّيتها وعدم ضياعها. وقد أوجد العلم التّقنيات والوسائل الكفيلة بالحفاظ على الأمن القانوني لتوفير الثقة لهذه المحررات، مثل نظام التشفير، وجهات المصادقة الإلكترونية وكاتب العدل الإلكتروني.[16]

إنّ الكتابة على الورق تمتاز بالثبات والذي بدونه لا يُعتدّ بها قانونًا، لكنّ هذا لا يمنع من كتابتها بقلم الرّصاص،[17] مع أنه قابل للمحو والإزالة سواءٌ أكان ذلك عمدًا أو بفعل الزّمن، وحتى وإن كانت الكتابة بالقلم الجافّ أو الحبر فهي قابلة للتغيير باستعمال وسائل كيميائية، إضافةً إلى امكانية ضياعها في حالة فقْد السّند

أو تلفه، وعليه، فليست الكتابة الإلكترونية وحدها القابلة للتغيير والإزالة أو المحو أو الضياع. وقد أُوجدت وسائل حفظٍ تقنية تجعل الكتابة الإلكترونية غير قابلة للتغيير أو المحو أو التعديل، وحتى وإن حدث فإنه يمكن اكتشافه، وعلى هذا الأساس لا يوجد ما يبرر عدم الاعتداد بالكتابة الإلكترونية أُسوةً بالكتابة على الورق.[18]

ثانيا- عدم ظهور الكتابة الالكترونية إلا بواسطة الحاسوب: إن الكتابة الإلكترونية مكتوبة بلغة الآلة أو الحاسوب، وعليه فلا يمكن قراءتها إلا بواسطة هذا الأخير، وذلك عن طريق برامج خاصّة يقوم بمعالجتها وتحويلِها من لغة الآلة إلى اللغة التي يفهمها الإنسان. وعليه، فإنْ كان القلم هو وسيلة الكتابة التقليدية، فإن الحاسوب هو وسيلة كتابة وقراءة الوثيقة الإلكترونية، وهذا لا يضعف قيمتها في الإثبات، بقدر ما يجعلها تتميز بخاصية من خصائصها.[19]

يتمّ إدخال البيانات الإلكترونية من أجهزة الحاسوب أو من خلال شبكة الأنترنت أو أية وسيلة إلكترونية مشابهة، مثل إرسال رسائل قصيرة من الهاتف النقال (SMS) إلى المواقع المتوفرة عبر الأنترنت، والتي يمكن من خلالها قراءة البيانات التي يتم إرسالُها بنفس الطريقة التي أُرسِلت بها. وتبقى هذه البيانات محفوظة ويمكن الرجوع إليها لاحقًا، سواءٌ أكانت محفوظة على الأقراص الصّلبة للأجهزة أو على شبكة الأنترنت. وتوافرها على "الشبكة" يجعلها أكثر فاعلية، حيث يمكن من خلال الأجهزة التي ترتبط بالشبكة استرجاعُ هذه البيانات. أمّا في حالة وجودِها على القرص الصّلب أو المرن، فإنه يتوجّب ربطُ هذه الأقراص بالجهاز لاسترجاعِ هذه البيانات.

ثالثا- انخفاض تكاليف الحفظ والنقل: تضع الكتابة الإلكترونية والطرق التي تُحفظ بها (USB، CDROM)... حلًّا لمشكلة الحفظ والتخزين، وذلك للقدرة الهائلة لهذه الوسائل على حِفظ أو تخزين كمّيات كبيرة من المحرَّرات والوثائق الإلكترونية على الرغم من صغر حجمها، ومن ثَمّ ظهر ما يُعرف بالأرشيف الإلكتروني والسجلات الإلكترونية، على عكس الكتابة التقليدية التي تحتاج إلى أماكن واسعة لخزنها، وهو ما أصبح مشكلة كبيرة لزيادة حجم الوثائق المكتوبة. لكن الكتابة الإلكترونية تثير مشكلة أصل المحرَّر، حيث يصعب التمييز بين أصل المحرّر وصورته، باستثناء المحررات المستخرجة من التلكس والفاكس لأن استرجاعها يكون بصياغتها على الورق.[20]

إنّ الكتابة الإلكترونية يمكن أن تقوم بنفس الدور الذي تؤديه الكتابة على الورق من توافر الشروط السابقة. حيث جرى العمل على تدوين السّندات الرسمية والعادية على الأوراق، وبالحروف الخاصة بلغة المتعاقدين أو اللغة المستعملة في تحرير العقد.

أمّا تدوين الكتابة على وسائط إلكترونية من خلال ومضات كهربائية وتحويلها إلى اللغة التي يفهمها الحاسب الآلي (والتي تكون حروفها من التوافق أو التبادل بين رقمي الواحد والصفر)، تثير التساؤل عن مدى اعتبار السند الإلكتروني من قبيل الكتابة.

رابعا- الكتابة الإلكترونية تمتاز بالوضوح والإتقان (الاتّفاق): تمتاز الكتابة الإلكترونية بإمكانية تصحيح الأخطاء التي تقع أثناء الكتابة، دون أن تترك أيّ أثرٍ لذلك، والتي تكون أثناء إنشاء المحرّر، أمّا بعد اكتماله وإرساله فيجب أن تتوفّر له وسائل الأمان والثبات، حتى يصل إلى المرسَل إليه دون التلاعب به وحتى يمْكن الاعتدادُ به في الإثبات.[21]

وفي الأخير نقول، أنّ الكتابة الإلكترونية يمكن أن تؤدي الدَّور الذي تؤديه الكتابة الخطية إذا توفّرت على شروطها.

المطلب الثاني: الشروط القانونية للكتابة الإلكترونية

لقد وضعت التشريعات الداخلية شروطًا واضحةً للكتابة الإلكترونية حتى تكون دليلًا قائمًا بذاته ومقبولًا في الإثبات، وتُعادل حجيتُها الكتابة على الورق، وأضاف الفقه بعض الشروط، وهي تتمثل فيما يلي:

الفرع الأول: إمكانية قراءة الكتابة

يُشترط في الكتابة أن تكون مقروءةً وواضحة، سواءٌ أكانت الكتابة على الورق أو إلكترونية، وهذا الشرط يتحقق بسهولة في الكتابة على الورق، ذلك أنه أكثر مادّيةً من المحرَّر الإلكتروني الذي يغلب عليه الطبيعة المعلوماتية.[22]

ويخضع هذا الشرط لقواعد تقنية، وذلك بوضع برامج خاصّة تقوم بترجمة لغة الآلة اللوغاريتمية إلى اللغة التي يفهمها الإنسان، أي تحويل الرّموز إلى حروفٍ مقروءة بتحويل لغة الكمبيوتر (1- 0) إلى حروف مقروءة ومفهومة، وهنا يمكن القول بأن هذا الشرط يمكن تحققه في المستندات الإلكترونية.[23]

ونصَّ المشرّع الجزائري في المادة 323 مكرّر على هذا الشرط "... رموز ذات معنى مفهوم..."، أيْ أنه يمكن لأيّ طرفٍ معرفةُ المقصودِ منها بشكلٍ واضح ولا يدع مجالًا للشّك، مهما كانت الدّعامة وطرق الاتّصال.

ونصَّ المشرّع الفرنسي في المادّة 1365 من القانون المدني -والتي سبق ذكرها- على ذلك بمصطلح "الدّلالة المفهومة للحروف". وأشار إليه المشرّع المصري في المادة 1 من قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004 بعبارة "... تعطي الكتابة دلالة قابلة للإدراك".[24]

الفرع الثاني: التدليل على هوية الشخص الذي أصدرها

نصَّ عليها المشرّع الجزائري في المادة 323 مكرّر 1 من خلال العبارة "... بشرط إمكانية التأكّد من هوية الشّخص الذي أصدرها..."، وكذا المشرّع الفرنسي بنصّ المادة 1366 من القانون المدني الفرنسي الجديد السّالف الذكر، حيث ألزم أن تكون الكتابة تدلّ بوضوحٍ على الشّخص الذي أصدرها، وتمثّلَ نصّها فيما يلي:

« L'écrit électronique à la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dument identifié la personne dont il émane, et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature a en garantir l'intégrité »

ونفس الأمر بالنسبة للقانون التّونسي رقم 2000/83 المتعلّق بالمبادلات والتّجارة الإلكترونية في المادة 4 منه، حيث أَلزم بحفظ المعلومات الخاصّة بمصدر الوثيقة الإلكترونية ووِجهتها، وكذلك تاريخ ومكان إرسالها واستلامها.[25]

ومسألة تحديد الشخص الذي حرّر الدّليل الإلكتروني تثير صعوبة، خاصّة مع العددِ الكبير للمتدخّلين فيها، وبُعدِهم الجغرافي، ومدى التحقّق من أهليتهم للتعاقد. ويصعب الأمر فيما يتعلق بالتصرّفات القانونية التي تتم بواسطة الكتابة في الشكل الإلكتروني.

بمعنى أن الكتابة الإلكترونية لوحدها تستطيع أن تحدّد من أصدرها، دون تحديد الشخص المنسوبةِ إليه في حالة وضعِها من طرف هذا الأخير وإصدارِها من قِبل شخصٍ آخر. لكن مع تقنية التوقيع الإلكتروني - الذي سنتناوله لاحقًا- أصبح الحلُّ موجودًا للتأكّد من نسبة الكتابة لشخصٍ ما، أي بواسطة التوقيع الإلكتروني المؤمّن خصوصًا يُمكن تحديد الشخص المنسوبة إليه الكتابةُ الإلكترونية. غير أن الإشكالية تُطرح فيما يتعلق بالكتابة الإلكترونية غير الموقعة، فكيف يتمّ التأكّد من صدورها عن شخصٍ معيّن خصوصًا إذا نفى ذلك؟

من جهة، فإنّ الكتابة في الشكل الإلكتروني الخالية من التوقيع لا تصبح لها حجّية المحرّر العرفي كما هو معروف، حيث يُعتبر التوقيع هو العنصر الجوهري فيه، وبالتالي تُعتبر في حكم الأدلة غير المعَدّة للإثبات (تمامًا مثل المحررات الورقية غير المعدة للإثبات)، حيث لا يصبح لشكل الدّعامة كالبرقيات والرسائل والدفاتر التجارية أيُّ معنى.

ومن جهة أخرى، فإن الإشكالية التي يطرحها هذا الشرط هي عبارة "مصدر الكتابة" وفقًا للمادة 1/1316 من القانون المدني الفرنسي، حيث تقتصر على الحالة التي يقوم فيها الشخص بتحرير الكتابة بنفسه، دون الحالات الأخرى التي يكون فيها الشخص موقعًا على كتابة (محرَّر) يُصدره غيرُه. وهو ما جعل بعض الفقه الفرنسي يرى ضرورة أن يكون مضمونُ الشرطِ هو الشخصُ المنسوبةُ إليه الكتابةُ الإلكترونية، وهو أكثر دقّة، بدلًا من الشخص الذي أصدرها.[26] ولا يقف الأمر عند هذه المسألة فقط، فقد ذهب جانبٌ من الفقه الفرنسي إلى القول أنّ التوقيعَ هو الذي يحدّد هوية منشئ المحرر (الكتابة)، وليس من وضع المحرَّر الإلكتروني.[27] ونفس الإشكال يُطرح بالنسبة للمشرع الجزائري في المادة 323 مكرر 1 على عبارة "مصدرها".

الفرع الثالث: إمكانية الحفظ وعدم القابلية للتعديل

أولا- إمكانية الحفظ: الأصل أنه يتمّ الاحتفاظ بالأدلّة للرّجوع إليها فيما بعد، عندما تفرض المصلحة أو القانون أو عند نشوءِ نزاع، حيث قد تمتدّ هذه المدّة لسنوات. وقد نصّ المشرّع على هذا الشّرط في المادة 323 مكرّر 1 "... ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"، ولم ينص على إمكانية الرّجوع إليها عند الحاجة إليها. لكنّ هذا أمرٌ منطقي، حيث أنّه يُشترط أن تكون محفوظةً بطريقةٍ تضمن سلامتَها، فهذا دليلٌ على أنّها تبقى محفوظة لإمكانية الاطّلاع عليها عند الحاجة، مهما كانت الوسيلة التي تتضمّنها وكذا طرقُ إرسالها. ونفس

الشّيء بالنسبة للمشرّع الفرنسي حيث أكّد على هذا الشّرط في المادّة 1366 من القانون المدني الفرنسي الجديد:[28]

« … Conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

ويَقصد المشرّعان الفرنسي والجزائري بنُظم وطُرق الحفظ التقنية،[29] أي التي لها القدرة على كشف أيّ تعديلٍ يمسّ الكتابةَ الإلكترونية، كما يُمكن تحديدُ البيانات المعدَّلة وتاريخ إجراء التعديل بدقة.[30]

ونصَّ المشرّع التونسي في المادة 4 من قانون 2000/83 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، على شرط الحفظِ بنصّها "يلتزم المرسِل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في الشّكل المرسَلة به، ويلتزم المرسَل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشّكل الذي تسلّمها به، ويتمّ حِفظ الوثيقة الإلكترونية على حاملٍ إلكتروني يتيح الاطّلاعَ على محتواها مدّةَ صلاحيتها، وحفظها في شكلها النهائي بصورةٍ تضمن سلامةَ محتواها."[31]

إنّ هذا الشّرطَ يمكن تحقُّقُه بسهولة في الكتابة الإلكترونية، حيث يعتمد على وسائلَ وطُرقِ حفظٍ متطوّرة وذات تقنية عالية جدًّا، تضمن الثّبات والاستمرارية للبيانات التي تحتويها.[32]

ومسألةُ الحفظ مسألةٌ تقنية بحتة، تظهر من خلال العديد من الوسائل والبرامج، وكذا الوسائط الإلكترونية التي تضمن الحفظَ وتمكّن من العودة إليها مستقبلًا بسهولة. ومن هذه الطرق:

1-الحفظ على الأقراص (CDROM).

2-البريد الإلكتروني (E-Mail).

3-الحفظ عن طريق برنامج (PDF): وهو برنامج يحوّل الكتابةَ الإلكترونية التي تكون في شكل (Word) والتي يسهل تغييرها والتلاعب بمحتواها، إلى نمط (PDF) الذي لا يُمْكن المساس بمحتوياته. حيث يمنع برنامج (PDF) أيَّ تغييرٍ أو إضافةٍ للكتابة الإلكترونية، وهو من طرق حمايتها وحفظها.

4-الحفظ عن طريق جهات تُدعى جهات خدمات التصديق الالكتروني: والتي تُصدر ما يُعرف بشهادة التصديق الإلكتروني، حيث تنص المادة 2 من القانون 04/15 المؤرخ في 2015/02/01، الذي يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، في الفقرة 12 منها، على مؤدّي خدمات التصديق الإلكتروني "هو شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهاداتِ تصديقٍ إلكتروني موصوفة، أو قد يقدّم خدماتٍ أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".

أمّا شهادة التّصديق الإلكتروني فنصّت عليها المادة 15 من القانون 04/15 السّالف الذّكر، بأنها شهادة تصديق تتوفر فيها المتطلبات التالية:

1- أنْ تُمنح من قِبل طرفٍ ثالثٍ موثوق، أو من قِبل مؤدّي خدمات التّصديق الإلكتروني، طبقًا لسياسة التّصديق الإلكتروني الموافَق عليها.
2- أن تُمنح للموقّع دون سواه.
3- يجب أن تتضمن على الخصوص:

أ- إشارة تدل على أنه تمّ منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.
ب- تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق به أو مؤدّي خدماتِ التصديق الإلكتروني المرخَّص له المُصْدر لشهادة التصديق الإلكتروني، وكذا البلد الذي يقيم فيه.
ت- اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته.
ث- إمكانية إدراج صفة خاصة للموقع عند الاقتضاء، وذلك حسب غرض استعمال شهادة التصديق الإلكتروني.
ج- بيانات تتعلق بالتحقّق من التوقيع، وتكون موافقة لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.
ح- الإشارة إلى بداية ونهاية مدّة صلاحية شهادة التّصديق الإلكتروني.
خ- رمز تعريف شهادة التصديق الإلكتروني.
د- التوقيع الإلكتروني الموصوف لمؤدّي خدمات التصديق الإلكتروني أو الطرف الثالث الموثوق الذي يمنح شهادة التصديق الإلكتروني.
ذ- حدود استعمال شهادة التصديق الإلكتروني عند الاقتضاء.
ر- حدود قيمة المعاملات التي قد تُستعمل من أجلها شهادة التصديق الإلكتروني عند الاقتضاء.
ز- الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت تمثيلَ شخصٍ طبيعي أو معنوي آخر عند الإمضاء.

ولا يَسمح مؤدّي خدمات التّصديق الإلكتروني بأيّ تعديلٍ يمسّ الكتابة.[33]

5-**الحفظ في صناديق إلكترونية**: لا يمكن فتحها إلا بواسطة مفتاح خاصّ تشرف عليه سلطات المصادقة (L'autorité d'authentification) العامة أو الخاصة، وأيُّ محاولةٍ للتغيير أو التعديل تؤدي إلى إتلاف الوثيقة المحفوظة نهائيا.[34]

ثانيا- عدم القابلية للتعديل: يُقصد بهذا الشّرط صمود الكتابة في مواجهة كل محاولات التّعديل أو التّغيير في مضمونها، حيث يُشترط في الكتابة عمومًا خلوّها من العوامل المؤثّرة على صحّتها، مثل الكشط والمحو. ويُقصد به في مجال الكتابة الإلكترونية جَعْل الكتابة تتمتع بالثّقة والأمان من طرف مستخدميها، وكذا المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية.[35]

وقد أكّدت محكمةُ النقض الفرنسية على هذا الشّرط في حكمٍ قضائي صادرٍ عن غرفة التجارة في 1997/12/03، حيث تضمّن التأكيدَ على ضرورة الحفاظ على صحّة الكتابة التي تدلّ على التصرّف القانوني، وهذا بعدم المسَاس بها أو تغييرها أو تعديلها، مهما كان شكلُ الدّعامة التي تُكتب عليها تلك البيانات، بما في ذلك الصور الضوئية.[36]

وقد نصَّ المشرّع المصري على هذا الشّرط بنصّ المادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، حيث اشترط إمكانيةَ كشفِ أيّ تعديلٍ أو تبديل في بيانات المحرَّر الإلكتروني حتّى تتمتّع الكتابةُ الإلكترونية بالحجّية في الإثبات، واعتبر بأنّ اكتشافَ التغيير في المحرَّر يُعدّ بمثابة تزييفٍ يعاقَب عليه، وهو ما جاءت به المادّة 23 من قانون التوقيع الإلكتروني السّالف الذكر.[37]

فيما نصَّ المشرّع الجزائري على فعل تزويرِ المحرَّرات في تعديله لقانون العقوبات لعام 2004، من خلال الأمر رقم 15/04، حيث أضاف القسم السّابع مكرّر المعنون بـ"المساس بأنظمة المعالجة للبيانات" ضمن المواد من 394 مكرّر إلى 394 مكرّر 6.

المبحث الثاني: حُجّية الكتابة الإلكترونية وأشكالُها

إنّ توافرَ الشّروط القانونية في الكتابة الإلكترونية -كما سبق بيانه- يجعل منها محرَّرًا قابلًا للاحتجاج به في إثبات الحقّ متى ارتبطت بالواقعة محلَّ النّزاع (المطلب الأول). وبديهيٌّ أنّ الكتابةَ الإلكترونية كالكتابةِ الخطّية، تتعدّد أشكالُها بين كتابةٍ رسمية وكتابةٍ عرفية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حجّية الكتابة الإلكترونية

تطرّق المشرّع الفرنسي إلى هذا الأمر في نصّ المادّة 1366من القانون المدني الجديد،[38] حيث قرّر مبدأ المعادلة بين الكتابة الخطّية والكتابة الإلكترونية، وأعطى لها نفس الحُجّية بشرط إمكانية دلالتها على الشّخص الذي أصدرها، وأن يكون تدوينُها وحفظُها وِفق ظروفٍ تضمنُ سلامتَها.[39]

وسَاوى المشرّع الفرنسي أيضًا بين الكتابتين من خلال نصّ المادّة 1366 من القانون 2016-131 السّالف الذكر، والتي هي نفسُها تقريبًا المادّة 3/1316، وكلتاهما تدلّان على أنه للكتابة على دعامةٍ إلكترونية نفسُ القوّة في الإثبات المقرّرة للكتابة على الورق.

« L'écrit électronique à la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dument identifié la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature a en garantir l'intégrité ».

يُفهَم من هذه المادّة أنّه وحتّى تتحقّق هذه المساواة، فلابدَّ من توافر شرطيْن في الكتابة الإلكترونية:

1– **شرط الانتساب** (Imputabilité)**:** وهو إمكانية نسبة هذا المحرّر والكتابة الإلكترونية إلى الشّخص الذي حررها، شريطة عدم إنكار ذلك.

2– **شرط السّلامة** (Intégralité)**:** يُقصَد به توافرُ الوسائلِ التي تمكّن من حِفظ بياناتِ المحرَّر الإلكتروني بطريقةٍ تضمن عدم المساس به أو إجراءَ أيّ تعديلات يصعب اكتشافها.[40]

ونفس الأمر بالنسبة للمشرّع الجزائري، حيث نصت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني على هذا الأمر "يُعتبر الإثبات في الشّكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكّد من هوية الشّخص الذي أصدرها، وأن تكون معدَّةً ومحفوظةً في ظروفٍ تضمن سلامتها".

أمّا المشرّع المصري، فقد قرّر في نصّ المادّة 15 من القانون 15 لسنة 2004، أنْ "تكون للكتابة الإلكترونية والمحرَّرات الإلكترونية في مجال المعاملاتِ المدنية والتجارية والإدارية، نفسُ الحجّية المقرّرة للكتابة والمحرَّرات الرّسمية والعُرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا توافرت فيها

الشّروطُ المنصوص عليها في هذا القانون، وهذا وِفقًا للضّوابط الفنّية والتّقنية التي تحدّدها اللّائحة التّنفيذية لهذا القانون".[41]

من كلّ ما سبق، نخلُص في الأخير إلى أنّ المشرّع المصري كان أكثرَ وضوحًا، حيث جعل الكتابةً الإلكترونية بنفس مكانةِ الكتابة الرّسمية والعُرفية في مجال المعاملات التّجاريةِ والمدنية والإدارية، ممّا يفسح المجالَ واسعًا للتّعامل بالكتابة الإلكترونية من طرف الأشخاصِ العاديين والهيئاتِ والوزارات، وبالتّالي تهيئة المناخ لِما يسمّى بالحكومة الالكترونية.

أمّا المشرّع الجزائري، فلم يوضّح بشأن المساواة هل تكون في المحرّرات الرّسمية أمِ العُرفية. فيُفهم أنّه ما دام لم يعدّل النصوصَ التي تشترط الرّسمية في بعض التّصرفاتِ القانونية، فإنّه مازال يخضعها للقواعد التقليدية، ممّا يجعلها تخرج من مجال الإثبات الإلكتروني.

والكتابة الإلكترونية لا يُمكن أن تحوزَ على الحجّية إلّا إذا كانت مرتبطةً بتوقيع إلكتروني يتلاءم ومقتضياتها.

المطلب الثاني: المحرَّرات الإلكترونية الرّسمية

هناك فرقٌ بين الكتابة وبين المحرّر أو المستند، فالكتابة هي عنصرٌ هامّ وأساسي للمحرَّر، وبدونها يفقد المحرّر قيمتَه. لكن الكتابةَ وحدها لا تكفي، وحتّى تكونَ رسميةً لابدَّ من توافُر شروطٍ معيّنة، ولكي تكون عُرفية معدَّةً للإثبات وَجب -إضافةً إلى الكتابة- وجودُ التوقيع. أمّا في غير هذه الشّروط، فتستطيع الكتابة وحدَها في المحرّرات أنْ تحقّق شروطَ المحرّرات العرفية غير المُعَدّة للإثبات، وبالتالي تصلُح في الإثبات بالقدر الذي يعطيها المشرّع حجّيةً معيّنة. والسّؤال الذي يُطرح هنا هو: ما مدى استجابة الكتابةِ الإلكترونية لشروط المحرَّر الرّسمي، وكذا المحرَّر العرفي حتى يحوز على الحُجّية في الإثبات؟

الفرع الأول: تطبيق شروط المحرَّرات الرّسمية على المحرَّرات الإلكترونية الرّسمية

حتّى يمكِنَ تصوّرُ وجودِ محرّراتٍ إلكترونية رسمية، وَجب توافر شروطِ المحرّرات الرّسمية، وعليه، يمكِن التطرّق إلى التّجربة الفرنسية الرّائدة في الاعتراف بالكتابة الإلكترونية الرّسمية.

تُعتبر التّجربة الفرنسية الرّائدة في إنشاء المحرَّر الإلكتروني الرّسمي، وأهمّ شرطٍ من شروط المحرَّر الرّسمي هو صدورُه من موظّفٍ عامّ أو شخصٍ مكلّفٍ بخدمةٍ عامّة، مع تحريره وِفق أوضاعٍ معيّنة.

يتّسم هذا الشّرط بالغموض في المحرَّر الإلكتروني، خصوصًا بالنّسبة للتشريعات حديثةِ العهد، إلّا أنّ المشرّع الفرنسي أوْجدَ من خلال المرسوم الصّادرِ عن مجلس الدّولة رقم 973 لسنة 2005، والمعدِّل للمرسوم 941 لسنة 1971 المتعلّق بأعمال الموثقين.[42]

وقد صدر المرسوم رقم 973 لسنة 2005 بعد 5 سنوات من صدور القانون رقم 230 لسنة 2000، ودخل حيّز التّنفيذ في 2006/02/01، حيث مكّن الموثّقَ في فرنسا من تحرير العقودِ الإلكترونية على دعاماتٍ إلكترونية، لكنّه وضع بعض الشروطِ، وهي:

- إتّباع نظامِ تداولٍ للوثائق يوافق عليه المجلس الأعلى للموثّقين.
- ضمان سلامة وسريّة محتوياتِ المحرّر الإلكتروني أو العقد.
- توافق النّظام المستخدَم مع نُظم نقلِ المعلومات التي أُنشئت من قِبل باقي الموثقين.

وقد صدر قرارٌ برقم 885/1315 في 2006/07/05، عن الغرفة الثّانية لمحكمة النّقضِ الفرنسية، يعترف بالمحرَّرات الإلكترونية الرّسمية والتّوقيع الإلكتروني؛ عندما تعرّض لقضيةٍ تتعلّق بإبرام عقدٍ إلكتروني لدى الموثّق والذي كان محلَّ رفضٍ من قِبل المحكمة، والتي أمرت بإجراء خبرةٍ بالمضاهاة.[43]

أمّا بالنّسبة لتاريخ المحرَّر، فقد حدّدهُ المرسوم بالتّاريخ الذي يتمُّ فيه التّوقيع، واشترَط أن يُكتب التّاريخ بالأحرف، حسب المادّة 8 من المرسوم 973 لسنة 2005.

ويقوم الموثّق بالتوقيع على المحرَّر إلكترونيًا باستخدام توقيعٍ إلكتروني مؤمَّن، أمّا توقيعات الأطرافِ والشّهود فتكون يدوية، ثمّ يتمُّ نقلُها بالماسح الضوئي، أو يتمَّ التوقيع على لوحةٍ تسمح بالتقاط صورِ التّوقيع. ويَعتبر جانبٌ من الفقه أنّ وجودَ الموثّق يشكّل ضمانًا لصحّة هويةِ الأطراف ودليلًا على رضاهم بمحتواه.[44]

وقد نظّم المرسوم السّابق مسألةَ حفظِ المحرَّرات الإلكترونية الرّسمية، حيث ألزم الموثّقين بإعداد فهرسٍ إمّا على دعامةٍ ورقية أو إلكترونية، لتقييد وحِفظِ مختلف الأعمال، على أن يستجيب هذا الفهرس لشروطٍ وهي:

- تاريخ إنشاء المحرَّر الرّسمي.
- طبيعة العقد.
- بيانات الأطراف.
- طبيعة الدّعامة التي أُنشئَ عليها المحرّر.
- جميع البيانات التي تفرضها اللوائح والقوانين.

ويوقَّع الفهرسُ الإلكتروني (على دعامةٍ إلكترونية) من طرف مجلسِ الموثّقين في فرنسا أو ممثّله، عن طريق توقيع مؤمن.[45]

والسّؤال الذي يَطرح نفسَه هنا هو: ما مدى استخدام المحرَّرات الإلكترونية في التصرّفات القانونية التي تُعدّ الشكلية فيها شرطًا للانعقاد؟

لقد حَسم المشرّع الفرنسي هذا الأمرَ بإصدار القانون 575 لسنة 2004، المتعلّق بالثّقة في الاقتصاد الرّقمي، بتعديل المادة 1/1108 التي تنصّ على أنه "إذا كان المحرَّرُ الرّسمي مطلوبًا لصحّة التّصرف القانوني، فلابدَّ من أن تتوافر فيه الشّروط المنصوصُ عليها في الفقرة 2 من المادّة 1317". يُفهم من هذا النّص أن المشرّع الفرنسي قد أجاز استخدامَ المحرَّراتِ الإلكترونية الرّسمية في التّصرفات القانونيةِ الشّكلية؛ إذا توافرت فيها الشروطُ التي قرّرها المرسوم 973 لسنة 2005.

أمّا بالنّسبة للمشرّع المصري، فلم يوضّح الأمر من النّاحية العملية، على الرّغم من أنّه ساوَى بين المحرَّرات الرّسمية الإلكترونية والمحرّرات الرّسمية التّقليدية.

وكذلك فعَل المشرّع الجزائري، حيث ساوَى بين الكتابةِ الخطّية والكتابةِ الإلكترونية، إلّا أنّه لم يبيّن حدودَ هذه المساواة. وعليه، يُفهم أنّه في ظلّ هذه النّصوص لا يُسمح بإنشاء المحرَّراتِ الرّسمية في شكلٍ إلكتروني.

كما يُفهَم أنّه اعتَبر المحرَّراتِ الإلكترونية الموقَّعة تتمتّع بحجّية المحرَّراتِ العُرفية فقط، من خلال نصّ المادّة 327 من القانون المدني الجزائري، والتي اعتدّت بالتّوقيع الإلكتروني إذا ما حقّق الشّروطَ المنصوصِ عليها في كلٍّ من المادّتين 323 مكرّر و323 مكرّر 1، خصوصًا وأنّ التّوقيعَ عنصرٌ جوهريّ في المحرَّر العُرفي الورقي، وبالتّالي، فالتّوقيع الإلكتروني عنصرٌ جوهريّ كذلك في المحرَّر العُرفي الإلكتروني.

وقد يُفهم هذا على أنّه استبعادٌ غيرُ مباشر للمحرَّرات الرّسمية الإلكترونية، خصوصًا أنّ تعديلَ القانون المدني كان في سنة 2005، والقانون الذي ينظّم عملَ هيئاتِ المصادقة الإلكترونية لم يصدر إلّا في سنة 2015.

لكن مع صدورِ القانون 04/15، والذي يُعتبر بدايةً لِما يسمّى بالغير الموثّق، والمتمثّل في جهات المصادَقةِ الإلكترونية؛ لا يُستبعدُ وجودُ محرَّراتٍ إلكترونيةٍ رسمية، وطبعًا وفقًا للشّروط التي يضعها القانون.

الفرع الثاني: مسألة أصل المحرَّر الرّسمي وصورته

إنّ أهمّ إشكاليةٍ في الإثبات بالمحرَّرات الرّسمية هي مسألةُ التّفرقةِ بين أصل المحرَّر وصورته. إنّ لغةَ الكتابةِ الإلكترونية تقتضي أنّ النّسخةَ هي تكرارٌ تامّ لأصلِها مهْما تعدّدت، فكلُّ نسخةٍ هي أصلية.[46] وهذا ما أكّده المشرّع الفرنسي من خلال المادّة 11/1316 من القانون المدني المعدَّل بالقرار رقم 674-2005، والتي تنصّ على أنّه "عندما يُشترط إرسالُ عدّةِ نُسخ، فإنّ ذلك يُمْكن استيفاؤه من خلال الكتابةِ الإلكترونية، إذا كانت تلكَ الكتابةُ يُمكن طباعتُها من قِبل المرسَل إليه".

ولقد تطرّق المشرّع المصري لهذه المسألة في قانون التّوقيعِ الإلكتروني، حيث نصَّ في المادّة 16 منه على أنّه "الصّورة المنسوخة على الورق من المحرَّر الإلكتروني الرّسمي حجّةٌ على الكافّة بالقدْر الذي تكون فيه مطابقةً لأصلِ هذا المحرَّر؛ ما دامَ المحرَّرُ الإلكتروني الرّسمي والتّوقيعُ الإلكتروني موجودَيْن على الدّعامة الإلكترونية". ويُعتبر هذا الحكمُ سابقًا لكلّ التشريعات العربية، ويلبّي حاجةً عملية. ويُفهم من هذا النّص أنّه ما دامَ المحرَّر الإلكتروني الرّسمي موجودًا وعليه التّوقيعُ الإلكتروني، سواءٌ تمّ حِفظُه على جهاز الكمبيوتر أو في قرصٍ مضغوط (CD) أو على شريط ممغنط (FD)؛ ففي هذه الحالة، تَكتسب صورةُ المحرَّرات الإلكترونيةِ الرّسمية حجّيةً في الإثباتِ بقدر مطابقتِها لأصلها.[47]

أمّا المشرّع الجزائري فلم يتطرّق إلى هذه المسألة، بالرّغم من مطابقته لحجّية المحرَّرات الإلكترونية مع المحررات المكتوبة.

المطلب الثاني: المحرَّرات العرفية الإلكترونية

تُحرّر المحرَّرات العرفية حسب العُرفِ وتكون موقّعةً ممّن هي حجّةٌ عليه، ولا تحتاج إلى شروطٍ خاصّة كما هو معروفٌ في الأوراق الرّسمية، ويُمكن أنْ تكون دليلًا كاملًا في الإثبات، وتنقسم إلى محرَّراتٍ مُعدّةٍ للإثبات وأخرى غيرُ مُعدّةٍ للإثبات. والسؤال الذي يُطرح هنا هو: ما مَدى استيعاب المحرَّرات العُرفية التّقليدية للمحرَّرات الإلكترونية؟

الفرع الأول: المحرَّرات العُرفية المُعدَّة للإثبات

سنحاول من خلال هذا الفرع إبرازَ مدى انطباق شروطِ المحرَّراتِ العُرفية المُعدَّة للإثبات على المحرَّر الإلكتروني (أولا)، ثمّ نتطرّق لإشكالية التاريخِ في المحرَّرات العُرفية (ثانيا)، وأخيرًا مسألة المساواة في الحجّية بين نوعيْ المحرَّرات العُرفية (ثالثا).

أولا- تطبيق شروط المحرَّرات العُرفية المُعدّة للإثبات على المحرَّر الإلكتروني: يُشترط في المحرَّر العُرفي التّقليدي شرطان أساسيان هما: الكتابةُ والتوقيع. أمّا عن الكتابة فقد نصّ عليها المشرّع الجزائري في المادّة 323 مكرّر من القانون المدني، حيث وسّع في مفهوم الكتابةِ لتستوعب الكتابةَ الإلكترونية وغيرَها من أشكال الدّعاماتِ التي تُستحدث مستقبلًا.

والكتابةُ المشتَرطة يجب أن تكون بخطٍّ على دعامةٍ مادّية كالورق، أو دعامةٍ غيرِ مادّية كأجهزة الحاسب الآلي أو الأنظمة المعلوماتية.[48] وعلى هذا الأساس يكون شرطُ الكتابةِ قد تحقّق في المحرَّرات الإلكترونية.

أمّا شرطُ التّوقيع من الشّخص الذي يُنسب إليه المحرَّر، وهو الشّرط الجوهريّ في المحرَّر العرفيّ، حيث بدونه لا تكونُ للمحرَّر أيّة حجّية إلّا كمبدأ ثبوتٍ بالكتابة، حيث يُفيد التّوقيعُ في نسبة المحرَّر إلى من صدر منه، والتّأكيدِ على قبُول الملتزم لمضمون المحرَّر.

وقد نصَّ المشرّع الجزائري على هذا الشّرط في المادّة 327 من القانون المدنيّ الجزائري، على غرار المشرّعِ الفرنسيّ، والمشرّع المصريّ في المادة 14 من قانون الإثبات؛ ليصبحَ من الممكن تَحقّق هذا الشّرط في المحرَّرات الإلكترونية، بعدما أضاف المشرّع الجزائري شكلًا جديدًا من أشكال التّوقيع يتمثّل في التّوقيع الإلكتروني، وذلك في نصّ المادّة 327 "... ويُعتدّ بالتوقيع الإلكتروني وِفق الشّروطِ المذكورة...".

أمّا المشرّع الفرنسيّ، فقد أضاف شرطًا آخرَ لهذه الشّروط، والذي يتمثّل في تعدُّد النّظائر في المحرَّرات العُرفية، فنصَّ على إمكانية تحقُّقِ هذا الشّرط في الفقرة 5 من المادّة 1325 من القانون المدني، بموجب المادّة 2 من المرسوم 2005/674، المتعلّق بإنجاز بعضِ الأشكال التّعاقدية بوسائلَ إلكترونية، والتي أصبحت المادّة 1375/ 3 من القانون 2016-131 السّالف الذِّكر، ونصّت على:

« L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1366, 1367, et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire sur support durable ou d'y avoir accès ».

وتشير هذه الفقرة إلى تحقُّق هذا الشّرط، وهو إمكانيةُ تَعدّدِ الأصول في العقود التي تتّخذ شكلًا إلكترونيًا، إذا كانت الوسيلةُ التّقنية تمكّن ذوي الشّأن من إعداد نسخةٍ من المحرَّر والوصولِ إليها.[49]

ثانيا- إشكالية التّاريخ: لقد وضع المشرّع الجزائري طرقًا لتحديد تاريخِ المحرَّر العُرفي حتّى يمكِن الاحتجاجُ به تجاه الغير، وتبدو هذه المسألة (تحديدُ التاريخ) سهلةً بالنّسبة للمحرَّرات العُرفيةِ الورقية، فهل الأمر نفسُه بالنّسبة للمحرَّرات الإلكترونيةِ العرفية؟ ومَا هي الطُّرق التي يمكن اللّجوءُ إليها لتحديد تاريخِ المحرَّر العُرفي الإلكتروني؟

ما دامَ أنّ المشرّعَ الجزائري، وكذا المصري، قد ساويَا بين الكتابةِ في الشّكل الإلكتروني والكتابةِ على الورق، فلا يوجد مانعٌ إذن من تطبيق نفسِ هذه الطّرق على المحرَّرات الإلكترونية. لكنّ هذا الأمر يصطدم بالعديد من العقبات والصعوباتِ، تتعلّق بخصوصية المحرَّرات الإلكترونية، ومن أهمّها:

1- أطراف المحرَّر الإلكتروني -في الغالب الأعمّ- لا يَجمعها مكانٌ واحد، الأمر الذي يصعُب معه حضورهَا لدى الموثّق لتثبيت تاريخ المحرَّر العُرفي.
2- في ظلّ التّقنيات المتطوّرة يمكن تغييرُ التّاريخ بسهولة من قِبل الأطراف، ممّا يجعل أمرَ التّلاعبِ بالتّاريخ واردًا.
3- هناك بعضُ الطُّرق التي تتطلّب التوقيعَ من طرف الأطرافِ والموظّف المختصّ، والذي يكون بالبصمة وخطّ اليَد، وهذا أمرٌ لا يتماشى وطبيعة المحرَّر الإلكتروني، لأنّ التّوقيعَ في هذا الأخير يكون إلكترونيًا.[50]

لكنّ هذا الإشكال لم يعدْ يُطرح الآنَ مع وجودِ التّوقيع بالقلم الإلكتروني والتّوقيع البيو متري، ولا مانعَ من استحداثِ طرقٍ تتلاءم والجوانبَ التّقنية للمحرَّرات العُرفية الإلكترونية.

ثالثا- المساواة في الحجّية بين المحرَّرات العُرفية الورقية والإلكترونية: لقد ساوَى المشرّع المصري بين كلٍّ من المحرَّراتِ العُرفية الإلكترونية والمحرَّرات العُرفية الورقية، من خلال نصِّ المادّة 15 المتعلّق بالتّوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004. وقد حدّدت المادّة 8 من اللّائحة التّنفيذية بعضَ الضّوابطِ التّقنية والفنّية الواجبِ توافُرها في الكتابة الإلكترونية حتّى تتحقّق لها حجّية الإثبات، وقد تمَّ التطرّقُ إليها سالفًا، وعليه، فمتى تحقّقت هذه الشّروط، كان للمحرَّر العُرفي الإلكتروني نفسُ حجّية المحرّر العُرفي الورقي، وهو موقفٌ يستحقّ الاتّباعَ، خصوصًا وأنّ المشرّع الجزائري لم يبيّن حدودَ هذه المساواة.

الفرع الثاني: المحرَّرات العرفية غير المُعدّة للإثبات

ويُقصد بها المحرّراتُ غيرُ المهيّأةِ للإثبات، وإذا كانت المحرّرات العُرفية الإلكترونية كذلك، فهل الدّفاتر التّجارية (أولا) ورسائل البريد الإلكتروني (ثانيا)، يُمكن قبولُها في الإثبات؟

أولا- بالنسبة للدّفاتر التجارية: لقد زاد وزن الدّفاترِ التّجارية إلى عدّة أضعافٍ نتيجةَ التّطور الذي تشهَده الحياة التجارية، ممّا جعل المجالَ مفتوحًا أمام الدّفاترِ المعلوماتية أو الإلكترونية لتحلّ محلَّها، والتي أصبحتْ تُثقل كاهل التّجار من خلال المصاريف، كالرّفوف التي تتطلّب مساحاتٍ معتبرة، وسرعةِ التّلف والاهتراء؛

بخلاف الدّفاتر الإلكترونية حيث سرعةُ البحثِ في الرّجوع إلى البيانات، وضمانُ الاستمرارية والثّبات، وكذا سهولةُ المحاسبة والمراجعة.

بالنّسبة للمشرّع الفرنسي، أجاز لفئة التّجار العملَ بالدّفاتر الإلكترونية، حيث أصدر المرسومَ رقم 83-1020 الصّادرَ في 1983/11/29، وهو نصٌّ تطبيقيّ للقانون رقم 68/353 الصّادر في 1983/04/30 الخاصّ بالالتزامات المحاسبة لفئة التّجار، حيث أشار إلى إمكانية أن تحلّ المحرّراتُ المعلوماتية محلّ المحرَّرات التجارية التقليدية (الجرد واليومية)، بشرط تحقُّق الشروط التالية: أن تكون مؤرَّخةً ومرقَّمةً ومعرَّفة.

ثمّ قام بعد ذلك المشرّع الفرنسي بإضافة المادة 137 وR123، بموجب المرسوم رقم 2007-431 الصّادر في 2007/03/25، المتعلّق بالقسم التّنظيمي للقانون التجاري، وفي النص: "يجوز أن تحلّ الدّفاتر المتّخذة شكلًا إلكترونيًا محلّ دفتري الجرد واليومية في حالة ما إذا كانت مطابِقة ومرقّمة ومؤرّخة لحظةَ إنشائها بوسائل تَضمن كلَّ الضمانات في مجال الأنترنت.

أمّا المشرّع الجزائري، فلم ينصَّ على هذه الدّفاتر، ومع ذلك، يُمكن القول أنّه لا يوجد ما يمنع فئةَ التّجارِ من الاستفادةِ من هذ التطوّر واعتمادِ الدّفاتر الإلكترونية، خصوصًا وأنّ الدّفاترَ التّجارية الخطّية هي عبارةٌ عن دليلٍ غيرِ معدٍّ للإثبات، يمكِن استكمالُه بشهادة الشّهود أو دليلٍ آخر.

ثانيا- رسائل البريد الإلكتروني: يُعتبر البريد الإلكتروني من أهمّ الخدمات التي تقدّمها الأنترنت، فالمرسِل لا يراعي الوقتَ أو المكان، وتصل هذه الرّسائلُ في وقت قياسي، أيْ في اللّحظة التي تُرسَل من المرسِل تصل إلى المرسَل إليه، إلّا إذا كانت هناك بعض المشاكل التّقنية في الشبكة.

ويمكن اعتبارُ الرّسائل الإلكترونية من قَبيل المحرَّرات العُرفية غير المُعدّة للإثبات والتي يمكِن استكمالُها بشهادة الشهود. حيث تتشابه مع البرقيّات البريدية العادية من حيث توافر العنوان الصّحيح حتى يتمّ الوصول، والاختلاف يَكمُن في سرعة وصولِ البريد الإلكتروني، وتبقى الرّسائل الإلكترونية معرّضةً للقرصنة عبر الأنترنت.

خاتمة:

توصّلنا في ختام هذا البحث إلى النتائج التالية:

- أنّ المشرّع الجزائري أخذ بالمفهوم الواسع للكتابة وترك لها المجالَ مفتوحًا لتستوعب جميعَ الدّعامات، سواء الورقية منها أو الإلكترونية، فلم تصبح "الكتابة" مقيّدة بمفهوم الورق، حيث اتّسع مفهومُها ومجالُها لتشملَ كلَّ المحرّرات الإلكترونية المستخرَجة من وسائل الاتّصال الحديثة.

- أنّ الكتابةَ الإلكترونية تتميّز بجملةٍ من الخصائص تُميّزها عن الكتابة التّقليدية، وتتمثّل بصورةٍ خاصّة في كونها تُستخرج من تقنياتٍ متطوّرة قانونًا، كما أنّها مكتوبةٌ بلغة الحاسوب ولا يُمكن قراءتُها بدونه، فهي بذلك تمتاز بالوضوح وإمكانيةِ تصحيحِ الأخطاءِ التي تقع أثناء الكتابة.

- يُشترط في الكتابة الإلكترونية –للاعتدادِ بها- إمكانيةُ قراءتِها وفقًا لِمَا تقتضي القواعدُ التِّقنية بوضع برامجَ خاصّة، تقوم على ترجمة لغةِ الآلة اللوغاريتمية إلى اللغة التي يفهمها الإنسان.

- أنْ تَدُلّ الكتابة الإلكترونية –وجوبًا- وبوضوح على الشّخص الذي أصدرها من خلال التّوقيع الإلكتروني المؤمّن، والذي جاء لمعالجة إشكالية التّوقيع في المحرَّرات العادية، والذي بدونه يَخرج المحرَّر الإلكتروني إلى طائفة المحرَّرات غير المعَدّةِ للإثبات.

- كما يُشترط أيضًا في الكتابة الإلكترونية إمكانيةُ حفظِها للرّجوع إليها عند الحاجة، سواءٌ في حالة نشوبِ نزاعٍ أو عندما تفرض المصلحةُ ذلك، مع ضرورة جعْلِ الكتابةِ تتمتّع بالثّقة والأمان من طرف مستخدميها، من خلال الحفاظِ على صحّة الكتابةِ التي تدلّ على التّصرف القانوني، بعدم المساسِ بها تعديلًا أو تغييرًا لها، مهما كانت الدّعامة التي كتبت عليها.

- ساوى المشرّع من حيث الحجية بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الورقية في الإثبات على غرار باقي التشريعات الأخرى، بشرط إمكانيةِ التأكّد من هويّة الشّخص الذي أصدرها وفقًا لشروط سلامتها. غير أنه لم يبيّن حدودَ هذه المساواة، وهو ما يجعل إنشاءَ المحرَّرات الرّسمية في الشّكل الإلكتروني غير جائز، على الأقلّ في الوقت الرّاهن إلى أن يتمَّ تطوير المنظومة التشريعية الخاصة بالتوثيق الإلكتروني، ولِمَ لا نشهد مستقبلًا وجود الموثق الإلكتروني.

أخيرًا، يُمْكننا القول أنّ المشرعَ الجزائري - وعلى غرار باقي التشريعات- قد سايرَ التّطورَ التّكنولوجي في تأثيراته على الحياة الاجتماعيةِ والقانونية للفرد، ويبقى الوقت مبكّرًا بالنسبة للمجتمع الجزائري للخوض في التّعامل بهذا النّوع من المحرَّرات في مجال المعاملات المدنية والتجارية، نظرًا لحداثة المنظومة التّشريعية الخاصّة بالتّجارة الإلكترونية، والتي تم اعتمادها -فقط- سنة 2018، في انتظار تهيئة البنية التّحتية لمثل هذه المعاملات.

الهوامش:

(1) اتفاقية نيويورك الخاصة بالتقادم في البيوع الدولية للبضائع لسنة 1972، اتفاقية الأمم المتحدة الموقعة بفيينا الخاصة بالنقل الدولي للبضائع لسنة 1980، اتفاقية روما 1985 المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باستخدام الخطابات الإلكترونية في إبرام وإثبات العقود الدولية لسنة 2005، قانون اليونسيترال النموذجي للأمم المتحدة الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996.

(2) عطا عبد العاطي السنباطي، ص 215.

(3) وهو نفس التعريف الذي جاء به القانون النموذجي الثاني الصادر بموجب القرار رقم 80/56، الصادر في 2001/12/12، والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني. نقلًا عن: أسامة سيد محمد علي، التنظيم التشريعي والتعاقدي للتجارة الإلكترونية وآثارها على الخدمات المصرفية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة القاهرة - مصر، 2010، ص 349.

(4) ART. 1316 du C. Civ. Francais : « La preuve littérale, ou par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes, ou symboles dotés dune signification intelligible, quel que soit leurs supports et leurs modalités de transmission ».

(5) عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2010، ص 132.

[6] يوسف زروق، حجّية وسائل الإثبات الحديثة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2013/2012، ص 170.

[1] القانون المصري رقم 2004/15، المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات.

[7] وقد تطرّق قانون التحكيم المصري رقم 1994/27، وبالضّبط في المادة 12 منه إلى الشكل الجديد للكتابة، حيث نصّ على أنه "يجب أن يكون اتفاقُ التّحكيم مكتوبًا إذا تضمّنه محرّرٌ وقّعه الطّرفان، أو إذا تضمّنه ما تبادله الطّرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتّصال المكتوبة". نقلًا عن: يوسف زروق ، مرجع سابق، ص 172.

[8] علاء حسين مطلق التميمي، الأرشيف الإلكتروني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2010، ص 43.

[9] أصبحت المادة 203 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 2015/09/16، المتضمِّن تنظيمَ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50. والتي كانت المادة 173 من المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 2010/10/07؛ وتنص المادة 203 على أنه "تُؤسّس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية، تُسيّر من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، كلٌّ فيما يخصّه، ويحدِّد في هذا المجال قرارٌ مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بتكنولوجيات الإعلام والاتصال صلاحياتِ كل دائرة وزارية، ويُحدَّد محتوى البوابة وكيفيات تسييرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

[10] أصبحت المادة 204 من القانون 15-247 السّالف الذّكر، والتي عوّضت المادة 174، من المرسوم الرئاسي 10-236 السّالف الذّكر والتي تنص على أنه "تضع المصالح المتعاقدة وثائقَ الدّعوة إلى المنافسة تحت تصرّف المتعهّدين أو المترشّحين للصّفقات العمومية، بالطريقة الإلكترونية، حسب الجدول الزّمني المذكور سابقًا. كلّ عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي يمكن أن تكون محلّ تكييف مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية. تُحدَّد كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

[11] علي عبد العال خشاب الأسدي، حجّية الرسائل الإلكترونية في الإثبات المدني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2013، ص 18.

[12] محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، 2006، ص 276.

[13] علي عبد العال خشاب الأسدي، مرجع سابق، ص 18. (الهامش 3).

[14] علي عبد العال خشاب الأسدي، نفس المرجع، ص 41.

[15] علي عبد العال خشاب الأسدي، نفس المرجع، ص 27.

[16] عباس العبودي، مرجع سابق، ص 24، و علي عبد العال الخشاب الأسدي، مرجع سابق، ص 21.

[17] La notion d'écrit impliquait traditionnellement des signes tracés matériellement sur un support. L'existence ou non d'un écrit s'appréciait par rapport à ces derniers: ainsi, les enregistrements sur magnétophone n'ont pas été considérés comme des écrits puisque les sons ne constituent pas des signes tracés matériellement. La jurisprudence négligeait parfois cet aspect purement matériel de l'écritcar l'enregistrement sonore constituait un commencement de preuve par écrit. La cour de cassation l'a, par ailleurs, récemment confirmé à propos de l'utilisation du crayon dans la rédaction d'un acte sous seing privé. L'admission d'une conception large de l'écriture ne se réduit donc pas au papier bien que ce dernier soit le plus couramment et traditionnellement employé. CA Aix-en-Provence, 27 janv. 1846, DP 1846, 2, p. 232. Les faits étaient relatifs à un testament olographe rédigé au crayon. Aussi Cour de Versailles, 12 oct. 1995, RTD civ., 1996, p. 172, obs. J. Mestre.

[18] علي عبد العالي خشاب الأسدي، مرجع سابق، ص 23.

[19] علي عبد العالي خشاب الأسدي، مرجع سابق، ص 23.

[20] نفس المرجع، ص 26.

[21] علي عبد العالي خشاب الأسدي، مرجع سابق ، ص 27.

[22] أسامة سيد محمد علي، مرجع سابق، ص 176.

[23] ناهد فتحي الحموري، الأوراق التجارية الإلكترونية، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2010، ص 71.

[24] وتمّ النص على هذا الشرط في المادة 1/6من قانون اليونسيترال النموذجي لسنة 1996: "... إذا تيسّر الاطّلاع على البيانات الواردة فيها على نحوٍ يتيح استخدامَها بالرّجوع إليها لاحقا".

[25] ونص قانون اليونسيترال النموذجي المتعلق بالتجارة الالكترونية 96 على هذا الشرط في المادة 10/ج، حيث أنه من بين طرق حفظ الكتابة الإلكترونية تحديدُ الشخص الذي أنشأ رسالة البيانات، والتدليل على الجهة المستقبِلة وتاريخ ووقت وزمان الإرسال وكذا الاستلام.

[26] تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 525- 526.

[27] محمد محمد سادات، حجّية المحررات الموقعة إلكترونيًا في الإثبات - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية – مصر، 2011، ص 205.

[28] والتي كانت المادة 1316 من القانون المدني: "أن تكون الكتابة الإلكترونية مدوّنة ومحفوظة بطرق تدعو إلى الثّقة فيها "، ونصَّ كذلك على هذا الشرط في قانون الاستهلاك في المادة 2/134 المضافة بموجب القانون 575 لسنة 2004، المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي على أنه: "إذا تمّ إبرام العقد بطريقة إلكترونية وكانت قيمته تساوي أو تُجاوز النصابَ القانوني الذي يحدّده مرسومٌ يصدر عن مجلس الدولة، يلتزم المتعاقد المهني بحفظ السّند المثبت للتعاقد لمدة يحدّدها كذلك ذات المرسوم، كما يجب أن يضمن المهني للطّرف المتعاقد معه، الدخول لهذا السّند في أي وقت يشاء".

[29] عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني، الفكرة والوظائف، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 18، مصر، 2008، ص 66.

[30] يوسف زروق، مرجع سابق، ص 177.

[31] كما أكد قانون اليونسيترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996 على هذا الشرط في المادة 10 منه: "عندما يقتضي القانون الاحتفاظ بمستندات أو سِجلات أو معلومات بعينها، يتحقق الوفاء بهذا المقتضى إذا تم الاحتفاظ برسائل البيانات، شريطة مراعاة شروط معينة.

[32] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إثبات العقد الإلكتروني عبر الأنترنت- دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2010، ص 167.

[33] وقد يكون الحفظُ من طرف الوسيط الإلكتروني، وهو ما نصّ عليه قانون اليونسيترال النموذجي لسنة 1996: "هو كلّ شخص يقوم نيابةً عن شخص آخر بإرسال أو استلامِ أو حفظِ أو تخزينِ رسالة البيانات، وقد يكون شخصًا طبيعيًّا أو معنويًّا يقدم هذه الخدمة".

[34] ناهد فتحي الحموري، مرجع سابق، ص 75.

[35] Jean-Marc Mousseron، (نقلا عن يوسف زروق)، مرجع سابق، ص 187.

[36] أيمن سعيد سليم، التوقيع الالكتروني- دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 2004، ص 53.

[37] أسامة سيد محمد علي، مرجع سابق، ص 352، يوسف.زروق، مرجع سابق ، ص 187.

[38] Art 1316/1 ancienne du code civil français: « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve ou même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

[39] إياد محمد عارف عطا سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، مؤسسة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2009، ص 139.

[40] Martenthessalonikos et Bensoussane، نقلا عن يوسف زروق، مرجع سابق، ص 192.

[41] وقد حددت المادة 8 من اللائحة التنفيذية الضوابط التقنية والفنية التي يجب أن تتوافر في الكتابة الإلكترونية والمحررات الرسمية والعرفية حتى تكون لها نفس الحجية في الإثبات:

أ – أن يكون مُتاحًا- فنيًا- تحديدُ وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الرسمية أو العرفية.

ب – أن يكون متاحا –فنيا- تحديدُ مصدر إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحررات الرسمية أو العرفية الإلكترونية، ودرجة سيطرة مُنشئها على هذا المصدر أو على الوسائط المستخدمة في إنشائها.

ج – في حالة إنشاء وصدور الكتابة الإلكترونية أو المحررات الرسمية والعرفية بدون تدخل بشري جزئي أو كلي، فإن حجيتها تكون محققة متى أمكن التحقق من وقت وتاريخ إنشائها، ومن عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك المحررات. وتعرض كذلك قانون اليونسيترال لعام 1996 لهذه المسألة في المادة 6 والتي نصت: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبةً تستوفي رسالة البيانات، ذلك بشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا".

(42) محمد محمد سادات، مرجع سابق، ص 176. (هذا المرسوم يعدّ استكمالا لمجموعة المراسيم التي ترمي إلى المساواة بين المحررات والتوقيعات الإلكترونية وبين المحررات والتوقيعات التقليدية.

(43) يوسف زروق، مرجع سابق، ص 206.

(44) محمد محمد سادات، مرجع سابق، ص 179- 180.

(45) يوسف زروق، مرجع سابق، ص 207.

(46) إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 203.

(47) عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، 2005، ص 426.

(48) ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية- مصر، 2007، ص 15.

(49) ناصر محمد سليمان الدمياطي، مرجع مسابق، ص 762.

(50) محمد المرسي زهرة، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، أبحاث مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، 1994، ص 324.

قانون حماية المستهلك كآلية لتجاوز قصور القواعد العامة في القانون المدني

ط. د. خليفة بوداود* - د. فواز لجلط**

ملخّص:

في ظلّ التطور الاقتصادي الكبير الذي شهده المجتمع، وما صاحبه من غزارة كبيرةٍ في الإنتاج، بسبب حرص المنتجين على الوصول إلى أعلى نسبٍ في التسويق، دون الاهتمامِ بمصالح المستهلك الاقتصادية وسلامتِه الجسدية، كطرف ضعيفٍ في العقد، والزّيادة في معدَّلات الإنتاج، دون وعيٍ بمدى ملاءمةِ السّلع والخدماتِ المطروحة للتّداول لصحّة المستهلك وسلامته...

تبيّن للمشرّع الجزائري على غرار التّشريعات المقارَنة، في ظلّ هذه الظروف، ضرورةَ الحماية الخاصّة للمستهلِك لتكملة الحمايةِ التي تُقرّرها القواعدُ العامّة في نظرية العقد وفي قواعد المسؤولية، سواءٌ في تكوين العقدِ أو في تنفيذه، بلْ وحتّى إعطاءَ مفاهيمَ جديدة للمبادئ الكلاسيكية للعقد، لاسيَما مبدأ سلطان الإرادة وما يتفرّع عنه من مبادئ، الأمرُ الذي تجسّد من خلال وضعِ ترسانةٍ قانونية خدمةً لمصالح المستهلكين.

الكلمات المفتاحية: الحماية الخاصّة للمستهلك؛ القواعد العامة؛ العقد؛ تكملة الحماية؛ مفاهيم جديدة.

Abstract

In light of the great economic development witnessed by society, and the accompanying great abundance of production due to the keenness of producers to reach the highest rates in marketing, without concern for the economic interests of the consumer and his physical safety, as a weak party in the contract, and the increase in production rates, without awareness of the suitability of the goods The services offered are for consumer health and safety…

The Algerian legislator, along the lines of comparative legislation, became aware, under these circumstances, the necessity of special protection for the consumer, to complement the protection established by the general rules, in the theory of the contract, and in the rules of liability, whether in the formation of the contract or its implementation, and even giving new concepts to the classic principles of the contract, especially The principle of the sovereignty of the will and the principles that derive from it, which were embodied by establishing a legal arsenal to serve the interests of consumers.

Keywords: special consumer protection; general rules; contract; complementary protection; new concepts.

* طالب دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة م ب بالمسيلة، مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية.

** أستاذ محاضر (أ)، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة محمد بوضياف بالمسيلة.

مقدّمـة:

تقوم النظرية العامّة للالتزام على مبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح الأطرافَ الحرّيةَ الكاملة في التّعاقد وتضمين عقودِهم ما يشاؤون من الشروط والبنود، من منطلق أنهم على نفس الدرجة من القوة والتجربة، إلا أن التحولات الاجتماعية والاقتصادية والسّياسية التي عرفتها المجتمعات وما أفرزته من آثار عميقة على فكرة العقدِ ومفهومِه كوسيلة للتعامل، وما صاحَبها من تطورات في مجال العقود، من انتشارٍ لعقود الإذعان وظهور مهنيين متخصّصين ومحترفين، الأمر الذي أبان عجز الإرادة عن تحقيق المساواة بين أطراف العقد، لاسيَما ما تعلَّق بعقود الاستهلاك.

في خضمِّ هذه الظروف، خاصّة مع دأْبِ الصناعيين على استخدام الفرد وإثارة غرائزه بخلق حاجات جديدة في سبيل تمرير المنتوج المتنامي، والذي يجب تسويقه بكل وسيلة، لذا أصبحت الحاجة ملحّةً لحماية فئة المستهلكين من أشكال الاستغلال والتعسّف، ولذلك خصّ المشرّع الجزائري -على غرار الكثير من التشريعات- الطّرفَ الضعيف في هذا العقد (المستهلك) بتنظيم قانوني حمائي ذي قواعدَ قانونية آمرة، في محاولة منه لإعادة التوازن العقدي في مواجهة المِهني، من خلال ربط القواعد المتضمنة قانون الاستهلاك بالنّظام العامّ الحمائي، لاتّصافها بالطّابع الآمر الذي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته، كونها قواعد تعمل على تصويب اختلال التوازن بين منتِج السّلعة أو الخدمة أو موزّعِها (كطرف قوي)، وبين المستهلك (كطرف ضعيف)، والذي يسعى للحصول على هذه السلعة أو الخدمة.

إذْ رغم الدور الكبير الذي لعبته وتلعبه القواعد العامة في القانون المدني في سبيل حماية المستهلك، إلا أن هذه القواعد أبانت عن قصورِها في تحقيق هذه الحماية، في ظلّ فتح الأسواق وتوسيع مجال المنافسة، ممّا دفع بالمشرّع إلى التدخّل عن طريق قواعدَ قانونية آمرة تجسيدًا لنظرية المستهلك هو الملك وسيادتُه هي التي تحدّد نجاح المنتَج والخدمة من عدمه، متجاوزًا بذلك أحكام النظرية العامّة للالتزام، ولو بشكل نسبي، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:

كيف ساهم قانونُ حماية المستهلك في تجديد النّظرية العامّة للالتزامات والعقود حمايةً للمستهلك وتحقيقًا للعدالة العَقدية؟

للإحاطة بهذه الإشكالية، ارتأينا معالجة الموضوع من خلال تقسيمه إلى مبحثين رئيسيين كالآتي:

- المبحث الأول: خضوع مبدأ سلطان الإرادة لفكرة النظام العام الاستهلاكي.
- المبحث الثاني: إعادة بعث بعض النظريات لحماية المستهلك.

المبحث الأول: خضوع مبدأ سلطان الإرادة لفكرة النظام العام الاستهلاكي

شكَّل مبدأُ سلطانِ الإرادة أساسَ النّظرية التّقليدية للعَقد لوقت طويل من الزمن، حيث ازدهر في القرن التاسع عشر في ظلِّ المذهب الفردي، والاقتصادِ الرأسمالي الذي يمجّد الإرادة ويعتبرها أساس العَقد،[1] بحيث يتعيّن على الأطراف المتعاقدة في ظلّ هذا المبدأ احترامُ تعهّداتهم إعمالًا لقاعدة "العَقدُ شريعةُ المتعاقدين" م 106 (ق م ج)، الأمر الذي يضفي على العَقد قوّتَه الملزِمة، التي تحظُر كلَّ محاولة للتدخّل بتعديل الالتزاماتِ غيرِ المتكافئة في العقود ذات الطبيعة غير المتوازنة. ولا تقتصر هذه الإلزامية على المتعاقدين كأصل عامٍّ فحسب، بل تُلزم القاضي والمشرّعَ أيضًا، حيث يُحظر عليهما التدخّل والمساس بالرابطة العَقدية الناشئة بين المتعاقدين، حتّى ولو كان ذلك بدافع العدالة العقدية.

إلّا أن هذا الأمرَ لا يستقيم والعمليةُ الاستهلاكية تتميز باللّاتوازن بين أطرافها، ممَّا استدعى إعادةَ توجيه هذا المبدأ بما يخدم مصلحة المستهلك كطرف ضعيفٍ في العلاقة العَقدية، من خلال إعادة توجيه ما يتفرّع عنه من مبادئ، سواءٌ في مرحلة تكوين العَقد، أو في مرحلة تنفيذه.

المطلب الأول: إعادة بعث مبادئ العقد في مرحلة تكوينه

يتعلّق الأمر بمبدأين يُعتبران من أهمّ المبادئ المتفرّعة عن مبدأ سلطان الإرادة، ألا وهما: مبدأ الرّضائية ومبدأ الحرّية التّعاقدية، كمبدأين يحكمان إنشاءَ العَقد وقيامه، إلّا أن هذان الأخيران عرفَا تراجعًا في ظلّ قانون حماية المستهلك، كما سنوضّحه فيما يلي:

الفرع الأول: تراجع مبدأ الرضائية في العلاقات الاستهلاكية

إذا كانت الرِّضائية في العصر الحديث تمثّل القاعدة العامة التي تحكم إنشاء العَقد وقيامه، وهو ما ذهب إليه المشرّع الجزائري في المادة 59 (ق م ج)[2] بخصوص كفاية التراضي لقيام العقد، وكذا في المادة 60 (ق م ج)[3] التي بين من خلالها كيفية التعبير عن هذه الإرادة...

فإن الدَّور الوقائي لقانون الاستهلاك -على خلاف القواعد العامة التي تتميز بالحماية البَعدية للمتعاقد- جعل المشرّع يعمَد إلى إلزام المحترفين إلى الإدلاء بالبيانات والمعلومات للمستهلِكين، بقصد تنوير رضائهم عن طريق الالتزام بالإعلام، أو ما يُصطلح عليه بالشكلية الإعلامية؛ ونظَّم ذلك بالقانون 09-03[4] المتعلق بحماية المستهلِك وقمع الغشّ، وبالضبط في المادة 17-1 منه،[5] كما فرضَ مهلةً للتفكير والتروّي حمايةً للمستهلك، ممّا يعتبر تخلّيًا واضحًا عن الرّضائية في العقود الاستهلاكية.

أولا- الشّكلية في عقود الاستهلاك لحماية المستهلك

بعثت تشريعات حماية المستهلك في فرنسا، مثلًا، الشّكليةَ في العقود من جديد، باعتبارها شكليةً مرشدة لها هدفٌ واحد وإن تعدّدت وسائلُها، وهو جعل رضاء المستهلك حرًّا وواضحًا، لذلك تلاحقت هذه التشريعات عاملةً على تعزيز تبصير المستهلك بحقيقة الالتزام الذي سيأخذه على عاتقه.[6]

والشّكلية الاستهلاكية بهذا المعنى، هي مجموعة الالتزامات التي وضعها المشرّع على عاتق المحترِف من أجل تنوير رضا المستهلك، ومن ثَمّ حمايتَه من حيل المحترف من جهة، ومن طيشه وتسرّعه في اتّخاذ القرارات من جهة أخرى، ولذلك، فإنّ الحديثَ عن الشّكلية المُرشدة أو الإعلامية لتشريع حماية المستهلِك يقودنا إلى الحديث عن مسألتين في غاية الأهمّية، يتعلّق الأمر باشتراط الكتابة في العقد، وكذا اشتراط المشرّع أيضًا لبيانات إلزاميةٍ في العَقد، حيث أجبرَ المحترفَ على تحرير عقدٍ مكتوب وتضمينِه البيانات اللّازمة لإعلام المستهلِك من جهة، ولارتباط ذلك بموضوع الشّكلية كاستثناءٍ على مبدأ الرّضائية في العقود من جهة أخرى.

فنجد قانون الاستهلاك الفرنسي قد ألزم كتابة العقود المبرمة خارج المؤسسة من خلال فرضه على المحترف في المادة (L221-8) منه، تقديمَ معلوماتٍ معيّنة تضمنتها المادة (L221-5)، تكون مكتوبةً على أي دعامة يرتضيها المستهلك، بشرط أن تكون واضحةً ومقروءة، وكذا فرضَه كتابة عقد التّرقية العقارية من خلال المادة (L221-3). ضِف إلى ذلك تنظيمَه بنصوص آمرةٍ لبعض العقود التي يبرمها المستهلكون بالنّظر لأهميتها وخطورتها، سواءٌ في مرحلة ما قبلَ أو أثناءَ التّعاقد، أو حتّى ما يتعلّق بآثاره، لاسيَما ما تعلَّق بعقد القرض الاستهلاكي الذي خصَّه بقواعدَ خاصّة في تقنين الاستهلاك، من خلال المواد من (L311-1) إلى (L311-50) من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2010 المتضمِّن إصلاحَ القرض الاستهلاكي.[7]

كما أطّر المشرّع الجزائري بعض عقود التأمينات من خلال الأمر 95-07 المتعلّق بالتأمينات،[8] وذلك بإلزام المؤمِّنين رصْد شكليةٍ معينة في الغالب لحماية المؤمَّن لهم كمستهلكين، فنصّت المادة 07 من نفس القانون على وجوب تحرير العَقد كتابيًا وبحروف واضحةٍ وتوقيع الطّرفين، بالإضافة إلى مجموعة من البيانات الأخرى، ونصت المادة 09 منه على حظْر أيّ تعديل في عقد التّأمين، إلا بملحق يوقّعه الطّرفان.

إذا كان هذا هو الحال بالنّسبة للعقود التي تحتلّ قدرًا من الأهمّية والخطورة، والتي شملها المشرّع بقواعد خاصة، فإن الغالب في العقود التي يَشترط فيها المشرّعُ الكتابةَ تُحرّر من قبل المحترفين، الأمر الذي من شأنه تجسيدُ سيطرتهم عليها، من خلال تضمينها شروطًا تخدم مصالحَهم، ممّا قد يصعّب على الشخص العادي (المستهلك) فهمَ المقصود من تلك الشّروط، خاصّةً في ظلِّ توقيع المشتري على العقود الخاصة ببيع

السّلع المتداولة دون قراءةٍ متمعّنة للعَقد، الأمرُ الذي دفع ببعض الفقهاء إلى القول بإعداد عقود بيعٍ نموذجية وإلزام البائعين بها، في محاولة للقضاء على مثل هذه الظاهرة.

رغْم أنّ المشرّع الجزائري لم ينظِّم عقودَ استهلاكٍ بعينها، بخلاف المشرّع الفرنسي الّذي نظّم العديدَ من العقود في هذا المجال، كالبيع عن بعد، و البيع بالمنزل، و الائتمان العقاري؛ إلّا أنّه عالج هذا النّوعَ من الشّكلية في عقودٍ خارجَ قانونِ حماية المستهلِك وقمع الغشّ، **كعقد التّأمين** بموجب الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات، حيث عرفه في المادة 02-1 منه،[9] وأوْجبَ في باب التّأمينات البرّيّة في المادة 07 منه أن يكون التأمينُ كتابيًا ومشتملًا على بياناتٍ حدّدتها نفسُ المادة،[10] **وعقد النّشر** بموجب الأمر 03-05 المتعلّق بحقوق المؤلّف والحقوق المجاورة،[11] حيث عرّفه في المادة 84-01 منه[12] وأوْجب في المادة 87 من نفس القانون أنْ يتضمّن عقدُ النّشر بياناتٍ محدَّدة تحت طائلة البطلان، **وعقد البيع بالإيجار** بموجب المرسوم التنفيذي 01-105 المحدِّد لشروط شراءِ المساكن بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، حيث أوْجب المشرّع أن يكون هذا العقدُ في شكل نموذجٍ يتضمّن بياناتٍ محدَّدة،[13] **وعقد البيع على التّصاميم** بموجب قانون تنظيم نشاط التّرقية العقارية،[14] وأوْجب أن يكون هذا العقدُ وِفق نموذجٍ يتضمّن بيانات محدَّدة،[15] وكذا **عقد القرض الاستهلاكي**، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-114[16] المؤرّخ في12مايو2015، والمتعلّق بشروط وكيفيات العروضِ في مجال القرضِ الاستهلاكي، تطبيقًا للمادّة 20 من قانون حماية المستهلك وقمع الغشّ، التي أوْجبت أن تستجيب قروضُ الاستهلاك للرّغبات المشروعةِ للمستهلِك فيما يخصّ شفافيةَ العرضِ المسبق، وطبيعةَ ومضمونَ ومدّةَ الالتزام، وكذا آجالَ تسديده، وتحريرَ عقد بذلك، كما ألزمت المادة 07 من المرسوم 15-114 تضمين كلّ عرضٍ للقرض الاستهلاكي جملةً من البيانات الإجبارية.[17]

ثانيا- مهلة التفكير والتروّي كإمكانية للرّجوع في التعاقد

ذهب الفقه- في سعيه الدّائم لتنوير رضا المستهلك- إلى ضرورة تكريس مهلةٍ للتّفكير والتّروّي، إلى جانب الشّكلية الإعلامية، وذلك قبل إبرام العقد لصحّة رضا المستهلك، لِكون هذا الأخير لا يتمتّع عادةً بفرصة كافيةٍ لمراجعة العقود المعروضة عليه من طرف المنتِج، أو الموزّع للسلعة أو الخِدمة، وبالتالي تجنُّب حصول المهني على توقيع المستهلك على العقد المعروض، مستغلًّا في ذلك قِصر الوقت المتاحِ للنّظر في ذلك العقد، وهو الأمرُ الذي سعت إليه تشريعات الاستهلاك، من خلال السّماح للمستهلِك بحماية نفسه من مختلف المخاطر التي قد يتعرّض لها.[18]

والمقصود بمهلة التّفكير والتروّي، تلك المهلةُ الزّمنية المحدَّدة الممنوحة للمستهلك قبل ارتباطه النّهائي بالعقد؛ فيلتزم المهنيُّ خلال هذه المدّة بالإبقاء على عرضه قائمًا، وذلك حتّى يتمكّن المستهلِك من قراءة العقدِ

بهدوء وتدبُّر، بل وحتّى استشارة ذوي الخبرة في موضوع العقدِ قبل الإبرام، ومن ثَمّ تحديدُ مدى ملائمة العقد لمتطلّباته، حمايةً له من التّسرع والاندفاع في إبرام العقد دون رضا وتبصّر.[19]

رغْم أنّ مهلة التّفكير والتّروّي ليست بالشّيء الغريبِ عن القواعد العامّة، بحيث تتجلّى هذه الآلية القانونية من خلال نظريتيْ الإيجاب والقبول، فإنّ خصوصيتَها في تشريعات الاستهلاك تتجلّى من خلال فرض المشرّع أدوارًا على المتعاقدين، لاسيَما في قانون الائتمان، فجعل المحترفَ المقرِض في مركز الموجب، والمستهلكَ المقترض في مركز مصدر القبول، كما فرض احترامَ بعض المراحل الزّمنية سواءٌ بالنّسبة للإيجاب الصّادر عن المحترِف، أو بالنّسبة للقبول الصّادر عن المستهلك لاتّخاذ قرار التّعاقد.

1- الإيجاب الملزِم (العرض المسبق)

قنّنت تشريعات الاستهلاك ما يسمى بالإيجاب المسبق، وألزمت مِن خلاله المحترفَ، في أحوال معيّنة، بالبقاء على إيجابه مدّةً من الزّمن، من خلال الإبقاء على عرضه المقدَّم للمستهلك مدّةً محدَّدة، لا يجوز له خلالَها الرّجوع عن إيجابه، ممّا يسمح للمستهلك بالتمهّل في اتّخاذ قرار التّعاقد.[20]

فألزم المشرّع الفرنسي مانحَ الائتمان في باب التّمويل العقاري البقاء على إيجابه مدّةَ 30 يومًا بموجب المادّة L312-8، ومدّةَ 15 يومًا في تمويل شراءِ المنقولات بموجب المادّة L311-8 من قانون الاستهلاك الفرنسي 93-949، لسنة 1993، ومدّةَ 07 أيامٍ في تقديم خدمةِ التّعليم بالمراسلة، بموجب المادّة 09 من قانون التّعليم بالمراسلة الفرنسي رقم 71-566 لسنة 1971، كلُّ ذلكَ من أجل إتاحةِ الفرصة للمستهلك بقراءة الإيجاب والتّفكير فيه بهدوءٍ وتأنّي.[21] في حين كرّس المشرّع الجزائري فكرةَ الإيجاب المسبق صراحةً في عرض القرض الاستهلاكي، كما سبق الإشارةُ إليه.

وتجدر الإشارةُ إلى أنّه إذا كان مصدرُ إلزامية الإيجابِ ومدّتُه في القواعد العامّة في القانون المدني سواءٌ الجزائري أو الفرنسي، هو إرادةُ الموجب، وليس بنصِّ القانون، فإنّ المشرّع الفرنسي من خلال التّعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016، نصَّ صراحةً على هذه المُهلة، وذلك بموجب المادّة 1122 (ق م ف)[22] التي نصّت على أنّه "يجوز أن ينصَّ القانون أو العقد على فترة للتّفكير، وهي الفترةُ التي تسبق انتهاء العرضِ من الموجب، والتي لا يمكن للموجب له أن يُظهِر قبولَه أو عُدولَه قبل انقضاء المدّةِ التي يجوز فيها للمستفيد من العرض سحب قبوله".

فالمشرّع الفرنسي بهذا التّعديل، يكون قد واكب قانونَ الاستهلاك، بإعطائه الغطاءَ القانوني لآلية مهلةِ التّفكير والتّروّي في القواعد العامّةِ في جميع العقودِ وبشكلٍ صريح، بعد أن كانت قاصرةً على بعض العقود في قانون الاستهلاكِ وبعضِ القوانين الخاصّة، الأمرُ الذي من شأنه تفعيلُ آليات التّوعية والحماية الوقائيةِ

المقرّرة للحصول على رضًا مستنيرٍ للمستهلك عند تكوين العقد، والاستفادةِ بشكل كاملٍ من الامتيازات المقرّرة لحمايته، من خلال الحيلولة دون إجبارِ الطّرف القويّ (المهني) للطرف الضّعيف (المستهلك) على إظهار قبولِه قبل انتهاء المهلةِ المقرّرة له.

2- القبول المقيَّد

استكمالًا لتكريس مهلةِ التّفكير والتّروّي كآليةٍ لحماية رِضا المستهلك، ربَط المشرّع الفرنسي المدّة التي ألزم المحترفَ البقاء خلالها على إيجابه، بمدّة موازيةٍ لها، لا يجوز لمن وجّه له الإيجاب أن يبديَ قبولَه قبل انقضائها، ضمانًا لصدور القَبول من هذا الأخير بعد تفكير وتروٍّ حقيقيَيْن، بحيث يكون كلُّ قبولٍ له قبل انقضاء هذه المدّة عديمَ الأثر في تكوين العقد.[23]

تطبيقًا لذلك، قرّر المشرّع الفرنسي في المادة L313-34 في فقرتها الثّانية من قانون حماية المستهلك، عدمَ جوازِ إظهارِ القبول الصّادر من قبل طالبِ الائتمان العقاري، قبل مضي مدّةِ عشرة أيام، تبدأ من تاريخ تسلّم العرض، وسبعةِ أيام في عقود التّعليم بالمراسلة.[24]

أمّا المشرّع الجزائري، فلم ينظِّم مهلةَ التّفكير والتروّي بصفة صريحة، سواءٌ في القانون المدني أو في قانون حمايةِ المستهلك وقمع الغشّ، إلا أنّه أشار للعرض المسبق في معرض تنظيمه للقرض الاستهلاكي بموجب المرسوم 15-114، ونصّ على إلزاميته من خلال المادّة 06 منه، بنصّها على أنّه "يجب أن يسبِق كلَّ عقدٍ قرضٌ بعرض مسبق للقرض من شأنه السّماحُ للمقترض بتقييم طبيعةِ ومدى الالتزام المالي الذي يمْكنه اكتِتابه، وكذا شروط تنفيذ العقد"، الأمر الذي يستفاد منه ضمنيًا، أنّه قد منح المستهلكَ مدّةً لدراسة العرض، قبل إبداء رغبته في التّعاقد، رغم أنه لم يحدِّد ميعادًا لذلك، على خلاف نظيرِه الفرنسي.[25]

الفرع الثاني: الحدّ من الحرّية التّعاقدية لحماية المستهلك

إذا كان المشرّع – وفقًا للقواعد العامّة - قد نظّم طائفةً من العقود المسمّاة، فإن تدخُّله عادةً يكون عن طريق النّصوص المفسِّرة والمكمِّلة لإرادة الأطراف، وإن وُجدت بعضُ القواعدِ الآمرة فهي استثناءٌ، هدفها حمايةُ إرادةِ المتعاقدين، كالقواعد المتعلقة بالأهلية، إعمالًا لمبدأ حرّيةِ الأطراف المتعاقدة في تحديد مضمون العقد. ولعلّ من أبرز النّماذج التّشريعية لحرّية الأطراف في تحديد مضمونِ العقد، نذكر الاتّفاق على الفسخ (م 120 ق م ج)، والاتّفاق على تعديل أحكامِ المسؤولية العقْدية (م 178 ق م ج)، ضِف إلى ذلك تنظيمَ المشرّع لطائفةٍ من العقود تطغى فيها إرادةُ الطّرف القويّ على إرادة الطّرف الضّعيف، بفرضِ شروطٍ لا تَقبل المناقشة، نتيجة احتكاره سلعةً أو خدمةً ضرورية، هذا النّوع من العقود استفحل مع ازدهارِ مبدأ سلطان الإرادة، حيث استغلّ المهنيُّ وضعَه القوي في علاقته بالمستهلك، ليترجم هذا الاستغلالَ في شكل شروطٍ

تعسّفية يُدرجها في العقد الذي يربطهما، الأمر الذي يَعكس الإرادة المنفردة للطرف المشترط، ويمنع المستهلك من الدّفاع عن مصالحه في مواجهته.

غيرَ أنَّ الأمرَ في مجال تشريعاتِ الاستهلاك على اختلافٍ تامّ، لأنّها جاءت لتوفير الحماية اللّازمة للمستهلِك كطرف ضعيف في علاقته بالمهني، كونَ العقود الاستهلاكية في الأصل عقود إذعان، يمثّل المستهلك فيها الطّرف الضّعيف، حيث أثبتت هذه التّشريعات عدمَ فعاليةِ مبدأ الحرّية التّعاقدية وما يقوم عليه من عناصر في توفير هذه الحماية للمستهلك، فعَمد المشرّع من خلال قانون الاستهلاك، ومن أجل توفير هذه الحماية، إلى فرض مضمونِ العقدِ الاستهلاكي، كما منع رفضَ التّعاقد لسببٍ غيرِ مشروع.

أولا- تحديد المشرّع لمضمون العقد لتحقيق التّوازن في عقود الاستهلاك

جسّدت تشريعات الاستهلاك مبدأ النظام العامّ الحمائي بدوره الايجابي في العلاقات الاستهلاكية، كمظهر حديث لفكرة النظام العامّ، من خلال تدخل المشرّع لتحديد مضمونها، ومن أمثلة ذلك ما تعلّق بتنظيمه الآمر لعقد القرض الاستهلاكي، وفرضه التزامات على المهنيّ، كالالتزام بالإعلام والسّلامة والمطابقة، وذلك على خلاف الدّور السّلبي لفكرة النّظام العامّ التقليدي الذي يهدف إلى بطلان العقود لعدم مشروعية محلّ الالتزام، أو لعدم مشروعية السّبب الذي يسعى المتعاقدان لتحقيقه.

ويُعتبر التّحديدُ المسْبَق لمضمون العقد من الآليات التي يمْكن الاعتماد عليها لتحقيق التّوازن العقدي في العلاقات الاستهلاكية، الأمرُ الذي من شأنه أن يعزّز تراجعَ مبدأ سلطان الإرادة في العلاقات العقدية، التي أصبحت تخضع لتوجيهٍ تعاقدي، تلعب فيه الإرادة دورًا شكليًا محضًا، ينحصر في الانضمام إلى النموذج الذي حدّده المشرع.[26]

ثانيا- حظر رفض التعاقد

تنطوي حرّيةُ التّعاقد وفقًا للقواعد العامّة على فكرة حريةِ الشّخص في إبرام العقد أو عدمِ إبرامه، وكذا حرّيته في اختيار الشّخص المتعاقد معه، كنتيجة مترتّبة على مبدأ سلطان الإرادة، إلّا أنّ المشرّع في تشريعات الاستهلاك وإعمالًا لأحكام النّظام العامّ الحمائي، يهدفُ إلى حماية فئة المستهلِكين كطرف ضعيف، من خلال التدخّل لتنظيم العلاقة العقدية، فألزم المهني بأن يتعاقد مع كلّ من يطلب خدمة أو سلعة، إذا كانت هذه السّلعة معروضة للبيع، أو كانت الخدمة المقدَّمة متوفّرة،[27] ورتّب في هذه الحالة على رافض البيع والامتناع عن التّعاقد بدون مبرّرٍ شرعي، عقوبةً ردعية تمثّلتْ في غرامةٍ تساوي على الأقلّ مرّة ونصف الرّبحَ المحقّق النّاتج عن استعمال الوضعيةِ المهيمنة على السّوق دون أن تتجاوز ثلاثة أضعاف الرّبح غير المشروع، وفي حالة غياب تقويم هذا الرّبح، تساوي هذه الغرامة 07 % على الأكثر من رقم الأعمال لآخر سنة مالية

مختتمة، أو للسّنة المالية الجارية للأعوان الاقتصاديين الذين لم يُكملوا سنةً من النّشاط، هذا وقد يحيل مجلس المنافسة الدّعوى إلى وكيل الجمهورية المختصّ إقليميًا قصْد المتابعة القضائية، إذا كان تنظيمُ وتنفيذ عمليةِ رفض التّعاقد يتحمّل فيها أيُّ شخصٍ طبيعي مسؤوليةً شخصية، وللقاضي في هذه الحالة – زيادةً على العقوبات سالفةِ الذّكر – أن يحكم بالحبس من شهرٍ إلى سنة ضدّ الأشخاص الطبيعيين الذين تسبّبوا في الممارسات المذكورة أعلاه أو شاركوا فيها،[28] لذلك فإن النّزاهةَ التي يَنشُدها المشرّع في المعاملات التّجارية، تحتِّم على العون الاقتصادي معاملةَ الأفراد دون اعتبارٍ لأيّ تمييز جنسي، أو عرقي، أو طائفي، أو سياسي أو ديني... حيث من غير المقبول أن يرغب شخصٌ في اقتناء حاجاته كغيره من النّاس، فيجد نفسَه محرومًا من شراء ما يعرض للبيع دون مبرّرٍ شرعي، الأمر الذي دفع بالمشرّع إلى تقرير حظر هذا النوع من الممارسات متجاهلًا بذلك مبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح الشّخص حرية التّعاقد من عدمه.[29]

وعليه، فإنّ حظرَ رفضِ التّعاقد يُعدُّ بمثابة قيدٍ على مبدأ الحرّية التّعاقدية الذي يطغى على النّظرية التّقليدية للعقد، كونه يقيّد المحترفَ من ناحية حرّيةِ التّعاقدِ أو عدمه، وكذا حرّيته في اختيار الشّخص الذي يتعاقد معه، الأمر الذي يضفي الطّابع الموضوعي على العلاقات التّعاقدية والابتعاد بها عن الطّابع الشخصي.[30]

المطلب الثاني: مراجعة مبادئ العقد في مرحلة تنفيذه

يحكم تنفيذَ العقد وفقًا للقواعد العامة مبدآن يعتبران من أهمّ المبادئ المتفرّعة عن مبدأ سلطان الإرادة في مرحلة تنفيذ العقد، وهما: مبدأ القوّة الملزمة للعقد، ومبدأ نسبية آثار العقد، حيث يُقصد بالأوّل أنه بمجرّد انعقاد العقد بصفة صحيحة يصبح بمثابة القانون بالنّسبة لأطرافه، فيُصبح واجبَ التّنفيذ، ولا يجوز لأحد أطرافِه أن ينفردَ بنقضه أو تعديله لبنوده دون رضَا المتعاقد الأخر؛ في حين يُقصد بالثّاني تحديدُ نطاقِ هذه القوّة الملزمةِ للعقد في تنفيذه، سواءٌ تعلّق الأمر بموضوع العقد من خلال إلزامِ المتعاقدين بما ورد فيه، أو بأشخاص العلاقةِ العقدية من خلال انصرافِ ما يُرتّبه العقدُ من حقوقٍ والتزامات إلى أو على ذمّة المتعاقديْن دون سواهما، فمن البديهي ألّا يتأثّر الغيرُ بعقدٍ لم يكن طرفًا فيه. إلّا أنّ هذيْن المبدأيْن اللذيْن قام عليهما العقد التّقليدي عرفَا إعادةَ نظرٍ في مجال حماية المستهلك، كطرف ضعيف في العلاقة العقدية.

الفرع الأول: مبدأ القوّة الملزِمة للعقد وحماية المستهلك

إذا كانت العقود وفقًا للنّظرية العامّة للعقد لا تكون فعّالةً إلّا باقترانها بقوة إلزاميةٍ تضمن تنفيذَ الالتزامات التي يتعهّد بها الأطراف، حيث تكرّست هذه القوّة الملزِمة كمبدأ منذ سيادةِ المذهب الفردي على قانون العقود، الأمر الذي أكّدته وأقرّته معظمُ القوانين المقارَنة، من خلال حظرِها المساسَ بقداسة العلاقة

العقدية نقضًا وتعديلًا، وأجمع عليه الفقه واستقرّ بشأنه القضاء أيضًا، فأيُّ رفض أو تراجع عن تنفيذ التعهّدات يعتبر خرقًا ومساسًا بهذا المبدأ.[31]

إلّا أنّ اتّساعَ مجالات العلاقات التّعاقدية وتطوّرَ القواعدِ القانونية، أورد الكثير من القيود على مبدأ سلطان الإرادة، الذي ما فتئ يتقهقر أمام التّدخّل المتزايد للسّلطة العامّة والمشرّع في المجال التعاقدي في وقتنا المعاصر، بدافع تلبية احتياجات الأفراد اللامتناهية والمحافظة على التوازنات والمصالح الاجتماعية، بالإضافة إلى أسباب فنية وتقنية ولاعتبارات حمائية لجماعة المستهلكين كونها طرفًا ضعيفًا في العلاقة العقدية، الأمر الذي أثّر بشكل كبيرٍ ومباشر على حرّية الأفراد في التّعاقد، فلم يعُد بإمكانهم التّعاقد مع الشخص الذي يفضّلونه، ولا بالشّروط التي يتراضون بشأنها، فأصبح العقد منظّمًا سواءٌ في تكوينه، أو في تنفيذه.[32]

لقد فَرضت ضروراتُ حماية المستهلك -باعتباره طرفًا ضعيفًا في العقد- على المشرّع اتّباع آلياتٍ حديثة وميكانيزمات جديدة تعتبر بمثابة خرقٍ مباشر لمبدأ القوّة الملزِمة للعقد، تداركًا لتسرُّع الكثير من المستهلكين في التّعاقد تحت تأثير الدّعاية والإعلانات الحديثة، في مقابل قلّةِ خبرة المستهلك، إن لم نقل انعدامها.[33]

فأجاز له في أحوال معينة الرّجوعُ عن العقد الذي أبرمه وبإرادته المنفردة، خلال مهلةٍ زمنية محددة، ولعلَّ أهمّ تكريسٍ لهذا الحقّ للمستهلِك ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في المرسوم التّنفيذي رقم 15-114 المتعلّق بشروط وكيفيات العروض في مجال القروض، الذي كفَل من خلاله للمستهلك حقَّ العدولِ عن القرض الاستهلاكي بموجب المادّة 11منه،[34] وكذا عقد البيع بالمنزل بموجب المادّة 14 من نفس المرسوم.[35]

كما تدخّل لمعالجة ظاهرة الشّروط التعسّفية في عقود الاستهلاك، التي من شأنها الإجحاف في حقّ المستهلكين وحرمانِهم من جملةٍ من الحقوق، وتحمّلهم جملةً من الالتزامات الثّقيلة، وذلك من خلال إجازتِه للقاضي التّدخّلَ لتعديل مضمون العقد، إلى حدّ إلغاء هذه الشروط، واعتبارها غير مكتوبةٍ أصلًا.

فرغم حمايةِ المشرّع للطّرف الضّعيف في العقد تجاه الشروط التعسّفية وفقًا للقواعد العامة، وبالضّبط في المادّة 110 ق م ج،[36] إلّا أنّ هذه الحماية تبقى بَعدية، على خلاف تشريعات الاستهلاك التي تكون فيها هذه الحماية قبلية ذات طبيعة وقائية، وذلك من خلال القانون 04-02،[37] المحدّد للقواعد المطبّقة على الممارسات التّجارية، بموجب المادة 03 منه، التي عرّفت الشّرط التعسّفي، والمادّة 29 منه أيضًا التي عدّدت بعضَ صور الشّرط التعسّفي، وكذا المرسوم التّنفيذي رقم 06-306[38] المحدّد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسّفية، بموجب المادّة 05 منه.

وعليه، فإن تدخّل المشرّع واستمرار فرضه لترسانةٍ من القواعد الخاصّة لتنظيم العلاقة العقدية الاستهلاكية، أثّر بشكل مباشرٍ وواضح على نظرية العقد، وأنقص من فاعلية وإطلاق مبدأ القوة الملزِمة للعقد، رغم أن الإذعان والتعسّف لا زالا يسيطران عمليًّا على مجريات العلاقات التّعاقدية الاستهلاكية.[39]

الفرع الثاني: التّوسّع في الأثر النّسبي للعقد لحماية المستهلك

يُعتبر مبدأ نسبية آثار العقد من أهمّ المبادئ التي يقوم عليها مبدأُ سلطان الإرادة، سواءٌ تعلّق الأمر بموضوع العلاقة العقدية من خلال التزام العاقدين بتنفيذ ما ورد فيه، أو بأشخاص العلاقة العقدية من خلال فكرة أن ما يرتّبه العقد من حقوق والتزامات لا ينصرف إلّا لذمّة المتعاقديْن دون سواهما، فمن البديهي ألّا يتأثّر الغيرُ بعقد لم يكن طرفًا فيه، وإن كان يجوز أن يُكسبه حقًّا، وهو ما جسّده المشرّع الجزائري في المادتين (108 و113 ق م ج).[40]

إلّا أنّ طبيعة عقود الاستهلاك وما يحيط بالعملية الاستهلاكية من ظروف، تقتضي في كثيرٍ من الأحيان عدمَ الاقتصار على وجود طرفين فقط في العقد، الأمرُ الذي دفع بالمشرّع، لاعتباراتٍ تتعلّق بحماية المستهلك، إلى الخروج عن هذا المبدأ. فأقرّ فكرةَ الارتباط بين العقود في مجال القرض الاستهلاكي خروجًا عن الأصل الذي يقضي ببقاء العقودِ التي يبرمها الشّخص مستقلّةً عن بعضها البعض لعدم وجود رابطةٍ بينها، فجسّد ذلك في تبعيَّة عقد القرض للعملية المُموَّلة من خلال ربطه التزامَ المقترض بالتّسديد بتنفيذ العملية المموّلة، وذلك بموجب المادة 08 من المرسوم التّنفيذي 15-114 المتعلّق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي،[41] وكذا تبعية العملية المموّلة للقرض، كون المستهلِك يقترض من أجل الشّراء، فإذا لم يُبرم عقد البيع فإنّ عقدَ القرض لا ينفذ، حيث نصّ على هذا الرّبط من خلال المرسوم التنفيذي 15-114 دائمًا، وذلك من خلال المواد (10-1 و11-1 و12 و13-1 منه).[42]

كما فتح المجالَ أمام المستهلِك بالرّجوع مباشرة على أيٍّ من المتدخّلين في مراحل عرض المنتوج للاستهلاك عن طريق الدّعوة المباشرة، خروجًا عن الأصل الذي يقضي بعدم جواز مقاضاة الشّخص للغير مباشرةً، لعدم وجودِ رابطة عقديةٍ تجمع بينهما، في سعيه لتوسيع حماية المستهلِك، لتشمل هذه الحماية جميعَ من تدخّل في عملية عرض المنتوج ولو كان من الغير، حيث تضمن القانون 89-02[43] المتعلّق بالقواعد العامّة لحماية المستهلِك إشارةً صريحة للدّعوة المباشرة من خلال المادّة 12-1 منه،[44] التي يُستفاد من نصّها أن المشرّع قد كرّس صراحة الدعوى المباشرة لصالح المستهلك ضد المتدخّلين أو بعضِهم، كلٌّ حسب مسؤوليته وفي حدود فِعله، الأمر الذي يُعدّ خروجًا عن مبدأ نسبية العقدِ المقرّر في القواعد العامّة، رغم حصرِ المشرّع لهذه الدعوى في الالتزام بالمطابقة ووجوبِ الضّمان، ولم يُشرْ إلى بقية الالتزامات كالالتزام

بالإعلام والالتزام بالسلامة، وهو الأمر الذي استدركه من خلال المرسوم التنفيذي رقم 90-266[45] المتعلّق بضمان المنتوجات والخدمات (الملغى)، فرغْم تَعلّقه بضمان المنتوجات والخدمات فحسب، إلّا أنّ عمومَ عِباراته تسمح للمستهلِك بمتابعة كلّ متدخّلٍ في عملية عرض المنتوج للاستهلاك زيادةً على المحترف المتعاقد معه، وذلك من خلال المادة 20 منه، التي نصت على ما يلي: "يمكن للمستهلِك وفقًا للمادّة 12 من القانون رقم 89-02 المؤرَّخ في 07 فبراير 1989 المذكور أعلاه، أن يتابع المحترفَ المتعاقد معه وكلَّ متدخّل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك".

لكنّ ما تجدر الإشارةُ إليه هو تخلّي المشرّع عن منح هذا الحقّ للمستهلك بصدور القانون 09-03[46] المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغشّ، بعد إلغاء القانون 89-02، وقد تأكّد ذلك من خلال عدم النصّ على هذه الدعوى المباشرة لصالح المستهلك، في المادة 94 من القانون 09-03 وإلغائه للمرسوم التنفيذي 90-266 المتعلّق بضمان المنتوجات والخدمات، بموجب المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المحدّد لشروط وكيفيات وضع ضمان السّلع والخدمات حيز التّنفيذ،[47] إلّا أنّه أعطى المستهلكَ في القانون المدني الحقَّ في رفع دعوى عن الضَّرر الذي لحقه في مواجهة المنتِج ولو لم تربطه معه أي علاقة تعاقدية، وذلك بموجب المادّة 140 مكرّر ق م ج،[48] رغم حصره ذلك في عيب المنتج، دون أن يمتدّ للالتزامات الأخرى، كالالتزام بالإعلام والالتزام بالسلامة.[49]

إضافةً إلى ذلك، فقد منح جمعياتِ حماية المستهلكين المنشأة قانونًا حقَّ رفع دعاوَى أمام محكمةٍ مختصّة للمطالبة بالتعويض مباشرةً باسم مجموعة من المستهلكين تضرّرت من نفس السِّلعة، وذلك بموجب المادة 65 [50] من القانون 04-02 المحدّد للقواعد المطبّقة على الممارسات التّجارية، الأمرُ الذي يشكّل تعارضًا صارخًا مع مقتضيات مبدأ الأثر النّسبي للعقد، كون حماية المستهلكين مسؤولية جماعية وحقٌّ جماعي، لذلك فإن كل خطوة تُتّخذ في هذا المجال ينبغي دعمُها جماعيًا لأنّها تَخصّ مصالحَ المستهلكين.[51]

المبحث الثاني: إعادة بعث بعض النظريات لحماية المستهلك

لم تترك النظرية العامّة للالتزام رغم تشبُّعها بمبدأ سلطان الإرادة، أيَّ مجال لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة الاستهلاكية، من خلال مجموعةٍ من الأحكام الحامية للطرف الضعيف في العقد، لاسيَما ما تعلّق بإقرار مجموعةٍ من النظريات الأساسية أُعدت لتحقيق هذا الغرض، كنظرية عيوب الرضا، ونظرية الإثراء بلا سبب، ونظرية التعسّف في استعمال الحق ونظرية الضمان.

إلّا أنّ هذه النظريات التّقليدية لم تكن كافيةً لتحقيق الحماية المنشودة للمستهلك، بالنظر للطبيعة النّظامية لقانون المستهلِك، الأمر الذي أدّى إلى إعادة النظر في هذه النظريات بشكل يخدم مصالح المستهلك.

المطلب الأول: محدودية نظرية عيوب الإرادة في حماية المستهلك

تكون الإرادة معيبة – وفقا للقواعد العامة - إذا صدرت من كامل الأهلية الذي شاب رضاه غلط، أو تدليس، أو إكراه، أو استغلال، كآلية قانونية لحماية الرضا في العقد، إلا أن التطورات الاقتصادية والتحولات التي صاحبتها على مستوى العقود، لا سيما في مجال عقود الاستهلاك، جعلت من هذه النظرية وما تقوم عليه من عناصر غير كافية لتوفير الحماية اللازمة لرضا المستهلك، وإعادة توازن العقد، وعليه سنوضّح ضعف كل عيب على حِدى.

الفرع الأول: نظريتي الغلط والتدليس كآليتين لحماية المستهلك

أولا- بالنسبة لنظرية الغلط

الغَلط هو وهمٌ يقع فيه الشّخص، يكون له الدّافع على التّعاقد، حيث أن المتعاقد ما كان ليتعاقد لو علم الحقيقة مسبقًا، أو أنّه كان سيتعاقد وِفق شروطٍ أخرى غير تلك التي تعاقد بها تحت تأثير الغلط.[52] وقد تناول المشرّع الجزائري الغلط في المواد من 81 إلى 85 ق م ج، واشترط من أجل التّمسّك بالغلط، طبقًا للمادتين 81 و82 ق م ج،[53] أن يكون الغلط جوهريًا، ويكونُ كذلك متى بلغ حدًّا من الجسامة، وأن يكون الغلط في صفة جوهرية في الشيء محلّ العقد، أو في شخص المتعاقِد أو صفة من صفاته، وأخيرًا أن يكون هذا الغلط هو الدّافع للتّعاقد، ورتّب جزاءً لهذا الغلط، تمثّلَ في حقّ المتعاقد الذي أبرم العقد تحت تأثير الغلط أن يطلب إبطالَه.

إلّا أنّ ظهورَ عقودٍ حديثة شديدةِ التّعقيد كعقود الاستهلاك، أظهرَ محدوديةَ نظرية الغلط في توفير الحماية اللّازمة لرضَا المستهلك ومحاربةِ الشّروط التعسّفية، بالنّظر إلى ما ترتكز عليه هذه النّظرية من شروط وفقًا للقواعد العامّة، خاصةً ما تعلّق بوجوب وقوع الغلط في صفةٍ جوهرية من صفات الشّيء محلّ العقْد ويكون دافعًا إلى التّعاقد، هذا من جهة، ومن جهةٍ أخرى فإنّ الجزاءَ المقرّر للغلط وفقًا للقواعد العامّة هو قابليةُ العقدِ للإبطال، متى توافرت شروطُ الغلط، فإمّا أن يكون الغلط مؤثّرًا على إرادة الشّخص في التّعاقد وبالتّالي يكون الجزاء هو الإبطال، وإمّا أن يكون غير مؤثّرٍ وبالتالي لا يجوز التّمسّك بهذا الغلط مادام هناك إمكانية الاستمرار في العقد، كون رغبة المستهلك تنصبُّ على الإبقاء على العقد حتى لا يحرم من السّلعة أو الخدمة.[54]

بتعبيرٍ آخر، يُمكن القول بأنّه من الصّعب اعتمادُ المستهلك على عيب الغلط لإبطال العقد في مواجهة المهنيّ، كون المشرّع لم يكتفِ بأن يكون هذا العيبُ واقعًا على أحد شروطِ العقد، بل لا بدَّ أن ينسحب على صفةٍ جوهرية في العقد، الأمر الذي يدفع المهنيَّ إلى تجنُّب تركِ مثل هذه الثغرات لينفذ منها المستهلك، وذلك بما لَهُ من الإمكانيات الاقتصادية والتقنية،[55] مستغلًّا في ذلك هدف المشرّع في تضييق دائرة الطعن بالبطلان بسبب الغلط وفقا للقواعد العامة، وهو المنهج الذي اعتبره البعض وسيلة محدودة لتحقيق الحماية للمستهلك بإبطال العقد في هذه الفروض.[56]

ثانيا- بالنسبة نظرية التدليس

يقصد بالتدليس اللجوء إلى الحيلة والغش، قصد ايهام المتعاقد بغير الحقيقة، لحمله على التعاقد،[57] وقد عالج المشرع الجزائري عيب التدليس في المواد 86 و87 ق م ج، ويشترط لقيام التدليس وسائل احتيالية، حيث تتخذ هذه الوسائل الاحتيالية صورا شتى كالكذب والكتمان أو السكوت عن واقعة يجب الإفضاء بها، كعنصر مادي، بالإضافة إلى توافر العنصر المعنوي والمتعلق بتوافر نية التضليل لتحقيق الهدف غير المشروع من جانب المدلس، وأن تكون تلك الوسائل دافعة للتعاقد.

غير أن إثبات الشروط اللازمة لقيام التدليس وفق ما سبق بيانه، أمر قد تعتريه بعض الصعوبات، خاصة أن المتعاقد المدلس عليه يظل ملزما بإثبات التدليس بعنصريه، كون أنه بدون هذا التدليس ما كان ليقدم على إبرام العقد، أو أن يقبل عليه بشروط تعاقدية مختلفة، ليأتي دور الالتزام بالإعلام في مواجهة عيب التدليس من خلال تيسير طرق الإثبات، إذ يكفي على المستهلك إثبات شروط هذا الالتزام، وأن المتدخل المتعاقد معه لم يقم بتنفيذ هذا الالتزام تنفيذا صحيحا كاملا مع افتراض علم هذا الأخير بالمعلومات وتأثير كتمانها على رضا المستهلك، وهو الأمر الذي من شأنه أن يغني عن توافر العنصرين المشار اليهما سلفا.

وعليه فإن قِلّة -إن لم نقل انعدامَ- الدّعاوَى المؤسسة على عيب التدليس في الواقع المهني، يفسّر الفشل النسبي لنظرية عيوب الرضا في إسعاف المستهلك، بالنظر إلى ما يكلفه الرجوع إلى القضاء من نفقات ووقت بسبب طول إجراءات التقاضي، والتي لا تتناسب كلية مع قضايا المستهلكين ولا مع المنفعة القليلة التي يمكن أن يجنيها المستهلك من وراء ذلك، كما أن افتراض نجاح دعوى الإبطال للغلط، أو التدليس، ليس بالهدف الذي يسعى إليه المستهلك من وراء العملية التعاقدية، كونه جزاء لا يتلاءم مع حاجات المستهلك ورغبته المشروعة في الاستهلاك، والمتمثلة في حصوله على سلعة، أو خدمة تستجيب لحاجاته.[58]

الفرع الثاني: نظريتَا الإكراه والغبن وحماية المستهلك

أولا- بالنسبة نظرية الإكراه

يعرف الإكراه بأنه ضغط على الشخص يولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد،[59] كممارسة التعذيب، أو التهديد بالسلاح لحمل شخص على إبرام عقد معين، وقد يكون الإكراه عن طريق التوعد بإلحاق الأذى في المستقبل إذا لم يبرم الشخص عقدا معينا،[60] وقد تناول المشرع الجزائري عيب الإكراه في المواد 88 و89 ق م ج،[61] واشترط من أجل التمسك بالإكراه أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة بعثت في نفس المتعاقد بدون وجه حق، وأن تكون هذه الرهبة هي الدافعة للتعاقد، وأن تصدر وسيلة الاكراه من المتعاقد الآخر، أو أن تكون متصلة به.

يعتبر الإكراه أقل عيوب الرضا التي يمكن أن تواجه المستهلك في العملية الاستهلاكية، كون المهني لا يلجأ إلى إرغام المستهلك على التعاقد بتهديده في شخصه أو ماله، بل يعمل على جذبه وتحفيزه على التعاقد بطرق ودية، إلا أن ذلك لا يعني خلو العقد الاستهلاكي من هذا العيب، فقد يطال المستهلك إكراه من نوع آخر، وذلك عند توقيعه على عقد نموذجي لا يملك القدرة على مناقشة بنوده، ويكون مضطرا لحاجته لمحل العقد.

وعليه فإنّ الاعتمادَ على عيب الإكراه لحماية المستهلك، يتطلّب موقفًا أكثرَ جرأة من قبل القضاء، حتّى يتمكن من تأويل الضّغط الذي يتعرض له في علاقته بالمهني، والمتمثّل في قبوله لعقد غير متوازن بمثابة إكراه وفقا للمادتين 88 و89 ق م ج، يخوله إمكانية إبطال العقد، وهو الأمر الذي يبقى بعيد المنال عن القضاء الجزائري، الذي يبقى وفيا لمقتضيات القانون المدني التي تفترض المساواة بين الأطراف المتعاقدة، لذلك يمكن القول أنه وأمام تطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وظهور التكنولوجيا الحديثة، فإن مبدأ سلطان الإرادة باعتباره العمود الفقري للنظرية العامة للالتزامات والعقود، لا يخدم مصلحة المستهلك، الحلقة الأضعف في العقد، حيث أبان قصوره، من خلال تضمين الأطراف عقودهم ما يشاؤون من الشروط، التي يحتكر فيها المورد قوته الاقتصادية وقدرته على تطويع العقد، في ظروف لا يسع المستهلك سوى قبولها، أو العدول عنها استنادا لمبدأ سلطان الإرادة.[62]

ثانيا- بالنسبة لنظريتي الغبن والاستغلال

تعرض المشرع الجزائري لعيب الاستغلال كأحد عيوب الإرادة ولكن فقط من الجانب الذي يؤدي إلى وجود غبن فاحش بسبب عدم التعادل الفادح بين ما يحصل عليه المتعاقد وبين ما يعطيه بموجب العقد.

وهناك فرق بين الاستغلال والغبن، فالغبن له نظرة مادية باعتماده على المعيار المادي، كون العبرة في الغبن بالقيمة المادية للشيء، لا بالقيمة الشخصية بالنسبة للمتعاقد، كما أن الغبن عيب مستقل عن عيوب

الرضا، على اعتباره عيب في العقد لا عيب في الرضا، أما الاستغلال فهو يعتمد على النظرة الشخصية، أي بالقيمة الشخصية متمثلة في قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد، فقد يكون الشيء تافها، لكن المستهلك يريد الحصول عليه بناء على ظروفه الشخصية، بحيث يقبل دفع ثمن أكبر من قيمة الشيء، وذلك لأنه واهم في قيمته أو مخدوع فيها، أو مضطر إلى إبرام العقد، وكل هذا بسبب طيش أو هوى جامح، أو رعونة، أو عدم تجربة، أو حاجة.[63]

فمن خلال نظرية الاستغلال تتبين مظاهر تقييد الإرادة والحد من دورها، إذ يتعين محاربة الاستغلال، الأمر الذي يتعين معه الاعتداد بالمساواة الحقيقية وليست المجردة، ولا نعني بالمساواة الحقيقية، المساواة التامة، بل التعادل النسبي مع المضمون الحقيقي للعقد.

ليتضح الحل من خلال هذه النظرية في مواجهة عدم التعادل الجسيم بين التزامات المتعاقدين، كونها وسيلة فعالة لتضييق الهوة بين طرفي عقد الاستهلاك، ومن ثمة المساهمة في تحقيق التوازن الموضوعي، إلا أن موقف القانون المدني الجزائري على غرار نظيره الفرنسي من نظرية الاستغلال كان موقفا حادا لنطاق هذه النظرية، وذلك بحصره لحالات الضعف التي تشملها، في حالتي الطيش البين والهوى الجامح، الأمر الذي من شأنه جعل نظرية الاستغلال وسيلة غير فعالة، وإن كانت مهمة لتحقيق التوازن الموضوعي في عقد الاستهلاك.[64]

ورغم تبنّي المشرّع وتنظيمه لنظريتي الغبن والاستغلال، إلّا أن المحاكم لم تشهد قضايا بهذا الشأن، بل هي من القلّة لدرجة عدم جدوى النص، لأن التسليم به وافتراض العمل به في مجال واسع قد يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، ضف إلى ذلك صعوبة إثبات الغبن والاستغلال في مجال السلع، فكيف الحال بالنسبة للخدمات، كونه مجالا أكثر تعقيدا، كل هذا أدى إلى عزوف المستهلكين عن سلوك هذا السبيل.[65]

المطلب الثاني: نظرية الضمان ودورها في حماية المستهلك

يُولّد عقد البيع كغيره من العقود التزاماتٍ على عاتق البائع، وأهمُّها الالتزام بضمان العيوب الخفية، والتي تعني أن يكون محلُّ البيع منتجًا كانَ أو خدمةً خالٍ من أيّ عيب يحُول دون الانتفاع به، أو أن يُنقِص من قيمتِه، لذلك يضمن البائع (المحترف) خلوَّ المَبيع من هذه العيوب لصالح المشتري (المستهلك).

إلّا أنّ ظهورَ العديد من المنتجات المتطوّرة والمعقّدة فنّيًا وتقنيًا بسبب التطور العلمي والتكنولوجي الهائل، جعلها تتّسم بالخطورة، سواءٌ أكانت هذه الخطورة كامنةً فيها، أو تنتج عن استعمالها، مما قد يسبّب أضرارًا تمسّ بالسّلامة الجسدية والصّحّية للمستهلك ومصالحه المادية والمعنوية، الأمر الذي جعل المحترفَ

ملزمٌ بضمان سلامة المستهلك ضدّ المخاطر الناتجة عن المبيع.. لذلك سنتناول في هذا المطلب ضمانَ العيوب الخفيّة (فرع أول)، والالتزامَ بضمان سلامة المستهلك (فرع ثانٍ).

الفرع الأول: نظرية العيوب الخفية

عالج المشرّع الجزائري موضوعَ ضمان العيوب الخفية في القانون المدني من خلال المواد من 379 إلى 385، حيث تحدّث عن العيوبِ التي يضمنها البائعُ والشّروطِ الواجبِ توافرها في هذه العيوب، وعن الآثار التي تترتّب على قيام الضّمان وعن حالات سقوطه. وقد جعل المشرّع أحكامَ الضّمان في عقد البيع بمثابة قواعدَ عامّة يُحيل إليها عند النصّ على الالتزام بالضمان في العقود الأخرى، حيث يتحقق هذا الضمان من خلال التزام البائع بضمان صلاحية المبيع وخلوّه من العيوب الخفية، التي تجعله غيرَ صالح لتحقيق الغاية المقصودة منه، فالمشتري يهدف إلى الحصول على شيءٍ يؤدّي الغرضَ المقصودَ منه، بشكل صحيحٍ وبصفاته الأساسية واللّازمة له. ويُشترط في العيب الموجِب للضّمان الخفاءُ والقِدمُ والتّأثير.[66]

وقد يسهم اتّفاقُ المتعاقدين في تحديد نوع الضمان، بحيث إذا لم يتوفر المَبيع على صفة اتّفق المتعاقدون على توافرها في العقد، نكون أمام ضمان المطابقة، ويطبّق عليه العيبُ العقدي، بينما العيب الذي يجب على البائع أن يضمنه دون شروطٍ في العقد، يجعلنا أمام ضمان العيوب الخفية بقوة القانون "ضمان قانوني".[67]

إلّا أنّ المشرّع وفي إطار النّصوص القانونية الخاصّة بحماية المستهلِك، تبنّى اتجاهًا مخالفًا تمامًا، وذلك من خلال إلزامه المتدخّل بالضّمان لمصلحة المستهلك بقواعد آمرة لا يمكن للأطراف الاتّفاقُ على مخالفتها، سواء في القانون 09-03، أو من خلال المرسوم التنفيذي رقم 90-266، وهو الأمر الذي جسّده في المادة 13 من القانون 09-03، وكذا المادّة 03 من المرسوم 90-266، التي نصّت على أنه: "يجب على المحترف أن يضمن سلامة المنتوج الذي يقدّمه من أي عيب يجعله غيرَ صالحٍ للاستعمال..."[68]

كما أدرج المشرّع قواعد الضّمان ضمن النظام العامّ الحمائي، كونَ الالتزام بالضّمان وفقًا لقوانين حماية المستهلِك ينشأ استنادًا إلى سلطان القانونِ وحده، بدلًا عن سلطان الإرادة، على خلاف الضّمان في القانون المدني، على اعتبار أنّ حمايةَ المستهلِك أصبحت في ظلّ المستحدثات التّكنولوجية والمعرفية والتّشريعية من مسائل النّظام العامّ، لأن الكثير من المُنتجات -سواءٌ سلعًا أو خدماتٍ- أصبح استعمالُها يشكّل خطرًا على صحّة الأشخاص وأمنِهم وسلامتِهم، بسبب عدم مطابقتها للمواصفات والمقاييس المطلوبة في المنتوج، وفقًا للمادة 11 من القانون 09-03.

ضفْ إلى ذلك تبنّي المشرّع لأحكامَ خاصّةٍ بالضّمان في نصوص قانون حماية المستهلك لتوفير حمايةٍ فعّالة للمستهلِك في مواجهة المتدخّلين في عملية عرض المنتوج للاستهلاك، موسّعًا بذلك من نطاق الأشخاص الملزَمين بالضمان، طبقًا لنصّ المادة 20 من المرسوم التّنفيذي 90-266، والمواد 3-18 و13-2 من القانون09-03، وكذا نطاق الأشخاص المستفيدين من هذا الضّمان طبقًا لنصّ المادة 13 من القانون 09-03.[69]

الفرع الثاني: الالتزام بضمان سلامة المستهلك

نظرًا للتّطورات التّكنولوجية الحاصلة، ومالها من أثرٍ كبيرٍ على صحّة وجسدِ المستهلك، والتي أصبحت تشكّل خطرًا على حياته وسلامته، الأمر الذي استدعى ضرورةَ البحث عن وسيلة قانونيةٍ تمكّن المستهلِك من الحصول على تعويض عن الأضرارِ التي تمسّ سلامتَه، فجاء الالتزام بضمان السّلامة، وهي فكرةٌ ابتدعها القضاءُ من أجل حمايةِ أحدِ أطراف العقدِ في ضوء عدمِ كفاية بنودِ هذا الأخير، أو النّصوصِ القانونية القائمةِ لتحقيق هذه الحماية.[70]

والهدف من إعمال فكرةِ ضمانِ السّلامة في نطاق العقد، هو تمكين الدّائن بهذا الالتزام من الحصول على تعويضٍ عن الأضرار التي لحقته دون الحاجةِ إلى إثباته الخطأَ من جانب المَدِين، بحيث لا يمكن لهذا الأخير الإفلات من المسؤولية وتخفيفِها إلا بإثبات السّبب الأجنبي.

فإذا كان القانونُ المدني الجزائري قد حدّد العيبَ الموجبَ للضّمان القانوني، بالعيب الذي يُنقص من قيمة المبيع أو من أدائِه للغرض المقصودِ منه، فإنّ أحكامَ الضّمان القانوني للعيب قد وُجدت للتّعويض عن الضّرر الاقتصادي، أي ما يسمّى بضمان الجدوَى الاقتصادية للمبيع، والذي يعني حصولَ المشترِي على مبيع صالحٍ للاستعمال وخالٍ من أيّ عيبٍ يُنقص من قيمتِه أو يؤثّر على منفعتِه، وليس لضمان صحّة المستهلك وسلامته الجسدية من الأضرار التي تلحقها المنتجات بعيوبها، لذلك فإنه إذا كانت قواعد الضمان القانوني للعيب في القانون المدني لا توفّر الحماية اللّازمة للمستهلك ضدّ الأضرارِ التّجارية التي تَحدث بسبب عيوب المبيع، فكيف لها حمايتُه بضمان سلامته وصحّته الجسدية من الأضرار التي تحدثُ بسبب المنتَج المَعيب، الأمر الذي من شأنه إثبات تطور الالتزام بضمان سلامةِ المستهلِك بشكل مستقلٍّ عن ضمان العيبِ الخفي.[71]

وفي هذا السّياق، يُمكن القول أنّ نظرةَ المشرّع للالتزام بالضّمان في إطار العلاقة الاستهلاكية تختلف عن نظرتِه له في القواعد العامّة في التّعاقد، رغبةً منه في حماية المستهلِك الذي قد يجهَل كلَّ الجوانب الفنّية والتّقنية والاقتصادية المتعلّقة بالمنتوج محلّ التّعاقد، خصوصًا في ظلّ ما يشهَدُه العالم اليومَ مِن مُنتجاتٍ ذاتِ تركيبة صعبة ومعقّدة نتيجة للتطور الصّناعي والتّكنولوجي الرّاهن.[72]

خاتمـة:

ختامًا نخلُص إلى أنّ اهتمامَ المشرّع الجزائري بتوفير حمايةٍ للمستهلِك، جاء مواكَبةً منه للحركية التّشريعية في مجال حماية المستهلِك على غرار التّشريعات المقارنة، من خلال نصوصٍ قانونية تهدف إلى سدِّ أي نقصٍ أو فراغٍ قانوني يُمكن أن يعرّض مصالح المستهلِك للخطر، والذي تجسّد في مجموعةٍ من الآليات التّشريعية التي غايتها حمايةُ المستهلكين من تعسّفات المهنيين، الذين لهم من الإمكانات المادّية والتّقنية ما يخوّل لهم توجيهَ العقود لمصلحتهم بواسطة العقودِ النّموذجية والإذعانية، وذلك في ظلِّ محدودية المبادئ التقليدية لوحدها في توفير الحماية الكافية للمستهلك.

فإذا كانت عموميةُ مبدأ سلطان الإرادة وما يتفرّع عنه من مبادئ، ونظرية عيوب الرّضَا، وكذا أحكام ضمان العيوب الخفية، والنّظريات التقليدية الأخرى، تسمح بتوظيفها كأساس لحماية كل متعاقد ضعيفِ المركز القانوني أو الاقتصادي أو الفنّي مثل المستهلك، فإن الجمودَ الذي يلفّها يَحول دون إمكانية مسايرةِ مقتضياتها للتّطورات التّعاقدية الجديدة، الأمرُ الذي حتّم على المشرّع تجاوزها ولو بشكل نسبيّ، من خلال صياغة مجموعةٍ من النّصوص القانونية التي عملت على التدرّج في تعزيز حماية المستهلك، بما يخوّل لهذا الأخير ممارسة التدابير الحمائية في ظل الضّمانات القانونية التي جاء بها المشرّع لإعادة التّوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية.

الهوامش:

[1] عيسى بخيت، أثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، أ/قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد 20، جوان 2018، ص 110.

[2] تنص المادة 59 ق م ج على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

[3] تنص المادة 60 ق م ج على أن: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة أو الإشارة المتداولة عرفًا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه".

[4] القانون 09-03، المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، الصادرة بتاريخ 2008/03/08.

[5] تنص المادة 17-1 من القانون 09-03 على أنه: "يجب على كل متدخل أن يُعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة. تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم".

[6] نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة - مصر، 2004، ص 46.

[7] الزهرة رزايقية، عصام نجاح، الشكلية في عقود الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 02، سبتمبر 2019، ص 99.

[8] الأمر 95-07 المؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 13، الصادر بتاريخ 1995/03/08، المعدل والمتمم بالقانون 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15.

[9] تنص المادة 2-1 من الأمر 95-07 على أن: "التأمين في مفهوم المادة 619 من القانون المدني عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو غير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي أداءٍ مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفوع مالية أخرى".

[10] تنص المادة 7 من نفس الأمر على أنه: "يكون عقد التأمين كتابيًا ومشتملا على البيانات التالية: اسم كل من الطرفين المتعاقدين وعنوانهما، الشيء أو الشخص المؤمن عليه، طبيعة المخاطر المضمونة، تاريخ الاكتتاب، تاريخ سريان العقد ومدته، مبلغ الضمان، مبلغ قسط أو اشتراك التأمين".

[11] الأمر رقم 03-05، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، الصادر بتاريخ 2003/07/23.

[12] تنص المادة 84-1 من الأمر 03-05 على الآتي: "يعتبر عقد نشر، العقد الذي يتنازل بموجبه المؤلف للناشر عن حق استنساخ نسخ عديدة من المصنف حسب شروط متفق عليها ومقابل مكافأة للقيام بنشرها وتوزيعها على الجمهور لحساب الناشر".

[13] المرسوم التنفيذي رقم 01-105، المؤرخ في 23 أبريل 2001، يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 25، الصادر بتاريخ 2001/04/29.

[14] القانون رقم 11-04، المؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، الصادر بتاريخ 2011/03/06.

[15] المرسوم التنفيذي رقم 13-431، المؤرخ في 18 ديسمبر 2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية، وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوعَ عقد البيع على التصاميم، ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 66، الصادر بتاريخ 2013/12/25.

[16] المرسوم التنفيذي رقم 15-114، المؤرخ في 12 رجب 1436، الموافق لـ 12 مايو 2015، المتعلق بكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، الصادر بتاريخ 2015/05/13.

[17] نصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي 15-114 على البيانات الإجبارية التي يجب أن يتضمنها كل عرض للقرض الاستهلاكي والمتمثلة على وجه الخصوص في تعيين الأطراف – الموضوع والمدة والمبلغ الخام والصافي للقرض وكيفيات التسديد والأقساط وكذا نسبة الفوائد الإجمالية – الشروط المؤهلة للقرض والملف المطلوب للحصول على القرض – الضمانات المقدمة من المقرض أو البائع – حقوق وواجبات البائع والمقرض والمقترض وكذا التدابير المطبقة في حالة إخلال الأطراف.

[18] عمار زغبي، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك، مجلة المفكر، العدد التاسع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لخضر حمى، الوادي- الجزائر، ص 119.

[19] محمد جريفيلي، حماية المستهلك في نطاق العقد (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص معمق، جامعة أحمد دراية، أدرار - الجزائر، 2017-2018، ص 56.

[20] شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر 1، 2015 -2016، ص 128.

[21] أسامة شهاب حمد الجعفري، حق المستهلك بالتروي والتفكير، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، العراق، 2017، ص 631.

[22] **Article 1122** "La loi ou le contrat peuvent prévoir un **<u>délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration</u>** duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétractation, qui est le délai avant expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement".

[23] محمد جريفيلي، مرجع سابق، ص 57.

[24] أسامة شهاب حمد الجعفري، مرجع سابق، ص 632.

[25] محمد جريفيلي، مرجع سابق، ص 58.

[26] عيسى بخيت، مرجع سابق، ص. ص 112- 113.

[27] المادة 15 الفقرة الأولى والثانية من القانون 04-02، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 41.

[28] المادة 15 من الأمر رقم 95-06، المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 09، المعدل والمتمم بالأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 43.

[29] هانية ابراهيمي، الحماية المدنية للمستهلك في ظل القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1 - الجزائر، 2012-2013، ص 77.

[30] عيسى بخيت، مرجع سابق، ص 113.

[31] عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها - دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر، 2007-2008، ص 50.

[32] عبد القادر علاق، المرجع نفسه، ص 58.

[33] شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 319.

[34] تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي 15-114 على أنه: "...غيرَ أنه يتاح للمشتري أجلٌ للعدول مدّتُه ثمانية أيام عمل، تُحسب من تاريخ إمضاء العقد، طبقًا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

[35] تنص المادة 14 من المرسوم 15-114 على أنه: "عندما يتم بيع المنتوج على مستوى المنزل فإن مدة العدول تكون سبعة (7) أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم السلعة. لا يمكن إجراء أي دفع نقدي قبل انتهاء هذه المدة".

[36] تنص المادة 110 ق م ج على أنه: " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

[37] أنظر المواد 03 و29 من القانون 04-02، المؤرخ في 2004/06/23، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 41، الصادر بتاريخ 27 جوان 2004.

[38] أنظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 2006/10/09، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 56، الصادر بتاريخ 11 سبتمبر 2006.

[39] عبد القادر علاق، مرجع سابق، ص 75.

[40] تنص المادة 108 ق م ج على أنه: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين..."، وتنص المادة 113 ق م ج على أنه: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، لكن يجوز أن يكسبه حقا".

[41] تنص الماد 08 من المرسوم التنفيذي 15-114 على أنه: " لا تسري واجبات المقترض إلا ابتداءً من تسليم السلعة التي استوفى القرض من أجلها. وفي حالة عقد بيع بتنفيذ متوالٍ، فإن واجبات المقترض تسري ابتداءً من بداية تسليم السلعة وتتوقف في حالة انقطاع هذا التسليم".

[42] أنظر المواد 10 و11 و12 و13 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114.

[43] القانون رقم 89-02، المؤرخ في 1989/02/07، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 06، الصادر بتاريخ 19989/02/08، الأمانة العامة للحكومة، المطبعة الرسمية، الجزائر، 1989.

[44] تنص المادة 12-1 من القانون 89-02 على ما يلي: "إن الزام المطابقة كما نصت عليه المادة 3 من هذا القانون ووجوب الضمان والتجربة من أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتوج للاستهلاك، حق للمستهلك، ويكون للمتابع الحق في اتباع الطرق القانونية ضد كل المتدخلين أو بعضهم، كل حسب مسؤوليته الخاصة وفي حدود فعله...".

[45] المرسوم التنفيذي 90-266، المؤرخ في 25 صفر عام 1411 الموافق لـ 15 سبتمبر 1990، المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 40، الصادر بتاريخ 1990/09/19.

[46] القانون 09-03، المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، الصادر بتاريخ 2009/03/08.

[47] المرسوم التنفيذي رقم 13-327، المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49، الصادر بتاريخ 2013/10/02.

[48] تنص المادة 140 مكرر ق م ج على أنه: "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية...".

[49] عيسى بخيت، مرجع سابق، ص 116.

[50] تنص المادة 65 من القانون 04-02 على أنه: "دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن لجمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون، كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعوى للحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق بهم".

[51] عبد الرحمن بوفلجة، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007-2008، ص 87.

[52] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري - مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 49.

[53] تنص المادة 81 ق م ج على أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله"، في حين نصت المادة 82 ق م ج على أنه: " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط".

[54] مجموعة من الباحثين في تخصص قانون الأعمال، تجليات قصور المبادئ العامة لقانون الالتزامات والعقود في حماية المستهلك، سلسلة المعارف القانونية، العدد الثاني، الكلية المتعددة التخصصات، تطوان - المغرب، يونيو 2016، ص. ص 119-120.

[55] أيوب الراوي، النظام العام الاستهلاكي: أي تأثير على المبادئ العامة، تاريخ النشر 18 سبتمبر 2019، http:/ www.marocdroit.com، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2020/09/05.

[56] حفيظة بتقة، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند الحاج، البويرة - الجزائر، 2012-2013، ص 100.

[57] نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص 173.

[58] حفيظة بتقة، مرجع سابق، ص. ص 102-103.

[59] أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية - مصر، 1998، ص 106.

[60] زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 82.

[61] أنظر المادتين 88 و 89 ق م ج.

[62] محمد اشهبب، أيوب العثماني، قانون 08-31 والقواعد العامة: أي تأثير؟ منشور في موقع العلوم القانونية: http://www.droit.com ، تاريخ الاطلاع: 2020/09/06.

[63] سعيدة رباج، الحماية العقدية للمستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة سطيف 2، سطيف - الجزائر، 2013-2014، ص. ص 116-117.

[64] مريم طويل، قانون السوق وفكرة توازن مصالح المنتج وحقوق المستهلك - دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر، 2017-2018، ص 90.

[65] هنية قادري، حماية المستهلك بين القواعد العامة والقواعد المتخصصة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة 8 ماي 1945، قالمة - الجزائر، 2015-2016، ص 79.

[66] سعيدة رباج، المرجع السابق، ص 123.

[67] سعيدة رباج، المرجع نفسه، ص 130.

[68] ليلى جمعي، ضمان العيوب والتوازن العقدي في قانون حماية المستهلك، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران، المجلد 15، العدد 22، ص ص 566-567.

[69] ليلى جمعي، المرجع نفسه، ص 567.

[70] سعيدة رباج، مرجع سابق، ص ص 182-183.

[71] سعيدة رباج، المرجع نفسه، ص 187.

[72] سلوى قداش، الالتزام بالضمان بين القواعد العامة في التعاقد وقانون حماية المستهلك، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، العدد الثاني عشر، جانفي 2018، ص 510.

الحماية القانونية للأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في ضوء القانون 18-07

د. كاملة بوعكة*

ملخّص:

تهدفُ هذه الورقة البحثية الموسومة بـ"الحماية القانونية للأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في ضوء القانون 18-07"، إلى تحديد الإطار القانوني الذي وضعه المشرّع الجزائري لحماية المعطيات الشخصية للأشخاص الطبيعيين، على أساس أن الهدف من القانون 18-07 المؤرخ في 2018/06/10، هو تحديد قواعد حماية الأشخاص الطبيعيين ذات الطابع الشخصي، من أي انتهاكات مهما كان مصدرها أو شكلها في إطار احترام الكرامة الإنسانية والحياة الخاصة والحريات العامة، وألّا تُمسّ حقوقُ الأشخاص وشرفهم وسمعتهم، وهذا تماشيًا مع مبادئ الدستور الذي يكرّس مبدأ احترام القانون، ويشدّد على أنه لا يمكن القيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي إلا بالموافقة الصريحة للشخص المعني الذي يمكنه التراجع عن موافقته في أي وقت. وذلك من خلال تعريف المعطيات الشخصية وحقوق الشخص المعني، وكذا التطرق إلى الحماية الإدارية (السلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي)، وكذا الجرائم المتعلقة بمخالفة القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية المنصوص عليها في القانون 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

الكلمات المفتاحية: المعطيات ذات الطابع الشخصي؛ الحماية الادارية؛ الحماية الجزائية؛ الشخص المعني.

Abstract

This research paper, entitled "Legal Protection for Natural Persons in the Field of Personal Data Processing in the Light of the Law," aims to define the legal framework established by the Algerian legislator to protect the personal data of natural persons, on the basis that the aim of Law 18-07 of June 10, 2018, is to define rules Protection of natural persons of a personal nature, whatever their source or form, within the framework of respect for human dignity, private life and public freedoms, and not to prejudice the rights, honor and reputation of persons, and this is in line with the principles of the constitution that enshrines the principle of respect for the law .and which stresses that it Processing of data of a personal nature can only be done with the express consent of the person concerned who can revoke his consent at any time, by defining personal data and the rights of the person concerned, as well as addressing

* أستاذة محاضرة (ب)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف - المسيلة.

administrative protection (the National Authority for the Protection of data of a personal nature) as well as crimes related to breaking the rules The objectivity and procedural rules stipulated in Law 18/7 related to the protection of natural persons in the field of processing data of a personal nature.

Keywords: Personal data Administrative; Protection Penal protection; Person concerned.

مقدّمة:

يشهَد العالم اليوم عصرًا علميًا وعمليًا جديدًا يُطلق عليه عصرُ الثورة المعلوماتية، والتي نشأت من اجتماع طفرتين هما طفرة الاتصالات وطفرة تقنية المعلومات، فالتطور التكنولوجي في مجال الاتصالات والمعلومات وضخامة الإنتاج والتوزيع أسهمَ في دخول الوسائل الإلكترونية إلى المجال الاقتصادي والتجاري للأفراد والشركات، وحدوث تغيرات جوهرية في بيئة الأعمال التجارية.[1]

ولا يخفى أن كل تطور على المستوى التقني له انعكاساته السلبية، بالرغم من تحقيقه مزايا عديدة لا يمكن إنكارها، فلقد أصبح مجالا لمخاطر جسيمة وخسائر فادحة لا يستهان بها، تمس الحياة الخاصة للأفراد، وتهدد الأعمال التجارية والأمن القومي والسيادة الوطنية، وتُفقد الثقة في المعاملات.

لقد أفرزت ثورة المعلومات والاتّصالات نوعًا جديدًا من الجرائم، ولعلّ تطور الشبكة العالمية للإنترنت جعلت منها وصفة مثالية لتنفيذ العديد منها، وساحة إجرامٍ نموذجية على رأسها الجريمة المعلوماتية التي ترتبط بالتقنيات الإلكترونية الحديثة، وتستهدف الاعتداء على البيانات والمعلومات والبرامج بكافة أنواعها، فظهرت الحاجة لمواكبة هذه الجرائم الجديدة بوضع تشريعات خاصة واستحداث النصوص الملائمة لطبيعتها، فكان من الضروري أن تواكب القوانين هذا التطور الملحوظ، قصد حماية البرامج المعلوماتية وحماية الحسابات الإلكترونية من كل تلاعب وضرر بمضامينها ومحتواها[2]، وتحركت العديد من المنظمات الدولية والإقليمية بهدف مكافحة الجريمة المعلوماتية، ولعل أهمها اتفاقية بودابست المنعقدة في 23 نوفمبر 2001 تحت إشراف المجلس الأوروبي.[3]

وقد أدرجها المشرع الجزائري بموجب الأمر 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدَّل والمتمَّم، والذي أدمج في الفصل الثّالث من الباب الثّاني من الكتاب الثّالث قِسما سابعًا مكرّرًا بموجب المواد من 394 إلى 394 مكرر 7، تحت عنوان المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، مع إصداره للقانون رقم 09-04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها[4]، فعاقب المشرّع على كل تخريب لمحتويات نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو إعاقة تشغيله، أو تخريب الحماية الفنية

للمعطيات التي تتمثل في الإجراء الوقائي للمحافظة على خصوصية البيانات المتناقَلة عبر الشبكات، وبالأخص عبر الأنترنت، للوصول إلى سرّية الرّسائل الإلكترونية والبيانات المتناقلة.

كرّستْ غالبيةُ التشريعات الوطنية والدّولية حمايةَ الحياة الخاصّة للأفراد، وشدّدت على ضرورة احترام خصوصياتِهم ومراسلاتِهم، وردعِ كلّ ما من شأنه المساسُ بسمعتهم، وذلك من خلال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، والعهد الدولي المتعلّق بالحقوق المدنية والسياسية المصادَق عليه من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 ديسمبر 1966، والذي نصَّ في المادة 17 منه على أنه "لا يجوز تعريضُ أيّ شخصٍ على نحوٍ تعسّفي أو غيرِ قانونيّ للتّدخّل في خصوصياته أو شؤونِ أسرتِه أو بيتِه أو مراسلاتِه، أو لأيّ حملاتٍ غير قانونية تمسّ شرفَه وسمعتَه، وأنَّ من حقّ كلّ شخصٍ أن يحميه القانون من مثل هذا التّدخّل أو المساس".[5]

وعليه، يمكن طرح الإشكالية على الشكل التالي:

ما هو الإطار القانوني الذي وضعه المشرّع الجزائري لحماية المعطيات الشخصية للأشخاص الطبيعيين في ضوء القانون 18-07؟

وتمّ تقسيم الدراسة إلى محورين، نتعرّض في المحور الأول لتعريف المعطيات الشّخصية وحقوق الشخص المعني بالمعالجة، أمَّا المحور الثاني فنخصصه للحماية الإدارية والجزائية للمعطيات الشخصية.

المحور الأول: تعريف المعطيات الشّخصية وحقوق الشّخص المعني بالمعالجة

نتناول في هذا المحور تعريفَ المعطيات الشخصية وكذا حقوق الشخص المعني بالمعالجة...

أولا- تعريف المعطيات ذات الطابع الشخصي

المعطيات ذات الطّابع الشّخصي هي "كلُّ معلومة، بغضّ النّظر عن دعامتها، متعلّقة بشخص معرّفٍ أو قابلٍ للتّعرف عليه، والمشار إليه أدناه، الشخص المعني بصفة مباشرة أو غير مباشرة، لاسيَما بالرجوع إلى رقم التعريف أو عنصر أو عدة عناصر خاصة بهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو البيو مترية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية ".[6]

وهي كذلك "كلُّ معلومةٍ كيفما كان نوعُها بغضّ النظر عن دعامتها بما في ذلك الصّوت والصّورة والمتعلّقة بشخص معرَّف أو قابل للتعرّف عليه والمسمّى بالشخص المعني".

وعرّفها البعض بأنها[7] "كلُّ البيانات مهمَا كان مصدرُها أو شكلُها والتي تجعل شخصًا طبيعيًا معرّفًا أو قابلًا للتّعريف بطريقة مباشرةٍ أو غير مباشرة، باستثناء المعلومات المتّصلة بالحياة العامّة أو المعتبَرة كذلك

قانونًا". فهي تشمل "كل معلومة تدلّ على الشخص مباشرة أو عن طريق معالجتها أو تحليلها سواءٌ أكانت على دعامة ورقية أو الكترونية أو غيرها ماعدا تلك المعلومات المتعلّقة بالحياة العامة".

الشّخص المعني هو "كل شخص طبيعي تكون المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلّقة به موضوع المعالجة".[8]

كما عرّفت الاتفاقية الأوروبية رقم 108 الصّادرة عن مجلس أوروبا البياناتِ الخاصّة من خلال المادة 02/ف أ، التي نصّت على أنّ المعطيات ذات الطابع الشخصي هي "كل المعلومات المتعلقة بشخص طبيعي معرّف أو قابلٍ للتعرّف". وبنفس المعنى عرّفت المادة 2/ف أ من التوجيه الأوروبي رقم 95-46 الصّادر بتاريخ 24 أكتوبر 1995، بأن المُعطيات ذات الطابع الشخصي هي "كل معلومة متعلّقة بشخص طبيعيّ معرّف أو قابل للتعرّف عليه، الشّخص المعني الذي يمكن معرفتُه بصفة مباشرة أو غير مباشرة لاسيَما بالرجوع إلى رقم التعريف أو إلى عنصر أو عدّة عناصر خاصّة مميّزة لهويته الطبيعية أو الفيزيولوجية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية او الاجتماعية. كما أشارت المادة 2 من التوجيه الأوروبي بشأن التوقيع الالكتروني الصادر بتاريخ 13 سبتمبر لسنة 1999 إلى المقصود بالبيانات ذات الطابع الشخصي وعرّفتها بأنها "كلُّ معلومة تتّصل بشخص محدّدٍ أو قابلٍ للتّحديد".[9]

هذَان التّعريفان شكَّلَا مصْدرين أساسيْن لمختلفِ التّشريعات الأوروبية والعربية لحماية المعطيات الشّخصية، وعملت مختلفُ التّشريعات على ملاءمة نصوصِها مع التّوجيه سالِف الذّكر، كالمشرّع الفرنسي في المادة 2/ف2 من قانون 06 جانفي 1978 المعدَّل والمتمَّم المتعلِّق بالمعلومات والحرّيات، حيث نصّ على أنه "تُشكّل المعطياتُ ذاتُ الطّابع الشّخصي كلّ معلومة متعلّقةٍ بشخص طبيعي معرّف أو يمكن التعرُّف عليه بصفة مباشرةٍ أو غيرِ مباشرة، بالرُّجوع إلى رقم التعريف أو عنصرٍ أو عدّة عناصر". وكذلك طابَقَ تعريفُ المشرّع المغربي في المادّة الأولى رقم 08-09 المتعلّق بحماية الأشخاص الذّاتيين تجاه معالجةِ المعطيات ذاتِ الطّابع الشّخصي، والتي هي "كلُّ معلومةٍ كيفما كان نوعُها بغضّ النّظر عن دعامَتها، بما في ذلك الصّوت والصّورة، ويكون الشّخصُ قابلًا للتّعرف عليه إذا كان بالإمكان التّعرُّف عليه بصفة مباشرةٍ أو غيرِ مباشرة، ولاسيَما من خلال الرّجوع إلى رقمِ تعريف أو عنصرٍ معيّن".[10]

عرّف المشرّع الجزائري المعطَياتِ ذاتِ الطّابع الشّخصي من خلال المادّة 03 من القانون 18-07[11] بأنّها "كلُّ معلومةٍ بغضّ النّظر عن دعامتها متعلّقةٍ بشخص قابلٍ للتعرّف عليه، والمُشار إليه أدناه، الشّخص المعني بصفة مباشرة أو غيرِ مباشرةٍ، لاسيَما بالرجوع الى رقم التّعريف أو عنصرٍ أو عدّةِ عناصر خاصّة بهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو البيو مترية أو النفسية أو الاقتصادية".

أمّا معالجةُ المعطَيات ذات الطّابع الشّخصي فقد عرّفها المشرّع الجزائري بأنها "كلُّ عمليةٍ أو مجموعة عمليات منجَزة بطرقٍ أو بوسائلَ آلية أو بدونها، على معطَياتٍ ذات طابعٍ شخصيّ، مثلَ الجمع أو التّسجيل أو التّنظيم أو الحِفظ أو الملاءَمة أو التغيير أو الاستخراج أو الاطّلاع أو الاستعمال أو الإيصال عن طريق الإرسال أو النّشر، أو أيّ شكلٍ من أشكال الإتاحة أو التّقريب أو الرّبط البيني، وكذا الإغلاق أو التّشفير أو المسح أو الإتلاف".[12] وعرّفها البعض بأنّها "العملياتُ المنجزة، سواءٌ بطريقةٍ آلية أو يدوية، من شخص طبيعيّ أو معنويّ، والتي تهدف خاصّة إلى جمع معطياتٍ شخصيّة أو تسجيلِها أو حفظِها أو تنظيمِها أو تغييرِها أو استغلالِها أو إرسالِها أو توزيعِها أو نشرِها أو إتلافِها أو الاطّلاع عليها، وكذلك جميعُ العمليات المتعلّقة باستغلال قواعد البيانات أو الفهارسِ أو السجلّات أو البطاقات أو بالرّبط البيْني، وهي معطياتٌ ذاتُ طابعٍ شخصيّ تُبيّن الأصلَ العِرقي أو الاثني، أو الآراءَ السّياسية أو القناعات الدّينية أو الفلسفية أو الانتماءَ النّقابي للشّخص المعني أو تكونَ متعلّقة بصحته بما فيها معطياته الجينية".

كما لم يحصر المشرّعُ الجزائري المسؤولَ عن المعالجة فقط في الشّخص الطبيعي، بل أدرج أيضًا الشّخصَ المعنوي كالشّركات والهيئات العمومية، وعرّفه بأنّه "شخصٌ طبيعيّ أو معنويٌّ عموميٌّ أو خاصّ أو أيّ كيانٍ آخر، يقوم بمفرده أو بالاشتراك مع الغير بتحديدِ الغاياتِ من معالجة المُعطيات ووسائلها" حسب المادّة 03 فقرة 12من القانون سالفِ الذّكر.

ثانيا- حقوق الشّخص المعني بالمعالجة

سنتعرّض إلى الحقوق المتّصلة بالإعلام والولوج والحقّ في التصحيح والحقّ في الاعتراض.

1- الحقوق المتّصلة بالإعلام والولوج، وهي كالآتي:

أ- الحقّ في الإعلام:

تطرّقت المادة 32 من القانون 18-07 المؤرخ في 10 جوان 2018 المتعلّق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطّابع الشّخصي إلى وجوبِ إعلامِ –مُسبقًا- كلّ الأشخاص المعنيين الذين يتمّ الاتّصالُ بهم لجمع المعطيات، وذلك قبل القيامِ بهذا التّجميع وليس أثناء، فالعبرة هنا تمكينُ صاحبِ المعطيات من اتّخاد قراره بشأن تقديمِها أو عدم تقديمها. ويجب أن يكون الإعلامُ صريحًا ولا يَحتمل اللُّبس. ويقع هذا الالتزام على عاتق المسؤول عن المعالجة أو من يمثّله، ولا يسقط إلّا في الحالة التي يكون فيها الشّخصُ المعنيّ على علم مسبقٍ بالعناصر اللّازم إخباره بها.[13] وعليه، نصّت المادة 32 من القانون 18-07 على أنه "ما لم يكن على علمٍ مسبقٍ بها، يجب على المسؤولِ عن المعالجة أو من يمثّله إعلامُ –مسْبقًا وبصفة

صريحة ودون لُبس- كلّ شخصٍ يتمّ الاتّصال به قصد تجميع معطياته ذات الطّابع الشّخصي ..." كما حدّدت المادّة أعلاه حدًّا أدنى من العناصر التي يَلزم أن يُخطَر بها الشّخص المعني وهي:

- هويةُ المسؤول عن المعالجة وعند الاقتضاء هوية ممثّله.

- أغراضُ المعالجة.

- كلُّ المعلومات الإضافية المفيدة.

وفي حالِ لم يتمَّ جمعُ المعطياتِ ذاتِ الطّابع الشّخصي لدَى الشّخص المعنيّ، فإنّه في هذه الحالة يلزَم على المسؤول عن المعالجة أو من يمثّله قبل تسجيلِ المُعطيات أو إرسالها للغير، أن يزوّدَه بالمعلومات المُشارِ إليها أعلاه ما لم يكن قد علِم بها مسبقًا، هذا من جهة، ومن جهةٍ أخرى يبقى الالتزامُ قائمًا على عاتقِ المسؤولِ عن المعالجة في حالة جمع المعلومات عن طريق شبكاتٍ مفتوحة، ويتعلّق الأمر هُنا بصفة خاصّةٍ بشبكات الاتّصال الالكتروني مالم يكنْ يعلمُ مسبقًا بأنّ المعطيات ذات الطّابع الشخصي المتعلّقة به يمكن أن تكون محلًّا للتّداول في الشبكات المذكورة دون ضماناتِ السّلامة، مع إمكانية قراءتها أو الاستعمال غيرِ المرخّص لها من طرف الغير، حسب الفقرة الأخيرة من المادة 32 من القانون 18-07 سالِف الذّكر. غيرَ أنّه لا تطبّق إلزامية الإعلام المنصوص عليها في المادة 32 من هذا القانون إذَا:

- تعذّرَ إعلام الشّخص المعني، لاسيَما في حالة معالجةِ المعطيات ذاتِ الطّابع الشّخصي لأغراض إحصائية أو تاريخية أو علمية. يُلزَم المسؤولُ عن المعالجة في هذه الحالة بإشعار السّلطة الوطنية باستحالة إعلامِ الشّخص المعني، وتقديم سبب الاستحالة لها.

- إذا تمّت المعالجة تطبيقًا لنصٍّ قانوني.

- إذا تمّت المعالجة حصريًا لأغراض صُحفيّة أو فنّية أو أدبية.

ب- الحقّ في الولوج:

وهو الحقُّ الواردُ في الفصل الثاني في المادة 34 من القانون 18-07 سالف الذِّكر بنصّها "يحقُّ للشخص المعني أن يحصلَ من المسؤول عن المعالجة على:

- التأكيد على أنّ المعطيات الشخصية المتعلِّقة به كانت محلَّ معالجةٍ أم لَا، وأغراض المعالجة وفئات المعطيات التي تنصبُّ عليها والمرسل إليهم.

- إفادتُه وِفق شكلٍ مفهوم بالمعطيات الخاصّة به التي تخضع للمعالجة، وكذا بكلّ معلومةٍ مُتاحة حول مصدر المعطيات. كما يحقّ للمسؤول عن المعالجة أن يطلبَ من السُّلطة الوطنية تحديدَ آجال الإجابة على

طلبات الولوج المشروعة، ويمكنه الاعتراضُ على الطّلبات التعسّفية لاسيَما من حيث عددها وطابعها المتكرّر، ويقع على عاتقِه إثباتُ الطّابع التعسّفي لهذا الطّلب.

ج- الحق في التصحيح:

بموجب المادّة 35 من القانون 18-07، يحقّ للشّخص المعني بعد تقديم ما يُثبت هويتَه أن يحصلَ مجّانًا مِن المسؤول عن المعالجة، على تحيين أو تصحيحِ أو مسحِ أو إغلاقِ الولوجِ إلى المُعطيات ذاتِ الطّابع الشّخصي، والتي تكون معالجتُها غيرَ مطابقة للقانون. وتكون معالجةُ المعطياتِ غيرِ المطابقة للقانون في حالات كثيرة، ومنها على سبيل المثالِ الطّابع غير المكتمل عن المعالجة وغير الصّحيح للمعطيَات أو تكون معالجتها ممنوعة قانونًا، وهكذا يكون المسؤولُ عن المعالجة ملزَمًا تُجاه الشّخص المعني بالقيام بالتّصحيحات اللّازمة ودون مقابل، وذلك في أجل عشرة أيام كاملة من إخطاره، ولا يتمُّ اللجوء إلى السّلطة الوطنية إلّا في حالة رفض المسؤول عن المعالجة أو عدمِ الرّد على الطّلب خلال مدّة (10) عشرة أيام. في هذه الحالة يحقّ للشّخصِ المَعني إيداعُ طلبِ تصحيحٍ لدى السّلطة الوطنية، حيث يلزَمها تكليفُ أحدِ أعضائها من أجل القيامِ بكلِّ التّحقيقات المُفيدة والعمل على إجراء التّصحيحات اللّازمة في أقرب الآجال. كما أجاز المشرّعُ الجزائري استعمالَ حقّ التّصحيح المنصوص عليه في هذه المادّة من قِبل ورثة الشّخص المعني، حسب الفقرة الاخيرة من المادّة من القانون سالف الذّكر 35 على أنّه "يُمكن استعمالُ الحقِّ المنصوصِ عليه في هذه المادّة من قِبل ورثة الشخص المعني".

د- الحقّ في الاعتراض:

يُعتبر هذا الحقّ أحدَ الحقوق الأساسية التي منحها القانون 18-07 للشّخص المعني بغيةَ حمايةِ حياتِه الخاصة، حيث يُعدُّ بمثابة سُلطةٍ في مواجهة استعمالِ معطياتِه الشّخصية من قِبل المسؤول عن المعالجة أو من قِبل الغير، حسب المادّة 36 الفقرة الأولى بنصّها "يحقّ للشّخص المعني أنْ يعترض لأسباب مشروعةٍ على معالجة معطياته ذات الطّابع الشّخصي، ولهُ الحقّ في الاعتراض على استعمال المعطياتِ المتعلّقة به لأغراض دعائية ولاسيما التجارية منها من طرف المسؤول الحالي عن المعالجة أو مسؤول عن معالجة لاحقة..." وعليه يمكن أن تتمّ ممارسةُ الحقِّ في الاعتراض لحظةَ جمعِ البيانات، وحتّى بعد ذلك. وإذا كانت المُعالجة تجري بناءً على التزامٍ قانوني على عاتق المسؤول، كما هو الشّأنُ بالنسبة للمعالجات التي تُجريها مصالح الجمارك أو مصالحُ الضّرائب، أو إذا كان تطبيقُ الأحكام قد استُبعد بموجب إجراءٍ صريح في المحرَّر الذي يرخّص بالمعالجة، فإنّ الشّخصَ المعني لا يتمتّع بالحقّ في الاعتراض. وهو ما نصّت عليه المادة 36 ف 3 على أنه" لا

تطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادّة إذا كانت المعالجة تستجيب لالتزامٍ قانوني أو إذا كان تطبيق هذه الأحكام قد استُبعد بمُوجب إجراءٍ صريحٍ في المحرَّر الذي يرخّص بالمعالجة".

المحور الثاني: الحماية الإدارية والجزائية للمعطيات الشّخصية

تقتضي أهمّيةُ المعطيات ذات الطّابع الشخصي ضرورةَ وضعِ قواعدَ لحمايتها من المخاطر التي تهدّدها، حيث أفرد المشرّع الجزائري في الفصل الثّالث من القانون 18-07 أحكامًا جزائية بموجب المواد من 54 إلى غاية 74 منه، فوضع نصوصًا تجرّم الانتهاكات الماسّة بالمعطيات الشخصية أثناء معالجتها، وأقرّ جملةً من العقوبات على الجهات التي لا تَحترم مقتضياتِ هذا القانون. وقبل التطرّق إلى الحماية الجزائية، لابدَّ من التّعرض إلى الحماية الإدارية.

أولا- الحماية الإدارية للمعطيات الشخصية

1- السّلطة الوطنية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي (تشكيلتها ومهامها):

نصّت المادة 22 (ف/1) من القانون 18-07 على أنّه "تنشأ لدى رئيس الجمهورية سلطةٌ إدارية مستقلة لحماية المعطيات ذات الطّابع الشّخصي، يُشار إليها أدناه "السلطة الوطنية"، يحدَّد مقرُّها بالجزائر العاصمة وتتمتّع السّلطة الوطنية بالشّخصية المعنوية والاستقلال المالي والاداري". وتتشكل السّلطة الوطنية من شخصيات وطنية يختارهم رئيس الجمهورية من بين ذوي الاختصاص، ومن بينهم رئيس السّلطة الوطنية، ومن قضاةٍ يقترحهم المجلس الأعلى للقضاة من بينهم قضاةُ المحكمة العليا ومجلس الدولة، وعضوًا من كلّ غرفة من البرلمان يتمّ اختيارُهم من قِبل رئيس كلّ غرفة بعد التّشاور مع رؤساء المجموعات البرلمانية، وكذا ممثّلي القطاعات ذات الصِّلة بنشاطها. وتُكلّف بالسّهر على مطابَقة معالجة المعطيات ذات الطّابع الشّخصي لأحكام هذا القانون.

أ- تشكيلة السلطة الوطنية:

نصّت المادة 23 من القانون 18-07 سَالِف الذّكر، أنّ تشكيلة السُّلطة الوطنية تتكون من 13 عضوًا على النحو التالي:

- ثلاث شخصيات (3) من بينهم الرئيس يختارهم رئيس الجمهورية من بين ذوي الاختصاص في مجال عمل السّلطة الوطنية.

- ثلاثة قضاة (3) يقترحهم المجلس الأعلى للقضاء من بين قضاة المحكمة العليا ومجلس الدولة.

-عضو واحد (1) عن كل غرفة من البرلمان يتمّ اختيارُه من قِبل رئيس كلِّ غرفة بعد التّشاور مع رؤساء المجموعات البرلمانية.

- ممثل عن المجلس الوطني لحقوق الإنسان.
- ممثل عن وزير الدفاع الوطني.
- ممثل عن وزير الشؤون الخارجية.
- ممثل عن وزير مكلف بالداخلية.
- ممثل عن وزير العدل حافظ الأختام.
- ممثل عن الوزير المكلّف بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية والتكنولوجيات والرقمنة.
- ممثل عن الوزير المكلف بالصحة.
- ممثل عن وزير العمل والتشغيل والضمان الاجتماعي.

ويتمّ اختيارُ أعضاء السّلطة الوطنية حسب اختصاصهم القانوني و/أو التقني في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشّخصي، كما يمكن للسّلطة أن تستعين بأيِّ شخص مؤهّل من شأنه مساعدتُها في أشغالها. وتحدّد عضوية رئيس وأعضاء السلطة بموجب مرسوم رئاسي لمدة 05 سنوات قابلة للتجديد.[14]

ب- مهام السّلطة الوطنية لحماية المعطيات الشّخصية:

تتولّى السّلطة الوطنية مهامّ متعدّدة لِحماية المعطياتِ الشّخصية حسب مقتضيات المادّة 25 من نفس القانون 18-07، وتكلَّف السّلطة الوطنية بالسّهر على مطابقةِ معالجة المعطيات ذات الطابع الشّخصي لأحكام هذا القانون، وضمانِ عدمِ انطواء استعمال تكنولوجيَا الإعلام والاتّصال على أيّ أخطار تجاه حقوق الأشخاص والحرّيات العامّة والحياة الخاصّة. وتتمثل مهامُّها فيما يلي:

- منح التّراخيص وتلقّي التّصريحات المتعلّقة بمعالجة المعطيات ذات الطّابع الشّخصي.
- إعلام الأشخاص المعنيّين والمسؤولين عن المعالجة بحقوقهم وواجباتهم.
- تقديم الاستشارات للأشخاص والكيانات التي تلجأ لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، التي تقوم بتجارب أو خبراتٍ من طبيعتها أن تؤدّيَ إلى مثل هذه المعالجة.
- تلقّي الاحتجاجات والطّعون والشّكاوَى بخصوص تنفيذ معالجة المعطيات ذات الطّابع الشّخصي وإعلام أصحابها بمآلها.
- التّرخيص بنقل المعطيات ذاتِ الطّابع الشّخصي نحو الخارج، وفقًا للشّروط المنصوص عليها في هذا القانون.

- الأمر بالتغييرات اللّازمة لحماية المعطيات ذات الطّابع الشّخصي للمعالجة.

- الأمر بإغلاق معطياتٍ أو سحبِها أو إتلافِها.

- تقديم أيّ اقتراحٍ من شأنه تبسيط وتحسين الإطار التشريعي والتنظيمي لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

- نشرُ التّراخيص الممنوحة والآراء المُدلى بها في السِّجلّ الوطني المُشار إليها في المادّة 28 من هذا القانون.

- تطويرُ علاقاتِ التّعاون مع السُّلطات الأجنبية المماثلة مع مراعاة المعاملة بالمثل.

- إصدارُ عقوبات إدارية وفقًا للمادة 46 من هذا القانون.

- وضعُ معاييرَ في مجال حماية المعطيات ذات الطّابع الشخصي.

- وضعُ قواعدِ السّلوك والأخلاقيات التي تخضع لها معالجةُ المعطيات ذات الطّابع الشّخصي.

كما تتوفّر السُّلطة الوطنية على صلاحية البحث والتحرّي التي تمكِّن أعوانها المفوَّضين لهذا الغرض من القيام بالتحرّيات المطلوبة، ومعاينة المحلّات والأماكن التي تتمّ فيها المعالجة، وفي إطار ممارسة السّلطة الوطنية لمهامِها تُخطر النّائب العامّ المختصّ فورًا في حالة معاينة وقائع تحتمل الوصف الجزائي، كما يتوجّب على رئيس وأعضاء السّلطة الوطنية المحافظة على الطّابع السِّرّي للمعطيات الشخصية والمعلومات التي أطلعوه بهذه الصّفة، ولو بعدَ انتهاءِ مهامِّهم، ما لم يوجد نص قانون يقضي بخلاف ذلك.[15]

2- صور الجزاءات الإدارية للسّلطة الوطنية:

للسّلطة الوطنية صلاحيةُ اتّخاذِ إجراءات إدارية في حقّ المسؤول عن المعالجة في حال خرقِه لأحكام القانون 18-07 من خلال المواد 46 و47 و48، وتتمثّل هذه الإجراءات الإدارية في:

- الإنذار. - الإعذار.

- السّحب المؤقت لمدّة لا تتجاوز سنة أو السّحب النّهائي لوصل التّصريح أو التّرخيص.

- الغرامات المالية مقدرة بـ500.000 دج ضدّ كلِّ مسؤول عن المعالجة والذي إمّا:

- الذي يرفض دون سببٍ شرعيّ حقوقَ الإعلام والولوج، أو التّصحيح، أو الاعتراض المنصوص عليه في المواد 32-34-35-36 من القانون 18- 07 السّالف الذّكر.

- الذي لا يقوم بالتبليغ المنصوص عليه في المواد 4 و14 و16 من هذا القانون.[16]

أمّا في حالة العود تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 64 من نفس القانون، وتكون قراراتها في هذا المجال قابلةً للطّعن أمام مجلس الدّولة وفق التشريع السّاري المفعول وهو ما نصت عليه المادة 46 من نفس القانون المشار إليه.

كما تقوم السُّلطة الوطنية بإعداد تقرير سنويّ حول نشاطِها يُرفع إلى رئيس الجمهورية، كما يتعيّن على رئيسها وأعضائها المحافظة على الطّابع السّرِّي للمعطيات حتى بعد انتهاء مهامّهم،[17] على أن يستفيدوا من حماية الدّولة ضد التّهديدات أو الإهانات أو الاعتداءات التي يتعرضون لها خلال مزاولة العمل خلال عهدتهم لمدّة 05 سنوات.

ثانيا- الحماية الجزائية (صور الجرائم الماسّة بالمعطيات الشخصية)

نظرًا للطّبيعة الخاصّة لهذه الجرائم، فقد خصّها المشرّع الجزائري ببعض القواعد الإجرائية التي ترتبط بضبط الجرائم على وجه الخصوص وتحريك الدّعوى العمومية، بنصّ المشرّع في المادّة 50 من القانون 18-07 سالف الذّكر أنه "إضافةً إلى ضباط وأعوان الشّرطة القضائية، يؤهَّل أعوان الرّقابة الآخرون الذين تلجأ إليهم السّلطة الوطنية للقيام بالبحث ومعاينةِ الجرائم المنصوصِ عليها في أحكام هذا القانون، تحت إشراف وكيل الجمهورية، كما تُعايَن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بواسطة مَحاضرَ يجب أن توجَّه فورًا إلى وكيل الجمهورية المختصّ إقليميًا.[18]

تضمّن القانون رقم 18-07 المتعلِّق بحماية المُعطيات الشّخصية، قواعدَ جزائية متعلّقة بحماية المعطيات ذات الطّابع الشّخصي، ضمانًا لحقوق الأفرادِ في الحياة الخاصّة. وسيتمّ تقسيمها إلى: الجرائم الماسّة بالقواعد الموضوعية، والجرائم الماسّة بالقواعد الإجرائية، حسب القانون 18-07.

1- الجرائم الماسّة بالقواعد الموضوعية للمعالجة:

جرَّم المشرّع الجزائري جُملةً من الأفعال التي تشكّل خرقًا للقواعد التي يلزَم مراعاتُها عند القيام بكلّ معالجةٍ للمعطيات ذاتِ الطّابع الشّخصي،[19] كما يعاقَب الشّخص المعنوي الذي يرتكب الجرائمَ المنصوصِ عليها في هذا القانون، وفقًا للقواعد المنصوصِ عليها في قانون العقوبات، مع إمكانيةِ تعرّض الذين يخالفون أحكامَ هذا القانون إلى العقوبات التكميلية المنصوصِ عليها في قانون العقوبات. ويمكن الأمر بمسحِ كلّ أو جزءٍ من المعطيات ذات الطّابع الشّخصي التي هي محلّ معالجة والتي نتج عنها ارتكاب الجريمة.[20] وتشمل نوعين من الجرائم: جريمة المعالجة غير المشروعة، وجريمة الاستعمال غير المشروع للمعطيات.

أ- جريمة المعالجة غير المشروعة للمعطيات ذات الطّابع الشّخصي:

يجبُ على المسؤولِ عن المعالجة وضع التّدابير التّقنية والتّنظيمية الملائمة لحماية المعطياتِ ذات الطّابع الشّخصي من الإتلاف العرَضي أو غيرِ المشروع أو الضّياع العرضي أو التّلف أو النّشر أو الولوج غيرِ المرخَّصين، خصوصًا عندما تستوجب المعالجةُ إرسالَ مُعطياتٍ عبرَ شبكةٍ معينة، وكذا حمايتَها من أي شكلٍ

من أشكالِ المعالجةِ غير المشروعة. كما يجب أن تضمنَ هذه التدابيرُ مستوًى ملائِمًا من السّلامة بالنّظر إلى المخاطر التي تمثِّلُها المعالجة وطبيعةُ المعطيات الواجب حمايتها.[21]

وفقًا لأحكام المواد 57 و58 وكذا 59 من القانون 18-07، نصّت المادة 57 على أنه "يعاقَب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 200.000 إلى 500.000 دج كلُّ من قام دونَ الموافقةِ الصّريحة للشّخص المعنيّ، وفي غير الحالات المنصوص عليها في هذا القانون، بمعالجة المعطيات الحساسة". أمّا المادّة 58 من نفس القانون فقد نصّت على أنّه "يعاقَب بالحبس من 06 أشهر إلى سنة وبغرامة من 60.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط؛ كلُّ من قام بإنجاز أو باستعمال معالجة معطياتٍ لأغراض أخرى غيرَ تلك المصرَّح بها أو المُرخَّص لها". وكذا المادّة 59 من نفس القانون "يعاقَب بالحبس من سنةٍ إلى ثلاثِ سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 300.000 دج كلُّ من قام بجمع مُعطيات ذاتِ طابعٍ شخصي بطريقة التدليس أو بطريقةٍ غير نزيهة أو غير مشروعة". وكذا المادّة 65 في فقرتها الثّانية التي تنص أنّه "يعاقَب بنفس العقوبة كلُّ من قام بالاحتفاظ بالمعطياتِ ذات الطّابعِ الشّخصي بعد المدّة المنصوصِ عليها في التّشريع السّاري المفعول، أو تلكَ الواردة في التصريح أو الترخيص".

ب- جريمة الاستعمال غير المشروع للمعطيات:

وتتحقق بارتكاب أحدِ الأفعالِ التّالية:

- ارتكابُ الجريمة من قِبل أشخاصٍ معيّنين. قد يكونُ المسؤولُ عن المعالجة أو المعالِج من الباطن وكلّ شخص مكلّفٍ بحكم مهامّه بمعالجة المعطياتِ ذات الطّابع الشّخصي، فحسب مقتضيات المادة 69 من القانون 18-07 بنصّها على أنه "يعاقَب بالحبس من سنةٍ إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000دج إلى 500.000 دج؛ كلُّ مسؤول عن معالجة وكل معالجٍ من الباطن وكلّ شخصٍ مكلَّف بالنّظر إلى مهامّه بمعالجة معطياتٍ ذات طابعٍ شخصي يتسبّب أو يسهّل - ولو عن إهمال - الاستعمالَ التعسّفي أو التدليسي للمعطيات المعالجة أو المستلمة أو يوصلها إلى غير المؤهلين لذلك"، مع تعرّض الأشخاص الذين يخالفون هذا القانون إلى العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات حسب مقتضيات المادة 71 من نفس القانون.

ج- الجرائم المتعلقة بحقوق الشخص المعني:

خوّل المشرّعُ الجزائري للأشخاص المعنيّين بمعالجة المُعطيات ذاتِ الطّابع الشّخصي مجموعةً من الحقوق في مواجهة المسؤولِ عن المعالجة، وذلك بُغية تمكينِهم من حماية حياتِهم الخاصّة من كلّ اعتداء، وخصّها المشرّع في الباب الرّابع من القانون 18-07... وكلُّ اعتداءٍ على الحقوق يشكّل فعلًا مجرمًا، كإجراء المعالجةِ رغم اعتراضِ الشّخص المعني، رفض حقوق الإعلامِ أو الولوجِ أو التّصريحِ أو الاعتراض. ومن بين

الجرائم المتعلّقة بحقوق المعنيّ كلُّ معالجة يجريها المسؤول عن المعالجة دون أخذ الموافقة الصّريحة من الشّخص المعني، ودُون أن تكون هذه المعالجةُ مُدرجةً ضمن الحالات الضّرورية المنصوص عليها قانونًا، وهو ما نصّت عليه المادّة 55 من القانون 18-07 بنصّها على أنه "يعاقَب بالحبس من سنةٍ إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 300.000 دج كلُّ من قام بمعالجة المعطيات ذاتِ الطّابع الشّخصي خرقًا لأحكام المادة 07[22] من هذا القانون. ويعاقَب بنفس العقوبةِ كلُّ من يقوم بمعالجة معطياتٍ ذاتِ طابعٍ شخصيّ رغم اعتراض الشّخص المعني، عندما تستهدفُ هذه المعالجة لاسيَما الإشهار التّجاري أو عندما يكون الاعتراض مبنيًا على أسباب شرعية".

2- الجرائم الماسة بالقواعد الإجرائية الشكلية للمعالجة:

إنّ القيامَ بمعالجة المعطياتِ ذات الطّابع الشّخصي يتطلب ضرورةَ احترامِ جملةٍ من القواعد الإجرائية التي نصّ عليها المشرّع بهدف حماية الأشخاص الطّبيعيين ،حيث يُلزمُ المسؤولَ عن المعالجة قبل إجرائِها بضرورة القيامِ ببعض الشّكليات، ومخالَفةُ هذه الشّكليات يعدُّ جريمةً معاقبٌ عليها. وهذا لضمانِ أمنِ هذه المعطيات.

أ- الجرائم المتعلّقة بالإجراءات المسبقة عن المعالجة:

قبل إجراءِ معالجة المعطيات ذات الطّابع الشّخصي، ضرورةُ تقديم المسؤول عن المعالجة تصريحًا بذلك أو حصولُه على ترخيصٍ من قِبل السّلطة الوطنية لحماية المُعطيات ذات الطّابع الشّخصي، وفقًا لما وردَ في الفصْل الثاني بعنوان الإجراءات المسبقة عن المعالجة للمادّة 12 من القانون 18-07 بنصّها "ما لم يوجد نصٌّ قانونيٌّ يقضي بخلاف ذلك، تخضع كلُّ عمليةِ معالجةِ معطياتٍ ذاتِ طابعٍ شخصي لتصريح مسْبقٍ لدى السّلطة الوطنية أو لترخيصٍ منها طبقًا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون، وكلّ معالجةٍ يُجريها المسؤول عن المعالجة في غياب التّصريح أو التّرخيص تعدُّ جريمةً معاقبٌ عليها وِفق المادّة 56 من القانون 18-07، ويعاقَب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 500.000 دج، وعليه تتحقّق هذه الجريمة بأحد الأفعال التّالية:

- كلُّ من يُنجِز أو يأمر بإنجاز معالجة معطيات ذات طابع شخصي، في غياب التّصريح أو التّرخيص، مخالفة لأحكام المادة 12 من نفس القانون.

- في حالة تقديم تصريحاتٍ كاذبة أو مواصلةِ نشاطِ معالجة المعطيات رغم سحب وصل التّصريح أو التّرخيص الممنوح له حسب ما نصّت عليه المادّة 56 فقرة ثانية من القانون 18-07.

ب- نقل المعطيات ذات الطابع الشخصي نحو دولة أجنبية:

إنّ خرْق أحكام المادّة 44 من القانون 18-07[23] من قِبل المسؤول عن المعالجة، والذي يُعدّ إحدى صورِ المخاطر التي تهدّد حقَّ الأفراد في حماية حياتِهم الخاصّة، والذي يَتمّ مخالفةً للقواعد الشّكلية لمعالجة المُعطيات الشخصية في حالة تمّ دون ترخيصٍ من السّلطة الوطنية، وهي جريمة عمدية مُعاقَبٌ عليها بأحكام المادّة 67 من نفس القانون بنصّها "يعاقَب بالحبس من سنةٍ إلى خمس سنوات وبغرامة من 500.000 دج الى 1.000.000 دج كلُّ من يَنقل معطياتٍ ذات طابعٍ شخصي نحو دولة أجنبية خرقًا لأحكام المادة 44 من هذا القانون".

ومن الجرائم المتعلّقة بالإجراءات المسْبقة عن المعالجة كذلك، كلُّ من قام في غير الحالات المنصوصِ عليها قانونًا، بوضعِ أو حفظِ في الذّاكرة الآلية المعطياتِ ذات الطّابع الشّخصي بخصوص جرائمَ وإداناتٍ أو تدابيرَ أمن. ويتعلّق الأمرُ بالمعطيات الشّخصية المتعلّقة بالجنايات أو الجُنح أو المخالفاتِ المرتكَبة من قِبل شخصٍ معيّن، وبالإدانات الصّادرة بشأنها من طرف القضاء، وكذا التدابير الوقائية المتّخذة من قِبله. فكلُّ معالجةٍ بهذه المعطيات تُعدّ جريمةً معاقَبٌ عليها بموجب المادّة 68 من القانون 18-07،[24] "فهذا النّوعُ من المعالَجة ممنوعٌ في القطاع الخاصّ، ولا تخصّ معالجتُها إلا الهيئات القضائية مثلا".[25]

عدمُ اتّخاذِ إجراءاتِ حمايةِ المعطيات طِبقًا لنصّ المادّة 65 من القانون 18-07 بنصّها "دون الإخلالِ بالعقوبات الأشدّ، المنصوصِ عليهَا في التّشريع السّاري المفعول، يُعاقَب بغرامة من 200.000 إلى 500.000 دج المسؤولُ عن المعالجةِ الّذي يخرق الالتزاماتِ المنصوصِ عليها في المادّتين 38 و39 من هذا القانون "وتتحقّق الجريمةُ في حالة عدمِ اتّخاذِ التّدابير التّقنية والتّنظيمية الملائِمة لحماية المُعطيات ذات الطّابع الشّخصي من الإتلاف العرضي أو غيرِ المشروع، أو الضّياع العرضي أو التّلف، أو النّشر أو الولوج غير المرخّصيْن، خصوصًا عندما تستوجب المعالجةُ إرسالَ معطياتٍ عبر شبكة مُعيّنة، وكذا حمايتَها من أيّ شكلٍ من أشكال المعالجةِ غيرِ المشروعة.

ج- الجرائم المتعلّقة بإجراءات الحماية والتّعاون مع السّلطة الوطنية:

ألزم المشرّعُ الجزائري كلَّ مسؤولٍ عن معالجة المعطيات الشّخصية بضرورة اتّخاذِ مجموعةٍ من الإجراءات والتّدابير بهدف حمايةِ المعطيات الشّخصية محلّ المعالجة، وكل إغفالٍ أو تقصير في اتّخاذها يشكّل جريمةً معاقَبٌ عليها قانونًا. ومن أجل تمكين السّلطة الوطنية من ممارسةِ اختصاصِها، ألزم القانون 18-07 ضرورةَ التعاون مع السّلطة الوطنية وكلُّ إخلال بذلك يعدُّ جريمةً يعاقِب عليها القانون:

- جريمة الامتناع عن التعاون مع السّلطة الوطنية وفقًا لنص المادة 61 من القانون 18-07 بنصها: "يعاقَب بالحبس من ستّة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 60.000 دج إلى 200.000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كلّ من عرقل عمل السّلطة الوطنية إمّا:
- بالاعتراض على إجراء عملية التّحقق في عين المكان.
- عن طريق رفض تزويد أعضائها أو الأعوان الذين وُضعوا تحت تصرّفِها بالمعلومات والوثائق الضّرورية لتنفيذ المهمّة الموكلة إليهم من طرف السّلطة الوطنية أو إخفاء أو إزالة الوثائق أو المعلومات المذكورة.
- عن طريق إرسال معلوماتٍ غير مطابقة لمحتوى التّسجيلات وقتَ تقديم الطّلب أو عدم تقديمها بشكل مباشرٍ و واضح.

وعليه، فكلُّ عرقلةٍ لعمل السّلطة الوطنية، إمّا بالاعتراض على إجراء عملية التّحقّق في عين المكان أو عن طريق رفض تزويد أعضائها أو الأعوان الذين وُضعوا تحت تصرُّفها، بالمعلومات والوثائقِ الضّرورية لتنفيذ المهامّ من طرف السُّلطة الوطنية، أو إخفاءِ أو إزالة الوثائق أو المعلومات، أو عن طريق إرسالِ معلوماتٍ غير مطابقةٍ لمحتوى التسجيلات وقتَ تقديم الطّلب أو عدم تقديمها بشكل واضح. وكذا ما نصّت عليه المادة 66 من نفس القانون المتعلّقة بامتناع مقدّم الخدمة عن إعلام السّلطة الوطنية والشّخصَ المعني بكلّ انتهاك للمعطيات الشخصية.

خاتمة:

أصدرَ المشرّع الجزائري القانون رقم 18-07 المتعلّقَ بحماية الأشخاصِ الطّبيعيين في مجال معالجة المعطياتِ ذات الطّابع الشّخصي، مِن أجل سدِّ الفراغ التّشريعي، ولِيضمنَ الحمايةَ القانونية للحياة الشّخصيةِ للأفراد ومنها المُعطياتُ ذاتُ الطّابع الشّخصي، ولِيتصدّى لآثار التّقدّم السّريعِ لتكنولوجيا الإعلام والاتّصال، وفي إطار مواصلةِ تحديثِ المنظومة التّشريعيّة الوطنية مع المستجدّات الحاصلة على المستوى الدّولي، لاسيَما في إطار عصرنة العدالة التي انتهجتها الجزائر، ولكي تلتحقَ بركبِ الدّول المتقدّمة التي سنّت قانونًا خاصًّا بحماية المعطيات الشّخصية بالنّظر لخصوصيتِها وحساسيتِها؛ ومن ثَمَّ نُقدّم التّوصيات التالية:

- تكثيف الجهودِ الوطنية ونشر الوعي في جميع المرافق والأوساط التعليمية على جميع المستويات.
- عقد دورات تكوينيَّة للقضاة وأعوان القضاء ولضبّاط الشّرطة القضائية حتى يتمكّنوا من فهم العديد من التقنيات من أجل تبادل الخبرات وإنشاءِ محاكمَ متخصّصة لهذه الظّاهرة الإجرامية.
- توسيع آلياتِ التّعاونِ الدّولي فيمَا يخصّ التّحقيقَ وتسليمَ المجرمين، وتعزيزَ الجهودِ الدّولية وإبرامَ اتّفاقية خاصّةٍ بمكافحة الإجرام المعلوماتي بين الدُّول العربية، والإسراعَ في تجسيد مشروعِ الحكومة الإلكترونية لِما لهُ

من فوائدَ في تطويقِ الجريمة وعدمِ استفحالها أكثر فأكثر، والاستفادةَ من خبراتِ الدّول السّبّاقةِ في مكافحة هذه الجرائم.

- التّعجيل بتنصيب السّلطةِ الوطنية لِحماية المعطيات ذات الطّابع الشّخصي من أجلِ العمل بأحكام القانون.

- تكثيف الوعي الثّقافي للأفراد من خلال وسائلِ الإعلام حول البياناتِ الشّخصية والتّنبيه بالمخاطر المرتبطة به.

- تهيئة الأرضية التِّقنية والبُنية التّحتية للتكنولوجيا في جميع مجالات الحياة في قطاع الصّحةِ والتّعليم والتّجارة وقطاع العدالة، من خلال تفعيلِ البرامج الحمائية، والقضاء على الفجوة الرَّقمية التي أصبحت عائقًا أمام التّطبيق الفِعلي لأحكام القانون 18-07.

الهوامش:

[1] محمد أحمد عبد الحميد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والالكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية- مصر، 2015، ص 19.

[2] أحمد خليفة الملط، الجرائم المعلوماتية - دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، 2006، ص 68.

[3] خلف فاروق، الآليات القانونية لمكافحة الجريمة المعلوماتية، ملتقى وطني "الجريمة المعلوماتية بين الوقاية والمكافحة"، جامعة محمد خيضر- بسكرة ، يومي 16و17 نوفمبر 2015، ص 01.

[4] القانون 09-04 المؤرخ في 05 أوت 2009، المتضمن للقواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 47 الصادرة بتاريخ 2009.

[5] يوسف زروق، محمد العيداني، حماية المعطيات الشخصية في الجزائر على ضوء القانون رقم 18-07، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، جامعة الجلفة، العدد 5 ، ديسمبر 2018 ، ص 117.

[6] المادة 03 من القانون 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

[8] المادة 3 فقرة 2 من القانون 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

[9] يحي تومي، الحماية القانونية للمعطيات ذات الطّابع الشخصي على ضوء القانون 18-07، دراسة تحليلية ،مجلة الاستاد الباحث للدراسات القانونية والسياسية،المجلد4 العدد02 سنة 2019 ،ص 1525.

[10] يحي تومي، مرجع سابق، ص 1526.

[11] القانون 18-07 المؤرخ في 10يونيو 2018 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 34.

[12] المادة 03 فقرة 03 من القانون 18-07 سالف الذكر.

[13] يحي تومي، مرجع سابق ،ص 1530.

[14] المادة 23 من القانون 18-07 سالف الذكر.

[15] المادة 26 من القانون 18-07 .

[16] حسب أحكام المادة 47 من القانون 18-07 سالف الذكر.

[17] فتيحة حزام، الضمانات القانونية لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، دراسة على ضوء القانون 18-07، مجلّة الاجتهاد للدّراسات القانونية والاقتصادية، المجلّد 8، العدد 4، 2019، جامعة بومرداس، ص 293.

[18] المادة 51 من القانون 18-07 سالف الذكر.

[19] عائشة بن قارة مصطفى، مرجع سابق، ص 754

[20] حسب مقتضيات المادة 71 من القانون 18-07.

[21] حسب أحكام المادة 38 الواردة في الفصل الأول بعنوان "سرية وسلامة المعالجة، الباب الخامس، حول التزامات المسؤول عن المعالجة في القانون 18-07 سابق الذكر.

[22] تنص المادة 07 من القانون 18-07 على أنه "لا يمكن القيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي إلا بالموافقة الصريحة للشخص المعني. - إذا كان الشخص المعني عديم أو ناقص الأهلية، تخضع الموافقة للقواعد المنصوص عليها في القانون العام - يمكن للشخص المعني أن يتراجع عن موافقته في أي وقت".

[23] بنصّها "لا يجوز للمسؤول عن المعالجة نقل المعطيات ذات الطابع شخصي إلى دولة أجنبية إلا بترخيص من السلطة الوطنية، وفقا لأحكام هذا القانون، وإذا كانت هذه الدولة تضمن مستوى حماية كافٍ للحياة الخاصة والحريات والحقوق الأساسية للأشخاص، إزاء المعالجة التي تخضع لها المعطيات، أو التي قد تخضع لها؛ تقدِّر السلطة الوطنية المستوى الكافي من الحماية التي تضمنها دولة معينة، لاسيَما وفقًا للمقتضيات القانونية المعمول بها في هذه الدولة، ولإجراءات الأمن المطبقة فيها، وللخصائص المتعلقة بالمعالجة مثل غاياتها ومدّتها وكذا طبيعة وأصل ووجهة المعطيات المعالجة".

[24] بِنصّها "يعاقب بالحبس من ستة شهور إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 60.000 دج إلى 300.000 دج، كلُّ من قام في غير الحالات المنصوص عليها قانونًا بوضع أو حِفظ في الذاكرة الآلية المعطياتِ ذات الطابع الشخصي بخصوص جرائم أو إدانات أو تدابير أمن".

[25] عائشة بن قارة مصطفى، مرجع سابق، ص 755.

المنافسة الحرّة وآليات حماية الاقتصاد الوطني في مجال الصّفقات العمومية

ط. د. محمّد العنتري *

ملخّص:

لمَّا كانت العقود الإدارية أهمَّ أداةٍ لإنجاز الخطط المرسومة، ولمَّا كانت الإدارة في إبرامها لهذه العقود تسعى لتحقيق المصلحة العامّة، وجب إخضاعُها لجملة من القواعد والإجراءات بغرض ضمان عدمِ حيادِها أو خروجِها عن تحقيق المصلحة العامة. وإيمانًا من المشرّع بأن المنافسةَ تشكِّل أحدَ ركائزِ النظام الليبرالي، حرَص على سنِّ قوانينَ مناسبةٍ تكرِّس حرّية المنافَسة في عمل الإدارة في إبرام الصّفقة العمومية.

تهدف هذه الدّراسة إلى التطرّق إلى تزايد حِدَّة المنافسة والآليات القانونية التي وضعها المشرّع لتعزيز مشاركات المؤسّسات الوطنية في إنجاز المشاريع التنموية من جهة، وحماية الاقتصاد الوطني من حِدَّة منافسة المؤسسات الأجنبية للمؤسسات الوطنية، وإعادة التوزان في المراكز القانونية للصّفقة العمومية من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية: الصفقة العمومية؛ المنافسة؛ هامش الأفضلية؛ المؤسسات الصغيرة والمتوسطة؛ الاستثمار الأجنبي.

Abstract

Whereas administrative contracts are the most important tool for implementing the plans drawn up, and since the administration in concluding these contracts seeks to achieve the public interest, they must be subject to a set of rules and procedures in order to ensure that they are not neutral or deviated from achieving the public interest, and because of the legislator's belief that competition is one of the pillars of the liberal system, He was keen to enact appropriate laws that enshrine freedom of competition in the work of the administration in concluding the public deal, the study aims to address the increasing intensity of competition and the legal mechanisms established by the legislature to enhance the participation of national institutions in the completion of development projects from this area, protect the national economy from the intensity of competition from foreign institutions to national institutions, and re-balance the legal centers of the public procurement on the other hand.

Keywords: Public deal; Competition; Preference margin; Small and medium enterprises; Foreign investment.

* عضو المخبر المتوسطي للدراسات القانونية. جامعة أبو بكر بلقايد– تلمسان.

مقدّمة:

إنّ المتمعّن في الاقتصاد الوطني يرى أنّه عرف تحوّلاتٍ وتحدّياتٍ اقتصادية كبيرة، لاسيَما في ظلّ الأزمة الاقتصادية التي شهدتها الجزائر، والتي أدركت من خلالها الدّولة فشلَ سياسةِ الاقتصاد الموجَّه الذي كان مبنيًا على تهميش المبادراتِ الخاصّة وتقييدها، واحتكارِ غالبية الأنشطة الاقتصادية، إلى جانب عجز المؤسّسات العمومية على إحداث التّنمية.

ونتيجةً لذلك أحدثت الدولة الجزائرية إصلاحاتٍ اقتصادية كثيرة، وكيَّفت منظومتَها التشريعية فيما يخص الصفقات العمومية مع ما يتطلّبه اقتصاد السّوق، من حرّية المنافسة التي تُعدّ إحدى سمات النّظام الليبرالي الذي كرَّس فكرةَ حريةِ التجارة والصناعة. لذلك سعت الجزائر إلى تحسين الإطار القانوني لصفقات المتعامل العمومي، بما يسمح بحرية المنافسة بين المتعاملين في مجال الصفقات العمومية سواءٌ أكانوا وطنيين أو أجانب، باعتماد مبادئ المساواة وحرية الوصول للطلبات العمومية، عملًا بأحكام الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدَّل والمتمَّم، في المادة 02 منه فقرة 02 : "تُطبَّق أحكام هذا الأمر على... الصفقات العمومية بدءًا من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة".

غيرَ أنَّ هذه الفكرة القائمة على نظام اقتصادي ليبرالي، اصطدمت بالقطاع الخاص الجزائري الهشّ، والذي تسعى الدولة إلى تطويره وتفعيل دوره في النهوض بالاقتصاد الوطني، بحمايته من المنافسة القويّة للمتعاملين الأجانب، وذلك بإدراج المشرّع الجزائري لبعض الأحكام التي تعدُّ استثناءً عن مبدأ المساواة وحرية الوصول للطلب العمومي، والتي زادت حدَّتُها مع صدور المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلّق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يتصدّرها مبدأُ الأفضلية الوطنية والصفقات المحجوزة دعمًا للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة... وعليه نطرح الإشكالية الآتية:

- ✓ إلى أيّ مدى استطاع المشرّع الجزائري تنظيمَ الصفقاتِ العمومية في إطار المنافسة الحرة لحماية الاقتصاد الوطني؟

وتأسيسًا على ما تقدَّم، سوف نحاول معالجةَ هذا الموضوع من خلال إبرازِ المنافسة الحرَّة وعلاقتِها بالصّفقات العمومية (المبحث الأول) باعتبار هذه الأخيرة -الصّفقة العمومية- أداةً استراتيجية في تنمية الاقتصاد الوطني؛ ثمَّ من خلال ما وضعه المشرّع من آلياتٍ قانونية لحمايته في ظلّ تنامي المنافسة القوية للمتعاملين الأجانب، في مواجهة القطاع الخاص الهشّ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: المُنافسة الحرّة في مجال الصّفقات العمومية

إنّ مبدأ حرّية المنافسة يسعى للموازنة بين ترسيخ الشّفافية والحفاظ على مصالح الفاعلين الاقتصاديين في القطاع الخاص، ولم يتأتَّ ذلك إلّا من خلال تطوّرات اقتصادية عرفتها الدّول الليبرالية، والتي كان لها تأثير على التّشريعات الوطنية والدّولية.

المطلب الأول: مفهوم المنافسة الحرّة و مصدرها

شكّلت المنافسة الحرّة أحدَ مبادئ النظام الليبرالي وركنًا من أركان اقتصاد السوق، وعنصرًا فاعلًا لضمان تحقيقِ منافعَ لكلِّ أطرافه، فهي توفِّر حافزًا لاستمرارية التّطوير والابتكار من جانب منتجي السِّلع ومقدِّمي الخدمات. ويُعتبر مصطلح "المنافسة" أحدَ المصطلحات التي شغلت بال الكثير من المشتغلين بالاقتصاد، وهذا لأنّ كلمة "المنافسة" كلمةٌ فضفاضة وغامضة، ولِذا فإن التصدّي لمفهوم المنافسة وبدقّة يعدُّ من المقتضيات الأساسية للخوض في الموضوع.

الفرع الأول: تعريف المنافسة الحرّة

إنّ المنافسة من السّنن الفطرية والكونية للبشر، وتهدف إلى التّفوق في مجالات الأعمالِ والأنشطة أيًّا كانت طبيعتُها، وتاريخ المنافسة بدأ مع بداية الخلق كحقٍّ طبيعي للإنسان. وقد واكب القانونُ ذلك واعترف بهذا الحقّ، وقرَّر حمايتَه بجزاءات مختلفة، وبيانَ العملِ المشروع واختلافه عن العمل غير المشروع في الأداء التنافسي. ولمَّا كانت تلك الأعمال غير المشروعة في المنافسة لا حصْر لها، فإنّ مجال هذه الحماية تجاوز بكثير دائرةَ الملكية الصناعية التي قرَّرها المشرّع، ليتَّسع مجالُ الحماية ليشملَ جميع المراكز القانونية الموضوعية النّاجمة عن المنافسة.[1]

أولا- التعريف اللغوي

التّنافسُ في اللغة العربية هو نزعةٌ فطريةٌ تدعو إلى بذل الجهد في سبيل التشبُّه بالعظماء واللحاق بهم،[2] فيقال مثلًا: نافس فلانًا في كذا، أي سابَقه فيه وباراه فيه من غير أن يُلحق الضّررَ به، والتنافس من المنافسة وهي الرّغبة في الشّيء والانفراد به، وهو عن الشيء النّفيس الجيد من نوعه، وفي القرآن الكريم إشارة واضحة إلى كلمة التنافس من خلال حثِّ الله عزَّ وجلَّ عبادَه على عمل الخير والتّنافس فيه، وفي هذا الشأن تقول الآية الكريمة: "خِتامُهُ مِسْكٌ وَفِي ذَلِكَ فَلْيَتَنافَسِ الْمُتَنافِسُون".[3] والمنافسة تُمثّل حجَر الأساس في نظام المبادرة الحرّة، إذْ يتنافس النّاس على أحسن الجامعات وأحسن المِهن إلى غير ذلك... وتشكِّل المنافسة حافزًا قويًّا للفوز والأداء الممتاز.

ثانيا- التعريف الاصطلاحي

وُضعت بشأن المنافسة عدَّةُ تعاريف اصطلاحية نذكر منها:

- أن المنافسة ظاهرة إنسانية تعني تقديم الأفضل بين الآخرين.[4]

- يُقصد بالمنافسة وضعيةُ تنافس اقتصادي بين المؤسّسات المتميزة، بصدد عرض نفس المُنتج السلعي أو الخدماتي داخل السّوق الواحدة تلبيةً للحاجات ذاتِها، على أن يكون لكلّ مؤسسةٍ نفسُ الحظّ من الرّبح أو الخسارة.

- كما تمّ تعريفُها على أنها "تَزاحم التّجار والصُّنّاع على ترويج أكبر قدرٍ ممكنٍ من منتجاتهم أو خدماتهم من خلال جذْب أكبر عددٍ ممكن من العملاء".[5] أو هي "العمل في سوق يتعدّد فيها الممارسون لنفس النّشاط الاقتصادي دون قيد، وتتحقق المنافسة كلَّما كان عددُ البائعين كثيرا".[6]

ونشير إلى أنّه رغم تعدُّد التّعاريف الفقهية للمنافسة، إلّا أنّها جميعًا تصبّ في قالب موحَّدٍ مفادُه أنّ المنافسة كظاهرة إنسانية عمومًا وتجارية على وجه الخصوص، تعني السّعيَ لتقديم الأفضل من قِبل الآخرين، وذلك عن طريق مزاحمة المشروعات بعضها بعضًا، بحثًا عن التّفوق وسعيًا لتحقيقه، فهي عبارةٌ عن لعبة اقتصادية يسعى إليها كل المتدخِّلين في الحياة الاقتصادية، فلا يُتصور وجودُ الرّبح الاقتصادي دون وجود منافسة مع الطّرف الآخر الذي يطمح إلى تحقيق نفس الهدف والغاية، فكل متعامل اقتصادي يجب أن يكون له دورٌ مهمَا كانت قوته أو ضعفه.[7]

وعليه، فالمنافسة تعتبر منهاجًا متكاملًا ونظامًا محْكمًا لبلوغ الرّقيّ الاقتصادي والاجتماعي، حيث تَسهم في تحقيق النّمو والرّفاهية وتحسين الأداء العامّ للاقتصاد في أي دولة.

ثالثا- تعريف المنافسة الحرة في مجال الصفقات العمومية

إذا كانت المنافسة – كما رأينا سالفًا - تعني تنافس المصالح بين التجار والصناع، ومحاولة جذب الزبائن إليهم بأفضل الأسعار وأحسن جودة لتحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح، فإن تحقيق هذه الغاية لن يتأتى إلا باعتماد حرية المنافسة بين الممارسين للنشاط الاقتصادي، لأن الحرية هي جوهر المنافسة، فلا يمكن تصور منافسة حقيقية إلاّ في ظل وجود سوق يتعدّد فيه الممارسون لنفس النشاط الاقتصادي وتكون فيه حرية ممارسة هذا النشاط.

ومنه، فالمنافسة الحرّة هي نظامٌ اقتصادي يعبّر عن مزاحمة بين منتجين وتجّار دون تدخّل من طرف الدولة، لأنّ مبدأ المنافسة الحرة يفترض أن يَلعب كلُّ متنافسٍ دورَه دون عوائق أو حواجز.[8] أما في نطاق الصفقات العمومية فإن حرّية المنافسة تعني حرية الدخول في المناقصة التي تعلن عنها الإدارة، وِفق الحدود التي

يرسمها القانون، وذلك من خلال فتح باب التزاحم الشّريف أمام كلِّ من يودُّ الاشتراكَ في المناقصة، فالمنافسة الحرة بهذا المعنى تقتضي أن يُعامَل كل المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تُعطَ لأقرانه أو على حسابهم.[9]

من مقتضيات هذا المبدأ فتحُ المجال للأشخاص الطبيعيين والمعنويين، المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الإدارة التعاقد عليه، للتّقدم بعروضهم بقصد التعاقد مع أحدهم وِفق الشروط التي تضعها الإدارة وتحدِّدها مسبقًا، فلا يجوز لهذه الأخيرة أن تمنع أيًّا من الرّاغبين في التعاقد من الاشتراك في المناقصة مادامت شروطُها تتوافر فيه.

فإذا ما رغبت الإدارة - ممّثلةً في المصلحة المتعاقدة- في التعاقد، فإن أول إجراء تتقيّد به هو ضرورةُ تحقيقِ المنافسةِ بين الراغبين في التّعاقد معها ممّن تتوافر فيهم المؤهلات اللّازمة، وحتى يتحقّق ذلك، يجب أن تقف المصلحة المتعاقدة موقفًا حياديًا إزاء المتنافسين، فهي ليست حرّةً في استخدام سلطتها التقديرية لتحديد الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعدها، فتلتزم الإدارةُ المتعاقدةُ بالمُلاءمة بين مصلحتها في تنفيذ مشاريع المرفق العام الذي تتولّى تسييرَه في أحسن الظروف، وبين حرية المتنافس في نيل الصّفقة، وذلك بعدم إساءة استخدام سلطتها الإدارية في انتقاء واختيار المتعاقد معها.[10]

الفرع الأول: مصادر المنافسة الحرة

ارتبطت المنافسةُ الحرّة من حيث الظّهور بمبادئ النظام الليبرالي، واقتناع بعض الدّول بفشل النظام الاشتراكي في تحقيق التنمية الاقتصادية، ولعلّ سببَ ظهور المنافسة الحرة يرجع إلى عوامل اقتصادية وتاريخية شكّلت في مجموعها مصدرًا أساسيًا.

أولا- المصادر الدولية

يرتبط مبدأ حرية المنافسة من حيث الظهور بمبدأ حرية الصناعة والتجارة، والذي تجلت مظاهره في فرنسا باسم "مبدأ حرية المبادرة" وذلك عقب الثورة الفرنسية التي نادت باحترام حقوق الإنسان والمواطن سنة 1789، وأثّر ذلك أيضًا على السياسة التشريعية الفرنسية آنذاك، بموجب تشريع 17مارس1791 المعروف باسم "مرسوم ألارد" الذي نص في المادة 07 : "ابتداءً من أول أبريل القادم يكون كل شخص حرًّا في التفاوض أو ممارسةِ أيّ مهنة أو نشاطٍ فنّي أو حِرفة يراها مناسبةً له بعدمَا يلتزمُ بدفع ضريبة"، وبمقتضى هذا المبدأ، لا يجوز للدّولة المساسُ بالمنافسة، أو ممارسة أنشطة اقتصادية أو تجارية بصورة تعيق أو تحول دون المساواة بين المتنافسين، ولا يمنع هذا المرسوم أيضًا الشّخوصَ المعنوية العامّة من ممارسة نشاطٍ اقتصادي ما دامت تتدخّل لتحقيق المصلحة العامّة.

بعد ذلك تمّ تأكيدُ هذا المبدأ بكلّ وضوحٍ في الكلمات الأولى من القانون، قانون توجيه التجارة والصناعات التقليدية، الصّادر في 27ديسمبر1973، حيث نصت المادة الأولى منه على ما يلي: "إنّ الحريةَ والرّغبة في إنشاء المؤسسات هو أساس النشاطات التجارية والحرفية، ويجب أن تمارَس في إطار منافسة واضحة ونزيهة،[11] كما حرصت دولٌ عديدة لاسيَما الأنجلو-أمريكية على النّص صراحةً على تحريم الاتّفاقيات الاقتصادية التي تعيق حرّية المنافسة.[12]

ويجدُ هذا المبدأ ركيزتَه أيضًا في أحكام القضاء الإداري الفرنسي الذي يشكّل المصْدرَ الأساسيّ للقانون الإداري، وفي هذا المقام يُذكر ما أقرّت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 23 ماي 1998 التي بيّنت مغزى هذا المبدأ بقولها "إنّ المقصودَ بحرّية المنافسة هو حقّ الأفراد في التقدّم إلى المناقصة العامّة دون منع الإدارة لأحدٍ منهم أو حرمانِه من حقّه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بأيّ إجراء، سواء أكان عامًّا أو خاصًّا".[13]

ثانيا- المصادر الإقليمية (الوطنية)

لقد انتهجت الدّولة الجزائرية النّظامَ الاشتراكي مباشرة بعد استقلالها عام 1962، لذلك كانت تنظر إلى مبدأ حرّية التّجارة والصّناعة على أنه مبدأ يخالف السيادة الوطنية ومبادئ النظام الاشتراكي.[14] هيمنت الدولة على جميع مجالات النشاط الاقتصادي، واحتكرت ممارسة غالبية النشاطات، وهمّشت المبادرات الخاصة وقيّدتها... غيرَ أنّ الأزمة الاقتصادية التي عاشتها الجزائر في أواخر الثمانينات، أظهرت عيوب الاقتصاد الموجّه، وسلبيات الاعتماد الكلّي على المؤسسات العامّة لإحداث التنمية، واحتكار الدّولة النشاطَ الاقتصادي. ونتيجةً لذلك أحدثت الدّولة الجزائرية إصلاحاتٍ اقتصادية كثيرة، وكيّفت منظومتها التشريعية وِفق ما يتطلّبه نظامُ اقتصاد السوق، وانسحبت تدريجيًا من الحياة الاقتصادية، وفتحت مجال حرّية الاستثمار والتجارة أمام القطاع الخاص، بنص المادة 43 من الدستور الجزائري 1996.

أ- الدستور: تُعتبر حرّية المنافسة قيمةً حقوقية رديفةً لحرّية المبادرة الخاصة التي تضمّنتها أغلبُ الدساتير الحالية، ومن بينها الدّستور الجزائري الذي نصّ على حرية المنافسة ضمن الفصل الخاص بالحقوق والحريات، من خلال منع القانون للاحتكار والمنافسة غير النزيهة، لكن ذلك لا يمنع من اعتبار "الحقّ في المنافسة" ذا قيمة دستورية متأصّلة لصيقة مع حرية الاستثمار التي كرّسها الدستور،[15]وجسّدتها بعد ذلك القوانين العادية الفرعية،[16]ومن ذلك أيضًا ما جاء في المادة 41 من الدستور التي جاء فيها: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمسّ سلامة الإنسان البدنية والمعنوية"، وكذا نصّ المادة 43 بقولها "حرية الاستثمار والتجارة معترف بها وتمارس في إطار القانون".[17]

وبهذا النصّ يكون الدستور قد ضمن حمايةً كافيةً لمبدأ حرية المنافسة، ضدّ كلّ ما يمكن أن يقع من صور التعدّي عليها، سواءٌ أكانت صادرةً من الدّولة أو الخواص، واستبعدَ المشرّع كل الحواجز والعوائق التي تحول دون قيام المؤسّسات الخاصة بالمشاركة في عملية التنمية، بعدما كانت فيما مضى حكرًا على المؤسسات العامة.

وكخلاصة، يمكننا القول بأن حرّية المنافسة كقيمة دستورية يبقى من اختصاص المشرّع، شأنها في ذلك شأن جميع الحريات العامة الأخرى، والتي يعهد الدّستور صراحةً إلى القوانين بحمايتها ووضع القواعد الخاصّة بالضّمانات الأساسية للممارسة هذه الحريات.[18]

ب- التشريع: عَقِب حصول الجزائر على استقلالها، اضطرّ المشرّع تحت دوافع وأسباب موضوعية للاحتفاظ بالقانون الفرنسي المتعلق بالصفقات العمومية، حيث نصّت المادّة الأولى منه على عدم سريانِ مفعولِ كلّ الأحكام المتناقضة مع السيادة الوطنية، وباعتبار الاشتراكية مظهرًا لهذه السّيادة فإن المشرّع لم يفكرْ في خلق قواعد قانونية من أصل ليبرالي، لاسيَما تلك المتعلّقة بمبدأ حرية التجارة والصناعة.

وما يؤكّد نيّة المشرّع في رفض مبدأ حرية التجارة والصناعة، هو إصداره لقانون الأسعار بموجب الأمر رقم 75-37،[19] حيث لم يترك عمليةَ تحديدِ الأسعار لقاعدة العرضِ والطلب، بل تُحدَّدُ أسعارُ المنتجات الصناعية والزراعية وجميعُ الخدمات عن طريق مقرّرات متّخذة بمرسوم أو قرارٍ وزاري، كما أنّه يمكِن أن يكون محلَّ توزيعٍ بالتّساوي على مختلف أنحاء التراب الوطني.[20] لكنّ الوضع لم يبقَ على حاله، بل تغيّر بفعل الأزمات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر في سنوات الثمانينات، والتي أدّت إلى اقتناع الدّولة بعدم قدرة النظام الاشتراكي على النهوض بالاقتصاد الوطني، لذلك سمحت الدّولة للقطاع الخاصّ بالمساهمة في التّنمية الوطنية وإنجاز الصفقات العمومية.

ففي سنة 1988، أصدر المشرّع قانونَ الاستثمارات الذي اعترف بدور القطاع الخاصّ الوطني في عملية التنمية، وفتَح أمامَه العديدَ من النّشاطات الاقتصادية،[21] ولمّا أصبح هذا القانونُ غيرَ ملائم، تمّ إلغاؤه بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5 أكتوبر 1993 يتعلق بترقية الاستثمار، حيث تنصّ المادة 3 منه على أنّه "تنجز الاستثمارات بكل حرية مع مراعاة التشريع والتنظيم المتعلقين بالأنشطة المقننة".[22]

كما تمّ في هذه الفترة تكريسُ مبدأ المنافسة الحرّة، حيث صدر قانون 82-12 المتعلق بالأسعار، وقد تمّ إلغاؤه بموجب الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالمنافسة، والذي نص في المادة 04 فقرة 01 على ما يلي: "تُحدّد بصفةٍ حرّة أسعار السّلعِ والخدمات اعتمادًا على قواعد المنافسة". ولم يقف الأمر عند هذا الحدّ إذ أنّه واستكمالًا لمسار الخوصصة من جهة، وبناء الأرضية لتهيئة المناخ الّتنافسي المناسب من جهة

أخرى، تم إصدار الأمر رقم 95-22 والمتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية،[23] والأمر95-25 الخاص بتسيير رؤوس الأموال المتنّقلة،[24] واللّذان كان لهما نتائج ظاهرة على المنافسة، ويدلّ ذلك على تشجيع المبادرات الخاصة، بإصلاح مكانة القطاع الخاص في عملية التنمية، على أساس المنافسة الحرّة وحرّية التجارة والصناعة، والذي ترجم من الناحية القانونية بإلغاء كلّ الإجراءات التنفيذية الخاصّة بتوجيه القطاع الخاص، فأصبحت العلاقات الاقتصادية تُنظَّم بموجب قواعدَ مرنة وعلى مستوى تنافسي.

المطلب الثاني: مفهوم الصفقات العمومية ومبرّرات الأخذ بالمنافسة الحرّة

تكتسي الصفقات العمومية أهمّيةً بالغة في نظر المشرّع من حيث علاقِتها بالخزينة العمومية، واعتبارِها أداةً لتنفيذ مخطّطات التنمية المحلية والوطنية على حدٍّ سواء، ويجري تنفيذ ذلك عن طريق الصفقات العمومية، فهذه الأخيرة تكلّف الدولة أموالًا طائلة من حيث تعدُّد السلطات الإدارية من جهة (الدولة، البلدية، المؤسسات الإدارية...)، ومن حيث تنوُّع الصفقة العمومية (أشغال عامّة، خدمات، توريدات...) من جهة أخرى.[25]

وبِهدف ضبطِ مصطلحات الصفقات العمومية، يقتضي الأمرُ منّا إعطاءَ تعريفٍ لها من الناحية اللغوية والاصطلاحية، ثمّ معالجة جانب التّشريع والقضاء والفقه.

الفرع الأول: مفهوم الصفقات العمومية

سنتناول في هذا الفرع تعريفَ الصّفقات العمومية من الناحية اللغوية والاصطلاحية، وكذا التعريف من الجانب التشريعي، الفقهي والقضائي.

أولا- التعريف اللغوي والاصطلاحي

يُعتبر مصطلح الصّفقة أحد المصطلحات التي شغلت بال الكثير من المشتغلين بالقانون، كما يعدُّ التصدّي لمفهوم الصّفقة العمومية بدقّة من المقتضيات الأساسية للخوض في تعريف الصفقة من الناحية اللغوية والاصطلاحية:

أ- التعريف اللغوي: إنّ كلمة "**صفقة**" لغةً هي العقد أو البيعة، ويقال صفقة رابحة أو خاسرة. وكلمة "صفقة" مأخوذة من صفّق، بمعنى ضرب اليد على اليد في البيع، وهي علامة على إجرائه.[26]

ب- التعريف الاصطلاحي: أمّا الصّفقات العمومية في المفهوم الاصطلاحي، فهي عملٌ قانوني صادرٌ عن توافق إرادتين على إحداث آثار قانونية، والعقد الإداري كما هو معلوم يُعرف بأنه عقدٌ يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفقٍ عامّ أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيتُه في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمينه العقدَ شرطًا أو شروطًا استثنائيةً غيرَ مألوفةٍ في عقود القانون الخاص،[27] إلّا أنه يتميز

عن هذه الأخيرة بكون الإدارة طرفًا جوهريًا فيه، وهي تحوز امتيازاتٍ لا مثيل لها في الأحكام المتعلّقة بالعقود الخاصّة، إذْ لا وجْه للتّساوي بين المراكز القانونية لطرفيْ العقد. فالإدارة تتمتّع بجملة من الامتيازات القانونية في كافّة المراحل التي تمرّ بها عملية إبرام العقود الإدارية إلى غاية تنفيذها أو إنهائها.

والصفقاتُ العمومية هي صورةٌ من صوَر العقود الإدارية، وتحتلّ أهميةً كبرى في مجال المعاملات الاقتصادية، ولذلك أوْلاها المشرّع الجزائري أهمّيةً خاصّة من خلال استقلالها بتشريع خاصّ وأحكام فنّية تتماشى مع طبيعة أهدافها.

ج- التعريف القانوني: من مُنطلق أنّ التعريف التشريعي يعلو على بقية التعريفات الأخرى، كان علينا أن نسُوق أولًا التعريف القانوني لنتبعه بالتعريف الفقهي.[28]

فقد عرّف المشرّع الجزائري الصّفقةَ العمومية في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في المادة الثانية (02) بنصّها "الصفقات العمومية عقودٌ مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصادين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات".[29]

ووجَب علينا أن ننوّه إلى أنّ المشرّع الجزائري عرّف الصفقةَ عبر القوانين والتنظيمات السابقة، والصّادرة في مراحل وحِقب زمنية اقتصادية وسياسية مختلفة، والتي عرفتها الجزائر آنذاك، فكان المشرّع في كل مرّة يعطي تعريفا للصفقة بصيغة متباينة بين مرحلة وأخرى.[30]

د- التعريف الفقهي: لقد أجمع فقهُ القانون الإداري على أنّ نظريةَ العقدِ الإداري هي نظريةٌ من منشأ قضائي أرسَى مبادئها وأحكامَها القضاءُ الإداري الفرنسي، ممثَّلا في مجلس الدّولة عبر اجتهاداته من خلال القضايا والمنازعات المعروضة عليه.[31] وإذا كان العقدُ الإداري يتّفق مع العقدِ المدني من حيث التّوافق بين إرادتين بقصد إحداث الأثر القانوني المترتّب على العقد؛ إلّا أنّ الفقه الإداري بيّن وحلّل أهمّ الفوارق والمميزات الموجودة بينهما، فبيّن الفقهُ طبيعة العقد الإداري على أنه «العقد الذي يُبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العامّ بقصدِ إدارة مرفقٍ عامّ أو بمناسبة تسييره، وتظهرُ نيتُه في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العامّ وأحكامِه، وذلك بتضمين العقد شروطًا غيرَ مألوفةٍ في عقود القانون الخاصّ تسمّى شروط غليظة".[32]

هـ- التعريف القضائي: إن القضاء الإداري وهو بصدد الفصل في المنازعات الخاصة بالصفقات العمومية، قد يُعرض عليه أحيانًا إعطاءُ تفسيراتٍ وتحاليلَ موجودة في التشريع الذي قد يتضمن مصطلحات ومفاهيم غامضة، وذلك من خلال ربطِ القاضي الإداري التعاريفَ بالوقائع محلّ الدعوى، لذلك لا مانع من مبادرة القضاءِ الإداري بتقديم تعريفٍ لمصطلح قانوني معيَّن. وفي هذا الصّدد نشير إلى تعريف لمجلس الدولة

للصفقات العمومية، في قرارٍ له بتاريخ 2002/12/17 بقوله: "وحيث أنّه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول المقاولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات...". [33]

وما يلاحَظ في هذا التعريف أنّ مجلس الدّولة الجزائري قد حصَر أطراف العقد في الدولة وأحد الخواص، وهو ما لا يفِي بالمدلول القانوني للصّفقة العمومية، من حيث أنّ هذه الأخيرة قد تجمع طرفًا آخرَ غير الدولة ممثّلًا في الولاية أو البلدية أو مؤسّسة إدارية، لاسيَما وأنّ القوانين الجاري العملُ بها تعترف لهذه الهيئات بحقّ التّقاضي، وفي مقدّمتها القانون المدني في المواد 49 و50 منه، ولم يتناول التعريف أيضًا عنصر الشّكل والإجراءات المحدّدة قانونًا، بالرّغم من تأكيد قانون الصّفقاتِ العمومية على هذا الجانب.[34]

الفرع الثاني : مبرّرات الأخذ بالمنافسة الحرّة في مجال الصفقات العمومية

لعلّ المتتبّع للحركة التشريعية في الجزائر بإمكانه ملاحظةُ تأثيرات المنافسة الحرة، لاسيَما في مجال الصفقات العمومية، من خلال مجمل القوانين والأوامر الصادرة في هذا المجال، رغبةً من الدولة في تحسين المناخ في مجال الأعمال وتشجيع ازدهار المؤسّسات دون تمييز خدمةً للتنمية الاقتصادية الوطنية، والعمل على منع الاحتكار والمنافسة غير النزيهة بموجب قوانين خاصّة تضمن ذلك. كما أنّ اعتمادَ المنافسة الحرّة في الاقتصاد بوجهٍ عام وفي الصفقات العمومية بوجه خاص، قد تبنّته غالبية التشريعات ومنها التشريع الجزائري بالنظر لعدة أسباب واعتبارات أهمها:

- فكرة الحرّية الاقتصادية القائمة على أساس حرّية المنافسة والتي تستدعي أن يكون النسيجُ الاقتصادي ذا ديناميكية تنافسية، وكذا فكرةُ المساواة بين الأفراد في الانتفاع من خدمات المرافق العامّة.

- إنّ المنافسة تساهم في استقطاب أكبرِ عددٍ ممكن من المتنافسين، ممّا يؤدّي إلى الحصول على أقلّ سعرٍ ممكن وبالتالي تحقيق المصلحة المالية للإدارة.

- إن حرّية المنافسة تحرك كل القوى الاقتصادية الموجودة، فهي تُجيز دخول المناقصة للجميع دون استثناء، ولاسيَما المشاريع المتوسّطة والصغيرة[35].

- إن المنافسة تجعل الإدارة مُلمّةً بكلّ معطيات السّوق، ممّا يفسح المجالَ لها للاختيار الدّقيق المتنوّر، من بين العروض المقدَّمة.

- تضمَن المنافسة حيادَ الإدارة ونزاهة الإجراءات، وتُبعد شُبهة المحاباة عن الإدارة وموظفيها الذين تُوكل لهم مهمّة القيام بإجراءات منح الصفقات.[36].

- إنّ اعتمادَ المنافسة الحرّة من شأنه أن يوفّر حمايةً فعّالة للمال العام، حيث سيسمح بالاستعمال العقلاني للموارد العمومية، ويساهم في القضاء على مظاهر الفساد والمحسوبية في الإدارة العامة.

وخلاصة القول، فإنّ تبنّي مبدأ حرّية المنافسة وتجسيده في مجال الصّفقات العمومية يضمن فعالية أكبر للنّشاط الاقتصادي، وهذا من شأنه أن يؤدّي إلى تحقيق نتائج إيجابية لصالح الاقتصاد الوطني من خلال إنعاشِ الحياة الاقتصادية، وزيادةِ اليَد العاملة، وكذا حمايةِ مصالح الدولة، وترشيدِ المال العامّ.

المبحث الثاني : آليات حماية الاقتصاد الوطني في مجال الصّفقات العمومية من المنافسة الحرّة

أمام المنافسة القويّة التي يمارسُها المتعاملون الأجانب في مواجهة القطاع الوطني الخاصّ الهشّ الذي يتميز بقلّة الكفاءة، ونقص الإمكانات التقنية والفنية لإنجاز المشاريع، خاصةً تلك التي تُطرح ضمن مناقصات دولية، والتي تلجأ إليها في الغالب المصالحُ المتعاقدة نظرًا لما تتطلّبه مشاريعُها، كذلك أمام ضغط ممثّلي القطاع الخاصّ والعامّ؛ وجَد المشرّع نفسَه طيلةَ عقودٍ من الزّمن مجبرًا على إدراج أحكام لحماية هذا الأخير، حتّى وإن كان هذا يتعارض في ظاهره مع مبدأيْ حرّية التنافس والمساواة بين المترشّحين.

وقد ازدادت حدّة هذه الأحكام ضِمن المرسوم الرئاسي 15-247 الذي رفع من هامش الأفضلية الوطنية (مطلب أول)، وتخصيص نسبةٍ من الصّفقات للمؤسّسات الوطنية خاصة الصغيرة منها والمتوسطة (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول: مبدأ الأفضلية الوطنية

إنّ المشرّع الجزائري، بالنّص على الأفضلية كمبدأ عامّ، لم يخرج عمّا ذهبت إليه العديدُ من البلدان في هذا الشّأن، بل حتّى الاتفاقيات الدّولية التي تنظِّم هذا المجالَ تنصّ على منح هامش أفضلية للمؤسّسات الوطنية، والتي لا تطبَّق إلا بمناسبة الصفقات الوطنية أو الدولية، إذْ لا مجال لتطبيقِه في الصّفقات الوطنية.

كما أشار المرسوم الرّئاسي 15-247 إلى أنّه عندما يكون الإنتاجُ أو أداةُ الإنتاج الوطني قادرةً على الاستجابة لمتطلّبات المصلحة المتعاقدة، فإنّ هذه الأخيرة عليها فتحُ مجال المنافسة في شكل مناقصة وطنية موجّهة للمتعاملين الوطنيين دون الأجانب.

تقتضي دراسةُ هذه المسألة نظرةً في مختلف التنظيمات وكيفية تعامل كلٍّ منها في هذا الشأن، والتي تميّزت بوجود مرحلتين أساسيتين[37] على النحو التالي:

الفرع الأول: الأفضلية الوطنية من خلال المراسيم المنظِّمة للصفقات العمومية

إنّ المتأمّلَ في نصوص تنظيماتِ الصّفقات العمومية في هذه المرحلة، يرى التّميزَ الواضحَ والأفضليةَ التي تميّز بها المتعامل الوطني خاصةً المتعامل الاقتصادي الذي ينتمي إلى القطاع العام، وهو الأمر الذي نوجزه ضمن تطوّراتٍ عبر مختلف التشريعات المتعلقة بالصفقات العمومية على النحو الآتي:

1- الأفضلية الوطنية ضمن الأمر 67-90 :

في الحقيقة، رغم أنّ المشرّع في ظلّ هذا الأمر لم يحدّد نسبةً معينة لِهامش الأفضلية الوطنية، إلّا أنّه لا يُمكن إنكارُ أنّه مارس تمييزًا واضحًا لصالحِ المؤسّسات الوطنية من خلال إجراءات منح الصفقات العمومية، هذا ما تؤكده المادة 38 فقرة (2): "وتختارُ الشّركة الوطنية والمؤسّسة المسيّرة ذاتيًا، إذا كانتَا من بين أصحاب العروض الذين عرضوا السّعر الأدنى" وذلك بمناسبة عرضِ إجراءات المزايدة، كما تَظهر هيمنة القطاع العامّ ضمن أحكام الصّفقات الممنوحة وفقًا لإجراء التراضي المادّتان 60 و61.[38]

يبدو مبدأ التمييز بين القطاعين العامّ والخاصّ أكثر وضوحًا إذا ما تعلّق الأمر بمعايير اختيارِ العروض طبقًا للمادة 49 بنصِّها: "يتمُّ اختيارُ العروض نظرًا لما يلي:

... - السِّعر، إلّا إذا كان عرض السّعر الأدنى هو مؤسّسة أجنبية".

2- الأفضلية ضمن مرسوم 1982ومرسوم 1991:

في خطوة نحوَ زيادةِ التميز المُمَارس ضدّ المؤسّسات الأجنبية، رتّب المرسوم 82-145 المتعامِلين المتعاقدين حسب الأسبقية في إطار منحِ صفقات المتعامل العمومي، يأتي هذا حتى بمناسبة الأزمة الخانقة لسنة 1986، والتي دفعت الجزائر ومتعامليها العموميين للّجوء إلى الاقتراض الخارجي لتنفيذِ استراتيجيتها التنموية، وبالتّالي خضوعها لتعليمات المؤسساتِ المالية المقرضة ذات الطّابع الملزِم مثل البنك الدولي.

وسار المرسومُ التّنفيذي رقم[39] 91-434 على نفسِ المنوال في عدم تحديد هامشِ أفضلية، فيما تخلّى عن أسبقيةِ التّرتيب التي كان مرسوم 1982 قد قرّرها ضِمن أحكام المادّة 24 منه، حيث دامتِ الوضعية حتى سنة 1996، بتعديل المرسومِ التّنفيذي 91-434، وهي الأسبقيّة التي لم يأخذْ بها المتعاملون العموميون للعديدِ من الأسباب، أكثرُها وضوحًا هو هَيمنة المؤسّسات الأجنبية على العديد من القطاعات الاقتصادية.

3- مرحلة صدور المرسوم الرئاسي 02-250 إلى غاية 15-247:

شهِدت هذه المرحلة تراجعًا في مسألة الأفضلية الوطنية، وذلك بتحديد نسبة مئوية تُمنح للمتعاملين الوطنيين الذين تمَّ قَبول عروضهم التّقنية، والتي تطبَّق على العَرض المالي.

أ- الأفضلية ضِمن المرسوم الرئاسي رقم: 02-250:

تدارَك المشرّعُ النقصَ الفادحَ الذي وقعت فيه التّنظيمات السّابقة في هذه المسألة، وربّما تحت ضغط الجهاتِ المانحةِ والمُقرضة، وذلك بإدراج المادة 19 التي تَمنح هامش أفضليةٍ يقدَّر بـ 15%، والذي يُعتبر حدًّا معقولًا مُقارنةً ببعض التّشريعات الأخرى، يطبَّق على كافّة الصّفقات، سعيًا منه للتّوفيق بين مبدأِ المساواة

وحرّية المنافسة ومبدأ حماية المنتوج الوطني، وبالتّالي خلْق بعضِ التّكافؤ في الفرص بين المؤسّسات الأجنبيةِ والمؤسّسات الوطنية الرّاغبة في الحصول على الصّفقات الدّولية المطروحة من قِبل المصلحة المتعاقدة.[40]

ب- الأفضلية ضمن المرسوم الرئاسي رقم 10-236:

رفع التّنظيمُ الجديد للصّفقات العمومية هامشَ الأفضلية بـ10 نقاط ليصبح بذلك 25% لصالح المؤسّسات الوطنية على حساب المؤسّسات الأجنبية، والتي لا تستفيد منه إلّا في حالة التّجمع مع مؤسّسات جزائرية وبقدر نسبة حصصِ هذه الأخيرة في التّجمّع. يأتي هذا التّوجه نتيجةَ سياسة الحكومة الواضحة في تكريس أداء المنتوج المحلي من جهة، ومن جهة ثانية ضغط رؤساءِ المؤسّسات الوطنية الخاصّة من أجل الحصول على حصّةٍ من البرامج الاستثمارية التي تطرحُها الدّولة. وتمتدّ هذه الأفضليّة لتشمُل أيضًا إلزامَ المصالح المتعاقِدة بطرح مشاريعِها في صيغة مناقصاتٍ وطنية، متى كان الإنتاجُ والأداة الوطنية قادرةً على الاستجابة لحاجياتها.[41]

ج- الأفضلية ضمن المرسوم الرئاسي رقم 15-247:

ولقد تمّ التّأكيد على هذا المُقتضى في المرسوم الجديدِ للصّفقات العمومية ،حيث أنّ المشرّع خصّصَ له قسمًا خاصًّا سمّاه "ترقيّة الإنتاج الوطني والأداة الوطنية للإنتاج"، بعكس ما كان موجودًا في المراسيم السّابقة المنظِّمة للصّفقات العمومية. وقد أبقى المشرّعُ على نسبة 25% كهامش أفضلية للمنتجات ذات المنشأِ الجزائري وللمؤسّسات الخاضعة للقانون الجزائري،[42] التي يحوز أغلبيةَ رأسُمالِها جزائريون مقيمون فيما يخصّ صفقاتِ الأشغال أو اقتناءِ لوازم، أو الخدمات، أو إنجازِ دراسات.[43] وتخضع الاستفادة من هذا الهامشِ لحالة ما إذَا كان المتعهّد تجمُّعًا يتكون من مؤسّسات خاضعةٍ للقانون الجزائري ومؤسّساتٍ أجنبية.

ولعلّ من مبرّرات الأخذِ بنظام الأفضليةِ للإنتاج الوطني، هو ارتفاعُ قيمة الواردات في السنوات الأخيرة في ظلِّ المنافسة القويّة التي يمارسُها المتعاملونَ الأجانب في مواجهة القطاعِ الوطني الخاصّ الهشّ، الذي يتميّز بقلّة الكفاءة ونقصِ الإمكاناتِ التّقنية والفنّية لإنجاز المشاريع، وخاصّةً تلك التي تُطرح ضِمن مناقصاتٍ دولية، والتي تَلجأ إليها في الغالب المصالحُ المتعاقِدة نظرًا لما تتطلّب مشاريعُها. لذلك وجدتِ الدّولة نفسَها مجبرةً على اللّجوء للمنتجات والخدماتِ ذاتِ المنشأ الجزائري، بتكييف قانون الصّفقات العمومية مع التّطورات الاقتصادية الرّاهنة، من ذلك ما نصّت عليه المادّة 85 من المرسوم الرّئاسي 15-247 "...عندما تُصدر المصلحةُ المتعاقِدة دعوةً للمنافسة وطنيةً أو دولية،.. فإنّه يجب عليها حسَب الحالة،.. تعطي الأفضلية للاندماج في الاقتصاد الوطني وأهمّية الحصص أو المنتجات التي تكون محل مناولة أو اقتناءٍ في السُّوق الجزائرية".

وعلى الصّعيد المعرِفي والتّكنولوجي، فقد أدرجَ المشرّع في قانون الصّفقات العمومية وتفويضات المَرفق العامّ نصًّا قانونيًا يساعِد على نقلِ الخبرة التي يتمتّع بها المتعاملون الاقتصاديون الأجانب، إلى نُظرائهم الجزائريين للنّهوض بالاقتصادِ الوطني، وذلك بإلزام المصلحةِ المتعاقِدة عند دعوتها للمنافسة، وطنية ودولية، أن تُدرجَ ضِمن دفتر الشّروطِ أحكامًا تسمح بضمان تكوينِ ونقل المعرفة التي ترتبط بموضوع الصّفقة في إطار ترقيةِ الإنتاج الوطني.[44]

كما اتّخذ المشرّع الجزائري تدابير حمائية لتدعيم الاقتصاد الوطني، بإشراك المؤسّسات المحلّية في سوق الطّلبات العمومية، والدّمج الضّمني لهذه المقاولات في إنجاز المشاريع، وتتجسّد تلك الحماية بالنصّ على المناولة في الصفقات العمومية؛ إذْ أوجب المرسوم الرّئاسي 15-247 على المصلحة المتعاقدة أن تُدرجَ في دفتر الشّروط في حالة تعهّد المؤسسات الأجنبية لوحدها،[45]-متى كان مبرَّرًا- تخصيص ثلاثين في المائة (30%) من مبلغ الصفقة الأصلي كمناولة لصالح المؤسّسات الخاضعة للقانون الجزائري.[46]

كما لا يجوز للمصلحة المتعاقِدة أن تلجأ للمناولة الأجنبية إلّا إذا لم يكن في استطاعة المؤسّساتِ الوطنية تلبيةُ حاجاتها. ومهْما يكنِ الإجراءُ الذي تختارُه المصلحة المتعاقِدة، وجب عليها أن تُدرج في دفترِ الأعباءِ تدابيرَ لا تسمح باللّجوء للمُنتج المستورَد إلّا إذا كان المُنتج المحلّي الذي يعادلُه غيرُ متوفّر، أو كان غيرَ مطابِقٍ للمعايير التّقنية المطلوبة، وفي هذا إشارةٌ واضحة من المشرّع الجزائري لحماية الإنتاج الوطني من المنافسة الأجنبية، والاستغلال الأمثل للمؤسّسات الوطنية في تنفيذ المشاريع المُعلَن عنها.[47]

الفرع الثاني: كيفية تطبيق هامش الأفضلية:

بيّن القرار رقم 23 الصّادر عن وزير المالية، كيفيات تطبيق هامشِ الأفضلية بالنّسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري ومُنتَجات المؤسّسات الخاضعة للقانون الجزائري حسب الأحوال التالية:[48]

1- بالنسبة لصفقات اللوازم:

يُمنح هامشُ الأفضلية بنسبة 25% للمنتجات ذات المنشأ الجزائري المصنّعة محلّيًا، بعد أن يقدّم المتعهّد شهادةً تُثبت أن المُنتَج جزائري المنشأ، والتي تُصدرها غرفة التّجارة والصّناعة بناءً على طلب المتعهّد.

2- بالنسبة لصفقات الأشغال والخدمات واللّوازم والدراسات:

يُمنح هامشُ الأفضلية بنسبة 25% للمؤسّسات أو مكاتب الدّراسات الخاضعة للقانون الجزائري، وكذا التجمُّعات المختلطة بنسبة الحصّة التي تحوزها المؤسّسة الجزائرية في التجمّع.

ويَتمُّ إعمال هذا المقتضَى في مرحلة تقييمِ واختيارِ العروض المقدّمة لنيل الصفقة، وذلك بعد عمليةِ حصر لائحةِ المتنافسين المؤهَّلين وإقصاءِ المتنافسينَ الذين لا تتطابق عروضُهم مع المواصفات المطلوبة،

وبالتّالي فعندما تتقدم مقاولاتٌ أجنبية بتعهّدات، فإنّ لجنة فتحِ الأظرفة وتقييم العروض تَمنحُ الأفضلية لعرضِ المقاولة الوطنية من بين تلكَ العروض المؤهَّلة وِفق المعايير القانونيةِ المطلوبة، ويستفيد من هامش الأفضليةِ فقط المؤسساتُ الخاضعة للقانون الجزائري، شخصًا طبيعيًا كانَ أو شركةً يحوز أغلبيةَ رأسُمالها الاجتماعي جزائريون مقيمون، وفي حدود الحصّة التي يحوزُها الجزائريون المقيمون.

كما بيَّن القرارُ أنّ هذه النّسبة تُضاف إلى العروض المالية للمتعهّدين الأجانب وللشّركات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبيةَ رأسمالها الاجتماعي أجانب 25% على أسعارها المحسوبة بكل الحقوق والرّسوم، وفي حدود التي يحوزها الأجانب. وفي حالة التّجمع المختلط فإن نسبة 25% تخفّض على حسب الحصّة التي تمتلِكها المؤسّسة الجزائرية المساهِمة في هذا التّجمُّع، وفي حدود الحصّة التي يحوزها الجزائريون المقيمون في المؤسَّسة.

المطلب الثاني: الصفقات المحجوزة

لقد أدخل الإصلاحُ الأخير لمرسوم الصّفقات العمومية مجموعةً من القواعد الجديدة التي ترتكز بالأساس على الحكامة الجيدة، وأهدافِ التّنميةِ المستدامة، وإرساءِ المزيد من الشّفافية والمنافسة، وتحسينِ مناخ الأعمالِ خاصّة بالنّسبة للمقاولات الوطنية. بحيث أنّ الحكومة تدخّلت بشكلٍ أكثرَ عمقًا ليس فقط في منحِ هذه الأخيرة أفضليةً على حساب المؤسّساتِ الأجنبية، بل تعدّى ذلِك إلى حِرمانه من تقديم تعهّداتها في صفقات عمومية عُدّت من قبيل الصفقات المحجوزة. يتجلّى ذلك من خلال أحكامِ المرسوم الرئاسي 15-247، فالمادّة 65 منه تُجيز للبلديات والولايات والمؤسّسات ذات الطّابَع الإداري الموضوعة تحت وِصايتِها بمناسبة إعلان مناقصَاتها، أن يكون هذا الإعلانُ محلّيًا فقط بحيث تتمكَّن المؤسّساتُ القريبة منها من المساهمةِ وحدَها دون غيرِها في هذه العقود.

الفرع الأول: فئة الحرفيين

عرفَ المشرّع الجزائري الحِرفيّ في المادّة 10 من الأمر 96-01[49] بقوله: "حسَب مفهوم هذا الأمر تُمنح صفةُ الحرفي لكلِّ شخص طبيعيّ مسجّلٍ في سجلّ الصناعات التقليدية والحرف، يمارس نشاطًا تقليديًا كما هو محدَّدٌ في المادة 05 من هذا الأمر، يُثبت تأهيلًا ويتولّى بنفسِه مباشرةَ تنفيذ العمل، وإدارةَ نشاطِه وتسييره وتحمّل مسؤوليته...".

ممَّا سبق ذكرُه، يمكن استخلاصُ أهمِّ الميزات التي يتمتّع بها الحِرفي، ويمكن حصرُ هذه الخصائص فيما يلي:

- شخصٌ طبيعي مسجّل في سجلِّ الصّناعة التقليدية والحرف، ذو تأهيل مهنيّ يُثبت ممارستَه لنشاط حِرفي.

- يمارس نشاطًا يدويًا بغرض الإنتاج أو التّحويل أو الصّيانة أو التّصليح أو أداءِ خدمات، يباشرُ عملَه بنفسه وهو ما يترتّب عليه عنصرُ الاستقلالية وتحمُّل المسؤولية بنفسه.

ونصَّت المادّة 86 من المرسوم الرئاسي 15-247 بقولها: "تُخصّصُ الخدماتُ المرتبطة بالنشاطات الحِرفية الفنّية للحرفيين ..."، مثل خياطة الأعلام الوطنية.

الفرع الثاني: المؤسسات الصغيرة و المتوسطة

لا يَقتصر الأمرُ على فرض الأفضليةِ الوطنية، بل أيضًا، وسعيًا من المشرّع لحماية وبناء القطاع الخاصّ الوطني، لجأ هذا الأخيرُ إلى تخصيص نِسبٍ من الصّفقات المطروحة لصالح المؤسّساتِ الصّغيرة والمتوسّطة. ويُقصد بهذه الأخيرة مؤسّساتُ إنتاج السّلع والخدمات، والتي تشغّل من واحد (1) إلى مائتين وخمسين (250) شخصًا، ولا يتجاوز رقمُ أعمالها السّنوي أربعة (04) مليارات دينار جزائري، أو لا يتجاوز مجموعُ حصيلتها السنوية (01) مليار دينار جزائري".[50]

وفي سبيل تحسين مناخِ الأعمال، خاصّةً بالنسبة للمقاولات الوطنية التي يهيمن عليها الطّابَع الصّغير والمتوسّط، سَمح المشرّع الجزائري لهذه المؤسّسات بالمشاركة في إجراءات إبرامِ الصّفقات العمومية، في ظلّ احترام الشروطِ المُثلى المتعلّقة بالجودة والكُلفة وآجالِ إنجازِ المشاريع، سعيًا منه لإدماجها في سوق الطّلباتِ العمومية، من خلال تكريس أحكام المادة 87 من المرسوم الرّئاسي 15-247، المتعلّق بالصّفقات العمومية وتفويضات المرفق العامّ، التي تنصّ على **أنّه** "عندمَا يمكِن تلبيةُ بعض حاجاتِ المصالح المتعاقِدة من قِبل المؤسّسات المصغّرة، كما هي معرَّفة في التّشريع والتّنظيم المعمولِ بهما، فإنّه يجب على المصالِح المتعاقِدة (إلّا في الحالات الاستثنائية المبرّرة قانونًا) تخصيص هذه الخدمات لها حصريًّا مع مراعاة أحكام هذا المرسوم".

وتلتزم المصلحة المتعاقِدة عند قيامها بهذا الإجراء، بإرفاق الالتزامِ بالنّفقة بتقريرٍ تقديمي مفصّل تبرّر فيه الاستشارة وكيفيةُ اختيار المتعامل الاقتصادي الذي رسَت عليه الاستشارة، وهذا في إطار الرّقابة المالية السّابقة للنّفقات المَمثّلة في المراقب المالي.[51] كما أنّه من بين الامتيازات المقرّرة لفائدة المؤسّسات الصّغيرة والمتوسّطة في نظام الصّفقات العمومية، هو تخصيصُ نسبة 20%[52] على الأكثر من الطّلبات العمومية حسب الحالة، محلّ دفترِ شّروط منفصل، أو حصّة من دفتر شروطٍ مخصّصٍ وفقَ نظامِ تقييمِ العروض وشروطِ تأهيلية مكيّفة مع المؤسّسات المصغرة.[53]

ويجوز لصاحب المشروع من خلال دفترِ الشروط، إلزامُ الفائز بالمشروع بأن يقوم بإسناد جزءٍ من هذه الصّفقة المزمَع إنجازُه إلى هذه المؤسّسات، في إطار مناولةٍ في حدود 30% من مبلغ الصّفقة الأصلي. ولا يمكِن بأيّ حال من الأحوال، أن تتجاوز المبالغ الآتية:

- اثنا عشر مليون دينار (12.000.000 دج) لخدمات الأشغال (هندسة مدنية وطرقات).
- سبعة ملايين دينار (7.000.000 دج) لخدمات الأشغال (أشغال البناء التّقنية وأشغال البناء الثّانوي).
- مليونَا دينار (2.000.000 دج) لخدمات الدراسات.
- أربعة ملايين دينار (4.000.000 دج) للخدمات.
- سبعة ملايين دينار (7.000.000 دج) لخدمات اللّوازم.

وفي حالة حدوث ظروفٍ اقتصادية تتطلّب تحيين هذه المبالغ، فإنه يمكن ذلك بناءً على قرارٍ من الوزير المكلَّف بالمالية.

كل هذه الإجراءات الحمائية التي اتّخذها المشرّع الجزائري في مجال الصّفقات العمومية، تبيّن رغبةَ الدولة في حماية الاقتصادِ الوطني، وتشجيع القطاع الخاصّ على تحقيق التنميةِ الاقتصادية، من خلال الدّخول في شراكةٍ استثمارية مع المتعاملين الأجانب.

الفرع الثالث : الالتزام بالاستثمار الأجنبي في إطار الشراكة

إذا كان غرضُ قانون الصّفقات العمومية -بدايةً- هو جعلُه آليةً لجذب الاستثمارات الأجنبية، فإنّ المشرّع بدايةً من 2015 تبنّى توجُّهًا خاصًّا يتناسب مع السّياسة الجديدة للدّولة في مجال الاستثمارات الأجنبيةِ القائمة على فكرة الشّراكة مع المتعامل الوطني، وهذا ما جسّدته المادة 84 من المرسوم الرّئاسي رقم 15-247 المتضمّن تنظيم الصّفقات العمومية وتفويضات المرفق العامّ، من خلال تكريس الالتزامِ بالاستثمار وتقويتِه بإقرار عقوباتٍ عن عدم احترامِ هذا الشّرط. المنصوص عليه في دفتر الشّروط.

أولا- محتوى الالتزام بالاستثمار و مجال تطبيقه

يمثّل الالتزام بالاستثمار استثناءً على القاعدة العامّة في معايير اختيار المتعامِل المتعاقِد المتضمَّنة في دفاتر الشروط، المنصوص عليها في المادّة 78 من المرسوم الرّئاسي رقم 15-247، المتضمّن تنظيم الصّفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. إذْ أنّ المتعارَف عليه والمنصوصُ عليه في النّصوص السّابقة للصّفقات، هو أنّ المصلحة المتعاقِدة تضع تحت تصرّف المترشّحين دفترَ شروطٍ يتضمّن العناصرَ التي تسمح لهم بإعداد عروضِهم، إلّا أنّ المادّة 84 من المرسوم الرّئاسي 15-247 سالِف الذّكر، خرجَت عن هذا المبدأ المُتعارَف عليه والذي يستجيب للمقاييس المِهنية، في كونها تُلزِم المصلحةَ المتعاقِدة على أن يتضمن نصُّ دفاترُ شروط الدّعواتِ للمنافسة الدّولية شرطًا يُلزم المتعهّدين بالاستثمار، عندما يتعلّق الأمر بالمشاريع التي تحدَّد قائمتها بموجب مقرّرٍ من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بالنسبة لمشاريعها وبالنسبة لمشاريع المؤسّساتِ التّابعة لها.[54]

تضمّنت المادّة 84 تقييدًا بحيث نصّت على أنّه "يجب أن تنصّ دفاترُ الشّروط على دعواتٍ للمنافسة الدّولية، في إطار السّياسات العمومية للتّنمية التي تحدِّد منها الحكومة بالنّسبة للمتعهّدين الأجانب الالتزامَ بالاستثمار في شراكة، عندما يتعلّق الأمرُ بمشاريع تحدَّد قائمتُها بموجب مقرّرٍ من سُلطة الهيئةِ العمومية أو الوزير المعني بالنّسبة لمشاريعها وبالنّسبة لمشاريع المؤسّسات العمومية التابعة لها".

هذا يعني أنّه:

- لا يُشترط الالتزامُ بالاستثمار إلّا في الصّفقات التي تُبرم في إطار السّياسات العمومية للتّنمية التي تحدِّدها الحكومة.

- تحدّد قائمة المشاريع الخاضعة للالتزام بالاستثمار بموجب مقرَّر من السّلطة المختصّة المبينة أعلاه.

يُعتَبر الالتزامُ بالاستثمار إجراءً إلزاميًا لقَبول العرض تحت طائلة الرّفض، وهذا ما يستشفُّ من كلمة "يجب الالتزام". وقد حدّدَ القرار الوزاري المشترك المؤرّخ في 27 نوفمبر 2013 شكْلَ الالتزام بالاستثمار،[55] دائمًا في شكل شراكةٍ مع مؤسّسة خاضعة للقانون الجزائري، ويمكن أن يتضمّن ملفُّ المناقصة قائمةً غيرَ محدَّدة للمؤسّسات التي يمكِنها تجسيدُ عمليةِ شراكة مع المتعهّد الأجنبي، هذا الأخير يمْكن له الإعلانُ عن اسمِ الشّريك أو الشّركاء الجزائريين بعد أن يبلّغ بالصفقة.

ويمكن لسُلطة المؤسّسةِ الوطنية السّيادية في الدّولة أو الهيئةِ المستقلّة أو الوزير، حسَبَ الحالة، إعفاءُ المتعهّدِ الأجنبي الذي جسَّد عمليةَ استثمارٍ أو التزم بتجسيدها ،حسب الشّروط المحدَّدة في المادة 03 من القرار الوزاري المشترَك من الالتزام بالاستثمارِ وإدراج ذلك في دفتر الشروط.[56]

ثانيا- العقوبات المترتّبة عن عدم احترام شرط الالتزام بالاستثمار:

في حالة معاينةِ المصلحة المتعاقدة لمشروع الاستثمار، وفيما إذا تأكّدت أن المتعهّد الأجنبي لم يجسّد الاستثمار طبقًا للرّزنامة التّعاقدية والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط، وكان ذلك بخطإٍ منه؛ فيجب على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بإعذاره حسب الشروط المبيّنة في المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلّق بالصّفقات العمومية وتفويضات المرفقِ العامّ، بأن يتدارك ذلك في الآجال المحدَّدة في الإعذار، تحت طائلةِ تطبيقِ العقوبات المالية، وحسب الشّروط المحدّدة في المادّة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 السّالف الذّكر، وكذا تسجيله في قائمة الممنوعين من التعهّد بمقتضى المادّة 75 منه.

وإذا ما رأتِ المصلحةُ المتعاقِدة ضرورةُ فسخ الصفقة، فإنّه يُمْكن لها ذلك تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد الأجنبي دون سواه، بعد الموافقة المسبقة من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني (حسب الحالة).

ويُمكِن القولُ أنّ جذْب الاستثماراتِ الأجنبية هو الهدفُ الذي تسعى إليه معظمُ الدّول النامية، خاصَّة منذ التّسعينيات من القرن الماضي، ولأجل هذا قاَمَت تلك الدّول بما فيها الجزائر بتكييف قوانينها الدّاخلية من أجل استقطاب الاستثمارات. وكان مجالُ الصّفقات العمومية من المجالات التي اعتمد عليها المشرّع لهذا الغرض، إلّا أن التوجّه الجديد للدّولة في الظّروف الاقتصادية الجديدة المتميزة بالملاءمة المالية والمشاريع الكبرى، فرضَ عليها أنْ تفرِض على المستثمرِ الأجنبي التزامًا بالاستثمار في إطار شراكةٍ مع المتعامل الوطني، وهذا استجابةً للشّكاوَى التي رفعها المتعاملون الوطنيون بشأن استفادة الأجانب من معظم الصفقاتِ العمومية.

في ظلّ القانون الحالي، كلُّ طلب للترشح للصّفقات العمومية يقترن بالالتزام بالاستثمار الذي أصبح شرطًا ضروريًا لإبرام الصّفقات العمومية، وبالتّالي، فالمصلحة العمومية تتحوّل إلى مجرّد رابطٍ بين المتعامل الأجنبي وشريكه الوطني.

خاتمة:

في ختام هذه الدّراسة، نستطيع أن نسجّل أنّ المنافسة الحرّة، أو حرّية المنافسة، كإطارٍ قانوني لتنظيمٍ اقتصاديّ معيّن، مرتبطٌ بالسّياسة الاقتصادية للدّولة، وبالمؤثّرات والتّغيرات الدّولية التي كانت ولا تزال تؤثّر على التّشريع الوطني. لذلك امتدَّت المنافسة إلى قانون الصّفقاتِ العمومية، فأصبحت الصفقاتُ العمومية تُبرَم في ظلّ احترام أحكامِ المنافسة، بهدف الوصولِ إلى ضمان نجاعةِ الطّلبات العمومية والاستعمالِ العقلاني والحسن للمال العامّ، مع ضَمان حقّ المتعاملين الاقتصاديين عموميين كانوا أم خواصًّا، وطنيين أم أجانبَ، في الوصول للطّلبات العمومية، وحمايتِهم من الممارسات التي تمسُّ بالإجراءات المتعلّقة بالصّفقات العمومية، والتي قد تُرتكَب من المتعامِل المتعاقِد أو منَ المصلحة المتعاقدة. لهذه الأسباب دأَب المشرّع على تعديل قانون الصَّفقات لمواجهة الحالاتِ المُنافية لحرّية المنافسة.

إلّا أنّ هذا لا يمنع من إدراج بعض الاستثناءات في مواجهة المنافسةِ القويّة لبعض المتعاملين الاقتصاديّين لاسيَما الأجانبَ منهم، والذين يملكون مؤهلاتٍ وتقنياتٍ قد تجعلهم يَحصلون على غالبية المشاريع المطروحة، لذا كان لزامًا حمايةُ المتعاملين الأقلّ تأهيلًا من هذه المنافسة، ورفعُ إنتاجية بعض المؤسّسات المحلّية خاصّةً المؤسّسات الصّغيرة والمتوسّطة، التي أصبحَت تشكّل رهانًا للنّهوض بالاقتصاد الوطني في ظلّ التّحديات الاقتصادية الرّاهنة.

أخيرًا، فإنّ أهمّ ما يُستخلص من هذه الدّراسة، ما يلي:

- أنّ المنافسة الحرّة في مجال الصّفقات العمومية هي مبدأٌ يكفُل القانونُ احترامَه لضمان شفافية ونزاهة تسيير المرافق العمومية.

- أنّ فكرة التطوّر القانوني للمنافسة هي في حقيقة الحالِ نتيجة لتظلمات تاريخية ودولية.

- أنّ الدّولة تسعَى إلى إعطاء المنافسة دورًا اقتصاديًا في المسعى المتعلّق بالتّطور الحاصل على السّاحة الدّولية.

- أنّ الدّولة تسعى إلى إبراز المهامِّ الاقتصادية لمسعى المنافسة وأثرِ ذلك على الأسواق التجارية.

وانطلاقًا ممّا تقدّم، توصّلت الدّراسة للاقتراحات التّالية:

- الاهتمام والتّركيز على الضّمانات الممنوحةِ لكلّ طرفٍ من أطراف الصّفقة، وبخاصّة المتعاملَ المتعاقد الذي ينبغي إشراكُه في تحقيق أكثر فعالية ونجاعة للطلبات العمومية.

- لابدَّ علَى لمشرّع الجزائري من العمل على إبراز الدّور القانوني لمصطلح الضّبط القانوني للمنافسة.

- التطوّر القانوني لفكرة المنافسة هو عبارةٌ عن طرح نسبيٍّ يتطور مع الزّمن، لكن المشرّع الجزائري يعمل دائمًا على إبراز الميكانيزمات القانونية دون الحقيقة الواقعية لما تحتاجه السُّوق.

- إعادة النّظر في مصطلح "المجال الواسع" في إبرام الصّفقات العمومية، من خلال تعديل المرسوم الرئاسي 15-247، وتفعيل المادّة 33 من الأمر67-90، التي حدّدت مدّة الإشهار بعشرين (20) يومًا على الأقلّ من التّاريخ المحدّد لاستلام العروض، مع إمكانية تخفيضِ تلك المدّة إلى عشرة (10) أيام عند الاستعجال.

الهوامش:

[1] جابر فهمي عمران، المنافسة في منظمة التجارة العالمية: تنظيمها وحمايتها- دراسة مقارنة: القانون الأمريكي، الاتحاد الأوروبي، القانون المصري، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2011، ص 322.

[2] جابر فهمي عمران ، نفس المرجع، ص 320 .

[3] سورة المطففين، الآية 26.

[4] عارف صالح مخلف و علي مخلف حماد، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 05 ، العراق، 2005 ، ص 259.

[5] معين فندق الشناق، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 28.

[6] عارف صالح مخلف، مرجع سابق ص 295.

[7] زبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرّة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت بتاريخ 2011/04/14، ص10.

[8] سامية كسال زايدي، «مبدأ حرية التجارة والصناعة أساس قانوني للمنافسة الحرة»، الملتقى الوطني حول حرية المنافسة في القانون الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، يومي 10و13 أبريل 2013، عنابة. الجزائر ص 2 .

[9] مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2005 ، ص 496.

[10] محمد الشريف كتو، «حماية المنافسة في الصفقات العمومية»، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، العدد 02، جامعة الجزائر، 2010، ص 76.

[11] سامية كسال زايدي، مرجع سابق، ص 3.

[12] جابر فهمي عمران، مرجع سابق، ص 326-327.

[13] Christophe LAJOYE, Droit des marchés publics, Berti édition, Alger, 2007, P 104.

[14] أنظر المادة 10من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 64، الصادر بتاريخ 1963/09/10.

[15] حيث جاء في ديباجة دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، مثلا ما يلي: "إن الشعب الجزائري ناضل ويناضل دوما في سبيل الحرية والديمقراطية وهو متمسك بسيادته واستقلاله الوطنيين، ويعتزم أن يبني بهذا الدستور مؤسسات دستورية أساسها... القدرة على تحقيق العدالة الاجتماعية والمساواة وضمان الحرية لكل فرد...يظل الشعب الجزائري متمسكا بخياراته من أجل الحد من الفوارق الاجتماعية... ويعمل على بناء اقتصاد منتج وتنافسي في إطار التنمية المستدامة... تمثل كلها ضمان احترام مبادئ هذا الدستور"، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 1996/12/07، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 76، الصادر بتاريخ 1996/12/08. والمعدل بالقانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، الصادر بتاريخ 07 /2016/03.

[16] المادة 02، من الأمر 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 43، الصادر بتاريخ 2003/07/20، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-02، المؤرخ في25 يونيو 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 36، الصادر بتاريخ 2008/07/02، المعدل بالقانون رقم 10-05 المؤرخ 15 غشت 2010، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، الصادر بتاريخ 2010/08/18.

[17] المادة 176، من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مرجع سابق.

[18] أنظر المادة 38 من نفس الدستور.، والتي جاء فيها: "الحرّيات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطنة".

[19] أنظر المواد 03،04 و05 من الأمر 75-37 المؤرخ في 1975/04/19، المتعلق بالأسعار وبقمع المخالفات لنظام الأسعار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 38، الصادر بتاريخ 13 ماي 1975.

[20] المرسوم رقم 66-114 المؤرخ في 12 ماي 1966، يتعلق بالمنتجات والخدمات الموضوعة تحت نظام التصديق على الأسعار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 41، الصادر بتاريخ 24 ماي 1966، المعدل بالأمر رقم 75-37 المؤرخ في 29 أبريل 1975 يتعلق بالأسعار وقمع المخالفات الخاصة بتنظيم الأسعار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 38، الصادر بتاريخ 13 ماي 1975.

[21] قانون 88-25 مؤرخ في 12 جويلية 1988 يتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 29، الصادر بتاريخ 13-07-1988.

[22] المرسوم التشريعي رقم 93-12، المؤرخ في 05 أكتوبر 1993،المتعلق بترقية الاستثمار، المعدَّل والمتمَّم بالأمر 01-03، المؤرخ في 20أوت2001، المتعلق بتطوير الاستثمارات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد47، الصادر بتاريخ 22 أوت 2001، ص4، المعدل والمتمم بالأمر 06-08 المؤرخ في 15 جويلية 2006، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 47، الصادر بتاريخ 19 جويلية 2006، ص 17.

[23] الأمر 95-22، المؤرخ في 26 أوت 1995 والمتعلق بالخوصصة المؤسسات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ،العدد 48، الصادر بتاريخ 1995/09/03.

[24] الأمر 95-25 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، والمتعلّق بتسيير رؤوس الأموال التجارية المتنّقلة للدولة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 55 ،الصادر بتاريخ 1995/09/27.

[25] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة، دار الجسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 7.

[26] جميلة حميدة، "مفهوم الصفقات العمومية بين الطبيعة التعاقدية والقيود التشريعية"، مداخلة أولى حول الصفقات العمومية، جامعة البليدة، الملتقى الوطني السادس حول دور الصفقات العمومية في حماية المال العام ،كلية الحقوق، جامعة يحي فارس، يوم 20 ماي 2013، المدية- الجزائر، ص 03.

[27] حمدي ياسين عكاشة (نائب رئيس مجلس الدولة)، موسوعة العقود الإدارية والدولية: العقود الإدارية في التطبيق العملي، المبادئ والأسس العامة، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 4.

[28] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2011، ص 33 .

[29] المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 2015/09/16، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 50، الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

[30] لمزيد من الاطلاع، راجع: المادة 01 من الأمر 67-90، المؤرخ في 1967/06/17، المتعلق بقانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، الصادر بتاريخ 27 جوان 1967، والمعدل بالأمر رقم 70-57، المؤرخ في 06 أوت 1970، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 70، الصادر بتاريخ 18 أوت 1970، ص 1032 والمعدّل بالأمر رقم 71-84، المؤرخ في 29 ديسمبر 1971، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 107، الصادرة في 30 ديسمبر 1971، ص 1858، والمعدل بالأمر رقم 74-09، المؤرخ في 30 يناير 1974، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 13، الصادر بتاريخ 12 فبراير 1974، ص 198، والمعدل بالأمر رقم 76-11، المؤرخ في 20 فبراير 1976، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 20، الصادر بتاريخ 09 مارس 1976،ص 275 (ملغى).

- المادة 04 من المرسوم رقم 82-145، المؤرخ في 1982/04/10، المتعلق بالصفقات والمتعاملين العموميين، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، الصادر بتاريخ 13 أبريل 1982 (ملغى)

المادة 03 من المرسوم التنفيذي 91-434، المؤرخ في 1991/11/09، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 57، الصادر بتاريخ 13 نوفمبر1991، ص 2211 (ملغى)، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 94-178، المؤرخ في 26 يونيو 1994، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 42، الصادر بتاريخ 29 يونيو 1994، ص 06، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 96-54، المؤرخ في 22 يناير 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 06، الصادر بتاريخ 24 يناير 1996، ص 13، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 98-87، المؤرخ في 07 مارس 1998، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،العدد13، الصادر بتاريخ 11 مارس 1998، ص 9.

- المادة 03 من المرسوم الرئاسي 02-250، المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52 ، الصادر بتاريخ 28 يوليو 2002، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم الرئاسي 03-301، المؤرخ في 11 سبتمبر 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 55، الصادر بتاريخ 14 ديسمبر 2003، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 08-388، المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 62، الصادر بتاريخ 09 نوفمبر 2008 (الملغى).

- المادة 04، المرسوم الرئاسي 10-236، المؤرخ في 07 اكتوبر2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 58، الصادر بتاريخ 07 اكتوبر 2010، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 11-98، المؤرخ في 01 مارس 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، الصادر بتاريخ 06 مارس 2011، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 11-222، المؤرخ في 16 جوان 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد34، الصادر بتاريخ 19 جوان 2011، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 12-23، المؤرخ في 18 جانفي 2012، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 04، الصادر بتاريخ 26 جانفي 2012، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي 13-03، المؤرخ في 13 يناير 2013، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 02، الصادر بتاريخ 13 يناير 2013 (ملغى).

[31] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 43 .

[32] حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق، ص 6.

[33] نادية طياب، سلسلة محاضرات في مادة الصفقات العمومية، السنة الثانية ماستر، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2014-2015، ص 03.

[34] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 39 و40.

[35] عارف صالح مخلف، علي مخلف حماد، مبدأ حرية المنافسة في التعاقد بالمناقصة، مرجع سابق، ص 259.

[36] الزهرة برة، تكريس مبدأ حرية المنافسة في الصفقات العمومية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لخضر حمة، الوادي- الجزائر، 2014- 2015، ص 16،17.

[37] مونية جليل، المنافسة في الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 156.

[38] أنظر المادة 85 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السّالف الذّكر.

[39] المرسوم 82-145، المؤرخ في 10 أبريل 1982، يتضمن الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد15، الصادر بتاريخ 13 أبريل 1982 (ملغى).

[40] المرسوم التنفيذي 91-343، المتضمن قانون الصفقات العمومية، السّالف الذّكر (ملغى).

[41] صالح زمال، "امتداد قانون المنافسة إلى الصفقات العمومية"،' مداخلة في الملتقى الوطني السادس حول "دور الصفقات العمومية في حماية المال العام"، جامعة يحي فارس، يوم 20 ماي 2013، المدية- الجزائر، ص 7،8.

[42] أنظر المادة 54 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[43] تعليمة وزير المالية، رقم 1772 المؤرخة في 2015/12/02.

[44] أنظر المادة 83، من المرسوم الرئاسي 15-247، سالف الذكر.

[45] أنظر المادة 85 ، من نفس المرسوم.

[46] أنظر المادة 85-5، من نفس المرسوم.

[47] أنظر المادة 85-6 من نفس المرسوم.

[48] تعليمة الوزير الأول، رقم 192 المؤرخة في 2017/10/04، المتضمنة ضرورة استغلال المؤسسات الوطنية في إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات.

[49] أنظر المادتين 02،03 من القرار رقم 23 المؤرخ في 2011/03/28، المحددتين لكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتجات ذات المنشأ الجزائري وللمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 24، الصادر بتاريخ 20 أبريل 2011.

ملاحظة: نصت المادة 218 من المرسوم الرئاسي 15-247: "تبقى النصوص التطبيقية لأحكام المرسوم الرئاسي 10-236، المؤرخ في 2010/10/07، المتعلق بالصفقات العمومية والتي تم إعادة إدراجها ضمن المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، سارية المفعول حتى نشر النصوص الجديدة تطبيقا لأحكام هذا المرسوم".

[50] الأمر 96-01، المؤرخ في 1996/01/10، المحدد للقواعد التي تحكم الصناعة التقليدية والحرف، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 03، الصادر بتاريخ 14 يناير 1996.

[51] المادة 05 من القانون رقم 17- 02، المؤرخ في 2017/01/10، المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 02، الصادر بتاريخ 11 يناير 2017.

[52] المرسوم التنفيذي رقم 92- 414، المؤرخ في 14 نوفمبر 1992، المتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 82، الصادر بتاريخ 15 نوفمبر 1992، المعدّل والمتمّم بالمرسوم التنفيذي رقم 09-374، المؤرخ في 16 نوفمبر 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 67، الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 2009.

[53] أنظر المادة 87-2، من المرسوم الرئاسي 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السّالف الذّكر.

[54] أنظر المادة 03 من القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 2014/04/29، المحدّد لكيفيات تطبيق المنح التفضيلي للطلب العمومي للمؤسسات المصغرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 30 ،الصادر بتاريخ 21 ماي 2014.

[55] أنظر المادة 02، من القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 2013/11/27، الذي يحدد كيفيات تطبيق الالتزام بالاستثمار بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الأجانب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21،الصادر بتاريخ 09 أفريل2014.

[56] قرار وزير المالية، المؤرخ في 27 نوفمبر 2013، يحدّد كيفيات تطبيق الالتزام بالاستثمار بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الأجانب، الجريدة الرّسميّة للجمهورية الجزائرية، العدد 21، الصادر بتاريخ 9 أبريل 2014.

التّصريح بالممتلكات كآلية وقائية لمكافحة الفساد

Asset Declaration as a Preventive Mechanism to fight Corruption

ط. د. حمزة عشاش* - د. حمزة خضري**

ملخّص:

يُعتبر الفساد ظاهرة وبائية مسّت جميع جوانب الحياة، الأمر الذي جعل معظم دول العالم تبحث عن محاصرة هذه الظاهرة، الشيء الذي كرسته الجزائر من خلال إصدار القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، عبر اتّخاذ مجموعة من التدابير والآليات، والتي من بينها التّصريح بالممتلكات، والذي يعدُّ آلية رقابية وقائية تساهم في مكافحة الفساد، وذلك بإلزام الموظَّف العام بالتصريح بممتلكاته قبل وأثناء وبعد تولي الوظائف والمهام.

Abstract:

Corruption is an epidemiological phenomenon that affects all aspects of life. Which made most of the world's nations looking for a Trapping this phenomenon; The thing that Algeria has dedicated, by passing the Law N° 06-01 on the protection of corruption and fight it. Through a set of measures and mechanisms which among them property declaration which is a preventive control mechanism contribute to the fight against corruption, by obliging the public employee to declare his properties before, during and after assuming functions.

مقدّمة:

منذُ ظهور البشرية على وجه الأرض، عرَف الفسادُ طريقه إلى الإنسان، حيث جاء في قوله سبحانه وتعالى: "وإذْ قَالَ ربُّكَ للملائكَةِ إنّي جاعِلٌ في الأرضِ خَليفةً قالُوا أَتجعَلُ فِيهَا مَنْ يُفسِدُ فِيهَا ويَسْفِكُ الدِّماءَ ونحْنُ نُسَبّحُ بِحمْدِكَ ونُقدِّسُ لكَ قالَ إنّي أَعلَمُ مَالَا تعْلمُون"[1](سورة البقرة، الآية 30). كما أن الفسادَ في وقتنا الحالي أضحى ظاهرةً توجَّب على الدول محاربتُها، وهذا ما سعت إليه من خلال النصّ على اتفاقيات عديدة في هذا المجال، من بينها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وكذا الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد.

وقد سارعت الجزائر هي الأخرى إلى تكريس نظامٍ قانوني في مجال مكافحة الفساد، وهذا ما تجسّد بالفعل من خلال إصدار القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، إذْ جعل هذا الأخير

* طالب دكتوراه، مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، جامعة محمد بوضياف - المسيلة.
** أستاذ محاضر (أ)، جامعة محمّد بوضياف بالمسيلة.

التصريح بالممتلكات من بين أهم الآليات الوقائية للرقابة على عدم حدوث ظاهرة الفساد، من خلال إحاطته بمجموعة من الأحكام القانونية، هذا الشيء الذي دفعنا لطرح الإشكالية التالية:

فِيمَ تتمثل مختلف الأحكام القانونية التي كرَّسها المشرّع الجزائري لتجسيد الطابع الوقائي لآلية التصريح بالممتلكات من ظاهرة الفساد؟

وتظهر أهمّية الموضوع من خلال مستويين رئيسيين، يتمثل المستوى الأول في كون موضوع التصريح بالممتلكات يتعلق بالوظائف ذات الأهمية العليَا والتي لها علاقة مباشرة بالمواطن داخل الدولة، وهي التي تبين مدى احترام هؤلاء الموظفين للتسيير الأمثل للمال العام وحفظ وصون ثقة المواطن، في حين يتمثل المستوى الثاني لأهمية الموضوع في كون آلية التصريح بالممتلكات من بين أهم السبل الوقائية من الوقوع في ظاهرة الفساد الإداري والمالي، وأن التسيير الأمثل لها يحول دون وقوع جرائم عدة متعلقة بقانون الفساد، مما يساهم في إنجاح السياسة التشريعية في مكافحة هذه الظاهرة.

وللإجابة عن التساؤل المطروح، قسَّمنا موضوع الدراسة إلى مطلبين أساسيين، وكل مطلب يتكون من فرعين، حيث تناولنا في المطلب الأول نطاق آلية التصريح بالممتلكات، في حين تطرقنا في المطلب الثاني لإجراءات وآثار آلية التصريح بالممتلكات، معتمدين في ذلك على المنهج التحليلي لاستقراء مختلف النصوص القانونية، مع الاستعانة بالمنهج الوصفي في إعطاء بعض العناصر والتعريفات.

المطلب الأول: نطاق آلية التصريح بالممتلكات

خصَّص المشرّع الجزائري أحكامًا خاصّة متعلّقة بآلية التصريح بالممتلكات، حيث أدرج لها مجموعة من الأحكام، الشيء الذي يدفعنا أولًا إلى إعطاء تعريفٍ لهذه الآلية وتحديدًا أساسها القانوني (الفرع الأول)، وكذا تحديد الأشخاص المكلّفين بالقيام بهذا الإجراء القانوني (الفرع الثاني)، بالإضافة إلى تحديد الحالات التي يتمّ فيها اللجوء لهذا الاجراء (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف آلية التصريح بالممتلكات وأساسها القانوني

تُعتبر السياسات الوقائية خطّ الدفاع الأول ضدّ جرائم الفساد ومرتكبيها،[2] ومن بين هذه السياسات آلية التّصريح بالممتلكات التي سنعمد في هذا الفرع إلى إبراز المقصود بها (أولًا)، ثمّ تحديد الإطار القانوني المجسِّد لهذه الآلية (ثانيًا).

أولا- تعريف التصريح بالممتلكات:

من بين أهم التعريفات للتصريح بالممتلكات التي جاء بها بعض الباحثين في مجال القانون هو: "آليةٌ تسعى إلى متابعة الذّمة المالية للموظف العام، بُغية التحقّق من التّغيرات التي قد تطرأ عليها خلال المسار الوظيفي للموظّف، ولِتضع حدًّا لأي ممارسة من شأنها أن تحقّق الثّراء السّريع الذي يشكّل سببًا في التورّط في إحدى جرائم الفساد".[3]

أمّا فيما يخص المشرّع الجزائري فإنه لم يعرّف آلية التصريح بالممتلكات، بل اكتفى بإعطاء تعريف للممتلكات في الأمر 06-01، من خلال الفقرة (و) بأنها "الموجودات بكل أنواعها، سواءٌ أكانت مادية أو غير مادية، منقولة أو غير منقولة، ملموسة أو غير ملموسة، والمستندات أو السّندات القانونية، التي تثبت ملكية تلك الموجودات أو وجود الحقوق المتّصلة بها".[4]

وعلى اعتبار التصريح بالممتلكات إجراءٌ يخصّ الموظفين العموميين، وحسب التعريف المذكور في الفقرة (ب) من المادة 02[5] القانون 06-01 السالف الذِّكر، فإن الجمعَ بين التعريف الفقهي للتصريح بالممتلكات وكذا التعريف القانوني للموظف والممتلكات الواردَيْنِ في الأمر 06-01 المذكور أعلاه؛ فإنّ التصريح بالممتلكات حسب وجهة نظرنا يُقصد به "آليةٌ تسعى إلى متابعة الذمة المالية للموظف حسب ما هو معرّف في قانون الفساد، بهدف الوقاية من الثراء السريع وغير المشروع لهذا الأخير بمناسبة قيامه بمهامه الوظيفية".

ثانيا- الأساس القانوني لآلية التصريح بالممتلكات:

لم تتضمن الدساتير الجزائرية المتعاقبة للدولة الجزائرية إشارة صريحة لآلية التصريح بالممتلكات، حيث اكتفت بالإشارة إلى هذا الإجراء في الشروط الواجب توافرها في ملف الترشح لمنصب رئيس الجمهورية، حيث جعل الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدَّل والمتمَّم هذا الإجراء إلزاميًا لقَبول ملف الترشح حسب المادة 87 منه.[6]

أمّا على المستوى التشريعي، فيُعتبر أول نص قانوني عالج مسألة التصريح بالممتلكات في الجزائر، الأمر رقم 97-04 المؤرخ في 11 يناير 1997، المتعلق بالتصريح بالممتلكات،[7] حيث يتكون هذا الأخير من 19 مادة قانونية، تتعلق بالأشخاص المكلَّفين بالتصريح بالممتلكات، وكذا اللجنة المختصة قانونًا بتنفيذ هذا الإجراء، وللأحكام الجزائية في حالة مخالفة هذا الإجراء. إلا أن هذا القانون لم يعمِّر إلا تسع سنوات، ليصدر بعده الأمر رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته السالف الذِّكر، ليصبح هذا الأخيرُ الإطارَ العامّ للآليات الكفيلة بمحاربة الفساد والتي من بينها التصريح بالممتلكات، ملغيًا في نفس الوقت أحكام القانون

04-97 المذكور أعلاه، حسب ما جاء في المادة 71 من القانون 06-01 السالف الذكر[8]، وقد صدرت نصوصٌ تنظيمية عديدة تطبيقًا للقانون 06-01 السالف الذكر في هذا المجال.

الفرع الثاني: الأشخاص المكلَّفون بالتّصريح بالممتلكات

يتعلّق الفساد الإداري بالانحرافات الإدارية والوظيفية أو التنظيمية والتي تصدر عن الموظف المكلَّف بخدمة عامّة أثناء تأدية المهام،[9] لهذا حدّد المشرّع الجزائري في القانون 06-01 سالِف الذِّكر، نطاقَ تطبيق إجراء التصريح بالممتلكات من حيث الأشخاص، على الموظفين العموميين كما هم معرَّفين في المادة الثانية من نفس القانون المذكور أعلاه، وبالتالي يُمكن التعرض للأشخاص المكلَّفين بالتصريح بالممتلكات حسب التقسيم التالي:

أولا- الأشخاص التابعون للسلطة التنفيذية:

ونعني بالأمر هنا كلًّا من رئيس الجمهورية وأعضاء الحكومة، أي الأشخاص أصحاب المناصب القيادية في الدولة،[10] كما يشمل الأمر أصحاب المناصب والوظائف العليا كما هم معرّفين في المادة 10 من الأمر 06-03 المتضمّن القانون الأساسي للوظيفة العمومية.[11] كما تجدر الإشارة لرؤساء المجالس الشعبية البلدية كونهم منتخبين محليين.

ثانيا- الأشخاص المنتخبون والمعيّنون التّابعون للسلطة التشريعية:

ونعني بالأمر هنا المنتخبين في المجالس المحلية، وكذا أعضاء البرلمان بغرفتيه. واستعمالنا لمصطلح الأشخاص المعينين في هذه الفقرة ليشمل الوصف أعضاء مجلس الأمة المعينين من قبل رئيس الجمهورية.

ثالثا- الأشخاص التابعون للسلطة القضائية:

ونقصد هنا القضاة كما هم محدَّدين في المادة 02 من القانون 04-11 المتضمن القانون الأساسي للقضاء[12] وهم:

- قضاة الحكم والنيابة العامّة التابعون للنظام القضائي العادي والإداري.
- القضاة العاملون في الإدارة المركزية لوزارة العدل والمصالح الإدارية للمحكمة العليا ومجلس الدولة.
- أمانة المجلس الأعلى للقضاء.

الفرع الثالث: حالات التصريح بالممتلكات

يمكن تقسيم الحالات التي يتم فيها اللجوء لإجراء التصريح بالممتلكات، حسب ما جاءت به المادة 04 من القانون 06-01 السالف الذكر إلى ثلاث حالات زمنية:

أولا- التصريح بالممتلكات أثناء البدْءِ بالمهام:

وذلك حسب الفقرة الثانية من المادة 04 من القانون 06-01 السالف الذكر، من خلال اكتتاب تصريح بالممتلكات، خلال الشهر الذي يعقب تاريخ تنصيب الموظف في وظيفته أو بداية عهدته الانتخابية.[13]

ثانيا- التصريح بالممتلكات بعد مزاولة المهام الوظيفية:

حيث أن الموظف حسب الفقرة 03 من المادة 04 المذكورة أعلاه، ملزمٌ بتجديد التصريح أثناء قيامه بمهامه الوظيفية، وذلك فور كل زيادة معتبرة في الذّمة المالية، بنفس الكيفيات التي تمّ بها الإدلاء بالتصريح الأول.[14]

ثالثا- التصريح بالممتلكات بعد انتهاء المهام:

حيث أن الشّخص الموظفَ حسب الفقرة 04 من نفس المادة المذكورة أعلاه، مجبرٌ على التصريح بممتلكاته عند نهاية كلّ عهدةٍ أو إنهاءِ خدمته.[15]

ولعلّ السبب الرئيسي الذي جعل المشرّع الجزائري يشدّد على التصريح بالممتلكات في ثلاث مراحل مختلفة، هو توعية الشخص الموظف بالرقابة القانونية المفروضة عليه لكي لا ينحرف في أدائه الوظيفي، ممّا يجسّد النزاهة والشفافية، وتكريسًا للحماية القانونية للأملاك العمومية بنوعيها العامّة والخاصّة، حسب ما هو منصوصٌ عليه في القانون رقم 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية المعدَّل والمتمَّم.[16]

المطلب الثاني: شروط وأثار آلية التصريح بالممتلكات

تمرّ آليةُ التّصريح بالممتلكات عبر شروطٍ معينة بيّنها القانون رقم 06-01 السّالف الذكر (الفرع الأول)، كما بيّن نفسُ القانون الآثارَ المترتّبة على عدم احترام الموظف لهذا الإجراء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط القانونية لإجراء التصريح بالممتلكات

بيّن المشرّع الجزائري في القانون 06-01 أولًا للمكتتب البيانات الضرورية التي يجب أن تتوفّر في التصريح بالممتلكات، كما نصّ ثانيًا على الكيفيات التي يتمّ بها هذا التّصريح في مواده 05 و06 على النحو التالي:

أولا- محتوى التصريح بالممتلكات:

باستقراء نص المادّة 05 من القانون 06-01 السّالف الذكر،[17] نجد أنّ البيانات الإلزامية التي أكّد المشرّع على وجوب توفّرها تحت طائلة بُطلان التصريح هي:

- جرد الأملاك العقارية للمكتتب وأولاده القصّر داخل الوطن وخارجَه حتّى ولو كانت في الشيوع.
- جرد الأملاك المنقولة للمكتتب وأولاده القصّر داخل الوطن وخارجَه.

ويُحرَّر الجَرد وفقًا للكيفيات المحدَّدة في المرسوم الرّئاسي رقم 06-414 الذي يحدِّد نموذج التّصريح بالممتلكات.[18]

وما يلاحَظ أن نصّ المادّة 05 من القانون 06-01 أوجب على المكتتب أن يذكر ممتلكاته العقارية والمنقولة هو وأولادُه القصّر فقط، متجاهلًا بذلك الأملاك العقارية والمنقولة للزوجة والأبناء المتمتعين بالأهلية القانونية، وهذا من شأنه أن ينقص في شدّة الرّقابة ويفتح المجال لإمكانية استغلال المكتتب لهذه الثغرة فيقومَ بكتابة الثّروات المتحصَّل عليها بطرق غيرِ شرعية للزّوجة أو الأولاد الرّاشدين، خاصّة وأنّنا في مجتمع تكون فيه الأسرة تضامنية وغير مفكّكة رغم استقلال الذِّمم المالية.

ثانيا- كيفيات التّصريح بالممتلكات:

يكون التّصريح بالممتلكات بحسب المادّة 03 من المرسوم الرئاسي 06-414 سالف الذكر في نسختين يوقّعهما المكتتب،[19] ويودَع هذا التصريح حسب ما حدّدته المادّة 06 من القانون 06-01 السّالف الذِّكر، وكذا المرسومُ 06-415 الذي يحدّد كيفيات التّصريح بالممتلكات للموظّفين غير المذكورين في المادّة 06 المذكورة أعلاه؛ أمامَ:

1- الرئيس الأول للمحكمة العليا: وهذا عندما يتعلّق الأمر برئيس الجمهورية، أعضاء البرلمان، رئيس المجلس الدّستوري وأعضائه، رئيس الحكومة وأعضائها، ورئيس مجلس المحاسبة، ومحافظ بنك الجزائر، والسّفراء، والقناصل، والولّاة، وكذلك القُضاة، ويُنشر محتوى التّصريح في الجريدة الرّسمية، وذلك خلال الشّهرين الموالِيين لتاريخ انتخاب المعنيين أو تسلُّم مهامّهم.[20]

2- الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته: عندما يتعلّق الأمرُ برؤساء وأعضاء المجالسِ الشّعبية المحلّيةِ المنتخبة، ويُنشر التّصريح في مقرّ الإعلانات للبلدية أو الولاية المعنيّة خلال شهرٍ من استلام المهامّ.[21]

3- أمام السّلطة الوصيّة أو السّلميّة: يُودع التّصريحُ بالممتلكات بالنّسبة للموظَّفين الذين يشغلون مناصبَ أو وظائف عليَا في الدّولة، أمام السُّلطة الوصيَّة التي يتْبعون إليها قانونًا، ويكون أمام السُّلطة السّلمية بالنّسبة للموظّفين الذين تتحدد قائمتهم عن طريق قرار من السّلطة المكلّفة بالوظيفة العمومية، ويودَع التصريح من قِبل السّلطة الوصيّة أو السّلمية لدى الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، وذلك مقابل وصلِ استلام.[22]

وعلى سبيل الاستئناس، نرى بأن المشرّع السّوداني (السّودان) أقرَّ لجنةً خاصّة للتّصريح بالممتلكات تسمّى "لجنة فحص إقرارات الذِّمّة"، ونصَّ القانون على تشكيلها من طرف وزير العدل رئيسًا وأربعة أعضاء يعيّنهم رئيس الجمهورية،[23] وهذا ما يطرح التّساؤل حول مدى استقلالية هذه اللّجنة في ممارسة مهامّها

مادامت السّلطة التنفيذية متحكّمة في تعيين أعضائها. وبالتالي نرى أن المشرّعَ الجزائري في المنحى الذي اتّخذه بشأن التّنويع بين الهيئات المكلَّفةِ بتلقّي التّصريح بالممتلكات، وتخصيصِ رئيس الجمهورية وأعضاء سلطتِه التنفيذية في ممارسة هذه الآلية أمام السُّلطة القضائية ممثَّلة في رئيس المحكمة العليا، كبسطٍ لنوعٍ من الرّقابة للسُّلطة القضائية على السُّلطة التنفيذية.

الفرع الثاني: الأثار المترتبة على عدم احترام أحكام التصريح بالممتلكات

رتّب المشرع الجزائري أثرًا قانونيًا على الموظّفين الذين لا يحترمون الأحكام الواردة في المواد 04 إلى 06 من القانون 06-01 السّالف الذّكر، حيث أنه ووِفقًا لأحكام المادّة 22 من نفس القانون المذكور أعلاه، فإن الهيئةَ الوطنية عند اكتشافها لأيِّ ملفٍّ خاصٍّ بموظّف لم يصرّح بممتلكاته أو قدَّم تصريحًا كاذبًا بشأنها، فإنّها تُحوِّل الملفَّ مباشرةً إلى وزير العدل الذي يقوم بدوره بإخطار النائب العامّ المختصّ لتحريك الدّعوى إن اقتضى الأمر.[24]

ويُلاحَظ أنّه لوزير العدل السُّلطة التقديرية في إخطار النّيابة العامّة لتحريك الدّعوى العمومية من عدمِها، وذلك لأنّ المشرّع قد استعمل لفظ "عند الاقتضاء"، وتكراره لنفس العبارة في المرسوم التّنفيذي رقم 06-413 المعدَّل والمتمِّم، دليلٌ على انحياز إرادة المشرّع نحو منحِ حرّية التّقدير لوزير العدل. وهذا ما يتنافى وسياسة مكافحة الفساد، والتي تقتضي ضرورةَ عدم التَّستُّر على أي ملفٍّ من ملفّات الفساد الإداري والمالي.[25]

ولقد رتَّب المشرّع الجزائري عقوبةً تتراوح بين 06 أشهر و05 سنوات حبسًا وغرامةً مالية من 50.000 دج إلى 500.000 دج، لكلّ موظّف ملزَم قانونًا بالتّصريح ولم يَقم بذلك عمدًا حتّى بعد شهرين من تذكيره عبر طرقِ التبليغ المحدّدة قانونًا، أو قام بتصريحٍ غير كاملٍ أو غير صحيحٍ أو خاطئ لممتلكاته، أو أدلى عمدًا بملاحظات خاطئةٍ نحوَها، أو خرَق عمدًا الالتزامات التي يفرضها عليه القانون.[26]

كما يلاحَظ أنّ المادّةَ اشترطت أن يتوفّر التعمّدُ في الفعل الذي قام به الموظّف في جرائم عدم التّصريح وتقديم الملاحظات الخاطئة وخرق الالتزامات المقرّرة عليه قانونًا، لأنّ الفعلَ يمكن أن يُرتكب بجهالة أو بسهوٍ من الموظّف، وهذا يُعدُّ فرضًا لنوعٍ من اللّيونة تاركًا بابَ إثباتِ ذلك على عاتق الموظّف.

خاتمة:

وخلاصة القول ممَّا سبق ذِكره، أن التّصريح بالممتلكات من أهمّ الآليات الوقائية التي كرَّسها المشرّع الجزائري لمحاربة ظاهرة الفساد في الجزائر، بدليل تخصيصِ مجموعةٍ من الأحكام لهذا الإجراء القانوني،

الذي يلتزم به الموظَّف حسب التّعريف الواردِ في المادة 02 من القانون 06-01 المتعلِّق بالوقاية من الفساد ومكافحته. ومن خلال دراستنا لموضوع البحث، خلُصنا إلى النتائج التالية:

- توسيع المشرّع لنطاق آلية التّصريح بالممتلكات لتشمَل جميعَ موظَّفي السُّلطات الثّلاث للدولة، مع تباينٍ في الجهة التي يتمُّ عندها التّصريح بين الرّئيس الأولِ للمحكمة العليا، والهيئةِ الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحتِه، وكذا كلٍّ من السُّلطة الوصيّة والسِّلمية.

- اشتمال التّصريح بالممتلكات على جميع المراحل التي يمرُّ بها الموظّف، بدءًا بتسلّمه المهامّ إلى غاية انتهاء مهامِّه أو خدماتِه.

- إضفاء صفة الليونة من المشرّع في مختلف الجرائم التي تتعلّق بالتّصريح بالممتلكات، من خلال اشتراط أن يكون الفعلُ عمديًا.

- إعطاء المشرّع السُّلطةَ التّقديرية لوزير العدل في متابعة الجرائم المتعلِّقة بالفساد والتي من بينها التّصريح بالممتلكات، ممَّا يجعل نجاحَ السّياسة التّشريعية لمكافحة الفساد مرهونًا بيدِ السُّلطة التّنفيذية، والتي يُفترض أن تكون طرفًا خاضعًا لهذه الآلية.

رغم توْفيق المشرّع الجزائري في سَنِّ هذه الآلية التي تُعتبر من أهمِّ الرّكائز القبْليةِ في مكافحة الفساد الإداري، إلّا أنّ هذا الأمرَ لا يمنع من تقديم بعضِ المقترحات، والتي نحصرها فيما يلي:

- ضرورةُ توسيعِ نطاق التّصريحِ بالممتلكات ليشمل كلّ أفراد أُسرة المعني، تفاديًا لأيّ ثغرة يمكن أن يستغلَّها الموظَّف لتحصيل ثرواتٍ غير مشروعة.

- توسيعُ مجال نشرِ التّصريح بالممتلكات الخاصّ بالمنتخَبين المحلّيين إلى الجريدة الرّسمية لإضفاء رقابةٍ أكثرَ على هؤلاء، وعدم الاكتفاء بلوحة الإعلانات البلدية والولائية.

- جعلُ آلية التّصريح بالممتلكات فيما يخصّ رئيس الجمهورية وأعضاء السّلطة التّنفيذية على المستوى المركزي لدى المحكمةِ الدّستورية، مع ضرورة إعطاءِ هذه الهيئة الاستقلاليةَ العضوية والوظيفية التامّة بموجب الدّستور، لتحقّق هذه الآلية الفعّالية في مواجهة هؤلاء.

- ضرورةُ إعطاءِ الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحتِه سلطاتٍ قضائية في التحرّي ومتابعةِ جرائم الفساد دون العودة لوزير العدل، مع ضمان استقلالية هذه السُّلطة بموجب الدّستور عن السّلطة التّنفيذية.

الهوامش:

[1] القرآن الكريم.

[2] محمد جمعة عبدو، الفساد (أسبابه... ظواهره... آثاره... والوقاية منه)، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 2019، ص 52.

[3] سهيلة بوخميس، دور التصريح بالممتلكات في الوقاية من الفساد في التشريع الجزائري، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد 04، العدد 01، الصادر بتاريخ 2019/03/31، ص 60.

[4] القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، الصادر بتاريخ 08 مارس 2006.

[5] المادة 02 من نفس القانون.

[6] الدستور الجزائري لسنة 1996، المعدَّل والمتمَّم.

[7] الأمر رقم 97-04، المؤرخ في 11 يناير 1997، يتعلق بالتصريح بالممتلكات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 03، الصادر بتاريخ 12 يناير 1997.

[8] المادة 71 من القانون 06-01 السالف الذكر.

[9] حمزة حسن خضر الطائي، مازن ليلو راضي، الفساد الإداري في الوظيفة العامة، الطبعة الأولى، مركز الكتاب الأكاديمي، عمان- الأردن، 2014، ص 95.

[10] فاطمة عثماني، التصريح بالممتلكات كآلية لمكافحة الفساد الإداري في الوظائف العمومية للدولة، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو - الجزائر، 2011، ص 63.

[11] الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 جويلية 2006، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، الصادر بتاريخ 16 جويلية 2006.

[12] القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 57، الصادر بتاريخ 08 سبتمبر 2004.

[13] الفقرة الثانية من المادة 04 من القانون 06-01 السالف الذكر.

[14] الفقرة الثالثة من نفس المادة.

[15] الفقرة الرابعة من نفس المادة.

[16] قانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، الصادر بتاريخ 02 ديسمبر 1990.

[17] المادة 05 من القانون 06-01 السالف الذكر.

[18] المرسوم الرئاسي رقم 06-414 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد نموذج التصريح بالاكتتاب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 74، الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 2006.

[19] المادة 03 من نفس المرسوم.

[20] الفقرة الأولى من المادة 06 من القانون 06-01 السالف الذكر.

[21] الفقرة الثانية من نفس المادة.

[22] المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 06-415 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد كيفيات التصريح بالممتلكات بالنسبة للموظفين العموميين غير المنصوص عليهم في المادة 06 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 74، الصادر بتاريخ 23 نوفمبر 2006.

[23] أمير إبراهيم ابشر، مراحل تطوير مكافحة الفساد الاداري في السودان، مداخلة في ورشة العمل لتنمية المهارات القانونية والإدارية للقادة وآثارها في مكافحة الفساد، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الإمارات، 2011، ص 348.

[24] المادة 22 من القانون 06-01 السالف الذكر.

[25] عبد العالي حاحة، الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة – الجزائر، 2012-2013، ص 495.

[26] المادة 36 من القانون 06-01 السالف الذكر.

قائمة المصادر والمراجع:

1- القرآن الكريم.

2- النصوص القانونية

أ- الدساتير:

- الدستور الجزائري لسنة 1996، المعدل والمتمم.

ب- القوانين:

- القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 57، الصادر بتاريخ 08 سبتمبر 2004.

- القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، الصادر بتاريخ 02 ديسمبر 1990.

- الأمر رقم 97-04، المؤرخ في 11 يناير 1997، يتعلق بالتصريح بالممتلكات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 03، الصادر بتاريخ 12 جانفي 1997.

- القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، الصادر بتاريخ 08 مارس 2006.

- الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، الصادر بتاريخ 16 جويلية 2006.

ج - المراسيم:

- المرسوم الرئاسي رقم 06-414 المؤرخ في 22 نوفمبر 2006، يحدد نموذج التصريح بالاكتتاب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 74، الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 2006.

3- الكتب:

- حمزة حسن خضر الطائي، مازن ليلو راضي، الفساد الإداري في الوظيفة العامة، الطبعة الأولى، مركز الكتاب الأكاديمي، عمّان - الأردن، 2014.

- محمد جمعة عبدو، الفساد (أسبابه، ظواهره، آثاره والوقاية منه)، دار الكتب الوطنية، ليبيا، 2019.

4- المقالات الأكاديمية:

- سهيلة بو خميس، دور التصريح بالممتلكات في الوقاية من الفساد في التشريع الجزائري، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد 04، العدد 01، الصادر بتاريخ 31 مارس 2019.

5- الملتقيات العلمية:

- أمير إبراهيم ابشر، مراحل تطوير مكافحة الفساد الإداري في السودان، مداخلة في ورشة العمل لتنمية المهارات القانونية والإدارية للقادة وآثارها في مكافحة الفساد، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الإمارات، 2011.

6- الرسائل الجامعية:

_ عبد العالي حاحة، الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة – الجزائر، 2012-2013.

- فاطمة عثماني، التصريح بالممتلكات كآلية لمكافحة الفساد الإداري في الوظائف العمومية للدولة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو - الجزائر، 2011.

الآثار القانونية للعلامة التجارية المسجلة في التشريع الجزائري

Legal implications of the registered trademark in the Algerian legislation

ط. د. نور الدين مزهود* - د. ياسين مقدم**

ملخّص:

تُعدُّ العلامةُ التجارية أداةً لتمييز المُنتجات أو الخدمات الخاصّة عن غيرها من المنتجات أو الخدماتِ الأخرى المُشابهة لها، وتُعتبر من أهمّ الحقوق في القطاع الصّناعي والتّجاري، سواءٌ بالنّسبة لجمهور المستهلكين، أو بالنّسبة للتّجار وأصحابِ الحرفِ والخدمات.

وتُكتسب ملكيةُ العلامةِ نتيجةَ استيفاء مجموعةٍ من الشّروط الشّكلية والموضوعية اللّازمة، بحيث لا يمكن لأيّ شخصٍ التمسّكَ بحقوق على علامةٍ مَا إذا استعملها دون إيداعها للتّسجيل كما هو مشترطٌ قانونًا، ويترتّب على تمام تسجيلِها مجموعةٌ من الآثار، يكمن جوهرُها في ثبوت ملكية العلامةِ التّجارية لمن قام بتسجيلها والقيامِ بمختلف العملياتِ القانونية عليها، كاحتكار استغلالها أو التصرّف فيها، بالإضافة إلى تكريس المشرّع لحماية قانونية ضدَّ كلِّ مساسٍ بها .

الكلمات المفتاحية: الآثار القانونية؛ العلامة التّجارية؛ التّسجيل؛ التّشريع الجزائري.

Abstract:

A trademark is a tool to distinguish special products or services from other products or services similar to it, and it is considered one of the most important rights in the industrial and commercial sector, whether for the public of consumers, or for merchants and owners of crafts and services.

The ownership of the mark is acquired as a result of fulfilling a set of formal and substantive conditions necessary, so that no person can cling to rights over a mark if he uses it without depositing it for registration as is legally required, and its complete registration results in a set of effects whose essence lies in establishing the ownership of the trademark for the one who registered it and execute it And carrying out various legal operations on it, such as monopolizing its exploitation or disposal, in addition to its full legal protection against any prejudice to it.

Keywords: Trademark; Monopoly; License; Illegal Competition; Tradition.

* طالب دكتوراه، مخبر الدراسات والبحوث في القانون والأسرة والتنمية الإدارية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة – الجزائر.

** أستاذ محاضر(أ)، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة – الجزائر.

مقدّمة:

إنّ حقوقَ المِلكية الفكرية عمومًا هي مجموعةُ الحقوقِ التي تحمي الفكرَ والإبداع الإنساني، وتنصبُّ هذه الحقوق على شيء معنويٍ له قيمةٌ مالية، وبهذا المفهوم تسمح لصاحبها باحتكار استغلالِها والاستفادةِ منها بشتّى الطرق.

وتَلعب العلامة التّجارية دورًا هامًّا في المجال الاقتصادي والتّجاري، وتُعدّ من أهمِّ الحقوق، سواءٌ بالنّسبة لجمهور المستهلكين، أو بالنّسبة للتّجار وأصحاب الحرفِ والخدمات. ولهذا اتّجهت مختلفُ الدّول إلى وضع أحكام خاصّة بالعلامات التجارية وتكريسِ حمايةٍ خاصّة لها في تشريعاتها الدّاخلية، وهو ما تبنّاه المشرّع الجزائري من خلال سنِّه للأمر رقم 03-06 المتعلِّق بالعلامات.

وقد عرَّف المشرّع الجزائري العلامةَ على أنّها كلُّ الرموز القابلة للتّمثيل الخطّي، لاسيَما الكلمات، بما فيها أسماءُ الأشخاص والأحرفِ والأرقام، والرسومات أو الصور والأشكال المميّزة للسِّلع أو توضيبها، والألوانُ بمفردها أو مركّبة، والتي تُستعمل كلُّها لتمييز سلعِ أو خدماتِ شخصٍ طبيعي أو معنوي عن سلعِ وخدماتِ غيره. وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرّع أَورد العناصرَ والصّور والأشكالَ التي يمكن أن تكون عليها العلامةُ التّجارية على سبيل المثال لا الحصر.

وتُكتسب العلامةُ التّجارية عن طريق توفُّر مجموعةٍ من الشروط الموضوعيةِ المتمثّلة في وجوب أن تكون العلامةُ مميَّزة، وأن تكون جديدة، وكذلك أن تكون مشروعة، بالإضافة إلى توفُّر الشّروط الشّكلية المتمثّلةِ في إيداع طلبِ التّسجيل لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصّناعية، وإصدارِ قرار التسجيل، وقيدِ العلامة في سجلٍّ خاصّ، وكذا عملية النّشر والشّهر في المنشور الرّسمي للملكية الصناعية.

ويترتّب على تسجيل العلامةِ التّجارية مجموعةٌ من الآثار القانونية الهامّة، تَمنح مالكَها حقوقًا عليها دون غيره، وبهدف توضيحِ هذه الآثار تمَّ طرح الإشكالية الرّئيسية على النّحو التالي:

ما هي الآثارُ القانونية التي رتّبها المشرّع الجزائري على تسجيل العلامة التجارية؟

ويندرج تحت هذه الإشكالية تساؤلان فرعيان يتمثّلان في:

- ما هي الحقوق التي تُمنح لصاحب العلامة التّجارية المسجّلة؟
- ما هي الحماية القانونية التي منحها المشرّع الجزائري للعلامة التجارية المسجَّلة؟

هذا ما سنحاول الإجابةَ عنه من خلال اتّباعِ المنهج الوصفي التّحليلي وِفقًا للخطّة المشكَّلة من مطلبين: اكتسابُ العلامة التّجارية (مطلب أول)، الحمايةُ القانونية للعلامة التّجارية (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول: اكتسابُ العلامة التجارية

يترتّب على تسجيل العلامةِ ثبوتُ ملكيتِها لمن قام بتسجيلها ويُمنح له حقُّ الاستفادة منها بشتّى الطُّرق، منها حقُّ استعمال واستغلالِ العلامة، وحقُّ التّصرُّف فيها.

أولا- حقّ الاستعمال والاستغلال

عموماً، تَمنح الملكية الصناعية للشخص سلطةً على شيءٍ غيرِ مادّي وتمكِّنه من الاستئثار والانتفاع به ماليًا، وعلى هذا الأساس، فهي تخوّل لصاحبها حق الاستئثار المُطلق بجميع مزايا هذه الملكية، وعليه، متى مَا قام الشّخص بتسجيل علامته لدى المصالح المختصّة أصبح مالكًا لها، وله وحدَه الحقُّ في استعمال هذه العلامة على السّلع والخدمات التي يعيّنها لها دون أن يتعدّاها إلى بضائعَ أخرى، بمعنى أنّ حقَّ استغلالِ العلامة هو حقٌّ نسبيٌّ يقتصر على مُنتَج أو خِدمة معيّنةٍ باستثناء العلامة المشورة، وذلك طيلة المدّة القانونية المخوَّلة قانونًا، وهي عَشرُ سنوات قابلةٍ للتّجديد لفتراتٍ متتالية، وهذا ما جاء في نصّ المادّة 05 من الأمر 03-06 المتعلّق بالعلامات.[1]

وحقُّ احتكار العلامة حقٌّ مؤقّت وليس دائم، فرغم منحِ صاحبِها الحقَّ في تجديد العلامة، إلّا أنّ هذا الحقَّ يبقى مؤقتًا ويسقط في حال عدمِ التّجديد،[2] ويجب على صاحب العلامة أن يحرص على الاستعمال الجِدّي للعلامة على السّلع أو توضيبها أو على صلة مع الخدمات المعرَّفة بها، وكذا التّجديد المستمرّ حتى يضمن لنفسه دوام استعمالِ العلامة.[3]

ومقتضى حقّ احتكار استعمال العلامة التجارية أنه يحقُّ لمالِكها منْع الغير من استخدام أو بيع أو توزيع المُنتجات محلّ تمييز هذه العلامة، بمعنى أنه لا يحقُّ لغير مالكِ العلامة التجارية التعاملُ على المنتجات التي تَستخدم العلامةَ التّجارية، لتمييزها بأيّ نوعٍ من أنواع التعامل إلا عن طريق مالك العلامة التجارية، ويُعدّ ذلك نتيجةً طبيعية للحقّ الاستئثاري الذي تُرتّبه ملكيةُ العلامة التجارية.[4]

كما يمكن لصاحب العلامة التّجارية التّمسّكُ في مواجهة الغير الذي يَستعمل تجاريًا علامةً أو رمزًا أو اسمًا تجاريًا مشابهًا يؤدي إلى اللُّبس بين سلعٍ وخدمات مطابقةٍ أو مشابهة، دون ترخيصٍ منه، بالإضافة إلى أن لصاحب علامةٍ ذاتِ شهرة حقُّ منعِ الغير من استعمال علامته دون رضاه.[5] باستثناء ما جاءت به المادة 10 والتي حدّدت الحقوق المخوَّلة عن تسجيل العلامة، حيث لا يمكن لصاحب العلامة منعُ الغير من أن يَستخدم تجاريًا وعن حُسن نية:[6]

- اسمَه وعنوانَه واسمَه المستعار.

- البياناتِ الحقيقية المتّصلة بالصِّنف أو الجودة أو الكمّية أو الوِجهة أو القِيمة، أو مكانَ المنشأ، أو فترةَ إنتاجِ هذه السّلع أو أداءَ هذه الخدمات، على أن يكون هذا الاستعمالُ محدودًا ومقتصرًا على أغراض التعريف أو الإعلام فقط، وفقًا للممارسات النّزيهة في المجال الصّناعي أو التّجاري.

إنّ منح حقّ الاستئثار لصاحب العلامة لا يُعتبر بمثابة تعويض، بل هو فرصةٌ تفتح له باب الرّبحِ دون غيره من المنافسين، وبموجب هذا الحقّ يكون لصاحب العلامة فرصةُ الحفاظِ على زبائنه وضمانِ حمايتِه من المنافسة غير المشروعة، وهذا الاحتكار يحصل عليه صاحبُ العلامة بموجب القانون، فهو استئثار شرعي وهو استثناء عن مبدأ حرّية التجارة والصناعة.[7]

ويلاحَظ أن المشرّع الجزائري، مثله مثل المشرّع الفرنسي، لم يحدِّد مضمونَ حقّ الاستغلال الاستئثاري لصاحب العلامة، إذْ وحسب نص المادة 09 من الأمر03-06 فقد منح لمن قام بتسجيل العلامة حقَّ ملكيتها على السّلع والخدمات التي يعيّنها لها.

ثانيا- حقّ التصرف

إنّ العلامةَ التجارية باعتبارها مالًا معنويًا منقولًا ذَا قيمة مالية، تدخُل ضِمن الجانب الإيجابي في الذّمة الماليةِ لصاحبها، وبالتّالي تكون محلًّا للتّصرفات القانونية، فبعد تسجيلِ العلامة يُمنح لمالِكها الحقّ في استعمالها أو استغلالها، وكذلك يُخوَّل له الحقّ في التّصرّف فيها، سواءٌ بالتنازل عنها أو رهنها. كما يمكن أن تكون موضوعَ رخصة، وهو ما جاء في نصّ المادة 09 من الأمر03-06 المتعلّق بالعلامات.

أ- بيع العلامة التجارية: لقد نصَّ المشرّع الجزائري على عقد التنازلِ بالنّسبة لجميع حقوق الملكيَّة الصناعية ومن بينها العلامة التجارية، إذ تنصُّ الفقرة الأولى من المادة 14 من الأمر03-06 على أنّه "بمعزلٍ عن التحويل الكلّي أو الجزئي للمؤسّسة، يُمكن نقلُ الحقوق المخوَّلة عن طلب التسجيل، أو تسجيلُ العلامة كليًا أو جزئيًا، أو رهنُها". من خلال نصِّ المادّة يتّضحُ أن المشرّعَ منح لمالك العلامةِ الحقَّ في بيعها كلّيًا أو جزئيًا.[8]

ولانتقالِ الحقِّ في العلامة، اشترطَ المشرّع الجزائري في عقود نقلِ الحقّ على العلامة المودَعة أو المسجّلة- إضافةً إلى الأركان العامّة المعروفة في القانون المدني من رضًا ومحلّ وسبب- الكتابةَ والإمضاءَ من قِبل الأطراف وذلك تحت طائلة البُطلان، كما أوْجب قيدَ نقلِ تلك الحقوق في سجلّ العلامات لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، ولا يكون النقلُ نافذًا في مواجهة الغير إلّا بدءًا من تاريخ تسجيله في سِجلّ العلامات.[9]

والتّنازُل قد يكون كلّيًا عن العلامة إلى المتنازَل له، وقد يكون جزئيًا بانتقال بعض الحقوقِ دون أخرى ومثالُه حالة العلامة المسجّلة على عدّة منتجاتٍ، فيتنازل صاحبُها عن علامته لمنتَج دون الآخر.[10]

ب- رهن العلامة التجارية: نصّ المشرّع الجزائري على أنّ الحقوق المخوّلة عن طلب التسجيل، أو تسجيل العلامة تكون قابلة للانتقال الكلي أو الجزئي وبصورة مستقلة، كما يمكن أن تكون محل رهنٍ لوجود ديْن على صاحبها،[11] ومثال ذلك رهن المحل التجاري، باعتبار العلامة عنصرًا من عناصره، وفي هذه الحالة يجب على الأطراف المتعاقدة أن تنص على العلامة محل الرهن في قائمة العناصر المرهونة، وهذا ما جاء في المادة 119 من القانون التجاري الجزائري،[12] كما يمكن أن تكون محلّ رهنٍ بصفة مستقلّة عن المحل التجاري. ويُشترط في عقد الرّهن ما يُشترط في عقد التنازل من كتابة وتسجيل، إضافةً إلى الشروط العامة،[13] وهو ما نصت عليه المادة 15 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات.

ورهْنُ العلامة التجارية لا يعني انتقالها من الرّاهن إلى الدّائن المرتهِن، ولا يكسب حقّ استغلال الابتكار، بل يبقى بيدِ المَدين الرّاهن الذي يتوجب عليه السهرُ على ألّا تنخفض قيمة العلامة، من خلال عدم إتيان أيّ فعلٍ يؤدي إلى الإضرار بالدائن المرتهن كعدم حمايتها من المنافسة غير المشروعة.[14]

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري أخرج العلامة الجماعية من أي تصرف فيها، فلا يمكن أن تكون محل انتقال أو تنازل أو رهن ولا يمكن أن تكون تحت طائلة أي حكم تنفيذ جبري.[15]

ج- الترخيص باستغلال العلامة التجارية: منح المشرّع الجزائري لمالِك العلامةِ أيضًا إمكانيةَ التّرخيص باستغلال العلامة، حيث نصت المادة 16 من الأمر03-06 المتعلق بالعلامات على أنه "يمكن أن تكون الحقوقُ المرتبطةُ بالعلامة موضوعَ رخصةِ استغلالٍ واحدة أو استئثارية أو غير استئثارية، لكلِّ أو جزءٍ من السّلع أو الخدمات التي تمّ إيداع أو تسجيل العلامة بشأنها".

ويجب تحت طائلة البطلان، أن يتضمّن عقد الترخيص المبرم العلامة، فترة الرخصة، السّلع والخدمات التي منحت من أجلها الرخصة، والإقليم الذي يمكن استعمالُ العلامةِ في مجاله، أو نوعية السلع المصنعة أو الخدمات المقدَّمة من قبل مالك الرخصة.[16]

كما أكَّدَت الفقرة الثانية من المادة 17 من الأمر 03-06 على ضرورة قيد الرخصة في سجل العلامات الذي تمسكه المصلحة المختصة.

ويُقصد برخصة استغلال العلامة، العقدُ الذي يَمنح بواسطته صاحبُ العلامة للغير الحقَّ في استغلال علامته كلّيًا أو جزئيًا، وذلك بمقابلٍ يكونُ على شكل إتاوات، ولا يترتّب عن هذا العقد حقٌّ عيني، إنّما هو حقٌّ شخصيٌّ يخوّل للمرخّص له حقَّ استعمال العلامة على الوجه المتفق عليه في العقد.[17]

المطلب الثاني: الحقّ في حماية العلامة التجارية

مِن بين الآثارِ القانونيةِ الهامّة النّاتجة عن تسجيل العلامة التّجارية، الحمايةُ القانونية التي قرّرها المشرّعُ لها نظرًا للأهمّية التي تلعبها في مجال المنافسة داخل السوق، والتي جعلتها عرضةً للتعدي عليها بمختلف الأشكال، وتتمتع العلامة في النظام الداخلي بحماية قانونية مزدوجة، سواء عن طريق رفع دعوى مدنية، أو دعوى جزائية.

أولا- الحماية المدنية للعلامة التجارية

يجوز لكلِّ من وقَع تعدٍّ على حقّه في العلامة أن يرفع دعوى مدنية على من أحدث التعدّي، وطلب الحصول على تعويض، والدّعوى المدنية هي الوسيلةُ الوحيدة لحماية العلامة التجارية غيرِ المسجّلة، ويكون ذلك عن طريق اللّجوءِ إلى دعوى التعويض ووقف الاعتداء على العلامة، أو عن طريق دعوى المنافسة غير المشروعة.

أ- دعوى التعويض ووقف الاعتداء على العلامة: تستندُ المنافسةُ التجارية في الأصل إلى الأعراف التجارية النّظيفة، والتي يسعى من خلالها التّجار إلى جذب الزبائن والترويج لمنتجاتهم بالطُّرق المشروعة، لكن المشكلَ يُطرح عند مخالفة حدودِ المنافسة المشروعة باستخدام أساليبَ مخالفة للعادات والشّرف ومبادئ النزاهة والاستقامة، وكلُّ ذلك يُعتبر من قبيل المنافسة غير المشروعة.[18]

ودعوى التعويض تستندُ إلى القواعد العامّة في المسؤولية المدنية، طبقًا لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري، والتي تنصّ على أنّ "كل فعلٍ أيًّا كان يرتكبُه الشخصُ بخطئه، ويسبب ضررًا للغير يُلزم من كان سببًا في حدوثه بالتعويض".[19]

كما نصّت المادة 29 من الأمر 03-06 المتعلّق بالعلامات، على أنّه إذا أثبت صاحبُ العلامة أنّ تقليدًا قد ارتُكب أو يُرتكب، فإن الجهة القضائية المختصّة تقضي بالتعويضات المدنية، وتأمر بوقف أعمال التّقليد.

وتظهر أهمّية دعوى التعويضِ في حالة ما إذَا صدر حكمٌ بالبراءة على أساس انتفاءِ القصد الجِنائي الخاص لدى مقلِّد العلامة أو المستعمل أو البائع، فإن حُكمَ البراءة هذا لا يمنع الحكم بالتعويض لصاحب العلامة على أساس الفعل الضّار استنادًا لنص المادة 124 من القانون المدني.[20]

ب- دعوى المنافسة غير المشروعة: تُعتبر العلامة التجارية إحدى وسائل المنافسة الحرّة، وأيُّ مساسٍ بها يعطي الحقَّ لصاحبها في اللجوء إلى المحكمة المختصة لحمايتها، ورفعِ دعوى المنافسة غيرِ المشروعة للمطالبة بالتعويض عن الضّرر الذي لحقه.[21]

ويمكن تعريف المنافسة غير المشروعة بأنها قيامُ المنافِس بممارسات غير نزيهة ومخالفةٍ للقانون ولمبادئ الشرف والأمانة والنزاهة التي تقوم عليها الحياة التجارية، والتي من شأنها إلحاقُ ضرر بمنافس آخر بسبب تحويل عملائه واستقطابهم.[22]

فكل من صدر عنه عملٌ مخالف للقانون أو عملٌ غيرُ مشروعٍ عمومًا، اِلتزمَ بتعويض الضّرر الذي أصاب المتضرّر من جرّاء ذلك الفعل أو العمل وبالتالي يجب على الأشخاص بذل العناية اللازمة عند ممارسة أفعالهم.[23]

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري منع استعمالَ أيةِ علامة تجارية غيرِ مسجّلة أو لم يُطلب تسجيلها، وعليه فإن العلامة التجارية غير المسجلة لا يمكن أن تستند إلى أية حماية قانونية في حالة وقوع اعتداءٍ عليها، فشرط تسجيل العلامة التجارية في القانون الجزائري هو شرطٌ لحماية العلامة، فضلًا على أنه شرطٌ أساسي لاستعمال العلامة في المجال التجاري على السّلع والمنتجات ومختلف الخدمات.[24]

وما يمكن ملاحظتُه من خلال نص المادة 04 من الأمر 03-06 فإنّ المشرّعَ الجزائري قد خالف القواعد العامة في المسؤولية المدنية، لأن دعوى التعويضِ دعوى مُقرَّرة لحماية كافة الحقوق مهما كانت طبيعتها، فصاحب العلامة التجارية وحتى لو كانت غير مسجلة، يمكنه الاستنادُ إلى هذه الدعوى ومطالبة المتسبّب في الضّرر بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به، كونها الوسيلة الوحيدة لحماية حقّه، ولعلّ الهدفَ هو دفعُ التجار إلى ضرورة تسجيل العلامة لدى المصلحة المختصة من أجل بسط الرقابة على السّوق ومحاربة الغش، وبهذا يكون المشرّع الجزائري قد خالف القواعد العامّة في المسؤولية.[25]

ثانيا- الحماية الجزائية للعلامة التجارية

تُعدّ العلامة التجارية إحدى الوسائل الهامّة المعتمد عليها في إطار التنافس التجاري، حيث أن التّاجر يسعى دائمًا إلى تمييز بضائعه أو منتجاته عن الغير عن طريق العلامة التجارية، وهو ما يستوجب توفيرَ الحماية لهذه الأخيرة خصوصا وأن الحماية المدنية لوحدها لا تكفي لمنع الاعتداء بل تَوسّع المشرّع في الحماية القانونية ليضيف عنصر العقاب على المعتدي وهو ما يعرف بالحماية الجزائية.

والحماية الجزائية مقصورةٌ على العلامة التّجارية المسجّلة، أي يجب أن يكون صاحبُ العلامة التجارية قد قام بكافّة الإجراءات القانونية اللّازمة لتسجيل علامته لدى الجهة المختصة، وهو المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، وتبقى الحماية الجزائية للعلامة التجارية طيلة المدة المقررة لها وهي عشرة (10) سنوات قابلة للتجديد.[26]

وقد نظم الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات الحماية الجنائية للعلامات في المواد من 26 إلى 36 حيث تناولت هذه المواد الأفعال التي تشكل اعتداء على ملكية العلامة المسجلة، كما نظمت إجراءات رفع الدعوى

الجزائية ضد الاعتداءات الواقعة على ملكية العلامة أو تقليدها، كما قررت الجزاء الخاص لتلك الأفعال، وكل هذا ضمانا لحمايتها، ومن بين الجرائم التي نظمها المشرع نجد جريمة تقليد العلامات التجارية.

أ- تقليد العلامة: تعتبر جريمة التقليد أهمَّ جريمة تمسّ العلامة، ونظرًا للأهميةِ الكبرى والدّورِ البارز الذي تلعبه العلامة في ظل الاقتصاد المالي، فإنّ المشرّع الجزائري حاول الحدّ من هذه الظاهرة، وذلك بتحديده لعقوباتٍ جزائية تتمثّل في الحبس والغرامة المالية.

والتقليد حسَب المشرّع الجزائري هو" كلُّ عملٍ يمس بالحقوق الاستئثارية لعلامةٍ قام بها الغير خرقًا لحقوق صاحب العلامة".[27]

ولقيام جريمة التقليد وفقًا للمفهوم الواسع الذي أخذ به المشرع الجزائري، لابدَّ من وجود تماثلٍ وتطابقٍ أو تقاربٍ بين العلامة الأصلية والعلامة المقلّدة، وذلك سواءٌ من حيث شكل العلامة أو الوظيفة التي أوجدت من أجلها العلامة.

ب- تكييف التقليد: ويمكن تقديرُ وجودِ التّقليد من عدمه وفقًا لعدة معايير، لعلّ أهمّها هو الأخذُ بأوجه التشابهِ بين العلامتين، والعبرةُ وفقًا لهذا المعيار هي بحثُ أوجهِ التّشابه وليس الاختلاف بين العلامتين، فإذا وصل التّشابه بينهما إلى درجةٍ تجعل المستهلِكَ العادي واقعًا في الخلط واللُّبس فنحن أمام عمليه تقليد. كما يوجد معيارٌ آخرُ يمكن على أساسه إثباتُ وجودِ عملية تقليد، وهو معيارُ الأخذ بالمظهر العامّ، فالمستهلك عادةً لا يدقّق في التفاصيل أو العناصر الجزئية في العلامة أو المنتوج، وعليه لتقدير وجود التقليد من عدمه وجب النظرُ إلى الصفات البارزة والظاهرة في الشّيء محلَّ التقليد، وبناءً على هذا المظهر العامّ، يمكن إثباتُ وجودِ التّقليد من عدمه. وإلى جانب المعيارين السابقيْن هناك معيار ثالث وهو النظر إلى الشيئين الأصلي والمقلَّد الواحد تلو الأخر، فالمستهلِك عند اقتنائه لمنتوج معين لا يأخذ معه المنتوج الأصلي لمقارنته به عادةً، بل يحمل صورةً معينةً في ذهنه عن المنتوج الأصلي، وهذه الصّورةُ الذّهنية لا تسمح للمستهلك بإجراء المقارنة الحقيقية بين المنتوجين، وعليه، ولتسهيل إثبات وجود التقليد من عدمه، وجب النّظرُ إلى الشّيئيين الواحدَ تِلو الآخر، وهذا أيسر لتقدير وجود عملية التقليد.[28]

إنّ المعاييرَ السّالفةَ الذّكر هي فقط للاستئناسِ بها، والعبرةُ دائمًا يجب أن تؤخذ على أساس المستهلِك العادي، فلا يؤخذ بتقدير المشتري الحريص الذي قد يدقّق في أبسط التفاصيل والجزئيات، ولا بتقدير المشتري الغافل المهمِل الذي لا يدقّق في أي شيء.[29]

ج- أفعال التقليد: يكون تقليد العلامة إمّا بوضع علامةٍ مطابقة للعلامة الأصلية، أو وضع علامة قريبة الشّبه أو مشابهة في مجموعها للعلامة الأصلية.

- استعمال علامة مطابقة: وهو اصطناع علامة مطابقة تمامًا للعلامة الأصلية دون الحصول على موافقة صاحبها، وهو ما يوقع المستهلك في غلط ولُبسٍ وينخدع بها على أنها علامة أصلية.[30]
- استعمال علامة مشابهة: وهو وضع علامة مشابهة أو قريبة الشبه من العلامة الأصلية، سواء عن طريق التغيير أو بالإضافة أو تشويه العلامة الأصلية بطريقة تؤدي إلى إيقاع الخلط لدى جمهور المستهلكين.[31]

د- الجزاءات المترتبة عن دعوى التقليد: تترتّب على جريمة التّقليد عقوبةٌ جزائية، فإذا تمّ إثباتُ وجود تطابقٍ بين العلامة الأصليةِ وتلك المقلّدة، فلَا يجب أن يتوافر العنصر المعنوي بل يكفي وجودُ العنصر المادّي فقط، فالمشرّع حسب نص المادّة السابقة (المادة 26) لا يفرض البحث عن نية مرتكب الفعل الضّار، فلم يذْكر المشرّع الجزائري عبارةَ التّدليس أو القصد بالنسبة لجنحةِ التّقليد، وعليه يكفي توافر عملية التّقليد بغضِّ النّظر عن النيّة الحسنة أو السّيئة للذي يقوم بالتّقليد.[32]

وقسّم المشرّع الجزائري العقوبات في جنحة التّقليد إلى عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية:

- عقوبات أصلية: حسب نصّ المادة 32 من الأمر 03-06 المتعلّق بالعلامات تتمثّل العقوبات الأصلية في الحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من مليونين وخمسمائة ألف دينار (2.500.000 دج) إلى عشرة ملايين دينار (10.000.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.
- عقوبات تكميلية: كما نصّت المادة 32 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات على عقوبات تكميلية تتمثل في الغلق المؤقّت أو النّهائي للمؤسسة ومصادرة الأشياء والوسائل والأدوات التي استعملت في المخالفة، وإتلاف الأشياء محل المخالفة.

خاتمة:

تلعب العلامة التّجارية دورًا هامًّا في المجال الاقتصادي والتّجاري، ولهذا اتّجهت مختلف الدّول إلى وضعِ أحكام خاصّة بالعلامات التّجارية، وتكريس حمايةٍ فعّالة لها في تشريعاتها الدّاخلية، وهو ما تبنّاه المشرّع الجزائري من خلال سنِّه للأمر رقم 03-06 المتعلّق بالعلامات.

ويلاحَظ أنّ المشرّع الجزائري أوْلى أهمّيةً بالغةً للعلامة التّجارية من حيث تنظيمها القانوني، ورتّب على تَمامِ تسجيلِها مجموعةً من الآثار، وعليه، تمّ التوصّل من خلال هذه المقالة إلى النّتائج والتّوصيات التالية:

النتائج:

- تَثبُت ملكيةُ العلامة التّجارية لمن قام بتسجيلها، ويُمنح حقَّ القيام بمختلف العملياتِ القانونية عليها، كاحتكار استغلالِها واستعمالِها على السِّلع والخدماتِ التي يُعيّنُها لها، وحقُّ استغلال العلامةِ هو حقٌّ نسبيٌّ يقتصر على مُنتج أو خدمةٍ معينة، باستثناء العلامة المشورة طيلة المدّة القانونية المخوَّلة قانونًا وهي 10 سنوات قابلةٍ للتجديد.
- لِصاحب العلامة الحقُّ في التصرُّف فيها، سواءٌ بالتّنازل عليها أو رهنِها، ويُمكن أن تكونَ موضوعَ رخصة. واشترط المشرّعُ إضافةً إلى الأركان العامّة، ضرورةَ الكتابةِ والتسجيلِ في مختلف التصرّفاتِ التي ترِد عليها.
- نظرًا للأهمّيةِ التي تلعبُها العلامةُ التّجارية في مجال المنافسة داخل السّوق، أصبحت عُرضةً للتّعدي عليها بمختلف الأشكال، الأمرُ الذي دفع بالمشرّع الجزائري إلى إرساءِ قواعدَ قانونيةٍ لحمايتها تحرّم التّعدي عليها، حيث كرَّس حمايةً قانونية مزدوجةً لها، حماية مدنية وحماية جزائية.
- تتجسّد الحماية المدنيّة للعلامة التجارية في دعوى المنافسةِ غيرِ المشروعة، والتي يرجِع أساسُها إلى المسؤولية التّقصيرية، أين يقعُ الالتزام بالتعويض عن كلّ من كان سببًا في حدوث ضررٍ للغير.
- الحمايةُ الجزائية مقصورةٌ على العلامة المسجَّلة، وبالتسجيل فقط تقوم الحمايةُ الجزائية ويصبح التعدّي عليها جريمةً يعاقِب عليها القانون، ومن بين صور الاعتداء على العلامة التي نظّمها المشرّع الجزائري نجد التقليد.

التوصيات:

- ضرورةُ تحديث النّصوص القانونية الخاصّةِ بالعلامة التجارية، بما يتماشى والوضعيةَ الرّاهنة التي تعرف انفتاحَ الأسواق العالمية.
- تنظيمُ الحماية الجزائية للعلامات التّجارية في إطار قانونٍ واحد يُحيط بمختلف الجوانب.

الهوامش:

[1] الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، الصادر بتاريخ 23 جويلية 2003.

[2] رمزي حوحو، مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر، بسكرة - الجزائر، ص 12.

[3] المادة 11 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات التجارية، مرجع سابق.

[4] سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، الطبعة التاسعة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة – مصر، 2013، ص 557.

[5] المادة 09 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات التجارية، مرجع سابق.

[6] المادة 10 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات التجارية، مرجع سابق.

[7] حياة شبراك، حقوق صاحب براءة الاختراع في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بجامعة الجزائر، 2002، ص 122.

[8] سمير جميل حسين الفتلاوي، الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة نشر، ص 307-308.

[9] المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 05-277 المؤرخ في 02 أوت 2005، الذي يحدد كيفيات إيداع العلامات وتسجيلها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 54، الصادر بتاريخ 07 أوت 2005.

[10] سمير جميل حسين الفتلاوي، مرجع سابق، ص 308.

[11] المادة 14 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات التجارية، مرجع سابق.

[12] الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 101، الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1975.

[13] فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري: الحقوق الفكرية، ابن خلدون للنشر والتوزيع، عمّان، 2005، ص 253.

[14] فرحة زراوي صالح، المرجع نفسه، ص 253.

[15] المادة 24 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات التجارية، مرجع سابق.

[16] المادة 17 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات التجارية، مرجع سابق.

[17] علاء عزيز حميد الجبور، عقد الترخيص: دراسة مقارنة، طبعة أولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمّان، 2003، ص 42.

[18] ميلود سلامي، النظام القانوني للعلامات التجارية في القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه قانون خاص، جامعة الحاج لخضر، باتنة - الجزائر، 2011-2012، ص 192-193.

[19] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

[20] سميحة القليوبي، الوجيز في التشريعات الصناعية، مكتبة القاهرة الحديثة، مصر، 1967، ص 258.

[21] حمدي غالب الجغبير، العلامات التجارية - الجرائم الواقعة عليها وضمانات حمايتها، الطبعة الأولى، منشورا ت الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2012 ، ص 367.

[22] نعيمة علواش، العلامات في مجال المنافسة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2013 ، ص 45 إلى 48.

[23] صلاح زين الدين، العلامات التجارية وطنيا ودوليا، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2005، ص 242.

[24] المادة 04 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات التجارية، مرجع سابق.

[25] ميلود سلامي، مرجع سابق، ص 158- 159.

[26] المرسوم التنفيذي رقم 98-68 المؤرخ في 21 فبراير 1998، يتضمن إنشاء المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 11، الصادر بتاريخ 01 مارس 1998، ص 21.

[27] المادة 26 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات التجارية، مرجع سابق.

[28] ياسين مقدم، تنازع القوانين في الملكية الفكرية - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2017- 2018 ، ص 182.

[29] ياسين مقدم، المرجع نفسه، ص 182.

[30] فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 267.

[31] المادة 09 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات التجارية، مرجع سابق.

[32] فرحة زراوي صالح، مرجع سابق، ص 261.

مسؤولية المدير الأجنبي في حالة إفلاس الشركة التي يُديرها

ط. د. زكريا باي* - د. محمد إقلولي**

مقدّمة:

قد تأخذ الشركات مُتعدّدة الجنسيات الأجنبية لتنفيذ مشاريعها الاستثمارية بأرض الوطن أحدَ أشكال الشركات التجاريّة، سواءٌ أكانت شركات أموال أو أشخاص، ونتيجةَ تنفيذ هذه الشركات الهدف الذي أُنشئت من أجله -الذي قد يكون غالبًا تجارياً؛ قد تتوقف عن دفع ديونها، التي تُعدّ بالتبعية لطبيعة المشروع تجارية، ممّا يؤدي إلى إمكانية شهر إفلاسها، وبالتالي نكون أمام تطبيق أحكام الإفلاس التي تُوجّه أساسًا للذّمة المالية للمشروع، باعتبارها الضّامن الأساسي لوفاء ديونه، وذلك كأحد آثار استقلال الشخصيّة المعنويّة للشخص المعنوي عن شخصية الأشخاص المكوّنين له.

لكن المشرّع، وكاستثناء على هذا المبدأ، أقرّ أحكامًا من شأنها أن تُمدّد أثر إفلاس الشركة إلى الغير- غير المتعامل مع دائن الشركة المفلسة- نتيجةً لأفعال قد يأتيها، والذي يكون في مركز المدير أو الشريك للشّخص المعنوي المُفلس... ولهذا فإن التساؤل الذي يُطرح هو: ماهيَ التّصرفات التي يأتيها المدير في الشركة وتقُوم على أساسها مسؤوليتَه المدنية؟ وما هي الوسائلُ القانونيّة التي يمكن استعمالُها للمطالبة بهذا الحق؟

للإجابة على هذا التساؤُل، ارتأينا أن يكون ذلك في مبحثين: الأوّل نتناول فيه قيامَ مسؤولية الشركة الأمّ على أساس أنّها مديرٌ للشركة الوليدة، أمّا الثاني فنتناول فيه نتائجَ مسؤوليةِ الشّركة الأمّ تبعًا لإفلاس الشّركة التي تديرها.

المبحث الأول: قيامُ مسؤوليةِ الشّركة الأمّ على أساسِ أنّها مديرٌللشّركة الوليدة

قد تأتي الشركةُ الأمّ وهي بصدد إدارة الشركة الوليدة، بتصرّفاتٍ تمسّ أساسًا بالشخصية المعنوية لهذه الأخيرة، وكذا باستقلالها المالي. ولعلّ هذا ما كرّسه المشرع التجاري بنص المادة 224 من القانون التجاري التي نصّت على أنّه: "في حالة تسوية قضائية لشخص معنوي أو إفلاسه، يجوز إشهار ذلك شخصيًا على كلّ مسيّرٍ قانوني واقعي ظاهر أو باطني مأجورًا كان أم لا...

1- إذا كان المدير في ظل الشخص المعنوي أثناء قيّامه بتصرفه قد قام لمصلحته بأعمال تجارية أو تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة.

* طالب دكتوراه - نظام (ل، م، د)، جامعة مولود معمري - تيزي وزو - الجزائر.
** أستاذ محاضر (أ)، جامعة مولود معمري - تيزي وزو - الجزائر.

2- أو باشر لمصلحته الخاصة باستغلال خاسر لا يُمكن أن يؤدّي إلاّ إلى توقّف الشخص المعنوي عن الدفع...".

وعليه، فلتطبيق شروطِ مسؤوليةِ الشّركة الأمّ المديرة عن ديون الشركةِ الوليدة، يشترط ثلاثة شروط:

- مشاركة الشركة الأم في إدارة الشّركة الوليدة.
- عجز الشركة الوليدة عن سداد ديونها.
- ارتكاب الشركة الأمّ خطأً أو تعسفًا في الإدارة.

المطلب الأول: مشاركة الشركة الأمّ في إدارة الشركة الوليدة

إنّ طلب مجموعة الشركات هو وجود شركة تمارس سلطاتها على الأخرى، تستمدّ هذه السلطة إمّا من القانون أو من الواقع، أو مَا يُعرف بالتبعية الاقتصادية [1] التي تفرضها ظروف الواقع بين هذه الشركات. إلاّ أن مبدأ الاستقلال القانوني وتكوين الشخصية المعنوية بين هذه الشركات قد يفصل حماية للدائنين إذا تدخلت شركة في إدارة أخرى.

كما ذهب الأستاذ عوني محمد الفخري وهو بصدد كلامه عن تملُّك الشّركة القابضة من نصف سهم رأس المال إلى القول: "هذا وإن قلّت حصّة الشّركة الأجنبية أو الوطنية في الشّركة موضوع المشاركة عن النّسبة التي تجعلها قابضة، فإنّها مع ذلك تكون قابضةً في بعض الأحيان، إذا توافرت لها الهيمنة على إدارة تلك الشّركة، فتكون تابعةً لها".[2]

الفرع الأول: المشاركة في رأس المال

نصّت المادة 729 من القانون التّجاري على أنّه "إذا كان لشركةٍ مَا 50 بالمائة من رأسمال شركة أخرى، تُعدّ الثانية تابعةً للأولى".

كما نصت المادة 731 من نفس القانون على أنّه "تعدّ شركة مراقبة: - عندما تملك جزءًا من رأس المال بصفة مباشرة أو غير مباشرة يخول لها أغلبية الأصوات في الجمعيات العامّة لهذه الشركة.

أ- عندما تملك جزءًا من رأس مالٍ بصفة مباشرةٍ أو غيرِ مباشرة في الشركة بموجب اتّفاق مع باقي الشركاء الآخرين أو المساهمين، على ألّا يخالف هذا الاتفاق مصالح الشركة.

ب-عندما تتحكّم في الواقع بموجب حقوق التصويت التي تملكها في قرارات الجمعيّة العامة لهذه الشركة.

ت-تعتبر ممارِسةً لهذه الرقابة عندما تمتلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءًا يتعدى 40 بالمائة من حقوق التصويت، ولا يحوز أي شريك أو مساهم آخر بصفة مباشرة أو غير مباشرة لجزء أكبر من جزئها".

وعليه، عُرّف المديرُ القانوني فقهًا بأنّه "الشخص الذي يستمدّ سلطتَه من إدارة الشركة أو في جزء منها من إدارة القانون".[3] وبمفهوم نصّ المادّة أعلاه، لا يمتدّ مفهوم المدير القانوني لأعضاء مجلس المراقبة ولا لمحافظي

الحسابات، بل يقتصر على المديرين. كما يؤكد القانون البريطاني على أنّ "الشركة القابضة والوليدة تشكلان شركةً واحدة، على الرغم من استقلال الشخصية المعنوية للوليدة وذمتها المالية المنفصلة عن الأم، والتي تمارِس وِحدةَ الإدارة على الشركات التّابعة لها، وبالتالي لا تؤدّي بذلك إلى وحدة القرار الاقتصادي بل تتعدّاه لوحدة الهدف الاقتصادي الذي ترمي إليه الشركات القابضة في النهاية".[4]

فمِن الناحية القانونية، تتحقق سيطرة القابضة على الوليدة بحيازة عددٍ من الأصوات في الجمعية العامّة لهذه الأخيرة، ممّا يمكّنها من توجيه قراراتها، ذلك أن الجمعية العامّة هي الجهاز المخوَّل بتعيين مجلس إدارة الشركة وليس فقط حيازة الأسهم التي تعطي الحق في توزيع الأرباح المعروفة باسم التمتع،[5] طبقًا لنص المادة 611 من القانون التجاري فيما يتعلق بشركات المساهمة، ولعلّ هذا ما يعرف بالمفهوم القانوني للسيطرة، كما يُوجد مفهومٌ آخر للسيطرة ويكون في شكل الأسلوب التعاقدي للعلاقة التي تنشأ نتيجة هذه العقود، والتي تحكمها بنود العقد المبرم بين الشركتين، وهي علاقةٌ مؤقّتة بوجود التّعاقد،[6] وهذا ما نصت عليه المادة 612 من القانون التجاري فيما يتعلق بشركات المساهمة بنصها في الفقرة 02: "ويجوز تعيينُ شخص معنوي قائمٍ بالإدارة في عدة شركات، وفي هذه الحالة لا تُطبّق أحكام المقطع الأول على الممثّلين الدّائمين للأشخاص المعنويين، ويجب عليه عند تعيينه اختيارُ ممثلٍ دائم يخضع لنفس الشروط والواجبات، ويتحمّل نفس المسؤوليات المدنيّة والجزائية كما لو كان قائمًا بالإدارة باسمه الخاص، دون المساس بالمسؤوليّة التضامنية للشّخص المعنوي الذي يُمثّله...".

الفرع الثاني: الشركة الأمّ مدير فعلي للشركة الوليدة[7]

لقيام مسؤولية الشركة الأمّ عن ديون الشركة الوليدة، اتّفق الفقه القانوني على ثلاثةِ شروط يجب توافرها تتعلق بالفعل (التصرف القانوني) الذي تأتيه الأولى (الأم). وهي: أن تقوم بعمل إيجابي، أن يكون العمل صادرًا من الإدارة، وأن يكون هذا العمل قد تمّ على وجه الاستقلال.

وحالات تعيين المديرِ الفعليّ كمدير للشركة متعدّدة، ومنها حالة المدير القانوني الذي انتهت مدّة إدارته واستمرّ يمارس عملَ الإدارة، دون صدور قرارٍ بذلك، أو المدير الذي يكون قرارُ تعيينه باطلًا واستمرّ في الإدارة. أما فيما يتعلق بالشّركات متعدِّدةِ القوميات، فهي الإدارة التي يمارسها بعضُ الأشخاص ذوو النّفوذ والذين يسيطرون على أعمال الإدارة.[8]

كما أنه في العلاقات بين مجموعة الشّركات قد تقوم الشركة الأمّ بتوجيه الوليدة تماشيًا مع السّياسة العامّة للمشروع، خاصّة إذا كان المشروع يوزّع على الشركات الوليدة مجموعةً من النشاطات لكلّ واحدة، وهذا ما يُعرف بالوحدة الاقتصادية. كما صدر حكمٌ عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 13جويلية1873 قضى بأن:

"شركة المساهمة التي لم تتدخّل بشكل إيجابي في إدارة شركة ذات مسؤولية محدودة لا تُعدُّ مديرًا فعليًا لها ولا تُسأل عن ديونها، على الرّغم من حيازتها لأغلبية رأسِ مالها. وعلى النقيض من ذلك نجد حكم محكمة استئناف باريس الصّادر عام 1983 قد انتهى إلى الحكم على الشركة الأم، على أساس أنّها مديرٌ فعليّ، بعد أن قامت باقتطاع جزءٍ من رأسمالِ شركة وليدة وتحويله لشركة أخرى، وانتهت إلى أنّ ذلك يُشكل تعسُّفًا في إدارة الشركة الوليدة من جانب شركتها الأم، ممّا يحرك مسؤولية هذه الأخيرة.[9]

كما ذهبت محكمة استئناف باريس إلى أبعد من ذلك، إذ انتهت إلى أنّ: "صفة المساهم الوحيد للشركة الأمّ في رأسمال شركتها الوليدة، لا تعني بذاتها أنّها مدير فعلي... أمّا إذا أُضيف إلى ذلك تدخّل الشركة الأم في القرارات التي تصدرها الوليدة وترتَّب عليها آثارٌ ضارة، فإنّ ذلك يُترجم السّيطرة التي تمارسها الأمّ على الوليدة، ممّا يجعلها مديرًا فعلياً لها".

كما أنّ ممَّا تجدر الإشارة إليه، أنّ مساهمةَ الشركةِ الأمّ في الشّركة الوليدة يجعل منها تتّخذ شخصًا طبيعيًا للقيام مقامَها بأعمال الإدارة، وهذا ما نصّت عليه المادة 612 فقرة 02 من القانون التجاري. وعليه يُعدّ المدير في هذه الحالة وكيلًا من الشّخص المعنوي في ممارسة أعمال الإدارة، وبالتالي يُسأل هو الآخر عن أعمالِ إدارته، طبقًا لنصّ المادة أعلاه، كما لو كان يقوم بأعمال الإدارة باسمه الخاص. هذا ونصّت المادّة على هذه المسؤولية دون المساسِ بالمسؤولية التّضامنية للشّخص المعنوي الذي يمثّله (أي الشركة الأم)، وهنا يُسأل المدير الشخص المعنوي على أساس نصّ المادة 136 من القانون المدني، أي على التّصرفات التي يقوم بها تابعُه على أساس "قيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه".

الفرع الثالث: ارتكاب الشّركة الأمّ خطأً أو تعسّفًا في الإدارة

لقيام هذا الشّرط، يجب أن تأتيَ الشركةُ الأمّ تصرّفاتٍ تشكِّل أخطاءَ في الإدارة، يترتّب عليها تدهورُ الحالة الماليةِ للشّركة الوليدة، ولعلَّ هذا الشرطَ مخالفٌ لأثر الشخصيةِ المعنويةِ التي تقتضي استقلالَ الشّركةِ الوليدة والتزامَ ذمّتها المالية بسداد الدُّيونِ النّاتجة عنها، دون أن يتعدّى ذلك إلى غيرها. لكن المشرّع التّجاري أوْرد استثناءً على ذلك، وهو حالةُ ارتكاب الشّركةِ الأمّ [المدير] خطأً في قيامه لمصلحته بأعمالَ تجارية أو تصرّفٍ بأموال الشّركة كما لو كانت أموالَه الخاصّة، أو باشرَ لمصلحته باستغلال خاسر لا يُمكن أن يؤدّي إلاّ إلى توقّف الشخص المعنوي عن الدّفع.

وما تجدرُ الإشارة إليه هنا، أنّ المديرَ الفعليَّ لا يمكن مساءلتُه إلّا إذا أتى أفعالًا إيجابية، وهذا ما تمَّ التطرّق إليه سابقًا، بخلاف المدير القانوني الذي تقوم مسؤوليتُه إمّا لقيامه بأعمال إيجابية أو سلبية.

أولا- ارتكاب "الشّركة الأمّ المدير" خطأً يتمثّل في قيامها لمصلحتها بأعمال تجارية أو تصرفات بأموال "الشركة الوليدة" كما لو كانت أموالَها الخاصة

إنَّ تصرُّفَ الشَّركة الأمّ بقيامها لمصلحتها بأعمال تجارية، يشكّل خطأً تقوم مسؤوليتُها على أساسه، وهذا ما عبّر عنه (الفقيه شميدت) بقوله: "إنّ الشخص المعنوي ليس إلاّ منظمة لتحقيق الأهداف الجماعية لأعضائها المكوّنين لها، وبحسابها قناعًا لأهدافهم".[10] وهذا ما ذهب إليه حُكم محكمة استئناف باريس بتاريخ 1965/05/22 في قضية "فريهيوف فرنسا"، حيث تمتلك الشركة الأمّ الأمريكية ثلثيْ أسهمِ شركتها الوليدة "فريهيوف فرنسا"، وتسيطر على خمسةٍ من ثمانيةِ مقاعدَ بمجلس إدارتها، حيث ذهب المحامي العام إلى القول: "أنّ المديرين هم ممثّلو هذا الكيان فقط ومهمّتُهم إدارتُه بما يكفل مصلحتَه، ومصلحتَه فقط... دون أن يأخذوا مصالحَهم الخاصّة التي تدخلُ في الإطار التجاري لهذا الكيان، وهنا في حالتنا هذه، فإنّ رأس المال الأمريكي لاشكّ أنّه يمثل الأغلبيّة، وفي ظلّ النظرية الرأسمالية الخاصّة، فهو سيدُ المشروع وقراراتُه بمثابة أوامر...".

ثانيا- تصرفها بأموال الشركة كما لو كانت أموالها الخاصة

إنّه من المقرر قانونًا أن الذِّمّة المالية للشّركة المستقلّة عن ذِمم الشّركاء هي إحدى آثار تمتُّع الشركة بالشخصية المعنوية، طبقًا لنصّ المادة 50 من القانون المدني، وتتمثّل الذّمّةُ المالية في مساهمات الشّركاء فيها وكلّ ما تكسِبه نتيجة مباشرة استغلالها.

كما ذهب رأيٌ آخر[11] إلى القول بأنّ الخلطَ بين الذِّمم الماليةِ يؤدّي إلى زوال الشخصيةِ المعنوية للشركة، ويبدو الخلل في إطار مجموعة الشركات، عندما يقوم شخصان أو أكثر من الأشخاص المعنوية التي لها ذممٌ مالية مستقلّة ولكنّها تختلط وتؤدي إلى إفلاس إحداها؛ فإنّ ذلك يؤدي إلى إفلاسها بالتبعية لذلك، وهنا يُمكن للقضاء الاستعانة في استنتاج فكرةِ الخلط من خلال النقاط التالية:

1- في حالة ما إذا كانت الشّركة الوليدة مجرّد قناع بين مالكها والدائن، فالخلط بين الذّمم يؤدّي إلى فكرة الشركة الوهميّة، هُنا يُمكن الاستناد إلى صورية الشّركة ومساءلةُ المدير على أساس التّاجر الفعلي أو الواقعي.

2- الخلط بين ديون الشّركتين وكذا الحقوق، دُون وجودِ علاقاتٍ تعاقديّة محدَّدة وفعلية بين الشركتين، وهنا لا يُوجد خلطٌ مثل وجود مديرين مشتركين لكلٍّ من الشركتين، إضافةً إلى مركز إدارة واحد.

3- التكامل الاقتصادي بين مجموعة الشركات إلى حدٍّ لا يُمكن فصلُها عن بعضها البعض، وهذا ما ذهب إليه حكم باريس الصادر بتاريخ 13 مايو 1989.[12]

4- تعامله مع شركة أخرى تربطها علاقاتٌ بها دون أخذ ضمانات كافية لتغطية الدّيْن كونُه مؤجل.

5- إذا كانت استثمارات الشّركات التّابعة مرتبطة في توسعتها بالشّركات القابضة سواءٌ بالموافقة أو بالرفض.[13]

6- تدخّل الشّركة الأمّ لإثراء إحدى الشّركتين الوليدتين على حساب الأخرى، كما لو أجبرت إحداهما على التنازل على براءة اختراعٍ أو امتيازِ استغلالٍ لصالح الأخرى مقابل ثمن بخس، أو أجبرت إحداهما على شراء السِّلعة مقابلَ ثمن مُبالغٍ فيه.[14]

وممَّا تجدر الإشارة إليه في الأخير، أنّ مسألة تقديرِ الخطأ من مسائل الموضوع -في تقدير الوقائع- يستقلّ بها قضاةُ الموضوع دون رقابةٍ على ذلك من المحكمة العليا، كما يلاحَظ على النص القانوني أعلاه أنّ الخطأ المنصوص عليه واجب الإثبات.

ثالثا- مباشرةُ المدير لمصلحته الخاصّة باستغلال خاسرٍ لا يمكن أن يؤديَ إلاّ إلى توقف الشّخص المعنوي عن الدفع

وهذا ما يُعرَف لدى فقهاء القانون بالتعسّف في استعمال الحقّ، وهو ما نصَّ عليه القانون المدني في المادة 124 مكرر بأنّه: "يشكّل الاستعمال التعسّفي للحقّ خطأً، لاسيَما في الحالات التالية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، أو إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلةٍ بالنسبة للضّرر الناشئ للغير، أو إذا كان الغرضُ منه الحُصول على فائدة غيرِ مشروعة".

وتأخذ هذه الصورةُ العديدَ من الحالات نذكر منها:

- أن يقوم أعضاءُ الجمعية العامة في الشّركة بإصدار قرارٍ يُضرّ بغيرهم من الشّركاء، وهنا يخرج القرار من بيئته القانونية الصّحيحة ويدخل ضمن الأعمال التعسّفية.

- إذا حصل على أموال وائتمانٍ لصالح المشروع واستخدَمها في أغراض تُخالف مصالحه، أو فضّل مصالحَ مشروعٍ آخر على المشروع الذي يُديره.

المبحث الثاني: نتائج مسؤولية الشركة الأمّ تبعًا لإفلاس الشركة التي تديرها

إذَا توافرت الشروطُ السّابقة المذكورة في المبحث الأول، يمكن أن يقوم نوعان من المسؤولية تجاه الشخص المدير، فَيمكن إلزامُه بتكملة النّقص في ديون الشّركة التي يديرها في الفرض الذي لا تكفي فيه أصول هذه الأخيرة لسداد الدّيون، كما يمكن أن تمتدَّ إليها آثار الإفلاس نتيجةَ إفلاس الشّركة التي تديرها.

المطلب الأول: التزام الشركة الأمّ بتكملةِ النقص

وهذا ما يُعرف في القانون المقارن بدعوة تكملة الدّيون، فتعرَّف دعوى تكملة الديون على أنها "دعوى تُوجّه ضدّ المدير للشخص المعنوي، الهدفُ منها تحميلُه كلَّ ديون الشّركة التي يديرها أو جزءًا منها، بغضِّ النّظر عن كون المدير شخصًا معنويًا أو طبيعيًا، نتيجةَ مساهمته في إنشاء مصدرِ هذا الالتزام بخطئه".[15]

الفرع الأول: النظام القانوني لدعوى تكملة الديون

أولا- التّعريف بها

هي دعوى ناشئة عن أحد التطبيقات الخاصّة للمسؤولية المدنية في الإجراءات الجماعية، وهي دعوى تُرفع ضد مدير الشخص المعنوي الخاضع لإجراءات الإفلاس أو التسوية القضائية، وذلك بهدف تحميله كلَّ أو جزءًا من ديون الشخص المعنوي، وتفترض وقوع خطأ في الإدارة.[16]

ومن تطبيقات هذه الدعوى في القضاء المقارن وخاصة الاتفاقيات الدولية، ما ذهبت إليه محكمة العدل الأوربية في حُكمها الصّادر سنة 1979، بأنّ هذه الدعوى لا تتماشى والمادة 17 من اتّفاقية "بروكسل" الخاصّة بتنفيذ الأحكام الصّادرة في المسائل المدنية والتجارية في الدّول الأوربية،، أين استندت في حُكمها إلى طبيعة الدعوى، إذْ أنّها ترتبط بصفة مباشرةٍ بإجراءات التّسوية أو التّصفية القضائية المُستبعدة من نطاق تطبيق الاتّفاقية بموجب أحكام المادة الأولى منها.[17]وقد دافع القضاء الفرنسي على هذه الفكرة بعدم تعارضها مع أحكام المادة 17 من الاتّفاقية، وبأنها لا تتضمّن أيَّ تفرقةٍ تمارَس على أساس الجنس.

كما أخذت بهذه الدعوى الاتّفاقية الثّنائية المبرمة بين النّمسا وفرنسا بتاريخ 1979/02/27، فبعد أن قُنّنت هذه الاتّفاقية، والتي كانت معروفةً مسْبقًا لدى الفقه والقضاء الفرنسيين، حيث تنصّ المادّة السّادسة من الاتّفاقية على أنّ محاكم الدّولة التي يُشهَر فيها الإفلاس تكون مختصّةً بنظر الدّعاوَى التي - وفقًا لتشريع كل دولة- تُشتقُّ مباشرةً من الإفلاس".[18]

ثانيا- سلطة القضاء في تحديد قيمة التعويض الذي يُلزَم به المدير

بالرّجوع إلى القانون التّجاري الفرنسي الصّادر سنة 1985، نجد أنّ القاضي يتمتّع بسلطة كبيرةٍ في تقدير إدانةِ المدير وإلزامِه بدفع كلّ أو جزءٍ من ديْن المشروع الذي يُديره، وهذه السّلطة التّقديرية تُمنح للقاضي حتّى ولو كان الخطأ ثابتًا في حقّ المدير. والأساس القانوني لهذا الحكم هو نصّ المادة 180 من القانون أعلاه، التي تنصّ على أنّه "في حالة وجود تسويةٍ قضائية أو تصفيةِ أموالِ شخصٍ معنوي أو زيادة تعثره، فإنّ المحكمة يُمكنها أن تُدين المدير بجزءٍ من ديون الشخص المعنوي".

وأرجع بعضُ أهل الفقه عِلّة السّلطة التّقديريةِ الواسعة التي تركها المشرّع للمحكمة بالحكم بمسؤولية المدير، إلى أن فكرة الأخطاء واسعة، ولا تُوجد معاييرُ تحدّدها على وجه الدّقة، وهي تختلف من قاضٍ لآخر.

كما أنّ القانون التّجاري الفرنسي السّابق الصّادر سنة 1967، كان يَفترض قرينتيْ الخطأ والعلاقة السببيّة، فبمجرّد وجود نقصٍ في ديون الشّركة الوليدة فإنّ هناك خطأٌ من جانب المدير، هذا من جهة، ومن

جهة ثانية جعلَ القانونُ الحكمَ بقيام مسؤوليةِ المديرين إلزاميةٌ على المحكمة إذا لم يتمكن المدير في الدفع من إثبات عكس الخطأ المفترض تجاهه.[19]

وعليه، صدر قانون 1985 الذي غلّب مصلحة المديرين على مصلحة الدّائنين، وهذا ما يُستشفُّ من إلغاء قرينتيْ الخطأ والعلاقة السببيّة اللتين كانتا قائمتين في حق المديرين، وما تجدر الإشارة إليه، أنّ القانون الفرنسي لم ينصَّ على الفرَض الذي يتعدّد فيه المديرون وامتدادِ المسؤولية لتشملهم جميعًا أو البعضَ منهم، وهنا تتوقّف المسألة على حسن تقدير المحْكمة.[20] كما أنّ للمحكمة السّلطة التقديرية في الحكم بقيمة التّعويض على المدير، وليس هناك ما يمنع من الأخذ بعين الاعتبار أثناء التقديم درجة الخطأ المترتب من المدير، وهذه السُّلطة التقديرية تُستنبط من وقائع القضية، ويستقلُّ في تحديدها قُضاة الموضوع دون رقابةٍ عليهم من محكمة القانون. كما أنّه يُمكن القول أنّه من نتائج السُّلطة التّقديرية للمحكمة أن تعتمدَ في تقدير الأضرار اللاّحقةِ بالغير - المتعامل مع الشركة- الضررَ اللاّحق به بتاريخ صدور الحكم وليس وقت وقوع الخطأ.

كما أنّ المَبالغ المستحقّةَ والتي تمّ قبضُها بعد الحكم بقيام مسؤولية المدير، تدخل في الضّمان العام لدائني الشخص المعنوي المَدين. وفي حالة عدم الدّفعِ يُمكن اتّخاذُ إجراءاتِ الإفلاس والتسويّةِ القضائية ضدّ المدير، طبقًا لنصّ المادة 182 من قانون 1985.[21]

إلاّ إنّه بالرجوع إلى القانون الوطني، نجد أنّ القانون التّجاري نصَّ في المادة 224 منه على أثر قانوني وحيدٍ في حالة خطأ المدير، وهو إمكانيةُ إشهار حالة الإفلاس في مواجهة المدير، دُون النّصِّ على إمكانية اتّباع هذه الدعوى. (وهو الأمر الذي سنتناوله في المطلب الثاني أدناه)، باستثناء ما نصّت عليه أحكام المادة 578 من القانون التّجاري بنصها: "يكون المديرون مسؤولين بمقتضى القانون العامّ منفردين أو بالتّضامن، حسَب الأحوال تُجاه الشركة أو الغير، سواءٌ عن مخالفات هذا القانون، أو عن مخالفة القانون الأساسي، أو الأخطاء التي يرتكبونها في قيامهم بأعمال إدارتهم".

كما أضافت في الفقرة الثّانية بنصِّها على أنّه: "وعَلاوةً على ما تقدّم، يجوز للمحكمة إذا أسْفر تفليس شركةٍ عن عجزٍ فيما لها من الأموال، أن تُقرّر بطلبٍ من وكيل التفليسة حمْلَ الدّيون المترتّبة عليها على نسبة القدْر الذي تُعينه، إمّا على كاهل المديرين سواءٌ أكانوا من الشركاء أم لا، أو من أصحاب الأجور أم لا، وإمّا على كاهل الشُّركاء أو بعض الشُّركاء، أو المديرين على وجه التّضامن فيما بينهم أو بدونه، بشرط أن يكونَ الشُّركاءُ فيما يتعلّق بهم قد شاركوا بالفعل في إدارة الشركة".

كما نصّت الفقرة الثّالثة من نفس المادّةِ على أنّه: "على المديرين أو الشّركاء المورّطين كي يتخلّصوا من المسؤولية الملقاة على عاتقهم، أن يُقيموا الدّليل على أنّهم بذلوا في إدارة شؤون الشّركة ما بذله الوكيلُ المأجور في النشاط والحرص".

وباستقراء نصّ هذه المادّة الواردة تحت الأحكام الخاصّة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة، يثبُت أنّ المشرّع تبنَّى أحكامَ دعوى تكملةِ الدّيون، إلاّ أنّ المُلاحظ هنا أنّ المشرّع أوقفَ قيامَ مسؤوليةِ المدير على أنْ يقوم بتصرّفٍ يتمثّل في المشاركة بالفعل في إدارة الشركة، وهنا يقتضي القول أنّ المديرَ الذي امتنع عن القيام بفعل لا يُمكن أن يمتدّ إليه أثرُ هذا الحكم القانوني، على أساس اقتصار النّصّ على المدير الذي قام بفعل إيجابي فقط، وبهذا النّصّ، يكون المشرّع التّجاري قد أخذ بأحكام هاته الدعوى.

إضافةً إلى أنّ المشرّع قصَرَ سلطةَ المحكمة لمباشرة هذه الدعوى على الوكيل المتصرف القضائي، دُون سواه -أي الذي تمّ تعيينه لإدارة تفليسة الشركة- ولا يمكن لدائني الشركة مباشرةَ هذا الإجراء، على أساس أنّه بمجرد صدور حُكم الإفلاس يُمنع عليهم إقامةُ أيَّة دعوى فردية.

كما يُلاحَظ على هذا النصّ، أنّ المشرّعَ قد أعطى السُّلطة التّقديرية للمحكمة في تقرير مسؤولية المديرين من عدمها، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فهي -المحكمة- من يحدِّد قدْر المسؤولية الملقاة عليهم، كما يُمكنها الحُكم بعدم قيام مسؤولية المدير حتّى بعد أن يثبت خطؤُه في الإدارة، على أساس أنّ نصّ المادّة جاء بصيغة الجواز. كما أنّ المادّة ذاتها لم تُحدّد المحكمة المختصّة بإقامة دعوى تكمِلة الدّيون أمامَها، هل هي المحكمة التي أُشهر إفلاس الشّركة أمامَها -طبقا لأحكام نص المادة 40 الحالة الثالثة من نفس القانون- أم محكمةُ موطنِ المَدين طبقًا لنصّ المادّة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتبارها المادّة التي تضمّنت القاعدة العامة في الاختصاص؟

وحسب رأينا المتواضع، فإنّ المحكمة المختصّة هي المحكمة التي افتُتحت إجراءاتُ الإفلاس أمامَها، تطبيقًا لنصّ المادّة 40 أعلاه، على أساس أنّ دعوى تكملة الدّيون تُعدُّ إحدى دعاوَى موادّ الإفلاس، باعتبارها تستند إلى الحكم بالإفلاس الصّادر ضدّ الشّركة، باعتباره أساسٌ قانوني. إضافةً إلى أساسٍ عملي آخر يتمثّل في دراية المحكمة بتفليسة الشّركة، ومنعًا لتشتيت الإجراءاتِ على محاكمَ مختلفة، وهذا لتحقيق الهدف المنشود من وراء تقرير مثلِ هذه الأحكام، وهي حمايةُ مصلحة دائني الشّركة.

كما يُمكن التّساؤل بهذا الصّدد، حول الدّيْن الذي يتمُّ تحميلُه كليًا أو جزئيًا للمدير أو للمديرين بالتّضامن؛ هل الدّين النّاتج مباشرة عن التصرّف الذي أتاه ونتج عنه إفلاس الشركة، أم يتعلّق أيضًا بديون أخرى قد يكون بسببها تمّ إفلاس الشركة؟ هنا يمكن القول أنّ المادّةَ أعلاه لم تنصَّ بصورة صريحة على هذا

الأثر، وإنّما يُستشفُّ باستقراء نصّها في الفقرة الأخيرة منها، بأنّه: "يمكن للمديرين أو الشّركاء المتورّطين لكيْ يتخلّصوا من المسؤولية الملقاة عليهم، أن يُقيموا الدّليل على أنّهم بذلوا في إدارة شؤون الشّركة ما يبذُله الوكيل المأجورُ في النّشاط والحرص". وعليه، وأمام تقرير المشرّعِ للمسؤولية المُفترضة للمديرين، وذلك طبقًا لهذا النّص -أي خطؤهم مفترض إلى جانب العلاقة السّببية بين هذا الخطأ والضّرر اللاحقَ بالشركة-؛ يجعل من كلّ التّصرفات التي رتّبت ديْنًا للغير -المتعامل مع الشركة-، يُمكن أن تكون الديون النّاتجة عنها محلًّا لإمكانية الرّجوع للمطالبة بها على المديرين. لأنّ جميع هذه التّصرفات يُفترض أنّ المديرين أثناء قيامِهم بها ارتكبوا خطأً، ما لم يُثبتوا نفي الخطأ المفترض في حقّهم بالطّرق المنصوص عليها بذات الفقرة. ولعلّ تقريرَ هاته الأحكام، وخاصّةً افتراضُ الخطأ، من بين الضّمانات المقرّرة قانونًا لحماية حقوق المتعامِل مع الشّركة.

المطلب الثاني: امتداد إفلاس الشّركة إلى المدير

حمايةً لدائني الشخص المعنوي، أقرّ القانون التّجاري هذا الأثر القانونيَ النّاتجَ عن توقّف الشركةِ الوليدة عن سَداد ديونها، أين مكّن المحكمة في حالة الحكم بإفلاس الشّركة الوليدة من الحكم بشهر إفلاسِ مديري الشخص المعنوي، وبالنتيجة تكون ذِممهم المالية ضامنةً لوفاء ديون الشّركة التي كانوا يُديرونها، وذلك إلى جانب الذّمّة المالية للشركة الوليدة.

الفرع الأول: خروج المشرّع التّجاري عن القواعد العامّة في الحكم بشهر الإفلاس

الملاحَظ أنّ إفلاس الشّخصِ المعنوي يُعدّ استثناءً على الشّروط العامّة للإفلاس، ومنها أنّ الإفلاس نظامٌ خاصّ بالتُّجار دون غيرهم، ولكن المادة 244 من القانون التّجاري لم تشترط أن يكون المدير تاجرًا، ورغم ذلك يُمكن للمحكمة شهرَ إفلاس المدير الذي تتوافر فيه شروط نصّ المادة 244 أعلاه دون أن يكون تاجرًا، مخالِفةً بذلك نصّ المادة 215 من القانون التّجاري.

إضافةً إلى ذلك، فالمشرّع التّجاري لم ينصَّ على إلزامية تحقُّق الشّرط الثّاني من شروط قيام حالة الإفلاس المتمثّل في توقّف المَدين عن تسديد ديونه، للحكم بإفلاس المدير.[22] فقد يكون المدير غير مَدينٍ للغير بديون حالة الأجل، ولم يتوقّف نتيجةً لذلك عن دفع ديونه، إلاّ أنّه بتطبيق أحكام نصّ هذه المادة يمكن أن يمتدَّ إليه أثرُ حكم شهرِ إفلاس الشّركة ويُفلس تبعًا لذلك.[23]

الفرع الثاني: آثار تقرير الحكم بإفلاس المدير

زيادةً في الضّمان العامّ المقرّر لدائِني الشّخص المعنوي، أضاف لهم القانون التّجاري ضمانةً أخرى لإمكانية التّنفيذ عليها لاستيفاءِ ديونِهم، وهي الذِّمّة المالية للمدير، وذلك بعد تقرير إمكانية إفلاسه. إلاّ أنّه يُوجد دائنون شخصيون للمدير، والضّامن الأساسي لوفاء ديونِهم منه هي الذِّمّة المالية له، وعلى هذا الأساس أخذ

المشرّع هذا بعين الاعتبار في تقرير أحكام إفلاس المدير، إضافةً إلى أنّ التساؤل الذي يُمكن أن يُطرح هو: ماهي المحكمة المختصّة بِشهر إفلاس المدير؟

أولا- موقف المشرّع من حماية المصالح المتعارضة لدائني المدير ودائني الشّخص المعنوي

بتفحُّص الآثار النّاتجة عن إفلاس المدير، نجدها تأخذ بعين الاعتبار التوازنَ بين مصلحتين مختلفتين، وهما مصلحة دائني الشّخص المعنوي المفلس، ومصلحة دائني المدير الذي أُشهر إفلاسه تبعًا لشهر إفلاس الشّخص المعنوي الذي كان يديره. حيث تنصّ المادة 224 من القانون التّجاري الفقرة الثالثة منها على أنّه "تاريخ الوقف عن الدّفع هو نفس التاريخ المحدّد بمُوجب الحُكم الذي قضى بالتّسوية القضائية أو إفلاس الشخص المعنوي".

وعليه، فإن هذا الأثرَ القانوني يحمي دائني الشّخص المعنوي المفلس، وذلك لعدم مشاركةِ دائنين آخرين لهم في تفليسة المدير، يُمكن أن تكون ديونهم صورية، بعد أنِ اتّضح للمدير أنّ الشخص المعنوي الذي كان يُديره، ونتيجةً لتصرفاته -تصرفات المدير- لا يُمكن أنْ تؤدّيَ به إلّا إلى التّوقّف عن الدّفع. هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإنّ كلَّ دائني الشخص المعنوي أضاف لهم المشرّع ضمانًا عامًّا للتّنفيذ عليه وهو الذمّة الماليّة للمدير المُشهَر إفلاسُه، على أساس أنّ إفلاس هذا الأخير ينتُج عنه تفليسة مستقلّة عن تفليسة الشّخصِ المعنوي الذي كان يُديره، ويكون أشخاصُها مختلفين عن تفليسة الشّخص المعنوي، لِكونها تتكوّن من دائني الشخص المعنوي ودائني المدير، وهذا ما نصّت عليه المادّة 224 أعلاه، في فقرتها الثانية بقولها: "في حالة تسويةٍ قضائية أو شَهْر الإفلاس الصّادر طبقًا لهذه المادّة؛ تشمل علاوةً على الدّيون الشّخصية، ديونَ الشّخصِ المعنوي". ولكون نصّ المادّة لم يُوضّح كمْ تفليسةً يتمُّ فتحُها بصفةٍ صريحة. إلاّ أنّ ذلك يُستشفُّ من صياغة الفقرةِ أعلاه، والتي جاءت منقوصةً من عبارة "تفليسة المدير"... فكان على المشرّع النصُّ على أنْ تشملَ تفليسةُ المدير -علاوةً على الدّيون الشخصية- ديُونَ الشّخص المعنوي". وهذا ما يُعدّ خُروجًا عن القاعدة العامّةِ في الإفلاس، والتي مفادها أنّ ديُونَ الشّخص المعنوي ضامنةٌ لدُيون دائنيه فقط، بينما دُيون المدير ضامنة لديون دائنيه الشخصيين فقط، وعليه تمَّ الخروج على هذا الإجراء لوُجود ارتباطٍ بين التفليستين.[24]

أمّا بخصُوص المحافظةِ على مصلحة الدّائنين الشّخصيين للمدير، فتتمثّلُ أساسًا في أنّ مشاركةَ ديونِ الشّخص المعنوي لتفليسةِ المدير، تكون على أساس أنّها دُيونٌ عادية، وبالتّالي تفقد طبيعتَها كونها دُيونٌ مُمتازة، سواء أكانت تحمل طابع الامتياز العامّ أو الخاصّ، مع بقاءِ هذه الطّبيعة لها في تفليسة الشّخص المعنوي، وعلى هذا الأساس يتم انضمامهم لجماعة الدّائنين الخاصّة بتفليسة المدير.

ثانيا- المحكمة المختصّة بشهر إفلاس المدير

بالرّجوع إلى الأحكام التي قرّرتها المادّة 224 من القانون التّجاري، نجد أنّها لم تنصَّ على المحكمة المختّصة التي ينعقد لها اختصاصُ شهرِ إفلاس المدير، باستثناء ما وردَ بنصّ المادّة 40 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية في الحالة الثالثة منها بنصّها: "في مواد الإفلاس والتّسوية القضائية للشّركات وكذا الدَّعاوى المتعلّقة بمنازعات الشّركاء أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح الإفلاس أو التسوية القضائية أو المقر الاجتماعي للشركة". وهنا يُمكن تفسير عبارة مواد الإفلاس بأنّها كل الدَّعاوى النّاتجة عن حكم شهر إفلاس الشّخص المعنوي، وبالتّالي ينعقد الاختصاص لنفس المحكمة، وذلك عكس القانون الفرنسي الذي نصّ صراحةً على هذا الحكم، بالمادّة 163 من المرسوم الصّادر بتاريخ: 1985/12/27، التي منحت الاختصاصَ للمحكمة المختصّةِ بإجراء التّسوية أو التّصفية القضائية للشّركة أو للشّخص المعنوي الذي يديره.[25]

في هذا الإطار، نلتمس من المشرّع تعديلَ أحكامِ نصّ هذه المادة، بالنصّ صراحةً على هذا الأمر، بإدراج أحكام في هذا المجال وإعطاءِ الاختصاص للمحكمة التي يتمّ أمامَها إشهار إفلاسِ الشّخص المعنوي، وذلك لِما لهذا الأمر من أهمّية في منع تشتيت الإجراءات وتحقيق الهدف المنشود من وراء تقرير أحكام إفلاس المدير.

كما أنّ التساؤل يُطرح أيضًا حول الشّخص الذي يُمكنه طلبُ شهرِ الإفلاس وسلطة المحكمة في تقرير ذلك، فبالرّجوع إلى نصّ المادّة 224 من القانون التّجاري التي تضمّنت أحكامَ شهر إفلاس المدير؛ لم تنصَّ على الأشخاص الذين لهم الصّفة في طلب شهر الإفلاس، لكنّه يُمكن القياسُ على نصّ المادة 216 من نفس القانون، والتي تنُصّ على إمكانية الحكمِ بذلك بناءً على طلب الدّائن، أو من تِلقاء نفس المحكمة. إلاّ أنّ ما يمكِن قولُه في هذا المجال، أنّ الدّائنين وبمجرّد صدور حكمٍ بشهر إفلاس الشّخص المعنوي، تتشكّل جماعةُ الدّائنين، والذي يُمثّلها هو الوكيل المتصرّف القضائي، ولا يُمكن للدّائنين المشكّلين لها مباشرة الدَّعاوَى الانفرادية، ويحلُّ محلَّهم الوكيلُ المتصرّف القضائي، وعلى هذا الأساس يتمتّع هذا الأخير بالصّفة في طلب شهر الإفلاس.

إلاّ أنّه وبالرّجوع إلى نصّ المادّة 224 أعلاه، نجد أنّها تنصّ على عبارة "يجوز للمحكمة"، بمعنى أنّ لها السُّلطةَ التّقديرية في الحكم بشهر إفلاسِ المدير من عدمه، حتّى بعد أن يثبُت لها خطؤه -طِبقًا للحالات التي حدّدتها المادة.

كما تجدر الإشارة إلى أنّه إذا كان القانون التّجاري لا يمنع (في شركات الأشخاص) من أن يكون المديرُ شريكًا متضامنًا، طبقًا لنص المادة 553 من القانون التّجاري فيما يتعلق بشركات التّضامن، وعليه، في الفرض الذي يتمّ إشهار إفلاس الشّخص المعنوي، يتمّ بالنتيجة شهر إفلاس الشّريك المتضامن، وهنا يطرح التّساؤل حول

إمكانية شهرِ إفلاس المدير بوصفِه مديرًا - تطبيقًا لأحكام نصّ المادّة 224 أعلاه - مرة ثانية، بعد أن تمّ شهر إفلاسه بوصفه شريكًا متضامنًا، بمُوجب الحكمِ الذي أشهرَ إفلاسَ الشّخص المعنوي؟

في هذه الحالة، حسب رأينا المتواضع، فإنّه لا يتمُّ شهرُ إفلاس المدير الشّريك المتضامن مرّة ثانية تطبيقًا لأحكام نصّ المادة 224 من القانون التجاري، على أساس أنّ العِلّةَ من الحكم بشهر إفلاسِ المدير تحققّتْ بمجرّد إفلاسه كشريك متضامن، وأنّ آثار كلٍّ منهما هي نفسها في مواجهة دائني الشّخص المعنوي، خاصّةً منها طبيعة الدّيون التي لا تتغيّر، فأصحاب الدّيون الممتازةِ ديونُهم بالنّسبة لتفليسة الشريكِ بوصفه شريكًا متضامنًا، هي نفسُها ديونُهم إذا كانت المطالبة بها في تفليسة الشّريك الذي تمّ شهرُ إفلاسه بوصفه شريكًا مديرًا. لأن الامتياز الممنوحَ للدَّيْن متّصلٌ بشيء هو ملكٌ للشّخص المعنوي الذي هو الشّركة، وبالتالي لا ينتقل لغيره من الأموال بهذه الصّفة، سواءٌ المملوكةُ للشّركة أو لغيرها من الأموال المملوكة للغير، والذي يكون في حكمهم المديرُ سواءٌ أكان شريكًا أو غيرَ ذلك.

خاتمــة:

نَخلُص في الأخير إلى أنّه إضافةً إلى كون الذِّمّة المالية للشّخص المعنوي هي الضّامنُ الأساسي لوفاء التزاماته تجاه الغير، إلاّ أنّه إذا ارتكب مديرُ هذا الشّخص المعنوي -سواءٌ أكان قانونيًا أم فعليًا- تصرفاتٍ أثناء مشاركته في إدارته وكُيّفت على أنها أخطاء، يمكن على أساسِها أن تقوم مسؤوليتُه. إلاّ أنّ التصرفات التي يأتيها المديرُ القانوني قد تكون إيجابيةً أو سلبية، ومع ذلك تقوم مسؤوليته، إلّا أنّ مسؤوليةَ المدير الفعلية يجب لقيامها أن يقوم بتصرفات إيجابيّة. فلا يُمكن أن تقوم مسؤوليتُه بامتناعه عن القيام بعملٍ مَا.

ونتيجةً لقيام مسؤوليّة المديرِ قضاءً -على أساس أنّ هذا الأخير هو من يُكيّف التّصرفات كونها تشكّل خطأً بمفهوم نص المادّة 224 من القانون التّجاري أم لا، بما له من سلطة تقديرية في ذلك-، يُمكن وكنتيجةٍ لذلك أن تُوجّه ضدَّ المدير إمّا دعوى تكمِلة الدّيون، التي أشارت إليها المادّة 578 من القانون التّجاري فيما يتعلّق بالشّركات ذات المسؤولية المحدودة. وهنا تجدر الإشارة إلى أنّنا نلتمس من المشرّع تعميمَ أحكامِها على باقي مديري الشّركات، والتي تتميز بأنّ الخطأ والعلاقة السّببية مفترضَيْن في حقّ المدير متى أثبتت الشّركة الضّرر اللّاحق بها عن طريق الوكيل المتصرّف القضائي، باعتباره صاحبَ الصّفة في إجراءات التّقاضي، على أساس أنّ دائني الشركة لا يُمكنهم مباشرةُ الدَّعاوَى الفردية كنتيجة من نتائج وقفِ الإجراءات والدعاوى الفرديّة، ولتقرير المشرّع لأحكام هاته المسؤولية الموضوعية أثرٌ كبير في المحافظة على أصول الشّخص المعنوي من طرف المديرين له.

كما تظهر مسؤوليته أيضًا بتقرير إجراءات الإفلاس ضدّه، طبقًا لنصّ المادّة 244 من القانون التّجاري، وهذا خروجٌ أيضًا على الشّروط العامّة في الافلاس، والتي تقتضي أن يكون المَدينُ الذي تُوجّه ضدَّه إجراءاتُ الإفلاس تاجرًا، إضافةً إلى كونِه قد توقّف عن دفع ديونه. وهنا، وبتقرير هاته الأحكام، لا يُشترط أن تتوفّر في المدير هذه الشّروط. كما أن المشرّعَ وازن بين مصلحتين متناقضتين، وهما مصلحةُ كلٍّ من الدائنين الشّخصيين للمدير، وكذا دائني الشركة، فحافظَ على مصلحة دائني الشّركة بجعل تاريخ توقّفِ المدير عن الدّفع بعد الحكم بشهرِ إفلاسه هو نفسُه تاريخ توقّف الشّخصِ المعنوي عن الدّفع، وذلك تجنّبًا لأيّ ديْنٍ صوري قد يُقرّرُه المدير للغير بُغيةَ تهريب أمواله. أمّا ملامح المحافظة على مصلحة الدائنين الشخصيين للمدير فتتجلّى في أنّ دائني الشّركة يشتركون في تفليسة المدير التي افتُتحت بوصفهم دائنين عاديين، أي بضمّهم لجماعة الدّائنين التي نتجت عن إفلاس المدير، فيقتسموا ديونَهم فيها قسمةَ غُرماء مع الدّائنين العاديين الشخصيين للمدير، حتى ولو كانوا أصحابَ ديونٍ ممتازة في تفليسة الشّركة.

أمّا بخُصوص المحكمة المختصّة بالنّظر في هاتين الدعويْن فهي المحكمةُ التي أشهرت إفلاسَ الشّخص المعنوي، طبقًا لنص المادة 40 الفقرة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. باعتبار أنّ كلًّا من الدّعويْن تُعدُّ إحدى دعاوَى مواد الإفلاس، على أساس أنّ كلًّا منها يُستند في مباشرتها إلى إفلاس الشّخص المعنوي والذي يعدّ شرطًا لمباشرة هاتين الدعويْن.

الهوامش:

[1] محمد شريف غنام، الإفلاس الدّولي لمجموع الشركات متعددة الجنسيات، مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركتها الوليدة، قسم القانون التجاري والبحري، كلية الحقوق بجامعة المنصورة، إدارة الجامعة الجديدة- الأزا ريطة، الاسكندرية- مصر، 2010، ص 34.

[2] عوني محمّد الفخري، التنظيم القانوني للشركة متعدة الجنسيات والعولمة، الطبعة الأولى، منشورات بين الحكمة، بغداد، 2002، ص5.

[3] Lamy, Droit commercial 2000, Division VII, Responsabilités sanction n 3484.

[4] حسن محمد هند، النظام القانوني للشركات متعددة الجنسيات، دار الكتب القانونية، مصر الجلة الكبرى، 2006، ص 112.

[5] نفس المرجع، ص 113.

[6] محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة، دار الكتاب الجامعي، 1978، ص 43.

[7] Cour d'appel, 07 mares 1978, Revue Banque, 1978, P. 656.

[8]-شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 52.

[9] Cour d'appel de Paris, 29 avril 1983, Gazette du Pagaies, 1983, p 425.

[10] حسن محمد هند، مرجع سابق، ص 169.

[11] حسن محمد هند، مرجع سابق، ص 165.

[12] Jacques Barthélémy et autres, Le droit des groupes de sociétés, Paris, 1989, p 552 et sui.

[13] رسول شاكر محمود البياتي، النظام القانوني للشركات القابضة، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، 2013، ص 117.

[14] بشار فلاح ناصر الشباك، نظرية التعسف في إدارة الشركات التجارية- دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016، ص 112.

[15] راجع، شريف محمد غنام، نفس المرجع، ص 88-89.

[16] BOTTIOU A, Faillite internationale et groupes des sociétés, th., Lille, 11,1989, P 220.

[17]- شريف محمد غنام، مرجع سابق ص 9، ص 90.

[18] BOTTIOU A, Op. cit. P 24.

[19] Daigre (J –J), De L'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d ; une société en redressement ou en liquidation judiciaire, REF :SOC ,1988 , P 205.

[20] CHQPUT (Y), Doris de redressement et de la liquidation judiciaire de entreprises, presses universitaires de France, 1 ère éd ?1987.p 351

[21] شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 101.

- لكن التساؤل المطروح بهذا الخصوص، أنه إذا كانت شروط الإفلاس غير قائمة في حق المدير-المدين بموجب دعوى تكملة الديون-، كونه غير تاجر مثلا، فهل يمكن الحكم بشهر إفلاسه؟

هنا يتعين الإجابة على هذا السؤال بأن المدير وإن لم يكن تاجرا، إلا أن طبيعة دينه في مواجهة الشركة المتوقفة عن الدفع تُستمد من طبيعة دَيْن الشركة، ولمّا كانت هذه الأخيرة جميعُ ديونها تجارية، وَجَب القول أنّ الدَيْن الذي تحمّله كليا أو جزئيا للمدير يأخذ نفس الوصف مع دين الشركة، الذي بدوره يكون في جميع الحالات تجاريا، وعلى هذا الأساس يمكن الحكم بإفلاس المدير.

[22] لعلّ هذا هو الهدف من تقرير القانون المقارن وخاصة الفرنسي منه، أحكامَ دعوى تكملة الديون السالف الإشارة اليها، والتي تكون كمرحلة أولى يجب اتباعها وفي حالة عدم الدفع من المدير المحكوم عليه، يتعيّن اتباع إجراءات الافلاس في مواجهته.

[23] راجع: محمد السيد حرب، مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة عن إفلاس شركة المساهمة- دراسة قانونية مقارنة-، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2016، ص 124، 125.

[24] ARTZ (J –F), L'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux, RTD. COM, 1975, P 30.

[25] شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص. 120.

قائمة المراجع:

أولا- المراجع باللغة العربية:

1- بشار فلاح ناصر الشباك، نظرية التعسف في إدارة الشركات التجارية- دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016.

2- محمد شريف غنام، الإفلاس الدّولي لمجموع الشركات متعددة الجنسيات، مسؤولية الشركة الأم عن ديون شركتها الوليدة، قسم القانون التجاري والبحري، كلية الحقوق بجامعة المنصورة، إدارة الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية – مصر، 2010.

3- عوني محمد الفخري، التنظيم القانوني للشركات متعددة الجنسية والعولمة، الطبعة الأولى، منشورات بيت الحكمة، بغداد، 2002.

4- محمد سيد حرب، مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة عن إفلاس شركة المساهمة- دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2016.

5- حسن محمد هند، النظام القانوني للشركات متعددة الجنسيات، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2006.

6- محسن شفيق، المشروع ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، مصر، 1978.

7- رسول شاكر محمود البياتي، النظام القانوني للشركات القابضة، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية- مصر، 2013.

ثانيا- المراجع باللغات الأجنبية:

1- Lamy, droit commercial 2000, division VII, Responsabilités sanction N° 3484.

2- Cour d'appel, 07 mares 1978, Revue Banque ,1978.

3- Cour d'appel de paris, 29 avril 1983, Gazette du Pagaies, 1983.

4- Jacques Barthélémy et autres, Le droit des groupes de sociétés, Paris, 1989.
5- BOTTIOU (A) Faillite internationale et groupes des sociétés, Th., Lille, 11,1989.
6- DAIGRE Jean-Jacques, de L'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire, REF: SOC, 1988.
7- CHQPUT (Y), Doris de redressement et de la liquidation judiciaire d'entreprises, presses universitaires de France ,1ère édition, 1987.
8- ARTZ (J–F), L'extension du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux, RTD.COM ,1975.

آثار تدخُّل الوكيل الإلكتروني في إبرام العقد وعلاقتُه بحماية المستهلك

The effects of the electronic agent's intervention in The conclusion of the contract and its relation to consumer protection

د. مولود قارة *

ملخّص

وضع المشرّع الجزائري عدّة نصوصٍ قانونية تنظّم عقد الاستهلاك والعقد الإلكتروني من أجل دعم وحماية الاقتصاد الوطني. غيرَ أنّ العقدَ الإلكتروني قد يُبرم بالاستعانة بآلةٍ أو نظامٍ معلوماتي مع المستهلِك الذي يكون شخصًا طبيعيًا أو شخصًا معنويًا؛ وهذا ما أثار مسالةَ الحمايةِ المقرّرة للمستهلِك، كما أثار إشكاليةَ الوكالةِ القانونية عبْر استخدامِ وسيطٍ إلكتروني لإبرام عقدٍ إلكتروني. زيادةً على ذلك؛ ما يثيره الوكيلُ الإلكتروني بشأن طبيعته ومسؤوليته القانونية.

الكلمات المفتاحية: مهني؛ عقد إلكتروني؛ نيابة قانونية؛ وكالة؛ وسيط قانوني مؤتمن؛ سلعة؛ خدمة؛ مسؤولية.

Abstract:

The Algerian legislator has put in place several legal texts that regulate the consumer contract and the electronic contract in order to support and protect the national economy. However, the electronic contract can be concluded using a machine or an information system with the consumer who is a natural or a legal person; This raised the issue of consumer protection and posed the problem of legal representation through the use of an electronic intermediary who concludes an electronic contract, in addition to what the electronic agent raises about the nature and legal liability of the agent.

Keywords: Professional; Electronic contract; Legal representation; Electronic intermediary; Commodity; Service; Liability.

1- مقدِّمة

تُقدِّم المساحاتُ التّجارية الكبرى خدماتٍ متعدّدةٍ للمستهلِك من أجل تلبيةِ حاجاتِه ورغباتِه اليومية، وقد توسّعت تجارتُها بعد التّطور التكنولوجي السّريع الذي شهِده العالم، والذي أوجدَ طرقًا جديدةً لإبرام العقود، من بينها التعاقد عبْر شبكةِ الأنترنت، والذي أصبح الأداةَ الفعّالة والوسيلةَ المُثلى في نقل البيانات وإيصال المعلومات.

ولقد انعكست هذه التحوّلات على ظهور التّجارةِ الإلكترونية التي تولّدت عنها آثارٌ خاصّة في إطار النّظام التّعاقدي؛ إذْ أصبحَ العقدُ يُبرم إلكترونيًا سواء أكان الانعقاد كلّيًا أو جزئيًا، والأهمّ من ذلك كلّه، أنّه أصبح بالإمكان إبرامُ العقد الإلكتروني بين الإنسان وبين الكمبيوتر، أو بين ماكِنةٍ وأخرى،[1] وأصبحت تسمَّى بالوسيط الإلكتروني، أو الوسيط الإلكتروني المؤتمَن في التّعامل الإلكتروني.

* أستاذ محاضر (أ) بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد بوضياف – المسيلة.

مشكلة الدراسة

اختلفت ظروفُ إبرامِ العقد الإلكتروني عن ظروف إبرامِ العقدِ التّقليدي، فلقد كان يعدّ بالتّوكيل إلى شخصٍ طبيعي للقيام بالمهامّ المحدّدةِ في الوَكالة، لكنّها أصبحت اليومَ تتمّ عن طريق آلةِ الكمبيوتر، خصوصًا لمّا يكون طرف التّعاقد مستهلِكًا. وبالتّالي، فإشكالية الدّراسة تكمُن في مدى قابليةِ إبرام عقدٍ إلكتروني عن طريق وكيلٍ إلكتروني.

وإذا كانَ مفهومُ الوكيلِ الإلكتروني لا يختلف عن المفهومِ التّقليدي في أساس الفكرةِ التي تقوم على حاجة الإنسان إلى من يساعده في إبرام التصرّفات القانونية، وطالما انّه يستمدّ خصوصيتَه من صِفته الإلكترونية؛ فهذا يعني أنّ الإيجابَ والقبولَ يحدثان آليًا اعتمادًا على برمجةٍ إلكترونية بين أجهزة الكمبيوتر. لهذا نطرح الإشكالية التّالية: ما هي الآثارُ القانونية المترتّبةُ عن العقودِ التي يُبرمها الوكيل الإلكتروني؟ وما الطّبيعة القانونية التي تميّزه؟

المنهجية المتبعة

طبيعةُ الموضوعِ المعالَج تقتضي الإجابةَ على الإشكالية إتّباع المنهجِ الوصفي، لكونه يساعد في الإحاطة بالموضوع بمختلفِ جوانبِه، من وصفٍ للوكيل الإلكتروني وللمستهلِك، ومدى توفّر أركانِ العقدِ وآثاره القانونية، وكاستثناء، نستعمل المنهجَ التحليلي لمّا يتعلق الأمر بالنّصوص القانونيةِ وتحليل أثارها، والمنهجَ المقارَن في مقارنة بعضِ المسائل في القوانين الأجنبية أو بعضِها، بين القواعد التّقليدية والقواعد الجديدة.

خطة الدراسة

قسّمنا هذه الدراسة إلى مبحثين هما:

- ماهية المستهلك.
- الإطار القانوني للوكيل الإلكتروني.

2- ماهية المستهلك

تَختلف العقودُ الاستهلاكية عن غيرِها من العقود، ولقد أضحتْ مسألةُ تحديدِ مفهومِ أطرافِ العلاقة الاستهلاكية تكتسي أهمّيةً كبيرةً جدًّا، فكان لابدّ من تحديدِ الشّخصِ المعنيّ بالحماية المقرّرةِ قانونًا، وكذا تحديدِ الجهة التي تتحمّل المسؤوليةَ النّاجمةَ عن الضّرر.

وتَظهر أهمّيةُ تحديدِ تعريفِ المستهلكِ من جديدٍ في توحيد القواعدِ القانونيةِ التي تحكُمه، سواءٌ على المستوى الوطني أو المستوى الدّولي، وكذا إماطة اللّبسِ والغموض الذي يشوبُ جوانبه. لهذا سنعرّف المستهلِكَ في النّقطة الأولى، ثمّ نعرض في النّقطة الثّانية إلى أنواع المستهلِك، وفي النقطة الثالثة إلى الأجهزة المكلّفةِ بحمايته.

1.2- تعريف المستهلك

ونَعرِض إلى التّعريف التّشريعي ثمّ إلى التّعريف الفقهي.

1.1.2- التعريف التشريعي

لقد تباينت تعريفات المشرّع الجزائري للمستهلِك، فقد عرّفه في المادّة 02 من المرسوم التّنفيذي 39/90 المؤرخ في 1991/01/30، بأنّه "المستهلكُ كلُّ شخصٍ يقتني بثمنٍ أو مجّانًا مُنتَجًا أو خِدمةً معدّيْن للاستعمال الوسيطي والنهائي، لسدِّ حاجات شخصٍ آخر أو حيوانٍ يتكفّل به".[2]

كما عرّفه من جديد في المادّة 02 من القانون 03/09 المؤرّخ في2009/02/25، المتعلّق بحماية المستهلِك وقمعِ الغشّ بقولها: "المستهلك كلُّ شخصٍ طبيعيّ أو معنويّ يقتني بمقابلٍ أو مجّانًا سلعةً أو خدمةً موجّهةً للاستعمال النّهائي، من أجل تلبيةِ حاجاته الشّخصية أو تلبيةِ حاجاتِ شخصٍ آخرَ أو حيوانٍ متكفّل به".[3]

أمّا المستهلكُ الإلكتروني فعرّفته المادّة 06 الفقرة 04 من القانون 05/18 المؤرّخ في 2018/05/10، المتعلّق بالتّجارة الإلكترونية بأنّه "كلّ شخصٍ طبيعي أو معنوي يقتني بِعوضٍ أو بصفة مجّانيةٍ سلعةً أو خدمةً عن طريق الاتّصالات الإلكترونية من المورّد الإلكتروني، بغرض الاستخدام النهائي".[4]

رغْم تعدّد التّعريفات، إلّا أنّ المشرّعَ أكّد أنّ المستهلِك هو كلُّ من يقتني سلعةً أو خدمةً مجّانًا أو بِعوض، لكنّه في التّعريف الأخير أكّد على الوسيلةِ التي تُستعمل في اقتناء السّلعةِ أو الخدمة، وهي ما يميّز المستهلكَ العادي عن المستهلِك الإلكتروني.

2.1.2- التعريف الفقهي

وله مفهومان، مفهوم ضيّق ومفهوم واسع؛

1.2.1.2-**التّعريف الضيق:** وهو "كلّ شخصٍ يتعاقد بهدف تلبيةِ وإشباع حاجاتِه ورغباتِه الشّخصية والمالية"،[5] ومؤدَّى هذا التّعريف أنّ المستهلِك من يقتني سلعةً أو يستعملُ خِدمة، سواءٌ أكان شخصًا طبيعيًّا أو شخصًا معنويًّا، لكن دون أن تكون له نيّة المضاربة أو الرّبح.

وِفقًا لهذا الاتّجاه، فإنّ المستهلِك يحصل على السّلعة أو الخِدمة بوجود شخصٍ غيرِ محترف، كما أنّه ليس له القدرةُ على التّحكّم فيما يودّ اقتناءَه.[6]صفةُ المستهلِك تمتدّ إلى كلّ شخصٍ اعتباريّ كان نشاطُه غيرُ ربحي، مثل الجمعيات الثّقافية والرّياضية والجمعيات ذات الطّابَع التّعاضدي، وكلُّها تتمتّع بالحماية المقرّرة للمستهلِك أثناءَ إبرام العقدِ الإلكتروني.[7]

وعرّف الدّكتور لطفي شريف المستهلِك (المستهلكين) بأنّهم "أولئك الذين يستخدمون السّلعَ المختلفة، سواءٌ للاستهلاك النّهائي أو الوسيطي، وسواءٌ أكان ذلك يتعلّقُ بسلعٍ استهلاكية أو استثمارية، وسواءٌ أكان الاستخدامُ عن طريق الشّراء أو التّأجير، وحتّى بصورة مجّانية، وهم يشملون أيضًا أولئك الذين يستخدمون الخدماتِ المختلفة سواءٌ بمقابل أو بغير مقابل، وسواءٌ أكانت الخدمات مقدَّمة من الحكومة بمختلف فروعِها أو من قطاع الأعمال أو المهنيّين بفئاتهم المختلفة أو من أيّ جماعاتٍ أخرى".[8]

ويبدو هذا الاتّجاهُ المقيّد الأقربَ في رأي مُعظم الفقهاء، لتَميُّزه بالبساطة والوضوحِ والدّقة، بما يسهّل مسألةَ تطبيقِ التّعريف.[9]

2.2.1.2- التعريف الموسّع: مؤدَّى هذا الاتّجاه أنّ المستهلِك كلُّ من يُبرم تصرّفًا قانونيًا من أجل استخدامِ المال أو الخدمةِ لأغراض شخصيةٍ أو افتراضية، أيْ استخدام المال لاقتناء سلعةٍ أو خدمةٍ لأغراضٍ ذاتية أو لأغراضٍ مهنية. وتمتدّ الحمايةُ القانونية إلى المهنيّ الذي يقوم بإبرام تصرّفاتٍ تخدمُ مِهنتَه، إذْ أنّ مصلحةَ المستهلِك تتحقّق حينما تنشأُ علاقةٌ تبادلية بين المواطنين والعديدِ من المؤسّسات.[10]

تمّ نقدُ هذا الاتّجاه الموسَّع مِن طرف دعاةِ التّضييق؛ إذْ قد يقتني المستهلِك سلعةً أو خدمةً من أجل إعادة البيع، وفي هذه الحالة لا تتحقّق فرضيةُ الاستعمالِ والاستخدام، ومِن ثَمّ فهو توسّعٌ غيرُ مبرَّر في نطاق قانونِ الاستهلاك، كما أنّ التوسّعَ في مفهوم المستهلِك مناقضٌ للحكمة، وهو السّبب الذي أدّى إلى وضع قواعدَ خاصّة بحماية المستهلِك بوصفه صاحبَ المركزِ الضّعيف.[11]

2.2- أنواع المستهلِك والشّروط التعسّفية

1.2.2- أنواع المستهلك

1.1.2.2- المستهلك النّهائي: وهو الشّخصُ الذي يقتني سلعةً أو خِدمةً للاستعمال الشّخصي أو لأحدِ أقاربه أو معارفِه.

2.1.2.2- المستهلك الصناعي (الوسطي): وهو الشّخص الذي يقتني سلعةً من أجل استعمالِها في أغراض إنتاجية، أو لإعادة بيعِها وتوزيعها لإنتاج سلعٍ أخرى، كالمواد الأولية والآلات وقطع الغيار.

3.1.2.2- المستهلك الشخصي (الفرد): وهو الفرد الذي يقتني السلعةَ لأغراض شخصيّةٍ أو أُسريّة.

4.1.2.2- المستهلك المعنوي: ويكون له بأن يقوم الشخصُ الاعتباري بتكليف مسؤولٍ داخل منظّمتِه من أجل شراءِ مادّةٍ خام أو مُعدّات، بهدف تصنيعها أو إعادة إنتاجها.[12]

2.2.2- الشّروط التعسّفية

1.1.2.2- تعريف الشّروط التعسّفية: عرّفها المشرّع الألماني في المادّة 01 من قانون 1976، المتعلّقِ بالشّروط العامّة للعقد بقوله: "الشّروطُ التي تُصاغ في العديد من العقود والتي يفرضُها أحدُ المتعاقدين على المتعاقد الآخرِ أثناء إبرام العقد".[13]

أمّا المشرّع الجزائري فقد أقرّ للشّروط التعسّفيةِ أحكامًا خاصّة، جاء ذلك في القانون رقم 02/04 المؤرّخ في 2004/06/23، والذي يحدّد القواعدَ المطبّقةَ على الممارساتِ التّجارية.[14] وعرّفتها المادّة 03 فقرة 05 منهُ بأنّها "هي بَندٌ أو شرطٌ بمفرده أو مشترِكًا مع بندٍ آخرَ أو عِدّةِ بنودٍ أو شروطٍ أخرى، مِن شأنِه الإخلالُ الظّاهرُ بالتّوازن بين حقوقِ وواجباتِ أطرافِ العقد".

يتبيّن من هذا التعريفِ أنّ شروطَ البندِ التّعسُّفي شرطان، هما:[15]

- وجودُ عقدِ إذعانٍ محلُّه تأديةُ خِدمةٍ أو بيعِ سلعة.

- أن يكون الشرطُ أو البندُ الواردُ في العقدِ سببًا في الإخلال الظّاهرِ بالتّوازنِ بين حقوقِ وواجباتِ الأطراف.

2.2.2.2- معايير تمييز الشّرط التّعسّفي

عرَفت الممارسةُ القضائيةُ مِعياريْن أساسييْن، هما:[16]

- معيارُ التّعسّفِ في استعمال القوّةِ الاقتصادية.
- معيارُ الإخلالِ بالتّوازن بين حقوقِ واقتراحاتِ الطّرفين.

3.2.2.2 العناصر الأساسية للعقود والبنود التّعسّفية

تتمثّل العناصرُ الأساسيةُ للعقودِ حسب المادّة 02 من المرسوم 306/06 المؤرّخ في 2006/09/11، الذي يحدّد العناصرَ الأساسيةَ للعقود المُبرمةِ بين الأعوانِ الاقتصاديين والمستهلكينَ، والبنودِ التي تُعتبر تعسّفيةً في:[17]

- الحقوق الجوهرية للمستهلِك (الحقّ في الإعلام).
- ضرورة أمن ومطابقة المُنتجات.
- الضّمان وخِدمة ما بعدَ البيع.

أمّا البنودُ التّعسّفيةُ فوضعتها المادّة 05 من قائمة البنودِ التّعسّفية، والمادّة 29 من القانون 02/04، ومنها:

- تخلّي العونِ الاقتصادي عن المسؤولية بصفةٍ منفردة.
- الاحتفاظُ بالمبالغ المدفوعةِ من طرف المستهلِكِ في حالة ما إذا امتنع العونُ الاقتصادي عن تنفيذِ العقد.
- تحديدُ مبلغِ التّعويض الواجبِ دفعُه من طرف المستهلكِ الذي لا يقوم بتنفيذ واجباتِه.
- الاحتفاظُ بحقّ إجبارِ المستهلِك على تعويض المصاريفِ والأتعابِ المستحَقّة بقصد التّنفيذ الجبري.

3- الوكيل الإلكتروني

نصّت المادّة 571 من القانون المدني على أنّ عقدَ الوكالةِ عقدٌ يفوّض بمقتضاه شخصٌ لشخصٍ آخرَ عملًا لحساب الموكّلِ وباسمِه، وقد أدّى التّطورُ التّكنولوجي في أنظمة وأجهزةِ الاتّصالاتِ والمعلوماتِ إلى ظهورِ الوكيلِ الإلكتروني، فأصبح بالإمكانِ إبرامُ عقدٍ إلكتروني فيما بين إنسانٍ وماكِنة، وهو ما سُمِي بنظامِ الحاسوبِ المؤتمن أو الوسيط الإلكتروني.[18]

1.3- مفهوم الوكيل الإلكتروني

لقد قُدِّمت عِدّةُ تعاريفَ للوكيل الإلكتروني، ولِذا سنتعرّض أولًا لتعريف الوكيلِ الإلكتروني، ثمّ إلى خصائصِه وبعدها إلى مزايا الوكيلِ ومساوئِه.

1.1.3- تعريف الوكيل الإلكتروني

عرّفت المادّة 19 من القانون الكندي الموحَّد بشأن التّجارة الإلكترونية لسنة 1999 الوكيلَ الإلكتروني بقولها: "برنامج كمبيوتر أو أية وسيلة إلكترونية تُستخدَم للبدْءِ بفعل الاستجابةِ لوثائقَ إلكترونية أو أعمالَ كلّيةٍ أو جزئية، دون مراجعةٍ مِن شخصٍ طبيعي في وقت صدورِ العملِ أو الاستجابة".

إنّ الأعمالَ التّحضيريةَ للاتّفاقيةِ الدّولية الخاصّة بالعقود الدوليةِ المُبرَمة بوسائلَ إلكترونية، قد عرّفت الوكيلَ الإلكتروني بأنه "برنامجٌ حاسوبيٌ أو وسيلةٌ إلكترونية أو أيّ وسيلةٍ مؤتمنةٍ أخرى تُستخدم للبدْء في عمل الاستجابةِ كليًا أو جزئيًا لرسائل البياناتِ دون مراجعة أو تدخّلِ شخصٍ طبيعي في كل مرّة يبدأ فيها النظامُ عملًا أو يقدّمُ استجابة".[19]

ورغْم هذه التعريفات، فإنّ المشرّعَ الجزائري وفي القانون رقم 05/18 المتعلّقِ بالتّجارة الإلكترونية، لم يذكر الوسيطَ الإلكتروني.[20] ولكن التّعريفات لا تخرج عن اعتبار المعاملات الإلكترونية تُبرمُ وتنعقدُ كلّيًا أو جزئيًا بوسائط آلية وبرمجيات تتّفقُ مع إبرامِ العقدِ الإلكتروني بين شخصٍ طبيعي ووكيلٍ إلكتروني.

2.1.3- خصائص الوكيل الإلكتروني

يتميّز الوكيلُ الإلكتروني بعدّة خصائصَ، منها:

1.2.1.3- الاستقلال: يؤدّي الوكيلُ الإلكتروني عملَهُ دون تدخّلٍ مباشِر من شخصٍ طبيعي، وهذه الآليةُ ناتجةٌ عن برمجة الوسائطِ لتكون قادرةً على العمل وِفقًا للتّعليمات المُدخلةِ مسبقًا.[21]

الجديرُ بالذّكر هنا أنّه يوجد فرقٌ بين الوكيلِ الإلكتروني المستقلّ والوكيلِ التّلقائي، قبلَ ذلك، وَجبتِ الإشارةُ إلى أنهما يشتركان في أنّهما يُمارسانِ عملَهما دون تدخّلِ مشغّليهما، لكنّهما يختلفان في أنّ الأولَ يقوم بالتدخّلِ في إبرامِ العقودِ بخصائصَ واقعية تُمكّنه من تعديل تلك البرمجة، أمّا الثاني فلا يتعدّى دورُه إيصالَ التّعبيرِ عن الإرادة إلى الأطرافِ وِفقًا للبرمجة التي أدخلها مُستعمِلُه دون إمكانية التّعديلِ فيها.[22]

2.2.1.3- القدرة على التصرف والتعامل مع الطرف المتعاقد: الهدفُ من ذلك قدرةُ الوكيلِ الإلكتروني على بناءِ علاقاتٍ والاتّصالِ مع الغير، فيتّخذُ التّعاملُ شكلَ اتّصالِ جهازِ الكمبيوتر بجهازٍ آخر، أو اتّصالِ إنسانٍ بالكمبيوتر، وبعدها يباشِر جميعَ إجراءاتِ التّعاقدِ الإلكتروني بحكم أنّه موجبٌ أو قابل،[23] وهذا ما يتطابقُ مع المادّة 02/14 من قانون إمارة دبي رقم 02 للمعاملات والتجارة الإلكترونية والتي نصّت على الآتي: "كما يجوز أن يتمَّ التعاقدُ في نظام معلوماتٍ إلكتروني مؤتمن يعود إلى شخصٍ طبيعي أو معنوي، وفي شخص طبيعي إذا كان هذا الأخيرُ يَعلم أو مِن المُفترَضِ أنّه يعلم أنّ ذلك النّظامَ يستوفي مهمّة إبرامِ العقدِ أو تنفيذه".

وعلى افتراضِ انعقادِ العقدِ مع المستهلِك، فإنّ الآثارَ القانونيةَ المترتّبة عنه هي نفسُها الآثارُ القانونية المعروضةُ في العقودِ التّقليدية، وتنصرف إلى حساب الأصيل.

3.2.1.3- أشكال التعاقد عن طريق الوكيل الالكتروني: تختلف طريقةُ التّعاقدِ بحسب الوسيلةِ المستعملة، فقدْ يتمُّ التّعاملُ بالكامل إلكترونيًا، وقد يتمُّ جزئيًا عن طريق التّدخل البشري، وهناك عدّةُ حالاتٍ للتّعاقد عن طريق الوكيلِ الإلكتروني، يُمكن حصرُ أهمّها في ثلاثةِ أشكالٍ منها، وهي:

- الاتّصالُ من كمبيوتر إلى شخصٍ طبيعي أو العكس، ومثالُه تحيين البرنامج.
- الاتّصالُ من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر وِفقًا لبروتوكول مُسبق، مثلَ الصّفقاتِ التّجارية وتسيير المخزونات ووُكلاء بيعِ السّيارات.
- الاتّصالُ بين كمبيوتر وكمبيوتر دون اتّفاقٍ مُسبق، وهي حالةُ إبرامِ العقودِ الإلكترونية عبر الشّبكات المفتوحة كالأنترنت.[24]

2.3- الطبيعة القانونية للعلاقة العقدية بين المستهلك والوكيلِ الإلكتروني

أكّدت عِدّةُ تشريعاتٍ مقارَنة صحّةَ التّعاقدِ مع الوكيلِ الإلكتروني، إلّا أنّ العديدَ منها لم تحدِّد موقفًا صريحًا من الطّبيعة القانونيةِ للتّعاقد عن طريقِ الوسائطِ الإلكترونية، وهي تطرح عدّةَ مسائلَ قانونية، تتمثّل في مدَى تحقُّقِ نيّةِ التّعاقدِ في الوكيل الإلكتروني، وصِفته، ومسألة الشّخصيةِ القانونيةِ للوكيل، وتحديد مسؤوليته.

1.2.3- نية التعاقد

أجازت المادّة 01/14 من قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 02 لسنة 2001 التعاقدَ بين وسائطَ إلكترونيةٍ مؤتَمَنة مدعّمةٍ بنظامِ معلوماتٍ إلكترونية (أو أكثر)؛ تكون مُعَدّةً ومبرمجةً مسبقًا للقيام بمثل هذه المهمّات، ويتمّ التعاقدُ وينعقد صحيحًا ونافذًا ومنتِجًا لآثاره القانونيةِ على الرَّغم من عدمِ التّدخّلِ الشّخصي أو المباشرِ لأيّ شخصٍ طبيعي في عملية إبرامِ العقدِ داخلَ هذه الأنظمة. توجدُ عدّةُ تشريعاتٍ تُميّزُ بين الوكالةِ التجارية والوساطةِ التّجارية، لكون الأخيرة تربطها علاقةُ تبعيةٍ أو عقدٌ مع الموزّع، كَوكيلِ النّقل، والوكيل بعمولة، ومثالُها حجزُ تذكرةِ السّفر بدون حضورِ الشّخصِ التّاجر، وحجزِ غرفةِ الفندق؛ فيقع الالتزامُ على المستهلِك بدفع الثّمنِ، ويقابلُه التزامُ الوكيلِ الإلكتروني بتسليم التّذكرة.[25]

2.2.3- أهلية الوكيل الإلكتروني والشخصية القانونية

عرّف الفقهُ النّيابةَ القانونية بأنها "إبرامُ شخصٍ يسمّى النّائب عملًا قانونيًا لحساب شخصٍ آخرَ وباسمِه يسمّى "الأصيل"، بحيث يَنتج عن هذا العمل آثارُه مباشرةً في ذمّة الأصيل".[26] لِذا يَعتقد جانبٌ من الفقه أنّه من الضّروري منْحُ الوكيلِ الإلكتروني أهليةَ التّصرفِ والشّخصيةَ القانونية باعتباره وكيلًا، له نيةُ إبرامِ عقدٍ إلكتروني تُثبت من خلال البرمجةِ المسْبقةِ لجهاز الكومبيوتر.[27] خيرُ مثالٍ على ذلك الكمبيوتر المبرمَج من أجل عرضِ الأشياء المتضمّنةِ دعواتٍ للتّعاقد، أو البرمجةُ المسْبقة للقَبول، ممّا يدلُّ دلالةً قاطعةً على نيةِ الأطرافِ في إبرام العقد. بعبارة شاملة، أدّى تجهيزُ الكمبيوتر لإصدار الإيجاب أو القَبول وِفقًا لِما حُدِّد له تقنيًا من شروطٍ تعني بكلّ صراحةٍ ودقةٍ توافرَ نيةٍ لإنشاء علاقةٍ تعاقدية من جهة الشّخص الذي يستخدم الكمبيوتر.[28]

الحكمة من هذا من زاويةٍ قانونية، أنّها تحقّقُ عِدّةَ مزايا وحلولٍ، فيُمكِن في حال اعتبارِ الوكيلِ الإلكتروني شخصًا قانونيًا أن ينقلَ الالتزامَ إلى الشّخص الأصيلِ أو مستخدمه بالعقد الذي يلزمه باسمه ولحسابه، بمعنى أنّه تنصرفُ آثارُ العقدِ الإلكتروني ليستفيد منها المستهلِك، خصوصًا لمّا تنشأ التزاماتٌ وحقوقٌ في ذمّةِ الموكِّل.[29]

ويُنتقد هذا الموقف لكونه يهدِم الشّخصيةَ القانونية بمعناها التّقليدي، فقد يُخطئ الوكيلُ الإلكتروني بسبب البرمجةِ لحماية مُستخدِم الوكيلِ الإلكتروني من المخاطر المترتّبةِ عن تلك الأخطاء. والاعترافُ بالشخصية القانونيةِ للوكيل الإلكتروني يجعله مسؤولًا عن أفعالِه، ويتحمّلُ تبِعاتِها، وأهمُّها المسؤولية والتّعويض، وإذا لم يكن يَملكُ ذِمّةً مالية فإنّه لا يُمكن إقامةُ المسؤولية عليه، ولا يمكن ممارسةُ دعوى الرُّجوعِ على مستخدِم الوكيلِ الإلكتروني تأسيسًا على عدم تَحمّلِه المسؤولية إذا لم يُنسب الخطأُ إليه، وهذا مَا لا يصحّ في مجال قانونِ حمايةِ المستهلك.[30]

والرّأي الرّاجح، أنّه يبقى الوكيلُ الإلكتروني مجرّدَ أداةٍ في يدِ المُتعاقدِ للتّعبير عن إرادتِه وإبلاغِها للطّرفِ الآخر، فهُو مجرّدُ ماكِنةٍ تحت تصرُّف مستخدمها.[31]

3.2.3- مسؤولية الوكيل الإلكتروني في مواجهة المستهلك:

تنعقِدُ مسؤوليةُ الوكيلِ الإلكتروني في مجال الشّبكات، وتُشكِّل المسؤوليةُ العَقدية أساسَها،[32] وقد نَظّمت عِدّةُ تشريعاتٍ مسؤوليةَ الوكيلِ، ورتّبَت مسؤوليتَه عند إبرامِ العقود. حيث أنّ أطرافَ العقدِ يُعتبرون مسؤولين لمّا يكونُ الوكيلُ الإلكتروني تحت سيطرتِهم سيطرةً كاملة، فلا يمكِنُ لهم التّهربُ من المسؤولية بسبب أنّ النظام الإلكتروني لا يتحكّم فيه شخصٌ مؤهّل، أو لأيّ عذرٍ آخر، عدَا ما يُدرجُ ضِمن القوّةِ القاهرة أو السّببِ الأجنبي، وعلى العموم، لا يُمكن كذلكَ لِمُستخدِم الوكيلِ الإلكتروني أن يتمسّكَ بارتكابِه خطأً في البرمجة أو لِعيبٍ فيه، لأنّ ذلك يمنحُ الحقَّ للطّرف الثّاني في أنْ يطلبَ فسخَ العقدِ مع التّعويض.

ولمّا كانت قواعدُ حمايةِ المستهلِك موجّهةً لهذا الأخير، دعمًا للحماية المقرَّرةِ له، فلقد أجازتِ التّشريعاتُ العالمية للمستهلِك أنْ يتنصّل بدوره من المسؤولية العقْدية ويَدفعَ بأنّه يجهل التّعامل مع الوسيطِ الإلكتروني استنادًا لِما نصّت عليه المادّة 14 فقرة 02 من التّوجيه الأوروبي 2033، التي تَشترطُ عِلمَ الشّخصِ الطّبيعي حتّى ينعقدَ العقدُ الإلكترونيّ انعقادًا كاملًا وإلّا جازَ له الرّجوع في العقد، وذلك بنصّها: "كما يجوز أن يتِمّ التعاقدُ بين نظامِ معلوماتٍ إلكترونيّ مؤتَمن يعود إلى شخصٍ طبيعيٍّ أو معنوي إذا كان هذا الأخيرُ – الشخص- يَعلمُ أو مِن المفترَض أن يعلمَ أنّ ذلك النّظام سيتولّى مهمّةَ إبرامِ العقدِ أو تنفيذِه". ويستوي الأمرُ فيما سبق وعدمُ نفاذِ العقدِ في مواجهةِ المتعاقِد إذا ارتكب صاحبُ الوكيلِ الإلكتروني خطأً ماديًا في رسالة البياناتِ ولم يتمَّ التّصحيحُ اللّاحقُ لرسالةِ البيانات؛ أين أجبر المشرّعُ الأوربي التّجارَ الذين يعرضون السّلعَ والخدماتِ مستعينين في ذلك بأنظمةِ خدماتٍ معلوماتية، أنْ يتيحوا سُبلًا للتّعرفِ على الأخطاءِ أو لتصحيحِ الأخطاءِ الواردةِ على رسالةِ البيانات ما لم يوجد اتّفاقٌ يقضي بغير ذلك.[33]

ما يقابِلُ هذا، أنّ صاحبَ الوكيلِ الإلكتروني لا يمكنُه إنكارُ ذلكَ لكونه أداةَ اتّصالٍ في يده، ويخضعُ له، فإذا وقع غلطٌ أو حدثَ خطأٌ عند التّعاقدِ فإنّ المسؤوليةَ تقع على كاهِله، لِعلّةٍ تتمثّل في أنّه ليس للأداةِ إرادةٌ حرّةٌ ومستقلة.[34] إذن، فالوكيلُ الإلكتروني لا يُنشِئُ إراداتَه وسلطتَه بنفسِه، وإنّما الذي يُنشِئُها هو الموكِّل، وعليه، لا تتحقّقُ مسؤوليةُ الوكيلِ إلّا بتحقُّق مسؤوليةِ الموكِّل. فإذا ثبتَ أنّ الضّررَ الذي لحِقَ المستهلِكَ لا يُسند إلى خطأِ الوكيلِ لأيّ سببٍ أجنبيّ، سقط حقُّ المستهلكِ في الرّجوع عن الموكّل.[35]

زيادةً على ما سبق، تعرّضَ جانبٌ من الفِقهِ بدورِه إلى مبدأ افتراضِ أنّ المستهلِك يَعلم مع من يتعامل ويعلمُ أنّ النّظامَ الإلكتروني هو من يتولّى إبرامَ العقدِ أو تنفيذِه تلقائيًا. والسّببُ في هذا -أيْ علمُ أو افتراضُ العلم- هو مِن أجل تحميلِ الفردِ المسؤوليةَ عن الأخطاء التّقنيةِ في الأحوالِ التي يكونُ بمقدوره التكهّن بها. المشرّع الكندي –مثلًا- وبخصوص التّجارةِ الإلكترونية، أكّد على أنّ العقدَ الذي تتولّى إبرامَه البرامجُ المعلوماتية لا يكون نافذًا في مواجَهة الشّخصِ الذي ينتسبُ إليه الوكيلُ الإلكتروني مرتكبُ الخطأِ المادّي في توجيه رسالة البيانات،[36] فلربّما النظامُ المعلوماتي لم يمنح له فرصةً لدرءِ الخطأ أو تصحيحِه.[37]

وقد أَلزمَ التوجيهُ الأوروبي بشأن التّجارةِ الإلكترونية رقم 33/2000، المؤرّخ في جوان 2000، الأشخاصَ الذين يعرِضونَ سِلعًا أو خدماتٍ من خلال أنظمةِ الكومبيوتر -عبر الأنترنت- بأن يوفّروا وسائلَ لتصحيح الأخطاءِ الماديّةِ للمُدخَلات، حيث نصّت المادّة 207 من هذا التّوجيه على أنّه "ما لمْ يتّفقِ الطّرفان

صراحةً على خلاف ذلك؛ يكُون على الطّرفِ الذي يَعرض سِلعًا أو خدماتٍ عن طريق نظامٍ حاسوبي، أنْ يوفّر للأطراف الذين يستخدمون نظامَ الوسائلِ التّقنية التي تسمحُ لهم بالتّعرف على الأخطاء وتصحيحِها قبل إبرامِ العقد، ويجب أن تكونَ الوسائلُ التّقنية التي يَلزم توفيرُها ملائمةً وفعّالةً وفي المتناوَل".

4- خاتمة:

لقد بسّطت التّشريعاتُ المقارَنة إجراءاتِ التّعاقد الإلكتروني، سواءٌ بين الأطراف الأصليين أو عن طريق وسيطٍ إلكتروني مؤتمَن يكون تابعًا لشخصٍ طبيعي يَستخدم نظامًا معلوماتيًا موثوقٌ به، وآمن. هنا تحلّ إرادةُ الوكيلِ الإلكتروني محلَّ إرادة الموكِّل في التّعاقد، وبالتبعية تنصرف إليه أثارُ التّصرّف من حقوقٍ والتزامات.

غيرَ أنّه وخلال عملية التعاقد قد يتمّ تسجيل أخطاء في نظام المعلوماتية، فيتضرّر منها المستهلك، وهو ما دفع التّشريعات والفقهاء لوضع توازنٍ تعاقدي بين الطّرفين حسب طبيعة الخطأ ومبرراته، مستندين في ذلك إلى مبدأ العلم أو افتراضِ علمِ المستهلِك بأنّه يتعامل مع وكيلٍ إلكتروني في التّعاقد . وأكّدوا على ضرورة أن يوفّر مالكُ الوكيلِ الإلكتروني للمستهلكينَ مِمّا يسمحُ لهم بالتعرّف على الأخطاءِ وتصحيحِها، وتحميلِ الفردِ المسؤوليةَ عن الأخطاء التّقنيةِ في الأحوال التي يكون بمقدوره التنبّؤُ بها.

بهذا يُمكننا أنْ نقدّم بعضَ التّوصياتِ والاقتراحاتِ التي من شأنها أن تغطّي القصورَ والنّقصَ نُجملُها فيما يلي:

- أن يقوم المشرّع الجزائري بِسنّ قوانينَ حول الوكالة عن طريق الوسائط الإلكترونية.
- تركُ حرّيةِ التّعاقد لأطراف العقد.
- أنْ يتمّ تدعيم البنيةِ التّحتية للمعاملات الإلكترونية.
- الإسراع في تنصيب سلطةِ التّصديق الإلكترونية والأجهزة الملحَقة بها.

الهوامش:

[1] بشار عصمت سميح سكري، العقود الإلكترونية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بيروت العربية، لبنان، 2008، ص 93.

[2] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 05، الصادر بتاريخ 1991/01/31، ص 202.

[3] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، الصادر بتاريخ 2009/03/08، ص 12.

[4] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد، 28، الصادر بتاريخ 2018/05/16، ص 04.

[5] جمال زكي الجريدلي، البيع الإلكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الأنترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة - مصر، 2008، ص 66.

[6] نوال شعباني، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة تيزي وزو، 2012، ص 25.

[7] زبير ارزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة تيزي وزو- الجزائر، 2011، ص 04.

[8] زبير ارزقي، مرجع سابق، ص 42.

[9] حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك: الحماية الخاصة لرضاء المستهلِك في عقود الاستهلاك، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق بجامعة اسيوط، العدد13، 1991، ص247.

[10] نوال ثعباني، مرجع سابق، ص 25.

[11] السيد عمد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، 1986، ص 06.

[12] زبير ارزقي، مرجع سابق، ص 157.

[13] محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري- دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 18.

[14] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، الصادر بتاريخ 2010/08/18، ص 11.

[15] محمد بودالي، مرجع سابق، ص 80.

[16] نجد مصدر المعيارين في قانون الاحتلال الفرنسي في حادثة 425. محمد بودالي، مرجع سابق، ص 92.

[17] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 56، الصادر بتاريخ 2006/09/11، ص 16.

[18] الوسيط الإلكتروني أو الوكيل الإلكتروني عبر الشبكات الإلكترونية، ظهر لأول في أوراق لجنة الأمم المتحدة عام 1997، ثم استيعاب مشروع إعارة وافي في القانون رقم 2002/02، المتعلق بالمعاملات والتجارة الالكترونية المؤرخ في2002/02/12، وقبله المشرع الكندي بشأن القانون الموحد للتجارة الالكترونية لسنة 1999. راجع: وجيز عمر عبد الله، الطبعة الأولى، بيروت- لبنان، ص 30.

[19] اتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، قرار الجمعية العامة 0/000/21، الصادر في الدورة 60، بتاريخ 2005/12/09.

[20] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد28، الصادر بتاريخ 2018/05/16، ص 04.

[21] سليمان نجد إبراهيم، إشكالية تكوّن العقود التي تدخل وسائطُ إلكترونية في إبرامها، جامعة بنغازي-ليبيا، العدد 01، 2015، ص 10.

[22] آلاء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني مفهومه وطبيعته القانونية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 07، العدد 02، الشارقة – الإمارات 2010.

[23] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني- دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية– مصر، 2006، ص 160.

[24] غني ريسان جادر الساعدي، النظام القانوني للوكيل الالكتروني، مجلة جامعة أصول، المجلد الأول، العدد الخامس، 2007، ص 283.

[25] فصلًا في هذه المسألة القانونية أكدت مجلة الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية في الأعمال التحضيرية للاتفاقية الدولية لاستخدام الخطابات الإلكترونية لسنة 2005، المشار إليها سابقًا، على أنه يجوز تكوين العقد بتحاور بين نظام حاسوبي مؤتمن وشخص طبيعي، أو بين حاسوبين مؤتمنين، حتى وإن لم يتعرض أي شخص طبيعي لأمن التدابير الفردية التي تنفذها مثل هذه النُّظم أو الاتفاق الناتج عنها. راجع: وثائق لجنة اليونسترال رقم : UNICTRAL.A/CN.9/WG/IVWP.95 متوفر على موقع: www.un.org

[26] أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، دون سنة نشر، ص 98.

[27] وليد محمد عبد الله السعدي، النظام القانوني للوكيل الإلكتروني، منشورات المجلة الحقوقية، بيروت- لبنان، 2017، ص 30.

[28] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 128.

[29] خالد ممدوح، المرجع نفسه، ص 163.

[30] آلاء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني مفهومه وطبيعته القانونية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 07، العدد 02، يونيو 2010، ص117.

[31] ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 163.

[32] آلاء يعقوب النعيمي، مرجع سابق، ص 174.

[33] Art. 11§02 de directive 2000/33/CE : « 2. Les Etats membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que le prestataire mette à la disposition du destinataire du service des moyens techniques appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande ».

[34] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص164.

[35] غني ريسان جادر الساعدي، النظام القانوني للوكيل الإلكتروني، مجلة جامعة أهل البيت، المجلد 01، العدد 05،2007، ص286.

[36] المادة 22 من قانون كندا الموحَّد بشأن التجارة الإلكترونية.

[37] علي مطشر عبد الصاحب، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية، المجلد 27، العدد01، كلية القانون، جامعة بغداد – العراق، 2012، ص 112.

شرط الثبات التشريعي كضمانة في عقود الاستثمار

The requirement of legislative stability as A guarantee in investment contracts

ط. د عبد الرزاق رحموني [*] – د. عبد اللطيف والي [**]

ملخص:

يُعتبر شرطُ الثّباتِ التّشريعي في عقودِ الاستثمار من الضّمانات الهامّةِ والأساسية بالنّسبة للمستثمِر، فهوَ عبارةٌ عن وسيلةٍ هامّة لجذب الاستثماراتِ الوطنيةِ والأجنبية إلى الدّولة المضِيفة للاستثمار، وهو شرطٌ يحقّق مصلحةَ الطّرفين، الدّولةَ المضيفةَ للاستثمار والمستثمرَ على حدٍّ سواء. غير أنّ العقودَ الاستثمارية تُبرم بين طرفيْنِ هما: الدْولة المضيفة للاستثمار، والمستثمرُ الأجنبي. ولأنّ الدّولةَ شخصٌ من أشخاصِ القانونِ الدّولي العامّ، تتمتّع بمظاهر السُّلطةِ والسّيادة التي تخوّلُ لها المساسَ بتشريعاتِها الدّاخلية تعديلًا أو إلغاءً بصفة فردية، فهُما بالتالي طرفان غير متكافئين.

الكلمات المفتاحية: شرطُ الثّباتِ التّشريعي؛ عقودُ الاستثمار؛ ضماناتُ الاستثمار؛ الحقوقُ المكتسبة.

Abstract:

The requirement of legislative stability in investment contracts is an important and fundamental guarantee for the investor, as it is an important means of attracting national and foreign investment to the host country of investment, as it is in the interest of both the host state of the investment and the investor, but the investment contracts are concluded between two parties, The host state of investment, and the foreign investor, and the State is a person of public international law with the manifestations of authority and sovereignty that entitles it to infringe on its domestic legislation and to abolish on an individual basis, and therefore to be unequal.

Keywords: Legislative stability requirement; Investment contracts; Investment Guarantees; Acquired rights.

مقدّمة

إنّ الهدفَ من العمليةِ الاستثمارية هو توسيعُ القاعدةِ الاقتصادية، وخاصّةً ما يَدخل في البنية التّحتيةِ للدّولة، ممّا يؤدّي إلى زيادة الإنتاجِ وتوفيرِ فرصِ العملِ والقضاءِ على البطالة، كما يؤدّي إلى تطوير الخبراتِ الفنّيةِ والاستفادةِ من التّجربة الأجنبية. كما تشغَل قضيةُ الاستثمارِ والتّنميةِ الاقتصادية اهتمامًا كبيرًا لكافّة

[*] طالب دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة.

[**] أستاذ باحث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة.

الدّول في مجتمعنا المعاصر، سواءٌ أكانت دولًا متقدّمةً أو دولًا نامية، نظرًا لِما يعترضُها من عقباتٍ وتحدّياتٍ في هذا المجال، وتزايدِ الرّغبة الأكيدة في تحقيقِ النّموّ الاقتصادي. لِذا فتحت هذه الدّول -خاصّةً النّاميةُ منها- أبوابَها أمام الاستثمارِ محلّيًا كان أو أجنبيًا، لأنّ التّقدّمَ الاقتصادي يرتبطُ بالضّرورة مع الانفتاحِ على العالمِ الخارجي.

يُعدّ شرطُ الثّباتِ التشريعي ضمانةً هامّةً في استقرارِ مناخِ الاستثمارِ لأيّ دولة، فهو يعملُ على إبعاد مخاوفِ المستثمر من فُقدان امتيازاتِه، ومحاولةِ إخضاعِ العقدِ بقانونٍ ثابتٍ ومحدَّدٍ منذ لحظةِ إبرامِ العقدِ إلى غاية انقضائِه. فبإعمال هذه الضّمانة يشعرُ المستثمرُ أنّه في مأمنٍ من المخاطرِ النّاتجةِ عن عدم الاستقرارِ التّشريعي في البلاد المضيفة لاستثماراته. ويكون محورُ حصولِ تلكَ المخاطرِ هو خضوعُ العقدِ أو المشروعِ الاستثماري للتّعديلات التي تطرأُ على القانونِ الذي ينظّمُ عقودَ الاستثمار، فهو يستندُ إلى نصوصٍ قانونيةٍ قائمة في قانون الدّولةِ المضيفةِ للاستثمار، بحيث ينصُّ على منحِ الطّرفِ الأجنبيّ المتعاقِد مع الدّولة كافّةَ المزايا المقرّرةِ والمنصوصِ عليها في القوانين المتّعلّقةِ بالاستثمار، مع التعهّدِ باستمرارِها حتّى في حال تعديلِ هذا القانون.

أهمّية الدراسة:

تبرزُ أهمّيةُ دراسةِ شرطِ الثّبات التّشريعي، لِما لهذا الشّرطِ من أثرٍ على تشجيع الاستثمارِ المحلّي أو الدّولي الذي يشترطُ الاستقرارَ التّشريعي كضمانة أساسيةٍ للمحافظة على حقوقِهم المُكتسَبة. فهذا الشّرطُ يهدف إلى إبعادِ مخاوفِ المستثمر من فُقدان امتيازاتِه، ومحاولةِ إخضاع العقدِ بقانونٍ ثابتٍ ومحدَّد منذ لحظةِ إبرامِ العقد إلى غاية انقضائِه. وبالرّغم من استقرار كلٍّ من الدّول والمستثمرين على إقرارِ هذا الشّرط الذي أصبح مكرّسًا في كافّة عقودِ الاستثمار؛ إلّا أنّ تطبيقَه أثار العديدَ من النّزاعاتِ بين الدّولة والمستثمر، حول مفهومِ الشّرط ومعاييرِه وطبيعتِه القانونية، والآثارِ المترتّبةِ عليه. وهذه النّزاعاتُ قد تسبّبُ خسائرَ ليس للمستثمر فحسب، بقدر ما تكون للدّولة المضيفة؛ خاصّةً وأنّ غالبيةَ عقودِ ضمانِ الاستثمار لا تشملُ مسألةَ الثّبات، ممّا يزيد من صعوبة وعدمِ وضوح موقِف كِلا الطّرفين.

إشكالية البحث:

من خلالِ ما سبق؛ يُمكن طرحُ الإشكالية التّالية: ما مكانةُ شرطِ الثّباتِ التّشريعي كضمانةٍ فعّالة للاستثمار؟ وكيف تعامل المشرّع الجزائري معها؟

للإجابة على هذه الإشكالية، ارتأينا تقسيم البحث إلى محورين: في الأول سنتناول مفهومَ شرطِ الثّباتِ التّشريعي، وفي الثاني موقفَ المشرّع الجزائري من شرط الثّباتِ التّشريعي.

المحور الأول: المقصود بشرط الثّباتِ التّشريعي

كثيرًا ما يوجَّه النّقدُ للأنظمةِ القانونيةِ والقضائية على أساس عدّةِ عواملَ تتعلّق أساسًا بتضخّم النصوصِ القانونية، أو عدم استقرارِ القوانين نتيجةَ كثرةِ التّعديلات المتكرّرة، ممّا يزعزعُ ثقةَ المستثمِر في كلّ المنظومة القانونية.

يتطلّب جذبُ الاستثماراتِ الأجنبية -إلى جانبِ الاستقرارِ القانوني الذي يقود في الغالب إلى الاستقرارِ الاقتصادي- الاستقرارَ السّياسي؛ إذ ينعكسُ هذا الأخيرُ على الاستقرار القانوني بشكلٍ واضح، وقد عرف العالمُ في القرنِ الماضي التأميمَ للمصادر الطبيعيةِ للدّول، ممّا ترتّب عليه آثارٌ سلبيةٌ على كثيرٍ من الاستثماراتِ الأجنبية في تلك الدّول، وكانت الدّوافعُ سياسية، وتُرجمت من خلالِ قواعدَ قانونية. ترتّبَ على هذا الأمرِ ظهورُ شرطِ الثّبات في العقود الدّولية. إذْ كان هذا الشّرطُ يتضمّن عدمَ مواجهةِ الجهةِ المستثمِرة في العقد الدّولي بأيّةِ قوانينَ جديدةٍ تَظهر أو تتبنّاها الدّولةُ وتؤثّر في مصالحِ الجهةِ المتعاقَدِ معها، فانتشر شرطُ الثبات.[1]

أولا- تعريف شرط الثبات التشريعي

يُقصد بشرط الثّباتِ التشريعي تعهُّدُ الدّولةِ المتعاقدةِ مع المستثمِرِ في حالة عقودِ الدّولة، أو الدولة المُضيفةِ للاستثمارِ عامّة؛ بتثبيتِ واستقرارِ النّظامِ القانوني للاستثمار أو محلَّ عقدِ الاستثمار. بمعنى أن يكونَ المستثمرُ بمنأى عن أيّ تعديلٍ تشريعيّ لاحقٍ يُمكنُ أن يردَ على القواعد القانونيةِ المنظّمةِ للاستثمار، والذي قد ينصبُّ على مجمَلِ القواعدِ القانونيةِ الخاصّةِ بالاستثمار، أو يقتصرُ على بعضِها دون الآخر.[2]

ويعرَّفُ أيضًا على أنّه أداةٌ قانونيةٌ يتمُّ من خلالها حمايةُ المستثمرِ الأجنبي من مخاطرِ التّشريعِ متى ما حاولتِ الدّولةُ التّعديلَ بتشريعٍ جديد، وهذه الحماية تتمُّ بواسطة تجميدِ دورِ الدّولة في التّشريع في نطاقِ علاقتِها بالمستثمِرِ الأجنبي.[3]

فشرطُ الثّباتِ التّشريعي هو تثبيتُ القانونِ الواجبِ التطبيقِ على العقدِ على الحالةِ التي كانَ عليها لحظةَ إبرامِ العقد، مع استبعادِ التعديلاتِ التي يمكنُ أن تطرأَ عليه في المستقبل، فيما يتعلّق بما بين الدّولةِ وبين الأطرافِ الأجنبية الخاصة، لاسِيَما في مجال عقودِ الاستثمارِ والتّنميةِ الاقتصادية.[4] فهو الضّمانُ الذي يرِد في العقود الدّوليةِ والتّشريعاتِ الوطنيةِ للدّولةِ المتعاقِدة، ويقضي بالالتزام بعدمِ إصدارِ قوانينَ جديدةٍ أو تعديلاتٍ جوهريةٍ تمسُّ قانونَ العقد، والتي من شأنها الإخلالُ بالتوازنِ الاقتصادي للعقد والإضرارُ بمصلحة المستثمر، فهو إذن شرطٌ يُدرجُ في العقدِ عندما تكونُ الدّولةُ طرفًا فيه، وبموجب اتّفاقٍ مع شخصٍ طبيعي أو معنوي، وبمقتضاهُ تتعهّدُ الدّولةُ بعدمِ سريانِ التّعديلاتِ على القانونِ الواجبِ التّطبيقِ على العقدِ المُبرمِ بين الطرفين.[5]

إنّ الواقعَ العمليَّ يُثبتُ أنّه حتّى لو تمّ إدراجُ شروطٍ تُثبت قانونيةَ عقودِ الاستثمار، أو شرطَ عدمِ المساسِ به؛ فإنّ هذا لا يمنعُ الدّولةَ في إطار مُمارستِها لسُلُطاتِها التشريعية، من تعديلِ وتغييرِ العقدِ عن طريق اتّخاذِ إجراءاتٍ دستورية، تشريعية أو تنظيمية، من أجلِ مسايرةِ التّحوّلاتِ الرّاهنة في مختلف المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية؛ وذلك بغيةَ تحقيقِ المصلحةِ العمومية، باعتبار أنّ هذه المسألة هامّة، وتقع على عاتق الدّولةِ أثناء ممارستِها لامتيازاتِها السيادية، وذلك بما يتلاءمُ مع ظروفِها في الزّمان والمكانِ الذي تختار وِفق معطياتها.[6]

من خلال ما سبق من تعريفات، نجد أنّ ضمانةَ إدراجِ شرطِ الثّباتِ التّشريعي تتضمّن نوعين من القواعد:

1- قواعد تشريعية: هي نصوصٌ تشريعيةٌ جاءت في متنِ وصُلبِ قوانينِ الدّولة، وبمُوجبِها تتعهّد الدّولة في مواجهة المستثمِرِ الأجنبي، بعدمِ تعديلِ أو إلغاءِ عقدِ الاستثمارِ أو القوانينِ الخاصّة بالاستثمارِ عامّة، وعدمِ سريانِ القانونِ الجديدِ على العقد المبرمِ بين الطّرفين أو الاستثمارات السّابقة.

2- قواعد اتّفاقية: هي تلك الشّروطُ التي تُدرج وترِد في نصوص العقدِ نفسِه صراحةً، على أنّ القانونَ الذي يسري على العقد في أثناء المنازعة، هو القانونُ نفسُه بأحكامه وقواعدِه النّافذةِ سلفًا وقتَ إبرامِ العقد، مع استبعادِ أيّ تعديلٍ أو تغييرٍ لاحقٍ يطرأُ على ذلك العقد إلّا باتّفاق الطّرفين. وهو ما يقودُنا للبحث في الطّبيعة القانونيةِ لضمانة الثّبات التشريعي.[7]

ثانيا- الطبيعة القانونية لشرط الثّبات التّشريعي

تُعَدُّ مسألةُ تحديدِ الطّبيعةِ والأساسِ الذي يجد فيه شرطُ الثّباتِ مشروعيتَه، من المسائلِ التي تشغَلُ الفِقهَ القانوني، والتي تتصارعُ فيها المبادئُ المستقرّة في مجالِ الاستثمارِ الأجنبيّ مع سيادةِ الدّولة وسُلطاتها وحقّها في تعديل التزاماتِها السّابقة مع المستثمِر، والنّاشئةِ عن العقود التي أبرمتها سابقًا في مجالِ الاستثمار، والمتعلّقة بالصالح العام.[8]

فلِتحديد الطّبيعةِ القانونيةِ لشرط الثّباتِ التشريعي؛ انقسم الفِقهُ إلى ثلاثة اتّجاهات.

1- الاتجاه الأول:

يرى أصحابُ هذا الاتجاه أنّ شرطَ الثّباتِ التّشريعي ليس إلّا استثناءً على مبدأ الأثرِ الفوري للقانون الجديد، ذلك أنّ شرطَ الثّباتِ التّشريعي ليس عند جانبٍ من الفقهِ إلّا استثناءً على مبدأ التطبيقِ الفوري والمباشِر للقانونِ الصّادرِ حديثًا، وهو ما يقتضي سريانَه مباشرةً ودخولَه حيّزَ التّطبيق والنفاذ، وفقًا للقواعد القانونيةِ والإجراءاتِ المقررة.[9] ويُعتبرُ استثناءً استمرارُ نفاذِ أحكامِ القانونِ القديمِ رغم تعديلِه أو إلغائه بموجب النصّ الصّريحِ للمشرّعِ الذي يملِك سلطةَ وضعِ القيودِ على المبادئ العامّة، كلّما رأى في تعديل تلك القيودِ مصلحةً عامّةً مرجوّة.[10]

وعليه، فإنّ شرطَ الثّباتِ الزّمني للقانون، ليس في حقيقة الأمرِ إلّا استثناءً على مبدأِ الأثرِ المباشِر للقانون الجديد، وبهذا فقط تتحدّدُ طبيعتُه القانونية، ممّا يجعل الاتّفاقَ المتعلّقَ بهذا الشّرطِ متّسقًا مع الاستثناءاتِ التي قال بها فقهُ النّظريةِ الحديثة بشأن هذا المبدأ. على خلاف النّظريةِ التّقليديةِ القائمةِ على ما يُعرفُ بالحقّ المكتسب.[11]

2- الاتجاه الثاني:

يرى أصحابُ هذا الرّأي أنّ التّعديلاتِ التي تطرأُ على القانون واجبةَ التّطبيق بعد إبرامِ العقد؛ لا تسري عليه، بالنّظر إلى أنّ ذلك القانون يندمجُ في العقد، ويُصبح عبارةً عن شرطٍ تعاقدي كباقي شروطِ العقدِ أو بنوده، فما هوَ إلّا شرطٌ تحويلي لطبيعةِ القانون، بمعنى أنّ القانونَ يندمجُ في العقد فيصبح شرطًا تعاقديًا كباقي شروطِ العقدِ الأخرى، ونتيجتُه أنْ يفقدَ صفتَه كتعبيرٍ عن إرادةِ المشرّع، فيؤدّي بذلك إلى عدم سريانِ التّعديلات التّشريعيةِ اللّاحقة، التي تطرأُ عليه بعدَ إبرامِ العقد.[12]

وهُنا لا يكون لذلك القانونِ إلا اسمُه فقط، ويفقِد صفتَهُ القاعدية. ومن هنا نستخلصُ أنّ شرطَ ثباتِ العقدِ أو تجميدِه أو استقرارِه يُمارس أثرًا تحويليًا لطبيعةِ القانونِ المختارِ لتنظيم العقد، وذلك التّحويلُ بالطّبع يأتي من مبدأ سلطانِ الإرادة والحرّيةِ التّعاقدية. واستنادًا إلى هذا المبدأ؛ تستطيع الأطرافُ المتعاقدة، ليس فقط استبعادَ بعضِ القوانينِ الأخرى الدّاخلية من مبدأِ التّطبيق على العقد الدولي، بل بإمكانهم أيضًا تحويلُ تلك القوانينِ في العقد الدّولي ذاتِه، بحيث لا يكونُ لها قوّة إلّا تلك التي يعطيها الأطراف لأنفسِهم.[13]

في الحقيقة إنّه لا يمكن الأخذُ بهذا الرّأي، لِاعتبارِ أنّ المنظوماتِ القانونية التي تُعنَى بالاستثمار الغايةُ والهدفُ منها هو تنظيمُ الاستثمار، وهي لا تندمجُ ولا تصبحُ شرطًا تعاقديًا من شروطِ العقد، ولكن لا ضيْرَ مِن إدراجه في مَتنِ العقدِ أو في بروتوكولٍ لاحق.

3- الاتجاه الثالث:

يرى أصحابُ هذا الرّأيِ أنّ شرطَ الثّباتِ التّشريعي، ما هو إلّا شرطٌ توفيقي لقوّة سريانِ القانون، حيث أنّ اتّفاقَ الطّرفينِ المتعاقدينِ على سَريانِ القواعدِ القانونيةِ النّافذة وقتَ إبرامِ العقدِ فقط، دون تلكَ التي تطرأُ فيما بعد؛ لا يؤدّي إلى تغييرِ طبيعةِ القانونِ الذي تندرجُ تحت لوائِه تلكَ القواعد، بل إنّه يؤدّي إلى إيقافِ سريانِ القواعدِ القانونيةِ الجديدةِ التي تصدُر بعد إبرامِ العقد.[14]

يذهبُ هذا الاتّجاهُ إلى أنّ شروطَ الثّباتِ التّشريعي تُعدُّ استثناءً يردُّ على مبدأِ التّطبيقِ الفوري والمباشِرِ للقانون الجديد، ذلك المبدأُ السّائدُ والمستقرُّ في القوانين الدّاخلية، القانون المدني والقانون الإداري. وعلى هذا الأساس، فإنّ شروطَ الثّباتِ التّشريعي في هذه الحالة، **ترمي** إلى استمرارِ سريانِ القانونِ الذي اتّفق عليه الأطرافُ واختاروه لحُكم العقدِ المبرَم بينهم، بالرّغم من صدور تشريعٍ جديدٍ يُعدُّ استثناءً على مبدأِ السّريان الفوري والمباشرِ للقانونِ الجديد؛ **وتحُولُ** دون تطبيقِ أحكامِ هذا القانونِ على العقدِ الذي تمّ تجميدُ القانونِ الحاكمِ له من حيث الزمان.[15]

في الأخير، نَخلُص إلى أنّ هذهِ الشّروطَ تكُون شروطًا تشريعيةً واتّفاقيةً في آنٍ واحد، فحتّى لو تضمّنتها قوانينُ الدّولِ المُضيفةِ للاستثمار، تعتبر ضمانةً تشريعية، وهي تعبّرُ عن حقّ الدّولةِ في ممارسةِ سيادتِها وحقّها في إصدار ما تراهُ من تشريعات، ولا يمكن اعتبارُ هذه القواعدِ التّشريعية من ضِمنِ شروطِ العقد، لأنّ غاية هذه التّشريعات هي التنظيمُ وبيانُ ما يتمتّع به المستثمِر من حقوقٍ وامتيازاتٍ ومزايا وضمانات. أمّا شروطُ عدمِ المساسِ بالعقد؛ فتعني تلك الشّروطَ التي تهدفُ إلى تجنّبِ إجراءِ أيّ تغييرات أو تعديلاتٍ في العقدِ من جانب الدولة، مستغلّةً في ذلك ما تتمتّع به من مزايا يُعطيها لها قانونُها الدّاخلي بوصفِها سلطة تنفيذية، أو بوصفها سلطةً عمومية إدارية، وهو ما يمكّننا من القول بأنّ "شرطَ الثّباتِ التّشريعي هو استثناءٌ على قاعدةِ السّريان الفوري والمباشرِ للقانون الجديد" هو الأقربُ للصّواب، والأكثرُ ملاءمةً حفاظًا على الحقوقِ المكتسبة.

ثالثا- فعاليةُ شرط الثّباتِ التّشريعي كضمانةٍ للاستثمار

إنّ الغايةَ الأهمَّ لإدراج شرطِ الثّباتِ التّشريعي هي تحقيقُ الاستقرارِ والأمانِ القانونيّيْن، وحفظُ توقّعات المستثمِر المتعاقِد مع الدولة، ذلكَ أنّ تطبيقَ أيّةِ تعديلاتٍ أو إلغاءاتٍ على القانون السّاري وقتَ إبرامِ عقدِ الاستثمار؛ قد يؤدّي إلى قلبِ التّوازنِ العقدي، وتوجيهِ اقتصادياتِ العقدِ لصالح الدّولة، وإلحاقِ الضّرر بالمستثمر.[16]

ولِذا يُعتبر شرطُ الثّباتِ التّشريعي مبدأَ ضمانٍ إيجابي بالنّسبة للمستثمِر، فهو يعود عليه بالنّفعِ أكثرَ من الدّولةِ المُضيفة للاستثمار، لأنّه يُعتبر كحافزِ ضمان، كما يمنحُه الحمايةَ الكافيّة من التّغيراتِ التّشريعية. حيث أنّ المستثمرَ الأجنبي يجني فوائد، إذْ أنّه يجعلُه بعيدًا عن أيّ تعديلاتٍ تشريعيةٍ تطرأُ على النّظام القانوني للاستثمار في الدّولة المُضيفة التي يزاول النشاطَ فيها، ممّا يطمئِنُه على مشاريعِه الاستثمارية. فهذه الشّروط

تلعبُ دورًا كبيرًا وهامًّا في عملية تدفّقِ الاستثمارات، فهي تسعى إلى تأمين حمايةٍ مطْلقةٍ للمتعاقِد الأجنبي طيلة مدّةِ العقد، وتكون هذه الشّروطُ دومًا لصالح الشّريك الأجنبي أكثرَ من الدّولة المضيفة، لأنّها تضمن له الحمايةَ الكافية وتبعثُ فيه الثّقةَ بخصوص مشاريعِه الاستثمارية، وهو ما يشجّع على جذب رؤوسِ الأموالِ للدّول النامية. وهكذا يكون المستثمر مطمئنًّا على مشاريعه.[17]

الملاحَظُ أنّ شروطَ الثّباتِ التّشريعي غيرُ كافيةٍ لمواجهة السّياسةِ التّشريعيةِ للدّولة المُضيفةِ للاستثمار؛ إذْ أنّه بإمكان الدّولة أنْ تلجأ إلى سَنِّ قواعدَ قانونيةٍ جديدةٍ لاحقةٍ على أيّ نصٍّ تعاقدي أو قانوني سابق، بما يؤدّي إلى حرمانِ شرطِ الثّبات التّشريعي من قيمتِه القانونية.[18] ومن هنا فقد ثار جدلٌ فِقهيٌّ حول مدى صحّةِ إدراج مثلِ هذا الشّرط، سواءٌ في قوانين الاستثمار أو في العقد المنظّم للاستثمار.[19]

إنّ فاعليةَ ضمانةِ شروطِ الثّباتِ التّشريعي، تكمنُ في أنّها تقوّي الوضعَ التّفاوضي للمستثمِر عند إحالةِ النّزاعِ بشأنِ العقدِ إلى محكمةٍ ما، أو هيئةِ تحكيمٍ معينة؛ إذْ يمكنُ لشرط الثّباتِ أن يمارسَ قوّتَه القانونية من حيثُ كونه باعثًا على الوصولِ لحلولٍ وسطٍ أو تسوية.[20] إذْ أنّ إلغاءً متوقّعًا يجري انتهاكه لمثلِ هذه الشّروط التّعاقديةِ من شأنِه إنشاءُ حقٍّ خاصٍّ بالتّعويض، ولابدَّ أنْ يكونَ مقدارُ التعويضِ أكبرَ بكثيرٍ من الحالاتِ الاعتيادية؛ لأنّ وجودَ مثلِ هذه الشّروطِ هو حالةٌ ذاتُ صلةٍ وثيقةٍ بالاستثمار، ويجبُ أخذُها بعين الاعتبارِ عند تقديرِ التّعويضِ المناسب. لأنّ من عناصرِ التّعويضِ التي يجب الأخذُ بها، هي ما لحِقَ المستثمرَ من خسارة، وما فاته مِن كسب، والذي كان من الممكن الحصولُ عليه. كما لا تنفي هذه الفاعليةُ حقَّ الدّولةِ في استغلال مواردِها وتوجيهِها نحو الاستغلالِ الأفضل والمصلحةِ العامّةِ المرجوّة، وِفقَ استراتيجيةِ الدّولةِ الاقتصادية.[21]

المحور الثاني: موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي

عملت الجزائرُ على تكريسِ هذه الضّمانةِ من خلال منظومتِها الخاصّةِ بالاستثمار، حتّى يستمرَّ المستثمرُ في الاستفادةِ من أحكامِ القانونِ السّاريَ المفعولِ عند الشّروعِ في إنجاز مشروعِه الاستثماري؛ بالرّغم من إعادة النظرِ في النّظام القانوني للاستثمارات، بحيث لا تُطبَّق هذه التّعديلاتُ إلّا إذا وافقَ عليها المستثمِرُ صراحةً، ولا يطالَب بذلك عامّةً إلّا إذا كانت هذه التعديلاتُ تتضمّن امتيازاتٍ وحوافزَ إضافية في المجال الضّريبي أو النّقدي أو الجمركي أو غيرها.[22]

أولا- من حيث التشريع المتعلّق بالاستثمار

أكّد المشرّعُ الجزائري على هذا الشّرطِ من خلال المرسومِ التّشريعي المتعلّق بترقية الاستثمار لسنة 1993، والذي قضَى بأنّه لا تُطبّقُ المراجعاتُ والإلغاءاتُ التي قد تطرأُ في المستقبل على الاستثماراتِ المنجزة، إلّا إذا طلب المستثمرُ ذلك صراحةً.[23] كما نصَّ الأمرُ المتعلّقُ بتطويرِ الاستثمارِ لسنة 2003، على أنّه لا تُطبَّقُ المراجعاتُ أو الإلغاءاتُ التي قد تطرأُ في المستقبلِ على الاستثماراتِ المنجَزةِ في إطار هذا الأمر؛ إلّا إذا طلب المستثمرُ ذلكَ صراحةً. والملاحَظُ أنّه لم يزدْ على نسخ نفسِ المادّة السّابقة.[24] ولم يشُذَّ القانونُ الأخيرُ لسنة 2016 عن هذه القاعدة، إذ كرّس هذه الضّمانةَ صراحةً، بأنْ لا تسريَ الآثارُ النّاجمةُ عن مراجعةِ أو إلغاءِ هذا القانون والتي قد تطرأُ مستقبلًا؛ على الاستثمار المنجَزِ في إطار هذا القانونِ إلّا إذا طلب المستثمرُ ذلك صراحةً.[25] وهو ما يشكّلُ

ضمانةً في حدّ ذاتِه، وتنازلًا وتعهّدًا صريحًا من طرف الدّولةِ، لأنّه يقيّدُ سُلطتَها من ناحيةِ التّشريع. وبالتّالي، نجدُ أنّ هذا الضّمانَ يحقّق توازنًا بين الدّولةِ والمستثمر من ناحية القانونِ السّاري العملُ به.[26]

الملاحَظُ أنّ المشرّعَ الجزائري قد تبنّى بشكلٍ واضحٍ ضمانةَ الثّباتِ والاستقرارِ التّشريعي للمنظومة القانونيةِ للاستثمار، فلا تُطبّقُ التّعديلاتُ أو الإلغاءاتُ التي تمسُّ قانونَ الاستثمارِ على الاستثمارات المنجَزة؛ إلّا إذا أقرّها المستثمرُ نفسُه، على أن يكون تعبيرُه صراحةً وبناءً على طلبه، وطبيعيٌّ أنّ طلبَه هذا سيكون في الحالات التي يقدّرُ فيها بأنّ مصلحتَه تكمُن في سرَيانِ القانونِ الجديدِ على مشروعه بدلًا من القانون القديم.

ثانيا- من حيث الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمار

كرّستِ الجزائرُ شرطَ الثّبات التشريعي عبْر عديدِ الاتّفاقيات الدّوليةِ الخاصّةِ بالاستثمار التي أبرمتها، وذلك ضمانًا منها وعليها في نفس الوقتِ لهذه العقود والاتفاقيات، فقد عمِلت الجزائرُ على تكريس هذه الضّمانة من خلال تبنّي سياسةِ انفتاحٍ اقتصادي منذ تسعينيات القرن الماضي؛ ففتحتِ البابَ على مصراعيه للاستثمار الأجنبي المباشر. وإيمانًا منها بضرورة توفيرِ كافّةِ الشروطِ الضّرورية لتشجيع وضمانِ الاستثمارِ على إقليمها، وفي جميعِ المجالاتِ الاقتصادية؛ أبرمت العديدَ من الاتّفاقيات الثّنائية والمتعدّدةِ الأطراف مع كثيرٍ من الدّول باختلاف نُظمِها السّياسية وتوجّهاتِها الاستراتيجية، إذْ كان القصدُ من كلّ ذلكَ حثُّ وتحفيزُ رؤوسِ أموالِ المستثمرينَ الأجانبِ على الاستثمار في الجزائر. فقد نصّت الاتّفاقيةُ الجزائريةُ-الفرنسية على ألّا يتّخذَ أيُّ طرفٍ أيّة تدابير لنزعِ المِلكية أو التّأميم، أو أيّةَ تدابيرَ أخرى يترتّب عليها الإضرارُ بذمّةِ أو ملكيّةِ الأطرافِ المتعاقِدة.[27] كما نصّت الاتّفاقيةُ الجزائرية-التونسية على أنْ يترتّب على اتّخاذِ أيّةِ إجراءاتِ نزعِ ملكيةٍ دفعُ تعويضٍ فوريٍّ وملائِم، ويجب أن يكونَ مبلغُ التعويضِ مناسبًا للقيمة الفعليةِ للاستثمارات المعنيّة غداةَ اليومِ الذي اتُّخِذت فيه هذه الإجراءات، أو اليومِ الذي أصبحتْ فيه تلك الإجراءاتُ معروفةً لدى العامة. ويتمُّ هذا التعويضُ بصورةٍ فِعلية، ويُدفع دون تأخير، ويكون قابلًا للتّحويل بكلّ حرية، ويشمل هذا التّعويضُ مبلغًا يُدفع لتعويض كلّ تأخيرٍ غيرِ مبرّرٍ للدّفع تسبَّب فيه الطّرفُ المتعاقِد الذي قام بالانتزاع.[28]

كما نصّتْ اتّفاقيةُ الاستثمارِ الموقّعةِ بين الوكالةِ الوطنيةِ لتطويرِ الاستثمارات ودعمِها ومتابعتها، وشركةِ أوراسكوم تيليكوم (OTA)؛ على أن تضعَ الدّولةُ الجزائرية على عاتقِها، بعد التّوقيعِ على هذهِ الاتّفاقية، بألّا تتّخذَ إزاءَ الشّركةِ أيَّ ترتيبٍ خاصّ قد يُعيدُ النّظرَ بصفةٍ مباشرةٍ في الحقوقِ والامتيازاتِ المخولة لها بمُوجب هذه الاتّفاقية، إلّا إذا طلبَ المستثمرُ ذلك صراحةً.[29]

الملاحَظُ من خلال التّجربةِ العمليةِ السّابقةِ لهذه الضّمانة؛ أنّ المشرّعَ الجزائري لم يحترمْ هذه الضّمانة في عديدِ الحالات، فهو يُغيّر القوانين بحسب الظّروفِ الاقتصادية، فكلّما حدث طارئٌ في المجال الاقتصادي، إلّا وسارعَ إلى إصدار قوانينَ جديدة، وهو ما يُترجمُه العددُ الكبيرُ للتّعديلات الواردةِ على قوانينِ الاستثمار. وهو ما يزيدُ من مخاوفِ المستثمرينَ في تعاملِهم مع الدّولة، ويُساهمُ في زعزعةِ الاستقرارِ المنشودِ لمُناخِ الاستثمار بصفةٍ عامّة؛ وما المثالُ الذي سردناه إلّا شاهدًا على ذلك. ولعلّ أبرزَ مثالٍ على ذلك، إدراجُه لحقّ الشفعة قَبل أن يتخلّى عنه أخيرًا، فجعلَ الأمرَ مقتصرًا على رخصةٍ مسبقةٍ من الحكومة فقط في حالةِ التّنازلِ للغير، وفي قطاعاتٍ محدَّدةٍ حصرًا.[30]

المحور الثالث: صور الإخلال بشرط الثّباتِ التّشريعي

قد يأخذُ التّعرضُ لشرطِ الاستقرارِ التشريعي، أو الثّبات التّشريعي، أو مبدأ التّجميدِ التّشريعي، على اختلافِ تسمياتِه؛ عدّةَ صور. كلُّها تسعى إلى عدمِ المساسِ بعقدِ الاستثمارِ المبرَمِ بين الدّولة والمستثمِرِ وبالحقوق المكتسَبةِ فيه، وبالتالي، فإنّ المشكلةَ التي تصادفُ هذه الضّمانة تظلُّ واحدة، تتمثّل في مدى التزامِ الدّولة بعدم تغييرِ العقدِ المُبرَمِ بينها وبين الطّرفِ الأجنبي، سواءٌ تعلّق الأمرُ بعدم تغييرِ العقدِ مباشرةً بإجراء تعديلٍ عليه، أو بطريقٍ غيرِ مباشرٍ عن طريقِ إصدارِ تشريعٍ جديدٍ يؤثّرُ على القانونِ الحاكمِ له.

أولا- مراجعةُ القوانين وتعديلُها

الأصلُ أنّ شرطَ الثباتِ التّشريعي هو ثباتٌ لبنودِ العقدِ في الزّمانِ والمكان، وعدمُ المساسِ بالعَقدِ بمُوجب هذا الشّرط، إذْ تتعهّدُ الدّولةُ بعدمِ تعديلِ العقدِ ذاتِه بإرادتِها المنفردة، مستخدِمةً في ذلك ما تتميّزُ به من امتيازاتٍ كسُلطة تنفيذية. وعليه، فإنّ شرطَ عدمِ المساسِ بالعقدِ يشكّلُ نوعًا من الحَصانةِ يتمتّعُ به الطّرفُ الأجنبيُّ المتعاقدُ مع الدّولة؛ ضِدّ ما تتمتّع به الدّولةُ من سلطانٍ نتيجةً لِصفتِها الإدارية. فهو يهدفُ إلى تثبيتِ القانونِ المتّفقِ عليهِ بأحكامِه وقواعدِه والتي كانت مطبّقةً وقتَ إبرامِ العقد، حتّى في حالةِ حدوثِ منازعةٍ بين المستثمِرِ والدّولةِ المُضيفةِ للاستثمار، مع استبعادِ أيّ تعديلٍ لاحقٍ يطرأُ على هذا العقد.[31]

فعِندَ إلغاءِ القانون، تبقى الاستثماراتُ التي أُنجزتْ قبلَ إلغائِه مستفيدةً من المزايا التي كانت موجودةٌ سلفًا، وإذا كانت للمستثمِرِ مصلحةٌ في تطبيق القانونِ الجديد؛ جازَ له قَبولُ القانونِ الجديد لأنّه الأصلحُ له، وهذا ما نصَّت عليه القوانينُ المتعلّقةُ بالاستثمار، على ألّا تسريَ الآثارُ النّاجمةُ عن مراجعةِ أو إلغاءِ هذا القانون والتي قد تطرأُ مستقبلًا على الاستثمارِ المنجزِ في إطارِ هذا القانونِ، إلّا إذا طلب المستثمرُ ذلك صراحةً.[32]

إنّ أقربَ مثالٍ عن حالةِ عدمِ الاستقرارِ القانوني، وتذبذبِ المشرّعِ الجزائري في تعاملِهِ مع شرطِ الثّباتِ التّشريعي؛ قضيتُه مع المتعامل "أوراسكوم تيليكوم الجزائر"، التي أنشأتْ استثمارَها في إطار المرسومِ التّشريعي لسنة 1993، المتعلّقِ بترقيةِ الاستثمارِ السّالفِ الذّكر، والذي نصّت المادّة 39 منه على عدم تطبيقِ المراجعاتِ والإلغاءاتِ التي قد تطرأُ على الاستثمار، إلّا إذا طلب المستثمرُ ذلك صراحةً.[33] حيث قام بخرقِ هذه الضّمانة باستعماله لحقّ الشّفعة الذي تمّ إقرارُه لاحقًا، رغْم أنّ استثمارَ هذا المتعامِل كان يحميه قانونٌ سابقٌ ينصُّ على هذا الشّرط ويقرُّه، كما أدّى تطبيقُ الرّسمِ على الأرباحِ الاستثنائيةِ بأثرٍ رجعيّ إلى خلافٍ بين شركة "ميرسك" التي أودعتْ شكوَى ضدّ الجزائر لدى محكمةِ المنازعاتِ الدّولية، إلى جانب مقاضاةِ "سوناطراك" مِن طرفِ شركةِ "أناداركو"، وطالبت الشركتان بإلغاء الرّسمِ على الأرباحِ بصفةٍ نهائية. إلّا أنّ المفاوضاتِ التي جرتْ بين الطّرفين أسفرتْ على تأكيدِ الإبقاءِ على الرّسمِ دون تغيير، بالرّغم من حدّة المفاوضاتِ التي انتهت بالتوقيع على اتّفاقٍ بالتراضي، حيث أبدتِ الشّركةُ الأمريكية "أناداركو"، في أعباء تسويةِ مسألةِ التّعويضاتِ التي يمْكن أن تحصُل عليها بإعادة استثمارِ مستحقّاتها التي تحصلت عليها في الجزائر. وأوضح الوزيرُ أنّ مكسبَ "سوناطراك" الأساسي كان إبقاؤُها على الرّسمِ على الأرباحِ الإضافية، حيث أكّدتْ على عدمِ التّنازل عن هذا المطلب بالرّغم من رفض الشركتينِ دفْعَ هذا الرّسمِ في بداية الأمر، مشيرًا إلى عدم مشاركةِ الشّركة الإيطالية "إيني" والتي تعتبر طرفًا في العقد الموقّعِ بين الشركات الثّلاث وسوناطراك في تقديم شكاوى مماثلة ضد سوناطراك، حيث رفضت الشّركةُ

الايطاليةً رفعَ أيّ دعوى. وبالنّسبة للاتّفاق الموقَّعِ بين الأطراف الثّلاثة والصّادرِ مؤخّرًا في الجريدة الرّسمية، أعلن الوزيرُ أنّه تمّ إبلاغُ المحكمتين الدّوليتين للمنازعات المتعلّقةِ بالاستثمار، التي تمّ إيداع الشكوتين على مستواهما في كلٍّ من باريس وواشنطن لتوقيف جميع الإجراءاتِ الخاصّة بالمنازعتين، بعد المصادقةِ على الاتّفاق من جميع الأطراف.[34]

المُلاحَظُ عمليًا، أنّ المشرّعَ الجزائري لم يحترمْ كثيرًا ضمانةَ الثّباتِ التّشريعي، فهو يغيّرُ القوانينَ بحسب الظروفِ الاجتماعيةِ والاقتصادية، فكلّما حدث طارئٌ في المجالِ الاقتصادي، إلّا وسارع إلى إصدارِ قوانينَ جديدةٍ قد تنقُضُ ما التزمَ به سابقًا، وما عدّدنا من أحداثٍ إلّا دليلٌ على ذلك، وعلى أنّ ما منحهُ المشرّعُ الجزائري باليمين من ضماناتٍ بشأن الثّباتِ التّشريعي أخذه بالشِّمال، وهذا من خلال مراجعته.

ثانيا- المساس بالحقوق المكتسبة:

نقصدُ بالحقوقِ المكتسبةِ تلكَ الحقوق التي تندرجُ ضِمنَ الذّمةِ الماليةِ للمستثمر، فتصبحَ جُزءًا منها بحيث لا يُمكِن فصلُها عنها بحكم أنّها رتّبت آثارَها فيهَا. وبصفةٍ عامّة؛ نستطيع القولَ أنّ الحقوقَ المكتسَبةَ هي تلك الحقوقُ التي يستفيد منها شخصٌ مَا في إطار نظامٍ قانوني معيَّن، والتي لا يمكن المساسُ بها بمُوجَب قوانينَ أخرى حديثة.[35] ويذهب جانبٌ من الفقهِ إلى أنّ مسؤوليةَ الدّولةِ عن التزاماتِها التّعاقديةِ النّاشئةِ عن عقدِ الاستثمار إنّما هي مسؤوليةٌ أخلاقية، وليست مسؤوليةً قانونية؛ وذلك لأنّها تمارِس سُلطتَها على إقليمِها كمظهرٍ من مظاهرِ السيادة.[36]

أمّا مضمونه من حيثُ الضّمان؛ فهو أن تستفيدَ الاستثماراتُ الأجنبيةُ مِن بعضِ المزايا التي تَعتبرها حقوقًا مكتسبةً ينبغي على الدّولةِ احترامُها، لأنّها تمثّل بالنسبة لها قاعدةً دوليةً ثابتة، ويترتّبُ عن المساسِ بها مسؤوليةٌ دولية، والتزام الدّولةِ بالتّعويض الكاملِ عن الأضرارِ التي تلحقُ المستثمِر. لذلك فإنّ الإجراءاتِ التي تقومُ بها الدولةُ من تأميمٍ ونزعٍ للمِلكيةِ في إطارِ سيادتِها -برغم مشروعيتِها- فهي تتعارض من حيث المبدأ مع احترامِها للحقوق المكتسبة.[37] ولعلّ من أبرز آثارِ هذه الحقوقِ حقُّ التصرّفِ في الملكية وهو من الحقوقِ الرّئيسية للمستثمر، فلابدَّ إذن من منحهِ حرّيةَ التّصرفِ في مشاريعهِ الاستثمارية والقيامِ بكافّة التّصرفاتِ القانونيةِ عليها، وهذه التّصرفاتُ لا تكون الغايةُ منها تغييرُ طبيعةِ الاستثمار، بل لِكيْ يتمكّن المستثمرُ من التصرّفِ في مشروعِه بما يراهُ مناسبًا لمشروعِه، فحقُّ التّصرّفِ في المشروعِ الاستثماري من الضّماناتِ الرّئيسية التي مَنحها القانونُ للمستثمرِ وطنيًا كان أم أجنبيًا.[38]

في هذا الإطار، نصَّ المشرّعُ الجزائري على أنّه لا يتمُّ نزعُ الملكيةِ إلّا في إطار القانون،[39] وأنّ الملكيةَ الخاصّة مضمونةٌ كباقي الحرّياتِ الأخرى.[40] إلّا أنّ القانونَ المتعلّقَ بترقيةِ الاستثمارِ لم يفصلْ في هذا الحقّ، عكسَ التّشريعاتِ المقارَنة. كما نصّ القانونُ المتعلّقُ بترقية الاستثمار لسنة 2016، على أنّه يترتّب على الاستيلاءِ ونزعِ الملكيةِ تعويضٌ عادلٌ ومنصِف. وما يمكِنُ استخلاصُه من خلال هذا النّص أن المشرّعَ أجازَ نزعَ مِلكيةِ المستثمِرِ الأجنبي؛ إلّا أنّه ربَطها بوجودِ المنفعةِ العامّة، كما حمَى حقوقَ المستثمرِ عن طريقِ تعويضٍ عادلٍ ومنصِف، ولا يتمُّ هذا النَّزْع إلّا بشروطٍ وِفقًا للقانون.

الواقعُ العملي للدّول المستقبلةِ للاستثمارات، أنّها تُقرُّ وتؤكّدُ الحقَّ في التّعويض من جرّاء التّأميمِ أو نزعِ الملكية؛ ذلك أنّ مقتضياتِ التّعاونِ الدّولي الاقتصادِي في الوقتِ المعاصر، تدفعُ الدّولَ المُضيفةَ للاستثمارات

ورؤوسِ الأموال إلى الاعترافِ بالحقّ في التّعويضِ عن هذه الإجراءات. وقد أكّدتْ على ذلك في قوانينها وتشريعاتها الدّاخلية، وفي الاتّفاقياتِ الثّنائية الخاصّة بالاستثمار.[41] وهو ما كرّسه المشرّعُ الجزائري في المنظومةِ الخاصّة بالاستثمار. كما أنّ مسألةَ تقديرِ التّعويضِ في الوقت الرّاهن لم تعدْ ذاتَ كبيرِ اهتمامٍ كما كانت خلال القرنِ الماضي، ذلك أنّ أغلبيةَ البلدانِ النّامية أصبحت نادرًا ما تلجأُ إلى إجراءات التّأميمِ ونزعِ الملكية، خشيةَ التّأثير على المُناخِ العامّ للاستثمار، وبمّا يشكّل عاملًا لتنفير المستثمرين، خاصةً الأجانبَ منهم، لذلك، فإنّ الاتّجاهَ الغالبَ في التّعويضِ هو المجالُ الاتّفاقي الذي يأخذُ بعيْن الاعتبار القيمةَ الحقيقيةَ للأموال المؤمّمة.[42]

الملاحَظ أنّ الضّماناتِ التي أقرّها المشرّعُ الجزائري، فيما يخصُّ التّعويضَ عن إجراءاتِ نزعِ الملكيةِ والتأميم، تُعدُّ أفضلَ من كثيرٍ منَ المبادئ والقواعدِ في القانون الدولي، لكنّ هذه الحمايةَ لا تقتصرُ على طريقة التعويضِ فقط؛ وإنّما تشمل خصائصَ تُعتبر ذاتَ أهمّيةٍ لا تقلُّ عن طريقة تقديرِ التعويض نفسه، فإذا تماطلتِ الدّولةُ في دفعِ التّعويض، فقد يفقِدُ قيمتَه، ويصبحُ التّعويضُ دون فائدةٍ اقتصادية.[43]

خاتمة :

يتطلّبُ الاستثمارُ الأجنبيّ بصورةٍ عامّة وجودَ ضماناتٍ ومزايا وتسهيلات، وهذه العواملُ أساسيّة بالنّسبة للدّولة الجاذبةِ والمشجّعة للاستثمار، والهدفُ منها شعورُ المستثمرِ الأجنبيّ بالطمأنينةِ والثّقة، كما أنّها تعملُ على التّقليلِ من المخاطرِ التي يتعرّض لها المشروعُ الاستثماري. واستنادًا إلى المبدأِ العامّ في المعاملات العَقدية "العقدُ شريعةُ المتعاقدين"؛ فإنّه لا يجوزُ تعديلُ أو إلغاءُ أيّ عقدٍ إلّا باتّفاقِ الأطراف. وبحُكم أنّ هذه العقود تكون قد رتّبت آثارًا أكسبتْ - للأطرافِ أو للغير- حقوقًا لا يجوز المساسُ بها، وإلّا رتّبت على المُعتدي عليها مسؤوليةً تستلزم التعويض.

ولعلَّ مِن أبرزِ وأهمّ هذه الضّماناتِ شرطُ الثّباتِ، الذي يُقصد به تثبيتُ القانونِ الواجبِ التّطبيق على العقد؛ على الحالةِ التي كان عليها لحظةَ إبرامِ العقد، مع استبعادِ التّعديلات التي يمكنُ أن تطرأَ عليه في المستقبل بين الدّولةِ والأطرافِ الأجنبية الخاصّة، لاسيَما في مجالِ عقودِ الاستثمارِ والتّنميةِ الاقتصادية. فاستقرارُ القانونِ الذي يحكمُ الاستثمار له أهمّيةٌ كبيرة في جَذب المستثمرِ الأجنبي، لأنّ المستثمرَ يُولي أهمّيةً بالغةً للنّظام القانوني الذي يَحكم استثمارَه، وفيما إذا كان يتماشى مع مصالحِه؛ وبالتّالي فإنّ اتّجاهَه للاستثمارِ في بلدٍ مَا مُتوقّفٌ على النّظامِ القانوني الذي يحكم الاستثمارَ في ذلك الوقت، ومدى استقراره.

ولقدْ أكّد المشرّعُ الجزائري على هذا الشّرطِ من خلالِ منظومتِه القانونية، بدْءًا من الدّستور إلى غاية المراسيمِ التّنظيمية والتّطبيقية مرورًا بالقوانين المتعلّقةِ بترقيةِ الاستثمار، إذْ نصَّ على أنّه لا يمكِنُ أن تطبَّقَ المراجعاتُ ولَا الإلغاءاتُ التي قد تطرأُ في المستقبل على الاستثماراتِ المنجزةِ في إطار هذا الأمر إلّا إذا طلب المستثمرُ ذلك صراحةً. لكن يبدو أنّ الجزائر لم تحترم - في كثير من الأحيان – هذا المبدأ، رغْم إدراجِهِ أو المصادقةِ عليه في أغلبِ الاتّفاقياتِ الثّنائية والمتعدّدةِ الأطراف التي تُعنى بالاستثمار.

من كلِّ ما سبق التّطرقُ إليه من خلال هذه الورقةِ البحثيّة، يمكننا الوصولُ إلى النّتائج التّالية:

أ- يُعدُّ الاستقرارُ القانوني عنصرًا مهمًّا في جذب الاستثماراتِ الأجنبيةِ والوطنية.

ب- إنّ قدرةَ أيّ دولةٍ على استقطاب الاستثماراتِ الأجنبيةِ أو المحلّية، مرتبطةٌ بشكلٍ أساسيٍّ بمدى فعالية وملاءَمةِ بنيتِها الاقتصادية ومنظومتِها المالية.

ت- الدّولةُ باعتبارها ذات سيادة، إنْ تنازلت عن بعضِ سُلطتِها واختصاصاتِها في تعديل تشريعاتِها في وقتٍ معيّن؛ فإنّه يمْكِنها أن تُعدِّلَ أو تُلغيَ أو تُصدرَ تشريعاتٍ جديدة، إذا كانت ترتبطُ بالمنفعة العامّةِ، دون أن تخليَ مسؤوليتَها مِمّا قد يَلحقُ المستثمرَ من ضرر.

ث- رغم سَنِّ المشرّعِ الجزائري لمجموعةٍ من القوانينِ التي تهدفُ كلُّها إلى جلبِ الاستثمار، وتضمينها لمجموعةٍ كبيرةٍ من الضّماناتِ القانونيةِ والمزايا المالية؛ إلّا أنّ الملاحَظَ على حجمِ الاستثماراتِ الأجنبيةِ المسجّل أنّه لم يَرقَ إلى الطّموحاتِ المرجوّة، وغالبًا ما يكون سببُ ذلك كثرةُ التّعديلاتِ التي تمسُّ منظومةَ القوانينِ الخاصّةِ بالاستثمار، مِمّا يولّدُ في نفسية المستثمرِ خوفًا ورهبةً من المخاطرةِ بأمواله.

كما يُمكننا أن نعدّدَ بعضَ الاقتراحاتِ لتحسين فعاليةِ هذه الضّمانة في الجزائر نوجزُها فيما يلي:

أ- ضرورةُ تعزيزِ القواعدِ القانونيةِ الموضوعية التي تعملُ على تعزيز الاستقرارِ التّشريعي، لاسيَما التّقليل من مراجعة المنظومةِ القانونيةِ الخاصّة بالاستثمار، إلّا ما كان أصلحَ للمستثمِر.

ب- في حالة مراجعةِ أيّ حقوقٍ مكتسَبةٍ للمستثمر أو نزعِها؛ فيجب إقرارُ تعويضٍ مناسبٍ يغطيّ ما لحِق الاستثمارَ من خسارة، وما قد يفوتُه من كسب.

ت- استحداثُ وسائلَ قانونيةٍ أخرى الغرضُ منها طمأنةُ المستثمر، بدلَ الاكتفاءِ بهذا الشّرط فقط، كالتّفاوضِ حولَ مجالِ ونطاقِ تطبيقِ القواعدِ الجديدةِ والتقليلِ من تأثيرِها على الحقوق المكتسبةِ للمستثمِرين، ممّا يعزّز من مؤشراتِ الاستثمارِ داخل الدّولة.

الهوامش:

[1] بشار عدنان إبراهيم ملكاوي، الاستقرار القانوني ودوره في جذب الاستثمار الأجنبي، مجلة الباحث العربي، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، مجلس وزراء العدل العرب، جامعة الدول العربية، العدد الأول، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 13.

[2] دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي - المعوقات والضمانات القانونية، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت-لبنان، 2006، ص 241.

[3] غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة كربلاء ،العراق، 2009، ص 172.

[4] عبد الحميد شنتوفي، شروط الاستقرار في عقود الاستثمار- دراسة تطبيقية لبعض عقود الاستثمار الجزائرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري بتيزي وزو-الجزائر، 2009، ص 88.

[5] محمود فياض، دور شرط الثبات التشريعي في حماية المستثمر الأجنبي في عقود الطاقة، ورقة علمية مقدمة خلال المؤتمر العلمي الدولي السنوي الحادي والعشرين للطاقة بين القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، إمارة العين، يومي 20 و21 مايو 2013، ص 606.

[6] شيرزاد حميد هروري، الضمانات التشريعية للاستثمارات الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، 2018، ص 73.

[7] شيرزاد حميد هروري، الضمانات التشريعية للاستثمارات الأجنبية، المرجع نفسه، ص 75.

[8] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2003، ص 343.

[9] Philippe LEBOULANGER, Les Contrats entre États et entreprises étrangères, édition ECONOMICA 49, rue Héricart, 75015 Paris, 1985, P. 23.

[10] غالب علي الداودي، المدخل لعلم القانون، الطبعة السابعة، دار وائل للنشر، عمان-الأردن،2007، ص 187.

[11] الحاج بن أحمد، شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط- الجزائر، المجلد الثاني، العدد 05، 2017، ص 534.

[12] حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 337.

[13] حفيظة السيد الحداد، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2001، ص 31.

[14] أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 43، 1987، ص 79.

[15] أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المرجع نفسه، ص 81.

[16] أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية القاهرة- مصر، 2001، ص 319.

[17] عبد الرزاق المرتضى سليمان قويدر، الأشخاص الاعتبارية في العلاقات الدولية الخاصة- العلاقات النفطية في دول الأوبك، الطبعة الأولى ،مكتبة طرابلس العلمية العالمية، طرابلس- ليبيا، 2010، ص 402.

[18] غسان عبيد محمد المعموري، عقد الاستثمار الأجنبي للعقار- دراسة قانونية مقارنة، مرجع سابق، ص 174.

[19] ميساء هشام السامرائي، التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي، ط 01، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، 2018، ص 121.

[20] غسان عبيد محمد، عقد الاستثمار الأجنبي للعقار- دراسة قانونية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون بجامعة بابل- العراق، 2006، ص25.

[21] ميساء هشام السامرائي، التنظيم القانوني للاستثمار الأجنبي، المرجع نفسه، ص 123.

[22] محند وعلي عيبوط، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 84.

[23] المادة 39 من المرسوم التشريعي رقم 93-12، المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 64، الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1993.

[24] المادة 15 من الأمر رقم 01-03، المؤرخ في 20 أوت 2003، المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 47، الصادر بتاريخ 22 أوت 2001.

[25] المادة 22 من القانون رقم 16-09، المؤرخ في 03 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، الصادر بتاريخ 03 أوت 2016.

[26] يوسف زروق و عبد القادر رقاب، ضمانات وحوافز الاستثمار الأجنبي في الجزائر وفق القانون 16-09، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد الثامن، جامعة زيان عاشور، الجلفة - الجزائر، 2017، ص 103.

[27] الفقرة الأولى من المادة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 94-01، المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية فرنسا، بشأن التشجيع والحماية المتبادلة فيما يخص الاستثمارات وتبادل الرسائل المتعلق بهما، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 01، الصادر بتاريخ 02 جانفي 1994.

[28] المادة 05، المرسوم الرئاسي رقم 06-404، المؤرخ في 14 نوفمبر 2006، المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية التونسية، حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بتونس بتاريخ 16 فبراير 2006، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 73، الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 2006.

[29] المرسوم التنفيذي رقم 01-416، المؤرخ في 20 ديسمبر 2001، المتضمن الموافقة على الاتفاقية الموقعة بين الدولة الجزائرية الممثلة من طرف الوكالة الوطنية لترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وبين شركة أوراسكوم تليكوم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 80، الصادر في 26 ديسمبر 2001.

[30] المادة 52، قانون رقم 20-07، المؤرخ في 04 جوان 2020، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 33، الصادر بتاريخ 04 جوان 2020.

[31] غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصدده، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة- مصر، 2004، ص 137.

[32] المادة 22 من القانون رقم 16-09، المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.

[33] أنظر المرسوم التنفيذي رقم 01–416، المتضمن الموافقة على الاتفاقية الموقعة بين الدولة الجزائرية الممثلة من طرف الوكالة الوطنية لترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها وبين شركة أوراسكوم تليكوم، مرجع سابق.

[34] الموقع الرسمي لمجمع سوناطراك: https://sonatrach.com/presse

[35] محند وعلي عيبوط، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 314.

[36] دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي – المعوقات والضمانات القانونية -، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006 ، ص 241.

[37] الأمين شريط، حق السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 220.

[38] محند وعلي عيبوط، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 211.

[39] المادة 02 من المرسوم التنفيذي 93 – 186 المؤرخ في 27 جويلية 1993المتمّم والمكمّل، المحدِّد لكيفيات تطبيق القانون 91- 11 المؤرخ في 27 أفريل 1991، الخاص بالقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 51، الصادر بتاريخ 01 أوت 1993.

[40] المادة 64 من القانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، الصادر بتاريخ 07 مارس 2016.

[41] المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 03-525، المتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة مملكة الدانمارك حول الترقية والحماية المتبادلتين للاستثمارات، مرجع سابق.

[42] Hossam Mohamed Gamaleldin, Étude des règles d'indemnisation du préjudice dans l'arbitrage international : Vers une indemnisation adéquate du préjudice, Droit. Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, 2014. Français, pp. 141- 148.

[43] المادتان 03 و 04 من القانون 91- 11، المؤرخ في 25 مايو 1991، المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، الصادر بتاريخ 08 مايو 1991.

DOCUMENT CREATED WITH

PDF COMBINER

PDF Combiner is a free application that you can use to combine multiple PDF documents into one.

Three simple steps are needed to merge several PDF documents. First, we must add files to the program. This can be done using the Add files button or by dragging files to the list via the Drag and Drop mechanism. Then you need to adjust the order of files if list order is not suitable. The last step is joining files. To do this, click button Combine PDFs.

Main features:

secure PDF merging - everything is done on your computer and documents are not sent anywhere

simplicity - you need to follow three steps to merge documents

possibility to rearrange document - change the order of merged documents and page selection

reliability - application is not modifying a content of merged documents.

Visit the homepage to download the application:

www.jankowskimichal.pl/pdf-combiner

To remove this page from your document, please donate a project.