



MÂAREF

معارف

Revue académique مجلة علمية محكمة

تصدر عن جامعة ألكلي محند أولحاج بالبويرة (UAMOB)

قسم: العلوم القانونية Section: Sciences Juridiques

Numéro: 19

العدد: التاسع عشر 19

Décembre / 2015

شهر: ديسمبر/ 2015

9^{eme} Année

السنة التاسعة

Président d'honneur : الرئيس الشرفي:

Pr BADARI Kamel

أ. د. بداري كمال

Directeur de publication : المدير مسؤول النشر:

Pr. SEROUR Mohamed

أ. د. سرور محمد

Rédacteur en chef : رئيس التحرير:

Dr. CHIHANI Samir

د. شيهاني سمير

Membres de Rédaction : أعضاء هيئة التحرير:

Dr. SI YUCEF Kaci

د. سي يوسف قاسي

Dr. AISSAOUI Mohamed

د. عيساوي محمد

Dr. LOUNICI Ali

د. لونيس علي

Dr. GATTALE Hamza

د. قتال حمزة

Dépôt Légal:

2006-1369

الإيداع القانوني:

ISSN

1112-7007

ر. د. م. د:

جامعة ألكلي محند أولحاج

البويرة - الجزائر

Université Akli Mohand Oulhaj (UAMOB)

BOUIRA- ALGERIE

معايير النشر في المجلة

يشترط في البحوث والمقالات التي تنشر في مجلة معارف ما يأتي:

- 1- أن يكون البحث مبتكراً أو أصيلاً، وبشكل إضافة نوعية في اختصاصه.
 - 2- أن تتوفر فيه الأصالة والعمق وصحة الأسلوب.
 - 3- ألا يكون قد سبق نشره، أو أرسل للنشر في مجلة أخرى.
 - 4- أن يلتزم بالقيم الإنسانية وبمعايير البحث العلمي وبخاصة ما يلي:
أ- الابتعاد عن الترجيح والإسفاف في القول، والتعريض بالآخرين.
ب- مراعاة البنية المنهجية.
 - ج- ترقيم الهوامش والإحالات تكون إما أسفل النص في نفس الصفحة، أو في آخر المقال، مستقلة عن قائمة المصادر والمراجع.
 - د- إعداد قائمة بمصادر البحث ومراجعته.
 - 5- أن تكون مكملات البحث من خرائط أو جداول في صورتها الأصلية.
 - 6- أن يكون البحث المترجم مصحوباً بأصله المترجم عنه.
 - 7- أن يقدم لإدارة المجلة مسحوباً على ورق ومخزناً في قرص مدج/ CD أو وسيلة من وسائل استقباله في جهاز الحاسوب.
 - 8- أن تقدم سيرة ذاتية للباحث في ورقة مستقلة عن البحث.
 - 9- أن لا تقل عدد الكلمات بالمقال عن 3000 كلمة.
 - 10- أن يرفق المقال بملخص وبكلمات مفتاحية باللغات الثلاث (العربية، الفرنسية، الإنجليزية).
- مع ملاحظة أن البحوث والمقالات:
- تخضع للتقويم العلمي واللغوي، ويعلم الباحث بالنتيجة، كما أنها تخزن في أرشيف المجلة، ولا ترجع لأصحابها سواء نشرت أم لم تنشر.
 - وهي تعبر عن آراء كتّابها وحدهم، وهم المسؤولون عن صحة المعلومات وأصالتها، ولا تتحمل الإدارة أي مسؤولية في ذلك.

الهيئة الاستشارية للمجلة

د/ محمد آيت المكي (المغرب)	د/ محمد سرور (البويرة)
د/ محمد الحيدروسي (الأردن)	د/ عمر صدوق (تيزي وزو)
د/ برهان النفاثي (تونس)	د/ رداق أحمد (البويرة)
د/ محمد محمد أبو العلا (مصر)	د/ قاسي سي يوسف (البويرة)

اللجنة العلمية/ لجنة القراءة

د/ بركات كريمة (البويرة)	د/ سي يوسف قاسي (البويرة)
د/ بوزيان عليان (تيارت)	د/ محمد عيساوي (البويرة)
د/ عبد القادر بوراس (تيارت)	د/ كمال الدين قاري (البويرة)
د/ أحمد سي علي (الشلف)	د/ ناصر حمودي (البويرة)
د/ نور الدين دخان (المسيلة)	د/ حمزة قتال (البويرة)
د/ نور الدين القمي (المغرب)	د/ علي لوني (البويرة)
د/ المختار أعمرة (المغرب)	د/ امير خمري (البويرة)
د/ عبد المنعم الكداري (المغرب)	د/ ليندة بلحارث (البويرة)
د/ شاكر المزوغي (تونس)	د/ فتيحة بشور (البويرة)
د/ نجيب عوينات (تونس)	د/ كمال مخلوف (البويرة)
د/ أسماء أكلي (ماليزيا)	د/ خدوجة خلوفي (البويرة)
د/ هشام عبد السيد الصافي (مصر)	د/ دليلة معزوز (البويرة)
	د/ الصادق ضريفي (البويرة)

التدقيق اللغوي: د/ سمير شيباني

فهرس الموضوعات

كلمة التحرير

الموضوعات

التنازع بين العلامة والعنوان الإلكتروني

- 1..... بقلم: د/ زواني نادية.....
قيود الملكية العقارية الخاصة قيد حق المرور لمالك الأرض المحصورة
- 23..... بقلم: أ/ ولد خصال محمد.....
دور بعض الأجهزة المنظمة لعملية استغلال العقار الصناعي الموجه للاستثمار في الجزائر
- 62..... بقلم: أ/ زادي سيد علي.....
الانحرافات التطبيقية في عقد المرابحة في المصارف الإسلامية
- 99..... بقلم: د/ محمد عبد الكريم محمد المومني.....
حماية برامج الحاسب الآلي في ضوء التشريع الجزائري والمواثيق الدولية
- 122..... بقلم: أ/ أسامة بن يطو أ/ حمزة عبدلي.....
حماية المستهلك جنائيا من مخاطر التعاقد الإلكتروني
- 154..... بقلم: أ/ مكي إيمان.....
الطبيعة التعاقدية للتحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى
- 186..... بقلم: أ/ بولنوار نجيب.....
قطع غيار السيارات وحمايتها بنظام الملكية الفكرية
- 212..... بقلم: أ/ تواتي كريمة.....
DROGUE ET TOXICOMANIE ENTRE PREVENTION, TRAITEMENT ET REPRESSION
Par: Dr/ KACI SI Youcef242

كلمة التحرير

بقلم: د/ سمير شيباني

رئيس تحرير قسم العلوم القانونية

يحتوي هذا العدد من مجلة معارف أبحاثا قانونية صرفة، وأخرى مقارنة مع الشريعة الإسلامية؛ منها ما يتعلق بالجوانب التقنية، ومنها ما يتعلق بالملكية الفكرية، ومنها ما يتعلق بالاستثمار...، وهي في الجملة تتمشى مع ما يجري في الساحة القانونية. قام فيها الباحثون - مشكورين - بتقديم أفضل ما لديهم للوصول إلى الرقي المعرفي في جانبه القانوني.

فلهم ولجميع من ساهم في إخراج هذا العدد جزيل الشكر، إذ لولا تضافر جهود الجميع، من باحثين وهيئة تحرير، وخبراء، لما وصلنا إلى ما وصلنا إليه. فإذا كان من المقدر في هذه الدنيا أن البعض يتعب لينال الكثير الراحة، فإن من هؤلاء (أي البعض) الباحثون والأشخاص المنتمون إلى المجلة، يتعبون ويعملون جاهدين، ليوصلوا زبدة الأفكار والمعلومات جاهزة على طبق من ذهب إلى القراء والمهتمين بالبحث العلمي.

قال حبيب بن أوس الطائي (أبو تمام):

لَوْلَا إِشْتِعَالُ النَّارِ فِيمَا جَاوَرَتْ ❖ مَا كَانَ يُعْرَفُ طَيْبُ عَرَفِ الْعُودِ

التنازع بين العلامة والعنوان الإلكتروني

بقلم: د/ زواني نادية*

ملخص

يعالج هذا الموضوع مشكلة قانونية جديدة، ظهرت مع ظهور الثورة الرقمية الناتجة عن وسائل الاتصال الحديثة، لا سيما شبكة الانترنت، مما أدى إلى انتشار واسع للمواقع الإلكترونية، وتسارع كبير لرجال الأعمال والشركات لتسجيل أسماء مواقع الانترنت بغية التعريف بخدماتهم ولتسهيل تواصلهم مع عملائهم، إلا أنه قد يتصادم هؤلاء بأن علاماتهم التجارية مسجلة كأسماء مواقع من قبل أشخاص لا علاقة لهم بهذه الأسماء، فتظهر بذلك النزاعات بين العلامة والعنوان الإلكتروني.

الكلمات المفتاحية: العلامة - العنوان الإلكتروني - الثورة الرقمية - القرصنة الإلكترونية - المنافسة غير المشروعة - القواعد الموحدة لتسوية نزاعات العناوين الإلكترونية.

Résumé

Ce thème traite d'une nouvelle problématique juridique liée à la révolution numérique résultant des récents moyens de communication, l'internet en particulier.

La prolifération des sites internet a engendré des conflits entre les propriétaires des marques commerciales et les détenteurs de noms de domaine enregistré au nom de celle-ci, ce qui crée des litiges entre les marques et les noms de domaines.

* أستاذة محاضرة قسم (ب) بكلية الحقوق - جامعة الجزائر 1.

Mots clés : Marque – nom de domaine – révolution numérique – cybercriminalité - concurrence déloyale – résolution uniforme des litiges.

Summary

This topic deals with a new law problem which started with the digital revolution caused by new means of communication especially the internet which lead to a large proliferation of the domain name, which made a big number of business men and societies rush to record the domain names in order to present their services and to make the relationships between their customers be have easier.

However, sometimes, those mentioned above may be surprised to see their trademarks recorded as domain names.

This is why, some conflicts between the marks and the domain name starts to emerge.

Key words: Mark – Domain name – Digital revolution - cybersquatting - illegal concurrence – uniform domain name dispute resolution policy.

مقدمة:

لقد أصبحت شبكة الانترنت منذ التسعينات ميدانا تجاريا وذلك بانتقال المعاملات من أرض الواقع إلى عالم الافتراض؛ فظهرت بذلك ما يسمى بالتجارة الإلكترونية، وتحولت بذلك المجتمعات إلى مجتمعات معلوماتية لا تحكمها حدود جغرافية معينة، بل أصبح بإمكان كل شركة أن تمتلك موقعا على شبكة الانترنت لعرض خدماتها والإعلان عن منتجاتها، وبالمقابل أصبحت الانترنت بالنسبة إلى المستهلك سوقا حديثة وسهلة المنال، بحيث تمكنه من اقتناء ما يرغب شراءه وهو داخل بيته.

ونظرا لسهولة الوصول إلى هذه المواقع الإلكترونية؛ عمدت الشركات إلى اختيار عناوين إلكترونية تحمل اسمها وعلامتها، تميزها عن الشركات الأخرى

المنافسة؛ فتحول الهدف الأساسي للعنوان الإلكتروني الذي كان مجرد وسيلة إعلان توصل إلى موقع معين، ليصبح مميزاً ومحددًا للشركة عبر الانترنت.

وقد أظهر استخدام العناوين الإلكترونية على هذا النحو مشكلات قانونية تتصل بملكية العلامة التجارية، وكيفية تنظيم تسجيل أسماء الدومين واستخدامها بشكل لا يتعارض مع حقوق أصحاب العلامة التجارية، وكيفية تسوية المنازعات المتعلقة باستخدام اسم الدومين بشكل قد يتعارض مع حقوق أصحاب العلامات التجارية. فهل يشكل تسجيل اسم موقع متطابق أو متشابه لعلامة تجارية اعتداء على هذه العلامة؟ وكيف تحل المنازعات التي تنشأ عن ذلك؟

للإجابة على هذه الإشكالية سنقسم بحثنا إلى ثلاثة (3) مباحث:

- المبحث الأول: التعريف بالعنوان الإلكتروني والعلامة التجارية.
- المبحث الثاني: اعتداء العنوان الإلكتروني على العلامة التجارية.
- المبحث الثالث: حل النزاع بين العلامة والعنوان.

المبحث الأول: التعريف بالعنوان الإلكتروني والعلامة التجارية

يعتبر العنوان الإلكتروني فكرة جديدة ارتبط ظهورها مع ظهور الانترنت، على عكس العلامة التجارية التي عرفت منذ القدم واعتبرت إحدى الركائز التي يعتمد عليها نجاح المشروع الاقتصادي لذلك لا بد من الإشارة إلى تعريف العنوان الإلكتروني ثم إلى تعريف العلامة التجارية.

المطلب الأول: التعريف بالعنوان الإلكتروني

اختلف الفقه في تعريف العنوان الإلكتروني كل حسب الوجة التي يراها منها؛ إما حسب طبيعته الفنية، وإما حسب تكوينه، وإما حسب وظيفته⁽¹⁾.

(1) شريف محمد غنام، حماية العلامات التجارية عبر الانترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007، ص 9.

فيعرف العنوان الإلكتروني بالنظر إلى طبيعته الفنية بأنه عبارة عن مجموعة من الأرقام يكتبها مستخدم الانترنت للوصول إلى الموقع الذي يريده؛ لذلك قررت الهيئات والشركات الدولية استبدال هذه الأرقام بحروف بسيطة يسهل حفظها، على أن تترجم إلى أرقام عند وصولها إلى الخادم (Serveur)، فيتعرف على الموقع المطلوب.

أما حسب تكوين العنوان، فالعنوان يتكون من جزأي:، أحدهما ثابت والآخر متغير، والجزء الثابت يتكون دائما من المقطع: (http://www). ويشير هذا الجزء إلى البروتوكول المستخدم، ويثبت هذا الجزء إلى كافة المشروعات والشركات والأشخاص الذين يمتلكون مواقع على الشبكة، في حين أن الجزء المتغير فهو الذي يميز المشروع عن غيره من المشروعات، وهو الذي يطلق عليه اسم «العنوان الإلكتروني». وينقسم هذا الجزء إلى نوعين: الأول هو العنوان الإلكتروني من الدرجة الأولى (TLD)، ويمثله المقطع (.com)، (.org)، (.net)... والثاني هو العنوان الإلكتروني من الدرجة الثانية (SLD)، وتمثله الحروف الأولى من المشروع أو المنظمة أو حروف كل الاسم، فمثلا موقع المنظمة العالمية للتجارة (WTO) هو التالي: http://www.wto.org.

أما بالرجوع إلى الوظيفة التي يؤديها العنوان الإلكتروني، فيعرف هذا الأخير بأنه عبارة عن وسيلة تمكن مستخدمي الانترنت من الوصول إلى المواقع عبر الشبكة، فهو عبارة عن عنوان للهيئات والمنظمات المختلفة على شبكة الانترنت، وهو التعريف الذي أخذت به محكمة استئناف باريس في قرار صادر لها عام 2000، مشيرة إلى أن العنوان الإلكتروني هو: «عبارة عن مجرد عنوان افتراضي يحدد مواقع المشروعات على شبكة الانترنت»⁽¹⁾.

ومن خلال هذه التعاريف يمكن استخلاص أن العنوان الإلكتروني هو عبارة

(1) Cour d'appel de Paris 28/01/2000. JCP, éd. E. 2000, p. 1856.

عن عنوان فريد ومميز، يتكون من عدد من الأحرف اللاتينية أو الأرقام التي يمكن بواسطتها الوصول إلى موقع ما على الانترنت، فهو عبارة عن تسمية جديدة أو رمز مبتكر، يتم اختياره واستخدامه من قبل الشركة المشتركة في شبكة الانترنت لتمييزها عن غيرها، ولإعطاء المتعاملين معها إمكانية مخاطبتها أو الدخول إليها عبر الشبكة الإلكترونية⁽¹⁾.

وتنقسم أسماء المواقع إلى نوعين:

- أسماء المواقع العامة: وتختار إما لطبيعة المنظمة أو نشاطها، دون مراعاة البلد الأصلي وهي: "com" للمؤسسات التجارية، "org" للمنظمات غير الربحية، "net" بالنسبة لمسير الانترنت، "int" للمنظمات الدولية، "gov" للمنظمات الحكومية الأمريكية، ويكون تسجيلها أمام هيئة دولية متخصصة هي: اتحاد منح الأسماء والأعداد ICANN.

- أسماء المواقع المحلية والتي تشير إلى بلد التسجيل مثل: "jp" بالنسبة لليابان، "dz" بالنسبة للجزائر...، ويتم إدارتها محليا، فكل بلد يختار الهيئة المؤهلة لتسيير أسماء المواقع؛ ففي فرنسا الهيئة المخولة هي الجمعية الفرنسية المشتركة لمنح أسماء الانترنت (AFNIC)⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى انعدام التعريف التشريعي للموقع الإلكتروني بحيث لا يوجد نص خاص ينظمه في القانون الجزائري، كما يجدر بالذكر أن مركز البحث في الإعلام العلي والتقني هو الهيئة المخولة قانونا لمنح الموقع الافتراضي ويكون على شكل dz.

(1) عامر الكسواني، "المركز القانوني للدومين الإلكتروني بين مفردات الملكية الفكرية"، مجلة حماية الملكية الفكرية، الأردن، ع 34، 1996، ص 10.

(2) هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 79.

المطلب الثاني: التعريف بالعلامة التجارية

تعرف العلامة التجارية بأنها كل إشارة أو دلالة يضعها التاجر أو الصانع على المنتجات التي يقوم ببيعها أو صنعها لتمييز هذه المنتجات عن غيرها من السلع المماثلة⁽¹⁾.

والعلامة التجارية هي التي تشير إلى مصدر البيع، أما العلامة الصناعية فهي التي تشير إلى مصدر الإنتاج، في حين تمثل علامة الخدمة السمة التي تستعملها مؤسسة لتقديم الخدمات، فردية أو جماعية، لتشخيص الخدمات المقدمة⁽²⁾.

فالعلامة هي كل إشارة محسوسة توضع على المنتج أو الخدمة لغرض تمييزه عن ما يشبهه به من منتجات منافسة، وأهميتها تكمن في أنها وسيلة للدعاية والإعلان⁽³⁾.

وللعلامة عدة وظائف؛ أولها تجارية، بحيث تمنح للمستهلك معلومات عن المنتج لإعطائه ضمانات تتعلق بالعناصر التجارية النوعية والمصدر والسعر، وثانياً وظيفة أتمان وثقة؛ لأنها تحد من الأخطار التي قد تمس صحة المستهلك وأمنه⁽⁴⁾.

وقد نظم المشرع الجزائري العلامة التجارية في الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 جويلية 2003، وعرف العلامة بأنها: «كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي لاسيما الكلمات، بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيبيها، والألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره».

(1) سميحة القليوبي، القانون التجاري، دار النهضة العربية، 1981، ص 269.

(2) فرحة زراوي، "علامات المصنع في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 4، 1991، ص 952.

(3) محمد مصطفى عبد الصادق، الحماية القانونية للعلامات التجارية إقليمياً ودولياً، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2011، ص 17.

(4) - G. Lewis, J. La coeuille, Branding management, la marque de l'idée à l'action, 2ème édit., France, 2007, p. 9.

من خلال هذه التعاريف يمكن ملاحظة أن كلا من العلامة واسم الدومين يعبران عن منتج معين، قد يكون سلعة أو خدمة.

ويتشابه الدور الذي يؤديه العنوان الإلكتروني بالدور الذي تؤديه العلامة في خاصية تمييز المشروع عن غيره من المشروعات، بحيث يسهل على المستهلك التعرف عليهما.

والعلامة التجارية وأسماء الدومين حتى تتوافر لها الحماية القانونية يجب أن تكون مميزة وجديدة ومشروعة ومسجلة، وبدون توافر هذه الشروط لا يمكن حمايتها⁽¹⁾.

ورغم علاقة الشبه التي قد تبدو بين اسم الدومين والعلامة التجارية إلا أن هناك اختلافات تتمثل في: أن اسم الدومين هو عنوان أو نطاق معين على شبكة الانترنت، فهو موقع يمكن من خلاله الوصول إلى شركة معينة على شبكة الانترنت، في حين أن العلامة هي رمز أو شعار يتخذه التاجر أو الصانع لتمييز منتجاته.

وإذا كانت العلامات التجارية تمنح لمن قدم طلب التسجيل أولاً، كما هو الحال في العنوان الإلكتروني أو ما يعرف بمبدأ الأسبقية في التسجيل، إلا أن هناك اختلافات بين هذين التسجيلين⁽²⁾.

حيث يمر تسجيل العلامة التجارية أولاً بمرحلة الإيداع، التي قد تنتهي بالتسجيل بعد الفحص. بينما يمر تسجيل العنوان الإلكتروني بمرحلة التسجيل مباشرة دون إجراء الإيداع ولا حتى الفحص.

وفي حالة تسجيل العلامة التجارية يجب على الجهة المختصة التحقق من صاحب العلامة، وأن تسجيل العلامة لا يتضمن أي اعتداء على حقوق الغير. أما

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006، ص 257.

(2) رامي محمد علوان، "المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الانترنت"، مجلة الشريعة والقانون، ع22، يناير 2005، ص 224-225.

بالنسبة للعنوان الإلكتروني فلا يشترط ذلك، فإثبات الملكية غير ضروري لصحة تسجيل العنوان الإلكتروني، بل وتحرص الشركات المختصة بالتسجيل دائماً على النص في مشارطات تسجيل العناوين الإلكترونية "Chartes de nommage" على أن تعفي نفسها من إجراء أي بحث عن وجود حقوق الغير سابقة لعملية التسجيل، وتترك مسؤولية ذلك على مقدم طلب التسجيل⁽¹⁾.

وإذا كان الغرض من تسجيل العلامة هو تفادي الخلط واللبس في ذهن المستهلك، فإن الغرض من تسجيل اسم الموقع هو الإشارة لموقع معين.

البحث الثاني: اعتداء العنوان الإلكتروني على العلامة التجارية

بإمكان أي شخص الحصول على عنوان إلكتروني متى قدم طلبه قبل غيره، لكون أن العبرة هي بسبق طلب التسجيل، وبتوافر هذه الأسبقية يصبح حقا لمقدم الطلب الحصول على العنوان دون اعتراض من الغير.

غير أن منح العنوان الإلكتروني طبقاً لمبدأ الأسبقية في التسجيل ودون القيام بعملية الفحص يترتب عليه العديد من المنازعات بين مسجل العنوان الإلكتروني ومالك العلامة التجارية، وبالتالي فإن هذا المبدأ شجع في ظهور القرصنة الإلكترونية؛ لكون أن العديد من المشروعات استغلت هذا المبدأ وسارعت إلى تسجيل العديد من العناوين الإلكترونية التي تمثل علامات مشهورة، ثم تقوم ببيعها بأثمان باهضة، وعندما يرغب صاحب العلامة المشهورة في تسجيل عنوان إلكتروني لتمثيل علامته يُفاجأ ببث تسجيل العنوان من قبل أشخاص لا يملكون أي حق مشروع عليها⁽²⁾.

وقد يتخذ اعتداء العنوان الإلكتروني على العلامة التجارية صورتين:

(1) شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 80.

(2) المرجع نفسه، ص 109.

أولاً: السطو الإلكتروني على العلامة.
ثانياً: المنافسة غير المشروعة للعلامة.

المطلب الأول: القرصنة الإلكترونية

يقصد بالقرصنة الإلكترونية قيام شخص أو شركة بتسجيل علامة لا تمتلك أي حق عليها في صورة عنوان إلكتروني وذلك عبر شبكة الانترنت مما يشكل ضرراً لصاحب العلامة وتضليلاً للجمهور نتيجة الخلط بين العنوان والعلامة.

ويكون الغرض من هذا السطو غالباً إما إعادة بيع العنوان الإلكتروني بعد تسجيله بتمن باهض للمالكة الأصلي أو لغيره؛ فظهرت بذلك مواقع مختصة ببيع العناوين الإلكترونية، بحيث يكتب العنوان متبوعاً بـ⁽¹⁾، وقد وصل ثمن العنوان الإلكتروني altavista.com على سبيل المثال إلى 33 مليون دولار، دفعته شركة Compaq لتحصل عليه، كما وصل ثمن العنوان الإلكتروني business.com إلى 5 و6 مليون دولار والذي اشترته شركة E.companies.

وإما بقصد الإضرار بالمالك الحقيقي للعلامة، وذلك بحرمانه من تسجيل عناوين تمثل علامته؛ مما ينم عن سوء نية مسجل العنوان، خاصة إذا تعلق الأمر بعلامات مشهورة تحظى بعالمية، ومعروفة لدى المستهلك، ومن أمثلتها: علامة Sony - McDonalds... الخ

وقد قام العديد من الأشخاص باستغلال الوضع - في غياب الحظر القانوني - للقيام بتسجيل أسماء دومين تتضمن الأسماء المشهورة: Mcdonalds.com TourdeFrance.com. ومن أوائل النزاعات الخاصة بمواقع الانترنت القضية التي فصلت فيها المحاكم الأمريكية سنة 1996، والتي رفعتها شركة "Hasbro" ضد مجموعة الانترنت للتسلية والترفيه، حيث كانت "Hasbro" مالكة

(1)Loi Seu (G), nom de domaine et internet, turbulences autour d'un nouveau signe distinctif, Recueil Dalloz, 1999, p. 39.

للعلامة التجارية "Condy Land" منذ 1951، وتستهملها كعلامة مميزة لألعاب الأطفال، فاستغلت مجموعة الانترنت العلامة في شكل "Condy Land" لأغراض أخرى، وبالتالي حصلت "Hasbro" على حكم قضائي ضد الحائز على موقع الانترنت، كما سمح لها بتسجيل اسم دومين "Condayland.com" باسمها؛ نظراً لأن مصلحة الشركة "Hasbro" تزيد عن مصلحة الشركة الأخرى، كما أن ذلك أدى إلى غش الجمهور⁽¹⁾.

وقد تأخذ القرصنة الإلكترونية عدة صور منها:

- تسجيل اسم موقع متطابق.
- تسجيل اسم موقع متشابه

الفرع الأول: تسجيل اسم موقع متطابق مع علامة تجارية:

تعتبر هذه الصورة الأكثر شيوعاً، ويتم بتسجيل العلامات التجارية المشهورة العائدة للشركات الكبرى كأسماء مواقع، والقيام بابتزاز أصحابها مقابل التنازل عليها بأموال باهضة.

ومن أمثلة القضايا في ذلك قضية Philipmorisvrg.net، بحيث قام المسجل بتسجيل العلامة Marlboro كاسم موقع www.marlboro.omc، مما حدا بهذه الشركة أن تطلب من الجهة التي تقوم بحل منازعة أسماء المواقع (الويبو) أن تحول اسم الموقع للشركة المشتكية؛ وذلك لتطابقه مع علامتها التجارية⁽²⁾.

الفرع الثاني: تسجيل اسم موقع متشابه مع علامة تجارية

يتم استخدام هذه الحيلة في تسجيل اسم موقع شبيه إلى حد كبير وليس مطابقاً

(1) رضوان عبيدات، "تزوير العلامات التجارية وموقف المشرع الأردني"، مجلة الدراسات، ع 1999، 26، ص 720.

(2) للمزيد من المعلومات:

<http://arbiter-wipo.int/domains/html12003/c/2003-0004.htmls>

للعلامة، وذلك عن طريق إدخال تعديل طفيف على إحدى حروف العلامة. ومن أمثلة القضايا المعروضة على مركز الويبو للتحكيم والوساطة القضائية المرفوعة من طرف شركة Microsoft corporation ضد مسجل اسم الموقع Charlie Brown، وذلك لاسترجاع اسم الموقع www.microsoft.com المتماثل بدرجة نثير اللبس مع العلامة التجارية (Microsoft)⁽¹⁾.

المطلب الثاني: المنافسة غير المشروعة بين العنوان الإلكتروني والعلامة

تعرف المنافسة غير المشروعة بأنها تجاوز الوسائل المشروعة وتعتمد الاحتيال بالأساليب المخالفة للأمانة والقانون⁽²⁾، فهي السلوك الذي يباشره أي شخص طبيعي أو معنوي، متعارضا مع أحكام القانون، وما جرى عليه العرف المتبع في الأنشطة التجارية أو الصناعية وغيرها، أو مجالات الخدمة، والذي يؤدي إلى الإضرار بالمنافس وتضليل عملائه على نحو يحيط من الكفاءة التنافسية⁽³⁾.

والمنافسة غير المشروعة عبر الانترنت لا تختلف عن المنافسة غير المشروعة في القواعد العامة، غير أن بيئة الانترنت فرضت بعض الخصوصيات في مفهوم المنافسة تتمثل في:

- وجود تماثل أو تشابه.
- تحقق عنصر الخطأ.

الفرع الأول: وجود تماثل أو تشابه

لا يكفي تسجيل العنوان الإلكتروني فقط ليشكل اعتداءً على مالك العلامة التجارية، وإنما يجب أن يمتد إلى عرض منتجات وخدمات مماثلة لتلك التي تمثلها

(1) <http://arbiter-wipo.int/domains/html12001/c/2001-0362.htmls>

(2) علي البارودي، مبادئ القانون التجاري والبحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977، ص 179.

(3) أحمد علي الخصاصنة، الأحكام القانونية للمنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الطبعة 1، 2015، ص 48.

العلامة التجارية؛ مما يؤدي إلى إثارة الخلط واللبس في ذهن المتعاملين عبر الانترنت. ومن التطبيقات القضائية نجد الحكم الصادر عن محكمة Lille الابتدائية عام 2001، حيث تم إدانة تصرف الشركة (C) التي سجلت العنوان الإلكتروني "boistropicaux.com"، معتدية بذلك على العلامة التجارية Bois Tropicaux، واستندت المحكمة إلى الخلط واللبس الواقع في ذهن الجمهور نتيجة تسجيل العنوان الإلكتروني وممارسة أنشطة مماثلة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تحقق عنصر الخطأ

في مجال المنافسة غير المشروعة بين العنوان الإلكتروني والعلامة التجارية نجد أن صورة الخطأ تتركز في عنصر الخلط واللبس الذي قد يقع في ذهن المستهلك فيكون تأثيراً ذهنياً على العملاء تحقيقاً لغايات المنافسة وجذب العملاء بغرض الربح⁽²⁾، ويكفي أن تكون نية جذب العملاء واضحة لدى صاحب العنوان الإلكتروني حتى ولو لم تتحقق واقعة اجتذاب العملاء؛ ففي قضية The British Corp Broadcasting عام 2000، وجدت المحكمة أن المدعى عليها شركة "Renteria" استخدمت علامة الشركة المدعية The British Broadcasting Corp، وسجلت أربعة عناوين إلكترونية تختلط بهذه العلامة، وخلصت المحكمة بأن المدعى عليها كان لديها نية مؤكدة لاجتذاب عملاء الشركة المدعية نتيجة الخلط بين عناوينها الإلكترونية والعلامة التجارية للشركة المدعية⁽³⁾، وحتى يتخلص مسجل العنوان الإلكتروني من مسؤوليته عليه إثبات أن له مصلحة مشروعة في تسجيل هذا العنوان، وأن التسجيل كان بنية استخدامه بدون نية اختلاس العملاء.

(1) - www.juriscom.net

(2) عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الواجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1991، ص171.

(3) شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص152 نقلا عن : analysis of key UDRP in : www.eon-law.harvard.edu/udrp/analysis.html, p. 3.

المبحث الثالث: حل النزاع بين العلامة والعنوان

غالباً ما تُعرض العلامة لعمليات اعتداء وقرصنة عن طريق تسمية عدد من المواقع بأسماء دومين تشابه العلامة التجارية وتسجيلها، بقصد منع صاحب هذه العلامة من تسجيل اسم دومين لموقعه تطابق علامته التجارية، ثم طلب مبالغ مالية باهضة مقابل التنازل عنها من المعتدي، أو الدخول في منازعات قضائية لاسترداد هذه العناوين.

فإذا وقع اعتداء فعليٌّ على علامة تجارية من قبل عنوان إلكتروني، فإن لصاحب العلامة الحق في اللجوء إلى المحكمة لرفع دعوى التقليد، أو دعوى المنافسة غير المشروعة، هذا على المستوى الوطني، أما على المستوى الدولي فقد تم تزويد مالِك العلامة بوسائل جديدة تمثلت في قواعد موحدة لتسوية النزاعات.

لذلك سنتطرق إلى حل النزاع على المستوى الوطني ثم إلى حل النزاع على المستوى الدولي.

المطلب الأول: حل النزاع بين العلامة والعنوان على المستوى الوطني

يكون رفع النزاع لأجل حله على مستوى القضاء إما بدعوى تقليد العلامة التجارية (الفرع الأول) أو دعوى المنافسة غير المشروعة (الفرع الثاني).

الفرع: دعوى تقليد العلامة التجارية

يُحقق تقليد العلامة باصطناع علامة مطابقة للأصل أو مشابهة له، أي هو إنتاج شيء جديد مطابق أو مشابه لشيء وُجد سابقاً، وذلك دون علم صاحبه الأصلي أو رضاه.

ولكي تتمتع العلامة التجارية بالحماية لابد من أن تكون مسجلة لدى الهيئة المختصة، ويكون التسجيل شرطاً لتحريك الدعوى الجزائية⁽¹⁾. أما في حالة عدم

(1) الهيئة المختصة في الجزائر هي المعهد الوطني للملكية الصناعية INAPI.

التسجيل، فلا يحق لصاحب العلامة أن يتمتع إلا بالحماية المدنية المقررة على أساس المنافسة غير المشروعة الخاضعة للقانون المدني.

والهدف من دعوى التقليد هو توقيع الجزاء الجنائي على المعتدي على العلامة التجارية، غير أن الأمر يختلف بالنسبة لتقليد العلامة على شبكة الانترنت؛ لكون أن الهدف في حقيقة الأمر ليس توقيع العقاب وإنما رد الاعتداء عن طريق وقف استخدام العنوان الإلكتروني أو إلغائه.

ومن بين الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن، الحكم الصادر في قضية Galeries-Lafayette، وتمثل وقائع هذه القضية في أن شركة Galeries-Lafayette، اكتشفت أن هناك عنوانا إلكترونيا وهو: "Galeries-La-Fayette.com" يتضمن تقليدا لعلامتها تم تسجيله على الانترنت، فرفعت دعوى ضد مسجل العنوان الإلكتروني، واستندت المحكمة في إدانتها للاعتداء على العلامة إلى نص المادة 2/713 من قانون الملكية الفرنسي والتي تجرم كل تقليد لعلامة من جانب شخص غير مالك لها وبدون إذن من المالك (1).

الفرع الثاني: دعوى المنافسة غير المشروعة

يشترط لقيام دعوى المنافسة غير المشروعة على الانترنت وجود منافسة بين مالك العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني، تتمثل على الخصوص في ممارسة أنشطة مماثلة أو مشابهة، وارتكاب صاحب العنوان الإلكتروني لخطأ يربط أضرارا لصاحب العلامة، وتوفر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

ومن الأحكام الصادرة في هذا الشأن، الحكم الصادر عن محكمة Nanterre الابتدائية في قضية Radio-France عام 1999، فلقد أدانت المحكمة تصرف السيد (F) لقيامه بتسجيل العنوان الإلكتروني "Franc-info.com" معتديا بذلك على الاسم الذي تتخذه شركة Radio-France علامة لها. وتم الحكم بوجود

(1) - TGI, Paris, 25 mars 1999, Rev. Lamy-dr-aff , 1999, n 1394.

منافسة غير مشروعة من جانب هذا الشخص على العلامة التجارية، فتمائل النشاط بين العنوان الإلكتروني والعلامة التجارية كان الأساس الذي بنت عليه المحكمة حكمها⁽¹⁾.

المطلب الثاني: حل النزاع بين العلامة والعنوان على المستوى الدولي

إن حماية العلامة التجارية من اعتداء العنوان الإلكتروني تعدت الحدود الإقليمية إلى المستوى الدولي، بحيث اقترحت الإدارة الوطنية للمعلومات والاتصال عن بعد في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1998 إنشاء مؤسسة خاصة غير ربحية، توكل لها مهام الإشراف على نظام أسماء "الدومين"، وتسجيلها وتم تسميتها بـ: "الأيكان" (The Internet Corporation) (ICANN) Names and Assigned Numbers⁽²⁾.

وقد عملت الإدارة الأمريكية للتجارة (The U.S. Department of Commerce) بالتنسيق مع المنظمة العالمية للملكية الفكرية لوضع نظام موحد لتنظيم أسماء الدومين، وتسوية المنازعات المتعلقة بها. كما أعدت الويبو دراسة تفصيلية حول الموضوع، واقترحت نظاما لتسوية المنازعات المتعلقة بالعلامة واسم الموقع، تضمنه تقريرها في أبريل 1999، وأهم التوصيات التي خلصت إليها الويبو:

- ضرورة إيراد كافة البيانات الخاصة بطلب تسجيل اسم الدومين لإمكانية الاتصال به.
 - منع تسجيل العلامة المشهورة في صورة عنوان إلكتروني إلا إذا كان طالب التسجيل هو صاحب العلامة.
 - أن يقبل طالب التسجيل السياسة الموحدة لتسوية المنازعات.
- وقد رأت الويبو أنه نظرا لخصوصية المنازعات المتعلقة بالعنوان الإلكتروني؛

(1) - TGI, Nanterre, 30 juin 1999, <http://legalis.net>.

(2) رامي محمد علوان، المرجع السابق، ص 240.

لابد من اختيار طريقة مناسبة لتسويتها والابتعاد عن الطرق القضائية التقليدية. فأنشأت المنظمة مركزا للتحكيم والوساطة عام 1994، توكل إليه مهام الفصل في النزاعات التجارية الدولية ويصدر قرارات إدارية؛ لذلك لابد من التعرف على مركز التحكيم والوساطة ثم إلى السياسة الموحدة لتسوية المنازعات.

الفرع الأول: مركز التحكيم والوساطة

يعتبر هذا المركز تابعا للويو، ويسهر على تقديم المساعدة لتسوية المنازعات القائمة بين الأفراد والشركات، وقد نشأ في جنيف بسويسرا عام 1994، ويكون اللجوء إليه من خلال إدراج شرط تحكيم يدرج في العقد بإرادة الطرفين، ولهذا المركز مجموعة من الإجراءات تتمثل في التحكيم والتحكيم المعجل والوساطة التي يتبعها تحكيم⁽¹⁾.

أولا: التحكيم

هو إجراء يرفع على أساسه النزاع إلى محكم أو هيئة مؤلفة من عدة محلفين، وتكون قراراته ملزمة للأطراف⁽²⁾.

ثانيا: التحكيم المعجل

بحيث يخضع النزاع لمحكم واحد بدل خضوعه لهيئة تحكيم وتحدد مدة قصيرة لصدور قرار التحكيم.

ثالثا: الوساطة المتبوعة بالتحكيم

هذا الإجراء يشمل الوساطة أولا بحيث يتم تعيين وسيط لإيجاد حل مرضٍ للأطراف، وفي حالة عدم الوصول إلى حل يتم اللجوء بعد ذلك إلى التحكيم.

(1) عامر الكسواني، الملكية الفكرية - ماهيتها - مفرداتها - طرق حمايتها - دار الجيب للنشر والتوزيع، 1998، ص 287.

(2) محمد عصام محمود لطفى، التحكيم في إطار مركز المنظمة العامة للملكية الفكرية، مقال منشور عبر الموقع: <http://www.ommalegal.net>.

ويتمتع حكم التحكيم بحجية الأمر المقضي فيه، بحيث لا يجوز لأي جهة قضائية النظر في هذا النزاع، ويتميز بطابع السرية. وقد لعب مركز الويبو للتحكيم والوساطة دورا كبيرا في حل العديد من المنازعات⁽¹⁾.

الفرع الثاني: السياسة الموحدة لتسوية المنازعات

تعد الأيكان (ICANN) الجهة التي تشرف على تنفيذ السياسة الموحدة، والتي وضعت لتسوية المنازعات المتعلقة بالعنوان الإلكتروني، بحيث إنها تتضمن تسوية المنازعات عن طريق التحكيم بالطريق الإلكتروني من خلال مركز الويبو للتحكيم والوساطة.

وقد حرصت الـ (ICANN) على وضع حل سريع وغير مكلف لمنازعات العنوان الإلكتروني، وعلى هذا الأساس نصت على إجراء إداري اختياري يمكن للمشروعات اللجوء إليه كوسيلة ودية، ويسمى بقواعد تطبيق القواعد الموحدة لتسوية نزاعات العناوين الإلكترونية⁽²⁾ Rules of Uniform domainname dispute resolution policy.

أولا: شروط تطبيق الإجراء الإداري

يشترط لخضوع النزاع للإجراء الإداري الذي تتضمنه قواعد UDRP ضرورة توافر ثلاثة شروط استنادا للمادة a/4 وهي:

- أن تكون درجة التشابه بين اسم الدومين والعلامة التجارية كبيرة جدا من شأنها خلق اللبس والخلط في ذهن المستهلك العادي وتؤدي إلى تضليله؛

(1) مثل قضية شركة «Cristhian Dior» المالكة لعلامة "Dior"، التي اكتشفت بأن علامتها تم تسجيلها في شكل اسم موقع معد للبيع على شكل: dior.org، وتطبيقا لتوصيات الويبو تم الحكم بنقل اسم الموقع إلى شركة "Dior" على أساس أن هذا التسجيل غير شرعي وأن اسم الموقع هو مطابق للعلامة "Dior".
(2) <http://www.ican.org/udrp/udrp-rules24oct99.htm>

- أي ألا يكون للمدعى عليه الذي يسجل اسم الدومين باسمه حق أو مصلحة مشروعة على اسم الدومين.
- أي أن يكون المدعى عليه قيد يسجل اسم الدومين واستعمله بسوء نية ومع علمه بأنه بفعله ذلك يسبب اعتداء على صاحب العلامة ويضر به.

ثانيا: خصائص الإجراء الإداري

يتميز اللجوء إلى الإجراء الإداري بمقتضى شرط يدرج في عقد تسجيل العنوان بكونه إجراءً اختيارياً، ودياً، وأنه سريع وغير مكلف.

أ- إجراء ودي اختياري:

حيث يعرض النزاع على لجنة إدارية وتطبق عليه قواعد سنتها شركة الICANN، وفي النهاية تصدر هذه اللجنة قراراً إدارياً ينفذه الأطراف بكل حرية، ولهم الحق في ترك هذا الإجراء في أي وقت، سواء قبل بدئه أو أثناء سريانه، واللجوء إلى القضاء العادي.

ب- إجراء سريع:

لقد عمدت ال ICANN إلى تقصير مدة هذا الإجراء لضمان فعاليته، وتبلغ مدة الفصل في النزاع بين 35 و60 يوماً، وذلك مراعاة لطبيعة الانترنت وخطورة الاعتداءات الناتجة عنها⁽¹⁾.

ج- إجراء غير مكلف:

حيث تبلغ تكلفة اللجوء إلى هذا الإجراء ما بين 850 إلى 2000 دولار أمريكي إذا تعلق الأمر بعنوان إلكتروني واحد.

(1) شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص235.

ثالثاً: مراحل سريان الإجراء

تمر مراحل لإجراء الإداري بما يلي:

- ضرورة تقديم شكوى من طرف مالك العلامة المتضرر من الاعتداء على علامته، استناداً للمادة b/3 من اللائحة التنفيذية. ولا بد من تبيان كافة البيانات الشخصية المتعلقة بصاحب العلامة ومسجل العنوان، وكذا وقائع القضية بالتفصيل وتبيان عناصر الاعتداء، وإلا تعرضت للرفض لتقص البيانات.

- إيداع الشكوى للجهات الأربعة المحددة وهي:

- مركز التحكيم والوساطة التابع لمنظمة الويبو؛
- محكمة التحكيم الوطنية⁽¹⁾؛
- محكمة - Résolution -⁽²⁾؛
- مركز تسوية النزاعات⁽³⁾.

وبعد فحص الشكوى، تقوم الهيئة المختصة من هذه الهيئات الأربع بإخطار المدعى عليه خلال 3 أيام، وتسمح له بمدة 20 يوماً للرد، وبانتهاء هذه المدة تقوم الجهة المختصة بتكوين لجنة تسمى "لجنة إدارية" للفصل في النزاع.

تصدر اللجنة قرارها في موضوع النزاع خلال 14 يوماً من تاريخ تعيينها، ويجب أن يكون القرار مكتوباً ومسبباً، وتقتصر قرارات اللجنة إما على إلغاء أو نقل العنوان الإلكتروني، أو إبقاء استخدامه من جانب المدعى عليه، ولا يمكنها بأي حال من الأحوال الحكم بالتعويض؛ لكون أن الاختصاص يرجع إلى القضاء العادي.

وصدور القرار في موضوع النزاع لا يمنع الأطراف من طرح الموضوع أمام

(1) هي محكمة أمريكية أنشأت عام 1986 وتم الموافقة عليها من طرف ICANN عام 1999.

(2) محكمة مقرها مونريال الكندية نشأت عام 1999.

(3) هو مركز أمريكي تكون عام 1979، مقره نيويورك، ووافق عليه ICANN عام 2000.

القضاء العادي عكس قرار التحكيم، كما أن القرار الإداري ينشر على شبكة الانترنت، وبالتالي لا تتوفر فيه قاعدة السرية المتوفرة في التحكيم.

خاتمة:

من خلال دراستنا لهذا الموضوع، تمكنا من استخلاص بعض النتائج الهامة والمقترحات:

نتائج البحث:

لقد تطور دور العنوان الإلكتروني فانتقل من مجرد وسيلة للإعلان عن المشروع عبر الانترنت إلى المميز والمحدد لهوية المشروع. هذا التمييز وهذه الخصوصية التي أضافها العنوان الإلكتروني على الموقع جعلته يقترب من باقي عناصر الملكية الصناعية كالعلامة التجارية مما خلق نزاعات بينهما.

لقد اعتبر العنوان الإلكتروني أحد نتائج التجارة الإلكترونية، لذلك حاولنا من خلال هذا البحث تسليط الضوء على أهم النزاعات التي قد تثار بين العلامة والعنوان الإلكتروني وكيفية حلها عن طريق اللجوء إلى الوسائل القضائية والمتمثلة في الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم استنادا إلى دعوى التقليد أو دعوى المنافسة غير المشروعة. ونظرا لعدم كفاية هذه الدعاوى تم اللجوء إلى الوسائل الودية بناء على اقتراحات هيئات دولية متخصصة سواء عن طريق التحكيم أو أسلوب السياسة الموحدة.

توجهت الجهود الدولية بإصدار قوانين جديدة لحل النزاعات التي تثار بين العنوان والعلامة وقد أطلق عليها القواعد الموحدة لتسوية منازعات العناوين الإلكترونية والتي تتضمن إجراء إداريا وديا يمكن للأشخاص اللجوء إليه لفض نزاعاتهم.

المقترحات:

إن المشرع الجزائري ورغم تحديث النصوص القانونية لمختلف عناصر الملكية الفكرية إلا أننا نلاحظ غياب نصوص قانونية خاصة بالعنوان الإلكتروني وهذا من

شأنه خلق النزاع بينه وبين العلامة، لذلك لابد على المشرع الجزائري من إيراد تشريع خاص ينظم تسجيل واستخدام العنوان الإلكتروني على شبكة الانترنت على أساس أن تسجيل اسم موقع متطابق مع علامة تجارية يشكل اعتداء على العلامة التجارية في حد ذاتها.

لابد من فرض رقابة سابقة على منح العنوان الإلكتروني من طرف الجهة المختصة بالتسجيل، وذلك عن طريق التأكد من ملكية صاحب الطلب للتسمية التي يرغب في تسجيل عنوان الإلكتروني يمثلها، وتفعيل نظام الفحص المسبق لتفادي أي اعتداء محتمل.

قائمة المراجع

I. المراجع باللغة العربية

الكتب:

- 1- البارودي علي، مبادئ القانون التجاري والبحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1977.
- 2- الخصاصنة أحمد علي، الأحكام القانونية للنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الطبعة 1، 2015.
- 3- القليوبي سميحة، القانون التجاري، دار النهضة العربية، 1981.
- 4- الكسواني عامر، الملكية الفكرية - ماهيتها - مفرداتها - طرق حمايتها، دار الجيب للنشر 1998.
- 5- مجازي عبد الفتاح بيومي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 6- عبد الصادق محمد مصطفى، الحماية القانونية للعلامات التجارية إقليميا ودوليا، دار الفكر والقانون/ المنصورة، 2011.
- 7- عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1991.

- 8- غنام شريف محمد، حماية العلامات التجارية عبر الانترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- 9- قشقوش هدى حامد، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 10- مناني فراح، التحكيم طريق بديل كل النزاعات، دار الهدى، الجزائر. 2010.

المقالات:

- 1- الكسواني عامر، المركز القانوني للدومين الإلكتروني بين مفردات الملكية الفكرية، مجلة حماية الملكية الفكرية، الأردن، 1996، ع4، ص14-15.
- 2- عبيدات رضوان، تزوير العلامات التجارية وموقف المشرع الأردني، مجلة الدراسات، ع 1999، 26، ص752.
- 3- فرحة زراوي، علامات المصنع في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع4، 1991، ص921-952.
- 4- علوان محمد رامي، المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء، موقع الانترنت، مجلة الشريعة والقانون، ع 22، يناير 2005، ص220-280.

II. المراجع باللغة الأجنبية

- G. Lewis J. La Cœuilhe, Branding management, la marque de l'idée à l'action, 2^{ème} édit., France, 2007.
- G. Loiseau, Nom de domaine et internet, turbulences autour d'un nouveau signe distinctif, Recueil Dalloz, 1999, p. 39.

III. مواقع الانترنت

- <http://arbiter-wipo.int/domains/html12003/c/2003-0004.htmls>.
- <http://arbiter-wipo.int/domains/html12001/c/2001-0362.htmls>.
- <http://www.eon-law.harvard.edu/udrp/analysis.html>.
- <http://www.ican.org/udrp-rules24oct99.htm>.
- <http://www.omnalegal>.

قيود الملكية العقارية الخاصة

- قيد حق المرور لمالك الأرض المحصورة -

بقلم: أ/ ولد خصال محمد *

الملخص:

أعطى المشرع الجزائري، على غرار المشرعين العرب وغير العرب، حق المرور لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها ممر إلى الطريق العام، أو لها ممر لكن هذا الممر لا يسمح للمالك باستغلال هذا الملك بالشكل الذي يريده؛ وذلك نظرا لضيق الممر، أو صعوبة انحداره والمخاطرة أثناء استعماله، وربط التمتع بهذا الحق بشترطين أساسين هما:

- ألا يكون المالك هو الذي كان السبب في حصر ملكه بعمل مادي أو تصرف قانوني.
 - ألا يكون المالك يتمتع بحق مرور إلى الطريق العام على وجه التسامح أو الاتفاق، أو يتمتع بحق مرور متنازع فيه.
- كما حدد المشرع الجزائري حقوق والتزامات كل من مالك العقار المرتفق بالمرور ومالك العقار المرتفق به، وأسباب انقضاء هذا الحق، وإمكانية اكتسابه بالتقادم إذا تحققت شروط معينة.

الكلمات المفتاحية: حق، المالك، المحصورة، مرور، العقار.

Résumé:

Le législateur algérien a attribué à l'instar des législateurs arabes et non arabes le droit de passage au propriétaire d'un fonds enclave qui n'a pas d'issue sur la voie publique ou qui a une issue ne permettant pas d'exploiter cette propriété de la façon qu'il veut, et ce compte tenu

* أستاذ مؤقت بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محمد أولحاج-البويرة.

de l'étroitesse de l'issue ou de son caractère accidenté et le risque qu'il en court pendant son usage .

À cet effet, le législateur algérien a soumis la jouissance à deux conditions essentielles, à savoir:

1-Que le propriétaire ne soit pas la cause de l'enclavement de sa propriété par un fait matériel ou agissement juridique .

2-Que le propriétaire ne jouisse pas du droit de passage à la voie publique par tolérance ou accord ou jouisse d'un droit de passage litigieux.

Le législateur a également précisé les droits et les obligations du propriétaire du fonds servant et ceux du propriétaire du fonds enclavé et les causes de l'extinction de ce droit, en plus de la possibilité de son acquisition par prescription si des conditions précises sont réunies.

Mots-clés: droit, propriétaire, enclavé, passage, fonds.

Abstract:

The Algerian legislator has assigned, like Arab and non-Arab legislators, the right of passage to the owner of a confined funds that has no way on the public highway or has a way does not allowing him to exploit this property by the way that he wants, and that given the closeness of the outcome of his accident or character and his risk in during use.

To this effect, the Algerian legislator has subjected the enjoyment to two essential conditions which are:

1-The owner isn't the cause of the isolation of his property by a material fact or legal act.

2-The owner doesn't enjoy the right of way to the highway by sufferance, agreement or enjoy a right of disputed passage.

The legislator has also determined the rights and obligations of the owner of the servant estate by the passage and the owner of the confined funds and the causes of the extinction of that right, in addition to the possibility of its acquisition by prescription if specific conditions are met.

Keywords: right, owner, confined, passage, funds.

مقدمة

تنص المادة 693 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: «يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام أو كان لها ممر لكنه غير كاف للهرور أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة، مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك».

يظهر من تحليل نص المادة 693، أن هناك أمرا لا بد من قيامه للحصول على حق المرور الذي تفرضه المادة سالفه الذكر، قيدا على الملكية العقارية، وهو أن تكون هناك أرض محصورة عن الطريق العام، وهذا الحصر يقتضي إعطاء الأرض المحصورة ممرا إلى الطريق العام لاستغلالها واستعمالها المألوفين.

وضرورة إيجاد ممر للأرض المحصورة، يقتضي بدوره البحث عن الموضع المناسب للممر؛ لهذا وضع المشرع المدني لذلك ضوابط محددة. كما أنه عند حصول مالك الأرض المحصورة على ممر إلى الطريق العام، عليه دفع تعويض يتناسب والضرر المحدث، إلا إذا وجد اتفاق بخلاف ذلك. وينتضي حق المرور إذا زال الانحصار وتم الاتصال بالطريق العام كأصل، ولكن قد يتحول قيد المرور إلى حق الارتفاق بالمرور كحالة استثنائية؛ وعليه يقسم الموضوع إلى مبحثين:

تقرير حق المرور لمالك الأرض المحصورة (مبحث أول)، وإنقضاء حق المرور لمالك الأرض المحصورة (مبحث ثان).

المبحث الأول: تقرير حق المرور لمالك الأرض المحصورة

حتى يتقرر حق مرور الجار على أرض جاره إشتراط القانون جملة من الشروط يجب توافرها، يمكن إستنباط هذه الشروط من المادة 693، من القانون المدني؛ وأول شرط يظهر من هذه المادة شرط إنحصار الأرض عن الطريق العمومي. وقد يكون هذا الانحصار كليا أي مطلقا، وقد يكون جزئيا أي نسبيا.

المطلب الأول: شرط انحصار الأرض

لإنحصار العقار عن الطريق العام في نظر المشرع بصفة عامة صورتان: الصورة الأولى هي الانحصار الكلي أو كما يسميه البعض من الفقه انحصار مطلق، والصورة الثانية الانحصار الجزئي أو النسبي.

الفرع الأول: الانحصار المطلق

يتحقق الانحصار الكلي أو المطلق في الحالة التي يكون فيها العقار محاطا بكامله من جميع جهاته بعقارات مملوكة للغير، أو بسبب موقعه الطبيعي، ولا سبيل للمالك إلى الطريق العام إلا أن يمر في إحدى أراضي الجيران أو البعض منها، ابتداءً بالأرض الملاصقة للملك، كما تكون في حكم الأرض محصورة تلك التي لها منفذ إلى مرفأ للسفن صالح لهذا الغرض⁽¹⁾، ولكن إستغلالها وإستعمالها يقتضيان أن تكون متصلة بطريق بري؛ فالمرفأ وإن كان ملكا عاما، إلا أنه لا يعتبر طريقا عاما، ولا يكفي أن تكون الأرض متصلة بملك عام، متى كان هذا الملك غير مخصص للمرور فيه، فالملك العام في هذه الحالة ليس طريقا عاما.

وقد جاءت قرارات⁽²⁾ المحكمة العليا الجزائرية في هذا الاتجاه، مؤكدة لأحكام المادة 693 من القانون المدني، حيث جاء في أحدها أنه: «من المقرر قانونا أن إنشاء حق إرتفاق على ملك الغير يشترط فيه أن يكون السكن محصورا، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانحطاً في تطبيق القانون غير مبرر ويستوجب

(1) - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن - حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال-، دار النهضة القديمة، القاهرة، 1967، ص765؛ تمني جميلة: حق المرور للأرض المحورة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000 - 2001، ص9.

(2) - قرار رقم 474، مؤرخ في 15/11/1989، مجلة القضاة، عدد 02، 1990، ص29؛ القرار رقم 50516، تاريخ القرار 15/03/1989، قضية (ز. م) ضد (ط.ط.ط)، مدونة القانون المدني، ص168.

رفضه».

الفرع الثاني: الانحصار النسبي

تدخل في حكم الأرض المحصورة، الأرض التي يكون لها ممر يصلها بالطريق العام، لكنه غير كاف لاستغلالها واستعمالها المألوفين. ويعتبر الممر غير كاف إذا كان لا يتيسر الوصول منه إلى الطريق العام إلا بمشقة كبيرة أو بنفقة باهظة، كأن يكون الممر الذي يوصل بين الأرض الزراعية والطريق العام لا يكفي إلا لمرور الراجلين، فلا يمكن أن يستعمله المالك لمرور ماشيته ووسائل عمله، أو يكون الممر منحدرًا شديدًا، أو يوجد به مانع مائي.

ومسألة كفاية الممر أو عدم كفايته مسألة تخضع إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وله أن يستعين بالخبراء في هذا الشأن، وقد تأمر المحكمة بمعاينة الأمكنة على الطبيعة. أما إن كان الممر لا يتطلب إلا نفقة تناسب وقيمة المنفعة من العقار، في هذه الحالة لا تعتبر الأرض محصورة عن الطريق العام.

ويستوي أن تكون الأرض زراعية أو أرضاً مقام عليها بناء كمصنع أو متجر أو سكن؛ فيثبت الحق في المرور لمالك الأرض المحصورة كلما كان التمسك به هو الوسيلة الوحيدة المتاحة أمامه، أو كلما كان البديل عنه يتطلب نفقة باهظة أو مشقة كبيرة⁽¹⁾.

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا: «من المقرر قانوناً أنه يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها ممر يصلها بالطريق العام، أو كان لها ممر لكنه غير كاف للمرور، أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك.

(1) - همام محمد محمود زهران: الحقوق العينية الأصلية - حق الملكية أحكام حق الملكية - دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 293 وما بعدها.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضاوا بأن ملكية الطاعنين غير محصورة؛ لأن لهم ممر عرضه متر واحد، في حين بالرجوع إلى الخبرة يتبين أن أرض الطاعنين محصورة وأن الممر الوحيد الموجود بها لا يسمح لهم بإيصال مواد البناء. وبالتالي فإن قضاة المجلس برفضهم لدعوى طلب حق المرور، لاستعمال الطاعنين منزلهم يكونون قد حرّموا المدعين من حق المرور وأساءوا تطبيق القانون»⁽¹⁾.

المطلب الثاني: ألا يكون الانحصار راجعاً إلى فعل المالك

حتى يحصل مالك العقار المحصور على حق المرور في أرض الجار، لا يكفي أن تكون الأرض محصورة، بل يجب ألا يكون المالك قد حصر نفسه بعمل مادي أو تصرف قانوني، كما يجب ألا يكون له ممر متنازع فيه، أو وجود ممر متساح فيه من قبل الجيران.

الفرع الأول: الانحصار الراجع إلى فعل المالك

يعتبر حق المرور قيّداً خطيراً على ملك الجار، فهو لم يتقرر إلا للضرورة لذلك يُشترط لتقرير هذا الحق، ألا يكون الانحصار راجعاً إلى فعل مالك الأرض المحصورة وهو ما جاء في نص المادة 695 من القانون المدني: «لا يجوز لمالك الأرض المحصورة والتي لها ممر كاف على الطريق العام أن يطلب حق المرور على أرض الغير، إذا كان الحصر ناتجاً عن إرادته هو، وليس له أن يطلب حق المرور، إذا كان يتمتع إما بحق المرور على وجه الاتفاق وإما بحق المرور على وجه الإباحة مادام المرور الاتفاقي لم ينقض بعد وحق الإباحة لم يزل».

ويعتبر الانحصار راجعاً إلى فعل المالك إذا نشأ عن عمل من جانبه، سواء كان هذا العمل عملاً مادياً، أو تصرفاً قانونياً إيجابياً كان أو سلبياً، كأن يقيم المالك بناءً يسد به الممر الذي يصل أرضه بالطريق العام، أو يتنازل عن حق ارتفاق بالمرور كان مقرراً لفائدة أرضه أو يترك هذا الارتفاق يسقط بعدم الاستعمال، في

(1) - قرار رقم: 179572، مؤرخ في: 17/03/1999، مجلة القضاة، 1999، عدد 01، ص 105.

جميع هذه الحالات لا يتحقق الانحصار قانونا ولا يحق للمالك أن يطلب حق المرور، وذلك طبقا للمادة 695 من القانون المدني الجزائري وهو الاتجاه الذي سارت عليه المحكمة العليا الجزائرية، حيث صدر قرار⁽¹⁾ جاء فيه: «حيث إن حق المرور القانوني يعد قيذا خطيرا على ملك الجار لذلك إشتراط المشرع في المادة 695 من القانون المدني لقيام ذلك الحق ألا يكون الانحباس راجعا إلى فعل مالك الأرض المحبوسة.

وحيث أن الانحباس يعتبر راجعا إلى فعل المالك...وعليه، لا يُعد بالحصر إذا كان المالك هو الذي حصر أرضه عن الطريق العام بفعله، كما إذا شيد مسكنا على قطعه الأرضية أفسد به الممر الذي يصل أرضه بالطريق العام».

وجاء في حيثيات القرار⁽²⁾ ما يلي: «وحيث بالرجوع إلى ملف الدعوى الراهنة وخاصة القرار الصادر عن مجلس قضاء سكيكدة المؤرخ في: 97/05/13 فإن الانحباس ناجم بفعل المدعى».

وبهذا يكون القضاء قد إستقرت قراراته على اعتبار مالك العقار المحصور عن الطريق العام، ليس له الحق في المطالبة بحق المرور، إذا كان الحصر ناتجا عن إرادة مالكة، سواء كان بفعل مادي من المالك أو بتصرف قانوني.

الفرع الثاني: عدم وجود حق مرور على وجه الاتفاق أو على وجه الإباحة

جاء في نص المادة 2/695 من القانون المدني الجزائري ما يلي: «ليس له (للمالك) أن يطالب بحق المرور، إذا كان يتمتع إما بحق المرور على وجه الاتفاق

(1) - حكم محكمة تمالوس، مجلس قضاء ولاية سكيكدة، فهرس رقم: 2000/01، صادر بتاريخ: 2000/01/16.

- أشار إليه: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، الطبعة الحادية عشر، دار هومة، 2010، ص 424-425.

(2) - ذكره: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 424 وما بعدها.
وهناك قرار آخر صادر بتاريخ 1985/03/06، الغرفة المدنية، ملف رقم 33524، قضية (ع.ع.ط) ضد (ع.ع.خ).

وأما بحق المرور على وجه الإباحة، مادام المرور الاتفاقي لم ينقض بعد، وحق الإباحة لم يزل».

قد لا يكون للجار إلا حق مرور متنازع، فيه أو حق مرور محمول على التسامح مثل ما هو معهود بين الجيران، فيصل الجار عبر هذا الحق إلى الطريق العام⁽¹⁾، والرأي الغالب أن هذا يكفي لاعتبار الأرض غير محصورة عن الطريق العام، وليس للمالكها حق طلب حق المرور على أراضي الغير ما دام (المالك) يصل فعلا إلى الطريق العام دون أن يعترضه أحد.

لكن يوجد رأي يخالف هذا الرأي، فحواه أن حق المرور المتنازع فيه لا يستطيع أن يطمئن له مالك العقار المحصور، إذ قد يتضح أنه لا يملك هذا الحق، فيبقى مركزه معلقا على نتيجة البت في النزاع، وبأن حق المرور المحمول على التسامح، قد لا يريد الجار حمل هذا الجميل في عنقه طويلا، فيجب إذن عدم الاعتداد بحق المرور المتنازع فيه أو المحمول على التسامح، وعليه، يستوجب القول بأن الأرض تعتبر محصورة عن الطريق العام رغم وجود هذا النوع من حق المرور.

وبناء على ما سبق فيما يتعلق بحق المرور المتنازع فيه يجب ألا ترفض⁽²⁾ دعوى الجار المطالب بحق المرور القانوني، ولكنها توقف ويتوقف مصيرها على البت في النزاع، فإن كسب الدعوى، خسر دعوى المطالبة بحق المرور القانوني، ويكون له الحق في رفع هذه الدعوى إن خسر الدعوى الأولى.

وهو الرأي الراجح، بمعنى أنه إذا كان للمالك الأرض المحصورة حق مرور على سبيل التسامح، أو حق مرور متنازع فيه، فليس للمالك هذه الأرض الحق في طلب حق المرور القانوني في أراضي الجيران؛ لأن العبرة باستغلال واستعمال الأرض، فطالما المالك يقوم باستغلال واستعمال أرضه لا عذر له في طلب حق المرور، إلى

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 754 وما يليها.

(2) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 756.

أن يثبت الحصر لأرضه وذلك عند اعتراض الجار الذي على أرضه الممر المتساح فيه، أو أن يخسر الدعوى بصدور قرار نهائي فاصل في الخصام لصالح الجار مالك العقار المرتفق به، ذلك في حالة حق المرور المتنازع فيه، حين ذلك يصبح العقار محصوراً واقعا وقانونا، فيقوم حق المالك في طلب حق المرور على أراضي الملاك المجاورين، عن طريق دعوى استعجاليه بفتح ممر، ثم إن المادة 693 من القانون المدني الجزائري تطبق حالة وجود واقعة الحصر الفعلية وليس الحصر الاحتمالي.

المطلب الثالث: تنظيم مباشرة حق المرور

إذا حصل مالك الأرض المحصورة على حق المرور على ملك جاره أو جيرانه، بالتراضي أو بالتقاضي، فإن الممر المقصود هو الممر الكافي لاستغلال الأرض واستعمالها على الوجه المألوف، وقد يكون المالك حصر نفسه بعمل مادي أو تصرف قانوني؛ في هذه الحالة حدد المشرع الأرض التي يكون عليها الممر. وقد يباشر مالك الأرض المحصورة حق المرور ويستغرق المدة اللازمة للتقادم قبل تحديد الممر، فيكسب موضع الممر وكيفية استعماله بالتقادم.

الفرع الأول: ممر للاستعمال وللاستغلال المألوفين

إن الممر الذي يحصل عليه صاحب الأرض المحصورة عن الطريق العام هو الممر اللازم والكافي لاستغلال أرضه واستعمالها المألوفين. فالأرض المحصورة قد تكون أرضا فلاحية، فيكون الممر لازما وكافيا لاستغلال هذه الأرض استغلالا فلاحيا على الوجه الذي يستغل فيه مثل هذه الأرض؛ فإن اقتضى الحال لاستغلال الأرض ممرًا كافيا لمرور المواشي والآليات الخاصة بالفلاحة ونقل الأسمدة والمحصول من الأرض، كان لصاحب هذه الأرض الفلاحية الحصول على هذا الممر.

وقد تكون الأرض المحصورة أرضا مقام عليها مصنع، فيقتضي المصنع أن يكون له ممر كاف إلى الطريق العام يتسع لمرور العمال بالمصنع، ويتسع لمرور السيارات والشاحنات والآليات لنقل المواد الختام ومنتوج المصنع، ويتسع لغير ذلك من الحاجات المختلفة للمصنع.

كما قد تكون الأرض المحصورة أرض فضاء، وهذه عادة تكون في حاجة إلى ممر أقل أو محدود؛ لأن حاجات الأرض الفضاء أقل من حاجات الأرض العامرة والفلاحية، والعبرة⁽¹⁾ بحاجات الأرض هي تلك الحاجات القائمة الفعلية والآنية دون النظر إلى ما يحتمل أن يتسع من هذه الحاجات في المستقبل، فإذا ما اتسعت الحاجات فعلا أمكن طلب توسيع الممر بما يتناسب مع الحاجات المستجدة، بل قد يقتضي الحال استبدال ممر آخر بالممر القديم، يكون مناسباً لما أُستجد من حاجات الأرض المحصورة، مع مراعاة مصلحة مالك العقار المرتفق به، ذلك كله نظير تعويض جديد.

وقد جاءت قرارات المحكمة العليا الجزائرية مؤكدة لهذا الاتجاه حيث صدر قرار جاء ملخصه⁽²⁾: «استغلال العقار هو وحده الذي تقدر على ضوئه كفاية الممر من عدمه»، كما صدر قرار آخر⁽³⁾ جاء فيه: «يمكن نقل حق الارتفاق إلى موضع آخر من العقار متى كان استعماله في وضعه الجديد ميسورا به في وضعه السابق».

الفرع الثاني: تغيير الممر حسب الحاجات المستجدة للأرض

قد تقام أبنية على الأرض، للسكن أو للاستغلال الفلاحي أو الاستغلال الصناعي، فتزيد حاجات الأرض باستحداث هذه الأبنية أو هذا الاستغلال الفلاحي، بشرط ألا تكون الأبنية هي التي سببت انحصار الأرض أو زادت فيه، فيكون مالك الأرض هو الذي حصر أرضه، ونكون بصدد تطبيق الفقرة الأولى من المادة 695 / 1 قانون مدني الجزائري.

لكن قد يتطور المصنع ويتسع فتصبح حاجاته أكثر عما كانت عليه في

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1978، ص 95-96.

(2) - قرار رقم: 390680، مؤرخ في: 17/01/2007، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2007، ص 411.

(3) - قرار رقم: 593347، مؤرخ في: 13/05/2010، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2010، ص 208.

الماضي، وقد يستحدث صاحب الأرض الفلاحية من وسائل الاستغلال الفلاحي جديداً، كما إذا أضاف إلى الفلاحة تربية المواشي وبناء إسطبلات، فيكون في حاجة إلى ممر أوسع لما استجد من الحاجات، ولا يجوز الاعتراض على ذلك بأن صاحب الأرض المحصورة قد زاد من أعباء حق المرور بإرادته وحده، ذلك أنه يجب أن يكون حراً منطلقاً في نشاطه وتجديده لأنواع النشاط الذي يقوم به كما لو كانت أرضه غير محبوسة، فهذا ما تقتضيه المصلحة العامة⁽¹⁾.

ولا يجوز تقييده في ذلك ما دام في نطاق الوجوه المألوفة لاستغلال أرضه، ويجب أن يفسح بينه وبين أي نشاط يجعله يحصل من أرضه على أكبر منفعة يستطيع الحصول عليها؛ فمن أجل هذا أعطى القانون له حق المرور في أرض الجار، ولا يوجد حد لنشاط صاحب الأرض المحصورة إلا أن يكون متعمداً للإضرار بصاحب الأرض المجاورة، أو متجاوزاً للنطاق المألوف من النشاط فيزيد من أعباء حق المرور، وكان يستطيع ألا يفعل، فعند ذلك يكون مسؤولاً، ويجوز للجار منعه؛ إما لأنه متعسف في استعمال حقه، أو لأنه قد جاوز الحد المألوف في مضار الجوار، فألحق بجاره ضرراً غير مألوف⁽²⁾، فيعوض جاره المضرور أو يزال سبب الضرر تطبيقاً للمادة 691 من القانون المدني الجزائري.

إن وجود هذا الممر مقرر قانوناً قبل تقريره من قبل القاضي، وفي حالة عدم الاتفاق إذا مر مالك العقار المحصور بأرض الغير قبل تعيين الممر، أو قبل دفع التعويض، لا يوقعه تحت طائلة أحكام قانون العقوبات⁽³⁾، وكل ما يترتب على

(1) - عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 761.

(2) - عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 761.

« كذلك لو غير الجار طريق الاستغلال فضيع منها ولم يعد في حاجة إلى كل الممر الذي أعطي له، جاز للمالك المجاور أن يطلب تضييق الممر بحيث يتناسب مع الطريقة الجديدة للاستغلال». عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 761، هامش رقم 1. نقلاً عن عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، فقرة 76، ص 118؛ منصور مصطفى منصور، حق الملكية، فقرة 32، ص 73.

(3) - المادة 458 ق.ع، جنحة دخول ملك الغير بدون وجه حق.

مروره هو إلزامه بدفع تعويض إن نشأ عن مروره ضرر بأرض الجار. وإذا استمر استعمال الممر من طرف صاحب الأرض المحاطة سنة فأكثر، استطاع أن يستفيد من دعوى منع التعرض ضد مالك العقار المجاور إذا تعرض له في وضع يده، وإذا وجد أكثر من عقار يفصل العقار المحاط عن الطريق العام، فإن الممر يتقرر على العقار الذي يكون فيه المرور أخف ضرراً دون سائر العقارات، والأمر متروك لتقدير القاضي الذي ينظر مصلحة الفريقين فيأخذ بأخف الضررين.

الفرع الثالث: موضع الممر إلى الطريق العام

موضع الممر إلى الطريق العام يكون في الأراضي المجاورة، وأول أرض يمر فيها مالك الأرض المحصورة تكون بداهة أرضاً ملاصقة لأرضه، فإن كان المرور في هذه الأرض يؤدي به إلى الطريق العام كان هذا كافياً؛ لأن الانحصار انفك بهذا الممر، وإلا فإنه يمر أيضاً في الأرض أو الأراضي التي تكون مجاورة لأول أرض يمر فيها إلى أن يصل إلى الطريق العام.

ويستوي أن تكون الأرض التي يمر فيها أراضي فلاحية أو أراضي بناء أو أراضي فضاء؛ حدائق أو بساتين مسورة أو غير مسورة، فإن كانت مسورة كحديقة أو فناءً ملحقاً بمنزل وجب على صاحبها أن يفتح فيها منفذاً للمرور منه ويجوز أن يبقيا مسورة ويفتح بها باباً يعطي مفتاحه لصاحب الأرض المحصورة⁽¹⁾. ويجوز أن يكون الممر في أرض موقوفة⁽²⁾، ولا يعتبر إعطاء الممر هنا إخلالاً بعدم قابلية الأرض الموقوفة للتصرف، فإن قيد المرور يرد على جميع الأراضي المجاورة للأرض المحصورة حتى لو لم تكن قابلة للتصرف فيها، كما يجوز أن يكون الممر في أرض من

(1) - زهدي يكن، المرجع السابق، ص 128 وما يليها؛ عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 762.

(2) - عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع نفسه، ص 762.

أملاك الدولة، على شرط ألا يتعارض هذا الارتفاق مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال، وذلك بصريح نص المادة 867 من القانون المدني: «الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال، إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال». ونلاحظ أن كلمة عام قد سقطت من نص المادة باللغة العربية بخلاف النص الفرنسي⁽¹⁾.

فإن كان يجوز ترتيب حق الارتفاق الاتفاقي على المال العام، فأولى أن يترتب المرور القانوني على هذا المال العام وفي معرض فصلها في النزاعات العقارية، صدر قرار عن المحكمة العليا الجزائرية في هذا الاتجاه، قرار⁽²⁾ في قضية (س.س) ضد (س.م) جاء نصه كما يلي: «يجوز أن يترتب الارتفاق على مال عام إن كان لا يتعارض هذا المال مع ما أعد له وكما استبان من القرار المطعون فيه بتقرير صفة المدعي عليهم في الطعن في استعمال حق الارتفاق على الأرض من نوع عرش⁽³⁾ فإن قضاة الموضوع يكونون قد أصابوا في تطبيق القانون».

وكما يجوز أن يكون موضع الممر على سطح الأرض كذلك يجوز أن يكون تحتها كما إذا تقرر حق المرور لمجر أو منجم في باطن الأرض. كذلك يجوز أن يكون في موضع هو أعلى من سطح الأرض كما إذا أقام أحد الأفراد جسرا عاليا فوق سطح الأرض، فيتقرر لجاره صاحب الأرض المحصورة حق المرور فوق هذا الجسر.

وحماية لمالك العقار المرتفق به من أضرار قيد المرور المفروض عليه، فقد حدد

(1) - Art. 867: «... Elle peut être constituée sur un domaine de l'État dans la mesure où elle n'est pas incompatible avec l'usage auquel ce fonds est destiné».

(2) - قرار رقم 228461، بتاريخ 28/06/2002، الغرفة العقارية للمحكمة العليا.

(3) - أراضي العرش هي تلك الأراضي التي منحت من قبل الدايات الأتراك للقبائل والعروش، الذين كانوا مواليين لهم على سبيل الانتفاع الجماعي. وأراضي العرش ملك الدولة. نص المادة 85 من قانون 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري، المؤرخ في 18/11/1990، كذلك المادة 18 من قانون 90-30، المؤرخ في 01/12/1990، المتعلق بأملاك الدولة.

المشروع العقار الذي يتحمل قيد المرور وحدد مكانه بهذا العقار، كما أعطى سلطة واسعة للقاضي في تحديده، وتعرض لذلك فيما يلي.

أولاً: أن يكون الممر في الموضع الأقل ضرراً بالأمالك المجاورة

تنص المادة 696 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: «يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة والتي تحقق أقل ضرر بالملاك المجاورين».

إذن من خلال المادة سالفة الذكر، يكون المشروع قد قرر أن حق المرور يختار على عقار مجاور يكون المرور فيه أخف ضرراً من المرور في العقارات المجاورة الأخرى، وقد يكون الممر الأخف ضرراً هو الممر الأقصر إلى الطريق العمومي، ولكن ليس محتماً أن يكون الأمر كذلك، فقد تتخلل الممر الأقصر بساتين وأشجار فيعدل عنه إلى ممر أطول في العقار المجاور⁽¹⁾، أو في عقار مجاور آخر ويكون من شأنه ألا يلحق بصاحب هذا العقار مثل الضرر الذي يلحق الأرض ذات الممر الأقصر؛ فإذا تعين العقار الذي يكون فيه الممر على هذا النحو، وجب أيضاً أن يكون الممر في موضع من هذا العقار الأخف ضرراً من غيره، سواء بالنسبة إلى صاحب هذا العقار أو بالنسبة إلى صاحب الأرض المحبوسة.

وقد صدر قرار⁽²⁾ عن المحكمة العليا في هذا الاتجاه: قضية (ت. م) ضد (ت. س)، حيث فتح طريق من قبل مصالح الطرقات والجسور، انحصرت أرض الطاعن على إثر فتح الطريق، فحدد الخبير الجهة الملائمة والأقل ضرراً لفتح ممر للطاعن. رفض قضاة المجلس طلب الطاعن، ثم نقض قضاة المحكمة قرار المجلس؛ لأن قضاة المجلس جانبوا الصواب وكان عليهم تطبيق المادة 696 من القانون المدني.

18- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع سابق، ص 764؛ زهدي يكن، المرجع السابق، ص 128.

(2) - قرار رقم 55985، بتاريخ: 1989/11/15، مجلة القضاة، عدد 01، 1991، ص 30.

ثانياً: ما يراعى في اختيار موضع الممر

يراعى في الاختيار الكيفية التي يكون عليها الممر، فقد يكون ممر مقصوراً على الراجلين أو شاملاً للعربات والمواشي، أو مقصوراً على أيام أو ساعات معينة ويغلب أن يقتضي الأمر لتحديد موضع الممر بالدقة أن تعين المحكمة خبيراً، أو أن تأمر بإجراء معاينة على الطبيعة، كما يغلب أن يدخل أحد طرفي الدعوى بعض الجيران الآخرين، خصوصاً فيها إذا كانت عقاراتهم يمكن أن يعين فيها موضع الممر.

كما يراعى في تعيين الممر جانب صاحب الأرض المحصورة نفسه، فيجوز أن يطلب هذا أن يكون الممر في موضع هو أطول من غيره لأن الموضع الأقصر مغروس بالأشجار أو به جدار، فيكون أكثر كلفة عليه عند تقدير التعويض.

قد يراعى جانب الجار الذي يتقرر حق المرور على أرضه، فيطلب تغيير موضع الممر إذا تبين أن حق المرور قد زاد عبؤه في الموضع المقرر لسبب أو لآخر، فينقل الممر إلى موضع آخر يكون أخف عبئاً، فإذا ما استقر موضع الممر لم يكن لصاحب الأرض المحصورة إلا حق المرور فيه ليصل إلى الطريق العام، ولا يعتبر الممر مملوكاً له بل يبقى مملوكاً لصاحبه، فليس لصاحب الأرض المحصورة أن يستعمله إلا للمرور بالكيفية التي تقررت، فيمر هو وحده أو هو وآخرون، وقد تمر فيه المواشي والعربات، وقد لا يستعمل الحق إلا في أيام أو ساعات معينة كل هذا وفقاً لاحتياجات الأرض المحصورة وبحسب ما يتقرر تبعا لذلك، هذا إذا كان الانحصار لا دخل فيه لمالك الأرض المحصورة، لكن ماذا لو أن المالك حصر ملكه بعمله المادي أو تصرفه القانوني وسدّ المنفذ إلى الطريق العام وأصبح ملكه أو أحد أجزائه محصوراً بفعل هذا العمل أو هذا التصرف؟

الفرع الرابع: الحصر الناشئ عن تصرف المالك

هناك حالة خاصة استثنائية نص عليها القانون المدني، على أن يكون الممر في موضع معين دون غيره، مهما كان مكلفاً ومهما كان الضرر، كبيراً أو بسيطاً؛ فقد نصت المادة 697 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: «إذا كانت الأرض

المحصورة ناتجة عن تجزئة عقار بسبب بيع أو مبادلة أو قسمة أو من أي معاملة أخرى فلا يطلب حق المرور إلا على الأراضي التي تشملها تلك المعاملات».

أولاً: موضع الممر عند تجزئة الأرض والأساس الذي يقوم عليه

أ- موضع الممر عند تجزئة الأرض: إن العقار الذي يكون متصلاً اتصالاً كافياً بالطريق العام، ثم يقوم مالكة بتجزئته ويكون من شأنه أن يحصر جزءاً منه عن الطريق العام، فتحق المرور لهذا الجزء يجب أن يتقرر على الأجزاء الأخرى الناتجة من تجزئة نفس العقار⁽¹⁾، وفي هذه القاعدة توسع في مبدأ تخصيص المالك الأصلي الذي سيأتي بيانه لاحقاً.

وقد جاء التوسع من حيث إنه لا يشترط في الحالة التي نحن بصدددها أن يكون المالك الأصلي قد وضع علامات ظاهرة لحق المرور لمصلحة جزء عقار على الأجزاء الأخرى، على أنه لو وضع هذه العلامات الظاهرة لتقرر حق المرور بتخصيص المالك الأصلي حتى لو كان الجزء المرتفق لا تحصره التجزئة عن الطريق العام، بل كان له ممر كافٍ من ناحية أخرى.

نص المادة 697 من القانون المدني الجزائري يفترض أن هناك أرضاً لها منفذ إلى الطريق العام ثم تصرف صاحب الأرض فيها تصرفاً قانونياً كالبيع أو الهبة أو الوصية، أدى هذا التصرف إلى جعل جزء منها محصوراً عن الطريق العام. مثال ذلك: أن يبيع المالك جزءاً من الأرض لشخص آخر، فيؤدي البيع إلى أحد أمرين: إما أن المشتري يشتري الجزء غير المجاور للطريق العام، فيكون هذا الجزء محصوراً، أو يشتري الجزء المجاور للطريق العام، فيصبح الجزء الآخر الذي استبقاه البائع هو المحصور⁽²⁾. ونجد كذلك المقايضة، الهبة، الوصية؛ فيكون هناك مقايض أو موهوب له أو موصى له بدلاً من المشتري.

20- زهدي يكن، المرجع السابق، ص 133.

21- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 725 وما بعدها. ولذلك ذهب الأستاذ إسماعيل غانم إلى: «أن الترف الذي أنشئت عنه تجزئة العقار الأصلي على وجه نتيج

ويصح أن تكون الأرض شائعة بين اثنين فيقتسما هذه الأرض، وبذلك تفرز حصة كل واحد منهما، وقد تصبح إحدى الحصتين - بعد إفرازها- لا منفذ لها إلى الطريق العام. هذه صورة عملية للحصر الذي ينشأ عن تجزئة العقار بناء على تصرف قانوني، ومنها نرى جزءاً من هذا العقار قد أصبح محصوراً عن الطريق العام بحكم هذه التجزئة، فإذا طالب صاحب هذا الجزء بحق المرور، فأين يكون موضع الممر الذي يطلبه؟

لو طبقنا القواعد العامة في هذه الحالة لوقع الممر في أي عقار مجاور يكون المرور فيه ملائماً وأخف ضرراً، ولكن القانون (المادة 697) هنا تراجع عن هذه القاعدة، وأوجب أن يكون الممر في الجزء الآخر من العقار المجزأ، ولو لم يكن المرور فيه أخف ضرراً وغير ملائم؛ ففي حالة بيع جزء من العقار إذا كان المشتري هو صاحب الجزء المحصور، كان له حق المرور في الجزء الذي استبقاه البائع، وإذا كان الجزء الذي استبقاه البائع هو المحصور، فإن حق المرور له في الجزء الذي باعه للمشتري.

وفي حالة القسمة يكون للمتقاسم الذي انحصر ملكه بعد إفراز حصته، حق المرور في الحصة المفروزة التي وقعت في نصيب المتقاسم الآخر، وهو الاتجاه الذي سلكته المحكمة العليا في معرض فصلها في القضايا العقارية، حيث جاء في قضية⁽¹⁾ (ط.أ) ضد (ح.ص) هذا ملخصه: «لا يطلب حق المرور بالنسبة للأرض المحصورة نتيجة معاملة ما يبيع - مبادلة - قسمة... إلا على الأرض محل المعاملة». «ويبرر هذا الحكم أن العقار كان في مبدأ الأمر، غير محصور عن الطريق العام وقد

عنه أن أصبح أحد الأجزاء غير متصل بالطريق العام يعتبر متضمناً لالتزام بإنشاء حق ارتفاق بالمرور ولو لم يرد في الترف نص صريح في هذا الصدد؛ ذلك لأن العقد لا يقتصر على التزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفق العرف والعدالة.

كذلك انظر علي فيلالي الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 365.
(1) - قرار رقم 229229، مؤرخ في 2002/05/22، مجلة الاجتهاد القضائي، 2004، عدد خاص، ج2، ص422؛ علي فلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص365.

أصبح جزء منه محصوراً بفعل صاحب العقار، فيكون من العدل أن حق المرور يتقرر للجزء المحصور على الجزء الآخر، ولو تقرر المرور في عقار غير هذا الجزء الآخر لاستطاع المالك أن يفرض⁽¹⁾ بفعله حق مرور على أرض الجار؛ لأن الحصر نشأ عن تصرف صدر منه هو. وقد سبق القول أنه لا يعتد بانحصار الأرض إذا كان المالك هو الذي حصرها عن الطريق العام بفعله، ويخلص من ذلك لو كانت تجزئة العقار بسبب نزاع ملكية الجزء الذي يتصل بالطريق العام، فليس لصاحب الجزء المحصور عن الطريق العام أن يجعل حق المرور من هذا الجزء المنزوع ملكيته، وكذلك الحكم لو باع المالك الجزء الذي يتصل بالطريق العام مضطراً خشية عليه من نزاع الملكية»⁽²⁾.

كما يمكن تأصيل الحكم أيضاً بتقريبه من قاعدة تخصيص المالك الأصلي، في حقوق الارتفاق الاتفاقية طبقاً للمادة 869 القانون المدني التي تنص: «يجوز أيضاً في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب بالتخصيص من المالك الأصلي فيكون التخصيص من المالك الأصلي إذا تبين بأي طريقة من طرق الإثبات أن المالك للعقارين قد أقام بينهما علامة ظاهرة... ما لم يكن ثمة شرط صريح يخالف ذلك».

هذا توسع في قاعدة تخصيص المالك الأصلي، ولم يستوجب أن تكون هناك علامات ظاهرة، استغناء عنها بأن العقار كان في بادئ الأمر واحداً ثم تجزأ، فكان المالك الأصلي وهو يجزئ العقار تجزئة اختيارية أن حصر جزءاً منه عن الطريق العام خصص الجزء الآخر للممر الذي يجب أن يكون للجزء المحصور، وشرط ذلك أن يكون هناك جزء قد حصر عن الطريق العام، خصص الجزء الآخر للممر الذي يجب أن يكون للجزء المحصور، وشرط ذلك كما سبق أن قلنا أن يكون هناك جزء قد حصر عن الطريق العام بفعل التجزئة، ولو أن المالك الأصلي قد وضع علامات ظاهرة لحق المرور على جزء من العقار قبل التجزئة لمصلحة الجزء الآخر، لأصبحت قاعدة تخصيص المالك الأصلي ذاتها هي المطبقة ولترتب على ذلك أنه عند تجزئة

(1) - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 09.

(2) - انظر عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 767.

العقار يصبح لجزء منه حق مرور اتفائي لا حق مرور قانوني (أي قيد المرور) على الجزء الآخر، وفي هذه الحالة ليس من الضروري - كما هو ضروري في حالة المرور القانوني- أن يكون جزء صاحب الارتفاق محصوراً عن الطريق العام؛ لأن هذا الجزء إنما كسب حق المرور بتخصيص المالك الأصلي، فهذا سبب من أسباب كسب حقوق الارتفاق، ولا يشترط فيه أن يكون العقار المرتفق محصوراً عن الطريق العام.

ب. الأساس الذي يقوم عليه موضع الممر: هناك وجه آخر لتبرير الحكم الذي نحن بصدده، وإن كان لا ينطبق في جميع الصور؛ ففي الحالة التي باع فيها المالك الأصلي جزءاً من العقار فيصبح هذا الجزء محصوراً عن الطريق العام، يمكن القول إن البائع كما يضمن للمشتري استحقاق الجزء المباع، يضمن له كذلك حق المرور إليه على الجزء الذي استبقاه، إذ يكون انحصار الجزء المباع بمثابة استحقاق جزئي أو أن حق المرور من توابع المباع الضرورية.

كذلك عندما يتقاسم الشريكان العقار الشائع، فإن على صاحب الحصة المفردة التي لها منفذ إلى الطريق العام حق المرور على حصته، ولكن إذا باع المالك الأصلي جزءاً من العقار -هو الذي له منفذ إلى الطريق العام- وبقي في الجزء الآخر المحصور، فإنه لا يمكن في هذه الصورة تبرير الحكم بحق الضمان، إن الضمان التزام في ذمة البائع للمشتري، أما هنا فالمرور واجب على المشتري للبائع⁽¹⁾، ومن ثم وجب الرجوع إلى التبرير الأصلي في إعطاء حق المرور للبائع على الجزء الذي أخذه المشتري والتصريح بأن هذا هو الذي يقتضيه العدل على الوجه الذي تقدم، وهناك فرق بين ما إذا كان حق المرور يرجع إلى فكرة الضمان أو يرجع إلى فكرة العدالة.

❖ **فكرة الضمان:** في حالة الضمان يكون للمشتري حق المرور في الجزء الذي استبقاه البائع، وذلك دون أن يدفع مقابلاً لذلك؛ فالضمان يتضمن هذا المقابل. كذلك إذا كان الجزء المحصور الذي أخذه المشتري قد انفك حصره

(1)- تمائي جميلة، المرجع السابق، ص 46.

عن طريق آخر (طريق انفكك الانحصار)، فأصبح له منفذ إلى الطريق العام، لم يزل بذلك حقه في المرور في أرض البائع؛ لأن هذا الحق كسبه عن طريق الضمان.

❖ فكرة العدالة: تختلف الأحكام فيما إذا كان حق المرور يقوم على فكرة العدالة، فليس هناك ضمان في هذه الحالة، ويجب على من حصل على حق المرور أن يدفع مقابلاً له، وإذا انفك الانحصار عن الجزء المحصور، زال حق المرور بزوال سببه الذي هو الانحصار. وهذه هي الأحكام التي يرتضيها الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري، مبرراً ذلك بأننا هنا نبني حق المرور على فكرة العدالة. وإذا اشترى الشخص جزءاً من أرض وانحصر بهذا الشراء عن الطريق العام، ثبت له حق المرور على الجزء الآخر، وينتقل هذا الحق إلى المشتري الثاني من المشتري، لا على أنه خلف خاص للمشتري في الالتزام بالضمان، بل على أن الجزء الذي اشتراه من المشتري المحصور ملكه عن الطريق العام بسبب تصرف قانوني، فثبت له حق المرور أصالة عن الجزء الآخر وهو ما يطابق نص المادة (697) من القانون المدني الجزائري.

العقار الذي جزئ إنمّا يثبت لجزء منه حق المرور على الجزء الآخر على الوجه الذي سبق، إذا كان هذا مستطاعاً، فإن لم يكن مستطاعاً بأن كان العقار كله محصور عن الطريق العام، فأبي جزء منه يصبح هو أيضاً محصوراً عن الطريق العام، ومن ثم لا يمكن أن يكون للجزء حق المرور فيه يؤدي إلى هذا الطريق، وعلى ذلك لا يكون هناك حل في هذه الحالة إلا بالرجوع إلى القواعد العامة التي سبق تقريرها، وطلب ممر يؤدي إلى الطريق العام في أحد العقارات المجاورة على النحو الذي سبق أن تعرضت له.

وفي معرض فصلها في النزاعات العقارية، قد صدرت قرارات عديدة من المحكمة العليا الجزائرية فيما يخص التصرفات التي تؤدي إلى حصر العقار على الطريق العام منها: القرار⁽¹⁾ قضية (ه.ب) ضد (ورثة ب.أ ومن معهم).

(1) - قرار رقم: 259 - 303 مؤرخ في: 2005/03/23 مجلة المحكمة العليا، العدد 1، ص 261 وما بعدها.

طعن (هـ. ب) بأن الحمام الذي أنجزه ليس له مخرج إلا باختراق ملكية (ورثة ب.أ ومن معهم)، وأن قضاة المجلس قد حرّموه من حق المرور وأساءوا تطبيق المادتين 693-694 من القانون المدني، لكن الطعن رفض على أساس أن قضاة المجلس أشاروا أن الطاعن قد حصر نفسه بإرادته ولم يحترم مخطط البناء، وبالتالي وجب تطبيق المادة 695 من القانون المدني وليس تطبيق المادتين 693 - 694. وجاءت كل القرارات في هذا الصدد مؤكدة تطبيق المادة 695 في حالة تحقق مثل هذه الوقائع.

ثانياً: أثر التقادم في تعيين موضع الممر والتعويض المقابل لذلك

قد يباشر صاحب حق المرور في استعمال ممر، ويكون ممرًا غير ملائم ولا تحقق أقل ضرر، وقد ترم مدة التقادم دون اعتراض من قبل الجار مالك العقار، وعليه نتعرض في هذا الجزء إلى:

أ. أثر التقادم في تعيين موضع الممر: إذا توافرت شروط انحصار الأرض عن الطريق العام، وأصبح لمالك الأرض المحصورة حق المرور في الأراضي المجاورة، فإن هذا الحق لا يتقادم بعدم الاستعمال مهما طال الأمد على عدم استعماله ما دامت الأرض محصورة، فهو قيد يرد على حق الملكية ويبقى ما بقيت شروط هذا القيد قائمة، فيستطيع صاحب الأرض المحصورة أن يطالب بحق المرور في أرض الجار ولو بعد خمس عشرة سنة من انحصار الأرض ما دام الانحصار لا يزال قائماً.

إذا كان صاحب الأرض المحصورة قد استعمل حق المرور القانوني فعلا في أرض مجاورة، ولكن دون أن يراعي القواعد الخاصة بموضع الممر التي فرضتها المادة 696 من القانون المدني بنصها: «يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة والتي تحقق أقل ضرر بالملاك المجاورين».

حيث إن مالك الأرض المحصورة باشر حق المرور في موضع غير ملائم أو لا يحقق أقل ضرر دون مبرر، فإن لمالك الأرض المجاورة الحق في أن يعترض؛ لأن موضع الممر لا يطابق شروط المادة 696 من القانون المدني، وإذا بقي ساكناً ولم يعترض وبقي صاحب الأرض المحصورة يمر في هذا الموضع أو المكان مدة خمسة

عشر سنة، فإن حقه في المرور في الموضع يثبت بالتقادم، والتقادم هنا لا يكون تقادماً مكسباً إذ إن مالك الأرض المحصورة قد قصد أن يستعمل حق المرور القانوني لا حق المرور الاتفاقي (تأخر عنصر النية)، وإنما اختار موضعاً له لا يتفق مع شروط المادة 696 من القانون المدني؛ فيكون التقادم في هذه الصورة تقادماً مسقطاً، إذ يتقادم حق مالك العقار المرتفق به في الاعتراض على الموضع أو المكان الذي اختاره مالك الأرض المحصورة وباشر فيه المرور مادام قد بقي ساكناً لم يعترض مدة خمسة عشر سنة، فحق الجار في الاعتراض قد سقط⁽¹⁾.

إذا كانت الأرض محصورة أو غير محصورة عن الطريق العام، ولكن صاحبها مر في أرض الجار، لأن المسافة إلى الطريق العام أقصر وأيسر، فإذا بقي مالك الأرض في هذه الحالة يمارس بشكل ظاهر حق المرور خمسة عشر سنة، فإنه يملك حق ارتفاق المرور في الأرض التي يمر فيها طول هذه المدة⁽²⁾، وذلك بحكم التقادم المكسب؛ لأن حق المرور يجوز كسبه بالتقادم إذا كان ظاهراً، ولا يزول بتوقف الحصر الذي كان السبب الأصلي فيه إما عارضاً أو نهائياً.

إذا كان مالك الأرض المحصورة قد حصل على حقه القانوني في المرور في أرض الجار، في موضع يتفق مع القواعد المقررة في المادة 696 من القانون المدني، بحيث لا يكون للجار حق في الاعتراض، لكن مالك هذه الأرض لم يمارس حقه فعلاً في المرور من هذا الموضع مدة خمسة عشر سنة، فإنه في هذه صورة يفقده بعدم استعمال الحق الذي كان قد كسبه، وإذا أراد المرور بعد ذلك وكانت أرضه لا تزال محصورة جازله ذلك، ولكن بموجب حق مرور جديد وبمقابل جديد.

ب. التعويض المقابل لحق المرور: يجب أن يدفع المستفيد من حق المرور تعويضاً لمالك الأرض المجاورة، يقرر بناءً على نسبة الضرر الذي لحق به كما جاء في نص المادة 693 من القانون المدني: «...مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن

(1) - عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 101.

(2) - المادة 827 من القانون المدني الجزائري.

أن تحدث من جراء ذلك».

فإذا لم يتفق الطرفان على مقدار هذا التعويض، تولى القاضي تحديد التعويض. ويلجأ عادة القاضي في ذلك إلى خبير لتقويم الضرر الذي أصاب الجار المحملة أرضه بالممر، ولا يعتد بالفائدة⁽¹⁾ التي كسبتها الأرض المحصورة من جراء حق المرور، فلو أن هذه الفائدة كانت أكبر قيمة من الضرر فالعبرة بقيمة الضرر لا بقيمة الفائدة، ومتى تحددت قيمة الضرر حكم القاضي بها تعويضا للجار.

وإذا قام مالك الأرض المحصورة بتعديلات ترتب عنها ضرر إضافي يجوز الحكم بتعويض إضافي لمالك الأرض المجاورة⁽²⁾ إذا طلب ذلك، ولا يشترط أن يعجل دفع التعويض، بل يخضع في ذلك إلى سلطة القاضي التقديرية طبقا لنص المادة 1/132 من القانون المدني الجزائري، ولكن يجوز للجار في جميع الأحوال أن يمنع صاحب الأرض المحصورة من حق المرور قبل أن يدفع التعويض المستحق في ذمته، وذلك تطبيقا لقواعد الحق في الحبس، ومع ذلك إذا مر صاحب الأرض المحصورة قبل أن يدفع التعويض، فإن دخوله دون وجه حق⁽³⁾، فيطالبه الجار بالتعويض إن أحدث بدخوله ضررا للجار.

ودعوى المطالبة بالتعويض نتقادم بخمسة عشر سنة، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى، فإذا تحصل مالك الأرض المحصورة على حق المرور في أرض الجار بالتراضي أو بالتقاضي، أو مارس حق المرور فعلا دون اتفاق أو حكم، فإن التعويض يصبح مستحقا، فإذا سكت مالك الأرض المجاورة عن المطالبة به مدة خمسة عشر سنة من وقت استحقاقه، فإن دعواه تسقط بالتقادم، وهو الاتجاه الذي سلكته المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الذي جاء في حيثياته: «... ما دام

29- أنور طلبة: الوسيط في أحكام القانون المدني الجزء الخامس، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، ص35.

30- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص773.

(3) - المادة: 458 من قانون العقوبات الجزائري.

النزاع يتعلق بالتعويض عن ممر موجود منذ أكثر من 15 سنة كما عاينه قضاة الموضوع فلا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب التعويض تطبيقاً للمادة 700 من القانون المدني...»⁽¹⁾.

وإذا حكم مالك الأرض المجاورة بالتعويض أو تراضا عليه الطرفان، وكان التعويض مبلغاً إجمالياً ولم يطالب به الجار خمسة عشر سنة من استحقاق المبلغ أو منذ استحقاق أي قسط منه، فإنه أيضاً يسقط بالتقادم، بل إذا كان التعويض المحكوم به أو المتفق عليه إيراداً يتجدد كل سنة، فإن هذا الإيراد يسقط بخمس سنوات، شأنه شأن كل دين دوري متجدد⁽²⁾.

أما إذا أصبحت الأرض محاطة نتيجة لتجزئة العقار بسبب عقد قسمة أو بيع، فإن حق المرور يتقرر بدون تعويض، ما لم يحصل الاتفاق على خلاف ذلك.

غير أنه في القسمة يجب أن يكون للجزء المحاط إتصال بالطريق العام على الأجزاء الأخرى. أما في حالة البيع فيكون لمشتري الجزء المحاط حق المرور على الجزء الذي مازال ملكاً للبائع ومتصلاً بالطريق العام، دون أن يلتزم بدفع تعويض؛ لأن البائع ملزم بتسليم الشيء وتوابعه وكل ما هو معد لاستعماله الدائم، ومن بين هذه التوابع حق المرور، فهو لازم لاستعمال العقار.

وقد يباشر مالك العقار المحصور على أرض الجار حق المرور، والجار لا يعترض دون أن يظهر ذلك على أنه من باب التسامح، حتى يحصل صاحب الأرض المحصورة بالاستعمال والحيازة على حق المرور بالتقادم، فلا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب التعويض، وذلك تطبيقاً للمادة 700 من القانون المدني التي تنص: «لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب التعويض، إذا سكت حتى حصل

(1) - قرار رقم 200906، مؤرخ 2000/06/28، الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ج2، 2004، ص415.

(2) - المادة 309 من القانون المدني الجزائري.

صاحب الأرض المحصورة باستعمال والحياسة على حق المرور».

المبحث الثاني: انقضاء حق المرور لمالك الأرض المحصورة

قضت المادة 693 من القانون المدني الجزائري بحق المطالبة بممر لمن كانت أرضه محصورة عن الطريق العام، أو كان لها ممر لكن هذا الممر غير كاف لاستغلالها واستعمالها المألوفين، وذلك مقابل دفع تعويض يتناسب مع الضرر الذي يلحق عقار الجار الملاصق أو غيره، لكن هذا الحق قد ينقضي، وانقضاء حق المرور يجلينا إلى انقضاء حقوق الارتفاق عموما باعتبار حق المرور القانوني هو أيضا يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر يملكه شخص آخر، ويختلف عن حق الارتفاق من حيث الطبيعة القانونية⁽¹⁾. بالإضافة إلى ذلك فإن لحق المرور -بوصفه قيدها على حق الملكية- سبب خاص للانقضاء هو زوال الحصر كأصل عام.

المطلب الأول: انقضاء قيد المرور طبقا لقواعد انقضاء حق الارتفاق

لقد عدد المشرع الحالات التي ينقضي فيها حق الارتفاق، حيث ينقضي طبقا للمواد: 876، 878 - 880 من القانون المدني الجزائري، وبالتالي ينقضي حق المرور القانوني طبقا للمواد المذكورة متى كانت لا تتعارض مع طبيعة حق المرور القانوني.

الفرع الأول: هلاك أحد العقارين

جاء في نص المادة: 878 من القانون المدني الجزائري يلي: «تنتهي حقوق الارتفاق بهلاك العقار المرتفق به هلاكاً تاماً...». فينقضي حق المرور إذا هلك العقار المرتفق به، إذ يصبح استعمال الحق غير ممكن. والهلاك قد يكون مادياً، وهذا نادراً ما يحدث، كما لو تآكل العقار نتيجة جريان النهر أو غمرته المياه، ولكن غالباً ما يكون الهلاك قانونياً، كما لو نزع ملكية العقار المرتفق به للمنفعة العامة.

34- القرار رقم 225806، المؤرخ في 20/02/2002، الاجتهاد العقاري، عدد خاص، ج 2، 2004، ص 419.

ويشترط في الهلاك الذي ينقضي به حق الارتفاق أن يكون كلياً، أما إذا كان هلاك العقار أو أحد العقارين جزئياً فلا ينقضي حق المرور؛ لأنه يظل ممكناً في كل جزء.

الفرع الثاني: جمع العقارين بيد مالك واحد

جاء في نص المادة 878 من القانون المدني: «تنتهي حقوق الارتفاق... أو باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد، ويعود حق الارتفاق إذا زال اجتماع العقارين»؛ فجمع العقارين بيد مالك واحد هو سبب مؤقت لانقضاء حق المرور، فإذا زال سبب اجتماع العقارين، كما إذا أبطل عقد البيع مثلاً وعادت ملكية أحد العقارين إلى صاحبها، عاد حق المرور من جديد.

وسبب الانقضاء والبقاء يكمن في أن افتراض وجود عقارين للمالكين مختلفين، فإذا انتقلت ملكية أحد العقارين، إلى مالك العقار الآخر أو انتقلت ملكية العقارين معاً لشخص ثالث أياً كان التصرف القانوني؛ انتهى حق المرور، فقد تجتمع ملكية العقارين في يد واحدة على إثر عقد معلق على شرط فاسخ، ثم تحقق الشرط الفاسخ، فإن حق المطالبة بالمرور القانوني، يقوم من جديد إذا بقي العقار محصوراً، ويطبق نفس الحكم لو زال الاجتماع دون أثر رجعي. مثال ذلك: أن يشتري مالك الأرض المحصورة العقار المجاور الذي كان مقرراً عليه حق المرور، ثم يبيع هذا الأخير العقار ثانية، فهذا الشراء الذي تم بدون أثر رجعي، لن يمنعه من المطالبة بحق المرور من جديد. وعلى العكس من ذلك، فإن اجتماع العقارين بدون أثر رجعي لا يعيد حق المرور بوصفه حق ارتفاق بعد أن انتهى، فيمكن أن يعود هذا الحق في حالة اجتماع العقارين بأثر رجعي⁽¹⁾.

(1) - علي علي سليمان: شرح القانون المدني الليبي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، منشورات جامعة بنغازي، ليبيا، ص 378.

الفرع الثالث: تجزئة الأرض المحصورة

جاء في نص المادة 876 من القانون المدني: «إذا جزئ العقار المرتفق بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه ما لم يزد ذلك عبء تكاليف العقار المرتفق به.

غير أنه إذا كان الارتفاق لا يفيد في الواقع إلا جزءاً من هذه الأجزاء جاز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب زوال هذا الارتفاق عن الأجزاء الأخرى».

قد يقع تصرف قانوني على العقار، أرضاً كان أو بناءً، يؤدي إلى تجزئته، سواء بقي مملوكاً لشخص واحد أو تعدد ملاكته على الشيوع، وذلك لا يؤثر على حق المرور بوصفه قيداً، فإذا جزئ العقار ظل حق المرور مقرراً لكل جزء منه مفرزاً، بشرط أن يكون ضرورياً، أما إذا أصبحت بعض أجزائه غير محصورة، جاز لمالك الأرض المجاورة أن يطلب زوال حق المرور القانوني بالنسبة لهذه الأجزاء من الأرض، فمثلاً⁽¹⁾: إذا كانت الأرض مملوكة لشريكين يستغلانها بالفلاحة، وكانا يمران في الأرض المجاورة نظراً لعدم كفاية الممر الموجود لمرور العتاد الفلاحي المستعمل، ثم بعد تجزئة الأرض عن طريق قسمتها، تخلى أحدهما عن ممارسة الفلاحة واكتفى بتخصيص أرضه للسكن، في هذه الحالة جاز لمالك الأرض المجاورة أن يطلب زوال حق المرور القانوني بالنسبة لهذا الجزء؛ لأنه أصبح غير محصور، وذلك بعودة مالكة إلى عمره السابق.

وقد جاءت قرارات المحكمة العليا في هذا الاتجاه، حيث صدر قرار جاء فيه: «من المقرر قانوناً أن حق الارتفاق ينتهي إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق، ومن ثم فإن النعي عن القرار المطعون فيه بانعدام القاعدة الشرعية غير وجيه يستوجب رفضه، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس بإلغائهم للحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء بغلق الباب المتنازع عليه بسبب تغيير طبيعة العقار المرتفق به يكونون قد أعطوا لقرارهم الأساس القانوني»⁽²⁾.

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 25.

(2) - قرار 64447 مؤرخ في: 1991/03/12، المجلة القضائية، 1993، عدد 02، ص 25.

الفرع الرابع: عدم جدوى الحق أو فقد منفعته

إن هذا السبب لزوال حق المرور ما هو في الواقع إلا تطبيق لما جاء في المادة 881 من القانون المدني، التي نصت بقولها: «يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به».

ويخلص من هذا النص أن حق المرور يجوز التحرر منه، إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق أو أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب البتة مع العبء الذي يلقيه على العقار المرتفق به، ومن صوره أن يكتسب مالك العقار المحصور ممراً بأي تصرف قانوني، أو إنشاء الدولة طريقاً عمومياً يمكن إيجاد منفذ إليه بخسائر أقل؛ فن الأفضّل تحديد العقار المرتفق به في هذه الحالة، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر عند اختلاف الطرفين. أما إذا كان حق الارتفاق قد فقد كل منفعة أو أصبحت منفعته محدودة، فيقضي بتحرير العقار المرتفق به من حق المرور، ويقدر أيضاً التعويض المستحق لمالك العقار المرتفق إن كان للتعويض محل⁽¹⁾.

الفرع الخامس: انقضاء حق المرور بسبب عدم الاستعمال أو استحالاته

أولاً: ينقضي حق المرور بعدم الاستعمال

ينقضي حق المرور بعدم الاستعمال⁽²⁾، إلا أن انحصار العقار إذا استمر فإنه يجيز للمالك طلب ممر جديد في الأرض المجاورة، ولكن مقابل تعويض جديد، وقد جاء قرار المحكمة العليا مطابق لهذا المبدأ جاء فيه: «من المقرر قانوناً أن حق الارتفاق ينتهي بعدم استعماله لمدة عشر سنوات، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخالفة القانون غير سديد يستوجب رفضه، ولما كان من الثابت في قضية الحال - أن المطعون

(1) - عبد الرزاق أحمد السنهوري، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المنفردة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق) الجزء التاسع، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، لبنان، 2000، ص 1402.

39- زهدي يكن، المرجع السابق، ص 236.

ضده استحدث للطاعين طريقا آخر يمرون عليه منذ سنة 1964 فإن قضاة المجلس بتقريرهم سقوط حق المرور للطريق المتنازع عليه طبقوا صحيح القانون»⁽¹⁾.

ثانيا: استحالة الاستعمال

تقضي المادة 880 من القانون المدني كما يلي: «ينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق ويعود إذا عادت الأشياء إلى وضع يمكن معه استعمال الحق إلا أن يكون قد إنتهى بعدم الاستعمال».

فحق المرور القانوني يتقاطع مع حق الارتفاق في وضع كالذي حددته المادة 880 في القانون المدني، فإذا أصبح استعمال حق المرور مستحيلا استحالة مطلقة لبعض الظروف وقعت على العقار المرتفق به، فإن حق المرور ينقضي⁽²⁾، وإذا زال هذا الظرف يعود حق المرور على العقار المرتفق به، ومن صور هذا الوضع أن تغمر المياه العقار المرتفق به أو أن يصبح العقار المرتفق به هو أيضا محصورا على الطريق العام أو لأي سبب آخر، فإذا انكشفت الأرض أو زال الحصر للعقار المرتفق به عاد حق المرور.

المطلب الثاني: السبب الخاص لانقضاء حق المرور لمالك الأرض المحصورة

ينقضي حق المرور القانوني بزوال الحصر الذي كان السبب الجوهرى في تقريره كأصل، وعليه أتعرض لسبب زوال الحصر وانقضاء حق المرور في النقاط التالية:

الفرع الأول: زوال الحصر

أولا: أسباب زوال الحصر

إذا كان الحصر هو الشرط الجوهرى في تقرير حق المرور القانونى، فبالتالى

(1) - قرار رقم 48589، مؤرخ في: 1988/12/21، مجلة القضاة، عدد 03، ص 13.

(2) - في الأصل يتوقف حق المرور ولا ينقضي في مثل هذه الحالات.

بزوال الحصر ينقضي حق المرور كأن يتم فتح طريق عام ملاصق للأرض المحصورة أو إذا قام المالك بشراء أرض ملاصقة لأرضه المحصورة تتصل بالطريق العام، وبالتالي يزول حق المرور القانوني بزوال الحصر مهما طال مدته⁽¹⁾، وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في نص المادة 685 من قانون 1971/06/25⁽²⁾ المتعلق بانقضاء حق المرور في حالة الحصر وأخذ به الاجتهاد القضائي الفرنسي، لكن المادة 699 من القانون المدني، جاءت بحكم مخالف لذلك حيث أجازت لصاحب العقار المحصور إذا حاز الممر الذي يستعمله مدة (15) خمسة عشر سنة، فإنه بانقضاء هذه المدة يعتبر لديه سند ملكية للارتفاق بالمرور، ويصبح تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله، وإذا ما اعتمدنا هذا التفسير الحرفي لهذا النص فإن هذا معناه أن الحيازة سند ملكية، وأن المستفيد يصبح مالكا لحق عيني، مرتبط بالعقار ينتقل معه، ويبدو بأن تفسير هذا النص يثير بعض التردد بخصوص تطبيقه، إذ لا بد من الإشارة إلى أن المادة 2/868 من القانون المدني تؤكد إمكانية اكتساب ارتفاق المرور بالتقادم المكسب، ولا ينصب التقادم على الحق العيني في ذاته، وإنما على القاعدة وعلى كيفية الاستغلال والاستعمال، والحيازة طيلة (15) خمسة عشر سنة.

ثانيا: آثار زوال الحصر

يرى فريق من الفقه أن حق المرور يبقى رغم زوال الحصر، كما لو كان هذا الحق هو حق ارتفاق بالمرور الاتفاقي.

في حين يرى فريق آخر من الفقهاء أن حق المرور القانوني يجب أن يزول بزوال الحصر، لأن الحصر هو السبب الجوهرية في وجود هذا الحق، أي في طلب ممر على أرض الجار.

(1) - art: 685 loi du 25 juin 1971 relative à l'extinction de Servitude de passage en cas d'enclave.

(2) - Cass, 3cn, 14dec, n 4 -14, 495, la semaine juridique, p108.

وهذا الرأي الأخير هو الصواب كما يبدو، فحق المرور القانوني ينتهي إذا اتصلت الأرض المحصورة بالطريق العام، إذ يصبح الممر غير ضروري ويستعيد صاحب الأرض التعويض الذي كان قد دفعه لقاء حق المرور بعد إسقاط ما يتناسب منه لقاء الاستعمال بمعنى آخر أن الحصر هو السبب الجوهرية في وجود حق المرور فإذا زال السبب فلا مبرر لوجود الممر على أرض الجار.

ثالثاً: بقاء حق المرور رغم زوال الحصر

تنص المادة: 699 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: «إن حيازة الممر الذي يستعمله صاحب العقار المحصور لمدة خمسة عشر سنة يعد بمثابة سند ملكية للارتفاق ويصبح تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله وإذا كان ارتفاق المرور قد تقرر بالحيازة لصالح العقار المحصور، فإنه لا يزول بتوقف الحصر الذي كان السبب الأصلي فيه عارضا كان أو نهائياً».

إذا توافرت شروط إحصار الأرض عن الطريق العام، وأصبح للأرض المحصورة حق المرور في الأراضي المجاورة، فإن هذا الحق لا يتقادم بعدم الاستعمال مهما طال الأمد على عدم استعماله مادامت الأرض لا زالت محصورة، فهو قيد يرد على الملكية الجارية ويبقى ما بقيت شروط هذا القيد قائمة طبقاً للمادة 693 من القانون المدني فيستطيع صاحب الأرض المحصورة أن يطالب بحق المرور في أرض الجار، ولو بعد خمسة عشر سنة من حصر الأرض مادام الحصر لا يزال قائماً.

فإذا كان مالك الأرض المحصورة قد استعمل حق المرور القانوني عملياً أو فعلاً في أرض مجاورة، ولكن دون أن يراعي القواعد الخاصة بموضع الممر - المسافة الملائمة والضرر الأقل - فمر في موضع من الأرض المجاورة غير ملائم أو الضرر الذي يسببه بهذا الممر ليس بالأخف ضرر فإن لمالك الأرض المجاورة أن يعترض على ذلك ولكن إذا بقي مالك الأرض المحصورة يمر في هذا الموضع، مدة خمسة عشر سنة فإن حقه في المرور في هذا الموضع يثبت بالتقادم مثل ما ذكر سابقاً ولكن التقادم هنا لا يكون تقادماً مكسباً، لنقص الركن المعنوي لأن مالك

الأرض المحصورة كان يقصد أن يستعمل حق المرور القانوني، وليس حق مرور اتفاقي غير أنه إختار موضعاً له يحقق شروط موضع الممر المقررة في المادة: 693 من القانون المدني - المسافة الملائمة والأخف ضرر - فيكون التقادم في هذه الصورة تقادماً مسقطاً لحق الجار في الاعتراض على الموضع الذي اختاره مالك الأرض المحصورة، مادام مالك العقار المجاور قد بقي ساكناً دون أن يعترض مدة خمسة عشر سنة.

وقد جاء قرار المحكمة العليا الجزائرية في هذا الاتجاه في قضية (ي - ز) ضد (م - ك): «من المقرر قانوناً أن حيازة الممر الذي يستعمله صاحب العقار المحصور لمدة خمسة عشر سنة يعد سند ملكية للارتفاع ويصبح تابع للعقار الذي أُنشئ من أجله، ولما كان ثابت - في قضية الحال - عدم وجود حالة الحصر التي يشترطها القانون للملكية المطعون ضده، حتى يستفيد من التقادم المكسب لارتفاع المرور، ومع ذلك كرس قضاة الموضوع للمطعون ضده حق الارتفاع بحجة أن الممر موجود منذ القدم ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه»⁽¹⁾.

وصدر قرار ثان بهذا الاتجاه من المحكمة العليا ملخصه: «لا يزول ارتفاع المرور بعد توفر أجل التقادم المكسب بزوال الحصر بصفة مؤقتة أو نهائية»⁽²⁾، وهذا متى كان العقار محصور عن الطريق العام ولم يكن المالك هو المتسبب في حصره ذلك لأن حق المرور مشروط بالحصر عن الطريق العام، ومن اكتسب من الغير حق المرور بالتقادم لا يلتزم بتقديم التعويض لمالك الأرض المجاورة للطريق العام، كما أنه لا يحق لصاحب الأرض المجاورة الاعتراض على صاحب الأرض المحصورة بأنه لم يتخير الممر الأقل ضرراً⁽³⁾ وكما يجوز كسب حق الحق المرور بالتقادم يجوز

(1) - قرار رقم 226568، بتاريخ 20/03/2003، مدونة القانون المدني، منشورات بيرتي، 2009 - 2010.

(2) - قرار رقم 264490، مؤرخ في: 21/07/2004، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2004، ص 281.

46 - زهدي يكن، المرجع السابق، ص 135.

التوسع باستعماله بالتقادم.

المطلب الثالث: تحول قيد المرور إلى حق ارتفاق بالمرور وأثار هذا التحول

لقد حدد المشرع الجزائري متى يقوم حق المرور لمالك الأرض المحصورة ومتى يتقضي هذا الحق، لكن قد يتحول هذا القيد إلى حق ارتفاق بالمرور وتترتب على هذا التحول آثار.

الفرع الأول: تحول قيد المرور إلى حق ارتفاق بالمرور

حق المرور حتى يكون قيذا قانونيا على أرض الجار يجب أن تكون أرض المالك المجاور محصورة عن الطريق العام، ولا منفذ لها إلا بالمرور في أرض الجار، أو لها ممر لكنه غير كاف؛ فطبقا للمادة 693 من القانون المدني الجزائري، صاحب الأرض المحصورة له حق طلب ممر على الأراضي المجاورة ابتداء بالأراضي الملاصقة لأرضه، ويجب أن يكون حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين الأرض والطريق العام ملائمة، والتي تحقق أقل ضرر بالمالك المجاورين، وذلك طبقا للمادة 696 من القانون المدني، فإذا فرضنا أن مالك الأرض المحصورة قد حصل على حق المرور في أرض الجار الملاصق، لسبب أو آخر، انفكّ هذا الانحصار، ويتحول حق المرور من قيد إلى حق ارتفاق بالمرور في الصور الآتية:

- الصورة الأولى: إذا فرضنا أن مالك الأرض المحصورة قد حصل على حق المرور من أرض الجار، ثم انفكّ الانحصار عن أرضه بأن استحدث مثلا طريق عام بجوار أرضه، أو كسب المالك ملكية أرض مجاورة، لها منفذ إلى الطريق العام فانفكّ وزال بهذا المنفذ انحصار الأرض، فإن حق المرور يفقد السبب في بقاءه، ومن ثم يزول هذا الحق؛ ذلك أن هذا الحق ليس بحق ارتفاق بل هو قيد على ملكية الأرض المجاورة، وهذا القيد مرتبط بانحصار الأرض التي يمارس صاحبها حق المرور، فإذا انفكّ وزال الانحصار لم يعد للقيد مبرر، وأصبح صاحب الأرض المجاورة غير ملزم بتحمل هذا القيد بعد أن زال سبب قيامه⁽¹⁾. فإذا طالب مالك

(1) - عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط، الجزء 9، ص 1314.

الأرض المجاورة التي بها حق المرور بإنهاء حق المرور، كان له ذلك بعد أن أصبح للأرض التي كانت محصورة ممر آخر يصلها بالطريق العام، وإذا رضي ببقاء حق المرور متفقاً على ذلك مع المالك المجاور، كان له ذلك أيضاً، ولكن حق المرور في هذه الحالة ينقلب من قيد قانوني مصدره القانون إلى حق ارتفاق اتفاقي مصدره الاتفاق؛ لأن حقوق الارتفاق طبقاً للمادة 1/868 من القانون المدني الجزائري تكسب بالاتفاق، حيث جاء نص المادة كما يلي: «ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة أو يكتسب بعقد شرعي أو بالميراث...».

- الصورة الثانية: لقد حددت المادة 696 من القانون المدني شروط الممر الذي يخصص لصاحب الأرض المحصورة، حيث نصت على أنه: «يجب أن يؤخذ حق المرور من الجهة التي تكون فيها المسافة بين العقار والطريق العام ملائمة والتي تحقق أقل ضرر بالملاك المجاورين»، إذن معياراً الممر الذي يخصص لمالك الأرض المحصورة هما: الملائمة والضرر الأخف، فإذا كان صاحب الأرض المحصورة قد اتفق مع الجار على أن يمر في موضع من الأرض المجاورة ليس هو الأخف ضرراً، أي في موقع أكثر ضرراً من موضع آخر، أو كان هو الطريق الأطول دون مبرر، أي أن المسافة غير ملائمة في هاتين الحالتين؛ يتحول قيد المرور إلى حق ارتفاق بالمرور بعد خمسة عشر سنة من التقادم المكسب.

- الصورة الثالثة: وهي الحالة التي تكون فيها الأرض غير محصورة⁽¹⁾، ولكن صاحبها اتفق مع الجار على المرور في أرضه؛ لأن المسافة منها إلى الطريق العام أقصر من المسافة التي هي في منفذه إلى الطريق العام وأيسر منها. في هذه الحالة فإن حق المرور هو حق ارتفاق بالمرور اتفاقي.

- الصورة الرابعة: هناك صورة نص عليها القانون المدني المادة 699، مفادها إذا حاز صاحب الأرض المحصورة الممر مدة خمسة عشر سنة ثم زال الحصر فإن الممر يصبح تابعا للأرض التي كانت محصورة، ويصبح حق ارتفاق بالمرور. وقد

48- زهدي يكن، المرجع السابق، ص 127، 128.

صدر قرار من المحكمة العليا الجزائرية الغرفة العقارية في قضية (س. ر) ضد (م.ك) جاء فيه: «من المقرر قانوناً أن حيازة الممر الذي يستعمله صاحب العقار المحصور لمدة خمسة عشر سنة (15) يعد سند ملكية لارتفاق ويصبح تابعا للعقار الذي أنشئ من أجله، ولما كان من الثابت في قضية الحال، عدم وجود حالة الحصر التي يشترطها القانون للملكية المطعون ضده، حتى يستفيد من التقادم المكسب لارتفاق المرور ومع ذلك كرس قضاة الموضوع للمطعون ضده حق الارتفاق بالمرور بحجة أن الممر موجود منذ القدم، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه»⁽¹⁾.

الفرع الثاني: آثار تحول قيد المرور إلى حق ارتفاق بالمرور

يترتب على تحول قيد المرور إلى حق ارتفاق بالمرور جملة من الآثار منها:

أولاً: إجراءات الشهر

إن حق المرور بوصفه حق ارتفاق، فإن كل تصرف فيه يخضع للرسمية ولإجراءات الشهر العقاري طبقاً للمادة 324 مكرر من القانون المدني وكذا المادة 793 من القانون المدني، وقد صدر قرار⁽²⁾ من المحكمة العليا في هذا الشأن جاء فيه: «إن الطبيعة القانونية المضافة على حق الارتفاق أنه حق عيني هي التي أدت إلى إخضاع إنتقال ملكيته في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني لأشكال جوهرية يترتب عن تخلفها عدم جواز الاحتجاج به تجاه الغير، ومن ثم فإن إثباته لا يجوز بشهادة الشهود أو بالقرائن، والقضاة الذين حكموا بعدم ثبوته بسبب تخلف الكتابة الرسمية فيه، قد التزموا صحيح القانون وكان تطبيقهم له سليماً وغير جدير بالنقض».

ثانياً: حقوق والتزامات مالك العقار المرتفق

الأعمال الضرورية لاستعمال حق ارتفاق المرور لصاحب العقار المرتفق أن

(1) - قرار رقم 226568، بتاريخ 20/03/2002، مدونة القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي، 2010/2009، ص 171.

(2) - قرار رقم 29501، مؤرخ في 26/10/1983، المجلة القضائية، عدد 1، 1989، ص 45.

يجري ما هو ضروري من الأعمال لاستعمال حقه في الارتفاق وما يلزم للحفاظ عليه فتح الارتفاق بالمرور يخول مالك العقار المرتفق، الحق في رصف الطريق وتعبيده ليكون صالحاً للمرور، ويتقيد مالك العقار المرتفق بقيد في مباشرة الأعمال: - أن يكون الاستعمال بأقل ضرر ممكن، فلا يجوز له أن يسلك في استعماله مسلكاً مضرًا إذا كان هناك مسلك أقل ضرراً منه، وذلك طبقاً للمادة 872 من القانون المدني.

- لما كان المستفيد من حق الارتفاق هو مالك العقار المرتفق، فعليه تقع نفقات الأعمال اللازمة لاستعمال حقه طبقاً لقاعدة «الغرم بالغنم»، ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، وإذا كان الأصل هو أن نفقات هذه الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق يتحملها مالك العقار المرتفق، فإنه إذا كانت هذه الأعمال نافعة أيضاً لمالك العقار المرتفق به فتوزع هذه النفقات على الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من فائدة، وذلك تطبيقاً للمادة 874 / 3 من القانون المدني.

ثالثاً: التزامات وحقوق مالك العقار المرتفق به: وتمثل في:

أ. الالتزام بالامتناع عن إعاقة استعمال حق الارتفاق بالمرور: قضت المادة 875 من القانون المدني على مالك العقار المرتفق به بالتزام سلمي عن كل عمل من شأنه أن يؤدي الانتقاص من استعمال حق الارتفاق، أو يعرقل الاستفادة منه، أو يجعله أكثر مشقة.

ب. الامتناع عن تغيير موضع حق الارتفاق: ليس لمالك العقار المرتفق به أن يغير أو يطلب تغيير الوضع القائم أو أن يطلب تبديل الموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الممر بموضع آخر، إلا إذا أصبح الارتفاق (حق الممر) مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به، وقد صدر قرار من المحكمة العليا جاء فيه: «من المقرر قانوناً أنه لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو يغير من الوضع القائم... إن القرار المطعون فيه لما قرر القضاة فتح الممر للمشاة والمركبات بعد أن أثبت أن الممر المتنازع عليه كان موجوداً منذ 1972، وقد تم سده بالبناء من طرف المدعين لمنع المدعي عليه في الطعن من المرور قد طبقوا القانون

تطبيقا سليما لأنه لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئا يؤدي إلى الانتقاص من استغلال حق الارتفاق أو تغيير قاعدة الارتفاق»⁽¹⁾.

ج. حق طلب زوال حق الارتفاق بالمرور: حق الارتفاق لا يقبل التجزئة، ويترتب على ذلك أنه إذا جزئ العقار المرتفق بقي الارتفاق مستحقا لكل جزء منه، على ألا يزيد ذلك العبء الواقع على العقار المرتفق به، فإذا كانت أرضا زراعية لها حق ممر مثلا، وتجزأت إلى عدة قطع، فذلك يقتضي تأمين حق المرور لكل جزء منها، وليس لصاحب العقار الذي عليه حق المرور أن يعارض في استفادة أجزاء العقار من حق المرور؛ لأن حق المرور لا يمكن إزالته، ولكن هذه التجزئة يجب ألا تؤدي إلى زيادة العبء الواقع على العقار الذي عليه الممر.

غير أنه إذا أصبح حق ارتفاق المرور بالتجزئة لا يفيد في الواقع إلا بعض هذه الأجزاء، لصاحب العقار المرتفق به أن يطلب إزالة هذا الحق عن الأجزاء التي أصبحت ليست في حاجة إليه⁽²⁾، كما أن تجزئة العقار المرتفق به لا يؤدي إلى زوال حق الارتفاق، فهذا الحق يظل واقعا على كل جزء منه إلا إذا كان حق الارتفاق ليس مستعملا في الواقع على بعض هذه الأجزاء ولا يمكن أن يستعمل عليها؛ فيكون لصاحب كل جزء منها أن يطلب زوال هذا الحق من الجزء الذي يخصه، فلو كان لعقار حق مرور على موضع معين من عقار آخر وجزئ العقار المرتفق به، فيكون لأصحاب الأجزاء التي لا يقع موضع الممر فيها المطالبة بتحرير الأجزاء التي تخصهم من ارتفاق المرور الذي كان يثقل العقار بأكمله قبل تجزئته.

خاتمة

إن حق المرور لمالك الأرض المحصورة عن الطريق العام يدور وجودا وعلما،

(1) - قضية رقم 195764، (ب.ر ومن معه) ضد (ك.ي ومن معه)، قرار بتاريخ 2000/04/26،

المجلة القضائية، 2000، عدد2، ص159-162.

(2) - المادتان: 876، 877 من القانون المدني الجزائري.

ضيقا واتساعا، بالانحصار وبالاحتياجات المستجدة لهذه الأرض، ويزول حق المرور بزوال حالة الانحصار كأصل عام، غير أنه قد يتحول هذا الحق إلى حق ارتفاع بالمرور بالتقادم المكسب إذا ما توافرت الشروط التي حددها القانون. ونظرا لأهمية هذا الحق بالنسبة لمالك الأرض المحصورة والنزاعات التي يثيرها؛ فإن كل التشريعات المقارنة عكفت على تنظيم هذا الحق بمقتضى قوانين ونصوص مختلفة تراعي خصوصية كل بلد على حدة، ولا سيما قوانين التعمير، ولم يشذ المشرع الجزائري عن هذه القاعدة وسن جملة من القوانين تعنى بهذا الأمر.

نتائج الدراسة:

- إن الحل الذي توصل إليه المشرع الجزائري لمالك الأرض المحصورة لا يختلف عن ذلك الذي وضعه المشرع اللبناني والمشرع الفرنسي وغيرهما من المشرعين.
- حق المرور لمالك الأرض المحصورة عن الطريق العام ليس حق ارتفاع عادي ناتج عن إرادة بل فرضه القانون.
- حق المرور لمالك الأرض المحصورة يدور وجودا وعدما، ضيقا واتساعا، بالانحصار وبالاحتياجات المستجدة للأرض المحصورة.
- حق المرور يتقرر على جميع العقارات؛ فهو يتقرر على الأراضي الزراعية والأراضي الفضاء، وقد يقرره القاضي على ملحقات المباني مثل الفناء والحديقة وغيرها.

توصيات الدراسة:

- قد يحدث أن يتقرر حق مرور لمالك أرض محصورة على أرض ذات مساحة صغيرة، إذا أخذ منها ممر يصبح النفع منها معدوما، وبالتالي وجوب بيعها قضاء إلى مالك الأرض المحصورة بيعا يخضع لقواعد العدالة ويرجع هذا لإرادة مالك العقار المرتفق به.
- مراعاة للملكية الخاصة يجب إلغاء نص المادة 699 من القانون المدني التي يكتسب بموجبها المستفيد الممر القانوني بالتقادم المكسب عند مرور 15 سنة حتى

عند زوال الحصر.

- كذلك مراعاة للملكية الخاصة يجب ألا يسقط حق التعويض إذا سكت عنه صاحب الحق لمدة 15 سنة مادام الحصر قائماً؛ لأنه لم تراعى في هذا الحكم قواعد العدالة بالنظر إلى ما يخسره مالك العقار المرتفق به.

دور بعض الأجهزة المنظمة لعملية استغلال العقار الصناعي الموجه للاستثمار في الجزائر

بقلم: أ/ زادي سيد علي *

الملخص:

من أجل تحرير النشاط الاقتصادي وتنويع الصادرات والتخلص من التبعية للمحروقات، تم إصدار مجموعة من النصوص التشريعية التي فتحت المجال أمام الاستثمار الأجنبي والوطني دعما وتعزيزا للإصلاحات المجسدة، حتى يتناسب الشكل القانوني مع التوجه الاقتصادي المبني على حرية الاستثمار.

ولما كان العقار الحلقة الأساسية في الاستثمار، قام المشرع الجزائري بإنشاء هيئات ومؤسسات مهمتها تنظيم عملية استغلال الأراضي الموجهة للاستثمار، من خلال تحديد كفاءات عملها وحصص صلاحياتها التي تراوحت ما بين التضييق والاتساع تمشيا مع التوجهات الاقتصادية للدولة الرامية إلى تحسين آليات استغلال هذا النوع من العقارات، الذي يعد من أهم الانشغالات المطروحة على الساحة الاقتصادية والقانونية.

الكلمات الدالة: العقار الصناعي، الاستثمار، المجلس الوطني للاستثمار، الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، الشباك الوحيد.

Résumé:

Pour la libération de l'activité économique et la diversification des exportations afin de se débarrasser de la dépendance sur les

* أستاذ مؤقت بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محمد اولحاج- البويرة. وطالب دكتوراه بجامعة تيزي وزو.

hydrocarbures, il a été publié une série de textes législatifs qui ont ouvert la voie à l'investissement étranger et national pour le soutien et la promotion des réformes incarnées, même en rapport la forme juridique avec la liberté de l'investissement et l'orientation économique.

Puisque le foncier est un maillon essentiel de l'investissement, le législateur algérien a créé des organismes et des institutions chargés de l'organisation et de l'exploitation des processus d'investissement axée sur des terres, en sélectionnant les modalités de leurs travaux et de limiter leurs pouvoirs, allant du harcèlement et de l'expansion en ligne avec les tendances économiques de l'Etat, pour améliorer l'exploitation de ce type de mécanismes foncière qui est l'une des préoccupations les plus importantes soulevées sur la scène économique et juridique.

Mots clés: foncier industriel, l'investissement, Conseil national de l'investissement, l'Agence nationale pour le développement des investissements, l'Agence nationale d'intermédiation et de régulation foncière, guichet unique.

Abstract:

For the liberation of economic activity and diversification of exports and get rid of the dependency on hydrocarbons, it was issued a series of legislative texts that opened the way for foreign and national investment in support and furtherance of the reforms embodied, even commensurate with the legal form based on the freedom of investment and economic orientation.

Since the property was essential link in the investment, the Algerian legislature to establish bodies and institutions charged with organizing the exploitation of land-oriented investment process, by selecting the modalities of their work and limit their powers, ranging from harassment and expanding in line with the economic trends of the state to improve the exploitation of this type of real estate mechanisms which It is one of the most important concerns raised on the economic and legal arena.

Key words: industrial land, investment, National Investment Council, the National Agency for Investment Development, National Intermediation and Land Regulation Agency, single window.

مقدمة:

إن برامج الاستثمارات المجسدة من طرف السلطات العمومية بعنوان المخططات الخماسية، عالجت العديد من النقائص، وسمحت بإعادة تأهيل المرافق، من خلال عمليات الربط بمختلف الشبكات لتوفير الظروف الملائمة لانطلاقة اقتصادية حقيقية عن طريق إنجاز حوالي (50) منطقة صناعية والعديد من مناطق النشاطات.

لتحقيق هذه الانطلاقة وسعيًا منها على إقامة مناخ أنسب للاستثمار على أساس توفير الأوعية العقارية اللازمة؛ قررت السلطات العمومية اعتماد العديد من الآليات والإجراءات لدراسة طلبات الاستثمار والحصول على العقار الصناعي في إطار الامتياز⁽¹⁾.

هذا ما جاءت به قوانين الاستثمار التي خصصت الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة لتكون وعاءً موجهًا للاستثمار؛ لأجل تنمية الاقتصاد الوطني، وتسهيل عملية استفادة المستثمرين من القطع الأرضية اللازمة لمشروعاتهم الاقتصادية، وحل إشكالية الحصول على الموقع العقاري الاستثماري من جهة، وتحديد الأجهزة المكلفة بمهمة تسيير استغلال العقار الصناعي من جهة ثانية.

فإلى أي مدى يمكن أن تساهم الأجهزة المنظمة لعملية استغلال العقار في تبسيط إجراءات منح الامتياز من أجل الاستثمار؟

(1) - تعليمة رقم 2144 مؤرخة في 10 سبتمبر 2015 صادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية موجهة للسيدات والسادة الولاة بالاتصال بالولاة المنتدبين ورؤساء الدوائر والمجالس الشعبية البلدية تتعلق بإنعاش الاستثمار الاقتصادي.

- يعد الامتياز نظامًا تمنح الدولة بموجبه قطعة أرضية لمدة محددة لمستثمر معين قصد تحقيق مشروع اقتصادي لقاء دفع أجره امتياز (راجع: أممر يحيوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هوم، الجزائر، 2001، ص 138 وعبد العظيم سلطاني، تسيير وإدارة الأملاك الوطنية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ص 209).

للإجابة عن هذه الإشكالية يستلزم الأمر تحديد دور الأجهزة الوطنية في عملية استغلال العقار الموجه للاستثمار (المبحث الأول)، ثم نتعرض لصلاحيات الأجهزة الممثلة للدولة في مجال الاستثمار محليا (المبحث الثاني).

المبحث الأول

دور الأجهزة الوطنية في تنظيم استغلال العقار الموجه للاستثمار

تمثل الهيئات الوطنية المساهمة في عملية تنظيم استغلال العقار الموجه للاستثمار في المجلس الوطني للاستثمار⁽¹⁾ (المطلب الأول)، والوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (المطلب الثاني)، وكذا الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري (المطلب الثالث).

المطلب الأول

دور المجلس الوطني للاستثمار في تنظيم العقار الصناعي

لمعرفة دور المجلس الوطني للاستثمار في عملية تنظيم استغلال العقار الموجه للاستثمار يستوجب الأمر الوقوف على الجوانب الميَّنة لكيفيات إنشائه؛ من خلال تعريفه (الفرع الأول)، ثم التعرض لمهامه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف المجلس الوطني للاستثمار

تم إنشاء المجلس الوطني للاستثمار بموجب المادة 18 من الأمر المتعلق بتطوير الاستثمار⁽²⁾ التي جاء فيها ما يلي: «ينشأ لدى الوزير المكلف بترقية الاستثمارات،

(1) - نقصد بالأجهزة الوطنية المساهمة في عملية تنظيم استغلال العقار الموجه للاستثمار، تلك الهيئات والمؤسسات ذات الطابع الإداري أو ذات الطابع الصناعي والتجاري التي لديها اختصاص وطني، ومقرها الرئيسي يوجد على المستوى المركزي.

(2) - الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر عدد 47، الصادرة

=

مجلس وطني للاستثمار يدعى في صلب النص " المجلس " ويوضع تحت سلطة ورئاسة رئيس الحكومة...».

تقرر إذن إنشاء المجلس الوطني للاستثمار لدى الوزير المكلف بترقية الاستثمارات، ويخضع لسلطة ورئاسة رئيس الحكومة سابقا، الوزير الأول حاليا، وذلك بغية منح هذا الجهاز مصداقية أكثر وإعطاء ثقة وطمأنينة للمستثمر الأجنبي بوضعها تحت وصاية قلب السلطة التنفيذية⁽¹⁾.

تم تحديد تشكيلته وتنظيمه وسيره بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-355 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006⁽²⁾، الذي يتبين من خلاله أن الأعضاء الدائمين فيه هم موظفون سامون في الدولة، فضلا عن إمكانية استعانة المجلس بأي شخص يتمتع بالخبرة والكفاءة في مجال الاستثمار⁽³⁾.

يعد المجلس جهة استشارة وجهة قرار في نفس الوقت، تولى بهذه الصفة عدة اختصاصات في مجال العقار الصناعي منذ سنة 2006، خاصة فيما يتعلق بإنشاء مناطق صناعية جديدة.

بتاريخ 22 أوت 2001)، معدل ومتمم بالأمر رقم 06-08، المؤرخ في 15 يوليو 2006 (ج.ر عدد 47 الصادرة بتاريخ 19 جويلية 2006).

(1) - سامية لقراف، الامتيازات المالية للاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011، ص 54.

(2) - المرسوم التنفيذي رقم 06-355 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006، المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته وتنظيمه وسيره (ج.ر عدد 64 الصادرة بتاريخ 11 أكتوبر 2006)، الملغى للرسوم التنفيذية رقم 01-281 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 (ج.ر عدد 55 الصادرة بتاريخ 26 سبتمبر 2001).

(3) - حسب المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-355، المؤرخ في 09 أكتوبر 2006، يتشكل المجلس من الأعضاء الآتي ذكرهم: الوزير المكلف بالجماعات المحلية، الوزير المكلف بالمالية، الوزير المكلف بترقية الاستثمارات، الوزير المكلف بالتجارة، الوزير المكلف بالطاقة والمناجم، الوزير المكلف بالصناعة، الوزير المكلف بالسياحة، الوزير المكلف بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة، الوزير المكلف بتهيئة الإقليم والبيئة. مع حضور المدير العام للوكالة الوطنية لترقية الاستثمار ورئيس مجلس إدارتها كملاحظين، وتقديم المدير العام لمشاريع الاتفاقيات.

الفرع الثاني

صلاحيات المجلس الوطني للاستثمار

عرفت صلاحيات المجلس الوطني للاستثمار تغييرا ملحوظا من خلال مختلف النصوص القانونية المنظمة لمهامه، نجدها على الخصوص في القوانين المنظمة لعملية منح الامتياز على العقار (أولا)، وضمن المرسوم التنفيذي المنظم لصلاحياته (ثانيا).

أولا: صلاحيات المجلس في ظل القوانين المنظمة للامتياز

تختلف مهام المجلس الوطني للاستثمار في ظل القوانين المنظمة للامتياز على العقار الموجه للاستثمار ما بين الأمر رقم 06-11 المؤرخ في 30 أوت 2006 (1) والأمر رقم 08-04 المؤرخ في 01/09/2008 (2).

1 - صلاحيات أساسية للمجلس في ظل الأمر رقم 06-11 (1):

تولى المجلس الوطني للاستثمار في ظل الأمر رقم 06-11 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية⁽²⁾، مهام معتبرة وأساسية، لاسيما مهمة منح تراخيص الامتياز بالتراضي بموجب لائحة صادرة عنه بالنسبة للمشاريع المستفيدة من نظام الاتفاقية، أي المشاريع ذات الأهمية الخاصة التي من شأنها المحافظة على

(1) - الأمر رقم 06-11 المؤرخ في 30 أوت 2006 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (ج.ر عدد 53 الصادرة بتاريخ 30 أوت 2006)، ملغى بموجب المادة 15 من الأمر رقم 08-04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (ج.ر عدد 49 الصادرة بتاريخ 03 سبتمبر 2008).

(2) - معلومات أكثر حول منح الامتياز في إطار الاستثمار انظر: مخلوف بوجردة، العقار الصناعي، دار هوم، الجزائر، 2006، ص 68 وما يليها.

البيئة وحماية الموارد الطبيعية وادخار الطاقة وتحقيق التنمية المستدامة، وفقا لأحكام الأمر رقم 03-01 لاسيما المادتين 12 و 12 مكرر⁽¹⁾.

كما يقر منح تخفيضات فيما يخص سعر التنازل عن العقار الموجه للاستثمار سابقا - قبل التعديل - أو على مبلغ الإتاوة المحددة من قبل إدارة أملاك الدولة⁽²⁾.

2 - تراجع مهام المجلس في ظل الأمر رقم 04-08:

عرفت صلاحيات المجلس الوطني للاستثمار تراجعاً في ظل الأمر رقم 08-04 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، حيث أصبحت مهمته تقتصر على مجرد اقتراح منح الامتياز عن طريق التراضي المتخذ من طرف مجلس الوزراء مع اقتراح تخفيض إضافي عن الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من طرف إدارة أملاك الدولة⁽³⁾. رغم ذلك كان للمجلس العديد من القرارات المتعلقة بإنشاء مناطق صناعية جديدة أو تحديدها من أجل تطويرها بمساعدة خاصة من الدولة.

كما حدد الأمر رقم 03-01 بعض صلاحيات المجلس، من خلال إمكانية اقتراحه استراتيجية لتطوير الاستثمار، وبعض التدابير التحفيزية التي تتلاءم والتطورات الاقتصادية، مع إمكانية فصله في الاتفاقيات التي تبرمها الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار لحساب الدولة مع المستثمر بالموافقة أو الرفض⁽⁴⁾.

(1) - حنان سميجة خوادجية، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2015، ص 137.

(2) - المادة 11 من الأمر رقم 06-11 المؤرخ في 30 أوت 2006.

(3) - «*La concession de gré à gré y compris les abattements de prix susceptible de l'accompagner, est attribuée par le conseil des ministres, sur proposition du conseil national de l'investissement (CNI)*». **Voir** : **Ahmed Rahmani**, Droit des biens publics, (propriété publique, domaine national, expropriation pour cause d'utilité publique), ITCIS Edition, Algérie, 2015, p 138.

(4) - سامية لقراف، مرجع سابق، ص 51.

ثانياً: صلاحيات المجلس في ظل المرسوم التنفيذي المنظم لمهامه وسيره.

حدد المرسوم التنفيذي رقم 06-355 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006 المحدد لصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار، مهامه في إطار ترقية وتطوير الاستثمار، وبهذه الصفة يعمل على اقتراح استراتيجية تطوير الاستثمار من خلال الموافقة على البرنامج الوطني لترقية الاستثمار وتقييمه للقروض الضرورية لتغطية هذا البرنامج⁽¹⁾.

يدرس المجلس كل الاقتراحات الرامية إلى تأسيس مزايا جديدة للمستثمرين، مع مناقشته لمقاييس تحديد المشاريع التي تكتسي أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني.

يوافق ويمنح رأياً مطابقاً فيما يخص الاتفاقيات المبرمة بين المستثمر والوكالة الوطنية لترقية الاستثمار بصفتها ممثلة للدولة، تحت إشراف الوزير المكلف بترقية الاستثمارات.

كما يحدد المجلس الوطني للاستثمار جدول النفقات التي يمكن إدخالها في حساب صندوق دعم الاستثمار المنشأ بموجب المادة 28 من الأمر رقم 01-03.

الملاحظ إذن أنه تنجم عن أعمال المجلس قرارات وبلاغات وتوصيات لا توجه مباشرة إلى المستثمر وإنما إلى السلطات الوصية لتنفيذ النصوص الخاصة بترقية الاستثمار، حيث عزز إعادة هيكلة هذه المؤسسة في أكتوبر 2006 من دورها الاستراتيجي⁽²⁾، إلا أنها رغم ذلك تبقى نسبية بالمقارنة مع حجم المجلس والمهام الموكلة له، والتي لم تذكر على سبيل الحصر، بل أبقى المشرع المجال مفتوحاً لتوسيع صلاحياته كلما تعلق الأمر بتطوير وتشجيع الاستثمار⁽³⁾، ويظهر ذلك من خلال

(1) - المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06_355 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006.

(2) - موقع الانترنت www.mdipi.gov.dz

(3) - أكد وزير الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار، أن الحكومة تعزم تكليف المجلس الوطني للاستثمار بمشاريع الاستثمار التي تفوق قيمتها القيمة المحددة حالياً، قصد تخفيف الضغط عليه، كما أضاف في سياق كلامه أن عملية الاستثمار في الجزائر حرة، ولا ينظر المجلس إلا في الاستثمارات

=

الفقرة الأخيرة من المادة 3 التي جاءت كما يلي: «...يعالج كل مسألة أخرى ذات علاقة بالاستثمار».

غير أنه يظهر من خلال القرار الصادر عن المجلس بتاريخ 24 مارس 2016⁽¹⁾، تراجع فعلي في صلاحياته، حيث كلف المجلس بموجب هذا القرار وزارة الداخلية والجماعات المحلية، إعداد تعليمة توجه لولاية الجمهورية بغية عدم اشتراط موافقة المجلس الوطني للاستثمار عند منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة لفائدة الأجانب.

في هذا الصدد أصدرت المديرية العامة للأملاك الوطنية تعليمة إلى المدراء الولاةيين لأملاك الدولة والحفظ العقاري بتاريخ 16 ماي 2016 تؤكد عدم الاشتراط مستقبلا موافقة المجلس الوطني للاستثمار في إطار الامتياز⁽²⁾.

نظرا للتراجع الملاحظ في صلاحيات المجلس الوطني للاستثمار، وبغية تشجيع استغلال العقار الصناعي؛ قام المشرع بالتوسيع في الأجهزة المنظمة لهذا النوع من العقارات من خلال إنشاء الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار.

التي تتم بالشراكة مع الأجانب؛ لهذا يستحسن الرفع من هذه القيمة حتى لا تتراكم الملفات على المجلس. (انظر: المقال الصحفي المنشور في موقع جريدة الفجر اليومي بتاريخ 10 فيفري 2016 - www.al-fadjr.com).

(1) - قرار المجلس الوطني للاستثمار رقم 06 الدورة 78 بتاريخ 24 مارس 2016 يتعلق بمشروع يتضمن إنجاز وحدة معالجة الرمل السيليسي ومشتقاته من طرف الشركة ذات الأسهم "ADWAN CHEMICALS COMPANY" على مستوى بلدية القور، ولاية تلمسان (استثمار مباشر أجنبي 100 % سعودي).

(2) - مذكرة المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم 05830 بتاريخ 16 ماي 2016 تتعلق بعدم اشتراط موافقة المجلس الوطني للاستثمار عند منح الامتياز.

المطلب الثاني

دور الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار في مجال العقار

بغية معرفة دور الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار في عملية تنظيم استغلال العقار الموجه للاستثمار يجب تحديد الجوانب القانونية لنشأتها (الفرع الأول)، ثم تحديد مهامها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نشأة الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار

أنشئت الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بموجب المادة 6 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار، وأسست على أعقاب الوكالة الوطنية لترقية ودعم الاستثمار (APSI)، التي تم إنشاؤها بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار. وبعد إلغاء هذا المرسوم تم تحويلها إلى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار⁽¹⁾.

حدد المرسوم التنفيذي رقم 06-356 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006⁽²⁾ صلاحيات الوكالة وتنظيمها؛ فهي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري (EPA)، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تابعة للوزير المكلف بترقية الاستثمارات، ومقرها مدينة الجزائر العاصمة⁽³⁾، لها هياكل إدارية غير مركزية على المستوى المحلي في إطار نظام الشباك الوحيد غير المركزي، الذي يتضمن عدة إدارات في مكان واحد من أجل فعالية أكثر، حيث يكون مؤهلا للقيام بالترتيبات اللازمة للمؤسسات وتسهيل تنفيذ مشاريع الاستثمار⁽⁴⁾.

(1) - في هذا المعنى راجع: مخلوف بوجردة، العقار الصناعي، مرجع سابق، ص 78.

(2) - المرسوم التنفيذي رقم 06/356 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها (ج.ر عدد 64 الصادرة بتاريخ 11 أكتوبر 2006).

(3) - راجع المادتين 01 و02 من المرسوم التنفيذي رقم 06/356 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006.

(4) - المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06/356 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006.

كما يمكن للوكالة إنشاء مكاتب تمثيل خارج الوطن لمتابعة المشاريع الاستثمارية⁽¹⁾، لكن للأسف لا وجود لهذه المكاتب لحد الآن، الأمر الذي أدى إلى استنكار العديد من المستثمرين في الخارج، وذلك لافتقارهم لجهاز يمكنهم الاتصال به دون وسطاء من أجل تزويدهم بمختلف المعلومات والمعطيات في الميدان القانوني وحتى الاقتصادي في الجزائر.

الفرع الثاني

مهام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار

تتولى الوكالة تحت مراقبة الوزير المكلف بالاستثمارات مهمة إعلام ومساعدة وتبسيط الإجراءات للمستثمرين (أولاً)، إضافة إلى مهام تسيير العقار الصناعي (ثانياً).

أولاً: مهمة إعلام ومساعدة وتبسيط الإجراءات للمستثمرين

تضمن الوكالة حسب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 06-356، مهمة استقبال المستثمرين وإعلامهم؛ وذلك من خلال وضع أنظمة إعلامية تسهل عملية استقاء المعلومات الاقتصادية المتعلقة بالمشاريع الاستثمارية، مع وضع بنك معطيات تتعلق بفرص الأعمال والشراكة⁽²⁾.

تتولى الوكالة كذلك، جمع كل الوثائق الضرورية التي تسمح بالتعرف على التشريعات والتنظيمات القانونية المتعلقة بالاستثمار عن طريق معالجتها ونشرها عبر وسائل الإعلام، مع قيامها بدراسات بغرض تبسيط الإجراءات في شكل اقتراح

(1) - المادة 22 من الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار.
 (2) - بالرغم من أهمية وضع الأنظمة الإعلامية ودورها في خلق جوٍّ من الثقة بين المستثمر والوكالة، إلا أن الملاحظ أن الأنظمة المستعملة تبقى بدائية وغير كافية، حيث إن الجهاز يكتفي بملء بطاقة الاستعلامات فقط. والأكثر من ذلك أن الموقع الإلكتروني يعطي معلومات ناقصة لا تحقق مبتغى زائري هذا الموقع من مستثمرين وحتى الباحثين في هذا المجال. (راجع: سامية لقراف، مرجع سابق، ص 44).

يقدم سنويا للسلطة الوصية⁽¹⁾.

تقوم الوكالة حسب أحكام المادة 3 من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه بوضع خدمة الاستشارات حول المشاريع الاستثمارية، حيث منح المشرع للوكالة إمكانية لجوئها في هذا الإطار إلى الاستعانة بالخبرة الخارجية المتخصصة في مجال الاستثمار، وهو ما يفتح الباب أمام التكنولوجيا الأجنبية ويمنح ضمانة أكثر للمستثمر الأجنبي.

ثانيا: مهمة تسيير العقار الصناعي

لا يتعدى دور الوكالة بخصوص العقار الصناعي الجانب الإعلامي، وذلك بتحديد العقارات المتوفرة، وكذا استقبال طلبات المزايا الخاصة بالإعفاء الضريبي من رسوم الملكية العقارية في الإطار العام المتعلق بمنح المزايا للاستثمارات وفقا لقانون الاستثمار.

زود المشرع الجزائري الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بصلاحيات جديدة بموجب المادة 26 من قانون الاستثمار، تمثل في تسيير الحافظة العقارية التابعة للمؤسسات العمومية المنحلة، إذ تنص المادة 26 على ما يلي: «تتولى الدولة انطلاقا مما تبقى من أصول المؤسسات العمومية المنحلة، قصد ضمان تمثيلها لتطوير الاستثمار، حافظة عقارية وغير منقولة، يسند تسييرها إلى الوكالة المكلفة بتطوير الاستثمار...».

يتضح أن الوكالة تهتم بتوفير العقارات الضرورية لإنجاز الاستثمارات، سواء أكانت وطنية أم أجنبية، من خلال الشباك الوحيد غير المركزي، حيث تقوم بتسيير حافظة العقارات الصناعية الناتجة عن أصول المؤسسات العمومية المنحلة لإيجارها أو التنازل عنها بعوض لصالح المستثمرين. وبصفة عامة كانت الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار تمنح قرار الامتياز على الأراضي الموجهة للاستثمار.

(1) - انظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06-356 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006.

وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 09-153⁽¹⁾، أشارت المادة 15 أنه يرخص منح الامتياز عن طريق المزاد العلني عن الأصول المتبقية والأصول الفائضة، بما فيها الأراضي المتوفرة في المناطق الصناعية، بقرار من الوزير المكلف بترقية الاستثمارات، بناءً على اقتراح من الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري.

ولم يتضح سابقا الأمر حتى صدر الأمر رقم 08-04⁽²⁾ الذي منح سلطة اتخاذ القرار للوالي، بناءً على اقتراح من لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار، ومن ثم دور الوكالة أصبح لا يتعدى منح المزايا الضريبية والجبائية والتصاريح الإلزامية للاستثمار⁽³⁾.

ابتداءً من سنة 2008، وفي إطار توسيع صلاحيات الوكالة، تم وضع نظام جديد لتقييم وتحديد حجم الاستثمارات المحققة، انطلاقاً من المعلومات التي ترددها من مختلف المصالح؛ لأجل وضع برنامج متابعة لمختلف تطورات المشاريع الاستثمارية، وذلك بالتحقق من مدى احترام المستثمر للالتزامات التي تعهد بها في مقرر منح المزايا الذي يستفيد منه المستثمر، حيث في حالة مخالفة تلك الامتيازات تقوم الوكالة بسحبها بموجب مقرر.

رغم ذلك صنفت الجزائر في المرتبة 125 من بين 178 دولة تم تقييمها من طرف البنك العالمي فيما يخص شروط الاستثمار؛ نظراً للاختلال والتناقض والثغرات في النصوص القانونية المتعلقة بالاستثمار⁽⁴⁾. فعلى سبيل المثال نذكر مسألة

(1)- المرسوم التنفيذي رقم 09-153 المؤرخ في 02 ماي 2009، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها (ج.ر عدد 27 الصادرة بتاريخ 06 ماي 2009).

(2)- الأمر رقم 08-04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمولاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

(3)- حنان سميحة خوادجية، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة قسنطينة 1، كلية الحقوق، 2015، ص 158.

(4)- سامية لقراف، مرجع سابق، ص 47.

التغير في النصوص القانونية في مجال الطعن الذي يقوم به المستثمر ضد قرار الوكالة ما بين المادة 9، الفقرتان 2 و3 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار التي تنص على ما يلي: «وفي حالة الاحتجاج على قرار الوكالة، يمكن المستثمر أن يرفع طعنا أمام السلطة الوصية على الوكالة المنصوص عليها في المقطع الأول من المادة 7 أعلاه، التي منح لها أجل للرد في مدة اقصاها خمسة عشر (15) يوما.

ويكون القرار غير قابل للطعن القضائي».

وما بين المادة 7 مكرر من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار التي جاء فيها ما يلي: «... يمارس هذا الطعن لدى لجنة تحدد تشكيلتها وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم.

ويمارس هذا الطعن دون المساس بالطعن القضائي الذي يستفيد منه المستثمر».

إذن بالعودة الى نص المادة التاسعة أعلاه نلاحظ أن المشرع حرم المستثمر من حق دستوري وهو الطعن أمام الجهات القضائية، ثم استدرك ذلك في الأمر رقم 01-03، من خلال إمكانية الطعن في قرار الوكالة دون الإشارة إلى مصير القرار الصادر عن اللجنة.

كما أن الطعن أمام اللجنة أمر له ما يبرره، وهو عدم خضوع الوكالة لأي سلطة وصية؛ نظرا لتمتعها بالشخصية المعنوية، مع إمكانية الطعن ضد أي قرار صادر عن أي هيئة أو إدارة مكلفة بتنفيذ الأوامر الصادرة عن الوكالة، بالتالي فتح المجال أمام المستثمر للطعن القضائي، خلافا لما كان عليه في المرسوم التشريعي رقم 93-12.

يلاحظ كذلك عدم الوضوح في هذه المادة، هل الطعن أمام اللجنة هو عبارة عن تظلم إداري إجباري أم أن الأمر اختياري بالنسبة للمستثمر وله الحرية في اختيار الطريق القضائي أم الإداري؟ الأمر الذي يجب تداركه في التعديلات المقبلة، وسد هذه الفراغات القانونية التي تولد إشكالات قد يطرحها المستثمر

خاصة أمام تزايد مشكل العقار الصناعي.

إن سير الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار محل انتقاد شديد، الأمر الذي يفرض بذل مجهود كبير لأداء مهمة تطوير الاستثمارات في الجزائر بفعالية أكثر، وإنشاء جو من الثقة بين المستثمر والوكالة، باعتبارها المتحدث الرسمي باسم الدولة في مواجهة المستثمرين⁽¹⁾. من أجل ذلك تم إصدار تقرير من طرف لجنة الأمم المتحدة حول تقييم الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار تضمن عدة توصيات من شأنها تحسين سير هذه الوكالة حتى تكون فعالة أكثر⁽²⁾.

سعيًا من المشرع لإيجاد آليات أخرى لتسير العقار الصناعي الذي يشكل عائقًا أمام المستثمرين؛ أنشأ الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري.

المطلب الثالث

إدارة الحافطة العقارية الصناعية عن طريق الوكالة الوطنية للوساطة والضبط

العقاري

إن الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري ليست مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، رغم أنها تمثل الدولة وتسعى إلى خدمة الصالح العام أكثر من خدمة الوكالة لمصلحتها أو مصلحة موظفيها⁽³⁾، فهي ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بذمة مالية مستقلة.

(1) - هذا رغم أن الوكالة ضمنت مكانة داخل شبكات دولية لوكالات ترقية الاستثمار، من خلال التعاون مع نظرائها من أوروبا ومختلف الدول العربية والآسيوية. على سبيل المثال: الجمعية العالمية لوكالات ترقية الاستثمار، "أنيميا" شركة أورو متوسطة لوكالات ترقية الاستثمار، كلها تهدف إلى تبادل الخبرات والممارسات الجيدة في مجال الاستثمار. (انظر: الموقع الرسمي للوكالة www.Andi.dz)

(2) - Rapport établie par les Nations Unies en collaboration entre le CNUCED et le PNUD, « *Evaluation des capacités de promotion des investissements de l'agence nationale de développement de l'investissement* », Genève, 2005.

نقلا عن: سامية لقراف، مرجع سابق، ص 43.

(3) - يظهر ذلك من خلال نص المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 07-119، المؤرخ في 23 أبريل

=

توضع الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري تحت وصاية الوزارة المكلفة بترقية الاستثمارات، تسمى حاليا وزارة الصناعة وترقية الاستثمار والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة⁽¹⁾. الأمر الذي يستوجب تحديد طبيعتها القانونية (الفرع الأول)، ثم مهامها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري

نصت المادة الأولى، الفقرة الثانية، من المرسوم التنفيذي رقم 07-119 على أنه: «تخضع الوكالة للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقاتها مع الدولة. وتعد تاجرة

2007، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري وتحديد قانونها الأساسي (ج.ر عدد 27 الصادرة بتاريخ 25 أبريل 2007).

انظر كذلك: مراد بلكعبيات، الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد 23، 2011، ص 47.

(1) - جاء في المادة 02 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 07-119، ما يلي: «توضع الوكالة تحت وصاية الوزير المكلف بترقية الاستثمارات ويحدد مقرها في مدينة الجزائر».

كما تنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: «يمكن إنشاء هياكل محلية للوكالة في أي مكان من التراب الوطني».

وبالفعل تم إنشاء مديريات جهوية على النحو التالي:

- المديرية الجهوية بالجزائر العاصمة، تضم كلا من ولاية: الجزائر، تيبازة، بومرداس، تيزي وزو.
- المديرية الجهوية بسطيف، تضم كلا من ولاية: سطيف، برج بوعريش، المسيلة، بجاية، باتنة، بسكرة.
- المديرية الجهوية بعبادة، تضم كلا من ولاية: عنابة، الطارف، قالمة، سكيكدة، سوق أهراس، تبسة.
- المديرية الجهوية بغرداية، تضم كلا من ولاية: غرداية، ورقلة، الوادي، تلمسان، إليزي.
- المديرية الجهوية بالبلدية، تضم كلا من ولاية: البلدية، عين الدفلى، الشلف، المدية، البويرة.
- المديرية الجهوية بتيارت، تضم كلا من ولاية: تيارت، تبسميلت، الأغواط، الجلفة، البيض.
- المديرية الجهوية بوهران، تضم كلا من ولاية: وهران، عين تيموشنت، مستغانم، معسكر، غليزان.
- المديرية الجهوية بأدرار، تضم كلا من ولاية: أدرار، بشار، تندوف.
- المديرية الجهوية بتلمسان، تضم كلا من ولاية: تلمسان، سيدي بلعباس، سعيدة، النعامة.

في علاقاتها مع الغير».

من خلال هذه المادة يتبين أن للوكالة طبيعة مزدوجة؛ فيها صفة الإدارة العمومية (أولاً)، وصفة التاجر (ثانياً).

أولاً- خضوع الوكالة للقواعد المطبقة على الإدارة:

يقصد بخضوع الوكالة للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقاتها مع الدولة، تطبيق أحكام القانون الإداري عليها في علاقاتها مع السلطات الإدارية المركزية؛ حيث تلعب دوراً هاماً في ترقية الاستثمار الصناعي من خلال اقتراح السياسة الوطنية للاستثمار والسهر على تنفيذها، واقتراح كل عمل أو إجراء يهدف إلى تطوير السوق المالية، من خلال وضع وسائل التمويل الملائمة للاستثمار.

تبادر الوكالة بكل عمل لترقية القدرات والوسائل الوطنية فيما يخص ترقية الاستثمار، فضلاً عن مشاركتها في تحسين شروط الحصول على العقار الاقتصادي وتسييره، كما يقترح وزير الصناعة وترقية الاستثمار في إطار السياسة العامة للحكومة وفي حدود صلاحياته، عناصر السياسة الوطنية في مجال الاستراتيجية الصناعية وتسيير مساهمات الدولة بفتح رأسمال المؤسسات العمومية، وخصوصة وترقية الاستثمارات لما يتابع ويراقب تنفيذها، وذلك بالاتصال مع مؤسسات الدولة وأجهزتها، وبالتشاور مع الشركاء الاجتماعيين⁽¹⁾.

يتضح إذن أن الوكالة تأخذ صفة الإدارة العمومية من خلال مختلف المهام التي وكلت إليها، والتي تأخذ في مجملها طابعاً إدارياً يعد في الأصل من اختصاص وصلاحيات السلطات العامة المركزية المعروفة في القانون الإداري.

ثانياً- خضوع الوكالة للقواعد المطبقة على الخواص:

تعد الوكالة تاجرة في علاقاتها مع الغير. ويقصد بالغير الأشخاص الآخرون ما

(1) - مراد بالكعبيات، مرجع سابق، ص 51.

عدا الدولة⁽¹⁾، ويمثلون في: التجار، المستثمرين الصناعيين، الولاية، المديرات التنفيذية الولاية البلدية⁽²⁾.

تؤدي الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري خدمة للجمهور لقاء أجر معين، أو مقابل نسبة معينة من قيمة عقد الامتياز التي تتوسط بين الدولة والمستثمر، عملاً بالمادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 09-153 التي تنص: «يمنح لفائدة الوكالة الوطنية المذكورة أعلاه اجرا يمثل كحد أقصى الإتاوتين السنويتين الأوليتين للامتياز وذلك مقابل تسيير هذه الحافظة العقارية لحساب الدولة».

بالتالي قيام الوكالة بمهمة الوساطة في الميدان العقاري يجعلها تتصرف كالأشخاص الخاصة تهدف إلى تحقيق الربح، وهو ما يبرر طبيعتها القانونية المذكورة في المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 07-119، ما يجعلها خاضعة لأحكام القانون التجاري رغم أن الهدف الأول هو خدمة المصلحة العامة للدولة في ميدان العقار الصناعي.

من خلال ما سبق يتضح أن الوكالة تتميز بطبيعة مزدوجة؛ تمزج بين صفة الإدارة من خلال إدارة وتسيير الحافظة العقارية الصناعية باسم ولحساب الدولة، وصفة التاجر من أجل تسيير حافظتها العقارية الخاصة والحصول على مورد إضافي يساعدها على أداء مهمتها كجهاز أساسي في عملية تنظيم العقار الصناعي.

الفرع الثاني

مهام الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري

تنص المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 07-119 على ما يلي: «يمكن

(1) - مصطلح الدولة له معانٍ مختلفة؛ فنجدّه مستعملاً في القانون الدولي العام، القانون الدستوري والقانون الإداري. والمعنى الذي نقصده هنا هو مفهوم الدولة طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية أي كل الهيئات الإدارية المركزية المتمثلة في الوزارات.

(2) - مراد بالكعبيات، مرجع سابق، ص 52.

للكالة أن تتولى مهمة التسيير والترقية والوساطة والضبط العقاري على مكونات حافظة العقار الاقتصادي العمومي...».

يظهر من خلال هذه المادة أنه تم إسناد مهمة تسيير حافظة العقار الاقتصادي للوكالة المتكوّن أساسا من الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة، الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، والأصول المتبقية للمؤسسات العمومية المحلة، والأصول الفائضة التابعة لمؤسسات عمومية اقتصادية، والأراضي المتوفرة على مستوى المناطق الصناعية؛ وذلك لحساب الدولة.

تتولى الوكالة مهمة التسيير بموجب اتفاقية تبرم بين مدير أملاك الدولة المختص إقليميا، والوكالة الجهوية المسيرة التي تعمل لحساب الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري.

تعد المهام المسندة للوكالة في مجال تسيير العقار الاقتصادي داخلة ضمن تبعات الخدمة العمومية، ما يجعل الطبيعة القانونية للاتفاقية المخولة لتسيير العقار الاقتصادي عقدا من عقود القانون العام، رغم أن الوكالة ذات طبيعة مزدوجة كما ذكرنا آنفا.

أما في ميدان الوساطة العقارية تتولى الوكالة مهمة التقريب بين المستثمرين والدولة ممثلة في الوالي، من خلال التقريب بين المستثمرين الصناعيين والسلطة المانحة للامتياز. كما تقوم بتسيير حافظتها العقارية وترقيتها بهدف تميمها في إطار ترقية الاستثمار، فضلا عن مهمة الملاحظة فيما يخص العقار الاقتصادي العمومي، وتقدم لهذا الغرض المعلومات اللازمة للهيئات المنظمة للعقار الصناعي محليا حول العرض والطلب العقاري، وتوجهات السوق العقارية وآفاقه⁽¹⁾.

تقترح الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري العقار الصناعي، باعتباره

(1) - انظر المادتين 05 و06 من المرسوم التنفيذي رقم 07-119.

مورداً أساسياً للمؤسسة الصناعية، والموجه لفائدة أصحاب المشاريع الاستثمارية بجميع أشكالهم محلية أو أجنبية.

كما تقوم الوكالة بنشر المعلومات حول الأصول العقارية والوفرة العقارية ذات الطابع الاقتصادي، وتولى ترقيتها لدى المستثمرين، وتضع بنك معطيات يجمع العرض الوطني حول الأصول العقارية والأوعية العقارية ذات الطابع الاقتصادي مهما كانت طبيعتها القانونية.

تعدّ الوكالة جدول أسعار العقار الاقتصادي مع تحيينه كل ستة (6) أشهر، وتُحضّر دراسات ومذكرات دورية حول توجهات السوق العقارية. ويمكن أن تشكل الأسعار المتضمنة في جدول الأسعار مرجعا بالنسبة للأسعار الاقتصادية عند عمليات الامتياز أو التنازل⁽¹⁾.

الوكالة مؤهلة للقيام بكل الأعمال التي من شأنها أن تحفز تطور الاستثمار والعقار، لا سيما القيام بكل العمليات المنقولة أو العقارية أو المالية أو التجارية، عن طريق إبرام العقود والاتفاقيات المتصلة بنشاطها⁽²⁾.

الملاحظ أنه لا نتعدى مهام الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري مهمة الإدارة العامة للحفاظ على العقارية الصناعية؛ فليس لها إمكانية التصرف فيها رغم الإضفاء عليها صفة المرق العقاري الذي يمكن تغطيته عن طريق هيئات أخرى، كمرکز الدراسات والأبحاث التطبيقية في التعمير⁽³⁾.

(1) - راجع المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 07-119.

(2) - المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 07-119.

(3) - حنان سميجة خوادجية، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، ص 183.

المبحث الثاني

وجوب تعزيز صلاحيات الهيئات الممثلة للدولة محليا

إن الهيئات المحلية المساهمة في عملية تنظيم استغلال العقار الموجه للاستثمار تتمثل في الدولة ممثلة في الوالي (المطلب الأول)، ومدير أملاك الدولة (المطلب الثاني)، والشباك الوحيد غير المركزي (المطلب الثالث).

المطلب الأول

دور الوالي في عملية الاستثمار الوارد على العقار

يعد الوالي همزة وصل بين الولاية والسلطة المركزية؛ فهو المتصرف باسم الدولة على المستوى المحلي، وهو مندوب الحكومة والممثل المباشر والوحيد لكل وزير من الوزراء، وفي الوقت ذاته يعتبر ممثلاً للولاية كشخصية معنوية إقليمية، وبهذه الصفة فهو الهيئة التنفيذية للمجلس الشعبي الولائي⁽¹⁾.

تولى الوالي -كجهاز محلي ولائي مساهم بصفة أساسية في عملية تنظيم العقار الصناعي الموجه للاستثمار- عدة مهام، تختلف بين فترة ما قبل صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2011⁽²⁾، (الفرع الأول)، وتلك التي تلت صدوره (الفرع الثاني).

الفرع الأول

دور الوالي في منح الامتياز قبل صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2011

إن دور الوالي في تسيير العقار الصناعي الموجه للاستثمار تتمثل في منح الامتياز، بناءً على اقتراح من لجنة المساعدة على تحديد الموقع، وترقية الاستثمارات،

(1)- للمزيد حول صلاحيات الوالي باعتباره ممثلاً للولاية راجع: القانون رقم 07-12، المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتعلق بالولاية (ج.ر عدد 12 الصادرة بتاريخ 29 فيفري 2012).

(2)- القانون رقم 11-11، المؤرخ في 18 يوليو 2011، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 (ج.ر عدد 40 الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2011).

وضبط العقار، طبقاً لأحكام المادة 05 من الأمر رقم 11-06 التي تنص على أنه: «يرخص بالامتياز أو التنازل بالمزاد العلني أو التراضي بموجب: قرار من الوالي بناءً على اقتراح من لجنة يحدد تنظيمها وتشكيلها وسيرها عن طريق التنظيم»⁽¹⁾.

حيث يترأس الوالي اللجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار، التي تتولى مهمة معالجة طلبات المستثمرين، وتكريس تحديد مواقع الأراضي المخصصة للاستثمار بقرار ولائي، كما يقوم بمنح تراخيص الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة، أو الترخيص بمنح التنازل على المواقع المخصصة بمقررات اللجنة المساعدة على غير الأراضي التابعة للأملاك الدولة الخاصة، خصوصاً الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للجماعات المحلية والمؤسسات المحلية.

غير أن الامتياز لا يشمل الأراضي التي تدخل ضمن حافظة الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، وأراضي العقار السياحي، والأراضي التابعة لمحيط المدينة الجديدة؛ نظراً لكون الترخيص بمنح الامتياز بشأن الأراضي المخصصة من الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة من اختصاص الوزراء كل فيما يخصه.

لكن بصدور الأمر رقم 04-08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، الذي ألغى أحكام الأمر رقم 11-06، تم حصر صلاحيات الوالي في الترخيص بمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني، بشرط عدم تبعية الأراضي محل الامتياز للوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، التي يتخذ القرار فيها من طرف الوزير المكلف بالصناعة وترقية الاستثمارات⁽²⁾.

وهذا ما أكدته المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 152-09، التي جاء فيها ما يلي: «عندما يتعلق الأمر بقطعة أرضية تابعة للدولة تم اسناد تسييرها إلى هيئة عمومية مكلفة بالضبط والوساطة العقارية، يرخص منح الامتياز عن طريق المزاد

(1) - المادة 05 من الأمر رقم 11-06، المؤرخ في 30 أوت 2006.

(2) - المادة 05 من الأمر رقم 04-08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008.

العلي المفتوح أو المحدود باقتراح من هذه الهيئة بناءً على قرار من الوزير المكلف بترقية الاستثمارات»⁽¹⁾.

الفرع الثاني

دور الوالي في منح الامتياز بعد صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2011

بصدور القانون رقم 11-11 الذي عدل المادة 05 من الأمر رقم 04-08، أصبح الوالي الوحيد المخول بالترخيص بمنح الامتياز بالتراضي، بناءً على اقتراح من لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار⁽²⁾ على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة، والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المنحلة، والأصول الفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية، وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات⁽³⁾.

ثم بصدور قانون المالية التكميلي لسنة 2015⁽⁴⁾ عدلت المادة 48 منه أحكام المادة 05 من الأمر رقم 04-08، حيث منحت للوالي سلطة إصدار قرار منح

(1)- المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 02 ماي 2009، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (ج.ر عدد 27 الصادرة بتاريخ 06 ماي 2009).

(2)- تم استحداث هذه اللجنة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07-120 المؤرخ في 23 أبريل 2007، المتضمن تنظيم لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار وتشغيلها وسيرها (ج.ر عدد 27 الصادرة بتاريخ 25 أبريل 2007).

- تعتبر هذه اللجنة بمثابة صياغة جديدة للجنة المساعدة لتوطين وترقية الاستثمار على مستوى الولاية (CALPI)، تتولى مهمة التسهيل والتوطين للعقار الموجه للاستثمار، وإنشاء بنك معلومات حول العرض العقاري في الولاية، مع تقييم السوق العقاري المحلي.

(3)- المادة 15 من قانون المالية التكميلي لسنة 2011.

(4)- الأمر رقم 15-01، المؤرخ في 23 يوليو 2015، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015 (ج.ر عدد 40 الصادرة بتاريخ 23 جويلية 2015).

الامتياز بالتراضي⁽¹⁾ بناءً على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالاستثمار، على عكس ما جاء به قانون المالية التكميلي لسنة 2011 الذي عدل نفس المادة ومنح نفس الصلاحيات للوالي، لكن بناءً على اقتراح من لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار، بالتالي يعد هذا التعديل بمثابة شهادة وفاة للجنة فيما يخص منح الامتياز على العقار الموجه للاستثمار.

في هذا الإطار حددت التعليمات الوزارية المشتركة المؤرخة في 06 أوت 2015 كفاءات تطبيق الأحكام الجديدة المتعلقة بمنح حق الامتياز على العقارات التابعة للأماكن الخاصة للدولة والموجهة إلى إنجاز مشاريع استثمارية، من خلال قيام الوالي بالبت في طلب الامتياز لمشاريع الاستثمار، باتخاذ قرار منح الامتياز بالتراضي، مع تبليغه إلى المستثمر دون أجل، وإرسال ذات الملف إلى مديرية أملاك الدولة باعتبارها موثق الدولة، من أجل إعداد عقد الامتياز. كما أضافت نفس التعليمات أن القرار بالقبول المتخذ من قبل الوالي يحوز على قوة التنفيذ من قبل كل مصالح الدولة⁽²⁾.

في هذا الصدد يتم إنشاء على مستوى كل ولاية لجنة ولائية مكلفة بدراسة وضعية تقدم المشاريع الاستثمارية، يرأسها الوالي، تضم كلاً من مدير التعمير والهندسة المعمارية والبناء، مدير الصناعة والمناجم، مدير أملاك الدولة، ومدير الحفظ العقاري، كما يمكنها استدعاء أي شخص من شأنه مساعدتها في أشغالها. تعقد هذه اللجنة بصفة إلزامية اجتماعاتها مرة كل أسبوع لدراسة وضعية تقدم

(1) - الامتياز المقصود هنا طبعاً هو الذي يكون محله الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة، والأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المنحلة، والأصول الفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية، وكذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات.

(2) - **voir** : instruction interministérielle N°001 du 06 aout 2015 portant modalités de mise en œuvre des nouvelles dispositions relatives à la concession des biens immobiliers relevant du domaine privé de l'État destinés à la réalisation de projets d'investissements. (Ministre de l'intérieur et des collectivités locales / ministre des finances / ministre de l'industrie).

مشاريع الاستثمار المعتمدة، ومرة كل شهر لتقديم حصيلة عامة عن وضع الاستثمار في الولاية، وهذا كله يدخل في إطار تعزيز صلاحيات الولاية النسبية في هذا المجال⁽¹⁾.

المطلب الثاني

إعداد المدير الولائي لأملاك الدولة لعقد امتياز استغلال العقار الصناعي

بعد اتخاذ الولاية قرار منح الامتياز لفائدة المستثمرين لاستغلال العقار الصناعي، يأتي دور مدير أملاك الدولة في هذه العملية بصفته ممثلا لوزير المالية (الفرع الأول)، من خلال تكريس ذلك القرار بموجب عقد إداري يضمن عليه طابع الرسمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مدير أملاك الدولة ممثلا لوزير المالية في مجال الاستثمار

يتصرف الوزير المكلف بالمالية باسم الدولة في جميع عقود التسيير والتصرف التي تهم الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة. ومن أجل تسيير هذه الأملاك على المستوى الإقليمي، يفوض وزير المالية مديري أملاك الدولة في الولاية⁽²⁾ لإعداد العقود التي تهم الممتلكات العقارية التابعة للأملاك الدولة الخاصة. هذا ما أكدته المادة 183 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427، المؤرخ في 16 ديسمبر 2012 التي جاء فيها: «يمكن الوزير المكلف بالمالية ... أن يمنح تفويضا بموجب قرار للمدير

(1) - انظر مثلا: القرار رقم 3541، المؤرخ في 08 أكتوبر 2015، المتضمن إنشاء لجنة ولائية مكلفة بدراسة وضعية تقدم مشاريع الاستثمار المعتمدة، صادر عن والي ولاية البويرة، تطبيقا لأحكام التعليمات الوزارية المشتركة رقم 01، المؤرخة في 06 أوت 2015، وكذا الأمر رقم 01-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015.

(2) - لمعرفة الهيئات المكلفة بإدارة الأملاك الوطنية على المستوى المحلي راجع: عبد العظيم سلطاني، مرجع سابق، ص 52 وما بعدها.

الولائي لأمالك الدولة لإعداد العقود التي تهم الأملاك العقارية الخاصة للدولة وإعطائها الطابع الرسمي والسهر على حفظها»⁽¹⁾.

يعتبر مدير أملاك الدولة الولائي موظفا عموما يشغل منصبا عاليا في الدولة، يعين بموجب مرسوم تنفيذي، بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالمالية، وتنتهي مهامه بنفس الطريقة⁽²⁾.

بهذه الصفة فإن مدير أملاك الدولة هو المخول قانونا بسلطة التصديق وإعطاء الصبغة الرسمية للعقود، وكل الوثائق المتعلقة بأمالك الدولة، ويحفظ النسخ الأصلية ذات الصلة بها، غير أن سلطة تحرير العقود هذه ليست تلقائية بل بموجب تفويض قانوني من وزير المالية⁽³⁾.

الفرع الثاني

تكريس مدير أملاك الدولة لقرار منح الامتياز بعقد إداري

يتولى مدير أملاك الدولة مهمة تحرير عقد الامتياز وإعطائه طابعا رسميا، إذ تنص المادة 10 من الأمر رقم 04-08 على تكريس قرار منح الامتياز الصادر عن الوالي بعقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة، مرفقا بدفتر أعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود وشروط منح الامتياز⁽⁴⁾. بهذه الصفة فإن مدير أملاك الدولة يعتبر موثق الدولة والجماعات المحلية⁽⁵⁾.

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 12-427، المؤرخ في 16 ديسمبر 2012، المحدد لشروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة (ج.ر عدد 69 الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 2012).

(2) - المادتين 08 و11 من المرسوم التنفيذي رقم 91-65، المؤرخ في 02 مارس 1991، المتضمن تنظيم المصالح الخارجية للأملاك الدولة والحفظ العقاري (ج.ر عدد 10 الصادرة بتاريخ 06 مارس 1991).

(3) - قرار مؤرخ في 20 جانفي 1992، متضمن منح تفويض لمديري أملاك الدولة في الولاية لإعداد العقود التي تهم الممتلكات العقارية التابعة للأملاك الدولة الخاصة (ج.ر عدد 30 الصادرة بتاريخ 22 أفريل 1992).

(4) - **Voir: Ahmed Rahmani**, Droit des biens publics, op.cit., p 139.

(5) - تشير كذلك إلى أنه يجب إخضاع عقد الامتياز المعد من طرف مدير أملاك الدولة إلى إجراءات

=

في هذا الصدد صدرت عدة مذكرات من المديرية العامة للأملاك الوطنية، تكلف إدارات أملاك الدولة والحفظ العقاري بتقديم مساهمتها في إنجاح عملية ترقية الاستثمار، ولفت انتباه بعض المدراء حول الاختلالات الملاحظة من حيث إعداد عقود الامتياز وإشهارها، خاصة فيما يخص المدة المخصصة لمتابعة العملية، الأمر الذي جعل الإدارة المركزية تطلب تقريراً مفصلاً حول أسباب هذه الاختلالات مع إعطاء عناية خاصة لمثل هذه العقود⁽¹⁾.

يسهر مدير أملاك الدولة على متابعة استغلال الأراضي الموجهة للاستثمار، باتخاذ إجراءات إسقاط حق الامتياز لدى الجهات القضائية المختصة في حالة عدم احترام المستفيد من الامتياز للالتزامات المحدد في بنود دفتر الشروط⁽²⁾.

فضلاً عن ذلك، فإن مدير أملاك الدولة هو عضو في جميع اللجان الولائية المكلفة بدراسة طلبات الاستفادة من العقار الموجه للاستثمار، غير أن ما يلاحظ بشأن حضور ممثلي أملاك الدولة هو أنه حضور سلبي؛ نظراً لعدم الاعتراض كتابياً على معظم الخروقات القانونية على مستوى هذه اللجان، كالقيام بعمليات ممنوعة على الأراضي الفلاحية أو الجيوب العقارية أو الأراضي الحضرية ذات القيمة العالية، فبدلاً من الاعتراض كتابياً يتم تجميد الملفات على مستوى المديريات⁽³⁾.

لهذه الأسباب نوّه المدير العام للأملاك الوطنية في مذكرة موجهة للمدراء

الشهر العقاري، التي يباشرها المحافظ العقاري المختص إقليمياً حتى يكتسب العقد صفة الرسمية النهائية ويكون حجة على الغير.

(1) - انظر على سبيل المثال: مذكرة المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم 3138 بتاريخ 31 مارس 2013، تتعلق بترقية الاستثمار وإشهار العقود.

وأيضاً: المذكرة رقم 5793، بتاريخ 11 جوان 2013، المتعلقة بترقية الاستثمار ومتابعة عملية إعداد وإشهار عقود الامتياز.

(2) - مذكرة صادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم 04663، بتاريخ 12 ماي 2013، تتعلق بمنح العقار الصناعي.

(3) - حنان سميحة خوادجية، مرجع سابق، ص 154.

الولايتين بوجود التنسيق مع مصالح الولاية، لتكثيف المراقبات الدورية الميدانية في إطار اللجنة الفرعية المكلفة بمتابعة إنجاز المشاريع الاستثمارية؛ قصد الوقوف عن قرب على مدى تقدم نسبة إنجاز المشاريع، ليتسنى اتخاذ التدابير اللازمة في حالة أي تقصير غير مبرر⁽¹⁾.

المطلب الثالث

ضرورة تفعيل صلاحيات الشباك الوحيد غير المركزي

إن تسهيل عملية الاستثمار تكتسي مكانة أولية من بين المهام التي أسندت للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، حيث تم إنشاء قسم لدى الوكالة خصيصا لمتابعة تنفيذ هذه المهمة، يسمى بالشباك الوحيد غير المركزي (الفرع الأول)، يستطيع من خلاله المستثمر عن طريق المرافقة في جميع الإجراءات إنشاء استثماره بأقل مجهود (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نشأة الشباك الوحيد غير المركزي

إن الشباك الوحيد غير المركزي هو جزء من الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، أنشئ على المستوى الولائي، يشمل - إلى جانب إطارات من الوكالة- ممثلي الإدارات التي تتدخل في عملية الاستثمار⁽²⁾.

(1)- راجع المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية رقم 04663، بتاريخ 12 ماي 2013.
 (2)- يضم الشباك الوحيد غير المركزي ضمن تشكيلته الممثلين المحليين للوكالة نفسها فضلا عن ممثلي المركز الوطني للسجل التجاري، مصالح أملاك الدولة، الضرائب، الجمارك، التعمير، التهيئة الإقليم والبيئة، العمل، ممثل عن المجلس الشعبي البلدي، وهيئات المكلفة بالعقار الموجه للاستثمار. (راجع المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 01-282، المؤرخ في 24 سبتمبر 2001، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيورها. (ج.ر عدد 55 الصادرة بتاريخ 26 سبتمبر 2001)، والمغنى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-356 المؤرخ في 09 أكتوبر 2006).

تأسس لأول مرة عام 1993 بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-12⁽¹⁾، الذي نص في المادة 8 منه على أن الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار تُؤسس في شكل شبك وحيد يضم الإدارات والهيئات المعنية بالاستثمار.

غير أن الشبك الوحيد الذي كان موجوداً آنذاك هو الشبك الوحيد المركزي على مستوى الجزائر العاصمة؛ نظراً لعدم وجود إمكانيات بشرية ومالية معتبرة لإنشاء مكاتب جهوية أو محلية، الأمر الذي ولد ضغطاً وعبئاً على الشبك الوحيد المركزي، خاصة أمام الكم الهائل لطلبات الاستثمار مع نهاية التسعينات.

هذه الوضعية دفعت السلطة إلى تبني - عام 2001 - إطار قانوني جديد بمقتضى الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار، الذي أسس بموجب مادته 23 شبكاً وحيداً بالمفهوم الحالي: «ينشأ شبك وحيد ضمن الوكالة، يضم الإدارات والهيئات المعنية بالاستثمار».

إذن خلال سنة 2001 أطلقت الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار برنامجاً يتضمن فتح 48 شبك عبر التراب الوطني، لتقريب الإدارات المكلفة بالاستثمار من المستثمرين، وتحسين التنسيق بين جميع الجهات المعنية بهذه العملية.

غير أن استعمال المشرع في قانون تطوير الاستثمار مصطلح «الشبك الوحيد اللامركزي»⁽²⁾ من شأنه الدلالة على أنه متمتع بالشخصية المعنوية وخاضع للوصاية الإدارية كأحد الأساليب الإدارية اللامركزية المعروفة في القانون الإداري، في حين أنه ليس سوى هيكل غير مركزي للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار. فكان من الأحسن استعمال مصطلح «الشبك الوحيد غير المركزي» حتى يتوافق مع ما جاءت به المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 01-282 بنصها: «...وتتوفر للوكالة

(1) - المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار (ج.ر عدد 64 الصادرة بتاريخ 10 أكتوبر 1993).

(2) - انظر المادة 27 من الأمر رقم 03-01، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار.

هياكل غير مركزية على المستوى المحلي...»⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مساهمة الشباك الوحيد غير المركزي في تبسيط إجراءات منح الامتياز

دور الشباك الوحيد هو تسهيل وتبسيط الإجراءات القانونية لتنفيذ المشاريع الاستثمارية⁽²⁾. لهذا الغرض فإن ممثلي الإدارات والهيئات المكونة له مكلفون بإصدار - مباشرة على مستواهم - كل الوثائق المطلوبة، وتقديم الخدمات الإدارية المرتبطة بإنجاز الاستثمار، ويكلفون زيادة على ذلك بالتدخل لدى المصالح المركزية والمحلية لإداراتهم؛ لتذليل الصعوبات المحتملة التي يلاقها المستثمرون⁽³⁾.

الملاحظ أن الخدمات المقدمة من طرف الشباك لم تعد تقتصر على معلومات بسيطة، ولكنها تمتد إلى الانتهاء من جميع الإجراءات المطلوبة عن طريق التفويض الفعلي للسلطة، واتخاذ القرار، والتوقيع نيابة عن إدارتهم الأصلية.

تعد القرارات الصادرة عن الشباك الوحيد غير المركزي قرارات إدارية نافذة في حق المخاطبين بها؛ لذا متى صدرت مستوفية لأركانها وشروطها، كانت نافذة في حق المخاطبين بها، وهو ما أكدته المادة 23 من قانون تطوير الاستثمار: «...يحتج بقرار الشباك الوحيد على الإدارات المعنية...».

في الحقيقة فإن ممثلي الإدارات والهيئات على مستوى الشباك يفتقدون لسلطة اتخاذ القرار أو المشاركة فيه بصورة فعلية؛ نظرا لتبعيتهم للسلطة المركزية أو المحلية التي يتبعونها، فيلزمون بالرجوع إليها في كل مسألة تعرض عليهم.

إذن دور الشباك الوحيد، كمرافق ومسهل لإجراءات الاستثمار، يفرض على

(1)- المرسوم التنفيذي رقم 01-282، المؤرخ في 24 سبتمبر 2001.

(2)- المادة 25 من الأمر رقم 03-01.

(3)- voir : instruction N°199 du 30 mars 2011 portant fonctionnement du guichet unique de l'agence nationale du développement de l'investissement (Andi). (Secrétaire général du ministère de l'intérieur et des collectivités locales).

ممثلي الإدارات كل في ما يخصه باستلام طلبات إعداد محضر معاينة الدخول في مرحلة الاستغلال، وضمان متابعة رفع التحفظات المسجلة، ومتابعة تطور جميع أعمال الامتياز التي تهم المستثمر للحصول على المزايا الممنوحة.

رغم ذلك، وحسب آخر الدراسات، تصنف الجزائر ضمن الدول الأكثر تماطلا في المدة التي يتطلبها إنجاز المشروع الاستثماري؛ وذلك نظرا لغياب بعض ممثلي الإدارات والهيئات المعنية بالاستثمار، على مستوى الشبائيك اللامركزية، بحجة عدم صلاحية المقرات التي يزاول فيها الشباك الوحيد مهامه في غالب الأحيان، غياب التنسيق بين مختلف المصالح المعنية بالاستثمار وعدم الجدوية في دراسة الملفات، فضلا عن بعض مشاكل الإدارة المعروفة مثل البيروقراطية والمحاباة.

في الواقع وجود شباك وحيد بهذه التشكيلة، وبمقتضى هذا التمثيل والتفويض الفعلي لسلطة النشاط، واتخاذ القرار، يفرض منح صلاحيات أكثر واستقلالية أعمق من أجل ضمان أداء مهامه الحقيقية في التسهيل والتبسيط، بعيدا عن جميع الضغوطات ومختلف أشكال المحاباة، مما يجعله الوسيط الوحيد محل الثقة للمستثمر والإدارة المركزية في المستقبل لتطبيق سياسات التنمية المحلية عن طريق الاستثمار.

خاتمة

في الأخير نلاحظ أن مناخ الاستثمار يشكل ركيزة أساسية للمحيط المؤسسي المتضمن مختلف الجوانب، لاسيما الإطار التشريعي والتنظيمي المتعلق بمختلف الأجهزة المساهمة في عملية ترقية الاستثمار.

في هذا الصدد رأينا أن العقار يشكل قاعدة الاستثمار، وبالتالي فإن الإجراءات التي تسيرها يجب أن تكون مرنة، بهدف تطوير المناخ الاستثماري الذي من شأنه تحسين تنافسية المستثمرين وابعاش النمو الاقتصادي.

ولا يتأتى ذلك في رأينا إلا من خلال وضع آليات تُفعل مساهمة مختلف الأجهزة المنظمة للعقار الصناعي في الجزائر، عن طريق تقليص الآجال المتعلقة بالعملية، وبذل مجهودات أكثر بهدف إزالة بعض القيود المستمرة، للاقترب أكثر

من المعايير العالمية في هذا المجال، وبالنتيجة تحسين ترتيب الجزائر في المؤشرات العالمية التي تحتلها حالياً بعنوان (أداء منخفض وإمكانات مرتفعة).

لذا سنقدم بعض الاقتراحات التي من شأنها المساهمة في تحسين مناخ الاستثمار في الجزائر، ومن ثمّ تحسين أداء الأجهزة المنظمة للعقار الموجه للاستثمار:

1- توضيح مراكز اتخاذ القرار من خلال التقليل من كثرة الهيئات الإدارية المكلفة بتسيير العقار الموجه للاستثمار.

2- منح صلاحيات واستقلالية أكثر للأجهزة المساهمة في عملية منح العقار للاستثمار في إطار الامتياز، الأمر الذي يخلق نوعاً من الثقة بين الإدارة والمستثمر من خلال السرعة في اتخاذ القرار.

3- العمل على إيجاد آليات عملية من أجل التقليل من الآجال القانونية المتعلقة بدراسة ملف الامتياز، مع مراقبة دورية لمدى احترامها من طرف الأطراف الفاعلة في هذا المجال.

4- محاولة توحيد الإطار القانوني المنظم لعملية الاستثمار، وتفادي التعدد في النصوص القانونية المؤدي في غالب الأحيان إلى التناقض في الأحكام.

5- الاستثمار في العنصر البشري المكون للأجهزة المنظمة لعملية استغلال العقار الموجه للاستثمار، للقضاء على داء البيروقراطية والمحاباة، من خلال توفير فرص التكوين المستمر للموظفين المكلفين بالمهمة (دورات تكوينية لشرح النصوص القانونية ومختلف التعديلات والتحديثات الواردة عليها إن وجدت)، وعدم الاكتفاء بتعليمات ومذكرات من المديريات المركزية التي تحتاج هي الأخرى إلى شرح وتوضيح.

6- قيام مدير أملاك الدولة، بصفته مسؤولاً على السير الحسن لعملية منح الامتياز على الأراضي التابعة للدولة الموجهة للاستثمار، بعقد جلسات عمل بصفة دائمة، قصد إعداد تقارير دورية تتعلق بعملية منح الامتياز، من شأنها الوقوف على بعض النقاط المعرّقة للعملية.

7- الإسراع في إنشاء مكاتب تمثيل الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار في الخارج لتعريف المستثمرين بفرص الاستثمار بالجزائر بالتنسيق مع مختلف الممثلات

الأخرى في الخارج، كقيام القنصليات والسفارات الجزائرية بأيام إعلامية في مجال الاستثمار.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

1/ الكتب:

- أعمر يحياوي، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومه، الجزائر، 2001.
- عبد العظيم سلطاني، تسيير وإدارة الأملاك الوطنية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2010.
- مخلوف بوجردة، العقار الصناعي، دار هومه، الجزائر، 2006.

2/ الرسائل والمذكرات:

- حنان سميحة خوادجية، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2015.
- سامية لقراف، الامتيازات المالية للاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2011.

3/ مقال:

- مراد بلكعبيات، الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد 23، 2011، ص ص 45-61.

4/ النصوص القانونية:

أ/ النصوص التشريعية:

- المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار (ج.ر عدد 64 الصادرة بتاريخ 10 أكتوبر 1993).
- الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار (ج.ر عدد 47 الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001)، معدل ومتمم بالأمر رقم 06-08 المؤرخ في 15 يوليو 2006 (ج.ر عدد 47 الصادرة بتاريخ 19 جويلية 2006).

- الأمر رقم 06-11، المؤرخ في 30 أوت 2006، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (ج.ر عدد 53 الصادرة بتاريخ 30 أوت 2006). ملغى بموجب المادة 15 من الأمر رقم 08-04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (ج.ر عدد 49 الصادرة بتاريخ 03 سبتمبر 2008).

- القانون رقم 11-11، المؤرخ في 18 يوليو 2011 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 (ج.ر عدد 40 الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2011).

- القانون رقم 12-07، المؤرخ في 21 فبراير 2012 المتعلق بالولاية (ج.ر عدد 12 الصادرة بتاريخ 29 فيفري 2012).

- الأمر رقم 15-01، المؤرخ في 23 يوليو 2015، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015 (ج.ر عدد 40 الصادرة بتاريخ 23 جويلية 2015).

ب/ النصوص التنظيمية:

- المرسوم التنفيذي رقم 91-65، المؤرخ في 02 مارس 1991، المتضمن تنظيم المصالح الخارجية للأملاك الدولة والحفظ العقاري. (ج.ر عدد 10 الصادرة بتاريخ 06 مارس 1991).

- المرسوم التنفيذي رقم 01-281، المؤرخ في 24 سبتمبر 2001، المتعلق بتشكيلة المجلس الوطني للاستثمار وتنظيمه وسيره (ج.ر عدد 55 الصادرة بتاريخ 26 سبتمبر 2001)، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 06-185 المؤرخ في 31 ماي 2006 (ج.ر عدد 36 الصادرة بتاريخ 31 ماي 2006).

- المرسوم التنفيذي رقم 01-282 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها (ج.ر عدد 55 الصادرة بتاريخ 26 سبتمبر 2001).

– المرسوم التنفيذي رقم 06-355، المؤرخ في 09 أكتوبر 2006، المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار وتشكيلته وتنظيمه وسيره (ج.ر عدد 64 الصادرة بتاريخ 11 أكتوبر 2006).

– المرسوم التنفيذي رقم 06-356، المؤرخ في 09 أكتوبر 2006، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها (ج.ر عدد 64 الصادرة بتاريخ 11 أكتوبر 2006).

– المرسوم التنفيذي رقم 07-119، المؤرخ في 23 أبريل 2007 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري وتحديد قانونها الأساسي (ج.ر عدد 27 الصادرة بتاريخ 25 أبريل 2007).

– المرسوم التنفيذي رقم 07-120، المؤرخ في 23 أبريل 2007، المتضمن تنظيم لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار وتشكيلتها وسيرها (ج.ر عدد 27 الصادرة بتاريخ 25 أبريل 2007).

– المرسوم التنفيذي رقم 09-152، المؤرخ في 02 ماي 2009، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (ج.ر عدد 27 الصادرة بتاريخ 06 ماي 2009).

– المرسوم التنفيذي رقم 09-153، المؤرخ في 02 ماي 2009، المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها (ج.ر عدد 27 الصادرة بتاريخ 06 ماي 2009).

– المرسوم التنفيذي رقم 12-427، المؤرخ في 16 ديسمبر 2012، المحدد لشروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة (ج.ر عدد 69 الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 2012).

ج/ قرار وزاري:

– قرار وزاري مؤرخ في 20 جانفي 1992 المتضمن منح تفويض لمديري أملاك الدولة في الولاية لإعداد العقود التي تهم الممتلكات العقارية التابعة لأملاك الدولة الخاصة. (ج.ر عدد 30 الصادرة بتاريخ 22 أفريل 1992).

5/ المذكرات والتعليمات:

- مذكرة صادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم 3138 بتاريخ 31 مارس 2013 تتعلق بترقية الاستثمار- إشهار العقود.
- مذكرة صادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم 04663 بتاريخ 12 ماي 2013 تتعلق بمنح العقار الصناعي.
- مذكرة صادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم 5793 بتاريخ 11 جوان 2013 المتعلقة بترقية الاستثمار- متابعة عملية إعداد وإشهار عقود الامتياز.
- مذكرة صادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم 04979 بتاريخ 12 ماي 2014 تتعلق بخلق فضاءات جديدة مهيأة موجهة للاستثمار.
- تعليمة رقم 2144 مؤرخة في 10 سبتمبر 2015 صادرة عن وزارة الداخلية والجماعات المحلية موجهة للسيدات والسادة الولاة بالاتصال بالولاة المنتدبين ورؤساء الدوائر والمجالس الشعبية البلدية تتعلق بإنعاش الاستثمار الاقتصادي.
- القرار رقم 3541 المؤرخ في 08 أكتوبر 2015 المتضمن إنشاء لجنة ولائية مكلفة بدراسة وضعية تقدم مشاريع الاستثمار المعتمدة، صادر عن والي ولاية البويرة تطبيقا لأحكام التعليمات الوزارية المشتركة رقم 01 المؤرخة في 06 أوت 2015.
- مذكرة المديرية العامة للأملاك الوطنية رقم 05830 بتاريخ 16 ماي 2016 تتعلق بعدم اشتراط موافقة المجلس الوطني للاستثمار عند منح الامتياز.
- قرار المجلس الوطني للاستثمار رقم 06 الدورة 78 بتاريخ 24 مارس 2016 يتعلق بمشروع يتضمن إنجاز وحدة معالجة الرمل السيليسي ومشتقاته من طرف الشركة ذات الأسهم " ADWAN CHEMICALS COMPANY " على مستوى بلدية القور، ولاية تلمسان (استثمار مباشر اجني 100 ٪ سعودي).

6/ مواقع الأنترنت:

- www.mdipi.gov.dz
- www.al-fadjr.com
- www.Andi.dz

ثانيا: باللغة الفرنسية

1/Ouvrage:

– **Ahmed Rahmani** , Droit des biens publics,(propriété publique , domaine national, expropriation pour cause d'utilité publique) , ITCIS Edition, Algérie, 2015.

2/Instructions:

– instruction N°199 du 30 mars 2011 portant fonctionnement du guichet unique de l'agence nationale du développement de l'investissement (Andi).(Secrétaire général du ministère de l'intérieur et des collectivités locales).

– instruction interministérielle N° 001 du 06 aout 2015 portant modalités de mise en œuvre des nouvelles dispositions relatives à la concession des biens immobiliers relevant du domaine privé de l'Etat destinée à la réalisation de projets d'investissements.(Ministre de l'intérieur et des collectivités locales/ ministre des finances / ministre de l'industrie).

3/ Document:

– Rapport établie par les Nations Unies en collaboration entre le CNUCED(conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement) et le PNUD (Programme des Nations Unies pour le Développement), « Évaluation des capacités de promotion des investissements de l'agence national de développement de l'investissement », Genève ,2005.

الانحرافات التطبيقية في عقد المراجعة في المصارف الإسلامية

بقلم: د/ محمد عبد الكريم محمد المومني *

الملخص

هناك العديد من الانحرافات التي حدثت على صيغة المراجعة، خلال التطبيق العملي في المصارف الإسلامية، والتي كان لها الأثر السلبي، ونظرا لأهمية هذه الانحرافات وكيفية معالجتها جاءت أهمية هذا البحث.

يهدف البحث إلى بيان أهم الانحرافات التي تحدث على صيغة المراجعة خلال التطبيق في المصارف الإسلامية، مع اقتراح الحلول المناسبة لهذه الانحرافات، حيث توصل الباحث إلى أن اعتماد المصارف الإسلامية، وبنسبة كبيرة على عقد المراجعة، أدى إلى انحراف هذه المصارف عن هدفها الاستثماري؛ لذا يجب على المصارف الإسلامية القيام بالبحوث العلمية، لابتكار صيغ استثمارية متوافقة مع الشريعة الإسلامية، كما يوصي الباحث هيئات الرقابة الشرعية والعاملين في المصارف الإسلامية، التأكيد من عقد المراجعة بكافة مراحل تنفيذ العقد للابتعاد عن كل حرام، أو شبهة حرام.

الكلمات المفتاحية: المصارف الإسلامية، المراجعة، الانحرافات التطبيقية.

Abstract

There are many distractions that have occurred on Murabaha during practical application in Islamic banks, which had a bad impact obviously, due to the flimsy these deviations and how the treatment of these deviations were the importance of this research.

The research aims to determine the important deviations that occur on Murabaha during the application in Islamic banking statement, with the proposal appropriate for these deviations

* أستاذ مساعد بجامعة عجلون الوطنية، قسم المصارف الإسلامية، كلية إدارة الأعمال - الأردن.

treatments, and researcher concluded that the adoption of Islamic banks and by large the Murabaha contract, led to a deviation from the objective of the investment, so be on the banks do scientific research, to create an investment-compatible formats with Islamic law, as the researcher recommends legitimate oversight bodies and personnel in Islamic banks, Murabaha contract to make sure all the stages of the implementation of the contract away from all haraam, or forbidden suspicion.

Key words: Islamic banks, Murabaha, Applied deviations

المقدمة

تعتبر المراجعة إحدى صور البيع، بحيث تباع السلعة برأس مالها زيادة على ربح معلوم، حيث اتفق غالبية علماء الإسلام على جواز هذه الصورة استناداً لعموم الأدلة التي تبيح البيع بصفة عامة، وقد ذكر لها العلماء العديد من الضوابط لكي تبقى صيغة المراجعة ضمن إطار الصدق والأمانة، الذي يتصف به هذا النوع من البيوع، حيث إن هناك العديد من تقسيمات البيوع منها: بيع الصرف، بيع المقايضة، بيع السلم، البيع المطلق وهو نوعان: بيع المساومة، وبيع الأمانة الذي يقسم إلى: بيع مراجعة، وبيع تولية، وبيع وضيعة.

هناك العديد من الانحرافات التي حدثت على صيغة المراجعة خلال التطبيق العملي في المصارف الإسلامية، والتي كان لها الأثر السيئ، وبسبب كثرة هذه الانحرافات والبحث عن حلول لها، جاءت أهمية هذا البحث.

إشكاليه البحث: تعتبر دراسة الانحرافات التطبيقية التي تحدث على عقد المراجعة من الأهمية بمكان؛ لذا فإن البحث يحاول الإجابة عن الأسئلة الآتية:

- 1- ما هي الصيغة المصرفية لصيغة المراجعة، من حيث الشبهات وتطبيق هذه الصيغة في المراجعات الخارجية، ومدى الأخذ بالزامية الوعد؟
 - 2- ما هي أبرز الانحرافات التي تحدث على صيغة المراجعة؟
 - 3- ما هي الآثار والحلول للانحرافات التي تحدث في صيغة المراجعة؟
- أهداف البحث: نتلخص أهداف البحث فيما يلي:

- 1- التعرف على الصيغة المصرفية لصيغة المراجعة.
 - 2- التعرف على أبرز الانحرافات التي تحدث على صيغة المراجعة.
 - 3- معرفة الآثار والحلول للانحرافات التي تحدث في صيغة المراجعة.
- منهجية البحث: اعتمد الباحث في إعداد هذا البحث على المنهج الوصفي، من خلال البحث في المكتبات بالرجوع إلى المراجع، والبحوث، والدوريات، التي اهتمت بموضوع البحث.

الدراسات السابقة: الأبحاث التي تناولت صيغة عقد المراجعة كثيرة ومتنوعة، إلا أن الكثير منها تناوله من ناحية الإباحة والناحية التطبيقية بصفة عامة، وأما ما يحدث من انحرافات وآثار وسبل العلاج لهذه الانحرافات، فلم يستطع الباحث الحصول على بحث خاص يعالج هذا الموضوع، إلا أن هناك باحثين أشاروا في أبحاثهم إلى هذا الموضوع، منها:

- 1- بيع المراجعة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية⁽¹⁾.
- 2- بيع المراجعة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية⁽²⁾.
- 3- بيع المراجعة للآمر بالشراء دراسة في ضوء النصوص والقواعد الشرعية⁽³⁾.
- 4- بيع المراجعة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية⁽⁴⁾.

خطة البحث: تم تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

- (1)- ملحم، أحمد سالم، بيع المراجعة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.
- (2)- أبو زيد، عبد العظيم، بيع المراجعة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، ط1، دار الفكر، دمشق، 1425هـ.
- (3)- القرضاوي، يوسف، المراجعة للآمر بالشراء في ضوء النصوص والقواعد الشرعية، ط3، دار القلم، الكويت، 1407هـ.
- (4)- المصري، رفيق يونس، بيع المراجعة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، العدد 5، 1409هـ.

المبحث الأول: الإطار النظري لعقد المراجعة.

المبحث الثاني: الجانب التطبيقي لعقد المراجعة، (الصياغة المصرفية لعقد المراجعة).

المبحث الثالث: انحرافات المراجعة والآثار والحلول.

المبحث الأول

الإطار النظري لعقد المراجعة

يتناول هذا المبحث التعريف بعقد المراجعة وشروطها، ثم إلقاء نظرة تاريخية على المصارف الإسلامية، وأخيراً الضوابط الشرعية الواجب توافرها في صيغة المراجعة، كل في مطلب مستقل كما يلي:

المطلب الأول: تعريف المراجعة

أولاً: المراجعة في اللغة مفاعله من الربح: وهو التّماء في التّجّر، وأرّبته على سلعته أي أعطيته ربحاً، وقد أربحه بمتاعه وأعطاه مالاً مراجعة، أي على الربح بينهما، وبعث الشيء مراجعةً، ويقال: بعته السلعة مراجعة على كل عشرة دراهم درهم وكذلك اشتريته مراجعة، ولا بدّ من تسمية الرّبح⁽¹⁾.

ثانياً: المراجعة في الاصطلاح: عرفها السرخسي الحنفي: هي بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح معلوم⁽²⁾، فهذا هو المعنى الذي اتفقت عليه عبارات الفقهاء وإن اختلفت ألفاظهم في التعبير عنه.

ثالثاً: أما تعريف المصرف الإسلامي الأردني للمراجعة، وكما جاء في عقد التأسيس والنظام الأساسي للمراجعة للأمر بالشراء، فهي: «قيام المصرف بتنفيذ

(1) - ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ج2، دار صادر، بيروت، 1968، ص 442-443.

(2) - السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، المبسوط، ج22، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2000، ص141.

طلب المتعاقد معه، على أساس شراء الأول ما يطلبه الثاني بالتقد الذي يدفعه المصرف كلياً أو جزئياً وذلك في مقابل التزام الطالب بشراء ما أمر به، وحسب الربح المتفق عليه عند الابتداء»⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الأدلة على مشروعية المراجعة

أولاً: من القرآن الكريم: قال تعالى: ﴿وَلَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾⁽²⁾، والمراجعة صورة من صور البيع، والبيع جائز في الجملة.
ثانياً: من السنة النبوية: قال صلى الله عليه وسلم: «عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور»⁽³⁾.

ثالثاً: الإجماع: حيث قال الكاساني: «الناس توارثوا هذه البياعات المراجعة وغيرها في سائر الأعصار من غير تكثير وذلك إجماع على جوازها»⁽⁴⁾.

رابعاً: المعقول: فالمراجعة جائزة؛ لاستجماعها شرائط الجواز، ولأن الحاجة ضرورية لهذا النوع من البيع، فمن لا يهتدي إلى التجارة، يحتاج إلى أن يعتمد على فعل الذكي، وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وزيادة ربح⁽⁵⁾.

فالقول في المراجعة هو القول في البيع؛ لأنها لا تعدو أن تكون صورة من صورها، فضلاً عن استجماعها لشرائط الجواز، وجريانها على قواعد صحة البيع مع

(1) - قانون البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار، رقم 62، 1985 م، ص 5.

(2) - القرآن الكريم، سورة البقرة، آية 275.

(3) - البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي، شعب الإيمان، ط1، تحقيق عبد العلي عبد الحميد حامد، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، 2003، ص 435، حديث رقم 1173.

(4) - الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج5، دار الكتب العلمية بيروت، 1986، ص 220.

(5) - الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ج2، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1939، ص 28، نجيم، زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، دار المعرفة، بيروت، بدون تاريخ، ص 116.

العلم بالثمن وغير ذلك.

المطلب الثالث: نظرة تاريخية للبنوك الإسلامية

نشأت المصارف الإسلامية لتكون بديلا عن المصارف التقليدية التي تتعامل بالفائدة الربوية، فكان هذا الإنشاء يقوم على أساس المشاركة في الربح والخسارة، سواء أكانت هذه المشاركة في شركة أموال أم شركة مضاربة... الخ.

فكان من أهم أهداف هذه المصارف هو تنمية المجتمع بتمويل صغار الحرفيين، ورجال الأعمال، وتشجيع المدخرين على توجيه أموالهم إلى المشاريع التنموية، ونظرا لأن المجتمع المسلم كان متعطشا لإنجاح الفكرة؛ ظهر أول مصرف للادخار في منطقة الدقهلية في جمهورية مصر ونجح نجاحا كبيرا؛ لأن القائمين عليه كانوا من المسلمين الغيورين، وعلى رأسهم صاحب هذه الفكرة الدكتور أحمد النجار، إلا أن الفكرة حوصرت من قبل المصارف التقليدية وتلاشت بعد أربع سنوات⁽¹⁾.

ثم قامت دراسات أخرى لإنشاء المصارف الإسلامية، ولكن أصحاب هذه الأفكار كانوا يتمتعون بالعقلية الربوية، على الرغم من حرصهم على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص المعاملات المصرفية، مثل الدكتور سامي خليل صاحب فكرة المراجعة للآمر بالشراء⁽²⁾.

إذن فكرة إنشاء المصارف الإسلامية هو القيام بمختلف العمليات المصرفية الاستثمارية، ولكن تحولت هذه المصارف من هذه الصيغة (الاستثمار) إلى صيغة المراجعة للآمر بالشراء، بل لقد احتلت مكانة كبيرة جدا وصلت إلى 90% من أعمال المصارف الإسلامية⁽³⁾، مما دعا الكثير إلى مهاجمة المصارف الإسلامية،

(1) - العزيزي، محمد رامز عبد الفتاح، الحكم الشرعي لبيع المراجعة للآمر بالشراء، ط1، المطابع التعاونية، عمان، 2004، ص13-7.

(2) - حمود، سامي حسن أحمد، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ط2، مطبعة الشرق، 1982، ص479.

(3) - فياض، عبد المنعم حسنين، بيع المراجعة في المصارف الإسلامية، ط1، المعهد العالمي الإسلامي،

=

والقول بأنه لا يوجد فرق بينها وبين المصارف الربوية، لا سيما من حيث المقارنة بين نسبة المراجعة مع الفائدة الربوية. ولعل أهم أسباب تحول المصارف الإسلامية من الصيغ الاستثمارية إلى صيغة المراجعة للآمر بالشراء ما يلي⁽¹⁾:

1- الصعوبات الكبيرة التي تواجهها المصارف الإسلامية في إقامة المشاريع الاستثمارية قصيرة الأجل، إذ إن أغلب المشاريع الاستثمارية تكون طويلة الأجل، ومثل هذه المشاريع لا تؤتي ثمارها في الأجل القصير، إضافة إلى أن بعض المشاريع الإسلامية يمكن أن تواجه بعض المصاعب أثناء العمل، مثل المضاربة أو الاستصناع.

2- ضعف السوق الاستثمارية داخل الدول الإسلامية، وهذا يشكل عائقاً أمام الاستثمار، خاصة إذا أضفنا أن هناك بعض التعليمات تكون غير ملائمة للاستثمار الإسلامية، مثل سياسة المصرف الإسلامية بعدم السماح للمصرف الإسلامي بتملك العقارات⁽²⁾.

3- ضعف خبرة العاملين في المصارف الإسلامية، خاصة في المجال الاستثماري، بسبب حداثة التجربة لهذه المصارف، إضافة إلى جهل العاملين بأحوال السوق، وعدم توفر القاعدة الاقتصادية لإعداد المشروعات الاستثمارية، وطرق متابعتها وتنفيذها من قبل هؤلاء العاملين.

على الرغم من الانتقادات التي وجهت لصيغة المراجعة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية، إلا أنه يمكن رصد العديد من المزايا الهامة عند تطبيقها، ولعل أهم هذه المزايا ما يلي:

- إن العمل على تنفيذ عقود المراجعة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية

القاهرة، 1996، ص 28.

(1) - أبو زيد، عبد العظيم، مرجع سابق، ص 20-23.

(2) - أبو زيد، محمد، الدور الاقتصادي للمصارف الإسلامية، ط 1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة،

1996، ص 81.

لا يحتاج إلى خبرة ودراسة مثل المشاريع الاستثمارية، وجاء متقاربا مع خبرات العاملين ممن يتمتعون بالخبرة على الأعمال الربوية.

- أدى نجاح تطبيق عقود المراجعة للآمر بالشراء إلى إعادة بناء الثقة في قلوب المسلمين بإمكان قيام مصارف إسلامية بعيدة عن الربا وشبهته، وبصلاحية التشريع الإسلامي لكل زمان ومكان⁽¹⁾.

- الأرباح التي تجنيها المصارف الإسلامية عند تطبيق المراجعة للآمر بالشراء تكون شبه مضمونة، وبعيدة عن المخاطر التي تتعرض لها إذا اعتمدت على المشاريع الاستثمارية، إضافة إلى عدم وجود عوائق أمامها تشابه عوائق المشاريع الاستثمارية⁽²⁾.

- تقوية نشاط البيع والشراء بما توفره صيغة المراجعة للآمر بالشراء من مواد استهلاكية مختلفة لتجار الجملة، والقطاعي (تجار التجزئة)، وهذا بدوره سيزيد سرعة الدوران الاقتصادي⁽³⁾.

المطلب الرابع: شروط المراجعة

يشترط في المراجعة ما يشترط في البيوع بصفة عامة، ويعتقد البيع بالصيغة أو ما يسمى بالإيجاب والقبول، وأن يكون العاقدان أهلا للتصرف، وأن يكون المبيع مملوكا للبائع وقادرا على تسليمه، وأن يكون مباحا. ويمكن التعبير عن كل ذلك بأن لا يتعارض الاتفاق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

أما الشروط الخاصة بالمراجعة فمنها:

1- أن يكون العقد الأول صحيحا: لأن العقد الأول إذا كان باطلا لا يفيد ملكا، وبالتالي لا يتم بيع المراجعة على سلعة لم تتحقق ملكية البائع الأول لها.

(1) - أبو زيد، عبد العظيم، المرجع السابق، ص30.

(2) - أبو زيد، عبد العظيم، المرجع نفسه، ص30.

(3) - فياض، عبد المنعم حسنين، المرجع السابق، ص14.

2- أن يكون رأس المال من ذوات الأمثال مثل الموزونات والمعدودات: فإن كان مما لا مثيل له من العروض، فقد ذهب الأحناف⁽¹⁾ إلى عدم جواز بيع المراجعة ممن ليس ذلك العرض من ملكه، لأن المراجعة بيع بمثل الثمن الأول، وزيادة ربح معلوم.

3- أن يكون رأس المال أو ما قامت به السلعة معلوما للمتعاقدين: ذلك أن المراجعة بيع بالثمن الأول، أو بما قامت به السلعة مع زيادة ربح مسمى.

4- أن يكون العقد الأول خاليا من الربا: وهو شرط بديهي، وينبغي أن يراعى في كل العقود.

5- بيان العيب: إذا حدث بالسلعة عيب في يد البائع وأراد أن يبيعها مراجعة، فإنه ينظر: إن كان العيب قد حدث بفعله أو بفعل أجنبي، لم يكن له أن يبيعها مراجعة. ونجد أن جمهور الفقهاء ذهب إلى ضرورة البيان وعدم جواز المراجعة إلا بذلك، وذلك لأن البيع من غير بيان لا يخلو من شبهة الخيانة؛ لأن المشتري لو علم أن العيب قد حدث في يد البائع ربما لا يربحه فيه، بل ربما لا يشتريه بالمرة، ولأنه لو باعه بعد حدوث البيع في يده فكأنه احتبس عنده جزءا منه فلا يملك بيع الباقي بغير بيان كما لو احتبس بفعله أو بفعل أجنبي.

6- بيان الأجل: يشترط في بيع المراجعة - كذلك - أن يبيع البائع الذي اشترى السلعة بئمن مؤجل، وأن الثمن الأول الذي سماه يتصف بهذه الصفة؛ وذلك لأن الثمن المؤجل يكون غالبا أعلى من الثمن الحالي، وبهذا يكون المشتري على بينة من أمره، فيحتاط لنفسه بما يكون فيه الكفاية بعد أن توافرت له المعلومات من تحديد دقيق لمواصفات السلعة وزنا، أو عددا، أو ميلا، تحديدا نافيا للجهالة يتمشى مع الأمانة المفروضة في هذا البيع⁽²⁾.

(1) - الكاساني، مرجع سابق، ص 221.

(2) - العمري، مقبل أحد، فقه المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية، ط 1، جامعة الحديدة العامرة، صنعاء، 2009، ص 50.

المطلب الخامس: الضوابط الواجب توافرها في صيغة المراجعة

تمثل الضوابط أهم عوامل الأمانة من الخوف من الممارسات والمعاملات المصرفية التي يكتنفها الخطر، وتقوم على جانب من المخاطرة، ومن هنا كانت المعالجة الإسلامية للخطر والمخاطرة في المعاملات وبصفة خاصة المصرفية، وذلك على النحو التالي:

أولاً: حسن انتقاء العميل: لا شك أن ذلك يشكل أقوى الضوابط في عمليات البنك الإسلامي، وعمليات المراجعة التجارية بصفة خاصة، وذلك من خلال قواعد أساسية واعتبارات وشروط موضوعية، تصدر لأئحة التعامل بالمراجحات وتضمن الحد الأدنى الواجب توافره في العميل مثل (1):

- مركزه المالي، ومركزه في تاريخ التعامل المصرفي والتجاري.
- سمعته في الوفاء بالالتزامات وحسن القضاء والأداء.
- ما ينتجه الاستعلام من معلومات وبيانات تتعلق بنشاطه في السلع محل المراجحات.

ومبدأ الثقة في العميل يدل عليه قول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بَيْنَ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتَبُوهُ وَيَكْتُبُ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا بَخْسٌ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْطِيعُ أَنْ يُمْلَ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيَهُ بِالْعَدْلِ وَأَنْتُمْ شُهَدَاءُ لِلَّذِينَ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشُّهَدَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ مُسَوِّفٌ بِكُمْ

(1) - فياض، عطية، التطبيقات المصرفية لبيع المراجعة، ط1، دار النشر للجامعات، القاهرة، 1999، ص156.

وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيَعْلَمَكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿٣٣﴾⁽¹⁾، ومن ثم فحسن اختيار العميل على أسس وقواعد موضوعية هو الضمان الأمثل.

ثانيا: رهن البضاعة أو السلعة، التي قام البنك ببيعها مرابحة لصالح البنك، لحين قيام العميل بسداد جميع الأقساط المستحقة عليه، حيث إن الرهن جائز في الكتاب، والسنة، والإجماع؛ أما في الكتاب، فقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَوْ تَحَدُّوا كِتَابًا فِيهِنَّ مَقْبُوضَةٌ﴾⁽²⁾، وأما في السنة النبوية، فقد روي عن عائشة - رضي الله عنها، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «اشترى من يهودي طعاما إلى أجل ورهنه درعاه من حديد»⁽³⁾.

ثالثا: التوثيق بالأوراق التجارية: ليس المهم استحواذ البنك على ضمانات بقدر ما يجب أن تكون عليه درجة ذلك الضمان من حيث سهولة وسرعة تسيله (أي تحويله إلى نقود)، لمواجهة خطر عدم السداد من العميل مثل الكمبيالات، وأحيانا يطلب من العميل التوقيع على إيصال أمانة بقيمة المبلغ المدين به.

رابعا: ضوابط خاصة وشخصية: نقصد بالضوابط الخاصة، تلك التي تملها عمليات المرابحة، وخاصة للآمر بالشراء، فهي قد تفرضها خصوصيات طبيعة عمليات المرابحة، ونقصد بـ "شخصية" التي تتعلق بالذمة المالية للضامن كالكفيل.

المبحث الثاني

الجانب التطبيقي لعقد المرابحة

كان الشائع في هذا العقد فيما مضى، أن تكون السلعة في ملك البائع موجودة، أو غير موجودة، فيبيعها برأس المال وزيادة معلومة، إلا أن الأمر في

(1) - سورة البقرة، آية 282-283.

(2) - سورة البقرة، آية 283.

(3) - النيسابوري، مسلم بن الحجاج بن مسلم، المسند الصحيح، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ، كتاب المساقاة، باب الرهن وجوازه في الحضر كالسفر، ص1226، حديث رقم 1603.

مجال المصارف يختلف، حيث لا يكسب المصرف السلع في مخازنه كما يفعل التجار ليقوم ببيعها بعد ذلك مرابحة، أو مساومة، وإنما هو مجرد وسيط في التبادل، ومن ثم فإن الفكرة المطروحة في هذا المجال، أن يتلقى المصرف أمراً من العميل بشراء سلعة معينة بمواصفاتها، واعداداً بشراء هذه السلعة، ثم يبيعها لهذا العميل برأس مالها وزيادة الربح المتفق عليه.

المطلب الأول: صورة المراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية (1)

هذه الصورة من البيع، يلجأ فيها العميل إلى البنك الإسلامي، راغباً بشراء سلعة محددة الأوصاف، مقابل ربح يتفق عليه، وزيادة عن رأس مال المصرف في تلك السلعة بعد شرائها، وغالباً ما يشتري المصرف السلعة نقداً، ويبيعها بالأجل لعميله طالب الشراء، وقد يوقع هذا الأخير تعهداً مع المصرف يلتزم فيه كل منهما بما يترتب عن ذلك الاتفاق من شراء المصرف للسلعة، وعرضها على طالبها العميل، وشراء العميل تلك السلعة من المصرف. وقد يكون هذا التعهد من جانب العميل فقط، فيلتزم هو بالشراء من المصرف، إن عرض الأخير السلعة عليه، ولا يلتزم المصرف بالشراء أصلاً، (وهذه صورة بيع المراجعة للأمر بالشراء)، إلا أن الصورة السائدة، هي الصورة التي يشتري فيها المصرف بالنقد، ويبيع بالأجل إلى العميل الأمر بالشراء، ويكاد ينصرف اسم المراجعة للأمر بالشراء إليها، أي إنها المقصودة على الإطلاق.

المطلب الثاني: أهم الخطوات العملية لتنفيذ المراجعة المصرفية

- 1- يتقدم العميل للبنك معبراً عن رغبته الحصول على تمويل بالمراجعة لشراء ما يحتاجه من بضاعة، ويتقدم بوعده ب شرائها بعد أن يملكها البنك.
- 2- بعد دراسة البنك لهذه المعاملة والموافقة عليها، يقوم بإجراء التعاقد اللازم

(1) - الراجحي، علي بن عبد العزيز، تعريف بيع المراجعة للأمر بالشراء وصوره، 2008/5/27، fiqh. islammessage.com

مع البائع الأصلي للسلعة لشراؤها وتملكها.

- 3- يقوم البائع الأصلي بتسليم السلعة إلى المصرف، كما يمكن له تسليمها لطرف ثالث بأمر البنك، وقد يكون هذا الطرف الثالث عميل البنك الواعد بالشراء.
- 4- بعد تمكن البنك من السلعة، يقوم بإرسال إشعار للعميل الواعد بالشراء يخبره بتملكه السلعة، ويعلن إيجابا ببيعها له حسب ما تم الاتفاق عليه في وثيقة الوعد، وفي مقابل ذلك يرسل العميل الواعد بالشراء إشعاره المعبر عن قبوله، وموافقته على إتمام شراء السلعة بالمراجعة، وبهذا يتعقد بيع المراجعة.
- 5- قد لا يتم إبرام عقد بيع المراجعة بين البنك وعميله الواعد بالشراء بمجرد إشعاري الإيجاب والقبول، حيث يمكن التعاقد المباشر بتلاقي الطرفين وتوقيعهما مباشرة على عقد بيع المراجعة، وهي الخطوة السابعة البديلة.
- 6- يقوم البائع بعد التعاقد مع العميل المشتري بإرسال السلعة المبيعة، وتسليمها له إما مباشرة، أو بتفويض البائع الأصلي للقيام بذلك التسليم.
- 7- يدفع العميل المشتري الثمن في الآجال المحددة المتفق عليها⁽¹⁾.

المطلب الثالث: شبهات المراجعة

على الرغم من انتشار صيغة المراجعة المصرفية، إلا أنه تم إثارة بعض الشبهات حولها، ومن هذه الشبهات⁽²⁾:

- 1- بيع ما لا يملك: وهو بيع ما ليس عند البائع أو ما لا يملكه، وهذا يسمى بيع المعدم، وهو بيع منهي عنه، فقد نهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن بيع ما

(1) - ملحم، أحمد سالم، مرجع سابق، ص 253-256.

(2) - الوادي، محمود حسين، سمحان، حسين محمد، المصارف الإسلامية الأسس النظرية والتطبيقات العملية، ط3، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 163؛ عريقات، حربي محمد، إدارة المصارف الإسلامية، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 187.

لا يملك الإنسان، فعن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: يا رسول الله يأتيني الرجل يسألني البيع ليس عندي، أبيع منه ثم أبتاعه له من السوق؟ فقال: «لا تبع ما ليس عندك»⁽¹⁾.

فالمصرف في هذه المعاملة لم يبيع ما ليس يملك؛ لأن عقد البيع لا يتم إلا بعد شرائه لسلعة ودخولها في ملكه، وما كان بينه وبين العميل قبل ذلك فهو وعد بالشراء لا غير، وفرق بين الوعد بالعقد وبين العقد.

2- ربح ما لم يضمن: المصرف كذلك لم يربح ما لم يضمن؛ لأن المصرف وقد اشترى السلعة، أصبح مالكا يتحمل تبعة الهلاك، فما يتلف من هذه السلعة قبل تسليمها للمشتري فإنه يتلف على المصرف.

3- بيعتان في بيعة: ففي المراجعة المركبة يكون البيع مكوّنًا من بيعتين، فيهما ترابط، الأولى تكون بين العميل والمصرف، والثانية بين المصرف والبائع الذي يملك السلعة التي طلبها العميل من المصرف، فإذا لم يحصل المصرف على السلعة المطلوبة لما حصل البيع، فالمراجعة المصرفية بهذه الكيفية، لا ينطبق عليها حديث الرسول عليه الصلاة والسلام في النهي عن بيعتين في بيعة، فعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة»⁽²⁾؛ لأن فيها بيعان منفصلان، وهي تتعقد بين ثلاثة أطراف بخلاف البيعتين في بيعة التي تتم بين طرفين فقط هما: البائع والمشتري.

4- بيع العينة: وهي أن يبيع الرجل السلعة بثمن مؤجل ثم يشتريها قبل قبض الثمن نقدا بأقل من ذلك، فيحصل للبائع قرض بربا، وللمشتري سلف بزيادة⁽³⁾،

(1) - النسائي، أبو عبد الله أحمد بن شعيب بن علي الخرساني، السنن الكبرى، ط1، ج6، تحقيق حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، بدون تاريخ، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، ص59، حديث رقم 6162.

(2) - النسائي، المرجع السابق، ج6، ص67، كتاب البيوع، باب بيعتين في بيعة، حديث رقم 6183.

(3) - السبباني، عبد الجبار، الوجيز في المصارف الإسلامية، ط1، مطبعة حلاوة، إربد، الأردن، 2014.

ولا تدخل المراجعة المصرفية تحت بيع العينة المنهي عنه بحديث النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: «إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم»⁽¹⁾، فالمراجعة بيع مقصود فيه حقيقة تملك السلعة للاستعمال أو الاتجار، أما العينة فهي بيع صوري يراد منه أن يكون حيلة للقرض بالربا.

المطلب الرابع: المراجعة في التجارة الخارجية وأهميتها الاقتصادية

المراجعة كأحد أنواع البيوع التجارية في الاقتصاد الإسلامي، قد تتم بصورة بسيطة بين بائع ومشتري، والسلعة موجودة، كما تتم المراجعة، أيضاً بأسلوب المراجعة المصرفية، أو المراجعة للآمر بالشراء، وهي: «طلب المشتري من شخص آخر (أو المصرف) أن يشتري سلعة معينة بمواصفات محددة وذلك على أساس وعد منه بشراء تلك السلعة اللازمة له مراجعة، وذلك بالنسبة أو الربح المتفق عليه، ويدفع الثمن على دفعات، أو أقساط تبعا لإمكانياته وقدراته المالية»⁽²⁾.

ونظرا للتطور الهائل في التجارة الخارجية، وتنوع حاجات الناس، وهذه الحاجات؛ يمكن أن تواجه صعوبات للحصول عليها إلا بالاستيراد من الخارج، عند ذلك يكون المصرف مشتريا للسلعة ومالكها، وبائع بالمراجعة لطالها الأمر بالشراء، وهذا ما يسمى بالمراجعة الخارجية.

أما الأهمية الاقتصادية للمراجعة الخارجية منها ما يلي:

1- تتمكن المصارف الإسلامية من شراء الحاجات من الخارج، وبيعها للعملاء مراجعة، حسب ما ذكرناه سابقا، وبذلك تحقق مصلحة المصرف، باستثمار ما يتوفر لديه من سيولة نقدية، وبذلك يحقق الأرباح، كما يحقق مصلحة العملاء

(1) - السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، ج2، دار الكلب العربي، بيروت، ص291، كتاب الإجارة، باب النبي عن العينة، حديث رقم 3464.

(2) - شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط4، دار النفائس، عمان، 2001، ص309.

تمويل مستورداتهم من الخارج بأسلوب متوافق مع تعاليم الشريعة الإسلامية.

2- تتمكن المصارف الإسلامية من دعم الاقتصاد المحلي، من خلال المراجعة الخارجية، باستيراد أحدث المعدات غير المتوفرة في السوق المحلي، ويحتاج إليها في العمليات الإنتاجية⁽¹⁾.

المطلب الخامس: إلزامية الوعد⁽²⁾

إن القول بعدم إلزامية الوعد يؤدي إلى إشاعة الفوضى، وضعف الثقة بين الناس، كما يؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات المالية، وإلحاق الضرر بالناس وتعريضهم للخسائر، ومن جهة أخرى فإن أدلة القائلين بإلزام الأمر بإنفاذ وعده، هي الأقوى والأصلح، إلا أنه توجد استثناءات عديدة؛ فإذا اتفق المصرف مع العميل على اختيار لكليهما فلا شيء في ذلك، وإذا وجد المصرف أن المصلحة العامة تقضي بتخيير العميل فله ذلك.

فقد جاء في قرار مؤتمر المصرف الإسلامي الأول بدبي عام 1979: «ومثل هذا الوعد ملزم للطرفين قضاءً طبقاً لأحكام المذهب المالكي وملزم للطرفين ديانةً طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى وما يلزم ديانةً يمكن الإلزام به قضاءً إذا اقتضت المصلحة ذلك».

وفي قرار مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني بالكويت عام 1983 قرر المؤتمر حول نفس الموضوع: «فإن الأخذ بالإلزام أمر مقبول شرعاً وكل مصرف مخير في الأخذ بما يراه في مسألة القول بالإلزام حسبما تراه هيئة الرقابة الشرعية».

وبناء على هذه القرارات اختلفت المصارف الإسلامية في مدى أخذها بالإلزام بالوعد؛ فالمصرف الإسلامي الأردني أخذ بالوعد مطلقاً، بينما أخذ مصرف

(1) - ملحم، أحمد سالم، مرجع سابق، ص 95-97.

(2) - الخطاب، كمال توفيق، القبض والإلزام في عقد المراجعة، مجلد 15، عدد 1، مؤتمة للبحوث والدراسات، 2000، ص 244.

فيصل الإسلامي بإلزام المصرف ولم يلزم العميل، أما بيت التمويل الكويتي فإنه أخذ بالإلزام بالوعد في المراجعات الخارجية وعدم الإلزام بالوعد في المراجعات الداخلية.

المبحث الثالث

انحرافات المراجعة والآثار والحلول

لصيغة المراجعة العديد من الانحرافات التي أحدثت بعض الآثار السلبية على المصارف، مما تطلب اقتراح العلاج لهذه الانحرافات، وهذا ما سيتم بحثه في هذا المبحث كما يلي:

المطلب الأول: الانحرافات في عقد المراجعة

إن تطبيق أسلوب المراجعة يجب أن يتم بصورة دقيقة جداً؛ لأن أي انحراف في تطبيق المراجعة قد يقلب المراجعة من معاملة شرعية، إلى معاملة تصطدم بحرمة النصوص الشرعية: (القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة)، فتصبح عند ذلك من الربا المحرم غير الجائز شرعاً، ولعل أهم ما تبين للباحث من انحرافات ما يلي:

1- التحول من الأساليب الاستثمارية الإسلامية المتنوعة والقادرة على تلبية احتياجات جميع متطلبات المجتمع، وحصص نشاطها بأسلوب المراجعة، وكما ذكر الباحث سابقاً فإن تطبيق أسلوب المراجعة يعد الأكثر شيوعاً واستخداماً بين الأساليب الاستثمارية الإسلامية، حيث بلغت حوالي 90٪ من جملة هذه الأساليب⁽¹⁾، وهذا الانحراف سمح لمن ينتقد المصارف الإسلامية بالقول بأنها إسلاميوية، أو إنها تخفي صيغة الفائدة وراء شعار المشاركة، لتتلقى مدخرات المسلمين الذين يخافون عذاب الآخرة⁽²⁾.

(1) - الوادي، محمود حسين، مرجع سابق، ص 159.

(2) - يسري، عبد الرحمن، دور البنوك الإسلامية في التنمية الاقتصادية، إسلام أون لاين، الإسلام وقضايا

العصر، 2005، <http://www.almaktabah.net>

2- بيع السلعة من قبل المصرف قبل قبضها: فإذا باع المصرف السلعة قبل قبضها، عند ذلك يقع في شبهة الربا، لحديث الرسول عليه الصلاة والسلام: «فلا يبعه حتى يستوفيه»⁽¹⁾، كما أنه يمكن أن يتم توقيع عقد المراجعة بين العميل والمصرف بجلسة واحدة، حيث يتم تقديم الطلب والتوقيع على الوعد بالشراء، والتوقيع على شيكات الضمان، ثم يتسلم العميل الشيك وتسليمه للمورد لاستلام البضاعة.

3- قد يكون هدف العميل من عقد المراجعة ليس الحصول على السلعة، وإنما قصده الحصول على المال (العينة)، فيتفق العميل مع أحد الموردين، ويأخذ منه الفاتورة، ويذهب بها إلى المصرف لعمل عقد مراجعة، وبعد إتمام العملية يقوم ببيع البضاعة للمورد بثمن أقل.

4- أن يتم الاتفاق بين العميل والمورد على أن يأخذ العميل الفاتورة، ويذهب إلى المصرف لشراء بضاعة محددة بعقد المراجعة، ثم يقوم العميل بعد ذلك بأخذ بضاعة مختلفة تماماً عن البضاعة المحددة بالعقد.

5- عدم التزام العميل بسداد الديون: بما أن معظم تعاملات المصارف الإسلامية تتم بأسلوب المراجعة للأمر بالشراء؛ لذا فإن معظم أموالها تكون ديوناً، فإذا تأخر المدين عن السداد في المواعيد المحددة، فهذا يؤدي إلى إضاعة الفرصة على المصرف لاستغلال أمواله كما خطط لها، وسبب خسائر للمصرف حتى لو سدد بعد الموعد، كما أنه إذا كان لدى المصرف ضمانات عينية أو رهوناً، فإنه لا يستطيع أن يستخلص ديونه إلا باللجوء إلى القضاء⁽²⁾.

6- أن يشتري العميل البضاعة من المورد، ثم يذهب إلى المصرف للتعاقد معه

(1) - النيسابوري، مرجع سابق، ج3، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، ص1226، حديث رقم 1603.

(2) - الكفراوي، عوف محمود، البنوك الإسلامية، مركز الإسكندرية للكتاب، 2001، ص187.

على شرائها مراجعة، ويأخذ الشيك من المصرف ويسلمه للمورد كضمن للبضاعة، أو قد يكون على هذا العميل ديونا للمورد، ثم يقوم العميل بالتوجه إلى المصرف، ويطلب منه شراء بضاعة من هذا المورد، ويعطيه العميل فاتورة من المورد، ويأخذ العميل الشيك ويعطيه للمورد، ولم يحدث شراء بضاعة أو حيازتها فعلا، ولكن الهدف سداد الديون عن العميل⁽¹⁾.

المطلب الثاني: آثار انحرافات عقد المراجعة

يلاحظ هناك العديد من الانحرافات التي تركت العديد من الآثار السلبية على صيغة المراجعة، ولعل أهم هذه الآثار ما يلي:

1- أدى لجوء المصارف الإسلامية لصيغة المراجعة إلى عدم تنمية خبراتها في المشروعات الاستثمارية.

2- كثيرا ما يكتنف تطبيق صيغة المراجعة في المصارف الإسلامية مخالقات شرعية تخرج العقد من الحلال إلى الحرام، وهذا ما أكده مؤتمر دبي عام 1979: «تحتاج صيغ العقود في هذا التعامل إلى دقة شرعية فنية»، وهذا ما أدى إلى أن الكثير من العملاء الذين يريدون تقوى الله، رأوا أنه لا فرق بين التعامل مع المصارف التقليدية عن المصارف الإسلامية، إلا بالاسم وربما انقطع هؤلاء عن التعامل مع المصرف الإسلامي بعد المعاملة الأولى.

3- اتجه المصارف الإسلامية إلى تمويل القادرين على الشراء والسداد، ولم تمول صغار الحرفين؛ لأن تمويلهم يعرض المصرف الإسلامي إلى عدم السداد في المواعيد المحددة، وهذا قد يدخل المصارف في نفق المحاكم وإجراءاتها الطويلة ليتمكن المصرف من استرداد أمواله.

(1) - فياض، عبد المنعم حسنين، مرجع سابق، ص 39.

المطلب الثالث: حلول الانحرافات التي تحدث في صيغة المراجعة

بعد أن تم استعراض أهم الانحرافات التي تتم على صيغة المراجعة، وبعد معرفة أهم الآثار التي تنتج عن تلك الانحرافات، نشير في هذا المبحث إلى أهم طرق علاجها:

1- إن ديننا الحنيف المنزل من رب العالمين على سيدنا محمد سيد الخلق أجمعين، وما يتصف به هذا الدين من مرونة وقابليته للوفاء بجميع متطلبات المجتمع، ومن ضمنها المعاملات المالية؛ لذا فإن على المصارف الإسلامية أن تنوع في استثماراتها، وعدم الاعتماد على أسلوب المراجعة، عند ذلك تكون قد حققت الأهداف التي أعلنتها عند قيامها.

2- المراجعة المصرفية، أو المراجعة للأمر بالشراء، وضع الفقهاء لها شروطاً حتى تكون صحيحة؛ فعند البيع يجب أن يكون الثمن معلوماً، والربح معلوماً، إلى أجل معلوم. فلا يجوز للمصرف الإسلامي أن يزيد في الأجل على أن يزيد في الثمن أو الربح، فهذا هو الربا الجاهلي المحرم بالقرآن الكريم والسنة الشريفة. كما أن على المصارف أن تقوم بدراسة العميل لاختيار العميل الأفضل سمعةً، والمشهود له بالأمانة؛ ليضمن عدم ممانعة من العميل.

3- لقد اقترح أحد الباحثين أن يتخلى المصرف الإسلامي عن أسلوب الشراء للسلع المطلوب تمويلها بصيغة المراجعة، ووضع هذه السلع في مخازن المصرف ثم تسليمها للعميل⁽¹⁾، ولكن لا يعقل أن يتاجر المصرف في جميع السلع، ولا يعقل أن يتخصص في تجارة سلعة معينة، كما لا يمكن شراء جميع السلع وانتظار من يطلب هذه السلع، وإذا قام بذلك فهو لا يخرج من نطاق عمله كمصرف يمارس الوساطة المالية ليصبح تاجراً، فهو لم يوجد إلا ليكون مصرفاً يقوم بممارسة عمليات الوساطة المالية.

(1) - يسري، عبد الرحمن، مرجع سابق، <http://www.almaktabah.net>

4- لا بد للمصرف من أن يمتلك السلعة بشرائها من المورد، ثم يتم بيع هذه السلعة إلى العميل بعقد مراجعة جديد، وهذا يخرج العملية من باب الربا إلى باب البيع الحلال.

5- يجب على المصرف أن يتحرى أيضا عن العميل والمورد، وأن يقوم المصرف نفسه بشراء السلعة قبل بيعها للعميل، أو بإرسال مندوب من المصرف للتأكد من صحة عملية الشراء، بحيث يتسلم المندوب السلعة ثم يسلمها للعميل.

خاتمة

يعد الدافع الديني لدى المتعاملين مع المصارف الإسلامية، هو الدافع القوي، وذلك للابتعاد عن الربا المحرم. ولاحظنا أن هناك بعض التعاملات التي تخرج عقد المراجعة من الحلال إلى الحرام، وهذا يتطلب من هيئات الرقابة الشرعية والعاملين في المصارف الإسلامية، التأكد من عقد المراجعة بكافة مراحل تنفيذ العقد؛ للابتعاد عن كل حرام أو شبهة حرام.

لاحظنا كذلك أن صيغة المراجعة للآمر بالشراء تمثل ما نسبته 90٪ من عمليات المصارف الإسلامية، وهذا دليل على انحراف المصارف الإسلامية عن هدفها الاستثماري، بعدم اللجوء إلى المشاركات؛ لذا يجب على هذه المصارف، القيام بالبحوث العلمية، لابتكار صيغ استثمارية متوافقة مع الشريعة الإسلامية، وبذلك تنسجم مع هدف إنشائها، وابتعادها عن التركيز على صيغة المراجعة، وبالتالي إغلاق باب الانتقادات الموجهة لها بأنها مصارف إسلامية.

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الحديث الشريف

- 1- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي شعب الإيمان، ط1، تحقيق عبد العلي عبد الحميد حامد، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، 2003.
- 2- السجستاني، أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، ج2، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون تاريخ.

- 3- النسائي، أبو عبد الله أحمد بن شعيب بن علي الخرساني، السنن الكبرى، ط1، ج6، تحقيق حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، بدون تاريخ.
- 4- النيسابوري، مسلم بن الحجاج بن مسلم، المسند الصحيح، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون تاريخ.

ثالثاً: مراجع الفقه الحنفي

- 1- السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل، المبسوط، ج22، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 2000.
- 2- الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987.
- 3- الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، ج2، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1939.

رابعاً: المعاجم

- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ج2، دار صادر، بيروت، 1968.

خامساً: الكتب الأخرى

- 1- أبو زيد، عبد العظيم، بيع المراجعة وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، ط1، دار الفكر، دمشق، 2004.
- 2- أبو زيد، محمد، الدور الاقتصادي للمصارف الإسلامية، ط1، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، 1996.
- 3- الخطاب، كمال توفيق، القبض والإلزام في عقد المراجعة مجلد 15، عدد1، مؤتة للبحوث والدراسات، 2000.
- 4- حمود، سامي حسن أحمد، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ط2، مطبعة الشرق، 1982.
- 5- السبهاني، عبد الجبار، الوجيز في المصارف الإسلامية، ط1، مطبعة حلاوة، إربد، الأردن، 2014.
- 6- شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط4، دار النفائس، عمان، 2001.

- 7- عريقات، حربي محمد، إدارة المصارف الإسلامية، ط1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
- 8- العزيزي، محمد رامز عبد الفتاح، الحكم الشرعي لبيع المراجعة للأمر بالشراء، ط1، المطابع التعاونية، عمان، 2004
- 9- العمري، مقبل أحمد، فقه المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية، ط1، جامعة الحديدة العامرة، صنعاء، 2009.
- 10- فياض، عبد المنعم حسنين، بيع المراجعة في المصارف الإسلامية، ط1، المعهد العالمي الإسلامي، القاهرة، 1996.
- 11- فياض، عطية، التطبيقات المصرفية لبيع المراجعة، ط1، دار النشر للجامعات، القاهرة، 1999.
- 12- قانون البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار، رقم 62، 1985م.
- 13- القرضاوي، يوسف، المراجعة للأمر بالشراء في ضوء النصوص والقواعد الشرعية، ط3، دار القلم، الكويت، 1407هـ.
- 14- الكفراوي، عوف محمود، البنوك الإسلامية، مركز الإسكندرية للكتاب، 2001.
- 15- المصري، رفيق يونس، بيع المراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، العدد 5، 1409هـ.
- 16- ملحم، أحمد سالم، بيع المراجعة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.
- 17- الوادي، محمود حسين، سمحان، حسين محمد، المصارف الإسلامية الأسس النظرية والتطبيقات العملية، ط3، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
- 18- الراجحي، علي بن عبد العزيز، تعريف بيع المراجعة للأمر بالشراء وصوره، 2008/5/27، fiqh.islammessage.com
- 19- يسري، عبد الرحمن، دور البنوك الإسلامية في التنمية الاقتصادية، إسلام اون لاين، قضايا العصر، 2005، <http://www.almaktabah.net>

حماية برامج الحاسب الآلي في ضوء التشريع الجزائري والمواثيق الدولية

بقلم: أ/ أسامة بن يطو*
أ/ حمزة عبدلي*

ملخص

يطرح موضوع حماية برامج الحاسب الآلي بقوة كأحد المواضيع المستحدثة من حيث حداثة التنظيم القانوني لهذا الموضوع؛ فبعد أن كان ينظر لبرامج الحاسب الآلي في وقت سابق على أنها إحدى مكونات أو معدات جهاز الحاسب الآلي، باتت تدرس وتنظم في وقتنا الحالي كموضوع مستقل بذاته، له طبيعته القانونية الخاصة به التي تميزه عن موضوع جهاز الحاسب الآلي، الذي بات بدوره موضوعاً مستقلاً بذاته. كما نثير مسألة الاعتداء على هذه البرامج بوصفها ملكية أدبية لصاحبها العديد من النزاعات الفقهية والتشريعية، لا سيما ما تعلق بالتكييف القانوني لهذا الاعتداء وكذا طبيعة محل الاعتداء من حيث كونه شيئاً مادياً ملموساً، أو شيئاً معنوياً محسوساً، بالإضافة إلى مسألة تنازع القوانين أو القانون واجب التطبيق، في ظل تعدد صور ومظاهر هذا الاعتداء، وتنظيم حماية برامج الحاسب الآلي على مستوى أكثر من تشريع؛ بين تشريعات خاصة، وأخرى منظمة للقواعد العامة للجرائم وأحكامها. كما يطرح الإشكال حول الطبيعة التقنية لهذه البرامج، وكذا الوسائل المعتمدة في الاعتداء عليها، ومدى إمكانية اعتبار الاعتداء عليها بمثابة الجريمة المعلوماتية.

Abstract:

The protection of computer programs poses strongly as one of the threads from where the novelty of modern legal regulation of this matter, having been seen for computer programs earlier as one of the components of a computer, has become in the present time

* أستاذ مساعد بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة.

* أستاذ مساعد بمعهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي مرسلبي عبد الله - تيبازة.

considering and organize a separate topic in itself, have the legal nature of its own that distinguish it from the subject of a computer, which has become is also the subject of a separate self-contained. Also it raises the issue of the attack on these programs as literary property to its owner many doctrinal and legislative disputes, especially the legal adaptation of this attack, as well as the nature of the place of the attack in terms of being something physically tangible or something morally felt, in addition to the issue of conflict of laws or applicable in light of the multiplicity of images of law and manifestations of this attack and the organization of the protection of computer programs at the level of more than legislation between special legislation and other organization to the general rules of the crimes and provisions, also raises confusion about the technical nature of these programs, as well as the means adopted in the attack on them, and the possibility of considering assault her as a cyber-crime.

Résumé:

La protection des programmes informatiques fortement émergents comme l'un des sujets modernes en particulier en termes de réglementation juridique moderne de ce sujet, parce que, après qui a été vu pour les logiciels PC dans la précédente que vos composants informatiques, a été enseigné et organisé à l'heure actuelle comme un sujet distinct en soi, et a la nature juridique de sa propre qui le distinguent de l'objet de l'ordinateur qui est devenu est aussi un sujet distinct en soi, et soulève aussi la question de l'attaque de ces programmes car il est une propriété littéraire à son propriétaire de nombreuses querelles doctrinales et législatives, et surtout la question de l'adaptation juridique de cette attaque, ainsi que la nature du lieu de l'attaque en termes d'être quelque chose de physiquement tangibles ou quelque chose de moralement senti

En plus de la question des conflits de lois et de la loi applicable, en particulier avec la multiplicité des images et des manifestations de cette attaque et l'organisation de la protection des programmes d'ordinateur au niveau de plus que la législation entre la législation spéciale et d'autres organisations aux règles générales des crimes, ainsi que de mettre en place confusion sur la nature technique de ces programmes, ainsi que les moyens adoptés dans l'attaque sur eux, et la possibilité de la considérer comme un crime d'agression cybernétique.

مقدمة:

تتعدد الجرائم المعلوماتية وتنتشر إلى جرائم تقليدية وأخرى حديثة. ومن بين الجرائم الحديثة نجد جريمة الاعتداء على برامج الحاسب الآلي Computer's Softwares، التي ظهرت كنتيجة للتطور الحاصل في التكنولوجيا وبالأخص تكنولوجيا الإعلام والاتصال ITC، وكذلك نتاجا لتطور نظم الحماية القانونية.

وإذا كانت الجرائم المعلوماتية التقليدية قد نظمت، منذ القدم وإلى أيامنا هذه، بواسطة القوانين الجنائية التقليدية المختلفة، فإن جريمة الاعتداء على برامج الحاسب الآلي بوصفها جريمة مستحدثة، قد تم تنظيمها بواسطة نظم حماية قانونية حديثة تتماشى وحدائة هذ الموضوع، ومن بين هذه النظم القانونية الحديثة نجد نظام قانون الملكية الفكرية Intellectual Property System بشقيه الأساسيين، نظام الملكية الأدبية والفنية، وكذا نظام الملكية الصناعية والتجارية.

وقد جاء تدخل المشرع برصده للحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي، بعد التأكد من قصور وعدم كفاية الحماية التقنية لهذه البرامج Technical Protection، لاسيما أن التطور الحاصل في ميدان القرصنة المعلوماتية Piracy، وتحديد القرصنة برامج الحاسب الآلي قد بلغ ذروته، من خلال تطور الأساليب والمعدات المستعملة في عمليات القرصنة، فأمام هذا الوضع كان لزاما على المشرع وضع نظام قانوني محكم لتنظيم هذه المسألة، فكان أن وقع الاختيار على نظام حقوق الملكية الفكرية لقربه من طبيعة هذا الموضوع، ولتمشيه مع توجه المجتمع الدولي إلى تبني مع ما بات يعرف لدينا في وقتنا الحاضر باقتصاد المعرفة Knowledge Economic.

وعلى غرار ما ذهبت إليه أغلب التشريعات الوطنية الخاصة بدول العالم، اهتدى المشرع الجزائري إلى تنظيم موضوع الجريمة المعلوماتية، وذلك عبر سن قوانين خاصة تعنى بالجوانب المدنية لهذه المسألة، إلى جانب تضمين الجوانب الجزائية من أحكامها ضمن بعض القوانين المنظمة للقواعد العامة للجريمة، وعلى رأسها قانون العقوبات الجزائري، ومن هذا المنطلق، تطرح لدينا الإشكالية الآتية: إلى أي مدى يمكن اعتبار الاعتداءات الواقعة على برامج الحاسب الآلي بمثابة جريمة معلوماتية؟ كما يطرح أمامنا في ذات الوقت التساؤل الآتي: كيف عالجت التشريعات الوطنية

والدولية جريمة الاعتداء على برامج الحاسب الآلي؟

المبحث الأول: ماهية برامج الحاسب الآلي

قبل التطرق إلى الجوانب القانونية لموضوع جريمة الاعتداء على برامج الحاسب الآلي، لابد علينا أولاً التعرّيج على ماهية هذه البرامج، وبيان مفهومها التقني، من خلال استعراض بعض التعريفات المقدمة من قبل الفقه والتشريع على حد سواء، حتى يساعدنا هذا على استبعاد المفاهيم المماثلة غير المعنية بمجال هذه الدراسة، وتحديد معالم المفهوم المعني بالدراسة وبالحماية القانونية.

المطلب الأول: مفهوم برامج الحاسب الآلي

تعدد التعريفات المقدمة حول مصطلح برامج الحاسب الآلي، بين تشريعات فقهية وأخرى تشريعية أملتها حداثة هذا الموضوع، الذي أسهم في ظهوره وإثارته للجدل الفقهي تلك التطورات الحاصلة في مجال العلوم التكنولوجية، لكن جميع هذه التعريفات على اختلافها لا تخرج عن كونها إما أعطت تعريفاً ضيقاً أو تعريفاً موسعاً لمصطلح برامج الحاسب الآلي.

الفرع الأول: التعريف الضيق لبرامج الحاسب الآلي

تبنى التعريف الضيق لمصطلح برامج الحاسب الآلي العديد من الكُتاب والفقهاء، وحتى بعض التشريعات الوطنية، مع التسليم بأن مهمة تقديم التعاريف هي في الأصل مهمة الفقه دون التشريع، لكن بعض المفاهيم المستحدثة أحياناً ك مفهوم برامج الحاسب الآلي، تستلزم شرحها من قبل المشرع، ومن بين هذه التعريفات نجد أنه:

من الناحية التشريعية، عرفت برامج الحاسب الآلي من قبل المشرع الأمريكي عبر أحكام قانون المؤلف الأمريكي الموحد لسنة 1976 والمعدل سنة 1980 بأنها: «مجموعة عمليات متتابعة يتم القيام بها بغرض الاستخدام المباشر وغير المباشر من جهاز الحاسب الآلي من أجل الحصول على نتائج معينة»⁽¹⁾.

(1) - PUBLIC LAW 96-517—DEC. 12, 1980, SEC. 10. (a) Section 101 of title 17 of the United States Code is amended to add at the end there of the following new

=

كما عرفها المشرع المغربي على أنها: «يقصد بمصطلح "برنامج الحاسوب"، كل مجموعة من التعليمات المعبر عنها بكلمات أو برموز أو برسوم أو بأي طريقة أخرى تمكن - حتى حينما تدمج في دعامة قابلة لفك رموزها بواسطة آلة- أن تنجز أو تحقق مهمة محددة، أو تحصل على نتيجة بواسطة حاسوب أو بأي طريقة إلكترونية قادرة على معالجة المعلومات»⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فقد سكت عن إعطاء تعريف لمصطلح برامج الحاسب الآلي، رغم اعترافه لها بالحماية القانونية، وتنظيمه لهذا الموضوع بواسطة أحكام قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة، كما سيأتي بيانه لاحقا.

وفيما يتعلق بالناحية الفقهية، فقد عرف جانب من الفقه برامج الحاسب الآلي على أنها: «مجموعة من التعليمات التي تنفذ مباشرة عن طريق الحاسب الآلي». كما عرفت كذلك على أنها: «مجموعة التعليمات التي يخاطب بها الإنسان الآلة، فتسمح لها بأداء مهمة محددة»⁽²⁾. وعرفها جانب آخر من الفقه على أنها: «سلسلة من التعليمات المحررة بلغة خاصة، والمستعملة من طرف الحاسوب من أجل تنفيذ عملية محددة»⁽³⁾. أما الدكتور محي الدين عكاشة، فيرى بأن برامج الحاسب الآلي لا تعدو كونها: «مجموعة التعليمات المعبر عليها بمفردات أو بدلائل أو منخططات أو بأي شكل آخر، والتي تمكن من القيام بنشاط علمي أو من نوع آخر أو الحصول على نتيجة خاصة من المعلومات التي تقرأ بالآلة وترجم باندفاعات إلكترونية بالكمبيوتر،

language: "A 'computer program' is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result".

(1) المادة 1 فقرة 13 من القانون رقم 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة المغربي، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 34.5.

(2) مسعود خثير: الحماية الجنائية لبرامج الكمبيوتر (أساليب وثغرات)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة- الجزائر، 2010، ص 27.

(3) - عبد الهادي بن زينة: حماية برامج الحاسوب في التشريع الجزائري وفقا لأحكام قانون حقوق المؤلف الجديد الأمر رقم (03-05)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007، ص 12.

وهو أسلوب إلكتروني أو ما يشبه ذلك بشرط أن يكون صالحا لمعالجة الإعلام»⁽¹⁾. ولعل الملاحظ على مجمل هذه التعريفات الفقهية والتشريعية، أنها ركزت في تعريفها لبرامج الحاسب الآلي على مصطلح التعليمات، الذي يعني في حقيقة الأمر تلك الأوامر Ordres التي يوجهها المبرمج أو مصمم البرنامج للآلة، أو جهاز الحاسب الآلي، حتى تؤدي المهام التي يستهدفها صاحب البرنامج، والتي يتم تضمينها داخل البرنامج، ومعنى هذا أن الحماية القانونية تشمل ما يحتويه هذا البرنامج من تعليمات أو أوامر مضمنة في صلب البرنامج، فلا تمتد هذه الحماية بحسب هذا التعريف الضيق لبرنامج الحاسب الآلي إلى ما هو خارج صلب هذه البرامج.

الفرع الثاني: التعريف الموسع لبرامج الحاسب الآلي

من جهة ثانية، أعطي لمصطلح برامج الحاسب الآلي تعريفاً آخر أوسع من التعريف السابق، الذي تبين لنا أنه يقصر مفهوم هذه البرامج على ما يتضمنه البرنامج من تعليمات أو أوامر فحسب. وعلى هذا الأساس، نجد بأن برامج الحاسب الآلي قد عرفت أيضاً على أنها: «مجموعة الطرق أو البرامج المتعلقة بتشغيل الحاسوب»⁽²⁾. وفي مدلول آخر واسع لمصطلح برامج الحاسب الآلي، نجد بأن القرار الوزاري الفرنسي الخاص بإثراء اللغة الفرنسية قد عرفها على أنها: «مجموعة البرامج والمراحل والقواعد وأحيانا الوثائق المتعلقة بسير مجموعة من الاستعلامات»⁽³⁾. وفي تعريف موسع آخر أكثر وضوحاً لمفهوم برامج الحاسب الآلي، ترى الدكتورة رشا علي الدين، أنه للترفة بين المعنى الضيق والواسع لهذه البرامج، وجب علينا التفريق بين المصطلحين الإنجليزين Programs و Softwares أو Logiciels بالفرنسية،

-
- (1) - محي الدين عكاشة: حقوق المؤلف على ضوء القانون الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بين عكنون - الجزائر، 2005، ص 75.
- (2) - عبد الهادي بن زيطة، المرجع نفسه، ص 13.
- (3) - عفيفي كامل عفيفي: جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت - لبنان، 2007، ص 27.

فالمصطلح الأول يقصد به معنى البرنامج فحسب، أما المصطلح الثاني فيقصد به زيادة على البرنامج، كل البرمجيات والوثائق الملحقة بالبرنامج أو ما يعرف بالكيان المنطقي لجهاز الحاسب الآلي⁽¹⁾.

وما يستشف من هذه التعريفات الموسعة لمصطلح برامج الحاسب الآلي، أن مفهوم البرنامج يمتد إلى خارج محتويات هذا البرنامج، فيشمل كل من: (البرامج، التعليمات، والوثائق المرفقة أو الملحقة بهذا البرنامج)، والتي لا يستوي أن يعمل هذا البرنامج في غيابها أو افتقاد مستخدم البرنامج لها.

وهذا ما ذهب إليه خبراء المنظمة العالمية للملكية الفكرية الحكوميين وغير الحكوميين⁽²⁾، الذين أناطت لهم المنظمة بين سنتي 1974-1978 مهمة صياغة قانون خاص بحماية برامج الحاسب الآلي. ومن بين ما تضمنه هذا القانون النموذجي غير الملزم للدول الأعضاء في المنظمة، هو تبني تعريف الموسع لمصطلح برامج الحاسب الآلي، ويستشف ذلك من نص المادة الأولى منه، التي زيادة على تعريفها لبرنامج الحاسب الآلي، أتت على تعريف كل من وصف البرنامج وكل وثيقة ملحقة بالبرنامج، بالإضافة إلى اعتمادها على المصطلح الإنجليزي Softwares أو Logiciels أو البرمجيات في تعريفها لهذا البرنامج، والتي تفيد المدلول أو المفهوم الواسع لمصطلح برامج الحاسب الآلي كما سبق لنا بيانه.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لبرامج الحاسب الآلي

منذ أن حظي موضوع برامج الحاسب الآلي بالاستقلالية عن موضوع جهاز الحاسب الآلي، بعد أن كان ينظر لهذا الأخير كوحدة واحدة ومتكاملة غير قابلة

(1) - رشا علي الدين: النظام القانوني للبرمجيات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية- مصر، 2007، ص19.

(2) - تعرف المنظمة العالمية للملكية الفكرية اختصاراً بالويبو أو Wipo، وقد أسست عام 1952 بمدينة جنيف السويسرية، وانضمت إليها 188 دولة إلى غاية سنة 2015، ومن بينها دولة الجزائر ومعظم الدول العربية.

للتجزئة، أثار هذا الموضوع الكثير من الجدل الفقهي حول مسألة طبيعته القانونية، وإن كان الاختلاف حول كون هذه البرامج عبارة عن مال منقول قابل للتملك والتصرف فيه بكافة التصرفات القانونية يبدو طفيفاً، فإن الاختلاف الفقهي يطرح بحدة في مسألة كونها عبارة عن إبداع ذهني أو فكري، فتضاربت هنا الآراء الفقهية حول هذه المسألة وانقسموا بذلك إلى فريقين: فريق أول يعتبر هذه البرامج بمثابة مصنف أدبي، وفريق ثان يطلق على هذه البرامج وصف الاختراع.

الفرع الأول: برامج الحاسب الآلي عبارة عن مال معنوي منقول

تنص المادة 682 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على أن المال هو: «كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون». وتنقسم الأموال إجمالاً إلى أموال مالية وأخرى معنوية، وتتخذ الأموال المعنوية في إحدى صورها، صورة الحقوق التجارية التي يكون محلها قابلاً للتملك والتصرف فيه بطرحه للتداول التجاري، إذا ما تم الاعتماد عليه بشكل أساسي في العمل والمحل التجاريين، بوصفه أحد عناصر هذا المحل المادية والمعنوية، ومن بين هذه الأموال المعنوية ذات القيمة الاقتصادية والتجارية الكبيرة نجد برامج الحاسب الآلي⁽¹⁾، والتي بحكم طبيعتها المادية⁽²⁾ عادة ما تكون محلاً للتداول التجاري أمام جمهور مستخدمي الحواسيب الآلية، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين.

الفرع الثاني: برامج الحاسب الآلي عبارة عن إبداع فكري

ظهر هذا الرأي كمنقذ للاتجاه الذي يصعب وصف المال على الطبيعة المادية لبرامج الحاسب الآلي، إذ يرى هذا الاتجاه أن برامج الحاسب الآلي في أصلها عبارة عن أفكار معبر عنها بشكل مبتكر، ومخزنة في دعامة مادية تمكن من تشغيلها عند اقترانها بالآلة. فبحسب هذا الرأي الذي لا يتكر وصف المال على برامج الحاسب

(1) - مسعود خثير، مرجع سابق، ص 37.

(2) - جرت العادة والعرف التجاريين ان يتم تخزين وتداول برامج الحاسب الآلي في دعامة مادية تعرف بالسديديات Les CD.

الآلي، فإن هذه الأخيرة لها طابع معنوي كذلك، يبرز في هذه الأفكار المعبر عنها، وبالتالي فإن وصف المال المعنوي المنقول هو أرحح الأوصاف انطباقاً وملاءمة للطبيعة المادية لبرامج الحاسب الآلي⁽¹⁾. وإذا كان الرأي المستقر عليه أن برامج الحاسب الآلي عبارة عن مال معنوي منقول قابل للتملك والتصرف فيه، فإن الاتجاه الذي يعتبر برامج الحاسب الآلي بمثابة إبداع ذهني أو فكري، ينقسم إلى فريقين اثنين، يصنع كل فريق منهما وصفاً معيناً على هذه البرامج؛ فالفريق الأول يعتبر برامج الحاسب الآلي بمثابة مصنف أدبي، أما الفريق الثاني فيصنع على هذه البرامج وصف الاختراع.

أولاً: الرأي القائل بأنها عبارة عن مصنف أدبي

يرى مؤيدو هذا الاتجاه بأن برنامج الحاسب الآلي لا يختلف في طبيعته ومضمونه والهدف من إنشائه عن أي مصنف أو مؤلف أدبي أو علمي آخر، وإن كان ما يميزه عنها في حقيقة الأمر هو طبيعته التقنية، وحتى البيئة الرقمية التي يعمل بها ويتعامل معها، فبحسب هذا الرأي فإن برامج الحاسب الآلي في أساسها هي عبارة عن أفكار ومعلومات تم التعبير عنها بطريقة تقنية، بالاعتماد على ما يعرف بلغات البرمجة، وعليه فإن من قام بإنشاء أو تصميم أي برنامج يعتبر- بحسب هذا الرأي- مؤلفاً لبرنامج حاسب آلي، ويحمي عمله هذا بواسطة ما يعرف بنظام حقوق المؤلف⁽²⁾، وهذا ما ذهبت إليه معظم التشريعات الوطنية والدولية كما سيأتي التفصيل فيه لاحقاً.

وجدير بالذكر، أن هذا الرأي قد وجهت له عدة انتقادات لعل أبرزها يمثل في:

- أن برامج الحاسب الآلي تعتمد في تركيبها على جملة من الخوارزميات والمبادئ الرياضية المستبعدة أساساً من الحماية بواسطة أنظمة حقوق الملكية

(1) - مسعود خثير، المرجع نفسه، ص41.

(2) - محمد واصل: الحماية القانونية لبرامج الحاسوب (المصنفات الالكترونية)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، المجلد 27، العدد الثالث، 2011، ص17.

- الفكرية، وبالأخص نظام حقوق المؤلف.
- أن برامج الحاسب الآلي عبارة عن عمل تقني منذ بداية تصميمه إلى غاية تشغيله، ولا يشمل هذا العمل التقني البحث على أي مميزات أدبية تخول اعتباره مصنفاً أدبياً.
- أن برامج الحاسب الآلي بطبيعتها قابلة لأن تتطور وتتغير دورياً في كل ساعة وفي كل يوم وفي كل دقيقة؛ فمدة حياة البرنامج قصيرة بالمقارنة مع مدة الحماية الطويلة التي يمنحها نظام حقوق المؤلف.

ويرد المؤيدون للاتجاه الذي يدعم حماية برامج الحاسب الآلي بواسطة نظام حقوق المؤلف على كافة هذه الانتقادات، بأن العبرة من الحماية بواسطة هذا النظام ليست في التركيبة المادية لهذه البرامج، وإنما في طريقة معالجة المشكلات التقنية التي تقوم بها هذه البرامج، والتي تختلف من مبرمج إلى آخر بشكل يمكن من ظهور أو بروز شخصية مصمم البرنامج، وهذا الأمر - بحسب هؤلاء - كاف للقول بوجود أصالة تميز هذه البرامج عن بعضها البعض⁽¹⁾.

ومن جهتنا، نعتقد بأن التطورات المتسارعة الحاصلة في مجال التكنولوجيا، وبالأخص تكنولوجيا المعلوماتية البرمجية، وبالنظر إلى أهمية ودور هذه البرامج والحواشيب الآلية المشغلة لها في حياة الأفراد والمؤسسات في وقتنا الحالي، كل هذا أعطى للغات البرمجة المستعملة في تصميم واعداد برامج الحاسب الآلي الطابع الأدبي، شأنها في ذلك شأن باقي لغات العالم المتعارف عليها، وهو الأمر الذي يمكن من اعتبار أي عمل ناشئ بواسطتها بمثابة مصنف أدبي، شأنها في ذلك شأن الكتب والدوريات وغيرها من المصنفات الأدبية الأخرى، واعتبار مصمم هذه البرامج بمثابة مؤلف لمصنف أدبي، وإن كان هذا المصنف له مميزات وجوانب تقنية تميزه عن باقي المصنفات الأدبية والعلمية الأخرى.

(1) - رشا علي الدين، مرجع سابق، ص 140.

ثانياً: الرأي القائل بأنها عبارة عن اختراعات

من جهة أخرى، يرى جانب آخر من الفقه، وحتى العديد من مصممي وملاك برامج الحاسب الآلي، بأن هذه البرامج يستوي أن تعتبر بمثابة اختراعات، يتم حمايتها بواسطة نظام الحماية القانوني المسمى نظام براءة الاختراع، لما لهذه البرامج من طبيعة تقنية مميزة، وإمكانية تطبيق هذه البرامج تطبيقاً صناعياً (التصنيع)، والذي يعد أحد أهم الشروط المقررة لاعتبار أي عمل ذهني بمثابة اختراع وحمايته بنظام براءة الاختراع، إضافة إلى شرطي الجودة والنشاط الاختراعي⁽¹⁾، وكذا الشرط الشكلي المتمثل في إيداع طلب الحماية لدى الجهات المختصة بذلك، وكذا دفع الرسوم اللازمة لذلك⁽²⁾.

وتوجه لهذا الرأي عدة انتقادات نبرز أهمها فيما يلي:

- صعوبة تقدير عنصر الجودة في برامج الحاسب الآلي التي تقوم في أساسها على جملة من التعليمات والأوامر المشكّلة من خوارزميات رياضية مستبعدة أساساً من دائرة الحماية القانونية، لاسيما وأن أغلب التشريعات الوطنية والدولية تأخذ بمبدأ الجودة المطلقة عوض الجودة النسبية لاعتبار أي عمل فكري بمثابة اختراع يحمي بواسطة نظام براءة الاختراع.

- مع التطور الحاصل في ميدان التكنولوجيا، الذي أدى إلى الاستغناء عن الدعامات المادية لبرامج الحاسب الآلي المتعارف عليها بدهاءة، والسابق لنا الإشارة إليها؛ فإنه ليست كل برامج الحاسب الآلي قابلة للتطبيق الصناعي.

(1) - شرط الجودة في نظام براءة الاختراع معناه أن يكون الاختراع جديداً على حالة التقنية، أي إنه لا يعتبر اختراعاً جديداً العمل الابتكاري المعروف بدهاءة لدى أهل الاختصاص، ويقصد بالنشاط الاختراعي انطواء الاختراع على قدر من الابتكار في صورة حل لمشكلة تقنية قائمة.

(2) - يعد شرطاً الإيداع ودفع الرسوم من الشروط الجوهرية والإجبارية اللازمة لمنح براءة الاختراع، عكس الحماية بواسطة نظام حقوق المؤلف التي لا تشترط أي شكليات لمنح الحماية.

- ارتفاع التكلفة المالية لإجرائي الإيداع والرسوم المستحقة للحماية بواسطة نظام براءة الاختراع. وما تجدر الإشارة إليه، أن كلاً من المشرع الجزائري والمشرع الدولي قد أخذوا بالرأي الذي ينكر على برامج الحاسب الآلي صفة الاختراع، باستبعاد المشرع الجزائري لها صراحة من دائرة الحماية بواسطة نظام براءة الاختراع⁽¹⁾، وتبني المشرعين معاً لنظام حقوق المؤلف لحماية برامج الحاسب الآلي، واعتبار كل برنامج حاسب الآلي بمثابة مصنف أدبي⁽²⁾.

المبحث الثاني: جريمة الاعتداء على برامج الحاسب الآلي

إن التطور الكبير الذي شهدته التكنولوجيا، لا سيما في مجال برامج الحاسب الآلي، لم ينعكس فقط على المفاهيم من حيث صعوبة التحديد والضبط، بل تعدى ذلك إلى تعدد مظاهر الاعتداء على هذه البرامج، سواء بالنسبة لكيانها المادي أو المعنوي.

المطلب الأول: مظاهر الاعتداء على الكيان المادي لبرامج الحاسب الآلي

لعل من أبرز المظاهر التي يتجلى فيها الاعتداء على الكيان المادي لبرامج الحاسب الآلي، نجد صورة السرقة المادية لهذه البرامج، أو صورة التخريب المادي لدعامته أو ما تحتويه هذه الدعامات من معلومات وبرمجيات.

(1)- تنص الفقرة 6 من المادة 7 من الأمر رقم 07-03 المتضمن قانون براءة الاختراع الجزائري، ج.ر.44، مؤرخة في 2003-07-23، على أنه: «لاتعد من قبيل الاختراعات في مفهوم هذا الأمر: 6- برامج الحاسوب...».

(2)- لم تنص اتفاقية برن، المتعلقة بحماية المصنفات الأدبية والفنية، صراحة على حماية برامج الحاسب الآلي بنظام حقوق المؤلف، لكن الفقه يرى أنها تحميها ضمناً بتبنيها ما يعرف بنظام القائمة المفتوحة للمصنفات المحمية، في حين لم تورد اتفاقية باريس للملكية الصناعية برامج الحاسب الآلي ضمن الابتكارات التي تعد من قبيل الاختراعات، أما المشرع الجزائري فقد اعتبر برامج الحاسب الآلي صراحة بمثابة مصنف أدبي وذلك بموجب نص المادة 4 فقرة "أ" من قانون حقوق المؤلف الجزائري.

الفرع الأول: سرقة برامج الحاسب الآلي

لما كانت برامج الحاسب الآلي - بحكم طبيعتها- تخزن في دعامات مادية كالأقراص المضغوطة CD والفلاشات Flash disk، وحتى ذاكرات الحواسيب والهواتف الذكية Memory card، مثلما سبق لنا الإشارة إليه، فهي بذلك معرضة لخطر السرقة، لكن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذه الحالة: من هو الضحية في هنا؟ هل هو مصمم البرنامج، أم مالكة الشرعي، أم مستخدم هذا البرنامج⁽¹⁾؟

أولاً: الحالة التي يكون فيها مستخدم البرنامج ضحية السرقة

ينطبق وصف الضحية على مستخدم البرنامج في هذه الحالة، إذا ما استهدف مرتكب فعل السرقة سرقة الدعامة المادية لبرنامج الحاسب الآلي، وكان هذا المستخدم يحوز ما يثبت ملكيته لهذه الدعامة، أو ما يعرف برخصة الاستخدام؛ فالبرنامج في هذه الحالة عبارة عن مال مملوك لحائزه أو مشتريه، وبالتالي نكون هنا بصدد جريمة سرقة لمال مملوك للغير⁽²⁾.

وجدير بالذكر، أن حيازة رخصة استخدام برنامج الحاسب الآلي لا تعني بالضرورة امتلاك الحقوق الناشئة عن هذا البرنامج، فهي في الأصل مملوكة لمعد أو مصمم أو مؤلف البرنامج؛ فلا تخول له سوى الانتفاع بالخدمة أو الوظيفة التي يقدمها هذا البرنامج، وفي حدود ما تنص عليه هذه الرخصة، وهذا ما سنأتي إلى التفصيل فيه لاحقاً.

(1)- مؤلف برنامج الحاسب الآلي هو من قام بإعداد البرنامج أول مرة، فهو بذلك المالك الأصلي لجميع الحقوق الناتجة عن هذا العمل، أما المالك الشرعي فهو إما مؤلف البرنامج وإما الشخص الذي انتقلت إليه حقوق استغلال البرنامج من قبل المالك الأصلي، وأما مستخدم البرنامج فهو الحائز على رخصة استخدام أو استعمال برنامج الحاسب الآلي.

(2)- تنص المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: «كل من اختلس شيئاً غير مملوك له يعد سارقاً ويعاقب بالحبس من سنة 1 إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 50.000 دج».

ثانياً: الحالة التي يكون فيها مصمم البرنامج أو مالكة الشرعي ضحية السرقة

يستوي إصباغ وصف الضحية، كذلك، على المصمم أو المالك الشرعي لبرنامج الحاسب الآلي، وذلك في الحالة التي ثبت فيها سرقة المعلومات المخزنة في دعامة البرنامج، والتي تشكل قوام أو أساس تشغيل هذا البرنامج، والتي تتم في العادة بالسرية؛ فلا يجوز للغير هنا السطو عليها أو الإفصاح عنها للغير دون إذن من صاحب البرنامج أو مالكة الشرعي، فهذه المعلومات المنسقة بشكل مبتكر داخل دعامة برنامج الحاسب الآلي، تعد بمثابة مال معنوي منقول مملوك لصاحب أو مصمم البرنامج، كما سبق لنا الإشارة إليه، وبالتالي نكون هنا بصدد جريمة سرقة مال معنوي مملوك للغير، تحكم هذه الجريمة وتنظمها القواعد العامة المنظمة لجريمة السرقة (قانون العقوبات).

الفرع الثاني: تخريب برامج الحاسب الآلي

يتخذ الاعتداء على الكيان المادي لبرامج الحاسب الآلي صورة ثانية تتمثل في التخريب. والتخريب هنا - كما هو الحال مع فعل السرقة - يستوي أن يكون ضحيته مستخدم برنامج الحاسب الآلي، كما يستوي كذلك أن يكون ضحيته مصمم البرنامج أو مالكة الشرعي.

أولاً: الحالة التي يكون فيها مستخدم البرنامج ضحية التخريب

كما هو الحال مع فعل السرقة، يكون مستخدم البرنامج الحاسب الآلي ضحية لفعل التخريب، إذا ما مس هذا التخريب الدعامة المادية للبرنامج الحاسب الآلي فحسب، دون غيرها من المكونات الأخرى التي يقوم ويشغل على أساسها هذا البرنامج؛ وذلك راجع لكون المستخدم لا يملك من مجمل الحقوق الناشئة عن برنامج الحاسب الآلي سوى دعامة المادية التي بحوزته، مثلها سبق لنا توضيحه.

ثانياً: الحالة التي يكون فيها مصمم البرنامج أو مالكة الشرعي ضحية التخريب

يعتبر مصمم برنامج الحاسب الآلي أو مالكة الشرعي ضحية لفعل التخريب، إذا ما شمل التخريب المعلومات المخزنة في داخل أو في صلب الدعامة المادية

للبرنامج⁽¹⁾، ويتخذ التخريب هنا صورتين اثنتين؛ فيتم فعل تخريب برنامج الحاسب الآلي إما من خلال العبث بالتنسيق المنظم للمعلومات، المعد والموضوع من قبل مصمم البرنامج، أو بإزالة المعلومات المنسقة والمنظمة من قبل مصمم البرنامج والتي تشكل عماد هذا البرنامج، أو حتى زرع فيروس تخريبي داخل بيانات البرنامج.

المطلب الثاني: مظاهر الاعتداء على الكيان المعنوي لبرنامج الحاسب الآلي

لابأس من الإشارة إلى أن المقصود بالكيان المعنوي لبرنامج الحاسب الآلي هنا، هو تلك الرابطة المعنوية التي تربط هذا البرنامج بصاحبه أو مالكة الشرعي، والمتمثلة أساساً في جملة الحقوق المعنوية والمالية التي يخولها القانون لمعد برنامج الحاسب الآلي أو مالكة الشرعي الذي انتقلت إليه حقوق استغلال هذا البرنامج من قبل المالك الأصلي.

الفرع الأول: الاعتداء على الحقوق المعنوية لمؤلف برنامج الحاسب الآلي

تخول حماية برامج الحاسب الآلي بنظام حقوق المؤلف لمؤلف هذا البرنامج عدة حقوق معنوية؛ فيعاقب عن أي مساس بهذه الحقوق كنتاج لهذه الحماية. ولعل أهم ما يميز هذه الحقوق المعنوية أنها غير قابلة للتقادم أو الحجز عليها، غير أنه يجوز أن تورث للغير بعد وفاة المؤلف لمدة 50 سنة كاملة، ويتخذ الاعتداء على هذه الحقوق عدة صور نوجزها فيما يلي:

أولاً: الاعتداء على حق الأبوة

يكون لمؤلف البرنامج وحده الحق في نسب البرنامج لشخصه، ويتم ذلك بوضع اسمه على الدعامة المادية لبرنامج الحاسب الآلي المحمي قانوناً، ويستوي أن يكون

(1) - تنص المادة 407 من قانون العقوبات الجزائري على أن: «كل من خرب وأتلف عمداً أموال الغير المنصوص عليها في المادة 396 بأية وسيلة أخرى كلياً أو جزئياً يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 5.000 دج دون الإخلال بتطبيق أحكام المواد من 395 إلى 404 إذا تطلب الأمر ذلك. ويعاقب على الشروع في الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة كالجنحة التامة».

صاحب البرنامج شخصاً واحداً أو عدة أشخاص اشتركوا في تأليف البرنامج، فيكون من حقهم جميعاً ذكر أسمائهم على دعامة البرنامج، كما يستوي أن يكون صاحب البرنامج شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ويعتبر معتدياً على هذا الحق كل من ينسب هذا البرنامج لشخصه دون أن تكون له مساهمة مباشرة ومعتبرة في إعداده⁽¹⁾.

ثانياً: الاعتداء على الحق في الكشف

يعبر عن هذا الحق كذلك بالحق في النشر، والذي مفاده أن لمؤلف البرنامج وحده الحق في الكشف عن برنامج الحاسب الآلي الخاص به أول مرة، فيستوي أن يتم هذا الكشف الأول بالنشر إما عن طريق عرضه في المعارض الوطنية والدولية، أو من خلال طرحه للتداول التجاري أمام الجمهور. وعلى هذا الأساس تعد كل عملية كشف أو نشر للبرنامج من طرف الغير من قبيل الاعتداء على هذا الحق المعنوي، إلا إذا تم هذا الكشف أو النشر من قبل الغير بناءً على إذن أو اتفاق من قبل مؤلف البرنامج، كأن يكون هنالك عقد نشر بينه وبين شركة لإنتاج برامج الحاسب الآلي⁽²⁾.

ثانياً: الاعتداء على الحق في التعديل

لما كانت برامج الحاسب الآلي بحكم طبيعتها تخضع دورياً لعمليات تحسين وتطوير، تمشياً مع مقتضيات التطور المتسارع للتكنولوجيا، وبالأخص تكنولوجيا البرمجيات، بالإضافة إلى المتطلبات المتزايدة من قبل الأفراد والمؤسسات على حد سواء، وكذا المشاكل التقنية التي تحتاج لوجود هذه البرامج وتطويراتها؛ فقد خول نظام حقوق المؤلف لمعد البرنامج وحده الحق في تعديل برنامجه بالكيفية والوقت الذين يراهما ملائمين للقيام بعملية التعديل، وبالتالي فإن أي عملية تعديل من قبل

(1) - تنص الفقرة 1 من المادة 23 من قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة الجزائري على أنه: «يحق لمؤلف المصنف اشتراط ذكر اسمه العائلي أو المستعار في شكله المألوف، وكذا على دعائم المصنف الملائمة...».

(2) - تنص المادة 22 من قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة الجزائري على أنه: «يتمتع المؤلف بحق الكشف عن المصنف الصادر باسمه الخاص أو تحت اسم مستعار، ويمكنه تحويل هذا الحق للغير».

الغير تتطلب الإذن المسبق من طرف صاحب البرنامج، ويشكل اعتداءً على هذا الحق كل عملية تعديل من قبل الغير دون الحصول على هذا الإذن، وتستثنى من هذا الشرط الحالة التي يتم فيها هذا التعديل لأغراض تعليمية أو بحثية⁽¹⁾.

ثالثاً: الاعتداء على سلامة البرنامج

يكفل نظام حقوق المؤلف لأصحاب المصنفات المحمية بهذا النظام، بمن فيهم أصحاب وملاك برامج الحاسب الآلي، الحق في دفع أي اعتداء من شأنه المساس بسلامة هذا المصنف، ومن ذلك، أي تعديل أو تحوير أو تحريف من شأنه أن يغير من الهدف أو الغرض الأساسي المبتغى من تصميم هذا البرنامج أول مرة، كما يحق لصاحب البرنامج أن يدفع أي اعتداء على برنامجه، الذي من شأنه يشكل مساساً بسمعته أو شرفه كمؤلف للبرنامج⁽²⁾.

رابعاً: الاعتداء على الحق في العدول

من بين الحقوق المعنوية التي يمنحها نظام حقوق المؤلف للمؤلفين، نجد كذلك الحق في العدول أو التوبة أو التراجع عن نشر المصنف أو البرنامج، وتعدد أسباب اللجوء إلى إعمال هذا الحق؛ فعلى سبيل المثال نجد حالة تغير قناعات المؤلف تجاه ما يتضمن مصنفه من معلومات، أو تجاه الغرض الذي يؤدّيه البرنامج الذي قام بتأليفه، فيحق له في هذه الحالة التراجع عن نشر هذا البرنامج أو المصنف، على شرط أن يدفع المؤلف المستعمل لهذا الحق مبلغاً عادلاً للجهات المتضررة من استعماله لهذا الحق، لا سيما الجهة المنتجة أو المصنعة للبرنامج، أو دور النشر المكلفة بطبع ونشر وتوزيع المصنف. وعلى هذا فإنه لا يحق للغير سواء كانت بينه وبين المؤلف رابطة تعاقدية أم لم تكن، أن يمنع المؤلف أو المبرمج من استعماله لهذا الحق،

(1) - انظر إلى نص المادة 90 من الأمر رقم 03-05 المتضمن قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الجزائري، ج.ر. 44، مؤرخة في 23-07-2003.

(2) - انظر إلى نص المادة 25 من الأمر رقم 03-05 السالف الذكر.

ويشكل اعتداءً على هذا الحق ما يخالف ذلك⁽¹⁾.

ثالثاً: الاعتداء على سلامة البرنامج

يكفل نظام حقوق المؤلف لأصحاب المصنفات المحمية بهذا النظام، بمن فيهم أصحاب وملاك برامج الحاسب الآلي، الحق في دفع أي اعتداء من شأنه المساس بسلامة هذا المصنف، ومن ذلك أي تعديل أو تحوير أو تحريف من شأنه أن يغير من الهدف أو الغرض الأساسي المبتغى من تصميم هذا البرنامج أول مرة، كما يحق لصاحب البرنامج أن يدفع أي اعتداء على برنامجه، الذي من شأنه يشكل مساساً بسمعته أو شرفه كمؤلف للبرنامج.

رابعاً: الاعتداء على الحق في العدول

من بين الحقوق المعنوية التي يمنحها نظام حقوق المؤلف للمؤلفين، نجد كذلك الحق في العدول أو التوبة أو التراجع عن نشر المصنف أو البرنامج. وتعدد أسباب اللجوء إلى إعمال هذا الحق؛ فعلى سبيل المثال نجد حالة تغير قنوات المؤلف تجاه ما يتضمنه مصنفه من معلومات، أو تجاه الغرض الذي يؤديه البرنامج الذي قام بتأليفه، فيحق له في هذه الحالة التراجع عن نشر هذا البرنامج أو المصنف، على شرط أن يدفع المؤلف المستعمل لهذا الحق مبلغاً عادلاً للجهات المتضررة من استعماله لهذا الحق، ولاسيما الجهة المنتجة أو المصنعة للبرنامج أو دور النشر المكلفة بطبع ونشر وتوزيع المصنف، وعلى هذا فإنه لا يحق للغير سواء كانت بينه وبين المؤلف رابطة تعاقدية أم لم تكن، أن يمنع المؤلف أو المبرمج من استعماله لهذا الحق، ويشكل اعتداءً على هذا الحق ما يخالف ذلك.

الفرع الثاني: الاعتداء على الحقوق المالية لمؤلف برنامج الحاسب الآلي

إلى جانب جملة الحقوق المعنوية السالف بيانها، والتي يتمتع بالاستثمار بها كل صاحب مصنف أدبي مستوفٍ لكافة شروط الحماية القانونية؛ يكفل نظام حقوق

(1) - انظر إلى نص المادة 24 من نفس الأمر.

المؤلف كذلك لهؤلاء المؤلفين جملة من الحقوق المالية، والتي تعني حق هؤلاء بمن فيهم مؤلف برامج الحاسب الآلي في استغلال مصنفاتهم على الوجه الذي يعود عليهم بالمنفعة المالية أو الاقتصادية. ولعل ما يميز الحق المالي عن الحق المعنوي هو قابلية الحق المالي للانتقال إلى الغير وقابليته للتقادم والحجز عليه⁽¹⁾، وعلى هذا فإنه تنوع صور هذا الاستغلال وتنقسم إلى كل من:

أولاً: الاستغلال المادي المباشر للبرنامج

يفيد هذا حق مؤلف برنامج الحاسب الآلي في استغلال برنامج على الوجه الذي يعود عليه بالمنفعة المالية؛ فيجوز بذلك للمؤلف عن طريق عملية نسخ لهذا البرنامج بعدد معين من النسخ، أن يقوم ببيع أو تأجير برنامجه للغير، سواء كان ذلك بصفة شخصية أو من خلال ترخيصه للغير بالقيام بهذا العمل، أي إنه يقوم بالتنازل عن حقوقه المالية للغير بمقابل مالي معين، كما يدخل ضمن نطاق هذا الحق حقه في استيراد وتصدير مصنّفه. وتسمى هذه الصور من الاستغلال بالاستغلال غير المباشر للمصنّفات⁽²⁾.

ثانياً: الاستغلال المادي غير المباشر للبرنامج

ومعناه حق مؤلف برنامج الحاسب الآلي في استغلال برنامج بالشكل الذي يعود عليه بالمنفعة المالية أو الاقتصادية، وذلك عن طريق تقديمه لبرنامج في شكل أداء علني أمام الجمهور المخاطب أو المستهدف به، فيستوي أن يتم ذلك عن طريق عرض هذا البرنامج المحمي قانوناً في كل من المعارض أو الملتقيات الوطنية والدولية، وهذا ما يعرف بالاستغلال المباشر للمصنّفات. وفي كافة الأحوال، فإن أي استغلال مالي للبرنامج دون أخذ إذن مسبق من صاحب البرنامج، أو دون وجود علاقة

(1)- نواف كنعان: حق المؤلف (النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2004، ص129.

(2)- روزا جعفر محمد الخلامي: مشكلات الطبيعة القانونية لبرامج الحاسب الآلي، المكتب الجامعي الحديث، اليمن، 2002، ص155.

تعاقدية مسبقة بين مستغل البرنامج وصاحبه، يعد من قبيل الاعتداء على هذا الحق⁽¹⁾.

ثالثاً: الاعتداء على حق المؤلف في تتبع برنامجه

حيث لمؤلف برنامج الحاسب الآلي الحق في تتبع جميع عمليات البيع الواردة على برنامجه، ويتم ذلك عبر تتبع البرنامج في جميع الأيدي المملوكة له بعد بيعه أول مرة، وحصول مؤلف البرنامج على مقابل مالي يمثل في نسبة معينة تقتطع من ثمن كل بيع عام للبرنامج، أي عن كل مالك جديد للحقوق المالية الواردة على البرنامج، وعلى هذا فإن حرمان أو منع مؤلف البرنامج من هذا الحق أو استعمال هذا الحق من قبل الغير، دون وجود إذن أو اتفاق مسبق بين صاحب البرنامج ومستعمل هذا الحق، يعتبر في نظر القانون بمثابة اعتداء على حق مالي لمؤلف برنامج الحاسب الآلي⁽²⁾.

المبحث الثالث: الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي

يكفل نظام حقوق المؤلف لأصحاب الحقوق بمن في ذلك مؤلفو وملاك برامج الحاسب الآلي، حماية قانونية تشكل من حماية مدنية وأخرى جزائية، إلى جانب بعض التدابير الوقائية. وستقتصر دراستنا على الحماية الجزائية للتخصص في موضوع البحث.

المطلب الأول: الحماية الجزائية لبرامج الحاسب الآلي

يتمتع المستفيدون من الحماية بموجب نظام حقوق المؤلف بحماية أخرى جزائية تعد بمثابة حماية مكملّة للحماية المدنية السالف بيانها، فيعد كل مساس بالمصنفات المشمولة بحماية نظام حقوق المؤلف، بما في ذلك برامج الحاسب الآلي، بمثابة جريمة معاقب عليها قانوناً، إذ يخول نظام حقوق المؤلف لأصحاب المصنفات المحمية

(1) - روزا محمد جعفر الخامري، المرجع نفسه.

(2) - نواف كنعان، مرجع سابق، ص 131.

بموجب هذا النظام، الحق في تقديم شكوى لدى النيابة العامة التي تقوم بدورها برفع دعوى جزائية لدى الجهات القضائية المختصة، تهدف إلى تسليط العقاب على منتهك حقوق المؤلف السالف بيانها، والمصحوبة غالباً بادعاء مدني يستهدف تعويض كل متضرر من هذا الانتهاك، وعلى رأسهم صاحب المصنف أو البرنامج المحمي⁽¹⁾.

الفرع الأول: الحماية المقررة بموجب قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة الجزائري

كما هو الحال مع الأغلب التشريعات الدولية والوطنية ذات الصلة بهذا الموضوع، كيف المشرع الجزائري هذه الاعتداءات باعتبارها جنحة تقليد، إذ يعد مقلداً وفقاً للتشريع الجزائري كل من قام بالكشف المشروع عن مصنف أو أداء محمي، أو من قام بالتعرض إلى سلامة هذا المصنف أو الأداء، ومن قام بعملية استنساخ بالاعتماد على أي وسيلة كانت أو بأي أسلوب كان في شكل نسخ مقلدة، وكل من قام بعمليات بيع أو تأجير أو استيراد أو تصدير نسخ مقلدة من مصنف أو أداء محمي⁽²⁾. كما يعتبر مرتكباً لجنحة التقليد، كل من قام باستغلال المصنفات المحمية بموجب الأمر رقم 03-05 المتعلق بقانون حق المؤلف والحقوق المجاورة، عبر انتهاك الحقوق الأدبية والمالية المنصوص عليها في هذا الأمر، والسالف بيانها، بما في ذلك حرمان المؤلف عمداً من المكافأة المستحقة عن الاستغلال المشروع للمصنف⁽³⁾، أو من خلال التبليغ غير المشروع للمصنف المحمي عن طريق الوضع رهن التداول التجاري، أو الأداء والتمثيل العلنيين، أو بأي وسيلة نقل أخرى، كمنظومة معالجة المعطيات، التي يستوي أن تكون لنقل أو استنساخ أو إتلاف برامج الحاسب الآلي⁽⁴⁾.

(1) - انظر إلى نص المادة 160 من نفس الأمر.

(2) - انظر إلى نص المادة 151 من نفس الأمر.

(3) - انظر إلى نص المادة 155 من نفس الأمر.

(4) - انظر إلى نص المادة 152 من نفس الأمر.

ويقرر نظام حقوق المؤلف لهذه الجريمة عقوبة أصلية تتراوح مدتها ما بين الحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات، وغرامة مالية تتراوح قيمتها ما بين خمسمئة ألف دينار 500.000 دج إلى مليون دينار 1000.000 دج⁽¹⁾، وذلك بغض النظر عما إذا كان نشر المصنف أو البرامج قد تم بالجزائر أو خارجها، ويعاقب بذات العقوبة كل من ساهم بفعله أو بوسائله التي يجوزها أو يملكها في ارتكاب الأفعال السالف بيانها⁽²⁾.

وكما هو الحال مع كافة الجرائم التي تشكل في نظر القانون جنحة يستحق عليها مرتكبها العقاب المنصوص عليه قانونا، فإن العقوبة المقررة لجنحة التقليد تتضاعف عن الحالة العادية، وذلك في حالة العود أو تكرار فعل التقليد⁽³⁾.

وكعقوبة مكملة للعقوبة الأصلية السالف ذكرها، تقرر الأحكام الجزائية في نظام حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، بعض التدابير التي يجوز للقاضي بطلب من الطرف المدني أن يأمر بها، ومن ذلك إغلاف محل الجريمة لمدة زمنية محددة قانوناً، بالإضافة إلى مصادرة أو إتلاف العتاد المستعمل في عملية التقليد أو النسخ المقلدة للمصنف المحمي، كما للقاضي كذلك أن يأمر بتسليم النسخ المقلدة للمالك الأصلي للحقوق المنصوص عليها في هذا النظام لتكون عند الاقتضاء بمثابة تعويض⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الحماية المقررة بموجب قانون العقوبات الجزائري

نظم المشرع الجزائري موضوع التعدي على الملكية الأدبية والفنية، الذي يعد موضوع حماية برامج الحاسب الآلي أحد أبرز وأحدث موضوعاتها، من خلال الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، وتحديدًا ضمن القسم السابع من

(1) - انظر إلى نص المادة 153 من نفس الأمر.

(2) - انظر إلى نص المادة 154 من الأمر رقم 03-05 السالف الذكر.

(3) - انظر إلى نص المادة 156 من نفس الأمر.

(4) - انظر إلى نص المادة 157 وما يليها من نفس الأمر.

الفصل الثالث المعنون بالجنايات والجنح ضد الأموال، والوارد تحت الباب الثاني من الكتاب الثالث المعنون بالجنايات والجنح وعقوباتها المدرج هو الآخر ضمن الجزء الثاني الوارد تحت عنوان التجريم من هذا القانون⁽¹⁾. ولعل هذه المعطيات من شأنها التأكيد بما لا يدعو مجالاً للشك، بأن الاعتداء على برامج الحاسب الآلي التي تعد جزءاً لا يتجزأ من الملكية الأدبية والفنية، يشكل في نظر القانون جريمة وجنحة يعاقب عليها مرتكبها بالعقوبات المنصوص عليها في هذا القانون، وغيره من القوانين الخاصة المنظمة لهذا الموضوع، تماماً مثلما سبق لنا الإشارة إليه.

ومن الجدير بيانه، أنه وفي إطار تنظيم حقوق الملكية الفكرية، وتحديدًا موضوع الملكية الأدبية والفنية في شقها المتعلق بحقوق المؤلف، وتمشياً مع مقتضيات أحكام الاتفاقيات الدولية التي انضمت لها الجزائر رسمياً، وحتى تلك التي تسعى الجزائر للانضمام إليها، والتي تقضي بضرورة سن تشريعات وطنية خاصة بموضوع حقوق المؤلف والحقوق المجاورة وغيرها من مواضيع حقوق الملكية الفكرية؛ فإن المشرع الجزائري عمد إلى إلغاء نصوص القسم السابع السالف بيانه، والمعنون بالتعدي على الملكية الأدبية والفنية، وذلك بموجب أحكام الأمر رقم 97-10 المؤرخ في 06-03-1997 والمتضمن قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة⁽²⁾.

وقد واكب تخلي قانون العقوبات عن تنظيم موضوع الملكية الفكرية لصالح قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة- إن صح القول- عبر إلغاء نصوص المواد الواردة تحت القسم السابع السالف الذكر؛ استحداث قسم جديد حمل تسمية القسم السابع مكرر والمعنون بالمراسم بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، الذي جاء بناءً على توجه الدولة الجزائرية إلى تبني موضوع مكافحة الجريمة المعلوماتية. ولعل ما يهمني في هذا الموضوع هو تنظيم نصوص هذا القسم من قانون العقوبات الجزائري لمسألة

(1)- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-06-1966، والمتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم إلى غاية سنة 2015، ص 156.

(2)- الأمر رقم 97-10 المؤرخ في 06-03-1997، والمتضمن قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة، (ج.13)، ص 26. الملغى هو الآخر بأحكام الأمر رقم 03-05 سالف الذكر.

الاعتداء على الكيان المادي لبرامج الحاسب الآلي، الذي سبق لنا الإشارة إلى صوره ومظاهره، وذلك عبر نصوص المواد 394 مكرر و394 مكرر1 و394 مكرر2 وما يليها من مواد تحت هذا القسم⁽¹⁾.

ولأبأس من الإشارة إلى أن المدلول المقصود غالباً بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات هو أجهزة الحاسب الآلي باختلاف أنواعها، وكل آلة قادرة على قراءة المعلومات التي قوامها تعليمات مبنية على مبادئ وخوارزميات رياضية تتضمنها برامج الحاسب الآلي. فلا يمكن بأي حال من الأحوال تصور قيام هذه الأجهزة أو الآلات المعالجة بدورها في غياب برامج الحاسب الآلي بنوعها: برامج التشغيل وبرامج التطبيق⁽²⁾.

ومن هذا المنطلق أمكن لنا اعتبار أن الدخول غير المشروع إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات، والبقاء فيه، وتخريب أو إتلاف هذه المعطيات، أو الاستحواذ عليها وإفشاؤها للغير، والمنصوص عليه في المواد المبينة أعلاه؛ هو في حقيقة الأمر دخول وبقاء غير مشروع لمعطيات برامج الحاسب الآلي كذلك، وهو في ذات الوقت تخريب وإتلاف واستحواذ وإفشاء للمعطيات التي تتضمنها هذه البرامج، وذلك إعمالاً للقاعدة العامة التي تفيد بأن حماية الكل (جهاز الحاسب الآلي) هي بالضرورة حماية للجزء (البرامج)، على الرغم من اختلاف الطبيعة القانونية لكلا الموضوعين مثلما سبق لنا الإشارة إليه.

المطلب الثاني: الحماية الدولية لبرامج الحاسب الآلي

بعد تنظيم حماية حقوق الملكية الفكرية، بما في ذلك موضوع حماية برامج الحاسب الآلي على المستوى الوطني الداخلي للدول في وقت سابق، أخذت هذه الحماية تتطور لاحقاً لتأخذ بعداً دولياً تجسد في اتفاق عدة دول في العالم على

(1) - الأمر رقم 66-156 السالف الذكر، ص 157-158.

(2) - رشا علي الدين، مرجع سابق، ص 23.

التشكل في كيان موحد لهذه الجهود، بغية حماية حقوق المبدعين والمبتكرين في العالم أجمع، فتجلى هذا التوحد في ما بات يعرف لدينا في وقتنا الحالي بالمنظمة العالمية للملكية الفكرية، المعروفة اختصاراً بمنظمة (الويبو WIPO)، وهي إحدى وكالات منظمة الأمم المتحدة المستقلة الذمة، التي تضم في تعدادها 188 دولة عضواً منذ إنشائها سنة 1967 وإلى غاية سنة 2015، وتعمل على إدارة 25 اتفاقية كاملة تعنى بحماية كافة مواضيع الملكية الفكرية⁽¹⁾، وما يهمننا في هذا الموضوع ككل، هو تلك الاتفاقيات ذات الصلة بحماية برامج الحاسب الآلي، ويتعلق الأمر بكل من اتفاقية "برن" المتعلقة بحماية المصنفات الأدبية والفنية لسنة 1886، وكذا معاهدة "الويبو" بشأن حق المؤلف لسنة 1996.

الفرع الأول: الحماية المقررة في اتفاقية "برن"

تعرف كذلك بوثيقة باريس، اعتمدت أول مرة بالعاصمة السويسرية "برن" سنة 1886، وخضعت لعدة تعديلات، كان أبرزها تعديل سنة 1971 بباريس، أما آخر تعديلاتها فكان بتاريخ 28 سبتمبر 1979 بباريس دائماً، والذي انبثق عنه اتحاد برن، وتعد هذه الوثيقة بمثابة دستور الملكية الأدبية والفنية. وقد انضمت إليها أغلب دول العالم المقدر عددهم بـ 168 دولة، بما فيها دولة الجزائر التي صادقت على أحكامها بتخفظ سنة 1997⁽²⁾.

لم تنص هذه الاتفاقية الأم على حماية برامج الحاسب الآلي بنظام حقوق المؤلف والحقوق المجاورة صراحة⁽³⁾، لكن جانب من الفقه يعتبرها قد نصت على حمايتها ضمناً، من خلال تبنيها ما يعرف بالقائمة المفتوحة للمصنفات المشمولة بالحماية

(1) - للزيد من التفاصيل راجع موقع المنظمة على الويب: <http://www.wipo.int/portal/ar/>.

(2) - المرسوم الرئاسي رقم 97-341 مؤرخ في 13 سبتمبر 1997، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية "برن" لحماية المصنفات الأدبية والفنية المؤرخة في 9 سبتمبر 1886، (ج.ر 61).

(3) - انظر إلى نص المادة 2 فقرة 1 من اتفاقية "برن" لحماية المصنفات الأدبية والفنية السالفة الذكر.

بواسطة نظام حقوق المؤلف⁽¹⁾، ومن أبرز المبادئ تقوم عليها هذه الاتفاقية نجد:

أولاً: مبدأ تلقائية الحماية: الذي يعني عدم اشتراط أي إجراءات لحماية المصنفات، بما في ذلك برامج الحاسب الآلي، بالإضافة إلى شمول حماية المصنفات كامل النطاق الجغرافي لدول الاتحاد، بمجرد نشر المصنف في دولتين على الأقل.

ثانياً: مبدأ المعاملة الوطنية: والذي يعني ضرورة إعطاء نفس الامتيازات الناجمة عن الحماية المكفولة لمواطني الدولة الواحدة التي تكون عضواً في اتحاد "برن" إلى كافة مصنفات مواطني الدول الأعضاء داخل الاتحاد.

ثالثاً: مبدأ استقلالية الحماية: ومفاده أن حماية المصنف في بلد المنشأ مستقلة عن الحماية المنصوص عليها في هذه الاتفاقية وكذا الحماية المنصوص عليها في تشريعات باقي دول الاتحاد، من حيث طبيعة الشروط والمعايير المقررة للحماية⁽²⁾.

الفرع الثاني: الحماية المقررة بموجب اتفاقية "التريبيس"

بخلاف اتفاقية "برن" التي تشرف على إدارتها منظمة الويبو السالف بيانها، تخضع اتفاقية "التريبيس" المتعلقة بالجوانب التجارية من حقوق الملكية الفكرية لإدارة المنظمة العالمية للتجارة المعروفة اختصاراً بـ (WTO)؛ فيرى جانب من الفقه بأن هذه الاتفاقية المبرمة سنة 1994 بمدينة مراكش المغربية⁽³⁾، تشكل أبرز مظاهر التقنين الموحد في مجال حقوق الملكية الفكرية، لا سيما وأن هذه الاتفاقية قد جمعت ما جاءت به أحكام كل من اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية واتفاقية باريس للملكية الصناعية، بالإضافة إلى تضمينها أحكاماً جديدة لم تأت

(1) - الجليلي عجة: أزمت حقوق الملكية الفكرية (أزمة حق أم أزمة قانون أم أزمة وصول إلى المعرفة)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 293.

(2) - للمزيد من التفاصيل انظر إلى موقع المنظمة على الويب: <http://www.wipo.int/ar>.

(3) - Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), Annex 1C, WTO, 1994. see: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf.

هاتين الاتفاقيتين على تنظيمها⁽¹⁾. وما تجدر الإشارة إليه أن دولة الجزائر لا تزال في مفاوضات دورية ومستمرة للمصادقة على هذه الاتفاقية.

وباستقراءنا لنصوص هذه الاتفاقية، نجد بأن المادة 10 فقرة 1 من ذات الاتفاقية، التي حملت عنوان: «برامج الحاسب الآلي وتجميع البيانات»، قد نصت بشكل صريح على حماية برامج الحاسب الآلي بموجب نظام حقوق المؤلف، مؤكدة أن برامج الحاسب الآلي تعد من "الأعمال الأدبية"، مُحيلة ذلك إلى ما ورد في نص المادة 2 فقرة 1 من اتفاقية "برن" السالف ذكرها، ومضيفة إلى ذلك بأن هذه الحماية تكفل في الحالتين اللتين تكون عليهما برامج الحاسب الآلي عادة عند تصميمها، أي سواء كان البرنامج برنامج مصدر أو برنامج آلة، وبعبارة أخرى، سواء عند البدء في تصميمه أو عند الانتهاء من ذلك⁽²⁾. وبهذا النص الصريح على حماية برامج الحاسب الآلي بنظام حقوق المؤلف تكون اتفاقية "ترييس" قد أزلت الغموض الذي كان يكتنف أحكام اتفاقية "برن" في هذا الشأن.

الفرع الثالث: الحماية المقررة بموجب معاهدة "الويبو"

على غرار اتفاقية "برن" وعلى خلاف اتفاقية "الترييس" السالف ذكرهما، تخضع معاهدة الويبو لإدارة المنظمة العالمية للملكية الفكرية، وتعرف اختصاراً بالرمز (WTC) أو اتفاقية الإنترنت⁽³⁾. فعلى الرغم من مواكبة اتفاقية "الترييس" للتطورات والتحولات الحاصلة في عدة مجالات، وبالأخص تلك التطورات الحاصلة في مجال تكنولوجيا الحاسبات الآلية والمفاهيم الجديدة التي طرأت عليها، إلا

(1) - الجليلي عجة، المرجع نفسه، ص 162.

(2) - تنص المادة 10 فقرة 1 من اتفاقية "الترييس" السالفة الذكر، على أنه: «تتمتع برامج الحاسب الآلي (الكمبيوتر)، سواء أكانت بلغة المصدر أو لغة الآلة، بالحماية باعتبارها أعمالاً أدبية بموجب معاهدة "برن" (1979)».

(3) - معاهدة "الويبو" بشأن حق المؤلف لسنة 1996 (كما تم اعتمادها في جنيف في 20 ديسمبر/كانون الأول 1996).

http://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/ar/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf

أنها لم تواكب الثورة التي طرأت في مجال تكنولوجيا الاتصال (ITC)، ونخص بالذكر ذلك الظهور والانتشار السريع لشبكة الإنترنت، والتي يرى البعض أنها باتت تشكل بيئة خصبة للإجرام والاحتيال المعلوماتيين، خاصة الإجرام الواقع على برامج الحاسب الآلي، وهو الأمر الذي عجل بظهور هذه الاتفاقية⁽¹⁾.

وتتكون اتفاقية (WTC) من 25 مادة شكلت في مجملها أحكاماً عامة وأخرى موضوعية، ركزت فيها هذه الاتفاقية على تفسير بعض المفاهيم المستحدثة، بالإضافة إلى تفسير المفاهيم المعمول بها سلفاً في الاتفاقيات أو المعاهدات التي سبقتها، وكذا بيان طبيعة ونطاق علاقتها بهذه الاتفاقيات. والملاحظ أن اتفاقية (WTC) قد تبنت مضمون نص المادة 2 من اتفاقية "برن" التي عدت "المصنفات المشمولة بالحماية"، كما أكدت تبنيها ما ورد في مضمون اتفاقية "التريبس" بخصوص الطبيعة القانونية لبرامج الحاسب الآلي، فاعتبرتها هي الأخرى مصنفاً أدبياً يحمي بموجب "نظام حقوق المؤلف"، وذلك وفقاً للمعنى الوارد في نص المادة 2 فقرة 1 من اتفاقية "برن"، وهو ما نصت عليه المادة الرابعة منها⁽²⁾.

خاتمة:

بدراساتنا لموضوع حماية برامج الحاسب الآلي من الاعتداءات التي تطاله في كل من التشريعات الجزائرية والمواثيق الدولية ذات الصلة، توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات التي نستعرضها بإيجاز على النحو الآتي:

- أن الاعتداء على برامج الحاسب الآلي يعد فعلاً مجرماً قانوناً بوصفه جنحة

(1) - عبد الله عبد الكريم عبد الله: الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الإنترنت (دراسة في الأطر القانونية للحماية مع شرح النظام القانوني للملكية الفكرية في التشريعات المصرية والأردنية والأوروبية والأمريكية ومعاهدي الإنترنت)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 260.

(2) - نصت المادة 4 من اتفاقية الويبو بشأن حق المؤلف "WTC" على أنه: «تمتع برامج الحاسوب باعتبارها مصنفات أدبية بمعنى المادة 2 من اتفاقية "برن". وتطبق تلك الحماية على برامج الحاسوب أياً كانت طريقة التعبير عنها أو شكلها».

تقليد أو جنحة سرقة أو جنحة تخريب لملك الغير، ويعاقب مرتكبه بالعقوبات المنصوص عليها في كل من قانون العقوبات وقانون حق المؤلف والحقوق المجاورة الجزائريين.

- أن برامج الحاسب الآلي وإن استقلت عن جهاز الحاسب الآلي من حيث التنظيم القانوني، إلا أنها تبقى جزءاً لا يتجزأ من هذا الجهاز بوصفه نظاماً للمعالجة الآلية للمعطيات، يتأثر عمل كل واحد منهما بغياب الآخر.

- أن هنالك جدلاً فقهيًا وقضائياً حول الطبيعة القانونية لبرامج الحاسب الآلي، بين كونها مصنفاً أدبياً يحمى بواسطة نظام حقوق المؤلف، وكونها اختراعاً يحمى بواسطة نظام براءة الاختراع.

- أن اتفاقية برن المتعلقة بحماية المصنفات الأدبية والفنية قد نصت على حماية برامج الحاسب الآلي ضمناً بتبنيها بما يعرف بنظام القائمة المفتوحة للمصنفات المشمولة بالحماية، وذلك بحكم عدم معاصرة هذه الاتفاقية للتطور الحاصل في ميدان التكنولوجيا.

- أن الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحق المؤلف والحقوق المجاورة، قد تركت مسألة التكييف القانوني والإجراءات المتخذة في سبيل ردع الاعتداء على برامج الحاسب الآلي وغيره من المصنفات الأدبية والفنية، للمشرع الوطني لدول الاتحاد المصادقة على أحكامها.

- أن اتفاقية "الترييس" المتعلقة بالجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية قد اعتمدت على نظام الإحالة بالإدراج، عبر تبني نصوص أحكام اتفاقيتي "برن" وباريس، بالإضافة إلى نصها الصريح على حماية برامج الحاسب الآلي بواسطة نظام حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

وعلى ضوء النتائج الميينة أعلاه نقترح ما يلي:

- الأخذ بعين الاعتبار - عبر دراسات جدية حول الموضوع- تلك الأصوات التي تنادي بحماية برامج الحاسب الآلي بواسطة نظام براءة الاختراع، وعدم تقييد حمايتها حصراً بنظام حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

- دراسة إمكانية سنّ تشريع خاص يجمع بين الأحكام التي تنظم مسألة الاعتداء على برامج الحاسب الآلي في الحالة التي ينظر فيها لهذه البرامج بوصفها مالاً مملوكاً للغير، وبوصفها إبداعاً ذهنياً، أي الجمع بين أحكام قانون حق المؤلف والحقوق وأحكام قانون العقوبات التي تنظم موضوع حماية برامج الحاسب الآلي في قانون واحد وموحد.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- المصادر:

- 1- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.
- 2- اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية المؤرخة في 9 سبتمبر 1886، المعدلة والمتتممة إلى غاية سنة 1979.
- 3- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم إلى غاية سنة 2007.
- 4- اتفاقية الترييس المتعلقة بالجوانب التجارية من حقوق الملكية الفكرية، مراكش، المغرب، لسنة 1994.
- 5- معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف (كما تم اعتمادها في جنيف في 20 ديسمبر/كانون الأول 1996).
- 6- المرسوم الرئاسي رقم 97-341، المؤرخ في 13 سبتمبر 1997، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية المؤرخة في 9 سبتمبر 1886، (ج. ر 61).
- 7- الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم إلى غاية سنة 2015.
- 8- الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19/07/2003، المتضمن قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الجزائري، ج. ر 44، مؤرخة في 23-07-2003.
- 9- الأمر رقم 03-07، المؤرخ في 19/07/2003، المتضمن قانون براءة الاختراع الجزائري، ج. ر 44، مؤرخة في 23-07-2003.

- 10- الأمر رقم 97-10، المؤرخ في 06/03/1997، والمتضمن قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة، (ج. ر 13).
- 11- القانون رقم 03-03، المؤرخ في 23/07/2003، المتضمن قانون المنافسة الجزائري، (ج. ر 43)، المعدل والمتمم بعدة تعديلات آخرها كان سنة 2010.
- 12- القانون رقم 02-04، المؤرخ في 23/06/2004، المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، (ج. ر 41).
- 13- القانون الأمريكي الموحد بشأن حقوق المؤلف لسنة 1976 المعدل سنة 1980.
- 14- القانون رقم 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة المغربي، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 34.5.
- ثانيا- المراجع:
- 1- الجيلالي عجة: أزمت حقوق الملكية الفكرية (أزمة حق أم أزمة قانون أم أزمة وصول إلى المعرفة)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 2- عبد الهادي بن زيطة: حماية برامج الحاسوب في التشريع الجزائري وفقا لأحكام قانون حقوق المؤلف الجديد الأمر رقم (03-05)، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2007.
- 3- عبد الله عبد الكريم عبد الله: الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الإنترنت (دراسة في الأطر القانونية للحماية مع شرح النظام القانوني للملكية الفكرية في التشريعات المصرية والأردنية والأوروبية والأمريكية ومعاهدتي الإنترنت)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- 4- عفيفي كامل عفيفي: جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 2007.
- 5- عماد محمد سلامة: الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي ومشكلة قرصنة البرامج، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2005.

- 6- رشا علي الدين: النظام القانوني للبرمجيات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 7- روزا جعفر محمد الخامري، مشكلات الطبيعة القانونية لبرامج الحاسب الآلي، المكتب الجامعي الحديث، اليمن، 2002.
- 8- محمد واصل: الحماية القانونية لبرامج الحاسوب (المصنفات الالكترونية)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الثالث، سوريا، 2011.
- 9- محي الدين عكاشة: حقوق المؤلف على ضوء القانون الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بين عكنون، الجزائر، 2005.
- 10- مسعود خثير: الحماية الجنائية لبرامج الكمبيوتر (أساليب وثغرات)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- 11- ميلود سلامي: دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه الحماية المدنية للعلامة التجارية في القانون الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 6، جامعة ورقلة، الجزائر، 2012.
- 12- نواف كنعان: حق المؤلف (النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2004.

حماية المستهلك جنائياً من مخاطر التعاقد الإلكتروني

بقلم: أ/ مكي إيمان *

ملخص:

نتيجة للتطور التقني الحديث في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ونظراً لخصوصية التعاملات الإلكترونية التي أصبحت تشكل واقعا افتراضيا لا ينكر، بدت الحاجة إلى تفعيل الآليات أو الميكانزمات المقررة للمستهلك الإلكتروني وتطويعها. فبعض المستهلكين قد يرفضون التعامل بالتكنولوجيا الحديثة خوفاً من التعرض للغش والاحتيال والاعتداءات غير المتوقعة، ومن هنا بات من الضروري وجود ضوابط قانونية يعمل في إطارها التطور التكنولوجي والتي بدونها يصبح التقدم العلمي طامةً كبرى على المجتمع وحقوق وأمن المستهلكين.

وترتب عن الأهمية المتزايدة للتجارة الإلكترونية عدة مشاكل قانونية أخطرها الجريمة المعلوماتية على نحو يهدد التنمية الاقتصادية، مما أدى إلى ضرورة توفير حماية جنائية للتجارة الإلكترونية.

ولعل تلك الإرهاصات والمتناقضات كانت الدافع وراء إجراء هذه الدراسة التي حاولنا من خلالها جمع شتات وأبعاد الموضوع عبر إطار قانوني متكامل ورؤية موجزة وشاملة، وهذا بالإضافة إلى استعراض التطورات التشريعية العالمية وبوأكبر الأحكام القضائية، على مستجدات المسألة وتطوراتها المتلاحقة.

الكلمات المفتاحية: مخاطر التعاقد الإلكتروني، الأنترنت، التعاملات الإلكترونية، المستهلك الإلكتروني، الحماية الجنائية، أمن المستهلكين.

* أستاذة باحثة في صف الدكتوراه سنة ثالثة تخصص قانون المنافسة والاستهلاك بجامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان.

Résumé:

Suite au développement technique contemporain que connaît la technologie de l'information et la communication, et vu la spécificité des transactions électroniques qui sont devenues de nos jours une réalité virtuelle évidente, il s'avère nécessaire de mettre en œuvre des mécanismes adaptés pour le consommateur de l'électronique. Certains consommateurs pourraient refuser en fait, l'utilisation de la technologie moderne, de peur de fraude et abus inattendus, par conséquent, il est désormais nécessaire d'avoir une régulation juridique allant de paire le développement technologique sans lequel le progrès scientifique devient une catastrophe pour la société, le droit et la sécurité des consommateurs.

L'importance du commerce électronique a engendré beaucoup de problème juridiques ainsi que le crime électronique qui menace le développement économique.

Ce sont ces signes avant-coureurs et ces contradictions qui nous ont motivés à mener cette étude, à travers laquelle nous avons essayé de cerner les dimensions du sujet dans un cadre juridique complémentaire et à travers une vision concise et globale, outre l'exposition des progrès législatifs mondiaux et les prémices des dispositions juridiques, et l'application des règles générales aux nouveautés en la matière et ses progrès successifs.

Mots clé : Les risques de contrats électroniques, internet, transactions électroniques, le consommateur électronique, La protection pénale, la responsabilité, la sécurité des consommateurs.

Summary:

As a result of modern technical development in information technology and communication, and according to the specificity of electronic transactions that have become an obvious reality, the necessity for suitable mechanisms has appeared as a mean to protect the electronics consumer. Some consumers would refuse to use technology for fear of fraud and unexpected abuse, consequently, it is necessary to have a legal framework in which could work technological development, and without which scientific progress is a plague on society, and on rights and safety of consumers.

It's importance baby many problems juridique, which menace the development économique such as: the electronic crimes.

All these problems and contradictions have motivated us to do this study, through which we have tried to collect the dimensions of the subject in a single legal framework and by concise and complete vision, in addition to reviewing global legislative developments and the content of juridical judgment, and the implementation of general rules on the new matter and its successive progress.

Keywords: The risks of electronic contracting, internet, electronic transactions, electronics consumer, civil and criminal protection, liability, security of consumers.

مقدمة:

الجريمة المعلوماتية (cyber crime) أو ما يعرف بالجريمة المستحدثة أثارت ضجة في الأوساط الفقهية فالبعض ينعونها بجرائم التكنولوجيا، والبعض الآخر يطلق عليها تسمية جرائم الإعلام الآلي أو جرائم التقنية العالية⁽¹⁾ (techno crimes). فتعددت تعريفات الجريمة المعلوماتية وتباينت فيما بينها ضيقاً واتساعاً، وقد أسفر ذلك عن تعذر إيجاد فهم مشترك لظاهرة الجريمة الالكترونية. فمصطلح الجريمة المعلوماتية مزيج بين مصطلحين: «الجريمة والمعلوماتية». ولعلّ تعريف منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية الخاص باستبيان الغش المعلوماتي عام 1982 والذي أوردهته بلجيكا في تقريرها بأنّ الجرائم المعلوماتية هي: «كل فعل أو امتناع من شأنه الاعتداء على الأموال المادية أو المعنوية يكون ناتجاً بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن تدخل التقنية المعلوماتية»⁽²⁾. فالجريمة المعلوماتية هي إفراز ونتاج لتقنية المعلومات واتساع نطاق تطبيقها في المجتمع فبعضها قد يتطابق مع خصائص طوائف أخرى من الجرائم وهي جرائم الياقات البيضاء white collar crime وبعضها الآخر يميزها عن الجرائم التقليدية لصعوبة كشف وإثبات الجرائم الأولى دون

(1) - وفي هذا الصدد وحسب تعريف الفقيه "SIEBER":

"est considère comme crime informatique tout comportement illégal ou non autorisé qui concerne un traitement automatique de données ou de transmission de données".

(2) - انظر: حاجب هيام، الجريمة المعلوماتية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2005-2008،

ص 7.

الثانية⁽¹⁾.

فقد تطورت الظاهرة الإجرامية في الآونة الأخيرة تطورا مذهلا سواء في أشخاص مرتكبيها أو في أسلوب ارتكابها، والذي يمثّل في استعمال آخر ما توصل إليه العلم وتطويعه في خدمة الجريمة، وقد زاد من أهمية البحث صعوبة تطبيق النصوص التقليدية على هذه الجرائم، وهو ما دفع العديد من الدول إلى التدخل التشريعي لمواجهة الجريمة المعلوماتية، فخطرنا المحتمل في بيئتنا يمكن أن يكون كبيرا⁽²⁾.

إنّ الاستخدام المضطرب للمعلوماتية سواء في شكل أموال معلوماتية أو أساليب مستحدثة أدى إلى ظهور ما يعرف بالإجرام المعلوماتي (délinquance informatique) كنتيجة حتمية لكل تقدم تقني مستحدث، إلاّ أن ذلك لا ينفى ضرورة التصدي لبوادره كي لا يستفحل مع وتيرة التّمّو المتسارع الذي تشهده دول عربية عدّة ومن بينها الجزائر في استخدام النّظم المعلوماتية. فضلا عن ظروف العولمة والتبعية التكنولوجية من مناخ موات لانتهاك حرمة البيانات الشخصية والمساس بالأمن القومي لهذه الدول والسيادة الوطنية⁽³⁾: وقد أدّدت هذا الطرح "روي جودسون" الخبيرة بمركز المعلومات الوطني الأمريكي بقولها: «لقد أصبحت الجريمة أكثر قوة بفضل التقنية الحديثة»⁽⁴⁾، وعليه وبالنظر إلى الأهمية المتزايدة للتجارة الالكترونية ظهرت مشاكل قانونية عديدة تتعلق بفروع القانون المختلفة كالقانون المدني والقانون التجاري والقانون الدولي الخاص، وبصفة خاصة في

(1) - قارة آمال، الجريمة المعلوماتية، رسالة ماجستير في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص18.

(2) - هدى قشقوش، جرائم الحاسب الإلكتروني في التشريع المقارن، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص15.

(3) - إبراهيمي سهام، الجريمة المعلوماتية، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2004-2007، ص1-2.

(4) -انظر: قارة آمال، المرجع السابق، ص8.

القانون الجنائي، بحيث أصبح المستهلك (الطرف الضعيف في العملية التعاقدية) عرضة لاعتداءات إجرامية متزايدة على نحو يهدد التنمية الاقتصادية مما أدى إلى ضرورة اقرار حماية جنائية في مجال التعاقد الإلكتروني. فقيم تمثل خصوصية الجرائم الإلكترونية المستحدثة؟ وما هو موقف التشريعات المقارنة في هذا الخصوص؟

ولمعالجة الإشكالية السالفة ارتأينا تقسيم المساهمة إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الجرائم الماسة بالمواقع الإلكترونية والبيانات الشخصية

المطلب الثاني: الجرائم الماسة بانتهاك سرية وخصوصية البيانات الشخصية

المطلب الثالث: الجرائم الخاصة بالتوقيع الإلكتروني والبيانات المشفرة

المطلب الأول: الجرائم الماسة بالمواقع الإلكترونية

لقد شهد العصر المعاصر تضافرا للجهود على المستويين الوطني والدولي من أجل حماية مواقع التجارة الإلكترونية من خلال تجريم الدخول العمدي أو البقاء غير المشروع في نظام معالجة البيانات، وكذا تجريم الاعتداء على نظام معالجة المعلومات.

كما اهتمت القوانين المقارنة بحماية البيانات الشخصية أو الاسمية في برنامج المعلومات، ووضعت قيودا على الحكومات والأجهزة الإدارية العامة والخاصة والأفراد بصدد إنشاء أنظمة معلوماتية، حيث يحظر تخزين المعلومات الشخصية التي تمس الحريات والحياة الخاصة، ويحظر انتهاك السرية والخصوصية، أو استخدام بيانات التجارة الإلكترونية في غير الأغراض المخصصة لها⁽¹⁾.

الفرع الأول: الجرائم المتعلقة بالمواقع الإلكترونية

إنّ شبكات المعلوماتية هي موضوعا لبعض جرائم الأموال كالسرقة، والإتلاف

(1) -انظر: محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 149-150.

العمدي لأجهزة الحاسب الآلي بالإضافة إلى الجرائم التي يكون محلها بيانات غير مادية⁽¹⁾، وفي هذا الصدد تشير الإحصائيات إلى وقوع ما بين 200 إلى 250 حالة اعتداء يوميا على الأنظمة المعلوماتية في الجزائر⁽²⁾. وإن تفاقم الاعتداءات الواقعة على الأنظمة المعلوماتية خاصة مع ضعف الحماية الفنية استدعى تدخلا تشريعا على المستويين الدولي والداخلي. فعلى المستوى الدولي تم وضع أول اتفاقية حول الإجرام المعلوماتي بتاريخ 08/11/2001 تضمنت مختلف أشكال الإجرام المعلوماتي. أما على المستوى الوطني فقد استدرك المشرع الجزائري الفراغ القانوني من خلال التعديل الأخير لقانون العقوبات⁽³⁾، وكذا القانون 09-04 المؤرخ في 05/08/2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها⁽⁴⁾.

أولا: مفهوم نظام المعالجة الآلية للمعطيات

يعد نظام المعالجة الآلية للمعطيات بمثابة الشرط الأول الذي يلزم تحققه لإثبات حدوث اعتداء على نظام المعالجة الآلية للبيانات من عدمه⁽⁵⁾، وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري تبني التعريف الذي جاءت به الاتفاقية الدولية للإجرام المعلوماتي وهذا بموجب أحكام المادة الثانية الفقرة ب من قانون 04-09 وأطلق عليه تسمية «منظومة معلوماتية»⁽⁶⁾. ومن أجل الحفاظ على خصوصية

(1) - هدى قشقوش، المرجع السابق، ص 17.

(2)- Cf. K.BENLKADI, Les sites algériens vulnérables, journal el waten, 23/12/2002 n°-3668, p. 46.

(3) - راجع المواد: من 394 مكرر إلى غاية 394 مكرر من القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 سبتمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري، الصادر في ج.رج.ج رقم 84، ص 116.

(4)- القانون رقم 04-09 المؤرخ في 5 غشت 2009 المتضمن القواعد الخاصة بالوقاية من تكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج.رج.ج، ع 47، ص 1.

(5) - عبد الفتاح بيومي مجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، دار الكتب القانونية، مصر، 2000، ص 21.

(6) - راجع نص المادة 2 من قانون رقم 04-09 سالف الذكر.

البيانات المتناقلة عبر الشبكات، أكد الخبراء والمتخصصون في مجال أمن المعلومات على ضرورة استخدام أسلوب التشفير لأنه يمثل أفضل وسيلة للحفاظ على سرية البيانات المتناقلة ولمنع الآخرين من الاطلاع على الرسائل الإلكترونية⁽¹⁾.

والسؤال المطروح حول مدى اعتبار الحماية الفنية للنظام كشرط للتمتع بالحماية الجنائية؟ وبالرجوع إلى النصوص المتعلقة بجرائم الاعتداء على أنظمة المعالجة الآلية نجد أنها لا تتضمن شرط الحماية، ونظرا لأن المشرع لم يتطرق لشرط الحماية الفنية فإنه يستكشف من ذلك أنه أراد استبعاده.

ثانياً: الأركان الأساسية لجرائم المواقع الإلكترونية

يمكن تحديد هذه الأركان في الركن المادي، الركن المعنوي.

فبخصوص الركن المادي فإنه يتمثل في الأشكال المختلفة للاعتداء على نظام المعالجة الآلية للمعطيات والتي يمكن تحديدها في العناصر التالية :

- الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات:

(accès et maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé des données)

أي الدخول إلى العمليات الذهنية التي يقوم بها نظام المعالجة الآلية للمعطيات. ولم يحدد المشرع وسيلة الدخول إلى النظام فقد يتم عن طريق كلمة السر الحقيقية، أو استخدام برنامج أو شفرة خاصة، أو عن طريق استخدام الرقم الكودي لشخص

(1) - يمكن التمييز بين نوعين من التشفير:

الشكل الأول ويسمى (La cryptologie symétrique) ومفاده أن نفس المفتاح التشفيري يستعمل للتشفير ولفك الشفرة. أما الشكل الثاني المعروف بـ (La cryptologie Asymétrique) يتطلب استخدام مفتاحاً خاصاً وآخر عاماً، والمرسل إليه وحده بإمكانه الاطلاع على الرسالة المشفرة باستعمال المفتاح الخاص. انظر في هذا الصدد: سوير سفيان، جرائم المعلوماتية، مذكرة الماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010 - 2011، ص 87.

آخر؛ فيستوي أن يتم الدخول مباشرة أو عن طريق غير مباشر⁽¹⁾. وتقع هذه الجريمة من كل إنسان أيّاً كانت صفته وكفاءته المهنية والفنية.

في حين يقصد بفعل البقاء (le maintien)⁽²⁾ التواجد داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات ضدّ إرادة من له الحق في السيطرة على هذا النظام، ويكون البقاء معاقباً عليه استقلاً لا حيث يكون الدخول إلى النظام مشروعاً. ومن أمثلة ذلك أن يتحقق الدخول إلى النظام بالصدفة أو عن طريق الخطأ أو السهو، وكان على الشخص قطع وجوده أو انسحابه فوراً⁽³⁾، أو في حالة طبعه لنسخة من المعلومات في حين سمح بالرؤية فقط. فإنّه يعاقب على جريمة البقاء غير المشروع متى توافرت أركانها لاسيما منها الركن المعنوي. وقد يرتبط البقاء غير المشروع بالدخول غير المشروع، وذلك في الغرض الذي لا يكون فيه للجاني الحق في الدخول إلى النظام، ويدخل إليه فعلاً ضدّ إرادة من له حق السيطرة عليه⁽⁴⁾.

وعليه، توصف هذه الجريمة بأنّها سلوك مجرد أيّ إنّها تقع وتكتمل بمجرد الانتهاء من السلوك المكوّن لها وهو الدخول أو البقاء دون أن يتطلب المشروع في نموذجها القانوني أية نتيجة إجرامية⁽⁵⁾.

إلا أنّ الفقه لم يتفق حول ما إذا كانت هذه الجريمة وقتية أو مستمرة أو متتابعة الأفعال. غير أنّ الرأي الراجح اعتبر أنّ جريمة البقاء داخل النظام تبدأ منذ اللحظة التي يبدأ فيها الجاني التجول داخل النظام أو استمراره في التجول بداخله بعد انتهاء الوقت المحدّد. أمّا إذا بدأ في التجول فإنّ جريمة البقاء داخل النظام تبدأ منذ

(1) - سوير سفيان، نفس المرجع، ص 89.

(2) - حاجب هيام، المرجع السابق، ص 46.

(3) - زركي أحمد، المعلوماتية وجرائم الاعتداء على الأموال، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2004-2007، ص 49.

(4) - قارة آمال، المرجع السابق، ص 110.

(5) - حاجب هيام، المرجع السابق، ص 47.

تلك اللحظة، وهذا ما يشكل الركن المادي لتلك الجريمة، بحيث يكون اعتبارها مستمرة أو وقتية ذات أثر ممتد بدون أثر⁽¹⁾.

وبخصوص تجريم هذا النوع من الاعتداء الإلكتروني فقد نصت عليه الاتفاقية الدولية للإجرام المعلوماتي لسنة 2001 على أنه: «يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 50.000 دج إلى 100.000 دج كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك، وتضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة وإذا ترتب عن الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام اشتغال المنظومة تكون العقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين والغرامة من 50.000 دج إلى 150.000 دج»⁽²⁾. وفي نفس السياق قرر المشرع الجزائري فرض عقوبات بالحبس والغرامة في المادة 394 مكرر/2 و3 من قانون العقوبات والتي نصت على أنه: «تضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير المعطيات المنظومة.

وإذا ترتب عن الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام اشتغال المنظومة تكون العقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين والغرامة من 50.000 دج إلى 150.000 دج».

وعليه، فإنّ ظرف التشديد هنا ظرف مادي يكفي أن توجد بينه وبين الجريمة الأساسية -الدخول أو البقاء غير المشروع⁽³⁾ - علاقة السببية للقول بتوافره، إلا إذا

(1) - انظر: علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1999، ص 121.

(2) - انظر: علي عبد القادر القهوجي، المرجع نفسه، ص 135.

(3) - ومن بين جرائم الدخول أو البقاء لنظام معلوماتي الذي أدى إلى نحو النظام أو تدميره قيام مجموعة يطلق عليها "Action Direct" أتلفت برامج وملفات تخص شركة متخصصة في بيع الحاسبات الآلية وتوثيق المعلومات الحاسوبية وكان ذلك لحساب الشركات المنافسة. أضف إلى ذلك ظهور مجموعة تطلق على نفسها (Anonymouse.dz) التي دمّرت وعبّثت بعدة مواقع الكترونية جزائرية وأجنبية. وللزيد من

=

أثبت الجاني انتفاء تلك العلاقة وأن تعديل أو محو المعطيات أو عدم صلاحية النظام بوظائفه يرجع إلى القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ⁽¹⁾.

- الاعتداء العمدي على سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات:

(Atteintes volontaires ou fonctionnement de STAD)

نصت مختلف التشريعات على حالة الاعتداء العمدي على سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات، وهو ما نصت عليه المادتان 5 و 8 من الاتفاقية الدولية الإجرام المعلوماتي، إلا أنّ المشرع الجزائري لم يأت بنص خاص بالاعتداء العمدي على سير النظام واكتفي بالنص على الاعتداء على المعطيات الموجودة بداخل النظام⁽²⁾. الأمر الذي دفع الفقه للتفرقة بين الاعتداء على المعطيات والاعتداء على النظام. فإذا كان الاعتداء مجرد وسيلة فإن الفعل يشكل جريمة الاعتداء العمدي على النظام، أمّا إذا كان الاعتداء غاية فإن الفعل يشكل جريمة الاعتداء العمدي على المعطيات⁽³⁾.

ويتخذ الاعتداء العمدي عدة صور من بينها:

- التعديل: الذي يقتضي وجود عمل إيجابي دون اشتراط أن يقتصر التعطيل بالعنف، وتمثل الوسيلة المادية في كسر الأجهزة المادية للنظام أو تحطيم الأسطوانة. أمّا عن الوسيلة المعنوية فهي التي تقع على الكيانات المنطقية للنظام كالبرامج والمعطيات، كأن يتم إدخال برنامج فيروسي، أو تعديل كلمة السر، أو جعل النظام يتباطأ في أدائه لوظائفه⁽⁴⁾.

التفاصيل راجع، عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، ص 37.

(1) - انظر: قارة آمال، المرجع السابق، ص 114.

(2) - لقد اعتبر المشرع الجزائري أن برامج سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات تدخل ضمن المعطيات المعلوماتية، راجع أحكام المادة 02 فقرة ج من قانون 04-09 السالف الإشارة إليه.

(3) - انظر: سوير سفيان، المرجع السابق، ص 92.

(4) - انظر: زريقي احمد، المرجع السابق، ص 52.

وعليه، فإنّ إعاقة سير النّظام هو "فعل يتسبب في تباطؤ أو ارتباك (Ralentissement) عمل نظام المعالجة، والذي يؤدي إلى تغيير (modification) في حالة عمل النّظام⁽¹⁾.

-الإفساد: يجعل نظام المعالجة الآلية للمعطيات غير صالح للاستعمال السليم، كأن يعطي نتائج غير تلك التي كان من الواجب الحصول عليها⁽²⁾. ومن وسائل التعيب أو الإفساد تقنية استخدام القنبلة المعلوماتية التي تدخل عن طريقها مجموعة معطيات تتكاثّر داخل النّظام تجعله غير صالح الاستعمال، كاستخدام البرامج المسمى «بحصان طروادة» والذي يقوم بتغيير في البرامج أو المعطيات⁽³⁾

وفي هذا السّياق جرّم المشرع الجزائري الاعتداءات العمدية على المعطيات إذ نص في المادة 394 مكرر 2 من قانون العقوبات على أنّه " يعاقب بالحبس من شهرين (02) إلى ثلاث (03) سنوات، وبغرامة من 1 000.000 إلى 5.000.000 دج كل من يقوم عمدا وعن طريق الغش بما يلي:

1. تصميم أو بحث أو تجميع أو توفير أو نشر أو الاتجار في معطيات مخزنة أو معالجة أو مرسلّة عن طريق منظومة معلوماتية يمكن أن ترتكب بها الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم.

2. حيازة أو إفشاء أو نشر أو استعمال لأي غرض كان المعطيات المتحصل عليها في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم: ويظهر أنّ المشرع الجزائري قد وسّع من مجال تجريم الأفعال التي ترد على المعطيات في المادة 394 مكرر 2/ التي تجرم أفعال الحيازة، الإفشاء، النشر، الاستعمال أيا كان الغرض من هذه

(1)- انظر، شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2007، ص 134.

(2)- انظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، ص 41.

(3)- انظر: علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 143.

الأفعال التي ترد على المعطيات المتحصل عليها من إحدى الجرائم الواردة في القسم السابع مكرر من قانون العقوبات بهدف المنافسة غير المشروعة، الجوسسة، الإرهاب⁽¹⁾.

وأما عن الركن المعنوي في مختلف الاعتداءات الماسة بالأنظمة المعلوماتية فيتمثل في صورة القصد الجنائي إضافة إلى نية الغش⁽²⁾.

ويتطلب الركن المعنوي لهذه الجريمة اتجاه إرادة الجاني إلى فعل الدخول أو إلى فعل البقاء وأن يعلم الجاني بأنه ليس له الحق في الدخول إلى النظام والبقاء فيه. وعليه، لا يتوافر الركن المعنوي إذا كان دخول الجاني أو بقاءه داخل النظام مسموح به أو مشروع. وتجدر الإشارة أن توافر القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة لا يتأثر بالباعث على الدخول فيبقى القصد قائماً حتى ولو كانت الباعث هو الفضول أو إثبات القدرة على المهارة والانتصار على النظام.

وعليه، فإن جريمة الاعتداءات على سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات فإنها تعد بطبيعتها جريمة عمدية، إذ أنه من المفترض أن أفعال العرقلة والتعطيل تكون عمدية⁽³⁾. أضف إلى ذلك أن القصد الجنائي لا يعني ضرورة توافر قصد الإضرار بالغير، بل تتوافر الجريمة ويتحقق ركنها بمجرد فعل الإدخال أو المحور أو التعديل مع العلم بذلك واتجاه الإرادة إليه⁽⁴⁾.

(1) - انظر: حاجب هيام، المرجع السابق، ص 50.

(2) - انظر: خليفي مريم، الرهانات القانونية الإلكترونية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان-2011، ص 177.

(3) - انظر: محمد زلايحي، حجية دليل الحاسوب الآلي في النطاق الجنائي، مجلة صادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 07، 2010، ص 70.

(4) - انظر: علي عبد القادر القهواجي، المرجع السابق، ص 145.

المطلب الثاني: الجرائم الماسة بانتهاك سرّية وخصوصية البيانات الشخصية

يقصد بسرية البيانات في عقود التجارة الإلكترونية حصر المعلومات وعدم حركتها إلاّ في نطاق عدد محدود من الأشخاص، ومعنى الخصوصية هو ارتباط هذه البيانات بالمتعاقدين - بائع ومشتري أو منتج ومستهلك - وعدم اطلاع الغير عليها⁽¹⁾.

الفرع الأول: تجريم التعامل في بيانات التجارة الإلكترونية بدون ترخيص

تعرض عمليات التجارة الإلكترونية فيما يتعلق بتداول البيانات الكترونياً، باعتداء يتمثل في التعامل في البيانات بدون ترخيص، والترخيص من الجهات المختصة يناط بها منح التراخيص بالتعامل في هذه البيانات دون غيرها من الجهات. ويجب أن يتوافر لجريمة التعامل في بيانات التجارة الإلكترونية بدون ترخيص ركنين مادي ومعنوي⁽²⁾. يتحقق الركن المادي بمجرد التعامل في بيانات التجارة الإلكترونية بدون ترخيص من الجهة المختصة.

وقد اهتم قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات التونسي المؤرخ في 9 أوت 2000 بهذه المسألة حيث نص في المادة 44 منه بأنّه: «يسحب الترخيص من مزود خدمات المصادقة الإلكترونية ويتم إيقاف نشاطه، إذا أخلّ بواجباته المنصوص عليها بهذا القانون أو بنصوص تطبيقية. وتتولى الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية سحب الترخيص بعد سماع المزود المعنى بالأمر»⁽³⁾.

أمّا بخصوص الركن المعنوي، فإنّ هذه الجريمة تقع بطريق العمد أو بطريقة الخطأ.

(1) - انظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، ص 282.

(2) - انظر: خلفي مريم، المرجع السابق، ص 350.

(3) - انظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2003 ص 316.

فهي جريمة عمدية يكفي لتوافرها القصد الجنائي العام بعنصره العام والإرادة. وتكون الجريمة غير عمدية عندما يخطأ الشخص في تداول البيانات بدون حصوله على الترخيص من الجهة المختصة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تجريم انتهاك سرية وخصوصية في البيانات في نطاق التجارة الإلكترونية

تأميناً لممارسة العملية التجارية يجب الحفاظ على سرية وخصوصية البيانات المعالجة إلكترونياً⁽²⁾ والتي يتم التعامل بها في نطاق التجارة الإلكترونية، ويلقى على عاتق نظام الأمن الخاص بحماية البيانات والمعلومات عيئ تأمين سريتها. وككل جريمة لا بد أن يتوافر في جريمة انتهاك سرية وخصوصية البيانات ركنها المادي والمعنوي. فالركن المادي يتحقق بمجرد انتهاك سرية البيانات وخصوصيتها حتى لو لم يترتب على الفعل أي نتيجة باعتبارها من جرائم السلوك المجرد أو جرائم الحظر العام. فلا يستوجب حصول الضرر حتى يعاقب الجاني على الفعل الذي ارتكبه لأن ذلك يضعف ثقة المتعاملين في التجارة الإلكترونية⁽³⁾.

أما الركن المعنوي فهو يتمثل في القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، ويتحقق ذلك متى سعى الجاني وانصرفت إرادته إلى فض مفاتيح التشفير الخاصة بالمعلومات والبيانات بما يخالف القانون.

وعليه، فإنه احتراماً للحق في الخصوصية، تسعى التشريعات إلى الاهتمام بموضوع البيانات المشفرة وذلك بتجريم كل فعل من شأنه انتهاك السرية والخصوصية، وإن كان التشفير ليس هو الوسيلة الوحيدة بل هناك وسائل فنية

(1) - انظر: خليفي مريم، المرجع السابق، ص 352.

(2) - تتضمن البيانات المعالجة إلكترونياً "مجموعة العمليات التي تتم آلياً أو باستخدام الحاسب الآلي، وتتعلق بالتجميع، التسجيل، التعديل، الاحتفاظ ومحو المعلومات التي تتعلق بالتجارة الإلكترونية؛ علي عبد القادر قهوجي، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، المرجع السابق، ص 50.

(3) - Cf. J. LARRIEU, Droit de l'internet, Ellipses, Paris, 2005, p.64.

عديدة تتمثل في أنظمة الأمان المعلوماتي (1).

الفرع الثالث: تجريم التصريح عمدا بمعطيات خاطئة

يتجلى الهدف من هذه الجريمة هو حماية العملية التجارية وأطرافها من استقبال معلومات خاطئة تؤثر على حقوق أطراف التعاقد، ومن ثم تخلّ بثقة المستهلك والتي هي مفترضة في مجال التجارة الإلكترونية. فالمعلومات أو البيانات تلعب دورا أساسيا في نجاح التجارة الإلكترونية وتزيد من نسبة رواجها.

وبخصوص الركن المادي لهذه الجريمة فيمكن القول أنّها من جرائم السلوك المجرد أو جرائم الخطر، وليست من جرائم الضرر. فالجريمة إذن تقتضي إعطاء معطيات غير صحيحة من جانب أي شخص الذي يتعين عليه الالتزام بصحة المعطيات التي صرح بها لثقة مورد الخدمة الإلكترونية، وكذلك الأطراف في توقيعها على غير ما صدر عنه (2).

وعلى سبيل المثال فإنّ المشرع التونسي يتطلب في المعطيات التي يتم الإدلاء بها، أن تكون خاطئة أي كاذبة، حيث يتم الإدلاء بها بهدف التأثير على عمل ونشاط مزود الخدمة الخاصّة بالتوثيق الإلكتروني، أو تصرف أحد أطراف العقد (3).

أمّا بخصوص الركن المعنوي فإنّ هذه الجريمة من الجرائم العمدية (4)، وصورة القصد فيها هو القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة (5).

-
- (1) - انظر: أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص 196.
 (2) - انظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، ص 263.
 (3) - انظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، ص 291.
 (4) - تنص المادة 47 من قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات التونسي المؤرخ في 9 أوت 2000 على أنّه: "يعاقب كل من صرح عمدا بمعطيات خاطئة...".
 (5) - انظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، ص 293.

المطلب الثالث: الجرائم الماسة بالتوقيع الإلكتروني والبيانات المشفرة

تحدد القوة الثبوتية للتوقيع الإلكتروني إذا توافر فيه أمران: الأول استعمال وسيلة موثوق فيها والثاني أن يتوافر في المستند الإلكتروني شروط سلامته والمحدد وفقاً لمرسوم المجلس الأوروبي⁽¹⁾.

الفرع الأول: جرائم الاعتداء على التوقيع الإلكتروني

تعتبر هذه الجريمة من الجرائم التي تقع على مضمون التجارة الإلكترونية، وليس على البيانات الخاصة بها، الأمر الذي يثير قلق الكثير من المستهلكين والمزودين. وعلى هذا الأساس ظهر اهتمام كبير للعديد من التشريعات الوضعية بخصوص التوقيع الإلكتروني كقانون التجارة الإلكترونية التونسي، وكذلك المشرع الجزائري الذي اعترف صراحة بالتوقيع الإلكتروني بموجب نص المادة 2/327 من القانون المدني⁽²⁾.

كما أكد التوجيه الأوروبي رقم 99/93 الصادر في 13 ديسمبر 1999 أن «التوقيع الإلكتروني معطيات تأخذ الشكل الإلكتروني، وترتبط بمعطيات أخرى إلكترونية وتستخدم كوسيلة لإثبات صحتها»⁽³⁾.

أولاً: الدخول بطريق الغش على قاعدة بيانات تتعلق بالتوقيع الإلكتروني

تتضمن قاعدة البيانات والمعلومات المخزنة داخل الحاسب الآلي، أو على قرص منفصل كاليانات المتعلقة باسم صاحب التوقيع، ومهنته، وبياناته الشخصية، وكافة المعلومات المتعلقة بذلك التوقيع⁽⁴⁾.

(1) - انظر: شيماء عبد الغني محمد عطا الله، المرجع السابق، ص 411.

(2) - تنص المادة 327/2 على أنه "يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1...". انظر القانون رقم 05-10 سالف الذكر.

(3) - Cf . Lionel. BOCHURBERG, 2ème edition, Delmas, Paris, 2001, p. 136.

(4) - انظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الأترنت، دار الكتب القانونية، مصر،

ويتحقق الركن المادي للجريمة عند الدخول إلى نظام معلومات أو قاعدة البيانات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني بطريق الغش والتدليس، الذي قد يؤدي إلى أضرار تتمثل في تدمير البرامج والبيانات، لأنّ هذه الجريمة ليست من جرائم الضرر، وإنما تصنف ضمن جرائم الخطر.

ويقصد بالغش أو التدليس المعلوماتي أن يكون الدخول إلى قاعدة البيانات مجردا من المشروعية أي بدون إذن قضائي، أو ليس من قبل الأشخاص الذين لهم حق الاطلاع على هذا النظام.

أمّا الركن المعنوي لهذه الجريمة يتطلب توافر القصد الجنائي العام بعنصره العلم والإرادة، وذلك بأن يعلم الجاني بحقيقة سلوكه الإجرامي، وأن ذلك محظور بنص القانون، ومع ذلك تنصرف إرادته إلى السلوك الإجرامي⁽¹⁾.

ثانياً: جريمة صنع أو حيازة برنامج لإعداد توقيع الكتروني

محل الجريمة في هذه الحالة هو إعداد توقيع الكتروني دون موافقة صاحبه. أمّا الركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في صور عديدة كصناعة نظام معلوماتي أو برنامج لإعداد توقيع إلكتروني، أو حيازة النظام أو البرنامج، ويستوي في هذا الغرض أن يكون الجاني من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية.

وتجدر الإشارة أنّه لا عقاب على الشروع في العمل الإجرامي لأنّه من الأعمال التحضيرية، باعتبار أنّه لا عقاب على الشروع في الجرح إلاّ بنصّ خاصّ⁽²⁾.

أمّا الصورة الأخرى للركن المادي فتتضمن حيازة برنامج أو نظام معلوماتي

2008، ص 149.

(1) - للزيد من المعلومات، انظر: الجندي حسني، في شرح قانون قع التدليس والغش، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 53.

(2) - انظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، ص 300.

لإعداد توقيع الكتروني دون موافقة صاحبه، والحيازة المشروعة المرخص بها من الجهة المختصة لا عقاب عليها، وذلك بهدف توثيق هذه التوقيعات.

وصورة الركن المعنوي في هذه الجريمة هو القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة، لأنّ الجريمة عمدية ولا يتصور قيامها بطريق الخطأ غير العمدي⁽¹⁾.

ثالثاً: جريمة تزوير المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني

إن جريمة التزوير في المجال المعلوماتي هي أخطر صور غش المعلوماتية⁽²⁾، وقد تضمنت توصية المجلس الأوروبي الخاصة بجرائم المعلوماتية الإشارة إلى جريمة التزوير المعلوماتي وإلى ضرورة تجريم استعمال المحرر المعلوماتي المزور.

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي، فإنه شهد صدور قانون عقوبات جديد تضمن جريمة التزوير⁽³⁾، وبهذا أصبحت جريمة التزوير المعلوماتي ليس مجرد جريمة تقع على المستندات المعالجة آلياً فقط، بل أصبحت جريمة تزوير المستندات المعلوماتية واستعمالها. وهذا بخلاف المشرع الجزائري الذي لم يتطرق إلى التزوير المعلوماتي كجريمة خاصة في تعديل 2006⁽⁴⁾.

ولقيام هذه الجريمة فإنّ الأمر يتطلب تحقق الركن المادي فيها الذي يأخذ صوراً مختلفة تتمثل في تزوير أو تقليد محرر الكتروني أو توقيع الكتروني أو شهادة اعتماد توقيع الكتروني، أو استعمال محرر أو توقيع الكتروني مزور، أو شهادة مزورة باعتماد توقيع الكتروني⁽⁵⁾.

فالاعتداء على منتجات الإعلام الآلي يتجسد في فعل التزوير المعلوماتي الذي

(1) - انظر ما سيأتي تفصيلاً بخصوص العقوبات المقررة في هذا المجال، ص من هذه الدراسة.

(2) - انظر: حاجب هيام، المرجع السابق، ص 54.

(3) - راجع نص المادة 1-441 من قانون العقوبات الفرنسي الصادر بموجب الأمر رقم 2000-916 بتاريخ 19 سبتمبر 2000.

(4) - Cf. Jacques LARRIEU, droit de l'internet, Ellyes, Paris, 2005, P.94.

(5) - انظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، ص 150.

نصت عليه المادة 7 من الاتفاقية الدولية للإجرام المعلوماتي لسنة 2001، كون أنّ التلاعب في المعطيات الذي نتج عنه معطيات غير أصلية يعد تزويراً⁽¹⁾.

وتجدر الملاحظة أنّ التغيير المشترط لقيام جريمة التزوير هو الذي ينصب على بطاقات الائتمان الممغنطة: وفي هذا الصدد، اعتبر الفقه أنّ التغيرات المادية لبطاقة الائتمان كتغيير اسم الحامل أو الرقم الخاصّ بالبطاقة أو تاريخ انتهاء صلاحيتها يشكل تزويراً. وتجدر الملاحظة بأنّه من الضروري على المشرع الجزائري تحديد مفهوم المحرر الذي يكون محلاً لجريمة التزوير.

وبخصوص الركن المعنوي لهذه الجريمة فيتمثل في انصراف إرادة الجاني إلى تغيير الحقيقة في المحرر، واتجاه نيته إلى استعمال المحرر فيما زور من أجله.

الفرع الثاني: جرائم الاعتداء على البيانات المشفرة

وكما سبقت الإشارة إليه فإنّ تشفير البيانات يعني «التغيير في شكلها عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من اطلاع الغير عليها أو تعديلها أو تغييرها».

وبما أنّ التوقيع الإلكتروني يتعرض لاعتداءات معلوماتية، فإنّ تشفير البيانات قد تكون عرضة للاعتداء باختراقها عن طريق فض الشفرة أو تسريبها من قبل من له حق الاحتفاظ بها، لذلك يتعين حمايتها جنائياً ضد هذه الاعتداءات.

أولاً: جريمة فض مفاتيح التشفير

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة في قيام الجاني بكشف مفاتيح التشفير أو بفك معلومات مشفرة محفوظة لدى مكتب التشفير، وكشف مفاتيح الشفرة يكون بتسليم برنامج الشفرة ذاته لمن ليس له حق في ذلك.

(1) - انظر: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج2، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 336.

وعلى سبيل المثال يتم تشفير التوقيع الإلكتروني، بنظامين أحدهما يسمّى النظام السيمتري وهو نوع من البرامج يعتمد الرموز الهندسية المعقدة، والآخري يسمّى النظام البيومتري وهو يعتمد على مواصفات شخصية تتعلق بصاحب التوقيع ذاته⁽¹⁾.

- أما الصورة الثانية للركن المادي في هذه الجريمة، فهي فض المعلومات المشفرة في غير الأحوال المصرح بها قانوناً، كأن يقوم الجاني بفض شفرة بعض المعلومات وتسليمها لشركة منافسة، الأمر الذي يترتب عليه الإضرار بحق الشركة الجاني عليها⁽²⁾.

ويلاحظ على هذه الجريمة أنها من جرائم السلوك المجرد إذ لا يشترط ضرورة تحقق الضرر بالنسبة للجاني عليه من عملية فض الشفرة، لأن الضرر محقق الوقوع في المستقبل.

كما تعد هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي تستلزم لقيامها توافر القصد الجنائي بعنصره العلم والإرادة⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس جرّم المشرع التونسي جريمة فض مفاتيح التشفير الإلكتروني في المادة 48 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لعام 2000. وبناءً على ذلك تقوم جريمة فض مفاتيح التشفير الإلكتروني عند قيام الجاني بفض مفاتيح التشفير المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني وذلك بنقل التوقيع من صور مكتوبة إلى صور رقمية غير مفهومة⁽⁴⁾.

(1) - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، ص 311.

(2) - محمد شكري سرور، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة 2003/2/26، الموقع الإلكتروني:

www.kananaonline-com/users/ahmedkordy/posts/277936

(3) - خلفي مريم، المرجع السابق، ص 360.

(4) - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، ص 319.

ثانياً: جريمة إذاعة واستعمال المحررات والتوقيعات الإلكترونية والشفرات دون مسوغ قانوني

يتعلق الركن المادي لهذه الجريمة بتسهيل أو إذاعة مضمون المحرر أو التوقيع الإلكتروني، وكذلك استعمالهما ولو في غير علانية وبدون رضا صاحبه، وإذا توافر الركن المادي للجريمة يتعين أن يقوم القصد الجنائي لدى الجاني بعنصره بوصفها جريمة عمدية⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد على وجود جرائم أخرى لم يتم التعرض إليها كجريمة استغلال المتعامل في البيع الإلكتروني حيث عاقب المشرع التونسي كل من يستغل ضعف أو جهل المتعاقد في البيع الإلكتروني ودفعه إلى التعاقد عن ضعف أو جهل⁽²⁾. أمّا فيما يتعلق بجريمة اختراق (Hacking) البريد الإلكتروني وبطائق الائتمان، توجد طرق عديدة لاختراق البريد الإلكتروني سواء من قبل القراصنة الهواة hackers أو المخترقون crackers، بالاستيلاء على كلمة السر (password). ومن بين أحدث الطرق للاختراق قيام الشخص بالدخول إلى الموقع ووضع اسمه وكلمته السرية، فيقوم ذلك الموقع الكاذب بإرسالها إلى المخترق لأجل الاطلاع على الرسائل والعبث بها، وإرسال رسائل من بريد المخترق لتحقيق أغراضه الشخصية⁽³⁾. ومن بين الأمثلة الحية في هذا المجال قيام قراصنة باختراق موقع ياهو (yahoo)، وفي اسم الموقع تمت إضافة مكان 0 ليصبح الموقع yah0oo، فتم إرسال هذا الرابط لمجموعة من الأشخاص قصد الدخول إليها وبالتالي تم اختراق بريدهم الإلكتروني، أمّا الطريقة الثانية فهي تفجير الإيميل (Email) بإغراق البريد بالرسائل، وإرسال رسائل محملة بملفات ضخمة⁽⁴⁾.

(1) - كوثر سعيد عدنان، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2012، ص 598.

(2) - للمزيد من المعلومات انظر: خليفي مريم، المرجع السابق، ص 361.

(3) - مصطفى الفوركي، الحماية القانونية والتقنية للتجارة الإلكترونية، الموقع الإلكتروني: www.MarocDroit.com

(4) - كوثر سعيد عدنان، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2012،

=

وبخصوص قرصنة بطائق الائتمان (les cartes de credits) عن طريق محاكاة المواقع فيقوم الجاني بإنشاء موقع شبيه بالموقع الأصلي، ويقوم بتخفيض أئمة البضائع لأجل إغراء متصفح الموقع. فإذا تقدم المشتري لأجل شراء تلك البضائع يقوم بإدخال معلومات بطاقته الإلكترونية، ففي تلك اللحظة لا يجد مرحلة تنفيذ العقد، بل فقط صفحة بيضاء أو صفحة أخرى⁽¹⁾.

ومفاد هذه العملية أن تلك المعلومات قد تم إرسالها إلى القرصان، فيقوم بدوره بالتصرف فيها وشراء حاجاته الشخصية ببطاقة غيره. ومثال ذلك أنه في سنة 2009 قام مجموعة من الأشخاص بعمل صفحة على الأنترنت شبيهة بموقع (Ebay) برابط مزور هو (Ebay.com) وعدلوا أئمة البضائع وجعلوها بخسة مما شجع المشترين على القيام بعملية الشراء مما خلف خسائر تقدر بـ 40 مليون دولار أمريكي، نتيجة قيام القرصنة بإعادة التصرف في البيانات المدخلة للموقع المزيف من قبل القرصنة⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس يمكن طرح التساؤل التالي: ما هي الجزاءات المقررة لحماية المستهلك وما مدى نجاعة آليات مواجهة الجرائم الإلكترونية في تحقيق أمن المستهلك الإلكتروني؟

الفرع الثالث: العقوبات المقررة في التشريعات الوضعية

لقد تعرضت التشريعات الوضعية لمسائل الإجرام المعلوماتي⁽³⁾ وإلى مختلف

ص 605.

(1) - شريف محمد غنام، حماية العلامة التجارية عبر الأنترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 102-103.

(2) - انظر: مصطفى الفوركي، الحماية القانونية والتقنية للتجارة الإلكترونية، الموقع الإلكتروني www.MarocDroit.com: ص 37.

(3) - في هذا الصدد راجع المادة رقم 1-323 من قانون العقوبات الفرنسي، والمعدلة بموجب القانون رقم 912-2015 والمؤرخ في 27 جويلية 2015.

الاعتداءات الماسة بالأنظمة المعلوماتية إذ خصصت لها عقوبات ردعية سواء تعلق الأمر بالشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي:

أولاً: التشريع المقارن

1- الجزاءات المتعلقة بجرائم المواقع الإلكترونية:

لقد ساهمت التشريعات الدولية في إقرار عقوبات من شأنها منع أو التقليل من حدة الجرائم الإلكترونية، وفي هذا الإطار أكدت الاتفاقية الدولية للإجرام المعلوماتي على ضرورة تحقيق الردع بالنسبة لمرتكبي الجرائم المعلوماتية. فقد تضمنت عقوبات سالبة للحرية والمتمثلة في عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية تطبق على الشخص الطبيعي⁽¹⁾، كما توجد عقوبات تطبق على الشخص المعنوي بناءً على تبني مبدأ مسؤولية الشخص المعنوي⁽²⁾.

ففيما يتعلق بالعقوبات المطبقة على الشخص الطبيعي يمكن تقسيمها إلى صنفين عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية:

فبخصوص العقوبات الأصلية نص المشرع الفرنسي في المادة 1/323 من قانون العقوبات الفرنسي المعدل سنة 1994 على تجريم فعل الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للبيانات أو في جزء منه بالسجن لمدة عامين وغرامة قدرها 60000 يورو، وأيضا كل من أدى إلى حذف أو تعديل البيانات الموجودة في النظام، أو إعاقة سير عمل هذا النظام يعاقب بالسجن لمدة 3 سنوات وغرامة قدرها 100000 يورو⁽³⁾.

(1)- المادة 13 من الاتفاقية المؤرخة في 23 ديسمبر 2001 والمشار إليها سابقا.

(2)- المادة 12 من الاتفاقية السالف ذكرها.

(3)- وفي إطار استراتيجية الأمن الوطني والسياسة الدفاعية يضع رئيس الوزراء السياسة العامة وينسق العمل الحكومي في نظم المعلومات الأمنية والدفاعية، ولهذا الغرض تؤدي هيئة الأمن القومي لنظم المعلومات ووظيفة الدفاع الوطني وسلطة أمن نظم المعلومات المعالجة آليا. انظر المادة: 1-L2321 والصادرة

=

عندما ترتكب الجرائم المنصوص عليها في الفقرتين المشار إليهما أعلاه ضد نظام المعالجة الآلية للبيانات الشخصية التي وضعتها الدولة، هو زيادة العقوبة بالسجن لمدة 5 سنوات و 150000 يورو غرامة⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 394 مكرر من قانون العقوبات الجزائري على عقوبة جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في صورته البسيطة بـ 3 أشهر إلى سنة حبس وغرامة من 50.000 دج إلى 100.000 دج.

أما فيما يتعلق بجريمة الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية في صورتها المشددة فقد نصت عليها المادة 323-2 من قانون العقوبات الفرنسي المعدل والمتمم بأنه إذا ارتكب أي جرم ضد نظام المعالجة الآلية للبيانات الشخصية التي وضعتها الدولة، يتم رفع العقوبة إلى سبع (7) سنوات سجن وغرامة قدرها 300000 يورو. وفي هذه النقطة التي تؤكد فكرة الردع في الجرائم الإلكترونية فقد سار المشرع الجزائري على نفس منوال المشرع الفرنسي إذ نص في المادة 394 مكرر الفقرتين 2 و3 على عقوبة الحبس من سنة (6) أشهر إلى سنين (2) وغرامة من 50.000 دج إلى 150000 دج إذا ترتب عن الدخول أو البقاء غير المشروع تخريب النظام⁽²⁾.

وفيما يخص جريمة إعاقة أو تحريف تشغيل نظم معالجة البيانات فإن المشرع الفرنسي قد جرم هذا السلوك في نص المادة 323/2 ويعاقب عليه بالحبس لمدة 3 سنوات وغرامة 300000 يورو لكل من قام بإعاقة أو إفساد تشغيل نظم معالجة البيانات. أما المشرع الجزائري فإنه لم يتطرق إلى هذه الجريمة بل نص على جريمة التلاعب في بيانات نظم معالجة المعطيات وعاقب عليها بالحبس من ستة أشهر إلى

بموجب القانون رقم 1168-2013 والمؤرخ في 18 ديسمبر 2013.

(1) - انظر قانون العقوبات الفرنسي الصادر سنة 1994، السالف ذكره.

(2) - انظر: القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 سبتمبر 2006، المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري،

الصادر في ج.رج.ج، عدد 84.

ثلاث سنوات وغرامة من 50000 دج إلى 200000 دج طبقاً للمادة 394 مكرر¹.

ومن أجل مواجهة مرتكبي الجرائم الإلكترونية بكل صرامة تم اقرار عقوبات تكميلية تشمل وظيفته ومهنته لتمتد إلى المصادرة وإغلاق الموقع.

وفي هذا السياق، قرر المشرع الفرنسي عقوبات تكميلية في نص المادة 323-5 التي تجيز حرمان الشخص من الحقوق السياسية والمدنية والعائلية مدة لا تتجاوز خمس سنوات، والحرمان من تقلد الوظائف العامة أو أي نشاط مهني⁽¹⁾.

ومن بين العقوبات الأخرى التي نص عليها المشرع الجزائري نجد:

- مصادرة الأجهزة والبرامج والوسائل المستخدمة في ارتكاب الجريمة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية .

- إغلاق المواقع les sites التي تكون محلاً للجريمة من الجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية .

- إغلاق المحل أو مكان الاستغلال ومثال ذلك غلق المقهى الإلكتروني (cyber café) الذي ترتكب فيه مثل هذه الجرائم بشرط توافر عنصر العلم لدى مالكيها⁽²⁾.

وتجدر الملاحظة أنّ المشرع الجزائري ضاعف العقوبات تمثيلاً مع الظروف المشدّدة، إذا استهدفت الجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية جريمة الدفاع الوطني أو الهيئات والمؤسسات الخاضعة للقانون العام وذلك دون الإخلال بتطبيق عقوبات النشر⁽³⁾.

(1) - انظر: قانون العقوبات الفرنسي السالف ذكره.

(2) - انظر: المادة 394 مكرر 6 من قانون العقوبات الجزائري.

(3) - إبراهيمي سهام، المرجع السابق، ص 71.

هذا عن الشخص الطبيعي، أما الشخص المعنوي فقد تم إخضاعه للمساءلة الجنائية تفاديا لأي استغلال للوضع من قبل ممثليه. وفي هذا الصدد، نصت المادة 12 من الاتفاقية الدولية للإجرام المعلوماتي، أن الشخص المعنوي يسأل عن هذه الجرائم سواء بصفته فاعلا أصليا أو شريكا، كما يسأل عن الجريمة التامة أو الشروع فيها بشرط أن تكون قد ارتكبت لحساب الشخص المعنوي⁽¹⁾. فالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تستبعد المسؤولية الجزائية للأشخاص الطبيعيين بصفتهم فاعلين أو شركاء⁽²⁾.

وهو الطرح الذي أكده أيضا المشرع الجزائري الذي أقر بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي من خلال المادة 18 مكرر⁽³⁾.

وكدليل على تشديد العقوبة في هذا المجال فقد تم تطبيق عقوبة الغرامة على الشخص المعنوي تعادل خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المطبقة على الشخص الطبيعي⁽⁴⁾.

2- الجزاءات المرتبطة بجرائم انتهاك البيانات الشخصية:

من بين التشريعات الوضعية التي جرمت انتهاك البيانات الشخصية، المشرع التونسي الذي نص في المادة 52 قانون المبادلات الالكترونية لعام 2000 على أنه: «يعاقب طبقا لأحكام الفصل 254 من المجلة الجنائية، مزود خدمات المصادقة الالكترونية وأعوانه الذين يفتشون أو يبحثون أو يشاركون في إفشاء المعلومات التي عهدت إليهم في إطار تعاظمي نشاط باستثناء تلك التي رخص بها صاحب الشهادة كتابيا أو الكترونيا في نشرها».

(1) - انظر الاتفاقية الصادرة بتاريخ 2001/11/23، السالف ذكرها.

(2) - سوير سفيان، المرجع السابق، ص 101.

(3) - راجع المادة 18 مكرر من قانون العقوبات الصادر في 20 ديسمبر 2006، سالف الذكر.

(4) - المادة 394 مكرر 4 من قانون العقوبات.

كما أنه نص في المادة 47 من ذات القانون على معاقبة كل من صرح عمدا بمعطيات خاطئة لمزود خدمات المصادقة الإلكترونية، بالسجن لمدة تتراوح بين ستة أشهر وعامين وغرامة تتراوح بين ألف وعشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين⁽¹⁾.

3- الجزاءات المقررة بخصوص جرائم التوقيع الإلكتروني والبيانات المشفرة:

نصت المادة (26) من المشروع المصري على أنه: «... يعاقب بالحبس وغرامة لا تقل عن 3000 جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من دخل بطريق الغش أو التدليس على نظام معلومات أو قاعدة البيانات تتعلق بالتوقيعات الإلكترونية، ويعاقب بنفس العقوبة من اتصل أو أبقى الاتصال بنظام المعلومات، أو قاعدة البيانات بصورة غير مشروعة». وعليه، فيحق لمحكمة الموضوع أن تقضي بالحبس والغرامة معا أو بأيهما حسب ظروف الدعوى ذاتها⁽²⁾.

ونظرا لخطورة تقليد التوقيع الإلكتروني، لا سيما بالنسبة للمستهلك الذي يعتبر الطرف الضعيف في العقد الإلكتروني، فقد تم إقرار عقوبة الحبس وكذا الغرامة لمواجهة مثل هذه الأعمال. فعلى سبيل المثال نصت المادة "27" من المشروع المصري رقم 15 لسنة 2004 على معاقبة من صنع أو حاز برنامج لإعداد التوقيع الإلكتروني دون موافقة صاحبه بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين⁽³⁾.

وفيما يتعلق بجريمة الاعتداء على البيانات المشفرة عاقب المشرع التونسي على فضّ مفاتيح التشفير بموجب نص المادة 48 والتي جاء فيها: «يعاقب كل من استعمل بصفة غير مشروعة عناصر تشفير شخصية متعلقة بإمضاء غيره بالسجن لمدة

(1) - انظر: انظر القانون التونسي الصادر سنة 2000 السالف ذكره.

(2) - خليفي مريم، المرجع السابق، ص 355.

(3) - انظر: مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، العدد

الثالث، بدون سنة نشر، ص 142.

تتراوح بين ستة أشهر وبخطية تتراوح بين ألف وعشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين»⁽¹⁾.

يتضح من خلال دراسة تشريعات بعض الدول العربية والغربية بخصوص الجرائم الإلكترونية أنّها أقرت حماية للمتعاملين مع الشبكة المعلوماتية العالمية من حيث تنوع العقوبات أصلية وتكميلية وكذا المعاقبة بالحبس والغرامة، وهذا إن دلّ على شيء فإنّما يؤكد أسلوب الردع المتبع في مثل هذه الجرائم بغية تحقيق الثقة والائتمان في مجال التعاملات الإلكترونية ومن ثمّ تحقيق الأمن والاستقرار للمستهلك الإلكتروني كونه الطرف الضعيف في هذه العمليات المهمة والخطيرة⁽²⁾.

ثانيا: موقف القضاء

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أهمية بعض الأحكام القضائية المشهورة بخصوص الجرائم الإلكترونية كونها تشكل الإطار التطبيقي للعمليات الافتراضية عبر النت.

- قضية **Hancock.V.State** (هانكوك ضد الدولة) لسنة 1966، وهي أول قضية تعرضت لموضوع إساءة استخدام الحاسبات الآلية بصفة عامة، وفي الولايات المتحدة بصفة خاصة. وتتلخص هذه القضية في اتفاق مبرمج للحاسبات بإحدى الشركات مع صديق له يعمل بشركة أخرى على أن يقوم الأول بطبع المعلومات التي يحتوي عليها 89 قرصا مجانا، وتسليمها إلى الشركة الأخرى في مقابل 5 ملايين دولار، وفي أثناء التسليم تم القبض على المتهم بتهمة السرقة⁽³⁾.

ومن بين القضايا التي عرضت على القضاء يمكن ذكر على سبيل المثال قضية

(1) - انظر: القانون التونسي الصادر سنة 2000 السالف ذكره.

(2) - عبد الفتاح حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، ص 315.

(3) - انظر: زريقي أحمد، المعلوماتية وجرائم الاعتداء على الأموال، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2004-2007، ص 66.

Word v. Superior court (ورد ضد المحكمة العليا) سنة 1976 بولاية كاليفورنيا والتي ثبت فيها قيام المتهم بإعطاء تعليمات إلى الحاسب الآلي لكي يقوم بطباعة نسخة من برنامج معقد يخص الشركة ويتعلق ببعض الرسوم البيانية، وقد قام المتهم بهذا الفعل بناءً على طلب شركة أخرى منافسة. وأثناء المحاكمة تمت إدانته بتهمة سرقة المعلومات التي احتوى عليها البرنامج. قضية أخرى تتعلق بإتلاف المعلومات هي قضية R.V. whitely (وايتلي) والتي تتلخص وقائها في قيام المتهم بالدخول قيد المصرح به إلى شبكة المعلومات "Janet"، ثم قام بحو وإضافة بعض الملفات، وتغيير بعض الشفرات⁽¹⁾.

أما قضية Morris. V. United (موريس ضد الاتحاد) فتتمثل في قيام طالب أمريكي يدعى Morris بإعاقه أكثر من ستة 06 آلاف حاسب آلي عن العمل من بينها حاسبات آلية خاصة بوكالة الفضاء الأمريكي (NASA). وقد اتهمته المحكمة بالدخول العمدي غير المصرح به إلى الحاسب الآلي والسبب في خسارة قدرت بأكثر من ألف دولار، وأدانته المحكمة طبقاً للفقرة 5 من المادة 1030 (A) من القانون الفيدرالي الخاص بجرائم الحاسب الآلي لعام 1982⁽²⁾ computer abuse (amendment Act).

وأخيراً يمكن الإشارة إلى قضية تعتبر نموذجاً لمخاطر جرائم تخريب الكمبيوتر وهي قضية شركة أوميغا إذ قام مصمم ومبرمج شبكات الكمبيوتر ورئيس سابق لشركة (Oméga) من مدينة (Delmare)، ويدعى (Timothy Allen lioyd)، تم اعتقاله في 1998/02/17 بسبب إطلاقه قبلة الكترونية في عام 1996، بعد 20 يوماً من فصله من العمل استطاعت أن تلغي كافة التصاميم وبرامج الإنتاج لأحد كبرى مصانع التقنية العالية في نيوجرسي، ملحقاً خسائر بلغت 10 مليون دولار⁽³⁾.

(1) - نقلاً عن: شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 182-183.

(2) - نقلاً عن: زريقي أحمد، المرجع السابق، ص 68.

(3) - نقلاً عن: زريقي أحمد، المرجع نفسه، ص 70.

أما بخصوص الجرائم الإلكترونية الواقعة في الوطن العربي ومنها الجزائر فقد عالجت مصالح الدرك الوطني 21 قضية متعلقة بالجرائم المعلوماتية على مستوى 48 ولاية خلال 9 أشهر الأخيرة، حيث نتصدر جرائم المساس بالحريات الشخصية عن طريق الفايبروك والتوتير مجموع القضايا المعالجة. وحسب ما كشف عنه من قرصنة للمواقع الإلكترونية تورط دكتور وباحث علمي بجامعة قلمة والذي تسبب في المساس بالملكية الفكرية لـ 44 باحثا علميا، حيث قام بسرقة الرقم السري للبريد الإلكتروني الخاص برئيس مخبر بحوث العلوم والتكنولوجيا وتلاعب بأسرار الباحثين وحاول أن يشعل فتيل الفتنة بين الباحثين الجزائريين والمغاربة⁽¹⁾.

هذه القضية التي تعتبر الأولى من نوعها وفكّت خيوطها بمركز الوقاية من جرائم الإعلام الآلي وجرائم المعلوماتية ومكافحتها، التابع للدرك الوطني، تعود إلى شهر نوفمبر من سنة الفارطة، وبعد أن تم جمع الدلائل والأدلة التي تدين المتهم تم استدعاؤه إلى مقر الفصيلة الإقليمية للدرك الوطني وتم إخضاعه للرقابة القضائية في انتظار استكمال الإجراءات القانونية.

وما يمكن التنويه إليه في هذا المجال أيضا ما تعرضت إليه أهم المواقع الرسمية الإسرائيلية لحملة قرصنة من طرف قرصنة عرب حيث تم قرصنة موقع الشرطة الإسرائيلي ووضع آيات من القرآن الكريم في ذات الموقع. وفي السياق ذاته تم اختراق عدة مواقع حكومية إسرائيلية من طرف مجموعة (Danger haker) التي كشفت أنّها اخترقت أكثر من 1500 موقع إسرائيلي، وعلى إثرها تكبدت إسرائيل خسائر كبيرة تعد بملايير الدولارات، خاصة بعد أن تم اختراق مواقع بنوك إسرائيلية وتحويل بعض الأموال منها، بالإضافة إلى تعطيل مواقع حكومية وأخرى خاصة⁽²⁾.

(1) - للاطلاع على وقائع القضية، انظر: محمد الفاتح خويحي، دكتور بجامعة قلمة وراء القضبان، جريدة الشروق اليومية بتاريخ 1 مارس 2013، العدد 3957، ص 05.

(2) - للاطلاع على وقائع القضية، انظر: أيوب أمزيان، قرصنة عرب يخترقون مواقع رسمية إسرائيلية

=

الختامة:

إنّ الوسائل المستعملة في التعاقد الإلكتروني والمتمثلة في التكنولوجيا الحديثة في عالم الحواسب الآلية، هي التي تفرض وجوب استحداث حماية إضافية وخاصة للمستهلك الإلكتروني من شأنها حمايته باعتباره الطرف الضعيف في هذا النوع من العقود، الذي زاد من اتساع عدم التوازن العقدي الذي ظهر مع ظهور عقود الاستهلاك.

فموضوع حماية المستهلك الإلكتروني لا يمس المستهلك وحده فقط، بل يتعلق بالتطور الاقتصادي. الأمر الذي يزيد من حرية المنافسة سواء الداخلية أو الخارجية، والتي كثيرا ما تكون ضد مصلحة المستهلك حسب التنوع في السلع والخدمات المعروضة عليه والاهتمام بجانب الربح على حساب صحة وسلامة المستهلك عن طريق عمليات الغش والاحتيال الممارسة عليه.

ومن جملة ما تمّ التوصل إليه من خلال هذه الدراسة هو أنّ الحماية القانونية للعقود الإلكترونية في جانبها الجنائي يتعلق أساسا بحماية المستهلك كمتعامل بالتجارة في شكلها المستحدث.

وقد حاول الفقه والقضاء تطويع هذه القواعد الكلاسيكية لنصوص القانون الجنائي لتطبيقها في مجال حماية المعلوماتية، لكن الواقع كشف عن ضرورة تدخل تشريعي خاص بإيجاد أنظمة قانونية جديدة تستوعب هذه الظواهر الحديثة. وعلى هذا الأساس اتجهت أغلب التشريعات المقارنة الى محاولة سدّ الفراغ التشريعي بتجريم العديد من الأفعال الماسة بالنظم المعلوماتية كالقانون الفرنسي الذي عدّل نص التجريم الخاص بجريمة التزوير التقليدية على نحو شمل نطاقها معه المستند الإلكتروني واستحدث تشريع لحماية بطاقة الائتمان وكذلك الشأن بالنسبة للتشريع الألماني الذي أضاف إلى باب التزوير نصوصا خاصة بتزوير المستند الإلكتروني.

ويكبدون الصهانية خسائر بالملايير، جريدة النهار اليومية بتاريخ 08 أبريل 2013، العدد 1677، ص 24.

وقد جاءت النصوص القانونية المتبناة من قبل المشرع الأوروبي في مجال مسؤولية وسطاء الانترنت بنظام قانوني متوازن وملائم لطبيعة العمل على الانترنت ولتحدد بالنتيجة التزامات كل مستخدم الشبكة والقائمين على إدارتها من متعهدي الإيواء، والأحكام الخاصة بكل منهم.

ونظرا لخطورة هذه الجرائم بات حتميا على الهيئات والمنظمات والمجالس الدولية أن تلعب دورا مهما في محاولة ترسيخ وجوب التعاون الدولي لمواجهة هذه الجرائم بهدف الحد من انتشارها وتعاضم آثارها، من خلال المساعدة القضائية الدولية وتسليم المجرمين، والتوسع في عقد الاتفاقيات الدولية للاستفادة من نظام الإنابة القضائية وتبادل المعلومات في المجال المعلوماتي لتفادي مشكلة البحث عن الدليل الرقمي خارج حدود الدول.

الطبيعة التعاقدية للتحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى cirdi

بقلم: أ/ بولنوار نجيب *

ملخص:

يتأسس الطابع التعاقدى للتحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، من خلال وجوب اتفاق أطراف النزاع على اللجوء إليه حسب ما ورد في المادة 25 من اتفاقية واشنطن؛ فالتحكيم أمام المركز مبني على مبدأ الرضاية الذي يميز الطابع التعاقدى للتحكيم ككل، لكن الملاحظ عمليا من خلال القضايا التي فصل فيها المركز، عمد هذا الأخير إلى قبول اختصاصه حتى في ظل غياب اتفاق الأطراف على اللجوء إليه، ما يعتبر تناقضا مع المبادئ الأساسية لنظام التحكيم وفق بنود اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز، وتغييرا في طبيعة نظام تحكيم هذا الأخير.

الكلمات المفتاحية: التحكيم - الاستثمار - الطبيعة - النزاع - الاتفاق - الاختصاص.

Résumé:

Le caractère contractuel de l'arbitrage devant le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements nécessite un accord des parties du différend d'y faire recours selon l'article 25 de la convention de Washington. L'arbitrage devant le Centre est fondé sur le principe du consensualisme qui caractérise le caractère contractuel de l'arbitrage en somme, mais on remarque, pratiquement, à travers les cas statués par le Centre qu'il a accepté sa compétence même en l'absence d'un accord entre les parties d'y faire recours. Ceci ne convient pas avec les principes de

* أستاذ مؤقت بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محمد اولحاج- البويرة.

base du système de l'arbitrage selon les clauses de la convention de Washington fondatrice du Centre, et représente un changement de la nature de l'arbitrage de ce dernier.

Mots-clés : arbitrage – investissement – nature – différend – accord – compétence.

Abstract:

The contractual nature of arbitration before the International Centre for Settlement of Investment Disputes requires agreement of the parties of the dispute to go to it under Article 25 of the Convention of Washington. Arbitration before the Centre is based on the principle of consensus which characterizes the contractual nature of arbitration, but we see practically through the adjudicated cases by the Centre that it has accepted its jurisdiction even in the no agreement between the parties to go to it. This does not fit with the basic principles of arbitration system under the terms of the Washington Convention Center founder and represents a change in the nature of arbitration thereof.

Keywords: arbitration – investment – nature – dispute – agreement –jurisdiction.

مقدمة

يتراوح تقدير الأسباب التي تدفع الأطراف المتعاقدة في عقود الاستثمار إلى قبول التحكيم أمام المركز كوسيلة لفض المنازعات القائمة أو المحتمل قيامها، بين الحصانة القضائية التي تتمتع بها الدول المضيفة للاستثمار، حيث لا يمكن مقاضاتها أمام قضاء وطني لدولة أخرى، وبين خطر عدم حياد القضاء الوطني للدولة المتعاقدة، بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفاً فيها⁽¹⁾؛ فدرء

(1) - لهذا فالالتجاء إلى القضاء الداخلي للدولة المضيفة لتسوية منازعات الاستثمار، في نظر المستثمر ليس بالوسيلة المثلى لما يحتمل ذلك من معاني التحيز والسيطرة، وبالتالي نشوء التخوف والتردد لدى أصحاب رؤوس الأموال، أمام غياب وسائل الحماية والضمان.

- راجع في ذلك:

- RENE David, L'arbitrage dans le commerce international, édition ECONOMICA,

=

خطر انحياز القضاء الوطني لمصالح الدولة، لن يكون إلا بسلبه الاختصاص منه ومنحه إلى قضاء آخر أكثر حياداً هو قضاء التحكيم.

من هنا كان حرص المستثمر المتعاقد مع الدولة على تضمين عقد الاستثمار لشرط التحكيم، الذي يحيل إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وفي الوقت نفسه يعتبر هذا الأخير وسيلة لتشجيع الاستثمار بالنسبة للدول الآخذة في النمو.

إذا كان الهدف من إنشاء المركز هو تقديم ضمانات قضائية خاصة بالمستثمرين الأجانب، قصد تشجيع الاستثمار في الدول النامية، ونزع الاختصاص للحاكم الوطنية للنظر في النزاعات، التي تثار بسبب حدوث أي مخاطر سياسية أو إجراءات تتخذها الدولة ضدهم؛ كونها تميل لتغليب مصلحة الدولة من وجهة نظر المستثمر الأجنبي، المشكك دوماً في مصداقية قضاء الدولة⁽¹⁾؛ إلا أن استخدام خدمات المركز يتأسس باتفاق الأطراف على اللجوء إليه، وما يؤكد ذلك، هو حرص واضعي اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار على ضرورة وجوب تضمين عقود الاستثمار هذا المبدأ، أو الاتفاق على تحكيم المركز بعد نشوب النزاع⁽²⁾.

فهل التزمت محاكم تحكيم المركز بالطابع الاتفاقي الذي كرسه اتفاقية واشنطن من أجل قبول اختصاص المركز؟

للإجابة عن هذا التساؤل سيتم التطرق إلى الموافقة المشتركة للأطراف على

paris, 1982, p 220.

(1) - حسيني يمينة، التراضي على اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزر، 2011، ص 02.

(2) - من خلال ما ورد في نص المادة 25 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى: مرسوم رئاسي رقم 95-346، مؤرخ في 06 جمادى الثانية عام 1416 هـ الموافق 30 أكتوبر 1995م، يتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج.ر عدد 66، صادر في 05 نوفمبر 1995.

اللجوء إلى تحكيم المركز في شكل اتفاق تحكيم (مبحث أول)، ثم إلى قبول المركز اختصاصه حتى في غياب اتفاق تحكيم، ومدى تأثير ذلك على الطابع التعاقدى للتحكيم (مبحث ثاني).

المبحث الأول: اتفاق التحكيم كتكريس للطابع التعاقدى للتحكيم

تجدر الإشارة إلى أن أول ما جاء في اتفاقية واشنطن، هو اختصاص المركز الذي يلزم لثبوته موافقة الأطراف على عرض المنازعة لديه؛ فنجدها لا تكتفي بمجرد تصديق الدولة على الاتفاقية لتقرير الاختصاص، بل لابد من موافقة لاحقة منها على عرض المنازعة بشكل صريح⁽¹⁾، وهو ما يعني أن اختصاص المركز يبقى إرادياً حتى بالنسبة للدول الأعضاء، إضافة إلى توافر عناصر الخصومة طبقاً لشروط الاتفاقية ممثلة في موضوعها وأشخاصها (مطلب أول)، التي تعتبر شروطاً لاكتمال ركن التراضي صحيحاً ومنتجاً لآثاره.

لا يقتصر دور الإرادة على تقرير الاختصاص للمركز من عدمه فحسب، بل يتعداه ليشمل المشاركة بحرية في تشكيل هيئة التحكيم، التي يعهد لها بالفصل في النزاع، تجسيداً لمبدأ سلطان الإرادة، الذي يمكن بموجبه للأطراف المتنازعة اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وعلى الإجراءات على حد سواء (مطلب ثاني)، رغم أن الاتفاقية حرصت على تنظيم إجراءات سير الخصومة بصفة ذاتية في حالة غياب اتفاق الأطراف.

المطلب الأول: دور الإرادة في تحديد اختصاص المركز

يشترط حتى تكون هيئة التحكيم في المركز مختصة بنظر النزاع، أن توافق الدولة على ذلك في عقد الاستثمار، المبرم مع المستثمر الأجنبي⁽²⁾، في صورة اتفاق

(1) - ما أشارت إليه دياجة الاتفاقية بقولها: "وأن أية دولة متعاقدة لا تعتبر بمجرد التصديق أو القبول أو الموافقة على هذه الاتفاقية ملزمة بعرض أي نزاع على التوفيق أو التحكيم ما لم توافق صراحة على ذلك".
 (2) - خالد محمد جمعة، "المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر"،

تحكيم لحسم منازعة محتملة الوقوع، أو أعطت موافقتها عند حدوث النزاع على اللجوء إلى المركز في شكل مشاركة مستقلة لحسم منازعة نشأت بالفعل ويراد حلها (فرع أول). واستكمالاً لتقرير اختصاص المركز اشترطت الاتفاقية شرطين: أولهما يتعلق بأشخاص (أطراف) الخصومة؛ فأوجب أن يكون أحد الأطراف دولة متعاقدة (طرف عام)، ومواطن دولة أخرى متعاقدة (طرف خاص)، والثاني أن تكون المنازعة قانونية، الأمر الذي يترتب عنه استبعاد المنازعات السياسية، وأن تكون متعلقة بالاستثمار؛ وعلى ذلك تخرج من اختصاصه المنازعات التجارية البحتة (فرع ثاني).

الفرع الأول: موافقة الأطراف على التحكيم لدى المركز

جاء في نص المادة 01/25 من اتفاقية واشنطن⁽¹⁾: "يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى والتي تصل اتصالاً مباشراً بأحد الاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز، ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده".

يفهم من نص المادة أن الموافقة المشتركة للطرفين على إحالة النزاع على المركز شرط ضروري وجوهري لاختصاص المركز، ما يعني ضرورة توافر التراضي استناداً إلى الرابطة العقدية؛ فيمكن أن يحصل التراضي قبل أو بعد نشوب النزاع. فإذا تم إدراجه كبند في عقد الاستثمار، يقرر من خلاله الأطراف اللجوء إلى تحكيم المركز كوسيلة لحل المنازعات، التي قد نشور مستقبلاً بين المتعاقدين، يعبر عنه بشرط التحكيم في هذه الحالة، أو يتخذ صورة اتفاق مستقل عن العقد الأصلي، بعد نشوب نزاع فعلي⁽²⁾، بهدف الاستفادة من خدمات المركز في مجال التحكيم لفض النزاع

مجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثالث، الكويت، 1998، ص 218.

(1) - انظر اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مرجع سابق.

(2) - أولدرائج / إقولي صافية، "عن شرعية التحكيم عبر الدولي الانفرادي"، المجلة النقدية للقانون والعلوم

القائم، وهو ما يعرف بمشارطة التحكيم. يستنتج من كل ما سبق، أن الاتفاقية لم تستعمل مصطلحي شرط ومشارطة التحكيم، لكن شملتهما بطريقة غير مباشرة للدلالة على المعنيين معاً، من خلال عبارة "أن يوافق" الواردة في المادة 01/25 سابقة الذكر. فيستمد التحكيم أمام المركز مصدره من رضا الأطراف، سواء كان سابقاً على نشوب الخلاف (شرط)، أو كان لاحقاً له (مشارطة)، رغم أن الاتفاقية جمعت بين المصطلحين في معنى واحد، وهذا الرضا هو مصدر القوة الإلزامية لعقد التحكيم - عملاً بالنظرية التعاقدية للتحكيم.

أما بخصوص كتابة اتفاق التحكيم، جاء في نص المادة 01/25 من اتفاقية واشنطن: "يمتد اختصاص المركز... بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز...". في النص دلالة واضحة على أن مجرد إعلان أي طرف أو كليهما شفهيًا على إرادتهما في اللجوء إلى المركز، لا يمكن أن يشكل تراضياً بمفهوم المادة المذكورة، وعليه لا بد أن يفرغ هذا التراضي في شكل كتابي⁽¹⁾، رغم أن الاتفاقية لم تحدد شكلاً كتابياً معيناً، وأبقت المجال مفتوحاً تسهيلاً لظروف التجارة الدولية⁽²⁾، وتحريرها من القيود بما يتناسب مع خصوصية التحكيم.

الفرع الثاني: الاختصاص الشخصي والموضوعي للمركز

تشتط اتفاقية واشنطن توافر جملة من العناصر تقوم عليها الخصومة التحكيمية وينعقد بها الاختصاص للمركز، جزءٌ منها يتعلق بصفة الأطراف وأهليتهم، وآخر يخص موضوع النزاع؛ فأما صفة الأطراف فتمثل أهم خصوصية من خصوصيات

السياسية، العدد الأول، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 98.

(1) - هاني محمد كامل المنابلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 234.

(2) - منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 77.

التحكيم لدى المركز؛ لأنها تشمل حق أشخاص القانون الخاص في أن يكونوا أطرافاً في التحكيم، الذي يكون أحد أطرافه دولة⁽¹⁾، خلافاً لما اعتيد عليه من أن الدول لا تتدخل إلا في عمليات التقاضي، التي تكون أطرافها أشخاصاً دولية أو أحد أشخاصها الاعتبارية إذا أقرت لها الدولة بذلك.

يتعين لكي يدخل النزاع في دائرة اختصاص المركز أن يكون أحد الأطراف دولة متعاقدة، وأن يكون الطرف الآخر مواطن دولة متعاقدة أخرى، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً. على إثر ذلك لا تدخل في اختصاص المركز المنازعات بين الحكومات ببعضها أو بين الأطراف الخاصة ببعضها⁽²⁾.

أما موضوع النزاع فهو كل نزاع ذي طابع قانوني، له صلة مباشرة بأحد الاستثمارات القائمة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة⁽³⁾. فاختصاص المركز منحصر في المنازعات القانونية، ما يدل على استبعاد المنازعات ذات الطبيعة السياسية والتجارية البحتة من اختصاصه، ولا يكفي ذلك بل يجب أن تنشأ المنازعة مباشرة عن عقد الاستثمار.

هذا ما جاء في نص المادة 01/25 في الشطر الأول منها: "...يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالاً مباشراً بأحد الاستثمارات".

(1) - عمر مشهور حديثة الجازي، "التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد 09، الكويت، 2002، ص 01.

(2) - أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، "دراسة مقارنة"، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1990، ص 124.

(3) - قبائلي طيب، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 27.

المطلب الثاني: استمرار إرادة الأطراف في تنظيم إجراءات التحكيم

يرتكز التحكيم لدى المركز على اتفاق الأطراف، الذي يعتبر جوهر وأساس نظام التحكيم برمته، فهو يستمد وجوده وقوته من مبدأ "سلطان الإرادة"، حسب أنصار الطبيعة التعاقدية، وتبعا لذلك يجب أن يتضمن تنظيم سير إجراءات التحكيم، ويستوفي كل التفاصيل المتعلقة بالنزاع مثل: تشكيل هيئة التحكيم، اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع حتى يكون استناد حكم هيئة التحكيم إلى اتفاق صحيح، ويكون لذلك تأثير على فاعلية حكم التحكيم⁽¹⁾. فما مدى تطابق ذلك مع أحكام اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز؟

لم تحمل اتفاقية واشنطن مبدأ سلطان الإرادة بشأن تنظيم إجراءات التحكيم، بل جسّده في جوانب دون أخرى، فأعطت للأطراف مطلق الحرية في تشكيل هيئة التحكيم وفق أحكام الاتفاقية (فرع أول)، كما منحت للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون واجب التطبيق على علاقاتهم (فرع ثاني). كل هذا من أجل تنفيذ عقد التحكيم المبرم بغرض تسوية النزاع.

الفرع الأول: اتفاق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم

يخول مبدأ الرضاية أطراف النزاع المساهمة الإيجابية في تشكيل محكمة التحكيم⁽²⁾؛ فيقوم كل طرف من أطراف النزاع بتسمية محكم من قائمة المحكمين سلفا.

لكن كيف تشكل قائمة المحكمين التي يهتدي إليها الأطراف عند تشكيلهم لهيئة التحكيم، رغم أنهم غير مقيدين بها، مادام أنها سمحت لهم بالاختيار من خارج القائمة بتوافر شروط معينة؟

(1) - كراش ليل، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، معهد العلوم والحقوق الإدارية، جامعة الجزائر، 2002، ص 132.
(2) - أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق، ص 60.

انسجاماً مع المرونة التي تتميز بها الاتفاقية، وحتى تبدأ الدعوى التحكيمية في السير، لا بد أن يختار الطرفان أعضاء المحكمة التحكيمية التي تنظر في النزاع، من قائمة للمحكمين، شرط موافقة المحكم على ورود اسمه في القائمة⁽¹⁾. كما يجب أن تتوفر في المحكم مؤهلات تتلاءم مع الطبيعة الخاصة لأطراف عقود الاستثمار ومحلها⁽²⁾؛ فالمحكم - على خلاف القاضي - لا يشترط فيه أن يكون رجل قانون فقط، لكن نشترط فيه الخبرة والتخصص في مجال النشاط الذي يتعلق بموضوع النزاع، والتحكم في وقائعه دون أن يكون مضطراً للاستعانة بالخبراء.

أما بخصوص المكلفين بالتعيينات وعدد الأشخاص الواجب تعيينهم، فقد تعرضت له المادة 13 من الاتفاقية على النحو الآتي:

1- يجوز لكل دولة متعاقدة أن تعين أربعة أشخاص لكل قائمة، ولا يلزم أن يكونوا بالضرورة من رعاياها.

2- ويجوز للرئيس أن يعين عشرة أشخاص لكل قائمة ويتعين أن يكونوا من رعايا دول مختلفة بالنسبة للقائمة الواحدة.

الملفت للانتباه في هذه المادة أنها منحت سلطة تعيين المحكمين ضمن القائمة الخاصة بهم، لكل من الدولة المتعاقدة، بما فيها دولة المستثمر ورئيس المجلس الإداري، دون المستثمر نفسه.

تعطي الاتفاقية الأطراف في المنازعة حرية واسعة في اختيار محكميهم؛ فيمكنهم بذلك اختيار العدد الذي يرونه مناسباً من المحكمين لتشكيل الهيئة، شريطة أن يكون عدداً فردياً⁽³⁾. فتتألف المحكمة من محكم واحد أو عدد فردي من المحكمين يعينون

(1) - انظر: المادة 12 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

(2) - انظر: المادة 01/14 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

راجع كذلك:

- RENE David, op cit, p 340 et suit.

(3) - قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،

طبقاً لاتفاق الأطراف (المادة 2/27 (أ)).

وتجدر الإشارة إلى أن معظم القضايا المطروحة على المركز تم فيها تشكيل محاكم من محكم واحد أو ثلاثة⁽¹⁾. وانسجماً مع المرونة التي تتميز بها الاتفاقية، أجازت المادة 2/40 منها للأطراف اختيار محكمين من خارج القوائم المعدة سلفاً، شريطة توافر ذات الشروط والمؤهلات المطلوبة في المحكمين الواردة أسماؤهم في القوائم⁽²⁾.

الفرع الثاني: حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على النزاع

منحت اتفاقية واشنطن الأطراف قدراً واسعاً من الحرية لتحديد القانون واجب التطبيق على المنازعات التي تترتب على علاقة الاستثمار التي تربطهما⁽³⁾، فالأطراف لهم استقلالية كاملة في اختيار القانون واجب التطبيق الذي تعتمده هيئة التحكيم للنظر في معطيات النزاع، يستوي في ذلك القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم أو موضوع النزاع.

أما بخصوص القانون واجب التطبيق على إجراءات النزاع، فإن الاتفاقية تتمتع بذاتية في تحديد قواعد الإجراءات المتبعة، ولا تعتمدها إلا في حالة اتفاق الأطراف على إجراءات أخرى، إذ نصت في المادة 44 منها: "على أن إدارة جميع إجراءات التحكيم يكون وفقاً لأحكام الاتفاقية وكذا لائحة التحكيم أمام المركز، ما لم يتفق الأطراف خلاف ذلك...".

2006، ص 335.

(1) - قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 304.

(2) - مصطفى خالد مصطفى النظامي، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 186.

(3) - بن سهلة ثاني بن علي ونعيمي فوزي، "تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، مجلة إدارة، المجلد 17، العدد 02، 2007، ص 41.

فمن المقرر وفقاً لنص المادة المذكورة أنه يتعين على محكمة التحكيم، التقييد ابتداءً بالإجراءات المنصوص عليها في بنود الاتفاقية أو لائحة المركز، فإذا لم يرد بها نص يعالج إجراءً معيناً، فالإجراء الذي يتفق عليه الأطراف هو الساري المفعول، وفي غياب الاتفاق يختار المحكم الإجراءات المناسبة⁽¹⁾، وقد اعتنق هذا الحل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (UNCITRAL)، حسب ما ورد في نص المادة 19 منه الذي جاء فيه: "مع مراعاة أحكام هذا القانون، يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم".

فإن لم يكن ثمة اتفاق كان لهيئة التحكيم... أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة...⁽²⁾.

بالرغم من أن قواعد هذه الاتفاقية وفقاً للمادة 44 هي واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم، إلا أن الأمر يمكن مخالفته في حالة ما إذا اتفق الطرفان على تطبيق قانون ما. فالاتفاقية تطبق في حال لم يتفق الطرفان على تطبيق قانون معين، ناهيك عن أن الإجراءات المتبعة لدى المركز تتمتع بالكثير من المرونة؛ فطرفا النزاع غير مجبرين على التقييد بكثير من القواعد التي فرضتها الاتفاقية، والتي يمكنهم الاستغناء عنها والاتفاق على ما يخالفها، دون الوصول إلى ما يشل إجراءات التحكيم⁽³⁾.

(1) - جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون

الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص 155.

(2) - أنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب اللائحة رقم 2205 المؤرخة في 17 ديسمبر 1966 لجنة

الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وقد اعتمدت هذه اللجنة القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي

في 21 جوان 1985 وقامت بتعديله في 07 جويلية 2006.

<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules>

(3) - لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقاً لأحكام المركز

الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008،

أما بخصوص اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، جاء في العبارة الأولى من نص المادة 01/42 من الاتفاقية: "تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع". تبين لنا هذه العبارة بصفة واضحة حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع، وما هذا إلا تطبيق لمبدأ الرضاية الذي أسس عليه اتفاق التحكيم، وتوسع أو امتد ليكون مصدراً للقواعد التي تحكم التحكيم، ويستوي في ذلك الاتفاق على اختيار القانون قبل تقديم الدعوى أمام المركز أو أثناء السير بالإجراءات أمام المحكمة⁽¹⁾.

بهذا يمنع على محكمة التحكيم اللجوء إلى تطبيق نظام قانوني آخر في حالة وجود اتفاق على قانون ما، تكريماً لمبدأ سلطان الإرادة بصفة مطلقة⁽²⁾، ما يعني أنه بإمكان الأطراف اختيار قانون دولة معينة أو القانون الدولي العام. كما يمكنهم أن يختاروا قواعد قانونية من عدة نظم، أو قواعد قانونية مشتركة من القانون الوطني والقانون الدولي العام⁽³⁾. يستشف كل هذا من لفظ "القواعد القانونية" بدل "القانون" الوارد في المادة 44، التي تفيد أن اتفاق الأطراف غير مقيد بنظام قانوني معين، بل لهم الحرية في اختيار أكثر من قانون أو حتى تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون.

ص122.

(1) - عبد الحميد الأحذب، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثالث، دار نوفل، بيروت، لبنان، 1990،

ص248.

(2) - عيبوط محند واعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،

الجزائر 2012، ص237.

(3) - خالد محمد جمعة، مرجع سابق، ص226.

المبحث الثاني: تراجع الطبيعة التعاقدية للتحكيم في ظل قبول التحكيم بدون اتفاق

رغم أن التحكيم كما سبق ذكره، يقوم على أساس إرادة الأطراف واتفاقهم على اللجوء إليه، إلا أن المثير للانتباه أن الممارسة العملية للمركز أثبتت أن هناك اتجاهًا مغايرًا لسابقه، يقضي بالتوسع في تفسير المادة 01/25، حيث أصبح المركز يقبل اختصاصه حتى دون اتفاق بين الطرفين بالشكل الذي تتطلبه أحكام اتفاقية واشنطن⁽¹⁾. حيث اكتفت محاكم تحكيم المركز الدولي لتقرير اختصاصها بوجود نص تشريعي يشير إلى تحكيم المركز، سواء في قانون الاستثمار الداخلي للدولة المضيفة، أو في اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف متعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار (مطلب أول)، ذلك إذا ما لجأ المستثمر الأجنبي إلى طلب التحكيم أمام المركز.

كما يؤدي قبول التحكيم بدون اتفاق إلى خلق مركز غير متوازن بين الأطراف في التراضي على اللجوء إلى تحكيم المركز، مما يؤثر على مبدأ سلطان الإرادة الذي هو أساس التعاقد (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مبررات قبول التحكيم بدون اتفاق

قد تعطي الدولة المضيفة موافقتها على اختصاص المركز الدولي CIRDI، من خلال نص يرد في قانونها الداخلي المتعلق بالاستثمار، تعبير فيه عن رضائها باختصاص المركز، ويكتمل هذا التراضي بقبول المستثمر بذلك لاحقاً (فرع أول)، أو في القانون الاتفاقي بصورتين: إما باتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف (فرع ثاني).

الفرع الأول: استنادا إلى تشريعات الاستثمار الداخلية

قد يتضمن قانون الاستثمار للدولة المضيفة نصا يشير إلى قبول التحكيم لدى المركز كأحد الأساليب الممكنة لتسوية منازعات الاستثمار مع المستثمرين

(1) - حسيني يمينة، مرجع سابق، ص 64.

الأجانب، لكن ذلك لا يحول دون قيام الدولة باللجوء إلى وسائل أخرى منصوص عليها في التشريع الداخلي⁽¹⁾، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري قصد تعزيز واستقطاب الاستثمارات، ومنح المستثمرين ضمانات متنوعة من خلال ما جاء في المادة 17 من قانون الاستثمار⁽²⁾: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده للجهات القضائية المختصة إلا في حالة وجود اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص".

نستنتج من هذا النص أنّ أي نزاع يمكن أن يثور بين الجزائر ومستثمر أجنبي، يسوى من قبل الجهات القضائية المختصة، مما يدفع إلى الاعتقاد بأن القضاء الداخلي هو المختص، إلا أن هذا الاعتقاد سرعان ما يزول عند مواصلة قراءة النص، الذي يعطي لطرفي العلاقة الحق في اختيار التحكيم كأسلوب تسوية، إذا كانت الجزائر بصفقتها دولة مضيضة طرفاً في اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف. وبما أن تحكيم المركز هو أهم خيار متاح للمستثمر للمطالبة بحقوقه ضد الدولة الجزائرية، فإنه يصبح الأداة الرئيسية لتسوية النزاعات العقدية بين الجزائر والمستثمر الأجنبي.

أدت إمكانية تحقق الرضا المتطلب لانعقاد الاختصاص للمركز على النحو السابق، إلى إثارة أول قضية قبل فيها المركز إقامة دعوى تحكيمية من طرف شخص خاص ضد دولة استناداً إلى تشريع وطني لهذه الدولة، يحيل إلى تحكيم المركز⁽³⁾ والتي كانت مصر العربية طرفاً فيها.

(1) - إقولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار "التجربة الجزائرية نموذجاً"، رسالة

دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 215.

(2) - أمر رقم 03-01 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر عدد 47، صادر بتاريخ

22 أوت سنة 2001، موافق عليه بمقتضى القانون رقم 01-16 المؤرخ في 21 أكتوبر 2001، ج.ر عدد

62، صادر بتاريخ 24 أكتوبر 2001.

(3) - BEN HAMIDA walid, "arbitrage état investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions", Annuaire

=

تلخص وقائع القضية في اتفاق استثمار، أبرم بين حكومة مصر وشركة جنوب الباسفيك (spp) بهدف إنشاء مجمعين سياحيين، وتشاركهما في ذلك شركة Egoth بعد موافقة حكومة مصر، إلا أنه على إثر حصول نزاع بسبب إجراء أقدمت عليه مصر، وهو إلغاء مشروع هضبة الأهرام⁽¹⁾، بعد الأصوات التي تعالت بالهجوم على المشروع؛ كونه يمثل تهديدا حقيقيا لموقع حضاري وتاريخي وثقافي⁽²⁾. على إثر ذلك بادرت شركة spp بطلب إجراء التحكيم لدى المركز، بهدف إلزام جمهورية مصر بدفع التعويض، إثر قيامها بإلغاء المشروع، على الرغم من عدم وجود بند في العقد يشير إلى إحالة النزاع إلى المركز، مستندة في ذلك إلى نص المادة 08 من قانون الاستثمار والتي جاء فيها: "تم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر، أو في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم 90 لسنة 1997 في الأحوال التي تسري فيها"⁽³⁾.

أشارت المحكمة إلى أن الاتفاقية لم تشترط شكلاً خاصاً للرضا المتطلب لاختصاص المركز، إلا أن يكون مكتوباً، ومع ذلك فإن واضعي الاتفاقية افترضوا أن الدولة يمكنها أن تعطي رضاها بالتحكيم لدى المركز، من خلال النص على ذلك في القوانين المتعلقة بالاستثمار⁽⁴⁾، بهذا انتهت المحكمة إلى أن المادة 08 من قانون

Français de droit international, paris, 2005, p566.

Voir-GAILLARD Emanuel, centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements cirdi , chronique des sentences JDJ 01 – 1992, op cit, p 217.

(1) - لما أحمد كوجان، مرجع سابق، ص54.

(2) - حسيني يمينة، مرجع سابق، ص74.

(3) - نقلا عن قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مرجع سابق، ص137.

(4) - حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص270.

الاستثمار المصري تتضمن رضا جمهورية مصر الصريح والكافي باللجوء إلى تحكيم المركز وفقا لنص المادة 01/25.

توالت بعد ذلك القضايا التي تم فيها الاستناد إلى التشريع الداخلي للدولة المضيفة؛ إضافة إلى مصر هناك كل من تونس، ألبانيا، جورجيا، ودول أخرى⁽¹⁾، فأصبح قبول التحكيم لدى المركز استنادا إلى تشريع داخلي عرفا معمولا به أمام المركز، يقبلونه متى شاءوا، الشيء الذي أفرغ التحكيم من الطابع الاتفاقي الإرادي على اللجوء إلى المركز من قيمته، ما يعتبر مساسا بمبدأ جوهرى هو مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الثاني: استنادا إلى القانون الاتفاقي للدولة المضيفة

تسعى الدول إلى إبرام أكبر عدد ممكن من الاتفاقيات، خاصة مع الدول الكبرى، قصد الاستفادة من تكنولوجياتها ورساميلها. تهدف هذه الاتفاقيات بشكل أساسي إلى وضع نظام شامل لجميع الموضوعات الخاصة بالاستثمار، منها تسوية النزاعات فقد تحوي هذه الاتفاقيات نصوصا تجيز اللجوء إلى تحكيم المركز من أجل تسوية منازعاتهم قصد تجنب اللجوء إلى القضاء الداخلي للدولة المضيفة، والتي عمد المركز إلى تكييف هذه النصوص على أنها إيجاب من طرف هذه الدول، سواء ورد هذا النص في الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف يأخذ رضا الدولة باختصاص المركز شكل معاهدة ثنائية، تحوي هذه الأخيرة على بند يقضي باختصاص المركز لتسوية منازعات الاستثمار، وباعتبار أن الجزائر من بين الدول التي أبرمت العديد من هذه الاتفاقيات، فإنها تبنت أسلوب الإحالة إلى المركز كلما تعلق الأمر بتسوية نزاعات ثور بينهما وبين المستثمر الأجنبي، ومن أمثلة هذه الاتفاقيات نورد ما يلي:

- الاتفاقية الرامية إلى تشجيع الاستثمار بين الجزائر والولايات المتحدة

(1)- BEN HAMID Awalid, l'arbitrage transnational unilatéral, Thèse de Doctorat Université panthéon Assas II, Paris 2003, p 65

الأمريكية⁽¹⁾، الصادرة بتاريخ 17/10/1990، وإن كانت هذه الاتفاقية قد أخذت بالتحكيم كأداة لتسوية النزاعات⁽²⁾، فإنها اعترفت بالضمانة لشركة التأمين الأمريكية المؤمنة لحقوق المستثمر، أو المورد الأمريكي⁽³⁾، خاصة ما ورد في المادة الأولى منها.

من أن تعذر تسوية الخلاف بعد مدة 06 أشهر يخول للمستثمر رفعه إلى:

أ- المركز الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمارات...

ب- محكم أو محكمة دولية خاصة يتم تكوينها طبقا لقواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي".

يعتبر الحكم الصادر بتاريخ 27 جوان 1990 في النزاع بين شركة آسيا للمنتجات الزراعية المحدودة AAPL، وجمهورية سريلانكا، كأول حكم يؤسس اختصاص هيئة التحكيم استناداً إلى وجود نص في اتفاقية استثمار يحيل إلى تحكيم المركز⁽⁴⁾.

سعت الدول إلى إبرام الاتفاقيات الثنائية لحماية وترقية وتشجيع عمليات الاستثمار، إلا أنها لم تكتف بذلك، حيث عمدت إلى إبرام اتفاقيات جماعية على

(1) - مرسوم رئاسي رقم 90-319 المؤرخ في 17 أكتوبر سنة 1990، يتضمن المصادقة على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية حول تشجيع الاستثمارات، الموقع بواشنطن يوم 22 جوان 1990، ج ر عدد 45 صادر بتاريخ 29 أكتوبر سنة 1990.
(2) - حسب ما ورد في المادة السادسة من الاتفاقية.

(3) - "Pour les états unis, il existe des accords de type avec l'Algérie depuis le 17/10/1990 qui prévoit, l'arbitrage comme moyen de solution des litiges, ces accords présentent singularités offrir la garantie non pas à l'investissement Américain, mais à l'organisme d'assurance : overseasprivate investissement corporation qui assure réassurance au donne la garantie à investisseur ou le fournisseur Américain",

- Voir: TRARI-TANI Mustafa, droit algérien de l'arbitrage commercial international, 1er édition, Berti Edition Alger, 2007, p 29.

- وقد تناولت المواد من 01 إلى 05 من هذه الاتفاقية مسألة التأمين أو إعادة التأمين أو ضمان الاستثمار تحت تسمية "التغطية" الوارد في المادة الأولى للدلالة على العناصر السابقة.

(4) - sentence du 27 juin 1990, Asian Agricultural products c/srilanka (ARB/87/3)

متاح على موقع المركز.

المستوى الإقليمي، كان من أبرزها اتفاقية التبادل الحر لشمال أمريكا، أو ما يعرف بـ: ALENA، كذلك اتفاقية ميثاق الطاقة⁽¹⁾.

اشتملت غالبية هذه الاتفاقيات على شروط لتسوية المنازعات، والتي تشير في الغالب إلى شكل واحد أو أكثر من أشكال التحكيم، التي تتم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وذلك إما عن طريق التحكيم بموجب الاتفاقية أو بموجب قواعد التسهيلات الإضافية التابعة للمركز. وبموجب هذه الشروط الواردة في اتفاقيات الاستثمار متعددة الأطراف، والمتعلقة باللجوء إلى تحكيم المركز بدون اتفاق بالمعنى التقليدي؛ فإنه يمكن إعطاء الموافقة على التحكيم بوجه عام من خلال البدء في إجراءات التحكيم ضد الدولة المضيفة، حيث تعتبر موافقة الدولة على التحكيم متحققّة بمجرد التصديق على الاتفاقية، ويترك للمستثمر إكمال المعادلة عندما يثور النزاع، وذلك من خلال إبداء موافقته الكتابية المتمثلة في تقديم طلب التحكيم إلى المركز.

المطلب الثاني: مدى تأثير التحكيم بدون اتفاق على أعمال مبدأ سلطان الإرادة

أفرز التوجه الجديد الذي اعتمده هيئات التحكيم موقفا غير مستقر، حيث أدى ذلك إلى المساس بمبدأ جوهرى، يقوم عليه التحكيم هو مبدأ سلطان الإرادة، الأمر الذي أدى إلى اختلال ركن التراضي الثنائي (فرع أول)، الذي بموجبه يتقرر اختصاص المركز حسب نص المادة 25، فأصبحت موافقة الدولة مستخلصة من قانونها المتعلق بالاستثمار، أو من خلال الاتفاقيات التي تربطها بدولة المستثمر، وما على هذا الأخير إلا أن يستند إلى هذه الموافقة لينفرد بطلب الإحالة إلى تحكيم المركز، ما أدى إلى تراجع الطبيعة التعاقدية للتحكيم (فرع ثاني).

(1) - أبرمت هذه الاتفاقية في ليشبونة بتاريخ 17 ديسمبر 1994، ووقعت عليها المجموعة الأوروبية ومجموعة أخرى من الدول الأعضاء، من أجل التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE)، ودخلت حيز التنفيذ في سنة 1998.

Voir BEN HAMIDA walid, l'arbitrage transnational unilatéral, op. cit, p54.

الفرع الأول: اختلال ركن التراضي على اللجوء إلى التحكيم

لم تنص اتفاقية واشنطن على شروط خاصة بشأن التراضي، إذ لم يتعرض المادة 01/25 منها لأي شروط عدا شرط الكتابة. انطلاقاً من هذا، تم قبول المركز اختصاصه استناداً إلى عرض الدولة الوارد في القانون الداخلي للاستثمار، أو الاتفاقية بموافقتها على هذا الطريق للتسوية إيجاباً موجهاً للمستثمرين الأجانب الخواص، وعرض المستثمر قبولاً يكتمل به التراضي، لكن مسلك هيئات التحكيم جاء مخالفاً لذلك، حيث أصبح بإمكان المستثمر التقدم بطلب التحكيم بشكل منفرد اعتماداً على نص تشريع وطني للاستثمار، أو اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الأطراف، وبالتالي استدراج الدولة أو مؤسساتها إلى هيئات التحكيم خلافاً لرغبتها أو دون موافقة منها، وإدخالها في منازعات لم تكن تتوقعها، في الوقت الذي لا تملك فيه الدولة نفس الحق بإقامة إجراءات التحكيم ضد المستثمر، مما يؤدي إلى خلق موقف غير متوازن بين الأطراف⁽¹⁾.

دفع هذا الاتجاه المتقدم إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين الأطراف في طلب التحكيم، ما دام أن إجراءات التحكيم تعتمد على مبادرة المستثمر الأجنبي وليس على اتفاق بينهما، في الوقت الذي تفتقد فيه الدولة نفس الحق في مباشرة إجراءات التحكيم ضد المستثمر، وهو ما حدا بالبعض إلى وصف هذا التحكيم بأنه "تحكيم دولي إلزامي"⁽²⁾ أو "تحكيم عبر الدولي الانفرادي"⁽³⁾. في هذا الصدد، تعتبر الدولة ملتزمة بشكل منفرد أمام مستثمرين لا تعرفهم مقدماً، حيث لا يكون لها الحق بالبدء في إجراءات التحكيم ضدهم، الأمر الذي ينطوي على محاباة لمصالح

(1) - عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر

الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 193.

(2) - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 483.

(3) - أولاد راجح/ إقولي صافية، مرجع سابق، ص 94.

المستثمرين على حساب الدولة المضيفة، ويحل بالتوازن بين مصالح الطرفين الذي قامت الاتفاقية أساساً لتحقيقه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تغيير الطبيعة التعاقدية للتحكيم

يتقرر التحكيم غير الاتفاقي في علاقات الاستثمار الدولية، كإجراء مفضل وضروري لتسوية النزاعات التي تثار فيما بين الدولة والمستثمر. ونتيجة لاتفاق الدول على التحكيم وعدم مشاركة الطرف المتعاقد مع الدولة على هذا الاختيار، يمكن القول إن التحكيم غير الاتفاقي هو بمثابة إجراء إلزامي، تنعدم فيه إرادة الدولة المضيفة بطريقة مباشرة، وهو شرط إلزامي في التحكيم أمام المركز الذي لا يمكن تصور انعقاد اختصاصه من دون اتفاق تحكيم⁽²⁾.

وعليه، عدم وجود اتفاق مباشر بين طرفي العلاقة - الدولة والمستثمر - يجب أن يفسر على أنه إقرار للتحكيم الإلزامي؛ لأن قبول الدولة للتحكيم أمام المركز في تشريع متعلق بالاستثمار أو في اتفاقية دولية مع دولة المستثمر تخص الاستثمار، لا تلزم أطراف العلاقة بإحالة النزاع على المركز؛ لأن إرادة المستثمر لا تقتصر بإرادة الدولة إلا عند شروعه في استخدام إجراءات التحكيم، لكن قبول المركز اختصاصه اعتماداً على هذه الحالة الأخيرة يعتبر تعسفاً في حق الدولة؛ لغياب حق هذه الأخيرة في تحريك إجراءات التحكيم ضد المستثمر من دون موافقته.

ويبقى السؤال مطروحاً، حول الإجراء الواجب الاتباع من قبل الدولة في حالة تقاعس المستثمر في تحريك إجراءات التحكيم؟

بفعل هذا التحوّل الذي طرأ على التحكيم لدى المركز، يكون اشتراط التقاء إرادتي أطراف العلاقة لانعقاد الاختصاص لهيئات تحكيم المركز قد أخذ منحى لم

(1) - بشار محمد الأسعد، المرجع سابق، ص 483.

(2) - لأن المادة 01/25 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار محل الدراسة تستوجب ذلك صراحة بقولها: "... بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز".

يكن متصوراً عند صياغة نص الفقرة الأولى من المادة 25 من اتفاقية واشنطن؛ ما يعتبر تناقضاً مع المبادئ الأساسية للتحكيم وفقاً لهذه الاتفاقية⁽¹⁾. وبالتالي فإن هناك تحولاً في السمة الاتفاقية للتحكيم؛ فبعد أن كان التحكيم يبدأ إرادياً بالاتفاق ثم يتحول إلزامياً بعد اللجوء إليه، فلا يمكن سحبه بالإرادة المنفردة، انقلب الأمر وأصبح يبدأ إلزامياً، وذلك بإلزام الدولة بما تضمنه قانونها الداخلي أو الاتفاقي من إشارة إلى اللجوء إلى المركز لفض النزاع.

يمكن أن نعتبر عدم التقاء إرادة أطراف العلاقة، بمثابة القاعدة العرفية التي تحل محل اتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الدولية، سيما وأن هذا الاتجاه الحديث تقرر فيما أصدره المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من أحكام، الأمر الذي يدفعنا إلى القول إن مباشرة المستثمر لإجراءات التحكيم لدى المركز وقبول هذا الأخير اختصاصه، دون أن ينتج هذا التحديد عن اتفاق التحكيم مباشرة، حتى وإن كان هذا الإجراء صحيحاً في مجال التحكيم؛ فإن رضا المتعامل الآخر (أي الدولة) الذي لا يتساوى مع رضا المستثمر، يتنافى مع الأساس الاتفاقي للتحكيم لدى المركز، ما يعتبر تغييراً في الطابع التعاقدية للتحكيم.

خاتمة

كشفت لنا هذه الدراسة، عن الأساس الاتفاقي للتحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وذلك ما اتضح من خلال تحليل ودراسة نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن، والتي بينت الحرية التي يتمتع بها الأطراف المتنازعون في تنظيم إجراءات التحكيم، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، الذي يسود كل مراحل التحكيم، ابتداءً من اتفاق التحكيم على اللجوء إلى تحكيم المركز، الذي يعتبر بالفعل الأساس في تحكيم المركز من جهة، واتفاقاً شاملاً من جهة أخرى، يقبل فيه الطرفان مبدأ التحكيم دون أي نظام تسوية آخر، ويختاران الهيئة التي تتولى الفصل

(1) - أولد رايح / إقولي صافية، مرجع سابق، ص 107.

في النزاع ويحددان نطاق سلطاتها، والإجراءات التي تسير عليها، والقواعد الموضوعية التي تلتزم بها.

غير أنه إذا كانت الحرية التعاقدية المعترف بها للمتخصصين أمام المركز في مجال الاستثمار هي القاعدة العامة، إلا أن هناك توجهاً جديداً سلكته محاكم تحكيم المركز، خرجت بموجبه عن القاعدة العامة. أضفى هذا التوجه إلى قبول التحكيم حتى في حالة غياب اتفاق بين الطرفين استناداً إلى تشريع داخلي للاستثمار، أو استناداً إلى الاتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف للدول المضيفة، تحيل إلى تحكيم المركز.

هذا التوجه يتناقض مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها تحكيم المركز، والمبنية على مبدأ الرضاية؛ لأنه أدى إلى خلق موقف غير متوازن بين الأطراف المتحاكمة في اللجوء إليه، ما أدى إلى تراجع الطبيعة التعاقدية للتحكيم.

قائمة المراجع

أولاً/باللغة العربية

I الكتب:

- 1- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار، "دراسة مقارنة"، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1990.
- 2- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- 3- حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 4- عبد الحميد الأحذب، التحكيم أحكامه ومصادره، الجزء الأول، مؤسسة نوفل للنشر، بيروت، لبنان، 1990.
- 5- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.

- 6- عيبوط محمد واعلي، الاستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2012.
- 7- قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2006.
- 8- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان 2008.
- 9- مصطفى خالد مصطفى النظامي، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2002.
- 10- منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1998.
- 11- هاني محمد كامل المنابلي، اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية دراسة على الدول العربية مقارنة بالتشريعات الوضعية في العالم، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2011.

II الرسائل والمذكرات الجامعية:

1 - الرسائل الجامعية:

- 1- إقولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار "التجربة الجزائرية نموذجاً"، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2008.
- 2- قبائلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل درجة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2012.

2- المذكرات:

- 1- حسيني يمينة، التراضي على اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزر 2011.
- 2- جارد محمد، دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي- دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2010.
- 3- قبائلي طيب، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2004.
- 4- كراش ليلي، مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، معهد العلوم والحقوق الإدارية، جامعة الجزائر.

III المقالات:

- 1- أولدرابح / إقولي صافية، "عن شرعية التحكيم عبر الدولي الانفرادي"، المجلة النقدية القانون والعلوم السياسية، العدد 01، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2012، ص ص 94-111.
- 2- خالد محمد جمعة، "المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر"، مجلة الحقوق، العدد الثالث، جامعة الكويت 1998، ص ص 213-243.
- 1- عمر مشهور حديثة الجازي، "التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد التاسع، الأردن 2002، ص ص 01-11.

IV النصوص القانونية:

أ/ الاتفاقيات الدولية:

- 1- الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، الرامي إلى تشجيع الاستثمارات، الموقع بواشنطن يوم 22

جوان 1990، المصادق عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 90-319 المؤرخ في 17 أكتوبر 1990، ج. ر عدد 45 صادر بتاريخ 24 أكتوبر سنة 1990.

2- اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الموافق عليه بمقتضى الأمر 95-04 المؤرخ في 21 جانفي 1995، ج ر عدد 07 صادر بتاريخ 15 جانفي 1995، المصادق عليه بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 95-346 المؤرخ في 30 أكتوبر سنة 1995، ج ر عدد 66 صادر بتاريخ 05 نوفمبر 1995.

ب / النصوص التشريعية:

1 / القوانين والأوامر:

- أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47 صادر بتاريخ 22 أوت سنة 2001، موافق عليه بمقتضى القانون رقم 01-16 المؤرخ في 21 أكتوبر سنة 2001، ج ر عدد 62 صادر بتاريخ 24 أكتوبر سنة 2001.

2 / نصوص أخرى:

1- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت سنة 2006، منشور في الموقع

<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules>.

(Visité le 11 septembre 2014.)

2- النص الكامل للنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية منشور في موقع المحكمة:

www.icj-cij.org/homepage/ar/icjstatute.php

ثانيا/ المراجع باللغة الأجنبية

I OUVRAGES

1-RENE David, L'arbitrage dans le commerce international, édition ECONOMICA, paris, 1982.

2-TRARI –TANI Mostafa, droit algérien de l'arbitrage commercial international, 1^{er} édition ,Berti Edition, Alger2007.

II Thèse:

-BEN HAMIDA Walid, l'arbitrage transnational unilatéral, Thèse de Doctorat Université panthéon Assas II, Paris 2003.

III Articles:

1-BEN HAMIDA walid, "arbitrage état investisseur face à un désordre procédural: la concurrence des procédures et les conflits de juridictions", Annuaire Français de droit international, paris, 2005, pp 564- 602.

2-GAILLARD Emmanuel, centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements cirdi , chronique des sentences JDJ n^o 01 – 1992,pp 215-230.

IV Sentences arbitrales:

-sentence du 27 juin1990, Asian Agricultural products Ltd. c/ Sri Lanka (ARB/87/3).

متاح على موقع المركز: www.wordbank.org/icsid/cases

قطع غيار السيارات وحمايتها بنظام الملكية الفكرية

بقلم: أ/ تواتي كريمة*

ملخص

تعد قطع الغيار منتجات أساسية وضرورية في سوق المركبات لا يمكن الاستغناء عنها على مستوى التركيب والتصليح، وهي منتجات قائمة بذاتها ومنفصلة عن المنتج المركب الذي تجتمع لتشكيله في الأخير ألا وهو السيارة.

يعد سوق قطع الغيار سوقا موازيا لسوق المركبات، يحقق من ورائه المصنعون أرباحا طائلة من جراء عملية تسويقها، الأمر الذي دفع إلى إعادة تصنيعها، أين كثرت المصانع التي تنتجها وتنوعت القطع المعروضة في الساحة التجارية منها الأصلية، المطابقة، من نفس النوعية أو المستعملة والمقلدة وهي تختلف عن القطع الأصلية التي يتم تصنيعها لأول مرة من طرف مصنع السيارة، من حيث النوعية والتمن.

ونجم عن هذه الوضعية وقوع نزاعات بين منشئي السيارات الذين يتمسكون بحقوقهم الفكري على المنتج الذي يضمن لهم حق استثماري ضد أي استعمال غير مرخص به، وبين مصنعي وموزعي القطع الذين يحتاجون بضرورة تموين وتزويد السوق بهذه القطع على أساس حرية المنافسة وبالتالي تصنيعها دون أي قيد أو شرط.

الكلمات المفتاحية: قطع الغيار الأصلية، التركيب، التصليح، السيارات، حقوق الملكية الفكرية .

Résumé

Les pièces de rechange revêtent une grande importance pour le marché automobile , elle sont indispensable pour le montage et la

* أستاذة مساعدة بكلية الحقوق، جامعة الجزائر 1.

réparation, elle sont autonome vis- à- vis du produit monté , et seront assemblé pour former un produit fini ,en l'occurrence l'automobile .

Cette situation a favoriser l'émergence du marché de la pièce de rechange à-côté du marché automobile, ce qui a permis à ses acteurs d'engranger des bénéfices considérables , et par la même la multiplication d'usine vouée à cette activité, ceci a permis de proposer une variété de produits sur le marché , incluant même les pièces d'origine et conforme,

de qualité comparable, mais aussi de pièces contrefaites, ces dernières sont différentes des pièces d'origine fabriquée initialement par le constructeur, de par la qualité et le prix .

Cette état de fait à engendrer des conflits entre les constructeurs et les équipementiers, ainsi que les distributeurs, les premiers invoque leurs droits intellectuelles sur le produit pour garantir leurs droits face a toute utilisation non autorisée ,et second qui invoque la nécessité de pourvoir le marché en vertu du principe de la libre concurrence qui induit la liberté de les produire sans limites ni restrictions .

Les mots clés : Pièces de rechanges d'origine, le montage, la réparation, L'automobile, droits de la propriété intellectuelle..

Abstract :

Spare parts are important for the automotive market, it is essential for the assembly and repair, they are autonomous vis- à- vis the product installed, and will be assembled to form a finished product, in this case the automobile.

This situation fostered the emergence of the spare part market next to the car market, which has allowed its players to make considerable profits, and at the same factory multiplication dedicated to this activity, this made possible to offer a variety of products on the market, even including the original parts and compliant, of comparable quality, but also counterfeit coins, these are different original parts originally manufactured by the manufacturer of the quality and price.

This fact has lead to conflicts between manufacturers and suppliers, and distributors, first invoke their intellectual fingers on the product to guarantee their rights facing any unauthorized use, and second that invokes the need to fill the market under the principle of

free competition that induces the freedom to produce without limitations or restrictions.

Keywords: original spare parts, installation, repair, The automobile, the intellectual property rights

مقدمة:

كثيرا ما نتعرض السيارات للتلف أو العطب، فيلجأ المالك إلى تصليحها إما لدى المؤسسة المنشئة لها أو لدى ورشات خاصة للتصليح؛ التي تطلب منه تعويض القطعة المتلفة بقطع جديدة، فيصطدم في السوق بتواجد أنواع من القطع (أصلية، غير أصلية، علاوة على قطع أخرى مقلدة)، حيث تكثر المزيفة التي لا تحترم معايير ومقاييس المطابقة والملائمة التي يضعها منشئ السيارة؛ والتي تمس بسمعة وشهرة المؤسسة المنشأة من جهة وتفوت عليها مكاسب بسبب الاستعمال غير المشروع من جهة أخرى.

وتشكل هذه القطع سوقا قائما بحد ذاته، يكثر عليها الطلب والعرض باعتبارها منتوجا منفصلا عن المنتج المركب الذي تشكله، وهي محمية بصفة منفصلة عن المنتج النهائي ألا وهو السيارة (المقود، الكرسي، الهيكل الخارجي والمصابيح).

وقطع الغيار محمية قانونا باعتبارها إبداعات فكرية بموجب القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية. وهي تمس جوانب متعددة من هذا النظام (براءة الاختراع، العلامات، الرسوم والنماذج، حق المؤلف)، ومع ذلك حمايتها تثير بعض المشاكل على مستوى حماية الشكل الخارجي بموجب النظام الخاص بالرسوم والنماذج. وعليه يطرح الإشكال حول مفهوم قطع غيار السيارات ومدى حمايتها بنظام الملكية الصناعية؟

ومن أجل دراسة الموضوع تم تقسيم البحث إلى ثلاثة أقسام:

أولا: المقصود بقطع الغيار.

ثانيا: نطاق حماية قطع الغيار بنظام الملكية الفكرية.

ثالثا: معوقات الحماية بنظام الملكية الفكرية.

أولاً: تحديد قطع الغيار

كثيرة هي المحلات التجارية التي تنشط في مجال بيع قطع الغيار، والتي تضع لافتات تحمل عبارات متنوعة: قطع غيار، قطع تبديل، وقطع مستعملة. فما المقصود بهذه العبارات؟

1- تعريف قطع الغيار:

- عرفها قاموس المنجد بأنها: "قطعة جديدة في آلة تحل محل قطعة تالفة، أي بديل احتياطي (محل لبيع قطاع الغيار)"⁽¹⁾.

- وعرفها الدليل المرجعي الفرنسي المتعلق بالصيانة والمصطلحات والمفاهيم للعناصر المشككة للأملاك ومخزوناتا الصادر في أوت 2006⁽²⁾ بأنها: "عنصر موجه لتعويض قطعة متآكلة أو متلفة".

- أما التنظيم الأوروبي رقم 1400 - 2002⁽³⁾ فعرفها بأنها: "أموال موجهة للتركيب داخل أو على سيارة أخرى لتعويض مكوناتها، بما فيها الزيوت الضرورية لاستعمال السيارة باستثناء الوقود". وهذا التنظيم يربطها باستعمال السيارة، وهو نفس التعريف الذي جاء به التنظيم رقم 461 - 2010⁽⁴⁾ الذي لم يغير في المضمون، وربطها بضرورة الاستعمال، والذي يستثني الملحقات الكالمية التي يمكن

(1) قاموس المنجد في اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الثالثة، دار المشرق، بيروت 2008، ص 1080.

(2) Terme et définition N F X 60- 3.2.4 « article destiné a remplacé ne pièce défailante ou dégradé sur un bien » www.yumpi.com/fr1/document.

(3) Règlement (CE) n° 1400 /2002 De la commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratique concertées dans le secteur automobile journal officiel de l'union européenne. 203 du 1- 8- 2002. Sur le site web. www.euromotor.info/wp-content/uploads/2010/02/4612

(4) Article 1- h- Règlement(UE) n° 461- 2010 de la commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101 paragraphe 3 ; du traité sur le fonctionnement de l'union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile ; journal officiel de l'union européenne 28- 05- 2010. Sur le site web. www.euromotor.info/wp-content/uploads/2010/02/4612

أن تدرج في السيارة، وليس لها أي دور في تحريكها أو استعمالها.

وأعطت المذكرة المفسرة للتنظيم أمثلة عن قطع غيار غير ضرورية لاستعمال السيارة كالراديو، وحاملة الحقائب، ولكن إذا ما تم تركيبها على سيارة جديدة بغرض التصنيع، وتم إدماجها مع قطع أخرى ضرورية للتصليح أو التبديل، فهي قطع غيار. وأعطت مثالا بجهاز طلب القنوات المدرج في مقود السيارة، بخلاف جهاز مغير مكيف الهواء أو الحرارة المركب على شاحنة، أو جهاز الإنذار بعد خروج السيارة من مصنع الصانع، فهي تعد ملاحقا. ولا يعد من قبيل قطع الغيار: الطلاء، المواد العامة مثل اللوالب، البراغي المتعددة الاستعمالات، والتي يمكن استعمالها على أنواع أخرى من المركبات غير المغطاة بهذا التنظيم مثل الدراجة⁽¹⁾.

مع الإشارة إلى عدم وجود أي تعريف لها في التشريع الجزائري؛ حيث اكتفى المشرع بتعريف السيارة دون قطع الغيار بأنها: "مركبة تستعمل لنقل الأشخاص أو البضائع وتكون مزودة بمحرك للدفع وتسير على الطريق"⁽²⁾.

وتأخذ هذه القطع من الناحية القانونية نفس طبيعة السيارة، بما أن هذه الأخيرة منقول مادي، فإن قطع الغيار بدورها تعد منقولا مادي.

2- أنواع قطع الغيار:

يمكن تصنيف قطع الغيار إلى عدة أصناف بحسب مصدرها، جهتها، خضوعها إلى المقاييس والمواصفات، مشاهدتها، خضوعها إلى أحكام المنافسة، جدتها، واحترامها لحقوق الملكية الفكرية.

2-1- أنواع قطع الغيار بحسب مصدرها: يحتوي السوق على عدة قطع ويختلف مصدرها، فهناك قطع يصنعها المنشئ أو المجهز، وأخرى يصنعها الغير.

(1) Brochure explicative de l'article 81 ; paragraphe 3 ; du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratique concertée dans le secteur automobile; question2; sur le site web. www.europa.eu/comptition/sectors.

(2) المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 07-390 يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة، ج.ر، عدد 78 مؤرخة في 12 ديسمبر 2007.

أ - قطع يصنعها المنشئ (**pièces du constructeur**): تعرفها التوجيه الأوروبية رقم 46 لسنة 2007 بأنها: "القطع الأصلية المصنعة وفق مقاييس وضعها منشئ السيارة من أجل إنتاج القطع أو التجهيزات"⁽¹⁾، وهو التعريف الذي أورده التنظيم رقم 1400 / 2002 الذي جاء فيه: "هي القطع من نفس نوعية المكونات المستعملة أثناء تركيب السيارة، والمصنعة حسب خصوصيات ومقاييس الإنتاج التي وضعها منشئ السيارة لصناعة مكونات أو قطع غيار موجهة للمركبات"⁽²⁾. ويختلف التنظيم عما هو منصوص عليه في التوجيه من حيث إنه يضيف علاوة على كلمة "قطعة" عبارة "تجهيز أصلي".

وحتى تعد القطعة أصلية يشترط فيها مطابقتها للخصوصيات والمقاييس الإنتاجية التي يضعها منشئ السيارة.

وتعرف التوجيه المنشئ بأنه: "الشخص أو الهيئة المسؤولة أمام السلطات المختصة عن كافة الجوانب المتعلقة بالجهاز وعن الرخصة وعن مطابقة الإنتاج. وليس شرطاً أن يتدخل هذا الشخص أو الهيئة مباشرة في كل مراحل تصنيع السيارة..."⁽³⁾.

ب - قطع يصنعها المجهز: (**pièces équipementier**): تضم نوعين من القطع:

ب - 1: القطع المصنعة من طرف المجهز لصالح المنشئ⁽⁴⁾: يصنعها المجهز حسب المواصفات والمقاييس لصالح منشئ السيارة، الذي يستخدمها في تركيب السيارة، وتحدد الخصوصيات والمقاييس في دفتر الشروط⁽⁵⁾، ويبيعها منشئ السيارة

(1) La directive européenne N 2007/46/CE du parlement européen et du conseil du 5/9/2007 établissant un cadre pour la réception des véhicules à Motors, de leurs remorques et des systèmes, des composants et des entités technique à ces véhicules, sur site web ; www.EUR.LEX:

(2) انظر المادة 1 - ت من التنظيم.

(3) L'article 3- 27 du directive 2007/46/CE .

(4) L'article 1- T du règlement n° 1400 /2002.

(5) Qu'est-ce qu' une pièce d'origine ; www.euromotor.info.

للموزعين تحت تعبئته وتغليفه.

ب- 2: القطع المصنعة من طرف المجهز لتمويل شبكته⁽¹⁾: هي قطع غير موجهة لتمويل صانع السيارة وإنما لشبكته الخاصة، حيث يقوم ببيعها للموزعين، والمستهلكين، والأشخاص الذين يقومون بالتصليح، مع حمل المنتج إشارة وعلامته⁽²⁾.

ويجب أن تستجيب هذه القطع المصنعة من طرف المجهز لصالح المنشئ أو لشبكته، للمقاييس والخصوصيات التي وضعها المنشئ في دفتر الشروط. والساحة مليئة بمثل هؤلاء المجهزين الذي يتولون صناعة هذه القطع مثل: شركة B.M.S Equipment التي تتولى صناعة البطاقات الالكترونية لشركة Vahéo، أو شركة Montu المختصة بألمنيوم السيارات، و Mahle Beh لصناعة مكيفات هواء السيارات⁽³⁾.

ويفترض في هذه القطع أنها أصلية، تستجيب للمقاييس ولنوعية المكونات المستعملة في تجميع السيارة، إلى غاية إثبات العكس⁽⁴⁾.

ج- قطع يصنعها الغير (pièces fabriqué par le tiers): هي القطع غير الأصلية التي يصنعها شخص آخر غير منشئ السيارة أو المجهز. وتشمل قطعاً من نفس النوعية، وقطعاً ملائمة.

ج- 1: قطع من نفس النوعية (pièces de qualité équivalente): هي القطع المصنعة من طرف مؤسسة قادرة على المصادقة في كل وقت بأن نوعيتها مساوية للمكونات المستعملة في تركيب السيارة، وقد تكون عالية الجودة، فهي

(1) المادة 1 - ت سالفه الذكر.

(2) Les multiples facettes de la pièce de rechange pour automobile. www.lea.etai.fr/detajp/8.

(3) L'usine nouvelle. www.usinenouvelle.com/equipmentiers

(4) Communication de la commission, Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles. www.eur-lex.europa.eu.

تدرج فقط بعض التعديلات، كاستعمال لون مغاير أو معدن آخر⁽¹⁾. ويجب أن لا يؤدي استعمال هذه القطع إلى المساس بسمعة الشبكة المعتمدة.

وفي هذا النوع من القطع، لا يكون للصانع أي علاقة مع منشئ السيارة، ولا لا يكون له علم بمقاييس الإنتاج المختارة من طرف المنشئ، بخلاف المجهز الذي تربطه به علاقة عقدية. ومن الناحية العملية للدلالة على نوعية هذه القطع، يتم إدراج شهادة بيان على شكل تصريح في التغليف للدلالة على أن القطع ملائمة وليست أصلية⁽²⁾.

ج- 2 القطع الملائمة (pièces adaptables): هي قطع بديلة للقطع المستعملة أثناء التركيب، وهي ليست أصلية ولا ذات نوعية مطابقة، وتضمن في بعض الأحيان نوعية عالية من القطع الأصلية، حيث إن المنشئ يستخدم قطعاً ذات نوعية محدودة بأقل تكلفة حتى لا تكون السيارة غالية الثمن؛ لذلك يعتمد بعض المستهلكين لتعويضها، مثل الفرامل التقليدية المستبدلة بفرامل مهيأة للمنافسات، أكثر فعالية وأكثر غلاءً⁽³⁾.

وهي في الحقيقة نقلٌ للقطعة الأصلية ولكنها ليست كذلك، ولكنها لا تباع في تعبئة وتغليف المنشئ أو المجهز، ولا تهدف إلى خداع المستهلك؛ لذلك لا تعد قطعاً مقلدة⁽⁴⁾.

2-2- أنواع قطع الغيار بحسب وجهتها: المقصود بذلك سوق التركيب أو التبدل، وهي تضم نوعين من القطع:

(1) Qu'est-ce- que 'une pièce d'origine selon le règlement (CE) n° 1400 - 2002. www.euromotor.info.

(2) Lise GUILLEMIN, La pièce de rechange automobile thèse de doctorat, Droit privé, université de lorraine, France, 2012, p 124 .

(3) Monopoles des constructeurs sur les pièces de carrosserie. Un privilège chèrement payé par les consommateurs français!. www.apres-vente- auto.com/wp-content/.../01/janvier- 2012- enquete- ufc- que- choisir.pdf.

(4) Pièce d'origine § adaptable § et les constructeur § www.autoexperdz.unblg.fr. 14-11- 2014.

أ - قطع تركيب (**pièces de montage**): هي القطع المصنعة للتركيب في أو على السيارة من طرف المنشئ أو المجهز، فهي تخص السوق الأولي.

ب - قطع تبديل (**Pièce de rechange**): هي القطع البديلة الموجهة لتعويض قطعة تركيب، وبالتالي تخص السوق الثانوي.

2-3- قطع الغيار بحسب خضوعها إلى المقاييس والمواصفات: تضم نوعين من

القطع:

أ - قطع غيار غير أصلية: وهي تلك القطع التي لا تحترم المقاييس والمواصفات الموضوعية من طرف المنشئ، حتى وإن كانت مصنعة من طرف المجهز؛ لأن مصطلح غيار أصلي يعرف بالنظر إلى نوعية المكونات المطابقة لما وضعه المنشئ وليس بالنظر إلى أنظمة التوزيع أو التصنيع، وبذلك يتم وضع حد لاحتكار الصانع على مفهوم قطاع غيار أصلي، ويفتح خطوطا تجارية في سوق قطاع الغيار⁽¹⁾.

ب - قطع غيار أصلية: هي القطع التي تحترم المقاييس والمواصفات الموضوعية من طرف المنشئ، حتى وإن كانت مصنعة من طرف المجهز.

2-4- قطع الغيار بحسب مشاهدتها: تتكون السيارة من عدة قطع، منها ما هو

مرئي، ومنها ما هو غير مرئي؛ لذلك تقسم إلى نوعين:

أ - القطع المرئية (**Pièces visible**): هي القطع القابلة للمشاهدة مثل: الغطاء، الزجاج، عاكس الصورة، غطاء المحرك، المصباح، الزجاج، هيكل السيارة؛ والتي يجب إعادة استعمالها أثناء التصليح لإعادة إعطاء المظهر الأساسي للسيارة، وهذه القطع توجد على مستوى التركيب أو التصليح⁽²⁾. وهي محمية بقانون الملكية الفكرية إذا ما استوفت شروط هذا النظام.

ب - القطع غير المرئية (**Pièces invisibles**): هي القطع المستنسخة بصفة

ضرورية في شكلها وأبعادها الدقيقة، حتى يمكن للمنتج المندمج فيه أو المطبق عليه

(1) Le nouveau règlement et automobile d'exemption www.autofigrefa.fr/pdf

(2) Les différents types de pièces détachées. www.autorité.delaconcurrence.fr/doc/fiche (5).

الرسم أو النموذج، الربط الآلي بمنتوج آخر سواء بالوضع بداخله أو على محيطه⁽¹⁾، مثل الروابط التي تسمح بربط عاكس الصورة آليا بالسيارة⁽²⁾. وهذه القطع شكلها الخارجي غير محمي بقانون الرسوم والنماذج الصناعية.

2-5- قطع الغيار بحسب خضوعها للمنافسة⁽³⁾: تقسم إلى قسمين: قطع قابلة للمنافسة، وقطع خارج مجال المنافسة.

أ - القطع القابلة للمنافسة (**pièces concurrencés**): هي قطع آلية مثل الفرامل، وكادم الصدمات، منتجة من طرف المنشئ أو المجهز، تكون موجهة لسوق للتصليح؛ فهي قابلة للمنافسة لغياب أي احتكار عليها، وبالتالي المنافسة فيها مفتوحة.

ب- القطع المحبوسة (**Pièces Captives**): هي القطع التي لا يمكن المتاجرة بها، بسبب حقوق الملكية الفكرية أو موضوعة من أجل أمان السيارة، ولا يحق إلا لمنشئ السيارة المتاجرة فيها أو مراقبة تجارتها.

2-6- قطع الغيار بحسب جدتها: تضم نوعين من القطع:

القطع المستعملة (**Pieces d'occasions**): هي قطع خارج الاستعمال يعاد بيعها لإعادة استعمالها في سيارة أخرى في إطار الترميم أو التصليح⁽⁴⁾.

القطع الجديدة (**pieces nouvelles**): هي قطع جديدة لم يسبق استعمالها، تم وضعها لأول مرة من أجل عملية التركيب.

(1) Article 7- 2 De directive 71/98(CE).précité.

(2) Avis de comité économique et social européenne sur la proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant la directive 98 /71/CE sur la protection juridique des dessins et modèle , présenté par J.PEGARDO et H.STEFFENS. journal officiel de l'union européen 17- 11- 2005 . www-eurlex.europa.eu

(3) Les différents types de pièces détachées. www.autorité.delaconcurrence.fr/doc/fiche(5).

(4) Qualification ; la pièce de réemploi ;un produit ou un déchet ; www.global-pre.fr/la- piece- de- reemploi- un- produit- ou- un- dechet

7-2- قطع غيار بحسب احترامها لحقوق الملكية الفكرية نجد صنفين : قطع أصلية و قطع مقلدة.

القطع الأصلية (pieces d'origines): هي القطع التي ينتجها المنشأ أو المجهز ويتمتعون بحقوق استثنائية في استغلالها من صنع، بيع، استيراد أو تصدير أو ترخيص، فلا يمكن للغير إعادة استعمالها إلا بترخيص من المنشأ أو المجهز.

القطع المقلدة:(pieces contrefaites): هي ليست قطعاً أصلية، تمس بحقوق الملكية الفكرية والرسوم والنماذج الصناعية أو العلامة أو براءة الاختراع.

ثانياً: نطاق حماية قطع الغيار بنظام الملكية الفكرية

تشكل قطع الغيار نقطة التقاء لحقوق الملكية الفكرية، فهي تلف وتحيط بهذه القطع من عدة جوانب، وهي محل تنظيم وحماية من طرف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية.

1- مضمون الحقوق الفكرية المطبقة على قطع الغيار:

قطاع الغيار قبل كل شيء هي إبداع فكري، إما إبداع موضوعي أي عبارة عن اختراع إذا ما توصل إلى إيجاد قطعة تتوفر فيها خصائص البراءة، أو شكلي يتعلق بالمظهر أو الهيئة الخارجية الجمالية لها، المنفصلة عن الخصائص التقنية، حيث يتم حمايتها على أساس النظام الخاص بالرسوم والنماذج الصناعية. وهذا الإبداع يجسد عبر منتج مادي محل تسويق تحت غطاء وعلامة معينة، فيتم حمايته على أساس نظام العلامات، علاوة على إمكانية الحماية بموجب نظام حق المؤلف الذي يحمي الإبداعات بغض النظر عن التوجه.

حددت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المتخصصة في مجال الملكية الفكرية، وأهمها اتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية⁽¹⁾، واتفاقية بارن

(1) اتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883 المعدلة والمنقحة المنظمة إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 66-48، المؤرخ في 25 فبراير سنة 1966، يتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية

لحماية المصنفات الأدبية والفنية⁽¹⁾ الإطار العام للحماية، علاوة على المنظمة العالمية للتجارة التي أدرجت ضمن أحكام اتفاق حقوق الملكية الفكرية المتصلة بالتجارة مضمونها وشروط اكتسابها وإجراءات نفاذها⁽²⁾.

1-1- على أساس حقوق الملكية الصناعية: تشمل حقوق الملكية الصناعية

عدة فروع، ولكن المتعلقة بقطع الغيار هناك ثلاثة فروع، ويتعلق الأمر بـ:

أ- براءة الاختراع: هي الشهادة أو السند الذي تمنحه الجهات المختصة للمخترع جراء ابتكاره. وقانون براءة الاختراع يتكفل بحماية إبداع المخترع، والذي يحمي الاختراعات الجديدة المتوصل إليها والتي تنطوي على نشاط اختراعي وقابلة للتطبيق الصناعي⁽³⁾.

تتحقق الجودة بعدم وجود اختراع مطابق أو مشابه له أثناء التقدم بطلب التسجيل كتابة أو شفاهة، أو بأي طريقة أخرى. والمرجع في ذلك تاريخ تقديم الطلب أو تاريخ المطالبة بالأولوية⁽⁴⁾.

باريس المؤرخة في 20 مارس سنة 1883، ج.ر عدد 16، مؤرخة في 1966/02/25، والمصادق عليها بموجب أمر رقم 75-2 المؤرخ في 9 يناير 1975 المتضمن المصادقة على اتفاقية باريس للملكية الصناعية، ج.ر عدد 10 مؤرخ في 1975/2/4.

(1) اتفاقية بارن لحماية الملكية الأدبية والفنية، المبرمة في 09 سبتمبر 1886، المعدلة والمنقحة، المنظمة إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97-341، المؤرخ في 13 سبتمبر 1997، يتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية المعدلة والمنقحة بتخفظ، ج.ر، العدد 61، المؤرخ 1997/09/14.

(2) - اتفاق تريبس على إثر التوقيع على اتفاقية إنشاء للمنظمة العالمية للتجارة في مراكز المبرمة في 15 أفريل 1994 المنشور عبر الموقع الإلكتروني:

arabes /texte www.wipo.int /wipo

(3) انظر المادة 3 من الأمر رقم 03-07، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق ببراءة الاختراع، ج.ر، عدد 44، مؤرخ في 2003 /07/23. تقابلها المادة 610-10 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي رقم 92-597، الصادر في 1 جويلية 1992، المعدل والمتمم، المنشور عبر الموقع الإلكتروني:

www.ligifrance.gov.fr

(4) انظر المادة 5 من الأمر رقم 03-07، سالف الذكر، والمادة 611-14 من قانون الملكية الفكرية

=

النشاط الاختراعي ينجم من انعدام حالة البداهة، أي أن الاختراع ينطوي على خطوة إبداعية وابتكارية؛ فالفكرة تنطوي على درجة من التقدم في تطور الفن الصناعي تجاوز ما وصل إليه التطور العادي المؤلف في الصناعة⁽¹⁾.

أما التطبيق الصناعي فتترتب عن استعماله نتيجة صناعية تصلح للاستغلال⁽²⁾ في أي نوع من أنواع الصناعة⁽³⁾، فإذا لم يكن كذلك فلا يعد اختراعاً.

وموضوع الاختراع، إما منتج جديد، أو طريقة صنع جديدة، أو تطبيق جديد لطرق معروفة، أو تعديلات وتحسينات وإضافات⁽⁴⁾. وقطع الغيار يمكن أن تدخل ضمن اختراع منتج جديد أو اختراع طريقة جديدة لصنع هذه القطع، والعديد من القطع تم تسجيلها كبراءة مثل ما قامت به شركة مرسيدس بخصوص محرك صغير جديد بالبنزين بثلاثة مضخات بدون محرك⁽⁵⁾.

وعند استيفاء الشروط الموضوعية، يجب على مالك القطعة المبتكرة القيام بإجراءات التسجيل أمام المصلحة المختصة بذلك، حيث تسلم له شهادة براءة الاختراع التي تحول له جملة من الحقوق الاستثنائية، من صنع المنتج أو استعماله أو بيعه أو عرضه للبيع أو الشراء، وذلك لمدة 20 سنة عن تاريخ إيداع الطلب⁽⁶⁾.

الفرنسي.

(1) حسام الدين الصغير، التقاضي وقضايا مختارة في مجال البراءات والعلامات التجارية مسقط من 5-7 سبتمبر 2005 عبر الموقع الإلكتروني.

www.wipo/IP/DIPL/05/10

(2) فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية، الملكية الأدبية والفنية والصناعية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2001، ص 205.

(3) انظر المادة 6 من الأمر رقم 03-07 السالف الذكر، والمادة 611-15 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي.

(4) يسرية عبد الجليل، حقوق حاملي براءات الاختراع ونماذج المنفعة، منشأة المعارف، الإسكندرية 2005، ص ص 14-15.

(5) Peugeot. 308 II 2013. Topic officiel www.forum- auto.com

(6) انظر المادة 9 من الأمر رقم 03-07 السالف الذكر.

وباستكمال عملية التسجيل، يتمتع المخترع بحماية وطنية وأخرى دولية في حالة ما
 رغب بذلك، عن طريق مكتب تسجيل الاختراعات على المستوى الدولي.
 وهذا الحق محل رخصة إجبارية لعدم الاستغلال أو للنقص فيه⁽¹⁾، أو
 رخصة إجبارية للمنفعة العامة⁽²⁾، وليس للمنفعة الخاصة.

ب- العلامات: العلامة هي كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي والتي تستعمل
 لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره⁽³⁾.

والعلامة تربط المنتج بالصانع، وهي تسمح بالتمييز بين مختلف المنتجات
 المنافسة؛ فتسمح بالتمييز بين القطع التي يصنعها منشئ السيارة أو المجهز أو الغير وبين
 قطع التركيب والتصلح.

والعلامات المطروحة في السوق عديدة مثل: valeo; Bosh; Delph؛ بالنسبة
 للمجهزين Renault، peugeot، مثلاً بالنسبة لمنشئ السيارات.

وتعتبر علامة السلعة إلزامية⁽⁴⁾، إذ يجب على الصانع وضع علامة على المنتج،
 المنتج، وأن تستجيب الإشارة المختارة كعلامة لجملة من الشروط الموضوعية:

- التمييز⁽⁵⁾: فالإشارة المختارة يجب أن لا تقوم على علامة تجارية سابقة أو
 شعار أو اسم تجاري أو حق مؤلف أو حقوق مصمم⁽⁶⁾.

-
- (1) انظر المواد من 38 - 48 من الأمر 03-07 السالف الذكر.
 (2) انظر المادتين 49-50 من الأمر رقم 03-07 السالف الذكر.
 (3) المادة 2 الفقرة 1 من الأمر الجزائري رقم 03-06 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، ج ر، العدد
 44 المؤرخ في 23-07-2003.
 (4) انظر المادة 3 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات، والتي تقابلها المادة 711-1 من قانون
 الملكية الفكرية الفرنسي.
 (5) انظر المادة 2 ف 1 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات، والمادة 711-1 من قانون الملكية
 الفكرية الفرنسي.
 (6) أسامة نائل الحسين، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011،

=

- الجدة: أي لم يسبق استعمالها من طرف الغير في نفس قطاع المنتجات⁽¹⁾.

- المشروعية⁽²⁾: وتتحقق بعدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة.

علاوة على استكمال الإجراءات الشكلية لدى المصلحة المختصة، والتي بموجبها يتمتع مالكيها بحماية تدوم 10 سنوات من تاريخ إيداع الطلب، قابلة للتجديد لفترات متتالية بنفس المدة⁽³⁾، وخلال مدة حمايتها يتمتع بحق استثنائي باستغلال علامته، فلا يمكن للغير استعمالها بدون ترخيص منه في سلع ماثلة أو مشابهة⁽⁴⁾ أي في نفس قطع الغيار.

وتستفيد من الحماية على المستوى الوطني والدولي إذا ما قدم طلب للتسجيل الدولي لهذه العلامة⁽⁵⁾.

ج- الرسوم والنماذج الصناعية: هي إبداعات شكلية تخص المظهر الخارجي للمنتج، تسعى لإعطائه مظهرا جميلا وجذابا، خاصا ومميزا عن المنتجات الأخرى. وكما هو الحال في مجال براءة الاختراع، ليست كل الأشكال محمية بل يجب أن تستجيب لشروط موضوعية وشكلية. أما الاعتبارات الموضوعية⁽⁶⁾ فقد اختلفت

ص38.

(1) علي نديم الحمصي، الملكية التجارية والصناعية، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000، ص285.

(2) انظر المادة 7 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات، والمادة 711-1 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي.

(3) انظر المادة 5 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات، والمادة 711-1 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي.

(4) انظر المادة 9 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات والمادة 711-1 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي.

(5) اتفاقية مدريد للتسجيل الدولي للعلامات المعدلة في ستوكهولم في 14 يوليو 1967، المنظمة إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 72-10، المؤرخ في 22 مارس 1972، ج.ر، عدد 32، مؤرخ في 21 أبريل 1972.

(6) انظر المادة 1 الفقرة 2 و3 من الأمر رقم 66-86، المؤرخ في 28 أبريل 1966 المتعلق بالرسوم والنماذج، ج.ر، عدد 35، مؤرخ في 3 مايو 1966.

التشريعات في مضمونها؛ فالقانون الجزائري يشترط الأصالة والجددة معا والقابلية للتطبيق الصناعي، في حين تشريعات أخرى لم تشترط الأصالة، كما هو الحال في القانون الفرنسي.

وعلاوة على شرط الجدة يجب أن يكون الرسم أو النموذج مرثيا، حتى وإن لم تنص عليه التشريعات، فهو بديهي بما أن الأمر يتعلق بحماية المظهر الخارجي للمنتوج أي المظهر محل المشاهدة؛ لذلك لا يمكن حماية مثلا جيب داخل كرسي السيارة لأنه غير مرئي.

ويضيف التنظيم الأوروبي الخاص بحماية الرسوم والنماذج الطابع الفردي⁽¹⁾، ويعني ذلك ترك الرسم أو النموذج انطبعا مرثيا لدى المستعمل اليقظ، مختلفا عما يثيره رسم أو نموذج آخر محل كشف قبل تاريخ إيداع طلب التسجيل أو تاريخ طلب الأسبقية.

ومن الناحية العملية بعض القطع المرثية لا تتضمن أي جدة أو طابع ذاتي، ومع ذلك هي محمية بهذا النظام، ويتم تسجيلها في غياب أي رقابة على مدى توفر الشروط الموضوعية، وبالتالي لا توجد أي شرعية لحمايتها، إلا أن المنشئون يطالبون بذلك⁽²⁾.

كما يقصى الإبداع الشكلي من الحماية إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة مثله مثل العلامات⁽³⁾؛ أو إذا كان مفروضا بالطابع التقني⁽⁴⁾ أي الشكل المرتبط بالنتيجة التقنية، إذا أمكن فصلهما عن بعضهما فهو يتمتع بحماية مزدوجة، على أساس براءة الاختراع والقانون الخاص، وإلا على أساس براءة الاختراع فقط.

(1) انظر المادة 6 من التنظيم رقم 2002-02، الصادر في 12 ديسمبر 2001، المتعلق بالحماية القانونية للرسوم والنماذج القومية. عبر الموقع الإلكتروني:

www.wipo.int/wipolex/fr

(2) Avis 12- A- 21 du 8 octobre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel des secteurs de la réparation et de l'entretien de véhicules et de la fabrication et de la distribution de pièces de rechange <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/12a21.pdf>

(3) انظر المادة 7 من الأمر رقم 66-86 السالف الذكر.

(4) انظر المادة الأولى الفقرة 4 من الأمر رقم 66-86 السالف الذكر.

بعض القوانين الوطنية نصت على استثناء آخر يتعلق بالقطع المتصلة بنظام الربط أو التوصيل، وكان القانون الانجليزي السابق إلى رفض حماية شكل قطع الغيار غير المرئي في النص المتعلق بالتصاميم، ثم لحقه القانون الفرنسي⁽¹⁾، الذي أدرج نصا خاصا بهذا النوع من القطع جاء فيه: "عدم حماية مظهر المنتج الذي في شكله وأبعاده الدقيقة ضروري لأجل الربط الآلي بمنتوج آخر بواسطة اللبس أو الوضع الداخلي أو الخارجي في ظل ظروف تسمح لكل منتوج بأداء وظيفته"⁽²⁾.

التنظيم الأوروبي الخاص بالنظام القانوني للرسوم والنماذج الصناعية جاء بنفس الفكرة، حيث رفض منح أي حماية على "مظهر المنتج، الذي يجب استنساخه بصفة ضرورية في شكله وأبعاده الدقيقة حتى يمكن للمنتج المندمج به أو الذي يحمل الرسم أو النموذج الارتباط بصفة آلية بآخر، أو أن يوضع بداخله أو بحيطه، أو الاتصال بمنتوج آخر بطريقة يمكن لكل واحد من المنتجات القيام بوظيفته"⁽³⁾.

فالأمر يتعلق بمنتجات مركبة ترتبط ببعضها البعض بواسطة هذه القطع. هذا المنتج المركب الذي يقصد به بأنه: "مكون من قطع متعددة يمكن استبدالها"⁽⁴⁾، أي قطع تسمح بتفكيكه وتركيبه⁽⁵⁾. وهذا الإقصاء لا يمتد إلى القطع المركبة مثل

(1) Dennis Cohen, Dessins et modelés industriel, édition economic, France, p 27.

(2) Art L 511- 8- 2« L'apparence d'un produit dont la forme et la dimension exactes doivent être nécessairement reproduites pour qu'il puisse être mécaniquement associé à un autre produit par une mise en contact, un raccordement, un placement à l'intérieur ou l'extérieur dans des conditions permettant à chacun de ces produits de remplir sa fonction. Toutefois, un dessin ou modèle qui a pour objet de permettre des assemblages ou connexions multiples à des produits qui sont interchangeables au sein d'un ensemble conçu de façon modulaire peut être protégé » .

(3) المادة 7 من التنظيم الأوروبي رقم 7/98 الصادر عن البرلمان الأوروبي والمجلس بتاريخ 13

أكتوبر 1998 المتعلق بالحماية القانونية للرسوم والنماذج الصناعية الموجودة على الموقع www.wipo.int

(4) المادة 511-5 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي.

« Est considéré comme produit complexe un produit composé de pièces multiples qui peuvent être remplacées»

(5) المادة الأولى فقرة (ج) من التنظيم الأوروبي المشار إليه أعلاه.

ألعاب الليغو وألعاب الميكانو⁽¹⁾.

وعليه حتى يتم حماية الشكل الخارجي لقطع الغيار بالنظام الخاص يجب أن يحتفظ بشرط الرؤية بعد إدراجه في المنتج، كما هو الحال مع هيكل السيارة أو الزجاج الأمامي، على خلاف مكونات المحرك مثلا التي تصبح غير قابلة للمشاهدة بعد ارتباطها مع بعضها البعض⁽²⁾، أو أبعاد الوصل الخاصة بوعاء مخرج الدخان لنموذج سيارة لا يمكن أن تشكل عنصرا من رسم أو نموذج محمي؛ لأن الأبعاد مفروضة بالصندوق الأسفل للسيارة⁽³⁾.

والإقصاء يخص الجزء الخاص بهذا الربط فقط، فإذا ما حصل وأن تم تسجيلها، فإن هذا التسجيل يلغي جزئيا الجزء الخاص بالربط أو الملاءمة.

1-2- على أساس حقوق المؤلف والحقوق المجاورة: على الرغم من أن قطع الغيار موجهة للتطبيق الصناعي، إلا أنه لا يوجد مانع من حمايتها بنظام حق المؤلف باعتبارها إبداعات فنية، حتى وإن لم توجد إشارة صريحة إليها في القوانين الأخرى. بالعودة إلى التشريعات المنظمة لحق المؤلف ومنها القانون الجزائري⁽⁴⁾، الذي يحمي الإبداعات المجسدة في شكل مادي بعيدا عن الأفكار والمبادئ والمناهج، ويضع قائمة معتبرة من المصنفات المحمية على سبيل المثال وليس الحصر منها: مصنفات الفنون التطبيقية أي الفنون المطبقة في المجال الصناعي.

وقطعة الغيار بحد ذاتها قبل تطبيقها صناعيا هي إبداع فكري يجسد من خلال العمل الفني، وبالتالي يمكن حمايتها وفق هذا النظام، لاسيما في التشريعات التي تأخذ بمبدأ وحدة تكامل الفن أي عدم التمييز بين الفنون، فكل الفنون متساوية، كما

(1) - Patric Taffrou, Droit de la propriété intellectuelle, 2e édition, Paris, 2007, p306.

(2) Cabinet beau de Lomene, la protection des pièces détachées en droit communautaire. www. Dal- IP .com.

(3) - Jérôme Passa, Droit de la propriété industrielle, édition Alpha, 2009, p673 .

(4) الأمر رقم 03- 05، مؤرخ في 19 يوليو 2003، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج.ر، عدد

44، مؤرخ في 23 جويلية 2003.

هو عليه الحال في القانون الجزائري أو الفرنسي، وبالتالي تتمتع القطعة بحماية مزدوجة على أساس النظامين أي القانون الخاص بالرسوم والنماذج الصناعية وقانون حق المؤلف. وفي ظل هذا القانون، القطعة محمية إذا استجابت لشرط الأصالة أي البصمة الشخصية للمؤلف وهو المعيار المعمول به في هذا النظام، بغض النظر عن التوجه والاستحقاق، ويعنى طالب الحماية من أي إجراءات شكلية، وتم حماية إبداعه طيلة حياته، وخمسين سنة بعد وفاته⁽¹⁾. وخلال هذه المدة يتمتع بحقوق استثنائية على إبداعه حيث اعترف له بحقوق أدبية ومالية.

2- طرق حمايتها:

يترتب على ابتكار المصنف أو منح شهادة الاختراع، أو العلامات أو الرسوم أو النماذج الصناعية حق التمتع بالحقوق الناتجة عن ملكيتها من استعمال أو استغلال أو تصرف، فلا يمكن للغير استعمالها دون ترخيص، وإلا اعتبر ذلك التصرف تعديا موجبا للمسؤولية، وبالتالي المطالبة بالحماية أمام الجهات الإدارية أو القضائية.

1-2- الحماية الإدارية: هي نوع من الحماية تمارس أمام جهات غير قضائية، ويتعلق الأمر بهيئة الجمارك⁽²⁾، التي تسعى لمنع دخول المنتجات أو خروج المنتجات المقلدة؛ فتحظر استيراد وتصدير السلع المقلدة التي تمس بقطاع الغيار وتقوم بحجزها، سواء تم اكتشاف هذه السلع من خلال عملية الرقابة الجمركية المعتادة أو بناء على طلب التدخل المقدم من طرف مالك القطعة التي تحمل العلامة أو النموذج المقلد؛ فتقوم بإتلافها أو بإيداعها خارج التبادلات التجارية بطريقة تجنب إلحاق الضرر بصاحب الحق، دون تقديم تعويض من أي شكل من الأشكال. ونشير هنا

(1) انظر المادة 54 من الأمر رقم 03-05 السالف الذكر.

(2) المادة 22 من القانون رقم 79-07، المؤرخ في 21 يوليو 1979، المعدل والمتمم بالقانون 89-10، المؤرخ في 22 أوت 1998، المتضمن قانون الجمارك، ج.ر. عدد 61، والمادة 2 الفقرة (2) من قرار وزير المالية لسنة 2002، مؤرخ في 15 يوليو 2002، يحدد كيفية تطبيق المادة 22 من قانون الجمارك المتعلق باستيراد السلع المزيفة، ج.ر. عدد 56، مؤرخ في 18 أوت 2002.

إلى أن نسبة قطاع الغيار المقلدة التي تم ضبطها خلال سنة 2015 بلغت حوالي (0,19 %) من المنتجات المقلدة⁽¹⁾.

وإذا كانت هيئة الجمارك تمارس مهامها على طول الحدود، فإن إدارة مراقبة الجودة وقمع الغش⁽²⁾ تمارس مهامها عبر الأسواق الداخلية بواسطة الأعدان التابعين لها؛ الذين يشبهون ضباط الشرطة القضائية والأعدان المحلفين التابعين للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، من حيث سلطة البحث ومعاينة المخالفات، ولكل واحد من هؤلاء مجال تدخله الخاص، ولكن مع ذلك يلتقي هؤلاء في مجال الحقوق الفكرية، حيث كل واحد من منهم يلعب دورا في مكافحة التقليد.

2-2- الحماية القضائية: من أجل التصدي لأي اعتداء على حقوق مالك القطعة، نظمت التشريعات الوطنية الإجراءات والتدابير التي يمكن ممارستها، سواء كانت وقتية، أو علاجية والمتمثلة في الدعوى الجزائية والمدنية.

أ- الحماية الوقتية: والهدف منها المحافظة على الدليل وعدم ضياعه، ومنع البيع أو الإنتاج أو نقل المنتجات المقلدة والحجز عليها بإجراءات سريعة⁽³⁾؛ وتشمل كلا من إجراء الوصف المفصل⁽⁴⁾، وهو القيام بتقرير مفصل لواقعة التعدي، يتضمن تبيانا للمنتجات أو البضائع أو السلع المزورة أو المقلدة، وعددها ونوعها وشكلها، وتبيانا للأشياء التي استخدمت بالتعدي على حقوق مالك الرسم أو النموذج الصناعي؛ والحجز التحفظي⁽⁵⁾، ويتعلق بحجز القطع ومنع التصرف فيها.

(1) الخبر أونلاين/الجمارك تحجز أكثر من 151.1 مليون سلعة مقلدة 19:40 نوفمبر 2015.

//www.elkhabar.com/press/article

(2) قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 فبراير 2009، المتضمن حماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، عدد 15، مؤرخ في 2009/03/8.

(3) محمد جمال الدين الأهواي، حماية القضاء الوقتي لحقوق الملكية الفكرية، الطبعة الأولى، دار الكتب المصرية، 2011، ص 6.

(4) انظر المادة 26 من الأمر رقم 66-86، المتضمن الرسوم والنماذج، والمادتان 43 و35 من الأمر المتعلق بالعلامات رقم 03-06.

(5) انظر المادة 29 من الأمر رقم 03-06، المتعلق بالعلامات، والمادة 144 من الأمر رقم 03-05

ب- الحماية العلاجية: عند وقوع التعدي، مالك قطعة الغيار له الخيار بين رفع دعوى جنائية أو مدنية:

ب-1- الحماية الجنائية⁽¹⁾: والمتمثلة في ممارسة دعوى التقليد. وقد نص المشرع الجزائي على العقوبات الواجب تطبيقها في حالة الاعتداء على الحق الفكري، وهي عقوبات أصلية تتراوح بين الحبس والغرامة المالية أو عقوبات تبعية مثل: نشر الحكم، توقيف النشاط، المصادرة.

ب-2- الحماية المدنية⁽²⁾: تختلف الحماية المدنية عن الحماية الجزائية، فهي لا تقوم على أساس وجود فعل مجرم، بل على مجرد خطأ صادر من أحد الأشخاص، ينجم عنه ضرر للآخر. فمالك قطعة الغيار إذا تعرض لاعتداء نجم عنه ضرر جراء استعمال اختراعه أو علامته أو نمودجه، حَقَّ له رفع دعوى أمام القضاء المدني للمطالبة بوقف الاعتداء، والمطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عنه. فالدعوى تقوم على نفس الشروط الأساسية الموجودة في دعوى المنافسة غير المشروعة وهي: الخطأ، الضرر، وعلاقة السببية.

يظهر مما سبق أن حقوق الملكية الفكرية تحيط بقطع الغيار من كل جانب، وتمنح مالك القطعة حقوقاً استثنائية ضد الجميع، أمام أي استغلال غير مرخص به. فدعوى التقليد تشكل أحد الوسائل المستعملة لوقف التعدي، ولكن إذا كان قانون الملكية الفكرية يضمن حماية هذه الحقوق الاستثنائية، فإن قانوناً آخر، وهو

المتعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

(1) انظر المادة 23 من الأمر رقم 66-86، المتضمن الرسوم والنماذج، والمادة 28 من الأمر المتعلق بالعلامات رقم 03-06، والمواد: 03-05 و 151-152 من الأمر رقم 03-05، المتعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، والمادة 61 من الأمر رقم 03-07، المتضمن براءة الاختراع.

(2) انظر المادة 25 من الأمر رقم 66-86، المتضمن الرسوم والنماذج، والمادة 28 من الأمر المتعلق بالعلامات رقم 03-06، والمواد 03-05 و 143 من الأمر رقم 03-05، المتعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، والمواد من 56 إلى 60 من الأمر رقم 03-07، المتضمن براءة الاختراع.

(2) Protection des pièces visibles par le droit de la propriété intellectuelle. avis n 126 a- 21 DU 8 OCTOBRE 2012- www.autiriledelaconurrence.fr

قانون المنافسة، يحد من هذه الحقوق؛ فهو يقوم على أساس حرية المنافسة وليس تقييدها، وقانون الملكية الفكرية يشكل عائقاً أمامه، لاسيما في مجال الحماية بموجب قانون الرسوم والنماذج؛ لأن منح الحماية لهذه الحقوق بصفة مطلقة يؤدي إلى احتكار المنشئ لقطعة الغيار من مرحلة التصنيع إلى البيع، وحتى مرحلة التصليح، وهو الأمر المحظور في قانون المنافسة.

ثالثاً: صعوبات الحماية

يتمتع منشئ قطعة الغيار المرئية بحق احتكاري على منتوجه؛ لأنه هو من أبدعه، ولكن مقتني السيارة (المستهلك) المرتبط به يجد صعوبة في الحصول على قطعة أخرى ذات مظهر مخالف لتعويض القطعة التالفة، فهو بحاجة إلى قطع مصنعة من طرف المنشئ، ومنع أي منافسة في إنتاج هذه القطع من طرف الغير يؤدي إلى تقييد المنافسة بل تقصيصها.

يتم التمييز عادة بين مستويين: التركيب والتصليح. وعلى مستوى التركيب الحماية مشروعة باعتباره (المنشئ) مبدع أو مبتكر الشكل، فيحق له رفض منح أي رخصة استغلال للقطع استناداً للحق الفكري، ولكن على مستوى التصليح الأمر مغاير، إذ لا يمكن حرمان المستهلكين من الاستفادة من هذه القطع، وهذا التصرف يعتبره البعض نوعاً من التعسف.

ومن أمثلة ذلك:

✓ النزاع الذي جمع كلا من Renault و CIRCA & MAXI CAR، وبعض صانعي قطع غيار السيارات في إيطاليا، الذين طالبوا بإلغاء تسجيل نماذج قطع غيار السيارات التابعة لـ Renault بسبب عدم تضمينها أي طابع جمالي، وأن إعادة صنعها والمتاجرة بها لا يشكل أي مخالفة في نظر الأحكام الوطنية الخاصة بالمنافسة غير المشروعة. وقد رأى القضاء الإيطالي بأن ممارسة الحق الاستثنائي لا يخالف أحكام اتفاقية روما في مادتها 82، والمحكمة الأوروبية **رأت بأن التمتع** بحقوق على

قطع غيار السيارات لا يشكل تعسفا في وضعية الهيمنة حسب أحكام المادة 82 إلا إذا توفرت شروطها⁽¹⁾.

✓ النزاع الذي جمع كلا من شركة Volvo وشركة Trick Veny، حيث اتهمت volvo صاحبة إيداع نماذج قطع غيار السيارات في بريطانيا شركة Trick Veny مستوردة قطع غيار السيارات بالتقليد. المحكمة البريطانية استشارت المحكمة الأوروبية التي اعتبرت شركة Volvo في وضعية هيمنة، وأسست حكمها على وجود عنصرين هما: وجود السوق الموافق ووضعية الهيمنة⁽²⁾.

ولتفادي الاستعمال التعسفي جاءت اللجنة الاقتصادية الأوروبية في 14 سبتمبر 2004 باقتراح هدفت من خلاله إلى ترقية المنافسة بين المصلحين المستقلين والمعتمدين؛ لأن المصلحين المستقلين هم فاعلان ضروريان في عملية المنافسة، لذلك يجب السماح لهم بصناعة هذه القطع⁽³⁾، وتضمنت المادة الأولى تعديل المادة 14 من التوجيه كما يلي⁽⁴⁾:

"1- لا تمنح الحماية بموجب الرسوم والنماذج، للرسوم والنماذج التي تشكل قطعة من منتج مركب الذي يستعمل في إطار السماح بتصليحه بهدف إعادة مظهره الأولي.

2- التزام دول الاتحاد بضمان إعلام المستهلكين بمصدر القطعة للسماح لهم بالاختيار بين القطع المنافسة".

وميز الاقتراح بين السوق الأولي والسوق الثانوي؛ فالسوق الأولي يتعلق بإنشاء السيارة، والسوق الثانوي يخص عملية التصليح بإعادة مظهرها الأول، ومنشئو

(1) François GREFFE, Droit communautaire, J C L Marques, dessins et modèles, fasc 3700, 2006, p 14.

(2) Ibid, P14.

(3) Le nouveau règlement européen des secteurs automobile. www.coso.net.

(4) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 98/71/CE sur la protection juridique des dessins ou modèles www.senat.fr/europe/textes- europeens/e2699.pdf.

السيارات يمكنهم الاستفادة من قانون الرسوم والنماذج الصناعية على مستوى السوق الأولي، والاحتجاج ضد كل استنساخ من قبل المنافسين الصناع موجه للسوق الأولي أي لعملية البناء. أما على مستوى السوق الثانوي فيمكن بكل حرية إعادة الإنتاج والمتاجرة بقطع الغيار، إذا ما وضعت في السوق من قبل المنشئين، وهي مقصية من الحماية على هذا المستوى.

وعرض هذا الاقتراح المتعلق بتعديل التوجيه على البرلمان الأوروبي، وتمت المصادقة عليه في 2007/12/12، ولم يعرض على مجلس الوزراء، ومع ذلك أدرج شرط التصليح في العديد من تشريعات دول الاتحاد وعددها 11 منها: إيطاليا، ألمانيا، إنجلترا. واقتصرت الحماية على مستوى السوق الأولي. أما فرنسا فظلت معارضة للشروط⁽¹⁾.

فالأساس الذي انطلق منه الاقتراح، أن منح حقوق استثنائية على مظهر المنتج بموجب الرسوم والنماذج الهدف منه الحماية وليس احتكار المنتج بذاته.

خاتمة:

تعد قطع غيار السيارات قبل أن تجسد في المجال الصناعي منتجات فكرية تمنح لمبدعها حقوقا عليها، ومع ذلك تثير مشاكل فيما يخص حماية مظهرها الخارجي بالنظام الخاص بالرسوم والنماذج الصناعية؛ فمنح الحماية المطلقة قد ينجم عنه احتكار، وبالتالي الحيلولة دون وصول هذه القطع للمستهلكين.

لتفادي هذا المشكل، لم تضع الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الملكية الفكرية أحكاما بهذا الخصوص، وحتى المنظمة العالمية للتجارة عبر اتفاق تريبس الخاص بالجوانب الفكرية المتصلة بالتجارة - على الرغم من أهمية الموضوع - لم تدرج أحكاما بهذا الخصوص كما فعلت مع تصاميم المنسوجات، لاسيما وأن المنظمة العالمية للتجارة تدعو إلى تحرير المنتجات، ويشكل هذا التقييد في استعمال الحقوق

(1) Caroline Huguet Braun et caroline wehner, dessins et modèles et pièces détachées; quel avenir pour la protection des pièces détachées en tant que dessins et modèles, octobre 2012. www.regimbeau.en

الفكرية عقبة أمامها.

ويبقى المشرع الأوروبي الوحيد الذي اهتدى إلى الحل القائم على أساس التمييز بين السوق الموجهة له، أي التركيب أو التصليح، محاولة منه للموازنة بين حقوق المنشئ والصانع، إلا أن هذا الحل وإن كان سهل التجسيد إلا أنه يبقى بالنسبة لنظام الملكية الفكرية التي تعترف للمبدع بحقوق مطلقة ضد أي استنساخ غير مرخص حلا غير مقبول.

أما موقف المشرع الجزائري من المسألة فيظل مجهولا، ويدعو للتساؤل عن الموقف المتبع مستقبلا، لاسيما مع دخول الجزائر في مرحلة تصنيع السيارات، فهل سيتبنى نفس الحل الأوروبي أم يبدع حلولا أخرى؟

قائمة المراجع

1 باللغة العربية

*الكتب :

- أسامة نائل الحسين، الوجيز في حقوق الملكية الفكرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2011
- محمد جمال الدين الأهواي، حماية القضاء الوقي لحقوق الملكية الفكرية، الطبعة الأولى، دار الكتب المصرية، 2011.
- فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية، الملكية الأدبية والفنية والصناعية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2001.
- علي نديم الحمصي، الملكية التجارية والصناعية، دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2000.
- يسرية عبد الجليل، حقوق حاملي براءات الاختراع ونماذج المنفعة منشأة المعارف، مصر، 2005.

*المقالات :

- حسام الدين الصغير، التقاضي وقضايا مختارة في مجال البراءات والعلامات التجارية مسقط من 5- 7 سبتمبر 2005. عبر الموقع الإلكتروني:

www.wipo/IP/DIPL/05/10

- صلاح زين الدين، الحماية القانونية لحقوق المخترع والمؤلف، الملتقى المهني الأول في إطار تبادل الخبرات من أجل العلوم والتعلم، جامعة قطر، 26 / 27 جانفي 2010، zaineddin@live.

*المواقع الالكترونية :

الخبر أونلاين/الجمارك تحجز أكثر من 151.1 مليون سلعة مقلدة 19:46 - 23 نوفمبر 2015 //www.elkhabar.com/press/article

*القواميس:

- قاموس المنجد في اللغة العربية المعاصرة، الطبعة الثالثة، دار المشرق، بيروت، 2008.

* النصوص التشريعية:

- النصوص الدولية :

- اتفاقية باريس لحماية حقوق الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883 المعدلة والمنقحة المنظمة إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 66- 48 مؤرخ في 25 فبراير سنة 1966 يتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية باريس المؤرخة في 20 مارس سنة 1883، ج.ر، عدد 16 مؤرخة في 25 - 2 1966 والمصادق عليها بموجب أمر رقم 75- 2 المؤرخ في 9 يناير 1975 المتضمن المصادقة على اتفاقية باريس للملكية الصناعية، ج.ر عدد 10 مؤرخ في 4/2/1975 والمصادق عليها بموجب أمر رقم 75- 2 المؤرخ في 9 يناير 1975 المتضمن المصادقة على اتفاقية باريس للملكية الصناعية، ج.ر عدد 10 مؤرخ في 4/2/1975.

- اتفاقية مدريد للتسجيل الدولي للعلامات المعدلة في استكهولم في 14 يوليو 1967 المنظمة إليها الجزائر بموجب أمر رقم 72- 10 مؤرخ في 22 مارس سنة 1972 ج.ر، عدد 32 مؤرخ في 21 أفريل 1972.

- اتفاقية بارن لحماية الملكية الأدبية والفنية المبرمة في 09 سبتمبر 1886 المعدلة والمنقحة المنظمة إليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97- 341 مؤرخ في

13 سبتمبر 1997 يتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية المعدلة والمنقحة بحفظ، ج ر العدد 61 المؤرخ 14 - 09 - 1997.
- اتفاق ترس على إثر التوقيع على اتفاقية إنشاء للمنظمة العالمية للتجارة في مراكش المبرمة في 15 أفريل 1994 المنشور عبر الموقع الإلكتروني arabes /textewww .wipo.int /wipo

النصوص التشريعية الوطنية

- القوانين:

- قانون رقم 79- 07 المؤرخ في 21 يوليو 1979 المعدل والمتمم بالقانون 89- 10 المؤرخ في 22 أوت 1998 المتضمن قانون الجمارك، ج.ر، عدد 61 مؤرخ في 23 أوت 1998.

- قانون رقم 09- 03 مؤرخ في 25 فبراير 2009 المتضمن حماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، عدد 15، مؤرخ في 2009/03/8.
- الأوامر:

- الأمر رقم 03- 05 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر العدد 44 مؤرخ في 23 جويلية 2003.

- الأمر رقم 03- 06 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، المتعلق بالعلامات ج.ر، العدد 44 المؤرخ في 23- 07- 2003.

- الأمر رقم 03- 07 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 المتعلق ببراءة الاختراع، ج.ر، عدد 44 مؤرخ في 23- 7- 2003.

- الأمر رقم 66- 86 الجزائري المؤرخ في 28 أفريل 1966 المتعلق بالرسوم والنماذج، ج ر، العدد 35 المؤرخ في 3- 5- 1966.

- المراسيم:

- المرسوم التنفيذي رقم 07- 390 يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة، ج.ر، عدد 78 مؤرخة في 17 ديسمبر 2007.

- القرارات:

- قرار وزير المالية لسنة 2002 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2002، يحدد كيفيات تطبيق المادة 22 من قانون الجمارك المتعلق باستيراد السلع المزيفة، ج.ر، عدد 56، مؤرخ في 18 أوت لسنة 2002.
2 باللغة الفرنسية:

Ouvrages :

- Dennis Cohen, Dessins et modelés industriel, édition économie, France.
- Jérôme Passa, Droit de la propriété industrielle, édition Alpha, 2009.
- Patric Taffrou, Droit de la propriété intellectuelle , 2e édition, Paris 2007.

Thèse :

- Lise GUILLEMIN, la pièce de rechange automobile, thèse de doctorat, Droit privé, université de Lorraine, France ,2012.

Articles :

- François GREFFE,, Droit communautaire, J C L Marques , dessins et modèles, fasc3700 , 2006.
- Les multiples facettes de la pièce de rechange pour automobile. www.lea.etai.fr/detajp/8.
- L'usine nouvelle. www.usinenouvelle.com/equipementiers .
- Communication de la commission ,Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles. www.eur-lex.europa.eu.
- Qu'est-ce- que 'une pièce d'origine selon le règlement (CE) n° 1400 :2002. www.euromotor.info.
- Monopoles des constructeurs sur les pièces de carrosserie. Un privilège chèrement payé par les consommateurs français!. www.apres-vente-auto.com/wp-content/.../01/janvier-2012-enquete-ufc-que-choisir.pdf.
- Pièce d'origine adaptable et le constructeur www.autoexpdz.unblg.fr. 14- 11- 2014.
- Le nouveau règlement et automobile d'exemption www.autofigrefa.fr.pdf
- La commission propose de renforcer la conscience sur le marché des pièces de rechange pour voitures ; questions fréquemment posées. www.europa.eu.
- Les différents types de pièces détachées. [www.autorité.delaconcurrence.fr/doc/fiche\(5\)](http://www.autorité.delaconcurrence.fr/doc/fiche(5)).
- Qualification ; la pièce de réemploi ;un produit ou un déchet ; www.global-pre.fr/la-piece-de-reemploi-un-produit-ou-un-dechet
- Peugeot. 308 II 2013. Topic officiel www.forum-auto.com-
- Cabinet beau de Lomene, la protection des pièces détachées en droit communautaire; www.Dal-IP.com.

- La Protection des pièces visibles par le droit de la propriété intellectuelle. avis N126a- 21 DU 8 OCTOBRE 2012 www.autiriledelaconurrence.fr
- Le nouveau règlement européen des secteurs automobile. www.coso.net.
- Caroline Huguet Braun et caroline wehner ; dessins et modèles et pièces détachées ; quel avenir pour la protection des pièces détachées en tant que dessins et modèles ; octobre 2012 ; www.regimbeau.en
- Terme et définition N F X 60- 3.2.4 << article destiné à remplacer une pièce défectueuse ou dégradé sur un bien >> www.yumpi.com/fr1/document .

Dictionnaire :

- Le petit Larousse illustré , édition Larousse, 2014.

Textes Juridiques :

- code de la propriété intellectuelle Français . www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte-
- Directive 98/71/CE du Parlement européen et du conseil du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles . Sur le site web www.wipo.int/wipolex/fr
- Règlement(CE) N 6/2002 relatif à la protection des dessins ou modèles communautaires Sur le site web www.wipo.int/wipolex/fr/
- Règlement (CE) n° 1400 /2002 De la commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81 ; paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratique concertées dans le secteur automobile journal officiel de l'union européenne. 203 du 1- 8- 2002 Sur le site web. www.euromotor.info/wp-content/uploads/2010/02/4612
- Règlement(UE) n° 461- 2010 de la commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101 paragraphe 3 ; du traité sur le fonctionnement de l'union européenne a des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile ; journal officiel de l'union européenne 28- 05- 2010. Sur le site web. www.euromotor.info/wp-content/uploads/2010/02/4612
- Brochure explicative de l'article 81 ; paragraphe 3 ; du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratique concertée dans le secteur automobile; question2; sur le site web. www.europa.eu/competition/sectors.
- Directive européenne N 2007/46/CE du parlement européen et du conseil du 5/9/2007 établissant un cadre pour la réception des véhicules a Motors de leurs remorques et des systèmes , des composants et des entités technique à ces véhicules, sur site web: www.EUR.LEX:

- Propositions de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 98/71/CE sur la protection juridique des dessins ou modèles www.senat.fr/europe/textes-europeens/e2699.pdf.
- Avis de comité économique et social européenne sur la proposition de directive du parlement européen et du conseil modifiant la directive 98 /71/CE sur la protection juridique des dessins et modèle , présenté par J.PEGARDO et H .STEFFENS. journal officiel de l'union européenne 17-11- 2005 . www-eur-lex.europa.eu
- Avis 12- A- 21 du 8 octobre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel des secteurs de la réparation et de l'entretien de véhicules et de la fabrication et de la distribution de pièces derechange <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/>.pdf

DROGUE ET TOXICOMANIE**ENTRE****PREVENTION, TRAITEMENT ET REPRESSION**

* بقلم: د/ قاسي سي يوسف *

RESUME

Confrontée à l'extension du phénomène de la drogue d'une manière spectaculaire ces dernières années, l'Algérie s'est dotée d'une loi (n° 04-18 du 25 décembre 2004) qui incrimine et réprime le trafic, la détention, la consommation illicites de stupéfiants et de substances psychotropes.

Cette loi s'attaque au trafic sous toutes formes par le biais de peines sévères allant jusqu'à la réclusion perpétuelle et des amendes pouvant arriver à 50.000.000 DA.

Mais s'il se trouve que l'usager interpellé est un toxicomane, l'action publique ne sera pas exercée, et au lieu de recourir aux dispositions répressives, il peut suivre des mesures sanitaires alternatives: un traitement médical de désintoxication, soit dans un établissement spécialisé, ou à l'extérieur sous surveillance médicale.

Les personnes toxicomanes qui ne se soumettent pas à l'obligation d'exécuter une décision ayant ordonné la cure de désintoxication sont punies des sanctions prévues par la loi.

C'est une prise en charge psychosociale qui s'inscrit aussi dans une stratégie de prévention, de réhabilitation, de réadaptation et de réinsertion sociale.

ABSTRACT

Drugs and drug addiction between prevention, treatment and repression

* أستاذ محاضر قسم "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج-البويرة.

Summary confronted with the extension of the phenomenon of drug in a spectacular way these last years, Algeria voted a law (n° 04-18 of December 25th, 2004) which accuses and represses the traffic, the detention, the illicit consumption of narcotics and psychotropic substances.

This law attacks the traffic in all its forms by means of severe punishment going until the perpetual reclusion and fines reaching 50,000,000 DA.

But if the incriminated user is a drug addict, the public action will not be exerted, and instead of resorting to the repressive provisions, it can follow alternative medical measurements: a medical care of detoxication is in a specialized establishment, or outside under medical supervision.

The drug addicts who do not subject themselves to the obligation to carry out a decision having ordered the detoxification therapy are punished by sanctions envisaged by the law.

It is a psychosocial assumption of responsibility which also fits in a strategy of prevention, rehabilitation, readjustment and social treatment.

ملخص

إن سائر الاتفاقيات الدولية ذات الصلة بمشكلة المخدرات وسائر التشريعات في غالبية دول العالم أخذت بتدبير إيداع متناول العقاقير المخدرة إحدى المصحات لتلقي العلاج من الإدمان، بدلا من الحكم بالعقوبات المنصوص عليها في القوانين في هذا الشأن. بل أصبح هذا التدبير هو المحور الرئيسي الذي تدور في فلكه كل استراتيجية مكافحة المخدرات.

تظهر أهمية إحلال العلاج بديلا للعقوبة في إعادة المتعاطي إلى عافيته وتخليصه من الإدمان، الذي قد يدفعه إلى التدرج في الأنشطة الإجرامية، وقد يصل إلى حد التهريب والترويج، ووقوعه ضحية شبكات الاتجار بالمخدرات.

تماشيا ما قد أدرجه في التشريعات السابقة، بقي المشرع الجزائري ينظر إلى المدمن كمريض يستوجب العلاج لا العقاب، فكانت مواد القانون رقم 04-18

الصادر في سنة 2004 هي نفسها، إذ نصت على عدم ممارسة الدعوى العمومية ضد الأشخاص الذين امتثلوا إلى العلاج الطبي الذي وصف لهم لإزالة التسمم وتابعوه حتى نهايته، كما لا يجوز متابعة كل من استعمل المواد المخدرة بطرق غير مشروعة إذا ثبت أنه خضع لعلاج مزيل للتسمم، أو كان تحت المتابعة الطبية منذ حدوث الوقائع المنسوبة إليه.

إذا رفض مدمن الخضوع للعلاج وامتنع عن تنفيذ قرار المحكمة فتطبق عليه، في هذه الحالة، العقوبات المنصوص عليها في هذا القانون.

INTRODUCTION

Devant l'usage abusif et le trafic illicite des drogues, la communauté internationale a élaboré trois conventions dans le but de lutter contre l'extension exorbitante de ce phénomène.

Dans un même ordre d'idées, le législateur algérien a promulgué le 25 décembre 2004 la loi n° 04-18⁽¹⁾ qui a mis en place les conditions juridiques relatives à la prévention et à la répression de l'usage et du trafic illicites de stupéfiants et de substances psychotropes.

Le cadre légal de cette stratégie contient différents axes de sanctions allant du simple délit de détention ou de consommation personnelle dont la peine d'emprisonnement varie entre deux mois et deux ans et une amende de 5.000 DA à 50.000 DA, ou de l'une de ces deux peines (article 12), jusqu'aux crimes, comme par exemple la fabrication, le transport, la distribution des précurseurs, des équipements ou des matériels, dont le but de les utiliser pour la culture, la production ou la fabrication illicites de stupéfiants ou de substances psychotropes (article 21), qui peuvent être punis de la réclusion criminelle à perpétuité.

Cette loi propose au toxicomane interpellé une alternative: suivre

(1) - Loi n° 04-18 du 25 décembre 2004 relative à la prévention et à la répression de l'usage et du trafic illicites de stupéfiants et de substances psychotropes. JORA - n° 83 du 26 décembre 2004.

un traitement médical de désintoxication, sinon il y aura recours aux dispositions répressives prévues par la loi.

Qu'en est-il donc de la politique de lutte répressive, préventive et de soins sur un sujet aussi complexe que difficile qui est la drogue ?

SECTION I . DEFINITION DE LA DROGUE ET QUELQUES CONCEPTS CONNEXES

§1. DEFINITION DE LA DROGUE

Faut-il rappeler que la jurisprudence n'est pas constante autour d'une définition commune de la drogue et, par conséquent, les significations varient selon l'angle sous lequel les chercheurs l'abordent en fonction de leurs spécialités. Il y a donc des définitions étymologique, scientifique, médicale et légale, et c'est ce que l'on va aborder à travers les points suivants.

A. DEFINITION ETYMOLOGIQUE

L'étymologie du mot drogue est incertaine. Pour la plupart des écrivains il provient du terme néerlandais "*droge*" (matière sèche, tonneaux secs)⁽¹⁾.

Au XVII^e siècle, le mot drogue est défini comme étant une expression relative aux marchandises d'épicerie de tout sorte des pays éloignés, destinées à la médecine, aux teintures et aux artisans. Les drogues pouvaient être aussi des matières premières pour des épices⁽²⁾.

B. DEFINITION SCIENTIFIQUE

La drogue est connue scientifiquement comme étant une substance chimique qui cause la somnolence et le sommeil ou l'absence de conscience, suivi d'une atténuation de la douleur⁽³⁾.

(1) - HERCULE Sidney: L'État et la lutte contre la toxicomanie, thèse pour le doctorat en droit public de l'Université Panthéon-Assa (Paris II), 7 février 2000, p.10.

(2) - PELICIER Yves et THUILLIER Guy: La drogue, Série: Que sais-je, Éditions Dahlab, Alger, Algérie, 7^e édition, 1992, p.13.

(3) - يسري دعبس: الإدمان بين التجريم والمرض، دراسة في أنثروبولوجيا الجريمة، البيطاش سنتر للنشر والتوزيع والملتقى المصري للإبداع والتنمية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية 1998،

Ne sont donc pas considérés, selon ce concept, comme substances narcotiques, les stimulants ni les hallucinogènes⁽¹⁾.

Comme l'on peut également la définir comme substance qui influe, de par sa nature chimique, sur la structure ou la fonction de l'organisme de l'être vivant⁽²⁾.

C. DEFINITION MEDICALE

Les médecins et les pharmaciens utilisent le terme drogue pour désigner les substances qui peuvent provoquer le sommeil ou l'anesthésie et font perdre les sentiments et les sensation⁽³⁾ (1), tandis que les substances psychiques sont celles qui affectent le système nerveux⁽⁴⁾.

Il existe différentes substances utilisées à des fins médicales, comme l'anesthésie chirurgicale. Toutefois, si elles sont mal utilisées là où elles ne sont pas destinées et sans avis médical, cela peut conduire à l'état d'accoutumance et de dépendance, ce qui constitue une menace pour la santé de l'individu et de la société.

D. DEFINITION JURIDIQUE

Il convient de noter que ni les conventions internationales, ni les lois internes n'ont pu arrêter une définition claire, nette et précise de la

ص.153.

(1) - سعيد محمد الحفار: تعاطي المخدرات: المعالجة وإعادة التأهيل، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ودار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى 1994، ص.93.

(2) - سيف الدين شاهين: المخدرات والمؤثرات العقلية، طبع شركة العبيكان للطباعة والنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الرابعة 1989، ص.21.

(3) - MAESTRACCI Nicole: Les drogues, ITCIS éditions, Alger, Coédition PUF, Paris, France, 2012,p.17 et suite. Voir aussi:

محمد فتحي عيد: تعاطي المخدرات في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1981، ص.95.

(4) - Dr MOLTO et Dr RADEL : Les drogues – IMPACT – INTERNAT – revue mensuelle – N° 21 – mai 1993 – p.107.

drogue. Mais elles se sont contentées de recenser les produits stupéfiants et les substances psychotropes et de les répertorier dans des tableaux en annexe des traités et des lois.

1. LE DROIT INTERNATIONAL

La définition internationale des drogues passe essentiellement par la procédure de classement des substances dans des tableaux figurant dans les annexes des traités⁽¹⁾, selon que ces produits doivent relever du contrôle des stupéfiants soumis à la Convention unique de 1961⁽²⁾, ou de celui des substances psychotropes visées par la Convention de 1971⁽³⁾.

- **Les stupéfiants:** Le terme *stupéfiant* désigne "toute substance des tableaux I et II qu'elle soit naturelle ou synthétique"⁽⁴⁾ (1).

- **Les substances psychotropes:** L'expression *substance psychotrope* désigne " toute substance, qu'elle soit d'origine naturelle ou synthétique, ou tout produit naturel du tableau I, II, III ou IV"⁽⁵⁾ (2).

2. LE DROIT INTERNE

Dans un même ordre d'idées, la législation algérienne ne donne pas de signification explicite de la drogue, vu que la tâche du législateur est de mettre en avant les règles et les principes fondamentaux et de laisser le rôle de définir le caractère juridique des

(1) - BOCOBZA Catherine: La politique internationale de lutte contre le trafic illicite de drogues dans le cadre des Nations Unies. Tendances récentes. Thèse pour le doctorat de l'Université Paris II, 1992, pp.37-42.

(2) - Convention unique sur les stupéfiants de 1961, faite à New York le 30 mars 1961, (adoptée par l'Algérie en vertu du décret n° 63-343 du 11 septembre 1963. Voir Journal Officiel de la R.A.D.P. (JORA) n° 66 du 14 septembre 1963), telle que modifiée par le Protocole du 25 mars 1972 portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961. (Protocole adopté par l'Algérie selon le décret présidentiel n° 02-61 du 5 février 2002. Voir JORA n° 10 du 12 février 2002).

(3) - Convention de Vienne de 1971 sur les substances psychotropes. (Adoptée par l'Algérie en vertu du décret n° 77-177 du 7 décembre 1977. Voir JORA n° 80 du 11 décembre 1977).

(4) - Article premier 1 j de la Convention unique de 1961.

(5) - Article premier 1 e de la Convention de 1971.

concepts aux juristes, afin qu'il ne tombe pas dans une définition qui n'est peut-être pas exhaustive et peu crédible au regard de la complexité du phénomène et les constantes découvertes de nouvelles substances nocives.

Donc, pour déterminer le sens du terme *drogue*, il faut se référer à la liste des substances répertoriées en quatre tableaux⁽¹⁾, malgré que la loi n° 04-18 relative à la prévention et à la répression de l'usage et du trafic illicites de stupéfiants et de substances psychotropes débute par un article de définitions, mais peu explicite qui stipule entre autres que:

- **Les stupéfiants:** le terme *stupéfiant* est " toute substance, qu'elle soit d'origine naturelle ou de synthèse, figurant au tableau I et au tableau II de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 telle que modifiée par le protocole de 1972"⁽²⁾.

- **Les substances psychotropes:** L'expression *substance psychotrope* désigne toute substance qu'elle soit d'origine naturelle ou de synthèse, ou tout produit naturel du tableau I, II, III ou IV de la Convention de 1971 sur les substances psychotropes"⁽³⁾.

Cette méthode qui prévoit de définir les produits narcotiques par une procédure de classement dans des tableaux annexés aux conventions internationales ou aux lois internes, témoigne de la complexité de l'aspect des drogues à incriminer et à réprimer, ce qui laisse le soin de déterminer et de donner une définition explicite à la jurisprudence.

Ainsi, pour Francis CABALLERO, juriste, "est une drogue toute substance naturelle ou synthétique susceptible de créer:

1° un effet sur le système nerveux central,

(1) - Cette méthode confère une certaine souplesse pour compléter ou supprimer toute substance vénéneuse en fonction de son danger et de son intérêt médical par simple arrêté du ministre chargé de la santé.

Voir l'article (3) de la loi n° 04-18.

Et HERCULE Sidney, op.cit. p.23.

(2) - Article (2) - alinéa (2) de la Loi n° 04-18.

(3) - Article (2) - alinéa (3) de la Loi n° 04-18.

2° une dépendance physique ou psychique,

3° un danger sanitaire et social⁽¹⁾.

Pour Francis CURTET, psychiatre, " une drogue est un produit qui va modifier notre perception neurosensorielle des choses et notre rapport à la vie. Il s'agit soit d'un excitant, soit d'un atténuant, soit d'une substance déformant la réalité"⁽²⁾.

Les drogues sont définies aussi comme " l'ensemble des substances psychoactives, naturelles ou synthétiques qui, par leur action sur le système nerveux central, peuvent modifier l'activité mentale, les sensations, le comportement, et engendrer une dépendance"⁽³⁾.

Les chercheurs sont presque unanimement d'accord sur une signification unique de la drogue du point de vue juridique. Ainsi, ils la définissent comme un ensemble de substances qui engendrent la dépendance et agissent sur le système nerveux central. Sont donc déclarés illicites différentes activités qui lui sont liées comme usage, culture ou fabrication, excepté pour des fins prévues par la loi, et ne doivent être utilisées que par celui qui est habilité à le faire⁽⁴⁾.

Il ressort de ces définitions, que la drogue comprend tous les produits stupéfiants et substances psychotropes mis sous contrôle international et inclus dans les tableaux annexés aux Conventions internationales.

A la lumière de ce qui précède, l'on peut définir les drogues comme étant tout produit brut d'origine naturelle ou synthétique, où son utilisation abusive entraîne de graves conséquences pour la santé physique et l'état psychique des consommateurs, ce qui constitue une menace et un danger qui vont refléter leurs effets nocifs sur les

(1) - CABALLERO Francis: Droit de la drogue, éditions Dalloz, Paris, France, 1989, p.9.

(2) - CURTET Francis: La drogue, éditions Les Essentiels Milan, Toulouse, France, 1995, p.4.

(3) - Secrétariat d'État chargé de la jeunesse et des sports: Drogues: s'informer, prévenir, agir, Imprimerie HERISSEY - Évreux, France, 1998, p.65.

(4) - DALLOZ: Lexique des termes juridiques 2014, p.890.

fondements économiques, sociaux, politiques et sécuritaires de l'individu, de la famille et de l'humanité toute entière. Ceci explique l'intervention et la détermination des traités internationaux et des lois nationales à réprimer différentes activités relatives aux produits narcotiques.

§2. CONCEPTUALISATION

Pour bien cerner notre recherche d'une manière plus précise et plus complète, il y a lieu de mentionner les termes les plus importants qui seront utilisés dans cette étude.

A. TOXICOMANIE

La toxicomanie comprend plusieurs définitions, et chacune d'elles dépend de l'arrière-plan théorique, point de départ du chercheur.

La toxicomanie (en anglais "*addiction*") signifie donc, l'attachement avec quelque produit, et c'est un état d'intoxication chronique ou périodique causé par l'utilisation fréquente et répétée de la drogue, et dans le cas de rupture de consommation d'une substance quelconque, la personne toxicomane est vite atteinte de troubles particulièrement difficiles à surmonter.

Devant la consommation abusive de substances psychotropes, l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) adopte un autre terme à la toxicomanie: la *pharmacodépendance*, concept reconnu et recommandé par ses experts, et le définit comme " un état psychique et quelquefois physique résultant de l'interaction entre un organisme vivant et un médicament, se caractérisant par des modifications du comportement et par d'autres réactions, qui comprennent toujours une pulsion à prendre le médicament de façon continue ou périodique afin de retrouver ses effets psychiques et quelquefois d'éviter le malaise de la privation. Cet état peut s'accompagner ou non de tolérance. Un même individu peut être dépendant de plusieurs médicaments"⁽¹⁾.

Selon cette définition, la toxicomanie se produit en parallèle avec la disponibilité des caractéristiques principales suivantes⁽²⁾:

(1) - Organisation Mondiale de la Santé, Série de Rapports Techniques, n° 407, Comité OMS, d'Experts de la Pharmacodépendance, seizième rapport, Genève, Suisse, 1969, p.6.

(2) - HERCULE Sidney, op. cit. p.12.

- Envie persistante ou besoin impérieux de continuer à prendre de la drogue et de se la procurer par tous les moyens.

- Tendance à augmenter la dose d'une façon croissante.

- Dépendance psychique et physique à l'égard des drogues.

- Émergence de symptômes psychique et physique spécifiques pour chaque drogue en cas de diminution ou d'interruption soudaine.

- Effets manifestement néfastes pour l'individu et la société.

Le comité d'experts de l'OMS a mis aussi l'accent sur la distinction entre la toxicomanie et l'accoutumance (en anglais "*habitation*") qui est un état qui se caractérise plus particulièrement par:

- L'absence de tendance à augmenter les doses ou de l'augmenter par de petites quantités.

- Absence de dépendance physique, mais présence de dépendance d'ordre psychique.

- Effets secondaires moins graves que ceux résultant de la toxicomanie en cas de rupture soudaine de consommation de la drogue.

- Survenue d'effets nuisibles ne concernant que l'individu.

L'OMS propose donc d'utiliser un concept qui s'appuie sur la notion de dépendance à celui de toxicomanie⁽¹⁾.

En tout cas, il existe des drogues qui provoquent uniquement une dépendance psychique, et il y a d'autres qui causent une dépendance psychique et physique⁽²⁾.

1. LA DEPENDANCE PSYCHIQUE

À la suite d'une consommation abusive de drogues de façon continue ou périodique, cela conduit la personne à la recherche de plus

(1) - PELICIER Yves et THUILLIER Guy? op. cit. p.8.

(2) - DUPONT Jean-Marie: La drogue et l'institution, Éditeur responsable: Henry Ingberg, Bruxelles, Belgique, pas de date de l'année d'édition, p.61 et suite.

Voir aussi la définition que donne la Loi n° 04-18, article 2, alinéa 10.

de plaisir et de satisfaction et à vouloir obtenir plus d'effets et de sensations désirées, où pour éviter les raisons et les motivations de ceux qui en font usage et oublier le poids de handicaps difficiles à surmonter, comme par exemple les conflits familiaux ou les problèmes sociaux.

2. LA DEPENDANCE PHYSIQUE

C'est un état d'adaptation physiologique à une drogue que l'organisme est habitué à prendre, et à chaque fois que la personne qui en fait usage s'abstient d'en consommer de manière brusque ou progressive, des troubles symptomatiques physiques pénibles font leur apparition, c'est le syndrome de *sevrage*. Il n'y a pas de drogues qui provoquent seulement une dépendance physique sans modifier le psychisme de la personne. Et comme substance qui peut engendrer une dépendance physique, nous avons les sédatifs comme l'opium et ses dérivés.

Le toxicomane est celui qui s'habitue à une drogue bien déterminée⁽¹⁾, il ne peut en prendre sans que cela ne lui cause de graves troubles et une perturbation sérieuse aux conséquences psychologiques et physiques pénibles.

La dépendance donc, découle de la nature de la matière consommée par l'usager, ce qui donne que les substances puissantes comme la cocaïne, l'héroïne ou la morphine sont les plus rapides à générer des comportements de dépendance plus que les autres produits narcotiques. Elle repose aussi sur la personnalité de celui qui en fait usage, de la manière dont ces drogues sont consommées et les modes de leur utilisation: fumées, avalées, injectées... Ainsi, la voie intraveineuse est le moyen le plus rapide qui expose à la dépendance, parce que le produit arrive immédiatement dans le sang.

B. DESINTOXICATION

Ce terme est utilisé pour désigner le processus par lequel on peut récupérer le toxicomane de sa dépendance physique associé à la consommation intensive et régulière des drogues, en d'autres termes,

(1) - On peut observer qu'un toxicomane en voulant prolonger les effets recherchés ou dans le but d'en avoir d'autres peut recourir à la consommation de plusieurs substances, il deviendra alors un *polytoxicomane*, ou mieux un *polyconsommateur*.

cela veut dire purifier le corps et le débarrasser des toxines.

C. ABUS DE DROGUES

Le concept *abus de drogues* est utilisé comme une alternative à l'*usage de drogues*, en raison de la teneur et du contenu de ce dernier du stigmate de blâme ou de désapprobation sociale par l'opinion, ce qui peut conduire à une marginalisation et augmenter le nombre des exclus⁽¹⁾.

L'abus de drogues est donc l'utilisation abusive de substances psychoactives placées sous contrôle et sans prescription médicale, ou utilisées à des fins pouvant exposer les individus à des risques de dépendance ou d'ordre sanitaire et social.

D. REINSERTION

On entend par ce terme, le processus des mesures de prises en charge du toxicomane après le recours au traitement dispensé, pour effectuer ses activités qu'il était censé faire avant de tomber dans les filets de la dépendance, ou pour essayer de restaurer les rapports ayant relation avec le milieu du travail, la famille et la société.

Ce travail est basé sur la réintégration et la réinsertion du toxicomane, afin de préparer son retour à la vie normale de la communauté⁽²⁾.

E. READAPTATION

La réadaptation consiste à faire revenir le toxicomane, après la période de convalescence à un niveau acceptable de performance professionnelle, et le doter de moyens nécessaires qui lui permettront d'obtenir un poste de travail stable, qu'il soit celui qu'il exerçait avant de chuter dans la dépendance, ou dans le cadre d'une autre profession afin de favoriser son insertion sociale et l'éloigner de la délinquance.

Ce travail de réadaptation mené envers le toxicomane suppose

(1) - Secrétariat d'Etat chargé de la jeunesse et des sports: Drogues: s'informer, prévenir, agir, op cit. p.11 et p.16.

(2) - Voir articles 1, 21 et 90 de la loi n° 05-04 du 6 février 2005, portant code de l'organisation pénitentiaire et de la réinsertion sociale des détenus. JORA n° 12 du 13 février 2005.

des actions conjointes de plusieurs institutions publiques et privées, comme tous les services de l'État, les collectivités locales, les associations et même les établissements pénitenciers qui abritent les détenus condamnés atteints de toxicomanie⁽¹⁾.

F. SYMPTOMES D'ABSTINENCE

C'est un ensemble de symptômes qui surviennent à la personne toxicomane à la suite d'une interruption brusque ou d'une abstinence forcée de la consommation de drogues ou une diminution de doses, à condition que l'utilisateur soit déjà bien engagé dans l'utilisation de ces substances d'une manière souvent fréquente et pour une longue durée avec de grandes quantités ou aux cocktails de produits.

G. TRAITEMENT

Ce terme se réfère à toutes les actions d'intervention médicale, psychothérapique et psychosociale pour traiter l'utilisateur de stupéfiants et de substances psychotropes. Des mesures sanitaires qui conduiront à l'amélioration totale ou partielle de l'état du toxicomane, à réduire les dommages tant corporels que psychiques qui les accompagnent, telles que le recours aux soins primaires, procédures de postcure et la prise en charge sanitaire des complications liées aux effets nocifs dus à la consommation abusive de drogues.

Dans le cadre d'une injonction thérapeutique, un toxicomane peut être placé sous surveillance médicale ou soumis à une cure de désintoxication. Par ce dernier concept, la loi 04-18 dit qu'il s'agit d'un " traitement destiné à faire disparaître la dépendance psychique ou physique et psychique à l'égard d'un stupéfiant ou d'une substance psychotrope"⁽²⁾.

H. PREVENTION

On entend par le terme prévention dans le domaine des drogues, l'élaboration de stratégies et de politiques de prévention des comportements d'usage de produits psychoactifs, pour éviter l'émergence du problème ou de ses complications, s'il est déjà un fait,

(1) - Voir articles 88, 90 et 96 de la loi n° 05-04.

(2) - Loi n° 04-18, article 2, alinéa 11.

en vue de la modification totale ou partielle du phénomène ou la réduction des risques, parmi lesquels l'abus et la dépendance.

SECTION II . MESURES PREVENTIVES ET CURATIVES

En raison de l'aggravation du problème lié à la drogue et de sa complexité, il fallait prendre des mesures nécessaires pour la prévention et le traitement des toxicomanes, leur réadaptation et leur réinsertion dans la société, et c'est ce qui a poussé le législateur algérien à se doter d'une législation adaptée et à élaborer une loi en la matière, afin de traiter les infractions relatives aux produits psychoactifs quel que soit leur statut juridique et à abroger toutes les dispositions antérieures.

C'est ainsi que la législation en vigueur, par la promulgation de la loi n° 04-18, guidée par les différents développements des comportements de consommation abusive de drogues au niveau international, régional et local, en particulier en ce qui concerne les toxicomanes, a tourné son attention vers eux et va instituer une distinction entre les délinquants, qui doivent être punis et les malades nécessitant traitements,, soins et orientations, qui doivent être secourus, et ceci dans le but de lutter contre toute forme de contact ou prises de drogues, excepté dans les limites exclusives à des fins médicales ou scientifiques, ou délivrées aux particuliers pour l'utilisation en médecine.

L'aspect de cette stratégie est que le législateur en matière de lutte contre la drogue, a suivi une politique d'incrimination et de répression avec des moyens récents, en adoptant des approches préventives aux objectifs sanitaires en la justifiant aux côtés des peines, en découvrant l'impossibilité à endiguer le fléau de la toxicomanie par la seule sanction, quelle que soit sa nature ou sa gravité, qui ne peut répondre d'une manière appropriée à l'objectif tant collectif qu'individuel de dissuasion, de réprimande et de réforme⁽¹⁾ qu'est le développement néfaste du phénomène de l'abus et de la dépendance.

Soucieuses de se conformer aux obligations imposées par les

(1) - La prévention collective, ou générale, tend à éviter le passage à l'acte.

La prévention individuelle, ou spéciale, tend à éviter la récidive ou la répétition d'infractions.

conventions internationales et régionales⁽¹⁾, la majeure partie des récentes législations, dont la loi algérienne, ont pour objet la prévention, qui a toujours été le leitmotiv de la politique criminelle, qui propose aux usagers interpellés des alternatives aux poursuites judiciaires. Ainsi, on peut relever les importantes lois comme celle du 6 février 2005 relative à la prévention et à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme⁽²⁾, ou encore celle du 20 février 2006 qui instaure la prévention et la lutte contre la corruption⁽³⁾. Et dans le domaine du droit de la drogue, la loi n° 04-18 a pour intitulé: la prévention et la répression de l'usage et du trafic illicites de stupéfiants et de substances psychotropes, et dans son deuxième chapitre on retrouve le titre: dispositions préventives et curatives. Ce qui signifie que le législateur algérien a embrassé le principe de substitution de la sanction pénale à des mesures de prévention et de traitement, et cela dans le cas où le délinquant est un toxicomane.

Il n'a jamais été donc question d'éliminer éventuellement la production, la fabrication et le commerce des produits stupéfiants et des substances psychotropes, en reconnaissance de leurs caractéristiques bénéfiques et de la nécessité d'en assurer la disponibilité pour leur utilisation à des fins scientifiques, médicales et thérapeutiques, étant donné qu'ils sont encore utilisés pour le traitement des états psychiques et mentaux, comme anesthésiques pour effectuer des interventions chirurgicales, ou pour atténuer les douleurs causées production à un niveau qui répond à la demande légitime, tout en contrôlant la par certaines maladies comme le cancer.

(1) - Voir l'article 38, alinéas 1, 2 et 3, de la Convention de 1961, l'article 20, alinéas 1, 2 et 3, de la Convention de 1971, l'article 3, alinéa 4.b et c qui demandent à prendre des mesures contre l'abus des stupéfiants et des substances psychotropes, ainsi que la Convention arabe contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1994: article 2, alinéas 3. a, b et c.

Voir aussi HERCULE Sidney, op. cit. p.87.

(2) - Loi n° 05-01 du 6 février 2005 relative à la prévention et à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. (JORA n° 11 du 9 février 2005). Modifiée et complétée par l'ordonnance n° 12-02 du 13 février 2012. (JORA n° 8 du 15 février 2012).

(3) - Loi n° 06-01 du 20 février 2006 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption. (JORA n° 14 du 8 mars 2006).

Il a été plutôt décidé de poursuivre la distribution et en empêchant son détournement vers les marchés illicites.

§1. LA PREVENTION

Le but majeur de la politique criminelle est devenu sans nul doute la prévention de l'infraction et en même temps de la récidive. Une politique préventive très large qui s'appuie sur des dispositions et des mesures couvrant tous les aspects sociaux, et la responsabilité de la conception et de la mise en œuvre de cette stratégie concerne tous les organismes publics et privés de l'État et toutes les composantes de la société.

Cette politique s'inscrit dans un plan global visant à prévenir la criminalité par la prise en compte du rôle que jouent les mutations socio-économiques dans l'aggravation d'un certain nombre de risques de délinquance. Donc la prévention doit avoir pour objectif ultime l'insertion sociale et professionnelle et en particulier l'implication active des jeunes désœuvrés.

Parmi les éléments de prévention de la criminalité, le rôle imparté à la loi⁽¹⁾ vise à protéger la société par la réduction des causes et des circonstances propices centrées sur les comportements plutôt que sur les conséquences.

Par conséquent, la législation pénale est destinée à faire face au phénomène criminel en général, y compris les infractions relatives aux drogues. Dans la prohibition, l'incrimination, la répression de l'achat, la détention pour usage ou pour trafic sous toutes ses formes de stupéfiants et de substances psychotropes, tout cela met en évidence la fonction de la prévention qui essaye d'empêcher quiconque est tenté de commettre l'interdit.

À travers la définition de la prévention que nous avons évoquée lorsque nous avons traité les termes énoncés dans cette étude, il est apparu clairement que son objectif majeur à obtenir est d'empêcher, en totalité ou en partie, les comportements de consommation de drogues ou les complications qui lui sont liées, et faire en sorte que l'usage

(1) - DEBOCK Chantal: Face à la drogue: quelle politique ? La documentation Française, Paris, France, 1995, p.24.

n'évolue pas vers l'abus et la dépendance.

Ces efforts et démarches sont pris en somme, par trois types d'actions:

A - La prévention primaire: Elle a pour objectif de prévenir l'entrée dans la toxicomanie et à réduire les risques d'initialisation à la consommation de produits toxiques, en s'attaquant aux facteurs qui l'animent et les raisons et les motivations qui conduisent à sa propagation par l'essai et le souhait d'expérimentation, puis l'abus.

Pour la prévention primaire, le Professeur PARQUET propose trois grandes options:

"* rendre la personne capable de ne pas consommer car la consommation présente un risque - c'est ce qui est préconisé pour les drogues illicites mais aussi pour le tabac -, car elle est susceptible d'induire des dommages pour le sujet et son entourage ainsi que d'induire un comportement de dépendance;

* rendre la personne susceptible de gérer une consommation sans encourir de risques - c'est ce qui est aussi proposé pour l'alcool et les médicaments psychotropes: la politique de réduction des risques;

* faire que le comportement de consommation n'évolue pas vers la dépendance"⁽¹⁾.

B - La prévention secondaire: L'objectif de cette catégorie de prévention est de travailler sur l'intervention de traitement anticipé pour les nouveaux usagers de drogues afin qu'ils ne consomment plus et éviter ainsi le passage de l'usage au risque d'abus et ne pas atteindre l'étape de la dépendance.

Relève du programme de ce deuxième type de prévention, éviter que l'usager ait recours à la polyconsommation en voulant expérimenter plusieurs substances toxiques en association, à la recherche d'effets de "*bien-être*" des produits sur le sujet, avec tous les risques d'abus ou de dépendance physique ou psychique que cela peut comporter⁽²⁾.

(1) - PARQUET Philippe Jean: Pour une prévention de l'usage des substances psychoactives, éditions C F E S, Vanves, France, 1998, p.26 et 27.

(2) - DEBOCK Chantal, op. cit. p.32; HERCULE Sydney, op. cit. p.111.

La prévention secondaire, comme dirait le Docteur OLIEVENSTEIN, "c'est d'éviter, lorsqu'une partie de la société est contaminée, que le reste ne le soit"⁽¹⁾.

C - La prévention tertiaire: C'est la phase de prévention des toxicomanes dépendants psychiquement ou physiquement, ou les deux à la fois, des substances psychoactives qui sont devenues des besoins impérieux pour les usagers qui sont contraints d'augmenter chaque fois leurs doses ou leurs prises pour le fonctionnement de leurs organismes⁽²⁾.

Il s'agit d'essayer de réduire les risques de détérioration de la santé du sujet et de ne pas être obligé de recourir à un mode de vie lié à la délinquance et au trafic de drogue et débouchant souvent à des interpellations judiciaires.

Dans cet axe de stratégie, la mission préventive consiste à essayer de faire sortir les gens contaminés de la toxicomanie en s'appuyant surtout sur les dispositifs de prise en charge sanitaire et sociale, et les aider à redevenir des citoyens, ce qui leur permettra une insertion sociale dans les meilleures conditions⁽³⁾.

L'attention portée sur la prévention au vrai sens du terme s'oriente donc vers le citoyen qui doit s'impliquer selon un comportement social sain tout en s'affirmant des principes culturels et des valeurs morales que la politique de prévention doit promouvoir⁽⁴⁾.

Aussi l'on peut déterminer les différentes actions de prévention qui nécessitent la participation de certaines catégories de la société dans laquelle est impliqué l'entourage immédiat du toxicomane

(1) - OLIEVENSTEIN Claude in Les médias face à la drogue, colloque organisé par l'Observatoire géopolitique des drogues (OGD), Paris, février 1996, La librairie FPH, série DOSSIERS POUR UN DEBAT, n° 76, Paris, France, p.58.

(2) - BERGERET Jean: Toxicomanie et personnalité, éditions Dahlab, Alger, Algérie, 4^e édition 1994, p.29.

(3) - Mission Interministérielle de lutte contre la drogue et la toxicomanie: Plan gouvernemental de lutte contre les drogues et les toxicomanies 2008-2011, La documentation Française, Paris, France, 2008, p.17.

(4) - PARQUET Philippe Jean, op.cit., p.29.

(famille, milieu scolaire, amis...), et l'intervention de professionnels qui doivent avoir une formation spécifique sociale (emploi, réinsertion sociale, stages professionnels...)⁽¹⁾ ou médicale (psychothérapie, postcure...), et qui doivent contribuer à la mise en œuvre des démarches de prévention comme ce qui suit:

1 - Développer le sentiment social et moral pour construire une position contre la toxicomanie et le trafic de drogue.

2 - Mobiliser le public, en particulier la catégorie des jeunes à être acteurs de prévention⁽²⁾, et les orienter pour essayer d'empêcher la croissance de la demande avant celle de l'offre, et de contribuer ainsi à contenir l'extension des circonstances du phénomène.

3 - Coordonner avec l'ensemble des moyens de communications, source d'information et d'éducation du public⁽³⁾, pour mettre en valeur tout ce qui aide à cerner le phénomène des drogues: production, consommation, trafic, blanchiment de l'argent sale, toxicomanie... et sensibiliser l'opinion publique et la société civile avec toutes ses composantes organisations et associations à vocation socio-éducative et sportive, afin de faire émerger des politiques alternatives capables de lutter efficacement contre un usage qui peut déboucher sur des problèmes à risques de dépendance et de dommages nocifs⁽⁴⁾.

4 - Prendre en charge le rôle très important des services sociaux spécialisés en éducation sociale et psychologique dans une approche globale de recherche des facteurs pouvant motiver surtout l'enfant et l'adolescent à consommer des substances psychoactives⁽⁵⁾, et aider les toxicomanes à sortir de la dépendance.

5 - Encourager l'émergence d'associations et de structures à des fins de sensibilisation et de diffusion d'actions préventives et

(1) - Ministère de la Jeunesse et des Sports, France: Rencontres européennes pour la prévention, actes et paroles, colloque organisé les 3, 4 et 5 décembre 1997 à Paris, France, p.157.

(2) - Secrétariat d'État chargé de la jeunesse et des sports: Drogues: s'informer, prévenir, agir, op. cit. p.8 et p.9.

(3) - LABROUSSE Alain in Les médias face à la drogue, op. cit. p.5.

(4) - MAESTRACCI Nicole, op. cit. p.85 et suite.

(5) - DUPONT Jean-Marie, op.cit. p.23.

sanitaires.

Selon le rapport du Professeur HENRION, "**Les associations** sont des éléments structurants de la vie des quartiers. Elles aident à préserver ou à recréer les liens sociaux. Les clubs de sport, les associations culturelles, artistiques ou autres offrent des occupations variées qui permettent de valoriser des aptitudes différentes de celles autour desquelles s'organise le système scolaire. Elles sont aussi l'occasion d'un contact avec les adultes qui en assurent l'encadrement. Elles offrent ainsi de nouveaux modèles d'intégration en permettant aux jeunes d'y exercer des responsabilités et doivent à ce titre être encouragées et aidées"⁽¹⁾.

6 - Prendre des mesures adéquates de surveillance par les autorités sanitaires en ce qui concerne les délivrances de substances psychoactives au moyen d'ordonnances fictives ou de complaisance, ou par des prescriptions médicales abusives en luttant efficacement contre l'usage détourné de médicaments⁽²⁾.

§2. LE TRAITEMENT

Il est à noter que toutes les conventions internationales et régionales, ainsi que la plupart des législations des États de par le monde, relatives aux drogues, ont toutes pris des mesures sanitaires afin de faire face d'une manière appropriée à l'extension du phénomène de la toxicomanie, et ce par une prise en charge des personnes dépendantes de stupéfiants ou de substances psychotropes à suivre un traitement ou une postcure dans un établissement spécialisé, plutôt que de subir des sanctions prévues par la loi à cet égard. Ces mesures sont devenues l'axe principal autour duquel tourne toute stratégie de lutte contre la drogue.

Si le toxicomane se retrouve devant le dilemme: suivre un traitement médical (injonction thérapeutique) ou bien encourir le

(1) - Rapport de la commission de réflexion sur la drogue et la toxicomanie, président HENRION Roger, Ministère des Affaires Sociales, de la Santé et de la Ville, La Documentation Française, Paris, France, 1995, p.51. Voir aussi: Rencontres européennes pour la prévention, actes et paroles, p.46, 47 et 199.

(2) - Mission interministérielle de lutte contre la drogue et la toxicomanie, op. cit. p.76.

risque d'être jugé et puni, cela constitue aussi une autre alternative qui est de suivre une autre voie, celle de la criminalité, où l'usager de drogues peut s'engager facilement, dont la moindre activité illicite est de trouver les moyens financiers lui permettant de s'approvisionner et satisfaire sa propre consommation, ce qui peut le pousser à une conduite délictueuse à risques: assister les trafiquants et les dealers, trafic de rue, vols, effractions, agressions, prostitution, etc⁽¹⁾.

Conformément aux recommandations des conventions internationales⁽²⁾ et en concordance avec ce qui à déjà été disposé dans l'ordonnance n° 76-79 de 1976 portant code de la santé publique⁽³⁾ et la loi n° 85-05 de 1985 relative à la protection et à la promotion de la santé⁽⁴⁾, le législateur algérien est resté sur les mêmes modes d'actions pour faire face au phénomène de la drogue, à savoir que le toxicomane étant un malade non un délinquant, donc son état nécessite un traitement au lieu d'une condamnation ou d'une peine.

Ainsi, la loi de 2004 dispose que l'action publique ne sera pas exercée contre ceux qui se soumettent à un traitement médical qui leur a été prescrit pour suivre une cure de désintoxication jusqu'à sa fin, et ne sera pas poursuivi non plus l'usager de stupéfiants et de substances psychotropes illicites, s'il est établi qu'il s'est soumis à une cure ou à une surveillance médicale depuis les fait qui lui sont reprochés⁽⁵⁾.

Selon l'article (7) de la même loi, s'il est prouvé par une expertise médicale spécialisée, que l'état de santé de toute personne utilisant des drogues ou les détient pour consommation personnelle nécessite un traitement médical, le juge d'instruction ou le juge des mineurs peut les astreindre à subir une injonction thérapeutique accompagnée de surveillance médicale et de réadaptation appropriées à son état.

(1) - BROCHU Serge: Drogue et criminalité une relation complexe, Les Presses de l'Université de Montréal, Canada, 2^e édition 2006, p.194.

(2) - BOCOBZA Catherine, op.cit. p.261 et suite.

(3) - Ordonnance n° 76-79 du 23 octobre 1976 portant code de la santé publique, JORA n° 101 du 19 décembre 1976.

(4) - Loi n° 85-05 du 16 février 1985, modifiée et complétée, relative à la protection et à la promotion de la santé, JORA n° 8 du 17 février 1985.

(5) - Article (6) de la loi n° 04-18.

Si l'accusé se soumet à l'obligation de traitement médical de désintoxication qui lui a été prescrit et élimine ainsi les effets de la dépendance aux produits toxiques, soit dans un établissement spécialisé, soit à l'extérieur sous surveillance médicale, la juridiction compétente peut ne pas prononcer les sanctions prévues par la présente loi⁽¹⁾.

Les conditions du déroulement du traitement médical de désintoxication sont décidées par arrêté interministériel entre le ministre de l'intérieur et des collectivités locales, du ministre de la justice, garde des sceaux et du ministre chargé de la santé⁽²⁾.

Le médecin traitant informe régulièrement l'autorité judiciaire du déroulement de la cure et de ses conséquences⁽³⁾.

Si le toxicomane refuse de se soumettre à l'obligation de cure de désintoxication, il sera poursuivi et éventuellement puni des peines prévues par la présente loi⁽⁴⁾.

CONCLUSION

En conclusion à notre étude, et pour déterminer le cadre général des mesures curatives de désintoxication à prendre lorsque l'auteur de l'infraction est un toxicomane et qui permettront sûrement le succès escompté du traitement, on peut tirer les enseignements à suivre dans ce domaine. Donc il faut:

1 - Mettre en œuvre une politique de prévention cohérente contre la toxicomanie et l'abus de drogues.

2 - Considérer l'usager de drogues et le toxicomane comme étant dans le besoin d'un traitement et de mesures d'éducation, de réadaptation ou de réinsertion sociale.

3 - Considérer la toxicomanie et l'abus des stupéfiants et des substances psychotropes comme un problème de santé publique.

(1) - Article (8) alinéa (2) de la loi n° 04-18.

(2) - Article (10) alinéa (3) de la loi n° 04-18.

(3) - Article (10) alinéa (2) de la loi n° 04-18.

(4) - Article (9) de la loi n° 04-18.

4 - Mettre en place des établissements spécialisés pour le traitement médical et de cure de désintoxication et de centres d'aide sanitaire, psychologique et sociale.

5 - Mettre en place des centres d'éducation, de réadaptation et de réinsertion sociale.

Il est conseillé d'adapter les programmes de traitement et de réadaptation en fonction des circonstances spécifiques pour chaque pays, car il se peut qu'un système de traitement, appliqué dans un pays, même développé, ne réussisse pas dans un autre pays qui ne possède pas les mêmes conditions. Mais on a besoin plutôt de suivre une politique claire et précise, effectuée par un organisme national dont la mission est de développer une stratégie globale pour le traitement de la toxicomanie⁽¹⁾, et l'Algérie dispose des moyens et des structures pour lutter efficacement contre la toxicomanie, l'usage et le trafic illicites de stupéfiants et de substances psychotropes.

Cela va sans dire que l'incrimination tendant à réprimer d'autres infractions comme la production, la fabrication, la détention, l'offre, la mise en vente, la vente, l'achat pour la vente, la préparation, la distribution, la livraison à quelque titre que ce soit, l'importation ou l'exportation, la culture d'une manière illicite, etc⁽²⁾, et qui ne sont liées au phénomène de la toxicomanie doivent être maintenues.

BIBLIOGRAPHIE

- EN LANGUE FRANÇAISE

I - OUVRAGES

- 1 - BERGERET Jean: Toxicomanie et personnalité, éditions Dahlab, Alger, Algérie, 4^e édition 1994.
- 2 - BROCHU Serge: Drogue et criminalité une relation complexe, Les Presses de l'Université de Montréal, Canada, 2^e édition 2006.
- 3 - CABALLERO Francis: Droit de la drogue, éditions Dalloz, Paris, France, 1989.

(1) - BROCHU Serge, op. cit. p.200.

(2) - Voir le chapitre III : Dispositions pénales de la loi n° 04-18.

- 4 - CURTET Francis: La drogue, éditions Les Essentiels Milan, Toulouse, France, 1995.
- 5 - DALLOZ: Lexique des termes juridiques 2014.
- 6 - DEBOCK Chantal: Face à la drogue: quelle politique ? La documentation Française, Paris, France, 1995.
- 7 - DUPONT Jean-Marie: La drogue et l'institution, Éditeur responsable: Henry Ingberg, Bruxelles, Belgique, pas de date de l'année d'édition.
- 8 - PARQUET Philippe Jean: Pour une prévention de l'usage des substances psychoactives, éditions C F E S, Vanves, France, 1998.
- 9 - MAESTRACCI Nicole: Les drogues, ITCIS éditions, Alger, Coédition PUF, Paris, France, 2012.
- 10 - PELICIER Yves et THUILLIER Guy: La drogue, Série: Que sais-je, Éditions Dahlab, Alger, Algérie, 7^e édition, 1992.

II - THESES

- 1 - BOCOBZA Catherine: La politique internationale de lutte contre le trafic illicite de drogues dans le cadre des Nations Unies. Tendances récentes. Thèse pour le doctorat de l'Université Paris II, 1992.
- 2 - HERCULE Sidney: L'État et la lutte contre la toxicomanie, thèse pour le doctorat en droit public de l'Université Panthéon-Assa (Paris II), 7 février 2000.

III - ARTICLE

- 1 - Dr Molto et Dr Radel: Les drogues – IMPACT – INTERNAT – revue mensuelle – N° 21 – mai 1993.

IV - CONVENTIONS INTERNATIONALES

- 1 - Convention unique sur les stupéfiants de 1961, faite à New York le 30 mars 1961, (adoptée par l'Algérie en vertu du décret n° 63-343 du 11 septembre 1963. Voir Journal Officiel de la R.A.D.P. (JORA) n° 66 du 14 septembre 1963), telle que modifiée par le Protocole du 25 mars 1972 portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961. (Protocole adopté par l'Algérie selon le décret présidentiel n° 02-61 du 5 février 2002. Voir JORA n° 10 du 12 février 2002).
- 2 - Convention de Vienne de 1971 sur les substances psychotropes. (Adoptée par l'Algérie en vertu du décret n° 77-177 du 7 décembre 1977. Voir JORA n° 80 du 11 décembre 1977).

V - ORDONNANCES ET LOIS

- 1 - Ordonnance n° 76-79 du 23 octobre 1976 portant code de la santé publique, JORA n° 101 du 19 décembre 1976.
- 2 - Loi n° 85-05 du 16 février 1985, modifiée et complétée, relative à la protection et à la promotion de la santé, JORA n° 8 du 17 février 1985.
- 3 - Loi n° 04-18 du 25 décembre 2004 relative à la prévention et à la répression de l'usage et du trafic illicites de stupéfiants et de substances psychotropes. JORA - n° 83 du 26 décembre 2004.
- 4 - Loi n° 05-01 du 6 février 2005 relative à la prévention et à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. (JORA n° 11 du 9 février 2005). Modifiée et complétée par l'ordonnance n° 12-02 du 13 février 2012. (JORA n° 8 du 15 février 2012).
- 5 - Loi n° 05-04 du 6 février 2005, portant code de l'organisation pénitentiaire et de la réinsertion sociale des détenus. JORA n° 12 du 13 février 2005.
- 6 - Loi n° 06-01 du 20 février 2006 relative à la prévention et à la lutte contre la corruption. (JORA n° 14 du 8 mars 2006).

V - DOCUMENT

- 1 - Secrétariat d'État chargé de la jeunesse et des sports: Drogues: s'informer, prévenir, agir, Imprimerie HERISSEY - Évreux, France, 1998.

VI - RAPPORTS

- 1 - Organisation Mondiale de la Santé, Série de Rapports Techniques, n° 407, Comité OMS, d'Experts de la Pharmacodépendance, seizième rapport, Genève, Suisse, 1969.
- 2 - Mission Interministérielle de lutte contre la drogue et la toxicomanie: Plan gouvernemental de lutte contre les drogues et les toxicomanies 2008-2011, La documentation Française, Paris, France, 2008.
- 3 - Rapport de la commission de réflexion sur la drogue et la toxicomanie, président HENRION Roger, Ministère des Affaires Sociales, de la Santé et de la Ville, La Documentation Française, Paris, France, 1995.

VII - COLLOQUES

- 1 - Alain LABROUSSE in Les médias face à la drogue, colloque organisé par l'Observatoire géopolitique des drogues (OGD), Paris,

février 1996, La librairie FPH, série DOSSIERS POUR UN DEBAT, n° 76, Paris, France.

2 - Ministère de la Jeunesse et des Sports, France: Rencontres européennes pour la prévention, actes et paroles, colloque organisé les 3, 4 et 5 décembre 1997 à Paris, France.

3 - OLIEVENSTEIN Claude in Les médias face à la drogue, colloque organisé par l'Observatoire géopolitique des drogues (OGD), Paris, février 1996, La librairie FPH, série DOSSIERS POUR UN DEBAT, n° 76, Paris, France.

- EN LANGUE ARABE

1 - سعيد محمد الحفار: تعاطي المخدرات: المعالجة وإعادة التأهيل، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ودار الفكر، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى 1994.

2 - سيف الدين شاهين: المخدرات والمؤثرات العقلية، طبع شركة العبيكان للطباعة والنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الرابعة 1989.

3 - يسري دعبس: الإدمان بين التجريم والمرض، دراسة في أنثروبولوجيا الجريمة، البيطاش سنتر للنشر والتوزيع والملتقى المصري للإبداع والتنمية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية 1998.

4 - محمد فتحي عيد: تعاطي المخدرات في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1981.