

التفتيش في البيئة الافتراضية

la perquisition dans l'environnement virtuel

✍️ / لرقط عزيـزة
أستاذة مساعدة "أ"
جامعة باجي مختار - عنابة -

ملخص

L'environnement technique ou se produit ce genre de crime, qui ne laisse pas d'effets matériels tangibles, et ou, en plus, les preuves peuvent être facilement détruites ou effacées.

Devant ces obstacles, qu'affronte la perquisition dans l'environnement virtuel, le législateur algérien est intervenu par le biais de la loi 09/04 pour mettre en place les limites et les procédures qui conviennent le mieux à la nature du cyber-crime.

De cette perspective, vient cette étude pour mettre l'accent sur la perquisition dans l'environnement virtuel.

Mots clé: perquisition, l'environnement, protection.

مقدمة:

يعد التفتيش من أخطر الإجراءات التي يباشرها من يقوم بالتحقيق في الجريمة بصفة عامة وذلك لمساسها بحقوق الأفراد وحياتهم، التي عادة ما يكفلها الدستور، لذا سعى المشرع إلى وضع ضوابط عديدة سواء تعلقت بالسلطة التي تباشره أم تمنح الإنز بمباشرة والحالات التي يجوز فيها مباشرته وشروط اتخاذ هذا الإجراء، التي تعد ضمانات للحرية الفردية وحرمة المسكن¹، وعليه فإن التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق وليس من إجراءات الاستدلال، وهو ما أجمع عليه الفقه في كل من مصر وفرنسا وما تبناه المشرع الجزائري من خلال النص عليه في البابين الثاني والثالث من

نظم المشرع الجزائري إجراء التفتيش الذي يتلاءم وصور الجريمة التقليدية التي يمكن إدراكها بالحواس لما قد يتركه الجاني من آثار مادية في مسرح الجريمة كال بصمات والأوراق المزورة، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للجريمة المعلوماتية لما يعترض التفتيش من مشكلات إجرائية تتمثل أساسا في البيئة التقنية التي ترتكب فيها الجريمة، التي لا تخلف آثارا مادية محسوسة، بالإضافة إلى سهولة تدمير الدليل ومحوه. وأمام هذه العقبات والإشكاليات التي تعترض إجراء التفتيش في البيئة الافتراضية، تدخل المشرع من خلال القانون 04/09 لوضع ضوابط وإجراءات تتلاءم وطبيعة الجريمة المعلوماتية. من هذا المنطلق، جاءت هذه الدراسة لتسلط الضوء على التفتيش في البيئة الافتراضية.

الكلمات المفتاحية: التفتيش، البيئة، الحماية

Résumé

Le législateur algérien a mis en place la procédure de perquisition qui convenait surtout aux formes de la criminalité classique qui peuvent être perceptibles par les sens, car l'auteur, dans de tels cas, peut laisser derrière lui des effets matériels sur le lieu du crime tels que des empreintes digitales ou des documents falsifiés chose qui n'est pas juste pour les cyber-crimes, car la perquisition va se heurter à des problèmes procéduraux dus principalement à

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، فن التحقيق الجنائي في الجرائم الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 180.



أو محررات مزورة، إلا أن الأمر يختلف عن ذلك بالنسبة للجريمة المعلوماتية لما تعترض التفتيش من مشكلات إجرائية تتمثل أساسا في البيئة الافتراضية التقنية التي ترتكب فيها الجريمة، فهي لا تخلف أي آثار مادية محسوسة، كما أن الجريمة تتم في الخفاء فكثيرا ما يلجأ المجرم المعلوماتي إلى التلاعب بالبيانات في غفلة من المجني عليه، فضلا عن سهولة تدمير الدليل ومحوه.

وعلى ضوء ذلك وأمام الإشكالات التي يثيرها التفتيش في هذا النوع من الجرائم بعد ثبوت عجز الإجراءات التقليدية في مواجهتها، تدخل المشرع الجزائري بموجب القانون 04/09² المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال أين أوجد طرقا إجرائية تتفق وطبيعة الجريمة المعلوماتية. وعليه يثور التساؤل عن الإجراءات التي استحدثها المشرع في سبيل التفتيش عن الجريمة المعلوماتية ومعرفة مرتكبها؟

للإجابة عن هذه الإشكالية ارتئينا تقسيم الموضوع إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول موضوع التفتيش وفي المبحث الثاني شروط التفتيش في البيئة التقنية

المبحث الأول: موضوع التفتيش في الجرائم المعلوماتية:

يتكون النظام المعلوماتي الذي عرفته المادة الثانية ب على من القانون رقم 04/09 لسنة 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها على أنه "أي نظام منفصل أو مجموعة من الأنظمة المتصلة ببعضها البعض أو المرتبطة يقوم واحد منها أو أكثر بمعالجة آلية للمعطيات تنفيذا لبرنامج معين" من مكونات مادية تتمثل في مجموعة وحدات لكل منها وظيفة معينة مثل وحدات الإدخال والإخراج والذاكرة وأخرى غير مادية أو معنوية وتتمثل في البرامج، البيانات والمعلومات ويلزم لهذه

الكتاب الأول المتعلق بالتحقيقات وجهات التحقيق إذ نصت المادة 44 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه "لا يجوز لضباط الشرطة القضائية الانتقال إلى مساكن الأشخاص الذين يظهر أنهم ساهموا في الجناية أو أنهم يحوزون أوراقا أو أشياء متعلقة بالأفعال الجنائية المرتكبة لإجراء تفتيش إلا بإذن مكتوب صادر من وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق مع وجوب الاستظهار بهذا الأمر قبل الدخول إلى المنزل أو الشروع في التفتيش". وهو ما نصت عليه المادة 40 من الدستور: "فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون وفي إطار احترامه، ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة"، ومما سبق يتضح أن التفتيش يتطلب وقوع جريمة حتى تتوصل من خلاله إلى جسم الجريمة ومعرفة مدى اتصاله بالشخص مرتكبها، وترتبط على ذلك فالتفتيش عمل إجرائي يرتب آثارا قانونية، ومن ثم فالتفتيش الذي يشوبه البطالان يترتب عليه بطلان جميع الإجراءات والأعمال الناتجة عنه خاصة المتعلقة بالأشياء التي تم ضبطها.

والتفتيش إجراء يسمح بالاطلاع على محل منح له القانون حرمة خاصة لأنه مستودع السر، وعليه فهو من أهم إجراءات التحقيق في كشف الحقيقة لأنه غالبا ما ينتج عليه أدلة مادية تؤدي إلى نسبة الجريمة إلى المتهم، وقد يكون محل التفتيش الشخص أو المسكن أو محل آخر ألحقه القانون في حكم المسكن، ومن ثم عرف التفتيش بأنه "إجراء من إجراءات التحقيق التي تهدف إلى البحث عن أدلة مادية لجناية أو جنحة تحقق وقوعها في محل يتمتع بحرمة المسكن أو الشخص، وذلك يهدف إثبات ارتكابها أو نسبتها إلى المتهم وفقا للإجراءات القانونية المقررة"¹

وإذا كان مفهوم التفتيش يتلاءم مع صور الجريمة التقليدية التي يمكن إدراكها بالحواس لما قد يتركه الجاني من آثار مادية في مسرح الجريمة من بصمات أو بقع دم

² القانون رقم 04/09 المؤرخ في 5 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية، العدد 47

¹ طارق ابراهيم الدسوقي عطية، الموسوعة الأمنية، الأمن المعلوماتي، النظام القانوني لحماية المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 353، 354.

أو حائزا لها في إحدى الأماكن العامة بالتخصيص كالمطاعم أو المقاهي، أو الأماكن العامة بطبيعتها كالطرق والميادين والشوارع فإن تفتيشها يكون وفقا للقواعد والضمانات المقررة بتفتيش الأشخاص في هذا المجال³.

أما إذا كان المكان الموجود به المكونات المادية من الأماكن الخاصة كأن توجد في مسكن المتهم أو أحد ملحقاته فتطبق عليها الأحكام والضمانات المتعلقة بتفتيش المساكن⁴، مع مراعاة التمييز بين ما إذا كانت المكونات المراد تفتيشها متصلة أو منعزلة عن حاسبات أخرى في مكان آخر غير مكان المتهم مثلا، وما إذا كانت المعلومات المخزنة في أوعية هذا النظام الآخر من شأنها كشف الحقيقة تعين هنا أيضا مراعاة القيود والضمانات التي يستلزمها المشرع لتفتيش هذه الأماكن⁵.

أما المشرع الجزائري فقد أورد القاعدة في نص المادة 64 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على أنه " لا يجوز تفتيش المساكن ومعاينتها وضبط الأشياء المثبتة للتهمة إلا برضا صريح من الشخص الذي ستتخذ لديه هذه الإجراءات، ويجب أن يكون هذا الرضا بتصريح مكتوب بخط يد صاحب الشأن فإذا كان لا يعرف الكتابة فبإمكانه الاستعانة بشخص يختاره بنفسه، ويذكر ذلك في المحضر مع الإشارة صراحة إلى رضاه"، بالإضافة إلى تطبيق أحكام المواد من 44 إلى 47 من هذا القانون إلا أن هذه القاعدة ورد عليها استثناء بموجب تعديل قانون الإجراءات الجزائية وهذا من خلال الفقرة الثالثة من

المكونات مصطلح آخر يسمى شبكة الاتصال وهي سلكية ولاسلكية على المستوى المحلي والدولي، وعليه إذا انصب التفتيش على المكونات المادية فلا إشكال هنا في تطبيق القواعد التقليدية، إلا أن الأمر يختلف إذا ما وقعت الجريمة على برامج الكمبيوتر ومعلوماته فإن التفتيش تعترضه صعوبات تبرز على أساس أن الجاني بإمكانه التخلص من المعلومات التي يستهدفها التفتيش من خلال إرسالها إلى نظام معلوماتي آخر أو إلى مكان آخر في النظام المعلوماتي، كما تكمن الصعوبة أيضا في الحالة التي يكون فيها النظام المعلوماتي يتمتع بحماية فنية عن طريق الرقم السري للوصول إلى المعلومات والبيانات وتفتيشها، وهذا الرقم السري لا يعلمه إلا المتهم الذي لا يمكن إلزامه أو إجباره على البوح به¹.

وعليه فإن معرفة هذه الصعوبات يستلزم التطرق للتفتيش المنصب على المكونات المادية والمنطقية للنظام المعلوماتي وشبكات الاتصال بعدية سلكية ولا سلكية محلية ودولية من خلال مطالب ثلاث على النحو التالي:

المطلب الأول: تفتيش المكونات المادية للجهاز الكمبيوتر:

لا يقوم الاختلاف في أن الولوج² إلى المكونات المادية للنظام المعلوماتي للبحث عن شيء يتصل بالجريمة المعلوماتية المرتكبة مما يفيد في الكشف عن الحقيقة ومعرفة مرتكبها يخضع للإجراءات القانونية الخاصة بالتفتيش، بمعنى أن تفتيش المكونات المادية يتوقف على طبيعة المكان الموجود فيه، فإذا كان الشخص يحمل مكونات الحاسب الآلي المادية أو كان مسيطرا عليها

³ - علي عدنان الفيل، إجراءات التحري وجمع الأدلة والتحقيق الابتدائي في جريمة المعلوماتية، مكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 41

⁴ - الشحات إبراهيم محمد منصور، الجرائم الالكترونية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2011، ص 196.

⁵ - خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 195، 196.

- طارق إبراهيم الدسوقي عطية، مرجع سابق، ص 364، 365.

¹ - زبيحة زيدان، الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري والدولي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص 131، 133.

² - يطلق بعض الفقهاء على عملية البحث عن أدلة الجريمة في العالم الرقمي مصطلح الولوج أو النقاد باعتباره أكثر دقة من التفتيش الذي يعني البحث والفحص والتدقيق في البيانات انظر خالد حازم إبراهيم، دور الأجهزة الأمنية في الإثبات الجنائي في الجرائم المتعلقة بشبكة المعلومات الدولية " الأنترنت " بدون دار النشر، 2014، ص 294.



ودلالة كافية على ارتكاب الشخص للجريمة إذا استتبعت ذلك اعترافاً شفوياً².

و إذا كان إخضاع المكونات المادية للتفتيش لا يثير أي إشكال أو اختلاف فقهي، فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للمكونات المعنوية أو الغير المادية إذ ثار جدل فقهي حول إمكانية خضوعها للتفتيش تمهيداً لضبط الأدلة.

إذ ذهب رأي إلى جواز خضوع هذه المكونات للتفتيش ويستندون أنصار هذا الرأي إلى أن القوانين الإجرائية تنص على إصدار الإذن بضبط " أي شيء " فإن ذلك يفسر تفسيراً واسعاً بحيث يشمل معلومات وبيانات الحاسب المحسوسة وغير المحسوسة³.

وعلى النقيض من الرأي الأول فإن أنصار الرأي الثاني يرون أن المكونات المعنوية أو الغير مادية لا تصلح بطبيعتها بأن تكون محلاً للتفتيش، لأن التفتيش يهدف أساساً إلى ضبط أدلة مادية، وهو ما ينتقي في المعلومات ذات الطبيعة اللامحسوسة مما يستلزم وجود أحكام خاصة تتلاءم وهذه الطبيعة⁴.

و في مقابل هاذين الرأيين هناك رأي ثالث الذي يستبعد عبارة كل شيء للقول بقابلية أو عدم قابلية المكونات المعنوية للتفتيش ويعتمد في رأيه على الواقع العملي الذي يتطلب أن يقع الضبط على معلومات الحاسب الآلي إذا اتخذت شكلاً مادياً⁵.

إلا أن المشرع الجزائري ومن خلال القانون 04/09 لسنة 2009 المتعلق بالقواعد الخاصة من جرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها خاصة المادة الخامسة منه، يتضح أنه سار في اتجاه الرأي الثاني الذي رأى بضرورة وجود قواعد خاصة تحكم التفتيش

ذات المادة التي تنص على أنه " وعندما يتعلق الأمر بجرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب وكذا الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف فإنه يجوز التفتيش والمعايينة والحجز في كل محل سكني أو غير سكني في كل ساعة من ساعات النهار أو الليل وذلك بناء على إذن مسبق من وكيل الجمهورية المختص"، والملاحظ أن المشرع من خلال التعديل الذي ألحقه بقانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 22/06 قد غلب مصلحة المجتمع في القصاص من الجاني وردعه على حريات الأفراد ومرد ذلك إلى اعتبارين هما:

- 1.. خصوصية جرائم الاعتداء على المعلومات التي تتمثل في قابلية إخفاء الأدلة في أقل من ثانية.
- 2.. افتراض كون الدليل النقي هو الدليل الوحيد في الدعوى الجزائية ومن ثم اعتماد الإثبات على وجوده.
- 3.. كما أن المشرع لم يقيد التفتيش في هذا النوع من الجرائم بأي قيد بل أقره فقط بضرورة صدور إذن مسبق من وكيل الجمهورية المختص¹.

المطلب الثالث: تفتيش المكونات غير المادية أو المعنوية:

ينصب التفتيش على الجانب الغير مادي المتمثل في المعلومات المعالجة، ولعل الصورة المعتادة والمثال العلمي الذي يمكن تقريره هنا هو فحص البرمجيات الذي يعد من الوسائل الرئيسية في الكشف عن أكثر الجرائم المعلوماتية، مثل جرائم الدخول غير المصرح به فإن وجود برمجيات غير مصنفة تعمل في بيئة الاختراق أو تساعد عليه كما هو الشأن في برمجيات المسح للكشف عن الأبواب المفتوحة يمكن أن يشكل منطقة استهداف

² - رشيدة بوك، مرجع سابق، ص 397.

³ - علي عدنان الفيل، مرجع سابق، ص 42.

⁴ - خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 197.

⁵ - علي عدنان الفيل، مرجع سابق، ص 43.

¹ - رشيدة بوك، جرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية في التشريع الجزائري المقارن، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2012، ص 396.

و إذا كان النظام المعلوماتي لم يزود بحماية فنية فإن الأمر يسهل بالنسبة للقائم بالتفتيش، ولكن الأمر يصعب إذا كان النظام المعلوماتي مزود بحماية فنية ككلمة السر ورفض القائم عليه أو صاحبه بمنحها للمحقق فهل يجوز إجبار المتهم مثلا على تزويد السلطات المختصة بالتحقيق بمفاتيح المرور إلى النظام، أو بعبارة أخرى هل يجوز إكراه المتهم على الإفصاح على كلمة السر لأجل الدخول إلى البيئة التقنية؟

في هذا الصدد تباينت الآراء إذ ذهب رأي إلى أنه لا يمكن إجبار المتهم على تقديم المعلومات اللازمة لتسهيل الدخول أو الولوج للنظام المعلوماتي ويستندون في ذلك إلى القاعدة العامة التي مفادها عدم جواز أو إمكانية إجبار المتهم على الإجابة على الأسئلة التي من شأنها أن تؤدي إلى إدانته، ولا يمكن أن يفسر سكوته أو صمته ضد مصلحته وهو ما يمكن استنتاجه من نص المادة 100 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري التي نص على الضمانات الممنوحة للمتهم، وفي المقابل يرى رأي آخر أنه وإن كان لا يجوز إجبار الشخص الإذلاء بأقوال ضد نفسه، إلا أن ذلك لا يمكن أن يكون حائلا ضد إلزام المتهم بتقديم معلومات للسلطة المختصة لأجل الدخول أو الولوج للنظام المعلوماتي متى كانت هذه المعلومات بحوزته قياسا على إجبار الشخص على تسليم مفتاح الخزانة التي بحوزته⁴ و قد رد أنصار الرأي الأول على ذلك أن كلمة السر وما في حكمها هي أمر معنوي (بخلاف المفتاح الذي يعد شيء مادي) تكتنفه عدة صعوبات كادعاء المتهم نسيانها.

إلا أن المشرع الجزائري حسم المسألة بإمكانية إجبار غير المتهم على تقديم المعلومة للسلطات المختصة والتي تمكن من الولوج للنظام المعلوماتي كما هو الحال بالنسبة لمقدم الخدمة مثلا وهو ما نصت عليه المادة 10

وهذا بالنظر إلى طبيعة المعلومات التي لا تتماشى والنصوص التقليدية التي تعتبر قيда على الحرية الفردية، ومن ثم يصبح القياس على الأشياء المادية محظورا لمنافاته الشرعية الإجرائية¹.

حيث أنه بالرجوع للمادة 05 من قانون 09/ 04 نجد أنها أجازت للسلطات القضائية والمختصة وكذا ضباط الشرطة القضائية الدخول بغرض التفتيش ولو عن بعد إلى:

أ . منظومة معلوماتية أو جزء منها وكذا المعطيات المعلوماتية المخزنة فيها.

ب . منظومة معلوماتية".

ونجد أن المشرع الفرنسي هو الآخر أدخل تعديلات فيها يتعلق بالتفتيش وذلك بإضافة عبارة " المعطيات المعلوماتية "في المادة 94 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي بموجب المادة 42 من القانون رقم (545 - 2004 المؤرخ في 21 جوان 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي إذ أصبح نص المادة 94 ينص على أنه " يباشر التفتيش في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء أو معطيات معلوماتية يكون كشفها مفيدا لإظهار الحقيقة"².

أما الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بجرائم تقنية المعلومات فتناولت التفتيش في الجريمة المعلوماتية في المادة 19 من الفصل الرابع³.

¹ - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 398.

² - art 42 du L C E N dispose que « a l'article 94 du code de procédure pénale , après les mots. des objet.sont insérés les mots « ou des donne informatiques »

-Art 94 du c pp f dispose que « les perquisitions sont effectuées dans tous les lieux ou peuvent se trouver des objets ou des données dans tous découverte serait utile à la manifestations de vérité ».

³ - هلال عبد الله أحمد، مرجع سابق، ص 239.

⁴ - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 399، 400.



دولة ما تسعى في كشف الحقيقة بشأن الجريمة المرتكبة ضد أحد أجهزتها فإن الأمر قد يكون خلاف ذلك بالنسبة لدولة أخرى التي قد تنزعج من ذلك، وهذا ما يزيد من تعقيد الجريمة المعلوماتية العابرة للحدود وهو ما يستلزم وجود تعاون دولي⁵ ونستطيع أن نميز في هذه الصورة بين ثلاث احتمالات ونتناولها من خلال ثلاث فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: اتصال نظام المتهم بنظام آخر أو نهائياً طرفية موجودة فلا مكان آخر داخل الدولة:

يثور التساؤل حول مدى إمكانية امتداد الحق في التفتيش إلى أجهزة أخرى غير جهاز المتهم أم أن التفتيش يقتصر فقط على جهاز المتهم؟

إذا كانت معظم التشريعات الغربية قد تناولت في قوانينها الإجرائية حل هذه المشكلة منها التشريع البلجيكي من خلال المادة 88 من قانون تحقيق الجنايات الصادر في 23 / 11 / 2000⁶، والمشرع الفرنسي من خلال التعديل الذي ألحقه بقانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم (239 / 2003) بشأن الأمن الداخلي الصادر بتاريخ 18 / 03 / 2003 حين أضاف المادة (1/57) من قانون الإجراءات الجزائية وذلك بموجب (1/17) منه⁷.

إلا أن بعض التشريعات العربية مازالت هذه المسألة غائبة في قوانينها الإجرائية كما هو الحال في التشريع السوري بالرغم من ورودها في العرف التكنولوجي⁸، على خلاف المشرع الجزائري الذي فصل في الأمر من خلال الفقرة الثانية من المادة 5 من القانون 09 / 04 لسنة 2009 المتعلق بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها نص على أنه

¹، 11 من القانون رقم 04/09 المتضمن الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، لأن الإكراه الواقع على غير المتهم لا يمس بحقوق الدفاع وهو ما حثت عليه الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بجرائم تقنية المعلومات من خلال المادة 19 الفقرة الرابعة³.

المطلب الثالث: تفتيش الشبكات المتصل بالإنترنت "التفتيش عن بعد":

إن سلبية التقنية الرقمية قد عقدت من التحدي أمام أعمال التفتيش والضبط، فالبيانات التي تحتوي على أدلة الإثبات قد تتوزع عبر شبكة حاسوبية في أماكن مجهولة بعيدة تماماً عن الموقع المادي للتفتيش، وإن كان من الممكن الوصول إليها من خلال حاسبات موجودة في الأبنية أو المواقع الجاري تفتيشها⁴، وقد يكون الموقع الفعلي للبيانات يدخل في اختصاص قضائي آخر أو حتى في بلد آخر، وإن كانت السلطات المختصة في

¹ - المادة 10 من القانون 04/09 "في إطار تطبيق أحكام هذا القانون يتعين على مقدمي الخدمات تقديم المساعدة للسلطات المكلفة بالتحريات القضائية لجمع وتسجيل المعطيات المتعلقة بمحتوى الاتصالات في حينها ويوضع المعطيات التي يتعين عليهم حفظها وفقاً للمادة 11 أذناه تحت تصرف السلطات المذكورة

و يتعين على مقدمي الخدمات كتمان سرية العمليات التي ينجزونها بطلب من المحققين وكذا المعلومات المتصلة بها وذلك تحت طائلة العقوبات المقررة لإفشاء أسرار التحري والتحقيق".

² - المادة 11 " مع مراعاة طبيعة ونوعية الخدمات يلتزم مقدمو الخدمات بحفظ

أ - المعطيات التي تسمح بالتعرف على مستعملي الخدمة، ب - المعطيات المتعلقة بالتجهيزات الطرفية المستعملة للاتصال ج - القضائي التقنية وكذا تاريخ ووقت ومدة كل اتصال، د - المعطيات المتعلقة بالخدمات التكميلية المطلوبة أو المستعملة ومقدميها، هـ - المعطيات التي تسمح بالتعرف على المرسل إليه أو المرسل إليهم للاتصال وكذا عناوين الموقع المطلع عليها....."

³ - هلال عبد الله أحمد، مرجع سابق، ص 239، 254

⁴ - خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 202

⁵ - علي عدنان الفيل، مرجع سابق، ص 44.

⁶ - خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 203.

⁷ - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 402.

⁸ - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 401.

المختصة طبقا للاتفاقيات الدولية ذات الصلة أووفقا لمبدأ المعاملة بالمثل".

و كذلك المشرع الفرنسي أجاز لضباط الشرطة القضائية تفتيش الأنظمة المتصلة حتى ولو تواجدت خارج إقليم الدولة الفرنسية وهذا بموجب الفقرة الثانية من المادة (1/57) من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي المضافة بموجب المادة 17 الفقرة 2 من قانون الأمن الداخلي رقم (2003/239)، أما فأجازت هي الأخرى من خلال المادة 32 الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بجرائم تقنية المعلومات فأجازت تمديد التفتيش لأجهزة وشبكات دولة أخرى حتى بدون إذن في حالتين إذ تعلق التفتيش بمعلومات أو بيانات مباحة للجمهور، والثانية إذا رضي صاحب أو حائز هذه المعلومات بهذا التفتيش³.

الفرع الثالث: التنصت والمراقبة الإلكترونية لشبكات الحاسب الآلي:

أمام صعوبة استخلاص الدليل التقني وفق القواعد الإجرائية التقليدية، مما يترتب عليه إفلات العديد من المجرمين من العقاب، أصبح لزاما التطوير في طرق الحصول على الدليل الذي يتماشى والطبيعة التقنية للجرائم المعلوماتية، وهو ما تظن له المشرع الجزائري بموجب قانون رقم 22/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 باستحداث الفصل الرابع من الباب الثاني من الكتاب الأول من المادة 65 مكرر إلى المادة 65 مكرر 10 تحت عنوان "اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور" إذ بموجب هذا القانون يمكن لوكيل الجمهورية اعتراض الاتصالات السلكية واللاسلكية، كما تدخل المشرع مرة أخرى بموجب القانون 04/09 المتعلق بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها واستحدث بموجبه إجراءات الأول يتمثل في المراقبة الالكترونية،

"في الحالة المنصوص عليها في الفقرة أ" من هذه المادة إذا كانت هناك أسباب تدعو للاعتقاد بأن المعطيات المبحوث عنها مخزنة في منظومة معلوماتية أخرى وأن هذه المعطيات يمكن الدخول إليها انطلاقا من المنظومة الأولى، يجوز تمديد التفتيش بسرية إلى هذه المنظومة أو جزء منها بعد إعلام السلطة القضائية المختصة مسبقا بذلك"

الفرع الثالث: اتصال نظام المتهم بنظام آخر أو نهاية طريق موجودة في مكان آخر خارج الدولة

من المشاكل التي قد تثور في هذه المسألة قيام الجناة بتخزين بياناتهم في أنظمة معلوماتية خارج الدولة مستخدمين في ذلك شبكات الاتصال المعلوماتية وهذا لعرقلة جمع الأدلة والتحقيقات¹، وفي هذه الحالة فإن امتداد الإذن بالتفتيش إلى أقاليم دولة أخرى غير التي أصدرت إحدى جهاتها المختصة هذا الإذن وهو ما يسمى بالولوج أو التفتيش العابر للحدود قد يتعذر القيام به بسبب تمسك كل دولة بسيادتها².

و عليه فإن جانب من الفقه يرى بضرورة التعاون الدولي في هذا المجال الذي يكون في إطار اتفاقيات خاصة ثنائية أو متعددة الأطراف تجيز هذا الامتداد.

و بناء على ما تقدم فإن المشرع الجزائري أجاز من خلال الفقرة الثالثة من المادة 5 من القانون 04/09 لسنة 2009 المتضمن القواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها بتفتيش الأنظمة المتصلة حتى ولو كانت خارج إقليم الدولة الجزائرية إذ نصت على أنه "إذ تبين مسبقا بأن المعطيات المبحوث عنها والتي يمكن الدخول إليها انطلاقا من المنظومة الأولى، مخزنة في منظومة معلوماتية تقع خارج الإقليم الوطني، فإن الحصول عليها يكون بمساعدة السلطات الأجنبية

¹ - طارق ابراهيم الدسوقي عطية، مرجع سابق، ص 371.

² - علي عدنان الفيل، مرجع سابق، ص 46.

³ - علي عدنان الفيل، مرجع سابق ص 47.



الفرد الأول: سبب التفتيش:

نعلم أن سبب التفتيش باعتباره إجراء من إجراءات التحقيق في الجرائم التقليدية هو السعي نحو الحصول على دليل من أجل الوصول إلى الحقيقة ومعرفة مرتكب الجريمة، ومن ثم يمكن القول أن سبب التفتيش يكمن في وقوع جريمة لها وصف الجناية أو الجناية وإتهام شخص أو عدة أشخاص معينين بارتكابها أو المشاركة فيها، وتوافر قرائن وأمارات قوية كافية للكشف عن الحقيقة لدى المتهم أو في مسكنه أو بشخص غيره أو مسكنه³، وهو ذات الأمر الذي ينطبق على الجرائم المعلوماتية حتى يكون التفتيش مشروعاً لا بد من وقوع جريمة من الجرائم المعلوماتية وإتهام شخص أو أشخاص معينين بارتكاب هذه الجريمة أو المشاركة فيها وتوافر أمارات أو دلائل على وجود أجهزة معلوماتية تقيد في كشف الحقيقة لدى المتهم أو غيره.

أولاً: وقوع جريمة معلوماتية:

إن المنطق القانوني والعقلي يتطلب وقوع جريمة معلوماتية لأجل القيام بإجراءات التفتيش باعتباره وسيلة إجرائية تهدف إلى الحصول على دليل المادي، والتي عرفت على أنها "كل سلوك غير مشروع موجه للمساس والاعتداء على المكونات غير مادية للنظام المعلوماتي في وفرتها وإتاحتها أو في سلامتها وتكاملها"

و الجدير بالذكر أنه لا محل لإصدار الإنذار بالتفتيش إلا إذا كان المشرع قد نص على الجرائم التي تشكل اعتداء على المعلومات في شكل نصوص التجريم والعقاب تطبيقاً لمبدأ الشرعية، وهذا ما دأبت عليه الكثير من التشريعات ومنها التشريع الجزائري الذي حدد بموجب القانون (15/04) المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 بعض الجرائم المعلوماتية، وعزز المشرع هذه الحماية بموجب

والثاني حفظ المعطيات المتعلقة بحركة السير¹، إذ تنص المادة الثالثة منه على أنه "مع مراعاة الأحكام القانونية التي تضمن سرية المراسلات والاتصالات، يمكن لمقتضيات حماية النظام العام لمستلزمات التحريات أو التحقيقات القضائية الجارية وفقاً للقواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية وفي هذا القانون، وضع ترتيبات تقنية لمراقبة الاتصالات الالكترونية، وتجمع وتسجيل محتواها في حينها والقيام بإجراءات التفتيش والحجز داخل منظومة معلوماتية"، وكذلك الأمر بالنسبة لجميع الدول تقريباً إذ أجازت التصنت والمراقبة الالكترونية في ظروف معينة بالرغم ما ثار من جدل بشأنها ونذكر على سبيل المثال القانون الفرنسي إذ أجاز قانون 10 يوليو 1991 اعتراض الاتصالات البعيدة بما في ذلك شبكات تبادل المعلومات les verseaux d'échanges de donne وكذلك هولندا وفلندا واليابان².

المبحث الثاني: شروط التفتيش فاعل البحث:

حرصت معظم التشريعات على إحاطة التفتيش بشروط لازمة لصحته، لما يتضمنه من تقييد للحريات الفردية، واعتداء على حرمة الحياة الخاصة، ومن الشروط والضمانات الواجب توافرها في إجراء التفتيش ما هو شكلي ومنها ما هو موضوعي، وعليه سوف تقسم عليه الشروط إلى شروط موضوعية للتفتيش وشروط شكلية.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية للتفتيش:

إن البحث عن الحقيقة القضائية لا ينبغي أن يكون مطلقاً دون أي قيد، بل لابد أن يخضع لضوابط معينة حتى لا يتعسف من يسعى للحصول عليها، وهذه الضوابط تأتي في العادة سابقة لإجراء التفتيش ويمكن حصرها في ثلاث شروط أساسية السبب والمحل والسلطة المختصة للقيام به وعليه سنفصل في كل شرط كما يلي:

¹ - رشيدة بوكر، مرجع سابق، ص 440، 441.

² - طارق إبراهيم الدسوقي عطية، مرجع سابق، ص 373 374.

³ - رشيدة بوكر، مرجع سابق، ص 405.

أن يكون هذا الشخص متهمًا أو غير ذلك، فالاختلاف فقط يكمن في أن تفتيش الشخص غير المتهم أو مسكنه يخضع لأحكام خاصة⁴.

و عليه فإن الدلائل الكافية شرط ضروري لاتخاذ إجراء التفتيش الذي يتضمن مساسا بحرمة الشخص أو مسكنه وهي الضمان الوحيد في التشريع الجزائري الذي يقي الأفراد من الوقوع كضحايا لإجراءات تعسفية.

و القول بوجود الدلائل والقرائن القوية يتوفق على جدية التحريات التي تسبق التفتيش والتي تعتبر من المسائل الموضوعية التي تخضع لقاضي الموضوع، ومن ثم فإذا أراد المتهم الدفع ببطلان التفتيش لعدم جدية التحريات التي سبقته فهذا الدفع يقدم أمام محكمة الموضوع، ولا يجوز إثارته أمام المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون⁵.

الفرع الثالث: تحديد محل التفتيش:

يقصد بمحل التفتيش المستودع الذي يحتفظ به الشخص بأسراره. والسر الذي يحميه القانون هو ذلك الذي يستودع في محل له حرمة كالمسكن والشخص والرسائل⁶، وعليه فإن المحل الذي يقع عليه التفتيش للحصول على أدلة في الجرائم المعلوماتية قد يكون شخص وقد يكون مكان.

أولاً: المقصود بالشخص كمحل لتفتيش النظام المعلوماتي:

الشخص بوصفه محلاً لتفتيش نظم الحاسب الآلي قد يكون من مستعملي أو مستخدم الكميبيوتر أو من خبراء البرامج سواء كانت برامج نظام أو برامج تطبيقات، وقد يكون من المحللين أو من مهندسي الصيانة والاتصالات، أو من مديري النظم المعلوماتية، أو أي

القانون رقم 04/09 المتضمن الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته¹.

ثانياً: إتهام شخص أو أشخاص معينين بارتكاب الجريمة أو المشاركة فيها:

لا يمكن قيام جريمة معلوماتية فقط لقيام سبب التفتيش بل لا بد أن يوجه الاتهام إلى شخص أو أشخاص معينين تقوم دلائل كافية للاعتقاد أنهم من ساهموا في ارتكاب الجريمة سواء كانوا فاعلين أصليين أو شركاء فيها، ولم تتناول قوانين الإجراءات الجزائية تعريفاً للدلائل وإنما اكتفت بالنص على ضرورة توافر دلائل قوية والمتوافقة مع الاتهام، إلا أن الفقه عرفها على أنها "شبهات مستمدة من الواقع والقرائن تنبئ عن ارتكاب الشخص لجريمة من الجرائم"². أما في الجرائم المعلوماتية فهي مجموعة من المظاهر والأمارات المعنية التي تنهض على السياق العقلي والمنطقي أن ترجح نسبة جريمة من الجرائم المعلوماتية إلى شخص معين سواء بوصفه فاعلاً أو شريكاً³، كما لو كان الحاسوب الذي تم تحديد هويته (I P) وتم ارتكاب الجريمة المعلوماتية من خلاله هو حاسوب شخصي يخص شخص بعينه.

ثالثاً: توافر أمارات وقرائن قوية تفيد في كشف الحقيقة:

يتطلب إصدار سلطة التحقيق قرارها بالتفتيش ومباشرة بالإضافة إلى وقوع جريمة معلوماتية واتهام شخص أو عدة أشخاص معينين بمساهمتهم في ارتكاب الجريمة سواء كانوا فاعلين أصليين أو شركاء فيها ضرورة وجود أمارات وقرائن قوية على وجود أجهزة أو معدات معلوماتية تفيد في كشف الحقيقة لدى المتهم المعلوماتي أو غيره، ويستوي الأمر أن تكون هذه الأشياء أو الأجهزة المعلوماتية في حيازة الشخص أو في مسكنه أو

¹ - رشيدة بوكر، مرجع سابق، ص 406.

² - نبيلة هبة هروال، الجوانب الإجرائية لجرائم الأنترنت، في مرحلة جمع الاستدلالات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2007، ص 233.

³ - رشيدة بوكر، مرجع سابق، ص 407.

⁴ - طارق إبراهيم الدسوقي عطية، مرجع سابق، ص 386.

⁵ - طارق إبراهيم الدسوقي عطية، مرجع نفسه، ص 387.

⁶ - نبيلة هبة هروال، مرجع سابق، ص 234.



أولاً: إجراء التفتيش في العالم الافتراضي بمعرفة سلطات التحقيق:

لا يقوم الاختلاف بين الجرائم التقليدية والجرائم المعلوماتية من حيث الجهة أو السلطة التحقيق الأصلية، وهي باختلاف التشريعات المقارنة تتمثل إما في قاضي التحقيق كسلطة أصلية والنيابة العامة استثناء أو العكس، ولا بد أن تكون هذه السلطة وفقاً للقواعد العامة مختصة أصلاً بالتحقيق سواء كان اختصاصاً مكانياً أو نوعياً³، وفيها يتعلق بالاختصاص المحلي فإن المشرع الجزائري قد مدد الاختصاص لقاضي التحقيق في الجرائم المعلوماتية بعد أن كان يحدده بمكان وقوع الجريمة أو بمحل إقامة أحد الأشخاص المشتبه في مساهمتهم في الجريمة أو مكان القبض على أحد الأشخاص المشار إليهم ولو كان لسبب آخر طبقاً للمادة 40 من قانون الإجراءات الجزائية،

و عليه فإن المادة 40 المعدلة من قانون الإجراءات الجزائية أصبحت تنص على أنه " يتحدد اختصاص قاضي التحقيق محلياً بمكان وقوع الجريمة أو محل إقامة أحد الأشخاص المشبه في مساهمتهم في اختراقها أو بمحل القبض على أحد هؤلاء الأشخاص حتى ولو كان هذا القبض قد حصل لسبب آخر.

يجوز تمديد الاختصاص المحلي لقاضي التحقيق إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى عن طريق التنظيم، في جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصـرف " والملاحظ أن تمديد اختصاص المحلي لقاضي التحقيق مشمولاً كما هو الشأن بالنسبة للنيابة بأحكام المرسوم التنفيذي رقم 348/06 خاصة من المادة الأولى إلى المادة الخامسة.

أشخاص آخرين قد تكون بحوزتهم معدات وأجهزة معلوماتية أو أجهزة حاسب آلي محمولة متصلة بجهاز المودم، وفي جميع الأحوال يقصد بالشخص كمحل قابل للتفتيش كل ما يتعلق بكيانه المادي وما يتصل به، ويشمل جسم الإنسان وأمتعته التي كانت في حوزته منتقلاً بها باعتبارها من توابع الشخص¹.

ثانياً: المقصود بالمنازل وما في حكمها كمحل لتفتيش النظام المعلوماتي:

يقصد بالمنازل وما في حكمها كمحل لتفتيش النظام المعلوماتي كل محل لإقامة الأشخاص سواء كانوا متهمين أو يحوزون أشياء تتعلق بالجريمة والملحقات المخصصة لمنافعها والتي يشغلها الشخص إما بصفة دائمة أو مؤقتة وسواء كانت ثابتة أو متنقلة كما هو الحال في الغرف المتنقلة داخل مقطورة السيارة، أو المكتب، متى وجدت فيها مكونات النظام المعلوماتي المادية والغير مادية أو المعنوية²، ويطبق في هذا المجال الشروط وقواعد إجراءات تفتيش المنازل المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

الفرع الثالث: السلطة المختصة بتفتيش النظام المعلوماتي:

أسلفنا القول أن التفتيش إجراء من إجراءات التحقيق التي تمس بحقوق الأفراد وحرياتهم، ونتيجة لذلك حرص المشرع الجزائري الجزائري إلى إسنادها لجهة قضائية تكفل حماية الحقوق والحريات وتضمنها، وقد حددها بقاضي التحقيق الذي يقوم بها بنفسه إلا أنه يمكن لضباط الشرطة القضائية القيام بذلك بصفة استثنائية وفي ظل دراسة التفتيش في البيئة الرقمية، سوف نعرض إلى هذا الإجراء في تلك البيئة، وهذا بالإشارة إلى دور سلطة التحقيق الأصلية تم تحقيق الاستثنائية في ذلك.

¹ - طارق ابراهيم الدسوقي عطية، مرجع سابق، ص 393.

² - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 409.

³ - نبيلة هبة هروال، مرجع سابق، ص 241.

و لا شك أن في تحديد إذن التفتيش تحديد دقيقا بالنسبة لجرائم المعلوماتية قد يخلق بعض الصعوبات والعراقيل أثناء الممارسة العملية للتفتيش، ويرجع ذلك إلى الطبيعة الخاصة للنظام المعلوماتي الذي قد يحتوي على العديد من الملفات وبالتالي يثور التساؤل حول ما إذا كان كل ملف مفرد يعامل معاملة الحاوية المغلقة المنفردة التي تتطلب وجود إذن قضائي مستقل بها دون غيرها².

و عليه فان التقرير العام لمؤتمر AIDP بضرورة وجود خبير معالجة بيانات يساعد في صياغة مسودة إذن التفتيش بحيث تتم تغطية عملية التفتيش ووصف البنود ITENS التي يراد ضبطها³ لأن الجريمة المعلوماتية تتطلب من مصدر أو منفذ الإذن تحديدا فنيا تتجاوز معلوماته العامة ومعارفه للأشياء المراد ضبطها⁴، إلا أن المشرع الجزائري وكغيره من غالبية التشريعات لم يضع الحل في هذه المسألة، والأحكام القضائية في مختلف الدول قليلة وخلصت إلى نتائج متضاربة كما هو الحال في القضاء الأمريكي التي تضاربت أحكامه القضائية فتارة يعتبر الملفات المخزنة في ذاكرة الحاسوب حاوية واحدة مغلقة وبالتالي لا تعد الشرطة متجاوزة للبحث والتفتيش المنوط به في حال فحص المزيد من الأشياء داخل الحاوية الواحدة مما يفعل المفتش الخاص.

في حين ذهب أحكام أخرى إلى اعتبار أن كل ملف من الملفات المخزنة يتطلب إذنا خاصا لتفتيشه وبالتالي فإن كل ملف يعتبر بمثابة حاوية مغلقة لا يمكن الاطلاع عليه إلا بإذن خاص، والعلة في ذلك أن هناك من الملفات من يتعلق بالحياة الخاصة لصاحب الجهاز والاطلاع عليه يعد تعديا على الخصوصية⁵.

وأمام كثرة وتنوع مهام السلطة الأصلية في التحقيق خاصة في الحالة التي يكون فيها تعدد الأماكن والمتهمين المراد تفتيشهم، فيمكن لهذه الأخيرة تفويض سلطاتها في التفتيش للضبطية القضائية عن طريق النذب أو الإذن لها وهذا بعد توافر دلائل كافية قبل المتهم.

ثانيا: إجراء التفتيش خارج العالم الافتراضي بمعرفة الضبطية القضائية:

قد يمنح القانون صلاحية استثنائية لضباط الشرطة القضائية القيام بإجراء التفتيش وهذا بتوافر حالة من الحالات التالية وهي:

أ/ الإذن أو الإفادح بالتفتيش:

الأصل أن سلطة التحقيق هي صاحبة الاختصاص في القيام بالإجراءات المنصوص عليها قانونا، إلا أنه قد تستدعي ضرورات عملية مردها الحرص على تسهيل أعمال التحقيق وسرعة الإنجاز والاستفادة من قدرات الضبطية القضائية في تنفيذ بعض الإجراءات التي تفوض بعض هذه الأعمال وهذا بتوافر شروط معينة عنها ضرورة صدور إذن بذلك.

و يقصد بالإذن بالتفتيش ذلك التفويض الموجه من سلطة التفتيش المختصة إلى أحد مأموري الضبط القضائي متضمنا تخويله إياه إجراء التفتيش الذي تختص به تلك السلطة¹، ولا يختلف الأمر بالنسبة للجرائم المعلوماتية فيما يتعلق بالقواعد الإجرائية المنظمة لإذن التفتيش في جرائم التقليدية المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية خاصة المواد من 138 إلى المادة 142، وعليه يجب أن يحدد في الإذن النذب بالتفتيش المكان والشخص والأشياء المراد تفتيشها وضبطها كتحديد الحاسوب، برامج الاختراق برامج الفيروسات.

² - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 411.

³ - خالد حازم ابراهيم، مرجع سابق، ص 313.

⁴ - نبيلة هبة هروال، مرجع سابق، ص 243.

⁵ - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 411، 412.

¹ - خالد حازم ابراهيم، مرجع سابق، ص 310.



عليه بعض التشريعات المقارنة كفانون إساءة استخدام الحاسب الآلي الانجليزي⁴.

وعلى ذلك فإن تفتيش الشخص يجيز تفتيش النظام الحاسب الذي يحمله معه خارج مسكنه وكذا الأجهزة المعلوماتية التي في حوزته وقت تفتيشه سواء كانت ملكا له أو لغيره⁵.

و يقصد بشخص المتهم المعلوماتي كمحل للتفتيش " تحسس جسمه وملابسه وفحصه بدقة وإخراج ما يخفيه فيها من متحصلات الجريمة المعلوماتية وإذا كانت معه أمتعة جاز تفتيشها بحثا عن أي جزئيات تتعلق بالوحدات المعلوماتية محل البحث، سواء كانت بين يديه أو يضعها أمامه في طريق العام أو يضعها في سيارته⁶."

ج/ التفتيش فلاح (البيع) التفتيش على حالة التلبس بالجريمة:

تتفق معظم التشريعات الإجرائية على أن حالة التلبس تعد إحدى الحالات التي تتوسع فيها اختصاصات الضبطية القضائية، إذ بإمكانها مباشرة بعض الاختصاصات التي في أصلها من اختصاص سلطة التحقيق ومنها تحديد التفتيش عن الأدلة التي تثبت الجريمة ومعرفة فاعلها سواء تعلق الأمر بتفتيش المساكن⁷ أو الأشخاص ومن مظاهر التفتيش في حالة التلبس في الجرائم المعلوماتية أن يكون أحد ضباط الشرطة القضائية في أحد مقاهي الانترنت يمارس هوايته في الإبحار عبر شبكة الانترنت فيلاحظ حركة مريبة

ومما تقدم يمكن القول إن القضاء الأمريكي في اختلاف أحكامه بجد أساسه في المنطق العقلي والقانوني.

فمن جهة فإن البيئة الرقمية تعد مجالا حيويا ضخما يمكنه تخزين مليارات المعلومات والملفات، وأمام كثرة الملفات فلا يعقل إصدار إذن بالتفتيش حسب عدد الملفات ومن جهة ثانية أن الإذن بالتفتيش لا يمكن أن يمتد إلى كافة الملفات لأنه ليس إذن مطلق بل هو مقيد بالغرض منه وهذا ما تؤكد معظم التشريعات الجزائية.

إذا ما أردنا ترجيح أحد الاتجاهين نجد أنفسنا أمام ضرورة الموازنة بين اعتبارين الاعتبار الأول قانوني يتمثل في ضرورة وجود إذن بالتفتيش لكل ملف من الملفات المخزنة، أما الاعتبار الثاني فهو اعتبار عملي يتمثل في اكتشاف جرائم أخرى عن طريق الصدفة بمناسبة تفتيش الملفات المخزنة مثل جريمة حيازة معلومات حصل عليها من جراء دخول غير مصرح به، والخطورة التي تكمن في هذه الحالة هو قيام الجاني بتدمير ومحو المعلومات أو نقلها أو تعديلها خلال الفترة الذي يراد فيه الحصول على الإذن بالتفتيش¹ خاصة وأن الإذن من شروطه أن يكون مكتوبا ولمدة محددة².

و الحل في هذه المسألة ليس الاستناد إلى النصوص التقليدية وتغيير الواقع، وإنما تدخل المشرع الجزائي والنص على جواز التفتيش في كل الملفات الموجودة في النظام المعلوماتي لأن القاعدة أن القانون يجب أن يتكيف مع الواقع³.

ب/ التفتيش بناء على القبض:

يترتب على القبض الصحيح إمكانية تفتيش شخص المتهم عموما والمتهم المعلوماتي خاصة وهذا ما نصت

⁴ - نبيلة هبة هرول، مرجع سابق، ص 244.

⁵ - خالد حازم إبراهيم، مرجع سابق، ص 319، 320.

⁶ - نبيلة هبة هرول، مرجع سابق، ص 246.

⁷ - المادة 45 من قانون الإجراءات ج " تتم عمليات التفتيش التي تجري طبقا للمادة 440 على الوجه الآلي إذا وقع التفتيش في المسكن شخص يشتبه في انه ساهم في ارتكاب الجناية فانه يجب أن يحمل التفتيش بحضوره فإذا تعذر عليه الحضور وقت إجراء التفتيش فان ضباط الشرطة ق ملزم بان يكلفه بتعيين ممثل له، وإذا ممتنع عن ذلك أو كان هاربا استدعى ضابط الشرطة القضائية لحضور تلك العملية شامدا من غير الموظفين الخاضعين.

¹ - رشيدة بوكري، مرجع نفسه، ص 412، 413.

² - للمزيد من التوضيح انظر خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 221، 222.

³ - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 413.

وما إذا كانت تلك الموافقة إرادية أو لا، وهو ما ذهب إليه القضاء الأمريكي الذي أجاز صدور الموافقة من أحد الشخصين اللذان يشتركان في امتلاك ذات جهاز حاسوب الذي لم تكن ملفات محمية بكلمة سر وهو ما حدث في قضية "VNITED States v Smith"⁵، كما يمكن لمدرسي النظام أن يقوموا بالموافقة على التفتيش طالما كانت لديهم سلطة مشتركة كافية على الحاسبات، وخاصة الشبكات الخاصة.

إلا أن الفقه الفرنسي ينتقد بشدة هذا الإجراء، خاصة وأن كل حالات الموافقة على التفتيش كانت ناجمة عن التعسف رجال الضبطية، وبالتالي لا بد من وجود إذن قضائي للقيام بإجراء التفتيش ماعدا حالات التلبس⁶.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية للتفتيش:

لحماية الحريات الفردية من التعسف والانحراف في استعمال السلطة فإن الشروط الموضوعية غير كافية، فلا بد من وجود شروط شكلية لصحة إجراء التفتيش في الجرائم المعلوماتية وتتمثل هذه الشروط في:

الفرع الأول: الحضور الضروري لبعض الأشخاص أثناء التفتيش خارج البيت التفتيش:

يعد هذا الشرط من أهم الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون في الجرائم التقليدية، وذلك لضمان الاطمئنان إلى سلامة الإجراء وصحة الضبط.

و بالرجوع إلى النصوص القانونية فإن الأصل هو حضور المتهم، وهذا الشرط مسلم به بالنسبة لتفتيش الأشخاص لأنه يقع عليهم، أما بالنسبة لتفتيش المسكن فقد يتصور غياب المتهم في ذلك، ولهذا قضت معظم التشريعات بأن يكون التفتيش يتم بحضور المتهم أو من ينوب عنه⁷ وهو ما أقره المشرع الجزائري صراحة

العمل على الانترنت من قبل أحد أعضاء الانترنت فيدخل لمراقبته عن طريق الشبكة فيتبين أنه قام بإتلاف معلومات تخص إحدى الهيئات الجزائرية ففي هذه الحالة تحققت شروط الجرم المشهود¹.

و على ضوء هذا المثال فإن القول بقيام التلبس في الجرائم المعلوماتية جائز وممكن حصوله، وإن كانت الصعوبة تكمن في رصد مرتكب الجريمة في شخصه، إلا في الحالة التي يوجد فيها مرتكب الجريمة في المجال المادي لضباط الشرطة القضائية، أما إذا كان مرتكب الجريمة غير موجود في المجال المادي لذلك الأخير فإن ما يتوافر له مجرد بروتوكول الانترنت الخاص به أو رقم حاسوبه²

د / - التفتيش بناء على رضاء المتهم أو التفتيش بالإرادة:

و تتحقق هذه الحالة في القانون عندما يوافق من له سلطة على التفتيش طوعية وبشكل إرادي، وهو ما أقره القانون الفرنسي على أن تكون الموافقة صريحة وليست ضمنية، كما يجب أن تكون هذه الموافقة مكتوبة وهو ما أكدته المادة 76 / 2 من قانون الإجراءات الفرنسي التي تنص على وجوب أن تكون الموافقة في شكل إقرار مكتوب بيد ذي الشأن فإن كان لا يعرف الكتابة يذكر ذلك في المحضر وتذكر فيه هذه الواقعة³ وهو ما يوافق نص المادة 64 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، وأكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها بضرورة وجود الموافقة الصريحة والمكتوبة من ذوي الشأن⁴.

أما عن تطبيق هذه المسألة على الجرائم المعلوماتية فلها أهمية بالغة، فينبغي البحث فيها عما إذا كان المشتبه به أو شخص آخر له سلطة الموافقة على إجراء التفتيش،

¹ - رشيدة بوك، مرجع سابق، ص 409، 410.

² - رشيدة بوك، مرجع نفسه، ص 410.

³ - خالد حازم إبراهيم، مرجع سابق، ص 323.

⁴ - قرار محكمة العليا بتاريخ 1997/07/30، ملف رقم 165609،

المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الثاني، ص 213.

⁵ - نبيلة هبة هروال، مرجع سابق، ص 250.

⁶ - طارق إبراهيم الدسوقي عطية، مرجع سابق، ص 417.

⁷ - رشيدة بوك، مرجع سابق، ص 413، 414.



يقصد بضمانة الميقات الزمني في التفتيش أن يجريه القائم به خلال فترة زمنية عادة ما يحددها المشرع، والعلة في ذلك هو تضيق نطاق الاعتداء على الحريات الفردية وحرمة المسكن إلا أن هناك من التشريعات من تركت مسألة تحديد ميقات التفتيش للقائم به وبالتالي يجوز له القيام به ليلاً أو نهاراً ومن بين هذه التشريعات نجد التشريع الجزائري المصري⁴.

و على العكس من ذلك فإن المشرع الجزائري وكذا المشرع الفرنسي ذهباً إلى حظر تفتيش المنازل وما في حكمها في وقت معين، فقد حدد المشرع الجزائري حسب أحكام المادة 47 الفقرة الأولى⁵ من قانون الإجراءات الجزائية ميقات التفتيش من الساعة الخامسة صباحاً إلى الساعة الثامنة مساءً، إلا أن هناك حالات استثنائية يجوز فيها إجراء التفتيش في كل وقت ليلاً أو نهاراً وأهمها:

. حالة رضا صاحب المنزل رضا حراً، وصريحاً وعن علم بالسبب.

. حالة الضرورة والمتمثلة في الاستغاثة من داخل المنزل كالحريق مثلاً.

- التحقيق في جميع الجرائم المعاقب عليها في المواد 342 إلى 348 من قانون العقوبات الجزائري وذلك في داخل كل فندق أو منزل مفروش أو فندق عائلي، أو محل لبيع المشروبات أو نادي أو منتدى أو أماكن المشاهد العامة وملحقاتها وفي أي مكان مفتوح

بموجب المادة 45 من قانون الإجراءات الجزائية، إذ اشترط في تفتيش المنازل وما في حكمها سواء من طرف الضبطية القضائية أو قاضي التحقيق أن يتم في حضور المتهم أو من ينوبه، وفي حالة غيابه يجب أن يكون ذلك بحضور شاهدين شرط أن لا يكونا من الموظفين الخاضعين لسلطة ضابط الشرطة القضائية القائم بالتفتيش، وإلى جانب التشريع الجزائري يوجد التشريع المصري الذي سار وفق هذا الشرط وذلك بموجب المادة 51 إجراءات جنائية مصري¹ وكذلك المشرع الفرنسي الذي تعتبر المادة 45 قانون إجراءات جزائية جزائري ترجمة حرفية لنص المادة 57 من قانون الإجراءات جزائري فرنسي، وبتطبيق ما تقدم على الجرائم المعلوماتية فمن المستحسن تطبيق هذه الأحكام لتتطبق على ذلك الإجراء لأنها تعتبر ضماناً للمتهم المعلوماتي ورقابة لسلامة الإجراء وصحة الضبط أن يتم التفتيش في حضور المتهم أو من ينوبه وفي حالة غيابه يعين شاهدين²، إلا أن المشرع الجزائري وبموجب الفقرة الأخيرة من المادة 45 من قانون الإجراءات الجزائية استبعد هذا الشرط والعلة في ذلك هي الطبيعة الخاصة لهذه الجرائم كونها ذات طبيعة تقنية محضة ترتكب في بيئة تقنية، وهذه الخصوصية امتدت للأدلة المعتمدة في إثباتها التي تتميز بسرعة تعديلها والتلاعب فيها في أقل من ثانية وهو ما يستدعي سرعة استخلاصها قبل فقدانها³.

الفرع الثالث: الميقات الزمني لإجراء التفتيش خارج الجرائم المعلوماتية:

¹ - المادة 51 من قانون إجراءات جنائية مصري تنص على أنه " يحصل التفتيش بحضور المتهم أو من ينوبه عنه كلما أمكن ذلك وإلا يجب أن يكون بحضور شاهدين، ويكون هذان الشاهدان بقدر الإمكان من أقاربهم البالغين أو من القاطنين معه بالمنزل أو الجيران ويشث ذلك في المحضر".

² - نبيلة هبة هروال، مرجع سابق، ص 152

³ - رشيدة بوكري، مرجع سابق، ص 415.

⁴ - أشرف عبد القادر قنديل، الإثبات الجنائي في الجريمة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 152.

⁵ - تنص الفقرة 1 من المادة 47 ق ج على أنه " لا يجوز البدء في التفتيش المساكن أو معاينتها قبل الساعة الخامسة صباحاً لا بعد

الساعة الثامنة مساءً، إلا إذا طلب صاحب المنزل أو وجهت نداءات من الداخل أو في الأحوال الاستثنائية المقرر قانوناً "

خاصا في محضر التفتيش، وبالتالي لا يشترط لصحته سوى ما تستجوبه القواعد العامة في المحاضر عموماً⁴ كأن يكون المحضر مكتوب باللغة العربية للدولة، وأن يحمل تاريخ تحريره وتوقيع محرره، كما يجب أن يتضمن كافة الإجراءات التي اتخذت بشأن الوقائع التي يثبتها⁵.

و الحال ذاته بالنسبة لمحضر التفتيش في الجرائم المعلوماتية وإن كان يستلزم بالإضافة إلى الشكليات السابقة ضرورة إحاطة القائم بالتفتيش بتقنية المعلومات، فضلا على الاستعانة في مجال الخبرة الفنية الضرورية بشخص متخصص في الحاسوب والانترنت لصياغة مسودة محضر التفتيش⁶.

النتائج:

نخلص في هذه الدراسة أن التفتيش في الجرائم المعلوماتية ينصب على مكونات مادية للنظام المعلوماتي والتي تخضع للقواعد العامة في التفتيش باعتبارها أشياء مادية ملموسة، أما المكونات المعنوية للنظام المعلوماتي فأخضع المشرع تفتيشها لقواعد خاصة تضمنها القانون رقم 09/04 المتضمن الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته، إذ نصت المادة الخامسة منه على إمكانية التفتيش عن بعد في منظومة معلوماتية، وبين المشرع الحل في الحالة التي يكون فيها النظام المعلوماتي مزود بحماية فنية ككلمة السر إذ ألزم من غير المتهم تقديم المعلومات التي تفيد التحقيق، كما أن المشرع ومن خلال القانون المذكور أعلاه تناول إجراءات تحري خاصة والمتمثلة المراقبة التقنية وحفظ المعطيات المتعلقة بحركة السير، ونظرا لخصوصية الجريمة المعلوماتية وسهولة تدمير الأدلة فإن المشرع لم يتقيد بالمواعيد المحددة وفقا

للعوم أو يرتاده الجمهور إذا تحقق أن أشخاصا يستقبلون فيه عادة لممارسة الدعارة¹.

بالإضافة إلى جريمتي المخدرات والإرهاب التي أجاز فيهما المشرع لضباط الشرطة القضائية التفتيش في كل وقت ليلا ونهارا، نجد أن المشرع بموجب المادة 10 من القانون (22/06) المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية إضافة قائمة من الجرائم وتتمثل في الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الأموال والإرهاب، وكذا جرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف فإنه يجوز إجراء التفتيش أو المعاينة والحجز في كل ساعات الليل والنهار بناء على إذن مسبق من وكيل الجمهورية المختص².

و يلاحظ أن المشرع الجزائري باستثنائه للجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات من حظر التفتيش ليلا إدراكا منه بالطبيعة المميزة لهذه الجريمة وخصوصيتها من حيث إمكانية ارتكابها في أي وقت وأن أدلة الإدانة فيها سهلة المحو والتدمير وأنها غير مرئية، وعليه فإن تأخير إجراء التفتيش قد يحفز على ارتكاب العديد من الجرائم ويعرقل السير الطبيعي لمجريات التحقيق.

و من جهة ثانية فإن هذه الضمانة بدأت أهميتها تتضاءل مع ظهور ما يعرف بالتفتيش عن بعد أو ما يطلق عليه في الفقه الفرنسي مصطلح التفتيش على المباشر Perquisition en ligne والذي يمكن أن يتم في أي وقت³.

الفرع الثالث: محضر التفتيش في الجرائم المعلوماتية:

لما كان التفتيش عملا من أعمال التحقيق، فيستلزم تحرير محضر يدون ويثبت فيه ما تم من إجراءات، وما أسفر عنه التفتيش من أدلة والقانون لم يتطلب شكلا

⁴ - أشرف عبد القادر قنديل، مرجع سابق، ص 154.

⁵ - نبيلة هبة هرول، مرجع سابق، ص 263.

¹ - انظر المادة (47-2) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

² - أنظر المادة (47-3) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

³ - رشيدة بوك، مرجع سابق، ص 417.



- 3- خالد حازم إبراهيم، دور الأجهزة الأمنية في الإثبات الجنائي في الجرائم المتعلقة بشبكة المعلومات الدولية "الإنترنت" بدون دار النشر، 2014.
- 4- خالد ممدوح إبراهيم، فن التحقيق الجنائي في الجرائم الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 5- رشيدة بوكر، جرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية في التشريع الجزائري المقارن، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2012، الطبعة الأولى.
- 6- زبيحة زيدان، الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري والدولي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.
- 7- طارق إبراهيم الدسوقي عطية، الموسوعة الأمنية، الأمن المعلوماتي، النظام القانوني لحماية المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.
- 8- علي عدنان الفيل، إجراءات التحري وجمع الأدلة والتحقيق الابتدائي في جريمة المعلوماتية، مكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2012.
- 9- نبيلة هبة هروال، الجوانب الإجرائية لجرائم الإنترنت، في مرحلة جمع الاستدلالات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2007.
- 10- هلال عبد الله أحمد، اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية، معلقا عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، الطبعة الأولى.

للقواعد العامة في التفتيش بل أجاز ذلك في كل وقت ليلا أو نهارا.

وترتبا على ما تقدم وإن كان المشرع قد تدخل لوضع الحلول عن الإشكالات التي تعيق التفتيش في البيئة الافتراضية، إلا أنه هناك نقائص يتعين على المشرع التدخل مرة أخرى لاستكمالها لإعطاء جدية أكثر للتفتيش والتحقيق بصفة عامة في الجريمة المعلوماتية، ومن بين هذه النقائص ضرورة إعطاء صفة الضبطية القضائية لأصحاب الخبرة في المجال المعلوماتي ومن لهم دراية كافية بهذه التقنية الحديثة والتي تفنقدها سلطات التحقيق والضبطية القضائية الحالية.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

- 1- اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية المؤرخة في 23 نوفمبر 2001.

القوانين:

- 1- الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الدستور الجزائري لسنة 1996.
- 2- الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.
- 3- القانون 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم للأمر 156/66 المؤرخ في المؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات.
- 4- القانون رقم 04/09 المؤرخ في 5 أوت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

المراجع:

- 1- أشرف عبد القادر قنديل، الإثبات الجنائي في الجريمة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2015.
- 2- الشحات إبراهيم محمد منصور، الجرائم الالكترونية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، الطبعة الأولى.

قراءة في نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15 / 247 ، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

د/ ملاتي معمر
أستاذ محاضر "ب"

كلية الحقوق بودواو جامعة محمد بوقرة، بومرداس

ولا غرور، أنّ التسوية الودية للنزاعات عند التنفيذ في مثل هذه العقود، يعود بالنفع على المصلحة المتعاقدة، وعلى المتعامل المتعاقد في نفس الوقت، كما يضمن فعالية ونجاعة الطلب العمومي من خلال السرعة في التنفيذ والاقتصاد في التكلفة.

إلا أنّ النزاعات تتعدّد، بتعدد أسباب نشأتها، فمنها ما يرتبط بإرادتي طرفي الصفقة أو أحدهما

ومنها ما يستقل عن إرادتهما كلياً، لذلك لا يمكن أن تكون جميع النزاعات الطارئة عند التنفيذ أهلاً لأن تنتهي بحل ودي.

كما أنّ المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15/247، بيّنت أنّ الحل الودي للنزاع لا بد أن يراعي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وبالإضافة إلى ما تم الإشارة إليه، بيّنت المادة طرق تسوية النزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودي فنصت على أنّه في حالة عدم اتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات أمّا إذا كان المتعامل المتعاقد أجنبي فيتم اللجوء إلى هيئة تحكيم دولية.

وعليه، وبناء على ما سبق ذكره، فإننا في هذا الإطار نبحث عن ماهية النزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودي.

وضمن هذا التسائل الرئيسي، نبحث أيضاً في؛

- الأسباب المنشئة للنزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودي
- مدى نجاعة طرق التسوية المعتمدة وللإجابة عن هذه الإشكالية، نقسم ورقتنا البحثية هذه إلى جزأين

أولاً: منشأ النزاع.

ثانياً: طرق التسوية.

تعتبر الصفقات العمومية أداة من أدوات التنمية الاقتصادية وعنصر فعال في تجسيدها، فهي سبيل من سبل الإنفاق العام، وباعتبارها كذلك أحكم المشرع طرق إبرامها وكيفية تنفيذها وحدود مجال الرقابة عليها.

لقد أشارت مختلف النصوص القانونية، وعلى اختلاف فترات ظهورها، إلى أنّ الصفقات العمومية، عقود مكتوبة تبرم لأجل تلبية الطلب العمومي في مجال الأشغال، اللّوازم، الخدمات والدراسات، فهي عقود ملزمة لجانبين، بحيث يكون كل طرف في نفس الوقت دائناً ومدين نحو الطرف الآخر⁽¹⁾، فيترتب على هذا الأمر ضرورة أن يوفي كل طرف بما كان عليه اتجاه الآخر طبقاً لما إشتمل عليه العقد، وبحسن نية⁽²⁾.

إلا أنّه قد يحدث ما يؤدي إلى إعاقة تنفيذ الصفقة، باعتبارها عقد طبقاً للالتزامات المقررة على عاتق كل طرف، فيقع الضرر، والذي بدوره ينتهي إلى نزاع.

والنزاع عندما يحدث في مثل هذه العقود، يؤثر على نجاعة الطلب العمومي وفعاليته ويلحق الضرر بالمصلحة العامة، ولذلك نظمت مختلف نصوص الصفقات العمومية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما طرق تسوية هذه النزاعات.

إنّ من بين هذه النزاعات النزاع الذي ينتهي بحل ودي، وذلك ما أشارت إليه المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والذي صدر في ظل بؤادر أزمة اقتصادية نتيجة نقص مداخل الخزينة العمومية جراء انخفاض أسعار البترول في السوق الدولية⁽³⁾.

ورغم أنّ ما تضمّنته هذه المادة الواقعة في القسم الحادي عشر، المعنوّ بالتسوية الودية للنزاعات،

من الفصل الرابع المعنوّ بتنفيذ الصفقات العمومية وأحكام تعاقدية، ظهر في النصوص القانونية السابقة، إلا أنّ هناك شيء من الجدة عما سبق.



- أولاً: منشأ النزاع.

إن الأصل العام في العلاقة العقدية أن تقوم على مبدأ الرضائية والتناسب في الالتزامات بين الطرفين، والصفقة العمومية وانطلاقاً من كونها علاقة عقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد لابد أن تخضع لذلك.

إلا أنه قد يحدث عند تنفيذ هذه الصفقة اختلال في ميزان التناسب بين طرفيها، هذا الاختلال يكون نتيجة سبب ما، يؤدي بدوره إلى ضرر ينتج عنه نزاع.

والأصل العام في النزاع أن يسوى في نطاق وحدود التشريع والتنظيم المعمول بهما، غير أن الاحتكام لهذا النطاق دائماً، وفي جميع النزاعات قد يعود بالسلب على نجاعة الصفقات العمومية، نتيجة طول الإجراءات وتعقيداتها بالإضافة إلى زيادة التكاليف الأمر الذي قد يصل حتى لإعاقة سير المرفق العام.

ولأجل تجنب مثل هذه الوضعيات الصعبة على طرفي الصفقة، جاءت المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، لتقدم حلاً بديلاً لتسوية النزاع.

غير أن المتمعن في أسباب النزاع بصفة عامة - وكما ذكرنا فيما سبق أنها تعود في أصلها إما لإرادة طرفي الصفقة وإما تستقل عن إرادة طرفي الصفقة - يصل إلى نتيجة مفادها، ليس كل نزاع مؤهل لأن ينتهي بحل ودي.

فالنزاع الناتج بسبب خطأ المصلحة المتعاقدة، لا ينتظر أن يسوى بحل ودي يتم فيه مراعاة التوازن في التكاليف المترتبة على كل طرف من طرفي الصفقة، بل يسوى على أساس هذا الخطأ.

في حين أن النزاع الناتج بسبب تصرف مشروع للمصلحة المتعاقدة تم في حدود سلطاتها، يمكن أن يسوى بحل ودي يراعى فيه التوازن.

كما أن النزاع الناتج عن سبب مستقل عن إرادة طرفي الصفقة، يمكن أيضاً أن يسوى بحل ودي.

إن النزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودي، ينقسم في تصنيفه كقاعدة عامة، إلى نزاع مستقل في سببه عن

إرادتي طرفي الصفقة، ونزاع مرتبط في سببه بإرادتي طرفي الصفقة.

وضمن هذا التقسيم الثنائي أيضاً، ليس كل سبب منتج لنزاع، مؤهل لأن ينتهي بحل ودي، وفق ما تنص عليه المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، انطلاقاً من قاعدة الارتباط أو الاستقلال عن إرادة طرفي الصفقة.

وعليه نحاول التطرق لخصائص السبب المنتج للنزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودي، وفق ما تنص عليه المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، انطلاقاً من قاعدة الارتباط أو الاستقلال عن إرادة طرفي الصفقة.

وفي نفس الوقت نتطرق للآثار المنتظرة من توفر تلك الخصائص في السبب المنتج للنزاع.

تبعاً لما تم ذكره، نقسم هذا الجزء إلى ثلاث فقرات.

1- السبب مستقل عن إرادة طرفي الصفقة.

إن أهم خاصية في هذا السبب المنتج لنزاع ينتهي بحل ودي يراعى فيه التوازن في التكاليف هو استقلاله عن إرادة طرفي الصفقة، إلا أنه لا بد من خصائص أخرى يجب أن يتصف بها.

و على العموم فالصفقات العمومية، و كما تعرفها مختلف التنظيمات هي عبارة عن عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، و من التشريع المعمول به ما تنص عليه المادة 107 من القانون المدني في فقرتها الثالثة : "...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها، أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، و إن لم يصبح مستحيل صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

وعليه، ومن خلال هذا النص القانوني يمكن أن نحدد الخصائص الواجب توفرها في هذا السبب المنتج وهي،

أ- أن يكون استثنائياً عاماً.

بمعنى أن السبب الذي أحدث الضرر و من ثم النزاع يعد سبباً طارئاً⁽⁴⁾ لا يمكن دفعه، و لا يخص طرفي الصفقة فقط، بل هو عام، بحيث قد يأخذ شكلاً اقتصادياً

المتعاقد ومن ثم يؤدي هذا الأمر إلى النزاع، وتظهر هذه السلطات من خلال:

- ما ارتبط بكيفية التنفيذ.

إن المطلوب من المتعامل المتعاقد، أن ينفذ الالتزامات التي رتبها الصفقة على عاتقه بحسن نية، ووفق الشروط المحددة حتى يكون التنفيذ كاملاً ومطابقاً ومن ثم يحقق الطلب العمومي النجاعة والفعالية المنتظرة منه، ولأجل ذلك تقوم المصلحة المتعاقدة بعملية الرقابة والتوجيه وهي أمر مفترض لا يحتاج إلى تنصيص⁽⁸⁾، وعلى العموم يمكن استخلاص وجود هذه الرقابة في نصوص عدة من تنظيم الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم الرئاسي 247/15 نذكر منها:

المادة 107: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط أو في الصفقة، بندا يلزم صاحب صفقة عمومية بإبلاغها بكل معلومة أو وثيقة تسمح بمراقبة أسعار تكلفة الخدمات موضوع الصفقة و/ أو ملاحقها، حسب الشروط المحددة في هذه المادة.

يكون قرار إخضاع الصفقة أو الملحق لمراقبة سعر التكلفة عندما يكون ذلك ضرورياً، من اختصاص المصلحة المتعاقدة.

كما يجب أن يتضمن دفتر الشروط و/أو الصفقة العقوبات التي يمكن أن يتعرض لها حائز الصفقة الذي يرفض الإبلاغ بالمعلومات أو الوثائق المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة..."

المادة 126: "يجب على المتعاملين المتعاقدين ومناوئليهم، أن يرصدوا الوسائل البشرية و المادية المصرح بها في عروضهم ما عدا الاستثناء المبرر.

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تتأكد من تنفيذ الالتزامات المتعهد بها في هذا الشأن "

المادة 5/148 "...وإذا قررت المصلحة المتعاقدة استلام الصفقة بتحفظات، فإن محضر الاستلام يجب أن يتضمن جميع التحفظات مرفقا بأجل لرفعها ويبلغ للمتعامل المتعاقد، ويعلم هذا الأخير كتابيا المصلحة المتعاقدة بالتاريخ الذي سيتم فيه رفع التحفظات، وتقوم المصلحة المتعاقدة بالتأكد من رفع التحفظات وتعلم المتعامل المتعاقد معها بذلك، وتعد

كارتفاع الأسعار ارتفاعاً غير معقول و قد يأخذ شكلاً إدارياً كإجراءات إدارية تنظيمية أو شكلاً طبيعياً كحدوث زلازل أو فيضانات أو ما شابه ذلك، أو شكلاً سياسياً كحدوث أزمة دبلوماسية أو ظهور بؤادر حرب⁽⁵⁾.

ب- لا يمكن توقع.

وعدم التوقع هنا مرتبط بكونه استثنائي، إذ أن طرفي الصفقة، وبالأخص الطرف المتضرر لم يمكن في وسعه توقع مثل هذا السبب، وعدم التوقع هنا يشمل السبب في حد ذاته، كما قد يشمل الضرر الذي نتج عنه، ومن ثم النزاع⁽⁶⁾.

ج- لا يمنع استمرار التنفيذ.

بمعنى أن هذا السبب المنتج للضرر، ومن ثم النزاع، لا يجعل استمرار التنفيذ مستحيلاً، ولقد أشارت المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، إلى أن النزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودي، من متطلباته التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

د- أن يؤدي الإخلال معتبر.

ومعنى ذلك أن يؤثر هذا السبب الطارئ في التوازن المالي للصفقة، ويؤدي إلى اختلاله اختلالاً معتبراً، فتتجم عنه خسائر غير مألوفة⁽⁷⁾.

2 - السبب مرتبط بإرادة طرفي الصفقة:

وكما تم الإشارة إليه سابقاً، يستبعد السبب المرتبط بإرادة طرفي الصفقة، والذي يأخذ صفة الخطأ، من كون ما أنتجه نزاع ينتهي بحل ودي في مفهوم المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15.

وبالتالي يبقى السبب المرتبط بإرادة طرفي الصفقة، غير أنه مشروع، ويظهر هذا السبب فيما تقوم به في العادة المصلحة المتعاقدة، انطلاقاً من مركزها في عملية التعاقد أثناء التنفيذ.

وليكون هذا السبب منتجاً لنزاع مؤهل لأن ينتهي بحل ودي لا بد أن تتوفر فيه الخصائص الآتية،

أ- لا بد أن يظهر هذا السبب في شكل عمل مشروع تأتيل المصلحة المتعاقدة.

للمصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة سلطات واسعة، قد تلحق هذه السلطات عند ممارستها ضرر بالمتعامل



ب- لا بد أن يكون هذا السبب غير متوقع.

من المعروف أن قيام المصلحة المتعاقدة بعملية الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة أمر مفترض، ولا يمكن تجاهله، وكذلك الأمر بالنسبة لسلطة التعديل، فهي مجسدة في نصوص تنظيم الصفقات العمومية، وبالتالي فتوقع مثل هذه الأسباب في شكل أعمال مشروعة أمر مفترض، ولكن الشيء الغير مفترض أو الغير متوقع هو حدود هذه الرقابة التي تمارسها المصلحة المتعاقدة وما ينجم عنها من أعباء إضافية ومن ثم ضرر للمتعامل المتعاقد.

وكذلك الأمر بالنسبة لسلطة التعديل، فإن كانت سلطة التعديل متوقعة فإن حدود وظروف هذا التعديل غير متوقعة⁽¹²⁾، ويظهر ذلك في بعض نصوص المرسوم الرئاسي 247/15.

- المادة 4/136 " ...عندما لا يمكن للكميات المحددة في الصفقة تحقيق موضوعها، لاسيما في حالة صفقات الأشغال باستثناء الحالات التي ترجع لمسؤولية المؤسسة، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة، في انتظار إنهاء الملحق، إصدار أوامر بالخدمة تسمح بالأمر بخدمات إضافية و/ أو تكميلية..."

وكذلك ما تنص عليه نفس المادة في فقرتها السابقة " يمكن للمصلحة المتعاقدة، عندما تبرر الظروف ذلك، إبرام ملحق لصفقة تم تنفيذ موضوعها لأداء خدمات أو اقتناء لوازم للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة المرفق العام الذي أنشئ من قبل، ولكن مهما يكن من أمر قبل الاستلام النهائي للصفقة..."

ج- لا بد أن ينتج عن هذا السبب ضرر.

إذا قامت المصلحة المتعاقدة في إطار سلطاتها، بممارسة حق الرقابة والتعديل، ولم ينتج عن هذا الأمر ضرر فلا مجال أصلاً لأن يكون هناك نزاع.

وبالتالي حتى ينتج نزاع، لا بد أن يكون هناك ضرر، والضرر يتعلق بالأعباء الإضافية الغير متوقعة وفي هذا تنص المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247/15 في فقرتها الثامنة؛ "ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة..."

المصلحة المتعاقدة مقرر رفع التحفظات أو إبقائها وتبلغه للمتعامل المتعاقد معها..."

فالمصلحة المتعاقدة، تقوم بالتأكد والمراقبة، والتأكد والمراقبة يختلف حسب طبيعة الطلب العمومي، ويصل في بعض الأحيان إلى التوجيه في التنفيذ والوقوف على كل نقاطه، خصوصاً في الطلبات العمومية المتعلقة بالأشغال⁽⁹⁾.

إن هذا العمل، رغم أنه امتياز مشروع للمصلحة المتعاقدة، إلا أنه قد يؤدي إلى تحميل المتعامل المتعاقد أعباء إضافية، لم ينص عليها في دفتر الشروط الأمر الذي ينتج عنه ضرر ومن ثم نزاع.

- ما يرتبط بالملحق.

الصفقات العمومية مرتبطة بالإففاق العام، كما سبقت الإشارة إلى ذلك، وهي تبرم وفق ما تقتضيه حاجيات المرفق بصفة عامة، لكن قد يحدث ما يدفع المصلحة المتعاقدة، وبارادتها المنفردة للتعديل في شروط الصفقة⁽¹⁰⁾.

ويجد هذا التعديل أو الملحق أساسه في تنظيم الصفقات العمومية فيما تضمنته المادة 135 من المرسوم الرئاسي 247/15 " يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم."

ويعرف التعديل على أنه قيام المصلحة المتعاقدة وبارادتها المنفردة، باعتبارها طرفاً في الصفقة، إلى الضبط في الكمية أو إلى التغيير أو إلى التمديد، في وضمن إطار الصفقة.

بحيث يهدف الضبط في الكمية إلى زيادة الخدمات أو التقليل منها.

ويهدف التغيير إلى تعديل بند أو عدة بنود في العقد.

ويهدف التمديد إلى مد أجل العقد إلى زمن محدد. على أن يتم هذا التعديل ضمن أطر وضوابط محددة⁽¹¹⁾.

ومن ضمن ضوابطه: - ألا يغير الملحق موضوع الصفقة أو مداها.

- لا بد من ظروف تبرر إبرام هذا الملحق.

- أن يتم في إطار القواعد المنظمة له.

على طرفي الصفقة اللجوء إلى طرق أخرى، ذكرتها المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، وهي عرض النزاع على لجنة التسوية الودية للنزاعات أو عرضه على هيئة تحكيم دولية عندما يتعلق الأمر بمتعاملين متعاقدين أجنبان.

وتبعاً لما تم عرضه، نقسم هذا الجزء إلى ثلاث فقرات.

1- المفاوضات المباشرة.

يعتبر الاتصال المباشر بين طرفي الصفقة، حل مثل هذه النزاعات من أهم الطرق الفعالة خصوصاً فيما يتعلق بريح الوقت والاقتصاد في التكلفة وتضييق أثر هذا النزاع، بحيث يبقى الضابط الوحيد في حدود هذا الحل عدم الخروج عن إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

والاتصال المباشر، حل مثل هذه النزاعات لا يقتصر فقط على التعامل المتعاقد الوطني، بل أيضاً يمتد للتعامل المتعاقد الأجنبي، إلا أن الإشكال الذي يطرح بخصوص هذا الاتصال بصورة عامة، هو كيفية تنفيذ الاتفاق المتوصل إليه، وهذا ما سكتت عليه المادة، بحيث يبقى الشرط الوحيد هو عدم خروجه عن الإطار التشريعي والتنظيمي المعمول به، وبالتالي فإن الأمر يثير الكثير من الغموض، وبالتالي حتى يصبح هذا الطريق فعالاً، لابد من توضيح آلية تنفيذه بدقة وبعيدا عن أية عمومية.

2- لجنة التسوية الودية للنزاعات.

قد تصل المفاوضات المباشرة إلى طريق مسدود، فلا يصل طرفي النزاع إلى حل يرضيهما، وهنا يجب أن يعرض النزاع على لجنة تسوية تدعى " لجنة التسوية الودية للنزاعات " وهذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

وتبعاً لهذا نعرض على تشكيل هذه اللجنة وطريقة عملها.

- تشكيل اللجنة.

وفق ما تنص عليه المادة 154 من المرسوم الرئاسي 247/15، تنشأ هذه اللجنة على ثلاث مستويات هي،

* على مستوى كل وزارة وتشكل من،

- ممثل عن الوزير رئيساً.

- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع.

- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة.

د- لابد أن يظهر هذا السبب أثناء تنفيذ الصفقة.

فالأصل في مثل هذا السبب المنتج لنزاع له أن ينتهي بحل ودي، أن يتم أثناء تنفيذ الصفقة، لأن أعمال الرقابة والتوجيه من طرف المصلحة المتعاقدة أو ما تعلق بالملحق، من المفترض أن تتم أثناء تنفيذ الصفقة إلا أن هناك استثناء نصت عليه الفقرة السابقة من المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247/15، وهو إمكانية أن يبرم ملحق بعد التنفيذ ولكن قبل الاستلام النهائي للصفقة، إذا كانت هناك ظروف تستدعي ذلك.

3- الآثار

إن المقصود بالآثار هنا، النتائج التي من المفروض أن يسمح بها الحل الودي، ولعل الغاية من هذا الأمر كله هو مواصلة تنفيذ موضوع الصفقة بما يضمن استمرارية سير المرفق العام وبأسرع وقت ممكن وبأقل تكلفة.

وفي هذا الإطار، ووفق ما تنص عليه المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15، فإن الحل الودي، لابد أن يراعي التوازن في التكاليف المترتبة على طرفي الصفقة، بمعنى مراعاة تغطية الأعباء الإضافية، أو بشكل آخر تغطية النفقات المترتبة عن الضرر الناتج في حدود الممكن بسبب نزاع مؤهل لأن ينتهي بحل ودي، وحتى بالنسبة للطرف المضرور، في المقابل ضمان تنفيذ موضوع الصفقة لحساب الطرف الآخر وهذا ما يعبر عنه بالتوازن في التكاليف.

كما نشير هنا إلى أن تغطية النفقات أو الأعباء المتولدة عن الضرر، قد يدخل من ضمنها الإعفاء من فرض العقوبات المالية المترتبة عن التأخير في التنفيذ.

ثانياً: طرق التسوية.

كما تمت الإشارة إليه في الجزء الأول من هذه الورقة البحثية، ليس كل نزاع مؤهل لأن ينتهي بحل ودي، بل لا بد أن تتوفر في هذا النزاع خصائص معينة حتى يكون كذلك.

وهذا النزاع عندما ينشأ ويسبب الضرر، فإن طرفي الصفقة يعملان على تسوية هذا النزاع من خلال التفاوض المباشر والتباحث للوصول إلى حل يرضي الطرفين، وقد يؤدي هذا التباحث إلى نتيجة سلبية وهنا



وبعد ذلك يقوم رئيس اللجنة بمراسلة الطرف الشاكي لإعطاء رأيه في النزاع، وهنا يجب على هذا الطرف، أي الشاكي، أن يبلغ رأيه لرئيس اللجنة في أجل أقصاه 10 أيام من تاريخ مراسلته.

وأرى أنّ هذه الخطوة الأخيرة مضيعة للوقت، فالأصل أن يضمن الشاكي رأيه في النزاع من خلال التقرير الذي فتح به الشكوى.

وبعد أن يبدي الشاكي رأيه في النزاع، يدرس النزاع من طرف اللجنة في أجل أقصاه (30) يوما ابتداء من تاريخ جواب الطرف الخصم، وهنا يثور الغموض، أولا، لماذا لم يحدد لهذا الطرف مدة زمنية للرد مثل ما تم تحديد ذلك للشاكي رغم التحفظ على هذه الخطوة، ثانيا، إذا كان الطرف الشاكي هو المصلحة المتعاقدة أو كانت الطرف المشكو منه، أليست ممثلة في كل الحالات في هذه اللجنة؟

وعلى العموم، يمكن أن تستمع اللجنة لطرفي النزاع مباشرة، وهذا يعتبر خطوة مهمة، يمكن أن تساهم في تكوين رأي صائب ومن ثم تقديم حل ودي وعادل.

ويتم صياغة رأي اللجنة في النزاع المطروح أمامها بأغلبية أصوات أعضائها، وعند تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا، كما تبلغ رأيا لطرفي النزاع بإرسال موصى عليه، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام.

وعلى المصلحة المتعاقدة أن تبلغ قرارها بخصوص رأي اللجنة إلى المتعامل المتعاقد في غضون (08) أيام ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها، وتعلم اللجنة أيضا بهذا القرار.

وعلى العموم فإن من أهم ما يمكن إثارته هنا هو عدم وجود آلية واضحة لتنفيذ ما تم التوصل إليه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، وحتى يكون لهذه اللجنة دور فعال، لابد من إلزامية للحل الذي تتوصل إليه، على الأقل من جانب المصلحة المتعاقدة، خصوصا أنّ تسوية النزاع عن طريق هذه اللجنة إلزامي قبل التوجه للقضاء.

3-التكبير

يعد التحكيم وسيلة فعالة في حل النزاعات القابلة للصلح، من خلال الاقتصاد في التكاليف وتسريع الإجراءات، ربح الوقت وبعث الطمأنينة خصوصا عند التعامل المتعاقد الأجنبي⁽¹³⁾.

وتختص هذه اللجنة بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لهذه الوزارة.

* على مستوى كل هيئة عمومية وتتشكل من،

- ممثل عن مسئول الهيئة العمومية، رئيسا.

- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

- ممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع.

- ممثل عن المديرية العامة للمحاسبة.

وتختص هذه اللجنة بدراسة نزاعات الهيئة العمومية.

* على مستوى كل ولاية وتتشكل من،

- ممثل عن الوالي، رئيسا.

- ممثل عن المصلحة المتعاقدة.

- ممثل عن المديرية التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع.

- ممثل عن المحاسب العمومي المكلف.

نجد أنّ هدف هذه اللجنة هو البحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف للنزاعات الناشئة. غير أن ما يجب الإشارة إليه هنا بهذا الخصوص، هو خلو هذه اللجنة من عضو ذو خلفية تكوين قانونية لكي تؤدي هذه اللجنة دورها على أكمل وجه، رغم أنّه بإمكانها الاستعانة بكل كفاءة تراها ضرورية، فمن الاحسن أن تضاف إلى عضوية هذه اللجنة على مستوى الوزارة أو الهيئة العمومية، قاض من مجلس الدولة أو المحكمة العليا، وعلى مستوى الولاية قاض من المجلس القضائي أو المحكمة الإدارية.

كما يؤخذ على تشكيلة هذه اللجنة، عدم وجود ممثل عن المتعامل المتعاقد، فإذا كنا نبحت عن حل ودي ومنصف، فوجود ممثل المصلحة المتعاقدة في اللجنة يقابله وجود ممثل عن المتعامل المتعاقد.

- طريقة عمل اللجنة.

وفق ما تنص عليه المادة 155 من المرسوم الرئاسي 247/15، يوجه الطرف المتضرر، إلى أمانة اللجنة، تقريرا مفصلا عن الوقائع مرفقا بكل ما يثبت ما تضمنه تقريره، إما بإيداعه مباشرة أو عن طريق رسالة موصى عليها.

التحكيم تتم أثناء اجتماع الحكومة، وطبيعي أن يكون ذلك عبر الوزير المعني.

الخلاصة:

من خلال ما تم ذكره، فإن أهم ما نستخلصه هو أن النزاع المؤهل لأن ينتهي بحل ودي يتمثل كل نزاع إما أن يكون قد ارتبط سببه بإرادة أحد طرفي الصفقة العمومية، وهنا لابد أن يظهر السبب بإرادة الطرف الغير متضرر ويستعمل في إطار الحقوق المقررة والمشروعة.

وإما أن يكون قد إرتبط بسبب مستقل عن إرادة طرفي الصفقة، وهنا لا بد أن يتصف هذا السبب بخصائص معينة تتمثل في الإستثنائية، العمومية، عدم التوقع، تعسر التنفيذ دون توقفه.

وفي كل الحالات لابد أن ينتج عن هذا النزاع ضرر معتبر.

كما نوصي بضرورة ضبط تنظيم لجنة التسوية الودية للنزاع لتكون أكثر فعالية، من خلال تدعيمها بقضاة، وتمثيل المتعامل المتعاقد فيها إلى جانب تمثيل المصلحة المتعاقدة، وإلزام المصلحة المتعاقدة على الأقل بما توصلت إليه هذه اللجنة، مع ضرورة توضيح آلية تنفيذ هذا الإنفاق وكذلك توضيح آلية تنفيذ الاتفاق المتوصل إليه عن طريق المفاوضات المباشرة.

الهوامش:

1- على فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موقع للنشر، الجزائر، 2008، ص 57.

2- المادة 107/ الفقرة الأولى من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

3- نص المادة 153، «تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها».

يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام هذه الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح الحل بما يلي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

وفي هذا الاتجاه نصت الفقرة الأخيرة من المادة 153، من المرسوم الرئاسي 247/15، على تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية والمبرمة مع متعاملين أجانب عن طريق التحكيم.

وللتحكيم صورتان هما شرطاً التحكيم واتفاق التحكيم⁽¹⁴⁾، غير أنه بالرجوع إلى نص الفقرة المشار إليه أعلاه من المادة 153 " ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة، في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة " نجد أنّ صورة التحكيم المقصود هو اتفاق التحكيم.

ويعرف اتفاق التحكيم في مفهوم المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه اتفاق يقبل من خلاله أطراف نزاع نشأ، حل هذا النزاع عن طريق التحكيم⁽¹⁵⁾.

وكما هو معروف من خلال تنظيم الصفقات العمومية، تعدد الأطراف التي تخضع لهذا التنظيم، وفي هذا فإن ما يثير الانتباه.

ما أشارت إليه المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. " تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون؛ أمام الجهات القضائية الإدارية.

عندما يكون التحكيم متعلقاً بالدولة يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين.

عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي.

عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها "

وما ذكرته الفقرة الأخيرة من المادة 153 من المرسوم الرئاسي 247/15،

والسؤال الذي يطرح نفسه، هل يوجد تناقض بين هذين النصين؟

الظاهر هنا، أنه لا يوجد تناقض فالمبادرة دائماً تكون من الأشخاص المحددة في المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بينما الموافقة الرسمية على إجراء



8-Gustave Peiser, droit administratif, 19e édition. Dalloz .Paris.1998.P.166.

9-محمد رضا جنيح، قانون إداري، مركز النشر الجامعي، تونس، 2004، ص 251، 250.

10-Laurent Richer ,droit des contrats administratifs, 2 édition, L.G.D.J.1999.P228.

11-معمر ملاطي، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري - دراسة مقارنة بين الجزائر وتونس-رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2016، ص 209.

12-سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص 600 وما بعدها.

13-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 136 وما بعدها.

-عبد الكريم بودريوة، «مدى مسابقة قانون الصفقات العمومية للنهج الإصلاحي، دولة متدخلة، ضابطة أو مترددة»

المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة معمر، تيزي وزو، العدد 01، 2014، ص 47 وما بعدها.

14-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مرجع سابق ص 26، 25

15-القانون رقم 09/08 المؤرخ في 23/02/2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. الصادرة بتاريخ عدد.

-الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

وفي حالة عدم إتفاق الطرفين، يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، المنشأة بموجب أحكام المادة 154 أدناه لدراسته حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 155 أدناه.

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط، اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات هذه قبل كل مقاضاة أمام العدالة.

ويجب على اللجنة أن تبحث على العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف حسب الشروط المذكورة أعلاه للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات والمطروحة أمامها.

يجب ألا يكون أعضاء اللجنة قد شاركوا في إجراءات إبرام ومراقبة وتنفيذ الصفقة العمومية.

ويخضع لجوء المصالح المتعاقدة في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة على متعاملين متعاقدين أجنب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة»

4-«و لما ثبت من مستلزمات القضية الحالية، أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف و المستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة) بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حدثا إستثنائيا غير متوقع يجب الأخذ به، و متى كان ذلك استوجب إلغاء القرار المستأنف، و تعويض الطاعن عن الأضرار التي لحقتهم»

انظر: جمال سايس، الإجتهاد الجزائي في القضاء الإداري الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات كليك الجزائر، 2013، ص 585.

5-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 200 وما بعدها.

-مازن لبلو راضي، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 553 وما بعدها.

6-على فيلاي، مرجع سابق، ص 374، 375.

7-عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 233.