

مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة



مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريا عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche P.O.BOX 8 + 961/71053262 - www.jilrc-magazines.com - law@jilrc-magazines.com

العدد 14 - مايو 2017



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



المشرفة العامة ومديرة التحرير:

د. سرور طالبي المل

ISSN 2414-7931

التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد. تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه الدورية العلمية تكريماً لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

رئيس اللجنة العلمية:

د. عاقل فاضلة، جامعة باتنة، الجزائر

أسرة التحرير:

- د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)
د. حنان ميساوي، كلية الحقوق بجامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان (الجزائر)
د. سفيان سوامم جامعة محمد الشريف مساعدي - سوق أهراس (الجزائر)
د. فاطيمة حميدي، جامعة مستغانم، (الجزائر)
د. شريف أحمد بعلوشة وكيل. النائب العام، غزة (فلسطين)
د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)
د. عمر عبد العزيز موسى الدبور جامعة المنوفية (مصر).

التدقيق اللغوي:

- د. شامخة حفيظة طعام المركز الجامعي، تيسمسيلت (الجزائر)
د. هامل شيخ، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت (الجزائر)
أ. سماح بن خروف، جامعة البشير الإبراهيمي، برج بوعريش (الجزائر)
أ. لويذة حوفا، جامعة محمد بوضياف المسيلة (الجزائر)

اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

- د. خالد عزي جامعة الجنان (لبنان).
د. دريسي امينة، جامعة جيلالي ليايس (الجزائر).
د. سليمان حميدة، جامعة مولود معمري (الجزائر).
د. يعيش تمام شوقي، جامعة بسكرة (الجزائر).

قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:
بالنسبة للمقالات:

- تنشر المجلة المقالات التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ بالأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المقالات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتمقى.
- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وآخر بإحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).

بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية أو الألمانية.
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون أسبوع من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14.
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث الباحث بالباحث مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تهمش معلومات البحث حسب طريقة شيكاغو الأمريكية بترتيب تسلسلي يتبع متن البحث.
- ترتب هوامش المعلومات في نهاية كل صفحة.

نموذج التهميش:

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
 2. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
 3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
 4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
 5. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
 6. المراجع الإلكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@jilrc-magazines.com

الفهرس

الصفحة	
9	الافتتاحية
11	تأديب الموظف العام وفقاً للقانون الخدمة المدنية الفلسطيني: دراسة تحليلية وليد عبد الرحمن مزهر (وزارة التربية والتعليم العالي - غزة / فلسطين)
41	التزام البنك بإعلام المستهلك في مجال القروض الاستهلاكية بوالكور رفيقة (جامعة مولود معمري / الجزائر)
61	الضريبة على القيمة المضافة في لبنان تميمة أحمد الحسن (جامعة الجنان / لبنان)
89	تسوية ملف العقار السياحي كرهان لفتح أبواب الاستثمار السياحي في الجزائر يوسف محمد (جامعة مستغانم / الجزائر)
113	اتفاق الجوانب المتصلة بالتجارة لحقوق الملكية الفكرية ومدى تأثيره على التنمية الاقتصادية في الدول النامية (TRIPS) مسعد نذير (جامعة مستغانم / الجزائر)
133	الجرائم الالكترونية في مصر ودستورية مبدأ الشرعية الجنائية هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين (جامعة حلوان / مصر)

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية
لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2017

الافتتاحية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ الَّذِي بَفْضِ تَمَرِ الْبَحَاثَاتِ

اخترنا لكم في العدد الرابع عشر من مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة مقالات متنوعة سلطت الضوء على بعض القوانين العربية كالفلسطينية، الجزائرية، اللبنانية وكذا المصرية متناولة مواضيع مرتبطة بقوانين الخدمة الوطنية، المستهلك، الضريبي وكذلك العقاري من جانب الاستثمار السياحي.

كما تناول العدد حقوق الملكية الفكرية من حيث تأثير التجارة المتصلة بها بالتنمية الاقتصادية في الدول النامية وسبل ادراج مبدأ الشرعية في الدستور المصري فيما يخص الجرائم الإلكترونية.

ورغم تنوع مواضيع هذا العدد فإن المجلة تبقى دوما بحاجة للمزيد من المساهمات والأبحاث التي تثرى رصيدها المعرفي وتلي حاجيات الباحثين في مختلف تخصصات القانون، العام والخاص، لذا نجدد دعوتنا للباحثين الجادين للنشر في أعدادها اللاحقة ملتزمين بشروط النشر، سيما من حيث الأصالة العلمية.

كما يسعدنا تلقي ملخصات أبحاث التخرج أو حتى مقترحات لمواضيع بحث أو تقارير عن أحكام قضائية أو ترجمات أو قراءات مختلفة لمقالات نشرت في الأعداد السابقة، أو أي اقتراح جدير بالنشر ويتمشى مع سياسة المركز والمجلة.

تبقى هذه المجلة بحول الله تعالى مستمرة بنفس النهج الذي سطرته إدارة المركز منذ اطلاقها وذلك بفضل جهود ومثابرة أسرة تحريرها وأعضاء لجنتها العلمية التحكيمية الذين يعملون بكل حرص من أجل تقديم الأفضل وإيماننا منهم أننا مسؤوليتنا كبيرة ومشتركة والمتمثلة في رفع مستوى النشر في الوطن العربي وتوفير مادة علمية رصينة ومواكبة للتطورات والتعديلات القانونية.

أجدد شكري لكل من ساهم في هذا العدد وأشاطرهم فرحة صدوره متمنية لهم الاستمرارية وعدم التوقف عن الكتابة.

والله الموفق في الأول والآخر

المشرفة العامة ومديرة التحرير/ د. سرور طالبى المل

تأديب الموظف العام وفقاً للقانون الخدمة المدنية الفلسطيني: دراسة تحليلية

د. وليد عبد الرحمن مزهر

أستاذ مساعد/ المستشار القانوني لوزارة التربية والتعليم العالي - غزة - فلسطين

ملخص

يعتبر التأديب من الوسائل الرادعة عند الخروج على حدود القانون، ومن الضمانات المؤكدة التي المنحرف عن الطريق السوي على احترام واجبات وظيفته ومسئولياتها في الوقت الذي يجب مكافأة المنتج علي إنتاجه والمجد على جده ، ويجب معاقبة المهمل علي إهماله والمقصر علي تقصيره، ويعتبر الموظف مسئولاً عن أعماله، ويتعرض للعقوبات التأديبية إذا أخل بالواجبات التي تفرضها القوانين والأنظمة النافذة، وقد نص المشرع علي مبدأ الثواب والعقاب، فمثلما يثاب الموظف المجتهد يعاقب الموظف السئ المهمل الذي يخل بواجبه الوظيفي، حسب نوع العمل المقترف، وقد خلصنا إلى أن المشرع الفلسطيني لم يحدّد الجرائم أو المخالفات التأديبية، بينما حصر وعدد العقوبات التأديبية وفقاً لمبدأ لا عقوبة إلا بنصّ، وأنه يجب إعادة ترتيب العقوبات التأديبية الواردة في قانون الخدمة المدنية وفقاً لشدتها.

Abstract

Discipline is considered a deterrent when it comes out of the limits of the law and certain guarantees that force the deviated one from the proper path to respect the duties of his job and responsibilities, at the time when the diligent one must be rewarded for his productivity and glory to his work and the neglected must be punished for his neglecting and failing. The employee is liable for his actions and subject to disciplinary sanctions if he violates the duties imposed by the laws and regulations in force. The legislator provides the principle of reward and punishment just as the diligent employee is rewarded, the deviant one is punished, the negligent employee who violates his job duties is punished according to the type of work done.

It has been concluded that the Palestinian legislator did not specify crimes or disciplinary offenses, while limiting the number of disciplinary punishments according to the principle of no penalty except in text, and that the disciplinary penalties stipulated in the Civil Service Law must be reordered in accordance with their severity.

أولاً: المقدمة

لقد ضمنت التشريعات الفلسطينية حقوق الموظف العام، ونصت عليها صراحة ورتبت على الموظف ووضعت عليه واجبات يلتزم بأدائها، ولقد شرعت هذه الواجبات أساساً لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد وفعالية، ومن هنا كان من الطبيعي مساءلة الموظف تأديباً عند إخلاله بها مع جواز مساءلته مدنياً أو جنائياً عند الاقتضاء⁽¹⁾.

فالنظام التأديبي في نطاق الوظيفة العامة هو فرع من القانون الإداري، أو بمعنى أكثر تحديداً هو جزء من الوظيفة العامة، موضوعه تحريم وعقاب التصرفات التي يرتكبها الموظفون والتي من شأنها التأثير على سير العمل وحسن انتظامه⁽²⁾، وقد استعمل المشرع مبدأ الثواب والعقاب، فمثلاً يثاب الموظف المجتهد يعاقب الموظف السيئ المهمل الذي يخل بواجبه الوظيفي، حسب نوع العمل المقترف لأن النفس البشرية لا تعمل إلا لرغبة أو رهبة أي خوفاً من عقاب أو طمعاً في الثواب، فيعتبر التأديب من الوسائل الرادعة عند الخروج على حدود القانون أو النظام، ومن الضمانات المؤكدة التي ترغم المنحرف عن الطريق السوي على احترام واجبات وظيفته ومسئولياتها في الوقت الذي يجب مكافأة المنتج على إنتاجه والمجد على جده، ويجب معاقبة المهمل على إهماله والمقصر على تقصيره⁽³⁾، فالموظف يعتبر مسئولاً من الوجهة المسلكية ويتعرض للعقوبات التأديبية إذا أخل بالواجبات التي تفرضها القوانين والأنظمة النافذة⁽⁴⁾.

ولقد اهتم المشرع الفلسطيني بتأديب الموظفين ونص على ذلك صراحة بقانون الخدمة المدنية رقم 4 لسنة 1998 (بالمواد من 68 لغاية 77)، واللائحة التنفيذية بالمواد (86-98).

ثانياً: تساؤلات الدراسة: من أهم التساؤلات القانونية التي يطرحها البحث:

1- د. محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، الجزء الثاني / منشورات جامعة ناصر، 1992، ص 72.
2- د/ موسى شحاته، القانون الإداري م منشورات جامعة القدس المفتوحة، الطبعة الأولى، لسنة 1996 م، ص 262.
3- د. فوزي حبيبش، الوظيفة العامة وإدارة شئون الموظفين، المطبعة البوليسية جونية، لبنان، سنة 1986، ص 213.
4- د/ محسن خليل، مبادئ القانون الإداري اللبناني، بيروت مكتبة كريدة إخوان، لسنة 1978، ص 336.

- ما هي طبيعة النظام التأديبي للموظف العام في فلسطين؟
- هل الأحكام والنصوص الناظمة للتأديب الموظف العام تلي الحاجة منها وتحقق غاية المشرع أم شأبها القصور والغموض؟
- ما هي الضمانات التي نص عليها المشرع الفلسطيني، وهل تلي متطلبات ومعايير العدالة التأديبية، أم شأبها القصور؟

ثالثاً: أهداف الدراسة: تهدف الدراسة إلى:

- بيان طبيعة النظام التأديبي الذي أخذ به المشرع الفلسطيني في تأديب الموظف العام وفق قانون الخدمة المدنية الفلسطيني.
- الإلمام بكافة الأحكام الموضوعية والإجرائية الخاصة بتأديب الموظف العام.
- بيان العقوبات التأديبية التي نص عليها المشرع في قانون الخدمة المدنية ومدى ملائمتها لمعايير العدالة التأديبية.
- بيان الأثر المترتب على توقيع العقوبات التأديبية، والأثر المترتب على محوها بعد مرور مدة زمنية محددة.

رابعاً: منهجية الدراسة: سيستخدم الباحث الأسلوب العلمي التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية الخاصة بمساءلة الموظف العام تأديبياً في قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998م وتعديلاته، والنصوص القانونية الواردة في اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية وتدعيم ذلك بأراء الفقه والأحكام القضائية الفلسطينية.

خامساً: خطة الدراسة

المبحث الأول: الأحكام الموضوعية للجريمة التأديبية

المبحث الثاني: السلطة المختصة بتأديب الموظف العام

المبحث الثالث: إجراءات تأديب الموظف وضماناتها .

المبحث الأول:

الأحكام الموضوعية للجريمة التأديبية

الجريمة التأديبية مستقلة قائمة بذاتها، ولها معالمها الخاصة بها وأركانها، إذ لا تقوم إلا بتوافر هذه الأركان وهي سبب القرار الصادر بالعقاب، فلا يعاقب الموظف إلا إذا ارتكب ما من شأنه أن يخل بمقتضيات وظيفته أو مالا يتفق مع مركزه كموظف عام⁽¹⁾، والعقوبة التأديبية هي الجزاء الذي يوقع على الموظف عند ثبوت ارتكابه جريمة أو مخالفة تأديبية، وهي على عكس الجريمة الجنائية المحددة على سبيل الحصر ومن ثم لا يجوز توقيع عقوبات مقنعة، كما لا يجوز تعددها على الفعل الواحد وذلك فضلا عن عدم جواز الغلو فيها⁽²⁾، لذا سنقسم هذا المبحث لثلاثة مطالب، نتناول في الأول مفهوم الموظف العام، وفي الثاني ماهية الجريمة التأديبية، وفي الثالث ماهية العقوبات التأديبية، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف الموظف العام

أولاً: التعريف التشريعي

خلت معظم القوانين والأنظمة من تعريف محدد يبين المقصود بالموظف العام، و يعود ذلك إلى الصعوبات التي تعترض طريق المشرع، التي يمكن ردها ليس فقط إلى اختلاف النظرة إلى الموظف العام في مجال القانون الإداري، عنه في مجالات القوانين الأخرى كالقانون الجزائي، وإنما للاختلاف داخل القانون الإداري⁽³⁾، كما اختلف الفقهاء في وضع تعريف للموظف العام، والشروط الواجب توافرها في الشخص لاكتساب صفة الموظف العام، حيث تناولوا جميعهم تعريف الموظف وذكر الشروط اللازمة لاكتساب صفة الموظف العام، لذا سنقتصر على تعريف الموظف العام وفقاً للقانون الإداري.

1- د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي ط الثامنة لسنة 1966، ص 770.

2- د/ أنور رسلان، الوجيز في القانون الإداري، شركة مطابع الطوبجي التجارية، سنة 1999م، ص 61.

3- د. منصور العتوم، مرجع سابق، ص 13.

لم يتعرض المشرع الفرنسي والمصري لتعريف الموظف العام ، سواء في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة ، أو في الأنظمة أو التشريعات الأخرى ، الأمر الذي دفع بالفقه و القضاء للتصدي لتعريفه⁽¹⁾ ، أما المشرع الفلسطيني فقد عرف في قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4 لسنة 1998 م) الموظف العام في المادة الأولى من الفصل الأول من الباب الأول منه تحت عنوان (تعريف) بنصه " يقصد به الموظف أو الموظفة و هو الشخص المعين بقرار من جهة لشغل وظيفة بدرجة في نظام تشكيلات الوظائف المدنية على موازنة إحدى الدوائر الحكومية أيا كانت طبيعة تلك الوظيفة أو مسماها ."

ويتضح من خلال التعريفات السابقة بأنه يجب أن يتوافر ثلاثة شروط لاكتساب صفة الموظف العام:

1- أن يعين الشخص في عمل دائم: أي أن يتفرغ الموظف للعمل الوظيفي تفرغا دائما دون انقطاع، أما إذا كان عمله عارضا أو موسميا أو لإنجاز مهمة محددة فلا يعتبر موظفا⁽²⁾.

2- أن يكون العمل في خدمة مرفق عام تديره الدولة : أي يعمل في مرفق عام تديره الدولة أو إحدى سلطاتها الإدارية العامة بصورة مباشرة ، أي لا يعتبر موظف عام من يعمل بمرفق يدار بأسلوب الامتياز مثل شركة الكهرباء أو الاتصالات.

3- أن يكون الشخص معين بقرار من الجهة المختصة: أي يكون معين من الجهة المختصة بالتعيين وإلا فقد صفة الموظف العام واعتبر موظفا فعليا.

ثانياً: التعريف الفقهي للموظف العام .

لقد وضع الفقه عدة تعريفات للموظف العام و جميعها تدور حول العناصر الأساسية ، والشروط اللازمة لاكتساب الشخص صفة الموظف العام، حيث عرفه الفقيه الفرنسي " WALINE " : بأنه كل شخص يعمل في خدمة سلطة و يساهم بصورة اعتيادية في تسير مرفق عام يدار بطريق الإدارة المباشرة و يشغل وظيفة دائمة مدرجة في الكادر الإداري"⁽³⁾ ، وعرفه الأستاذ بكينو: " بأنه كل شخص مرتبط بشكل دائم في الإدارة و يساهم في إدارة مرفق عام ويخضع لنظام قانوني غير مألوف في القانون العادي ، وله حقوق وعليه التزامات خاصة تتطلبها المصلحة العامة"⁽⁴⁾.

1- د. عدنان عمرو ، شرح قانون الخدمة المدنية الفلسطيني لعام 1998 ، إصدار مؤسسة الحق ، لسنة 1999 ، ص 17

2- د. عدنان عمرو ، مرجع سابق ، ص 18

3- د. موسى شحادة ، مرجع سابق ، ص 239

4- إعاد على حمود القيس ، الوجيز في القانون الإداري ، إصدار دار وائل للنشر السريع الجامعة الأردنية، ط 1، سنة 1998، ص 198 .

أما الفقه العربي و منهم العميد الدكتور / سليمان الطماوي فيعرف الموظف العام أو المستخدم بصفة عامة " بأنه الشخص الذي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام أو الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية أو المؤسسات العامة"⁽¹⁾.

و الدكتور شاب توما منصور يعرف الموظف العام بقوله " هو كل شخص يعهد إليه بعمل دائم في مرفق عام تديره الدولة أو أحد الأشخاص القانون العام"⁽²⁾.

ثالثاً: التعريف القضائي

اعتنى القضاء الإداري في كل من مصر و الأردن و فرنسا بتعريف الموظف العام، ففي فرنسا عرف مجلس الدولة الموظف العام بأنه الشخص الذي يعهد إليه بوظيفة دائمة داخله ضمن كادر الوظائف الخاص بمرفق عام"⁽³⁾، أما القضاء الإداري في مصر استقر على تعريف الموظف العام والذي وجد قبولاً من جانب الفقه، إذا أقرت المحكمة الإدارية العليا لمجلس الدولة المصري في أحكامها " أن المقومات الأساسية التي تقوم عليها فكرة الموظف العام تلخص في أن يكون تعين الموظف بأداة قانونية ، لأداء عمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام"⁽⁴⁾.

المطلب الأول: ماهية الجريمة التأديبية

أولاً:- تعريف الجريمة التأديبية:

لم يضع المشرع الفلسطيني تعريفاً جامعاً مانعاً للجريمة التأديبية ولم تورد الأفعال المكونة لها على سبيل الحصر، أي لا تخضع لقاعدة "لا جريمة بغير نص" إنما اقتضت التشريعات على بيان الواجبات الوظيفية والأعمال المحظورة على الموظف.

غير أن الفقهاء عرفوا الجريمة التأديبية وأطلقوا عليها عدة مصطلحات، فقد عرفها الفقيه الفرنسي " Delberee " بأنها " فعل أو امتناع عن فعل ينسب إلى فاعل ويعاقب عليه بجزاء تأديبي"⁽⁵⁾.

¹ -د. سليمان الطماوي / الوجيز في القانون الإداري ، دار الفكري العربي القاهرة، ط7 ، سنة 1975م ، ص 239

² -د. شاب توما منصور ، القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، الجزء الأول ، بغداد سنة (1970 – 1971) ، ص 59 .

³ -د. خالد سمارة الزغي ، القانون الإداري ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الطبعة الثالثة ، 1993 ، ص 182 عن دي لوبارير ، ص 640 .

⁴ -د. فوزي حبيش ، مرجع سابق ، ص 713 (عن حكم المحكمة في قضية رقم 983 لسنة 1969 تاريخ 19/5/1969) .

⁵ -د. موسى شحادة ، مرجع سابق ، ص 263

وعرفها الدكتور محمد جودت الملط "بأنها كل إخلال بواجبات الوظيفة إيجابياً أو سلبياً". ولا يقصد بواجبات الوظيفة الواجبات المنصوص عليها في التشريعات المختلفة الإدارية وغير الإرادية فقط، بل يقصد بها الواجبات التي يقتضيها حسن وانتظام واطراد العمل في المرافق العامة وإن لم ينصّ عليها⁽¹⁾.

كما عرفها المستشار عبد الوهاب البنداري بأنها جزء يمس الموظف المخطئ، في مركزه الوظيفي، أي في حياته ومقدراته الوظيفية⁽²⁾.

وسماها بعضهم بالخطأ التأديبي أو المخالفة التأديبية وعرفوها بأنها "القيام بعمل محظور أو عدم القيام بواجب أو الانحراف المسلكي عن مفهوم النظام العام في الوظيفة العامة"⁽³⁾.

وعرفتها المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1955/10/5م حيث تقول "أن سبب القرار التأديبي بوجه عام هو إخلال الموظف بواجبات وظيفته إيجابياً أو سلبياً بسبب إتيانه عملاً من الأعمال المحرمة عليه فكل موظف يخالف الواجبات التي تنص عليها القواعد العامة التنظيمية أو أوامر الرؤساء في حدود القانون أو يخرج عن مقتضى الواجب في أعمال وظيفته أو يقصر في تأديتها بما يتطلب من حيطة ودقة وأمانة، أو يخلّ بالثقة المشروعة في هذه الوظيفة التي يقوم بها بنفسه: إنما يرتكب ذنباً إدارياً يسوغ تأديبه فتتجه الإدارة إلى توقيع جزاء عليه بحسب الأشكال والأوضاع المرسومة قانوناً بحدود النصاب المقرر"⁽⁴⁾.

واكتفى المشرع الفلسطيني بالنص في المادة (68) من قانون الخدمة المدنية رقم (4 لسنة 1998) على أنه "إذا ثبت ارتكاب الموظف مخالفة للقوانين والأنظمة والتعليمات المعمول بها في الخدمة المدنية أو في تطبيقاتها، فتوقع عليه إحدى العقوبات التأديبية" وقد قام المشرع بحصر العقوبات، ولم يحصر أو يحدد الجريمة التأديبية.

ونرى: أن المشرع الفلسطيني اعتبر قيام الجريمة التأديبية في حالة مخالفة الموظف العام للأنظمة والقرارات المعمول بها في الخدمة المدنية.

ثانياً - أركان الجريمة التأديبية

لكي نكون أمام جريمة تأديبية يجب أن يتوافر أركانها وهي: الركن المادي والركن المعنوي.

1- د/ محمد جودت الملط، تأديب الموظف العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ج.م.ع 1967 م.، ص 80

2- المستشار، عبد الوهاب البنداري، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام، دار الفكر العربي، بدون تاريخ، ص 10.

3- د/ عبد الفتاح خضر، شرح نظام العاملين بالمملكة العربية السعودية الجزء الثاني، ص 175

4- د. فوزي حبيش، عن حكم المحكمة العليا في ج.م.ع في الطعن رقم 159 بتاريخ 1955/10/5، مرجع سابق ص 215.

الركن المادي: هي ماديات الجريمة سواء القيام بالفعل المحرم أو بالامتناع عن الفعل المحرم وهو المظهر الخارجي الذي يتمثل في السلوك الإيجابي أو السلبي للموظف العام أما الأوصاف العامة كسوء السيرة والسّمة فلا تصلح ركنا ماديا للجريمة التأديبية، أما مرحلة ما قبل التنفيذ كالتفكير في ارتكاب الفعل غير المشروع وهي المرحلة التّفسية للجريمة التأديبية لأعقاب علمها طالما لا يتجاوز مرحلة التفكير والتخيلات⁽¹⁾.

ولا يعاقب القانون الإداري في المجال التأديبي علي القيام بالأعمال التحضيرية للجريمة التأديبية كمرحلة من مراحلها ، إنما يعاقب لأنها تشكل جريمة بحد ذاتها وخير مثال علي ذلك " طبيب يستأجر شقة لعمل عيادة بها ويزاول بها مهنة غير مشروعة⁽²⁾ .

الركن المعنوي: يتمثل في الإرادة غير المشروعة للموظف في اعترافه للفعل سلباً أو إيجاباً، أي هل اتجهت إرادة الموظف لارتكاب الفعل المحرم بعمد أو بدون عمد ؟

هو الإرادة الأثمة أو غير المشروعة للموظف في اعترافه الفعل أو التّرك المكون للركن المادي للجريمة ، فلكي يسأل الموظف تأديبياً لا بد أن يصدر الفعل المادي أو الإيجابي أو السلبي عن إرادة أئمة، ويتمثل الركن المعنوي في القصد إذا اتجهت أرادته إلى ممارسة النشاط دون النتيجة⁽³⁾.

يجب أن تكون الإرادة هنا مميزة ومدركة وحرّة ، وتقوم الجريمة حتى لو لم يتم وجود القصد المباشر وحصلت النتيجة ، لأن الركن المعنوي يتمثل في تقصير مرتكب الجريمة عن الإحاطة والقيام بواجبات الوظيفة.

تلك هي الأركان التي يجب توافرها في الجريمة التأديبية مع العلم أن الجريمة التأديبية غير خاضعة لمبدأ (لا جريمة إلا بنص) لأنه لا يوجد تحديد شامل لجميع الجرائم ولا يوجد تعريف جامع مانع لجميع الجرائم التأديبية، وإنما ترك المشرع حرية واسعة للإدارة في كشف تلك الجرائم ولكن تبقى حرية الإدارة مقيدة تحت رقابة القضاء .

ثالثاً- العلاقة بين الجريمة التأديبية والجنائية:

تعتبر الجريمة التأديبية مستقلة بذاتها عن الجريمة الجنائية، لأن لكل من الجريمتين، طبيعتها وشروط تطبيقها ، إلا أن ذلك الاستقلال أثار خلافاً حول مدى ترابطهما من عدة أوجه.

1- د/ محمد مختار عثمان ، الجريمة التأديبية بين القانون الإداري و علم الإدارة العامة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، القاهرة ج.م.ع لسنة 1971 .، ص145

2- د/ خالد سمارة الزغبى ، القانون الإداري ، مرجع سابق، ص235 .

3- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، لسنة 1982 – 1992 . ، ص213.

1- من حيث الأهداف

الفارق بين الجريمتين يتمثل في طبيعة أهداف العقوبة لكلتا الجريمتين ، فبينما تهدف العقوبة التأديبية إلى ردع الموظف بإصلاحه لتأمين حسن سير المرافق العامة وانتظامها ، تهدف العقوبة الجنائية على الحفاظ على النظام العام بالدولة والدفاع عن الحريات وحقوق المجتمع بأسره.

يؤدي الاختلاف في أهداف العقوبتين التأديبية والجنائية إلى نتائج هامة لأنه لا يمكن بحسب القانون الجنائي ملاحقة الفرد ومتابعته إلا بنص القانون صراحة على ذلك (فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني) فإذا وقعت الجريمة فلا بد من معاقبة مرتكبها.

في الحقل التأديبي فإن الخطأ الذي يرتكبه الموظف يبقى للسلطة الرئاسية أو التأديبية حق تقدير ما إذا كان ذلك الخطأ يستحق العقاب أم لا ، وذلك يعود لها حق تقدير العقوبة اللازمة وحجمها في حدود العقوبات المنصوص عليها⁽¹⁾.

2- نطاق سريان العقوبة التأديبية

العقوبة الجنائية تطال جميع الأشخاص الموجودين على أراضي الدولة بغض النظر عن مواقعهم ووظائفهم، بل يمكن أيضا أن تطال أشخاصاً آخرين خارج حدود الدولة طبقاً لشخصية وإقليمية النص الجنائي.

تسري العقوبة التأديبية على الموظفين فقط العاملين بالدوائر الحكومية أو أي جهة تكون موازنتها ضمن الموازنة العامة للسلطة الوطنية الفلسطينية .

3- من حيث آثار الحكم والإجراءات

تعتبر القرارات التأديبية الصادرة بشأن المخالفات التأديبية بمثابة قرارات إدارية قابلة للطعن فيها بالإلغاء أو التعويض أمام دائرة القضاء الإداري ، بينما القرار الصادر عن المحكمة الجنائية، هي أحكام تخضع لطرق الطعن القضائية والاستئناف والنقض، كما لا يجوز المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عنها⁽²⁾.

¹ - د. فوزي حبيش، مرجع سابق، ص 221.

² - د. محمد عبد الله الحراري، مرجع سابق، ص 79.

استقر القضاء الإداري في مصر على مبدأ استقلال كل من الجرائم التأديبية والجريمة الجنائية، بكل ما يترتب من آثار مثال ذلك، لا تطابق بين نطاق الجريمة التأديبية ونطاق الجريمة الجنائية لأن المحاكم التأديبية لها مجالها الخاص الذي يختلف عن طبيعة المحكمة الجنائية.

4- من حيث الطابع الشخصي للعقوبة

يذهب بعض الفقه إلى القول بأن الطابع الشخصي يغلب على العقاب الجنائي الذي ينظر أساساً إلى شخص المتهم، فالقانون الجنائي يتأثر في قضائه بالعناصر الشخصية مثل حسن أو سوء النية، أما العقاب التأديبي فيغلب عليه الطابع الموضوعي، فالسلطة التأديبية تنظر أساساً إلى الفعل موضوع المأخذة⁽¹⁾، ونلاحظ استقلالية الجريمة التأديبية عن الجريمة الجنائية من عدة أوجه كما ذكرنا وذلك على سبيل المثال وليس الحصر لأننا ليس أمام تفرقة بين الجريمتين.

المطلب الثاني: ماهية العقوبة التأديبية

أولاً - تعريف العقوبة التأديبية

اكتفت التشريعات المقارنة كقاعدة عامة بالنص على أنواع الجزاءات التأديبية ضد الموظف العام وبينت أحكامها دون التعرض لتعريفها، وعرف الجزاء التأديبي بأنه "عقوبة تفرضها السلطة الإدارية تجاه موظف عام بسبب ارتكابه مخالفة أثناء الخدمة أو بسببها"⁽²⁾

فيما يعرفها الدكتور محمد جودت الملت "بأنها جزاء يوقع على الموظف الذي ثبت مسئوليته عن جريمة تأديبية"⁽³⁾

كذلك المشرع الفلسطيني لم يضع تعريفاً للعقوبة التأديبية في قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4 لسنة 1998 م) ولكنه قام بالنص على أنواع العقوبات التأديبية في المادة (68) منه كذلك نص صراحة في المادة (69) منه فقرة 3 على (أنه لا يجوز توقيع أكثر من عقوبة على نفس المخالفة) أي أخذ بقاعدة لا يجوز مخالفة الشخص على نفس الفعل أكثر من مرة بحيث لا يجوز فرض أكثر من عقوبة على نفس المخالفة.

العقوبات التأديبية واردة على سبيل الحصر وعلى العكس من الجرائم التأديبية فلا تملك الإدارة سلطة تقديرية في اختيار العقوبة التي توقعها على الموظف المرتكب للجريمة بل هذه العقوبات محددة على

1. المستشار / عبد الوهاب البنداري، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة و القطاع العام، دار الفكر العربي، بدون تاريخ، ص 15.

2- د/ منصور العتوم، المسؤولية التأديبية للموظف العام، مطبعة الشرف، عمان لسنة 1984م، ص 120.

3- د.د. محمد جودت الملت، مرجع سابق، ص 297.

سبيل الحصر بقانون الخدمة المدنية فتكون حرية الإدارة في حدود تلك العقوبات ويجب أن تكون العقوبات متناسبة مع الفعل المجرم المرتكب بدون أي مبالغة في ذلك أي لا تكون عقوبة موظف يتأخر عن عمله تأخير أقدميته مباشرة.

" تعد العقوبة التأديبية بصفة عامة وسيلة من وسائل الإدارة الرادعة تطبقها الجهة الخاصة بناء على نص في القانون من اجل المحافظة على النظام داخل الوظيفة والعقوبة الوظيفية تحمل صفة الوظيفة بالعبء الذي لا تمس إلا المخالف في مصلحة الوظيفة بمعنى أنها عقوبة شخصية يتعين تطبيقها على المخالف دون غيره من أفراد أسرته وورثته " (1)

ثانيا - أنواع العقوبات التأديبية:

العقوبات التأديبية محددة على سبيل الحصر في قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4) لسنة 1998) وتعديلاته، ولقد ميز المشرع في العقوبات التي تفرض على موظفي الوظائف العليا عن غيرهم من الموظفين في الدرجات الدنيا.

1- العقوبات التي يجوز توقيعها على موظفي الدرجات الدنيا

نص القانون في المادة (68) على العقوبات التي تفرض على موظفي الدرجات الدنيا وهي (10) عقوبات على سبيل الحصر وهي :-

أ-التنبيه أولفت النظر:

عبارة عن جزاء معنوي بتوجيه رسالة خطية من الإدارة إلى الموظف تنبهه فيه الجهة المختصة بتحسين عمله وتجنب سلوكه المحرم في المستقبل وهو أخف العقوبات، ويعتبر توجهاً وترشيداً للموظف .

" الأصل إن لفت نظر العامل إلى أخطائه ، لا يعتبر عقوبة تأديبية وفقاً للتشريع المصري، فهو في حقيقته مجرد إجراء مصلي لتوجيه العامل في عمله ، وتذكيره بواجبات وظيفته دون أن يرتب عليه إحداث أثر في حركته الوظيفية " . (2)

1-د. خالد سمارة الزعبي، مرجع سابق، ص238.

2- المستشار ، عبد الوهاب البنداري ، مرجع سابق ، ص403.

ب- الإنذار:

عبارة عن عقوبة معنوية إذا يتم توجيه كتاب للموظف تنذره به الإدارة بتوجيه عقوبة أكثر في حالة تكرار ذلك الفعل وهو يعتبر أشد من التنبيه ولفت النظر.

ج- الخصم من الراتب: بما لا يزيد عن (15) يوماً.

حافظ المشرع على راتب الموظف واعتبره ليس ملكه وحده فقط وإنما ملك العائلة ولكن أجاز خصم مدة (15) يوماً فقط كحد أقصى من راتبه كعقوبة في حالة ارتكاب جريمة تأديبية وهو يعتبر من العقوبات والجزاءات المادية التي توقع على الموظف وتتوقف مدة الخصم على حجم المخالفة المرتكبة وتدرج من يوم لغاية 15 يوماً على الأكثر .

د- الحرمان من العلاوة الدورية أو تأجيلها مدة لا تزيد عن ستة أشهر:

يستحق الموظف علاوة دورية سنوية ولكن عند ارتكابه لأي جريمة تأديبية يحق للإدارة حسب سلطتها التقديرية بوقف علاواته أو تأجيلها مدة لا تزيد عن ستة أشهر وتلك المدة تصبح ملزمة ومقيدة للإدارة.

هـ- الحرمان من الترقية حسب أحكام هذا القانون:

تعتبر عقوبة شديدة تؤخر ترقية الموظف ، وتأخير أقدميته بين زملائه لمدة عينة حسب ما هو منصوص عليه في القسم الخاص بالترقيات التي تم شرحها مسبقاً ، مما تؤثر على حياة الموظف بين زملاؤه.

و-الوقف عن العمل مدة لا تتجاوز ستة أشهر مع صرف نصف راتبه:

من العقوبات التي قررها المشرع عقوبة وقف الموظف عن العمل أو وحرمانه من وظيفته مدة (6) أشهر على الأكثر.

س -تخفيض الدرجة:

تخفيض درجة الموظف إلى درجة أقل ضمن الفئة نفسها وهذا التخفيض يؤدي إلى إنزال راتب الموظف بنفس عدد درجات أو علاوات الرتبة المخفضة وهو بالتالي عقاب مادي ومعنوي معاً يؤدي إلى تخفيض مستوى الموظف مع ما يتبع ذلك من حرمانه من حقوق تعود إلى درجته التي كان ينتمي إليها قبل توقيع هذه العقوبة⁽¹⁾.

¹- د. فوزي حبيش ، مرجع سابق ، ص 204.

ح- الإنذار بالفصل:

هو توجيه كتاب خطّي للموظف تنذره الإدارة إنذاراً أخيراً بالفصل من الخدمة في حالة تكرار ذلك الفعل أو أفعال أخرى محرمة قانوناً .

ط- الإحالة إلى المعاش:

يعتبر من أشد العقوبات إذ تنهي علاقة الموظف من الوظيفة وإحالته إلى المعاش ليتقاضى راتبه من دائرة التأمينات والمعاشات.

ي- الفصل من الخدمة :

تعتبر أقصى العقوبات الجزائية وهي ترك الخدمة وقطع كل علاقة فيها ويتقاضى الموظف راتبه التقاعدي إذا امضي الفترة الزمنية القانونية لاستحقاقه المعاش ، ويصرف له تعويض نهاية الخدمة إذا لم يستحق ، ولا يجوز عودته لأي وظيفة عامة في الدولة

" بعض الفقه ينادى بإلغاء عقوبة الفصل أو ما يماثلها من العقوبات ، وذلك لخطورتها على مستقبل الموظف وأسرته ، ويرون أن هذه العقوبة بمثابة عقوبة الإعدام وتؤدي إلى تشريد أسرة الموظف وتحرمه من مصدر عمله ".⁽¹⁾

2- العقوبات التي يجوز توقيعها على موظفي الدرجة العليا :

نص القانون على ذلك في المادة (70) منه على " لا توقع على موظفي الفئة العليا إلا أحد العقوبات التأديبية التالية":

أ- اللوم.

ب- الإحالة إلى المعاش.

ج- الفصل من الخدمة.

¹- المستشار ، عبد الوهاب البنداري ، مرجع سابق ، ص 457.

تمّ شرح تلك العقوبات سابقاً، ويمكننا القول أن أهداف الجزاء التأديبي مهما كان نوعها فإنها تهدف إلى تحقيق حسن سير المرافق العامة والعمل بها، لأن الجزاء يكفل قواعد النظام ويمكن المرافق العامة من أداء رسالتها بانتظام واطراد.

يهدف الجزاء أيضاً لتصحيح عيوب البناء الإداري عن طريق الكشف عن تلك العيوب وأيضاً يقوم بردع ومعاقبة الموظف المخطئ ومنعه من ارتكاب، أخطاء أخرى وردع باقي الموظفين⁽¹⁾.

أخيراً لا بد من القول بأن العقوبات التأديبية على اختلافها تترك أثراً تصيب على الصعيدين المعنوي والمادي أو كليهما معاً لذلك يجب أن يحاط التأديب بالضمانات التي تحمي الموظف من التعسف والاستبداد⁽²⁾.

تلك هي العقوبات التي نص عليها قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4 لسنة 1998م)، وتعديلاته.

ونرى: كان يجب على المشرع ترتيب تلك العقوبات حسب خطورة الإجراء التأديبي مثال: جعل المشرع عقوبة الإنذار بالفصل أشد من عقوبة الوقف عن العمل، مع العلم أن عقوبة الإنذار بالفصل مجرد رسالة إنذار للموظف، أيضاً جعل عقوبة تخفيض الدرجة أشد من الوقف عن العمل والذي يتخذ عادة قبل عقوبة الفصل وتمهيداً لها.

ثالثاً - تقادم الجريمة التأديبية والإعفاء من عقوبتها:

1- تقادم الجريمة التأديبية:

العقوبة التأديبية لا تبقى ملاصقة للموظف طوال حياته الوظيفية و للاعتبارات الوظيفية والإنسانية غالباً ما يقدر المشرع انه ليس من الحكمة أن يظل الموظف مهدداً بالعقوبة، لأن ذلك يؤثر على عمله وإبداعه الوظيفي واستقرار مستقبله، فهذا يجعل الموظف يثوب ويرجع إلى رشده هذا ومن جهة أخرى ربما قد يكون ارتكب الخطأ صدفة وبدون قصد⁽³⁾.

وعليه فقد قرر المشرع الفلسطيني بقانون الخدمة المدنية رقم (4 لسنة 1998م) على محو العقوبة التأديبية وتساقطها بالتقادم والإعفاء منها، فتنقضي الدعوى التأديبية بالتقادم، إذ لا تملك السلطة الحق بإصدار العقوبة بمرور مدة معقولة من الزمن، ونصت المادة (73) من نفس القانون على (لا يجوز إحالة

¹- د. موسى شحادة، مرجع سابق، ص 265

²- د. فوزي حبيش، مرجع سابق، ص 226

³- المحامي ضياء رؤوف الزغبي، دراسة حول الوظيفة العامة في فلسطين، مقدمة لمجلة وزارة الداخلية، مايو 1999م، ص 45.

الموظف إلى التّحقيق وفقا لأحكام هذا القانون بسبب مخالفة تأديبية مضى على اكتشافها أكثر من ستة أشهر).

طبقاً لتلك المادة تنقضي الدّعى التأديبية بمرور ستة أشهر تبدأ من تاريخ ارتكاب المخالفة ، أي لا يحق للإدارة بعد انتهاء تلك المدة إحالة الموظف للتحقيق ومعاقبته .

2- الإعفاء من المسؤولية :

حدد المشرع بالمادة (74) من قانون الخدمة المدنية رقم (4 لسنة 1998م) الإعفاء من المسؤولية التأديبية في حالة واحدة وهي أن تكون المخالفة نتيجة قيام الموظف بتنفيذ عمل بناء على قرار خطي من المسؤول المباشر، وأن يكون الموظف قد قام بتنبيه المسئول عن ذلك الخطأ أيضاً، فعندها لا يتم مسألة الموظف عن الخطأ الذي ارتكبه نتيجة تنفيذه ذلك الأمر الخطأ ويعفي من المسؤولية .

نصّت على ذلك المادة (74) من نفس القانون (لا يعفى الموظف من العقوبة التأديبية استناداً إلى أمر صادر إليه من رئيسه إلا إذا ثبت أن ارتكابه المخالفة كان تنفيذاً لأمر خطّي بذلك صادر إليه من رئيسه المذكور بالرغم عن تنبيهه للمخالفة خطياً) .

رابعاً: محو العقوبات التأديبية :

تمحى العقوبات التأديبية التي توقع على الموظف بانقضاء المدد التالية طبقاً لنص المادة (75) من قانون الخدمة المدنية رقم (4 لسنة 1998) :-

أ- ستة أشهر في حالة التّنبية أو اللوم أو الإنذار أو الخصم من الراتب مدة لا تتجاوز خمسة أيام ب- سنة في حالة الخصم من الأجر مدة تزيد عن خمسة أيام أو التأجيل أو الحرمان من العلاوة الدورية.

ج- سنتان بالنسبة للعقوبات الأخرى فيما عدا عقوبتي الفصل أو الإحالة للمعاش بحكم أو قرار تأديبي.

يتم المحو في الحالات المذكورة سابقاً بقرار من الجهة المختصة إذا تبين لها أن سلوك الموظف وعمله مرضٍ وذلك من واقع تقارير الكفاية السنوية وملف خدمته.

الإدارة غير ملزمة بمحو تلك العقوبة حسب المدد المذكورة ولها سلطة تقديرية في ذلك متى رأت انضباط سلوك الموظف والتزامه بعمله ، وانضباط الموظف هو عبارة عن حالة واقعية يستدل عليها من تقاريره السنوية وملف خدمته وما يبيده رؤساءه عنه . في حالة محو العقوبات وسقوطها فإنه يترتب على ذلك اعتبارها لم تكن بالنسبة للمستقبل ولا يؤثر ذلك على الحقوق والتعويضات التي تترتب نتيجة لها. كما ترفع

جميع أوراق العقوبة وكل إشارة لها، وما يتعلق بها من ملف خدمة الموظف، هذا طبقاً لنص المادة (76) من قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم (4 لسنة 1998م)، والمواد (97,96) من اللائحة التنفيذية للقانون.

خامساً: خصائص العقوبة التأديبية:

تمتاز العقوبة التأديبية بعدة خصائص تساهم في زيادة مفهومها وتحديدها وهي كالتالي:-

1- شرعية العقوبة:

تمتاز العقوبة التأديبية بمبدأ (لا عقوبة بدون نص) وذلك على خلاف الجريمة التأديبية التي لا يوجد نص لها، لأن العقوبات التأديبية محددة على سبيل الحصر بقانون الخدمة المدنية، أي لا يستطيع الرئيس الإداري المباشر أن يوقع أي عقوبة إلا المنصوص عليها بالقانون، مع منحه سلطة تقديرية في تحديد العقوبة المناسبة.

2- عدم رجعية العقوبة:

العقوبة التأديبية كأى قرار فردي، لا يجوز أن يعود مفعوله إلى تاريخ المخالفة، بل إلى تاريخ توقيعها، فإذا تضمنت أي أثر رجعي اعتبرت باطلة، وهذا يعني حتماً أن العقوبة مرتبطة بتاريخ الإدانة لا بتاريخ الاتهام.⁽¹⁾

مثال ذلك في حالة توقيع عقوبة إنزال درجة الموظف فإن إنزال درجته يتم من تاريخ صدور الحكم التأديبي، وليس بتاريخ ارتكاب المخالفة.

3- عدم تعدد العقوبات عن مخالفة واحدة:

لا يجوز توقيع أكثر من جزاء واحد عن المخالفة الواحدة ما لم يرد نص يسمح بذلك، لأن الجزاء الأول يجب ما عداه، وفقاً لقاعدة عدم جواز ثنية العقاب.⁽²⁾

نص على ذلك المشرع بالفقرة 3 من المادة (69) من قانون الخدمة المدنية سابق الذكر (لا يجوز توقيع أكثر من عقوبة على نفس المخالفة).

¹-د. فوزي حبيش، مرجع سابق، ص 232.

²-د/ موسى شحادة، مرجع سابق ص 265.

مثال ذلك لا يجوز توقيع عقوبة الخصم من الراتب وعقوبة تنزيل درجة الموظف في وقت واحد على خطأ واحد .

4- المسؤولية التأديبية شخصية :

"استقرت أحكام المحاكم الإدارية العليا المصرية على أن المسؤولية التأديبية شخصية ، والعقوبة التأديبية شخصية ، وان ذلك يعد مبدأ عام يجوز مدله من الشرائع السماوية وفي أحكام الدستور والقانون ، فلا يجوز مساءلة الموظف نتيجة حدوث خسارة أصابت أحد المشروعات العامة ما لم يثبت بحق الموظف خطأ أو إهمال محدد المعالم من حيث المكان والزمان وشخص من نسب الخطأ إليه⁽¹⁾، ومن الجدير ذكره أن القضاء الفلسطيني لم يتطرق لهذا الأمر .

5- الملائمة بين العقوبة والمخالفة :

للإدارة سلطة تقديرية في ملائمة العقوبة حسب نوع الخطأ المرتكب لأن القوانين الوظيفية لم تحدد لكل مخالفة عقوبة فلا بد أن تكون العقوبة متناسبة مع المخالفات، وتكون سلطة الإدارة تحت رقابة القضاء أثناء استعمال سلطاتها أو الغلو فيها.

6- مبدأ عدم تفويض السلطة التأديبية :

العقوبات التأديبية لا يمكن أن توقع على الموظف المخالف إلا من قبل المرجع الصالح لتوقيعها، أي عدم تفويض السلطة التأديبية إلا بوجود نصّ خاص وظروف استثنائية⁽²⁾. تلك هي أهم الخصائص التي تميّز العقوبة التأديبية عن غيرها من العقوبات.

المبحث الثاني: السلطة المختصة بتأديب الموظف العام

يقصد بالسلطة المختصة بتأديب الموظف العام، هي السلطة الإدارية والمجالس التأديبية المختصة بتأديب الموظفين العموميين ، وعادة ما تحدد القوانين والأنظمة الخاصة بالوظيفة العامة هذه السلطات وحدود اختصاصاتها⁽³⁾.

¹-د.أنور رسلان ، مرجع سابق، ص622 .

²- د. فوزي حبيش ، مرجع سابق ، ص233.

³ - د.موسى شحادة ، مرجع سابق ، ص226 .

وعادة المشرّع هو الذي يقوم بتحديد وتعيين هذه السلطة ، فهناك بعض الأنظمة تمنح ذلك الاختصاص للرئيس الإداري المباشر في كل جهاز مثلاً الوزير ، أو وكيل الوزارة، أو الوكيل المساعد وبعض الأنظمة تحيل الموظف المذنب إلى مجالس تأديبية مشكلة مسبقاً لهذه الغاية وبعض الأنظمة تحيل موظفيها المذنبين إلى محاكم تأديبية تكون معدة سلفاً لذلك في حالة إخلال الموظفين بواجباتهم .

ويحكم السّطات التأديبية مبدأ الشرعية بمعنى أنه لا يملك الحق في إصدار أي عقوبة من العقوبات المنصوص عليها قانوناً إلا الجهة التي خصصها القانون بذلك ، كما لا يجوز التفويض في التأديب إلا إذا كان منصوصاً عليه قانونياً⁽¹⁾ .

تختلف الأنظمة والدّول في تحديد السّطة المختصة بتوقيع العقوبات التأديبية على الموظف باختلاف درجة الوظيفة التي يشغلها الموظف وجسامة الجريمة التأديبية المقترفة من ناحية أخرى، ولذلك سوف نقوم خلال هذا المبحث بشرح تلك السلطات المختلفة سواء أكانت رئاسية أم شبه قضائية أم قضائية.

المطلب الأول: النّظام الرئاسي

يتمثل في دور الإدارة التي يعهد إليها اتّخاذ العقوبات التأديبية المناسبة ، أي يعهد فيها بسلطة التأديب إلى الرئيس الإداري الأعلى حيث فوضه المشرع بالتجريم وإيقاع الجزاءات التأديبية سواء كانت بسيطة أو جسيمة دون أن تكون الإدارة ملزمة باستشارة أي هيئة بأخذ رأيها.

يقوم هذا النظام على أساس أن حق التأديب للموظف يعود إلى الإدارة التي يعمل بها الموظف، لأنّ التأديب يعتبر هو أحد عناصر السلطة الرئاسية.

" الإدارة هي الجهة المسؤولة عن إنجاز المهام المعهود بها إليها وتحقيق الأهداف الدّاخلية في اختصاصها عن طريق موظفيها ، لا شك أن هذه المسؤولية هي المبرر لتلك السلطة الرئاسية فحيث توجد المسؤولية يجب أن تكون هناك سلطة، وإلا استحال على الرئيس الإداري القيام بأعباء منصبه ، وذلك وفقاً لمبدأ تلازم السلطة والمسؤولية "⁽²⁾ .

من الملاحظ أن الدول التي ترغب في الفاعلية الإدارية تدعم السلطة الإدارية في التأديب وتعطيها سلطات تقديرية واسعة في هذا المجال ولا يكون التعقيب عليها إلا من الجهات الرئاسية المختلفة التي يتبعها

¹- د. خالد سمارة الزغيبي ، مرجع سابق ، ص 241.

²- د. عمر و فؤاد بركات ، السلطة التأديبية ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس / القاهرة 1978 ، ص 8 س

الموظف حسب التوزيع الرئاسي على أن ينتهي الأمر إلى الوزير المختص الذي تكون له الكلمة النهائية في ذلك " (1)

الأنظمة والتشريعات التي منحت الرئيس المباشر بمعاينة الموظفين ومنحهم سلطات تأديبية ،
قلصت من تلك الصلاحيات واستثنتها في المخالفات البسيطة ، وعلى الموظفين ذوي الدرجات الدنيا .

ومثال ذلك : قانون الخدمة المدنية الفلسطيني الذي منح الرئيس المباشر للموظف توقيع عقوبة التنبيه
ولفت النظر على الموظف وذلك طبقاً لنص المادة (69) فقرة (2) وباقي الجرائم تحال إلى لجان تحقيق تشكل
لهذا الغرض .

جعل اختصاص مجلس الوزراء في وضع العقوبات المناسبة على موظفي الدرجات العليا من موظفي
الفئة الأولى فما فوق، وذلك طبقاً لنص المادة (71) فقرة أولى من القانون المشار إليه

قانون العاملين المدنيين في ج.م.ع بالمادة (97) مكرر الذي جعل الاختصاص بالتحقيق للسلطة
الرئاسية بالنسبة لجميع المخالفات التأديبية وذلك باستثناء الحالات التي حددتها على سبيل الحصر وتمثل
في التحقيق مع موظفي الوظائف العليا وبعض المخالفات الخاصة بضبط الرقابة على تنفيذ الموازنة العامة
للإهمال والتقصير الذي يترتب عليه ضياع حق من الحقوق المالية للدولة ، أو أحد الأشخاص أو الهيئات
الخاضعة لرقابة الجهاز المركزي للمحاسبات . (2)

بعض الأنظمة الوظيفية فتعهد اختصاص توقيع العقوبات فيها من قبل لجان التحقيق و ترفع
توصياتها إلى الرئيس المباشر أو إلى النظام القضائي وذلك لمنع الإدارة من استعمال سلطتها ، لكن الرئيس
الإداري وهو يمارس سلطته التأديبية على رؤوسيه، مثل الخصم والحكم في آن واحد. (3)

المطلب الثاني: النظام الشبه قضائي

النظام الشبه قضائي أو لجان التحقيق كما تطلق عليها التشريعات هو في جوهره ومضمونه يعتبر
نظاماً رئاسياً، لكنه يختلف عنه اختلاف بسيط وسوف نقوم بتوضيحه :-

1 د. خالد سمارة الزعبي - مرجع سابق - ص 242

2- المادة 79 مكرر من القانون رقم 47 لسنة 1978، بشأن العاملين المدنيين بالدولة في ج.م.ع.

3- د. ماجد الحلو، مرجع سابق، ص 326.

" يقوم النظام شبه القضائي على أساس تحقيق بعض الضمانات للموظفين حماية من تعسف استعمال السلطات المترتبة على الاختصاص الواسع في التأديب للهيئات الرئاسية المطلقة ، و دون أي قيود وحقه في الدفاع والرد".⁽¹⁾

طبقاً لذلك النظام تقوم التشريعات الوظيفية بإحالة الموظف المخالف إلى لجان تحقيق تتكون من عناصر إدارية وقانونية ، حيث تقوم هذه المجالس أو اللجان بالتحقيق مع الموظفين وتقرّر الجزاء المناسب طبقاً للجريمة المقترفة ، وترفع اقتراحاتها الجزائية إلى السلطة المختصة أو الرئاسية لتوقيع الجزاء عليه ، ولا يكون رأي اللجنة إلزامياً ويجوز للسلطة الرئاسية تخفيف العقوبة أو تشديدها .

اعتمد المشرع الفلسطيني بشكل أساسي باستثناء بعض العقوبات على لجان التحقيق مع الاختلاف في شكلها وقرار الإحالة إليها حسب درجة الموظفين .

وطبقاً لذلك لا يجوز لأي رئيس إداري أن يوقع أي عقوبة على الموظف إلا بعد إحالته للتحقيق باستثناء عقوبة التنبيه أو لفت النظر.

أحاط المشرع الموظفين أثناء التحقيق معهم ببعض الضمانات التي سوف نقوم بتوضيحها فيما بعد بالمكان المخصص لها من هذا البحث.

المطلب الثالث: النظام القضائي

يقوم هذا النظام على الفصل التام بين سلطة التحقيق والادعاء وسلطة المحاكمة ويكون أساسه قضائياً بحتاً.

يجعل النظام القضائي نظام التأديب نظاماً قضائياً بالمعنى الصحيح حيث ينزع المشرع سلطة التأديب من يد السلطة الرئاسية التي يقتصر دورها على توجيه الاتهام إلى الموظف العام ويجعلها في يد المحاكم التأديبية المشكلة لهذا الغرض⁽²⁾ .

طبقاً لذلك النظام تكون مهمة الرئيس الإداري المباشر فقط توجيه الاتهام إلى الموظف وإحالته إلى النيابة الإدارية التي بدورها تقدمه إلى محاكم إدارية معدة لذلك سلفاً .

¹- د. محمد مختار عثمان ، مرجع سابق، ص 426.

²- د. خالد سمارة الزغيبي ، مرجع سابق، ص 246

يكون اختصاص تلك المحاكم النظر بالدعوى التأديبية طبقاً للاتحة الاتهام المقدمة من الرئيس المباشر ، وتصدر قرارها دون استشارة أحد ويكون قرارها ملزماً للإدارة .

المحاكم الإدارية المختصة توفر ضمانات أكثر للموظفين لأن إجراءاتها تكون محددة مسبقاً ، ولا تكون خصماً وقاضياً في آن واحد مثل السلطة الرئاسية بل تكون حكماً نزيهاً فقط ، وطبقاً لقاعدة تعدد درجات التقاضي ، ممكن للموظف أن يطعن بالقرار التأديبي الصادر بحقه أمام محكمة إدارية أعلى من المحكمة التي أصدرت القرار .

ولم يعتمد المشرع الفلسطيني على النظام القضائي كسلطة لتوقيع العقوبات على الموظفين في الجرائم التأديبية، ولكن المشرع الفلسطيني منح الموظف المظلوم من قرار التأديب الصادر ضده اللجوء إلى القضاء بالطعن في ذلك القرار ونظمت المادة (105) من نفس القانون إجراءات ذلك الطعن وهي كالآتي :

1- للموظف أن يتظلم لرئيس الدائرة الحكومية من أي قرار إداري، وذلك خلال عشرين يوماً من تاريخ علمه.

2- يتم البث في التظلم خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه، فإذا انقضت هذه المدة دون الرد خطياً على التظلم اعتبر تظلمه مرفوضاً.

3- للموظفين اللجوء إلى القضاء خلال ستين يوماً من تاريخ إبلاغه بالرفض لتظلمه أو انقضاء المدة المنصوص عليها في الفقرة 2 أعلاه.

إذاً المشرع الفلسطيني اعتبر القرارات التأديبية مثل القرارات الإدارية الأخرى لم يتغير الوضع بالنسبة لها، وتكون خاضعة لرقابة القضاء خوفاً من إساءة استعمال السلطة من قبل السلطات الإدارية لذلك يجوز التظلم منها للرئيس الإداري الأعلى، كما يجوز الطعن فيها أمام المحاكم وطلب إلغائها لعدم المشروعية .

المبحث الثالث: إجراءات تأديب الموظف وضماناتها

يتولى الرئيس الإداري المختص أثناء ممارسة عمله مراقبة الموظفين وفقاً لمبادئ التنظيم السليم فإذا تبين له إخلال أحد الموظفين بواجباته الوظيفية ، يتخذ بعض الإجراءات القانونية التي تنتهي بتقديمه للتحقيق وتوقيع الجزاء المناسب عليه، ومن هذه الإجراءات التحقيق والتأكد من وقوع الخطأ الوظيفي وإجراءات التأديب وذلك طبقاً للقوانين والأنظمة واللوائح المنظمة لعمل المرافق العامة .

" سلطة التأديب إذا كانت ضرورية لسيادة النظام داخل المرافق العامة فإنها في غاية الخطورة إذا سئ استخدامها ، ولهذا فإن العامل أحوج ما يكون للضمانات التي تمكنه من الدفاع عن نفسه وإظهار براءته

، لأن الظلم ولو تم بحسن نية، وعن غير قصد، هو أشد ما يفت في عضد العاملين ويبث عدم الثقة واليأس في نفوسهم" (1).

خلال هذا المبحث سوف نتعرض للإجراءات التأديبية التي تمر بمرحلتين، المرحلة الأولى التحقيق والثانية مرحلة المحاكمة، وأيضاً سوف نتعرض لأهم الضمانات القانونية التي تمكن الموظف العام، من الدفاع عن نفسه لإظهار براءته من تلك الجريمة.

المطلب الأول: الإجراءات التأديبية

الإجراءات التأديبية هي الطرق والمسالك التي تسلكها الإدارة منذ ارتكاب موظفها الخطأ الوظيفي الذي يستحق عليه التأديب إلى أن توقع العقوبة التأديبية عليه .

فالإجراءات التأديبية، تمر بمرحلتين هما:

المرحلة الأولى :- مرحلة التحقيق والتي يتم فيها الوثوق من وقوع الخطأ ونسبته إلى الموظف مع جمع الأدلة والبيانات الكافية لإدانة الموظف.

المرحلة الثانية :- هي توقيع العقوبة من الجهة الإدارية المختصة التي حددها المشرع الفلسطيني في حالة ثبوت ارتكاب الموظف الخطأ التأديبي، طبقاً لذلك يجب أن يقوم الرئيس الإداري المختص بإحالة الموظف المخالف للتحقيق معه وبيان مدى ارتكاب الموظف ذلك الخطأ، مع جمع الأدلة والبيانات الكافية قبل اتهام الموظف، وبعد ذلك تخلص لجنة التحقيق لرفع توصياتها للجهات الإدارية الرئاسية التابعة لها الموظف لتقرير العقوبة المناسبة بحقه.

تختلف جهة التحقيق طبقاً للقانون الفلسطيني حسب درجة الموظف، فنلاحظ في الوظائف الدنيا تكون جهة التحقيق رئيس الدائرة هو الذي يقوم بتعيين تلك اللجنة، أما الوظائف العليا موظفي الفئة الأولى بما فوق تكون بقرار من مجلس الوزراء بناء على طلب رئيس الدائرة الحكومية التابع لها .

1- د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 790

المطلب الثاني: الضمانات التأديبية

تقريباً لمبدأ الشرعية ، وخضوع الجميع لحكم القانون -حكاماً ومحكومين- يصبح ضرورياً توفير الضمانات الأساسية للموظف العام ، سواء عند التحقيق معه وأثناء محاكمته وهي لا تخرج في جوهرها عن ضرورة إجراء تحقيق عادل ، ومحاكمة عادلة طبقاً للأصول العامة المتعارف عليها في هذا الشأن.⁽¹⁾

حرص المشرع الفلسطيني على توفير بعض الضمانات للموظفين بهدف إظهار الحقيقة وتحقيق العدالة وقد نصت على تلك الضمانات المادة (69) فقرة (2) على (فيما عدا عقوبة التنبيه ولفت النظر لا يجوز توقيع العقوبة على الموظف إلا بعد إحالته إلى لجنة للتحقيق معه وسماع أقواله ، ويتم ذلك بالتسجيل في محضر خاص ويكون القرار الصادر بتوقيع العقوبة مسبباً) .

يتضح من خلال تلك الفقرة أن الموظف العام أحاطه المشرع في مجال التأديب بعدد من الضمانات التي لا بد منها لتأمين عدالة الجزاء التأديبي وأهمها :-

1-المواجهة :-

يتمثل هذا المبدأ بإعلان الموظف ومواجهته بما ارتكب من تصرفات مخالفة وبالتهمة المنسوبة إليه وحقه بالاطلاع على ملفه، وقد تطور هذا المبدأ في مجال التأديب للموظف العام حتى أصبح من المبادئ العامة.⁽²⁾

هذا الحق منطقي أي يعد من مراحل التحقيق الرسمية إذ يتم مواجهة الموظف المذنب من قبل رئيسه وإعلامه بما ارتكب من خطأ، ومن الملاحظ أن المشرع لم ينص على ذلك الحق لأنه يعتبر من المبادئ العامة وهذه المواجهة ضرورية وأساسية وتكون سابقة حالة التحقيق.⁽³⁾

نصت في فرنسا على هذا الحق التشريعات الصادرة سنة 1959م الخاصة بالموظفين والتي أصبحت بموجبها للموظف المتهم حق الاطلاع على ملفه وعلى جميع الأوراق والوثائق الملحق به.⁽⁴⁾

¹ د . أنور رسلان ، مرجع سابق ، ص 645

² -د/ عبد الفتاح حسن ، مبادئ القانون الإداري الكويتي ، دار النهضة العربية ، بيروت ، سنة 1996 ، ص 245

³ هذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي صراحة في حكمه الشهير سنة 1945م في قضية أرميو (Champion Arme) والذي استقر فيه اعتبار المواجهة مبدأ عاماً بقوله (يخلص من المبادئ العامة للقانون والتي تطبق في غيبة النصوص التشريعية لأنه لا يمكن الحكم بأية عقوبة حكماً صحيحاً دون أن يكون المحكوم عليه ، قد أتت له أن يبدي دفاعه بطريقة منتجة وفعالة).

⁴ .د . منصور العتوم ، مرجع سابق ، ص 318

2-التحقيق :-

يعتبر التحقيق من أهم الضمانات التي تقي الموظف من الشبهة والافتهام، وهو عبارة عن تحري وجمع المعلومات التي تدين الموظف المتهم قبل توجيه الاتهام له من قبل رئيسه المباشر في حالة محاكمته وتوقيع العقاب من قبلها في حالة تحويله لمجلس تأديبي إذا لم يملك سلطة توقيع العقاب .

اشتراط القانون صراحة أن يكون التحقيق مع الموظف كتابياً⁽¹⁾، ونص في الفقرة السابقة بأنه يتم إثبات ذلك في محضر خاص باستثناء عقوبة التنبيه ولفت النظر فقد لا يكون التحقيق فيها كتابياً .

القاعدة العامة هي أن الإدارة تقوم بالتحقيق مع الموظفين حول الوقائع المنسوبة إليه حتى ولو تمت مساءلته جنائياً فلا بد من إجراء التحقيق معه للتأكد من أنه ارتكب خطأً تأديبياً ومن المقرر أيضاً في نظام التأديب أن السلطة الرئاسية هي التي تحرك إجراءات التأديب بصفة أساسية ضد الموظف المتهم⁽²⁾.

الجهة المختصة بإصدار الأمر في التحقيق والبت فيه طبقاً لقانون الخدمة المدنية الفلسطيني تختلف حسب درجة الموظف ، فإذا كان من الفئة الأولى فان الجهة المختصة بإصدار الأمر ببدء التحقيق هو مجلس الوزراء بناء على طلب رئيس الدائرة الحكومية التابع لها الموظف، أما باقي الموظفين فيكون ذلك من صلاحية الوزير أو من يفوض له بذلك.

ضمن المشرع حياد لجنة التحقيق مع الموظفين حيث يتم تشكيل لجنة تحقيق مع الموظفين من أشخاص محددين فتكون عضويتها من أعضاء لجنة شئون الموظفين ومستشارين قانونيين من الوزارة التي يتبع لها الموظف ، أما موظفي الدرجات العليا من الفئة الأولى فتكون اللجنة مكونة بقرار من مجلس الوزراء ومن موظفين لا تقل درجاتهم عن درجة الموظف المحال للتحقيق طبقاً للفقرة "ب" من المادة (71) من نفس القانون .

يحق لرئيس الدائرة الحكومية أن يوقف الموظف المحال للتحقيق وقف كلي أو نقله إلى وظيفة أخرى في نفس الدائرة ولمدة محددة حتى انتهاء التحقيق مع الموظف وذلك طبقاً لنص المادة (93) من نفس القانون والتي نصت على أنه "عند إحالة الموظف إلى التحقيق يجوز لرئيس الدائرة الحكومية التي يتبعها وقف الموظف عن عمله أو نقله إلى وظيفة أخرى في الدائرة نفسها بصفة مؤقتة ريثما ينتهي التحقيق معه".

1. المادة (89) من اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الفلسطيني وتعديلاته.

2- د. خالد سمارة الزعي ، مرجع سابق ، ص245.

يكون ذلك الإجراء احتياطيا حتى لا يتأثر الموظف بأي مؤثرات داخل العمل، ويعود إلى وظيفته إذا ما انتهى التحقيق معه .

وفي حال وقف الموظف نهائيا عن عمله يدفع له راتبه كاملا خلال فترة الإيقاف وعلى ذلك نصت المادة (94) من نفس القانون على (يدفع للموظف الموقوف عن عمله راتبه كاملا فترة وقفه).

3- حق الدفاع :

توقيع عقوبة تأديبية على الموظف لا يجوز إلا بعد أن يعطى فرصة الدفاع عن نفسه بالطرق المشروعة، ويستطيع أن يستعين بمحامٍ للدفاع عنه ، لذلك يجب إحاطة الموظف بالتهمة المنسوبة له وأدلة الاتهام ويجب السماح له بإبداء ما يشاء من أوجه الدفاع عن نفسه شفوية وكتابة بحرية تامة دون أي تأثير مادي ومعنوي يمكن أن يمنعه من ذلك.⁽¹⁾

إضافة إلى حقه في سماع شهوده وتمكّنه من الاطلاع على التحقيقات التي أجريت وكل ما يتعلق بها من أوراق وتقارير واستيفاء أي جزء موصول بالحقيقة وأي إنقاص في هذا الحق يعتبر ناقصا يقتضي بطلانه .⁽²⁾

4-تسبب الأحكام التأديبية :

السلطة المخولة بتوقيع العقاب ، يجب أن تقوم بذكر سبب العقوبة في صلب القرار التأديبي الصادر وبيان العقوبة الموقعة والمخالفة التي كان القرار التأديبي سببا لها ، وقد نص القانون على ذلك في الفقرة " 2 " من المادة (69) على " يكون القرار الصادر بتوقيع العقوبة مسببا " .

القرار التأديبي المسبب يضيء الطمأنينة في نفوس الموظفين كما تمكن الرقابة القضائية على الحكم بالجزاء وذلك تأييده إذا كانت الأسباب سليمة أو إلغائه إذا شاب الحكم عيب كخلوه من الأسباب أو نتيجة قصور فيها أو بينها وبين منطوقه⁽³⁾ .

خلاصة التحقيق يجب أن يتضمنها قرار الجزاء بحيث تأتي معبرة بوضوح عما سؤل فيه المتهم وخلاصة التحقيق والعقوبة ، لأنّ من شأن ذلك الإخلال بالضمانات اللازمة للاطمئنان إلى صحة ما أسند إلى

¹- د.موسى شحادة، مرجع سابق ،ص 273.

².د. عبد الفتاح عبد البر ، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ج.م.ع سنة 1980م، ص

273

³. د. عمره فؤاد بركات ، مرجع سابق ، ص 421

العامل من وقائع تستوجب بمجازاته وتعطيل مهمة القضاء في تسليط رقابته على مدى صحة قرار الجزاء ومدى صلاحية تقرير الإدارة .

5- حق التظلم الإداري:

أقر المشرع الفلسطيني في قانون الخدمة المدنية رقم (4 سنة 1998 م) بالمادة (105) منه على حق الموظف بالتظلم من القرار الصادر ضده وفي الطعن بالإلغاء أمام القضاء حيث نص في الفقرة (3) من نفس المادة على " للموظف اللجوء إلى القضاء خلال 60 يوماً من تاريخ إبلاغه ورفض تظلمه أو انقضاء المدة المنصوص عليها "

6_ حق الطعن القضائي :

حق التّقاضى من الحقوق العامة التي يجب أن تعترف بها الدساتير للأفراد وبصفة عامة، من أهم ضمانات الموظف العام في مواجهة سلطة التأديب حق الطعن القضائي في الأحكام القضائية الواقعة عليه ذلك؛ لأن القضاء بما يتصف به من حياد ونزاهة ومعرفة تخصصيه في مسائل المنازعات التي من شأنها أن ينظر فيها وخاصة إلى الجزاء التأديبي للموظف من وجود عدم المشروعية التي قد تلحق بقرار الجزاء⁽¹⁾.

كثيرة هي الأحكام القضائية التي صدرت من المحكمة العليا بخصوص منازعات الموظفين والتي تم ذكر البعض منها في سياق هذا البحث

تعتبر الرقابة القضائية من الضمانات اللاحقة على توقيع الجزاء التأديبي وهي آخر ضمانة يلجأ إليها الموظف بانقضاء الجزاءات التأديبية الواقعة عليه آثارها عن طريق الطعن بالإلغاء في القرارات التأديبية، هذا بالإضافة إلى أن أحكام القضاء تعد مصدراً هاماً لضمانات التأديب⁽²⁾

ونرى : أنه خير ما فعل المشرع الفلسطيني الذي أحاط الموظف العام بسياج واقٍ من الضمانات خوفاً من تعسف الإدارة أثناء ممارستها لحقها في توقيع الجزاء على الموظف أو غلوها في تقرير العقوبة المناسبة والملائمة مع الخطأ المقترف من الموظف ، وذلك تحقيقاً للعدالة وإظهار الحقيقة الكاملة.

¹- د. ماجد الحلو ، مرجع سابق ، ص 232

²- د. منصور العتوم ، مرجع سابق ، ص 353

النتائج والتوصيات

أولاً – النتائج:

1. القانون الفلسطيني لم يضع تعريفاً جامعاً مانعاً للجريمة التأديبية بل اكتفى بالنص في قانون الخدمة المدنية رقم (4 لسنة 1998) على أنه إذا ثبت ارتكاب الموظف مخالفة للقوانين، والأنظمة والتعليمات المعمول بها في الخدمة المدنية أو في تطبيقاتها، فتوقع عليه إحدى العقوبات التأديبية
2. العقوبات التأديبية واردة على سبيل الحصر وعلى العكس من الجرائم التأديبية وتملك الإدارة سلطة تقديرية في اختيار العقوبة التي توقعها على الموظف المرتكب للجريمة، ولكن هذه العقوبات محددة على سبيل الحصر بقانون الخدمة المدنية.
3. الإدارة غير ملزمة بمحو العقوبات حسب المدد المذكورة في القانون ولها سلطة تقديرية في ذلك متى رأت انضباط سلوك الموظف والتزامه بعمله.
4. لا يجوز لأي رئيس إداري أن يوقع أي عقوبة على الموظف إلا بعد إحالته للتحقيق باستثناء عقوبة التنبيه أو لفت النظر، لاعتماد المشرع الفلسطيني بشكل أساسي على لجان التحقيق مع الاختلاف في شكلها وقرار الإحالة إليها حسب درجة الموظفين.
5. المشرع الفلسطيني اعتبر القرارات التأديبية مثل القرارات الإدارية الأخرى تخضع لرقابة القضاء خوفاً من إساءة استعمال السلطة، لذلك يجوز التظلم منها للرئيس الإداري الأعلى كما يجوز الطعن فيها أمام المحاكم وطلب إلغائها لعدم المشروعية .
6. المشرع الفلسطيني أحاط الموظف العام بسياج وافي من الضمانات أثناء التحقيق معه خوفاً من تعسف الإدارة أثناء ممارستها لحقها في توقيع الجزاء أو غلوها في تقرير العقوبة المناسبة والملائمة مع الخطأ المقترف من الموظف.

ثانياً- التوصيات:

1. يجب على المشرع ترتيب تلك العقوبات حسب خطورة الإجراء التأديبي مثال : جعل المشرع عقوبة الإنذار بالفصل أشد من عقوبة الوقف عن العمل، مع العلم أن عقوبة الإنذار بالفصل مجرد رسالة إنذار للموظف ، وأيضاً جعل عقوبة تخفيض الدرجة أشد من الوقف عن العمل والذي يتخذ عادة قبل عقوبة الفصل وتمهيداً لها.

2. يجب على المشرّع إلزام الإدارة بمحو العقوبة التأديبية بانتهاء المدة المنصوص عليها في القانون وعدم ترك سلطة تقديرية بذلك للإدارة.
3. يجب على المشرّع النص صراحة في قانون الخدمة المدنية على منح صلاحية تشكيل لجنة التحقيق لرئيس الدائرة الحكومية المختص للموظّفين دون الفئات العليا في جميع العقوبات، وعدم ترك ذلك لرئيس ديوان الموظفين حسب نص اللائحة التنفيذية للقانون.

المراجع:

أولاً- المراجع العامة :

1. أنور رسلان ، الوجيز في القانون الإداري ، شركة مطابع الطوبجي التجارية ، سنة 1999م.
2. إعاد على حمود القيس ، الوجيز في القانون الإداري ، إصدار دار وائل للنشر السريع الجامعة الأردنية، ط أ، سنة 1998.
3. خالد سمارة الزغبى، القانون الإداري، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الثالثة ، 1993م.
4. سليمان الطماوي ، مبادئ القانون الإداري ، دار الفكر العربي ط 8 لسنة 1966م.
5. عبد الفتاح حسن ، مبادئ القانون الإداري الكويتي ، دار النهضة العربية ، بيروت، سنة 1996.
6. عبد الفتاح خضر، شرح نظام العاملين بالمملكة العربية السعودية الجزء الثاني .
7. عبد الوهاب البنداري ، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة و القطاع العام ، دار الفكر العربي ، بدون تاريخ .
8. عبد الوهاب البنداري، العقوبات التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام، دار الفكر العربي ، بدون تاريخ
9. عدنان عمرو ، شرح قانون الخدمة المدنية الفلسطيني لعام 1998 ، إصدار مؤسسة الحق ، لسنة 1999 .
10. فوزي حبيش ، الوظيفة العامة و إدارة شؤون الموظفين ، المطبعة البولسية جونية ، لبنان ، سنة 1986م.
11. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، لسنة 1982 – 1992.
12. محسن خليل ، مبادئ القانون الإداري اللبناني ، بيروت مكتبة كريدة إخوان ، لسنة 1978م.

13. محمد عبد الله الحراري ، أصول القانون الإداري الليبي ، الجزء الثاني / منشورات جامعة ناصر ، 1992 .
14. منصور العتوم ، المسؤولية التأديبية للموظف العام ، مطبعة الشرف ، عمان لسنة 1984م.
15. موسى شحاته، القانون الإداري م منشورات جامعة القدس المفتوحة ، الطبعة الأولى ، لسنة 1996 م .

ثانياً- الرسائل العلمية :

1. د/ عبد الفتاح عبد البر ، الضمانات التأديبية في الوظيفة العامة ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ج.م.ع لسنة 1980م.
2. د. عمر و فؤاد بركات ، السلطة التأديبية ، رسالة دكتوراة ، جامعة عين شمس/ القاهرة 1978م.
3. د/ محمد مختار عثمان ، الجريمة التأديبية بين القانون الإداري و علم الإدارة العامة ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، القاهرة ج.م.ع لسنة 1971 .
4. د/ محمد جودت الملط ، تأديب الموظف العام ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ج.م.ع 1967 م.

ثالثاً- الدوريات والمجلات :

1. المحامي ضياء رؤوف الزغبى، دراسة حول الوظيفة العامة في فلسطين ، مجلة وزارة الداخلية ، مايو 1999م.

رابعاً- القوانين واللوائح :

1. قانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم 4 لسنة 1998 م, وتعديلاته.
2. قانون الخدمة المدنية الأردني رقم 1 لسنة 1998 م .
3. قانون العاملين المدنيين بالدولة ج. م. ع رقم 7 لسنة 1978 م.
4. اللائحة التنفيذية لقانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم 4 لسنة 1998 م, وتعديلاته.

التزام البنك بإعلام المستهلك في مجال القروض الاستهلاكية أ/ بوالكور رفيقة (جامعة مولود معمري / الجزائر)

ملخص

في سبيل إشباع حاجياته المعيشية يلجأ المستهلك إلى التعاقد مع البنوك في إطار القروض الاستهلاكية، وباعتباره الحلقة الأضعف في هذا النوع من العقود، وجب تدخل القانون لحمايته في مواجهة البنك المحترف، من خلال إلزام هذا الأخير بإعلامه حول شروط ومخاطر هذه القروض، التي وإن كانت تحقق مزايا كبيرة في إنعاش الاقتصاد الوطني، إلا أنها بالمقابل تشكل خطرا على المستهلك الذي يقبل على الاستهلاك غير الرشيد، مما قد ينجر عنه عجزه عن الوفاء بمبلغ القروض التي أبرمها.

الكلمات المفتاحية: المستهلك، الالتزام بالإعلام، القروض الاستهلاكية.

Résumé:

Le consommateur fait recours aux banques afin de satisfaire ses besoins de vie dans le cadre des crédits de consommation. Vu que le consommateur est le maillon faible dans ce genre de contrats, la loi a intervenu afin de le protéger contre la banque professionnelle, en obligeant cette dernière de le tenir informé des conditions et des dangers de ces crédits. Aussi, bien que ces crédits sont très bénéfiques pour la relance de l'économie nationale, ils constituent une menace pour le consommateur qui se lance dans la consommation irrationnelle qui pourrait le rendre incapable de payer les montants des contrats qu'il a conclus.

Mots clés: Consommateur, Obligation d'information, crédits de consommation.

مقدمة:

نظرا إلى اتساع عمليات القرض في السنوات الأخيرة بصفة عامة وقروض الاستهلاك بصفة خاصة، بات من الضروري البحث في نطاق الحماية المقررة للزبون المستهلك كطرف ضعيف في مواجهة البنك المحترف في ممارسة هذا النوع من العمليات، حيث أصبح الإقراض أهم الوسائل التي تساهم في تمويل النشاطات الاستهلاكية في الوقت الراهن، ورغم الايجابيات التي تقدمها القروض الاستهلاكية للمستهلك حيث تمكنه من الاستفادة من السلعة التي يحتاجها دون أن يجبر على وفاء مبلغها بصفة فورية مما يزيد من فرص الاستهلاك، إلا أنها قد تشكل خطيرا على المستهلك المقترض عندما يقبل على الاستهلاك العشوائي دون أن يميز الأخطار التي قد تنجر عن ذلك، والمتمثلة أساسا في عدم تلاؤم مبلغ القرض مع مركزه المالي، وهو ما يؤدي به في نهاية الأمر إلى عدم القدرة على السداد، أو تعرضه إلى أزمات مالية نتيجة الاقتطاعات التي تتم على مبلغ دخله الشهري مما يؤثر سلبا على وضعيته المعيشية.

لذلك اتجهت مختلف التشريعات ومنها التشريع الجزائري، إلى وضع آليات لحماية المستهلك في مجال القروض الاستهلاكية، ومن بين أوجه هذه الحماية تقرير الالتزام بالإعلام على عاتق البنك مقدّم القرض، وهو ما يشكل موضوع هذه الدراسة التي سيتم من خلالها بيان مضمون الالتزام بإعلام المستهلك في المطلب أول، ثم تحديد نطاق هذا الالتزام من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع في المطلب الثاني وذلك من أجل الإجابة عن الإشكالية التي يثيرها موضوع هذه الدراسة وهي: التساؤل عن دور الالتزام بالإعلام في تنوير إرادة المستهلك المقبل على إبرام عقد القرض من أجل تلافي الآثار السلبية لهذا القرض.

المطلب الأول: مضمون الالتزام بإعلام المستهلك.

نظرا إلى التباين الملحوظ في العلم والمعرفة بين المؤسسة المقرضة ممثلة في البنوك والطرف المقترض وهو المستهلك، اجتهد الفقه خاصة في فرنسا في إرساء تعريف للالتزام بالإعلام (الفرع الأول) قبل تكديسه قانونا من قبل المشرع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف بالالتزام بإعلام المستهلك.

يتم التعريف بهذا الالتزام من خلال إبراز جملة من الآراء الفقهية التي تناولته، حيث عرّفه بعض الفقه الفرنسي¹ بأنه: "التزام بالإدلاء بالبيانات اللازمة لانعقاد العقد، وهو التزام مستقل، ويقصد به التزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر في مرحلة تكوين العقد البيانات اللازمة لتبصير رضاه بمضمون هذا العقد بناء على الثقة المشروعة بينهما"، كما عرّفه بعض الفقه المصري بأنه: "التزام سابق على التعاقد، يتعلّق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضى حرّ سليم كامل ومتنور، على علم بكافة تفصيلات هذا العقد أو طبيعة طرفيه أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلمّ ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، والذي يستلزم بناء على جميع هذه الاعتبارات الالتزام بالإدلاء بالبيانات".

كما عرّف الالتزام بالإعلام بأنه "واجب مفروض من قبل القانون، خاصة على بعض البائعين المهنيين أو الشركات المحترفة بتقديم المعلومات التي تتصل بمحل التعاقد أو بالعملية المراد إبرامها، وذلك عن طريق عدة وسائل كالبيانات الإعلامية والإشهار..."².

من خلال التعاريف السابقة نستنتج أن الالتزام بالإعلام يجد مجاله في المرحلة السابقة على التعاقد، لذلك فهو ليس التزاما عقديا، وإنما هو الإدلاء المصاحب لتكوين العقد والسابق على إبرامه بكافة المعلومات والبيانات الجوهرية المؤثرة والمتعلقة بالخدمة التي تقدّمها البنوك بوصفها محترفة professionelles ممارسة نشاطها، وذلك بهدف تكوين رضى حرّ عند الزبون لدى إقباله على إبرام عقد القرض.

إذا كان مصطلح الإعلام مرادفا لمصطلحات: الإفشاء، الإخبار، التبصير بين مختلف الفقهاء فإنّ الخلاف بينهم كان حول مفهوم الالتزام بالإعلام مقارنة مع الالتزام بالنصيحة والالتزام بالتحذير، خاصة في الفقه الفرنسي الذي انقسم بشأن ذلك إلى فريقين: الأول ينادي بوحدة الالتزامات الثلاثة، وأنها تعبّر عن التزام عن التزام واحد والثاني يرى أنها تشكل التزامات متعددة.

حيث يفرق بعض فقهاء القانون في فرنسا بين لفظي الإعلام والنصيحة، ويرون بأنّ لكل منهما مدلوله الخاص والتميز به عن الآخر، ويعتبرون أنّ الالتزام بالإعلام هو مجرد بذل للمعلومة وتقديمها بطريقة حيادية، دون أن تتضمن حثا أو دفعا تجاه اتخاذ قرار أو موقف من قضية أو مسألة ما، في حين أنّ النصيحة تمثل

¹ ALLISSE (J.), *L'obligation de renseignements dans les contrats*, thèse, paris, 1945, p.224 .

² « Information : un devoir imposé par la loi notamment à certains vendeurs professionnels ou à des sociétés, de fournir des indications sur l'objet du contrat ou l'opération envisagée par des moyens adéquats » : mentions , informatives, publicité... » voir ; vocabulaire juridique association H. CAPITANT publie sous la direction de G. CORNU, P. U.F. , 2^{eme} édition, 1990, p.424.

دفعاً وحثاً على أمر معين يختلف عن مجرد تقديم المعلومة البسيطة¹ التي توجب على من يقدمها بذل العناية اللازمة في تزويد طالبيها بالمعلومات الفنية المطابقة للمعلومات المكتسبة أو المسلمات الثابتة وفقاً للعلم الذي يمتننه مقدم النصيحة،² والتي تمثل وفقاً لهذا الرأي رأياً مدروس النتائج من جانب مقدمها يوجه قرار المتعاقد الآخر.³

وفي مجال العمليات البنكية يذهب بعض الفقه إلى القول بأنه إذا كان الالتزام بالإعلام التزاماً موضوعياً يتمثل في تقديم المعلومات بطريقة حيادية، فإن الالتزام بالنصيحة هو الالتزام الإيجابي، يقوم به البنك من خلال توجيه الزبون وحثه على الاختيار من بين عدة خيارات مطروحة.⁴

أما الالتزام بالتحذير فيعرف بأنه⁵: "الالتزام يقوم على جذب أو لفت انتباه المتعاقد الآخر بخصوص أثر سلبي في العقد، أو في الشيء محل التعاقد الذي ينطوي في حقيقة الأمر على خطر، أو مخاطرة ينبغي التحذير بسببها من جانب الطرف الآخر".

من خلال التعريف السابق يتضح أن الالتزام بالتحذير وسيلة لحماية الزبون من مخاطر العمليات التي يبرمها والأضرار التي قد تنجر عنها، وإذا كان تحذير الزبون أمراً غير مختلف فيه، فإن اهتمام القضاء الفرنسي تعدى إلى تحذير كفيل الزبون الجاهل أو غير العالم (profane) من مخاطر الكفالة في عقد القرض، وهو ما أكدته الغرفة المشتركة لمحكمة النقض الفرنسية في قرارين⁶ مؤرخين في 29 جوان 2007، تلزم من خلالهما البنك بالقيام بواجب التحذير لمصلحة الكفيل، يتعلق الحكم الأول بمزارع قام لأجل حاجات مزرعته بإبرام

— thèse, Paris, 1991 ¹ FABRE-MAGNAN (Muriel), *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, Les obligations d'information et de conseil du banquier, presse universitaires D'AIX-) François, p.09 ; Voir aussi :BOUCAR MARSEILLE, 2002, p.23.

² « Si le conseil doit mettre la diligence normale à fournir à ses clients les renseignements techniques conformes aux données acquises de la science qu'il professe », Voir : CORNU: *Observations*, Revue Trim. Dr. Civ., 1972, P.418 : N°05.

— وهو رأي مذكور في: مرجع، خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص96.

³ GHESTIN (Jaques), *Traité de droit civil, les obligations- le contrat*, L.G.D.J.,1980. p.458.

⁴ ROUTIER,(R.) *La responsabilité du banquier*, LGDJ, paris, 1997, p .101.

⁷FABRE-MAGNAN (Muriel) , thèse précitée, P.372 : " La mise en garde consiste à attirer l'attention du cocontractant sur un aspect négatif du contrat ou de la chose objet du contrat. C'est principalement contre un danger, un risque que l'on est tenu de mettre en garde quelqu'un " .

⁶- Cass. Mixte 29 juin 2007, n° 05- 21. 104, juris-Data n° 2007- 039908.

-Cass. Mixte 29 juin 2007, n° 06- 11. 673, D. 2007. p. 1950.

عدة قروض مع بنكه بكفالة أمه لهذه القروض، أما الحكم الثاني فيتعلق باعتماد تم منحه لمدرسة وزوجها بغرض فتح مطعم لهذا الأخير.

كما يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الالتزام بالإعلام والنصيحة وكذا التحذير، كل لا يتجزأ فهم ينكرون الذاتية المستقلة لكل الالتزامات السابقة، ويرون فيها متردافات لها المعنى نفسه للأخبار، وحثهم في ذلك صعوبة وضع حدود فاصلة ودقيقة بينها، لأنّ الرابط بينها مشترك وهو حماية الدائن بتقديم قدر من المعلومات الضرورية، سواء أ كان ذلك على سبيل الإعلام أم التحذير أم النصيحة أو قد نجد جميع هذه الألفاظ معا حسب ما نريد نقله من بيانات أو معلومات.¹

وتعليقا على ما سبق يمكن القول أنه إذا كان هناك اختلاف بين الالتزام بالإعلام والالتزام بتقديم النصيحة أو الالتزام بالتحذير، فإنه لا يعدو أن يكون اختلافا في الدرجة وليس في الطبيعة،² فالالتزام بالإعلام يبدأ بتقديم إخبار حيادي وموضوعي، ثم يتدرج إلى إثارة الانتباه والتحذير من العواقب الناتجة عن العملية العقدية، وأخيرا ينتهي بتقديم نصيحة تهدف إلى إعطاء إعلام ملائم يتناسب وحاجات المتعاقد الآخر توجهه إلى اتخاذ القرار الأنسب.

الفرع الثاني: التكريس القانوني للالتزام بإعلام المستهلك.

بدأت بوادر هذا الالتزام بالظهور في أحكام القضاء الفرنسي قبل أن يندرج ضمن نصوص قانونية عامة ثم خاصة، وبالرجوع إلى النصوص العامة نجد أول نص يتناول هذا الالتزام هو نص المادة 1602 من التقنين المدني الفرنسي وتقابلها المادة 532 من التقنين المدني الجزائري، والتي تقضي بأنه " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه..."، ولكن هذه المادة وإن كانت تشير إلى الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق البائع إلا أنها لم تعد كافية لاحتواء كل العمليات التي تتم بين جمهور المهنيين من جهة، وجمهور المستهلكين من جهة أخرى خاصة بعد تنامي وتطور السلع والخدمات إلى درجة كبيرة في العصر الحالي، فلم يعد عقد البيع ينصرف إلى السلع البسيطة بل أصبحت هذه الأخيرة على درجة عالية من التعقيد مثلها مثل الخدمات التي اتسع نطاقها، وأصبحت تتفوق من حيث حجمها وقيمتها على العديد من المنتجات والسلع.

¹VASSILI (Christianos), *Conseils, mode d'emploi et mise en garde en matière de vente de meubles corporels*, contribution à l'étude de l'obligation d'information, thèse, Pari II, 1985, P.20.

²STORCK (M.), *Les obligations d'information, de conseil et de mise en garde des prestataires de services d'investissement*, Bull. Joly bourse et produit financiers, 2007, n : 03, p. 311.

ونظراً لذلك فإنّ الأمر استوجب النص على الالتزام بالإعلام في نصوص خاصة، وهي تلك المتعلقة بحماية المستهلك، حيث نص المشرع الفرنسي في المادتين 1-111 و 2-111 من قانون الاستهلاك على تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد¹.

أمّا المشرع الجزائري فقد نص على وجوب الالتزام بالإعلام ضمن أحكام القانون رقم 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك (الملغى)، والتي تنص المادة 4 منه على: "تكيف العناصر المنصوص عليها في المادة 03 من هذا القانون حسب طبيعة و صنف المنتج أو الخدمة بالنظر إلى الخصوصيات التي تميزه والتي يجب أن يعلم بها المستهلك حسب ما تتطلبه البضاعة المعنية..". ومن خلال هذه المادة تم تكريس مبدأ الالتزام بالإعلام لمصلحة كل من يقتني منتجاً أو يستفيد من خدمة وهو آلية قانونية مستحدثة، عمل المشرع الجزائري على إدراجها ضمن نصوص قانون الاستهلاك، من أجل حماية موضوعية للمستهلك بفعل التطور التكنولوجي الذي صاحب إنتاج السلع والخدمات، وبالرجوع إلى نص المادة 04 سالف الذكر فإن إعلام

¹ - L'article L.111-1 du code de la consommation français dispose que : «Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :

1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé

et du bien ou service concerné ;

2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 112-1 à L. 112-4 ;

3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ;

4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte ;

5° S'il y a lieu, les informations relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles ;

6° La possibilité de recourir à un médiateur de la consommation dans les conditions prévues au titre Ier du livre VI. »

- L'article L111-2 de code de la consommation dispose que : « Outre les mentions prévues à l'article L. 111-1, tout professionnel, avant la conclusion d'un contrat de fourniture de services et, lorsqu'il n'y a pas de contrat écrit, avant l'exécution de la prestation de services, met à la disposition du consommateur ou lui communique, de manière lisible et compréhensible, les informations complémentaires relatives à ses coordonnées, à son activité de prestation de services et aux autres conditions contractuelles, dont la liste et le contenu sont fixés par décret en Conseil d'Etat.

Les informations complémentaires qui ne sont communiquées qu'à la demande du consommateur sont également précisées par décret en Conseil d'Etat ».

² قانون رقم 02/89، مؤرخ في 7 فيفري 1989، يتعلّق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية عدد 06، مؤرخة في 13 فيفري 1989، (ملغى).

المستهلك بالعناصر المنصوص عليها في المادة 03 من القانون نفسه ، يقصد بها المقاييس أو المواصفات القانونية التي يجب أن تتوفر في المنتج أو الخدمة.

وقد ألزم المشرع الجزائري في ظل قانون الممارسات التجارية،¹ كل عون اقتصادي أي مهني بإعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع وذلك بمقتضى المادة 04 منه، كما نصت المادة 8 من القانون نفسه على أنه "يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت، وحسب طبيعة المنتجات بالمعلومات النزهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة وبشروط البيع الممارس، وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية المدنية لعملية البيع أو الخدمة، وبصدور القانون رقم 03/09،² فقد واصل المشرع الجزائري تأكيده على ضرورة إعلام المستهلك بكل الطرق المتاحة حول المعلومات المتعلقة بالمنتج سواء أكان سلعة أم خدمة، حيث نصت المادة 17 منه على أنه: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

بالإضافة إلى النصوص السابقة قام المشرع الجزائري بإصدار نصوص خاصة في المجال البنكي تلزم البنوك والمؤسسات المالية بإعلام زبائنها بكل ما يتعلق بنشاطها البنكي، حيث نص في المادة 119 مكرّر/ 1 من الأمر 03/ 11 المتعلق بالنقد والقرض،³ على إلزام البنوك بإعلام زبائنها بطريقة دورية بوضعيتهم إزاء البنك أو بكل معلومة تراها مفيدة تتعلق بالشروط الخاصة بالبنك، كما أكدت المادة 119 مكرّر/ 2 من القانون نفسه على ضرورة أن تستوفي عروض القروض مطلب الشفافية، وتشير بكل وضوح إلى كل الشروط المتعلقة بها، وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادر في 22/ 07/ 2010⁴ عندما قضت بأنه: "يقع على عاتق البنك (الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط) قبل توقيع اتفاقية القرض التزام بإعلام وتوجيه المقترض بإمكانية حصوله على دعم مالي من الصندوق الوطني للسكن، ويؤدي إخلال البنك بهذا الالتزام إلى إيقاع المقترض في غلط جوهري يبرّر مطالبته بإلغاء اتفاقية القرض".

¹ قانون رقم 02/04، مؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية عدد 41 مؤرخة في 27 يونيو، 2004 (معدل ومتمم)

² قانون رقم 03/09، مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية عدد 15، مؤرخة في 08 مارس 2009.

³ أمر 03/ 11، مؤرخ في 27 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية عدد 52، مؤرخ في 27 أوت 2003 المعدل والمتمم بالأمر 10/ 04، مؤرخ في 26 أوت 2010، الجريدة الرسمية عدد 11، بتاريخ 27 أوت 2003.

⁴ الغرفة المدنية، ملف رقم 581228، بتاريخ 22/ 07/ 2010، قضية الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، ضد (س.ع) والصندوق الوطني للسكن، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2010، ص 161.

كما أُلزم النظام رقم 01/13¹ المتعلق بالشروط المطبقة على العمليات البنكية²، في مادته الخامسة البنوك والمؤسسات المالية بضرورة إعلام زبائنها والجمهور بهذه الشروط وكذا أسعار الخدمات التي تقدمها لهم عن طريق كل الوسائل.

وفي مجال القروض الاستهلاكية موضوع هذه الدراسة، نبّه المشرع إلى ضرورة أن تستجيب عروض هذه القروض إلى الرغبات المشروعة للمستهلك فيما يتعلق بشفافية العرض المسبق وطبيعة ومضمون ومدة الالتزام، وكذلك آجال تسديده، ويحرر عقد بذلك وفق ما نصت عليه المادة 20 من القانون رقم 03/09، وتطبيقاً لنص هذه المادة أصدر المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي رقم 114/15³ المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الذي خصّص الفصل الثالث منه لعرض القرض، بحيث تضمّنت المادة 5 منه ضرورة أن يحتوي عرض القرض الاستهلاكي معلومات صحيحة ونزيهة تتضمن على وجه الخصوص عناصر العرض وكيفيات الحصول عليه، وكذا حقوق وواجبات أطراف العقد، أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة L.311-6 من قانون الاستهلاك على وجوب تقديم المعلومات الضرورية للمستهلك المقبل على إبرام عقد القرض كمبلغ القرض ومدته، والفوائد المترتبة عليه...

كما أدرج المشرع الفرنسي الالتزام بالإعلام ضمن أخلاقيات المهنة البنكية⁴، وهو الأمر الذي تبنته الجمعية الفرنسية للبنوك (AFB)، في مجال الإشهار ومنح القروض للزبائن، حيث فرضت بموجبه هذه الجمعية على البنوك المنضمة إليها تقديم إعلام موضوعي وواضح للمستهلك المقترض في الفترة السابقة على التعاقد، وذلك بمراعاة عنصر الشفافية في الإشهار المقدم، وضرورة كتابة الوثائق العقدية، كما ألزمت هذه الجمعية البنوك بإعلام المستهلك المقترض بكل التغيرات التي قد تطرأ على نسب فوائد القرض المحددة في العقد وتقديم البديل له في حال عدم موافقته للنسب الجديدة، كمنحه قرضاً قصير الأجل مع فائدة ثابتة، وانطلاقاً من ذلك يجب على مؤسسات القرض أن تعرض على المقترض ما يتماشى وملاءته المالية، بالإضافة إلى إعلامه

¹ نظام رقم 01/13، مؤرخ في 8 أبريل 2013، يحدّد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، الجريدة الرسمية عدد 41، مؤرخة في 02 يونيو 2013.

² ويقصد بهذه الشروط: المكافآت، التعريفات والعمولات المطبقة على العمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية. حسب المادة 4 من النظام السابق.

³ مرسوم تنفيذي رقم 114/15، مؤرخ في 12 ماي 2015، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الجريدة الرسمية عدد 24 مؤرخة في 13 ماي 2015.

²² ويقصد بأخلاقيات المهنة قواعد السلوك المتعلقة بالمهنة والتي يكون من أهدافها تنظيم العلاقات التي تجمع بين محترفي النشاط البنكي والزبائن من أجل تحقيق الشفافية في السوق من جهة، ومصالحة هؤلاء الزبائن من جهة أخرى أنظر:

BORDAS (François), "Devoir professionnel des établissements de crédit", Revue droit et crédit, N° 2, édition technique, p. 04,05..Paris, 1994, p

بالمبلغ الإجمالي للعمليات والمصاريف وكذا المبلغ الكلي للضريبة، وذلك بواسطة مختلف الوسائل خصوصا منها الرسائل والملصقات الشهرية.¹

وتطبيقا لذلك أقام القضاء الفرنسي مسؤولية البنك الذي لم يتم بتحذير مسير شركة، في إطار تنفيذه لالتزامه بالإعلام، سواء بصفته مسيرا لشركة أم بصفته كفيلا مرتقبا لها حول عدم التناسب بين الديون القائمة والقروض الجديدة المبرمة التي كانت قليلة المرودية،² كما أقر القضاء الفرنسي بمسؤولية البنك في حالة عدم قيامه بالإعلام الكفيل حول وضعية المدين المالية المثقلة بالديون، والتي كان على علم بها قبل منحه القرض،³ كما أقام مسؤولية البنك بوصفه مكتب تأمين جماعي تبقي لقرض عقاري لمجرد توقيعه للزبون المقترض على وثيقة تأمين لا تتلاءم إطلاقا مع مركزه المالي.⁴

وفي هذا الإطار قرر القضاء الفرنسي-كما ورد في الأحكام السابقة- ضرورة فرض واجب التحذير، وإدراجه ضمن مهام البنك لمصلحة طالب القرض، إن كان جاهلا بالمخاطر المحيطة بالقرض وخاصة ما يحمله هذا النوع من العمليات.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق الالتزام بالإعلام:

يتحدد نطاق تطبيق الالتزام بالإعلام من ناحيتين الأولى تتعلق بنطاق تطبيقه من حيث الأشخاص (الفرع الأول) والثانية بنطاق تطبيقه من حيث الموضوع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نطاق تطبيق الالتزام بالإعلام من حيث الأشخاص

إن دراسة نطاق تطبيق الالتزام بالإعلام من حيث الأشخاص تستدعي التطرق إلى طرفي هذا الالتزام وهما البنك بوصفه طرفا مدينا بهذا الالتزام (أولا) والزيون المقترض بوصفه طرفا دائما به (ثانيا).

أولا: البنك كطرف مدين بالالتزام بالإعلام.

تقوم البنوك بالعمليات البنكية،²⁵ ومنها عمليات القرض بوصفها محترفة تأخذ وصف المهني عند ممارسة هذه العمليات التي تدخل في نشاطها، هذا الوصف يجعلها في مركز ممتاز في مواجهة المقترض المستهلك بفضل المعلومات الهامة التي تحوزها، لذلك فرض عليها القانون التزاما عاما بالإعلام في المرحلة السابقة على

¹ Ibid.

² بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005 ص 49 وما بعدها.

³ -Civ.1^{er}18 février 1997 : JCP, édition G.1997,IV,806.

⁴ Civ.,1^{er}09 Décembre 1997, RTD. Civ.,1999 p.83.

إبرام عقد القرض لمصلحة المقترض، وجعل علمها بهذه المعلومات قرينة قانونية، لذلك فهي ملزمة بالاستعلام من أجل الإعلام.

1- صفة المهني قرينة قانونية على علم المؤسسة المقرضة بالمعلومات العقدية:

إن علم المدين بالالتزام بالإعلام بالمعلومات التي يقتضيها التعاقد يعدّ شرطا ضروريا لقيام هذا الالتزام في القواعد العامة، إلا أن علم البنك بصفته مهنيا يعتبر أمرا مفترضا في ظل القواعد الخاصة بحماية المستهلك، ومرد ذلك إلى عدم التكافؤ بين طرفي العقد في العلم والمعرفة، وهو ما جعل المشرع يتدخل بنصوص صريحة لتقرير الالتزام بالإعلام كواجب قانوني على عاتق المهني باعتباره الطرف القوي في العقد، بما يتوافر عليه من مركز اقتصادي وبحكم الخبرة التي تراكمت لديه بمرور الوقت، وأخيرا بفضل المعلومات التي بحوزته فيما يتعلق بخصائص السلع والخدمات وشروط التعاقد وغيرها، وفي ذلك نصت المادة 17 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بقولها: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك..."، وهو المقتضى نفسه الذي نص عليه المشرع الفرنسي في المادة L.111-1 من قانون الاستهلاك، ضمانا لتحقيق التوازن العقدي بين الطرفين خاصة وأن عمليات القرض تكتنفها خطورة كبيرة على الجانب المالي للمقترض، وما دام الالتزام بالإعلام مفروضا من طرف القانون فإن المهني يجب عليه أن يكون محيطا بكل المعلومات التي تخص العملية العقدية استنادا إلى صفته كمحترف (professionnel)، ومتخصص (spécialiste)، في مجال مهنته حيث تعد هذه الصفة قرينة قانونية قاطعة على علمه ولا تقبل إثبات العكس، ويعني ذلك أنه تفترض فيه المعرفة بكل المعلومات الخاصة بالخدمة التي يقدمها بغض النظر عما إذا كان يعلمها في الحقيقة أم لا، وبذلك فهو لا يستطيع أن يدعي جهلها ولو بصفة مشروعة.

2- قيام واجب الاستعلام من أجل الإعلام في ذمة المؤسسة المقرضة.

تثور مسألة التزام المهني بالاستعلام في حالة إذا ما كان يجهل بعض البيانات والمعلومات الضرورية لإبرام العقد، وهو ما يجعله غير قادر على الإدلاء بها في مواجهة المستهلك، رغم مالها من أهمية بالغة في التأثير على رضاه بالعقد، خاصة وأن قرينة العلم التي وضعها المشرع على عاتقه لا تسمح له بالادعاء بالجهل بهذه المعلومات، لذلك نشأ ما يسمى بالالتزام بالاستعلام من أجل الإعلام (L'obligation de s'informer pour informer) أو كما يسميه بعض الفقه الفرنسي الالتزام بالتحري أو التحقيق (L'obligation de vérification)، حيث يرى جانب من هذا الفقه أن الالتزام بالاستعلام يفرض على عاتق المدين بالالتزام بالإعلام في حالتين: الأولى عندما تتعلق المعلومات التي يجب أن يستعلم عنها بالخصائص الجوهرية المتعلقة بموضوع التعاقد، والثانية عندما يكون المدين بالالتزام بالإعلام شخصا مهنيا (Professionnel).²⁶

وبما أن البنك الذي يقع عليه واجب الالتزام بالإعلام لا يستطيع أن يحتج بجهله بالمعلومات المتصلة بالتعاقد طالما في استطاعته الاستعلام عنها، فإنه لا يمكن له أن ينفي التزامه إلا بإثبات السبب الأجنبي، ويعدّ بذلك الاستعلام من أجل الإعلام من أهم الالتزامات التي تتقيد بها البنوك والمؤسسات المالية في نشاطها، وتبرز أهميته في توجيه الزبون، فيما يتعلق بمدى تلاؤم قيمة القرض مع مداخله وإمكانياته، كذلك يمكن للبنوك والمؤسسات المالية أن تقرر بموضوعية، عند تنفيذها واجب الاستعلام مسألة وجود تباين بين قيمة القرض وعوائد المقترض ومداخله مثلا، وحتى في حالة عدم وجود هذا التباين الذي يؤكد تقديم الزبون ل ضمانات كافية، فإنها لا تعفى من الاستعلام حولها، وانطلاقا من ذلك لا يمكن للبنك أن يكتفي بالمعلومات التي قدمت إليه من الزبون بل يحاول التعمق أكثر في مدى صحتها، ويمكنه حتى أن يستعين ببعض أصحاب الاختصاص كمهنيي الحسابات مثلا، ثم التأكد من عدم وجود أخطاء مؤثرة في الوثائق المقدمة إليه.²⁷

مما سبق يمكن القول إن الاستعلام يجعل البنوك أو المؤسسات المالية تقف موقف الرجل الحريص على مصالح الزبون، الأمر الذي يمكنها من توفير الحماية له من مخاطر العملية التي يريد إبرامها.

ثانيا: المستهلك المقترض كطرف دائن بالالتزام بالإعلام.

نص المشرع الجزائري بمقتضى أحكام المادة 20 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على ضرورة أن تستجيب عروض القرض للاستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك فيما يتعلق بشفافية العرض المسبق، وطبيعة ومضمون ومدة الالتزام وكذا أجال تسديده، مما يوحي بأن الحماية المقررة بمقتضى هذا القانون تتعلق بالقروض الممنوحة للمستهلك، إلا أن نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، قررت بأن أحكام هذا المرسوم تطبق على القروض الممنوحة للخوادم، ويقصد بالخوادم طبقا للمادة 02 الفقرة 04 من المرسوم سابق الذكر كل شخص طبيعي يقتني سلعة لهدف خاص خارج عن نشاطاته التجارية المهنية أو الحرفية، وعليه فإن صفة الخوادم التي يجعلها المرسوم رقم 114/15 نطاقا لتطبيق أحكامه من حيث الأشخاص لا تختلف كثيرا عن صفة المستهلك التي أقامها القانون 03/09 لتكون مجالا للاستفادة من أحكامه، وذلك لكون الصفتين (الخوادم والمستهلك) لهما الأساس نفسه، وهو التصرف خارج الإطار المهني، ويبقى الاختلاف الوحيد بينهما في كون صفة المستهلك أوسع نطاقا لأنها تشمل الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، بينما تقتصر صفة الخوادم على الشخص الطبيعي، وكان الأجدر بالمشرع لو استخدم مصطلح المستهلك في نطاق المرسوم التنفيذي رقم 114/15 مع حصره لمفهوم المستهلك في الشخص الطبيعي فقط، ليكون هناك توحيد للمصطلحات بينه وبين

القانون رقم 03/09¹ ويتنازع مفهوم المستهلك اتجاهاً أحدهما يوسع هذا المفهوم والثاني يضيّق من هذا المفهوم.

1- الاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك.

يعتبر مستهلكاً وفقاً لهذا الاتجاه كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك²، وتطبيقاً لذلك يعدّ مستهلكاً من يشتري سيارة لاستعماله الشخصي، أو من يشتريها لاستعماله المهني، مادامت ستستهلك في الحالتين عن طريق استعمالها، ولكن يستبعد من هذا التصور غرض الشراء من أجل إعادة البيع لأنّ المال لا يستهلك في هذا الفرض³.

ولقد اهتم بتوسيع مفهوم المستهلك جانب من الفقه والقضاء الفرنسيين وتزعم الفقيه الفرنسي Didier Ferrier⁴ هذا الاتجاه حيث يرى بأن المفهوم الواسع للمستهلك هو الذي ينسجم مع غايات قانون الاستهلاك ويعدّ بالتالي مستهلكاً في نظر هذا الاتجاه المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه.

ويعتمد أنصار هذا المفهوم على نص المادة 35 من القانون رقم 23/78، المؤرخ في 10 جانفي 1978، والمتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، وهي المادة التي أدرجت في قانون الاستهلاك لسنة 1993 تحت رقم 1-132.L، حيث تنص على أنّه "تعتبر شروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المهني وغير المهني أو المستهلك..." وهو ما أثار جدلاً واسعاً حول مفهوم غير المهني هل هو نفسه المستهلك أم يقصد به المشرع شخصاً آخر، حيث اتجه بعض الفقه إلى اعتبار غير المهني شخصاً مهنياً ولكنّه يتصرف خارج مجال اختصاصه، وما دام كذلك فهو يبدو في الواقع كمستهلك عادي، وقد كانت محكمة النقض الفرنسية تتبنى هذا الاتجاه، بحيث اعتبرت غير المهني أو المهني الذي يتصرف خارج مجال اختصاصه مثل المستهلك⁵.

¹ عياض محمد عماد الدين، عقد الاستهلاك في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة البليدة 1 الموسم الجامعي 2016/2015، ص 298.

² حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مطبعة دار الفكر العربي، 1997، ص 19.

³ حسن عبد الباسط جميعي، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، مجلة الدراسات القانونية، جامعة اسيوط، مصر، السنة 12، العدد 13، 1991، ص 8.

⁴ DIDIER (Ferrier) : **la protection des consommateurs**, Dalloz, 1996, P.140.

⁵ " Lorsqu'un contrat conserve l'installation d'un système échappant à la compétence professionnelle du commerçant contractant-celui-ci se trouve dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur " , Cass. Civ 1^{er}, 10 Mai 1992". Bull. Civ. I, n°:2, D. 1993, P.87.

مكرسة بذلك مفهوماً جديداً للمستهلك وهو المهني المستهلك (le professionnel - consommateur)¹، على اعتبار أنّ المهني الذي يتعامل خارج مجال اختصاصه يكون في وضعية ضعف شبيهة بوضعية المستهلك العادي التي تستوجب الحماية.

رغم المبررات المقدمة من أنصار الاتجاه الموسّع لمفهوم المستهلك فإنّ أنصار الاتجاه المضيق له² يعتبرون أنّه من الضروري القول بأنّ الحماية المقررة للمستهلك لا يجب أن تشمل المهني ولو كان يتصرف خارج نطاق اختصاصه على اعتبار أنّه يتمتع بالخبرة والمعرفة في مجال التعامل، وبذلك يظهر أنّ المفهوم الضيق للمستهلك يعتبر أكثر تماشياً مع قوانين حماية المستهلك.

2- الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك:

يعدّ مستهلكاً في منظور هذا الاتجاه كل شخص يتعاقد بهدف إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، وبالتالي لا يكتسب وصف المستهلك من يتعاقد لأغراض مهنته أو مشروعه.³

وقد لاقى الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك قبولا لدى غالبية الفقهاء لكونه أقرب إلى تبرير الحماية القانونية المقررة بحسب الأصل للطرف الضعيف في العلاقة الاستهلاكية، والذي غالبا ما يكون شخصا طبيعيا بسيطا لا تتوافر لديه الإمكانيات والمؤهلات التي تكون بالمقابل لدى المهني مهما كان نشاطه، أمّا عن موقف المشرع الجزائري من تعريف المستهلك،⁴ فقد قطع الجدل الدائر حوله وذلك عندما عرّفه بموجب المادة 3/ من القانون رقم 02/04، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني"، وهو المقتضى نفسه الذي نصت عليه المادة 1/3 من القانون رقم 03/09 المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش.

كما أن المشرع الفرنسي أشار إلى تعريف المستهلك بصفة عرضية في المادة 02 من القانون رقم 22/78 الخاص بحماية المستهلك في مجال عمليات الائتمان بقوله: "يطبّق القانون المالي على كل عمليات الائتمان التي تمنح للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، والتي لا تكون مخصّصة لتمويل نشاط مهني"، ولكنه لم يعرّفه عند وضع قانون الاستهلاك، إلا بموجب التعديل الأخير تحت عنوان الفصل التشريعي الجديد بتاريخ 01 في جانفي

¹ SINAY – CYTERMANN (Anne.), *Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français, rapport français, la protection de la partie faible dans les rapports contractuels comparaisons, franco-belges*, LGDJ, 1996, P.260et s.

² IBID., P.259.

³ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية ودراسة تطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف الجديدة، القاهرة، 1986، ص 08.

⁴ MEKAMCHA (M.), KAHLOULA (G.), *La protection du consommateur en droit algérien*, 1^{er} partie, revue IDARA, volume 5, n 02, 1995, p.15.

2017، حيث تبني المشرع الفرنسي المفهوم الضيق للمستهلك الذي يتطابق مع المفهوم غير المهني (non-professionnel)، وأن الاختلاف الوحيد بينهما يكمن في أن المستهلك شخص طبيعي، في حين ذهب إلى القول بأن غير المهني شخص معنوي، وأن كلا منهما يتصرف بغرض إشباع حاجاته النهائية التي لا تدخل في إطار نشاطه التجاري أو الصناعي أو الحرفي الحر أو الفلاحي،¹ وبالتالي فهما يخضعان للأحكام نفسها التي تطبق على المستهلك.

الفرع الثاني: نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الموضوع:

لقد حصر المشرع الجزائري بموجب المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 نطاق الحماية المقررة للمستهلك من خلال الالتزام بالإعلام في القروض الاستهلاكية التي تكون مدتها أكثر من ثلاثة أشهر ولا تتعدى ستين شهرا على عكس القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي بسط الحماية على مجمل قروض الاستهلاك.

وحسب المرسوم السابق فإن المستهلك لا يستفيد من الحماية المقررة له بموجبه بشأن القروض الاستهلاكية قصيرة الأجل، والقروض الاستهلاكية طويلة الأجل التي تظل خاضعة للقواعد العامة، أما فيما يتعلق بالمنتجات التي تكون محلا للقروض الاستهلاكية فقد نصت حسب المادة 04 من المرسوم رقم 114/15 على المنتجات التي تدخل في مجال القروض الاستهلاكية والتي تتميز بخصيتين:

-الخاصية الأولى: أن تكون المنتجات من إنتاج متعاملين يمارسون نشاطا على الإقليم الوطني، ولو كان المتعاملون أجنب.

-الخاصية الثانية: أن تكون المنتجات لمتعاملين ينتجون أو يركبون سلعا موجهة للبيع للخواص أي المستهلكين من الأشخاص الطبيعيين، وعليه فإن المنتجات الأجنبية التي تم إنتاجها خارج الإقليم الوطني أو تلك الموجهة للنشاط المهني لا تدخل في نطاق القروض.

ويشمل الإعلام المقدم للمستهلك فيما يتعلق بعملية القرض شروط العقد (أولا) وتحذير المستهلك وتقديم النصح له إذا كان مبلغ القرض لا يتناسب مع مركزه المالي (ثانيا).

¹ Article liminaire de Code de la consommation : « Pour l'application du présent code, on entend par :

- consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ;

- non-professionnel : toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ; »

أولاً: الإعلام حول شروط عقد القرض:

أشار المشرع الجزائري في المادة 20 من القانون 03/09 إلى ضرورة أن تستجيب عروض القروض للاستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك فيما يخص شفافية العرض المسبق وطبيعته ومضمون ومدة الالتزام، وكذا آجال تسديده، وتحرير عقد بذلك، ويمثل مضمون هذه المادة محل التزام البنك بإعلام المستهلك ليكون على بصيرة قبل إبرام العقد.

وفي الإطار نفسه نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، على ضرورة أن يسبق كل عقد قرض بعرض مسبق للقرض حتى يتمكن المقترض من تقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكنه اكتتبه، وكذا شروط تنفيذ العقدز كما أكدت المادة 05 من المرسوم نفسه على ضرورة أن يتضمن عرض عقد القرض الاستهلاكي معلومات صحيحة ونزيهة توضّح على الخصوص عناصر العرض وكيفيات الحصول عليه، وكذا حقوق وواجبات أطراف عقد القرض. كما نصت المادة 07 من المرسوم نفسه على أنه يجب على كل عرض للقرض أن يتضمن على الخصوص ما يأتي:

-تعيين الأطراف.

-الموضوع والمدة والمبلغ الخام والصافي للقرض وكيفيات التسديد والأقساط، وكذا نسبة الفوائد الإجمالية.

- الشروط المؤهلة للقرض والملف المطلوب.

- الضمانات المقدمة من المقرض أو البائع.

- حقوق وواجبات البائع والمقرض والمقترض، وكذا التدابير المطبقة في حالة إخلال الأطراف.

وقد حذا المشرع الجزائري في فرض الالتزام بالإعلام لتحقيق الشفافية في قروض الاستهلاك حذو المشرع الفرنسي الذي استمد ذلك من التعلية الأوروبية رقم 48/2008 المؤرخة في 2008/04/23 المتعلقة بعقود القروض الاستهلاكية، حيث فرض في المادة L311-6 من قانون الاستهلاك على المقرض تقديم المعلومات الضرورية للمستهلك لكي يستطيع الاختيار بين عروض الإقراض المتاحة، وذلك من خلال ما يسمى بسجل المعلومات قبل إبرام عقد القرض بحيث يتضمّن ذلك السجل قائمة كل المعلومات المتعلقة بالقرض، كالخصائص الأساسية للقرض (المبلغ، المدة، سقوط الأجل، طريقة الاستخدام، والفوائد)، وبعض المعلومات ذات الصلة كالسداد المبكر وحق العدول.

ثانياً: تحذير المقترض المستهلك حول مخاطر القرض.

إن التزام البنك المقرض لا يقتصر على تقديم المعلومات المتعلقة بشروط القرض وشرحها للمستهلك المقترض، بل يقع عليه واجب تحذيره ونصحه باعتباره شخصاً عادياً profane لا يعلم إذا كان مركزه المالي لا يسمح له بالاقتراض، ويعتبر المركز المالي للزبون المقترض الضمان الذي يبرّر قدرته على دفع مبلغ القرض في

المستقبل، لأنه يحدد مستوى ملاءمته المالية، لذلك على البنك المقرض أن يكون محيطاً بالوضع المالي لـزبونه قبل منحه القرض، فإن رأى أن مركزه المالي لا يخوّله القدرة على الاقتراض وجب عليه أن ينفذ واجبه بالإعلام عن طريق نصحه وتحذيره من خطر الاقتراض، وهو ما أشار إليه المشرع الفرنسي في المادة L.311-8 من قانون الاستهلاك⁴⁸ وذلك برجوع المقترض إلى مجموع البيانات والمعلومات التي حصل عليها من قبل طالب القرض كمصدر دخله الشهري ومقداره،¹ وفي هذا الإطار أقر الاجتهاد القضائي الفرنسي بوجود واجب على عاتق المؤسسات البنكية بإعلام زبائنها بالمخاطر المرتبطة بالعمليات التي سيقوم بها، وهو ما يعدّ تقدماً للنصيحة، فأقر بمسؤولية البنك بسبب منح قروض متتالية للزبون رغم علمه بوضعته المالية المزرية غير القابلة للتصحيح، كما أقر بمسؤوليته أيضاً عند عدم تنبيهه لكفيل الزبون المقترض ونصحه حول الحالة المالية لمكفوله المثقلة بالديون،² كما اعتبر البنك مرتكباً لخطأ عند منحه قرضاً غير مستحق للزبون، تضمن أعباء مرتفعة

وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها،³ ويتعلق الأمر بحصول زوجين على اعتماد إيجاري (crédit-bail) من أجل اقتناء عقار يتمثل في فندق ومطعم بكفالة ابنتهما، ولكن الشركة التي أوكلت إليها المهمة إدارة هذا الفندق والمطعم وضعت قيد التصفية، حيث رأت محكمة النقض بأنه كان ينبغي على قضاء الموضوع النظر إلى سن الكفيلة وقت منح الاعتماد، وإلى كونها طالبة، والنظر إلى ذمتها المالية الضعيفة، حيث كان يقع على البنك أن يحذرهما من أن الالتزام بالضمان الذي قدمته لا يتناسب مع قدراتها المالية خاصة وأنها لا تمارس أية وظيفة.⁴

خاتمة:

يكتسي الالتزام بالإعلام أهمية قصوى في تنوير إرادة المستهلك المقترض بإعادة المساواة في العلم والمعرفة بينه وبين البنك المحترف في العقد الذي يربطهما، بحيث يمكنه من تقدير مدى ملاءمة القرض لمركزه المالي ويجعله على بينة بالشروط المفروضة عليه بموجب هذا العقد باعتباره الطرف الضعيف الذي يحتاج إلى الحماية.

وتقوم مسؤولية البنك في حال إخلاله بإعلام المستهلك المقترض، إذ ألزمه القانون بالاستعلام عن وضعيته المالية ومدى تناسب مركزه المالي مع مبلغ القرض، بالإضافة إلى ضرورة التزام البنك بشروط منح القرض الاستهلاكي وإعلام المستهلك المسبق بها وهي قيمة القرض، مدة السداد، قيمة الأقساط، نسبة الفوائد

¹ خالد عطشان عزارة الضفيري، المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض دراسة مقارنة في القانون

الفرنسي والكويتي، platform. Almanhal.com، تاريخ الإطلاع على الموقع: 2017/05/10

² بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، مرجع سابق، ص 22.

³ - Cass.Com., 03 mai 2006, n° 04-09-315, juris-Dada n° 2006-033320.

⁴ بوخرص عبد العزيز، مرجع سابق، ص 162.

المستحقة، ويقع على البنك زيادة على ما سبق معرفة الالتزامات التي تثقل كاهل المستهلك المقترض من أجل تحديد حجم القرض حتى لا يؤدي إلى زيادة أعبائه الشهرية.

وفي الأخير يمكن القول إن الالتزام بالإعلام المفروض على عاتق البنك لمصلحة المستهلك في القروض البنكية بصفة عامة والقروض الاستهلاكية بصفة خاصة، يشكل الآلية القانونية المثلى لإعادة التوازن المفقود في هذه العقود بسبب التفاوت في العلم بين الأطراف المتعاقدة، نظرا إلى احترام أحدهما وضعف خبرة الطرف الآخر، كما يظل الالتزام بالإعلام ضمانا لحماية مصلحة هذا البنك من التعرض مستقبلا إلى فقدان قدرته على استرداد مبالغ القروض الممنوحة للأفراد.

قائمة المراجع:

أولا: باللغة العربية.

1-الكتب:

- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية ودراسة تطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف الجديدة، القاهرة، 1986.
- بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005.
- حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مطبعة دار الفكر العربي، 1997.

2-رسائل الدكتوراه:

- بوخرص عبد العزيز، مسؤولية البنك تجاه الغير، رسالة دكتوراه في قانون الأعمال، جامعة باجي مختار، عنابة، الموسم الجامعي 2015/2016.
- خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

-عياض محمد عماد الدين، عقد الاستهلاك في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة البليدة 1 الموسم الجامعي 2015/2016.

3-المقالات المنشورة:

-حسن عبد الباسط جميعي، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسيوط، مصر، السنة 12، العدد 13، 1991.

- خالد عطشان عزارة الضفيري، المسؤولية المدنية للبنك عن عمليات القروض الاستهلاكية تجاه العميل المقترض دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والكويتي، platform. Almanhal.com ، تاريخ الإطلاع على الموقع:2017/05/10

4-النصوص القانونية:

- قانون رقم 02/89، مؤرخ في 7 فيفري 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية عدد 06، مؤرخة في 13 فيفري 1989، (ملغى).

- قانون رقم 02/04، مؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية عدد 41 مؤرخة في 27 يونيو، 2004 (معدل ومتمم)

- قانون رقم 03/09، مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية عدد 15، مؤرخة في 08 مارس 2009.

-أمر 03/11، مؤرخ في 27 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية عدد 52، مؤرخ في 27 أوت 2003 المعدل والمتمم بالأمر 04/10، مؤرخ في 26 أوت 2010، الجريدة الرسمية عدد 11، بتاريخ 27 أوت 2003.

-مرسوم تنفيذي رقم 114/15، مؤرخ في 12 ماي 2015، يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الجريدة الرسمية عدد 24 مؤرخة في 13 ماي 2015.

-نظام رقم 01/13، مؤرخ في 8 افريل 2013، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، الجريدة الرسمية عدد 41، مؤرخة في 02 يونيو 2013.

ثانيا: باللغة الفرنسية.

1-Ouvrages :

- BOUCAR(François) , **Les obligations d'information et de conseil du banquier**, presse universitaires D'AIX-MARSEILLE, 2002..¹ DIDIER (Ferrier) : **la protection des consommateurs**, Dalloz, 1996, P.140.
- DIDIER (Ferrier) : **la protection des consommateurs**, Dalloz, 1996.
- GHESTIN (Jaques), **Traité de droit civil , les obligations- le contrat**, L.G.D.J.,1980.
- ROUTIER,(R.) **La responsabilité du banquier**, LGD), paris, 1997.

2-Thèses :

- ALLISSE (J.) , **L'obligation de renseignements dans les contrats**, thèse ,paris,1945,p.224 .
- FABRE-MAGNAN (Muriel) , **De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie**, thèse, Paris, 1991
- STORCK (M.), **Les obligations d'information, de conseil et de mise en garde des prestataires de services d'investissement**, Bull. Joly bourse et produit financiers, 2007, n : 03, p. 311.
- VASSILI (Christianos), **Conseils, mode d'emploi et mise en garde en matière de vente de meubles corporels**, contribution à l'étude de l'obligation d'information, thèse, Pari II, 1985.

3-Articles

- BORDAS (François), **"Devoir professionnel des établissements de crédit"**, Revue droit et crédit, N° 2, édition technique, Paris, 1994.
- CORNU , **Observations**, Revue Trim. Dr. Civ., 1972, P.418 : N°05.
- MEKAMCHA (M.), KAHLOULA (G.)", **La protection du consommateur en droit algérien"**, 1^{er} partie, revue IDARA, volume 5,n 02,1995 .

- SINAY – CYTERMANN (Anne.), **Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français, rapport français , la protection de la partie faible dans les rapports contractuels comparaisons , franco-belges ,** LGDJ, 1996.
- -vocabulaire juridique association H. CAPITANT publie sous la direction de G. CORNU, P. U.F. , 2^{eme} édition,1990.

الضريبة على القيمة المضافة في لبنان تميمة أحمد الحسن (جامعة الجنان / لبنان)

Abstract

After we have finished this brief study for the tax law on the added value (VAT), we concluded the importance of this tax as one of the most important financial resources for the state by applying this tax on the added value; we have seen a good structural reformation of the Lebanese tax system which is deprived to consumption's taxes.

The main target for this study is to shed lights on the importance of this kind of taxes since it's considered as one of the most important taxes that affect the state's financial resources and decrease the budget deficiency which has a bad influence on the state's finance, and is threatening the Lebanese financial and monetary stability.

Many countries apply the kind of taxes because it affords stable financial resources and helps in adapting with all different economic progress. Also, applying it in a continuous way gives the state long-lasting monetary money.

Also through this study, we have observed the means, the area to apply this tax and what are its consequences in different level especially the bad consequence it has on the state's treasury if people try to ignore paying it.

خلاصة

بعد أن أتهيأنا هذه الدراسة المختصرة لقانون الضريبة على القيمة المضافة تبين لنا أهمية هذه الضريبة بوصفها من أهم موارد الدولة المالية.

فجاء تطبيق الضريبة على القيمة المضافة في إطار الاصلاح الهيكلي للنظام الضريبي اللبناني الذي افتقر إلى ضريبة على الاستهلاك.

حيث هدفت هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على أهمية الضريبة على القيمة المضافة بوصفها من أهم الضرائب التي تمول الإيرادات العامة، وتخفف عجز الموازنة الذي يرهق المالية العامة، ويشكل عاملاً يهدد الاستقرار المالي والنقدي في لبنان.

وقد أخذت بهذه الضريبة معظم الدول، لأنها تحقق واردات وفيرة تتميز بالثبات والقدرة على التأقلم مع التطورات الاقتصادية المختلفة، كما أن دورية تأديتها يحقق للخزينة العامة سيولة نقدية بصورة مستمرة.

كما تم التعرف على آليات ونطاق تطبيق هذه الضريبة وما لها من آثار على مستويات عدة وخاصة فيما يتعلق بالآثار السلبية الذي يطال الخزينة العامة في حال التمكن من التهرب منها.

مقدمة

يشمل النظام الضريبي اللبناني الحالي مجموعتين من الضرائب هما الضرائب المباشرة والضرائب غير المباشرة، حيث تمثل الإيرادات الضريبية الجزء الأهم من إيرادات الدولة العادية في الوقت الحاضر، إذ قدرت في موازنة العام 2015 بحوالي 12108 مليار ليرة ما يعادل 15.9% من الناتج المحلي.

وتحتل الضرائب غير المباشرة وخاصة الضرائب المفروضة على الاستهلاك وهي الضريبة على القيمة المضافة التي هي موضوع بحثنا والرسوم الجمركية، مرتبة الصدارة من الإيرادات الضريبية، حيث بلغت في تقديرات موازنة 2015 بحوالي 7151.9 مليار ليرة أي 59% من قيمة الإيرادات الضريبية، بينما بلغت تقديرات الضرائب المباشرة حوالي 4956 مليار ليرة أي 41% من قيمة هذه الإيرادات.¹

ويعد نظام الضريبة على القيمة المضافة الحلقة الأخيرة والأكثر تطوراً في مراحل تطور أنظمة الضريبة التراكمية المتعددة المراحل على رقم الأعمال، ثم نظم الضرائب ذات المرحلة الواحدة التي كان أكثرها شيوعاً نظام الضريبة على مبيعات التجزئة، فهذا القانون كان خطوة إيجابية كبيرة نحو تحديث نظامنا الضريبي.

1- إشكالية الدراسة وأهميتها

للضريبة على القيمة المضافة إيجابيات كثيرة من أهمها السماح بتوسيع قاعدة التحصيل الضريبي لتطال السلع والخدمات على عكس الرسوم الجمركية المفروضة على السلع فقط، ومن الإيجابيات أيضاً التوجه نحو إلغاء الرسوم الجمركية واستبدالها تدريجياً بالضريبة على القيمة المضافة، مما سيساهم في تسهيل دخول لبنان اتفاقيات تحرير التجارة الخارجية، هذا فضلاً عن الدور الهام الذي تلعبه هذه الضريبة في دعم الموازنة العامة بعدّها من أهم الإيرادات الضريبية التي يحتاجها لبنان لتخفيض عجزه المالي في حال لم يتمكن المكلف من الإفلات من هذه الضريبة.

إن تطبيق الضريبة على القيمة المضافة يتأتى عنه إيجابيات كثيرة منها:

- تحسين تقدير وجباية الضرائب على الأرباح.

- تحسين المعلومات حول أعمال الشركات.

- كشف كثير من المكلفين المكتومين بإعتبار أن الذين لديهم مصلحة في التصريح عن أعمالهم لاسترجاع ما دفعوه من رسوم على القيمة المضافة.

إذاً من هنا تتبين لنا أهمية الدور الذي تلعبه الضريبة على القيمة المضافة في الحياة المالية والاقتصادية للدولة، وفي ضوء ما تقدم يمكن طرح الإشكالية الآتية، ماهية تطبيق الضريبة على القيمة المضافة في لبنان؟ وما هي الآثار المترتبة على تطبيقها؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سوف نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين: نبين في المبحث الأول ماهية الضريبة على القيمة المضافة وآلية تطبيقها، ونبرز في المبحث الثاني الآثار الاقتصادية والاجتماعية للضريبة على القيمة المضافة.

2- منهجية الدراسة ومصادرها:

اعتمدت هذه الدراسة على المنهج القانوني (قانون الضريبة على القيمة المضافة، وعلى قوانين ومراسيم وتعليمات قانونية ذات صلة) والنظري وعلى معلومات من كتب ومراجع ودراسات ذات صلة ومعلومات من بعض المكلفين بهذه الضريبة.

3- حدود الدراسة :

تتعلق هذه الدراسة بالضريبة على القيمة المضافة المطبقة في لبنان.

المبحث الأول

ماهية الضريبة على القيمة المضافة ونطاق تطبيقها

نظم الضريبة على القيمة المضافة في لبنان القانون رقم 379 الصادر بتاريخ 2001/12/14 المعدل ومراسيمه التطبيقية والتعاميم الصادرة عن وزير المالية المتعلقة بنطاق تطبيقها أو الاعفاء منها أو تاريخ استحقاقها أو أسس فرضها أو معدلها أو فترة احتسابها أو حسمها أو الملزمون بها وموجباتهم أو الرقابة والتحصيل والاستيراد أو مرور الزمن أو الاعتراض إضافة إلى المخالفات والغرامات التي تفرض على من لا يقوم أو يتأخر بالقيام بالموجبات الخاضع لها، إضافة إلى إجراءات الاعتراضات داخل الأراضي اللبنانية أو عند الاستيراد.

المطلب الأول

ماهية الضريبة على القيمة المضافة

الضريبة على القيمة المضافة هي ضريبة حديثة العهد، وهي ثمرة تطور التقنيات الضريبية على مدى أكثر من نصف قرن، منذ نشأتها على يد العالم الإقتصادي الفرنسي الأصل موريس لوريه Maurice Laure عام 1954، وقد جرى تطبيقها في أغلب دول العالم بأشكال متعددة طبقاً للمقتضيات الاقتصادية الخاصة بكل منها.¹

وقد نشأت هذه الضريبة في بادئ الأمر لمواجهة الاحتياجات المتزايدة للإيرادات التي لا يمكن الوفاء بها بسهولة عن طريق الضرائب على رقم الأعمال، نظراً لطبيعتها التي تسفر عن تشوهات في القرارات الاقتصادية.² بدأ ظهورها في فرنسا أولاً، غير أن وتيرة اعتمادها سرعان ما اكتسبت سرعة متزايدة.³

فهي ضريبة عامة على الاستهلاك، فرضت على جميع الأموال والخدمات المستهلكة داخل الأراضي اللبنانية، سواء كانت مصنعة محلياً أو مستوردة باستثناء الأصناف المعفاة من الضريبة.⁴

إنها-إذا- ضريبة غير مباشرة، عامة على الاستهلاك أجاز القانون فرضها لصالح الخزينة من قبل المؤسسات الخاضعة قانوناً لهذه الضريبة (أفراداً أو شركات). تطال هذه الضريبة كل عملية تسليم أموال أو تقديم

¹ : القاضي وسيم نقولا أبو سعد، الضريبة على القيمة المضافة، المنشورات الحقوقية صادر، دون تاريخ ص. 416

² : Cumbers, Andrew and, Birch, Kean, "Public sector spending and regional economic development: Crowding out or Adding value" university of Glasgow, center for advanced, UK . January, 2006, p.85.

³ : James Bickley, "Value – Added Tax as a new revenue source, congressional research service" Public Finance Review, VOL.25 No.3, U.S.A. 2005 P.64.

⁴ : د. فاطمة السويسي، المالية العامة (موازنة-ضرائب) المؤسسة الحديثة للكتاب 2005، ص. 298

خدمات لقاء عوض أو ما يعد بمثابة تسليم الأموال أو تقديم خدمات لقاء عوض وكل عملية استيراد سواء كان الذي قام بعملية الاستيراد خاضعاً للضريبة أو غير خاضع لها.

يقصد بعملية تسليم الأموال أو تقديم خدمات، العمل الذي بموجبه يتمكن المستفيد من التصرف بالمال أو الخدمة تصرف المالك بملكه.

يتحمل المستهلك النهائي هذه الضريبة ضمن سعر المال المسلم إليه أو الخدمة المقدمة له، يعتمد في لبنان معدل ضريبي واحد بنسبة 10%¹.

المطلب الثاني

نطاق تطبيق الضريبة

أولاً: الأشخاص والعمليات الخاضعة للضريبة

أ- الأشخاص الخاضعون للضريبة

يخضع للضريبة كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسليم أموال أو تقديم خدمات لقاء عوض من خلال ممارسته بصورة مستقلة نشاطاً اقتصادياً، من غير الأنشطة المعفاة من الضريبة والمنصوص عليها في المادة 16 من قانون الضريبة على القيمة المضافة، شرط أن يتجاوز رقم أعماله خلال أربعة فصول متتالية مبلغ 150 مليون ليرة لبنانية.

ويمكن لكل شخص يبدأ أو يقوم بنشاط اقتصادي بصورة مستقلة إخضاع نفسه اختياريًا للضريبة على القيمة المضافة وذلك مهما كان رقم أعماله حتى لو لم يحقق بعد أي رقم أعمال².

يتضمن رقم الأعمال المعتمد لتقرير خضوع صاحبه للضريبة المبالغ التالية:

- قيمة العمليات الخاضعة للضريبة باستثناء الضريبة على القيمة المضافة.
- قيمة العمليات المعفاة مع حق الحسم مثل عمليات التصدير والعمليات المشابهة كالنقل الدولي.
- قيمة العمليات المعفاة من الضريبة.
- لا يدخل في احتساب رقم الأعمال المبالغ الناتجة عن التفرغ عن أصول المؤسسة الثابتة.

¹: ماريا نلبنديان خوري، الضرائب التطبيقية، بدون دار نشر 2014، ص. 217 و 221.

²: د. فاطمة السويسي، الضريبة على القيمة المضافة، المؤسسة الحديثة للكتاب الطبعة الأولى 2014، ص. 17.

ب- العمليات الخاضعة للضريبة¹

تخضع للضريبة:

- عمليات تسليم الأموال وتقديم الخدمات التي تتم لقاء عوض داخل الأراضي اللبنانية من قبل شخص خاضع للضريبة، ويقصد بعملية تسليم الأموال أو تقديم الخدمات العمل الذي بموجبه يتمكن المستفيد من التصرف بالمال أو الخدمة تصرف المالك بملكه.²
 - عمليات الاستيراد التي يقوم بها أي شخص أكان خاضعاً للضريبة أم غير خاضع لها.
- ثانياً: الأشخاص والعمليات الخارجة عن نطاق الضريبة

أ- الأشخاص الخارجة عن نطاق الضريبة

لا تخضع للضريبة، الدولة، والبلديات، وسائر أشخاص الحق العام، سواء كانت مرافق عامة، أو مؤسسات عامة، أو مصالح مستقلة الخ، في كل ما يتعلق بالعمليات التي يقومون بها، بوصفهم سلطة عامة، حتى لو تقاضوا لقاء ذلك عائدات، أو بدلات، أو اشتراكات، باستثناء العمليات والخدمات التي يقومون بها بمعزل عن هذه الصفة (السلطة العامة)، فهذه تخضع للضريبة طالما توافرت فيها شروط خضوع القطاع الخاص لها، ويقصد بها العمليات التي تتناول:

- 1- تأجير الأملاك الخاصة للدولة، أي العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة كملكية الأشخاص العاديين، سواء كانت للسكن أو لغير السكن الخ... ولهذا يخرج عن نطاق الضريبة (لا يخضع للضريبة)، تأجير الأملاك العامة (اليافطات، الإعلانات في الشوارع الخ...)
- 2- الاتصالات، التلفون، الإنترنت، الفاكس، الخ.
- 3- الماء والكهرباء.
- 4- الإعلام المرئي والمسموع (إعلانات التلفزيون والإذاعة والجراند الخ).
- 5- الأسواق الاستهلاكية، والمسالخ، والمخازن.
- 6- التبغ والتبناك، سواء كان محلياً أو مستورداً.
- 7- مواقف السيارات.
- 8- المرافق والمطارات.
- 9- التعاونيات.³

¹ : لمزيد من التفاصيل عن العمليات الخاضعة للضريبة، أنظر النشرة الدورية لشركة الذيب وشريكه للإستشارات، العدد رقم 2، أيار 2006، ص. 2.

² : المادة 2 من قانون الضريبة على القيمة المضافة 2001/379 والمادة 2 من المرسوم رقم 2002/1/26 7302.

³ : البند 2 من المادة 5 من قانون رقم 2001/379 مرجع سابق، والمادة 8 من المرسوم 2002/7340.

ب- العمليات الخارجة عن نطاق الضريبة

لا تخضع للضريبة العمليات التي تتناول أراضي غير مبنية، والتي تشمل بشكل عام العمليات التالية:

- البيع: الذي يتناول أراضي غير مبنية على أنواعها، أي دون تفرقة بين أن تكون مفرزة للبناء أو زراعية.
- الإيجار.
- قروض الاستعمال.
- الاعارة.
- إنشاء حق عيني أو التفرغ أو التنازل عنه، على أن يقع على أراضي غير مبنية ومخصصة للاستعمال الزراعي.¹
- الوقف: هو حبس العين المملوكة قولاً على حكم "ملك الله"، عن تملكها لأحد من العباد على وجه التأييد، والتصدق بالمنفعة على الفقراء، أو صرفها على وجه من وجوه الخير.
- الإيجارين: عقد يكتسب بموجبه شخص ما، بصورة دائمة، حق استعمال عقار موقوف والتمتع به مقابل تأدية ثمنه. ويقوم هذا الثمن بمبلغ معين من المال يعتبر كبديل إيجار معجل معادل لقيمة الحق المتفرغ عنه، ويضاف إلى ذلك المبلغ مرتب دائم بمعدل 3 بالألف من قيمة العقار، حسب ما تحدد القيمة المذكورة بالتخمين المتخذ أساساً لجباية الضريبة العقارية، وهذا الحق قابل للانتقال، بالإرث أو بالوصية.²
- الإجارة الطويلة: عقد يكتسب به صاحبه، مقابل بدل معين، حق إحداث ما شاء من الأبنية، وغرس ما شاء من الأغراس في عقار موقوف. يكون البدل مبلغاً معيناً من المال موازياً لقيمة الحق المتفرغ عنه مضافاً إليه مرتب دائم بمعدل 2.5 بالألف من قيمة العقار كما هي محددة في التخمين المتخذ أساساً لجباية الضريبة العقارية.³
- الخيار الناتج عن وعد بالبيع⁴
- الوعد بالبيع: هو اتفاق يتعهد بموجبه شخص ببيع شيء ما لشخص آخر عندما يصرح هذا الشخص الآخر، بأنه قرر شراء الشيء الموعود به على هذه الصورة.⁵
- حق الأفضلية على الأراضي الخالية المباحة.

¹ : لمزيد من التفاصيل أنظر المواد 11-14-28-29-32-33-91-92-101-117-128-129-131- من القانون رقم 3339 تاريخ 2001/1/31 قانون الملكية العقارية.

² : المادة 180-184 من القانون رقم 2001/3339، قانون الملكية العقارية.

³ : المادة 193 من القانون رقم 3339 قانون الملكية العقارية.

⁴ : المادة 220 من القانون رقم 3339 قانون الملكية العقارية.

⁵ : المادة 5 من قانون الضريبة على القيمة المضافة رقم 379، والمادتين 6 و 7 من المرسوم رقم 7340 تاريخ 2002/1/31، والمادتين 234-235/3339، قانون الملكية العقارية.

• العمليات المتعلقة بالتفرغ عن عناصر المؤسسة الأساسية.¹

ثالثاً: مكان تسليم الأموال أو تقديم الخدمات

يعد تسليم الأموال أو تقديم الخدمات حاصلًا في لبنان إذا كان المال موجوداً بتاريخ نقل حق التصرف به أو عند البدء بنقله أو إذا تم نقل المال أو إرساله من الخارج إلى لبنان أو إذا تم تركيب أو جمع المال من قبل البائع أو لحسابه، ويعتبر تقديم الخدمات حاصلًا في لبنان إذا استعملت الخدمة داخل الأراضي اللبنانية.²

رابعاً: الإعفاء من الضريبة³

تعفى من الضريبة بعض العمليات، سواء أكانت عمليات تسليم أموال أم أشياء أم خدمات، وهذه العمليات قد تشمل:

– بعض العمليات التي تتم داخل الأراضي اللبنانية.

– بعض عمليات الاستيراد.

– بعض عمليات التصدير، والأعمال المشابهة، والنقل الدولي، وبعض أعمال الوكلاء.

1- الإعفاء داخل الأراضي اللبنانية

تعفى من الضريبة العمليات التي تتم داخل الأراضي اللبنانية والمتعلقة ببعض الأنشطة والأموال والأشياء:

أ- الأنشطة المعفاة من الضريبة

تعفى من الضريبة العمليات التي تتم داخل الأراضي اللبنانية والمتعلقة بأي من الأنشطة الآتية:⁴

• الخدمات التي يقدمها الأطباء أو أصحاب المهن التي لها صفة طبية ونفقات الاستشفاء.

• التعليم.

• الضمان وإعادة الضمان والتقديمات الصحية التي تؤديها صناديق التعاضد وأرباب العمل والخدمات المتعلقة بها.

• الخدمات المصرفية والمالية.

¹: لمزيد من التفاصيل أنظر المواد 9 و 38 من قانون الضريبة على القيمة المضافة رقم 379.

²: د. فاطمة السويس، الضريبة على القيمة المضافة، مرجع سابق، ص. 24 وما بعدها.

³: لمزيد من التفاصيل أنظر العميد الدكتور عباس محمد نصر الله، النظرية العامة للضريبة والتشريع الضريبي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2015، ص. 261 وما بعدها.

⁴: البنود 1—1 من المادة 16 من قانون الضريبة على القيمة المضافة رقم 379 تاريخ 2001/12/14.

- أنشطة الهيئات والجمعيات التي لا تتوخى تحقيقاً للغايات التي أنشئت من أجلها باستثناء الأنشطة التي يقوم بشكل متكرر والتي يشكل إعفاءها منافسة غير متكافئة للمؤسسات الخاضعة للضريبة.
 - النقل المشترك للأشخاص بما في ذلك النقل الذي يتم بواسطة سيارات الأجرة.
 - تسليم الذهب إلى المصرف المركزي.
 - المراهنات واليانصيب وسائر ألعاب الحظ.
 - بيع العقارات المبنية.
 - تأجير عقارات مبنية للسكن.
 - أعمال المزارعين بالنسبة لتسليم محاصيلهم الزراعية.
- ب- الأموال والأشياء المعفاة من الضريبة
- يعفى من الضريبة عمليات تسليم السلع والأموال داخل الأراضي اللبنانية وعمليات استيرادها:¹
- المواشي والدواجن والأسماك الحية والمواد الزراعية الغذائية التي تباع بحالتها الطبيعية.
 - الخبز، الطحين، اللحوم والأسماك النيئة، الحليب والألبان ومشتقاتهما، الأرز، البرغل، السكر، الملح، والمعكرونة على اختلاف أنواعها والمستحضرات الغذائية المعدة لتغذية الأطفال.
 - الكتب والمطبوعات المماثلة، المجلات، الصحف، الورق والكرتون من الأنواع المستعملة في الكتابة أو الطباعة، وورق الصحف بشكل لفات أو صفائح، الحبر المعد للطباعة.
 - الطوابع البريدية والمالية وأوراق النقد وهي: الطوابع البريدية والمالية وأوراق النقد، والورق الموسوم بطابع طوابع مالية وبريدية وما يماثلها.
 - الغاز المعد للاستهلاك المنزلي أي غاز البوتان.
 - البذور، الأسمدة، العلف، المبيدات الزراعية ويقصد بالبذور، البذور المخصصة للزرع، بما فيها البصيلات والدرنات والجزور الدرنية، والبصلية، والسيقان الأرضية.
 - الآلات الزراعية يقصد بها، الآلات التي تستعمل من قبل المزارع من أجل ممارسة نشاطه الزراعي، بما فيها، التجهيزات الزراعية، كبيوت الزرع ومعدات الري.
 - الأدوية والمواد الصيدلاني يقصد بها، الأدوية والمواد الصيدلانية، بما فيها، الأصناف المعدة للاستعمال الصحي والصيدلي.
 - الأدوات والأجهزة والمعدات الطبية.

¹ : نظم هذا الإعفاء المادة 17 و 18 من قانون رقم 2001/379 والمعدل بالمرسوم رقم 9859 تاريخ 2003/4/2.

- النقود الورقية والمعدنية المتداول بها، يقصد بها، النقود الورقية والمعدنية المطروحة رسمياً بالتداول.
- الأحجار الكريمة وشبه الكريمة.
- اليخوت والمراكب، ويقصد بها، اليخوت والمراكب الأخرى، وزوارق النزهة أو الرياضية، بطول يتجاوز 15 متراً، العائدة فقط لغير اللبنانيين.
- 2- الاعفاء عند الاستيراد:

يعفى من الضريبة:

- أ- استيراد جميع المواد والأشياء المعفاة من الضريبة عملاً بأحكام المادة 16 و 379/17 والمتعلقة بالإعفاء داخل الأراضي اللبنانية.
 - ب- استيراد الذهب المخصص للمصرف المركزي.
- وهذا يعني

إن استيراد الذهب للتجارة، يخرج عن نطاق الاعفاء، ويخضع بالتالي للضريبة.

ت- عمليات استيراد المنصوص عليها في التشريع الجمركي، والمتعلقة بالاعفاءات التالية:¹

- الاعفاءات الخاصة باسم أو بمقام رئاسة الجمهورية، ويقصد بها المواد والحاجيات الواردة لمقام رئاسة الجمهورية أو باسم رئيس الجمهورية.
- الاعفاءات الخاصة برئاسة مجلس النواب.
- الاعفاءات الخاصة برئاسة مجلس الوزراء أو باسمها.
- الاعفاءات الخاصة بمنظمة الأمم المتحدة:

تعفى منظمة الأمم المتحدة من الرسوم الجمركية المفروضة على الاستيراد أو التصدير فيما يتصل بالأشياء التي تستوردها لاستعمالها الرسمي، على أن لا تباع الأشياء المعفاة على هذه الصورة في لبنان إلا بعد دفع الرسوم المفروضة عليها ضمن الشروط النظامية وبعد موافقة السلطة المختصة.

يتمتع ممثلو الأعضاء في أجهزة منظمة الأمم المتحدة الرئيسية والفرعية وفي المؤتمرات التي تدعو إليها الأمم المتحدة مدة قيامهم بوظائفهم وأثناء سفرهم إلى مكان الاجتماع أو عودتهم منه، وفيما يتعلق بأممتهم الشخصية دون سواها بنفس الحصانات والتسهيلات الممنوحة للمعتمدين الدبلوماسيين.

¹: المادة 296 من قانون الجمارك اللبناني رقم 2000/4461.

ويحق لموظفي أجهزة منظمة الأمم المتحدة استيراد أثاثهم المعفى من الرسوم على أن يتم الاستيراد فور شروعهم بمباشرة وظائفهم وعلى أن يخضعوا للنظام المعمول به في حالة التخلي عن هذا الأثاث بعضه أو كله.¹

• الاعفاءات السياسية والقنصلية²:

تعفى من الرسوم الجمركية جميع الأصناف المستوردة باسم ممثلي الدول الأجنبية غير اللبنانيين وغير الفخريين الوارد ذكرهم فيما يلي والمعدة لاستعمالهم الشخصي فقط أو لاستعمال أفراد عائلاتهم:

- رئيس البعثة الدبلوماسية والمستشارون والسكرتيريون والملحقون الذين ينتمون إلى السلك الدبلوماسي.
 - الملحقون الفنيون والملحقون العسكريون المساعدون من مختلف الأسلحة شرط أن يرشحهم رئيس البعثة وأن تقبل بهم وزارة الخارجية في لبنان.
 - القناصل العامون والقناصل نائبو القناصل شرط أن لا يتجاوز عدد من يستفيد منهم من الإعفاء الإثنين في العاصمة والواحد في المدن الأخرى.
- يستفيد كل شخص من المذكورين أعلاه من الاعفاء عن سيارة واحدة باستثناء رئيس البعثة الذي يمكنه أن يستورد بالاعفاء أكثر من سيارة واحدة بشرط أن تكون ملكه الخاص.
- ويجب أن تتناسب الحاجات المستوردة والمقبولة بالاعفاء مع الاحتياجات الفعلية الشخصية لممثلي الدول الأجنبية صاحبة الشأن.³

• الهبات الواردة

تستفيد من الاعفاء الكامل من الرسوم الجمركية الهبات الواردة لإدارات الدولة والمؤسسات العامة، والبلديات، ويشمل هذا الاعفاء المنح الواردة للجهات المذكورة أعلاه شرط أن يتم إثبات قبولها من المراجع المختصة وفقاً للقوانين المرعية الإجراء.⁴

ث- عمليات استيراد الأموال التالية، وذلك وفقاً للشروط والأصول المطبقة في التشريع الجمركي:

- الأمتعة الشخصية.
- الأثاث والأدوات المنزلية.

¹: المادة 297 من قانون الجمارك اللبناني رقم 2000/4461.

²: لمزيد من التفاصيل أنظر موقع وزارة المالية الإلكتروني www.finance.gov.lb

³: المادة 298 من قانون الجمارك اللبناني رقم 2000/4461.

⁴: المذكرة الصادرة عن وزير المالية اللبناني رقم 864/ص1 تاريخ 2002/5/2، والمادة 379/18 قانون الضريبة على القيمة المضافة، والمادة 295 من قانون الجمارك 2000/4461.

- عينات البضائع التي لا قيمة تجارية لها، والتي لا تصلح لإكعينات للقيام بطلبات منها.¹
ج- استيراد الآليات والأسلحة والذخائر العسكرية، ويقصد بها كل ما يستورد من ذخائر وأسلحة وتجهيزات وأدوات نقل وزيوت ومحروقات باستثناء التي يكون لها مثيل من الإنتاج الوطني للجيش، ولقوى الأمن الداخلي، وللأمن العام، وأمن

الدولة، وللضابطة الجمركية، ولشرطة مجلس النواب، ولصالح الدفاع المدني والإطفائيات في البلديات وإتحاد البلديات.²

3- ائفاء التصدير والأعمال المشابهة والنقل الدولي وبعض أعمال الوكلاء³

أ- ائفاء التصدير والأعمال المشابهة

يشمل ائفاء وفقاً للمادة 19 من قانون الضريبة على القيمة المضافة العمليات التالية:

تعفى من الضريبة مع إمكانية حسم الضريبة التي أصابت عناصر كلفة هذه العمليات شرط أن تتوفر لدى هذا الشخص شروط الخضوع للضريبة:

- عمليات تصدير السلع مباشرة إلى خارج لبنان، أي ارسال أو نقل السلع إلى خارج الأراضي اللبنانية من قبل المصدر أو لحسابه، دون أن يكون قد تم استعمال هذه السلع في لبنان، أو تسليمها إلى شخص ثالث فيه.

- عمليات تصدير الخدمات

ب- ائفاءات المتعلقة بالنقل الدولي

تعفى من الضريبة، العمولة التي يحصل عليها الوكيل الذي يتوسط (باسم ولحساب موكله) بالقيام بإحدى العمليات:

- العمليات المئفاءة من الضريبة وفقاً للمواد 19-20/379 والمواد 3-7 من المرسوم رقم 2002/7284 ويقصد بها العمليات المتعلقة بالتصدير والأعمال المشابهة والنقل الدولي.

- العمليات الحاصلة خارج الأراضي اللبنانية.⁴

¹: المادتين 316 – 317 من قانون الجمارك 2000/4461.

²: لمزيد من التفاصيل، أنظر د. فاطمة السويدي، الضريبة على القيمة المضافة، مرجع سابق، من ص. 153 إلى 160.

³: كتاب وزير المالية رقم 1859/ص1 تاريخ 2002/9/9.

⁴: المادة 21 من القانون 2001/379، قانون الضريبة على القيمة المضافة.

ويستثنى من هذا الاعفاء، الخدمات التي تقدمها وكالات السفر.

خامساً: تاريخ استحقاق الضريبة

تستحق الضريبة بتاريخ تسليم المال أو تقديم الخدمة، أما إذا كان قد جرى قبض الثمن، كلياً أو جزئياً، قبل تاريخ تسليم المال أو تقديم الخدمة، فتستحق الضريبة بتاريخ القبض، وذلك على أساس المبلغ المقبوض.

في حال أصدر الخاضع للضريبة فاتورة، قبل تسليم الأموال أو تقديم الخدمات وقبل قبض الثمن، فتستحق الضريبة بتاريخ إصدار الفاتورة.¹

أما فيما يتعلق بالسلع المستوردة، تستحق الضريبة عند توجب الرسم الجمركي وفقاً للتشريعات المعمول به.

سادساً: حق الحسم

هو الحق المعطى لكل شخص خاضع للضريبة بأن يحسم من قيمة الضريبة المتوجبة بدمته لصالح الخزينة على عملية معينة والتي سبق أن حصلها من زبائنه، قيمة الضريبة القابلة للحسم قانوناً التي دفعها على مشترياته.²

يستفيد من حق الحسم:

- الشخص الخاضع للضريبة الذي يقوم بعمليات خاضعة للضريبة وفقاً لأحكام القانون.
- الشخص الخاضع للضريبة الذي يقوم بعمليات معفاة من الضريبة مع حق الحسم، وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المواد 19 إلى 21 من قانون الضريبة على القيمة المضافة، ويقصد بها أعمال التصدير والأعمال المشابهة والنقل الدولي وبعض أعمال الوكلاء.
- الشخص المصدر الذي يقوم بعمليات تصدير أموال سواء أكانت خاضعة للضريبة أو معفاة منها إذا توافر لديه رقم أعمال المحدد للخضوع للضريبة (تجاوز 150 مليون) لأربعة فصول متتالية سابقة بحيث تكون شروط المادة 3 من القانون 2001/379 قد استوفت.³
- ويستفيد من حق الحسم أيضاً الأشخاص الذين يصبحون خاضعين للضريبة بعد تاريخ نفاذ القانون وذلك بالنسبة للضريبة التي أصابت الأصول الثابتة التي اكتسبها قبل تاريخ خضوعهم للضريبة، شرط أن تكون

¹: لمزيد من التفاصيل، أنظر د. فاطمة السويسي، الضريبة على القيمة المضافة، مرجع سابق، ص. 174 وما بعدها.

²: نظم هذا الحق المواد 27-32 من قانون رقم 2001/379 والمرسوم رقم 7336 تاريخ 2002/1/31 والقرار رقم 1/1131 تاريخ 2004/9/18.

³: التعليمات رقم 1428/ص تاريخ 2002/7/23 الصادرة عن وزير المالية والتي حددت نطاق عمليات التصدير المعفاة من الضريبة والتي تتيح حق الحسم.

هذه الأصول مخصصة للقيام بعمليات تمنح حق الحسم ولم تنقص مهلة استهلاكها بعد كما هو محدد في قانون ضريبة الدخل وتعديلاته والأنظمة التطبيقية.

سابعاً: فائض الضريبة على القيمة المضافة القابلة للحسم

إذا تجاوزت قيمة الضريبة القابلة للحسم، عند نهاية فترة احتساب معينة، قيمة الضريبة المتوجبة، يدور الفائض إلى الفترة اللاحقة.

يحق للخاضع للضريبة أن يقدم بعد انتهاء الشهر السادس من أية سنة ميلادية وعند نهاية أي سنة ميلادية، طلب استرجاع رصيد فائض الضريبة القابلة للحسم بهذا التاريخ.

أما بالنسبة للمصدرين فيحق لهم أن يقدموا بعد نهاية أية فترة احتساب للضريبة، طلب استرجاع رصيد فائض الضريبة القابلة للحسم المحتسبة عن تلك الفترة، وذلك وفقاً لمعايير تحدد بمرسوم يتخذ بناء على اقتراح وزير المالية.

يحق لكل من لم تعد تتوفر فيه شروط الخضوع للضريبة أن يطلب استرجاع فائض الضريبة القابلة للحسم، وذلك بعد موافقة الإدارة على طلب إلغاء تسجيله.

على الإدارة أن تبت في طلب الاسترجاع في مهلة أقصاها ثلاثة أشهر من تاريخ استلام الطلب.

إذا وافقت الإدارة على طلب الاسترجاع، كلياً أو جزئياً عليها أن تعيد للخاضع للضريبة المبلغ المستحق، وإلا توجبت على المبلغ غير المدفوع فائدة بمعدل 9% بعد انقضاء أربعة أشهر على تقديم الطلب.¹

ثامناً: الاسترداد

تتعدد حالات استرداد الضريبة على القيمة المضافة بتعدد المستفيدين من هذا الاسترداد. فهناك حالات عامة لهذا الاسترداد ونقصد بها حالات الاسترداد في الداخل أو عند الاستيراد وحالات الاسترداد بالنسبة للعمليات المعفاة من الضريبة. وهناك حالات خاصة لهذا الاسترداد ونقصد بهم الأشخاص غير المقيمين في لبنان (السياح)، ورجال الأعمال غير المقيمين، والهيئات الدبلوماسية والقنصلية والمنظمات الدولية وأضيف إلى هذه الحالات حالة استرداد خاصة وهي استرداد ثمن آلة تسجيل المبيعات النقدية للذين يتبعون النظام المبسط في تنظيم الفواتير وإصداره والملزمين باستعمال آلة تسجيل المبيعات النقدية.²

¹: المادة 30 من قانون الضريبة على القيمة المضافة، 2001/379.

²: مزيد من التفاصيل، أنظر د. فاطمة السويبي، الضريبة على القيمة المضافة، مرجع سابق، ص. 277 وما بعدها.

تاسعاً: تحصيل الضريبة

تؤدي الضريبة دفعة واحدة ضمن مهلة عشرين يوماً من تاريخ انتهاء كل فترة ضريبية وتسدد إلى الخزينة بعد تنزيل قيمة الضريبة القابلة للحسم عن طريق المصارف العاملة والمقبولة في لبنان وفقاً لنماذج صادرة عن وزير المالية ويراعى في تأدية هذه الضريبة الأصول المنصوص عليها في قرار وزير المالية رقم 1/369 تاريخ 2002/4/4¹.

إذا تخلف الخاضع للضريبة عن دفع الضريبة المتوجبة عليه عن فترة ضريبية معينة ضمن المهل القانونية، توجه إليه الإدارة الضريبية رسالة بالبريد المضمون على العنوان المصرح عنه، تعلمه فيها بوجود تسديد المبالغ المتوجبة عليه في مهلة خمس عشر يوماً من تاريخ التبليغ، وبوجود احتساب قيمة الضريبة وغرامات التحقق وغرامات التحصيل المتوجبة حتى تاريخ التسديد وفقاً للأصول المنصوص عليها في الفقرة الثانية من البند 1 من المادة 2001/379/46، وهي غرامات التأخير في تسديد الضريبة.

في حال عدم تسديد الضريبة ضمن مهلة تقديم التصريح الدوري، يضاف إليها غرامة قدرها واحد ونص بالمائة (1.5%) شهرياً من مقدارها. تسري غرامة التأخير في الدفع بدءاً من انتهاء مهلة تأدية الضريبة وتحتسب هذه الغرامة على مجموع الضرائب وغرامات التحقق المتوجبة، ويعتبر كسر الشهر شهراً كاملاً.

عندما يتبين من جراء عملية الدرس أو التكاليف المباشر أن تسديد الضريبة قد تم بأقل مما هو متوجب، تفرض حكماً من تاريخ انتهاء مهلة تأدية الضريبة غرامة قدرها واحد ونص بالمائة (1.5%) شهرياً من المبلغ غير المسدد من الضريبة المتوجبة قانوناً والغرامات الملحقه بها.

وتزول مسؤولية المكلف مؤقتاً عن الغرامات إذا تخلف عن دفع الضريبة بسبب قوة القاهرة أو ظروف استثنائية عن الفترة الضريبية التي حصلت خلالها القوة القاهرة، شرط إبلاغ الإدارة الضريبية بحالة القوة القاهرة أو الظروف الاستثنائية ضمن مهلة شهر واحد من تاريخ حصولها، على أن يثبتها مستندات صادرة عن جهات رسمية، كما يتوجب عليه أيضاً المبادرة إلى تأدية الضريبة المتوجبة عليه خلال مهلة شهرين من تاريخ زوال القوة القاهرة أو الظروف الاستثنائية. وإلا فقد حقه بالزوال المؤقت لمسؤوليته وفقاً لأحكام المادة 44/103 وبالتالي على الإدارة الضريبية تكليفه بالضريبة والغرامات الناتجة عن المخالفات الحاصلة بسبب القوة القاهرة أو الظروف الاستثنائية².

¹: فقرة 1 من المادة 39 من القانون 2001/379، قانون الضريبة على القيمة المضافة.

²: المادة 55 من قانون الإجراءات الضريبية اللبناني رقم 2008/44، والبند 3 من م 56 والمادة 61 من المرسوم 2488.

وتعتبر هالكة المبالغ المتوجبة على الخاضعين للضريبة، بما فيها الغرامات المترتبة عليها، التي لا تتجاوز قيمتها عشرون ألف ليرة لبنانية عن كل فترة ضريبية وتعفى الوحدات المالية المختصة من إصدار أوامر قبض بهذه المبالغ ومن تحصيلها.¹

إذا انقضت مهلة التسديد الممنوحة للخاضع للضريبة ولم تؤد المبالغ المتوجبة عليه، على الموظف المختص أن يحول الملف دون إبطاء إلى دائرة التحصيل في الإدارة الضريبية لمتابعة التنفيذ الجبري وفقاً لأصول تحصيل الضرائب في قانون الإجراءات الضريبية رقم 2008/44 على أن يقوم رئيس دائرة التحصيل بدور المحاسب المختص.²

عاشراً: المخالفات والغرامات

في حال عدم قيام الملتزمون بالضريبة بالموجبات المفروضة عليهم بموجب المواد 33 وما يليها من قانون الضريبة على القيمة المضافة رقم 2001/379، والمتعلقة بالتسجيل، أو إعلام الإدارة بأي تغيير يحصل، أو تقديم التصريح الدوري، أو التصريح غير الصحيح، أو الفواتير والمستندات ومسك وحفظ وإبراز السجلات والمستندات سواءً أكانت تؤثر على جوهر الضريبة المتوجبة أو لا تؤثر (أي متعلقة بالشكل) أو قدم طلباً غير مبرر لاسترداد الضريبة، أو تأخر أو لم يقدم التصريح عن التوقف النهائي عن العمل، يتوجب عليه دفع الضريبة المتوجبة بالإضافة إلى الغرامة أو الحكم عليه بعقوبات أو التقدير المباشر في بعض الحالات.³

وبالإضافة إلى الغرامات المنصوص عليها في القانون رقم 2008/44 للإدارة الضريبية أن تتولى التقدير المباشر للضريبة في الحالات التالية:

- 1- إذا لم يقدم الخاضع للضريبة التصريح الدوري العائد لاحتساب الضريبة عن فترة معينة ضمن المهل المحددة.
- 2- إذا لم يتقيد الخاضع للضريبة بالموجبات المفروضة عليه بموجب القانون أو بموجب الأنظمة المتعلقة بمسك وتسليم وحفظ الدفاتر والمستندات المحاسبية، مما أدى إلى تعذر قيام الإدارة بمهامها لجهة الإطلاع على هذه السجلات.
- 3- إذا لم يُعد الخاضع للضريبة فاتورة مطابقة لأحكام المادة 379/38، عندما يكون هذا الأمر إلزامياً أو في حال إصداره فاتورة تتضمن معلومات غير صحيحة.

¹: المادة 153 من قانون الإجراءات الضريبية رقم 2008/44.

²: بند 1 فقرة 3 من المادة 46 من قانون الضريبة على القيمة المضافة رقم 379 والمادة 8 من المرسوم 2002/7622.

³: لمزيد من التفاصيل عن العقوبات والغرامات المتعلقة بمخالفة أحكام قانون الضريبة على القيمة المضافة، أنظر الغرامات والعقوبات المنصوص عليها في قانون الضريبة على القيمة المضافة رقم 2001/379 وقانون الإجراءات الضريبية رقم 2008/44، أنظر أيضاً، د. فاطمة السويبي، الضريبة على القيمة المضافة، مرجع سابق، ص. 305 إلى ص. 319.

4- إذا قدم الخاضع للضريبة تصريحاً دورياً غير صحيح لا يعكس حقيقة نشاطه الاقتصادي الفعلي بهدف الهرب من تأدية الضريبة أو بهدف استرداد الضريبة عن غير حق. يتم التقدير المباشر بقيمة الضريبة المتوجبة استناداً إلى المبالغ المقدرة للعمليات الحاصلة خلال فترة احتساب الضريبة المعنية.¹

وتجدر الإشارة إلى أن المخالفات الشكلية في هذه الحالة تبقى خاضعة لأحكام البند 2 من المادة 113 من قانون الإجراءات الضريبية رقم 2008/44، أي تخضع لغرامة قدرها 5% من قيمة العملية موضوع الفاتورة.

إحدى عشر: الاعتراضات

يحق لكل من فرضت عليه الإدارة الضريبية ضريبة أو غرامة أو رُفض طلبه لاسترداد أو استرجاع الضريبة كلياً أو جزئياً، أن يعترض على قرار الإدارة القاضي بذلك إذا رأى فيه خطأً أو زيادةً أو إجحافاً بحقه أو مخالفةً للقانون² وذلك ضمن مهلة شهرين من تاريخ تبلغه التكليف أو القرار أو رفض طلب الاسترداد كلياً أو جزئياً، أو من تاريخ الدفع في حال لم تصدر الإدارة الضريبية المختصة قراراً خطياً يقضي برفض ضريبة أو رفض استرداد أو استرجاع ضريبة أو في حال قام صاحب العلاقة بدفع الضريبة أو الغرامات قبل تبلغه هذا القرار، وذلك تحت طائلة رد الاعتراض شكلاً.³

المبحث الثاني

الآثار الاقتصادية والاجتماعية للضريبة على القيمة المضافة

إن تطبيق الضريبة على القيمة المضافة يترتب آثاراً اقتصادية واجتماعية على مختلف الأصعدة:

أولاً: الضريبة على القيمة المضافة وتقليل الدين العام وخدمته

فرضت الحكومة هذه الضريبة من أجل الحصول على إيرادات إضافية لمواجهة عجز الموازنة وتراكم الدين العام وكلفته.

¹: المادة 45 من قانون الضريبة على القيمة المضافة 2001/379.

²: www.finance.gov.lb

³: البند 1 من المادة 51 من المرسوم 2488 تاريخ 2009/7/3، والمتعلق بتحديد دقائق تطبيق القانون رقم 2008/44 وتعديلاته (قانون الإجراءات الضريبية).

وقد حققت نجاحاً في هذا المجال إلى حد كبير إذ حقق فرض الضريبة على القيمة المضافة زيادة في الإيرادات بلغت حساب موازنة لبنان للعام 2013 مبلغاً قدره 14208 مليار ليرة.¹

ويرجع ذلك لاتساع وعائها الضريبي بحيث فرضت مبدئياً على كافة الأموال والخدمات المستهلكة على الأراضي اللبنانية سواء كانت منتجة محلياً أو مستوردة باستثناء بعض الأموال والأنشطة المعفاة لأسباب اجتماعية أو اقتصادية أو انسانية.

وبما أن لبنان يشكو من عجز في الموازنة مزمن نتيجة لتراكم الدين العام وكلفته، فإن الحاجة أصبحت ملحة للارتفاع بالحصيلة الضريبية لمواجهة هذا العجز عن طريق زيادة نسبة الاستقطاع دون إحداث أي إخلال مؤثر في التوازن الاقتصادي، بل على العكس من ذلك قد يحقق مزيداً من الإيرادات والنمو والاستقرار والعدالة.²

فهذه الضريبة كما هو واضح لنا حصيلتها وفيرة وذلك يرجع لانخفاض معدلاتها بالإضافة الى الرقابة الذاتية التي تتيحها آلية تطبيقها. فآلية حسم الضريبة المدفوعة على المشتريات من سلع وخدمات ومواد وسيطة وتجهيزات استثمارية مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بوجود الفواتير أو المستندات المماثلة لها اللازمة والمثبتة لعمليات البيع ودفوع الضريبة.

وتجدر الإشارة إلى أن حصيلة الضريبة لا بد أن تتأثر بالعوامل التالية:

أ- حد خضوع للضريبة

فكلما كان رقم الأعمال الموجب للخضوع الإلزامي للضريبة منخفضاً كلما كان عدد المؤسسات الخاضعة للضريبة أكبر، وبالعكس كلما كان حد مرتفعاً كلما بقيت نسبة أكبر من الأشخاص المعنويين أو الطبيعيين غير خاضعين للضريبة.

ب- الاعفاءات من الضريبة

سواء كانت اعفاءات لأنشطة أو لأموال، فوعاء الضريبة يتسع كلما كانت الاعفاءات والاستثناءات محدودة، والعكس صحيح.

ت- الركود الإقتصادي

لأنه يقلص دورة الدخل وبالتالي حجم الاستهلاك.³

¹: الموازنة العامة للعام 2013.

²: لمزيد من التفاصيل أنظر مؤلف د. فاطمة السويسي، المالية العامة، مرجع سابق، ص. 41 وما بعدها.

³: أمين صالح، الضريبة على القيمة المضافة بين النظرية والتطبيق، مكتبة صادر، دار المنشورات الحقوقية، بيروت، ط 1، 2003، ص. 60.

ثانياً: الضريبة على القيمة المضافة والاستثمار

قد تكون الضريبة على القيمة المضافة ضريبة محفزة للاستثمار والإنتاج في بعض الحالات، بسبب عوامل ثلاث:

أ- إن مبدأ الضريبة يتيح للمستثمر حق استرجاع قيمة الضريبة التي سبق أن تكبدها على الأموال والخدمات التي اكتسبها لمزاولة نشاطه الاقتصادي المعفى من الضريبة سواء أكانت أصول ثابتة أم مصاريف جارية.¹

فمبدأ حسم الضريبة له أثره الإيجابي على تحفيز الاستثمار ويعود إلى عدم زيادة كلفة الاستثمار بما يعادل قيمة الضريبة المفروضة، وذلك بفضل إمكانية استرجاع المبالغ المدفوعة كضريبة على شراء معدات والمواد اللازمة لتصنيع السلعة أو لإنجاز الخدمة الخاضعة للضريبة على القيمة المضافة، ومنها الضريبة المفروضة على السلع الاستثمارية (الرأسمالية)، بالإضافة إلى إعفاء التفرغ عن عناصر المؤسسة من الضريبة إذا استمر استعمالها في النشاط نفسه أو في النشاط المماثل.

ب- أما العامل الثاني فهو المتعلق بعامل السيولة الناتج عن الاحتفاظ بالأموال المحصلة لحين موعد تأديتها إلى الخزينة (شهر وعشرين يوماً أو ثلاثة أشهر وعشرين يوماً وهي فترة احتساب الضريبة المحددة بموجب القانون وحالياً المحددة بقرار وزير المالية)، حيث يمكن للمؤسسة الخاضعة للضريبة الاستفادة من هذه السيولة في تمويل بعض نفقاتها خلال فترة الاستثمار في الوقت الذي تكون بأمس الحاجة إليها. إلا أن إيجابية هذا العامل تتوقف على السياسة البيعية والتمويلية التي تعتمد عليها المؤسسة فيما إذا كانت سياسة البيع نقداً أم بالتقسيط أو بالأجل.

ج- أما العامل الثالث فهو المتعلق بتخفيض الحماية الجمركية ذلك إن إمكانية الاستفادة من إيرادات الضريبة على القيمة المضافة من أجل تخفيض الحماية الجمركية على المدى الطويل للوصول إلى إلغائها، من شأنه حث الوحدات الاقتصادية على الانطلاق بمشاريع استثمارية نوعية ذات قيمة مضافة مرتفعة، وعلى وضع برامج عملية مرتكزة على قوة الأبحاث والتخطيط من أجل خلق فرص بديلة عن الحماية الجمركية، لأن تحسين طرق ونوعية الإنتاج هما المخرج الوحيد في المدى الطويل للحصول على إنتاجية مرتفعة وبكلفة منخفضة تكفل تحقيق قدرة تنافسية كافية لمواجهة المضاربة في الأسواق الداخلية والخارجية، فالوجود المتزامن للتعرفة الجمركية مع الضريبة على القيمة المضافة في المرحلة الأولى لاستحداثها، يسمح للمؤسسات الوطنية بالاستفادة من مفاعيل الحماية الجمركية في الوقت التي هي بأمس الحاجة لها لحين نضوج استثماراتها.²

¹ : لمزيد من التفاصيل، أنظر د.فاطمة السويسي، الضريبة على القيمة المضافة، مرجع سابق ص. 283 وما بعدها.

² : أمين صالح، الضريبة على القيمة المضافة بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص. 61.

ثالثاً: الضريبة على القيمة المضافة والمنافسة الدولية

إن إعفاء الصادرات من الضريبة مع حق الحسم يؤمن للضريبة على القيمة المضافة حيادها الكامل حيال التبادل التجاري الخارجي والداخلي، فاختيار أسواق التصريف وطرق التسويق يحدد بمعزل عن الحالة الضريبية.

هذا من جهة، أما من جهة أخرى فإن الضريبة تشجع التصدير لأن السلع المصدرة معفاة من الضريبة، أي خاضعة للضريبة بمعدل صفر، فهي بالإضافة إلى إعفائها من الضريبة في المرحلة النهائية فإنه يمكن استرداد كافة الضريبة المدفوعة في المراحل السابقة للتصدير، وبالتالي فإن الضريبة على القيمة المضافة تدعم القدرة التنافسية للمنتجات المحلية في الأسواق الأجنبية¹.

رابعاً: الضريبة على القيمة المضافة وأثرها على الأسعار وبالتالي على الاستهلاك

" إن معظم البلدان التي أقرت الضريبة على القيمة المضافة، كان اعتمادها لهذا النظام مصحوباً دائماً في البداية بارتفاع في الأسعار، علماً بأن هذا الارتفاع غير ثابت ويتبدل بحسب طبيعة الأموال والخدمات ووفقاً للوضع الاقتصادي الراهن".

إلا أن ارتفاع الأسعار سيتوقف نظرياً في ظل مناخ التنافس الذي يركز عليه الاقتصاد الحر عن طريق تحديد حجم الطلب، وهذا ما يلقي بثقل عبء الضريبة وبشكل تضامني على عاتق الشاري والبائع معاً، وذلك خلافاً للمبدأ القائل بأن الضريبة غير المباشرة تنعكس كلياً على المستهلك، فعبء الضريبة ينتقل من المستورد أو المنتج ومن حلقات التوزيع ليستقر في النهاية على المستهلك، ولذلك يقال أنه من المفروض أن لا تؤثر الضريبة على النشاط الإنتاجي إلا أنه ينبغي التنبيه إلى أنه بالرغم من أن المستهلك يتحمل عبء الضريبة النقدي بالكامل فإن كافة المتعاملين في حلقات الاستيراد والإنتاج والتوزيع يشاركون في تحمل عبء الضريبة بصورة غير مباشرة لأن ارتفاع أسعار السلع على المستهلك سيقبل من القوة الشرائية لدخله وبالتالي سيخفف من الطلب الأمر الذي يؤدي إلى انخفاض المبيعات وبالتالي الأرباح وفرص العمالة.

ومما لا شك فيه، أن فرض الضريبة على القيمة المضافة سيترتب عليه نتائج ثلاث بصورة طبيعية في مجال الأسعار:

أ- تخفيض أسعار الإستثمارات (السلع الإستثمارية- الرأسمالية) ومخزون المؤسسات من السلع، وذلك نتيجة مبدأ الحسم الذي تعتمد عليه الضريبة على القيمة المضافة.

¹: أمين صالح، الضريبة على القيمة المضافة بين النظرية والتطبيق، مرجع السابق نفسه، ص. 62.

ب- تخفيض طفيف للأسعار عند التصدير إذ سيصبح المنتج (السلعة أو الخدمة المصدرة) بعد حسم الضريبة المستوفاة في الأصل على المواد الأولية أو الإستثمارات والأعباء العامة وبشكل عام الأموال والخدمات اللازمة لإنتاجه أو استيراده، بالإضافة الى خضوعه للمعدل الصفري للضريبة، وذلك بفضل آلية حسم الضريبة لعمليات التصدير المعفاة من الضريبة مع حق الحسم.

ج- إرتفاع الأسعار الإستهلاكية: بما أن الضريبة على القيمة المضافة في لبنان هي ضريبة نسبية ذات معدل واحد (10%)، فإنه في حال فرضها على جميع السلع والخدمات المستهلكة داخل الأراضي اللبنانية دون استثناء أو اعفاء، فإنها ستحدث تضخماً (إرتفاعاً في الأسعار قدره 10% في السنة التي فرضت فيها) "وحتى في حال زيادة الأسعار فإنه من المتوقع أن تكون الزيادة لمرة واحدة وليست بصفة مستمرة إلا إذا صاحب الضريبة توسيع في عرض النقود وتوقعات مرتفعة نحو التضخم، مما يستدعي بدوره ضرورة التخطيط الجيد للضريبة على المستوى الرسمي والاتصال الدائم بالغرف التجارية والصناعية.

ولما كانت هناك اعفاءات متعددة في التطبيقات العملية يمكن القول بأن الضريبة على القيمة المضافة تغير من الأسعار النسبية في الاقتصاد الوطني أكثر مما تزيد المستوى العام للأسعار".¹

وهذا ما يعكس إيجاباً على حجم الاستهلاك، إذ يتبين من الإحصاءات المتاحة أن الاستهلاك بصورة عامة في ازدياد مضطرد سواء من المنتجات المحلية أو المستوردة.

خامساً: إمكانية التهرب من الضريبة على القيمة المضافة

أياً كان نوع الضريبة، فإن المكلف بها يميل أو ينزع دائماً نحو التهرب من دفعها.² أما فيما يتعلق بالضريبة على القيمة المضافة، فإن البعض يعتقد بأن نظام الحسم الذي تعتمده هذه الضريبة من شأنه أن يدفع الشاري حتماً إلى عدم إخفاء فواتير الشراء كي يتمكن من حسم الضريبة التي سبق أن تكبدها للحصول على السلع والخدمات اللازمة لمزاولة نشاطه³، الأمر الذي يؤدي إلى توقف أو الحد من إتباع سياسة المبيعات دون فواتير.

إلا أن هذا الرأي لا يعبر بشكل كاف عن الحقيقة والواقع، ذلك أن الشاري قد لا يكون له مصلحة، في أن لا يبرز بعض فواتيره لاحتمال سقوط حقه في الحسم، حيث يوجب القانون على الخاضع للضريبة من أجل

¹ د. مرسي السيد حجازي، عميد كلية التجارة في جامعة بيروت العربية – محاضرة- 2001/10/24

² لمزيد من التفاصيل عن التهرب الضريبي، أنواعه وأسبابه وآثاره، أنظر دراسة الشبكة الوطنية لمكافحة الرشوة بالتعاون بين الجمعية اللبنانية لتعزيز الشفافية – لا فساد ومركز المشروعات الخاصة بعنوان "القطاع الضريبي اللبناني الواقع الحالي، إصلاحات وزارة المالية والخطوات الأساسية لتفعيل القطاع، كانون الثاني 2010، ص. 6 وما بعدها، وأنظر أيضاً، محمد أبو نصار- محفوظ المشاعلة – فراس الشهبان، الضرائب وحسابها بين النظرية والتطبيق، المكتبة الوطنية ط 2، 2003، ص. 28.

³ Shaoul . J. "The Private Finance Initiative of the public funding of private profit" in c. Greve and Hodge (Eds) The Challenge of Public Private Partnerships: Learning from International Experience, Edward Elgar, London, 2005 p. 92.

ممارسة حق الحسم أن يكون حائزاً على فاتورة بالأموال والخدمات من شخص آخر خاضع للضريبة. إلا أن إقدام الشاري على إخفاء بعض فواتيره أو إبراز فواتير صورية غير مطابقة للواقع والتضحية بحق الحسم وخسارة الضريبة المدفوعة، فإنه في المقابل يخفي جزءاً من رقم أعماله (مبيعاته) ومن ثم ضريبة القيمة المضافة المحصلة العائدة الى هذا الجزء المخفي، وصولاً الى انقاص ربحه الصافي الخاضع لضريبة الدخل، وهذا غالباً ما يكون الهدف الأساسي للتهرب من دفع الضريبة.

وبذلك يعوض المتهرب من دفع الضريبة خسارته الناتجة عن الحسم من الربح الذي يعود إليه من الضريبة على القيمة المضافة التي حصلها من مبيعاته المكتومة، ومن ضريبة دخل على الأرباح التي كان يفترض التصريح عنها.

فما أوجبه وزارة المالية على المكلف الذي يزيد رقم أعماله عن 150 مليون ليرة لبنانية في المبادرة إلى التسجيل في الضريبة على القيمة المضافة لم يلقى استجابة كاملة، إذ أن هناك عدد من الأشخاص الملزمين بالتسجيل لا يبادرون إلى ذلك ويقومون بتخفيض رقم الأعمال عن طريق إخفاء وعاء الضريبة الحقيقي أو يقومون بتوزيع رقم أعمالهم بين عدة أشخاص وهميين (أفراد عائلته مثلاً)، أو عبر إنشاء عدد من الشركات الاسمية كل ذلك بهدف تخفيض رقم الأعمال إلى ما دون 150 مليون ليرة لبنانية، فيصبح المكلف غير ملزم بالتسجيل في الضريبة على القيمة المضافة وبنفس الوقت يكون وعاء الضريبة قد انخفض كثيراً إلى أدنى الشطور في ضريبة الدخل فيكون قد أصاب هدفين بنفس الوقت.

وخاصة إذا علمنا أن ضريبة الدخل على الأشخاص الطبيعيين تصاعديّة بينما الضريبة على القيمة المضافة نسبية وثابتة، كما أن ضريبة الدخل على الأشخاص المعنويين هي ثابتة وقدرها 15% بينما الضريبة على القيمة المضافة قدرها 10% فقط، وهذا الأمر يعتمد على نسبة قيمة الدخل الصافي الخاضع للضريبة على القيمة المضافة.

ويتوقف مقدار الضريبة المهربة (غير المدفوعة) على المرحلة التي تم فيها الغش الضريبي، فإذا كانت المرحلة الأخيرة (البيع بالمفرق) فإن المنتج المباع يكون قد تحمل على الأقل الضريبة حتى مرحلة الإنتاج أو البيع بالجملة أو نصف الجملة. ولا يتوقف التهرب الضريبي على قيام الخاضع للضريبة بمفرده بمخالفة القانون والاحتيال عليه، بل قد يحدث مثل هذا التهرب عندما يتفق خاضعان للضريبة متعاقبان على خرق القانون ومخالفته وتأمين تغطية كل منهما للآخر.

لذلك يتوجب على المراقب الضريبي أن يدرك أهمية الهامش التجاري العائد للخاضع للضريبة على القيمة المضافة والمكلف بضريبة الدخل في الوقت نفسه، نظراً لأهمية الأمر بالنسبة لكل من ضريبي الدخل والضريبة على القيمة المضافة في آن واحد.¹

إذ أن معدل ضريبة الدخل على الأشخاص الطبيعيين تصاعدياً تتراوح بين 4% و 21% بحسب الشرائح، بينما الضريبة على القيمة المضافة نسبية وثابتة وقدرها 10% من القيمة مهما بلغت قيمة المبيعات. وهذا يعني أن التهرب هنا يعتمد على نسبة قيمة الدخل الخاضع للضريبة الدخل إلى نسبة قيمة المبلغ الخاضع للضريبة على القيمة المضافة. فإذا كان المبلغ الخاضع للضريبة يخضع لضريبة أعلى من 10% في حال عدم تهربه فيكون في هذه الحالة من مصلحة المكلف التهرب من دفع الضريبة على القيمة المضافة الأدنى ليتمكن من التهرب من ضريبة الدخل الأعلى.

أضف إلى ذلك قد يلجأ المكلف إلى التهرب من الضريبة على القيمة المضافة عبر الامتناع عن استهلاك السلع المفروضة عليها الضريبة أو بالانتقال إلى استهلاك سلع أخرى لا تخضع للضريبة، فقد تفرض على عمليات الاستيراد والتصدير ضريبة على القيمة المضافة، فعندها يكيف المستورد أو المصدر وضعه بتخفيض استيراده أو تصديره أو بالتحويل إلى استيراد أو تصدير نوع آخر من السلع تكون بديلة أو معفاة من هذه الضريبة، تصرفه هنا يكون سلبياً، إذ لا يقوم بواقعة البيع أو الشراء وبذلك يتخلص من عبء الضريبة كلياً أو جزئياً.²

ويستطيع المكلف أيضاً من خلال عملية الشراء عبر الإنترنت أو ما يسمى بالتجارة الإلكترونية أن يحقق تهرباً من الضريبة، وذلك لصعوبة إثبات حجم الالتزامات والتعاملات، فالتجارة الإلكترونية تتميز بغياب الوثائق الورقية والعقود المكتوبة والفواتير والمستندات الثبوتية، والدفع يتم بموجب بطاقات مصرفية إلكترونية وهذا ما يساعد على التهرب وخاصة في بلد كلبنان يسوده نظام السرية المصرفية الذي يشكل جاهزاً منيعاً أمام الإدارة الضريبية في قمع التهرب.

وبهذا يتبين لنا أن وسائل وطرق التهرب من الضريبة على القيمة المضافة كثيرة ومتنوعة وكلها تهدف إلى تخفيض أو التخلص من الضريبة مخلفة آثار سلبية من جراء الضرر الذي يصيب الخزينة العامة باعتبار أن هذه الضريبة ممول أساساً للإيرادات العامة.

¹: أمين صالح، الضريبة على القيمة المضافة بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص. 64 – 65.

²: د. فاطمة السويدي، التهرب من الضريبة، مقال مجلة الجنان المحكمة، 2016، ص. 13-14.

سادساً: أثر الضريبة على العدالة الاجتماعية

جاء في الأسباب الموجبة لقانون الضريبة على القيمة المضافة أنه مر الزمن الذي تصنف فيه الضرائب بين مباشرة أي عادلة وغير مباشرة أي غير عادلة، لأن الحكم على عدالة الضريبة هي امكانية تشخيصها أي جعلها ملائمة لحالة المكلفين الاقتصادية والاجتماعية ولا يوجد معيار آخر في هذا الموضوع، ووفقاً لهذا الاعتبار فإن الضريبة على القيمة المضافة تنطوي على عناصر كثيرة تبين عدالتها وأهميتها:

أ- أنها ضريبة عامة على المجموع الكلي لاستهلاك الفرد من السلع والخدمات وهذا الاستهلاك ينم عن قدرة المستهلك على إسهامه بالأعباء العامة بالقياس الى ما يأخذه من الناتج المحلي في شكل استهلاك سلع أو حصول على خدمات، لذلك فإن المقدرة الفعلية على الاسهام في النفقات تكون أقرب إلى العدالة إذا ما قيست بالدخل المنفق الذي يدفع صاحب الضريبة بمناسبة استعماله وليس بالدخل غير المنفق الذي لا يستعمله المكلف ولا يستفيد منه.

ب- أنها ضريبة عامة لكنها ليست شاملة، فقد حرص القانون على تخفيف وطأة هذه الضريبة عن كاهل ذوي الدخل المحدود فأعفى من هذه الضريبة غالبية السلع والخدمات التي تؤلف الجزء الأكبر من نفقات ذوي الدخل المتوسط كبعض المواد الغذائية الأساسية (المواشي، المواد الزراعية بحالتها الطبيعية، الخبز، الطحين، الأسماك، اللحوم وغيرها من السلع الإستهلاكية الأساسية).

كما أعفى القانون من هذه الضريبة قطاعات الصحة والإستشفاء والتعليم والزراعة والنقل والتأمين والمصارف وغيرها.

وإذا نظرنا إلى ميزانيات الأسر في لبنان واستهلاكها من سلع وخدمات قياسياً الى مستوى دخلها نجد الجزء الأكبر من استهلاك الأسر من أصحاب الدخل المحدود والى حد كبير المتوسط سوف لا تنالها الضريبة.

ج- مدى أهمية هذه الضريبة في تكوين واردات دول يصعب الحكم على عدم عدالة أنظمتها الضريبية، ذلك أن مردود هذه الدول الصناعية في أوروبا مثلاً يزيد عن 50% من مجموع وارداتها الضريبية، ومع ذلك لا يمكن القول بأن النظام الضريبي لهذه الدول الذي يستند في معظمه على مردود الضريبة على القيمة المضافة هو غير عادل.

إلا أن الأمانة العلمية تقتضي منا، عرض آراء أخرى لها وجهة نظر مختلفة عما تقدم فيما يتعلق بعدالة الضريبة على القيمة المضافة ومنها:

لقد لخص الصحافي " بيار فيانسون بونتي" آراء الكثيرين في موضوع الضريبة على القيمة المضافة فقال بأنها ضريبة غير مباشرة، أي أن الضريبة على القيمة المضافة هي أساساً للعدالة الاجتماعية، لا حاجة لأن نكون من الإختصاصيين في الإقتصاد والمال لكي ندرك بأن الضريبة غير المباشرة التي تصيب الاستهلاك وحتى المنتجات الأساسية تولد عدم مساواة لأنها تدفع بدون تمييز من قبل الشاري، في حين أن الضريبة المباشرة التي تستوفي على أساس الدخل تشكل ضريبة أكثر عدالة...

فمن يجرؤ إذن على القول بأنه يجب البدء في تخفيض الضرائب غير المباشرة بشكل كثيف وزيادة الضرائب المباشرة بالقدر نفسه تأميناً للعدالة الاجتماعية¹.

وفي الختام لا بد أن نشير إلى النتائج التي توصلت لها هذه الدراسة، حيث تبين لنا أهمية الضريبة على القيمة المضافة للدولة، فهي من جهة تؤمن جزء مهم من الإيرادات التي تساعد في مواجهة عجز الموازنة وتقليص الدين العام نظراً لوفرة حصيلتها.

ومن جهة أخرى تؤثر هذه الضريبة على تحفيز الاستثمارات وتشجيع الصادرات إذ أن السلع المصدرة معفاة من الضريبة، وتدعم القدرة التنافسية للمنتجات المحلية في الأسواق الأجنبية.

هذا فضلاً عن أن هذه الضريبة استطاعت أن تحقق مبدأ العدالة الضريبية بالرغم من أنها مصنفة بين الضرائب غير المباشرة، فهي ضريبة عامة ولكن غير شاملة إذ أن أغلب السلع والخدمات والتي تشكل الجزء الأكبر من نفقات ذوي الدخل المحدود معفاة من الضريبة كالمواد الأولية الأساسية والتعليم والصحة والإستشفاء وغيرها، فإذا نظرنا إلى ميزانيات الأسر في لبنان واستهلاكها من سلع وخدمات قياسياً إلى مستوى دخلها نجد الجزء الأكبر من استهلاك الأسر من أصحاب الدخل المحدود وإلى حد كبير المتوسط التي لا تنالها الضريبة.

أضف إلى ذلك، فإن الضريبة على القيمة المضافة بالمبدأ العام تساعد على الحد من التهرب الضريبي في البلد، إذ أن كل مكلف حريصاً على تنظيم فاتورة ضريبية عن البيع والشراء من أجل إثبات ذلك عند قيامه بتقديم إقراره الضريبي لمعرفة رقم أعماله عن فترة المحاسبة الضريبية وطلب الخصم والاسترداد، مع ذلك تبين لنا أنه في لبنان هناك عدة طرق ووسائل تستخدم للتهرب من هذه الضريبة، وما لهذا الأمر من تداعيات سلبية في حال تمكن المكلف فعلياً من تحقيق التهرب، إذ أن التهرب يضر بالخزينة العامة لأنه يهدد تمويل الدولة وبالتالي اقتصادها، مما يحول دون تحقيقها لأهداف سياستها المالية والاقتصادية والاجتماعية، بإعتبار أن الإيرادات الضريبية تمثل الجزء الأهم من إيرادات الدولة.

1: أمين صالح، الضريبة على القيمة المضافة بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص. 67

وبناء على ما ورد من نتائج يمكن اقتراح التوصيات التالية:

- العمل على ترسيخ مبدأ احترام القانون بشكل عام لما له من أثر في تطبيق القوانين الضريبية ومنها قانون الضريبة على القيمة المضافة والحد من ظاهرة التهرب الضريبي، وتعريف المكلف بما له من حقوق وما عليه من واجبات.
- ضرورة إدخال موضوع الضرائب على المناهج التعليمية وإضافتها كمادة أساسية في التعليم الثانوي والتعليم الجامعي في جميع الحقول، حتى لا يكون هناك جهل في القوانين الضرائبية والرسوم التي من واجب كل مواطن أن يكون على بينة بتفاصيلها، وكي لا يبقى هناك من حجة بعدم إلمام أفراد المجتمع في كيفية حصوله على حقوقه دون نسيان واجباته.
- ضرورة إجراء مراجعة شاملة لمواد قانون الضريبة على القيمة المضافة دورياً حتى يتوافق القانون ولائحته التنفيذية مع المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية.
- رفع نسبة الضريبة على القيمة المضافة على السلع الكمالية فقط التي لا يستهلكها ذوي الدخل المحدودة، مما يؤمن إيرادات اضافية للخزينة.
- تفعيل دور الرقابة بالإدارة العامة للضريبة على القيمة المضافة ما يضمن سلامة حركة البيع والشراء وتحقيق متطلبات قانون الضريبة على القيمة المضافة.
- تخفيض رقم الأعمال الذي على أساسه تعفى الشركات من التسجيل في الضريبة على القيمة المضافة إلى من لا يتجاوز 15 مليون ليرة لبنانية مثلاً، على عكس ما هو معمول به حالياً بحيث يعفى من التسجيل من هذه الضريبة من لا يتجاوز حجم أعماله 150 مليون ليرة لبنانية وهذا يغلق باب كبير من أبواب التهرب.
- التزام المكلفين بمسك دفاتر وسجلات محاسبية مكتملة وإتباع نظم محاسبة جيدة يساعد كثيراً في تحديد وعاء الضريبي بصورة عادلة، مما يقلل من نسب التهرب منها نظراً لأهميتها وكبر حصيلتها الايرادية في تمويل الخزانة العامة.

قائمة المراجع والمصادر:

1- القوانين والمراسيم والتعليمات :

- قانون الجمارك اللبناني رقم 2000/4461.

- قانون الضريبة على القيمة المضافة اللبناني رقم 2001/379.

- قانون الملكية العقارية رقم 3339 تاريخ 2001/1/31.

- قانون الإجراءات الضريبية اللبناني رقم 2008/44.

- الموازنة العامة للعام 2013.

2- المراسيم والقرارات المتعلقة بقانون رقم 2001/379 قانون الضريبة على القيمة المضافة:

- المرسوم 7302 تاريخ 2002/1/26.

- المرسوم 7336 تاريخ 2002/1/31.

- المرسوم 2002/7340.

- المرسوم 7622 تاريخ 2002/3/14.

- المرسوم رقم 9859 تاريخ 2003/4/2.

- المرسوم 2488 تاريخ 2009/7/3 والمتعلق بتحديد دقائق تطبيق القانون رقم 2008/44 وتعديلاته (قانون الإجراءات الضريبية).

- المذكرة الصادرة عن وزير المالية اللبناني رقم 864/ص1 تاريخ 2002/5/2.

- التعليمات رقم 1428/ص1 تاريخ 2002/7/23 الصادرة عن وزير المالية والتي حددت نطاق عمليات التصدير المعفاة من الضريبة والتي تتيح حق الحسم.

- كتاب وزير المالية رقم 1859/ص1 تاريخ 2002/9/9.

- القرار رقم 1131 تاريخ 2004/9/18.

3- الكتب

- أمين صالح، الضريبة على القيمة المضافة بين النظرية والتطبيق، منشورات الحقوقية، بيروت، ط1، 2003.

- العميد الدكتور عباس محمد نصر الله، النظرية العامة للضريبة والتشريع الضريبي، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2015.

- د. فاطمة السويدي، الضريبة على القيمة المضافة، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، العام 2014.

- د. فاطمة السويدي، المالية العامة (موازنة-ضرائب)، المؤسسة الحديثة للكتاب، عام 2005.

- محمد أبو نصار، محفوظ مشاعلة، فراس الشهبان، الضرائب وحسابتها بين النظرية والتطبيق، المكتبة الوطنية، الطبعة الثانية، 2003.

- ماريان نلبنديان خوري، الضرائب التطبيقية، بدون دار نشر، 2014.

- القاضي وسيم نقولا أبو سعد، الضريبة على القيمة المضافة، المنشورات الحقوقية صادر.

4- المراجع الأجنبية

- Cumbers, Andrew and, Birch, Kean, "Public sector spending and regional economic development: Crowding out or Adding value" university of Glasgow, center for advanced, UK. January, 2006.

- James Bickley, "Value – Added Tax as a new revenue source, congressional research service" Public Finance Review, VOL.25 No.3, U.S.A. 2005

- Shaoul. J. "The Private Finance Initiative of the public funding of private profit" in c. Greve and Hodge (Eds) The Challenge of Public Private Partnerships: Learning from International Experience, Edward Elgar, London, 2005

5- المراجع الأخرى

- د. فاطمة السويسي، مقال عن التهرب المشروع من الضريبة، مجلة جامعة الجنان المحكمة، 2016.

- د. مرسي السيد حجازي، عميد كلية التجارة في جامعة بيروت العربية، محاضرة بتاريخ 2004/1/24.

- النشرة الدورية لشركة الذيب وشريكه للاستشارات، بعنوان "الضريبة على القيمة المضافة" العدد رقم 2 أيار 2006.

- دراسة الشبكة الوطنية لمكافحة الرشوة بالتعاون بين الجمعية اللبنانية لتعزيز الشفافية – لا فساد ومركز المشروعات الدولية الخاصة بعنوان "القطاع الضريبي اللبناني الواقع الحالي، إصلاحات وزارة المالية والخطوات الأساسية لتفعيل القطاع"، كانون الثاني 2010.

Archive.almanar.com.lb-

- وزارة المالية اللبنانية www.finance.gov.lb

"تسوية ملف العقار السياحي كرهان لفتح أبواب الاستثمار السياحي في الجزائر"

من إعداد طالب الدكتوراه: يوسف محمد

وتحت إشراف الأستاذ الدكتور: مزيان محمد أمين

مخبر القانون العقاري والبيئة

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مستغانم.

الملخص:

-تعتبر الجزائر وجهة سياحية بامتياز نظرا للمقومات و المؤهلات التي تزخر بها، مما يجعلها تتخذ قطاع السياحة كأحد أهم البدائل المعول عليها لتحقيق الإقلاع الاقتصادي خارج قطاع المحروقات، غير أنه توجد بعض المعوقات التي تحول دون الاستثمار الأمثل لهذه المؤهلات الموجودة، ولعل أهمها هو صعوبة الحصول على العقار السياحي و استغلاله، والأمر الذي يطرح بشده من طرف المستثمرين المحليين و الأجانب الراغبين في الاستثمار في قطاع السياحة، إذ أصبح حجر عثرة لفتح أبواب الاستثمار السياحي أمامهم، ونظرا لأهمية العقار السياحي كعنصر أساسي في عملية تطوير الاستثمار السياحي في بلادنا، فإن الحكومة قد سعت جاهدة إلى بذل الجهود الرامية إلى إيجاد الحلول من خلال العمل على ترشيد استغلال العقار السياحي و حمايته بما يضمن ترقية و تطوير الاستثمار السياحي.

كلمات المفتاح: العقار السياحي - الاستثمار - السياحة - الجزائر.

Résumé:

- L'Algérie est considérée comme une destination touristique par excellence, en raison des ingrédients et les qualifications, leur faisant prendre le secteur du tourisme comme l'un des plus fiables alternatives pour atteindre décollage économique en dehors du secteur des hydrocarbures, cependant, il existe certains obstacles à l'investissement optimal pour ces

qualifications, peut-être le plus important dont est difficile d'obtenir foncier touristique et son exploitation, qui demande avec acharnement par les investisseurs locaux et étrangers désireux d'investir dans le secteur du tourisme, est devenu une pierre d'achoppement pour ouvrir les portes des investissements touristiques, étant donné l'importance comme de foncier tourisme de composant Essentiel dans le processus de développement du tourisme dans notre pays, le gouvernement s'est efforcé de faire des efforts pour trouver des solutions en travaillant sur l'utilisation rationnelle du tourisme et protection de la propriété pour assurer la promotion et le développement des investissements touristiques.

Mots clés: foncier touristique - Investissement - Tourisme - Algérie.

مقدمة:

- تعد السياحة من بين أهم المجالات التي لقيت اهتماما من قبل صانعي القرار و المهتمين بوضع السياسات التنموية في كثير من الدول و هذا لمميزاتها و دورها الفعال في تحقيق النمو و دفع عجلة التنمية ، حيث تشير الإحصائيات إلى التطور السريع الذي عرفه هذا القطاع في السنوات الأخيرة ، و هذا ما جعل السياحة مجالا ذا بعد دولي و محلا للمنافسة الدولية ، تسعى من خلاله كل دولة إلى اعتلاء الريادة من خلال زيادة درجة الاهتمام و تسخير الإمكانيات و المحفزات لجذب اكبر عدد ممكن الاستثمارات السياحية إليها .

وفي هذا الإطار فإن الجزائر و على غرار باقي دول العالم سعت منذ الاستقلال للاهتمام بهذا القطاع من خلال تهمين مقوماتها السياحية التي تزخر بها و بحكم موقعها الإستراتيجي فهي تعد أكبر دولة مساحة في إفريقيا ، و زيادة على ذلك فهي تنفرد بمناظر و مناطق و مواقع سياحية جعلتها تصنف من بين أجمل المواقع السياحية في العالم، وقد عملت الدولة على إحصاء ثروتها السياحية بغية استغلالها، وكذا تشجيع المستثمرين على ولوج هذا الميدان بعد انتهاج سياسية اقتصاد السوق و فتح المجال أمام القطاع الخاص، من خلال تقديم تحفيزات و ضمانات تتيح الفرص للاستثمار السياحي.

رغم كل ما تم ذكره إلا أنه لا يعكس واقع قطاع السياحة في بلادنا، نظرا لوجود العديد من العراقيل التي تحول دون الوصول إلى الأهداف المسطرة من طرف الدولة لتوفير مناخ ملائم للاستثمار السياحي، وكان أبرز هذه العراقيل هو مشكل العقار السياحي الذي يطرح بشدة من طرف المستثمرين المحليين و الأجانب الراغبين في الاستثمار في قطاع السياحة، وهذا راجع لتعقيد إجراءات الحصول عليه من جهة وقلته و ارتفاع أسعاره من

جهة أخرى وهي كلها عوامل أدت إلى نفور المستثمرين من قطاع السياحة مما انعكس سلبا على ترقية و تطوير التنمية السياحية في الجزائر.

وهذا ما دفع بالدولة إلى التدخل بغرض إيجاد حلول من شأنها تسوية ملف العقار السياحي حتى تفتح أبواب و فرص للاستثمار في قطاع السياحة أمام المستثمرين الراغبين في اقتحام هذا القطاع لاسيما في الوقت الراهن في ظل أزمة انهيار أسعار البترول و تداعياتها السلبية على المخططات و البرامج التنموية للدولة، وكذا الإرادة السياسية للسلطات العمومية لترقية و تشجيع النهوض بهذا القطاع الحيوي الذي يعد احد ركائز التنمية في مخططات الدولة.

وعليه فالإشكال المطروح في هذا الإطار هو: ما مكانة العقار السياحي ضمن إستراتيجية تشجيع الاستثمار في قطاع السياحة ؟، وما هي الجهود المبذولة من قبل الحكومة الجزائرية في سبيل ترشيد استغلاله بما يخدم أهداف التنمية السياحية ببلادنا؟.

تنبع أهمية هذه الورقة البحثية من أهمية موضوع العقار السياحي الذي يعد كأحد القواعد الأساسية التي تعزز و

تكوين بنية تحتية سياحية ، ومن هذا المنطلق ارتأينا تسليط الضوء على هذا الموضوع معتمدا المنهج الوصفي التحليلي لمعالجته من خلال التطرق للمحاور الآتية:

-المحور الأول: مكانة العقار السياحي ضمن إستراتيجية تشجيع الاستثمار السياحي وعراقيل استغلاله.

-المحور الثاني:الجهود المبذولة من قبل الحكومة في سبيل ترشيد استغلال العقار السياحي.

-المحور الأول:مكانة العقار السياحي ضمن إستراتيجية تشجيع الاستثمار السياحي وعراقيل استغلاله.

يعتبر العقار في نظر المستثمر أهم عنصر لإنجاح أي مشروع استثماري وفي القطاع السياحي ما يزال العقار يشكل أهم العراقيل التي تواجه المستثمرين، سواء من حيث صعوبة الاستفادة من الأوعية العقارية المطلوبة أو صعوبة الحصول عليها نتيجة الإجراءات المعقدة المطلوبة من الإدارات أو من حيث المضاربة في أسعارها، و عليه سنتطرق في هذا المحور إلى تحديد مفهوم العقار السياحي والإطار القانوني لتهيئته و لاستغلاله و كذا إبراز أهميته و كذا أهم العراقيل التي تحول دون الحصول على العقار السياحي و استغلاله .

أولا- مفهوم العقار السياحي: إن العقار السياحي يشمل عدة مكونات و التي تجتمع لتشكيل ما يعرف بالعقار

السياحي و التي نص عليها القانون و حدد أحكامها و طبيعتها و التي سندرسها فيما يلي:

1- تعريف العقار السياحي: نظرا للحالة التي أصبحت تميز العقار السياحي من إهمال و تدهور و انتهاكات فإن ضرورة وضع تنظيم قانوني لتنظيمه و ترقيته و حمايته قد أصبح أمرا حتميا ، و قد تدخلت فعلا الدولة في هذا الإطار من خلال تعديل المنظومة القانونية التي تتعلق بتنمية قطاع السياحة، بهدف إعادة ضبط و إصلاح القطاع بما يخدم التنمية السياحية المستدامة وقد شكل موضوع العقار السياحي احد أهم هذه النقاط التي كانت مطروحة باعتباره أساس لتجسيد أي مشروع استثماري ، و عليه فان العقار السياحي هو كما يلي: "يتشكل العقار السياحي القابل للبناء من الأراضي المحددة لهذا الغرض في مخطط التهيئة السياحية، و يضم الأراضي التابعة للأملاك الوطنية العمومية و الخاصة و تلك التابعة للخواص"⁽¹⁾، و عليه فالعقار السياحي: "قد يكون ممتلكات الشخص، أو من الأملاك الخاصة للدولة وهو ينقسم إلى عقار قابل للبناء و آخر يمكن استعماله لذلك، و هذا يتدخل مخطط التهيئة السياحة لتحديده بتلك الصفة"⁽²⁾.

2- مكونات العقار السياحي: يمكن القول أن العقار السياحي كمصطلح قانوني ليس قائم بذاته بل هو تعبير عن مجموع من الأراضي ذات طبيعة قانونية مختلفة تجتمع لتكوين ما يعرف "بالعقار السياحي" عكس العقار الصناعي أو الفلاحي ، و عليه سوف نحاول تحديد أهم الأراضي المكونة للعقار السياحي حسب ما نص عليه المشرع من خلال النصوص القانونية التي تنظم قطاع السياحة كما يلي:

أ- مناطق التوسع السياحي: يعتبر المرسوم رقم 75/66 الذي سنه المشرع في 04/04/1966 و الذي تضمن تطبيق الأمر رقم 62/66 المتعلق بالمناطق و الأماكن السياحية في مادته الأولى و الذي ألغاه القانون رقم 03/03 أي الأمر رقم 62/66 ، فبالرجوع إلى نص المادة 2 الفقرة 1 من القانون رقم 03/03 المتعلق بمناطق التوسع السياحي و الذي يعرف هذه المناطق بقوله: "كل منطقة أو امتداد من الإقليم يتميز بصفات أو بخصوصيات طبيعية و ثقافية و بشرية و إبداعية مناسبة للسياحة، مؤهلة لإقامة أو تنمية منشأة سياحية، و يمكن استغلالها في تنمية نمط أو أكثر من السياحة ذات مرد ودية"، و هو ما أشارت إليه الفقرة 2 من المادة 3 من القانون رقم 01/03⁽³⁾، فمن خلال هذه الفقرة يمكن أن نعرف مناطق التوسع السياحي بالنظر لأهم مشتملاتها المذكورة في الفقرة أعلاه على أنها: "وعاء عقاري يشتمل على مميزات طبيعية أو ثقافية أو بشرية أو إبداعية تناسب ممارسة نشاط سياحي ما عليها، من خلال تشييد مرافق سياحية مناسبة كالفنادق و المطاعم و منشآت للاستجمام و الترفيهية كالحمامات و حدائق التسلية و غيرها".

(1) - راجع نص المادة 20 من القانون رقم 03/03 المؤرخ في 17/02/2003، المتعلق بمناطق التوسع و المواقع السياحية، ج ر عدد 11.

(2) - كريمة كريمة، الاستثمار السياحي و تحقيق التنمية المستدامة، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، العدد 11، جامعة سيدي بلعباس، ص 63.

(3) - القانون رقم 01/03 المؤرخ في 17/02/2003، المتعلق بالتنمية المستدامة للسياحة، ج ر عدد 11.

-لقد أحصت الجزائر ممثلة في وزارة السياحة في سنة 2011 حوالي 205 منطقة توسع سياحي وقد قدرت وعانها العقاري بحوالي 53.199 هكتار⁽¹⁾، بعد أن كانت قد أحصت في سنة 2009 حوالي 174 منطقة توسع سياحي، أي بزيادة قدرت ب 31 منطقة مصنفة جديدة خلال 3 سنوات، غير أن هذه الزيادة في عدد المناطق إذا لم ترافقها الحماية اللازمة وكذا العناية بهذه المناطق فإنها سوف تكون عرضة لعدة مخاطر منها نهب الثروات الطبيعية الموجودة فيها وكذا البنايات الفوضوية التي غزت العديد منها في المناطق الشمالية إضافة إلى التلوث الذي يقضي على كل المظاهر الطبيعية و السياحية الموجودة فيها⁽²⁾.

(ب)- **المواقع السياحية:** إنه وبالرجوع إلى نص المادة 4 من المرسوم رقم 75/66 سالف الذكر فقد عرف المواقع السياحية على أنها: "... كل منظر طبيعي أو مكان ذي جاذبية سياحية بسبب مظهره الخلاب، أو بما يحتوي عليه من عجائب أو خصوصيات طبيعية أو بنايات مشيدة عليه، يعترف له بأهميته التاريخية أو الفنية أو الأسطورية أو الثقافية، و الذي يجب تثمين أصالته و المحافظة عليه من التلف أو الاندثار بفعل الطبيعة أو الإنسان"، أما بالرجوع إلى نص المادة 2 الفقرة 2 من القانون رقم 03/03 سالف الذكر و الذي عرف المواقع السياحية بقوله: "كل منظر أو موقع يتميز بجاذبية سياحية بسبب مظهره الخلاب، أو بما يحتوي عليه من عجائب أو خصوصيات طبيعية أو بنايات مشيدة عليه، يعترف له بأهميته التاريخية أو الفنية أو الأسطورية أو الثقافية، و الذي يجب تثمين أصالته و المحافظة عليه من التلف أو الاندثار بفعل الطبيعة أو الإنسان"، و هو ما أشارت إليه الفقرة 3 من المادة 3 من القانون رقم 01/03.

وعليه فإن المواقع السياحية تكمن أهميتها باعتبارها المصدر الذي يتم من خلاله تشكيل العقار السياحي و هذا نظرا للمميزات التي يزخر بها كل موقع من المواقع ذات الطابع التاريخي أو الثقافي وغيرها ليتم بعد ذلك تصنيف هذا الموقع بموجب نص قانوني ليصبح منطقة توسع سياحي.

(ج)- **منطقة محمية:** لم تحض هذه المناطق بتغطية قانونية عكس المواقع السياحية و مناطق التوسع السياحي، وسعيا من الدولة إلى ترشيد و تثمين هذه المناطق نظرا لقيمتها الطبيعية و السياحية لما تتميز به وما تزخر به من ثروة حيوانية و نباتية جد هامة، أعطت لها الدولة عناية خاصة، من خلال عدد من النصوص القانونية كان أهمها القانون رقم 03/03 سالف الذكر و بالرجوع إلى نص المادة 2 الفقرة 3 منه و الذي عرف المنطقة المحمية و التي تدخل في إطار العقار السياحي على أنها: "جزء من منطقة التوسع أو موقع سياحي غير قابل للبناء و يستدعي حماية خاصة قصد المحافظة على مؤهلاته الطبيعية أو الأثرية أو الثقافية".

(1) -موقع وزارة السياحة و الصناعات التقليدية <http://www.matta.gov.dz/index.php/ar>

(2) - يحيويو الهام، بو حديد ليلي، مساهمة الاستثمار السياحي في تطوير مناطق التوسع السياحي بالجزائر، مجلة دفاتر البحوث، العدد السادس، المركز الجامعي مرسلبي عبد الله- بتيابة، ص 324.

و يوجد في الجزائر حاليا (10) حظائر ذات طابع وطني و (4) محميات طبيعية و كذلك (4) مراكز تختص بالصيد ، و تتربع المناطق المحمية المصنفة على مساحة إجمالية تقدر بحوالي (53) ألف هكتار، ونظرا للجمال الذي يميز هذه المحميات فقد تم تصنيف كل من حظيرة الطاسيلي و جرجرة و القالة و الهقار من طرف منظمة اليونسكو باعتبارها محميات، الأمر الذي دفع بالدولة إلى تشجيع السياحة الطبيعية باختلاف أبعادها (جبلية أو صحراوية أو بحرية و غيرها).

ثانيا- الإطار القانوني لتهيئة و استغلال العقار السياحي: لقد سطر المشرع عدة إجراءات حتى يتم الاستغلال الأمثل للعقار السياحي و التي لا تتأتى إلا بعد أن تتم عملية تهيئة هذا الوعاء العقاري طبقا لما نص عليه المخطط التوجيهي لتهيئة السياحة الذي من خلاله تهيأ مناطق التوسع السياحي بهدف استقبال المشاريع الاستثمارية ذات الطابع السياحي ليتم بعدها منحها للمستثمرين بأحد الصيغ القانونية المقررة.

1- تهيئة العقار السياحي عن طريق المخطط التوجيهي لتهيئة السياحة لاستقبال المشاريع السياحية: إن مخطط التهيئة السياحي يمكن من تحديد العقار السياحي داخل مناطق التوسع السياحي (ZET) و كذلك يحدد المشاريع التي يجب انجازها في هذه المناطق وهذا بعد القيام بتحقيق إلزامي⁽¹⁾، يتم إعداد هذا المخطط و كذا مراجعته و تعديله طبقا لنص المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 89/07 سالف الذكر، وهذا بموجب قرار من الوزير المكلف بقطاع السياحة يخص كل منطقة توسع سياحية و يتم تصنيفها مثلما هو منصوص عليه في المادة 7 من نفس المرسوم المذكور أعلاه، وهذا بإرسال القرار الذي يتضمن إعداد مخطط التهيئة السياحية من طرف وزير السياحة إلى الجماعات المحلية التي يشملها المخطط بغية نشره لمدة (1) شهر بكل مقرات البلديات المعنية⁽²⁾، ثم يتولى مدير السياحة المختص بإعداد مخطط التهيئة السياحية في حدود اختصاصه الإقليمي تحت سلطة الوالي مباشرة و بالتشاور مع الوكالة الوطنية لتنمية السياحة باعتبارها مالكة الوعاء العقاري وكذا مكتب الدراسات المؤهل في مجال التهيئة السياحية وهذا اثر عدة لقاءات للنقاش حول المخطط⁽³⁾، ليتم بعدها إتمام مشروع المخطط و يعرض مرفقا بكل الوثائق التي تخص التحقيق و غلقه مصحوبة برأي الوالي، حسب ما تنص عليه المادة 15 من المرسوم التنفيذي 89/07، وهذا من اجل المصادقة عليه بمقتضى مداولة المجلس الشعبي الولائي المعني، بعد ما كان هذا المخطط محلا للنشر لمدة (1) شهر بكل مقرات البلديات المعنية كما سبق ذكره أعلاه، ويتضمن هذا المخطط وفقا لأحكام القانون رقم 03/03 سالف الذكر عدة أهداف نذكر منها:

(1) - كريمة كريمة، المرجع السابق، ص 63.

(2) - راجع نص المادة 8 الفقرة 1 من المرسوم رقم 89/07 سالف الذكر.

(3) - راجع نص المادة 10 من المرسوم رقم 89/07 سالف الذكر.

-الاهتمام بترقية و التصنيف القانوني لمناطق التوسع و المواقع السياحية من اجل الاستغلال الرشيد لهذا العنصر المهم في تجسيد المشاريع ذات الطابع السياحي.

-القيام بإعداد التجزئة بهدف تخصيصها لإقامة مشاريع استثمارية ذات طابع سياحي المسطرة في مخطط التهيئة السياحية⁽¹⁾.

-إمكانية الاستعانة بالمخطط من أجل تعديل الوعاء العقاري لضمان قابليته للهيئة و الاستثمار السياحي المنشودة⁽²⁾.

(2)- استغلال العقار السياحي عن طريق الامتياز من اجل الحفاظ على ملكية الوعاء العقاري: لقد أورد المشرع في النصوص القانونية التي تنظم العقار السياحي عدة صيغ قانونية يمكن من خلالها استغلاله بطريقة رشيدة تضمن المحافظة عليه و ترقيته و تعددت هذه الصيغ و التي نص عليها القانون رقم 03/03 سالف الذكر و هي:

-كان يعتمد المشرع على صيغة البيع التي أوردتها المشرع في المادة 27 من القانون رقم 03/03 سالف الذكر، وكذلك عقد الإيجار و الذي أوردته في المادة 18 من نفس القانون غير انه لم يتم تحديد كيفية استغلال العقار السياحي بهذه الصيغ من خلال إصدار مراسيم أو ما شابه ذلك تبين الأحكام المتعلقة بالإيجار، و أخيرا الصيغ التي تعتبر في الوقت الحالي الطريقة الوحيدة في استغلال العقار السياحي بمختلف مكوناته و هي حق الامتياز بالتراضي و التي أصبحت بموجب الأمر رقم 04/08 الذي يحدد شروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة و الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية³، الأكثر استخداما في مجال استغلال العقار السياحي و قد نصت عليها المادة 15 الفقرة 2 منه، و باعتبار أن العقار السياحي يدخل ضمن الأملاك الوطنية الخاصة و العامة للدولة بمقتضى المادة 20 من القانون رقم 03/03 سالف الذكر فان هذه الآلية تسري عليه كذلك.

و يتم منح الامتياز للمستثمرين من طرف الهيئة المسؤولة عن تسيير و الحفاظ و ترقية العقار السياحي و هي الوكالة الوطنية لتنمية السياحة و يمنح حق الامتياز في العديد من الأماكن أو المناطق التي تتبع للعقار السياحي و نذكر منها:

(أ)- امتياز استغلال مناطق التوسع السياحي و كذلك المواقع السياحية: فقد أوردت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 23/07 و الذي يحدد كفاءات إعادة بيع الأراضي الواقعة داخل مناطق التوسع السياحي و المواقع

(1) - راجع نص المادة 14 و 15 من القانون رقم 03/03 سالف الذكر.

(2) - راجع نص المادة 16 من القانون رقم 03/03 سالف الذكر.

(3) - كريمة كريمة، المرجع السابق، ص 65.

السياحية أو منح امتياز عليها و الذي يصل إلى 20 سنة تكون قابلة للتجديد عند انتهاء الأجل المحددة في حق الامتياز بطلب من المستثمر صاحب الامتياز حسب نص المادة 3 من نفس المرسوم.

(ب)-امتياز استغلال المواقع الشاطئية: يمكن للمستثمرين الراغبين في استغلال هذه المواقع و لاسيما في موسم الاصطياف الاستفادة من حق الامتياز حيث تشترط الوكالة الوطنية لتنمية السياحة بهدف استغلالها سواء كانت مؤسسات عمومية أو خاصة أو حتى البلديات أن تكون مؤهلة لممارسة النشاط السياحي و هذا بعد صدور موافقة الوالي المختص إقليميا، وقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 274/04 المحدد لشروط الاستغلال السياحي للشواطئ المفتوحة للسياحة و كفيات ذلك، و الذي أقر أنه يتم استغلال الشواطئ عن طريق الامتياز بالتراضي بطريق المزايدة العمومية حسب نص المادة 4 منه و هذا لمدة 5 سنوات بصفة مؤقتة يمكن خلالها السحب في حالة المخالفة⁽¹⁾.

(3)-منح الدولة لحق الامتياز لاستغلال العقار السياحي: إن بعض مشاريع الاستثمار السياحي تتطلب

مساحات كبيرة من اجل استيعاب كل المرافق الضرورية لإنجاح المشروع مما يؤدي إلى البحث عن هذه الأوعية العقارية و

التي غالبا ما تكون تابعة للدولة و في مناطق التوسع السياحي و حتى يتم الحصول عليها و استغلالها توجد طريقة واحدة فقط و هي حق الامتياز بالتراضي و الذي يكون بموجب قرار من الوالي المختص إقليميا ، بعد أن توافق الوكالة الوطنية لتنمية السياحة على العقار المطلوب و هذا ما نص عليه المشرع في المادة 34 من القانون رقم 12/12⁽²⁾، وهذه الصيغة تعكس إرادة الدولة في المحافظة على ملكيتها للعقار السياحي باعتباره يشكل أولوية و أهمية وطنية له عدة انعكاسات اقتصادية و اجتماعية تساعد على تحقيق التنمية المستدامة خارج قطاع المحروقات⁽³⁾.

ثالثا- أهمية العقار السياحي في ترقية الاستثمار السياحي: يتميز هذا النوع من العقارات بأهمية كبيرة تركز في النقاط التالية:

(1) -راجع نص المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 274/04 سالف الذكر.

(2) -القانون رقم 12/12 المؤرخ في 2012/12/26 المتعلق بقانون المالية لسنة 2013 و التي عدلت المادة 34 منه المادة 05 من الأمر رقم 04/08 الذي يحدد شروط و كفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة و المواجهة لانجاز مشاريع استثمارية المعدلة بموجب المادة 15 من القانون رقم 11/11 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011.

(3) - كريمة كريمة، المرجع السابق، ص 65.

1- يعد العقار السياحي من أهم الشروط التي يجب توفرها في أي ملف مشروع استثمار سياحي حيث يقوم المستثمرين سواء كانوا محليين أو أجانب بتقديمه حتى يتم الموافقة على دراسة مشاريعهم من طرف الإدارة المسؤولة عن الاستثمار السياحي.

2- إن القيام بعملية منح الامتياز على العقار السياحي لفائدة المستثمرين يؤدي إلى ترقية و تطوير الاستثمار السياحي في بلادنا بإقامة مرافق الإيواء و الإطعام و الترفية و غيرها مما يساهم في تقوية البنية التحتية للمنشآت السياحية و هذا يساعد على جذب السياح.

3- تكمن كذلك أهمية العقار السياحي في كونه مصدر لتحصيل المداخل المالية من الضرائب و الجباية لصالح الخزينة العمومية.

رابعاً-العراقيل التي تحول دون الاستغلال الأمثل للعقار السياحي:تتنوع العراقيل بين القانونية والإدارية كما يلي:

أ)- العراقيل القانونية:يعتبر العراقيل القانونية من أهم العراقيل التي تواجه استغلال الأمثل للعقار السياحي ونذكر منها:

-قيام بعض الأطراف بالتلاعب و عمليات المضاربة في العقار السياحي باستغلال الثغرات القانونية في بعض النصوص المتعلقة بالعقار السياحي و الاستيلاء عليه و تحويله عن وجهته السياحية ، مما أدى إلى ارتفاع أسعار العقار السياحي في الجزائر مقارنة مع بعض الدول.

- اصطدم المستثمرين بمشكل تعدد ملكية نفس الوعاء العقاري سواء كانت ملكية خاصة ، ملكية وطنية عامة أو ملكية وطنية خاصة .

-الاستغلال و التعدي العشوائي للأفراد على مناطق التوسع السياحي مما تسبب في انتشار البناءات الفوضوية وغير الشرعية على المناطق المخصصة للتوسع السياحي و انجاز مشاريع سياحية.

-تراجع مساحات مناطق التوسع السياحي نظرا للتدهور و الإهمال الحاصل في بعض مناطق التوسع السياحي المصنفة و الغير مصنفة.

-تدهور الموارد الطبيعية من خلال نهب الرمال وغياب قواعد العمران، مما أدى إلى تغيير الموارد عن طبيعتها السياحية .

-تعرض العقار السياحي للمضاربة في الصفقات العقارية المشبوهة ، وذلك بالأراضي الواقعة بمناطق التوسع السياحي التي تم الاستيلاء عليها بطرق غير قانونية .

-عدم الصرامة في تطبيق القوانين الخاصة بالعقار السياحي وغياب دور الهيئات و الآليات المختصة في تسيير و حماية العقار السياحي مما أدى إلى تعطيل تصنيف العديد من مناطق التوسع السياحي و نهب أوعيتها العقارية و استغلالها في أغراض أخرى(1).

- نقص الإعفاءات وضعف التحفيزات و التسهيلات التي تقدمها الدولة للمستثمرين خاصة الضريبية و المالية.

(ب)- العراقيل الإدارية : هناك عدة عراقيل إدارية قد يواجهها المستثمر السياحي في سبيل الحصول على العقار السياحي للانطلاق في مشروعه الاستثماري، ومن أهم هذه العراقيل نذكر:

-كثرة الإجراءات الإدارية وانتشار البيروقراطية الشديدة.

-البطء في العمل الإداري وصعوبة فهم الموظف في الإدارة العمومية لتفاصيل طلب المستثمر.

- تعدد القوانين والأنظمة والتعديلات المتكررة في قوانين الاستثمار السياحي، كل هذا أثر سلبا على معدل

تدفق الاستثمارات خاصة منها الأجنبية التي تحول جزء كبير منها إلى دول الجوار.

-تنامي ظاهرة الفساد الإداري واستغلال الطرق غير القانونية في الحصول على المشاريع الاستثمارية وهذا ما يؤدي إلى عزوف المستثمرين في ظل هذه التصرفات التي تقضي على التنافسية والمعاملة العادلة(2).

- نقص التمويل في مجال الاستثمار السياحي نظرا لمل يتطلبه من أموال ضخمة ترفض في الكثير من الأحيان البنوك تمويلها مما اثر على الإقبال على هذا النوع من الاستثمارات و في هذا المجال تم إحصاء ما يلي:

نظرا لنقص التمويل تم إحصاء عدد المشاريع المتعثرة حوالي 152 مشروع في سنة 2005 و مع نهاية 2008 وصلت عدد المشاريع 217 مشروع، و التي توفر طاقة استيعاب تقدر ب حوالي 19.231 سرير(3).

(1) - عمر بوجميلة، بلال معوج، واقع و تحديات الاستثمار السياحي في الجزائر، وداخلة ملقاة في المنتدى الدولي حول الصناعة السياحية في الجزائر بين الواقع و المأمول نحو الاستفادة من التجارب الدولية الرائدة، يومي 09-10 نوفمبر 2016، جامعة جيجل ، ص 9.10.

(2) - عمر بوجميلة، بلال معوج، المرجع السابق ، ص 9.10.

(3) - بن سهيلة ثاني توفيق، اثر المنظومة البنكية في الجزائر على ترقية الاستثمار في قطاع السياحي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في التسيير، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، جامعة أبو بكر بلقايد، 2015-2016، ص 180.

(ج)-عراقيل أخرى: زيادة على العراقيل المذكورة اعلاه يضاف اليها عراقيل اخري تتنوع بين الاقتصادية و السياسية و الاجتماعية كلها كانت ذات تأثير في الحيلولة دون الاستغلال الأمثل للعقار السياحي و تطوير الاستثمار السياحي في بلادنا ككل ونذكر منها ما يلي:

-نقص في البنية التحتية خاصة ما تعلق منها بالجانب السياحي كنقص تهيئة شبكة الطرق المؤدية الى المواقع السياحية و

مناطق التوسع السياحي ، كذلك نقص في خدمة النقل الجوي و غلاء الاسعار بين الشمال و الجنوب الجزائري و عدم تزويد بعض المناطق بالخدمات الضرورية كالتوصيل ب(الكهرباء و الماء و الغاز و قنوات الصرف الصحي و غيرها) الأمر الذي لا يساعد المستثمرين على تجسيد مشاريعهم السياحية على أرض الواقع.

- نقص هياكل الاستقبال من فنادق ذات جودة عالية و المركبات السياحية التي تشجع على استقطاب الزوار و السياح من داخل و خارج الوطن مما يخلق مناخ يشجع على الاستثمار في هذا القطاع الواعد في الجزائر و في هذا الخصوص صرح الخبير الاقتصادي الجزائري "عبد الحق لعيمري" أن الجزائر تعاني من خلل كبير في إدارة و تسيير مواردها، وأنها تتوفر على قدرات هامة خارج المحروقات خاصة في قطاع السياحة الذي يستطيع بالتخطيط الجيد من أن يجذب حوالي 06 ملايين سائح أجنبي في غضون 05 سنوات (1).

-غياب الاستقرار الأمني (الأمن السياحي)⁽²⁾ خاصة في الجزء الجنوبي من البلاد خاصة مع التوتر الذي تشهده منطقة الساحل أين يوجد أحد أهم أنواع السياحة المعول عليها و هي السياحة الصحراوية نظرا للآزمة المالي و اللببية و تمركز بعض الجماعات الارهابية و عصابات التهريب للمخدرات و السلاح و التنقيب على الذهب كلها أصبحت تشكل تهديد للاستثمار السياحي في المنطقة .

- الآثار السلبية للآزمة السياسية و الأمنية التي عايشتها الجزائر خلال فترة التسعينات و التي أثرة على تصنيفها من قبل مراكز التقييم الدولية و الهيئات الاممية بتصنيفها ضمن البلدان ذات درجة الخطر المرتفع مما انعكس على تقليص حجم الاستثمارات الأجنبية الوافدة إليها (3).

(1) - سليمان ناصر، قطاع السياحة في الجزائر الواقع و متطلبات التأهيل (ولاية غرداية نموذجا)، مداخل ملقاة في الملتقى الدولي حول:المقاولة و دورها في تطوير القطاع السياحي في الجزائر ، جامعة قالمة، يومي 08-09 نوفمبر 2015، ص 07.

(2) - يعرف الأمن السياحي على انه: "هو توفير عنصر أمن و الطمأنينة للسائح من وصوله إلى البلاد و من مغادرته لها وذلك في نفسه و عرضه و حاله و كل متعلقاته و أمتعته و حمايته من أية مضايقات أو جرائم قد تقع عليه". عصمت عدل، الأمن السياحي و الاثر في ظل قوانين السياحة، دار الجامعة الجديدة، 2008، مصر، ص 18.

(3) - بن سهلة ثاني توفيق، المرجع السابق، ص 178.

- غياب الثقافة السياحية لدى الفرد الجزائري من خلال عدم تقبل السائح الأجنبي من خلال بعض الممارسات التي لا تشجع على السياحة مما انعكس سلبا على الصورة المسوق للسياحة في الجزائر على عكس دول الجوار تونس و المغرب.

- كل هذه العراقيل دفعة بالدولة إلى تدخل من اجل إيجاد حلول ناجعة للمحافظة على العقار السياحي و تثمينه للنهوض بقطاع السياحة باعتباره أصبح أحد الخيارات التي تعول عليه الجزائر لتحقيق التنمية المستدامة خارج مجال المحروقات.

- المحور الثاني: الجهود المبذولة من قبل الحكومة في سبيل ترشيد استغلال العقار السياحي.

نظرا للأهمية التي يحتلها العقار بصفة عامة في إنجاح أي نشاط باعتباره القاعدة التي تستقبل المشاريع، وهو نفس الشيء بالنسبة للقطاع السياحي حيث يعتبر العقار أحد العناصر الأساسية التي يجب توفيرها من اجل تجسيد مشاريع ضرورية للنهوض بقطاع السياحة في بلادنا كإقامة الفنادق و المطاعم و الحدائق و أماكن الترفيهية و غيرها ، غير أن المعوقات التي تتنوع في أسبابها و تجتمع في نقطة واحدة و هي التسبب في عرقلة الاستثمار السياحي في الجزائر، جعلت الحكومة تسعى إلى النهوض بالقطاع حيث تعتبره العمود الثالث في خطة التنمية الشاملة التي سطرتهما ، و قد تم اتخاذ العديد من التدابير و الإجراءات التي من شأنها تسوية ملف العقار بما يخدم تطوير السياحة و تشجيع المستثمرين الذين يطمحون للنشاط في القطاع السياحي.

أولا- تفعيل نشاط الهيئات المسيرة للعقار السياحي: تعتبر الوكالة الوطنية لتنمية السياحة أهم الهيئات المسيرة للعقار السياحي و التي تحافظ عليه و تسعى إلى ترقيته و تهيئته بما يخدم التنمية السياحية المنشودة إضافة إلى هيئات إدارية أخرى تنشط في هذا المجال نذكر منها:

1- الوكالة الوطنية للتنمية السياحية: تم استحداث هذه الوكالة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 70/98 المؤرخ في 1998/02/21 و المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتنمية السياحة و تحديد قانونها الأساسي⁽¹⁾، فقد اعتبرها المشرع مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي، و تخضع إلى ازدواجية في معاملاتها فهي تخضع لقواعد القانون الإداري في علاقتها مع الدولة و تكون علاقتها مع الغير أي الخواص ذات طابع تجاري⁽²⁾، و تمارس هذه الوكالة مهامها تحت وصاية الوزير المكلف بالسياحة⁽³⁾.

(1) - المرسوم التنفيذي رقم 70/98 المؤرخ في 1998/02/21 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتنمية السياحة و تحديد قانونها الأساسي، ج ر عدد 11.

(2) - راجع نص المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 70/98 سالف الذكر.

(3) - راجع نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 70/98 سالف الذكر.

-مهام الوكالة: تمارس الوكالة الوطنية للتنمية السياحية مجموعة من المهام منها ما ورد في المرسوم التنفيذي رقم 70/98 سالف الذكر بموجب المادتين 3 و8 منها ومن أهمها: (1)- حماية مناطق التوسع السياحي و الحفاظ عليها . (2)- تقوم باقتناء الأراضي الضرورية لإنشاء الهياكل السياحية و ملحقاتها. (3)- تقوم بكل أعمال ترقية مناطق التوسع السياحي و تطويرها و غيرها من المهام⁽¹⁾.

وهناك مهام أخرى جاء ذكرها في القانون رقم 03/03 سالف الذكر⁽²⁾، وفي المرسوم التنفيذي رقم 23/07 سالف الذكر⁽³⁾، وكلها مهام نستنتج منها أن المشرع قد جعل الوكالة أداة متخصصة و مسؤولة عن التسيير ، و التنمية ، الترقية ، و الحفاظ و الاستغلال العقلاني للعقار السياحي بكل مكوناته و عليه فهي تعتبر أهم هيئة مسيرة للعقار السياحي في الجزائر ، و باعتبارها مالكة العقار المتواجد على مستوى مناطق التوسع السياحي، فهي تعمل باسم و لحساب الدولة ممثلة في وزارة السياحة⁽⁴⁾.

(2)- الهيئات السياحية الأخرى المساهمة في تسيير العقار السياحي: إلى جانب الوكالة الوطنية لتنمية السياحة توجد كذلك بعض الهيئات المتدخلة في تسيير و المحافظة على العقار السياحي غير أنها لا ترقى إلى مستوى الأهمية التي تحضى بها الوكالة الوطنية لتنمية السياحة و نذكر من بينها: الديوان الوطني للسياحة⁽⁵⁾، اللجنة الوطنية لتسهيل النشاطات السياحية⁽⁶⁾، بنك المعطيات السياحية⁽⁷⁾.

إن كل هيئة من الهيئات التي تم ذكرها تضطلع بمهام نص عليها المشرع و التي من شأنها ترقية و تطوير العمل على تحسين الاستثمار الأمتل في العقار السياحي من خلال الضبط و التسيير العقلاني للوعاء العقاري الموجود و غير المستغل و هذا بإعادة استرجاعه و القيام بعملية تهيئته من اجل استقبال و إقامة مشاريع ذات طابع سياحي بما يخدم الاستثمار السياحي و كذا خدمة التنمية السياحية المستدامة بصفة عامة.

ثانيا- التدابير المسطرة لتوسيع حجم وعاء العقار السياحي و حمايته: باعتبار ملف العقار السياحي يعد على رأس الأولويات التي عازمت الدولة على معالجتها بما يخدم الاستثمار السياحي اتخذت عدة إجراءات من اجل توسيع الوعاء العقاري لاستغلاله في مشاريع ذات الصلة بمجال السياحة من خلال التدابير التالية :

(1) - راجع نص المادة 03 و 08 من المرسوم التنفيذي رقم 70/98 سالف الذكر.

(2) - راجع نص المواد من 21 إلى 28 من القانون رقم 03/03 سالف الذكر.

(3) - راجع نص المرسوم التنفيذي رقم 23/07 سالف الذكر.

(4) - كريمة كريمة، المرجع السابق، ص، ص 64، 66.

(5) - المرسوم التنفيذي رقم 214/88 المؤرخ في 1988/10/31 و المتضمن إنشاء الديوان الوطني للسياحة و تنظيمه، ج ر عدد 44 و المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 402/92 المؤرخ في 1992/10/31، ج ر عدد 79.

(6) - المرسوم التنفيذي رقم 39/94 المؤرخ في 1994/01/25، المتضمن إنشاء اللجنة الوطنية لتسهيل النشاطات السياحية، ح ر عدد 05.

(7) - المرسوم التنفيذي رقم 81/04 المؤرخ في 2004/03/14 والذي يحدد كفاءات وضع بنك معطيات السياحة، ج ر عدد 15.

1)-التدابير المسطرة لتوسيع حجم وعاء العقار السياحي:يهدف توسيع وعاء العقار السياحي تبادر الدولة ممثلة في الوكالة الوطنية لتنمية السياحة إلى اتخاذ إجراءات ثنائية الهدف فهي من جهة تضمن توسيع حجم الوعاء العقاري لتوجيهه للاستثمار السياحي و من جهة أخرى تهدف للمحافظة على هذا الوعاء من الاعتداء عليه من طرف الخواص، وهذا من خلال طريقتين: الأولى ودية و هي ممارسة حق الشفعة و الثانية في حالة عدم جدوى الطريقة الودية من خلال إجراء نزع الملكية للمنفعة العمومية.

أ)-ممارسة الوكالة الوطنية للتنمية السياحية لحق الشفعة:تلجأ الدولة ممثلة في الوكالة الوطنية للتنمية السياحية إلى ممارسة هذا الحق على الأملاك العقارية للخواص السالفة الذكر وقد تكون هذه الأملاك مباني منجزة فوق عقار مملوك للخواص أو عقار مملوك للخواص أو بناء مملوك للخواص تم انجازه في إطار مخطط التهيئة السياحية ويشترط أن تكون موجودة داخل منطقة التوسع السياحي و التي يتم تحديدها بموجب مخطط التهيئة السياحية في نص المادة 21 من القانون رقم 03/03 سالف الذكر و قد أشارت الفقرة 2 منه أنه يتم تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم و الذي صدر بعد (3) سنوات في شكل مرسوم تنفيذي رقم 385/06 و الذي يحدد كفاءات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حق الشفعة داخل مناطق التوسع و المواقع السياحية⁽¹⁾، حيث نص المشرع في نص المادة 3 من هذا المرسوم على إتباع إجراءات للحصول على الأملاك العقارية المعنية.

-إن الإجراءات التي يتم إتباعها من طرف الوكالة الوطنية لتنمية السياحة نص عليها المرسوم رقم 385/06 كما يلي: يتم تقديم تصريح من طرف مالك العقار أو البناء المنجز في إطار مخطط التهيئة السياحية إلى الوزير المكلف بالسياحة طبقا لنموذج محدد مسبقا من طرفه⁽²⁾، ثم بعدها يقوم الوزير المكلف بإشعار الوكالة في اجل (15) يوما من تاريخ الإخطار بالتصريح من اجل السماح لها بممارسة حق الشفعة، وهنا للوكالة اجل (3) أشهر تبدأ من تاريخ إشعار الوزير للشروع في عملية اقتناء الأملاك العقارية بموجب أحكام قانونها الأساسي وعلى الوكالة أن تعد دراسة شاملة للأملاك موضوع حق الشفعة من الناحية التقنية وكذا تقييم الوسائل المالية اللازمة⁽³⁾، بعد إتمام جميع الإجراءات تقرر الوكالة ممارسة حق الشفعة وتقوم بإعلام الوزير المكلف بالسياحة ضمن الأجل المحددة مرفقة بتبرير ردها، هنا نميز بين ثلاث حالات وهي:1)-عدم رد الوكالة بعد انقضاء الأجل المحددة وهنا يعتبر تنازلا عن حقها في ممارسة الشفعة على الأملاك العقارية محل البيع من مالكيها⁽⁴⁾.

(1) -المرسوم التنفيذي رقم 385/06 المؤرخ في 28/10/2006، المحدد كفاءات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حق الشفعة داخل

مناطق التوسع و المواقع السياحية، ج ر عدد 70.

(2) - راجع نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 385/06 سالف الذكر.

(3) - راجع نص المادة 04 و 05 من المرسوم التنفيذي رقم 385/06 سالف الذكر.

(4) - راجع نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 385/06 سالف الذكر.

(2)- في حالة ممارسة الوكالة لحقها في الشفعة يلتزم الوزير بإعلام المالك في غضون (15) يوما ابتداء من انتهاء اجل (3) أشهر وهنا تتخذ الإجراءات اللازمة لمباشرة العملية بدءا بتحديد الأملاك و تقييمها التجاري وصولا إلى منح الثمن و ضم القطعة⁽¹⁾ ، وهنا في حالة انتهاء الأجل و لم يقم الوزير المكلف بالسياحة بالرد يحق للمالك أن يتم البيع المقرر له⁽²⁾.

(3)- أما في حالة غياب اتفاق بالتراضي بين المالك و الوكالة فانه يتم اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة من اجل تحديد ثمن اقتناء الأملاك العقارية موضوع حق الشفعة⁽³⁾.

(ب)- لجوء الوكالة إلى إجراءات نزع الملكية من اجل المنفعة العمومية: أجاز المشرع للوكالة الوطنية للتنمية السياحية إتباع طرق أخرى في حالة تم اللجوء إلى كل الطرق الودية لاقتناء الأملاك العقارية دون أي جدوى أي أدت إلى نتيجة سلبية ، هنا أقر القانون رقم 03/03 إمكانية إتباع الوكالة باعتبارها ممثلة الدولة إلى إجراء نزع الملكية من اجل المنفعة العمومية بغرض ضم هذه الأملاك سواء كانت عقار أو بناء إلى باقي منطقة التوسع السياحي بهدف المحافظة عليها⁽⁴⁾.

وبعد إجراء نزع الملكية من اجل المنفعة العمومية إجراء استثنائيا تلجا إليه السلطة العامة بعد أن يتم استنفاد كل الطرق الودية ، إذ يعتبر طريقة جبرية حيث أن إجراء نزع الملكية يعتمد على امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة⁽⁵⁾، وقد تم النص على هذا الإجراء بموجب القانون رقم 11/91 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العامة⁽⁶⁾، حيث ورد في نص المادة 2 منه تعريفا لنزع الملكية⁽⁷⁾ ، وقد عرف أحد الفقهاء الدكتور محمد انس قاسم جعفر إجراء نزع الملكية على انه: "نزع الملكية للمنفعة العامة إجراء من شأنه حرمان مالك عقار معين من ملكه جبرا لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل"⁽⁸⁾، وقد أشارت نفس المادة 2 في الفقرة 2 منها أنه: "... تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير و التهيئة العمرانية و التخطيط يتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية و منشآت و أعمال كبرى ذات منفعة عامة"، و عليه يمكن القول أن ضم

(1) - وزارة المالية، المديرية العامة لأملاك الدولة، التعلية رقم 01984 المؤرخة بتاريخ 10/03/2011، فيما يخص تحديد القيم التجارية للأراضي الواقعة على مستوى مناطق التوسع السياحي في إطار ممارسة حق الشفعة لحساب الدولة من طرف الوكالة الوطنية لتنمية السياحة.

(2) - راجع نص المادة 07 و 08 من القانون رقم 03/03 سالف الذكر.

(3) - راجع نص المادة 09 من القانون رقم 03/03 سالف الذكر.

(4) - راجع نص المادة 22 من القانون رقم 03/03 سالف الذكر.

(5) - عبد الغني بسيوني عبد الله، امتيازات السلطة الإدارية، بدون دار نشر، القاهرة، مصر، 1993، ص 34.

(6) - القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27/04/1991، الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العامة، ج ر عدد 85.

(7) - انظر لنص المادة 2 من القانون رقم 11/91 سالف الذكر.

(8) - محمد انس قاسم جعفر، النظرية العامة لأملاك الإدارة و الأشغال العمومية، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص

الأماكن العقارية المملوكة للخووص و الواقعة داخل مناطق التوسع السياحي هدفه هو تحقيق إجراءات نظامية تتعلق بمخطط التهيئة السياحية.

وحتى يتم تطبيق هذا الإجراء على الأماكن العقارية المملوكة للخووص داخل مناطق التوسع السياحي وجب احترام و إتباع مجموعة من الإجراءات نذكرها باختصار فيما يلي: (1)- إجراءات إثبات المنفعة العامة (2)- قرار التصريح بالمنفعة العمومية. (3)- قرار القابلية للتنازل. (4)- قرار نزع الملكية للمنفعة العامة وهنا لا يتم نقل الملكية إلا بعد دفع التعويض العادل و المنصف للمالك.

و قد قامت الوكالة الوطنية لتنمية السياحة في سبيل الحماية و المحافظة على العقار السياحي بالشروع في عملية تطهير واسعة لمناطق التوسع السياحي و خاصة تلك التي تقع في الولايات الساحلية و التي تخص المناطق المصنفة منذ سنة 1988 و التي تعاني من الإهمال الكبير و التدهور و قد شملت العملية دراسات لتهيئة 22 منطقة توسع سياحية و هناك 3 مناطق توسع سياحي بالصحراء (1).

(2)-التدابير المسطرة لحماية العقار السياحي: في إطار حماية العقار السياحي نص المشرع على الحماية القانونية لهذا النوع من العقارات من أي اعتداء من خلال العديد من النصوص القانونية منها ما جاء في النصوص المتعلقة بالسياحة و منها ما جاء في نصوص قانونية أخرى و التي سنشير إلى بعضها :

أ)-بموجب القوانين المتعلقة بالسياحة: بالرجوع إلى القانون رقم 02/03 المحدد للقواعد العامة للاستعمال والاستغلال السياحي للشواطئ سالف الذكر و الذي خصص قسم خاص بالعقوبات يتم توقيعها على المخالفين الذين لا يلتزمون بنصوص هذا القانون و كذا دفتر الشروط و هذا في المواد من 43 إلى المادة 54 و التي سعى من خلالها المشرع إلى حماية الإقليم و كذا مناطق التوسع السياحي و لاسيما تلك التي تقع في المناطق الساحلية من الشواطئ و ملحقاتها و التي تدخل ضمن مخطط التهيئة السياحية، و بهدف التطبيق الحسن لهذا القانون تم تكليف عدة جهات إدارية نصت عليها المادة 39 من هذا القانون بغية حماية المناطق الشاطئية و المناطق المتاخمة لها(2).

أما بالنسبة للقانون رقم 03/03 المتعلق بمناطق التوسع و المواقع السياحية سالف الذكر فقد نص في الفصل الثاني منه المعنون بحماية و تهيئة و تسيير مناطق التوسع و المواقع السياحية، و قد خص القسم الأول منه بالتركيز على حماية مناطق التوسع و المواقع السياحية في المواد من 8 إلى 11 من خلال اتخاذ عدة إجراءات و تدابير تضمن الحماية و المحافظة عليها من أي مساس بها يؤدي إلى إلحاق أضرار بطبيعتها أو بخصوصيتها

(1) - يحيى وي الهام، بو حديد ليلي، المرجع السابق، ص 324.

(2) - راجع المواد من 43 إلى 54 من القانون رقم 02/03 سالف الذكر.

سعت الدولة إلى إشراك كل الفاعلين من سلطات و مجتمع مدني للمساهمة في ترقية هذا الوعاء العقاري الهام⁽¹⁾.

وقد خص هذا القانون كذلك مجموعة من العقوبات نص عليها في الفصل الرابع نتيجة ارتكاب مخالفات من المادة 33 إلى المادة 41 ، أما العقوبات فقد نص عليها من المادة 42 إلى المادة 50 منه، ويلاحظ من خلال هذا العدد الكبير في المواد التي تنص على المخالفات وكذا العقوبات المرصودة لها حرص المشرع على حماية و ترقية العقار السياحي بكل مكوناته بصفة خاصة و التنمية السياحية بصفة عامة.

(ب)- الحماية القانونية بموجب قانون العقوبات: إن المشرع الجزائري إذا لم يخصص قواعد قانونية خاصة لأمر ما فإنه يتم حمايته بموجب القواعد العامة للمسؤولية الجزائية و التي ينص عليها الأمر رقم 156/66 و المعدل و المتمم بالقانون رقم 14/04 المؤرخ في 10/11/2004 المتضمن قانون العقوبات⁽²⁾ ، وعليه فإن حماية حق الملكية العقارية المتعلقة بالأموال الخاصة ينحصر مجالها في قانون العقوبات، وعليه فإن كل من الأملاك الوطنية العمومية و الخاصة تخضع للقواعد العامة، إلا ما يتم استثنائه بموجب نص خاص ، وعليه فمن استقراء نص المادة 136 من القانون رقم 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 04/08⁽³⁾ و التي أحالتنا إلى قانون العقوبات بقولها: " يعاقب كل أنواع المساس بالأموال الوطنية كما يحددها هذا القانون طبقا لقانون العقوبات، فكلاهما يخضعان لحكم المادة 386 من قانون العقوبات، وهنا نستشف تشديد المشرع على جنحة الاعتداء على الملكية العقارية طبقا للمادة 386 بظرف أو عدة ظروف مشددة فإن عقوبة الحبس تتراوح من 2 سنة كحد أدنى إلى 10 سنوات كحد أقصى أما عن الغرامة المالية فإنها تتراوح من 10.000 د ج إلى 30.000 د ج.

(ج)- الحماية القانونية بموجب نصوص قانونية أخرى: توجد نصوص قانونية تولي الحماية للعقار السياحي بصفة غير مباشرة في موادها و نذكر من بين هذه القوانين ما يلي:

1)- بالرجوع إلى القانون رقم 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، نجده في الفصل الخامس الذي يحمل عنوان الأنظمة القانونية الخاصة حيث جاء في فرعه الثاني المجالات المحمية و التي يدخل ضمن نطاقها المناطق الخاضعة إلى أنظمة خاصة لحماية المواقع و الأرض و النباتات و الحيوان و التي تشكل جزءا من المواقع المحمية التي ينص عليها القانون رقم 03/03 في المادة 2 الفقرة 3 منه وقد جاء في المادة 31 من القانون رقم 10/03 سالف الذكر أيضا المجالات المحمية التي عددها المشرع⁽⁴⁾، وكذلك نص في الفصل الرابع

(1) - راجع المواد من 08 إلى 11 من القانون رقم 03/03 سالف الذكر.

(2) - الأمر رقم 156/66 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 14/04 المؤرخ في 10/11/2004 المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 71.

(3) - القانون رقم 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 04/08 المؤرخ في 20/07/2008 ، ج ر عدد 52.

(4) - راجع نص المادة 31 من القانون رقم 10/03 سالف الذكر.

المتعلق بمقتضيات حماية الأرض و باطن الأرض في المادة 59 منه على ضرورة حماية الأراضي من كل أشكال التدهور أو التلوث وكذلك المادة 65 منه على ضرورة حماية الغابات الصغيرة و الحدائق العمومية و المساحات الترفيهية و كل مساحة ذات منفعة جماعية تساهم في تحسين الإطار المعيشي، وكذلك حمايتها من إلحاق أضرار بها بأبسط سلوك حيث نصت المادة 66 على أنه يمنع كل إشهار على العقارات المصنفة ضمن الآثار التاريخية و الطبيعية و المواقع المصنفة و المساحات المحمية و غيرها من الأماكن التي يمكن أن تكون ذات وجهة سياحية بعد تصنيفها.

وحتى يتم احترام و الالتزام بمواد هذا القانون أدرج المشرع الباب السادس يتعلق بالإحكام الجزائية إذ كل المواد التي اقرها المشرع في القانون رقم 10/03 من المادة 81 إلى المادة 111 كلها تهدف إلى حماية العقار السياحي بطريقة غير مباشرة⁽¹⁾، فإذا كانت تنص على حماية البيئة فان السياحة ليست فقط إقامة منشآت و تجهيزات بغرض الإيواء و الإطعام و الترفيه و التسلية فقط بل هي البيئة التي نعيش فيها و التي من خلالها يمكن تحقيق تنمية سياحية مستدامة في ظل بيئة نظيفة و سليمة و هو ما يعرف بالسياحة الطبيعية و التي تشكل الجزء الأكبر من الموارد السياحية في الجزائر.

(2)- نص القانون رقم 15/08 المتضمن تحديد قواعد مطابقة البناءات و إتمام انجازها في المادة 16 منه في الفقرة 2 على أن: "البناءات المتواجدة بصفة اعتيادية بالمواقع و المناطق المحمية المنصوص عليها في التشريع المتعلقة بمناطق التوسع السياحي و المواقع و المعالم التاريخية و الأثرية، و بحماية البيئة و الساحل بما فيها مواقع الموانئ و المطارات و كذا مناطق الاتفاقات المرتبطة بها"، و عليه من خلال هذه الفقرة نجد أن المشرع قد فصل في إمكانية استحواد الخواص الذين يشيدون ببناءات مخالفة لمخططات التهيئة و التعمير و مخططات التهيئة السياحية بعدم استفادتهم من الحصول على ملكية هذه الأراضي بشكل نهائي يعكس نظرة الدولة في حماية العقار السياحي من التعدي عليه و تغيير طبيعته لأغراض شخصية⁽²⁾.

ثالثا- التحفيز التي تقدمها الدولة في مجال العقار السياحي لتشجيع الاستثمار في قطاع السياحة: بغية الوصول إلى استغلال أمثل للعقار السياحي من طرف المستثمرين سعت الدولة من خلال العديد من النصوص منها ما يتعلق بقوانين المالية و منها ما يتعلق بالقوانين الخاصة بالاستثمار التي تنص على تشجيع الاستثمار في العقار السياحي بصفة خاصة لترقية و تطوير قطاع السياحة و هو ما تعكسه إرادة الدولة في تنمية السياحة و ذلك في إطار تنفيذ المخططات التوجيهية للتهيئة السياحية و عليه أوجدت الحكومة في هذا الخصوص عدة

(1)- من استقراء نص القانون رقم 10/03 نجد أن المشرع قد أدرج حوالي 30 مادة كلها تتكلم عن العقوبات و المخالفات التي تلحق أضرار بالبيئة و هذا يعكس حرص و اهتمام المشرع الجزائري بالجانب البيئي.

(2) - القانون رقم 15/08 المؤرخ في 05/07/2008، و المتضمن تحدد قواعد مطابقة البناءات و إتمام انجازها، ج ر عدد 44.

تحفيزات من شأنها تشجيع و دفع المستثمرين إلى الاستغلال الأمثل للعقار السياحي في المشاريع السياحية المزمع انجازها⁽¹⁾:

- لقد نص المشرع الجزائري في قانون ترقية الاستثمار الجديد رقم 09/16 المؤرخ في 03/08/2016 في المادة 15 منه في الفقرة الأولى على انه ⁽²⁾: "لا تلغى المزايا المحددة في المادتين 12 و 13 أعلاه، التحفيزات الجبائية و المالية الخاصة، المنشأة بموجب التشريع المعمول به، لفائدة النشاطات السياحية و النشاطات الصناعية و النشاطات الفلاحية". وعليه من خلال الاطلاع على القسم الثاني المعنون ب المزايا المشتركة لكل الاستثمارات القابلة للاستفادة في المادتين 12 و 13 نجد عدة تحفيزات و ضمانات قد اقرها المشرع في هذا القانون لتشجيع الاستثمار في قطاع السياحة و العقار السياحي والتي تنقسم إلى مرحلتين⁽³⁾.

أ-مرحلة الانجاز: في هذه المرحلة من الانطلاق في انجاز المشروع الاستثماري في مجال السياحة نص المشرع على استفادة المستثمر من التحفيزات المنصوص عليها في المادة 12 ونذكر من هذه التحفيزات ما يلي:1-الإعفاء من الحقوق الجمركية.

2-الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة.3-الإعفاء من دفع حق نقل الملكية بعوض و الرسم على الإشهار العقاري عن كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار.4-الإعفاء من حقوق التسجيل و الرسم على الإشهار العقاري و مبالغ الأملاك الوطنية المتضمنة حق الامتياز على الأملاك العقارية.5-تخفيض بنسبة 90% من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة.6-الإعفاء لمدة 10 سنوات من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار.7-الإعفاء من حقوق التسجيل فيما يخص العقود التأسيسية للشركات.8-و زيادة على كل هذه المزايا نصت المادة 13 كذلك على مزايا إضافية مخصصة لمناطق الجنوب و الهضاب العليا و أي منطقة أخرى كما يلي:-تكفل الدولة بكل أو جزء من نفقات الأشغال المتعلقة بالتهيئة الضرورية لانجاز الاستثمار.

(1) -قروي عبد الرحمان، توجهات الجزائر للاعتماد على التحفيزات الجبائية في تشجيع الاستثمار المحلي كخيار استراتيجي في ظل تقلبات اسعار

المحروقات المتداير المدرجة خلال الفقرة 2011-2016، مداخلة لمقابلة في المنتدى الدولي الثاني حول: متطلبات الإقلاع الاقتصادي في الدول

النفطية في ظل انهيار أسعار المحروقات المنعقد بجامعة البويرة يومي 29-30 نوفمبر 2016 ، ص 6.7.

(2) - القانون رقم 09/16 المؤرخ في 03/08/2016 المتضمن ترقية الاستثمار، ج ر عدد 46.

(3) - للمزيد من التفاصيل راجع نص المادتين 12 و 13 من القانون رقم 09/16 سالف الذكر.

9- التخفيض من مبلغ الإتاوة الايجارية السنوية المحدد من قبل مصالح أملاك الدولة⁽¹⁾ وهذا بعنوان منح الأراضي عن طريق الامتياز من اجل انجاز مشاريع استثمارية في المجال السياحي (بما يعرف بالدينار الرمزي للمتر المربع خلال فترة 10 سنوات).

ب)-مرحلة الاستغلال: في هذه المرحلة نص المشرع على استفادة المستثمر من مزايا جبائية مختلفة لمدة 3 سنوات كما يلي:1)-الإعفاء من الضرائب على أرباح الشركات.2)-الإعفاء من الرسم على النشاط المهني.3)- تخفيض بنسبة 50% وتصل إلى 90% من مبلغ الإتاوة الايجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة⁽²⁾.4)-وقد أضافت المادة 13 في الفقرة 2 منها في مرحلة الاستغلال الاستفادة من الإعفاء من الضرائب على أرباح الشركات و الإعفاء من الرسوم على النشاط المهني لمدة 10 سنوات وهذا ابتداء من تاريخ الشروع في مرحلة الاستغلال و الذي يحدده محضر المصالح الجبائية بناء على طلب المستثمر.

-الخاتمة:

ما يمكن أن نختم به هذه الورقة البحثية هو أن قطاع السياحة في الجزائر يعد موردا هام لتحقيق التنمية المستدامة خارج قطاع المحروقات وهذا نظرا للمؤهلات و المزايا التي تزخر بها الجزائر في مختلف النواحي، غير أن العراقيل التي يشهدها قطاع السياحة و لاسيما منها مشكل العقار السياحي الذي يعرقل أ المستثمرين في تجسيد مشاريعهم السياحية على ارض الواقع وهذا راجع لصعوبة الحصول عليه في ظل المعوقات القانونية و الإدارية و غيرها ،مما دفع بالحكومة إلى التدخل لتسوية هذا الملف الشائك من خلال اتخاذ عدة تدابير و إجراءات تساعد على ترشيد و استغلال العقار السياحي بكل مكوناته،مما يسمح للمستثمرين الأجانب و المحليين من إقامة مشاريعهم السياحية وهذا ما سوف يفتح أبواب الاستثمار في القطاع السياحي على مصراعيه لكل الراغبين في والولوج إلى هذا القطاع الهام و الواعد في الجزائر، وعليه في ظل كل ما تقدم نصل إلى اقتراح بعض التوصيات التي نراها مهمة لإثراء هذا الموضوع:

-ضرورة انتهاز إستراتيجية واضحة المعالم لهيوض بقطاع السياحة من خلال إيجاد الحلول لأهم المشاكل التي يعاني منها المستثمرون السياحيين و على رأسها العقار السياحي.

(1) - فاتح أحمية، نصيرة يحيوي، التدابير الجبائية المعتمدة لتشجيع الاستثمار السياحي في الجزائر، وداخلة لمقابلة في المنتدى الدولي حول الصناعة السياحية في الجزائر بين الواقع و المأمول نحو الاستفادة من التجارب الدولية الرائدة ،يومي 09-10 نوفمبر 2016، جامعة جيجل ، ص 7،9.

(2) - وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الدولية، التعلية رقم 08996 المؤرخة في 2012/09/05 و المتعلقة ب القطع الأرضية الموجهة لاستقبال مشاريع استثمارية ، ص 1.

-إقرار مجموع من التحفيزات و الإعفاءات بغرض تشجيع المستثمرين على الاستثمار في القطاع السياحي و توفير كل ما يحتاجه المستثمرين من خلال تذليل العراقيل الإدارية و القانونية الموجودة.

-ضرورة تفعيل دور الهيئات الإدارية المكلفة بتسيير العقار السياحي و المحافظة عليه و تحديد صلاحياتها بهدف تبسيط الإجراءات و تقليص مدة دراسة الملفات المقدمة من طرف المستثمرين لتفادي التداخل في المهام.

-قائمة المراجع :

أولا-الكتب:

1- عبد الغني بسيوني عبد الله، امتيازات السلطة الإدارية ، بدون دار نشر ، القاهرة ، مصر ، 1993.

2- محمد انس قاسم جعفر، النظرية العامة لأحكام الإدارة و الأشغال العمومية ، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1983.

3- عصمت عدل ، الامن السياحي و الاثر في ظل قوانين السياحة ، دار الجامعة الجديدة ، 2008 ، مصر.

ثانيا- مذكرات و أطروحات:

1- بن سهلة ثاني توفيق، اثر المنظومة البنكية في الجزائر على ترقية الاستثمار في قطاع السياحي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في التسيير، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، جامعة أبو بكر بلقايد، 2015-2016.

ثالثا:المقالات و المداخلات:

1- كريمة كريمة، الاستثمار السياحي و تحقيق التنمية المستدامة ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية ، العدد 11، جامعة سيدي بلعباس.

2- يحيوي الهام، بو حديد ليلي، مساهمة الاستثمار السياحي في تطوير مناطق التوسع السياحي بالجزائر، مجلة دفاتر البحوث، العدد السادس، المركز الجامعي مرسلبي عبد الله- بتيبارة.

3- بوعزيز ناصر، عادل سعدو، مجالات و آليات تنمية القطاع السياحي في الجزائر في ظل المخطط التوجيهي للتهيئة السياحية لأفاق 2025، مداخل ملقاة في الملتقى الدولي حول:المقاولة و دورها في تطوير القطاع السياحي في الجزائر ، جامعة قلمة، يومي 08-09 نوفمبر 2015.

4- سليمان ناصر، قطاع السياحة في الجزائر الواقع و متطلبات التأهيل (ولاية غرداية نموذجا)، مداخل ملقاة في الملتقى الدولي حول:المقاولتية و دورها في تطوير القطاع السياحي في الجزائر ، جامعة قلمة، يومي 08-09 نوفمبر 2015.

5- فاتح أحمية، نصيرة يحيوي، التدابير الجبائية المعتمدة لتشجيع الاستثمار السياحي في الجزائر، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي حول الصناعة السياحية في الجزائر بين الواقع و المأمول نحو الاستفادة من التجارب الدولية الرائدة، يومي 09-10 نوفمبر 2016، جامعة جيجل .

6- عمر بوجميعة، بلال معوج، واقع و تحديات الاستثمار السياحي في الجزائر، وداخلة ملقاة في الملتقى الدولي حول الصناعة السياحية في الجزائر بين الواقع و المأمول نحو الاستفادة من التجارب الدولية الرائدة ،يومي 09-10 نوفمبر 2016، جامعة جيجل .

7- قروي عبد الرحمان، توجهات الجزائر للاعتماد على التحفيزات الجبائية في تشجيع الاستثمار المحلي كخيار استراتيجي في ظل تقلبات أسعار المحروقات التدابير المدرجة خلال الفقرة 2011-2016، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي الثاني حول: متطلبات الإقلاع الاقتصادي في الدول النفطية في ظل انهيار أسعار المحروقات المنعقد بجامعة البويرة يومي 29-30 نوفمبر 2016 .

رابعا: النصوص القانونية :

- 1- القانون رقم 01/03 المؤرخ في 17/02/2003، المتعلق بالتنمية المستدامة للسياحة، ج ر عدد 11.
- 2- القانون رقم 03/03 المؤرخ في 17/02/2003، المتعلق بمناطق التوسع و المواقع السياحية، ج ر عدد 11.
- 3- القانون رقم 12/12 المؤرخ في 26/12/2012 المتعلق بقانون المالية لسنة 2013 و التي عدلت المادة 34 منه المادة 05 من الأمر رقم 04/08 الذي يحدد شروط و كيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة و المواجهة لانجاز مشاريع استثمارية المعدلة بموجب المادة 15 من القانون رقم 11/11 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011.
- 4- القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27/04/1991، الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العامة، ج ر عدد 85.
- 5- القانون رقم 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 04/08 المؤرخ في 20/07/2008، ج ر عدد 52.
- 6- القانون رقم 15/08 المؤرخ في 05/07/2008، و المتضمن تحدد قواعد مطابقة البناءات و إتمام انجازها، ج ر عدد 44.
- 7- القانون رقم 09/16 المؤرخ في 03/08/2016 المتضمن ترقية الاستثمار، ج ر عدد 46.

- 8- الأمر رقم 156/66 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 14/04 المؤرخ في 10/11/2004 المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 71.
- 9- المرسوم التنفيذي رقم 214/88 المؤرخ في 31/10/1988 و المتضمن إنشاء الديوان الوطني للسياحة و تنظيمه، ج ر عدد 44 و المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 402/92 المؤرخ في 31/10/1992، ج ر عدد 79.
- 10- المرسوم التنفيذي رقم 39/94 المؤرخ في 25/01/1994، المتضمن إنشاء اللجنة الوطنية لتسهيل النشاطات السياحية، ج ر عدد 05.
- 11- المرسوم التنفيذي رقم 70/98 المؤرخ في 21/02/1998 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتنمية السياحة و تحديد قانونها الأساسي، ج ر عدد 11.
- 12- المرسوم التنفيذي رقم 81 /04 المؤرخ في 14/03/2004 والذي يحدد كفيات وضع بنك معطيات السياحة، ج ر عدد 15.
- 13- المرسوم التنفيذي رقم 385/06 المؤرخ في 28/10/2006، المحدد كفيات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حق الشفعة داخل مناطق التوسع و المواقع السياحية، ج ر عدد 70.
- خامسا- قائمة التعليمات و المواقع الالكترونية:
- 1- وزارة المالية، المديرية العامة للأملاك الدولة، التعليمات رقم 01984 المؤرخة بتاريخ 10/03/2011، فيما يخص تحديد القيم التجارية للأراضي الواقعة على مستوى مناطق التوسع السياحي في إطار ممارسة حق الشفعة لحساب الدولة من طرف الوكالة الوطنية لتنمية السياحة.
- 2- وزارة المالية، المديرية العامة للأملاك الدولة، التعليمات رقم 08996 المؤرخة في 05/09/2012 و المتعلقة ب القطع الأرضية الموجهة لاستقبال مشاريع استثمارية .
- 3- موقع وزارة السياحة و الصناعات التقليدية: <http://www.matta.gov.dz/index.php/ar>



اتفاق الجوانب المتصلة بالتجارة لحقوق الملكية الفكرية ومدى تأثيره على التنمية الاقتصادية في الدول النامية (TRIPS)

مسعد نذير باحث دكتوراه قانون العلاقات الاقتصادية الدولية/ جامعة مستغانم

ملخص:

يتناول هذا الموضوع معنى الملكية الفكرية وأهمية إضفاء الحماية القانونية عليها بخاصة على الصعيد الدولي، وهذا بالتطرق لاتفاقية التريبس المنبثقة عن منظمة التجارة العالمية، مع الإشارة إلى أهم الحقوق المحمية في إطار هذه الاتفاقية، كما تعرضت هذه الدراسة إلى مدى تأثير نص الاتفاقية على الدول النامية من ناحية تحقيق التنمية الاقتصادية.

وانتهت دراستنا الموجزة بخاتمة تم التعرض فيها لأهم النتائج والتوصيات المتوصل إليها.

الكلمات المفتاحية: حقوق الملكية الفكرية، اتفاقية التريبس، التنمية الاقتصادية، الدول النامية.

مقدمة:

إن الإبداع البشري سائد على مر العصور، حيث عمل الإنسان جاهدا على تلبية احتياجاته؛ وذلك برجوعه إلى ملكة العقل، كما حاول استغلال أنواع الطاقة، كالطبيعة مثلا لتلبية هذه الحاجات في شتى المجالات.

ومن هذا المنطلق، في النصف الثاني من القرن العشرين وإزاء التطور الذي عرفته البشرية آنذاك، وما واكب هذا التطور من ثورة تكنولوجية مذهلة في الصناعات والاتصالات نتيجة الإبداع الفكري المحصل عليه من البحوث، والدراسات التي تشكّل نسبة كبيرة من تكاليف الإنتاج لاسيما في الدول المتقدمة.

وفي هذا الصدد ارتأت الدول الصناعية في مقدمتها الولايات المتحدة الأمريكية التخلي عن منظمة الويبو (wipo) التي كانت تشرف على حماية حقوق الملكية الفكرية باعتبارها منظمة دولية، إلا أنها لم تعد قادرة على مسيرة هذا التطور، لذا دعت الولايات المتحدة الأمريكية إدراج موضوع حماية الملكية الفكرية ضمن مفاوضات جولة الأورجواي، بهدف إعطاء صبغة وتأييد تشريعي عالمي ودولي لهذا المجال، وبالتالي توجت هذه المفاوضات بالتطرق لمختلف المشاكل المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية بما فيها معايير الحماية، حيث تم وضعها في إطار

اتفاق دولي وقد اصطلح عليه باتفاق الجوانب المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية حيث يمثل هذا الأخير نتيجة من نتائج جولة الأورجواي، ويعتبر من بين الاتفاقيات المساهمة في إنشاء الإطار المؤسسي لمنظمة التجارة العالمية (OMC).

وبهذا أصبحت الملكية الفكرية تمثل جزءاً لا يتجزأ من عالم التجارة والأعمال، كذلك التطور التجاري أدى إلى انفتاح العالم على أفكار جديدة وإجراء عمليات التبادل فيما يتعلق بنقل الأفكار والتكنولوجيا بين دول العالم.

وتسعى هذه الدراسة إلى الإجابة عن التساؤلات الآتية التي يحاول الأكاديميون والمتخصصون تفسيرها خاصة في مجال تفسير الاتفاقيات الناتجة عن جولة الأورجواي والتي تعتبر الإطار المؤسسي لمنظمة التجارة العالمية ونخص الذكر في دراستنا اتفاق التريبس الذي يعتبر جزءاً منها، ومدى تأثيرها على الدول النامية المنضمة وغير المنضمة لمنظمة التجارة العالمية من ناحية تحقيق التنمية الاقتصادية، وتتمحور تساؤلات هذه الدراسة على ما يأتي:

- ما المقصود بحقوق الملكية الفكرية وما الأسباب والدوافع التي أدت إلى نشأة فكرة الحماية القانونية؟

- ما الغرض من إدراج مجال الملكية الفكرية في اتفاق التريبس - اعتبار مجال الملكية الفكرية جزءاً من عالم التجارة الدولية - وهل هذا مجرد الملكية الفكرية من طابعها الفكري الإبداعي، ويصبح الإبداع حكراً وفي يد الدول المتقدمة فقط؟.

- وما هو الدور الإيجابي والسلبى لاتفاق التريبس في تحقيق التنمية الاقتصادية تجاه الدول النامية؟

أولاً: ماهية حقوق الملكية الفكرية وفكرة حمايتها

1 - مفهوم حقوق الملكية الفكرية: قبل تحديد مفهوم عام للملكية الفكرية يجدر بنا الإشارة إلى مفهوم الحق، وهذا بصفة موجزة من أجل ضبط كل جوانب مصطلح حق الملكية الفكرية، في هذا الصدد نرى جلياً بأن النظرية الحديثة التي حمل لواءها الفقيه الفرنسي "Dabin"، أعطت تعريفاً واضحاً للحق باعتباره « ميزة يقررها القانون لشخص ما، ويحميها بالطرق القانونية، وهذه الميزة تخول له التصرف متسلطاً على مال معترف له بالاستثناء به، بصفته مالكا أو مستحقاً له »¹. أي أنه لصاحب الحق سلطة التصرف فيما يملكه أو فيما مستحق له، وفي هذا الصدد اتفق أغلب الفقهاء على وجود عدة أنواع للحقوق ومنه جاء التقسيم التقليدي

1 - محمد أحمد المعداوي، دروس في مدخل العلوم القانونية (نظرية الحق)، جامعة بنها، مصر، ص 05، 06، 07. الرابط:

<http://www.olc.bu.edu.eg/olc/images/122.pdf>

تاريخ الاطلاع: 2015/11/13 بتوقيت 16:39.

الذي يحتوي على حقوق سياسية وغير سياسية أو مدنية كما أنّ هذه الطائفة احتوت على حقوق عامة وحقوق خاصة، والذي يهمننا في دراستنا الحقوق العينية الأصلية « Les droit réel principaux » التي بدورها تتفرع عن الحقوق العينية، ويرجع سبب هذا الاهتمام إلى إدراج حق الملكية ضمن الحقوق العينية الأصلية¹.

أما فيما يتعلق بمفهوم حق الملكية فهو حق عيني يرد على شيء معين بالذات، كما يعتبر من أوسع الحقوق من حيث السلطات التي يمنحها حيث أنه يخول لصاحبه مكنة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه (عناصر حق الملكية)²، وقد يكون هذا التصرف ماديا الغرض منه استهلاك الشيء، أو قانونيا بمعنى تنازل المالك عن ملكيته للغير³.

من خلال ما تطرقنا إليه من مفاهيم شملت الحق، وحق الملكية لا بد لنا من التطرق إلى مفهوم الحقوق الذهنية أو حقوق الملكية الفكرية، علما أن أهم ما يميز هذه الحقوق أنها ترد على أشياء معنوية من نتاج العقل البشري [أفكار محددة تتم ترجمتها إلى أشياء ملموسة]، كما يتضمن محتواها كافة الحقوق الناتجة من النشاط الفكري للإنسان من حقوق فنية أدبية، وصناعية تجارية⁴.

• دوافع ومراحل نشأة فكرة الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية:

نظرا للأهمية المتزايدة لحقوق الملكية الفكرية على مختلف الأصعدة، فمسألة تنظيم أحكامها وحمايتها لم تبق حكرا على التشريعات الوطنية لأن حماية الحقوق الفكرية وفقا لهذه الأخيرة يقتصر أثرها على إقليم الدولة، ومن أهم الأسباب التي أدت إلى بلورت هذه الفكرة على أرض الواقع هو ضرورة تشجيع الحماية الفعلية والملائمة لحماية حقوق الملكية الفكرية ومحاربة أيضا التقليد⁵، و قد مرت نشأتها بمراحل عديدة كانت عن طريق إبرام عدة اتفاقيات دولية وذلك لمنح مجال الحماية طابع دولي بحت، و نذكر من هذه الاتفاقيات اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية و التجارية لسنة 1883، ثم أعقبها اتفاقية برن للمصنفات الأدبية والفنية عام 1886⁶، كما تم الاهتمام بمجال العلامات التجارية لذا تم صدور في هذا الشأن اتفاق "ستراسبورغ" المتعلق بتصنيف الدولي للبضائع والخدمات لأغراض تسجيل العلامات سنة 1957، أما مجال براءات الاختراع قد عرف بدوره عدة اتفاقيات لتنظيم ذلك من أهمها اتفاقية التعاون الدولي بشأن البراءات عام 1970، وفي

2 – عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، العراق، الطبعة الثالثة، 2011، ص 259، 262.

3 – محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية [الحقوق العينية الأصلية – الحقوق العينية التبعية]، المكتبة القانونية، العراق، الجزء الأول، 2010، ص 20.

4 – محمد أحمد المعداوي، المرجع السابق، ص 20.

1 – نبيل ابراهيم سعد، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2010، ص 98.

2 – وسام نعمت إبراهيم السعدى، الأفق المستقبلية لمنظمة التجارة العالمية، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى، 2014، ص 161.

3 - أسامة المجذوب، الجات ومصر والبلدان العربية (من هافانا إلى مراكش 1947 – 1994)، الدار المصرية اللبنانية، مصر، الطبعة الثالثة، 2002، ص 143.

هذا الصدد يمكن ذكر أيضا النماذج الصناعية التي تم إيلاء أهمية لها على الصعيد الدولي حيث تجسدت في صياغة جنيف لاتفاق "لاهاي" بشأن التسجيل الدولي للرسوم والنماذج الصناعية عام 1999¹.

إن تزايد عدد الاتفاقيات الدولية المبرمة على صعيد حماية حقوق الملكية الفكرية، أسفر عنه التوصل إلى الاتفاقية الدولية لإنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية "WIPO" عام 1967، لتدخل حيز النفاذ عام 1970، ثم تتحول إلى إحدى الوكالات المتخصصة للأمم المتحدة عام 1994²، والغرض من إنشاء هذه المنظمة هو « دعم حماية الملكية الفكرية في جميع أنحاء العالم عن طريق التعاون بين الدول والتنسيق أيضا مع أي منظمة دولية أخرى حيثما كان ذلك ملائما »³.

لكن بعد ظهور المنظمة العالمية للتجارة، والتي أعطي لها مهمة تنمية التجارة الدولية لم تغض النظر عن مجال حقوق الملكية الفكرية، بل ورد في إطارها على شكل اتفاقية تمثلت في اتفاق جوانب الحقوق الفكرية المتصلة بالتجارة [التريبس] وفي هذا الصدد يجدر بنا الإشارة إلى أن هذا الاتفاق قد تم طرحه من قبل الولايات المتحدة الأمريكية لغايات تعديل اتفاقية الجات وكان ذلك في نهاية دورة طوكيو المتعلقة بخفض القيود الجمركية، وعلى هذا الأساس يمكن القول أن الولايات المتحدة الأمريكية لعبت دور مهم في وضع أسس حق الملكية الفكرية باعتبار أن هذه الأخيرة في القرن العشرين أصبحت هي المصدر لهذه الأعمال ولكافة دول العالم، لذا تزايد القلق الأمريكي من عمليات النسخ غير القانوني للأعمال الفكرية وبرامج الحاسبات⁴، لم يرق مقترح الولايات المتحدة الأمريكية للدول النامية، لكن بعد عام 1986 اتخذت مسألة حماية حقوق الملكية الفكرية شكلا جديدا تمثل في ارتباطها بالتجارة الدولية مما نتج عن هذا الأمر خسائر سنوية للولايات المتحدة الأمريكية من جراء التقليد والقرصنة، وقد اقتنعت الدول الأوروبية بحجة الولايات المتحدة الأمريكية وبالتالي فإن الأسباب التي أدت إلى نشأة "التريبس" هو ظهور صناعة التقليد والقرصنة خلال السبعينات والثمانينات في الدول المتقدمة⁵، فمقلدو البضائع لا يساهموا بنفقات البحث الأولية كذلك غياب الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في التشريعات الوطنية لدى الدول النامية، وعدم كفاية الاتفاقيات الدولية على تحقيق الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية وتنظيمها على المستوى الدولي وغياب الأسلوب الموحد لتسوية

4 – صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثالثة، 2011، ص 19.

1 – أسامة المجذوب، المرجع السابق، ص 144.

2 – المادة 03 من اتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية، مصادق عليها بتاريخ 1967/07/14، استوكهولم، معدلة بتاريخ 1979/09/28، منشور على الموقع الإلكتروني: http://www.wipo.int/treaties/ar/text.jsp?file_id=283805

تاريخ الاطلاع: 2017/04/22 بتوقيت 21:17.

3 – سفا سفيد هياناثان، حازم حسن صبيحي (العرض)، حق الملكية الفكرية [الإنجازات والتجاوزات]، المكتبة الأكاديمية، مصر، د.ط، 2004، ص 36.

4 – صلاح زين الدين، المرجع السابق، ص 124.

النزاعات المتعلقة بهذا المجال، كذلك ازدياد الأهمية الدولية لإدماج حقوق الملكية الفكرية في المجال التجاري الدولي وتنظيمه على مستوى جميع الدول في العالم خاصة التي تعدّ عضواً في المنظمة العالمية للتجارة. إنّ إدراك الولايات المتحدة الأمريكية لوضعها الاقتصادي المتراجع جعلها تتخذ هذا الاقتراح المتمثل في إنشاء اتفاقية جوانب الحقوق الفكرية المتصلة بالتجارة.

ثانياً: اتفاق التريبس وعلاقته بتحقيق التنمية الاقتصادية في الدول النامية

تجدد بنا الإشارة في هذا الصدد إلى أهم الحقوق المحمية في إطار اتفاقية التريبس، كذلك سوف نتناول أيضاً المزايا والسلبيات التي جاءت بها اتفاقية حقوق الملكية الفكرية في إطار المنظمة العالمية للتجارة ومدى تأثير ذلك على الدول النامية في مجال تحقيق التنمية الاقتصادية.

• أهم الحقوق المحمية في إطار اتفاق التريبس:

إن اتفاق التريبس عالج عدة جوانب متعلقة بإضفاء الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية، بما فيها الملكية الأدبية والفنية، والملكية الصناعية التجارية، غير أنه يجب التنويه على أن الملكية الفكرية وإن تعددت صورها ومفرداتها هناك عنصر هام يجمع بينها جميعاً، ويتعلق ذلك بالإبداع والابتكار الناتج عن ملكة العقل البشري¹.

(أ) - حقوق الملكية الأدبية الفنية:

نتيجة ظهور الإنتاج الفني، واختلاف الطرق المعبر عنها، هذا طبعاً بعد ظهور فن الطباعة بواسطة الحروف المتحركة، فظهرت صناعة الكتاب و أصبحت تمثل نشاطاً تجارياً، ومن هذا المنطلق توجّب إضفاء حماية قانونية في هذا المجال لذا عرفت عدة اتفاقيات دولية لمعالجة هذا الجانب، وأخيراً تم معالجته وفق اتفاقية التريبس من خلال الإشارة في المادة 01 الفقرة 02 بأن مصطلح الملكية الفكرية في هذه الاتفاقية يشمل جميع صور وأنواع حقوق الملكية الفكرية الواردة بالأقسام من 01 إلى 07 من الجزء الثاني من الاتفاقية².

كما أشرنا سابقاً بأن اتفاقية التريبس قامت بتقسيم نطاق الحماية لحقوق الملكية الفكرية إلى مجموعتين، المجموعة الأولى تتعلق بحقوق الملكية الأدبية الفنية، والثانية الملكية الصناعية والتجارية، أما الأولى فقد تم التطرق إليها في القسم الأول وذلك من خلال الإشارة إلى حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وقد وضحت أن «

1 - محمد سعد الرحاحلة، إيناس الخالدي، مقدمات في الملكية الفكرية، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2012، ص 34.

2 - أسماء مولاي، النظام الجمركي في ظل قانون التجارة الدولية، دار هومه، الجزائر، د.ط، 2013، ص 52.

الحماية القانونية لحقوق المؤلف سريانها يكون على الإبداع أو النتاج، وليس الأفكار أو الإجراءات أو أساليب العمل أو المفاهيم الرياضية¹، أي أنه من غير الممكن إضفاء هذه الحماية على فكرة لم ترسخ على أرض الواقع ولم تصل إلى مرحلة الإبداع والاستعمال، كما أن اتفاقية التريبس لا تلغي الاتفاقيات الدولية القائمة في شأن الملكية الفكرية بل تحيل إليها معظم القواعد الموضوعية وقد نصت على ذلك صراحة في المادة 09 فقرتها الأولى التي تلزم الدول الأعضاء بتنفيذ الأحكام المنصوص عليها في المواد من 01 إلى 25 من اتفاقية برن سنة 1886 المعدلة سنة 1979، وهذا فيما يتعلق بحقوق المؤلف².

بالإضافة إلى ذلك ارتأت اتفاقية التريبس أن برامج الحاسب الآلي تصنّف على أنها أعمالاً أدبية، لذا شملتها الحماية القانونية، كذلك البيانات المجمعة أو المواد الأخرى إذا كانت تشكل إبداعاً فكرياً فهي أيضاً تتمتع بالحماية القانونية، كذلك الأعمال السينمائية، والخطب والمحاضرات، والمصنّفات الموسيقية، حيث أن الدول الأعضاء تلتزم بموجب الاتفاقية بمنح المؤلفين وخلفائهم حق إجازة أو حضر تأجير أعمالهم الأصلية المتمتعة بحقوق الطبع أو النسخ المنتجة عنها تأجيراً تجارياً للجمهور، وقد منحت فترة حماية لا تقل عن خمسين (50) سنة من نهاية سنة النشر، وفي غضون 50 سنة اعتباراً من إنتاج العمل المعني أي من نهاية السنة التقويمية التي تمّ فيها إنتاجه³، وهذا طبعاً جاء متوافقاً مع اتفاقية برن، وقد شملت الحماية القانونية أيضاً كل من المؤدين ومنتجي التسجيلات الصوتية أو البث على الهواء لتسجيلاتهم دون الحصول على إذن منهم حيث تراوحت مدة الحماية القانونية 50 سنة على الأقل، كذلك تسجيل البرامج الإذاعية وإعادة البث عبر وسائل البث اللاسلكي فهي لا تقل مدة الحماية عن 20 سنة⁴. هذا فيما يتعلق بجانب الملكية الأدبية والفنية حيث نلاحظ مما تطرقنا إليه أن اتفاقية التريبس جمعت كل الاتفاقيات التي تناولت جانب الحماية القانونية لهذا المجال مع إضافة جملة من التعديلات والتأويلات.

1 – المادة 09 فقرة 02 [القسم الأول، الجزء الثاني] من اتفاقية التريبس 1994، منشور على الرابط:

[https://www.nlk.gov.kw/Upload/Bibligra/Trips\(1\)831201621700PM.pdf](https://www.nlk.gov.kw/Upload/Bibligra/Trips(1)831201621700PM.pdf)

تاريخ الاطلاع: 2016/01/16 بتوقيت 10:48.

2 – المرجع نفسه.

3 – عاطف السيد، الجات والعالم الثالث، مجموعة النيل العربية، مصر، الطبعة الأولى، 2002، ص 79، 80.

4 – المادة 14 من اتفاقية التريبس 1994.

ب) - حقوق الملكية الصناعيّة و التجاريّة:

يرد حق الملكية الصناعيّة على منقول معنوي أو مبتكرات جديدة كالاختراعات ونماذج المنفعة إلى غير ذلك، ومخططات التقسيمات للدوائر المتكاملة والأسرار التجاريّة غير المعلن عنها والتصميمات والنماذج الصناعيّة إضافة إلى الإشارات التي تميز خدمة ما كالعلامة التجاريّة والمؤشرات الجغرافية¹.

❖ العلامات الصناعيّة أو التجاريّة:

حسب ما جاء في اتفاقية التريبس في قسمها الثاني [المادة 15]، أن أي علامة أو مجموعة علامات من شأنها أن تعطي ميزة لسلعة أو خدمة تنتجها منشأة ما عن تلك التي تنتجها المنشآت الأخرى صالحة لأن تكون علامة تجاريّة²، ومعنى ذلك أنها ترتبط بكلمات أو رموز لمنتج ما قصد التعرف على مصدر الإنتاج، وهذا ما يحقق تسهيلات في عملية إضفاء الحماية القانونيّة للعلامة التجاريّة أو الصناعيّة باعتبارها فكرة تجسدت على أرض الواقع، وللمالك الأصلي الحق في استغلالها والتصرف فيها³.

إنّ مالك العلامة التجاريّة كما ورد أنفا يتمتع بالحق الاستثنائي أي يجوز له منع أي شخص من الانتفاع بإشارات أو علامة مشابهة بالنسبة إلى سلع وخدمات مماثلة متى كان هذا الانتفاع فيه لبس، وتوفر اتفاقية التريبس في هذا الشأن الحماية لمدة 07 سنوات بدءاً من أول تاريخ لتسجيلها ومن تاريخ كل تجديد للتسجيل إلى أجل غير مسّى تبعاً لما جاء في نص المادة 18 من الاتفاقية⁴.

1 - محمد سعد الرحاحلة، إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص 38.

2 - المادة 15 من اتفاقية التريبس 1994.

3 - عبد السلام مخلوفي، اتفاقية حماية حقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة [TRIPS]: أداة لحماية التكنولوجيا أم لاحتكارها؟، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي (الشلف)، الجزائر، عدد 03، 2005، ص 120.

4 - محمد طويان أونغون، اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية وانعكاساتها على البلدان النامية، مجلة التعاون الاقتصادي بين الدول الإسلاميّة، منظمة التعاون الإسلامي (مركز الأبحاث الإحصائيّة والاقتصاديّة والاجتماعيّة والتدريب للدول الإسلاميّة)، تركيا، 2002، ص 115. الرابط: http://www.sesric.org/jecd/jecd_articles/ART02020104-2.pdf

تاريخ الاطلاع: 2015/09/04 بتوقيت 09:20.

❖ المؤشرات الجغرافية:

إنّ المؤشرات الجغرافية المقصود بها تحديد منشأ سلعة ما في إقليم بلد عضو، أو في منطقة أو مكان موقع تلك الأراضي حيث تكون النوعية أو السمات الأخرى لهذه السلعة راجعة بصورة أساسية إلى منشئها الجغرافي¹، مثل (العنب اليميني أو البن اليميني - موكا كوفي - كذلك القطن المصري)².

قد وفرت اتفاقية التريبس في هذا الشأن الحماية القانونية من خلال ما أوردهته المادة 22 فقرة 02 حيث ألزمت الدول الأعضاء بعدم استخدام الأعمال المضللة أي استخدام وسيلة في تسمية أو عرض سلعة ما توهي بأن تلك السلعة نشأت في منطقة جغرافية غير المنشأ الحقيقي قصد تضليل الجمهور المستهلك للسلعة، لأن ذلك يسبب ضرراً للبلد المنشأ، ويعرقل من انسياب سلعته في السوق (التجارة غير المشروعة)³، كذلك منعت الاتفاقية كل شكل من أشكال المنافسة غير المنصفة، وذلك من منطلق معاهدة باريس [المادة 10 مكرر] حيث « تلزم دول الاتحاد بأن تكفل لرعايا دول الاتحاد الأخرى حماية فعالة ضد المنافسة غير المشروعة »⁴، وفي هذا الصدد نلاحظ أن هناك إحالة من اتفاقية التريبس إلى معاهدة باريس الخاصة بالملكية الصناعية.

❖ الرّسوم و النّماذج الصناعية:

الرّسم أو التّصميم الصّناعي هو تركيب أو تنسيق للخطوط، يتم بواسطته تحديد الشّكل النهائي للمنتج ذاته أو الغلاف⁵، بمعنى أن كل تجسيد للخطوط بشكل فني يضفي على سلعة أو منتج رونقاً يلفت انتباه المستهلك ويعطي تلك الخاصية أو الاستثناء لتلك السلعة مثلاً: [نموذج قارورة كوكاكولا]، أما مدة الحماية القانونية فقد تراوحت بين 10 سنوات على الأقل⁶.

1 - لمحة عامة: اتفاق التريبس [Overview: the TRIPS Agreement]، على موقع منظمة التجارة العالمية:

https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel2_e.htm

تاريخ الاطلاع: 2017/05/02 بتوقيت 23:04.

2 - حميد محمد علي الربيعي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2011، ص 245.

3 - المادة 22 فقرة 02 من اتفاقية التريبس 1994.

4 - اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، المصادق عليها بتاريخ 1883/03/20، المعدلة في 1967/07/14، منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية [WIPO]، جنيف 1997، ص 22. الرابط:

http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/ar/paris/trt_paris_001ar.pdf

تاريخ الاطلاع: 2017/04/24 بتوقيت 13:59.

5 - شيروان هادي إسماعيل، التدابير الحدودية لحماية الملكية الفكرية، دار دجلة للنشر والتوزيع، الأردن، د.ط، 2010، ص 29.

1 - المادة 26 فقرة 03 من اتفاقية التريبس 1994.

❖ براءات الاختراع:

لقد وردت براءات الاختراع في نص المادة 27 من الاتفاقية، القسم الخامس، لكن قبل الإشارة إلى براءة الاختراع لابد من التطرق أولاً إلى المعنى الحقيقي لمصطلح الاختراع، الذي هو إعطاء حل جديد لمشكل تقني معين، أما براءة الاختراع فهي الشهادة أو الصك (السند القانوني) الذي تمنحه الدولة لشخص معين استطاع بعقله المبدع أن يحول أفكاره النظرية إلى مخترعات علمية محسوسة (على أرض الواقع)¹، كذلك يمكن القول أن براءة الاختراع نظام يقصد به مجموعة الإجراءات القانونية التي تحمي المبتكر لتضمن مصالحه عندما يأتي بجديد (شرط الجودة)²، وكما ورد أنفاً أن اتفاقية التريبس، لما تناولت براءة الاختراع في نص المادة 27 أخضعها لعدة شروط تتمثل في الجودة والقابلية للتصنيع، وعدم التنافي مع الآداب العامة³، كما تعطي لصاحبها حرية التصرف في اختراعه باعتباره مالكا للحقوق "له الحرية في نقل البراءة أو منحها عن طريق التعاقد".

تعتبر أحكام اتفاقية التريبس ضمان للحماية الكاملة للملكية الفكرية ومن بينها حق براءة الأدوية⁴، وذلك في إطار الدور الذي تلعبه التكنولوجيا الطبية في الصحة العامة وتماشيا مع الإعلان الصادر بشأن اتفاق التريبس والصحة العامة [إعلان الدوحة 2001] الذي أقرّ بضرورة الاهتمام بالصحة العامة بخاصة في البلدان النامية والبلدان الأقل نمواً التي تعاني من مشاكل تتسم بالخطورة [كفيروس نقص المناعة البشرية/الإيدز] والمالاريا والسل والأوبئة الأخرى، وعلى هذا الأساس برزت الحاجة إلى أن يكون اتفاق التريبس جزءاً من نشاط وطني ودولي أوسع نطاقاً لمواجهة هذه المشاكل⁵.

استثنت اتفاقية التريبس في قابلية الحصول على براءة الاختراع كل من طرق التشخيص والعلاج، الجراحة اللازمة لمعالجة البشر والحيوانات، كذلك الطرق البيولوجية لإنتاج النباتات أو الحيوانات⁶، أما مدة الحماية القانونية فتراوحت بين 20 سنة على الأقل وذلك من تاريخ التقدم للحصول على براءة الاختراع⁷.

2 - BEKENICHE otmane, L'Algérie, le GATT et l'OMC, l'office des publication universitaire, Oran, l'Algérie. P. 81 -82.

3 - سعيد أوكيل، الابتكار التكنولوجي لتحقيق التنمية المستدامة وتعزيز التنافسية، العبيكان للنشر، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2011، ص 208.

4 - أسماء مولاي، المرجع السابق، ص 55.

5 - حساني علي، براءة الاختراع اكتسابها وحمايتها القانونية، مذكرة نيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد (تلمسان)، الجزائر، 2006، ص 110.

6 - منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية، تعزيز النفاذ إلى التكنولوجيا والابتكارات الطبية "المجالات المشتركة بين الصحة العامة والملكية الفكرية والتجارة"، جنيف 2012، وثيقة رقم: 628 A، ص 18. الرابط:

http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ar/global_challenges/628/wipo_pub_628.pdf

تاريخ الاطلاع: 2017/05/03 بتوقيت 09:07.

1 - المادة 27 فقرة 03 من اتفاق التريبس 1994.

2 - بن زغوية محمد، النظام التجاري الدولي وحقوق الدول النامية، دار النعمان للطباعة والنشر، الجزائر، د.ط، 2013، ص 106.

❖ التصميمات التخطيطية (الرسوم الطبوغرافية) للدوائر المتكاملة:

لقد أدرجت اتفاقية التريبس في محتواها ما يتعلق بالتصميمات التخطيطية للدوائر المتكاملة بالاستناد على مضمون "معاهدة واشنطن" التي تم اعتمادها عام 1989¹، حيث تم تحديد فترة الحماية القانونية في اتفاقية التريبس لمدة لا تقل عن 10 سنوات.

❖ الأسرار التجارية غير المعلن عنها:

تم إثارة هذا الجانب في القسم السابع، المادة 39، والتي تعتبر المعلومات والمعارف السرية ذات الطابع التجاري لا بد لها من الحماية القانونية وعلى الدول الأعضاء الالتزام بذلك حيث أن الغرض من هذا وقايتها من خطر المنافسة غير المنصفة².

• الدور الإيجابي والسلي لاتفاق التريبس تجاه اقتصاديات الدول النامية

إن الهدف الأسسى لاتفاق الجوانب المتصلة بالتجارة لحقوق الملكية الفكرية في ضمان حد أدنى من الحماية الفعلية لحقوق الملكية الفكرية في كل الدول الأعضاء في المنظمة العالمية للتجارة³، وعلى هذا المنوال أعطت اتفاقية التريبس اعتبارا للدول النامية، حيث أن هذه الأخيرة كانت معارضة لفكرة إدخال قضية حقوق الملكية الفكرية في جولة الأوروغواي حيث عللت بكفاية المنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية «Wipo» في إدارة الاتفاقيات، والمعاهدات الدولية المتعلقة بالملكية الفكرية.

في هذا الصدد منحت الدول النامية والبلدان الأقل نموا فترة انتقالية مدتها خمس سنوات (05)، وعشر سنوات (10) بالنسبة للدول الأقل نموا، وقد جاء ذلك صريحا في نص المادة 66 من اتفاقية التريبس، «.... حيث يجوز تمديد هذه الفترة كلما استدعت الضرورة و بطلب منها (الدول النامية)»⁴.

لقد تضمن اتفاق التريبس في محتواه العديد من الاستثناءات التي اعتبرتها الدول النامية والبلدان الأقل نموا أنها تعود بالإيجاب على التنمية بشكل عام في هذه الدول، حيث تحصلت في مجلس منظمة التجارة العالمية المسؤول عن حقوق الملكية الفكرية بتمديد فترة تأجيل تنفيذ الاتفاقية للبلدان الأقل نموا حتى الأول من يناير

3 - معاهدة واشنطن بشأن الملكية الفكرية فيما يتعلق بالدوائر المتكاملة، واشنطن 1989/05/26. الرابط:

http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/washington/trt_washington_001en.pdf

تاريخ الاطلاع: 2017/04/24 بتوقيت 23:28.

4 - BEKENICHE otmane, l'Algérie, le GATT et l'OMC, op. cit.p.83.

5 - أسماء مولاي، المرجع السابق، ص 58.

1 - المادة 66 فقرة 01 من اتفاق التريبس 1994.

سنة 2002 فيما يتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية وبراءة الاختراع¹، لكن بطلب من هذه الدول وافق مجلس منظمة التجارة العالمية الذي يدير الجوانب المتصلة بحقوق الملكية الفكرية على قرار تمديد إضافي يصل إلى سنة 2016²، والهدف من هذا التمديد هو مساعدة الدول النامية والبلدان الأقل نمواً في تشريعاتها الوطنية فيما يتعلق بمجال حقوق الملكية الفكرية بوتيرة تتلاءم مع ما جاء في محتوى التريبس، أما الدول النامية التي ليست عضواً في منظمة التجارة العالمية لكن لها إرادة الانضمام مستقبلاً لابد أن تتفاوض مع الدول الأعضاء في المنظمة حول نصوص اتفاقية التريبس وهذا طبعاً في إطار التقييد باتفاقيات منظمة التجارة العالمية.

إن من مزايا إضفاء الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية (اتفاق التريبس)، تعزيز الابتكار سواء في الدول المتقدمة أو الدول النامية بخاصة في مجال الصحة العامة، وعلى هذا الأساس عقدت منظمة الصحة العالمية اجتماعاً حول حقوق الملكية الفكرية تؤكد فيه ضرورة تعزيز ابتكار اللقاحات في أسواق الدول النامية، لذا تم التشاور حول إعداد لنقل التكنولوجيا في هذا المجال³، وهذا يندرج ضمن محتوى الوثيقة المستقلة لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة لحقوق الملكية الفكرية والصحة العامة، حيث نصت صراحة على حق الدول النامية في: « اللجوء إلى كافة الطرق لمواجهة أساليب الصحة العامة بما في ذلك الترخيص الإجباري لشركات الدواء الذي يضمن حصول المواطنين على الدواء بأقل تكلفة »⁴.

الغرض من اتفاقية التريبس بشكل عام هو ضمان الطمأنينة لدى المبدع في عدم التعدي على حقوقه داخل وخارج بلده، كما أن مضمون هذه الاتفاقية يعتبر قاعدة قانونية تعتمد عليها منظمة التجارة العالمية في معالجة مجال الملكية الفكرية وربطه بالتجارة مما يساهم ذلك في تحقيق التنمية، بخاصة لدى الدول النامية من خلال إعطائها اعتبارات عن طريق تخصيص استثناءات تتلاءم مع أسواق البلدان النامية والدول الأقل نمواً، لكن نرى أن هذه الاتفاقية قد خرجت عن إطارها المسطر، والذي كان معمولاً به من قبل بوجود المنظمة العالمية للملكية الفكرية (wipo) والتي كانت هي المخولة الوحيدة بالنهوض بالنشاط الفكري والإبداعي ودفع عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية لدول الجنوب، وهذا من خلال تيسير نقل التكنولوجيا لما تمثله من عامل حاسم ومهم في تطوير العلاقات الاقتصادية الدولية، وتبيني وجهة نظر دول الجنوب في الدفاع عن مصالحها،

2 - رمزي محمود، منظمة التجارة العالمية، دار الفكر الجامعي، مصر، د.ط، د.س.ن، ص 86.

3 - بن زغبيوة محمد، المرجع السابق، ص 108.

4 - جولي ميليبستيان، ميلود كدار، ملخص مقال حول "إدارة تأثير الاتفاقية المتعلقة بالجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية على توافر اللقاحات ذات الأولوية"، منشورات مجلة منظمة الصحة العالمية، على الموقع الإلكتروني:

<http://www.who.int/bulletin/volumes/84/5/milstien0506abstract/ar/>

تاريخ الاطلاع: 2017/04/26 بتوقيت 16:12.

1 - سباع خميسي، أثر تحرير التجارة العالمية على التنمية المستدامة في الدول العربية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير (جامعة الجزائر 3)، الجزائر، 2013، ص 64.

وامتداد لما تقوم به "الاونكتاد مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية"¹. وتعمل كل من منظمة الويبو والاونكتاد على دعم دول الجنوب وتنميتها، والدفاع عن مصالحها في مجال تنظيم التجارة الدولية أو مجال حماية الملكية الفكرية، لكن كان من المتوقع أن تكون اتفاقية التريبس امتداد لهذه المنظمة الدولية إلا أن هذه الاتفاقية جعلت حماية الملكية الفكرية مرهونا بمجال الأعمال الدولية، وتحقيق الهدف الأسمى تحرير التجارة العالمية، فبالرغم من الاستثناءات الموجودة في اتفاقية التريبس التي تخدم نوعا ما الدول النامية والبلدان الأقل نموا إلا أنه لا يمكنها القضاء على السلبيات التي ظهرت جراء الاهتمام فقط بتحرير التجارة الدولية وتسهيل انسيابها بين الدول دون الوقوف على اعتبارات أخرى في هذا المجال، وبالتالي ألزمت الدول النامية بالقيام بحزمة التعديلات التشريعية في مجال حماية الملكية الفكرية، وهذا من أجل خلق الملاءمة بين ما جاء في اتفاقية التريبس وتشريعاتها الداخلية.

نلاحظ أن هذه الاتفاقية قد أفرغت من الجانب الإنساني خاصة الفكري، وذلك بسبب جملة من التعديلات التي أضيفت على اتفاقية التريبس، كذلك ربط حقوق الملكية الفكرية بتحرير التجارة الدولية، التي تعتمد بالأساس على روح المنافسة بين الدول والتي لها دافع ربحي فقط، وفي هذا الصدد يجدر بنا الإشارة إلى جملة من السلبيات تتخلل اتفاقية التريبس والتي حالت دون تحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة لدى دول الجنوب حيث تتلخص فيما يلي:

- إنّ إلزام الدول المتقدمة بناء على نصوص اتفاق التريبس على مساعدة الدول النامية والبلدان الأقل نموا، فنيا وماليا عن طريق المساهمة في إعداد القوانين واللوائح التنظيمية الخاصة بحماية حقوق الملكية الفكرية، أمر إيجابي لكن يعود بالسلب في نفس الوقت باعتبار أن إتاحة الفرصة للدول المتقدمة في صياغة هذه القوانين والتشريعات لدى دول الجنوب تدخّلا ملموسا من شأنه أن يستخدم في ممارسة الضغوطات على هذه الدول، مع صياغة أحكام في مجال الملكية الفكرية تخدم في المقام الأول مصالح الدول المتقدمة².

- ارتفاع أسعار التكنولوجيا وحقوق براءة الاختراع الناتج عن احتكار الدول المتقدمة لها وسعي هذه الأخيرة لحمايتها بنصوص دولية، مع ضعف حجم الإنفاق في الدول النامية والبلدان الأقل نموا على مجال البحث العلمي جعلها غير قادرة على تجسيد اختراعاتها وابتكاراتها إلى أدوات قابلة للتطبيق كسلعة أو خدمة وهذا ما يشكل نوعا من العبء على موازين المدفوعات في دول الجنوب وزيادة تكاليف إنتاج السلع الزراعية والصناعية ممّا يضعف المنافسة في السوق الدولية³، وعليه يمكن القول أن الارتفاع الذي تشهده التكنولوجيا ومختلف

2 - هيفاء عبد الرحمن ياسين التكريتي، آليات العولمة الاقتصادية وآثارها المستقبلية في الاقتصاد العربي، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2010، ص 444.

1 - أسامة المجذوب، المرجع السابق، ص 170.

2 - عبد السلام مخلوفي، المرجع السابق، ص 127.

الابداعات الناتجة عن الفكر الإنساني والمجسدة على أرض الواقع من شأنها أن تعرقل انسياب التجارة على الصعيد الدولي وهذا أمر ينافي الهدف المنشود من طرف منظمة التجارة العالمية [تحرير التجارة الدولية].

- إن تشديد إجراءات الحماية الفكرية بخاصة من ناحية المدة المنصوص عليها (براءة الاختراع) على سبيل المثال تقدر بعشرين سنة من شأنها أن تعود سلبيًا على الدول النامية حيث تحرم من دخول منتجات و سلع متطورة التي تعتبر السبيل الوحيد في دفع عجلة التنمية في الدول النامية والبلدان الأقل نموًا مع العلم أن أكثر من 80٪ من إجمالي براءات الاختراع المطبقة في العالم الثالث تملكها أجانِب ممثلة في الشركات متعددة الجنسية¹.

- الإشارة إلى حق الترخيص الإلزامي في اتفاقية التريبس كاستثناء لفائدة الدول النامية والبلدان الأقل نموًا، يساهم بشكل فعلي في سدّ احتياجات هذه الدول، لكن عمليًا يلقي تطبيقه العديد من الصعوبات بسبب الضغوطات التي تفرضها الشركات العالمية على مختلف الأصعدة، فعلى سبيل المثال محاولة جنوب أفريقيا في تحديثها لمرض "الايديز" تطبيق حق الترخيص الإلزامي بخصوص الأدوية، والتي قابلها نزاع أقامته الشركات العالمية ضد جنوب أفريقيا عن طريق اتهامها بالسرقة حيث امتد النزاع لفترات بينما عدد الوفيات كان في تزايد ملحوظ آنذاك².

وبناء على ما تقدم يمكن أن نلاحظ أن مضمون اتفاق التريبس يساهم بشكل ما في حرمان دول الجنوب من حقها في الحصول على التقنية المتطورة أو على الأقل يعمق الفجوة بينها وبين دول الشمال، حيث أن احتكار المنتج النهائي لهذه الأخيرة وبيعه في صورة سلع، وخدمات يؤدي إلى انتقال أموال العالم النامي إلى العالم المتقدم، وعليه يمكن القول أن هذه الاتفاقية بها شوائب من شأنها أن تكون عائقًا أمام تحقيق الهدف المنشود لها، وهو تحرير التجارة العالمية والقضاء على معوقاتها وفي الأخير تحقيق التنمية والتطور والرّفاه الاقتصادي.

خاتمة:

إنّ إضفاء الحماية القانونية على الملكية الفكرية، وتوحيد هذه الحماية على الصعيد الدولي في شكل اتفاقية التريبس وذلك طبعًا في إطار منظمة التجارة العالمية، أمر كان لا بد منه حيث تم وضع هذه الاتفاقية على أساس الاعتراف بأن قيمة السلع والخدمات يعتمد على الإبداع الفكري الناتج عن ملكة العقل البشري - [الخبرة والمعرفة الفنية]-، كما وضعت هذه الاتفاقية الحد الأدنى من المقاييس الدولية لحماية المعرفة العلمية، حماية

3 - رضا عبد الجبار الشمري، أياد عبد علي سلمان الشمري، آثار منظمة التجارة العالمية WTO على الدول المنضمة إليها، مجلة آداب الكوفة، جامعة الكوفة [العراق]، المجلد 01، العدد 10، 2011، ص 92.

1 - مصطفى محمد عز العرب، محمد رؤوف حامد وآخرون، مستقبل اتفاقية حقوق الملكية الفكرية (في ضوء بعض اتجاهات المعارضة على المستوى العالمي)، مركز بحوث ودراسات التجارة الخارجية، مصر، د.ط، 2001، ص 58.

حقوق الطبع والنشر والعلامات التجارية والبيانات الجغرافية، والتصاميم الصنّاعية وحقوق براءة الاختراع¹، من هذا المنطلق يمكن القول أن اتفاق الجوانب المتصلة بالتجارة لحقوق الملكية الفكرية قد تم إدراجه في مجال التجارة الدولية من أجل إعطاء اهتمام كبير بنوع السلع، والخدمات المقدمة وتطويرها نحو الأحسن، مع خلق نوع من التنافسية بين الدول بخاصة التي هي عضو في الاتفاقية، وفي النهاية تحقيق الهدف المنشود نظام تجاري دولي يقوم على أساس التطور التكنولوجي والمعرفي، وهذا بالطبع عامل أساسي لتحقيق التنمية الاقتصادية خاصة لدى الدول النامية، لكن ما عالجنه في دراستنا التي كانت محل النقاش تبين أن ما جاء في مضمون اتفاقية التريبس قد يجزّد مجال الإبداع من طابعه الفكري الخالص، ويصبح الإبداع حكرا في يد بعض الدول المصنعة.

وبناء على ما سبق ذكره، يمكن تلخيص عدة نتائج أهمها ما يلي:

- إن اتفاقية التريبس من حيث مضمونها جاءت لإضفاء الحماية القانونية لمجال الملكية الفكرية، وهذا بالطبع على الصعيد الدولي في إطار منظمة التجارة العالمية.
- تحقيق الرقي والرفاه الاقتصادي مرهون بإعطاء اهتمام كبير بمجال الإبداع والمعرفة العلمية حيث أن هذا الأخير يساهم في تحقيق التطور العلمي والتكنولوجي وهو ما تسعى إليه اتفاقية التريبس.
- إنّ مضمون اتفاق التريبس يحفّز الدول النامية على الاهتمام بمجال الإبداع الفكري في شتى المجالات، وهذا من أجل تحقيق مستوى رفيع في نوعية السلع والخدمات المقدمة.
- قد اتضح أثناء دراسة الموضوع أن هذه الاتفاقية قد أحالتنا باستمرار إلى بعض النصوص الواردة في ملحق اتفاقيات أخرى لها صلة بمجال حقوق الملكية الفكرية.
- منحت الاتفاقية أيضا للدول النامية الحق في فرض نظام ضبط أسعار الدواء في إطار الحق في حماية الصحة العامة (جواز تطبيق نظام التراخيص الإيجابي).
- لقد تبين أيضا أن اتفاقية التريبس لها بعض الشوائب التي تعتبر حاجزا أمام تحقيق أهدافها المنشودة، ولعل أهمها تحرير التجارة العالمية في مجال الملكية الفكرية، وهذا واضح في نصوص الاتفاقية التي كرّست لاحتكار صاحب البراءة لحقوق استيراد المنتج موضوع الحماية.

- إن إطالة حياة براءة الاختراع - (إطلاق يد صاحب براءة الاختراع من خلال توسيع مفهوم الحماية ليشمل طريقة الإنتاج والمنتج النهائي)، مما يقوّي مراكز الإنتاج الذي بدوره يؤدي إلى استنزاف أموال الدول النامية وانتقالها إلى الدول المتقدمة.
- بالنظر إلى ما جاء في اتفاق التريبس من نصوص يمكن الملاحظة بأنها محاولة من طرف الدول المتقدمة لأجل حماية ابتكاراتها واختراعاتها العلمية بدون أخذ الدول النامية والبلدان الأقل نمواً بعين الاعتبار على الرغم من الاستثناءات الموجودة في نص الاتفاقية التي تبين على أنها في خدمة صالح هذه الدول لكن في الحقيقة ربط مجال الملكية الفكرية بعالم الأعمال ساهم في حرمان الدول النامية من حقها في الحصول على التقنية المتطورة أو على الأقل ترفع من تكاليف الحصول عليها، وهذا يعمق الفجوة بين دول الشمال ودول الجنوب.
- الخضوع لاتفاقية التريبس من خلال القيام بتعديلات في المنظومة التشريعية الوطنية بحقوق الملكية الفكرية، بمعنى وجوب الالتزام بالملاءمة وهذا ما يعتبره الكثير من الدول النامية انتهاكاً للسيادة الوطنية.
- من خلال النتائج المتوصل إليها من الملاحظ أن اتفاقية التريبس لها دور إيجابي في سبيل تحقيق التنمية في شتى المجالات خاصة التنمية الاقتصادية إلا أن هذا لا يجعلها تخلو من بعض السلبيات التي تعيق تحقيق الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية، كذلك تعتبر حاجز أمام تحرير التجارة الخارجية في المجال الفكري والإبداعي.
- وفي هذا الصدد وجب تدعيم هذا الموضوع محل النقاش ببعض التوصيات والاقتراحات التي من الممكن أن تعتبر علاجاً لبعض السلبيات والحل الأمثل من أجل تحقيق الأهداف المنشودة لاتفاقية التريبس وهي كالتالي:
- العمل على جعل اتفاقية التريبس تحذو بحذو جلّ الاتفاقيات التي سبقتها بدءاً باتفاقية باريس وآخرها منظمة الويبو، التي لم تجرّد مجال الملكية الفكرية أثناء حمايتها له، من كيانه الأصيل والمتمثل في تقدير الإبداع الفكري الناتج عن ملكة العقل وعدم ربطه بالأناية التجارية الربحية، بل يجب أن تكون اتفاقية التريبس تخدم مصالح جلّ الدول سواء كانت مصنّعة أو دول نامية.
 - تغيير فترة الحماية الممنوحة للبراءات بحسب نوع المنتج [إعادة النظر فيما يتعلق بإطلاق يد صاحب براءة الاختراع].
 - اتفاقية التريبس يجب أن تدعم من خلال نصوصها تحقيق التطور العلمي والتكنولوجي في الدول النامية وذلك بمنحها امتيازات في مضمون الاتفاقية، وهذا لا يأتي إلا بوضع استثناءات تأخذ بعين الاعتبار التصنيف الاقتصادي لكل الدول النامية التي هي عضو في اتفاقية التريبس، وهذا يخدم مصالح الدول

التي لها نية الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية وذلك بصفة أن التريبس من اتفاقياتها وتكمن الخدمة في إعطاء الثقة أكثر في هذه المنظمة الدولية ذات الطابع التجاري.

■ عدم الضغط على الدول التي تحت غطاء اتفاقية التريبس بالقيام بتعديلات تشريعية تتعارض مع مصالحها لأن ذلك يفقد اتفاقية التريبس من مصداقيتها لدى هذه الدول، ممّا يجعلها تعتبر هذا الأمر تدخّلاً في سيادتها الوطنية.

■ يجب على الدول الأعضاء في الاتفاقية أن تعمل جاهدة على مواكبة هذه الاتفاقية من حيث مضمونها، و هذا باعتبارها من الاتفاقيات التي نتجت عن منظمة التجارة العالمية، وهذا بالالتزام بأحكامها العامة مع العمل على التفاوض حول القضايا التي تتعارض مع مصالحها من أجل الحصول على الاستثناءات.

قائمة المراجع:

❖ الكتب:

- 1 - أسامة المجدوب، الجات ومصر والبلدان العربية (من هافانا إلى مراكش 1947 – 1994)، الدار المصرية اللبنانية، مصر، الطبعة الثالثة، 2002.
- 2 - أسماء مولاي، النظام الجمركي في ظل قانون التجارة الدولية، دار هومه، الجزائر، د.ط، 2013.
- 3 - بن زغوية محمد، النظام التجاري الدولي وحقوق الدول النامية، دار النعمان للطباعة والنشر، الجزائر، د.ط، 2013.
- 4 - حميد محمد على اللهي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2011.
- 5 - رمزي محمود، منظمة التجارة العالمية، دار الفكر الجامعي، مصر، د.ط، د.س.ن.
- 6 - سعيد أوكيل، الابتكار التكنولوجي لتحقيق التنمية المستدامة وتعزيز التنافسية، العبيكان للنشر، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2011.
- 7 - سفا سفيد هياناثان، حازم حسن صبيح (العرض)، حق الملكية الفكرية [الإنجازات والتجاوزات]، المكتبة الأكاديمية، مصر، د.ط، 2004.

- 8 - شيروان هادي إسماعيل، التدابير الحدودية لحماية الملكية الفكرية، دار دجلة للنشر والتوزيع، الأردن، د.ط، 2010.
- صلاح زين الدين، المدخل إلى الملكية الفكرية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثالثة، 2011.
- 9 - عاطف السيد، الجات والعالم الثالث، مجموعة النيل العربية، مصر، الطبعة الأولى، 2002.
- 10 - عبد الباقي البكري، زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، العراق، الطبعة الثالثة، 2011.
- 11 - عبد المطلب عبد الحميد، الجات وآليات منظمة التجارة العالمية، الدار الجامعية، مصر، د.ط، 2005.
- 12 - محمد سعد الرحاحلة، إيناس الخالدي، مقدمات في الملكية الفكرية، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2012.
- 13 - محمد طه البشير، غني حسون طه، الحقوق العينية [الحقوق العينية الأصلية – الحقوق العينية التبعية]، المكتبة القانونية، العراق، الجزء الأول، 2010.
- 14 - مصطفى محمد عز العرب، محمد رؤوف حامد وآخرون، مستقبل اتفاقية حقوق الملكية الفكرية (في ضوء بعض اتجاهات المعارضة على المستوى العالمي)، مركز بحوث ودراسات التجارة الخارجية، مصر، د.ط، 2001.
- 15 - نبيل ابراهيم سعد، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2010.
- 16 - هيفاء عبد الرحمن ياسين التكريتي، آليات العولمة الاقتصادية (وأثارها المستقبلية في الاقتصاد العربي)، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2010.
- 17 - وسام نعمت إبراهيم السعدى، الأفاق المستقبلية لمنظمة التجارة العالمية، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى، 2014.
- ❖ المجالات:
- 1 - رضا عبد علي سلمان الشمري، آثار منظمة التجارة العالمية WTO على الدول المنضمة إليها، مجلة آداب الكوفة، جامعة الكوفة [العراق]، المجلد 01، العدد 10، 2011.

2 - عبد السلام مخلوفي، اتفاقية حماية حقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالتجارة [TRIPS]: أداة لحماية التكنولوجيا أم لاحتكارها؟، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي (الشلف)، الجزائر، عدد 03، 2005.

❖ الأطروحات والرسائل:

1 - حساني علي، براءة الاختراع اكتسابها وحمايتها القانونية، مذكرة نيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد (تلمسان)، الجزائر، 2006، الرابط:

[file:///D:/Nouveau%20dossier%20\(3\)/archive_the873395.pdf](file:///D:/Nouveau%20dossier%20(3)/archive_the873395.pdf)

2 - سباع خميسي، أثر تحرير التجارة العالمية على التنمية المستدامة في الدول العربية، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر 3، الجزائر، 2013. على الرابط:

http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ar/global_challenges/628/wipo_pub_628.pdf

❖ الكتب باللغة الأجنبية:

1 – BEKENICHE otmane , L'Algérie, le GATT et l'OMC, l'office des publication universitaire, Oran, l'Algérie. 2006.

❖ مواقع الكترونية:

1 - اتفاقية التريبس 1994. على الرابط:

[https://www.nlk.gov.kw/Upload/Bibliogra/Trips\(1\)831201621700PM.pdf](https://www.nlk.gov.kw/Upload/Bibliogra/Trips(1)831201621700PM.pdf)

2 - اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية، المصادق عليها بتاريخ 1883/03/20، المعدلة في 1967/07/14، جنيف 1997. على الرابط:

http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/ar/paris/trt_paris_001ar.pdf

3 - المادة 03 من اتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية، مصادق عليها بتاريخ 1967/07/14، استوكهولم، معدلة بتاريخ 1979/09/28 منشور على الموقع الالكتروني:

http://www.wipo.int/treaties/ar/text.jsp?file_id=283805

4 - جولي ميلبستيان، ميلود كدّار، ملخص مقال حول "إدارة تأثير الاتفاقية المتعلقة بالجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية على توافر اللقاحات ذات الأولوية"، منشورات منظمة الصحة العالمية، على الموقع الإلكتروني:

<http://www.who.int/bulletin/volumes/84/5/milstien0506abstract/ar/>

5 - لمحة عامة: اتفاق التريبس [Overview: the TRIPS Agreement]، على موقع منظمة التجارة العالمية:

https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel2_e.htm

6 - محمد أحمد المعداوي، دروس في مدخل العلوم القانونية (نظرية الحق)، جامعة بنها، مصر. على الرابط:

<http://www.olc.bu.edu.eg/olc/images/122.pdf>

7 - محمد طوبان أونغون، اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية وانعكاساتها على البلدان النامية، مجلة التعاون الاقتصادي بين الدول الاسلامية، منظمة التعاون الاسلامي (مركز الأبحاث الاحصائية والاقتصادية والاجتماعية والتدريب للدول الاسلامية)، تركيا، 2002. الرابط:

www.sesric.org/jecd/jecd_articles/ART02020104-2.pdf

8 - معاهدة واشنطن بشأن الملكية الفكرية فيما يتعلق بالدوائر المتكاملة، واشنطن 1989/05/26. الرابط:

http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/washington/trt_washington_001en.pdf

9 - منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية، تعزيز النفاذ إلى التكنولوجيا والابتكارات الطبية [المجالات المشتركة بين الصحة العامة والملكية الفكرية والتجارة]، جنيف 2012، وثيقة رقم: 628 A. على الرابط:

http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/ar/global_challenges/628/wipo_pub_628.pdf

الجرائم الالكترونية في مصر ودستورية مبدأ الشرعية الجنائية

د. هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين

محاضر منتدب بكلية الحقوق جامعة حلوان وبها .

الملخص:

صاحب التطور التكنولوجي والتقني الحادث تطور في كل مناحي الحياة، إن في اتجاه الخير أو في الاتجاه المعاكس (الشر)، ومما انجرّ على ذلك التطور تمتع الانسان بقسط وافر من الرفاهية وتيسير معاملاته في شتى الميادين، هذا في الاتجاه الايجابي، أما في الاتجاه السلبي فنحسب أن ذلك التطور صاحبه تطور خطير في نوعية الجرائم؛ إذ ظهرت الجريمة الالكترونية "المعلوماتية"، والوسائل المستخدمة فيها كما صاحب ذلك تطورا في نوعية المجرم.

الكلمات المفتاحية: الجريمة الالكترونية. المجرم الالكتروني. الشرعية الجنائية. القاضي الجنائي.

مقدمة:

يمكن القول إن العقود الأخيرة من القرن المنصرم شهدت ثورة في مجال التكنولوجيا والاتصالات، مما أدى لظهور أجيال جديدة من وسائل الاتصال عن بعد، والتي أعادت صياغة شكل العالم فأصبح العالم قرية صغيرة لا تعرف الحدود، وبالطبع تم الاستفادة من هذه التكنولوجيا في مختلف القطاعات الحياتية في الدولة، وعلى جميع المستويات خاصة بعد تطور نظم المعلومات وربطها بالأقمار الصناعية، وبالطبع تعقدت الجريمة وتنوعت اساليب ارتكابها مستفيدة من هذا التطور التقني المذهل فظهر ما يعرف بجرائم التقنية او الجرائم المعلوماتية التي أخذت أبعادا جديدة بداية من ثمانينات القرن الماضي، حيث كانت بدايات انتشار الحاسب الآلي وتطبيقاته بشكل عام، لحقه انتشار شبكة الإنترنت في بداية التسعينيات من ذات القرن، هذه الأخيرة التي برزت كأسرع وأقوى وسائل اتصال حديثة في العالم اليوم.

أهمية الموضوع:

أدى التطور المتلاحق للإنترنت وانتشار أجيال جديدة وأنواع مختلفة من أجهزة الحاسب الآلي إلى مضاعفة المخاطر والاعتداءات على الحريات الشخصية والملكية الخاصة، بل وعلى مصالح الدولة مما حدا ببعض الدول أن تقرر اتفاقيات تقرر تجريم بعض الأفعال الحادثة عبر الوسائل الإلكترونية أو بواسطتها، ومنها اتفاقية بودابست لعام 2001، والقانون العربي النموذجي الموحد لمكافحة سوء استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، والذي تم إقراره من قبل وزراء العدل العرب في اجتماعهم المشترك في 12-22/5/2003، غير أننا لم نر له أثراً فعلياً علي أغلب التشريعات الجنائية في الدول العربية وبصفة خاصة مصر، فلا يوجد بها حتى الآن تشريع جنائي خاص بالجريمة الإلكترونية يقدم الحلول الناجعة لكافة المشكلات القانونية الناجمة عنها على الرغم من وجود بعض النصوص القانونية التي تحتويها قوانين تنظم موضوعات مختلفة تناولت بعض صور التجريم الإلكتروني، منها قانون الأحوال المدنية المصري رقم 143 لسنة 1994، قانون حماية الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002، قانون تنظيم الاتصالات 10 لسنة 2003، وقانون التوقيع الإلكتروني 15 لسنة 2004، وقانون الطفل المعدل في 2008، إلا أن هذه القوانين لم تغط كافة صور التجريم الإلكتروني، وهو ما كان له أثره السيء على المجتمع بسبب عدم توفير الحماية القانونية لأفراده خصوصاً في ظل وجود مبدأ دستوري يحكم التجريم في مصر وهو مبدأ الشرعية الجنائية والذي ورد النص عليه في المادة 95 من الدستور المصري الحالي الصادر في عام 2014، والتي جرى نصها على أن "العقوبة شخصية، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون"، فمع وجود ذلك النص الدستوري وغياب النص التشريعي العقابي يصبح القاضي الجنائي في حيرة من أمره خصوصاً عندما يعرض عليه فعل يشكل جريمة من الجرائم الإلكترونية التي لا يجد لها نصاً صريحاً يجرمها في قانون العقوبات، فكيف السبيل إلى الحكم الشافي؟ هل يحكم بالبراءة إعمالاً لمبدأ شرعية التجريم؟ أم يحاول إنزال حكم القانون في الجرائم التقليدية على تلك الجريمة أخذاً بالتفسير القضائي الواسع للنصوص القانونية؟ ذلك ما نصبو في هذا البحث الإجابة عنه من خلال تحديد هذه المعضلة القانونية الواقعية، في ثلاثة مباحث كالآتي:

المبحث الأول: الجريمة الإلكترونية.

المبحث الثاني: الشرعية الجنائية للجريمة الإلكترونية.

المبحث الثالث: دور القاضي الجنائي في ظل غياب النص العقابي للجريمة الإلكترونية.

المبحث الأول: الجريمة الالكترونية

أسهم دخول التقنيات الحديثة في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات وشبكة الإنترنت إلى إفراز أنماط مستحدثة من الجرائم لم يكن للبشرية سابق عهد بها، وتتميز هذه النوعية من الجرائم بأنها معقدة في طرق ارتكابها، ووسائل كشفها، كما أنها ذات طابع دولي، لذلك أصبحت تمثل خطرا داهما يؤرق دول العالم بأسره، وسنحاول في هذا المبحث التعرف على بعض جوانب الجريمة الالكترونية، من حيث المفهوم والطبيعة القانونية، والخصائص، وغير ذلك من الأمور التي تساعد على فهم مبسط للجريمة الالكترونية.

مفهوم الجريمة الالكترونية: من أهم موضوعات أي بحث التعريف بموضوع البحث لأن التعريف هو الذي يبين مدى أهمية الموضوع، فضلاً عن كونه الوسيلة التي تكشف عن موضوعات الدراسة وزواياها، ولهذه الأهمية التي يحظى بها التعريف ظلّ الفقهاء والمفكرون لا يتفقون حول تعريف واحد وثابت لأي موضوع، وما ذلك إلا لاختلاف وجهات النظر واختلاف الزاوية التي يتخذها كل فقيه معياراً وأساساً لتعريفه، ونستطيع أن نقابل اتجاهين رئيسين في هذا المجال، يهتم الاتجاه الأول بالناحية العضوية أو الشكلية، بينما يهتم الاتجاه الثاني بالناحية الموضوعية أو الوظيفية، فعرف فريق الجريمة الالكترونية cyber crime⁽¹⁾ بأنها "الاعتداء غير القانوني الذي يرتكب بواسطة المعلومات الحاسوبية بغرض تحقيق الربح"⁽²⁾، كما عرفت بأنها "كل فعل إجرامي متعمد أيا كانت صلته بالمعلومات ينشأ عنه خسارة تلحق بالمجنى عليه أو كسب يحققه الفاعل"⁽³⁾، وعرفت أيضاً بأنها "كل فعل غير مشروع يكون العلم بتكنولوجيا الحاسبات الآلية بقدر كبير لازماً لارتكابها من ناحية، ولملاحقته وتحقيقه من ناحية أخرى"⁽⁴⁾، بينما عرفها فريق آخر بأنها "كل جريمة تتم في محيط أجهزة الكمبيوتر" أو هي "كل سلوك غير مشروع أو غير أخلاقي أو غير مصرح به يتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات أو بنقلها"⁽⁵⁾، كما تعرف أيضاً بأنها "كل نشاط إجرامي تستخدم فيه تقنية الحاسب الآلي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة كوسيلة أو هدف لتنفيذ الفعل الإجرامي المقصود"⁽⁶⁾.

(1) يقصد بنطاق cyber بأنه هو نطاق ذو دلالة علي شبكة الإنترنت يحدد بأن الكلمة التي ستلي هذا النطاق لها علاقة بشبكة الإنترنت مثل cyber cafe مقهى الانترنت، الإرهاب الالكتروني cyber terrorism، النقود الالكترونية cyber cash ومن هنا cyber crime هي الجرائم التي لها علاقة بالحاسب وشبكة الإنترنت. راجع د. مصطفى محمد موسى: التحقيق الجنائي في الجرائم الالكترونية، ط1، دن، 2008، ص111.

(2) أ. هلال بن محمد بن حارب البوسعيدى: الحماية القانونية والفنية لقواعد المعلومات المحوسبة" دراسة قانونية وفنية مقارنة"، دار النهضة العربية، 2009، ص15، وما بعدها.

(3) راجع:

D.B Parker, combattre la crimipin alite informatique, 1985, p18.

(4) د. نائلة عادل محمد فريد قورة: جرائم الحاسب الاقتصادية" دراسة نظرية وتطبيقية"، دار النهضة العربية، 2003-2004، ص21.

(5) د. خالد ممدوح إبراهيم: الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، 2009، ص74.

(6) د. مصطفى محمد موسى، مرجع سابق، ص112.

خصائص الجرائم الالكترونية: تتميز الجرائم الالكترونية بعدد من الخصائص تميزها عن غيرها من الجرائم التقليدية هي:

- 1- ترتكب بواسطة شبكة الإنترنت: أي تستخدم شبكة الإنترنت كأداة لارتكاب الجريمة أو تسهيل ارتكابها؛ إذ تعد شبكة الإنترنت حلقة الوصل بين كافة الأهداف المحتملة لتلك الجرائم كالبنوك والشركات بكافة أنواعها والأشخاص وغيرها، والتي غالبا ما تكون الضحية.
 - 2- مرتكب الجريمة مجرم ذو خبرة في استخدام الحاسب الآلي والإنترنت.
 - 3- الجرائم الالكترونية لا تعرف الحدود المكانية ولا الحدود الزمنية لأنها ترتكب عبر شبكة الإنترنت لا تحدها حدود جغرافية كحدود دولة بعينها، فالعالم كله يمكن أن يكون مسرحا لارتكاب الجريمة، كما لا يحدها زمان معين رغم الاختلاف في المواقيت بين الدول.
 - 4- الجرائم الالكترونية تتسم بالخطورة البالغة: وذلك من عدة نواح فمن ناحية: الخسائر الناجمة عنها كبيرة جدا قياسا بالجرائم التقليدية وبصفة خاصة جرائم الأموال، ومن ناحية ثانية: نجدها ترتكب من فئات إجرامية متعددة تجعل من الصعب معرفة الفاعل، ومن ناحية أخيرة: تنطوي على سلوكيات غير مألوفة.
 - 5- صعوبة التحري والتحقيق في هذه الجرائم ومن ثم محاكمة مرتكبيها: فهناك صعوبة في ملاحقة مرتكب هذه الجرائم، ولو تم التوصل إليه فمن السهل اتلاف الأدلة من قبل الجناة، كما أن هذه الجرائم لا تحدها حدود، فهي جرائم عابرة للحدود مما يثير تحديات ومعوقات في حقل الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق ومتطلبات التحقيق والملاحقة والضبط والتفتيش.
 - 6- الدافع لارتكاب جرائم الإنترنت يختلف عن دافع الجرائم التقليدية، فالبعض يرتكب الجريمة الالكترونية لولعه في الحصول على المعلومات الجديدة مثل القرصنة، أو للاستيلاء على المعلومات الموجودة على جهاز الكمبيوتر أو حذفها أو تدميرها أو الغائها نهائيا، وقد يكون الدافع الرغبة في قهر النظام الالكتروني بغرض تحقيق شهرة وإثبات التفوق العلمي لديه، وهي تكون بين الشباب، وقد تكون لاستهداف بعض الأشخاص والجهات⁽¹⁾.
- سمات المجرم المعلوماتي: يتميز المجرم الالكتروني بعدد من السمات والخصائص التي تجعله مختلفا عن المجرم التقليدي والتي منها:

- 1- مجرم ذكي: يعتبر الذكاء من أهم صفات المجرم المعلوماتي لأنه يتطلب منه الإلمام التام بتقنية بتكنولوجيا المعلومات والقدرة على تعديل وتغيير برامج الحاسب الآلي.

(1) د. مصطفى محمد موسي، مرجع سابق، ص 134، 135. د. حسين بن سعيد الغافري: السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2009، ص 53، وما بعدها، د. رامى متولي القاضي: مكافحة الجرائم المعلوماتية في التشريعات المقارنة وفي ضوء الاتفاقيات والمواثيق الدولية، دار النهضة العربية، ط 1، 2011، ص 52، وما بعدها.

- 2- مجرم محترف: يتصف مرتكب الجريمة الالكترونية بأنه على درجة عالية من الخبرة والمهارة في استخدام الحاسب الآلي، والتكنولوجيا الحديثة.
- 3- مجرم غير عنيف: ينتمي الإجرام الالكتروني في غالبه الأعم إلى إجرام الحيل، وهذا النوع من الإجرام لا يستلزم مقدارا من العنف للقيام به.
- 4- مجرم متكيف اجتماعيا: فلا يضع المجرم الالكتروني نفسه في حالة عدااء مع المجتمع الذي يحيط به، بل إن ذكاه يدفعه للتكيف مع المجتمع، وكلما ازداد تكيفه مع المجتمع كلما زادت خطورته الإجرامية.
- 5- الميل إلى ارتكاب الجرائم: يتميز مرتكبو الجرائم الالكترونية بفرط في النزعة الإجرامية والميل إلى ارتكاب الجرائم.
- 6- الميل إلى التقليد: أغلب الجرائم الالكترونية تتم من خلال محاولة الفرد تقليد غيره بالمهارات الفنية التي لديه مما يؤدي لارتكابه للجريمة⁽¹⁾.

تصنيف الجرائم الالكترونية: تتعدد صور الجريمة الالكترونية " الجريمة المعلوماتية" إلا أنها تتفق جميعها في الوسيلة المستخدمة لارتكابها وهي الأجهزة التقنية الحديثة من حاسبات آلية وخلافها، وكلها تتم عبر شبكة الإنترنت، وقد عدت اتفاقية بودابست المتعلقة بالإجرام الكوني " الإجرام المعلوماتي" والموقعة من الإتحاد الأوروبي في 11/23/2001، وصور الجرائم الالكترونية التي عدتها الاتفاقية هي الصور الممثلة للإجرام المعلوماتي الحادث الآن و تتمثل في الآتي⁽²⁾:

أولاً: الجرائم ضد سرية وسلامة وإتاحة البيانات والنظم المعلوماتية: و قد عدت الاتفاقية صور هذه الجرائم في الآتي:

- 1- الولوج غير القانوني: وهو يعني الدخول غير المشروع لنظام معلوماتي مملوك للغير " القرصنة" والتي قد تكون بهدف إتلاف أو تدمير النظام المعلوماتي للغير أو الحصول علي معلومات وبيانات سرية مملوكة للغير أو التدخل بتغيير البيانات المخزنة في النظام المعلوماتي المملوك للغير وهو ما يطلق عليه الغش أو التزوير المعلوماتي.
- 2- الاعتراض غير القانوني: وهي جريمة انتهاك الحق في الخصوصية والتي تحدث عندما يتم اعتراض المراسلات الالكترونية والاتصالات الالكترونية الخاصة بالغير. وهذه الجريمة تتعلق بكافة أشكال النقل الالكتروني للبيانات سواء عن طريق التليفون أو الفاكس أو البريد الالكتروني أو غير ذلك من الوسائل التقنية الحديثة.
- 3- الاعتداء علي سلامة البيانات: و تتمثل في الاعتداء عمدا على البيانات والبرامج الخاصة بجهاز الحاسب الآلي المملوك للغير بهدف تعطيل الجهاز أو محو و طمس بيانات الحاسب الآلي.

(¹) د. أيمن عبد الحفيظ: الاتجاهات الفنية والأمنية لمواجهة الجرائم المعلوماتية، دن، 2005، ص13، وما بعدها، د. رامى متولي القاضي، مرجع سابق، ص54، وما بعدها.

راجع:

Cohen Frederick: Protection and security on the information super high way, Wiley&sons, Inc, 1995, p66.ets.

(²) د. هلال عبد الله أحمد: الجوانب الموضوعية والإجرائية لجرائم المعلوماتية علي ضوء اتفاقية بودابست الموقعة 23 نوفمبر 2001، دار النهضة العربية، 2002، ص67، وما بعدها.

- 4- الاعتداء على سلامة النظام: وهي تتمثل في الأفعال التي تحمل اعتداء على حسن تشغيل نظام الحاسب الآلي بشكل جسيم مما يؤدي لتوقف النظام عن العمل مثل الإعتداء من خلال استخدام الفيروسات.
- 5- إساءة استخدام أجهزة الحاسب: أي كل فعل مجرم قانونا يتم من خلال استخدام الحاسب الآلي. ثانيا: الجرائم المعلوماتية المتصلة بالحاسب وتتمثل في الآتي:

1- الاحتيال المعلوماتي أو التزوير و الغش المعلوماتيين : ويقصد به الخداع أو الغش المعلوماتي الذي يقوم علي التلاعب في نظم المعالجة الآلية للمعلومات بهدف الحصول دون وجه حق علي خدمات أو أموال أو أصول معينة، ويقوم الجاني في هذه الجريمة باستخدام التقنيات الحديثة بغية التلاعب في البيانات المصرفية ونتائج الميزانيات والمستحقات المالية، ويتم تحويل تلك الأموال في ثوانٍ معدودة من حساب إلى آخر، وتتمثل خطورة هذا الفعل الإجرامي في كونه يتم عبر الحدود الإقليمية لأكثر من دولة وفي ثوان معدودة، وهو ما يجعله بالغ الأثر السلبي على الاقتصاد القومي ؛ إذ من الممكن أن يؤدي ارتكاب مثل هذه الجريمة إلى إفلاس شركات أو بنوك كبرى في الدولة⁽¹⁾.

2- الجرائم المتصلة بمحتوى الحاسب الآلي: وهي تتعلق بجرائم إنتاج ونشر المواد الإباحية الخاصة بالأطفال وبيع الأطفال والإتجار فيهم والترويج لدعارة الأطفال.

3- الجرائم المتصلة بالاعتداءات الواقعة علي الملكية الفكرية والحقوق المجاورة: وهي تعد من الجرائم الالكترونية الأكثر شيوعا وانتشارا وتستهدف الأعمال الأدبية والتصويرية والموسيقية والسمعية البصرية، وذلك نظرا للسهولة التي يمكن من خلالها عمل نسخ غير مصرح بها عن طريق التكنولوجيا الرقمية، مما يضر بالحقوق المالية للمالكين والمنتجين.

أما الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات فلم تعمل بتصنيف مشابه للاتفاقية السابقة بل قامت بسرد للجرائم الالكترونية علي سبيل المثال مثل جرائم استخدام وسائل المعلومات، وجرائم الاحتيال والإباحية، وجرائم الاستغلال الجنسي، وحرمة الاعتداء علي الحياة الخاصة، وما يتعلق بالإرهاب والجريمة المنظمة⁽²⁾.

وهناك من الفقه من صنف الجرائم الالكترونية تحت نوعين من الجرائم علي حسب الأداة المستخدمة في ارتكابها⁽³⁾:

(1) أ. محمد محمد شتات: فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص 79، وما بعدها.

(2) د. رامى متولي القاضي، مرجع سابق، ص 29.

(3) د. مصطفى محمد موسي، مرجع سابق، ص 112.

النوع الأول: web crime computer: وهو يتعلق بجرائم الشبكة العالمية التي تستخدم الحاسب وشبكاته كوسيلة مساعدة لارتكاب جريمة مثل استخدامه في النصب والاحتيال وغسل الأموال وتشويه السمعة والسب والقذف، وفي هذا النوع من الجرائم يكون الحاسب الآلي محتفظاً بأدلة رقمية تساعد في كشف الفاعل.

النوع الثاني: crime computer: وهو يتعلق بالجرائم التي يكون الحاسب فيها محلاً للفعل الإجرامي ذاته كالأفعال الإجرامية الواقعة على مكونات الحاسب المادية، أو المكونات المعنوية software أو قاعدة البيانات، date bases أو المعلومات التي قد تكون علي الحاسب من خلال الحصول غير المشروع عليها ونشرها" انتهاك الملكية الفكرية"، أو من خلال تسجيل مواد إباحية عليه.

وهناك جانب آخر من الفقه قسم الجرائم الالكترونية إلى جرائم تقليدية: ترتكب عن طريق استخدام الحاسب الآلي وهي جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة والاتلاف والتصنت إلى غير ذلك من الجرائم، وجرائم مستحدثة مثل جرائم التجسس والقرصنة، وبعضهم قسم الجرائم الالكترونية حسب المصلحة المحمية بالقانون إلى الجرائم الالكترونية التي تمثل الاعتداء على الأشخاص، والجرائم الالكترونية التي تمثل اعتداء على الأموال، والجرائم الالكترونية التي تمثل اعتداء على البيانات، والجرائم الالكترونية التي تمثل اعتداء على الآداب العامة وحقوق الملكية الفكرية، والجرائم الالكترونية ذات الصلة بالإجرام المنظم والجرائم السياسية⁽¹⁾.

ومما سبق تقديمه من تقسيمات يتضح أنه لكي يدخل الفعل في إطار الجرائم الالكترونية يجب أن يقوم جهاز الحاسب الآلي في الجريمة بدور على قدر من الأهمية، ويقصد بجهاز الحاسب الآلي في هذا المقام المكونات المنطقية للحاسب الآلي من معلومات وبرامج وكذلك جميع المكونات الأخرى التي تساعد في عملية المعالجة الآلية للمعلومات، ويكمن هذا الدور في كون النظام قد ساعد وسهل في ارتكاب الفعل على نحو كبير، ويختلف دور الحاسب الآلي في الجريمة الالكترونية من جريمة لأخرى⁽²⁾.

(1) راجع في تفاصيل هذا التقسيم د. رامى متولي القاضي، مرجع سابق، ص 31، وما بعدها.

(2) د. نائلة عادل محمد فريد قورة، مرجع سابق، ص 25.

المبحث الثاني

الشرعية الجنائية للجريمة الالكترونية

لا شك في أن التجريم والعقاب يعد من أخطر الأمور التشريعية التي تتصل بحرية المواطنين وذلك بسبب خطورة الآثار التي تترتب عليه، ولذلك فإن النصوص التشريعية التي تصدر به، يتعين أن تصدر دائماً وفقاً لمبدأ الشرعية الجنائية⁽¹⁾، الذي نحاول فيما يأتي إلقاء الضوء عليه.

دستورية الشرعية الجنائية للجريمة الالكترونية: تعد الدولة القاسم المشترك بين القانون الدستوري والقانون الجنائي، فالدستور ينظم نشاط الدولة من الناحية السياسية، والقانون الجنائي ينظم نشاطها من الناحية الجنائية من خلال تنظيم علاقة الفرد بالدولة، وعلاقة الأفراد بعضهم مع بعض، ومن مظاهر الصلة ما تتضمنه الدساتير من نصوص ذات صبغة جنائية بدافع الرغبة في فرض حماية الدستور وإسباغه بطابع القدسية عليها لتعلقها بحقوق الأفراد وحررياتهم، فالعلاقة وثيقة بين القانون الدستوري والقانون الجنائي؛ ذلك أن مبادئ الدستور تسهم في تحديد مضمون القانون الجنائي ذاته بحيث يتوقف تحديد الجرائم على تطوير المبادئ الدستورية أكثر من اعتماده على تطوير القيم والمصالح الاجتماعية، وفي ضوء ذلك يؤدي القانون الجنائي وظيفته في الدولة في إطار الشرعية الدستورية على النحو الذي يحدده الدستور⁽²⁾، وقد قام القانون الجنائي على عدد من المبادئ الدستورية، والتي يعد أهمها هو "مبدأ الشرعية الجنائية"⁽³⁾، الذي يمثل حجر الزاوية للنظام الجنائي بأسره، فمنه تتفرع وحوله تدور كافة المبادئ التي تحكم القواعد الجنائية موضوعية كانت أو اجرائية⁽⁴⁾، ويقصد به بصفة عامة "أن التشريع هو المصدر الأساسي للتجريم والعقاب،

(1) د. محمود علي أحمد مدني: دور المحكمة الدستورية العليا في استجلاء المفاهيم الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني المصري "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، حقوق حلوان، 2015، ص 349.

(2) د. خالد عبد الله الشافي: المبادئ الجنائية الدستورية في النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية 2010، ص 58، 59.

(3) د. عمر سالم: شرح قانون العقوبات المصري، دار النهضة العربية، 2010، ص 30.

(4) د. عبد العظيم مرسي وزير: شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، دت، ص 33.

، راجع ايضاً:

BECCARIA: "Traité des délits et des peines". Nouvelle Traduction française, Introduction de ANCEL et STEFANI, Paris, Cujas 1966, p.67.

وأن السلطة التشريعية هي وحدها المختصة بتحديد الجرائم والعقوبات دون السلطتين القضائية والتنفيذية، وأن القاضي مهمته تطبيق النصوص التي وضعها المشرع⁽¹⁾.

ويرجع تاريخ هذا المبدأ في القانون الوضعي إلى تاريخ الفصل بين سلطات الدولة ؛ إذ قبل ذلك كان للملك وحده سلطة تجريم الأفعال بمطلق إرادته⁽²⁾، ثم انتقل الأمر في القرون الوسطى للقضاة فكان القضاة يملكون سلطة تحكمية في تجريم الأفعال والعقاب عليها دون نص في القانون، حتى نص على ذلك المبدأ بداية من صدور ميثاق هنري الأول في إنجلترا، ثم دستور كلاريندون ، وأكد عليه العهد الأعظم ، وجاءت الثورة الفرنسية لتؤكد عليه في المادة الثانية من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر عام 1789، ثم جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948 ليؤكد عليه ، وتضمنته الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة عام 1950 ، وكذلك العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966

ومن هنا يعد هذا المبدأ من المبادئ الدستورية ذات الطابع العالمي ، ويرجع الفضل في ظهوره للنور إلى الفقيه الإيطالي " شيزاري دي بكاريا" صاحب الكتاب الشهير " الجرائم والعقوبات" الذي أصدره في سنة 1764، وقد جاء فيه أن " القوانين وحدها هي التي تحدد العقوبات التي تقابل الجرائم..."، "...ولا يستطيع القاضي أن يوقع سواها"⁽³⁾.

المحكمة الدستورية العليا في مصر ومبدأ الشرعية الجنائية للجريمة الالكترونية: كان للمحكمة الدستورية العليا في مصر دور كبير في إرساء دعائم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات باعتبارها أحد تطبيقات فكرة الأمن القانوني، فعملت علي استجلاء حقيقته وفحواه ودلالته وماهيته ومداه والضوابط التي تقيده، ووضعت الضوابط الصحيحة لتفويض السلطة التنفيذية في بعض جوانب التجريم والعقاب، واستخلصت فكرة عدم جواز توقيع عقوبة إلا بناء على حكم قضائي، ومفهوم الجريمة من الناحية القانونية، ووضعت الضوابط التي بموجبها تباشر رقابتها على دستورية النص الجنائي⁽⁴⁾.

(1) د. حسنى الجندي: شرح قانون العقوبات، دن، 1999، ص76، د.هدى حامد قشقوش، مرجع سابق، ص30.

(2) ويرجع تاريخ الفصل بين السلطات في أوروبا إلي العصور الوسطى حيث كان ملوكها يتمتعون بصلاحيات واسعة ويحكمون حكما مطلقا، ووصل الاستبداد ذروته في عهد الأمير : لويس الرابع عشر الذي قال مقولته الشهيرة " أنا الدولة"، وكرد فعل لتلك السلطة المطلقة التي يتمتع بها الملوك نادى الكثير من المفكرين في أوروبا بمبدأ الفصل بين السلطات، منهم لوك وجان جاك روسو وغيرهم، راجع د. خالد عبد الله الشافي، مرجع سابق، ص102.

(3) راجع د. أحمد فتحى سرور: القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، ط2، 2002، ص31، د. هدى حامد قشقوش: شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2010، ص30، 31.

، راجع:

J.P.Delms saint hilair: un probleme qui évolue, le principe de la léqali –té en matière d'attante á la liberté de l'ass.inter.de droit penal-bordeaux 1984.p12.ettss.

(4) راجع في تفاصيل دور المحكمة الدستورية في إرساء مبدأ الشرعية الجنائية د. محمود علي أحمد مدني، مرجع سابق، ص348، وما بعدها.

- 1- أكدت المحكمة الدستورية العليا علي أهمية مبدأ الشرعية الجنائية فقضت بأن " استقرار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في مفاهيم الدول المتحضرة، دعا إلى توكيده، ومن ثم وجد صداه في عديد المواثيق الدولية من بينها الفقرة 11 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والفقرة الأولى من المادة 15 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادة 7 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان كما تردد في العديد من الدساتير، " فغدا أصلاً ثابتاً وضمناً ضد التحكم، فلا يؤتم القاضي أفعالاً ينتقمها ولا يقرر عقوباتها وفق اختياره، إشباعاً لنزوة أو انفلاتاً عن الحق والعدل. وصار التأثيم بالتالي – وبعد زوال السلطة المنفردة، عائداً إلى المشرع؛ إذ يقرر للجرائم التي يحدثها عقوباتها التي يجرمها، ويفسر هذا المبدأ بأن القيم الجوهرية التي يصدر القانون الجنائي لحمايتها، لا يمكن بلورتها إلا من خلال السلطة التشريعية التي انتخبها المواطنون لتمثيلهم، وأن تعبيرها عن إرادتهم يقتضي أن تكون بيد سلطة التقرير في شأن تحديد الأفعال التي لا يجوز تأثيمها وعقوبتها لضمان مشروعيتها. ومن ثم كان المبدأ لازماً لتمكين المواطنين من الاتصال بتلك القيم التي يقوم عليها بنیان مجتمعهم، بما يوحد بينهم ويكفل تماسكهم اجتماعياً فلا يزدرونها"⁽¹⁾.
- 2- أكدت على ارتباط مبدأ الشرعية الجنائية والسياسية الجنائية للدولة في حكمها: "لأن" السياسة الجنائية الرشيدة يتعين أن تقوم علي عناصر متجانسة، فإن قامت علي عناصر متنافرة نجم عن ذلك افتقاد الصلة بين النصوص ومراميها، بحيث لا تكون مؤدية إلى تحقيق الغاية المقصودة منها لانعدام الرابطة المنطقية بينهما، إيماناً بأن الأصل في النصوص التشريعية – في الدولة القانونية- هو ارتباطها عقلاً بأهدافها، باعتبار أن أي تنظيم تشريعي ليس مقصوداً لذاته، وإنما هو مجرد وسيلة لتحقيق تلك الأهداف. ومن ثم يتعين دائماً استظهار ما إذا كان النص المطعون عليه يلتزم إطار منطقياً للدائرة التي يعمل فيها، كإفلا تناغم الأغراض التي يستهدفها أو متناقضاً مع مقاصده أو مجاوزاً لها مناهضاً – بالتالي مبدأ خضوع الدولة للقانون"⁽²⁾.
- 3- أكدت على ارتباط مبدأ الشرعية الجنائية والعدالة الجنائية للدولة في حكمها لأن " العدالة الجنائية في جوهر ملامحها، هي التي يتعين ضمانها من خلال قواعد محددة تحديداً دقيقاً، ومنصفاً، يتقرر على صونها ما إذا كان المتهم مداناً أو بريئاً، ويفترض ذلك توازناً بين مصلحة الجماعة في استقرار أمنها، ومصلحة المتهم هي ألا تفرض عليه عقوبة ليس لها من صلة بفعل أتاها، أو تفتقر هذه الصلة إلى دليل يؤكدها، ولا يجوز النزول عنها أو التفريط فيها"⁽³⁾.
- 4- أكدت على ضمانات تطبيق مبدأ الشرعية الجنائية فقضت بأن " النطاق الحقيقي لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، إنما يتحدد علي ضوء ضمانتين تكفلان الأغراض التي توخاها: أولهما: أن تصاغ النصوص العقابية بطريقة واضحة محددة لا خفاء فيها أو غموض، فلا تكون هذه النصوص شباكاً أو شراكاً يلقمها المشرع متصيداً

(1) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 48 لسنة 17 قضاء دستوري جلسة 1997/2/22.

(2) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 114 لسنة 21 قضاء دستوري جلسة 2001/6/2.

(3) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 49 لسنة 17 قضاء دستوري جلسة 1996/6/15.

باتساعها أو بخفائها من يقعون تحتها أو يخطئون مواقعها، وهي بعد ضمان غايتها أن يكون المخاطبون بالنصوص العقابية على بينة من حقيقتها، فلا يكون سلوكهم مجافٍ لها بل متسقا معها .
وثانئها: ومفترضها أن المرحلة الزمنية التي تقع بين دخول القانون الجنائي حيز التنفيذ وإلغاء هذا القانون، إنما تمثل تلك الفترة التي كان يحيا خلالها، فلا يطبق على أفعال أتاها جناتها قبل نفاذه، بل يتعين أن يكون هذا القانون سابقا عليها فلا يكون رجعيا⁽¹⁾.

5- أكدت على حدود تفسير القاضي للنص الجنائي بقضائها بأن " لا يجوز إعمال نصوص عقابية يسيء تطبيقها إلى مركز قائم لمتهم، ولا تفسيرها بما يخرجها عن معناها أو مقاصدها، ولا مد نطاق التجريم - وبطريق القياس- إلى أفعال لم يؤتمها القاضي من بينها ما يكون أكثر ضمانا للحرية الشخصية في إطار علاقة منطوقية يقيمها بين هذه النصوص وإرادة المشرع، سواء في ذلك تلك التي أعلنتها، أو التي يمكن افتراضها عقلا⁽²⁾.
مبررات ونتائج مبدأ الشرعية الجنائية للجريمة الالكترونية: هناك عدة مبررات ونتائج طرحها الفقه للترويج لمبدأ الشرعية الجنائية ويمكن حصرها في الآتي:

أولاً: مبررات مبدأ الشرعية الجنائية للجريمة الالكترونية:

- 1- تحقيق مبدأ العدالة: فاحترام الذات الإنسانية يتطلب حصر الأفعال غير المشروعة الكترونياً في صورة جرائم الكترونية، وأن تتحدد تحديداً دقيقاً العقوبات التي عن طريقها يواجه الشارع هذه الجرائم وأن يتم إعلام المجتمع جميعاً بهذه الجرائم والعقوبات.
- 2- تحقيق مبدأ الفصل بين السلطات: فهناك سلطة ممثلة من الشعب تتولى وضع نصوص التجريم والعقاب بالنسبة للجرائم الالكترونية، وهناك سلطة قضائية تتولى تطبيق هذه النصوص ثم هناك سلطة تنفيذية تتولى تنفيذ ما يصدر عن السلطة القضائية من أحكام في هذا الشأن.
- 3- تحقيق مبدأ الردع العقابي. ذلك عن طريق إعلام المخاطبين بالقانون بنصوص التجريم والعقاب المقررة للجرائم الالكترونية ومضمونها والعقوبات المقررة لها ،
مما يؤدي إلى إحجامهم عن ارتكاب الجريمة مخافة الحكم عليهم بهذه العقوبة، كما يؤدي باقتناع مرتكب الجريمة الالكترونية بالعقوبة المطبقة عليه.

(1) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 48 لسنة 17 قضاء دستوري جلسة 1997/2/22.

(2) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 48 لسنة 17 قضاء دستوري جلسة 1997/2/22، حكم المحكمة الدستورية

العليا المصرية في القضية رقم 58 لسنة 18 قضاء دستوري جلسة 1997/7/5.

4- تحقيق مبدأ المساواة في العقاب: فالنصوص الخاصة بالتجريم والعقاب للجرائم الالكترونية تصاغ بشكل عام ومجرد بحيث تطبق على الكافة، بل وعلى جميع الوقائع دون تمييز، وهذا سيؤدي إلى تحقيق المساواة بين الأفراد أمام القانون فلا يختلف تطبيق القانون على حسب الوضع الاجتماعي أو صفة الجاني⁽¹⁾.

ثانياً: نتائج مبدأ الشرعية الجنائية للجريمة الالكترونية:

1- بالنسبة للمشرع: تختص السلطة التشريعية وحدها بمهمة التشريع الجنائي للجرائم الالكترونية، وتلتزم عند وضعها للنصوص الجنائية ألا تتعسف في استعمال حقها في التجريم، بحيث لا يجرم المشرع إلا الأفعال الالكترونية التي تمثل اعتداء على المصالح الأساسية للأمة، وإن كان من الصعب تحديد المصالح الأساسية للأمة التي يقوم عليها بنيان المجتمع، إلا أنه يكفي في هذا السياق ألا يقوم المشرع الجنائي بحماية مصالح لا تشكل قيمة لدى المجتمع أو لدى أغلب أفرادهم⁽²⁾، والنص على عدم سريان نصوص تجريم الجرائم الالكترونية على الوقائع الحادثة قبل صدور نصوص التجريم، بل يقتصر سريانها على المستقبل وهو ما يمكن أن يعبر عنه بمبدأ عدم رجعية النصوص الجنائية للجريمة الالكترونية، كما يجب على المشرع الجنائي التزام الوضوح التام في النصوص الجنائية⁽³⁾، فلا يجوز أن يلجأ عند إقراره لنصوص التجريم الالكتروني إلى أسلوب " النمادج المفتوحة" باستخدام عبارات غامضة أو حمالة أوجه⁽⁴⁾.

2- بالنسبة للقاضي: يلتزم بتطبيق النص الجنائي المتعلق بالجريمة الالكترونية دون تعديل بالإضافة أو بالحذف سواء بالنسبة لشق التجريم أو العقاب، فيتعين عليه في البداية أن يحدد ما إذا كانت الواقعة تندرج تحت أحد النمادج الإجرامية التي قررها المشرع أم لا، فإذا لم يثبت ذلك وجب الحكم ببراءة المتهم، أما إذا كانت الواقعة مجرمة وجب عليه أن يضع لها التكييف القانوني السليم.

3- بالنسبة للسلطة التنفيذية: تلتزم الجهات القائمة على التنفيذ العقابي بتنفيذ الحكم بذات الأوضاع التي نص عليها القانون، وبالتالي فإن الإدارة لا تستطيع أن تنفذ عقوبة لم يقض بها حكم قضائي أو أن تحل نفسها محل القضاء في تطبيق العقوبة، أو أن تظل تنفذ العقوبة على خلاف مقتضى الحكم القضائي⁽⁵⁾.

الشرعية الجنائية للجريمة الالكترونية في مصر:

(1) راجع د. إبراهيم حامد طنطاوي، د. علي محمود حمودة: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الجزء الأول النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، دت، ص 17، 18.

(2) د. عمر سالم، مرجع سابق، ص 35، 36.

(3) د. هدى حامد قشقوش، مرجع سابق، ص 35، 36.

(4) راجع:

BERNA RDINI(R.), Droit Pénal general, Paris, 2003, No193, p171.

(5) د. عمر سالم، مرجع سابق، ص 39، وما بعدها.

علي الرغم من أن المادة 31 من الدستور المصري الصادر عام 2014 جاءت نصا دستوريا صريحا يشير إلى وجوب الحفاظ على المعلومات والبيانات الالكترونية ؛ إذ جرى نصها علي أن " أمن الفضاء المعلوماتي جزء أساسي من منظومة الاقتصاد والأمن القومي، وتلتزم الدولة بإتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليه، على النحو الذي ينظمه القانون"؛ إلا أنه حتى الآن لا يوجد بمصر تشريع عقابي متكامل خاص بالجرائم الالكترونية، كل ما هناك أنه توجد بعض النصوص القانونية المتناثرة في قوانين مختلفة تتحدث عن بعض العقوبات المرتبطة ببعض الجرائم الالكترونية منها قانون الاحوال المدنية المصري رقم 143 لسنة 1994 والذي نظم في عدد من موادها تجريم تعديل بيانات الأحوال الشخصية للمواطنين المسجلة على الحاسب الآلي أو الوسائط الالكترونية الموجودة بمصلحة الأحوال المدنية التابعة لوزارة الداخلية بالتزوير أو الاتلاف أو الاطلاع عليها دون وجه حق ، وذلك في عدد من المواد منها المادة 72 من القانون والتي جاءت تنص على أن " في تطبيق أحكام هذا القانون وقانون العقوبات تعتبر البيانات المسجلة بالحاسبات الآلية وملحقاتها بمراكز معلومات الأحوال المدنية ومحطات الإصدار الخاصة بها المستخدمة في إصدار الوثائق وبطاقات تحقيق الشخصية بيانات واردة في محررات رسمية. فإذا وقع تزوير في المحررات السابقة أو في غيرها من المحررات الرسمية ، تكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو السجن لمدة لا تقل عن خمس سنوات"، والمادة 74 من القانون والتي جاء في نصها " مع عدم الإخلال بأية عقوبة شديدة منصوص عليها في قانون العقوبات أو في غيره من القوانين، كأن يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد عن خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من اطلع أو شرع في الاطلاع أو حصل أو شرع في الحصول على البيانات أو المعلومات التي تحتويها السجلات أو الحاسبات الآلية أو وسائط التخزين الملحقة بها أو قام بتغييرها بالإضافة أو بالحذف أو بالإلغاء أو بالتدمير أو بالمساس بها بأي صورة من الصور أو أذاعها أو أفشاها في غير الأحوال التي نص عليها القانون ووفقا للإجراءات المنصوص عليها فيه ، فإذا وقعت الجريمة على البيانات أو المعلومات أو الإحصاءات المجمعة تكون العقوبة السجن"، و المادة 75 من القانون التي تنص على أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ستة أشهر وغرامة لا تقل عن مائتي جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من عطل أو أ تلف الشبكة الناقلة لمعلومات الأحوال المدنية، أو جزءا منها وكان ذلك ناشئا عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين واللوائح والأنظمة. فإذا وقع الفعل عمدا تكون العقوبة السجن مع عدم الإخلال بحق التعويض في الحالتين"، اما المادة 76 من القانون فتصرح بأنه " يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة كل من اخترق أو حاول اختراق سرية البيانات أو المعلومات أو الإحصاءات المجمعة بأية صورة من الصور وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة إذا وقعت الجريمة في زمن الحرب".

وقد قرر قانون حماية الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002 في بعض موادها حماية السرقات الأدبية عبر شبكة الإنترنت فجاء نص المادة 140 منه للحديث عن نوعية من جرائم الإنترنت فنص على أنه " تتمتع بحماية هذا القانون حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية، وبوجه خاص المصنفات الآتية: الكتب

والكتيبات والمقالات والنشرات من الحاسب الآلي أو من غيره. من برامج الحاسب الآلي وقواعد البيانات سواء أكانت مقروءة من الحاسب الآلي أو من غيره من المحاضرات، والخطب، والمواعظ، وأية مصنفات شفوية أخرى إذا كانت مسجلة....."، وجاء نص المادة 181 من القانون ناصراً على العقوبة وجرى على أن "مع عدم الإخلال في أية عقوبة أشد في أي قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وكل من ارتكب أحد الأفعال الآتية:.....رابعاً: نشر مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي أو أداء محمي طبقاً لأحكام هذا القانون عبر أجهزة الحاسب الآلي أو شبكات الإنترنت أو شبكات المعلومات أو شبكات الاتصال أو غيرها من الوسائل دون إذن كتابي مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور.سادساً: الإزالة أو التعطيل أو التعيب بسوء نية بأية حماية تقنية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره.....وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه. وفي جميع الأحوال تقضي لمحكمة بمصادرة النسخ محل الجريمة أو المتحصلة منها وكذلك المعدات والأدوات المستخدمة في ارتكابها. ويجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تقضي بغلق المنشأة التي استغلها المحكوم عليه في ارتكاب الجريمة مدة لا تزيد عن ستة أشهر، ويكون الغلق وجوبياً في حالة العود في الجرائم المنصوص عليها في البندين ثانياً وثالثاً من هذه المادة. وتقضي المنشأة بنشر ملخص الحكم بالإدانة في جريدة يومية أو أكثر على نفقة المحكوم عليه".

كما نظم قانون تنظيم الاتصالات 10 لسنة 2003 بعض جرائم الإنترنت فنص في المادة 73 منه على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من قام أثناء تأدية وظيفته في مجال الاتصالات أو بسببها بأحد الأفعال الآتية:

1-إذاعة أو نشر أو تسجيل لمضمون رسالة اتصالات أو لجزء منها دون أن يكون له سند قانوني في ذلك. 2- إخفاء أو تغيير أو إعاقة أو تحوير أية رسالة اتصالات أو لجزء منها تكون قد وصلت إليه. 3- الامتناع عمداً عن إرسال رسالة اتصالات بعد تكليفه بإرسالها. 4- إفشاء أية معلومات خاصة بمستخدمي شبكات الاتصال أو عما يجرونه أو ما يتلقونه من اتصالات وذلك دون وجه حق" ، كما نص المادة 75 منه على أن "يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من قام بإفشاء أو نشر أو إذاعة أية معلومات حصل عليها بحكم وظيفته أو بسببها عن منشأة عاملة في مجال الاتصالات متى كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى قيام منافسة غير مشروعة بين المنشآت العاملة في هذا المجال".

وقد جاء قانون التوقيع الإلكتروني 15 لسنة 2004 لينظم بعض صور الجرائم الالكترونية فنص في المادة 23 منه على أنه " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون العقوبات أو في أي قانون آخر ، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من : (أ) أصدر شهادة تصديق الكتروني دون الحصول على ترخيص بمزاولة النشاط من الهيئة. (ب) أ تلف أو عيَّب توقيعاً أو وسيطاً أو محرراً الكترونياً ، أو زوّر شيئاً من ذلك بطريق الاصطناع أو التعديل أو التحوير أو بأي طريق آخر . (ج) استعمل توقيعاً أو وسيطاً أو محرراً الكترونياً معيباً أو مزوراً مع علمه بذلك. (د) خالف أيّاً من أحكام المادتين (19) ، (21) من هذا القانون (1). (هـ) توصلَ بأية وسيلة إلى الحصول بغير حق على توقيع أو وسيط أو محرر الكتروني او اخترق هذا الوسيط أو اعترضه أو عطله عن أداء وظيفته ، وتكون العقوبة على مخالفة المادة(13) من هذا القانون ، الغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه(2). وفي حالة العود تزداد بمقدار المثل المقررة ، العقوبة المقررة لهذه الجرائم في حديها الأدنى والأقصى . وفي جميع الأحوال يحكم نشر حكم الإدانة في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار ، وعلى شبكات المعلومات الالكترونية المفتوحة على نفقة المحكوم عليه".

كما تناول قانون الطفل المعدل بالقانون رقم 126 لسنة 2008 في المادة 116 مكرر أمنه الاستغلال الجنسي للأطفال عبر شبكة الإنترنت والذي جاء نصها " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنتين وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه، ولا تجاوز خمسين ألف جنيه كل من استورد أو صدر أو أنتج أو أعد أو عرض أو طبع أو روج أو حاز أو بث أي أعمال إباحية يشارك فيها أطفال أو تتعلق بالاستغلال الجنسي للطفل، ويحكم بمصادرة الأدوات والآلات المستخدمة في ارتكاب الجريمة والأموال المتحصلة منها، وغلق الأماكن محل ارتكابها مدة لا تقل عن ستة أشهر، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقوق الغير حسن النية.

ومع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها في قانون آخر ، يعاقب بذات العقوبة كل من:

(1) وتنص المادة 19 من القانون علي أن " لا تجوز مزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني الا بترخيص من الهيئة ، وذلك نظير مقابل يحدده مجلس إدارتها وفقاً للإجراءات والقواعد والضمانات التي تقرها اللائحة التنفيذية لهذا القانون ودون التقييد بأحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة، مع مراعاة ما يأتي : (أ) أن يتم اختيار المرخص له في إطار من المنافسة و العلانية. (ب) أن يحدد مجلس إدارة الهيئة مدة الترخيص بحيث لا تزيد على تسعة وتسعين عاماً. (ج) أن تحدد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام وأطراد. ولا يجوز التوقف عن مزاولة النشاط المرخص به أو الاندماج في جهة أخرى أو التنازل عن الترخيص للغير إلا بعد الحصول على موافقة كتابية مسبقة من الهيئة"، وتنص المادة 21 من القانون علي أن " بيانات التوقيع الإلكتروني والوسائط الالكترونية والمعلومات التي تقدم إلى الجهة المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني سرية ، ولا يجوز لمن قدمت إليه أو اتصل بها بحكم عمله إفشاؤها للغير أو استخدامها في غير الغرض الذي قدمت من أجله".

(2) وتنص المادة 13 من القانون علي أن " تلتزم جميع الجهات والشركات العاملة في مجال المعاملات الالكترونية وتكنولوجيا المعلومات بموافاة الهيئة بما تطلبه من تقارير أو إحصاءات أو معلومات تتصل بنشاط الهيئة".

- أ- استخدم الحاسب الآلي أو الإنترنت أو شبكات المعلومات أو الرسوم المتحركة لإعداد أو لحفظ أو لمعالجة أو لعرض أو لطباعة أو لنشر أو لترويج أنشطة أو أعمال إباحية تتعلق بتحريض الأطفال أو استغلالهم في الدعارة والأعمال الإباحية أو التشهير بهم أو بيعهم.
- ب- استخدام الحاسب الآلي أو الإنترنت أو شبكات المعلومات أو الرسوم المتحركة لتحريض الأطفال على الانحراف أو لتسخيرهم في ارتكاب جريمة أو على القيام بأنشطة أو أعمال غير مشروعة أو منافية للأداب، ولو لم تقع الجريمة فعلاً.
- ويتضح من العرض السابق أنه لا يوجد في مصر حتى الآن قانون خاص بالجرائم الالكترونية فيما عدا ما سبق توضيحه.

وبعض النصوص الواردة في قانون العقوبات خاصة بالجرائم التقليدية يمكن تطويعها بعيداً عن التفسير الضيق لتشمل بعض جرائم الحاسب الآلي، إلا أن هذه النصوص لا زالت قاصرة عن إيجاد التأمين الكافي للمجتمع ضد الأشكال المختلفة للجريمة الالكترونية⁽¹⁾، وأمام هذه المشكلة التي تواجه مصر الآن نجد أن الدول المشابهة لها في الوضع القانوني سلكت إحدى ثلاث طرق لمواجهة الجريمة الالكترونية الطريق الأول: وضع نصوص تشريعية لمواجهة هذه الجرائم الحديثة بشكل شامل وتفصيلي، أو الطريق الثاني: التوسع في تفسير النصوص القانونية القائمة في محاولة لمواجهة مثل هذه الجرائم الحديثة، أما الطريق الثالث: تطبيق النصوص القائمة على هذه الجرائم الحديثة، والطريقان الثاني والثالث تعامل معهما فقهاء القانون بشيء من الحذر لأنهما يمسان مبدأ الشرعية الجنائية؛ فما الحل إذاً في الدول التي لا تمتلك تشريعات عقابية يعاقب على الجرائم الالكترونية فهل تترك الجاني بلا عقاب؟ أم تفتح الباب أمام القضاة للعمل بالقياس أو التفسير الواسع للنصوص العقابية التقليدية مما يهدر مبدأ الشرعية الجنائية؟⁽²⁾

المبحث الثالث

دور القاضي الجنائي في ظل غياب النص العقابي للجريمة الالكترونية

نظراً لعدم وجود نظام قانوني متكامل خاص بالجريمة الالكترونية في مصر يوضح ويصف بدقة الجرائم الالكترونية محددات أنواع هذه الجرائم والأشكال التي تتخذها، والركن المادي والمعنوي للجريمة بنصوص تتسم بالتحديد مع السماح بأن يدرج تحتها كل ما هو جديد في عالم الجريمة الالكترونية، مع تحديد دقيق للعقوبة بحديها الأعلى والأدنى كعقوبة أصلية وغيرها من العقوبات التكميلية والتبعية، وبما لا يخل بمبدأ الشرعية الجنائية كمبدأ دستوري حاكم، حيث أن الجريمة الالكترونية تتطور بشكل مذهل نظراً لتطور الأجهزة

(1) أ. هلال بن محمد بن محارب البوسعيدى: الحماية القانونية والفنية لقواعد المعلومات المحوسبة " دراسة قانونية فنية مقارنة" دار النهضة العربية، 2009، ص 136.

(2) أ. شمسان ناجى صالح أُلخيلي: الجرائم المستخدمة بطرق غير مشروعة لشبكة الإنترنت دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2009، ص 44، وما بعدها.

الالكترونية مما يوجد شبه استحالة في مواكبة ذلك التطور بتشريعات تجرمها، وهنا تكمن صعوبة وضع تشريع جامع لكل صور الجريمة الالكترونية، مانعا المشرع مرة أخرى من التدخل لتعديل التشريع بإضافة أشكال جديدة للتجريم.

وفي ظل غياب التشريع سيجد القاضي نفسه مضطرا للحكم بالبراءة على مرتكبي وقائع الالكترونية عبر الوسائل الالكترونية في شكل جرائم سواء ضد الدولة أو ضد مواطنيها، وذلك تطبيقا لمبدأ المشروعية، وعندئذ ستتفشى الجريمة الالكترونية وتدمر مصالح كثيرة سواء للدولة أو لمواطنيها، والسؤال المطروح هنا هل يسكت القاضي عن ذلك وينتظر السلطة التشريعية، أم يجتهد لحماية للمصلحة العليا للبلاد؟

تقدير دور القاضي في مواجهة النقص التشريعي لمواجهة الجريمة الالكترونية:

ليس أمام القاضي في مصر الآن إلا أن يطبق النصوص القانونية التقليدية الواردة في قانون العقوبات أو أية قوانين خاصة أخرى معمولا بها على بعض الجرائم الالكترونية في حالة عدم تعارضها مع هذه النصوص وإمكانية تطبيقها عليها، وذلك حتى لا يفلت الجناة من العدالة، وهو ما قد يمس مبدأ شرعية الجرائم خصوصا في الجرائم الالكترونية التي تأتي طبيعتها الخضوع للنصوص التقليدية⁽¹⁾، وقد انقسم الفقه بين مؤيد لفكرة تطبيق النص التقليدي على الجريمة الالكترونية وبين معارض لذلك. فالرأي المؤيد: أخذ يستند إلى ما انتهت إليه محكمتي النقض المصرية والفرنسية في أحكامها عندما ظهرت جريمة سرقة التيار الكهربائي باعتباره تقع على مال غير ملموس مع عدم وجود نصوص قانونية تجرمها فقام القضاء بتطبيق نصوص السرقة التقليدية، واعتبرت محكمتا النقض أن التيار يمر في أسلاك وتوصيلات ذات كيان مادي وبالتالي يمكن اختلاسه وانطبق نص السرقة عليه، وكذلك سرقة المكالمات التليفونية وإن لم يكن ماديا ولموسا ولكنه رغم ذلك قابل للحيازة والانتقال⁽²⁾، أما الرأي المعارض: فيرى أن القضاء في الحالتين السابقتين توسعوا في تطبيق النصوص القانونية وفي تفسيرهم لمعنى الاختلاس المكون لجريمة السرقة، وهو وما لا يمكن تصوره بالنسبة للجرائم المستحدثة ومنها جرائم الإنترنت لأن السرقة تفترض انتقال الحيازة من مالكها إلى السارق وهو ما لم يحدث، بل ينحصر في أغلب الأحوال في الحصول على منفعة الشيء فقط دون أصله الذي يبقى في حيازة صاحبه، ولا صعوبة في القول بأننا هنا بصدد سرقة منفعة، والتي تحتاج إلى نص خاص صريح، وهو ما يتضح من رفض القضاء تطبيق

(1) وهو ما يعد أحد أوجه النقض التي وجهت لمبدأ الشرعية الجنائية حيث قيل أن هذا المبدأ يقف عقبة في سبيل تطور المجتمع ورقبه لأن المشرع عندما يضع نصوص التجريم والعقاب فإنما يضعها لكي تحمي المصالح والحقوق التي تكون قائمة وقت التشريع وإذا كانت هذه المصالح بحكم طبيعتها قابلة للتطور قد يكون هذا التطور عن أفعال تمثل خطرا عليها، مما يؤدي إلى عدم خضوع الكثير من الأفعال الضارة بمصالح المجتمع للعقاب لعدم وجود نص يجرمها ويعاقب عليها؛ ولعل ذلك ما يجعل المشرع يستخدم عند وضعه لنصوص التجريم والعقاب عبارات ذات أفكار قانونية عامة بحيث يمكن عن طريق تفسيرها التفسير السليم تحقيق التوازن بين المحافظة على مبدأ الشرعية وبين الحاجة إلى تمكين القاضي من حماية المجتمع إزاء الأفعال الضارة التي تهدد مصالحه، راجع د. إبراهيم حامد طنطاوى، د. علي محمود حمودة، مرجع سابق، ص 21.

(2) راجع في ذلك أ. شمسان ناجي صالح الخيلي، مرجع سابق، ص 47، وما بعدها.

نصوص السرقة على من يتناول طعاما أو شرابا في محل معد لذلك ثم يمتنع دون مبرر عن دفع الثمن أو يفر دون الوفاء به، وذلك لتحقيق التسليم النافي للاختلاس من جانب صاحب العمل، الأمر الذي اقتضي من المشرع بأن يتدخل للنص على تجريم الفعل في المادة (324) من قانون العقوبات المصري، وكذلك بالنسبة لمن يستولي على سيارة مملوكة للغير دون نية تملكها، فلم يستطع القضاء تطبيق نص السرقة على الفعل نظرا لأن الفاعل وإن كان قد استولى على حيازة المال بغير رضا صاحبه إلا أن نية التملك لم تكن متوافرة لديه، وقد تدخل المشرع مؤخرا لتجريم ذلك الفعل بالمادة (323) مكرر من قانون العقوبات المصري، وغير ذلك الكثير⁽¹⁾، وهو ما دعا المشرعين في عدد من الدول بالتدخل وإصدار قانون يتعلق بجرائم الكمبيوتر منهم المشرع الأمريكي الذي أصدر قانونه عام 1986، أما المشرع الفرنسي فقد أدمج بابا في قانون العقوبات الفرنسي يتحدث عن بعض الجرائم المعلوماتية وذلك في 1994/3/1، وفي بلجيكا صدر قانون مكافحة الإجرام المعلوماتي في 2001/2/3، أما الاتحاد الأوروبي فقد حرص على التصدي للاستخدام غير المشروع للحاسبات وشبكات المعلومات وذلك في اتفاقية بودابست الموقعة في 2001/11/23 المتعلقة بالإجرام الكوني" الجرائم المعلوماتية"⁽²⁾.

التفسير القضائي للنص الجنائي التقليدي لتطبيقه علي الجريمة الالكترونية:

ونظرا لأنه لا يوجد قانون موضوعي ينظم الإجرام الإلكتروني في كلا البلدين فليس أمام القاضي في البلدين إلا تفسير النص الجنائي " التفسير القضائي للنص الجنائي" في معرض الفصل في دعوى معينة للتعرف على قصد المشرع بغية التوصل إلى تطبيق النص على الواقعة المطروحة أمامه أو عدم تطبيقه⁽³⁾.

مفهوم التفسير القضائي للنصوص الجنائية، وطبيعته القانونية، ووسائله:

أ- مفهوم التفسير القضائي للنصوص الجنائية: اختلف الفقهاء في إعطاء تعريف موحد للتفسير بحسب اختلاف نظرة كل واحد منهم له، فهناك من نظر إليه نظرة موضوعية وبالتالي غلب على تعريفه الطابع الموضوعي، ومنهم من عرفه على أساس الهدف منه أو الغاية، وهناك من عرفه من منطلق لغوي بحت، ومنهم من ركز على الوظائف التي يؤديها التفسير، ومنهم من ربط بين أكثر من عامل من هذه العوامل لإعطاء تعريف للتفسير، وعلى العموم يقصد بالتفسير القضائي " عملية ذهنية تهدف إلى تحديد المعنى الذي يقصده واضع القانون من ألفاظ القاعدة القانونية لجعلها صالحة للتطبيق على وقائع الحياة"⁽⁴⁾، كما عرّف أيضاً بأنه " إعطاء المعنى الحقيقي للنصوص الغامضة سواء أكان هذا الغموض ناتجاً عن نقص موجود في النصوص إما بسبب

(1) د. عبد العظيم مرسي وزير، مرجع سابق، ص 35، 36.

(2) راجع في ذلك أ. شمسان ناجي صالح الخليلي، مرجع سابق، ص 56، وما بعدها.

(3) د. عبد العظيم مرسي وزير، مرجع سابق، ص 54.

(4) راجع د. حسنى الجندي، مرجع سابق، ص 96.

عدم التناسب والتناسق بين الألفاظ أو لكونها ألفاظاً غريبة، أم ناتجاً عن خلل في البناء المنطقي أو في العبارات المستعملة، نتيجة لطابع أو أسلوب اللغة المستخدم، أو نتيجة للأخطاء المطبعية"، هذا وقد عرّف أيضاً بأنه " البحث والتحري بهدف إيجاد المعنى الصحيح للقاعدة القانونية لتطبيقها بعد ذلك على الحالة الواقعية، أو الاستدلال على الحكم القانوني وعلى الحالة النموذجية التي وضع لها هذا الحكم من واقع الألفاظ التي عبر بها المشرع عن ذلك"⁽¹⁾، وكذلك عرّف بأنه " بيان المعنى المقصود للمشرع من المادة القانونية الواردة في هذا القانون فكل مادة قانونية أوردها المشرع قصد بها معنى، والتفسير هو بيان لذلك المعنى المقصود للمشرع، وتفسير النص لا يكون إلا بعد فهمه فالفهم عملية عقلية يتوصل من خلالها إلى التفسير"⁽²⁾.

ب- الطبيعة القانونية للتفسير القضائي للنصوص الجنائية: تنازع الكشف عن طبيعة التفسير مذهبان: 1- المذهب التقليدي: والذي يذهب إلى أن التفسير يقف عند معرفة القاضي لإرادة المشرع التي يعبر عنها في القاعدة القانونية دون أن يخرج عن هذه الإرادة لتكملة أي نقص قد يبدو فيها.

2- المذهب الواقعي: الذي يذهب إلى أن المشرع عندما يضع القواعد القانونية إنما يضعها بصورة عامة مجردة ، ويترك للقاضي سلطة تحديد هذه العمومية لكي يتمكن من تطبيق هذه القواعد على الواقعة المجردة والمحددة التي يفصل فيها، لذلك يذهب هذا المذهب إلى أن التفسير لا يعنى مجرد الوصول إلى إرادة المشرع، وإنما هو عملية قد تكمل النقص الذي يعتري بعض القواعد الجنائية، فالقاضي يجب أن يتمتع بدور إيجابي في فهم النص أثناء تطبيقه بحيث يستطيع أن يكمل أوجه النقص في النص الذي يطبقه دون أن يرقى ذلك إلى تكملة بإنشاء قاعدة عقابية جديدة ؛ لأنه لو فعل يكون بفعله هذا هادماً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات⁽³⁾.

ت- وسائل القاضي الجنائي في تفسير النص العقابي: تتعدد وسائل التفسير التي يمكن للقاضي استخدامها في فهم مدلول النص الجنائي المطلوب تطبيقه على الوقائع المعروضة عليه ليطبقه تطبيقاً سليماً، وهذه الوسائل تتمثل في الآتي:

1- التفسير واللغوي للنص الجنائي: وذلك من خلال فهم القاضي لمدلول المصطلح أو التعبير المستخدم من المشرع في نص التجريم والعقاب وفقاً لمعناه اللغوي، ولعل هذا التفسير هو ما ينبغي على المفسر أن يلجأ إليه كأول خطوة من خطوات التفسير، والعملية الفنية لهذا التفسير اللغوي تعتمد على الوصول إلى معاني ألفاظ النص القانوني وتحديد مدلولاته اللغوية، وفي الحالات التي يعطي فيها المشرع بعض ألفاظ النص مدلولاً اصطلاحياً خاصاً، فيجب على المفسر هنا أن يبحث في اللغة القانونية عن هذا المدلول.

(1) أ. عثمانية لخميسي: التفسير في المادة الجزائية وأثره على حركة التشريع، مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خضير بسكرة، العدد السابع، فبراير 2005، ص3، بحث متاح على شبكة الإنترنت على موقع:

http://www.webreview.dz/IMG/pdf/20_L_explication_en_matiere_penale_Aathamnia-2.pdf

(2) د. عبد المهدي " محمد سعيد" أحمد العجلوني: قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني دراسة أصولية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا ، الجامعة الأردنية، 2005، ص58.

(3) د. إبراهيم حامد طنطاوي، د. علي محمود حمودة، مرجع سابق، ص33، 34، أ. عثمانية لخميسي، مرجع سابق، ص8، وما بعدها.

2- التفسير المنطقي للنص الجنائي: ويسمى البعض هذه الطريقة بطريقة التفسير الغائي باعتبارها تهدف إلى البحث عن الغاية من وضع النص، وهي تستعمل للوصول إلى تلك الغاية.

ويعتمد هذا النوع من التفسير على البحث عن مقصود الشارع من الألفاظ والعبارات التي يستخدمها في نصوص التجريم والعقاب، ولذلك فإنه لا يقف عند عبارات ومعاني النص القانوني محل التفسير، وإنما يمكن للمفسر أن يستعين في عمله هذا بالمصادر التاريخية للنص، وإجراء مقارنة بين النص الذي يفسره بغيره من النصوص، كما يمكنه كذلك الرجوع إلى الأعمال التحضيرية التي ولد من خلالها هذا النص، سواء أكانت مذكرات إيضاحية أم مناقشات برلمانية، أو محاضر لجان تشريعية أسهمت في وضعه، والمصالح والاعتبارات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والأخلاقية التي دعت إليه وهو ما يطلق عليه "بروح التشريع". وروح التشريع تعني تحديد معنى النص إذ يفسر التشريع على ضوء الغاية منه أو حكمته، ومن هنا يعتبر من الضروري إدراك الحكمة التشريعية من النص، فتعرف المصالح التي يراد من خلاله حمايتها، والمساوىء التي يهدف إلى قطع السبيل عليها، والغاية السياسية والاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية التي يرمي إلى تحقيقها، ولعل أهم طريقة يمكن أن يتم بها هذا النوع من التفسير تلك التي تتعلق بالوصول إلى علة النص، فالمشرع يضع النص ليحقق من ورائه علة معينة، كحماية الحقوق والمصالح التي تقدر جدارتها بالحماية الجنائية، ولذلك فإنه إذا تمكن القاضي من تحديد الحق الذي يريد المشرع حمايته من وراء نص التجريم والعقاب، استطاع تحديد أركان الجريمة التي يريد بالعقاب على ارتكابها حماية هذا الحق⁽¹⁾.

أهمية التفسير القضائي للنص الجنائي: ترجع أهمية التفسير القضائي للنصوص الجنائية إلى سببين جوهريين: السبب الأول: أن وضوح القاعدة أو النص من عدمه هو أمر نسبي يختلف من شخص لآخر فما يكون واضحاً بالنسبة لشخص قد لا يكون كذلك بالنسبة لآخر.

السبب الثاني: أن المعنى الظاهر من القاعدة ليس بالضرورة هو المعنى الذي يرمى إليه النص. وإن الاكتفاء أحياناً بالمعنى الظاهر يؤدي إلى الفهم الخاطئ له⁽²⁾، والقاضي في هذه الحالة عندما يفسر القانون لا يعطى رأيه الشخصي ولكنه يبحث عن المعنى الحقيقي للقانون، وعن قيمته الموضوعية كما أرادها المشرع التي ضمنها النص والتي ليست مبدأ جامداً محكوم بالوقائع الاجتماعية المتوافرة وقت وضع النص، بل هي إرادة متغيرة تتطور بتطور هذه الوقائع الاجتماعية طالما أنها تراعى المصلحة الاجتماعية المحمية بالنص؛ ذلك أن هذه المصلحة تبلور إرادة المشرع، وتحدد تبعاً لها نطاق تطبيق نصوصه، فلم يصنع القانون من أجل اليوم فقط بل إنه صنع من أجل المستقبل، وإرادة القانون بهذا المعنى تترك للتفسير مهمة تحديد معنى النصوص القانونية المجردة في ضوء التحولات والتغيرات الاجتماعية، وتطبيق ذلك المنهج نجد أنه يقدم الحلول الصحيحة خاصة عندما يعبر القانون عن فكرة متحركة متطورة بحسب طبيعتها مثل النظام العام أو الأداب العامة. وكذلك

(1) د. إبراهيم حامد طنطاوي، د. علي محمود حمودة، مرجع سابق، ص 35، 36.

(2) راجع د. حسنى الجندي، مرجع سابق، ص 96.

الشأن لمواجهة الاختراعات العلمية التي تصلح محلا أو أداة للجريمة مثل الطاقة الكهربائية كمحل للسرقة والراديو والتلفزيون كوسيلة للعلانية في جرائم النشر⁽¹⁾.

أنواع التفسير القضائي للنص الجنائي: هناك ثلاثة أنواع من التفسير القضائي للنص الجنائي:

النوع الأول: تفسير مقرر: يقصد به أن يصل القاضي إلى فهم النص القانوني من مدلوله الظاهر.

والنوع الثاني: تفسير ضيق: ويقصد به أن النص العقابي يفيد في ظاهره أكثر مما أراده منه المشرع فيقيد القاضي الظاهر.

والنوع الثالث: تفسير موسع: وهو الذي يهمننا في الحالة محل الدراسة، وذلك عندما تكون عبارات النص تفيد في ظاهرها أقل مما أراده الشارع فيلزم للمفسر أن يوسع هذا الظاهر ويمد تطبيقه إلى ما أريد به في حقيقة الأمر وبغير ذلك التفسير يصبح القانون عاجزا عن مواجهة الظروف الجديدة بل أنه يصبح عاجزا عن حماية المجتمع في الظروف التي وضع فيها، نظرا لأنه يصعب إن لم يتعذر بالفعل أن يجري المشرع حصرا أو إشارة إلى كل الحالات الضارة بالمجتمع⁽²⁾.

الضوابط القانونية المفروضة على القاضي الجنائي عند تصديده لتفسير النص العقابي:

هناك عدد من الضوابط تحكم عمل القاضي الجنائي عند تفسيره للنصوص العقابية والتي تتمثل في:

- 1- يجب على القاضي الجنائي عند تفسيره للنص العقابي التزام جانب الدقة وعدم تحميل عبارات النص فوق ما تحتمل، فيما يسمى " التفسير المنضبط للنصوص العقابية" فلا يجوز له في حالة إذا كانت عبارات النص واضحة أن يبحث عن علة التجريم ليوسع من نطاق التطبيق، والتفسير المنضبط لقانون العقوبات لا يحول بالطبع دون محاولة تطويع النصوص لتحيط بالمعطيات التكنولوجية الحديثة وخاصة في مجال ثورة المعلومات، ولكن على القاضي إذا اتضح أن الأمر قد تجاوز حدود التفسير المنضبط إلى حد خلق جرائم جديدة، وجب عليه الحكم بالبراءة تاركا الأمر لتدخل تشريعي.
- 2- يلتزم القاضي بإسخدام قاعدة " الاستغراق" وهي تعني أن هناك نصين في التشريع العقابي كل منهما يعاقب على جريمة مستقلة عن الأخرى، ثم يصدر نص عقابي ثالث تالٍ لهما يجعل إحدى الجريمتين المجرمتين بالنصين العقابين السابقين له ظرفا مشددا للأخرى.

(1) د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 95، وما بعدها.

(2) راجع في ذلك د. عبد العظيم مرسي وزير، مرجع سابق، ص 58، وما بعدها، د. حسنى الجندي، مرجع سابق، ص 98.

ففي هذه الحالة يتعين على القاضي استبعاد نصي الجريمتين ويطبق النص الثالث المستغرق لهما والذي يضم الجريمتين في جريمة واحدة مشدده⁽¹⁾.

3- لا يجوز له أن يستخدم القياس لتفسير النص العقابي والقياس في مجال التجريم يعني "إلحاق فعل مباح بفعل مجرم لأشترهما في علة التجريم، أي استكمال ما يشوب القانون من نقص عن طريق إيجاد الحل لمسألة لم ينظمها القانون وذلك عن طريق استعارة الحل الذي قرره القانون لمسألة مماثلة، فالقياس بالتالي ليس وسيلة لاستخلاص إرادة القانون في إطار الصيغة التي استعملها، بل إنه يفترض أن القانون لم ينظم المسألة محل البحث ولم يقدم لها مباشرة الحل الواجب التطبيق⁽²⁾، والسماح للقاضي بذلك يحول القاضي إلى مشرّع يقوم بخلق قاعدة عقابية جديدة لم ينص عليها المشرع الفعلي ولم يفرد لها نصا مكتوبا مما يؤدي إلى هدم مبدأ شرعية الجرائم والعقاب. وعليه فالقياس محظور في المجال الجنائي سواء كان كلياً أو جزئياً،

4- علماً بأن صورة القياس الكلي هي انعدام النص، أما القياس الجزئي فصورته أن يكون النص الجنائي ناقصاً في تحديد أركان الجريمة أو تعيين العقوبة، فلا يملك القاضي الجنائي أن يكمل هذا النقص عن طريق القياس علي نص آخر⁽³⁾.

5- التفسير الذي يقوم به قضاة المحاكم غير ملزم لهم إذا ما عرضت عليهم واقعة جديدة تستلزم تطبيق النص، وبالتالي غير ملزم لغيره من القضاة لأنه اجتهاد في فهم معنى نصوص التجريم والعقاب، وقد يختلف هذا الاجتهاد من قاض إلى آخر وفقاً لاختلاف ملكات هذا الاجتهاد؛ أي ما يفهم به الله على البعض من حسن الفهم ونفاذ البصيرة، بل أن هذا التفسير لا يلزم غيره من القضاة، إلا أن الواقع العملي في مصر يظهر فيه تأثير تفسيرات محكمة النقض على المحاكم الأدنى منها، فهي تتأثر بها وتتقيد بها، مراعاة

(1) د. حسنى الجندى، مرجع سابق، ص 99، د. عمر سالم، مرجع سابق، ص 63، وما بعدها.

مثال لذلك المادة 318 من قانون العقوبات جاء نصها "يعاقب علي جريمة انتهاك ملك الغير في المادة 370 من ذات القانون، ثم جاء نص المادة 317 لينص علي السرقة من محل مسكون باعتبارها سرقة مشددة، وفي هذه الحالة يكون نص المادة 317 قد استغرق نصي المادتين 318، 370 ويلزم تطبيقه.

(2) د. أحمد فتحى سرور، مرجع سابق، ص 101، وما بعدها، د. عمر سالم، مرجع سابق، ص 59.

الاجتهاد القضائي تبنى كقاعدة عامة مبدأ التفسير الضيق للنصوص العقابية الموضوعية، وهناك العديد من الأحكام القضائية التي أكدت هذا التوجه بالنص على أن النصوص الجنائية تفسر تفسيراً صارماً والقضاة لا يستطيعوا في هذا المجال التفسير الواسع أو المنطقي، والقانون الجنائي الفرنسي الجديد لسنة 1994 أكد هذا الاجتهاد بالمادة 111/4 تنص على "القانون الجنائي يفسر تفسيراً صارماً"، إلا أنه من الناحية التطبيقية عرف مبدأ التفسير الصارم للنصوص الجنائية صعوبات تختلف باختلاف طبيعة النص فيما إذا كان النص واضحاً أو غامضاً؛ أما التفسير في القواعد الشكلية على خلاف القواعد الموضوعية يعطي مجالاً أوسع للقضاة لاعتماد طريقة التفسير المنطقي من منطلق أن البعض يرى أن مبدأ الشرعية يشمل فقط الجرائم والعقوبات ولا يشمل النصوص الإجرائية التي تحكم سير الدعوة العمومية وعليه فإن القضاة لا يجب أن يتقيدوا في تفسير النصوص الإجرائية بالطريقة الضيقة أو الصارمة وإنما يمكنهم اعتماد أسلوب المنطق في التفسير أي اعتماد التفسير الواسع شريطة أن لا يؤدي هذا التفسير للنصوص الإجرائية إلى الأضرار بالمتهمين، راجع أ. عثمانية لخميسي، مرجع سابق، ص 13، وما بعدها.

(3) د. عبد العظيم مرسي وزير، مرجع سابق، ص 63، وما بعدها، د. حسنى الجندى، مرجع سابق، ص 100، د. إبراهيم حامد طنطاوى، د. علي محمود حمودة، مرجع سابق، ص 38، وما بعدها.

لمكانتها الأدبية والعملية والفقهية العالية، فهذه المحكمة يجلس على منصفها شيوخ القضاة⁽¹⁾، وقد قرر القانون الفرنسي رقم 2001-539 والصادر في 25 يوليو 2001 للقاضي الجنائي حق اللجوء إلى محكمة النقض لتحديد معنى نص وجد صعوبة في تفسيره وفي حالة اتجاه القاضي ذلك، فإنه يلتزم بإخطاره طرفي الدعوى بهذه النية ويوقف نظر الدعوى إلى حين وصول رد محكمة النقض، والذي يجب أن يصل خلال ثلاثة أشهر من تاريخ استلام الطلب.

وعلى الرغم من هذا التنظيم القانوني لطلب التفسير في فرنسا وكونه صادرا من محكمة النقض إلا أنه لا يلزم القاضي الجنائي في فرنسا فله أن يخرج عليه⁽²⁾.

أما في مصر فالأساس في التفسير القضائي للنصوص هو تفسير المحكمة الدستورية العليا المنظم بالدستور والقانون⁽³⁾، على أن اختصاصها بالتفسير مشروط بشرطين هما:

الأول: أن تكون للنص التشريعي المراد تفسيره أهمية جوهرية - لا ثانوية أو عرضية - تتحدد بالنظر إلى طبيعة الحقوق التي ينظمها ووزن المصالح المرتبطة بها، والثاني: أن يكون هذا النص - فوق أهميته - قد أثار عند تطبيقه خلافا حول مضمونه، تتباين معه الآثار القانونية التي يرتبها فيما بين المخاطبين بأحكامه، بما يخل عملا بعمومية القاعدة القانونية الصادرة في شأنهم والمتماثلة مراكزهم القانونية بالنسبة إليهما، ويهدر بالتالي المساواة بينهم في مجال تطبيقها، وتفسير المحكمة الدستورية. وهكذا يندمج بالنص المطلوب تفسيره ويصبح جزءا لا يتجزأ منه، وبالتالي يصبح التفسير نافذا من تاريخ صدور النص القانوني⁽⁴⁾. وعلى الرغم من اختصاص المحكمة الدستورية حصريا و طبقا للدستور بتفسير القوانين إلا أن المحكمة الدستورية قضت بأن " هذا الاختصاص لا يصادر حق جهات القضاء الأخرى جميعا في تفسير القوانين وإنزال تفسيرها على الواقعة

(1) د. إبراهيم حامد طنطاوى، د. علي محمود حمودة، مرجع سابق، ص 35، د. عمر سالم، مرجع سابق، ص 52، 53.

(2) راجع: (2) DRADEL(J.), Droit penal général, Cujus, 2002-2003, No 181, p. 175.

(3) فنص الدستور المصري الصادر عام 2014 في المادة 192 منه على أن " تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين، واللوائح، وتفسير النصوص التشريعية، والفصل في المنازعات المتعلقة بشئون أعضائها، وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء، والهيئات ذات الاختصاص القضائي، والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من أية جهة من جهات القضاء، أو هيئة ذات اختصاص قضائي، والآخر من جهة أخرى منها، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ أحكامها، والقرارات الصادرة منها. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة، وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها". وقد نصت المادة 26 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 بأن " تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقا لأحكام الدستور وذلك إذا أثار خلاف في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها"، وقد نصت المادة 33 من ذات القانون على أنه " يقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية. ويجب أن يبين في طلب التفسير النص التشريعي المطلوب تفسيره وما أثاره من خلاف في التطبيق ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقا لوحدة تطبيقه"، وقد نصت المادة 49 من ذات القانون على أن يصبح هذا التفسير ملزما لجميع سلطات الدولة وللکافة بعد نشره في الجريدة الرسمية"

(4) د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 97، وما بعدها.

المعروضة عليها ما دام لم يصدر بشأن النص المطروح أمامها تفسير ملزم، سواء من السلطة التشريعية أم من المحكمة الدستورية العليا⁽¹⁾.

وفي النهاية يرى الباحث أنه يجب على القاضي الجنائي الذي يتصدى للحكم في الجرائم الالكترونية، في محاولة منه لتفسير النصوص العقابية التقليدية بما يساعد في إدراج هذه الجرائم تحت عباءة تلك النصوص أن يكون على علم واسع بالتقنيات الحديثة وأنظمة المعلومات وذلك من خلال تلقيه دورات تدريبية تنظمها وزارة العدل لهم بشكل نصف سنوي يطلعون من خلالها على أحدث ما جاء به العلم في هذه التقنيات حتى يستطيعون فهم طبيعة الجرائم المرتكبة من خلال هذه التقنيات المستحدثة، وهو ما سينعكس أثره بالطبع على تفسيرهم للنصوص العقابية التقليدية، أضف الى ذلك إنشاء دوائر جنائية متخصصة في هذه الجرائم.

الخاتمة

تناولت الدراسة الجريمة الالكترونية من منظور المبدأ الدستوري المستقر في مصر وكل الدول المتحضرة وهو مبدأ الشرعية الجنائية، الذي يقرر أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. ونظرا لحدثة عهد الجريمة الالكترونية على مستوى العالم وسرعة تطورها لسرعة تطور التقنيات المستخدمة فيها، والتي تتم عبرها، واجهت بعض الدول المتقدمة ذلك بتشريعات تحدد الجرائم بركنهما المادي والمعنوي والعقوبة، وهي الدول التي ظهرت التكنولوجيا الحديثة المستخدمة في تلك الجرائم في كنفها، وتحت سمعها وبصرها، أما أغلب الدول التي استوردت تلك التكنولوجيا ومنها مصر فلا زالت تتخبط في طريقها فلم تضع تشريعا جامعاً شاملاً ينص على كافة صور الجرائم الالكترونية الحالية، كما سيسمح في المستقبل بإدراج أي صور جديدة تظهر تحت مظلتها، فكل ما قامت به مصر حتى الآن إصدار مجموعة من النصوص العقابية المتناثرة في عدد من القوانين المختلفة، الأمر الذي يجعل القضاء المصري في حيرة من أمره، متسائلاً كيف سيتثنى له التعامل مع مرتكب الجريمة الالكترونية في ظل غياب النص العقابي الذي يعاقبه صراحة عليها في ظل ما يقتضيه تطبيق المبدأ الدستوري الخاص بالشرعية الجنائية؟

وإننا لنربأنه ليس أمام القاضي سوى إجابتان لهذا التساؤل، إجابة سهلة تكفيه العناء والبحث، و تتمثل في القضاء ببراءة المتهم في الجريمة الالكترونية لعدم وجود النص العقابي الذي يجرم فعله، وهذه الإجابة بالطبع سيكون لها أسوأ الأثر على المجتمع لأنها ستساعد على انتشار الجريمة الالكترونية في المجتمع كالنار في الهشيم، أما الإجابة الثانية فهي تعني الذهاب بمحض اختياره للعناء والبحث عن حل قضائي لمواجهة المجرم الالكتروني ومحاكمته وذلك عن طريق محاولة تفسير النصوص التقليدية بما يسمح له بإدراج الفعل الإجرامي المرتكب من المجرم الالكتروني تحت سلطانها وهو ما سيساعد مؤقتاً في مواجهة تلك الجرائم، حتى صدور

(1) راجع قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية في طلب التفسير رقم 1 لسنة 2 قضائية الصادر بتاريخ 17/1/1981.

تشريع ينظم هذه النوعية من الجرائم، والباحث من جانبه يؤيد هذا الحل الأخير لكونه الحل المتاح حالياً ولكون تاريخ القضاء الجنائي قد قام بفعل ذلك مسبقاً عندما ظهرت جرائم لم ينص عليها قانون العقوبات، حتى تنبه المشرع ونظمها بقوانين مستقلة مثل جرائم سرقة التيار الكهربائي، وجرائم دخول المطاعم للأكل والشراب دون سداد الثمن، وغير ذلك من الجرائم، إلا أنه على القاضي أن يتدخل بالتفسير طبقاً للضوابط المقررة من الفقه لذلك حمن أجل ألا يتحول من قاضي إلى مشرع، فيجمع بين سلطتين تم الفصل بينهما حماية للحريات الفردية، كما يجب على الجهاز القضائي في الدولة أن ينظموا دورات تدريبية للقضاة بصفة دورية منتظمة تساعدهم في فهم التقنيات الحديثة وكيفية استخدامها في ارتكاب الجرائم، مع استحداث دوائر جنائية متخصصة في هذه النوعية من الجرائم، وكل ذلك سيساعد في بناء مبادئ قضائية تسهم في مواجهة هذه الجرائم.

ومسك الختام تذكير بقول الإمام الشافعي عندما قال:

كلما أدبني الدهر أراني نقص عقلي

وإذا ما أزددت علماً زادني علماً بجهلي تم بحمد الله وتوفيقه

ثبت المراجع

أولاً: المراجع العربية:

د. إبراهيم حامد طنطاوي، د. علي محمود حمودة: شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات الجزء الأول النظرية العامة للجريمة، دار النهضة العربية، دت.

د. أحمد فتحى سرور: القانون الجنائي الدستوري، دار الشروق، ط2، 2002.

د. أيمن عبد الحفيظ: الاتجاهات الفنية والأمنية لمواجهة الجرائم المعلوماتية، دن، 2005.

د. حسنى الجندي: شرح قانون العقوبات، دن، 1999.

د. حسين بن سعيد الغافري: السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2009.

د. خالد عبد الله الشافي: المبادئ الجنائية الدستورية في النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2010.

- د. خالد ممدوح إبراهيم: الجرائم المعلوماتية، دار الفكر الجامعي، 2009.
- د. رامى متولي القاضي: مكافحة الجرائم المعلوماتية في التشريعات المقارنة وفي ضوء الاتفاقيات والمواثيق الدولية، دار النهضة العربية، ط1، 2011.
- أ. شمسان ناجى صالح الخيلي: الجرائم المستخدمة بطرق غير مشروعة لشبكة الإنترنت دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2009.
- أ. عثمانية لخميسي : التفسير في المادة الجزائية وأثره علي حركة التشريع، مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خضيرة بسكرة، العدد السابع، فبراير 2005، بحث متاح علي شبكة الإنترنت علي موقع:
http://www.webreview.dz/IMG/pdf/20_L_explication_en_matiere_penale_Aathamnia-2.pdf
- د. عمر سالم: شرح قانون العقوبات المصري، دار النهضة العربية، 2010،
- د. عبد العظيم مرسي وزير: شرح قانون العقوبات ، دار النهضة العربية ، دت.
- د. عبد المهدي " محمد سعيد" أحمد العجلوني: قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني دراسة أصولية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا ، الجامعة الأردنية، 2005.
- د. مصطفى محمد موسى: التحقيق الجنائي في الجرائم الالكترونية، ط1، دن، 2008
- أ. محمد محمد شتات: فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001
- د. محمود علي أحمد مدني: دور المحكمة الدستورية العليا في استجلاء المفاهيم الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني المصري " دراسة مقارنة" رسالة دكتوراه، حقوق حلوان، 2015.
- د. نائلة عادل محمد فريد قورة: جرائم الحاسب الاقصادية" دراسة نظرية وتطبيقية"، دار النهضة العربية، 2004-2003.
- د. هدى حامد قشقوش: شرح قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2010.
- أ. هلال بن محمد بن حارب البوسعيدي: الحماية القانونية والفنية لقواعد المعلومات المحوسبة" دراسة قانونية وفنية مقارنة"، دار النهضة العربية، 2009.

د. هلال عبد الله أحمد: الجوانب الموضوعية والإجرائية لجرائم المعلوماتية علي ضوء اتفاقية بودابست الموقعة 23 نوفمبر 2001، دار النهضة العربية، 2002.

المراجع الأجنبية:

BECCARIA: "Traité des délits et des peines". Nouvelle Traduction française, Introduction de ANCEL et STEFANI, Paris, Cujas 1966.

BERNA RDINI(R.), Droit Pénal general, Paris, 2003, No193.

Cohen Frederick: Protection and security on the information super high way, Wiley&sons, Inc, 1995.

D.B Parker, combattre la crimipin alite informatique, 1985.

DRADEL(J.), Droit penal général ,Cujus, 2002-2003, No181.

J.P.Delms saint hilair: un probleme qui évolue, le principe de la léqali –té en matière d'attante á la liberté de l'ass.inter.de droit penal-bordeaux 1984.

الاختصارات

ط الطبعة

دن دون ناشر

دت دون تاريخ

د دكتور

أ الأستاذ



مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة ISSN 2414-7931
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2017