

RULE OF LAW AND ANTI-CORRUPTION CENTER JOURNAL

Issue 2 - Volume 2019
December 2019

ISSN: 2755-2617
E-ISSN: 2763-2617

ROLACC

مجلة مركز حكم القانون ومكافحة الفساد
RULE OF LAW AND ANTI-CORRUPTION CENTER JOURNAL



ABOUT THE JOURNAL

Rule of Law and Anti-Corruption Journal (ROLACC) is an international peer-reviewed journal which publishes original articles on all aspects of anti-corruption perspectives including rule of law. It is an open access journal devoted to important law or evolutionary questions, studies of civil society engagement, resources management, justice sector, anti-trust issues, legal systems comparisons, sports, finance, cross-border interrogations.

ROLACC Journal is a platform for physical and digital content of rule of law, governance, and anti-corruption studies from around the world. We aim at bringing important work in these fields and making it the dedicated resource to a wide international audience and the hub for experts and researchers. Therefore, ROLACC only publishes papers with strong and distinct messages that advance collective understanding of anti-corruption principles. The research presented must demonstrate a link to the specialized field of anti-corruption. Experimental, theoretical, and descriptive studies are accepted, however, these must offer insights into issues of general interest to the journal. ROLACC Journal aims at being a leading example in Qatar, the region, and the world. This journal is open access and publishes manuscripts in English and Arabic and publishes twice a year, June and December.

Editorial Board

Editor in chief

H.E. Dr. Ali bin Fetias Al-Marri (Chairman of board of trustee of the Rule of Law and Anti-Corruption Center; UN Special Advocate for anti-corruption)

Associate Editor in Chief

Professor Francois Amale (Law Professor)

Managing Editor

Dr. Reem Al-Ansari (Law Professor, Director of Research and Studies)

Board Member

Hon. Judge Micheal Mukasey (Lawyer, Former Judge and Former U.S Attorney General)

Board Member

H.E. Mr. Sidiki Kaba (The keeper of the seals and the Minister of Justice of Senegal)

Board Member

Professor Clinton W Francis (Dean of College of Law and Public Policy, Hamad Bin Khalifa University)

Board Member

Sir William Blair (Law Professor)

TABLE OF CONTENTS

Volume (2019) (4) | Issue 2

1. Editorial foreword
Hon Sir William Blair
2. Initial Coin Offerings – Technology and the Rule of Law
George A. Walker
3. Effectiveness of anti-corruption measures in Uganda
Pius Gumisiriza, Robert Mukobi
4. مدى استيعاب النصوص التقليدية للسرقة الإلكترونية - دراسة مقارنة
حابس يوسف زيدات
5. الآليات القانونية لحماية حق المساهمين في الأموال الاحتياطية - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي
بن قادة محمود أمين
6. مدى تنفيذ الدول المغاربية لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد - دراسة في ضوء التقارير القطرية لهذه الدول
ماينو جيلالي

Editorial foreword

Hon Sir William Blair

Professor of Financial Law and Ethics
Centre for Commercial Law Studies
Queen Mary University of London
United Kingdom

Submitted: 05 December 2019
Accepted: 09 December 2019
Published: 31 December 2019
<https://doi.org/10.5339/rolacc.2019.6>

© 2019 The Author(s), licensee HBKU Press. This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution license CC BY 4.0, which permits unrestricted use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

Cite this article as: Blair W. Editorial forward, Rule of Law and Anti-Corruption Center Journal 2019:2.6.
<https://doi.org/10.5339/rolacc.2019.6>

كيساينس
QSCIENCE
دار جامعة حمد بن خليفة للنشر
HAMAD BIN KHALIFA UNIVERSITY PRESS



It gives me great pleasure to present the 4th issue of the Rule of Law and Anti-Corruption Center Journal.

Previous issues have maintained a creditable standard of contribution, sometimes highlighting areas of the rule of law that deserve closer attention, and sometimes in terms highlighting a particular viewpoint of strongly contested issues.

The 4th issue maintains this tradition, and on behalf of the Editorial Board, the contributors are thanked for the width and breadth of their articles.

Professor George Walker deals with the subject of Initial Coin Offerings (ICOs), a reminder that among its aims, the ROLACC Journal includes the digital content of the rule of law, an increasingly pressing subject for policymakers worldwide. As he says, the private and public law rights associated with ICOs cannot simply be removed by computer code or digital direction. Technology can only work within existing legal regimes, and cannot avoid or replace law.

Similar and difficult questions arise in many other digital fields. A current area of interest and concern is the so-called “smart contracts” which have been described as a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these contracts.

It has been suggested that a substantial advantage of smart contracts is that they do away with the need for trust in the counterparty in the sense that performance is essentially automatic. This can be seen as a valuable attribute in a highly contested world.

However, as pointed out, reliance on computer software is not without risk, because of the potential for bugs and errors in the code, malfunctions in the system, and susceptibility to hacking. There is also the difficulty of reproducing in computer code all but the simplest contractual obligations – for that reason, these techniques may at least in the initial phase find most use by being embedded in conventional contracts.

More generally, as indicated, trust is an integral aspect of all human relationships. Whether in the workplace, marketplace or family or other social setting, there can be no meaningful interpersonal connection between two or more persons without trust.¹

¹ Zou, Cheng and Soria Heredia, In Code we trust? Trustlessness and Smart Contracts, April 2019, Computers & Law, p.39.

This is a reminder of the overarching role of trust in the rule of law, for which there can be no satisfactory substitute.

The 4th issue touched on other topics such as Maghreb countries implementation of the United Nations Convention against Corruption, in respect of which Professor Maino Djillali presents a study in the light of country reports that reviews various aspects of the institutional framework as well as highlighting the protection of witnesses and experts .

Professor Benkada Amine conducts a comparative study of Algerian law and French law, in which he addresses legal mechanisms to protect shareholders, for instance, the right to reserve funds, highlighting types of reserve money and how to consider them as undistributed profits, and the impact on shareholders.

Professor Zadet discusses the adequacy of the conventional

provisions combating cyber-crime and further proposes the need to develop a modern legal framework to combat cybercrime in which terminologies cover all the dimensions and negative effects of this phenomenon, and the need for modern legislation regulating the technology, and combating crimes committed through means of the technology.

Professors Pius Gumisiriza and Robert Mukobi discuss the effectiveness of anti-corruption measures in Uganda. They view anti-corruption efforts in the light of political interventions and gaps in the current anti-corruption institutional framework. The authors propose to amend the existing measures to make them more effective.

On behalf of the Editorial Board, I look forward to the 5th edition of the ROLACC Journal and the new challenges which it will explore.

افتتاحية العدد

وبشكل أعم، تعد الثقة جانباً لا يتجزأ من جميع العلاقات الإنسانية. سواء أكان ذلك في مكان العمل أو السوق أو الأسرة أو أي مكان اجتماعي آخر، فلا يمكن أن يكون هناك علاقة شخصية بين شخصين أو أكثر دون أن تكون قائمة على مبدأ الثقة .

وفي ذلك تذكير بدور هام للإدليل له ؛ تقوم به الثقة في دعم سيادة القانون.

بالإضافة إلى ذلك تطرق العدد الرابع إلى العديد من المواضيع الأخرى المتعلقة بمدى تنفيذ الدول المغاربية لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد حيث قام البروفيسور ماينو جيلالي بتقديم دراسة في ضوء التقارير القطرية لهذه الدول التي تستعرض جوانب متعددة خاصة بالإطار المؤسسي فضلاً عن تسليط الضوء على حماية الشهود والخبراء .

بينما أجرى البروفيسور بن قادة محمود أمين دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي تناول من خلالها الآليات القانونية لحماية حق المساهمين في الأموال الاحتياطية والتي ناقش فيها أنواع المال الاحتياطي وكيفية اعتبارها أرباح غير موزعة وأثر ذلك على المساهمين .

يأتي إسهام فكري آخر -للبروفيسور حابس زيدات- لمناقشة فاعلية القوانين التقليدية لمكافحة الجريمة السيبرانية بحيث تقترح الورقة الحاجة إلى وضع إطار قانوني حديث لمكافحة الجريمة السيبرانية بطريقة شمولية تتخللها المصطلحات الدقيقة وكافة أبعاد الظاهرة الإجرامية وأثارها السلبية. حيث ان ذلك يلهم الدول للبحث عن التشريعات الحديثة التي تنظم وتكافئ هذه الجرائم التقليدية المرتكبة من خلال التكنولوجيا.

وأخيراً قام البروفيسور بايوس جوميزيزا وبروفيسور روبرت موكوبي بمناقشة مدى فاعلية تدابير مكافحة الفساد في أوغندا؛ هم يستعرضان عدم فاعلية جهود مكافحة الفساد في أوغندا بسبب التدخلات السياسية من جهة، والقصور في الإطار المؤسسي الحالي لمكافحة الفساد من جهة أخرى، ويقترجان تعديل تدابير مكافحة الفساد الحالية وتطبيقها على الجميع بدون استثناء.

بالنيابة عن هيئة التحرير، أتطلع إلى الإصدار الخامس من مجلة مركز حكم القانون ومكافحة الفساد ROLACC والتحديات الجديدة التي ستستكشفها.

إنه لمن دواعي سروري أن أقدم العدد الرابع من مجلة مركز حكم القانون ومكافحة الفساد. حيث حافظت الأعداد السابقة من المجلة على مستوى موثوق من الإسهامات الفكرية في مجالات تستدعي عناية خاصة مثل حكم القانون، ومن ناحية أخرى تبرز وجهة نظر معينة حول القضايا التي يتم التنازع عليها بشدة.



يحافظ العدد الرابع على هذا التقليد، وباسم مجلس التحرير، اشكر المساهمين على عرض مقالاتهم واتساع آفاق مواضيعهم.

حيث يتعامل البروفيسور جورج ووكر مع موضوع «عروض العملة الأولية»، وفي هذا العرض تذكير، بشمولية أهداف مجلة حكم القانون ومكافحة الفساد وامتدادها إلى المحتوى الرقمي لسيادة القانون، وهو موضوع ذو أهمية قصوى لصانعي السياسات في جميع أنحاء العالم، وكما يذكر البروفيسور ووكر انه لا يمكن ببساطة إزالة حقوق القانون الخاص والعام المرتبطة بعرض العملة الأولي واستبدال ذلك برمز الكمبيوتر أو تبني التوجه الرقمي بشكل عامر، فلا يمكن للتكنولوجيا أن تعمل إلا ضمن اطر الأنظمة القانونية الحالية، ولا يمكنها تجنب أو استبدال القانون التقليدي . ويتبع ذلك أسئلة مماثلة تنشأ في العديد من المجالات الرقمية الأخرى.

تتناول الورقة مجال دقيق يسمى «العقود الذكية» التي يتم وصفها على أنها مجموعة من الوعود، المحددة في شكل رقمي، بما في ذلك البروتوكولات التي تنفذها الأطراف بموجب هذه العقود. لقد تم اقتراح أن الصفة التي تتميز بها العقود الذكية هي الحاجة إلى الثقة في الطرف المقابل، بمعنى أن الأداء محل النقاش يحدث بشكل تلقائي، ويمكن اعتبار ذلك سمة قيمة في موضوع يكثر فيه الجدل .

ومع ذلك، فإن الاعتماد على برامج الكمبيوتر لا يخلو من المخاطرة. نظراً لاحتمال الأخطاء والعيوب في التعليمات البرمجية، والأعطال في النظام، وإمكانية التعرض للقرصنة. هناك أيضاً صعوبة في إعادة إنتاج رموز الكمبيوتر باستثناء الالتزامات التعاقدية البسيطة - ولهذا السبب يكثر استخدام هذه التقنيات في المراحل الأولية من خلال دمجها في العقود التقليدية.

Initial Coin Offerings – Technology and the Rule of Law

G. A. Walker*

Centre for Commercial Law Studies,
Queen Mary University, London, UK
* Email: g.a.walker@qmul.ac.uk

Submitted : 09 October 2019
Accepted : 11 November 2019
Published: 31 December 2019
<https://doi.org/10.5339/rolacc.2019.7>

© 2019 The Author(s), licensee HBKU Press. This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution license CC BY 4.0, which permits unrestricted use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

Cite this article as: Walker G A. Initial Coin Offerings – Technology and the Rule of Law. Rule of Law and Anti-Corruption Center Journal 2019:2.7
<https://doi.org/10.5339/rolacc.2019.7>

كيوساينس
QSCIENCE
دار جامعة حمد بن خليفة للنشر
HAMAD BIN KHALIFA UNIVERSITY PRESS

ABSTRACT

Technology and financial technology (FinTech) have had an increasingly significant impact in all areas of business and commerce in recent years. Technology and FinTech can specifically bring substantial benefits in terms of efficiency, stability and security, as well as innovation, growth and prosperity despite corresponding risks and exposures. Difficult issues should also be considered to ensure that all relevant legal rights and entitlements are properly respected and protected. Many commentators have argued that computer code can replace law and supporting court systems over time although this has been questioned by others. It is arguable that technology will only work most effectively where underlying legal rights are fully reflected and properly protected through appropriate code and software design and implementation. The purpose of this paper is to examine the nature of the relationship between computer code and law and technology in the specific area of Initial Coin Offerings (ICOs) which are used to raise funding and investment capital for digital coin and digital token development purposes. A number of different types of ICO can be identified and offer phases can be distinguished. These are priced and examined in the new emerging area of Tokenomics. Countries have developed different regulatory approaches to manage the inherent risks created or further exposures that emerge over time. All the relevant issues that arise are reviewed in this paper and provisional conclusions drawn with regard to the most appropriate legal and regulatory approach to be adopted in this exciting new area of technological, financial and social advance.

Keywords: Rule of law, legal rights, technology, financial technology, financial risk, financial regulation

العنوان: عرض السعر الأولي – التكنولوجيا وحكم القانون

ملخص

في السنوات الأخيرة أصبح تأثير التقنية المالية (فنتك) كبيراً على جميع مجالات الأعمال والتجارة بتحقيق فوائد مجدية كالكفاءة والاستقرار والأمن، فضلاً عن الابتكار والنمو والازدهار على الرغم من المخاطر المصاحبة للعملية. لذلك ينبغي إمعان النظر في هذا النوع من القضايا المستحدثة لضمان احترام وحماية جميع الحقوق والواجبات القانونية ذات الصلة. وفي هذا الصدد جادل العديد من المهتمين بالموضوع مسألة الكود الخاص بالحاسب الآلي «قانون الحاسوب» وإمكانية حله محل القانون في دعم أنظمة المحاكم مع مرور الوقت على الرغم من تشكك البعض في صحة هذه المسألة قبل الآخرين. ومع ذلك نستطيع القول بأن التكنولوجيا محل الدراسة سوف تعمل بشكل أكثر فاعلية عندما تنعكس الحقوق القانونية الأساسية بشكل كامل وتكون محمية من خلال البرامج المصممة خصيصاً لهذا الغرض والقوانين المناسبة. ترمي هذه المقالة

إلى دراسة طبيعة العلاقة بين قانون الحاسوب والقانون والتكنولوجيا في مجال معين وهو « عروض السعر الأولي» (ICOs) التي تستخدم لجمع التمويل ورأس المال الاستثماري لأغراض تطوير العملات الرقمية والرموز الرقمية. يمكن تحديد عدد من الأنواع المختلفة من ICO ويمكن تمييز مراحل العرض. بحيث يتم تسعيرها وفحصها في المنطقة الناشئة الجديدة *Tokenomics* وتقوم البلدان بتبني مناهج تنظيمية مختلفة لإدارة المخاطر التي تظهر مع مرور الوقت. تستعرض المقالة جميع القضايا ذات الصلة وتقدم استنتاجات أولية فيما يتعلق بأنسب نهج قانوني وتنظيمي يتم اعتماده في هذا المجال التكنولوجي الاجتماعي المالي المستحدث.

الكلمات المفتاحية: حكم القانون، الحقوق القانونية، التكنولوجيا، التكنولوجيا المالية، المخاطر المالية، القواعد المالية

1. FINANCIAL TECHNOLOGY

Technology has come to dominate many areas of finance. This has impacted on more traditional as well as many new markets and areas of financial products and service delivery. This raises fundamental issues in terms of the rule of law. Technology can have a significant impact on legal rights and remedy, as well as on the integrity of the legal system and legal protections.

A number of commentators have argued that technology can be used to replace law and court systems.¹

Many new digital products, platforms and services simply replicate existing financial assets, contracts or instruments with the same general rights and obligations. These new digital items or relations will also be regulated to the extent that they fall within existing legal and regulatory definitions or these definitions are extended by courts, regulatory authorities or legislatures to apply in new products and service fields. Individuals and companies also enjoy a wide range of acquired legal rights, including those based on contract, tort and restitution, and the right to private remedy and judicial resolution. They benefit from a number of other statutory, constitutional or fundamental human rights under public law, as well as the right to judicial review against the actions of public authorities and compensation for liability for misconduct or misfeasance in public office.

All of these private and public law rights cannot simply be removed by computer code or digital direction. Technology can only work within existing legal regimes. It cannot avoid or replace law and will be most effective and of most value where it respects and adheres to existing legal and regulatory parameters and protections. It is accordingly necessary to consider a new positive and constructive relationship between law and technology within the new Digital Information and Data Societies and Economies under construction across the world at this time.

This paper considers a recent example of potential tension and resolution in the digital area in relation to the growth and development of public Initial Coin Offerings (ICOs) in the digital coin or cryptocurrency area. The ICO market has expanded

massively in recent years, with the largest ICO raising over \$4 billion and other ICOs over \$1 billion. ICOs can bring substantial advantage and benefit despite the possibility of significant regulatory concerns. This can support growth and innovation in the financial technology (FinTech) area although relevant investor protection and market disclosure and transparency issues need to be considered. Major problems can arise with regard to pricing and valuation standards within Tokenomics. Regulatory responses vary and are still evolving as countries attempt to balance continued technological advance and product innovation with a necessary degree of market integrity and market stability. This is an important area of future growth and advance.

This paper examines the nature of ICOs and recent market growth. Different ICO structures are reviewed and ICO phases explained. The nature and general content of Tokenomics is considered. Specific risks and exposures are identified with regard to fraud, money laundering and criminal use, as well as custody risk and the risk of cryptographic key and private data loss and identity theft. Emerging regulatory approaches are reviewed. Some general observations and conclusions are drawn and recommendations made for reform.

2. INITIAL COIN OFFERINGS

Initial Coin Offerings (ICOs) are used as a means to raise substantial investment and development funds through new digital coin and token issuance. The area has attracted significant market and regulatory attention in recent years. It has been estimated that almost 6,300 coins and tokens have been issued since the release of Bitcoin in January 2009² although not all coins and tokens have used an ICO structure.³

ICOs can help raise funds for coin and token development by promoters and provide potentially lucrative opportunities for returns by investors. Many offerings are legitimate, with the projects dedicated to creating new technological solutions and advancing design and innovation. Nevertheless, concerns arise with regard to the legitimacy of many projects and with a number of failing or constituting fraudulent offerings.⁴ The Wall Street Journal has stated that approximately 16% of ICO White Papers have engaged in possible fraudulent activity, improbable returns or plagiarism.⁵ A significant proportion of ICOs fail, with funds being either returned to investors or lost. This has attracted substantial regulatory attention to protect investors and the integrity of markets.

ICOs constitute a form of crowdfunding insofar as they are targeted to generate investments from the general public although many only raise funds privately. A number of different types of funding structures can be identified. These include traditional ICOs, Initial Token Offerings (ITOs), Security Token Offerings (STOs), Initial Exchange Offerings (IEOs), Interactive ICOs (IICOs), Initial Supply Auctions (ISAs), Simple Agreement for Future Tokens (SAFTs) and AirDrops.

1 For general discussion of the issues involved see, e.g., Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace* (1999); Lawrence Lessig, *Code: Version 2.0* (2006). Lessig distinguishes between computer code (and Silicon Valley 'West Coast Code' in the US) and legal code (or 'East Coast Code' in Washington DC). Lessig claims that society is based on law, norms, market and architecture although these can be restated for the purposes of this paper in terms of courts, contract, culture and code.

2 See, e.g., Coinstats <https://coinstats.app/> (last visited Aug. 10, 2019).

3 See, e.g., ICO Bench, <https://icobench.com> (last visited Sept. 24, 2019). ICO Bench defines an ICO as the issuance of a fixed amount of new cryptocurrency unit (token or coin) dedicated to the ICO and blockchain based transactions. FAQ, ICO Bench, <https://icobench.com/faq> (last visited Sept. 24, 2019).

4 940 coins or tokens are declared 'deceased' on deadcoins.com with 584 listed as scams. Dead Coins, <https://deadcoins.com> (last visited Aug. 10, 2019). 538 coins are also listed as failed on coinopsy.com. Coinopsy, <https://www.coinopsy.com/dead-coins/> (last visited Aug. 10, 2019).

5 A Flood of Questionable Cryptocurrency Offerings, Wall Street Journal, Dec. 27, 2018. For comment, Ana Alexandre, *WSJ: Hundreds of Crypto Projects Show Signs of Plagiarism, Fraud and Improbable Returns* Cointelegraph, Dec. 27, 2018.

Different phases of an offering can also be distinguished. These include concept origination, white and yellow paper production, proof of concept, pre-sales, launch, post-sale market development, regulation and compliance, and performance or delivery.⁶ The amount of coins and tokens offered and pricing is examined under the new field of 'Tokenomics' although this also includes the study of wider reward and incentive structures within new markets and distribution and the stability of new ecosystems created.⁷ All of this has led to increased regulatory attention across the world.

3. ICO MARKET GROWTH

ICOs have grown substantially since the first Mastercoin (MSC) ICO in 2013. The MSC ICO in July and August 2013 offered 100 times the amount of Bitcoin deposited and additional coins as a reward for early adoption with 4,740 BTC received and over 560,000 million MSC generated.⁸ ICO issuance peaked during 2017–2018. Overall, 15 ICOs in 2016 had raised \$8.3 billion. Later, 50 ICOs were issued per month in 2017, with 537 ICOs in 2018 raising \$13.7 billion. Brave raised \$35 million in 30 seconds. There was a small decline in ICO issuance after December 2017 although 537 ICOs were able to raise \$13.7 billion in the first five months of 2018, which was larger than all the previous ICOs.⁹

ICOs became more mature and stable in 2018 following the substantial growth in 2017.¹⁰ The USA hosted the largest number of ICOs and raised the most funds in 2017. It was the fifth largest in 2018.¹¹ Singapore was the third largest ICO host in 2017 and 2018.¹² Switzerland was the second largest ICO hub in 2017 although it fell to the sixth place in 2018.¹³ The largest ICO hubs in 2018 were the Cayman Islands and British Virgin Islands, with the UK being number five.¹⁴

The largest number of ICOs has been issued in countries such as the USA, Singapore, the UK, Russia and Estonia.¹⁵ The

largest ICOs include EOS, which raised \$4.2 billion, and Telegram, which raised \$1.7 billion, both in May 2018. Dragon received \$320 million in March 2018, Huobi \$300 million in January 2018 and Hdac \$258 million in December 2017.¹⁶ ICOs cover a wide range of market areas.¹⁷ The majority of coins and tokens are issued on the Ethereum blockchain, which includes a special ERC20 or ERC223 facility¹⁸ although offerings can also use Waves, Stellar and Neo.¹⁹

4. ICO STRUCTURES

Several different types of offering structure can be distinguished in the digital coin and token area. These are similar to more traditional venture capital (VC) or public equity (PE) financings although they generally have a wider distribution group, with VCs and PEs tending to be more limited to professional and qualified investors. They are similar to crowdfunding although some may have a private pre-sale or be fully private. Coins and tokens can be issued without an ICO (a 'NoICO') although the use of ICOs is now common practice unless it is a small offering or a sufficient number of separate private investors have been identified.

Different structures can be identified despite the variation in market practice and classifications. The main examples include the following:

- Initial Coin Offering (ICO) allows the purchase of the coin or token generally in exchange for one or more of a limited number of other principal cryptocurrencies;
- Security Token Offering (STO) is an investment offering generally in compliance with relevant domestic securities laws, with investors receiving assets backed by platform cash flows or profits;
- Equity Token Offering (ETO) is a more specialist form of STO, with the investor acquiring an equity interest equivalent to a

6 *Infra* Section 4.

7 *Infra* Section 5.

8 A 'Bitcoin Exodus' address was created to receive the Bitcoin. Iftikhar Alam, *Beginner's Guide: What is Mastercoin (Omni)? The First Altcoin*, 101 Blockchains (Jul. 8, 2018), <https://101blockchains.com/what-is-mastercoin-the-first-altcoin/>.

9 PWC & Crypto Valley, *Initial Coin Offerings – A Strategic Perspective 1* (2018) 1. 2013 2 ICOs raised \$800,000; 2014 8 ICOs raised \$30.5 million; 2015 10 ICOs raised \$9.9 million; 2016 49 ICOs raised \$252 million; 2017 552 ICOs raised \$7,043.3 billion; 2018 Q1 and Q2 537 ICOs raised \$13,712.8 billion. *Id.* at 2.

10 More structured funding was used with caps and higher transparency, combined funding models with less and improved quality promotion. Jurisdictions were selected more carefully with stronger governance and compliance with pre-registering conditions including in relation to know your customer (KYC) and anti-money laundering checks. Valuation and allocation practices became clearer using interactive protocols with lock-up periods and improved transparency. There was a staggered release of funds to development teams with improved cyber security and the construction of communities and support ecosystems. *Id.* at 9.

11 2017 87 closed ICOs raising \$1,722 billion with 40 unclosed ICOs. 2018 56 closed ICOs raising \$1,092 billion with 50 planned ICOs. *Id.* at 4.

12 2017 35 closed ICOs raising \$641 million with 13 unclosed ICOs. 2018 53 closed ICOs raising \$1.12 billion with 52 planned ICOs. *Id.*

13 2017 35 ICOs raised \$641 million with 13 unclosed ICOs. 2018 28 ICOs raised \$456 million with 36 planned ICOs. *Id.*

14 Cayman Islands 10 ICOs raising \$4,254 billion with 16 planned ICOs. British Virgin Islands 16 ICOs raising \$2,227 billion with 2 planned ICOs. UK 48 ICOs raising \$507 million with 51 planned ICOs. *Id.*

15 USA (741); Singapore (552); UK (488); Russia (328); and Estonia (274). See *Stats, ICO Bench*, <https://icobench.com/stats> (last visited Aug. 10, 2019).

16 The largest ICOs include: (1) EOS \$4.2 billion (Cayman Islands) infrastructure; (2) Telegram \$1.7 billion British Virgin Islands social media; (3) Dragon \$320 million British Virgin Islands gambling; (4) Huobi token £300 million Singapore FinTech; (5) Hdac \$258 million Switzerland Internet of Things; (6) Filecoin \$257 million US data storage; (7) Tezos \$232 million Switzerland infrastructure; (8) Sirin Labs \$159.9 million Switzerland consumer electronics; (9) Bancor \$153 million Switzerland FinTech; (10) Bancera \$150.9 million Lithuania FinTech; (11) Polkadot \$145.2 million Switzerland infrastructure; (12) The DAO \$142.5 million Switzerland venture capital; (13) Polymath \$139.4 million Barbados FinTech; (14) Basis \$133 million USA FinTech; and (15) Orbs \$118 million Israel infrastructure. *The 15 Biggest ICOs So Far*, FinTech News (Jul. 4, 2018), https://www.fintechnews.ch/blockchain_bitcoin/the-fifteen-biggest-icos/19735/. Petro also raised \$735 million and TaTaTu \$575 million in 2018. *The 10 Biggest ICOs, Coin Offering*, <https://thecoinoffering.com/learn/the-10-biggest-icos/> (last visited Aug. 10, 2019).

17 These include: platforms (2,997); cryptocurrencies (2,186); business services (1,243); investment (982); smart contracts (803); software (798); internet (617); infrastructure (580); entertainment (568); banking (545); artificial intelligence (489); big data (442); communication (442); media (380); retail (326); health (275); real estate (235); education (215); tourism (179); energy (165); manufacturing (164); casino & gambling (157); sports (152); virtual reality (128); charity (120); electronics (114); legal (101); art (87); other. See *ICO Bench, supra* note 15.

18 The majority of tokens are issued in the form of Ethereum ERC20 and ERC223 tokens. ERC (Ethereum Request for Comment) 20 is a technical standard on the Ethereum blockchain that allows the use of smart contracts to make a token offering. Fabian Vogelsteller, *Ethereum Request for Comment 20* (Nov. 19, 2015). Six sets of rules are specified for ERC20 use with six functions relating to total supply, token receipt, token transfer, token amounts, withdrawals and residual returns. Ether cannot be used with ERC20 with Ether having to be converted into a 'wrapped' token (WETH). See *ERC20 Token Standard*, Ethereum Wiki, https://theethereum.wiki/w/index.php/erc20_token_standard (last visited Nov. 19, 2015). ERC223 corrected a critical bug within ERC20 and allows the token to be used with Ethereum Ether. ERC223 allows more complex functions to be carried out. Dexaran, *ERC223 Token Standard* (Mar. 5, 2017), <https://github.com/ethereum/eips/issues/223>. ERC777 is a fungible token standard using an Ethereum ERC820 registry with a wider range of transaction handling functions. *ERC777 Token Standard* (Nov. 20, 2017), <https://github.com/ethereum/eips/issues/777>. Over 185,387 ERC20 compatible tokens were issued on the Ethereum website by May 2019. This includes EOS, Bancor, VChain, Tronix, BNP and Bankex.

19 The number of ICOs based on other platforms include: (1) Ethereum (4,809 ICOs); (2) Waves (132 ICOs); (3) Stellar (77 ICOs); (4) Neo (44 ICOs); (5) separate blockchain (52 ICOs); and (6) other (374). See *ICO Bench, supra* note 15.

corporate share with the issuance again being carried out in compliance with local securities laws;

- Utility Token Offering (UTO) is a specialist form of token offering, with the investor receiving an entitlement to purchase goods or services through the platform on completion or delivery;
- Initial Supply Auction (ISA) is a descending price auction used to determine the property market price, with purchasers acquiring assets at the price considered to be fair;
- Interactive ICO (IICO) is a smart contract to manage the allocation using fund withdrawal, withdrawal locks and inflation ramps over a specific period such as with a 30-day crowd sale;²⁰
- Simple Agreement for Future Token (SAFT) allows investors to receive a discounted utility token at a subsequent date;²¹
- AirDrop (token offering) is a free distribution of coins or tokens to a defined group, usually early coin adopters, over a specified limited time event that is used for customer loyalty, marketing or awareness practices;²²
- Bounty is another free token offering as a reward for carrying out a specific requirement provided on either a pre-ICO or post-ICO basis;
- Other types of offerings may be described, including statics, variables and dynamics;²³
- Reference is also made to organics, artificials, synthetics and 'LOLs';²⁴
- ICOs may also use hard caps, which is the maximum target amount to be raised, and soft caps, which is the minimum target amount to be raised.²⁵

An important area of development has been associated with the increased use of STOs, especially in the USA. These are structured as public security offerings and comply with all relevant domestic laws and regulations. This can be more costly and burdensome although more substantial funds can be raised in such active markets as in the USA without the threat of subsequent regulatory intervention. Other issuances that comply with the

specific sets of domestic regulatory provisions, whether in relation to securities or other areas, can be referred to as more general Regulatory Coin Offerings (RCOs) or Regulatory Token Offerings (RTOs). These may become more common as countries clarify and strengthen their ICO regulations.²⁶

ICOs constitute a specific form of crowdfunding or crowd sourcing, as noted earlier, which generally raises small amounts of money from across a large public contributor base. Six specific types of crowdfunding can be identified: equity,²⁷ debt²⁸ (peer-to-peer lending), reward,²⁹ donation,³⁰ litigation³¹ and software value token or ICOs.

The Financial Conduct Authority (FCA) in the UK recognises loan and investment-based crowdfunding, as well as donation and rewards (or pre-payment) based crowdfunding.³² Loan and investment-based crowdfunding is regulated by the FCA, with payments being subject to regulation in relation to donation and rewards-based crowdfunding.³³

A security is defined in the UK under the RAO as consisting of shares, bonds, debentures, certificates of deposit and instruments creating or acknowledging indebtedness, warrants, certificates representing securities, units in a CIS, rights under a stakeholder or personal pension scheme and greenhouse gas and other emission allowances, as well as any rights or interests in any of these investments.³⁴ A coin of token will only be regulated in the UK to the extent that it falls within these definitions. The US SEC issued a new regulation on crowdfunding under the SA1933 and SEA1934 in 2015, which came into effect on 16 May 2016.³⁵

5. ICO PHASES

A number of separate stages or phases can be identified within a typical ICO. These are similar to the stages within other finance offerings adjusted for the blockchain and distributed ledger technology (DLT) market. The principal phases include the following:

- Concept origination;
- White paper and technical yellow paper production;

20 Buyers bid during each stage (block epoch) with offers being withdrawn and refunds provided. Voluntary withdrawals are no longer permitted after a specified period with early bidders receiving a discount up to a maximum amount. IICOs were developed by Jason Teutsch of the TrueBit Foundation and Vitalik Buterin from the Ethereum Foundation. Jason Teutsch & Vitalik Buterin, *Interactive Coin Offerings*, Block Chain Daily News (Sept. 24, 2017), <https://www.blockchaindailynews.com/attachment/910509>.

21 SAFT was based on the original Simple Agreement for Future Equity (SAFE) and was developed by Marco Santori at Cooley LLP. The SAFT constitutes an investment contract with registration with the SEC and initial sale to accredited investors. Functional utility tokens are developed and subsequently delivered to the investors that can then be sold to the general public. As functional tokens, they may not constitute securities under the *Howey* Test. This was based on the decision in *SEC v. W.J. Howey Co.*, 328 U.S. 293 (1946), which confirmed that an 'investment contract' means 'a contract, transaction or scheme whereby a person invests money in a common enterprise and is led to expect profits solely from the efforts of the promoter or other third party, it being immaterial whether the shares in the enterprise are evidenced by formal certificates or by nominal interests in physical assets employed in the enterprise.' Token sales and relevant forms are developed by the SAFT Project. Juan Batiz-Benet et al., *The SAFT Project: Toward a Compliant Token Sale Framework* (SFT Project White Paper, 2017), <https://saftproject.com/static/saft-project-whitepaper.pdf>.

22 See, e.g., Conair Drops, <https://coinairdrops.com>.

23 A static ICO has a fixed volume and price. A variable ICO can have an open amount with a fixed price. A dynamic has adjustable amount and price.

24 An organic ICO is an original form of ICO that could not have been offered without the use of blockchain or crypto technology. An artificial ICO is a more traditional round of fundraising using an ICO for marketing purposes. A synthetic ICO allows an established firm to raise funds through the new digital markets. A LOL ('Laugh out Loud') is used to extract an emotional reaction by way of an artistic statement, humour or satire. See, e.g., Noah Jessop, *An Investor's Guide To The Four Kinds of ICOs*, Hacker Noon (Nov. 15, 2017), <https://hackernoon.com/an-investors-guide-to-the-four-kinds-of-icos-62ecae8fc85d>.

25 See, e.g., *Low Hardcap ICOs & STOs*, Initial Coin List, <https://www.initialcoinlist.com/low-hardcap-icos-stos/> (last visited Dec. 6, 2019); *List of Active ICOs and STOs – Softcap Reached*, Initial Coin List, <https://www.initialcoinlist.com/list-active-icos-stos-softcap-reached/> (last visited Dec. 6, 2019)./

26 See *infra* Section 7.

27 Equity crowdfunding rewards donators with shares or equity in the business. Investors may receive dividend payments with the value of the shares also increasing over time.

28 Debt based crowdfunding or crowdlending involves the provision of funds in return for interest payments rather than equity or dividend payments. Investors may place their contributions in a fund that advances loans to borrowers or groups of borrowers. Major UK P2P funds include Zopa which was set up on 2005. Major US firms include Prosper which was set up in 2005 and Lending Club which was set up in 2006.

29 Reward based crowdfunding involves contributors receiving a benefit or entitlement in exchange for their funds.

30 Donation based crowdfunding involves the provision of funds on a charitable or donation only basis.

31 Litigation based crowdfunding raises funds to support civil actions and litigation. This covers legal fees with investors possibly receiving a share of the funds generated. Litigation funds include LexShares which was set up by Jay Greenberg and Max Volsky in Boston, Massachusetts in 2014. LexShares, <https://www.lexshares.com>.

32 *Crowdfunding*, FCA (Apr. 18, 2016), <https://www.fca.org.uk/consumers/crowdfunding>.

33 FCA, *The FCA's Regulatory Approach to Crowdfunding over the Internet, and the Promotion of Non-Readily Realisable Securities by Other Media*, Policy Statement 14/4 (2014); *Payment Services Regulations 2017/752*.

34 A security means (except where the context otherwise requires) any investment of the kind specified by arts 76-82 and 89 RAO as amended. RAO art. 3(1) (as amended).

35 Crowdfunding, 17 C.F.R. Parts 200, 227, 232, 239, 240, 249, 269, 274; SEC RIN 3235-AL37.

- Proof of concept and testing;
- Pre-sale to a restricted number of usually private investors;
- Announcement and launch with offering within a closed or open period;
- Post-sale market and product development;
- Legal and regulatory compliance to the necessary extent;
- Project delivery or performance especially, for example, with the delivery of utility tokens under a SAFT.³⁶

6. ICO TOKENOMICS

Tokenomics is a portmanteau, or a combination of token and economics, used to describe the principal economic factors relevant to token issuances and management. This can be considered narrowly in terms of the initial issuance procedure, including the auction terms. Tokenomics will thus determine the volume, price and type of auction to be used. The most common auctions are an 'English' auction, with rising bids on either a capped or uncapped basis, and a 'Dutch' auction, with the bid prices dropping from a preset figure.

Tokenomics can be considered to include the valuation of the coin or token assets concerned. This can use more traditional fundamental analysis and technical analysis adjusted for use in the digital and cryptographic environment.³⁷ Specific difficulties can arise as the value of the token may not be fixed to any external commodity or other reference assets.

Tokenomics can also be considered to include the new forms of rewards and incentive structures created within digital and cryptographic markets. This is principally concerned with the different reward functions used within the consensus or reconciliation models adopted. This may, for example, include Proof of Work (PoW) and token rewards for the first miner able to calculate the Merkle route and close and lock the block.³⁸

Tokenomics may more generally be considered to involve the study of new wider markets for the specific coins or tokens issued or wider economies or ecosystems that these create collectively,³⁹ which would include micro and macro tokenomics.⁴⁰ The overall effect is to create new digital coin or token economies that interact

with existing domestic and international economic systems.⁴¹ This may, in turn, depend on whether these can develop to a minimum viable economic size over time that allows them to be self-sustaining and self-governing.

7. ICO RISKS

ICOs benefit from the general advantages that arise with the use of blockchain and DLT. These include disintermediation, digitalisation, pseudonymity, cryptographic authentication, automation, replication, reconciliation, modularisation, personalisation, interlinkage, codification and shared governance. Payment tokens can specifically increase competition in payment markets and improve efficiency with lower costs, increased speed and security and improved user access.⁴²

ICOs provide an alternative source of funds for platforms that may find it difficult or costly to access more traditional funding channels, with this increasing their possible investor base.⁴³ ICOs and tokenisation provide new investment opportunities and create new forms of digital assets in the long term to enhance liquidity and support the use of smart contracts and automation.⁴⁴ Specific benefits arise with regard to other utility and asset tokens although they need to be considered again against the relevant risks and exposures concerned.⁴⁵

While a number of potential benefits can be identified, they may remain more theoretical or hypothetical at this stage and have not yet been fully realised or materialised.⁴⁶ Some advantages have been generated in regulatory sandboxes, including increased speed and reduction of costs in relation to cross-border money remittance using digital currencies, with limited evidence of more general benefits although this may arise in the future.⁴⁷

Corresponding disadvantages arise especially in terms of fragmentation, dislocation, loss of privacy, complexity, displacement, separation, consensus difficulties, concentration, confusion, limited functionality, technological dependence, and dispute and disagreement. A number of potential risks that can arise with regard to the use of cryptocurrencies more generally may also be considered.⁴⁸

³⁶ See *supra* note 20.

³⁷ Chris Burniske & Jack Tatar, *Cryptoassets* (2018).

³⁸ *Blockchain Guide*, Bltcoin.com, <https://bitcoin.org/en/blockchain-guide#introduction> (last visited Dec. 6, 2019).

³⁹ Sean Au & Thomas Power, *Tokenomics – The Crypto Shift of Blockchains, ICOs, and Tokens* (2018). Au and Power define Tokenomics as 'the concept of the study, design, and implementation of an economic system to incentivise specific behaviours in a community, using tokens to create a self-sustaining ad hoc mini economy' including 'game theory, mechanism design, and monetary economics.' This includes 'token supply, inflation rate, and ...the various incentive schemes' involved. *Id.* at 9.

⁴⁰ Micro tokenomics is concerned with the 'features that drive the functions of individual participants within a blockchain economy' including mining rewards and token supply, demand and velocity adjustments. Macro tokenomics is concerned with 'the interaction with the wider blockchain economy' including governance, interaction within the ecosystem and external factors such as token growth and volatility with the new token economy. *Id.* at 10.

⁴¹ Au and Power define the token economy as 'a system or market where decisions are made driven by economic incentives of digital tokens'. *Id.* at 15.

⁴² ESMA Securities and Markets Stakeholder Group (SMSG), *Own Initiative Report on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*, ESMA 22-106-1338 ¶ 30 (2018) [hereinafter SMSG].

⁴³ ESMA, *Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*, ESMA 50-157-1391 ¶ 70 (2019).

⁴⁴ *Id.* ¶¶ 71-73.

⁴⁵ On utility tokens, SMSG, *supra* note 42, at ¶¶ 37-41. On asset tokens, see *id.* 42-45.

⁴⁶ The EBA refers to advantages in terms of lower transaction costs and high divisibility with faster processing speeds, increased certainty and improved economic growth with enhanced financial inclusion outside the EU. See EBA52-58. Individuals benefit from increased personal data security and disintermediation with reduced involvement (interference) by public authorities. *Id.* ¶¶ 59-61.

⁴⁷ FCA, *Guidance on Cryptoassets*, CP19/3 ¶ 2.19 (2019).

⁴⁸ The EBA identifies 70 types of risks classified in terms of: (1) users (general risks (A1-18) (including fraud, exchange rate fluctuation, tax charge, mining misallocation, computer abuse, code changes, risk uncertainty, law and regulatory breach, e-wallet theft or hacking, identification theft, illegality or unenforceability, delay or freezing, contractual failure, custody failure or information inequality), payments (A21-28) (payment or settlement failure, fraud or loss, merchant refusal, false debiting, fiat exchange, password loss, exchange instability and exchange loss) and investment (A41-47) (including price manipulation, unregulated assets, unreliable exchange rate data, fraud, price volatility, exchange failure and exploitation such as with a Ponzi scheme)); (2) non-user market participants (exchanges (B11-13) (payment failure, loss of control and abuse), merchants (B21-24) (loss of reimbursement, inability to spend, loss of purchasing power, compensation, wallet data loss, governance failure, civil and criminal liability and compensation claims) and other market participants (B31-34)); (3) financial integrity (money laundering and terrorist financing (C1-5) (money laundering, anti-terrorist financing or criminal control) and financial crime (C11-19) (illegal commodities and abuse, avoidance of seizure, confiscation and sanctions, anonymous extortion, criminal payments, increased criminal activity, hacking, criminal scheme creation and tax evasion)); (4) payment systems (D1-4) (illegality, liquidity failure, reputational loss and market disruption); and (5) regulatory authorities (reputation risks (E1-3) (regulatory failure, institutional contagion and regulatory and supervisory failure through unregulated (shadow) activities), legal (E11) (litigation risk and illegality or unenforceability), competition (E21-23) (uneven playing field, reduced competition and limited market entry) and issuance (E31) (monetary policy damage)). These are graded in terms of being high, medium or low risks. EBA, *Opinion on 'Virtual Currencies'*, EBA/OP/2014/08 E22-23 fig. 1 (2014).

Particular ICO-related issues can arise with regard to fraud, money laundering and criminal use, as well as custody risk and the risk of cryptographic key and private data loss and identity theft.⁴⁹ High levels of value risk arise as the tokens are not supported by price volatility and speculative use with possible market manipulation and collusion.⁵⁰

There may be a lack of ‘monetary mass’ with democracy and governance concentrated and transaction inefficiency, as well as with electricity, computing capacity and environmental waste. Investors may not fully understand the relevant exposures and make decisions inappropriate to their investment needs.⁵¹ Separate issues arise with regard to platform resources and risk management, including ensuring fair and orderly trading, avoidance of conflicts of interest and indiscriminate service provision.⁵² Concerns also arise with regard to price discovery, market integrity and business continuity.⁵³

Centralised platforms may not properly segregate client assets and cryptocurrency and fiat currency, with separate issues arising in relation to off-chain settlement and possible hacking and theft.⁵⁴ Separate issues may arise with regard to the technology and especially in terms of design, cybersecurity, governance, privacy and territoriality, as well as reconciliation issues, data privacy and data fraud.⁵⁵ Significant difficulties also arise with regard to legal clarity and certainty.⁵⁶ Specific harm may arise to consumers and market integrity.⁵⁷

Financial stability concerns have generally been limited due to the relative size of the digital coin and token markets. Investors also tend to use savings rather than borrowing and leverage with limited evidence of significant liquidity mismatches or maturity transformation.⁵⁸ Nevertheless, wider macro potential risks need to be monitored.

ICOs may also be unregulated, lacking proper investor protection, price volatility, fraud potential, inadequate documentation and high risk due to only constituting early-stage development projects.⁵⁹ The open-source network improves financial access and inclusion with increased identity and data control through the use of cryptographic controls.⁶⁰

8. ICO REGULATION

A number of different regulatory approaches have been adopted with regard to ICO control across countries.⁶¹ No consistent policy has yet been adopted. This has led to substantial fragmentation and inconsistency in regulatory content and treatment. This is partly due to variations in perceived risk while the overall exposure is considered limited due to the relative size of the market to date. This is also partly concerned with uncertainties in identifying the specific tokens concerned and the application of relevant national definitions. This is also related to the continually evolving and changing nature of the underlying technology involved, with many authorities adopting a ‘technology neutral’ approach dependent on future developments.

The emerging regulatory models can be described as being US securities driven, European balanced and Asia binary.⁶² The different approaches adopted can also be considered in terms of unregulated, warnings based, temporary, restrictive or subject to future evaluation.⁶³ These may be summarised for the purposes of this paper in terms of permissive, protective, provisional, prohibitive and possible or potential.

8.1. Permissive and unregulated

Several countries are considered to be permissive, if not supportive, of ICO issuance. These include Malta, Gibraltar, Switzerland and Singapore, which have been referred to as the new ‘Crypto Harbours’, ‘Blockchain Islands’ and ‘Crypto Valley’ respectively.⁶⁴ Switzerland and Singapore were two of the most important ICO hubs in 2017, with the UK overtaking Switzerland in 2018 and Estonia, Lithuania, Israel and Hong Kong also becoming more important.⁶⁵ Liechtenstein, Gibraltar and Malta were reported to be following Switzerland to establish themselves as ICO support hubs.⁶⁶ ICOs have increasingly replaced traditional VC funding, particularly in relation to technology and blockchain-related platforms with hybrid models combining VC with PE and ICO funding emerging.⁶⁷

Malta has adopted three laws on digital innovation, technological arrangements and financial assets; these laws

49 SMSG, *supra* note 42, ¶¶ 32-33.

50 *Id.* ¶ 33.

51 ESMA, *supra* note 43, ¶¶ 46-49.

52 *Id.* ¶ 50.

53 *Id.* ¶¶ 51-52.

54 *Id.* Transaction and fiat conversion problems also arise with regard to decentralised platforms. *Id.* paras. 56-57. Token holders may lack experience in using the relevant hardware and software with loss of asset control or with wallet providers not segregating and safeguarding keys and assets with roles possibly being confused. *Id.* paras 58-60.

55 *Id.* ¶¶ 61-67. See also ESMA, *The Distributed Ledger Technology Applied to Securities Markets* (2017).

56 ESMA, *supra* note 43, ¶ 75.

57 Substantial risks arise to consumers purchasing unsuitable products with inadequate information and defective advertising. Consumers may experience unexpected or large loss especially through fraudulent activity and immature or defective market infrastructure and services. Leveraged derivatives, including Contracts for Differences (CFDs) and futures, can create higher loss through volatility and financing costs and spreads. FCA, *supra* note 47, ¶¶ 2.21-2.29. Consumers are exposed to cyber security and financial crime. *Id.* at ¶¶ 2.30-31. Market integrity may be undermined through market manipulation and insider dealing on exchanges and trading platforms especially due to immature markets, identity risks and abusive new behaviours not covered by regulation and market monitoring and surveillance. *Id.* ¶¶ 2.32-33.

58 ESMA, *supra* note 43, ¶¶ 68-69.

59 FCA, *Statement on Initial Coin Offerings* (Sept. 12, 2017), <https://www.fca.org.uk/news/statements/initial-coin-offerings>.

60 SMSG, *supra* note 42, at §§ 30-31.

61 See generally Peter Chapman & Laura Douglas, *United Kingdom*, in *The Virtual Currency Regulation Review* (Michael S. Sackheim & Nathan H. Howell eds., 2018); see also Library of Congress, *Regulation of Cryptocurrency Around the World* (2018), <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/cryptocurrency-world-survey.pdf>.

62 PWC & Crypto Valley, *supra* note 9, at 1.

63 For a general review of ‘Regulation of Cryptocurrency Around the World’ in 130 countries, see *Cryptocurrency World Survey*, Library of Congress, <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/world-survey.php>) last visited Dec. 6, 2019).

64 For comment, Michael Knip, *The Most ICO-friendly Jurisdictions – the Switzerland, Malta and Gibraltar Edition (Part 3)*, Medium.com (Aug. 22, 2018), <https://medium.com/&knipmichael/the-most-ico-friendly-jurisdictions-part-3-the-switzerland-malta-and-gibraltar-edition-c1233c467a3e>.

65 PWC & Crypto Valley, *supra* note 9, at 4.

66 *Id.* at 7.

67 *Id.* at 1, 8.

provide a clear regulatory framework for new technology, including DLT and ICOs.⁶⁸ The Malta Financial Services Authority (MFSA) has a dedicated FinTech section on its website, which is directed at harnessing innovation and bringing regulatory certainty.⁶⁹ The MFSA published a consultation document on its FinTech Strategy based on six pillars, which include regulations, ecosystem, architecture, international links, knowledge and security.⁷⁰ A 'Financial Instrument Test' was adopted to determine whether a DLT asset fell within the existing EU or national legislation, the Virtual Financial Asset Act or was otherwise exempt.⁷¹

The Gibraltar Financial Services Commission (GFSC) established a Distributed Ledger Technology Regulatory Framework in October 2017, which came into effect at the beginning of January 2018.⁷² This creates a flexible and adaptive approach to support new rapidly evolving technology based on nine core principles that are similar to the UK FCA eleven Principles for Business (PRIN) and eight PRA Fundamental Rules (FRs).⁷³ A non-statutory advisory panel of experts has been established to assist the GFSC in DLT developments and guidance.

A large number of ICOs have been organised by the canton of Zug in Switzerland, such as the Ethereum Foundation launch in 2014 with the Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA) conducting an investigation into ICO procedures in September 2017.⁷⁴ Guidance on the regulatory treatment of ICOs was issued in September 2017,⁷⁵ with additional guidance on the treatment of ICO enquiries in February 2018.⁷⁶ The 2018 Guidelines

were considered necessary following the substantial increase in ICO projects that had occurred with the need to allow the FINMA to respond quickly and precisely to questions on the applicability of financial market regulation to ICOs. The Swiss Economic Minister confirmed in January 2018 that the Swiss Government continued to support the country's position as a 'crypto nation'.⁷⁷

Singapore has also emerged as a leading financial centre in ICO issuance. The Monetary Authority of Singapore (MAS) confirmed in August 2017 that it would regulate offers or issuance of digital tokens if they are considered to constitute regulated products under the Securities and Futures Act (SFA) following a substantial increase in the number of ICOs in Singapore.⁷⁸ Revised guidance was issued in November 2018⁷⁹ in anticipation of the Payment Services Act 2019.⁸⁰

Securities laws in Singapore include the Securities and Futures Act (SFA) and the Financial Advisors Act (FAA). A digital token may also constitute a securities-based derivatives contract, with the underlying being a share, debenture or unit in a business trust other than an excluded derivatives contract.⁸¹ Standard exemptions apply with regard to prospective offering requirements.⁸² Any person overseas who engages in any activity or conduct intended to or likely to induce the public (or section of the public) in Singapore in order to use any financial advisory service is deemed to be acting as a financial advisor within Singapore under the FAA.⁸³ Persons operating a primary platform or trading platform may be subject to the extraterritoriality provision set out by the SFA.⁸⁴

68 Malta Digital Innovation Authority Act: Innovative Technological Arrangement and Services Act; and Virtual Financial Assets Act, CAP 590 (2018).

69 *Fintech*, MFSA, <https://www.mfsa.com.nt/fintech/> (last visited Dec. 6, 2019).

70 MFSA, *FinTech Strategy (2018)* (consultation document).

71 MFSA, *Guidance Note to the Financial Instrument Test (2018)*.

72 Financial Services (Distributed Ledger Technology Providers) Regulations (2017), available at <https://www.gfsc.gi/dlt>.

73 (1) A DLT provider must conduct its business with honesty and integrity; (2) pay due regard to the interests and needs of its customers and communicate in a fair, clear and not misleading manner; (3) maintain adequate financial and non-financial resources; (4) manage and control its business effectively; (5) have effective arrangements to protect client assets and money; (6) have effective corporate governance arrangements; (7) ensure that all systems and security access protocols are maintained to appropriate high standards; (8) have systems in place to prevent, detect and disclose financial crime risks; and (9) be resilient and develop contingency plans for the orderly and solvent wind down of its business. *Ibid.* Relevant guidance notes are provided on each of the principles. *Id.*

74 Press Release, FINMA, *FINMA Is Investigating ICO Procedures* (Sept. 29, 2017).

75 FINMA, *Regulatory Treatment of Initial Coin Offerings, Guidance 04/2017* (2017).

76 FINMA, *Guidelines for Enquiries Regarding the Regulatory Framework for Initial Coin Offerings (ICOs)* (2018).

77 Pascal Sprenger, *How FINMA's ICO Guidelines Impact Future ICOs in Switzerland*, KPMG International (Feb. 26, 2018).

78 A digital token was referred to as a cryptographically secured representation of the holder's right to receive a benefit or to perform specified functions with a virtual currency being a particular type of token that acted as a medium of exchange, unit of account or store of value. The MAS noted that digital token function had evolved with tokens representing ownership or security interests over the issuer's assets or property beyond simply acting as a virtual currency with the tokens having to be considered in terms of shares, debentures or units in a collective investment scheme under the SFA. This would require the filing of prospectuses and licensing with trading platforms becoming approved exchanges or recognised market operators. Press Release, MAS, *MAS Clarifies Regulatory Position on the Offer of Digital Tokens in Singapore* (Aug. 1, 2017).

79 MAS, *A Guide to Digital Token Offerings* (2018).

80 The Payment Services Act created a single regulatory regime for all payment devices including electronic payment. The Act defines a digital payment token, digital payment token service, e-money, e-money issuance service, money and money-changing service. It also defines payment account, payment order, payment service, payment service provider, payment service user, payment system and payment transaction. A digital payment token means any digital representation of value (other than an excluded digital representation of value prescribed by the MAS) that is expressed as a unit, not denominated in any currency (and not pegged by the issuer to any currency), intended to be a medium of exchange accepted by the public (or section of the public) as payment for goods or services or the discharge of a debt, can be transferred, stored or traded electronically and satisfy such other characteristics as the MAS may prescribe. E-money means any electronically stored monetary value that is denominated in any currency (or pegged by its issuer to any currency), has been paid for in advance to enable the making of payment transactions through the use of a payment account, is accepted by a person other than the issuer and represents a claim on the issuer but does not include a deposit accepted in Singapore. Money includes e-money but excludes any digital payment token and any excluded digital representation of value. Payment account means any account (or any device or facility (whether in physical or electronic form) that is either held in the name (or associated with the unique identifier) of any person and used by that person to initiate a payment order or held in the names (or associated with the unique identifiers) of two or more persons. Payment order means any instruction to a payment service provider requesting the execution of a payment transaction. Payment transaction means the placing, transfer or withdrawal of money, whether for the purpose of paying for goods or services or for any other purpose and regardless of whether the intended recipient of the money is entitled to the money. Payment Services Act § 2(1) (2019).

81 SFA § 2(1).

82 (a) The offer constitutes a small personal offer (not exceeding S\$5 million within any 12 month period subject to specified conditions); private placement (to no more than 50 persons within any 12 month period subject to conditions); to institutional investors only; or to accredited investors. MAS, *supra* note 79, ¶ 2.7.

83 FAA § 6(2); MSA, *supra* note 79, ¶ 213.

84 SFA § 339 adopts an 'effects doctrine' with regard to territorial application. This was recognised in the Court of Appeal judgement in *PP v. Tan Cheng Kong* [1998] 2 SLR 410, in which the court recommended that Parliament adopt the effects doctrine in legislation. 'As Singapore becomes increasingly cosmopolitan in the modern age of technology, electronics and communications, it may well be more compelling and effective for Parliament to adopt the effects doctrine as the foundation of our extra-territorial laws in addressing potential mischief...' *Id.* at 88. s339(2) provides that, 'Where (a) a person does an act outside Singapore which has a substantial and reasonably foreseeable effect in Singapore; and (b) that act would, if carried out in Singapore, constitute an offence under any provision of Part II, III, IV, VIII, XII, XIII or XV [of the SFA] that person shall be guilty of that offence as if the act were carried out by that person in Singapore, and may be dealt with as if the offence were committed in Singapore.' s339(1) provides that, 'Where a person does an act partly in and partly outside Singapore which, if done wholly in Singapore, would constitute an offence against any provision of this Act, that person shall be guilty of that offence as if the act were carried out by that person wholly in Singapore, and may be dealt with as if the offence were committed wholly in Singapore.' The meanings of substantial and reasonably foreseeable are considered under the Guidelines provided on the application of s339. SFA § 33; Guidelines of the Application of Section 339 (Extra-territoriality) of the FCA, Guidelines No. SFA 15-GO

8.2. Protective and warnings

The FCA in the UK issued a consumer warning about ICOs in September 2017.⁸⁵ It issued earlier papers on DLT⁸⁶ with guidance on cryptoassets in January 2019⁸⁷ and a consumer survey research report on cryptoasset ownership and attitudes in March 2019.⁸⁸ The UK Treasury established a Cryptoassets Taskforce in March 2018, which published a full report in July 2018 and included, inter alia, further warnings against ICOs and digital coin exchanges.⁸⁹ The FCA wrote to the Chief Executive Officers (CEOs) in the principal financial institutions warning them of the dangers of cryptoassets and financial crime in June 2018.⁹⁰

The European Supervisory Authorities (ESAs), along with the European Securities and Markets Authority (ESMA), European Banking Authority (EBA) and European Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA), issued a consumer warning regarding the purchase of virtual currencies in February 2018.⁹¹

The Financial Action Task Force (FATF) amended its recommendations for anti-money laundering and terrorist financing to clarify their application to virtual assets, including cryptocurrencies, ICOs and digital payment and investment technologies, with further clarification to follow.⁹² This included the incorporation of a new definition of virtual asset and virtual asset service provider in Recommendation 15 on new technologies.⁹³

8.3. Provisional and temporary

Some territories have adopted interim or temporary measures pending market changes or final regulatory determination. China, for example, banned ICOs and exchanges in early 2018 although it was reported that the prohibitions may be temporary.⁹⁴ Other countries may take protective steps to

prevent loss or damage until final measures are agreed and adopted.

8.4. Prohibitive and restrictive

US authorities have generally adopted an aggressive approach to ICOs and digital token offerings in addition to issuing warning notices. Substantial powers are provided under the principal financial statutes in the USA, including the Securities Act 1933 and the Securities and Exchange Act 1934, especially with the extended definition of security in both statutes which includes investment contracts under the extensive SEC v. Howey test.⁹⁵ The US SEC issued a statement in July 2017 confirming that US securities laws may apply to the offer, sale and trading of interests in virtual organisations following its investigation into the DAO.⁹⁶ The SEC issued two warnings with regard to Ponzi schemes and virtual currencies in July 2013 and Bitcoin and other virtual currency-related investments in May 2014.⁹⁷

While ICOs may provide fair and lawful investment opportunities, they may be used to entice investors with the promise of higher returns in a new investment space with the SEC issuing guidance in the form of an Investor Bulletin in July 2017.⁹⁸ Other warnings were issued in 2017.⁹⁹

The SEC Chairman, Jay Clayton, issued a statement on cryptocurrencies and ICOs in December 2017 and gave testimony before the US Senate Committee on Banking, Housing and Urban Affairs in February 2018.¹⁰⁰ The SEC has undertaken a number of specific actions in relation to digital assets and ICOs since its enforcement proceedings against Trendon T Shavers and Bitcoin Savings and Trust for operating a Bitcoin-denominated Ponzi scheme in 2013.¹⁰¹

(2004 revised 2018); MAS, *supra* note 79, ¶¶ 2.12, 4.4. The extra-territorial provisions will not be triggered where reasonable efforts have been undertaken not to have a substantial and reasonably foreseeable effect in Singapore. This would include: (a) using prominent disclaimers in all advertisements and published information stating that the promotion is directed or targeted at persons outside Singapore; (b) use of reasonable and effective precautions to ensure that the offer or invitation may be acted upon only by persons outside Singapore; (c) absence of any advertisement or published information disseminated by a foreign entity for the purpose of inducing persons in Singapore to engage in the relevant act; (d) or absence of references to such advertisement or published information by the foreign entity in any source that is intended for persons in Singapore. *Id.* ¶¶ 5.1(a)-(d). A number of illustrations are provided on the applicability of s339 in para 6, which cover: (a) foreign entity purchase of services by a holder of a capital markets service licence; (b) regulated person servicing a foreign entity's overseas client; (c) introducing broker arrangements; (d) foreign entity servicing a domestic institutional client with a controlling person residing in Singapore; (e) foreign entity continuing to service a client previously overseas; (f) Singapore persons trading directly through foreign intermediary; (g) custodial services; and (h) secondary market activity.

85 FCA, *supra* note 59.

86 FCA, *Discussion Paper on Distributed Ledger Technology* (Discussion Paper 17/3, 2017); FCA, *Distributed Ledger Technology: Feedback Statement on Discussion Paper 17/03* (Feedback Statement 17/4, 2017).

87 *Guidance on Cryptoassets*, *supra* note n 47; See also FCA Consultation Paper 19/3 (2019).

88 FCA, *Cryptoassets: Ownership and Attitudes in the UK* (2019).

89 HM Treasury, FCA & Bank of England, *Cryptoassets Taskforce: Final Report* (2018).

90 FCA, *Cryptoassets and Financial Crime* (2018).

91 Warning, ESMA, EBA & EIOPA, *ESMA, EBA and EIOPA Warned Consumers on the Risks of Virtual Currencies* (Feb. 12, 2018).

92 FATF, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation – the FATF Recommendations* (2018) (as revised); FATF, *Regulation of Virtual Assets* (2018).

93 Countries and financial institutions had to identify and assess the money laundering or terrorist financing risks that may arise in relation to: (a) the development of new products and new business practices, including new delivery mechanisms; and (b) the use of new or developing technologies for both new and pre-existing products. To manage and mitigate the risks arising from virtual assets, countries had to ensure that virtual asset service providers were regulated for AML/CFT purposes and subject to effective systems for monitoring and ensuring compliance with the relevant measures required under the FATF Recommendations. See FATF Recommendation 15.

94 Kenneth Repoza, *What China Ban? Cryptocurrency Market Cap Rebounding*, *Forbes* (Sept. 28, 2017).

95 See *supra* note 21.

96 Press Release, SEC, *SEC Issues Investigative Report Concluding DAO Tokens, A Digital Asset, Were Securities*, Press Release 2017-131 (Jul. 27, 2015); SEC, *Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO*, No. 81207 (2017).

97 SEC, *Investor Alert, Ponzi Schemes Using Virtual Currencies* (23 July 2013) *Investor Alert*; and SEC, *'Bitcoin and Other Virtual Currency-Related Investments* (May 7, 2014).

98 SEC, *Investor Bulletin, Initial Coin Offerings* (Jul. 25, 2017).

99 SEC, *Investor Alert, Public Companies Making ICO-Related Claims* (Aug. 28, 2017); SEC, *SEC Statement Urging Caution Around Celebrity Backed ICOs* (Nov. 1, 2017); SEC, *Investor Alert, Celebrity Endorsements* (Nov. 1, 2017).

100 SEC Chairman, *Statement on Cryptocurrencies and Initial Coin Offerings* (Dec. 11, 2017); SEC, *Chairman's Testimony on Virtual Currencies: The Rules of the SEC and CFTC before the Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs, United States Senate* (Feb. 6, 2018).

101 Information on the following illustrative cases can be accessed at <https://www.sec.gov/spotlight/cybersecurity-enforcement-actions>: SEC v. Trendon T. Shavers and Bitcoin Savings & Trust (Jul. 23, 2013); *In Re Erik T. Voorhees* (Jun. 3, 2014); *In Re BTC Trading, Corp & Ethan Burnside* (Dec. 8, 2014); *In Re Sand Hill Exchange et al.* (Jun. 17, 2015); SEC v. Homero Joshua Garza GAW Miners, LLC et al. (Dec. 1, 2015); *In Re Bitcoin Investment Trust & SecondMarket Inc.* (Jul. 11, 2016); SEC v. Renwick Haddow et al. (Jul. 25, 2017); SEC v. ReCoin Group Foundation LLC et al. (Sept. 29, 2017); SEC v. Plex Corps et al. (Dec. 1, 2017); *In Re Munchee Inc* (Dec. 11, 2017); SEC v. AriseBank et al. (Jan. 21, 2018); SEC v. Jared Rice Sr. & Stanley Ford (Dec. 11, 2018); SEC v. John E. Montroll & Bitfunder (Feb. 21, 2018); CentraTech Inc. (Apr. 2, 2018); SEC v. Longfin Corp et al. (Apr. 6, 2018); SEC v. CentraTech Inc. (Apr. 20, 2018); Titanium Blockchain Infrastructure Services Inc. (May 22, 2018); SEC v. Jesky & DeStefano (Jul. 2, 2018); Tomahawk Exploration LLC & David T. Laurance (Aug. 14, 2018); Crypto Asset Mgmt. LP &

The US states generally retain and apply their own regulations on security issuance. FinCEN requires exchanges to be registered.¹⁰² While the USA remains important in terms of domestic issuance and especially in relation to SAFT and STO programmes,¹⁰³ international issues tend to use the UK or Switzerland within Europe and Singapore or Hong Kong in Asia, with Malta, Gibraltar, the Cayman Islands and British Virgin Islands also being important and with increased use of Estonia, Lithuania and Israel.

Seven regulatory authorities in China stated in September 2017 that they considered ICOs to be illegal under domestic law.¹⁰⁴ This applied to the activity of raising virtual currencies, which was considered to be non-approved, illegal, open fund-raising behaviour with relevant activities to cease immediately.¹⁰⁵ Funds were returned to investors and trading platform activity was prohibited.¹⁰⁶ Almost a billion dollars were returned to Chinese investors, with over 40 ICOs being closed on the mainland following the investigation of 60 ICOs.¹⁰⁷

The Supervision and Control of Financial Institution Division at Qatar's Central Bank has issued a circular to banks operating in Qatar warning against trading in Bitcoin. The circular states that Bitcoin is illegal and unsupported by any central bank or government. Cryptocurrencies may suffer from high volatility and may be used for criminal purposes. Banks operating in Qatar are prohibited from dealing in cryptocurrencies which are subject to penalty.¹⁰⁸

The Financial Services Commission in South Korea also banned the raising of funds through ICOs on 29 September 2017.¹⁰⁹ The authorities confirmed that the ban would remain in place in February 2019.¹¹⁰

8.5. Potential or possible

No official bans were issued in the EU although ICOs and cryptoassets were investigated by the Securities and Markets Stakeholder Group (SMSG) of the ESMA in October 2018.¹¹¹ A separate report was issued by the ESMA on ICOs and cryptoassets in January 2019.¹¹² It considered the extent to which ICOs and digital

assets were covered by existing EU definitions and regulations, with a number of recommendations being made for further clarification. The EBA issued an earlier opinion on virtual currencies in July 2014.¹¹³ European authorities issued a consumer warning in February 2018. The ESMA recommended that a proportionate approach was adopted to clarify the application of relevant EU provisions, with all cryptoasset-related activities being subject to proper AML control. An appropriate EU-wide approach had to be adopted to ensure a level playing field within the new cryptoasset area.¹¹⁴

The EBA conducted further investigation in relation to virtual currencies, in particular, following the request by the European Commission Vice President Dombrovskis to the ESAs to investigate the applicability of EU law to cryptoassets. This also followed the FinTech Roadmap published by the EBA in March 2018.¹¹⁵ The EBA advised the European Commission to conduct a comprehensive cost-benefit analysis to determine whether any further action was required and to consider the latest recommendations of the FATF in this area.¹¹⁶

The Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) recommended that greater clarity should be obtained in the regulatory and supervisory treatment of ICOs, with international cooperation being promoted to prevent regulatory arbitrage while allowing ICOs to deliver their potential advantages in the financing of blockchain-based small and medium-sized enterprises (SMEs).¹¹⁷

The Securities and Futures Commission in Hong Kong has confirmed that an ICO and digital tokens may be subject to securities laws depending on the particular facts and circumstances.¹¹⁸ The Australian Securities & Investments Commission has warned of the potential risks and stated that ICO regulation depended on the circumstances of the particular case.¹¹⁹ The Canadian Securities Administrators (CSA) stated that a digital coin or token could constitute a security under the securities regulation in Canada in August 2017.¹²⁰ Canada may adopt an increasingly strict approach over time, in particular, as it adopted the equivalent of the US *Howey* test in *Pacific Coast Coin Exchange*.¹²¹

No prohibitions have been imposed in New Zealand although

Timothy Enneking (Sept 11, 2018); TokenLot LLC, Lenny Kugel & Eli Lewitt (Sept. 11, 2018); SEC v. 1Pool Ltd aka 1Broker & Patrick Brunner (Sept. 27, 2018); SEC v. Blockvest LLC & Reginald Buddy Ringgold, III aka Rasool Abdul Rahim El (Oct. 11, 2018); Zachary Coburn (Nov. 8, 2018); CarrierEQ Inc d/b/a Airfox (Nov. 16, 2018); Paragon Coin Inc. (Nov. 16, 2018); Khaled Khaled ('DJ Khaled') (Nov. 29, 2018); Floyd Mayweather Jr. (Nov. 29, 2018); CoinAlpha Advisors LLC (Dec. 7, 2018); Gladius Network LLC (Feb. 20, 2019); Mutual Coin Fund LLC & Usman Majeed (Apr. 1, 2019). The SEC has taken a number of other actions in relation to account intrusions, hacking and insider trading, market manipulation, safeguarding customer information, public company disclosure and controls and trading suspensions.

¹⁰² PWC & Crypto Valley, *supra* note 9, at 6.

¹⁰³ §§ 3(2), (7).

¹⁰⁴ The statement was issued by the People's Bank of China, the Central Network Office, the Ministry of Industry and Information Technology, the State Administration for Industry and Commerce and the China Banking Regulatory Commission. See MIIT <https://www.miit.gov.cn/in1146290/in4388791/c5781140/content.html>; see also *China Bans Digital Coin Offers as Celebrities Like Paris Hilton Tout Them*, Wall St. J. (Sept. 4, 2017).

¹⁰⁵ 'ICO financing refers to the activity of an entity raising virtual currencies, such as Bitcoin or Ethereum, through illegally selling and distributing tokens. In essence, it is a kind of non-approved illegal open fund raising behaviour, suspected of illegal sale tokens, illegal securities issuance and illegal fund-raising, financial fraud, pyramid schemes and other criminal activities.' *Id.*

¹⁰⁶ 'Trading platforms shall not conduct any exchange business between fiat money and tokens, shall not provide information and price for token trading.' *Id.*

¹⁰⁷ Repoza, *supra* note 94.

¹⁰⁸ Library of Congress, *supra* note 63.

¹⁰⁹ Josiah Wilmoth, *Breaking – South Korea Bans Initial Coin Offerings: Report*, CCN (Sept. 29, 2017).

¹¹⁰ Mark Emem, *Ban Hammer Remains: South Korea's Financial Services Commission Refuses to Lift ICO Ban*, CCN (Feb. 1, 2019).

¹¹¹ SMSG, *supra* note 42.

¹¹² ESMA, *supra* note 43.

¹¹³ EBA, *supra* note 48.

¹¹⁴ ESMA, *supra* note 43, at 8-9.

¹¹⁵ The EBA FinTech Roadmap would monitor the regulatory perimeter (especially with regard to authorisation and licensing approaches and the value of regulatory sandboxes and innovation hubs), monitor emerging trends and analyse business model impact, promote best supervisory practices (especially on cyber security and promoting a common cyber threat testing framework), consider consumer issues and identify and assess anti-money laundering and terrorist financing risks. EBA, *The EBA's FinTech Roadmap* (2018).

¹¹⁶ EBA, *Report with Advice for the European Commission on Crypto-Assets* (2019); see also FATF, *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Currencies* (2015).

¹¹⁷ OECD, *Initial Coin Offerings (ICOs) for SME Financing* (2019).

¹¹⁸ Securities & Futures Commission, *Statement on Initial Coin Offerings* (Sept. 5, 2017).

¹¹⁹ Australian Securities & Investments Commission, *Initial Coin Offerings and Cryptocurrency*, Info. Sheet 225 (2017). (Separate warnings were issued by the ASIC on the MoneySmart website, *Initial Coin Offerings (ICOs)*, MoneySmart, <https://www.moneysmart.gov.au/investing/investment-warnings/initial-coin-offerings-icos> (last visited Dec. 6, 2019).

¹²⁰ CSA, *Cryptocurrency Offerings*, Staff Notice 46-307 (Aug. 24, 2017).

¹²¹ *Pac. Coast Coin Exchange v. Ontario Sec. Comm'n*, [1978] 2 S.C.R. 112 (Can.). The case concerned the sale of silver coins on margin as part of a commodity account agreement. The appellant had failed to file a prospectus and the Ontario Securities Commission had sought a prohibitory order to cease trading. It was held that the activities constituted an investment contract or in the alternative evidence of title to or interest in the capital, assets, property, profits, earnings or royalties.

guidance was issued by the Financial Markets Authority (FMA) in February 2019.¹²²

9. ICO COMMENT AND CLOSE

The ICO market remains an important source of funding for many coin and token offerings. While there has been a relative decline in the number of ICOs more recently, they remain important, with significant amounts of funding being raised through ICOs. They provide working capital and investment for platforms and sponsors and attractive opportunities for returns for investors. Blockchain and DLT may also continue to be advantageous, especially in terms of disintermediation, asset digitalisation, cryptographic access control, security, automation, reconciliation, modularisation, interlinkage, codification and open governance with shared function, responsibility and liability.

Substantial and legitimate regulatory concerns nevertheless arise. Authorities have to ensure that all necessary information is properly disclosed and that investors are capable of making an informed and timely choice as to the risks involved. Markets have to support efficient price discovery. Substantial disadvantages may also arise, including low relative speed and latency, limited size and capacity, lack of scalability, complexity, business model fragmentation, regulatory and supervisory dilution of function, concentration, confusion, limited functionality, technological dependence, lack of effective governance and the wider risk of technological contagion, emergence and systemic collapse.

Authorities have experimented with different approaches to attempt to balance innovation and advantage with a degree of

proper control and managed market integrity and stability. Regulatory tolerance or reaction generally depends on the initial classification of the coin or token involved in this, determining which area of law should apply and the specific conditions and obligations concerned. Gaps in regulatory definitions and controls will nevertheless arise, which need to be corrected in time.

The growth and expansion of this new digital marketplace has also raised wider issues regarding the relationship between law and technology and more generally the rule of law. Technology should not attempt to avoid, contradict or replace law. It cannot remove essential rights and protections. Some rights, interests and entitlements may be adjusted through implied and express consent although other common law, statutory, constitutional, administrative or fundamental human rights cannot be simply dis-applied. There is also a core right to private dispute resolution and public judicial review. This creates a paradox that has not yet been fully resolved.

Technology has to work with law and operate within the confines of the legal and regulatory sphere or environment applicable in any particular country. It should complement and support rather than attempt to contradict or supplant legal entitlement, and it will be most effective where it respects and reinforces legal rights and protections. Technology platform sponsors, programmers and coders should work together with lawyers and politicians to create new understanding and new relationships to support longer-term growth and innovation and commercial and social advance. All of this creates exciting opportunities in still evolving significant areas of new market and regulatory practice.

¹²² *Initial Coin Offers*, Financial Markets Authority (Feb. 11, 2019), <https://www.fma.govt.nz/compliance/cryptocurrencies/initial-coin-offers/>

Effectiveness of anti-corruption measures in Uganda

Pius Gumisiriza¹, Robert Mukobi²

¹ Uganda Management Institute, Kampala, Uganda
Email: piusgumisiriza@yahoo.com

² Ministry of Finance Planning and Economic
Development, Kampala Uganda
Email: mukobb@gmail.com

Submitted: 19 October 2019
Accepted: 11 November 2019
Published: 31 December 2019
<https://doi.org/10.5339/rolacc.2019.8>

© 2019 The Author(s), licensee HBKU Press. This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution license CC BY 4.0, which permits unrestricted use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

Cite this article as: Gumisiriza P & Mukobi R. Effectiveness of anti-corruption measures in Uganda, Rule of Law and Anti-Corruption Center Journal 2019:2.8.
<https://doi.org/10.5339/rolacc.2019.8>

كيوساينس
QSCIENCE

دار جامعة حمد بن خليفة للنشر
HAMAD BIN KHALIFA UNIVERSITY PRESS

ABSTRACT

The government of Uganda has put in place and is implementing different home-grown and internationally proven anti-corruption measures such as rescission of contracts obtained through corrupt means, monetary fines for those implicated in corruption, debarment/blacklisting of companies or individuals known to have been corrupt in the past, asset declaration by leaders and government officials to detect and minimize corrupt accumulation of assets, whistleblowing to expose corruption by those who know about it, criminalizing money laundering to stem the flow of illegally or corruptly acquired money, and confiscation of assets or proceeds obtained through corruption, all aimed at curbing endemic corruption in the country. Nevertheless, corruption (both petty and grand) is still endemic in public institutions at all levels in Uganda. This article uses secondary and key informant primary data sources to critically explain why these anti-corruption measures have not been effective in the fight against corruption in Uganda. The main argument made in this article is that anti-corruption measures in Uganda have not been effective because they are inherently weak, a challenge that is compounded by political interferences in anti-corruption prosecutions and a dysfunctional anti-corruption institutional framework. This article recommends that anti-corruption measures should be fine-tuned to confront sophisticated corruption and be applied to all impartially.

Keywords: Anti-corruption, asset declaration, debarment, monetary fines, rescission of contracts, whistleblowing, Uganda

العنوان: مدى فعالية تدابير مكافحة الفساد في أوغندا

ملخص

أرست حكومة أوغندا عدد من تدابير مكافحة الفساد التنفيذية المحلية المنشأ والمعترف بها دولياً ، على سبيل المثال :نقض العقود التي تم الحصول عليها من خلال وسائل فاسدة ، الغرامات المالية لأولئك المتورطين في الفساد ، العزل من الوظيفة للأشخاص الطبيعيين الفاسدين وحجب الشركات الفاسدة وإدراجها على القائمة السوداء ، بالإضافة إلى الإفصاح عن الممتلكات من قبل القادة والمسؤولين الحكوميين لكشف والحد من تراكم الأصول الفاسدة. ، تجريم غسل الأموال لغرض إيقاف تدفق الأموال الغر مشروعة ومصادرة الأصول أو العائدات التي تم الحصول عليها من خلال الأعمال الفساد والتي تسهم في الحد من الفساد المستشري في البلاد. ومع ذلك ، لا يزال الفساد -سواء كان صغيراً وكبيراً - منتشرًا على نطاق واسع في كافة المستويات في المؤسسات الحكومية.

توظف المقالة مصادر البيانات الثانوية لتوضيح سبب عدم فعالية تدابير مكافحة الفساد في أوغندا. حيث ان الحجة الرئيسية الواردة في المقالة تقضي بعدم فعالية تدابير مكافحة الفساد ف اوغندا لضعف طبيعتها الناتجة عن اختلال الاطار المؤسسي المعني بمكافحة الفساد في الدولة و التدخل السياسي الذي

يشكل تحدياً في تطبيق القانون تحدياً في المحاكمات المعنية بقضايا الفساد. تقدم هذه المقالة توصيات حول ضرورة صقل تدابير مكافحة الفساد لمواجهة أعمال الفساد المتطورة وتطبيقها على الجميع بشكل محايد.

الكلمات المفتاحية: مكافحة الفساد، الإفصاح عن الموجودات، العزل من الوظيفة، غرامة مالية، نقض العقد، الإبلاغ، أوغندا

1. INTRODUCTION

The government of Uganda established several anti-corruption agencies,¹ including the Inspectorate of Government (IG),² the Office of the Auditor General (OAG), the Directorate for Public Prosecution (DPP), the Directorate for Ethics and Integrity (DEI), the Anti-Corruption Court, State House Anti-corruption Unit, among others, to fight endemic corruption in the country. A number of laws, including: the Inspectorate of Government Act 2002; the Leadership Code Act 2002; the Public Finance and Accountability Act 2003; the Public Procurement and Disposal of Public Assets Act 2003; the Access to Information Act 2005; the Audit Act 2008; the Anti-Corruption Act 2009; and the Whistle Blowers Protection Act 2010 have been put in place. Home-grown and internationally recommended anti-corruption measures such as rescission of contracts, monetary fines, debarment, asset declaration, whistleblowing, imprisonment of corruption culprits, and criminalizing money laundering have also been adopted to help the fight against rampant corruption in Uganda. The use of different parameters to gauge the effectiveness of anti-corruption measures has indicated some success. For example, the IG indicated in its July–December 2017 report that it registered 1,399 complaints against corruption and maladministration across the country and 4,817 investigations were ongoing. Of the overall complaints received, 947 were investigated and concluded, as well as 15 out of 105 prosecuted corruption cases were concluded with 11 convictions, two acquittals, and two dismissals. More than Ushs 15 billion was saved through court fines, awards, and orders, while Ushs 267,191,558 was made from administrative recovery sanctions imposed on officials in government ministries, departments, agencies, and local governments. A total of 14 cases of grand and syndicated corruption involving 20 high-ranking public officials were completed with arrests and prosecution of culprits. Seven judicial review cases were concluded under civil litigation, and all the judgments were in favor of the IG. The IG also concluded verification of declarations of 10 (15%) leaders, while verifications of 102 leaders were ongoing.³

Despite the existence of several anti-corruption agencies, laws, other measures, and the achievements mentioned above, corruption is still pervasive in Uganda. In 2017, Transparency International ranked Uganda at 151 out of 176 countries in the

Corruption Perception Index of 2016, placing it among the top 25 most corrupt countries in the world.⁴ Most people, including high-ranking anti-corruption officials, seem to be resigned to corruption rather than stand up against it.⁵ This article critically examines how different anti-corruption measures (rescission of contracts, monetary fines, debarment, asset declaration, whistleblowing, imprisonment of corruption culprits, and criminalizing money laundering) have been used in the fight against corruption in Uganda, why they have achieved very limited success, and recommendations on how these measures can be strengthened to effectively fight the complex problem of corruption in Uganda.

1.1. Rescission (nullity) of contracts

Rescission (nullity) of contracts occurs when a contract is cancelled, annulled, or abrogated by parties, or one of them, thereby restoring parties to the positions they would have occupied if no contract had ever been formed.^{6, 7} Contracts obtained with the influence of corruption can be entirely or partly annulled from the very beginning or at any time once they are discovered. This measure entails substantial costs/risks for parties involved in corruption and has been hailed by different scholars and anti-corruption practitioners as one of the effective measures that governments can use to curb corruption.^{8, 9} In Uganda, conditions for rescission of contracts are provided for in Article 2 Clause 119 (5) of the Uganda Constitution 1995, which stipulates the conditions to be fulfilled in contract management. Failure to fulfill the stipulated terms would render such a contract null and void.¹⁰ The constitutional provisions are operationalized using the Public Procurement and Disposal of Public Assets (PPDA) Act 2003. The PPDA Act 2003 stipulates the guidelines to be fulfilled under public procurement and conditions for nullification of contracts. Section 45 of the PPDA Act 2003 requires that Procuring and Disposing Entities (PDE), bidders, and providers observe the highest standards of ethics during procurement and execution of contracts. Section 55 of the PPDA Act 2003 emphasizes the application of rules, guidelines, and regulations set out by relevant bodies. Section 93(1) of the PPDA Act 2003 requires public officers as well as experts who are engaged in delivering specific services to sign the code of ethical conduct. Noncompliance with these provisions renders a contract illegal, null, and void. According to Sub-Clause 3.1 of the procurement guidelines, the PDE may terminate a contract any time if it finds its representatives or a provider engaged in corrupt practices during procurement or execution of that contract.¹¹ Many public contracts discovered to have been secured through corruption both at central and local government levels have been annulled. However, in most cases, the usefulness of nullity of contract as a deterrent to corruption in Uganda remains ineffective because of political interference, collusion between

1 There is extensive Academic discussion on why the Anti-corruption Institution Multiplicity Approach (having several anti-corruption fighting corruption at the same time in Uganda has rather been ineffective. For this discussion see P. Gumisiriza & R. Mukobi, Anti-Corruption Multiplicity Façade in Uganda, 15 Ugandan J. Mgmt. & Pub. Pol'y Stud. 90 (2018).

2 The Inspectorate of Government is the lead national anti-corruption agency with power to investigate, inspect, and freeze bank accounts; search, arrest, order for production of documents; enforce asset declaration and prosecute public officials involved in corruption

3 See Inspectorate of Gov't, Bi-Annual Inspectorate of Government Performance Report to Parliament, July – December 2017 (2018), available at <https://www.igg.go.ug/publications/>

4 See *Corruption Perception Index 2016*, Transparency Int'l (Jan. 25, 2017), https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016.

5 K. Kazibwe, *IGG to Museveni: Your Anti-Corruption Unit will be Swallowed by Corruption*, Nile Post (Jun. 7, 2018), <https://nilepost.co.ug/2018/06/07/igg-to-museveni-your-anti-corruption-unit-will-be-swallowed-by-corruption/>

6 D.M. McGowan & A.T. Brisendine, *Option Medley Continued: Rescissions*, Benefits L.J., Autumn 2001, at 14.

7 E. Sherwin, *Nonmaterial Misrepresentation: Damages, Rescission, and the Possibility of Efficient Fraud*, 36 Loy. L.A. L. Rev. 1017 (2003).

8 M. Nell, *Contracts Induced by Means of Bribery: Should they be Void or Valid?* Friedrich-Alexander-University Erlangen-Nuremberg (BGPE Discussion Paper No. 42, 2008), https://www.bgpe.de/texte/DP/042_Nell.pdf.

9 Susan Rose-Ackerman & Paul Carrington, *Anti-Corruption Policy: Can International Actors Play a Constructive Role?* (2013) (citing J.G. Lambsdorff).

10 Constitution of the Republic of Uganda (1995).

11 PPDA, User Guide to the Public Procurement and Disposal of Public Assets (PPDA) Act 2003 and Regulations, 2014 (2015).

corrupt government technocrats and companies to approve or conceal contracts that should be annulled, renegotiation of contracts, failure to recover the already spent public money once a contract has been annulled, and costly compensation. For example, in 2013, the Karuma Hydro Electric Dam was initially terminated but later renegotiated, costing Uganda US\$ 2.2 billion instead of the initial US\$ 1.2 billion. In 2014, EATAW (an alleged American Company) was awarded a contract to tarmac the 75 km Kyetume–Katosi road. However, because of fraud in the procurement process, the contract was cancelled. The renegotiated contract cost Ushs 254 billion instead of the initial 165 billion, causing the Ugandan taxpayer Ushs 24 billion loss.¹²

Decisions to award, nullify, or staying nullified corruptly secured public contracts in Uganda are susceptible to political influence peddling. For example, in September 2019, President Museveni interrupted the tendering process for the proposed Kampala–Jinja Expressway as a public–private partnership and invited a Chinese company, China Railway 17th Bureau Group Company (CR17th), to begin discussions on the project. In a September 18, 2019 letter to the Minister for Works, President Museveni gave a directive that the Chinese should be given a contract since they have over US\$ 1 billion to build the road. However, it should be recalled that the subsidiaries of this company was previously disqualified from the tendering process of this project for several tender requirement abuses.¹³ In 2014, the Parliament of Uganda recommended the termination of contracts awarded to two electric power distribution companies (Eskom and Umeme) due to gross manipulations encountered in their procurement. However, President Museveni revoked the parliament's resolution and ordered the contract approval.¹⁴ In 2011, Members of Parliament wanted to nullify the contract agreements of an oil exploration and extraction company (Tullow) on the grounds that government officials had taken kickbacks and there was no transparency in the procurement process. However, the President ordered the Minister of Energy to sign and uphold the Tullow production sharing agreement with Uganda.¹⁵ In March 2010, rather than go through a proper competitive procurement arrangement as stipulated in law, President Museveni ordered that Mühlbauer Technology Group, a company that had been recommended to him by the then German ambassador to Uganda, Reinhard Butchnolz, be given a contract to produce national identity cards. The company was expected to produce over 3.5 million IDs by December 2010 and approximately 21 million by the end of the project in June 2012. However, the firm only released 400 IDs, and by March 2012 the project had stalled and government lost over Ushs 200 billion.¹⁶ In 2008, the IG cancelled a Ushs 312 billion tender for the second phase of the National Social Security Fund (NSSF) pension towers due to corruption. The government lost US\$ 16 million in the compensation

process that ensued and the construction stalled.¹⁷ In 2006, the National Enterprises Corporation (NEC), which is the trading arm of the Uganda People's Defence Force, signed a mining contract with Dura Cement to mine limestone from its 473-hectare land in Kamwenge and nearby districts. However, President Museveni later ordered the cancellation of this contract because the directors and address of Dura Cement Company were not known. Dura sued the government for loss of business and demanded US\$ 103 million, but it was paid more than US\$ 16 million after negotiations. In 2010, President Museveni rescinded the contract of Haba Group of Companies owned by Kampala businessman Hassan Bassajjabalaba to lease and manage three Kampala markets of Nakasero, Shauriyako, and St Balikuddembe when market vendors and parliament opposed the lease. Basajjabalaba was compensated Ushs 142 billion (US\$ 61 million), which he claimed that the then Minister of Finance Syda Bbumba, Attorney General Khiddu Makubuya, Governor Bank of Uganda Tumusiime Mutebile, and President Museveni knew about this. An audit by the OAG determined that there was no basis for the compensation. While Basajjabalaba was subsequently arrested and charged with forgery of the documents relating to the payment and tax evasion, he never returned the taxpayer's money.^{18, 19} In Uganda, the law clearly states that falsification of documents, signatures, academic, or tax verification certificates will earn an individual a loss of contract and some jail time; the same applies to an individual involved in big contracts such as road construction.

1.2. Monetary fines

Monetary fines are charges imposed on individuals or entities for breach of contracts, rules, or violation of codes of conduct or nonconformity to agreed procedures.²⁰ The size of the penalty is sometimes linked to the contract value or reflects the gravity of an offence, taking into account an enterprise's size, culpability, and other factors such as the harm caused by an offence.²¹ Monetary fines encourage self-reporting as companies strive for leniency. Through monetary fines, resources are shifted from one party to another without further social costs. They are penal in nature, designed to punish misconduct and deter future offences by a defendant.²² In Uganda, the use of monetary fines as a punishment for corruption has been embraced in different laws spread throughout various statutes. The Anti-Corruption Act 2009 stipulates the punishment for the corruption offences committed. A person convicted of an offence under sections 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 12, and 13 is liable on conviction to a term of imprisonment not exceeding 10 years or a fine not exceeding 240 currency points, or both. In monetary terms, a month of imprisonment is roughly equal to 2 currency points and each currency unit is Ushs 20,000 (US\$ 6). The PPDA Act 2003 prescribes a jail sentence of 5 years and a

12 C.K. Sabiiti et al. *10 Years of Promoting Accountability in Public Procurement in Uganda* (2014).

13 F. Musisi, *Museveni Directs on Shs4 trillion Jinja Expressway Tender*, Daily Monitor (Sept. 26, 2019), <https://www.monitor.co.ug/News/National/Museveni-directs-on-Shs4-trillion-jinja-expressway-tender/688334-5287304-xwi8yt/index.html>.

14 B. Badru & W. Muhumuza, *The Politics of Core Public Sector Reform in Uganda: Behind the Façade* (Effective States and Inclusive Development Research Centre (ESID), University of Manchester, United Kingdom, Working Paper No. 85, 2017), available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2954595.

15 R. Tangri & A. Mwenda, *The Politics of Elite Corruption in Africa: Uganda in Comparative Africa Perspective* (2013).

16 See Badru & Muhumuza, *supra* note 14.

17 UDN, *Dossier on Corruption in Uganda from 2002–2012* (2013).

18 Inspectorate of Gov't, *Third Annual Report on Corruption Trend Tracking in Uganda: Using the Data Tracking Mechanism* (2012).

19 Badru & Muhumuza, *supra* note 14.

20 J.S. Zucker, *The Boeing Suspension: Has Consolidation Tied the Defence Department's Hands?*, 6 *Pub. Procurement L. Rev.* 260 (2004).

21 U.N. Office on Drugs & Crimer, *Guidebook on Anti-corruption in Public Procurement and the Management of Public Finances. Good Practices in Ensuring Compliance with Article 9 of the United Nations Convention against Corruption* (2013).

22 J.G. Lambsdorff, *Corrupt Intermediaries in International Business Transactions: Between Make, Buy and Reform*, 35 *Eur. J.L. & Econ.* 349 (2013).

minimum fine of 5 million Uganda shillings (US\$ 1,700) upon conviction for accounting officers who award a fraudulent contract. New financial penalties have been added in the legislation. According to the Anti-money Laundering Act 2013, an individual who commits a crime under the Act will face 5–15 years in prison or be liable to a fine ranging from Ushs 660,000,000 (660 million Uganda shillings) to 2,000,000,000 (2 billion Uganda shillings) (approximately US\$ 2,575–780,340). For a legal person, the fine imposed on the entity ranges from Ushs 1,400,000,000 (1 billion 400 million Uganda shillings) to Ushs 4,000,000,000 (4 billion Uganda shillings) (approximately US\$ 546,240–1,560,680). The use of monetary fines as a corruption deterrent tool comes with several advantages such as easy implementation. In Uganda, police and courts of law are mandated to give out fines for people who commit offences such as corruption, embezzlement, misuse of public resources, and neglect of duty.²³ Despite the legal provisions for the use of monetary fines and their continued applications in courts of law, various reports have indicated that these penalties have not been effective in deterring bribes and corruption prevalence in Uganda. In fact, in some cases, they seem to accelerate corruption because most monetary fines laws are outdated. Monetary fines provided in anti-corruption laws are weak and just a fraction of what is embezzled. For example, a person who embezzles Ushs 18 billion (US\$ 5 million) may not be required to pay back the money but would rather be jailed for 3–5 years. In some cases, individuals and companies who have been fined are left in business and continue with their vices. Financial penalties are scattered throughout various statutes and are not consolidated in any one place, but each of them is looked at in isolation of the other. Therefore, it becomes very difficult to track and assess the total impact of such financial penalties on an individual or company. The different anti-corruption laws give judicial officers powers to order for compensation or repayment of the money to the owner, but this power can be misused when rules are vague and hardly enforced; thus, officials obtain sovereignty in interpreting them and may take a bribe. In addition, it is difficult to accurately estimate the amount of fines that is sufficiently punitive to deter corruption. If the penalties are not severe enough and not applied each time when inappropriate behavior is detected, they will not be effective in reducing corruption. Sometimes, lack of enforcement of fines has accelerated bribery in Uganda. Cases of asking and accepting a bribe in the form of cash payment in order not to issue a speed fine or reduce the fine are very common in Uganda. Even the fines as prescribed by the current legislations have not kept pace with inflation. Many of the minimum and maximum are now absurdly low. Consequently, it is difficult to assess the total impact of financial penalties on an individual or company.²⁴

1.3. Debarment

Debarment occurs when a company or individual is formally prohibited from tendering or participating in a project that a government or multinational agency is funding if they are found to be involved in corruption (either to obtain contracts on present or

past projects with that agency or government).^{25, 26} Debarment has gained momentum, and many governments/international institutions have developed their own debarment systems to exclude contractors who have committed bribery or fraud or more broadly to exclude contractors who pose unacceptable performance or reputational risks because of bad acts or broken internal controls. In 2005, Transparency International published a list of recommended minimum standards to be applied in creating lists of untrustworthy, unreliable, and irresponsible companies and individuals who have proven that they have participated in acts of corruption and preventing their participation in public contracting.²⁷ In Uganda, debarment is provided for in the laws and adopted in practice. Section 94 of the PPDA Act and Regulation 351 of the PPDA Regulations empower the PPDA Authority to suspend providers who do not comply with procurement regulations or guidelines after thorough investigations. The PPDA may suspend a provider (company) from engaging in any public procurement and disposal process for a period ranging from 1 to 10 years. There are many grounds for suspension, including breach of the provider's code of ethics, submission of forged documents, bid security, sheer negligence, bribery, corruption, shoddy work, general flouting of procurement procedures, and cross-debarment from the procurement process of an international agency, of which Uganda is a member. Under cross-debarment, when one agency debar a contractor, other institutions automatically debar that very contractor. This improves anti-corruption efforts by multiplying the impact of debarment actions. Thus, contractors could potentially face exclusion from many systems, which would mark a significant change in fraud and corruption practices.²⁸ However, debarment and cross-debarment practices have been criticized for being inefficient paper tigers. They are poorly publicized, fail to include big companies with proven records of involvement in corruption, and are subjected to many technicalities such as unwillingness to debar due to lack of strong evidence, lack of a court order, and resistance to giving public access to blacklists. There is also a risk that a parent or subsidiary company, an agent, a joint venture, a consortium partner, or a subcontractor of another company can be debarred for the actions of a corrupt company over which they have no control. This may happen even when the subsidiary or sub-contracted company is not involved in corruption.²⁹ Well-established companies, which have been known to violate anti-corruption regulations and are legally supposed to be prohibited from participating in public bids, sometimes bid again using their influence, particularly if those companies are politically well connected.³⁰ Although debarment is provided for in Ugandan laws, the measure has not been effectively utilized because the process involved in getting a firm debarred is quite long and complicated. Many debarred firms have been able to circumvent disciplinary measures, including bribing their way back into bidding processes. The government is also very careful not to implement such measures on companies that usually get contracts using the influence of the government that provides the money to execute those contracts in the first place.

23 JLOS, Report on the Study on Sentencing and Offences Legislation in Uganda (2014).

24 *Id.*

25 J. Moran et al., Debarment as an Anti-corruption Means: A Review Report (2004).

26 E. Baghir-Zada, Debarment As an Anti-corruption Tool in the Projects Funded by Multilateral Development Banks (2010).

27 Transparency Int'l, Publicity of Debarment and Current Debarment Systems in Place in International Organizations and Some Countries (2006).

28 C.R. Yukins, *Cross-Debarment: A Stakeholder Analysis Corruption Mean*, 45 *Gro. Wash. Int'l L. Rev.* 219 (2013).

29 S.L. Schooner, *The Paper Tiger Stirs: Rethinking Suspension and Debarment, in Suspension and Debarment: Emerging Issues in Law and Policy*, 5 *Pub. Procurement L. Rev.* 211 (2004).

30 *Global Integrity Report 2011*, Global Integrity (2011), <https://www.globalintegrity.org/resource/gir-2011-data/>

1.4. Confiscation

Confiscation of corruption proceeds constitutes another deterrent that makes corruption less attractive.³¹ In Uganda, the Leadership Code Act 2002, the Anti-Corruption Act 2009, and the Anti-Money Laundering Act 2013 confer power to IG and the Directorate of Public Prosecution to freeze, seize, and confiscate proceeds of corruption. Money recovered from the prosecution of corrupt officials or companies is directly paid to the institutions that had sustained losses. Some money is also kept on the Asset Recovery Account maintained by the IG. A critical analysis of the implementation of asset recovery laws shows little progress in making recoveries mainly because corrupt officials register their assets in the names of their spouses, children, associates, relatives, or friends. Investigation of such cases is hard, as it is not provided in the law. This loophole is often taken advantage of by many corrupt public officials who amass illicit wealth and register it in other people's names. Furthermore, the law is not strong enough to criminalize those living beyond their known sources of income. The sanctions provided for under the same laws are so weak to deter someone to be involved in corruption; for example, the confiscation of assets under the current anti-corruption legal regime occurs only after conviction at the discretion of the court, yet prosecutions leading to convictions are difficult. The value of recovered funds has been low when compared with the value of public resources that are misappropriated. In 2007, of the US\$ 43,676,471 lost in fraudulent procurement during CHOGM, less than US\$ 2,941,176 was recovered. Between 2008 and 2011, only US\$ 252,920 was recovered while US\$ 4,275,499 was saved as a result of investigation.³² In December 2017, it was reported that the Government of Uganda had only recovered Ushs 71.4 billion (US\$ 18.9 million) from corrupt officials through plea bargaining and post-conviction orders since the inception of the Anti-Corruption Court in 2008, which is an extremely low figure given that Uganda loses over US\$ 300 million a year.³³

1.5. Imprisonment

There are those who argue that in cases where corrupt officials are not reimbursing stolen money or assets, imprisonment serves as a good deterrent and has worked in many countries.³⁴ However, in Uganda, giving prison sentences to culprits as an anti-corruption measure has many loopholes, particularly very short prison sentences compared with the amount of money stolen and the fact that many convicted public officials continue enjoying corruptly acquired wealth after serving their jail sentences.³⁵

1.6. Whistleblowing

Whistleblowing and whistleblower protection, if well implemented, can also be one of the most effective tools in detecting and combating corruption.³⁶ In Uganda, the Whistleblowers Protection Act 2010 was enacted to encourage individuals to expose corruption. The IG established a hotline where individuals can

report corruption anonymously. However, the weak enforcement of whistleblowers' protection law in Uganda has led to continued cases of retaliation against whistleblowers. Consequently, most whistleblowers are reluctant to cooperate after receiving threats or fear losing their lives, jobs, and properties. Without whistleblowers' testimony, prosecutors are left with little evidence to convict corrupt officials.³⁷ For example, in 2012, out of intimidation and fear, all the key 11 prosecution witnesses denied any knowledge of the three ministers' involvement in the CHOGM scandal, where Ushs 14 billion was lost to corruption. As a result, the Anti-Corruption Court acquitted the three ministers. The lack of a clear system to protect witnesses from bribery and intimidation means that anti-corruption institutions in Uganda have ended up focusing on low-level actors while the big fish continue to corruptly accumulate wealth.³⁸

1.7. Asset declaration

Asset declaration provides valuable information that helps uncover misconduct and illicit enrichment, and ensures that leaders are accountable and the acquisition of their assets is not through corruption. Successful enforcement requires an effective asset declaration monitoring body with clear mandate, powers, capacity, resource, and authority to receive and process public officials' asset declarations, as well as assess their authenticity, completeness, inaccuracies, and inconsistencies.³⁹ In Uganda, it constitutes a corruption act for a leader who is found to be in possession of assets and income that is disproportionate to the known source of income, and penalty is confiscation or forfeiture to government any excess or undeclared property. The Uganda Leadership Code Act 2002 mandates the IG to verify the accuracy of incomes, assets, and liabilities of leaders, their spouses, children, and dependents between 2 and 18 years. The implementation of the Leadership Code Act 2002 has yielded marginal success due to weaknesses within the law and lack of capacity in enforcement agencies. The leadership tribunal required by law to enforce the Leadership Code Act has not been constituted. This has left the law a mere paper tiger subject to challenge whenever the IG has attempted to implement it. In 2014, over 40% of eligible leaders failed to declare their income, assets, and liability, and got away with it. Even for those who declared, it was reported that many falsified their declarations. Private individuals who are not leaders within the meaning of the law such as presidential appointees, and low staff who may amass a lot of wealth through corruption offences are not required to declare their wealth. This loophole has allowed such people to enjoy their ill-gotten wealth unchecked. The IG lacks sufficient finance, staff, expertise, and equipment to enforce and verify all declarations. Only 50% of declared assets are sampled for verification annually. The rest are kept without confirmation for any inaccuracy and inconsistency. Leaders take advantage of this loophole to under or over declare their assets because they know the probability of getting them is too low.⁴⁰

31 OECD, *Asset Recovery and Mutual Legal Assistance in Asia and the Pacific* (2008).

32 UDN, *supra* note 17.

33 Y. Mugerwa, *Probe Reveals New Ways of Stealing Money from Government*, Daily Monitor. (Jul. 23, 2016), <https://www.dailymonitor.co.ug>.

34 Humboldt-Viadrina School of Governance. *Motivating Business to Counter Corruption - A Global Survey on Anti-corruption Incentives and Sanctions* (2012), <https://www.humboldt-viadrina.org/anti-corruption>.

35 See, e.g., F. Kasule, *Katosi Road Scam: Byandala Acquitted, Ssenketo Convicted*, New Vision (Aug. 29, 2018), https://www.newvision.co.ug/new_vision/news/1484662/katosi-road-scam-byandala-acquitted-ssenketo-convicted

36 R. Goel & M. Nelson, *Effectiveness of Whistleblower Laws in Combating Corruption* (BOFIT Discussion Paper No. 9/2013, 2013).

37 C. Mahoney, *Uganda: Conflating Witnesses Protection and Protection of Informants*, in *The Justice Sector afterthought: Witness Protection in Africa* (C. Mahoney ed., 2010).

38 UDN, *supra* note 17.

39 OECD, *Asset Declarations for Public Officials. A Tool to Prevent Corruption* (2011), available at <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/47489446.pdf>.

40 L.D. Carson, *Institutional Specialization in the Battle against Corruption: Uganda's Anti-corruption Court* (2015).

1.8. Criminalizing money laundering

Money laundering can severely accelerate corruption and organized crime; thus, criminalizing it provides the possibility of courts to hold liable persons who are involved in it.⁴¹ In Uganda, the enforcement of the Anti-Money Laundering Act 2013 has not achieved the desired outcomes because the Financial Intelligence Authority that is responsible for its enforcement is hampered by technical and operational challenges such as limited capacity (finance, human resource, technology, and equipment) and lack of an effective framework to foster collaboration among different stakeholders. As a result, there are very few successful convictions of money launders given the rising money laundering activities in the country. The effective enforcement is further hampered by the large informal sector that makes it difficult to track and monitor informal financial transactions, widespread use of cash rather than other means of exchange, confidentiality rules in banks and fear of losing customers, poor remuneration which makes officials responsible for detecting and controlling money laundering vulnerable to bribery, and lack of or poor record-keeping.^{42, 43} Concerning the effective enforcement of anti-money laundering, there is a need to develop legislative measures to address cooperation in tracing requests and transfer of such property or proceeds, and provide resources to improve the capacity of enforcement agencies. At the same time, the government must also refrain from using the Anti-Money Laundering Act 2013 to hunt down political opponents and thwart the legitimate activities of NGOs, especially those involved in issues relating to the rule of law, governance, and human rights, many of whom are now being portrayed as sympathizers of political opposition and companies whose owners may be political threats to government heavyweights, as happened in the recent past. For example, on April 1, 1999, Greenland Bank, the biggest indigenous commercial bank in Uganda, lost its license because it had a joint partnership with a company (Divinity Union) that was supposedly involved in money laundering scandals, and its owner, Dr Sulaiman Kiggundu, was arrested and charged with lending big sums of money in violation of the Financial Institutions Statute. However, in a written memorandum that Dr Kiggundu submitted to the Judicial Commission of Inquiry into the Closure of Banks on August 7, 2000, he stated that his bank was a victim of politics and not bad economics which were well documented.⁴⁴

2. EXISTING GAPS THAT CALL FOR REFORM

It is clear from the discussion presented above that although the Ugandan government has put in place several anti-corruption agencies, created considerable legal framework and adopted internationally recommended anti-corruption measures to fight corruption, it has achieved limited success in fighting the vice. In fact, it seems to increase year after year according to the Transparency International Corruption Perception Indexes. The question then becomes: what can actually be done to significantly reduce corruption in Uganda? This is a very broad and difficult question, particularly given the fact that corruption is now a

systemic problem in the country, many measures that have been adopted, as discussed above, seem not to have given the desired results. Thus, different scholars can provide different answers depending on any perspectives they choose to focus on. In this article, we specifically focused our recommendations on how the measures discussed above can be strengthened, as they have been proven to work in other places, and the political leadership question. These recommendations were built on interview insights from 10 key informants selected from anti-corruption agencies and civil society organizations in Uganda. The interviews were conducted between November 14 and 18, 2019 in Kampala by two authors. The key informants were selected based on their anti-corruption knowledge and experience in Uganda. They were duly informed that the information shared will only be used for academic purposes and that their identity would be kept confidential because this was a sensitive topic. Insights from the key informants were triangulated with scholarly literature and anti-corruption best practices from other countries that Uganda can actually benchmark. We hope that the ideas presented in this article will inform better future anti-corruption measures in Uganda and generate new debates in this academic field.

3. RECOMMENDATIONS

3.1. Avoiding influence peddling by top political leadership

Influence peddling in awarding or rescinding of contracts to companies has resulted in loss of millions of dollars of taxpayers' money, as discussed earlier.⁴⁵ It is very difficult to stop influence peddling particularly when it emanates from the President who always defends his action, including awarding or rescinding of contracts, that he does so in public interest particularly to attract investors, create jobs, and protect the poor. However, the main recommendation of some key informants interviewed in this paper is that the interest of all these different groups can be better served and protected by stopping influence peddling.⁴⁶ In fact, the experience of other countries has shown that genuine investors, protection of public resources, and creation of employment are best done when leaders shield themselves and their governments from influence peddling. The leadership in countries such as Singapore that significantly reduced corruption/escape corruption disasters (during the 1970s–1990s) that are in many ways similar to those befalling Uganda today avoided high-level influence peddling in awarding or denying of contracts, licenses, and permits to investors. For example, in 1973, 1980, and 1982, the leadership of Singapore denied an offshore banking license to the Bank of Credit and Commerce International, and deliberately resisted influence peddling from its lobbyists, including British Prime Minister Harold Wilson at the time. The bank had approximately 400 branches in over 70 countries in Europe, the Middle East, Africa, and America. Its shareholders included members of the royal families of Saudi Arabia, Bahrain, Abu Dhabi, and Dubai. When it was closed down in July 1991 because of dishonest operations, it led to losses of US\$ 11 billion for other banks, depositors, and creditors. Even when the financial crisis broke out

41 F. Schneider, *Money Laundering and Financial Means of Organized Crime: Some Preliminary Empirical Findings* (German Inst. for Econ. Research, Working Paper No. 26, 2010).

42 P. Edopu, *Infrastructure to Detect and Control Money Laundering and Terrorist Funding in Uganda* (2010), available at <https://www.files.ethz.ch/isn/117789/FULL107.PDF>.

43 F. Kulabako, *Anti-Money Laundering Law Faces Challenges*, Daily Monitor (Sept. 10, 2013), <https://www.monitor.co.ug/Business/Prosper/Anti-money-laundering-law-faces-challenges/688616-1984978-lw3m7r/index.html>.

44 Dr. Kiggundu, *Why My Bank Was Closed*, Observer (Jun. 25 2008), <https://observer.ug/features-sp-2084439083/special-report/309-dr-kiggundu-why-my-bank-was-closed>

45 See UDN, *supra* note 17.

46 Interview with Assoc. Prof. Julius Kiiza, Lecturer Makerere University Department of Political Science and Public Administration (Nov. 18, 2019) [hereinafter Kiiza Interview].

in East Asia and devastated currencies, stock markets, and economies of the region, no bank in Singapore faltered. Singapore escaped all of these crises unscathed because its leaders avoided influence peddling and refused to be compromised.⁴⁷ Thus, avoiding high-level influence peddling is a very strong anti-corruption practice that the Ugandan leadership can benchmark and is highly recommended in this paper.⁴⁸

3.2. Severely punishing the corrupt without fear or favor

Rational choice theory-inclined scholars have long argued that people rationally choose to engage in corruption when its benefits are greater than the risks/punishment involved.^{49, 50, 51, 52} As discussed earlier, many corrupt individuals in Uganda continue to engage in corruption because the risks involved in the form of monetary fines, imprisonment, and asset confiscations are not very severe compared with the benefits they can obtain by corrupt means. A key recommendation of this article is that the government should revise its anti-corruption laws to make them more stringent and severely punish any individual implicated in corruption without fear or favor.⁵³ Stringent laws and severely punishing people implicated in corruption (particularly those at the top) without fear or favor is one of the key methods that was used or being used to successfully reduce corruption in cities such as La Paz in Bolivia⁵⁴ and Hong Kong in China, as well as in countries such as Singapore,⁵⁵ South Korea,⁵⁶ and Brazil.⁵⁷ In the specific case of Uganda, it is recommended that anti-corruption laws and their enforcement on all people should be made tougher. For example, the laws could be revised to ensure that convicted corrupt offenders are made to pay back money equivalent to the amount they had taken, be imprisoned for a period not less than five years, or both. Both the giver and the receiver of a bribe should be guilty of corruption and liable to similar harsh punishment. Contractors who are revealed to have secured contracts by corrupt means should have their contracts terminated and be debarred for a period of five or more years from any public contract. If the offence is related to a government contract or involves a Member of Parliament or a member of public body, the term of imprisonment should be increased to 10 years because of too much high profile corruption in Uganda. Such senior officials who are convicted of corruption offences should face dismissal from public services or have their ranks reduced. If the corruption is deemed to be too grave, they should not only be required to pay back the money involved, but should also lose their jobs, pension, and other benefits, being debarred from any future public appointment.⁵⁸ Public officers should declare their assets at their first appointment

and subsequently annually. Courts in Uganda should be allowed to treat the proof that an accused is living beyond his or her means or having property that his or her income cannot explain as corroborating evidence that the accused has engaged in corruption. As a matter of urgency, the Parliament should expeditiously put in place a legal framework for establishing a Leadership Code Tribunal for arbitration of corruption cases.⁵⁹ The law should be amended to ensure that all leaders at all levels and public officials become eligible to declare their assets.⁶⁰ Government should provide more financial resources, equipment, and training to people working in anti-corruption agencies such as the IG, in order to allow them to cope with the ever-changing tricks and sophistication of corruption perpetrators.⁶¹ Anti-corruption investigators in Uganda should be allowed to arrest, search, and investigate bank accounts of suspected persons, their partners, children, and agents. Banks should be obliged through proper court orders to give information about anyone who is investigated, particularly those suspected to be involved in money laundering. It is such kind of measures and tough laws that helped countries such as Singapore to change from corrupt countries to the most least corrupt in the world.⁶²

3.3. Adopting new technologies that anonymously report corruption

It is highly recommended that the government should encourage mass adoption of new technologies such as SAYITAPP – an application that allows the public to report cases on corruption anonymously. This application was developed by LASPNET, a civil society organization that fights corruption in the Justice, Law and Order Sector (JLOS). The app is linked to the complaint-handling mechanisms of different JLOS institutions, including the Inspectorate of Courts, the Police Standards Unit, the Office of the Directorate of Public Prosecution, and Justice Secretariat. The app is also integrated into the mailing system of the Inspectorate of Courts. It enables the reporting and receiving of complaints via phone. Such technologies that can quickly transmit information to trigger corruption investigations within targeted institutions should be widely embraced.⁶³

3.4. Simplifying procedures to improve service delivery while minimizing human contact

In institutions such as the police and judiciary where corruption is very rampant, particularly among low-ranking cadres, government with the help of development partners should simplify procedures. For example, they should encourage electronic submission of

47 K.Y. Lee, *From Third World to First: Singapore and the Asian Economic Boom* 72-82 (2011).

48 Kiiza Interview, *supra* note 46.

49 D.B. Cornish & R.V. Clarke, *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending* (1986).

50 G. De Graaf, *Causes of Corruption: Towards a Contextual Theory of Corruption*, 31 *Pub. Admin. Q.* 39 (2007).

51 W.T. Felps et al., *How, When, and Why Bad Apples Spoil the Barrel: Negative Group Members and Dysfunctional Groups*, 27 *Res. Organizational Behav.* 175 (2006).

52 T.C. Pratt, *Rational Choice Theory, Crime Control Policy, and Criminological Relevance*, 7 *Criminology & Pub. Pol'y* 43 (2008).

53 Interview with Prof. Fredrick Ssempebwa, Uganda High Court Advocate and Scholar, Kampala, Uganda (Nov. 18, 2019).

54 R. Klitgaard et al., *Corrupt Cities: A Practical Guide to Cure and Prevention* (2000).

55 M.M. Ali, *Corrupt Practices Investigation Bureau, Eradicating Corruption—The Singapore Experience* (2000), <https://www.unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan002749.pdf>.

56 J. McCurry, *Park Geun-hye: South Korean Court Removes President over Scandal*, *Guardian* (Mar. 10, 2017), <https://www.theguardian.com/world/2017/mar/10/south-korea-president-park-geun-hye-constitutional-court-impeachment>

57 S. Romero, *Dilma Rousseff Is Ousted as Brazil's President in Impeachment Vote*, *N.Y. Times* (Aug. 31, 2016), <https://www.nytimes.com/2016/08/31/brazil-dilma-rousseff-impeached-removed-presidency>

58 Interview with Hon. Miria Matembe, Former Member of Parliament Mbarara District, Kampala, Uganda (Nov. 14, 2019).

59 Interview with Hon. Lyandro Komakech, Member of Parliament for Gulu Municipality, Kampala, Uganda (Nov. 16, 2019).

60 Interview with Key Informants, Accountability Sector Secretariat, Kampala, Uganda (Nov. 15, 2019).

61 Interview with Key Informant, Inspectorate of Government, Kampala, Uganda (Nov. 15, 2019).

62 Lee, *supra* note 47, at 157-63.

63 Interview with Dr. Sylvia Namubiru Mukasa, Executive Director – Legal Aid Service Providers Network (LASPNET), Kampala, Uganda (Nov. 15, 2019).

forms, payment for permits, passports, bills, fines, and management of files.⁶⁴ In particular, the judiciary and police need to develop, adopt, and support innovations such as the use of ICT in file management. This can help expedite the reduction in case backlogs and the corruption that comes with them.⁶⁵

3.5. Availing the public details of contractors

It has been highly recommended that the PPDA should establish rules that require all companies that want or possess public contracts to provide audited details of the companies, including previous work records, any involvement in corruption, names of owners and directors, among others. Such details should be kept in publicly available databases so that any procurement committees in different government agencies can effectively vet them. Any company that falsifies its information should be debarred from participating in public contracts. This can particularly help local governments.⁶⁶

3.6. Full citizen participation

Corruption in Uganda is not just a problem within government or by government institutions/officials but rather a society problem. All people from different walks of life, whether within government or outside it, initiate and do participate in corruption in one way or the other. Likewise, the war on corruption cannot be left to government

institutions or officials. All citizens must first participate by reporting corruption wherever it happens, and also must stop the culture of participating in the vice themselves. They must support government anti-corruption efforts and desist from concealing corruption when it favors them and then shouting when it does not. This also calls for professionalism, particularly basing allegations on concrete, hard evidence that can help the usual allegations of witch-hunt from those suspected of corruption.⁶⁷

4. CONCLUSION

From the discussion above, this article concludes that while the government of Uganda has gone an extra mile in establishing several would-be effective anti-corruption measures, they have not been able to effectively curb corruption. This is mainly because they are not stringent enough to severely punish corrupt actors and deter them, especially those engaged in grand corruption where the public is losing an enormous amount of money. Special care should be taken to ensure that they are robust, fairly applied, make culprits accountable, are transparently applied, well publicized, and unbiased. Therefore, it is hereby recommended that the already existing measures should be strengthened further to make corruption a very costly and prohibitive practice.

⁶⁴ Interview with Key Informant, Cissy Kagaba, Executive Director – Anti-Corruption Coalition, Kampala, Uganda (Nov. 13, 2019).

⁶⁵ Interview with Key Informant, Uganda Police CID Officer, Central Police Station, Kampala, Uganda (Nov. 13, 2019).

⁶⁶ Interview with Key Informants, PPDA, Kampala, Uganda (Nov. 15, 2019).

⁶⁷ Interview with Hon. Justice Mike Chibita, Director of Public Prosecution, Kampala, Uganda (Nov. 18, 2019).

مدى استيعاب النصوص التقليدية للسرقة الإلكترونية- دراسة مقارنة

د. حابس يوسف زيدات*

مُلخَص

أن التطور التكنولوجي وتقنية المعلومات والكثير من الوسائل الإلكترونية الحديثة جعل المجال مفتوحاً لأن تتدخل الي جانب الفائد كثير من السلبيات، فإذا كان البعض يستخدم الوسائل الحديثة في صالح البشرية، إلا أن هنالك من يرتكبون من خلال نفس تلك الوسائل الجرائم . ومنها جريمة السرقة التي تفترض قيام الجاني باختلاس الشيء من المالك الأصلي وإدخاله إلى حيازة مرتكب الاعتداء والظهور عليه بمظهر المالك، فهذه التطورات الحديثة سمحت للأفراد والمؤسسات الي الولوج من خلال تلك الوسائل الي البنوك والمؤسسات المصرفية وقواعد المعلومات وحتى الاجهزة الشخصية للأفراد ، مما ساهم بظهور أشكال جديدة وأساليب جديدة يمكن من خلالها ارتكاب مثل تلك الجرائم التقليدية التي جرمتها نصوص قانون العقوبات في كل دول العالم.

وبات التساؤل هل تخضع تلك الجرائم الي النصوص التقليدية التي نص عليه قانون العقوبات أم هي بحاجة الي تشريع جديد يواكب ما رافق تلك الجرائم التقليدية «ومنها السرقة» من وسائل حديثة تسمى بالجرائم الإلكترونية؟ رتب ذلك ضرورة التفكير في دراسة مدى كفاية النصوص التقليدية لمحاربة جرائم الاختلاس الإلكتروني، ومدى الحاجة الي وضع تشريعات قانونية حديثة لمكافحة الجرائم الإلكترونية .

الكلمات المفتاحية: المال المعلوماتي، النماذج التقليدية، المنظومة الإلكترونية، القرصنة، التكيف القانوني، تبديل الحيازة .

Title: Latitude of punitive terminology interpretation for electronic theft

ABSTRACT

A natural course of world development benefits, harness and service the mankind, through means of technological development and various modern electronic means, it nevertheless created a platform for significant negative consequences , where some deploy the same modern means to commit illegal criminal actions. Conventional crimes were and are still being committed in traditional ways, including theft, which assumes that the perpetrator steals the object and transmute its possession from its owner. In majority of countries around the world the provisions of the Penal Code in all countries of the world criminalize banking and information databases, which contributed to the emergence of new forms and new methods through which to conventional crimes are committed.

While crimes are committed through these modern means, the key question is whether these crimes are subject to the conventional provisions of the Penal Code, or a new legislation shall be passed to retain the pace associated with conventional crimes with modern twists i.e. cybercrime?

This leads to first; considering the adequacy of the conventional provisions combating cyber-crime, second; the need for developing a modern legal framework to combat cybercrime in which terminologies grasp all dimensions and negative effects of the criminal phenomenon. This will inspire nations to look for modern Legislations regulating and combating these conventional crimes committed through means of technology.

Keywords: Conventional prototypes, electronic ecosystem, hacking, legal adaptation, transmutation of possession

استاذ القانون الجنائي المساعد
جامعة القدس و الكلية العصرية الجامعية
فلسطين

Habes Zedat
Al-Quds University & Modern University College
Palestine
*Email: habes.zedat@yahoo.com

Submitted : 16 October 2019
Accepted : 13 November 2019
Published: 31 December 2019
<https://doi.org/10.5339/rolacc.2019.9>

© 2019 The Author(s), licensee HBKU Press.
This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution license CC BY 4.0, which permits unrestricted use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

Cite this article as: Zedat H. مدى استيعاب النصوص التقليدية للسرقة الإلكترونية - دراسة مقارنة, Rule of Law and Anti-Corruption Center Journal 2019:2.9.
<https://doi.org/10.5339/rolacc.2019.9>

كيساينس
QSCIENCE

دار جامعة حمد بن خليفة للنشر
HAMAD BIN KHALIFA UNIVERSITY PRESS

0-1 المقدمة

العديد من الجرائم الاقتصادية سوف تظهر في البيئة الإلكترونية والناجئة عن اتساع استخدام الحاسوب والإنترنت؛ لأنه ما دام البشر موجودين فالخير موجود والشر موجود والجريمة موجودة، مما دفع صوب إيجاد تشريعات تنظم وتحرر تلك الجرائم، فكانت القواعد التقليدية في قانون العقوبات التي تطبق على تلك الجرائم، ونظراً لانتشار تلك الجرائم كان لا بد من البحث عن تشريعات جديدة وحديثة لمواجهة الجرائم الإلكترونية، والتي يمتد تأثيرها على الأشخاص والأموال، مما حدا بالدول لوضع تشريعات لمواجهة ذلك وكانت بداية انفتاحها على القانون الجنائي والذي يرسخ بداية هذه الفكرة قانون جرائم المعلوماتية الفرنسي الصادر سنة 1988م ويحمل الرقم 19 وما تبعه من قوانين أخرى ذات صلة، ومنها التشريع الفرنسي الصادر في 4 أغسطس 1994م، المسمى بقانون Toubon، ومن ثم توالت الدول في سن القوانين،⁴ والتشريعات، ومن الدول العربية التي اجتهدت في ذلك قانون الجرائم الإلكترونية الأردني رقم 27 لسنة 2015م، والقانون الاتحادي لدول الإمارات رقم 2 لعام 2006م بشأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، والنظام السعودي لمكافحة جرائم المعلوماتية الصادر 2007م، كما نظم المشرع الفلسطيني بموجب القرار بقانون رقم (10) لسنة 2018م بشأن الجرائم الإلكترونية.⁵

1-1 أهمية الدراسة

يكتسب موضوع الدراسة أهمية كبيرة بسبب جسامته الأخطار وحجم الخسائر الناجمة عن الجرائم الإلكترونية بأنواعه المختلفة، التي لم تعد عواقبها قاصرة فقط على الأفراد فحسب، وإنما امتدت آثارها لتهدد الدول، حيث تقوم الدراسة هنا على التركيز على التوعية بخطورة الجرائم الإلكترونية، وتحديد الطبيعة القانونية التي تتسم بها المعلومات والبيانات الإلكترونية والجدل الدائر حول مدى اعتبارها أموال تصلح للاختلاس وترتيباً على ذلك، كان لا بد من ضرورة التفكير في دراسة مدى كفاية النصوص التقليدية لمحاربة الاختلاس الإلكتروني، ومدى ضرورة وضع تشريعات قانونية حديثة لمكافحة الجرائم الإلكترونية قادرة على حماية التطور التكنولوجي بعيداً عن القواعد العامة التقليدية التي ذكرت في قانون العقوبات خاصة جرائم الحاسوب والإنترنت والتي تتعرض للكثير من الانتهاكات على أن تكون تلك النصوص قادرة على مواجهة الظواهر الإجرامية بكل أبعادها وآثارها السلبية، كعمليات النسخ والحذف والإتلاف ونقل المعلومات والبيانات الإلكترونية أو القرصنة وغيرها من الجرائم الإلكترونية بكافة أنواعها المستحدثة، وإلى جانب القواعد الموضوعية، لا بد من وضع النصوص الإجرائية التي تتناسب مع طبيعة تلك الجرائم سرية الحدوث والاختفاء؛ نظراً لصعوبة التحري والقبض على مرتكبيها، وكذلك التفتيش عن الأدلة الإلكترونية وضبطها، ناهيك عن وجود صعوبة في اكتشافها وإثباتها.

2-1 إشكالية البحث

نظراً لما تتمتع بها خدمات الحاسب الآلي والتطور التكنولوجي من أهمية كبرى في مختلف المجالات وفي كثير من الدول، رافق تلك الأهمية العديد من التغيرات والأشكاليات القانونية حول مقدرة وكيفية تعامل النصوص العقابية التقليدية لنشاط الوسائل الإلكترونية المستحدثة، وما يستتبع ذلك من صعوبات تتعلق بتحديد الطبيعة القانونية لهذا التطور وما ينتج عنه من جرائم تنصب على المعلومات المخزنة في الحاسوب كجريمة السرقة مثلاً والتي تطرح مجموعة من الإشكاليات القانونية فيما يخص تحديد الطبيعة القانونية خاصة ما يتعلق بمحل الاعتداء باعتباره أهم العناصر المكونة لها، بالإضافة إلى النشاط الإجرامي، وما يطرح حول مدى انطباق عناصر جريمة الاختلاس العادية على سرقة المعلومات والبيانات

لقد كان الهدف الأساسي من إيجاد أجهزة الكمبيوتر هو تسخيرها لخدمة الإنسان في مجال الأعمال والمعاملات، وكان لظهور تلك الأجهزة وتطورها بسرعة من مجرد أجهزة تقوم بعمليات حسابية إلى مخازن قادرة على تجميع واستيعاب كم ضخم من المعلومات والبيانات، وقادرة على استرجاعها بسرعة وبدقة، إلا أنها أحدثت مشكلة خطيرة تؤرق الكثيرين حول كيفية حماية تلك المعلومات بعد أن أصبحت في متناول اليد وبأقل مجهود وأبسط حركة، فلم يعد المجرم بحاجة إلى أدوات وآلات تقليدية لارتكاب جريمته، نتج عن ذلك علاقات قانونية جديدة بحاجة إلى الحماية حال التعدي عليها سواء في مجال فروع القانون المختلفة أو بقانون خاص بها. إن التقدم العلمي والتطورات الحديثة ساهمت في إحداث وظهور أشكال وأساليب جديدة من صور الجرائم الإلكترونية، بحيث أصبح مفهوم الجريمة الإلكترونية،¹ يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتطور التكنولوجي وتقنية المعلومات، ومن الطبيعي أنه كلما تطور واتسع نطاق التجريم، أحدث ذلك تغيرات مستمرة ومتسعة ومضطربة في أشكالها وصورها التي تختلف عن النماذج التقليدية للجرائم العادية، فالجرائم الإلكترونية ترتكب عبر الوسائط والوسائل الإلكترونية المختلفة، فتلك الجرائم تقع بأشكال مختلفة ومستحدثة لم تكن معروفة أو ظاهرة إلا من قريب، وهي مرتبطة إلى حد ما بما يشهده العالم من تطور تكنولوجي وعلمي في جميع المجالات دون استثناء.

إن ظاهرة الإجرام المعلوماتية المتطورة تحمل جانباً مظلماً يتجسد بعدم قدرة القواعد القانونية أن تتطور بقدر مساو لتلك الظاهرة حتى تستطيع الحد من تلك التعدييات والجرائم التي تتم باستخدام شبكات الاتصالات الحديثة، مثل: الإنترنت والحاسوب والهواتف النقالة والبريد الإلكتروني، واعتراض المعلومات السرية أو الكشف عنها وغيرها من الجرائم العابرة للحدود.²

ونظراً لحدائث ظهور هذه الجرائم، وفي نفس الوقت حدائث تنبه المجتمع الدولي لخطرها، حيث يرجع أصل شبكة المعلومات والاتصالات الدولية (Internet) إلى شبكة من أجهزة الحاسب الآلي، أنشأتها الولايات المتحدة الأمريكية -أنشأت هذه الشبكة في وزارة الدفاع الأمريكية - في الستينيات من القرن الماضي لخدمة التأهب السريع للقوات المسلحة في حال نشوب حرب نووية أو استخدام الأسلحة الأخرى المحرمة أو أي هجوم عسكري عليها، وقد شهدت العقود الأخيرة من القرن العشرين، ثورة في عالم الاتصال ونقل المعلومات والتكنولوجيا على مختلف الأصعدة، مما سمح للأفراد والمؤسسات الولوج إلى البنوك والمؤسسات وقواعد المعلومات محلياً ودولياً، مما ألق مصدراً غنياً بالمعلومات لمراكز اتخاذ القرار، رافق ذلك ظهور الكمبيوتر والإنترنت، مما خلق إشكاليات خطيرة على اقتصادياً وقانونياً وما رافق ذلك من تنوع الاعتداءات على تلك المعلومات والبيانات والبرامج، فهذا التطور الشامل للمنظومة الإلكترونية، وما تبعه من نشاط متواصل ما بين أكثر من مائتي دولة جعلها على اتصال دائم من خلال تبادل البيانات والمعلومات التي يتم إدخالها وتحميلها على الشبكة الإلكترونية في أقل من دقيقة مما جعله متاحاً لأي مستخدم في تلك الدول.³

ولم تعرف الدول العربية الحاسب الآلي إلا في مطلع السبعينات من القرن العشرين، حيث أدخلته شركات البترول في بعض الدول، مثل: السعودية والكويت وليبيا، ودخل إلى لبنان من خلال البنوك الأجنبية والمحلية، وأدخلته بعض الدوائر الحكومية إلى القطاع الحكومي في مصر والعراق، وإزاء هذا التطور ودخول الحاسب الآلي إلى مختلف الدول، فإن

1 ولسنا هنا بصدد التعريفات المتعددة لبرامج الكمبيوتر سواء بالمعنى الضيق لها أو بالمعنى الواسع؛ لأن المجال لا يسمح باستعراض كل أو معظم التعريفات الواردة في هذا الشأن لذا نكتفي ببعض التعريفات، فهناك تعريفات انطلقت من الوسيلة المستخدمة في ارتكاب الجريمة وهي التي تتحقق من خلال استخدام الحاسب والكمبيوتر وسيلة لارتكاب الجريمة، حيث عرفت بأنها: «الجريمة التي يتم ارتكابها إذا قام شخص باستخدام معرفته بالحاسب الآلي بعمل غير قانوني»، وعرفها مكتب تقييم التقنية بالولايات المتحدة الأمريكية أنها الجريمة التي تلعب فيها البيانات الكمبيوترية والبرامج والمعلوماتية دوراً رئيسياً، كما عرفها القرار الوزاري السعودي رقم 79 المؤرخ في 07/03/1428هـ، المتضمن الموافقة على نظام مكافحة جرائم المعلوماتية بأنها: «كل فعل يرتكب متضمناً استخدام الحاسب الآلي أو الشبكة المعلوماتية، بالمخالفة لأحكام هذا التنظيم» وعرفت من حيث العلم بها والمعرفة التقنية، كما يظهر ذلك من التعريف الذي تبنته وزارة العدل الأمريكية من دراسة وضعها معهد ستانفورد للأبحاث، والذي جاء فيه: «أنها أية جريمة لفاعلا معرفة فنية بالحاسبات تمكنه من ارتكابها».

2 Halder, D., and Jaishankar, K. 2011 Cyber crime and the Victimization of Women : Laws, Rights, and Regulations. Hershey, PA, USA: IGI Global. ISBN 9789-830-60960-1.

3 Feral Schull (C) Lemonde informatique, 2 fevier 1996.p.25..

4 للمزيد القانون الإسرائيلي المسمى « قانون جرائم الحاسوب - رقم 5755 لسنة 1995 والذي يشمل العيب ببرامج الكمبيوتر ونقل المعلومات غير صحية وغيرها من الجرائم، أصدرت فلسطين بعض القوانين الخاصة التي أشارت من خلالها إلى بعض الجرائم الإلكترونية ضمن نصوص بسيطة يقف على رأس هذه القوانين القرار بقانون رقم (15) لسنة 2009م بشأن الهيئة الفلسطينية لتنظيم قطاع الاتصالات، والقانون رقم (3) لسنة 1996م بشأن الاتصالات السلكية واللاسلكية.

يمثل - في غالبية مضمونه - ذات المفهوم المقرر في مختلف التشريعات العربية منها وغير العربية، كما هو واضح من نص المادة 635 من قانون العقوبات اللبناني، والمادة 621 سوري، وكذلك الأمر في تشريعات فرنسا وإيطاليا، بحيث يتطلب فعل الاختلاس في السرقة أن يرد على شيء مادي أو مال مادي، وتعرف سرقة المعلومات والبيانات بأنها: الاستيلاء عليها دون علم وإرادة صاحبها أو حائزها القانوني سواء أكانت مخزنة على أشرطة مغنطة (ديسكات) أو إسطوانات (سي دي) بقصد التصرف بها على غير رضا صاحبها.

محل جريمة السرقة (الاختلاس): تصنف جريمة السرقة على أنها من جرائم الاعتداء على الأموال؛ كون فعل الاختلاس لا يقع إلا على مال، والعلة من وراء تجريم السرقة: كونها تشكل اعتداء على ملكية هذا المال، والملكية في حقيقة الأمر هي أحد الحقوق التي أولها المشرع أهمية، ويتطلب في محل السرقة أن تتوفر الصفة المادية في المحل، وأن يكون مالا (كل شيء يصلح محلا لحق عيني)، لأن الحيازة التي تنالها السرقة بالاعتداء، يراد منها الحيازة المادية، فلفظ الشيء التي جاء بها المشرع الفرنسي تقابل لفظ المال المنقول التي جاء بها القانونيين الأردني والمصري، حيث إن الصفة المادية للشيء هي إمكانية السيطرة المادية عليه، وصلاحيته لأن تستخلص منه مباشرة المزايا المادية التي تشكل السرقة اعتداء عليها، ولعل تفسير كلمة شيء لا يجب أن تفسر بمعزل عن صلتها بفعل الاختلاس، وهو ما اعتدت به محكمة استئناف Anvers البلجيكية حين اعتبرت في حكم لها صادر بتاريخ 13 ديسمبر 1984م أن قيام المتهم بنسخ ثلاثة برامج تحتوي معلومات وبيانات خاصة للمؤسسة التي يعمل لديها قاصداً في ذلك تحقيق منفعتها الخاصة، يشكل جريمة سرقة، وقد بينت المحكمة أساس حكمها على «أن كلمة شيء (chose) التي وردت في الفقرة الأولى من المادة 461 من قانون العقوبات البلجيكي، والتي نصت «على أن كل من يختلس شيئاً مملوكاً للغير يعد مرتكباً لجريمة السرقة، إنما يجب أن ينظر إليها في إطار المعنى الشائع والمألوف للكلمة بحيث يكون هذا المعنى متوافقاً مع مفهوم اختلاس هذا الشيء، وهو ما يتحقق حالة نسخ البرامج والمعلومات والتي تعد من عناصر الذمة المالية للشركة التي تمتلكها، فهذه البرامج والمعلومات لا تعد - كما يدعي المتهم - مجرد مجموعة من التعليمات ذات طبيعة غير مادية ولا تصلح بالتالي أن تكون محلاً للاختلاس، وإنما هي على العكس من ذلك أشياء قابلة للنقل وإعادة الإنتاج، كما أن لها أهمية اقتصادية، ومن ثم تصلح محلاً للسرقة»⁷.

وإذا كانت القواعد العامة لجريمة السرقة لا تدخل الأموال المعنوية ضمن الاعتداد في نصوص جريمة السرقة؛ لما تتطلبه تلك النصوص من كون المال يقع على كيان مادي، وعلى الرغم من ذلك، إلا أنه إذا أمكن حيازته داخل إطار معين للاستئثار به، فإنه يقع تحت طائلة السرقة وان كانت طبيعة المعلومات والبيانات المخزنة والمتبادلة عبر شبكة الإنترنت مما يصعب حيازته ما لم تثبت على وسيلة لنقل أو نسخ المعلومات بحيث تصلح محلاً للسرقة،⁸ لأن كيانها المادي يتمثل بالشريط المغنط أو الملف التي يحفظ تلك المعلومات، والذي يعد عندها اختلاس محتوى المعلومة، تأسيساً على أن سرقة المعلومات والبيانات تختفي خلف سرقة الشريط المغنط أو الملف، وأن سرقة هذا الأخير دليل على سرقة الأول من معلومات وبيانات.⁹

هذا وقد أوضحت التعريفات السابقة أن محل السرقة منقول، والذي يفترض قيام الجاني باختلاس الشيء، أي نزع حيازته من المالك الأصلي وإدخاله إلى حيازة الجاني مرتكب الاعتداء، بحيث يمكن القول أن المعلومة شيء منقول، ذلك وفق ما أوضح وعرف المشرع الفرنسي المعلومات في القانون رقم (652/82) الصادر بتاريخ 26 يوليو 1982م، هي عبارة عن «أصوات وصور ووثائق ومعطيات أو رسائل أياً كانت طبيعتها»، وقد أوضحت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها أنه منذ انفصال الشيء عن الأصل الذي كان ملتصقاً به فإنه يعد منقولاً قابلاً للسرقة.¹⁰

المخزنة في جهاز الحاسوب، وما يطبق عليها من إجراءات التفتيش والضبط المتبعة في القوانين الإجرائية.

3-1 خطة البحث

سوف نتعرض بالدراسة إلى الاختلاس في الجرائم الإلكترونية من خلال البحث في التكييف القانوني للاختلاس المعلومات والبيانات الإلكترونية في ضوء أحكام جريمة السرقة وما ينطبق عليه من إجراءات ضبط وتفتيش، وبناء عليه: على التقسيم التالي: المبحث الأول: التكييف القانوني للاختلاس المعلومات والبيانات الإلكترونية في ضوء أحكام جريمة السرقة. المبحث الثاني: إجراءات التفتيش والضبط في الجرائم الإلكترونية.

2-5 المبحث الأول- تطبيق أحكام جريمة السرقة على البيانات والمعلومات

إن الجرائم الإلكترونية من الصعوبة بمكان حصرها فهي متجددة بين الحين والآخر؛ كونها من الجرائم المستحدثة سريعة التطور، ولقد تخيرنا في هذا المطلب أكثر الجرائم شيوعاً وأهمية، وهي جريمة السرقة كجرائم أموال في الجرائم الإلكترونية، فجميع القوانين الجنائية نصت على حماية الأموال من الاعتداء سواء في نصوص قانون العقوبات أو من خلال القوانين الخاصة بالجرائم الإلكترونية وحقوق المؤلف وغيرها، والتي أخضعت جميع الأموال المادية أو المعنوية للحماية الجنائية، فالمعلومات والبيانات الإلكترونية تتمتع بالحماية، بحيث تتناول طبيعة المكونات الإلكترونية المادية منها والمعنوية والنقاش حول إمكانية تطبيق نصوص القوانين التقليدية على تلك المعلومات والبيانات وبرامج الكمبيوتر الأخرى بكافة معطياتها، ومدى انطباق نصوص السرقة التقليدية عليها، وما دار حول أصباغ صفة المال على المكونات المعنوية وما نتج عن ذلك من جدال بين الفقهاء، مرجع ذلك أن النصوص القانونية التقليدية لا تتواءم بسهولة مع طبيعة تلك المعلومات والبيانات الإلكترونية الأمر الذي يسبب إزعاجاً متزايداً للفقهاء المهتم بتلك المعلومات والبيانات ومدى توفير الحماية الجنائية الكافية لها، مما حدا بهم السعي إلى إدراج تلك الأموال المعنوية للحماية الجنائية في مختلف التقسيمات القانونية، وتتناول هذه الدراسة المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم جريمة السرقة (الاختلاس) وأركانها
المطلب الثاني: العقوبات القانونية التي تعترض تطبيق نصوص الاختلاس على البيانات الإلكترونية.

2-1 المطلب الأول: مفهوم جريمة السرقة وأركانها

2-1-1 مفهوم ومحل جريمة السرقة

عرف المشرع الأردني السرقة في المادة (399) من قانون العقوبات النافذ، حيث نص في الفقرة 1 منها على أنها: «أخذ مال الغير المنقول دون رضا، ونص في الفقرة 2 على أنها: «إزالة تصرف المالك فيه برفعه من مكانه ونقله، وإذا كان متصلاً بغير منقول فيفصله عنه فصلاً تاماً ونقله»، وقرر في الفقرة 3 أن لفظ المال يشتمل على القوى المحرزة، فالمشرع بين أن موضوع السرقة هو الشيء المادي وهو في نفس الوقت الشيء الذي يتقبل السلطات المادية التي تنطوي عليها الملكية والحيازة، ونصت المادة (311) من قانون العقوبات المصري على أن السرقة: «كل من اختلس منقولاً مملوكاً لغيره فهو سارق»، ونص في المادة (1/311) من قانون العقوبات الفرنسي على أن السرقة هي: «اختلاس الشيء المملوك للغير»، كما عرفت السرقة بأنها: «اعتداء على ملكية منقول وحيازته بنية تملكه»⁶ فاعتبار السرقة جريمة اعتداء على ملكية المنقولات فإنه يتعين أن يكون لموضوعها صفة المال المنقول، وهو ما يتم نقله من مكان إلى آخر دون تلف، وهي كذلك اعتداء على الحيازة من أجل استطاعة الاعتداء على الملكية، وهذا التعريف وما سبق من تعريف لدى المشرع الأردني

6 د. فوزية عبد الستار - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - سنة 1982 - دار النهضة العربية - القاهرة - ص 666.

7 مشار إليه في: د. نائلة عادل محمد فريد، المصدر سابق، ص 135؛ وينظر: عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2، 2007، ص 151.

8 The No Electronic Theft (NET) Act, enacted in 1997 by the U.S. Congress, amended titles 17 and 18, United States Code, to provide greater protection for copyright owners by amending criminal copyright infringement provisions, and for other purposes.

9 د. أحمد حسام طه تمام - الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة 2000م - ص 496.

10 مشار إليه د. أحمد طه تمام - المرجع السابق - ص 492 وما يليها. مشار إليه د. الدكتور عمر الفاروق الحسيني - المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية - ط 2 سنة 1995-101.

وإدخاله في حيازته، بحيث يتطلب المشرع تبديل الحيازة، والشروط الآخر هو انعدام رضا المجني عليه، وإن كان الشرط الأول بحاجة إلى شيء من التوضيح أكثر، حيث إن تبديل الحيازة يتطلب إنهاء سلطه المجني عليه على الشيء، فالضابط في دخوله الحيازة الجديدة، هو استطاعة الحائز الجديد أن يباشر وحده السلطات التي تنطوي عليها الحيازة، بحيث لا يكفي لارتكاب فعل الاختلاس مجرد إخراج الشيء من حيازة المجني عليه إذا لم يعقب ذلك إدخاله في حيازة جديدة، فذلك لا يحقق تبديل الحيازة الذي يتطلبه فعل الاختلاس¹⁷، وتبديل الحيازة بهذا المعنى، يفترض أن الحيازة لم تكن أصلاً للجاني، وقد يتحقق فعل الاختلاس كما لو كان المال في صورة معلومات هامة بحيث قام صاحبها بتدوينها للحفاظ في مستند فقام الجاني بنسخ صورة من تلك المعلومات على المستند بحيث احتفظ بها لنفسه ولإبعاد الشبهات عنه قام بإتلاف المستند الأصلي، فيكون بفعله هذا قد نقل الجاني المعلومات إلى نفسه، وهو ما يتحقق به معنى الاختلاس، وإن كان لمحكمة النقض الفرنسية اتجاه آخر، ففي حكم لها حول واقعه، أن عملاً في مشروع قام بتصوير مستند يتعلق بنظام العمل في المشروع دون رضا صاحبه، أيدت المحكمة اعتباره سارقاً للصورة التي قام بتصويرها وليس للمعلومة التي كانت على المستند الأصلي¹⁸.

من ذلك يتضح أن هنالك اتجاهين مختلفين في تكييف واقعه الاختلاس، إذ يذهب اتجاه إلى أن المعلومات في حد ذاتها يمكن أن تكون موضوعاً للسرقة، وبالتالي تجريم سرقة المعلومات، فالمعلومات وفق هذا الاتجاه يمكن أن تصلح موضوعاً لجريمة السرقة، فالسلوك المادي الصادر عن الجاني والمتمثل في الاستيلاء على المعلومات بأية وسيلة فنيه على غير إرادة صاحبها أو حائزها القانوني يعد اختلاسا تقوم به جريمة السرقة إذا ما اكتملت باقي أركانها، على أن تكون تلك المعلومات التي تم الاستيلاء عليها سرية وغير متاحة للكافة بحيث يتحقق الضرر من ذلك الاستيلاء، كما لا بد أن يكون نشاط الجاني صادراً عن إرادة حرة ساعية إلى أحكام السيطرة والحيازة على تلك المعلومات، فمن يقوم بالاستيلاء على أوراق سرية للمؤسسة التي يعمل بها بحيث أراد تصويرها ثم يعيدها فهو سارق لها،¹⁹ أما الاتجاه الآخر فيذهب إلى عدم إمكانية خضوع تلك المعلومات في سرقتها لنصوص السرقة التقليدية، على اعتبار أن المعلومات شيء غير مادي وغير قابل للتملك، وإن أمكن وضعه في حيز معين، بحيث لا تقوم سرقة المعلومات بشكل منفصل عن الدعامة المادية التي تحوي تلك المعلومات.

وبالعودة إلى فعل الاختلاس الذي لا يقع إلا إذا كان بغير رضا المجني عليه، فلا يقوم الاعتداء إلا إذا ارتكب الفعل دون موافقة الحائز لها، لأنه إذا تم ذلك بموافقة المجني عليه فلن يكون هنالك اعتداء على حيازته، ويتعين في الرضا وفقاً للقواعد العامة أن يصدر سابقاً أو معاصراً لتبديل الحيازة، أما إذا كان لاحقاً عليه فهو لا ينفى فعل الاختلاس²⁰، ولا يخفي عن الرضا العلم بالفعل، فالعلم بالفعل لا يعني الرضا به، فقد يسكت اختبارة للمتهم أو استدراجاً له لضبطه في حالة الجرم المشهود، فالعلم المجرد لا يتضمن تعبيراً عن إرادة، ومن ثم لا ينفى عن تبديل الحيازة ما ينطوي عليه من اعتداء عليها، فعدم الرضا لا عدم العلم هو الذي يهيم في جريمة السرقة²¹، وبناء على ذلك فإذا أثبتت محكمة الموضوع أن تسليم الشيء إلى المتهم كان برضا حائزها، ثم أدانت المتهم بالسرقة كان حكمها منطوقاً على تناقض²²، كما لم يتطلب المشرع أن يتحقق تبديل الحيازة في السرقة عن طريق وسيلة أو طريقة معينة فكل الوسائل تتساوى، فهي سواء في ارتكاب الجريمة، فليس بشرط أن تكون اليد هي فقط أداء

كما ويشترط لقيام جريمة السرقة حسب النصوص القانونية السابقة أن يقع الاعتداء على مال مملوك للغير، فلا تقوم جريمة السرقة إذا اختلس الشخص مالا منقولاً ملك له، أي لا بد أن يكون المال المنقول مملوكاً للمجني عليه أوفي حيازته وقت فعل الاختلاس، ذلك أنه إذا نصب الاعتداء على مال يملكه الجاني فهو استعمال لحقه على الشيء، وإذا نصب على مال غير مملوك لأحد فهو اكتساب مشروع للملكية، فيلزم لحدوث السرقة أن يكون هنالك اعتداء على الملكية صورته أو وسيلته انتزاع الحيازة.

2-1-2 أركان جريمة السرقة

بالعودة إلى تعريف السرقة في النصوص السابقة، فإن التعريف يتضمن الإشارة إلى موضوع السرقة بأنه مال الغير المنقول، ثم ركن مادي، وهو فعل الاختلاس أو الأخذ دون الرضا، أما الركن المعنوي فيستخلص من الأحكام العامة، ويتألف من القصد العام، بالإضافة إلى قصد خاص، وهو: «نية التملك»، وسوف نتناول كل ركن من هذه الأركان على النحو التالي من البيان، ونتناول في نفس الوقت ما ينطبق من موضوعنا على تلك الأركان قدر المستطاع:-

الركن المادي لجريمة السرقة هو الاختلاس أو ما تسميه بعض التشريعات العربية، كالتشريع الأردني واللبناني بالأخذ ويعد مصطلح الأخذ أفصح من الناحية اللغوية من الاختلاس، ويعرف على أنه: «نقل الشيء أو نزع من المجني عليه بغير علمه وبغير رضاه وإدخاله إلى حيازة الجاني، وعرف الأخذ أو الاختلاس بأنه: «سيطرة الجاني (السارق) على الشيء المسروق والظهور عليه بمظهر المالك»²³، إذ يلزم لقيام الركن المادي في جريمة سرقة المعلومات والبيانات أن يقوم الجاني بنشاط خارجي ملموس أو فعل مادي يعبر به الجاني عن انصراف إرادته في انتهاك نظام الحماية أو أخذ تلك المعلومات الموجودة على النظام الإلكتروني مع علم الجاني بأن ما يقوم به الجاني على غير رضا المجني عليه²⁴، وقد بين الشارع الركن المادي بأنه: «الأخذ دون الرضا»، ويعرف بأنه: «نقل الشيء أو نزع من المجني عليه بغير علمه ورضاه وإدخاله إلى حيازة الجاني، أو هو الاستيلاء على الحيازة الكاملة للشيء بمفهومها المادي والمعنوي، بدون رضا مالكه وهو ما يتحقق من الناحية مادية بحرمان صاحب الحيازة القانونية منها»²⁵.

وعرفت محكمة النقض المصرية بأنه: «من المقرر أن السرقة تتم بالاستيلاء على الشيء المسروق استيلاء تاماً يخرج من حيازة صاحبه ويجعله في قبضة السارق وتحت تصرفه»²⁶، فمن الممكن تطبيق نصوص جريمة السرقة العادية على سرقة الشيء الإلكتروني أو التلاعب به، حيث إن اختلاس الشيء - المتمثل بالبيانات والمعلومات - يتحقق بالنشاط المادي الذي يصدر عن الجاني وذلك بتشغيله للحاسوب للحصول على المعلومة التي يرغب بها أو التلاعب بها للحصول على مردود مادي فتتحقق النتيجة بحصوله عليها²⁷، فالجاني صدر عنه سلوك إرادي يؤدي إلى النتيجة، فهناك نشاط ونتيجة ورابطة سببية بينهما، ويمثل هذا الجانب الموضوعي، أما الجانب الشخصي سوف نتناوله عند الحديث عن الركن المعنوي، والذي يتمثل في نية المجرم الإلكتروني في الاستيلاء على الشيء وعدم الرضا الصادر عن المجني عليه لاستيلاء الجاني على ماله²⁸.

ويتضح من التعريفات السابقة أن هنالك شرطين يجب توافرها لتحقيق الاختلاس، يتلخص الشرط الأول بفعل الأخذ، أي أخذ الشيء بغير رضا حائزه، بحيث يقوم الجاني بإخراج المال من حوزة المجني عليه

11 د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - ط6 لسنة 1989 - دار النهضة العربية - القاهرة - ص838.

12 د. بلال أمين زين الدين - جرائم نظم المعالجة للبيانات - سنة 2008 - دار الفكر العربي - ص271.

13 د. أحمد فتحي سرور - الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص - ط3 - سنة 1992 - ص806.

14 نقض 1978/10/5 - مجموعة أحكام النقض - ص28 - رقم 24 - ص684.

15 The No Electronic Theft (NET) Act, enacted in 1997 by the U.S. Congress, amended titles 17 and 18, United States Code, to provide greater protection for copyright owners by amending criminal copyright infringement provisions, and for other purposes.

16 د. هدى حامد قشقوش - المرجع السابق - ص61 وما يليها.

17 د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص67.

18 مشار إليه د. عمر الفاروق الحسيني - المرجع السابق - ص103.

19 د. السيد عتيق - جرائم الإنترنت - الطبعة الأولى - سنة 2000 - دار النهضة العربية - ص103.

20 د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام - ص257.

21 نقض 12/1/1942 - مجموعة القواعد القانونية - ج5 - رقم 337 - ص605.

22 نقض 14/11/1929 - مجموعة القواعد القانونية - ج1 - رقم 324 - ص370.

فإذا ما استولى شخص على مال مملوك للغير بقصد استعماله ثم أعاده إليه مرة أخرى، ثم اتجهت إرادته إلى الاحتفاظ به بنية تملكه يعتبر سارقاً في الحظة التي توافرت فيها هذه النية،²⁶ فلم يتطلب هذه الاتجاه لزوم معاصرة النية لفعل الاختلاس، بل رتبت توافر نية التملك اللاحقة وإنشاء نفس الأثر القانوني.²⁷

2-2- العقبات القانونية التي تعترض تطبيق نصوص الاختلاس على المال الإلكتروني

يعبر البحث عن الطبيعة القانونية للجرائم ومدى إمكانية اعتبارها من ضمن أنماط الجرائم التقليدية بحيث يتم بسط نصوص جريمة السرقة وغيرها من جرائم الأموال، وذلك من خلال الأخذ بالنموذج القانوني لمحل الجريمة، ومع إدراكنا الكلي أن سرقة المعلومات والبيانات المخزنة في جهاز الحاسوب هي أكثر الجرائم المنتشرة في مجال الاعتداء في الجريمة الإلكترونية؛ كون المعلومات والبيانات تشكل محور ارتكازها، والتي لا تزال بحاجة إلى تشريعات تكفل حمايتها من مخاطر الاعتداء عليها.

ولعل التساؤل لذي يطرح نفسه عن مدى انطباق عناصر ونصوص جريمة السرقة العادية (التقليدية) على سرقة المعلومات والبيانات المخزنة في الحاسوب؟ وهل نستطيع من خلال النصوص التقليدية لجريمة السرقة أن نحقق الحماية الجنائية المطلوبة لتلك البيانات والبرامج المخزنة؟

2-2-1- الطبيعة القانونية للمعلومات والبيانات الإلكترونية

بالرجوع إلى دراسة نصوص قانون العقوبات سواء الأردني أو المصري يتضح لنا أن كلاهما لم ينص على تعريف البيانات والبرامج والمعلومات الإلكترونية بحيث تترك ذلك للفقه، وإن كان المشرع الأردني عرف البيانات والمعلومات في المادة 2 من قانون الجرائم الإلكترونية رقم 27 لسنة 2015م، فالبيانات: «هي الأرقام أو الحروف أو الرموز أو الأشكال أو الأصوات أو الصور أو الرسومات التي ليس لها دلالة بذاتها، وعرف المعلومات في نفس المادة بأنها: «البيانات التي تمت معالجتها وأصبح لها دلالة»، كما عرفها نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي بأنها: «المعلومات أو الأوامر أو الرسائل أو الأصوات أو الصور التي تعد أو التي سبق إعدادها لاستخدامها في الحاسب الآلي، كالأرقام والحروف والرموز وغيرها»، وعرفها مشروع قرار بقانون المعاملات الإلكترونية الفلسطينية²⁸ البيانات الإلكترونية، بأنها: «بيانات ممثلة أو مرمزة إلكترونياً سواء على شكل نص أو رمز أو صوت أو غيرها».

كما اتجه الفقه في تعريفها، بأنها: مجموعة من الرموز أو الحقائق أو المفاهيم أو التعليمات التي تصلح لأن تكون محلاً للتبادل أو الاتصال أو التفسير أو التأويل أو للمعالجة بواسطة الأفراد أو الأنظمة وهي تتميز بالمرونة بحيث يمكن نقلها وتجزئتها وجمعها أو نقلها بوسائل مختلفة،²⁹ وعرفت بأنها: مجموعة الأوامر والتعليمات التي تكتب بلغة معينة والتي تصدر من الإنسان إلى الحاسوب، أي أن البرامج في جوهره معلومات والتي تأخذ شكل رسالة يمكن نقلها من خلال وسيلة معينة أو علامة متعارف عليها لنقل هذه الرسالة إلى الآخرين.³⁰

إن ظاهرة الجرائم الإلكترونية وفق التحديد المتقدم أفعال غير مشروعة مرتبطة بنظام الحاسوب، ومع أن النصوص القانونية السابقة ذكرها لا تحول دون وقوع السرقة على شيء معنوي، أي غير مادي وعلى الرغم من ذلك، فإن نص المادة (311) من قانون العقوبات المصري، والمادة (399) من قانون العقوبات الأردني، لم تشر لا من قريب أو بعيد إلى الشيء أو المال محل السرقة، معنى ذلك أن المشرع لم يتقيد في نصوصه بطبيعة هذا المحل، بحيث يستوي لديه أن تقع السرقة على

الأخذ، بل يجوز أن يستعين الجاني بأداة منفصلة عن جسمه، كخطاف أو ما أشبهه أو حيوان يدربه على النشل، والسرقة تفترض فعل الأخذ ويتحقق ذلك بأن يتم إخراج المال موضوع السرقة من حيازة المجني عليه وإدخاله في حيازة أخرى، فجوهر الأخذ هو استبدال حيازة بحيازة، أما التسليم فهو ينفي فعل الأخذ الذي جرمه المشرع ذلك لأنه ينفي الاعتداء على الحيازة، فلا تقوم جريمة السرقة كذلك إذا كان المال مملوكاً للمتهم.

الركن المعنوي في الجريمة الإلكترونية شأنها شأن أية جريمة من الجرائم التقليدية، فهي جريمة مقصودة، يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد العام والخاص، فلا بد أن ترتكب من شخص قادر على تحمل تبعه أفعاله مدرک لها، ويتحقق القصد الجنائي العام بتوافر عنصره، العلم والإرادة، ويتخذ القصد الخاص في السرقة نية التملك، ونستعرض كلاهما على البيان التالي:-

القصد العام في اختلاس المال المعلوماتي

القصد العام هو إرادة ارتكاب الجريمة على ما عرفها القانون، ويتم ذلك في إطار الجريمة الإلكترونية بالاعتداء على النظام الإلكتروني، وحسب ما ورد في نص الفقرة 1 من المادة 323 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد، فالقصد العام يقتضي توافر علم الجاني بالعناصر التي اشترطها القانون في جريمة السرقة، ثم إرادة ارتكاب النشاط المادي للجريمة والذي ينتج تحقيق النتيجة الإجرامية، حيث إن علم الجاني بأن المال مملوك للغير هو قرينة على علمه بما ينطوي عليه فعلة من اعتداء على حيازة الغير ومن ثم توافر القصد الجنائي، فهو العلاقة التي تربط بين ماديات الجريمة وشخصية الجاني وتتمثل في سيطرة الجاني على سلوكه ونتائج هذا السلوك، وجوهر هذه العلاقة الإرادة،³¹ فالجريمة تعد مرتكبه عمداً إذا كان الفاعل عالماً بفعله واتجهت إرادته إلى ارتكابه أو كان عالماً أن من شأن فعله أو امتناعه إحداث نتيجة غير مشروعة فرضاً بذلك.

القصد الخاص

يتمثل القصد الخاص في هذه الجريمة بتوافر نية تملك الشيء المسروق والظهور عليه بمظهر المالك، وذلك باتجاه إرادة الجاني إلى اختلاس المعلومات والبيانات وإدخاله في حيازته وممارسة سلطات المالك عليها، بحيث يتعين أن يكون الجاني قد قصد من ذلك ليس مجرد الانتفاع بالشيء محل السرقة ورده ثانية، بل يجب أن يكون لديه نية الاحتفاظ بالشيء ومباشرة سلطات المالك عليه حتى يمكن اعتباره سارقاً، فاشتراط هذه النية هو ما يتفق وما يتطلبه القضاء دائماً لإدانة المتهم، وتطبيقاً لذلك قضى بأن من يأخذ مالا مملوكاً للغير بقصد معاينته أو مجرد المزاج مع صاحبه أو الانتفاع به ورده ثانية إلى صاحبه أو الاحتفاظ به كرهن لديه حتى يقوم المجني عليه بسداد دينه لا يعد سارقاً.³²

لعل التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المقام هل يلزم أن تتعاصر نية التملك لفعل الاختلاس أم يمكن أن تكون نية التملك للاحقه لفعل الاختلاس، انقسم الفقه في الإجابة على هذا التساؤل، لنخص ذلك على البيان التالي:-

الاتجاه الأول: يرى أن فعل الاختلاس الذي يمثل الاستيلاء على حيازة تلك المعلومات والبيانات بقصد تملك المال محل الاعتداء، فلا بد من إثبات القصد الجنائي ولحظة تواجده والتي يجب أن تكون لحظة ارتكاب الفعل، فمن الضروري لدى أصحاب هذا الاتجاه أن تتوافر لدى الجاني نية تملك الشيء عند إثبات الفعل المكون للركن المادي حتى يمكن القول باعتبار الفعل سرقة، وأن عدم توافر هذه النية حال ارتكاب الفعل لا يعد الفعل سرقة، وإن توافرت النية بعد ذلك لا يؤثر على تكييف الفعل.³³

الاتجاه الثاني:- يذهب إلى عدم ضرورة ولزوم تعاصره النية مع الفعل،

23 د. محمود نجيب حسني - النظرية العامة للقصد الجنائي - الطبعة الثالثة 1988-.

24 نقض 1963/5/20 - أحكام محكمة النقض المصرية - س 14 - رقم - 84 ص 435.

25 د. أحمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص 232.

26 لنفرض أن شخصاً وجد دابة مملوكة لآخر وأراد أن يركبها ليصل بها إلى مكان معين وبغير إذن مالكها وبغير أن يكون قاصداً تملكها فهو لا يعد سارقاً بالإجماع، لأنه لا يختلسها بقصد تملكها، ولنفترض أن هذا الشخص يعد أن يركب الدابة وسار بها قليلاً بدا له أن يستولي عليها، وتصرف فيها تصرف المالك فيما يملك، فهل يقال في هذه الحالة أنه لا يعد سارقاً الآن قصد التملك لم يكن مفارقاً لوقت وضع يده على الدابة، بحيث يجب اعتباره سارقاً لأنه وقت أن أراد الاستيلاء على الدابة لم تكن يده عليها وغير حائز بالمعنى الذي ينتفي معه الاختلاس للمزيد. د. نور الدين هندأوي - جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال - المرجع السابق - ص 239.

27 د. السعيد مصطفى السعيد - مجلة القانون والاقتصاد - سنة 12 العدد الأول ص 63. د. رؤوف عبيد - جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال - سنة 1985 - ص 352.

28 هو قانون غير نافذ يحمل اسم مشروع قرار بقانون المعاملات الإلكترونية 2016 م.

29 د. نهال عبد القادر المومني - الجرائم المعلوماتية - ط 1 - سنة 2008 - دار النشر والتوزيع - ص 99.

30 د. محمد فتحي عبد العادي - مقدمة في علم المعلومات - سنة 1984 - مكتبة غريب - القاهرة - ص 11 وما يليها.

أشياء مادية أو معنوية. أما المشرع الفرنسي في المادة (379) من قانون العقوبات الفرنسي القديم لسنة 1810، وتقبلها المادة (311) من قانون العقوبات الصادر في العام 1994 فذكر كلمة «شيء» مطلقاً دون قيد بحيث يشتمل محل السرقة على الأشياء المادية وغير المادية طالما تقبل السرقة.³¹

ويفسر اقتصار القضاء والفقه على تناول الأموال المادية، أن نصوص السرقة وضعت في ظروف ووقت كانت فيه الأموال المعنوية قليلة العدد والقيمة من ناحية، حيث عمدت في تلك الفترة على توفير الحماية الجنائية للأموال المنقولة المادية والتي كانت لها قيمة كبيرة تفوق قيمة بعض العقارات، ومن ناحية ثانية فإن الأشياء المعنوية الجديدة - والتي لم يؤلفها المشرع حمايته في تلك الفترة - زاد عددها مع التطور بحيث زادت قيمتها الاقتصادية حتى إن بعضها زاد عن قيمة الأموال المادية المنقولة والعقارية على السواء، وهذا الأمر غفل عنه المشرع وقت وضع النصوص القانونية لحماية الأموال المنقولة المادية، ويصدق هذا الحال إن كان محل الاعتداء في الجريمة الإلكترونية هي المكونات المادية للنظام الإلكتروني - الحاسوب، والإنترنت - كالأجهزة والمعدات الإلكترونية التي تؤمن وصول الخدمة - شبكة الاتصال -، والحاسبات أو الشاشات وحتى آلات الطبع المرفق بها، وهنالك أيضاً البرامج التي تكون عادة مئبته على دعامة أو حامل support مثل الأقراص أو الشرائط والفلashes أو ما درج على تسميتها وحدات التخزين، والتي يصدق عليها وصف المال وفقاً لتحديد التقليدي. فتلك البرامج والوحدات تصلح لأن تكون محلاً لجرائم الأموال على الرغم أن تلك الوحدات منفصلة تعتبر ضئيلة القيمة إذا ما قيمت بقيمتها تلك البرامج، فالاعتداء هنا قد وقع على شيء مادي مما يصلح تكييفه حسب الاعتداء الإجرامي من جرائم الأموال التي يتفق نموذجها مع هذا الاعتداء.³²

2-2-2 الحجج المؤيدة لتطبيق نصوص جريمة السرقة على المال المعنوي

اختلفت الآراء في تحديد ما إذا كانت المعلومات والبيانات تعد كيان مادي أم كيان معنوي وحتى تتمكن من القول بكون تلك المعلومات والبيانات محلاً لجريمة السرقة الإلكترونية، يجب أن يصدق عليها وصف المال، حيث يظهر من خلال التعريفات السابقة، أن المعلومات تعد من قبيل الأشياء المعنوية لا المادية، مما يشكل صعوبة في تطبيق نصوص جريمة السرقة التقليدية على سرقة المعلومات والبيانات المخزنة على جهاز الحاسوب، لانعدام الكيان المادي لتلك المعلومات والبيانات، ولعل التساؤل الذي يثار حول مدى صحة انطباق وصف المال على تلك المعلومات والبيانات بالرغم من طبيعتها اللامادية، ولتوضيح مدى صحة انطباق وصف المال على تلك المعلومات نتناول الحجج التي تعتبر الأشياء المعنوية تصلح لذلك على النحو التالي

- لقد عرفت الفقرة 1 من المادة (81) من القانون المدني المصري المال بأنه: «هو كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون»، وبحسب ما ورد في نص المادة (53) من القانون المدني الأردني فإن تعريف المال: «هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل»، كما نصت المادة 54 من نفس القانون على أن: «كل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية»، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن المال هو: «كل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً، ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون»³⁶، ومن خلال التعريفات السابقة للمعلومات والبيانات، فإن الشيء في نظر القانون يتطلب - وهو هنا المعلومات والبيانات - شرطين حتى ينطبق عليه وصف المال، وهما: إمكانية الحيازة والانتفاع المادي بها.
- فالموضوع في جريمة السرقة هو كل ما يصلح أن يكون محلاً لحق من الحقوق المالية سواء أكان مادياً أم معنوياً، بحيث أدخلت الأشياء المعنوية ضمن المال، وهذا ما بينه المشرع الأردني الذي يتبنى اعتبار المال المعنوي من الحقوق المالية التي يمكن حيازتها، وكذلك المشرع المدني المصري لم يعتبر المال المعنوي خارج التعامل بحكم القانون، وبالتالي فالقانون الأردني والمصري يعتبران المال المعنوي قابلاً للسرقة، وعليه فالأشياء تنقسم إلى أشياء مادية، وأشياء غير مادية أو معنوية، علماً بأن الأموال من وجهة النظر التقليدية لجريمة

أشياء مادية أو معنوية. أما المشرع الفرنسي في المادة (379) من قانون العقوبات الفرنسي القديم لسنة 1810، وتقبلها المادة (311) من قانون العقوبات الصادر في العام 1994 فذكر كلمة «شيء» مطلقاً دون قيد بحيث يشتمل محل السرقة على الأشياء المادية وغير المادية طالما تقبل السرقة.³¹

ويفسر اقتصار القضاء والفقه على تناول الأموال المادية، أن نصوص السرقة وضعت في ظروف ووقت كانت فيه الأموال المعنوية قليلة العدد والقيمة من ناحية، حيث عمدت في تلك الفترة على توفير الحماية الجنائية للأموال المنقولة المادية والتي كانت لها قيمة كبيرة تفوق قيمة بعض العقارات، ومن ناحية ثانية فإن الأشياء المعنوية الجديدة - والتي لم يؤلفها المشرع حمايته في تلك الفترة - زاد عددها مع التطور بحيث زادت قيمتها الاقتصادية حتى إن بعضها زاد عن قيمة الأموال المادية المنقولة والعقارية على السواء، وهذا الأمر غفل عنه المشرع وقت وضع النصوص القانونية لحماية الأموال المنقولة المادية، ويصدق هذا الحال إن كان محل الاعتداء في الجريمة الإلكترونية هي المكونات المادية للنظام الإلكتروني - الحاسوب، والإنترنت - كالأجهزة والمعدات الإلكترونية التي تؤمن وصول الخدمة - شبكة الاتصال -، والحاسبات أو الشاشات وحتى آلات الطبع المرفق بها، وهنالك أيضاً البرامج التي تكون عادة مئبته على دعامة أو حامل support مثل الأقراص أو الشرائط والفلashes أو ما درج على تسميتها وحدات التخزين، والتي يصدق عليها وصف المال وفقاً لتحديد التقليدي. فتلك البرامج والوحدات تصلح لأن تكون محلاً لجرائم الأموال على الرغم أن تلك الوحدات منفصلة تعتبر ضئيلة القيمة إذا ما قيمت بقيمتها تلك البرامج، فالاعتداء هنا قد وقع على شيء مادي مما يصلح تكييفه حسب الاعتداء الإجرامي من جرائم الأموال التي يتفق نموذجها مع هذا الاعتداء.³²

ففي تلك الأحوال السابقة ليس هنالك ما يثار على أننا بصدد جرائم تقليدية تصلح لتطبيق النصوص التشريعية التي عالجت جرائم السرقة والاحتيال، فالحاسوب يعتبر أداة ارتكاب الجريمة الإلكترونية، كما أن الجاني يستطيع من خلال تلك الأجهزة ارتكاب جرائم السرقة أو النصب والاحتيال أو خيانة الأمانة أو تزوير تلك المعلومات، ذلك من خلال التلاعب في الحاسوب والإنترنت.³³ وهذا ما اعتدت به محكمة استئناف Anvers البلجيكية، حيث اعتبرت في حكم لها صادر بتاريخ 13 ديسمبر 1984م أن قيام المتهم بنسخ ثلاثة برامج تحتوي معلومات وبيانات خاصة للمؤسسة التي يعمل بها قاصداً في ذلك تحقيق منفعتها الخاصة يشكل جريمة سرقة، وقد بينت المحكمة أساس حكمها: «على أن كلمة شيء (chose) التي وردت في الفقرة الأولى من المادة 461 من قانون العقوبات البلجيكي، والتي نصت على أنه: «كل من يختلس شيئاً مملوكاً للغير يعد مرتكباً لجريمة السرقة، إنما يجب أن ينظر إليها في إطار المعنى الشائع والمألوف للكلمة بحيث يكون هذا المعنى متوافقاً مع مفهوم اختلاس هذا الشيء وهو ما يتحقق حال نسخ البرامج والمعلومات والتي تعد من عناصر الذمة المالية للشركة التي تمتلكها، فهذه البرامج والمعلومات لا تعد - كما يدعي المتهم - مجرد مجموعة من التعليمات ذات الطبيعة غير المادية ولا تصلح بالتالي أن تكون محلاً للاختلاس، وإنما هي على العكس من ذلك أشياء قابلة للنقل وإعادة الإنتاج، كما أن لها أهمية اقتصادية ومن ثم تصلح محلاً للسرقة»³⁴ حيث إن الاعتداء على البرامج والمعلومات التي توجد داخل الحاسب الآلي يشكل جريمة سرقة؛ لأنه يمثل اعتداء على حق الملكية.

إن ما يتطلب في محل جريمة السرقة أن تتوافر الصفة المادية في موضوعها بحيث يكون مالا، ويقصد بالشيء في الجريمة الإلكترونية الحاسوب أو الكمبيوتر بكل مكوناته، والذي يمكن تعريفه بأنه: مجموعه من الكيانات التي تسمح بدخول المعلومات ومعالجتها وتخزينها واستشارتها أو استرجاعها عند الرغبة، وعلى ما سبق نجد أن هذا

31 د. هدي حامد قشقوش المرجع السابق - ص 66، 65.

32 Hardy, I. Trotter (2002). "Criminal Copyright Infringement". William and Mary Bill of Rights Journal 11: 209342.

33 د. محمد علي العريان - الجرائم المعلوماتية - سنة 2004 - دار الجامعة الجديدة للنشر - ص 47.

34 مشار إليه في: نائلة عادل محمد فريد، المصدر سابق، ص 135؛ وينظر: عفيفي كامل عفيفي، جرائم الكمبيوتر، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2، 2007، ص 151.

35 د. هدي قشقوش - جرائم الحاسوب الإلكتروني في التشريع المقارن - سنة 1992 - دار النهضة العربية - القاهرة - ص 124 وما يليها.

36 قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 609/1986 - هيئته عامه - تاريخ 27/4-1987 منشورات مركز عدالة.

الطبيعة وإن كانت شيئاً غير ذو كيان مادي، فإن لها قيمة اقتصادية تستحق الحماية القانونية لما تشتمل عليه تلك البرامج والمعلومات والبيانات الخاصة بالحاسوب والإنترنت من قيمة اقتصادية ومالية. علماً أن المشرع الحديث يعترف لصاحب هذه المعلومات بما يطلق عليه الحق في الملكية الذهنية أو الأدبية التي لصاحبها الحق في سرية تلك المعلومات واحتكارها واستغلالها بالكيفية التي يرغب، بها دون أي اعتداء من الآخرين.⁴⁰

- أن البرامج والمعلومات والبيانات لها كيان مادي يمكن رؤيته على الشاشة مترجمة إلى أفكار وأنه يمكن قياس سرقة هذه البرامج على سرقة الكهرباء والهاتف.⁴¹ الأمر الذي يمكن أن يستنتج منه أن جريمة السرقة تقع في كل حالة يحرم فيها مالك أو حائز لشيء - ولو لفترة قصيرة - من مميزات حق الملكية التي له على الشيء حتى ولو لم يتحرك هذا الشيء من مكانه.⁴² حيث مدت بعض نصوص قوانين العقوبات المتصلة بتجريم الأموال وتحديد نصوص السرقة على سرقة الكهرباء نتيجة قياسها عليها، وأيدها في ذلك بعض الفقهاء، بحيث أشاروا إلى إمكانية مد القواعد القانونية التي تنطبق على السرقة بحيث تنطبق على جرائم القرصنة والنسخ، فالسرقة تتم بنشاط إيجابي، وهو نسخ البرامج أو تصويره، وأن أسلوب الأخذ (الاختلاس) قد تطور بأن تتم جريمة السرقة بأخذ نسخة من تلك البرامج أو المعلومات.⁴³
- في جريمة السرقة كل شيء يصلح محلاً لحق عيني، والأصل أن كل شيء نافع للإنسان - أي يستطيع أن يشبع حاجة له - يصلح أن يكون هدفاً لاستئثار بعض الناس به وإنشائهم الحقوق عليه، فهذه الأشياء ذات فائدة للأفراد وللمجتمع والاستئثار به، يعني وجوب كونه ذا قيمة أو متقوم، ولم يشترط أن تكون قيمة الشيء مادية فإذا لم تكن للشيء غير قيمه معنوية كالخطاب والأوراق فهي متقوم،⁴⁴ ويصلح موضوعاً للسرقة حتى ولو كان قصاصه من ورق، طالما يمكن أن تخضع لسيطرة الإنسان ويسعه أن يوجهها على النحو الذي يحقق منفعتها فهي من جرائم الضرر؛ لأنها تقع بخروج المنقول من ملكية صاحبه إلى الفاعل، وقد يترتب على هذا الأخذ ضرر إما أن يكون مادياً وقد يكون أيضاً ضرراً معنوياً.
- أن المشرع الفرنسي في قانون العقوبات الجديد وتحديد المادة 311، أورد كلمة شيء والتي تشمل الأشياء المادية وغير المادية، فطالما أمكن حيازة الأشياء غير المادية مثل: حق الارتفاق والدين وحق الانتفاع، فإنه لا يوجد ما يمنع حيازة المعلومات والتي تخضع لسلب الحيازة، فالتشريع الفرنسي كان السياق في حماية المال المعلوماتي، ويظهر ذلك في الفقرتين 2/1 من المادة 323 من القانون الجنائي الفرنسي النافذ، كما لعب القضاء الفرنسي دور كبير في تطوير النصوص العقابية التقليدية وفسرها تفسيراً دل على حرصه على توفير أكبر قدر من الحماية لهذه الأموال موضع الجدل والنقاش،⁴⁵ على خلاف التشريعات والقضاء في غيرها من الدول التي ما زالت بعيداً عن معالجة هذا القضايا المستحدثة وتطبيقها على هذا المال المعلوماتي، باستثناء الدول التي عملت على سن تشريعات خاصة لمواجهة الجرائم الإلكترونية.
- وعلى ما سبق نجد أن تحديد طبيعة معطيات الحاسوب والمعلومات تعد حجر الأساس في تقدير الموقف من قابلية تطابق النصوص التقليدية، لا على جريمة الاختلاس فقط، بل وعلى طائفة معتبرة من جرائم الحاسوب، وما أثير بشأنها من خلاف حاد ومتعارض أشبه ما يكون بالخلاف الذي أثير حول مدى شمول نصوص السرقة لأنشطة الاستيلاء

السرقة لا ترد إلا على الأشياء المادية بحيث يكون له حيز مادي ملموس يمكن حيازته، مهما كانت قيمة المال، حيث تقع جريمة السرقة ولو كان المال المسروق تافه القيمة، فالسرقة اعتداء على الملكية والحيازة معاً؛ لأن المحل الأصلي للاعتداء هو الملكية، أما الحيازة فهي اعتداء عرضاً، وهو غير مقصود لذاته، فالجاني يتجه في قصده إلى الاعتداء في الجرائم الإلكترونية على الشيء أو المال الإلكتروني، بحيث يكون هذا الشيء أو المال محلاً أو موضوعاً لها.

- أن الأصل في تطبيق النص الجنائي أن يتم بعيداً عن المعايير المسبقة التي تحكمه وفقاً لمبدأ الشرعية، فالنظرية الشخصية في تفسير النص الجنائي تكمن وتحدد في نطاق الهدف الذي كان يقصده المشرع وقت وضع النص، إلا أن الحاجة الناتجة عن التطور العلمي تدعو إلى معالجته حالات جديدة لم تكن معروفة وقت وضع النص، لذلك نرى صحة أسلوب النظرية الموضوعية في التفسير في مجال تجريم السلوكيات المتعلقة بالجرائم الإلكترونية، حيث تهدف هذه النظرية إلى البحث عن المصلحة الحقيقية للمشرع التي أراد حمايتها.³⁷ وهذا يتم من خلال تطبيق النص الجنائي التقليدي على الحالات التي لم تكن موجودة وقت أن تم وضع النص، مثال ذلك: سرقة التيار الكهربائي والتي تم تطبيق نصوص جريمة السرقة التقليدية عليه،³⁸ وكذلك التوسع في تعريف الطرق الاحتمالية لما شاهده هذه الجريمة من طرق جديدة بحاجة إلى معالجة حيث إن علة النص الواردة في النصوص التقليدية للجريمة السرقة والاحتيال يمكن تطبيقها على بعض جرائم الأموال الإلكترونية الحديثة ومنها سرقة المعلومات والبيانات الإلكترونية.
- أن التطورات التي حدثت في الزمن القريب وما زالت مستمرة جعلت بعض الأشياء المعنوية - في مجال المعلومات والبيانات الإلكترونية - أكثر أهمية وقيمة من الأشياء المادية، مما استدعى إعادة النظر في حصر الأموال على الأشياء المادية فقط، مما دفع إلى إعادة النظر في ذلك والبحث عن معيار آخر غير طبيعة الشيء الذي يرد عليه الاعتداء من كونه مال، مما يسهل من إصباغ صفة المال على الشيء المعنوي، ومن تلك الأشياء المعنوية ذات القيمة المالية المعلومات والبيانات التي يحتويها الحاسوب ويتم التعامل بها عن طريق الشبكة الإلكترونية، حيث إن هذه المعلومات والبيانات بالغة الأهمية في مجال تكنولوجيا المعلومات، ففي بعض الأحيان ترتفع قيمة تلك المعلومات والبيانات عن قيمة الأموال المادية، مما دفع باتجاه إمكانية إصباغ صفة المال على المكونات المعنوية للنظام الإلكتروني على أساس ما تتمتع به من قيمة مالية اقتصادية.³⁹
- أن الجريمة الإلكترونية تنفق مع جريمة السرقة من كون كلاهما يتطلب طرفي الجريمة الجاني والمجني عليه، حيث في الجريمة الإلكترونية يتجه قصد الجاني إلى الاعتداء على الشيء أو المال الإلكتروني (البيانات والمعلومات الخزنة)، حيث إن هذا الشيء أو المال محلاً أو موضوعاً للجرائم الإلكترونية، وتشمل الحاسوب أو الكمبيوتر بكل مكوناته التي تسمح بدخول المعلومات والبيانات والبرامج ومعالجتها وتخزينها وإخراجها ونقلها عبر ذلك الجهاز ومكوناته، وبالتالي فهي تمثل أهمية اقتصادية كبيرة وبدونها لا يكون للحاسوب قيمة أكثر من قيمة المواد التي صنع منها، فالفقه الحديث يرى أن الضابط في اعتبار الشيء مالاً ليس على أساس ماله من كيان مادي، وإنما على قيمة تلك المعلومات من الناحية الاقتصادية، ولعل ذلك مرده أن مفهوم الشيء أو المال نابع من الذهن وليس من طبيعة هذا الشيء، لذا فإن تلك المعلومات والبيانات وما يتفق معها من حيث

37 د. محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - سنة 1979 - دار النهضة العربية - ص 66 وما يليها.

38 اصدرات بعض الدول ومنها مصر قانون الكهرباء رقم 87 لسنة 2015 والذي نظم جريمة سرقة التيار الكهربائي والعقاب عليه.

39 د. نبال عبد القادر المومني - المرجع السابق - ص 109.

40 د. عبد الرشيد مأمون شديد - الحق الأدبي للمؤلف - النظرية العامة وتطبيقاتها - رسالة دكتوراه - سنة 1978 - دار النهضة العربية - ص 22.

41 Mark Motivans (2004). Intellectual Property Theft, 2002 (Report). Bureau of Justice Statistics.

42 جرائم المعلوماتية بحث منشور على الإنترنت، متوفر على الموقع الآتي:

(http://www.djelfa/vb/showthreadphp?t=204052) (10-3-2015)

43 د. عفيفي كامل عفيفي، مرجع سابق، ص 153.

44 د. نائلة عادل محمد فريد، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، دراسة نظرية وتطبيقية، ط1، (لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 2005)، 133 وما بعدها - ينظر أيضاً د. منير محمد الجنيبيهي وممدوح محمد الجنيبيهي (2005)، جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 106.

45 د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص 32.

46 انظر هذا الحكم القضائي لدى: http://www.legalis.net، a: http://www.legalis.net، Dec. 2000، 16 Dec. 1997، TGI Paris 1 ch. Correctionnelle

من أوكل لهم المشرع مهام التنقيب والبحث والمعاينة وضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة، والتي تفيد وتساهم في كشف الحقيقة في مستودع السر، والتفتيش يجب أن لا يحدس كرامة الإنسان؛ وذلك إعمالاً لقوله تعالى في سورة الإسراء: (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً)⁴⁸ فنص القانون الأساسي الفلسطيني في الفقرة 2 من المادة 11 بالنص: «لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر قضائي وفقاً لأحكام القانون، كما نص نفس القانون في المادة 17 على حرمة المساكن حيث جاء فيها: «للمساكن حرمة، فلا تجوز مراقبتها أو دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب ووفقاً لأحكام القانون...»، كما نص الدستور الأردني على هذا الحق في المادة 11 من الدستور الأردني على حرمة المساكن وذكر أن: «للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه»، وكذلك قرر الدستور المصري هذا الحق فنص في المادة 44 منه على أن: «للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقاً لأحكام القانون»، تقابلها المادة 31 من الدستور السوري.

كما أن الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية لسنة 1950م، والتي أكدت المادة 8 منها على أنه: «لكل شخص الحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية ومسكنه ومراسلاته». وقد أصدرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان عدة أحكام تتعلق بالتفتيش، وكان من شأن هذه الأحكام أن قامت فرنسا بإصدار قانون جديد لتنظيم مراقبة المحادثات لسنة 1991م⁴⁹ وفي هذا الاتجاه شدد المجلس الأوروبي منذ عام 1989م على ضرورة تدويل جرائم التكنولوجيا، وخاصة المتعلقة بالمعلوماتية، وفي نفس السنة أقر مجلس الوزراء الأوروبي توصية تحت الدول الأعضاء على ضرورة مراجعة قوانينها الإجرائية لتكون قادرة على مواكبة الجرائم الإلكترونية وما يلحقها من تطور، وذلك من خلال تنظيم إجراءات التفتيش والضبط، وضرورة الرقابة الفنية من أجل نجاح التحقيق الجنائي بخصوص هذه الجرائم، ومرجع ذلك عجز القوانين الجنائية الموضوعية والإجرائية التقليدية وحدها لمواجهة الجرائم المعلوماتية عابرة الحدود، بل لا بد من إيجاد استراتيجيات مكملة على المستوى الفني التقني والقضائي وتحديث الآليات التقليدية على مستوى التعاون القضائي الدولي، كما أوصى المؤتمر على الصعيد الإجرائي بوضع كافة الإمكانيات تحت تصرف سلطات التحقيق والتحري، شرط التوازن والملاءمة بين تطبيق تلك الحقوق والإجراءات، وفي نفس الوقت احترام حقوق الإنسان وحرمة الحياة الخاصة، بحيث لا تقبل تقييد حقوق الإنسان من قبل السلطات العامة إلا على أساس قانوني واضح غايته مكافحة الجرائم الإلكترونية والحد منها.⁵⁰

لذلك نرى أن نقسم الدراسة في هذه المبحث إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: أشكاليات التفتيش وما في حكمه في البيئة الإلكترونية.

المطلب الثاني: مدى قابلية جرائم الحاسوب والشبكات الإلكترونية للتفتيش عن أدلتها.

المطلب الثالث: ضبط أدلة جرائم الحاسوب والانترنت واجراءات ذلك.

3-1 اشكايات التفتيش في البيئة الإلكترونية.

إن البحث في الغاية من التفتيش ومدى قابلية مكونات الحاسوب والشبكات الإلكترونية المرتبطة به ترجع إلى أهمية تحديد ماهية التفتيش والحماية منه، بحيث تكمن الغاية من التفتيش في الوصول إلى ما تحويه نظم الحاسوب من أشياء مادية أو معنوية تفيد في كشف الحقيقة ونسبتهما إلى المتهم وما دار حول ذلك من جدل فقهي ونقاش حول مدى إخضاع مكونات الحاسوب إلى التفتيش، وبحيث نتناول هذا المطلب على البيان التالي :-

على القوى المحرزة كالكمبيوتر وخطوط الهاتف، وأساس مشكلة الخلاف الدائرة الآن حول فهم طبيعة المعلومات والبيانات ومدى إمكان إخضاعها لنصوص جريمة السرقة في البلدان التي لا يوجد فيها تشريعات خاصة بالجرائم الإلكترونية، وهي نفسها من أسباب الخلاف الذي كان مثاراً حول طبيعة التيار الكهربائي والاعتداء عليه، حيث إن الموقف من تجريم سرقة الكهرباء في بدايته يشبه إلى حد قريب من الجدل الدائر الآن حول صلاحية المعلومات ومعطيات الحاسوب للسرقة، بحيث تم في النهاية تطبيق نصوص السرقة التقليدية على سرقة التيار الكهربائي، فقد توسعت النظم القانونية في دلالة تعبير المال أو الشيء المادي، وذلك إما من خلال الاجتهاد القضائي أو التشريعي من خلال نصوص صريحة في قانون العقوبات، بحيث اتصلت في نطاق القوى المحرزة، كالتقنية الكهربائية سواء من خلال اعتبار الكهرباء ذات كيان مادي ملموس وبالتالي تصلح محلاً للملكية والحيازة، أو بالاعتماد على قيمة الكهرباء الاقتصادية، ونحن لسنا في هذا المقام لتوضيح الاتجاهات التي دارت إلى أن تم إخضاع سرقة التيار الكهربائي إلى نصوص جريمة السرقة، ذلك أن الكهرباء مادة تحولت إلى طاقة تتدفق عبر الأسلاك لمقتضيات الاستخدام والاستعمال في مجالات مختلفة، وهي في نفس الوقت مال؛ لأنها ذات قيمة مالية، فمقابل الاستعمال والاستخدام هنالك عائد مادي كبير، كما أنه منقول لإمكان حيازتها وملكيته ونقلها من مكان لآخر دونما اعتبار لطبيعته أو لصورته، وقد أكدت محكمة النقض المصرية على أن التيار الكهربائي مالا منقولاً عندما قضت في أحد أحكامها: «أن التيار الكهربائي منقول قابل للملك والحيازة وبالتالي للسرقة»⁴⁶ وبعبارة أخرى فالاختلاس في جريمة سرقة التيار الكهربائي تقوم على عنصرين كما هو في جريمة السرقة العادية، يتمثل العنصر الأول في سلب حيازة التيار الكهربائي أو الاستيلاء عليه هو العنصر المادي، والعنصر الآخر هو العنصر المعنوي، وهو عدم رضا مالك أو حائز التيار الكهربائي.

ولعل صلاحية المعلومات والبرامج للاختلاس ينطلق بالاعتماد عما سبق من الحديث عن سرقة التيار الكهربائي، ومن خلال مقارنته ذلك بسرقة التيار الكهربائي من حيث طبيعة الشيء محل السرقة أو بالنظر إلى كيفية الاستفادة منه وأسلوب استخدامه والذي يمكن الجاني من القيام بالنشاط المحقق للاختلاس، فالأشياء المادية لا تثير صعوبة عند اختلاسها من خلال نشاط مادي، بحيث يمكن وقوع الاختلاس على المعلومات والبيانات الموجودة على الدعامات التي تثبت عليها، ولكن الموضوع يختلف حين يكون الاستيلاء على المعلومات دون الاستيلاء على تلك الدعامات، فالصورة الأولى لا تثير إشكالا كون الجاني قد استولى على شيء معنوي، فهو هنا لم يرقم بأي نشاط مادي، بل إن ما قام به مجرد نشاط ذهني (معنوي) للسيطرة على تلك المعلومات سواء كان بالنظر أو بالسمع الذي أدرك به المعلومات ثم احتزنها في ذاكرته، فذلك يؤدي إلى تحقيق الاختلاس بحق من يقرأ أو يسمع معلومة أو برنامج علماً أن القانون لا يعاقب على الأفكار ومجرد النوايا، وعلى الرغم من كون المعلومات لا تعد شيئاً مادياً فإن إنقاص الذمة المالية للشيء المادي يتحقق بخروج الشيء من ذمة المجني عليه ودخوله في ذمة الجاني، أما إذا كان الشيء غير مادي (معنوي)، فإننا لا نكون بحاجة إلى مثل ذلك، ونقل الشيء كون الاختلاس ما هو إلا إنقاص لذمة المجني عليه، وإنقاص ذمة الأخير قد تمت بانتقاص قيمة المعلومات؛ لأن صاحب (حائزها) المعلومات والبرامج أو مالكة لم يعد هو الوحيد صاحب المعلومة على الرغم من أن أصل المعلومة لا زال بين يديه بل أصبح هنالك من يزعمه في ذلك، فهو لم يبق الحائز أو صاحب الحق الوحيد في احتكار المعلومة واحتكار استغلالها واستعمالها.

3-0 إجراءات التفتيش والضبط في جرائم الاختلاس الإلكتروني

يعد التفتيش من أهم وأخطر إجراءات التحقيق،⁴⁷ ونظراً لهذه الأهمية، نجد العديد من الدول التي رفعت هذا الحق إلى مصاف الحقوق الدستورية؛ كونه السياج الذي يحمي الحياة الخاصة للإنسان ضد تعسف وانتهاكات

46 نقض 1937/4/5 مجموعة القواعد القانونية - ج 4 - ص 63.

47 جلسة 25/ 19 / 2002 الطعن رقم 8792 - لسنة 72 ق- محكمة النقض المصرية.

48 سورة الإسراء - الآية 70.

49 د.حسام أحمد - الإذن بالتفتيش والضبط « دراسة مقارنة » ط-3 سنة 2003 - دار النهضة العربية - ص 3.

50 د- عمر الفاروق الحسيني ، المشكلات العامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية، مرجع سابق، ص 48 وما بعدها.

بهذا التفتيش، ومن هنا تظهر الغاية من التفتيش لكونه إجراء تحقيقي تتولاه سلطة مختصة للبحث عن أدلة الجريمة وجمعها هادفاً من ذلك الكشف عن جريمة في محل خاص يتمتع بالحرمة دون اعتبار لإرادة صاحبه أي سواء رضي أم لم يرض. فيجب أن يتم التفتيش على وفق الغرض الذي أعد له. بمعنى أن تكون غاية التفتيش ضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة أو التي تفيد في كشف الحقيقة.

3-1-2 مدى خضوع مكونات الحاسوب المادية والمعنوية للتفتيش
إن التفتيش في هذه البيئة ينظر إليه في الغالب على أنه غير مجد لما يكتنفه من صعوبات أثناء تنفيذ التفتيش، خاصة ما يتم في الفضاء الافتراضي (في بيئة الإنترنت) مقارنة بالجرائم التقليدية، فضلاً عن صعوبة إثبات واكتشاف الجريمة الإلكترونية للأسباب التالية:

- سهولة إخفاء الجريمة الإلكترونية.
- غياب الدليل المادي.
- سهولة محو وإتلاف آثار الجريمة الإلكترونية في وقت قصير.
- إحصاء المعتدي عليهم عن الإبلاغ، إما عن جهل أو نقص خبرة.
- نقص خبرة القائمين على مكافحة الجريمة الإلكترونية من حسن طريقة التفتيش والبحث عن الأدلة.⁵⁶

عند الحديث عن تطبيق إجراء التفتيش على مكونات الحاسوب والشبكات المرتبطة به من خلال الإنترنت وما يوصل بينهما من أسلاك وملحقات، فإن للحاسوب مكونات مادية (Hardware) وأخرى معنوية أو برمجية (Software)، كما أن له شبكات اتصال (Telecommunications) سلكية وغير سلكية محلية ودولية.

والتفتيش عن الأدلة في الجريمة الإلكترونية، هو تفتيش عن معطيات الحاسوب المادية وغير المادية المخزنة في الحاسوب، والتي هي عبارة عن ذبذبات إلكترونية قابلة للتخزين والحفظ في الجهاز أو على أقراص وإسطوانات، ولعل التفتيش الذي يرد على مكونات الحاسوب المادية وملحقاته لا خلاف يذكر حول خضوعها للتفتيش والضبط طبقاً لقواعد قانون الإجراءات الجزائية، بما في ذلك البيانات والمعلومات المخزنة في أوعية أو وسائل مادية كالأشرطة المغنطة والأقراص الصلبة والضوئية، وذلك تبعاً للمكان أو الحيز الموجودة فيه.⁵⁷ بحثاً عن أي دليل يتصل بالجريمة الإلكترونية التي وقعت، ويخضع تفتيش الحاسوب والمكونات المادية إلى أحكام تفتيش المكان الذي يوجد به ذلك الجهاز، فإذا كان الحاسوب مودعاً في مكان خاص، فإنه يخضع لحكم الأماكن الخاصة وتلحق بالشخص المتهم، كمسكن المتهم أو أحد ملحقاته، فتأخذ حكم المسكن، فلا يجوز تفتيشها إلا في الحالات التي يجوز فيها تفتيش مسكن المتهم، وبذات الضمانات المقررة قانوناً في التشريعات المختلفة، وقد يطال التفتيش أيضاً شخص صاحبه، فقد يكون مستودع السر في المسكن أو ملحقاته وقد يكون في الأوراق الخاصة بالمتهم أو ما يملك بالمسكن، ويتعين على الخاضع له الإذعان للقائمين بالتفتيش لإكمال المهمة المنوطة بهم، فإذا كانت موجودة بمسكن المتهم أو أحد ملحقاته فتحكمها القواعد ذاتها التي يخضع لها تفتيش المسكن، إذ يجوز ضبطها وتفتيشها متى كان تفتيش المسكن جائزاً، والعكس صحيح، وفي حال وجودها في مكان عام فيحكم هذا المكان من أحكام.

وقد دار حول مدى خضوع مكونات الحاسوب المعنوية للتفتيش خلاف كبير في الفقه بشأن جواز تفتيشها من عدمه، فذهب رأي إلى جواز تفتيش البيانات الإلكترونية بمختلف أشكالها، حيث اعتبر هذا الرأي أن المكونات المعنوية لا تختلف عن الكيان المادي للحاسوب من حيث خضوعها لإجراءات التفتيش وما في حكمه، على اعتبار أن البيانات والمعلومات عبارة عن نبضات إلكترونية قابلة وممكنة التخزين على

3-1-1 الغاية من التفتيش

إن التفتيش عبارة عن الاطلاع على محل منحه القانون حرمة خاصة، باعتباره مستودع سر صاحبه، فلا يجوز الاطلاع عليه أو على ما بداخله إلا في الأحوال المنصوص عليها قانوناً، أو برضاء صاحبه، وقد يكون محل التفتيش الشخص أو المسكن أو محلاً آخر ألحقه القانون في الحكم بالمسكن.⁵¹ فالتفتيش مقرر للبحث عما يظهر حقيقة أفعال جرمها القانون، ويخضع التفتيش لأحكام مقررة بموجب القانون، والتفتيش في الجرائم الإلكترونية ليست بالبسيطة، فهناك مكونات الحاسوب المادية والمعنوية الخاضعة للتفتيش، حيث يتطلب التفتيش معرفة ودراية بملفات الحاسوب وما يتصل به، وترجع صعوبة ذلك إلى سهولة إتلافها، مما يصعب تحديد مكان الدليل في البيئة الإلكترونية، فالتفتيش ومع أنه إجراء يمس حق السر إلا أنه شرع من أجل مصلحة أكبر وهي مصلحة المجتمع في شعوره بالأمن والطمأنينة ومكافحة الجريمة؛ لذا يتعين عدم اللجوء إليه إلا بعد حصول الجريمة ووجود قرائن جديّة بأن الشخص المنوي تفتيش مسكنه هو فاعل الجريمة أو شريك فيها.⁵²

ولذلك يقع باطلاً التفتيش الذي يقع لغاية أخرى غير ما حدده المشرع؛ لأن كل تفتيش يتم بغير أن يتبين وجه المصلحة منه يكون باطلاً، وبعد التفتيش من الإجراءات التي لا غنى عنها للمحقق في تقوية أو اصر الأدلة أو في إسناد الواقعة في مواجهة المتهم، فالعثور على أدلة الجريمة من شأنه تقوية الاتهام ضد المتهم وبالتالي عدم إفلاته من العقاب، أو تقوية أدلة البراءة وبالتالي الحكم بإخلاء سبيل المتهم والحكم له بالبراءة.

وعلى الرغم من كون التفتيش من أهم إجراءات التحقيق، لما فيه من مساس بحريات وحقوق الأفراد ومستودع أسرارهم، نجد القليل من التشريعات التي عمدت إلى تعريف التفتيش؛⁵³ لكن معظمها ترك التعريف للقضاء والفقه، إذ عرفت محكمة النقض المصرية التفتيش بأنه: «هو ذلك الإجراء الذي رخص الشارع فيه للتعرض لحرمة ما بسبب جريمة وقعت أو ترجح وقوعها، وذلك تخلياً للمصلحة العامة على مصالح الأفراد الخاصة واحتمال الوصول إلى دليل مادي يفيد في كشف الحقيقة»⁵⁴، كما عرفته بأنه: «البحث عن عناصر الحقيقة في مستودع السر فيها»⁵⁵، ويلاحظ على هذه التعريفات إغفاله لركيزة أساسية كان يفترض أن تتضمنها، كبيان القائم بهذا الإجراء، لذا فهو إجراء تقوم به سلطة التحقيق ومن تفوضه بذلك من رجال الصابطة القضائية للبحث والتنقيب والاطلاع على محل أو مسكن يتمتع بحرمة خاصة للبحث عن الأدلة اللازمة في مستودع السر؛ لاستكمال التحقيق الجنائي بغض النظر عن إرادة صاحبه، وقد وفق المشرع الفلسطيني في توضيح مفهوم التفتيش، حيث جاءت الفقرة (1) من المادة 39 من قانون الإجراءات الفلسطينية ونص على أن: «دخول المنازل وتفتيشها عمل من أعمال التحقيق لا يتم إلا بمذكرة من قبل النيابة العامة أو في حضورها، بناء على اتهام موجه إلى شخص يقيم في المنزل المراد تفتيشه بارتكاب جناية أو جنحة أو باشتراكه في ارتكابها، أو لوجود قرائن قوية على أنه يجوز أشياء تتعلق بالجريمة»، إذ جاء التعريف واضح على مضمون التفتيش وعلى السلطة التي تقوم به، محدداً في نفس الوقت الجرائم التي تستدعي تفتيش مستودع السر بحصر التفتيش على جرائم من نوع الجنائيات والجنح مستبعداً جرائم المخالفات ذلك لضالة الحق المعتدى عليه، وعلى نفس المعنى نصت المادة 91 من قانون الإجراءات الجزائية المصري، كما نصت الاتفاقية الأوروبية عن التفتيش والضبط، فقد أجازت المادة (32) من الاتفاقية الأوروبية بشأن مكافحة الجرائم المعلوماتية والتي أعدها المجلس الأوروبي (The Council of Europe) وتم التوقيع عليها في بودابست في عام 2001م إمكانية الدخول بغرض التفتيش والضبط في أجهزة حاسب أو شبكات تابعة لدولة أخرى بدون إذنها في حالتين: الأولى إذا تعلق التفتيش بمعلومات أو بيانات متاحة للعامة، والثانية: إذا رضي المالك أو حائز هذه البيانات

51 د.حسن صادق المرصفاوي- أصول الإجراءات الجنائية - الطبعة الأخيرة - سنة 1983 منشأة المعارف - الإسكندرية- ص37.

52 د.عبد الحميد الشواربي- إذن التفتيش في ضوء الفقه والقضاء - منشأة المعارف - الإسكندرية- ص10.

53 ذهب المشرع السعودي في المادة 80 من نظام الإجراءات السعودي إلى تعريف التفتيش بأنه: «التفتيش عمل من أعمال التحقيق ولا يجوز اللجوء إليه إلا بناء على اتهام موجه إلى شخص يقيم في المسكن المراد تفتيشه بارتكاب جريمة أو باشتراكه في ارتكابها أو إذا وجدت قرائن تدل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة.»

54 نقض 17/1959/111 - مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية - ص-10 ص888.

55 نقض 31/مارس / 1959 - مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية - ص10 رقم 87 - ص 319. نقض 17/ديسمبر / 1962 - مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية - ص13 - رقم 205 - ص 853.

56 Prude(J):conclusion du colloque sues l'informatique et droid pe,nal, pares, cujas. 1983.p.155.

57 د.هشام رستم - المرجع السابق - ص 64 وما بعدها.

التي تفيد في كشف الحقيقة في الجريمة الإلكترونية. وقد يؤدي عدم اعتبار المكونات المعنوية للحاسب الآلي من الأشياء التي تخضع لتفتيش إلى عدم قيام الجريمة الإلكترونية وذلك متى كانت هذه المكونات المعنوية هي السبيل الوحيد للوصول إلى حقيقة الجريمة الإلكترونية.

3-2 الشروط المطلوبة لصحة التفتيش الإلكتروني

الأصل أن يستهدف التفتيش في الجريمة الإلكترونية ضبط كل شيء يفيد في كشف الحقيقة. فإن لم يكن للتفتيش غاية يستهدفها، فالتفتيش باطل، ولكي يكون التفتيش صحيحاً يجب أن يتوافر فيه عدة شروط، منها شروط موضوعية، وشروط شكلية، وهي على البيان التالي:-

3-2-1 الشروط الموضوعية للتفتيش الإلكتروني

الأصل في القانون أن الإذن بالتفتيش هو إجراء من إجراءات التحقيق لا يجوز إصداره إلا بعد وقوع جريمة أو جنحة وترجحت نسبتها إلى متهم معين، وتوافر إلى جانب ذلك أمارات قوية أو قرائن على وجود أشياء تفيد في كشف الحقيقة لدى المتهم أو غيره، وهو ما أقرته محكمة النقض المصرية في عدة أحكام لها، بحيث لخصت الشروط الموضوعية المطلوبة لصحة التفتيش، حيث ذكرت في أحد أحكامها: «من المقرر أن كل ما يشترط لصحة التفتيش الذي تجرته النيابة أو تأذن في إجرائه في مسكن المتهم، أو ما يتصل بشخصه، هو أن يكون رجل الضبط القضائي قد علم من تحريات واستدلالاته أن جريمة معينة - جنابة أو جنحة قد وقعت من شخص معين وأن تكون هنالك من الدلائل والأمارات الكافية أو الشبهات المقبولة ضد هذا الشخص بقدر يبرر تعرض التحقيق لحرته أو حرمة مسكنه في سبيل كشف مبلغ اتصاله بتلك الجريمة»⁵⁹ وبناء على ما سبق وتطبيقاً على الجرائم الإلكترونية فإنه لا بد ليكون التفتيش مشروعاً توافر عدة شروط كما يلي:

- **وقوع الجريمة المعلوماتية:** حيث عرفت بأنها أي فعل يرتكب متضمناً استخدام الحاسب الآلي أو الشبكة الإلكترونية⁶⁰ وعرفت بأنها: أي سلوك غير مشروع يرتبط بإساءة استخدام الحاسب الآلي ويؤدي إلى تحقيق أغراض غير مشروعة، والإذن بالتفتيش جائز إذا كانت الجريمة جنابة أو جنحة، أما المخالفات فالتفتيش فيها غير جائز، لأنها قليلة الأهمية والخطورة، وبالتالي لا تستحق التعرض لحرية الأشخاص أو انتهاك خصوصياتهم وهذا ما أكد عليه المشرع الفلسطيني حين نص في الفقرة 1 من المادة 39 «بارتكاب جنابة أو جنحة أو باشتراكه في ارتكابها»، فهو لا يتم إلا بشأن جريمة تحقق وقوعها فعلاً، كون التحقيق لا يبدأ إلا بعد أن يكون هنالك جريمة قد وقعت، وعليه فالتفتيش كإجراء من إجراءات التحقيق غير جائز إلا بعد وقوع جريمة، فهو غير جائز بالنسبة لجريمة مستقبلية أو محتملة الوقوع.⁶¹
- **وجود دلائل ضد شخص معين:** فلا بد من اتهام شخص أو أشخاص معينين بارتكاب هذه الجريمة أو المشاركة في ارتكابها، بحيث ينبغي أن تتوافر وتحقق في حق الشخص المراد تفتيشه أمارات قوية أو قرائن على وجود أجهزة إلكترونية أو أي أدلة تفيد في كشف الحقيقة ونسبته إلى المتهم، وبالتالي أدانته، وفي جريمة الاختلاس الإلكتروني يجب أن تتوافر في حق الشخص المطلوب تفتيشه أو تفتيش مسكنه أو حاسبه الآلي دلائل كافية تؤدي إلى الاعتقاد بأنه قد أسهم في ارتكاب جريمة الاختلاس الإلكتروني بصفته فاعلاً أو شريكاً في هذه الجريمة، وهو ما أكد عليه قانون الجرائم الإلكترونية الأردني رقم 27 لسنة 2015م في المادة 13 /أ. فيجب عدم إجراء التفتيش إلا إذا توافرت للمحقق دلائل كافية على أنه يوجد في مكان أو لدى الشخص المراد تفتيشه أدوات استخدمت في ارتكاب الجريمة، أو أشياء متحصلة منها أو أي مستندات أو محررات إلكترونية يحتمل أن يكون لها فائدة في استجلاء الحقيقة لدى الشخص المتهم بارتكاب الجريمة، والدلائل تعني علامات معينة تستند إلى العقل

أوعية أو وسائط كالأشرطة الممغنطة والإسطوانات والأقراص، وبالتالي تكون تلك المكونات المعنوية صالحة للضبط والتفتيش شأنها في ذلك شأن الوسائط المادية وما في حكمها.

وفي نفس هذا الاتجاه نجد أن المادة (251) من قانون الإجراءات الجنائية اليوناني، والتي تعطي السلطات إمكانية القيام بأي إجراء بغية الحصول على الدليل، فالتفتيش بحد ذاته ليس بدليل ولكنه وسيلة للحصول على الدليل حيث منحت المادة (251) سلطات التحقيق إمكانية القيام بأي شيء يكون ضرورياً لجمع الدليل وحمايته، ويفسر الفقه اليوناني عبارة «أي شيء» بأنها تشمل البيانات المخزنة أو المعالجة إلكترونياً، وبالتالي فإن ضبط المعطيات الإلكترونية بمختلف صورها المخزنة في الذاكرة الداخلية للحاسوب لا تثير أي خلاف في اليونان، وهناك يطلب المحقق من الخبير أن يقوم بجمع أدلة مقبولة دليلاً في المحاكمة الجزائية، كما أن قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني أباح لسلطة التحقيق وفقاً للمادة (87) منه بأن تقوم بضغط «جميع الأشياء التي تراها ضرورية لإظهار الحقيقة»، ويفسر الفقه الأردني عبارة «الأشياء» بأنه يمتد ليشمل الكيانات المعنوية للحاسب الآلي.

أما الاتجاه الآخر فيرى أن المفهوم المادي لا يصلح كي ينطبق على هذه المكونات المعنوية والتي لا تصلح بطبيعتها لأن تكون كذلك، على اعتبار أن التفتيش يهدف في المقام الأول إلى تفتيش وضبط الأدلة المادية، وحسب هذا الاتجاه تستلزم وجود أحكام خاصة تكون أكثر شمولية وملاءمة لهذه المعلومات والبيانات الإلكترونية⁵⁸. ونرى أن الاتجاه الأول أكثر منطقية؛ ذلك أن البيانات والمعلومات المخزنة في الحاسوب ومكوناته تصلح لأن تكون ملاماً للضبط والتفتيش، حيث يمكن ضبطها واستنساخها على الورق أو على الأقراص، أو على إسطوانات أو على أي دعامة أخرى، كالفلاش ميم وري (Flash Memory)، بحيث يمكن الاستناد إليها كدليل على ارتكاب المتهم الجريمة في مرحلة المحاكمة، لذلك ينبغي الإشارة في قوانين الإجراءات الجنائية على إمكانية تفتيش المكونات المادية والمعنوية لأجهزة الحاسوب ومكوناته، وباستقراء موقف التشريعات الحديثة نجدها قد ذهبت إلى تأكيد هذا الاتجاه، بحيث أوضحت أن المكونات المعنوية للحاسوب ضمن الأشياء التي تصلح أن تكون ملاماً لتفتيش والضغط، ففي التشريع الأمريكي على سبيل المثال: تقضي المادة (34) من القواعد الفيدرالية الخاصة بالإجراءات الجنائية لسنة 1970م بعد تعديلها بمد نطاق التفتيش ليشمل أجهزة الحاسب الآلي وأوعية التخزين والبريد الإلكتروني والصوتي والمنقول عن طريق الفاكس، فضلاً عن أن الاتفاقية الأوروبية للجريمة الافتراضية (اتفاقية بودابست) تقضي في المادة (19) منها بالزام الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بضرورة تبني التدابير والإجراءات التشريعية التي تخول السلطات المختصة ولوج البيئة الإلكترونية، وذلك من أجل تيسير إثبات هذه الجرائم.

وهذا أيضاً ما أكد عليه قانون الإجراءات الجنائية الكندي، والذي يجيز ضبط الأشياء ذات الطبيعة المادية، وضبط المكونات المعنوية من المعطيات المخزنة في الأقراص والدعامات المادية، فضبط الأشياء المخزنة في الحاسب الآلي يشمل ضبط كياناته المادية والمعنوية، كما نص قانون الإثبات الكندي Code of Evidence على أنه: «ما لم يرد ما يخالف ذلك في أمر التفتيش وضبط الدفاتر والسجلات الخاصة بمؤسسة مالية يقتصر على تفتيش المكان بغرض تفقده وأخذ نسخ من مواد المكتوبة، وينطبق هذا النص سواء كانت سجلات مكتوبة أم كانت على شكل إلكتروني، أما إذا كان التفتيش في مكان غير تابع لمؤسسة مالية، فإن أخذ السجلات الأصلية أو الحصول على نسخ منها فحسب، أمر يخضع بشكل عام للسلطة التقديرية للشرطة، مع ضرورة العمل على تطوير النصوص القانونية التقليدية المتعلقة بالتفتيش والضغط في الجرائم الإلكترونية، لتشمل البيانات والمعلومات الإلكترونية، فيجب أن يدخل في نطاق التفتيش والضغط، التفتيش عن المكونات المعنوية للحاسب الآلي، كالبيانات الإلكترونية والمراسلات والاتصالات الإلكترونية، وإلا أدى ذلك إلى إيجاد العديد من الصعوبات أمام جهات التحقيق فيما يتعلق بجمع الأدلة

58 د. هشام محمد فريد رستم، جرائم الحاسوب كصورة من صور الجرائم الاقتصادية المستحدثة، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسبوت العدد 17، 1995م، ص 64 وما يليها.

59 نقض رقم 1970/1/12 مجموعة القواعد القانونية - س 39 - رقم 1592 - ص 65.

60 نظام مكافحة جرائم المعلوماتية السعودي - قرار مجلس الوزراء رقم 79 بتاريخ 13/7/1428.

61 نقض 1962/1/1 أحكام محكمة النقض المصرية - س 13 - ق 5 - ص 20.

قانوني من إجراءات التحقيق الابتدائي من شأنه المساس بأسرار الشخص الذي تم تفتيشه، لذلك فإنه يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها أعمال التحقيق كافة، لذا حدد المشرع الجهة التي تصدر أمر التفتيش ومن يقوم بتنفيذ هذا الأمر، بحيث لا يباشر إلا من قبل الجهة المختصة به، وهي حسب التشريع الفلسطيني النائب العام أو عضو النيابة المختص، كما يختص مأمور الضابطة القضائية بالتفتيش، واستثناء من ذلك فقد منحت المادة 21 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني مأموري الضبط القضائي مباشرة التفتيش في الحالات المنصوص عليها في تلك المادة، وهما: حالة التلبس بالجريمة والإصابة، وفي التشريع الأردني فإن الأصل في ممارسة التفتيش أن يتم من قبل المدعي العام، حيث يحول المشرع الأردني موظفي الضابطة العدلية إجراء التفتيش في أحوال استثنائية حددها على سبيل الحصر كالجرم المشهود، والقبض، والدلائل الكافية، والندب، وعليه فإن الاختصاص بإجراء التفتيش أما أن يكون أصلياً لسلطة التحقيق أو استثنائياً لمأمور الضبط القضائي، وهذا ما أكد عليه قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني في الجرائم التقليدية، أما الجرائم الإلكترونية فقد أوضحت السلطة المختصة بالتفتيش وذلك من خلال قانون رقم 27 لسنة 2015م من قانون الجرائم الإلكترونية حيث نص في المادة 13/أ " ... يجوز لموظفي الضابطة العدلية بعد الحصول على إذن من المدعي العام المختص أو من المحكمة المختصة الدخول إلى أي مكان تشير الدلائل إلى استخدامه لارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون كما يجوز لهم تفتيش الأجهزة والأدوات والبرامج وأنظمة التشغيل ... " كما يحول القانون المصري الاختصاص بالتفتيش كإجراء تحقيق للنيابة العامة بصفة أصلية ولقاضي التحقيق في حالات خاصة⁶² مع ضرورة العلم أن التفتيش في الجرائم التقليدية يختلف عن التفتيش في الجرائم الإلكترونية، إذ يجوز لهم تفتيش الأجهزة والأدوات والبرامج وأنظمة التشغيل والشبكة المعلوماتية والوسائل التي تشير الدلائل في استخدامها لارتكاب أي من تلك الجرائم، وفي جميع الأحوال على الموظف الذي قام بالتفتيش أن ينظم محضراً بذلك ويقدمه إلى المدعي العام المختص، ومما سبق يتضح أن عمل رجال الضابطة القضائية هو إكمال دور النيابة العامة وتقديم المساعدة بغية الوصول إلى الأدلة المادية للجريمة كون التفتيش وسيلة تهدف إلى الوصول إلى كل ما يثبت قيام الجريمة وضبط الأدلة وإظهار الحقيقة من على مسرح الجريمة، والذي يعد الميدان الرئيس للجريمة، وهو أجهزة الحاسوب ومكوناته ومعطياته الموجودة في المكان أو توابعه أو المكتب إلى وجود بها الحاسوب والأقراص التي تحتوي على معطيات الحاسوب، أو على الشخص المتهم، فقد يقع التفتيش على الفرد الذي يحمل الحاسوب أو القرص أو الإسطوانة أو أي جهاز آخر قد يتعلق بموضوع الجريمة.

3-2-2 الشروط الشكلية للتفتيش الإلكتروني

إلى جانب الشروط الموضوعية التي سبق وتناولتها، توجد هنالك شروط ذات طابع شكلي، ضرورة لا بد من الأخذ بها عند القيام بالتفتيش؛ حرصاً على الحريات الفردية من التعسف وانتهاك الحقوق، بحيث تزرع في نفس المتهم الطمأنينة وتنزع عن التفتيش أي لبس أو غموض لدى المحكمة ونستعرض هذه الشروط على النحو التالي:-

تسبب إذن التفتيش:

يعد تسبب الأمر بالتفتيش من الضمانات المقررة في قوانين الإجراءات الجزائية، بحيث يشتمل أمر التفتيش على بيان العناصر الأساسية التي تمكن المحقق من القيام بالتفتيش والتحقق من توافر الدلائل الكافية والمشتبهة على ما يبرر القيام بالتفتيش والتي تدل على أن في المكان

وتبدأ من ظروف أو وقائع يستنتج منها بأن جريمة ما قد وقعت، وأن شخصاً معيناً هو مرتكبها، ومن ثم هي مجرد افتراضات قد لا تصلح وحدها سبباً للإدانة، أو هي ذلك القدر الضئيل المبني على احتمال معقول تؤديه الظروف والاستنتاجات التي تكفي للاعتقاد بارتكاب جريمة وتبرر اتخاذ بعض الإجراءات الماسة بالحرية الفردية ضماناً لحسن سير العدالة⁶³ وفي جريمة الاختلاس الإلكتروني لا بد أن يصدر الإذن بالتفتيش لضبط وقوعها بحيث تتوافر مجموعة من الأمارات والمظاهر التي تكفي وفقاً للسياق العقلي والمنطقي ترجيح ارتكابها ونسبتها إلى المتهم وإلى من ساهم في ارتكاب الجريمة سواء بوصفه فاعلاً أو شريكاً فيها، وإلا وقع التفتيش باطلاً ويمكن الاسترشاد بذلك بالرجوع إلى نص المادة 16/39 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني، وكذلك ما نصت عليه المادة 44 من ذات القانون، لذا فالمشرع اشترط لصحة التفتيش توافر قرائن قوية على أن الشخص هو مرتكب الجريمة، وقد اشترطت كافة التشريعات الجزائية العربية في أن التفتيش يجب أن يهدف إلى كشف الحقيقة سواء تعلق الأمر بإثبات التهمة أو نفيها، وإذا ما كان الهدف غير ذلك كالإساءة إلى المشتكى عليه أو تحقيق غايات أخرى كان التفتيش باطلاً مشوباً بالتعسف باستعمال السلطة⁶³

● **محل التفتيش:** والمقصود به: هو الشيء الذي يقع عليه التفتيش، وهو هنا جهاز الحاسوب بكل مكوناته المادية والمعنوية وشبكات الاتصال الخاص به، يضاف إلى ذلك الأشخاص الذين يستخدمون الحاسوب محل التفتيش، وتشمل كذلك الأماكن التي توجد بها تلك الأشياء، وتشمل المكونات المادية للحاسوب وحدة الإدخال، وهي الذاكرة الرئيسية (Main Memort)، ووحدة الحساب والمنطق (Arithmetic)، ووحدة الإخراج (Output unit)، ووحدة التخزين الثانوية (Secondary Storage Unit).

أما المكونات المعنوية للحاسوب، وتشمل الكيانات الأساسية أو برامج التطبيقات سابقة التجهيز وبرامج التطبيقات المستخدمة من قبل مستخدم الحاسوب، كما ويشمل الحاسوب بمكوناته السابقة مجموعة من الأشخاص لديهم خبرة ومهارة في تقنية نظم المعلومات وهم مشغلو الحاسوب، ومبرمجو الحاسوب والذين قد يكونون من المحللين أو مهندسي الصيانة والاتصالات، أو من أي أشخاص آخرين يكون بحوزتهم أجهزة أو معدات إلكترونية أو أجهزة الحاسوب المحمول، هذا ما يتعلق بمحل التفتيش المتعلق بالحاسوب والمكونات والأشخاص، يضاف إلى ذلك المنازل أو ما في حكمها، ويقصد بها كافة محال الإقامة والملحقات المخصصة لمنافعها والتي يشغلها الشخص سواء بصفة دائمة أو مؤقتة وسواء كانت ثابتة أم متنقلة، متى ما وجدت فيها مكونات الحاسوب أصبحت محلاً للتفتيش، بحيث تخضع عملية التفتيش هنا لذات الشروط والقواعد والإجراءات التي يخضع لها تفتيش المساكن⁶⁴ وهنالك الأماكن العامة التي يمكن تفتيشها دون الحاجة إلى مذكرة التفتيش، حيث لا يعد من الخصوصية بشيء تفتيش الوثائق المخزنة على أجهزة الكمبيوتر المتاحة لاستخدام العام في المكتبة العامة، كما أن رضا المشتكى عليه يمنح صلاحية التفتيش بدون مذكرة تفتيش إذا يصح التفتيش من خلال الرضا الصادر من الأم في تفتيش غرفه ابنها وما تحتويه من أجهزة إلكترونية، كما رأت المحكمة الأمريكية أن موافقة زوجة المدعى عليه يمكن أن يعتد بها على نحو صحيح في تفتيش جهاز الكمبيوتر الخاص بزوجه المحمي بكلمة مرور زوجها⁶⁵

● **صدور أمر التفتيش من هيئه قضائية مختصة:** يختص بإصدار أمر التفتيش كل من النيابة العامة، أو قاضي التحقيق، أو محكمه الموضوع باعتبارها إجراء من إجراءات التحقيق، ليكون أمر التفتيش صحيحاً وناقذاً يجب أن يصدر من الجهات سابقة الذكر، حتى لا يكون عيب مادي في الإذن فينبغض ما يترتب عليه لاحقاً، فالتفتيش إجراء

62 د . مجدي محمود محب - إذن التفتيش - دراسة تحليلية تطبيقية في التشريع المصري والتشريعات العربية المقارن في ضوء الفقه والقضاء في 100 عام - سنة 2004 - دار محمود للطباعة والنشر - ص 77 .

63 نقض 20 ديسمبر سنة 1937 مجموعة القواعد القانونية - ج 4 رقم 131 - ص 121 .

64 د. صالح البريري- دور الشرطة في مكافحة جرائم الإنترنت - مؤتمر الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية - دبي 2003 - ص 392 .

65 States v. Buckner, 407 f. Supp. 2d 777 (W,D Va. 2006), the Court held that.

66 د. الدكتور فاروق الكيلاني - محاضرات في قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني المقارن - ط 1 - دار الثقافة للنشر والتوزيع - سنة 1995م، ص 251 .

وسرعه تغير وإخفاء معطيات الحاسوب، وبالتالي ضياع الأدلة واختفاء الجريمة، وإتلاف المعلومات المخزنة أو محوها.⁶⁹ وهذا ما أكدت عليه الفقرة أ من المادة 13 من قانون رقم 27 لسنة 2015م من قانون الجرائم الإلكترونية الأردني والتي نصت على أنه: «مع مراعاة الشروط والأحكام المقررة في التشريعات النافذة ومراعاة حقوق المشتكى عليه الشخصية، يجوز لموظفي الضابطة العدلية بعد الحصول على إذن المدعي العام المختص أو من المحكمة المختصة الدخول إلى أي مكان تشير الدلائل إلى استخدامه لارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون»، كما ألزمت الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة 2010م، في المادة 25 الدول الأطراف بتمكين السلطات المختصة من صلاحيات الحصول على أية معلومات مخزنة لدى أي كان أو لدى مزودي الخدمة أو تحت سيطرتهم، بينما تلزم المادة (26) من نفس الاتفاقية بتمكين تلك السلطات من تفتيش المعلومات المخزنة.

ونرى ضرورة وضع استراتيجية البحث في الجرائم الإلكترونية بحيث ينبغي على المحققين في مجال الجرائم الإلكترونية الوضع في اعتبارهم أن كل العناصر يجب أن تخضع للتحقيق والفحص، فجهاز الكمبيوتر هو مستودع السر ومستودع البيانات التي هي دليل على وجود الجريمة، فيجب قبل ذهاب النيابة العامة إلى المحكمة توضيح مصادر الأدلة الإلكترونية، والتي لها صلة بعناصر الجريمة فقد يستخدم جهاز الكمبيوتر كأداة في اختراق المواقع وتوزيع الحقوق والنسخ والإتلاف فمن خلال القرص الصلب بجهاز الكمبيوتر يمكن استكشاف العديد من أنواع الأدلة المختلفة،⁷⁰ وفي الغالب يكون ميدان الجريمة الإلكترونية مثل باقي مساح الجرائم الأخرى عندما يكون الهدف منها الاعتداء على المعلومات والبيانات الإلكترونية، بحيث يكون التحرك إلى مسرح الجريمة بقصد المداومة والتفتيش عن أدلة الجريمة وضبطها على حالتها الطبيعية مع إمكانية الاستعانة باعترافات المتهمين وشهادات الشهود والقرائن، إلا أن هنالك ضوابط لا بد من مراعاتها عند الانتقال إلى مسرح الجريمة، إذ لا بد من توافر معلومات كافية عن المكان الذي تمت فيه الجريمة وعدد الأجهزة المتوقع مشاركتها في الجريمة وأنواعها ومواقعها وموقع ملحقته من خزائن ومعطيات تابعه للأجهزة المشتركة في الجريمة، أما فيما يتعلق بالموارد البشرية من رجال النيابة العامة والضابطة القضائية فالأصل في مثل هذه الجرائم لا بد من إعداد فريق من المتخصصين في مجال الجرائم الإلكترونية بغية البحث والتحري والتفتيش وضبط الأدلة في مثل هذه الجرائم بحيث تحدد المهام المطلوبة من كل فرد فيهم على أن يكونوا من ذوي الخبرة في مجال التحقيق الجنائي في مثل هذه الجرائم.

3-3 ضبط أدلة الجريمة الإلكترونية وإجراءاته

الغاية من التفتيش هي ضبط الأشياء، ويقصد به وضع اليد على شيء يتصل بجريمة وقعت يفيد في كشف الحقيقة عنها وعن مرتكبها وهو من حيث طبيعته القانونية من إجراءات التحقيق، ويلزم في الضبط أن يكون قد تم اتخاذه لغاية محددة، وهي الكشف عن أشياء تتعلق بالجريمة الإلكترونية أو تفيد في إظهار الحقيقة ومراعاة إبعاد المشتبه فيهم عن مسرح الجريمة - مكان الأجهزة التي أسهمت في أحداث الجريمة.

بحيث يتم تفتيش جميع الأجهزة الإلكترونية ذات العلاقة بالجريمة ومعرفة المكونات والمعطيات المخزنة فيه، والتي تفيد في كشف كيفية وقوع الجريمة من خلال معرفة رقم الاتصال أو ما تم من نقل أو نسخ أو إتلاف للمعلومات والبيانات، ويمكن بالتالي وضع معيار يحدد الأشياء التي يجوز ضبطها بأنها: «جميع الأشياء - أي كانت طبيعتها - التي يقدر المحقق أنها تفيد في كشف الحقيقة»، فالمعيار هو الصلة أو الرابط بين الشيء والجريمة، ويجب على المحقق أن يستخلص منة دليل إدانة أو براءة.⁷¹

أو الشخص المراد تفتيشه ما يفيد في كشف حقيقة الجريمة التي صدر إذن التفتيش بناءً على وقوعها، بحيث تدل الظواهر والمظاهر على أن إجراء التفتيش سوف يكشف عن الحقيقة بحيث تستطيع المحكمة التأكد من جدية مبررة التفتيش، وقد نص القانون الأساسي الفلسطيني في المادة 17 «للمساكن حرمة فلا تجوز مراقبتها أو دخولها أو تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب ووفقاً لأحكام القانون»، كما ونصت المادة 39 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني على وجوب أن تكون مذكرة التفتيش مسببة، مبيناً أمر التفتيش الأسباب التي أدت بالنيابة العامة إلى إجراء هذا التفتيش، وهذا ما أوضحتها الفقرة أ من المادة 13 من قانون الجرائم الإلكترونية الأردني،⁶⁷ هذا ويجب أن يكون الأمر بالتفتيش مكتوباً حتى يكتسب القوه القانونية، حيث إن الأوامر الشفهية لا تكتسب الصفة القانونية، ويجب أن تكون مؤرخة حتى يمكن التأكد أن الإجراء قد تم خلال المدة المصرح بها في القانون، ويتعين أن يكون أمر التفتيش موقعا حتى يمكن التأكد على أنه صادر من الموظف المختص ويتضمن كذلك اسم المتهم المنسوب إليه، وهذا ما أكدت عليه المادة 40 من القانون السابق، ويلتزم القائم بتحرير إذن التفتيش أن يأخذ بالحسبان التحقق من تسبب الإذن بحيث يكون مبني على دلائل قوية وقرائن تدل على أنه حائز لأشياء تتعلق بالجريمة، وتحريات سليمة دقيقة تفيد في كشف الحقيقة، بحيث تبعد الطمأنينة لدى مصدر الأمر بوقوع الجريمة ونوعها - جنائية أو جنحة - والتحقق أيضاً من جدية الاتهام الموجهة إلى شخص المتهم الذي يقيم في المسكن المراد تفتيشه بارتكاب الجريمة أو باشتراكه في ارتكابها، ويضاف إلى ذلك إعداد محضر بالواقعة يتضمن الأسباب التي بني عليها أمر التفتيش وما تم أثناء إجراءات التفتيش.

وفي مجال الجرائم الإلكترونية نرى ضرورة العمل على صياغة مذكرات التفتيش من قبل الجهات المختصة على وجه الدقة مما يسهل عملية التفتيش والبحث من جهة، وفي نفس الوقت يجب العمل على صيانة الحقوق حتى لا يكون هنالك تجاوز لعملية التفتيش والتعرض لأجهزة الكمبيوتر أو الشبكات الإلكترونية مما يسبب الكثير من الأضرار من جهة أخرى، مما يوصلنا إلى ضرورة صياغة مذكرات التفتيش بما يتلاءم وحماية الخصوصية التي نصت عليها معظم دساتير العالم، فقد يكون إذن التفتيش بخصوص معلومات معينة لكن قد يكون تفتيش نفس الحاسوب فيه الكثير من المعلومات التي تمس العديد من المناطق المختلفة من حياة الشخص، لذا فلا بد من الدقة في التفتيش وفي صياغة أمر التفتيش بحيث يكون واضح ومحدد، فمن حق الإنسان أن يكون آمناً في شخصه ومنزله من أضرار ضد التفتيش والاحتجاز غير المعقول، وعليه فلا يجوز التعدي، ولا يجوز إصدار مذكرة التفتيش إلا في حال سبب معقول معزز التوكيد على وقوع الجريمة بحيث يصف المكان المراد تفتيشه والأشخاص والأشياء المراد تفتيشها واحتجازها،⁶⁸ مع ضرورة حضور المتهم عند تفتيش حاسبه الآلي إن كان الأمر متعلقاً بضبط دليل ضده؛ وذلك لإتاحة الفرصة أمام المتهم لمواجهته بالدليل المتحصل من التفتيش، شريطة ألا يسبب حضوره إضراراً بسير التحقيق.

تكوين فريق التفتيش

الجريمة الإلكترونية بحاجة إلى فريق من المختصين والفنيين في مجال الحاسوب والأنظمة الإلكترونية للقيام بالانتقال إلى مسرح الجريمة بصورة سريعة؛ حتى يتمكنوا من الحفاظ على مكان الجريمة والمحافظة على الأدلة من النسخ أو الإتلاف أو الشطب أو التعديل، بالإضافة إلى رجال الشرطة المختصين بالحماية والأمن؛ من أجل ضبط الجريمة الإلكترونية، مع مراعاة إبعاد المشتبه فيهم والعاملين على أجهزة الحاسوب عن المكان، ومن ثم يتم تفتيش جميع الأجهزة ومعرفة المعطيات؛ ذلك لسرعة قيامها

67 حيث نصت ف 13/أ «مع مراعاة الشروط والأحكام المقررة في التشريعات النافذة ومراعاة حقوق المشتكى عليه الشخصية يجوز لموظفي الضابطة العدلية بعد الحصول على إذن المدعي العام المختص أو من المحكمة المختصة الدخول إلى أي مكان تشير الدلائل إلى استخدامه لارتكاب أي من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، كما يجوز لهم تفتيش الأجهزة والأدوات والبرامج وأنظمة التشغيل والشبكة المعلوماتية والوسائل التي تشير الدلائل في استخدامها لارتكاب أي من تلك الجرائم وفي جميع الأحوال على الموظف الذي قام بالتفتيش أن ينظم محضراً بذلك ويقدمه إلى المدعي العام المختص».

68 Similarly, the Tenth Circuit has refused to allow such exhaustive searches of a computer, s hard drive in the absence of warrant or some exception to the warrant requirement. see United States v Carey, 172 f.3d 1268,1273(10)75-th CIR.1999).

69 see United States v. Ortiz, 84 F.3d 977,984 (7th Cir. 1996) (in conducting search incident to arrest, agents were justified in retrieving numbers from pager because pager information is easily destroyed).

70 Electronic Theft Unlawful Acquisition in Cyberspace. AUTHORS: PeterGrabosky, Australian Institute of Criminology, Canberra. Russell G. Smith, Australian Institute of Criminology, Canberra. Gillian Dempsey, University of Queensland/DATE PUBLISHED: July 2010.

والإجراءات المتخذة بالنسبة للأشياء المضبوطة.

يذكر أن التفتيش في الجرائم الإلكترونية يتناول الدخول إلى جهاز الكمبيوتر وضبط ما يحتويه من بيانات ومعلومات تفيد في الوصول إلى خيوط الجريمة. ومن خلال تلك الإجراءات يتم الضبط بحيث يتم إدخال المعلومات والبيانات الإلكترونية المضبوطة والأدلة المتحصلة من عملية الضبط ويتم تصنيفها وتحريزها في المغلفات والصناديق المعدة لذلك ويتم تمييزها من خلال وضع علامات عليها، ثم تبدأ عملية فحص الألة التي تم العثور عليها ومحاولة تجربتها من خلال أجهزة أخرى حتى لا يتم المساس بالدليل الأصلي من قبل الفنيين المختصين بمثل هذا النوع من الجرائم، ويتم توثيق جميع تلك الإجراءات في محضر التحقيق بالتاريخ واليوم الذي تم فيه بحيث يشتمل على كافة المعلومات والإجراءات التي تمت في سبيل كشف ملابسة هذه الجريمة.

4-5 الخاتمة

وفي النهاية يبدو ضرورياً جلياً أن خصوصية جرائم المعلومات والبيانات وما يلحقه من اعتداء يستوجب وجود تشريعات خاصة تحكمها نظراً لتسارع تطورها؛ لأن الأحكام العامة المنصوص عليها في قوانين العقوبات، قد لا تستطيع أن تفي بالغرض، وبهذا النوع المتجدد من الجرائم، مما يترتب إفلات كثير من المجرمين من دائرة التجريم، وبالتالي عدم إمكانية عقابهم، إضافة إلى ذلك أن في مثل هذه الحالات لا يمكن استخدام القياس والاجتهاد للتجريم عملاً بمبدأ: «لا جريمة ولا عقوبة دون وجود نص»، حيث كشفت الاستطلاعات الحديثة أن وسائل الحماية التي توفرها القوانين النافذة لم تكن كافية ولا شاملة ولا فعالة، إذ رغم وجودها فإن حجم جرائم قرصنة المعلومات يتزايد باستمرار، فضلاً عن أن هناك كثير من الدول ليست طرفاً في الاتفاقيات التي توفر فرصة للتعاون الدولي، ومع هذا فهي بؤرة كبيرة لانطلاق جرائم قرصنة المعلومات.

لقد حاولنا في هذه الدراسة أن نتناول موضوعاً حديثاً، وهو الاختلاس الإلكتروني ومدى انطباق نصوص السرقة التقليدية على المعلومات والبيانات الإلكترونية، ولم يكن دافعنا في ذلك فقط تحديد مدى تمتع تلك المعلومات من إخاضة إلى النصوص القانونية التقليدية المطبقة على جريمة الاختلاس، بل أيضاً توضيح الطبيعة القانونية لتلك المعلومات والبيانات ذات الطابع الإلكتروني، وقد حاولنا من خلال هذه الدراسة تطبيق القواعد العامة في قانون العقوبات على ما تثيره تلك المعلومات والبيانات من جدال ونقاش من حيث مدى تطبيق تلك النصوص على المكونات المادية والمعنوية، وإكمالاً على ذلك فإن التجريم يجب أن يشمل كافة الصور التي يتم فيها نقل المعلومات والبيانات، فيقر القانون العقوبات المناسبة على تلك الأفعال والتي تؤدي بذاتها أو عن طريق وسائل معينة يستخدمها الجاني للحصول على معلومات أو بيانات أو تغييرها أو حذفها أو إتلافها سواء كانت هذه المعلومات تم حفظها أو تداولها في جهاز أو نظام أو بأي وسيلة كانت، بحيث تشدد العقوبة إذا ما استعملت المعلومات وتلك البيانات التي حصل عليها بطريقة ما للحصول على مال أو منافع وخدمات شخصية.

ونظراً لتعدد الموضوعات التي تندرج ويمكن تناولها تحت عنوان حدود القانون في السيطرة على السرقة الإلكترونية ولم يكن من الممكن أن نتناول كلها، فقد اقتصرنا على دراسة الاختلاس الإلكتروني تحديداً ولم يكن من الممكن أن نتناول هذا الموضوع دون أن نسبق ذلك بمحاولة التعرف على مفهوم جريمة الاختلاس وأركانها، وتناولنا من خلال هذه الدراسة تحديد طبيعة مكونات الكمبيوتر، وجريمة السرقة أو الأخذ التي قد تقع على تلك المكونات المادية (hardware) أو على مكونات الكمبيوتر المعنوية والتي تشمل (software or data bases).

كما تم تسليط الضوء على المخاطر الإجرامية المتعددة التي قد تتعرض لها تلك المكونات في ميدان الجريمة سواء تعلق الأمر بنقل المعلومات أو سرقتها أو حذفها أو إتلاف الكمبيوتر نفسه أو إتلاف البيانات أو البرامج، أو استخدام الكمبيوتر والإنترنت كأداة لذلك، ثم انتقلنا إلى إجراءات

ويتطلب حسن تنفيذ هذا التفتيش، أن يجري من قبل فريق من الفنيين والمتخصصين في مجال الإلكترونيات ولهم علم واسع بالحاسوب والشبكات والأنظمة الإلكترونية، وبالإضافة إلى رجال الضابطة القضائية المختصين بالحماية والأمن، والضبط في الجريمة الإلكترونية يشمل جهاز الحاسوب بأنواعه وملحقاته، مثل: والنوت بوك، واللاب توب، ولوحة المفاتيح، والشاشة، والشرائط الممغنطة، والمودم (Modem)،⁷² والطابعات، وملفات الكمبيوتر والاتصالات والسجلات وبيانات الشبكة، وضبط المراسلات والبريد الإلكتروني، وما يتصل منها بضبط المكونات المادية لأنظمة الحاسوب، وكذلك المكونات المعنوية والبرمجيات وكل المعطيات التي تتناقل أو يجري تبادلها عبره شبكة المعلومات التي تربط أجهزة الحاسوب معاً، فكل ذلك يعد أثراً أو جزءاً من جسم الجريمة، بحيث ينبغي البحث عنها وفحصها والتحري عنها من أجل الاستفادة منها في عملية التفتيش، علماً أن التعامل مع تلك المعطيات في البحث والتفتيش يحتاج إلى خبرة فنية متخصصة في مجال الحاسوب والشبكة الإلكترونية ومعرفة بالقانون وقواعد البيئة الإلكترونية التي يجب على النيابة العامة الأخذ بها والاستعانة بهم، كونها صاحبة الصلاحية في ذلك، وقد أوجبت المادة 487 من القانون الكندي ضبط كل ما تتوافر بشأنه مبررات معقولة تدعو للاعتقاد بأن جريمة قد وقعت أو يشتبه في وقوعها، أو أن هنالك نية لاستخدامه في ارتكاب جريمة ذات طابع إلكتروني.⁷³

طبيعة الضبط ترد وبحسب التنظيم القانوني على الأشياء دون الأشخاص، فهم لا يصلحون محلاً للضبط بالمعنى الدقيق، وإن كانت هنالك بعض القوانين قد اتجهت على إمكانية اشتغال الضبط على الأشخاص، إن كان مفهوم ذلك القبض عليهم وإحضارهم، ويظهر واضحاً الفرق بين القبض على الأشخاص وضبط الأشياء.⁷⁴

ومحل الضبط في مجال الجرائم الإلكترونية هو البيانات والمعلومات المعالجة إلكترونياً، كما ألزمت الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة 2010م، في المادة (27) بنصوص معنوية بضبط المعلومات المخزنة، كما وألزمت المادة (28) بالجمع الفوري لمعلومات تتبع المستخدمين، وعلى الرغم من النقاش الذي دار حول إمكانية إخضاع وصحة تلك البيانات والمعلومات للضبط ومدى اعتبار المكونات المعنوية مساوية للمكونات المادية وحتى لا يكون هنالك تكرار نحيل الدارس إلى مطلب الثاني في المبحث الأول منعاً للتكرار، إذ أن الاتجاه السليم يعتبر أن تلك البيانات ما هي إلا ذبذبات إلكترونية تقبل التسجيل والحفظ والنسخ والتخزين على وسائط ودعامات مادية مما لا يمكن إنكار وجودها المادي، وهنالك رأي يؤكد صحة ضبط المكونات المعنوية والمادية، وهذا ما أكدته قانون الإجراءات اليوناني في المادة 251 والقانون الجنائي الكندي، والذي أجاز ضبط الأشياء ذات الطبيعة المادية وضبط المكونات المعنوية كونها من المعطيات المخزنة في الأقراص والدعامات المادية.⁷⁵

نتفق ونرى ونؤكد على ضرورة تطوير النصوص القانونية التقليدية المتعلقة بالتفتيش والضبط في الجرائم الإلكترونية لتشمل البيانات الإلكترونية والمعلومات، فيجب أن يدخل في نطاق التفتيش والضبط، التفتيش عن المكونات المعنوية للحاسب الآلي، كالبيانات والمعلومات الإلكترونية والمراسلات والاتصالات الإلكترونية، وإلا أدى ذلك إلى إيجاد العديد من الصعوبات أمام الجهات المختصة بالتحقيق فيما يتعلق بجمع الأدلة والإثبات التي تفيد في كشف الحقيقة في الجريمة الإلكترونية، وقد يؤدي عدم اعتبار المكونات المعنوية للحاسب الآلي من الأشياء التي تخضع للتفتيش إلى عدم قيام الجريمة الإلكترونية وذلك متى كانت هذه المكونات المعنوية هي السبيل الوحيد للوصول إلى حقيقة الجريمة المعلوماتية.

فالضبط لا بد أن يفيد في كشف الحقيقة، ولتمام ذلك تصدر النيابة العامة الإذن الخاص بالتفتيش والذي يجيز تفتيش الجهاز أو الأجهزة المشتركة في الجريمة وكافة معطيات ومكونات الحاسوب، على أن يكون الإذن على ما سبق الذكر محدد على وجه الدقة والوضوح من حيث مكان التفتيش (مسرح الجريمة) عنوان الشخص وصفته والأشياء التي يتم البحث والتحري عنها، وإثبات جميع الإجراءات التي اتخذت أثناء التفتيش

72 هي الوسيلة التي تمكن أجهزة الحاسوب من الاتصال مع بعضها البعض عبر خطوط الهاتف، وللمودم أشكال وهياكل تتطور مع تطور تقنية صناعة الإلكترونيات .

73 د. علي حسن الطولية- التفتيش على نظام الحاسوب والإنترنت -سنة 2004 - عالم الكتب الحديثة - إربد - ص 36 وما يله.

74 د. محمد علي سالم عياد وآخرون -الوسيط - ج 2 ص 350

75 يونس عرب - جرائم الكمبيوتر والإنترنت -قدم بحث في مؤتمر الامن العربي-2002- ص 520.

على تثقيف الطلاب والطالبات في المدارس في مختلف المراحل بجرائم الإنترنت والكمبيوتر ومخاطر الاستخدام السيء للإنترنت، وما يترتب عليه من إيقاع العقوبات والجزاءات وفقاً للأنظمة والتشريعات والقوانين المتعلقة بجرائم الإنترنت المعمول بها في كثير من الدول العربية والعالمية، بالإضافة إلى توعية أولياء الأمور بتلك المخاطر ووضع استخدام أبنائهم للإنترنت والكمبيوتر تحت الرقابة الفاعلة منهم، بالإضافة إلى تضمين مناهج الحاسوب في المدارس العربية كافة والفلسطينية خاصة بمواضيع تثقيفه مختصرة أو مطولة وذلك حسب المرحلة العمرية للأنظمة والقوانين الوطنية والعربية المتعلقة بجرائم الحاسوب والإنترنت.

• ضرورة إعداد الكوادر الأمنية القادرة على مواجهه مخاطر الإنترنت والحاسوب، وكذلك إعداد سلطات التحقيق من الناحية الفنية والتحري والتحقق وجمع الأدلة والتفتيش والضبط في مجال جرائم الحاسوب والإنترنت، وما يستلزم ذلك من إنشاء مراكز متخصصة وفرق مدربة على هذا النوع من الجرائم وطرق مكافحتها وكيفية التعامل مع أجهزة الكمبيوتر، والعمل على تخصيص شرطة خاصة لمكافحة هذا النوع من الجرائم المستحدثة.

• العمل على تعديل قوانين الإجراءات الجنائية بالقدر الكافي الذي يسمح ببيان الأحكام والالتزام اتباعها حال مباشرة إجراءات التحقيق ومنها التفتيش على أجهزة الحاسوب وضبط المعلومات التي تحتويها تلك الأجهزة وضبط البريد الإلكتروني حتى نستطيع ضبط الأدلة المشروعة بحيث يتمكن القاضي من أن يستند إلى الأدلة المستخرجة من الحاسوب الآلي والإنترنت مما يساعد في الإثبات وإدانة المتهم

• تجريم سرقة المال الإلكتروني المعنوي (المكونات المعنوية) بنصوص صريحة بوجه عام وذلك على أنه مال بالمعنى التقليدي المنصوص عليه في جريمة السرقة المنصوص عليها في قانون العقوبات، مع المساواة في الحماية بين المال المادي (المكونات المادية) والمال المعنوي الذي كان محل جدل ونقاش بين الفقهاء حول مدى إخضاعه للحماية القانونية المنصوص عليها في جريمة السرقة.

• يجب أن يخضع التفتيش في الجرائم الإلكترونية لمجموعة من الضمانات التي توضح حدوده المكانية والزمانية والموضوعية والإجرائية، نظراً لخطورته ومساسه بالحريات الشخصية للأشخاص وحياتهم الخاصة وحرمة منازلهم، ومن أهم هذه الضمانات مباشرته من قبل سلطة التحقيق وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً، بحيث تلتزم سلطة التحقيق والتفتيش واجب الحيطة والحذر أثناء التفتيش فلا يطلع على الأشياء والأماكن إلا بالقدر الذي يحتمل أن يجد فيها بيانات أو برامج أو أشياء أو أدلة لها علاقة بالجريمة الإلكترونية.

التفتيش والضبط في الجرائم الإلكترونية، حيث تناولت الدراسة إجراءات التفتيش في البيئة الإلكترونية وبيان الأحكام المقررة في مدى خضوع مكونات الحاسوب للتفتيش سواء المادية منها أم المعنوية، كما تم تناول إجراءات ضبط أدلة جرائم الحاسوب في حدود جريمة السرقة وتحديد معنى كل من التفتيش والضبط والشروط المتطلبية لصحة التفتيش من شروط موضوعية وشكلية لا بد من توافرها لسلامة إجراءات التفتيش.

4-1 التوصيات والنتائج

• ضرورة العمل وبصورة عاجلة على تحديد مصطلح وأنواع وعقوبة جرائم الكمبيوتر، مع ضرورة التعاون العربي والدولي في مكافحة هذه الجريمة، وضرورة التنسيق بين مختلف الجهات الأمنية، مع وضع تشريعات خاصة لحماية أجهزة الكمبيوتر ومعلوماته وبرامجه، والأهم من ذلك نشر الوعي المعلوماتي بين الجمهور وتعليمهم كيفية التعامل السليم والصحي والأمن مع شبكة الإنترنت لحمايتهم من الوقوع فريسة سهلة لمحترفي الجرائم الإلكترونية وذلك من خلال نشر التوعية من خلال وسائل الإعلام وإنشاء مراكز علمية متخصصة من أجل ذلك.

• لا بد أن تسعى الدول فيما بينها إلى بذل كل جهد في مواجهة إساءة استخدام الجرائم الإلكترونية، وذلك من خلال إقرار جزاءات جنائية وجملة من التدابير المناسبة والتعديلات الملزمة للجرائم الإلكترونية وسرعة تطورها تستهدف تدريب وتحسين وتنمية الوعي والقدرات لدى القضاء والنيابة العامة ورجال الضابطة القضائية المنوط بهم تتبع الجرائم الإلكترونية فيما يخص إجراءات التحقيق والتفتيش والضبط ومحاكمة مرتكبيها وإصدار الأحكام المتعلقة بها مما يخلق قوة قادرة على الحد منها.

• تنظيم المؤتمرات والندوات والمنتديات وورش العمل التي تختص بمناقشة جرائم الكمبيوتر والإنترنت وسبل التصدي لها، وزيادة التعاون مع الدول العربية من أجل تفعيل وتطوير منظومة مكافحة الجرائم الإلكترونية والاستفادة من تجارب الدول العالمية في هذا المجال.

• ندعو القائمين على القرار بقانون فلسطيني المتعلق بالجرائم الإلكترونية بإعادة النظر في القانون بحيث يكون شاملاً ولا يقتصر على تغطية جزئية من تلك الجرائم، حيث غفل عن كثير من الأمور الضرورية التي كان لا بد من النص عليها، مثل: تعريف الجرائم الإلكترونية، وإجراءات التحقيق التي يفترض اتباعها في حال الجرائم الإلكترونية.

•حث الجهات التعليمية في الوطن العربي عامة وفي فلسطين خاصة

الآليات القانونية لحماية حق المساهمين في الأموال الاحتياطية دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي

د. بن قادة محمود أمين*

كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة وهران-2 محمد بن أحمد- الجزائر
Benkada Mahmoud Amine
University Of Oran 2, Mohamed Ben Ahmed
Algeria
* benkada31000@yahoo.fr

Submitted : 01 October 2019
Accepted : 23 October 2019
Published: 31 December 2019
<https://doi.org/10.5339/rolacc.2019.10>

© 2019 The Author(s), licensee HBKU Press.
This is an open access article distributed
under the terms of the Creative Commons
Attribution license CC BY 4.0, which
permits unrestricted use, distribution and
reproduction in any medium, provided the
original work is properly cited.

Cite this article as : Benkada MA. الآليات
القانونية لحماية حق المساهمين في الأموال
الاحتياطية دراسة مقارنة بين القانون الجزائري
والقانون الفرنسي, Rule of Law and Anti-
Corruption Center Journal 2019;2:10.
<https://doi.org/10.5339/rolacc.2019.10>

كيوساينس
QSCIENCE

دار جامعة حمد بن خليفة للنشر
HAMAD BIN KHALIFA UNIVERSITY PRESS

مُلخَص

يُعتبر المال الاحتياطي مبالغ مقتطعة من الأرباح الصافية، تُوضع تحت تصرّف الجمعية العامة لاستخدامها في الأغراض التي يحددها القانون، أو القانون الأساسي للشركة، أو القرار الصادر عنها.

وينقسم المال الاحتياطي إلى ثلاثة أنواع: احتياطي قانوني واحتياطي نظامي أو تأسيسي واحتياطي حر.

ونظرًا إلى أن الاحتياطيات أرباح غير موزعة، فإنها تعتبر حقًا للمساهمين الموجودين في الشركة وقت تحقيقها، الأمر الذي قد ينجم عنه -حال زيادة رأس مال الشركة أو قيامها بعملية الإدماج بابتلاع شركة أخرى- مساس بحقوق المساهمين القدامى، نتيجة انضمام مساهمين جُدد يزاحمونهم في اقتسام تلك الاحتياطيات التي هي في حقيقة الأمر أرباح غير موزعة.

ولتفادي مثل هذه النتيجة وحماية حقوق المساهمين القدامى، أوجد المشرع آليتين: الأولى حق الأولوية والأفضلية في الاكتتاب بأسهم زيادة رأس المال التي تصدرها الشركة بمناسبة زيادة رأسمالها، والثانية علاوة الإصدار أو الإدماج.

الكلمات المفتاحية: الاحتياطيات، الاحتياطي القانوني، الاحتياطي التأسيسي أو النظامي، الاحتياطي الحر، الاحتياطي المستتر، حق الأولوية أو الأفضلية، علاوة الإصدار، علاوة الإدماج

TITLE: The legal mechanisms to protect the right of old shareholders to reserves

ABSTRACT:

Free reserve is defined as deducted amount from net profits, subject to General Assembly control for the purposes specified in the Law, the company's mandate, or general assembly decision. The reserve money is divided into three categories: 1. legal reserve, 2. regulatory \ statutory reserve and 3. free reserve. Moreover, since reserves are undistributed profits, generated profits are deemed a shareholder right. Consequently, in cases of an increased capital or merger, preceding shareholders are subject to arbitrary impinging as new shareholders will stake the generated shares which are in fact undistributed profits.

In order to avoid such outcome and protect shareholders rights, legislator deployed two mechanisms: first; preferential and priority rights to subscribe to the capital increase shares issued by the company in the occasion of increased capital, second; issuance allowance or merger allowance.

Keywords: Reserves, Legal reserves, statutory reserves, optional reserves, free reserves, hidden or latent reserves, preferential subscription rights, share premium, merger premium

الشركة. ومن ثمّ فإنه حال تكوّن الاحتياطات، وأرادت الشركة زيادة رأس مالها أو القيام بعملية الإدماج بالضم أو الابتلاع، فإنه قد يترتب على ذلك انضمام مساهمين جدد لم يشاركوا في تكوين الاحتياطات، ولهم الحق في الحصول عليها حال حل الشركة أو توزيعها، أي المشاركة في اقتسام أرباح حققتها الشركة قبل انضمامهم إليها، وهي من حق المساهمين القدامى.

ويترتب على هذه الفرضية، إضرار بالمساهمين القدامى، الذين حرموا الحصول على الأرباح التي اقتطعت لتكوين المال الاحتياطي، وكذلك من مزاحمة المساهمين الجدد لهم على اقتسامها، والذين ليس لهم الحق فيها، لعدم اكتساب صفة المساهم وقت تحقيقها.

ومن أجل حماية حقوق المساهمين القدامى، وخلق التوازن بين حقوقهم وحقوق المساهمين الجدد المنضمين إلى الشركة حين زيادة رأس مال الشركة بعد تكوين الاحتياطات أو حال تحقق عملية الإدماج، فإن المشرّع أوجد آليتين قانونيتين لتحقيق هذه الغاية، تتمثلان في إقرار حق الأولوية والأفضلية لفائدة المساهمين القدامى للاكتتاب بأسهم زيادة رأس المال، وفرض علاوة الإصدار حال زيادة رأس المال، وعلاوة الإدماج في حالة عملية الإدماج، تفرض على المساهمين الجدد.

وهو الأمر الذي يدفعنا للتساؤل والبحث عن ماهية حق الأولوية والأفضلية المقررة لفائدة المساهمين القدامى للاكتتاب بأسهم زيادة رأس المال، وعلاوة الإصدار حال زيادة رأس المال، وعلاوة الإدماج، التي تفرض على المساهمين الجدد، ومدى فاعليتهم في تحقيق وضمّان المساواة والتوازن بين حقوق ومصالح المساهمين القدامى والجدد، حال زيادة رأس المال أو تحقيق عملية الإدماج، بخصوص الاحتياطات المكونة.

وللإجابة عن هذه الإشكالية نُقسّم الدراسة إلى مبحثين: الأول يتعلّق بحق الأولوية والأفضلية في الاكتتاب بأسهم زيادة رأس المال، ويتعلّق الثاني بعلاوة الإصدار وعلاوة الإدماج، وحتى تكون الدراسة وافية، سنعتمد -خلال هذا البحث- على المناهج الوصفية والتحليلية والمقارنة، وستكون المقارنة مع التشريع الفرنسي، باعتبار أن القانونين -الجزائري والفرنسي- ينتميان إلى عائلة القانون اللاتيني نفسها.

0-2 المبحث الأول: تقرير حق الأولوية في الاكتتاب بالأسهم

ضمانًا لحق المساهمين القدامى في الأموال الاحتياطية التي تكون الشركة قد كونتها، وهي في الحقيقة أرباح غير موزعة رُصدت لها الغرض، وحتى لا ينضم مساهمون جدد يكون لهم الحقوق المقررة للمساهمين القدامى نفسها، فإن المشرّع أوجد آلية لحماية حق المساهمين القدامى، تتمثل في منحهم حق الأولوية والأفضلية في الاكتتاب بأسهم زيادة رأس المال.⁵

1-2 المطلب الأول: مفهوم حق الأولوية في الاكتتاب بالأسهم

يُقصد بحق الأولوية في الاكتتاب بالأسهم، إعطاء مساهمي الشركة الأولوية والأفضلية والأسبقية في الاكتتاب بالأسهم التي تصدرها الشركة، بمناسبة زيادة رأس المال، بالتناسب مع مقدار الأسهم التي يحوزها كل منهم،⁶ والهدف من ذلك، الحيلولة دون انضمام مساهمين جدد يشاركون المساهمين القدامى اقتسام الأرباح المُدخّرة في شكل أموال احتياطية، تحققت في سنوات سابقة، لم يكن بعد المساهمون الجدد قد انضموا فيها إلى الشركة، وليس لهم الحق فيها، وكل شرط مخالف لذلك كأن لم يكن.⁷

ويجب على المساهم الذي يريد أن يمارس حق الأولوية في الاكتتاب بالأسهم النقدية التي تصدرها شركة المساهمة بمناسبة زيادة رأسمالها،

0-1 مقدمة

المال الاحتياطي فكرةٌ محاسبيةٌ يجد الفقهاء أحيانًا صعوبة في تعريفها، وله معنيان: أحدهما مَوْسَع، والآخر ضيق. فالمال الاحتياطي وفقًا للمدلول الموسع هو كل زيادة في قيمة الأصول الصافية للشركة تظهر عند حلها وتصفياتها بعد سداد الديون للمساهمين، أي هو كل زيادة في الأموال الخاصة للشركة تُجاوز رأس المال، ومن ثمّ فإن نطاقه يتّسع ليشمل -زيادة على الأرباح المكسدة- علاوات إصدار الأسهم، وفائض قيمة الأصول الناتج عن التضخم وانخفاض قيمة العملة.

بينما يُعرف المال الاحتياطي وفقًا للمعنى الضيق، بأنه المبالغ المستقطعة من الأرباح الصافية التي توضع تحت تصرّف الجمعية العامة لاستخدامها في الأغراض التي يحددها القانون، أو القانون الأساسي للشركة، أو القرار الصادر عنها. وينقسم المال الاحتياطي إلى ثلاثة أنواع: احتياطي قانوني وحتياطي نظامي أو تأسيسي وحتياطي حر.

الاحتياطي القانوني هو الاحتياطي الذي يفرضه القانون على شركة المساهمة، ولا نستطيع أجهزة الإدارة إغفاله ولا تملك الجمعية العامة إزائه شيئًا سوى وقف تكوينه عندما يبلغ حدًا معينًا، إذ تنص المادة 721 من القانون التجاري الجزائري¹ على أنه: "في الشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، يقتطع من الأرباح سندات نصف العشر على الأقل وتطرح منها عند الاقتضاء الخسائر السابقة، ويخص هذا الاقتطاع لتكوين مال احتياطي يُدعى "الاحتياطي القانوني"، ويصبح اقتطاع هذا الجزء غير إلزامي إذا بلغ الاحتياطي عُشر رأس المال"². وإذا زاد رأس مال الشركة وجب الاستمرار في عملية الاقتطاع إلى أن يبلغ الاحتياطي القانوني عُشر رأس المال الجديد. والهدف من الاحتياطي القانوني تدعيم الضمان العام للدائنين المتمثل في رأس مال الشركة، فهو يعتبر ضمانًا عامًا إضافيًا لدائني الشركة، لأنه مخصّص أساسًا لتكملة حال الخسارة، كما يمكن استعماله لتحقيق عملية زيادة رأس المال.

أما الاحتياطي النظامي أو التأسيسي، فهو الذي ينصّ القانون الأساسي للشركة على إنشائه، ليبيّن نسبة الاقتطاع السنوية، وكذلك الحدّ الذي يجب أن يقف عنده³، وهدفه دعم مركز الشركة.

بينما الاحتياطي الحرّ أو الاختياري، متروك لتقدير الجمعية العامة العادية -بناءً على اقتراح من الهيئات الإدارية في الشركة- لتكوينه، إضافة إلى الاحتياطي القانوني والاحتياطي النظامي (التأسيسي)، فهي التي تحدّد نسبته والحدّ الذي يجب أن يقف عنده، والهدف منه ضمان السير الحسن للشركة، أو مواجهة مخاطر متوقّعة حدوثها، وقد تكون الغاية تطوير المشروع الذي تأسست الشركة من أجله، وتجدر الملاحظة أن الجمعية العامة العادية غير ملزمة حين إقراره بذكر الغرض من تأسيس هذا النوع من المال الاحتياطي.⁴

وزيادة على الأنواع الثلاثة السابقة من الأموال الاحتياطية، فإن القائمين بالإدارة قد يسعون في بعض الأحيان إلى تكوين احتياطي خاص دون أن ينصّ عليه لا القانون ولا القانون الأساسي للشركة ولا أي قرار من قرارات الجمعية العامة، يسمّى هذا النوع من الاحتياطي بالاحتياطي المستتر. وهذا النوع من المال الاحتياطي غير مشروع، لأنه ليس له أساس يرتكز عليه، لا نصًا قانونيًا، ولا بنّادًا في القانون الأساسي للشركة، ولا قرارًا من الجمعية العامة، زيادة على أنه يُلحق ضررًا بالمساهمين سواء في أثناء انتماهم للشركة -بحرمانهم من جزء من الأرباح المحققة- أو بعد مغادرتها عن طريق بيع أسهمهم التي ستقدر بأقل من قيمتها الحقيقية.

وعليه، ووفقًا لما سبق، فإن المال الاحتياطي يشتمل أنواعه يعتبر جزءًا من الأرباح التي كان من المفروض توزيعها على المساهمين، اقتطعت وحُرموا منها، رُصدت لتكوينه، ولا يكون لهم الحق فيها إلا عند حل

1 القانون التجاري الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 من سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية 19 من ديسمبر 1975، عدد 101، ص. 1073، المعدل والمتمم.

2 تقابلها في التشريع الفرنسي المادة 10 - 232 L من القانون التجاري.

3 المادة 11 - 232 L من القانون التجاري الفرنسي.

4 محمد فريد العريني، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدّد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، 2003، ص. 335 وما يليها، ف. 328 وما يليها.

5 المادة 694 من القانون التجاري الجزائري، تقابلها في التشريع الفرنسي 31 juiilt 2014 n° 2014-863 du C. com. fr. modifier par l'article 13 de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juiilt 2014.

6 Y. GYON, Droit des affaires, T1, Droit commercial général et Sociétés, ECONOMICA, 12^{ed.}, 2003, p. 467, n° 431: « Les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de priorité pour la souscription d'actions de numéraire émises en vue d'une augmentation de capital ».

7 المادة 694، الفقرتان 1 و2 من القانون التجاري الجزائري.

في الاكتتاب بالأسهم الجديدة، والأسس التي على أساسها قُدرت علاوة الإصدار،¹⁶ بالإضافة إلى أنه إذا كان المستفيدون من الأسهم الجديدة مساهمين، فإنهم لا يشاركون في المداولات تحت طائلة بطلانها، ويُحسب النصاب والأغلبية بعد طرح الأسهم التي يملكونها.¹⁷ كما يمكن للمساهم النزول عن هذا الحق بصفة فردية، باعتباره مقرراً لمصلحته.¹⁸ وقد أصبح هذا الحق مقرراً ومكرساً للمساهم بعد تعديل المشرع الجزائري القانون التجاري بموجب المرسوم التشريعي 08/93، وهو الموقف نفسه الذي سبقه إليه المشرع الفرنسي بموجب القانون المؤرخ في 03 يناير 1983،²⁰ فأصبح من حقه أن يتنازل صراحة عن هذا الحق، وينبغي له إعلام الشركة بذلك صراحة، والهدف من ذلك تمكين المساهم الذي لا يرغب في ممارسة حقه في الأولوية والأفضلية في الاكتتاب بالأسهم الجديدة المصدرة بمناسبة زيادة رأس المال بأسهم نقدية، من التنازل عنه صراحة، وعدم الانتظار حتى نهاية المدة الممنوحة المقررة لممارسة هذا الحق، لمعرفة موقفه بعدم ممارسته بامتناعه عن الاكتتاب بالأسهم الجديدة، للإسراع في تنفيذ عملية زيادة رأس المال.

والجدير بالذكر أنه إذا كانت الشركة قد أصدرت سندات استحقاق قابلة للتحويل إلى أسهم، ورُخصت الجمعية العامة لتحويل هذه السندات إلى أسهم، فإن هذا الترخيص يعدّ تنازلاً صريحاً من المساهمين عن حقه في الأولوية والأفضلية في الاكتتاب بالأسهم التي ستصدرها الشركة مقابل هذه السندات.²¹

والحكم نفسه يمكن اعتماده بالنسبة للديون العادية، أي إنه إذا قرّرت الشركة سداد الديون التي عليها بموافقة الدائنين، بإجراء المقاصة مع أسهم زيادة رأس المال التي ستصدرها، فإن قرار الجمعية العامة غير العادية التي تقرّر هذا الموقف في مقام تنازل المساهمين عن حقه في الأولوية والأفضلية في الاكتتاب بالأسهم لفائدة هؤلاء الدائنين.

2-2 المطلب الثاني: كيفية ممارسة حق الأولوية في الاكتتاب بالأسهم
يحق لكل مساهم أن يمارس حق الأولوية في الاكتتاب بالأسهم النقدية التي تصدرها شركة المساهمة، ولا ينبغي أن يتضمن القانون الأساسي للشركة ما يجعل هذا الحق مقصوراً على فائدة مجموعة من المساهمين القدامى دون غيرهم، إذ يكون لكل مساهم أن يكتتب في الأسهم النقدية الصادرة بالتناسب مع ما يملكه من الأسهم القديمة²² ويسمى حقه في هذه الحالة حق الاكتتاب غير القابل للتخفيض،²³ أو حق الاكتتاب غير المُنقّص.²⁴

ويكون حق الأولوية والأفضلية في الاكتتاب بالأسهم الجديدة لجميع المساهمين الموجودين في وقت زيادة رأس المال، أيًا كان نوع الأسهم التي يملكونها، سواء كانت نقدية أو عينية، أسهم رأس مال أو أسهم تمتّع، أسهمًا عادية أو أسهمًا أفضلية، كما أن حق الأولوية والأفضلية لا يتجزأ، فإذا وجد سهم أو عدة أسهم مملوكة لعدة أشخاص مجتمعين، فعليهم أن يمارسوا هذا الحق مجتمعين أو يُنيبوا أحدهم لممارسته.²⁵

أن يمارسه خلال الأجل الذي تحدده الشركة، شريطة ألا يقل عن ثلاثين يومًا.⁸ مع ملاحظة أن المشرع الفرنسي خفض هذه المدة من عشرة أيام إلى خمسة.⁹ على أن يُقفل هذا الأجل بمجرد اكتتاب جميع المساهمين غير القابل للتخفيض.¹⁰ والحكمة من تقرير المشرع هذه المدة تتجلى في منح الأجل الكافي حتى يصل إلى علم المساهمين أن الشركة التي يحملون أسهمها تقوم بعملية زيادة رأس المال، فيملكون الوقت اللازم لممارسة هذا الحق.

وتجدر الملاحظة أن حق الأولوية في الاكتتاب بالأسهم الجديدة لا يتقرّر للمساهم إلا حال زيادة رأس مال الشركة بإصدار أسهم يكون الاكتتاب فيها نقدًا، أي الأسهم النقدية، ومعنى ذلك أنه إذا زاد رأسمال الشركة بطريقة أخرى، بإصدار أسهم مقابل مال عيني، أو عن طريق تحويل الديون إلى أسهم -سواء كانت هذه الديون عادية أو سندات استحقاق بسيطة أو مركبة أو عن طريق دمج الاحتياطي- فليس للمساهمين القدامى أي أولوية أو أفضلية في الاكتتاب، والسبب في ذلك، أنه في الحالة الأولى تكون أسهم زيادة رأس المال الموجهة لفائدة مالك المال العيني الذي تهدف الشركة إلى الحصول عليه من خلال عملية زيادة رأس المال، وفي الحالة الثانية فإن أسهم الزيادة تكون موجهة لفائدة الدائنين وبهدف سدادها، أما في الحالة الثالثة، فإنه لا يتم أي اكتتاب جديد، وإنما تتم عملية زيادة رأس المال، إما عن طريق زيادة القيمة الاسمية للأسهم القديمة، وإما بإصدار أسهم جديدة مجانية توزع على المساهمين بنسبة ما يملكه كل واحد منهم من أسهم.

ويعتبر حق الأولوية في الاكتتاب بالأسهم من الحقوق الأساسية للمساهم، ومن ثمّ له أن يمارسه ويكتتب في أسهم الزيادة، وله أن يتخلى عنه ويحجم عن الاكتتاب، ولا يمكن إلزامه وإجباره من قبل الهيئات الإدارية للشركة من أجل ممارسته، لأنه يترتب على ذلك زيادة في التزاماته.¹¹ لذا يعتبر باطلاً كل قرار ينطوي على إلزام المساهم بممارسة هذا الحق.¹²

كما لا يجوز المساس بهذا الحق وحرمان المساهم منه بأي طريقة كانت تحت طائلة توقيع عقوبات جزائية.¹³ إلا إذا اقتضت مصلحة الشركة ذلك، فإن الجمعية العامة غير العادية التي تقرر زيادة رأس المال لها أن تلغي هذا الحق بالنسبة لجميع أسهم زيادة رأس المال أو لجزء منها فقط، ومن ثمّ يُضحى بالمصلحة الفردية للمساهم مقابل المصلحة العامة للشركة.¹⁴

غير أنه عند إلغاء الجمعية العامة غير العادية، حق الأولوية والأفضلية في الاكتتاب بالأسهم، ينبغي اتخاذ بعض الإجراءات الوقائية، الهدف منها ضمان حماية حق المساهمين القدامى، لذلك أوجب المشرع¹⁵ تحت بطلان طائلة قرار الجمعية العامة غير العادية ينبغي لهيئات الشركة الإدارية (مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، حسب الحالة) أن يُعدّوا تقريرًا يبيّن مقدار ودوافع زيادة رأس المال، وأسباب إلغاء حق الأولوية والأفضلية، ويقترح شروطًا وكيفية الحصول على الأسهم الجديدة، كما يُعدّ مندوب الحسابات تقريرًا يُبدى فيه رأيه بخصوص إلغاء حق الأولوية والأفضلية

8 المادة 702، الفقرة 1 من القانون التجاري الجزائري.

9 L'article L 225- 140 al. 1 du C. com. fr. modifier par l'article 17 de l'ordonnance n° 2004-604 du 26 juin 2004: «Le délai accordé au actionnaires pour l'exercice du droit de souscription ne peut être inférieur à cinq jours de bourse à dater de l'ouverture de la souscription ».

10 - المادة 702، الفقرة 2 من القانون التجاري الجزائري، تقابلها في التشريع الفرنسي L'article L 225- 140 al. 2 du C. com. fr.

11 المادة 674 من القانون التجاري الجزائري، تقابلها في التشريع الفرنسي L'article L 225- 96 du C. com. fr. modifier par l'article 07 de l'ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009

12 محمد فريد العريني، المرجع سابق الذكر، ص. 359، ف. 347.

13 المادة 823 من القانون التجاري الجزائري، تقابلها في التشريع الفرنسي L'article L 242-18 du C. com. fr. abrogé par l'article 134 de la loi n°2003-702 du 01 aout 2003 de sécurité financière

14 Ph. MERLE, op. cit., p. 612, n°559: « Tel est le cas lorsqu'un nouveau groupe souhaite entrer dans la société...l'intérêt individuel des actionnaires doit être sacrifié à l'intérêt collectif de la société ».

15 المادة 700، الفقرة 3 من القانون التجاري الجزائري، تقابلها في التشريع الفرنسي L'article L 225- 135 du C. com. fr. modifier par l'article 61 de la loi n° 2011- 525 du 17 mai 2011

16 Ph. MERLE, Droit commercial, Sociétés commerciales, Dalloz, 2001, 8^e éd., p. 612, n°559 et 560.

17 المادة 700، الفقرة 2 من القانون التجاري الجزائري، تقابلها في التشريع الفرنسي L'article L 225- 138 al. 1 du C. com. fr. modifier par l'article 13 de la loi n° 2004- 604 du 26 juin 2004

18 المادة 694، الفقرة 5 من القانون التجاري الجزائري.

19 المرسوم التشريعي 08-03 المتضمن تعديل القانون التجاري الجزائري، المؤرخ في 25 من أبريل 1993، الصادر بالجريدة الرسمية المؤرخة بـ 27 أبريل 1993، العدد 27، ص. 03.

20 La loi 83-01 du janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne.

21 المادة 715 مكرر 18، الفقرة 1 من القانون التجاري الجزائري.

22 المادة 694 من القانون التجاري الجزائري، تقابلها في التشريع الفرنسي L'article L 225- 132 du C. com. fr. modifier par l'article 13 de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014

23 المادة 695 من القانون التجاري الجزائري، تقابلها في التشريع الفرنسي L'article L 225- 133 du C. com. fr. modifier par l'article 08 de l'ordonnance n° 2004-604 du 26 juin 2004

24 محمد فريد العريني، المرجع سابق الذكر، ص. 357، ف. 347.

25 إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، ج. 8، الشركة المغفلة - الأسهم، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص. 370 و371.

أخرى كزيادة رأس المال بأسهم عينية، أو بتحويل الديون -سواء العادية أو سندات الاستحقاق- إلى أسهم، فإن المساهمين القدامى يفقدون حق الأولوية في الاكتتاب بأسهم زيادة رأس المال. لأنه في الحالة الأولى تكون الشركة رغبة في المال العيني الذي يريد صاحبه تقديمه للشركة ومن ثم يكون الوحيد الذي له إمكانية الاكتتاب بأسهم الزيادة، أما في الحالة الثانية فإن الشركة قد تريد الوفاء بالديون التي عليها مقابل أسهم زيادة رأس المال، فيكون للدائنين فقط حق الاكتتاب بهذه الأسهم.

كما أنه في بعض الحالات قد يأبى المساهمون القدامى الاكتتاب بأسهم الزيادة النقدية، وهو الأمر الذي يترتب عليه انضمام مساهمين جدد، يكون لهم الحق في الاحتياطات التي سبق أن كونتها الشركة ولم يشاركوا في ذلك، وهي في الحقيقة أرباح المساهمين القدامى التي لم تُوزع عليهم وإنما اقتطعت لتكوين هذه الاحتياطات، وهذا من شأنه المساس بمبدأ المساواة بين الشركاء القدامى والشركاء الجدد، لأن هؤلاء سيكون لهم الحق في أموال لم يشاركوا في تكوينها، وتجنباً لذلك، على الشركة عند القيام بعملية زيادة رأس المال أن تفرض على المساهمين الجدد زيادة على قيمة السهم الاسمية مبلغاً إضافياً يمثل الفارق بين القيمة الاسمية والقيمة الفعلية للسهم، وهو ما يسمى بعلاوة الإصدار.³⁰ لذا فإن علاوة الإصدار تُشكل المبلغ الزائد عن القيمة الاسمية للسهم المحددة في القانون الأساسي، والتي تُفرض على المكتتبين الجدد بمناسبة عملية زيادة رأس المال لاكتساب صفة الشريك في شركة المساهمة.³¹ وعليه، فإنها في مقام مقابل الانضمام إلى الشركة، ترصد للمعادلة القيمة الاسمية والقيمة الحقيقية للأسهم.³² أو رسم الدخول في الشركة، أي مبلغ يدفعه المساهم الجديد مقابل انضمامه إلى شركة مستقرة، ونظير اشتراكه في توزيع الأموال الاحتياطية المتجمدة لدى الشركة.³³

ولتوضيح الفكرة نضرب المثال التالي: فلنفرض أن شركة رأس مالها 1000000 دينار، مقسم إلى 10000 سهم، قيمة كل سهم 100 دينار، وقد تكونت احتياطات بقيمة 500000 دينار. القيمة الحقيقية لكل سهم قبل عملية زيادة رأس المال تكون: [1000000 دينار (مقدار رأس مال الشركة) + 500000 (مقدار المال الاحتياطي)] ÷ 10000 (عدد الأسهم) = 150 ديناراً. بيد أنه حال زيادة رأس مال الشركة بمقدار 1000000 دينار، مع إصدار 10000 سهم بقيمة 100 دينار، فإن قيمة كل سهم من أسهم الشركة بعد إتمام عملية زيادة رأس المال تصبح: [1000000 دينار (مقدار رأس المال) + 500000 دينار (مقدار المال الاحتياطي) + 1000000 (مقدار زيادة رأس المال)] ÷ 10000 (عدد الأسهم القديمة) + 10000 (عدد أسهم زيادة رأس المال) = 125 ديناراً.

ومن ثم فإن مثل هذه الحالة غير مُرضية بالنسبة للمساهمين القدامى، لأنه يترتب عن ذلك خسارتهم 25 ديناراً عن كل سهم، بينما يُحقق المساهمون الجدد فائدة فورية بـ 25 ديناراً عن كل سهم بمجرد اكتتابه بأسهم الزيادة، وانضمامه إلى الشركة. وعليه، فإن فرض علاوة إصدار مقدارها 50 ديناراً (في مثالنا هذا)، يسمح بمعادلة وخلق المساواة بين المساهمين القدامى والجدد، قيمة الأسهم بعد عملية الزيادة تصبح: [1000000 (مقدار رأس المال) + 50000 (مقدار المال الاحتياطي) + 1000000 (مقدار زيادة رأس المال)] ÷ 10000 (عدد الأسهم القديمة) + 10000 (عدد أسهم زيادة رأس المال) = 150 ديناراً. ومن ثم، فإنه بواسطة علاوة الإصدار، تبقى القيمة الحقيقية للسهم بعد عملية زيادة رأس المال، نفسها التي كانت قبل عملية الزيادة.³⁴

وزيادة على ما سبق، إذا ترتب على الأسهم القديمة حق انتفاع، فإن حق الأولوية والأفضلية يعود لمالك الرقبة، وليس للمنتفع، ومن ثم ينبغي لهذا الأخير تمكين الأول من ممارسة هذا الحق، بتسليمه الأسهم الموجودة تحت حيازته، وإذا قَصُر وقَطُر مالك الرقبة في ممارسة حقه في الأولوية والأفضلية في الاكتتاب، يجوز للمنتفع أن يمارسه نيابة عنه بعد إذن من المحكمة.²⁶

فإذا لم يكتب المساهمون القدامى بالأسهم النقدية الصادرة بالكامل، ولم يمارسوا حَقهم في الأولوية والأفضلية في الاكتتاب، لأي سبب كان، كعدم اهتمام بعضهم بالعملية، أو عدم توافره على السيولة الكافية للاكتتاب، أو إهماله المؤدّي إلى انقضاء الأجل المحدد للاكتتاب²⁷ فإنه يجوز للجمعية العامة غير العادية أن تتخذ قراراً بتوزيع الأسهم المتوافرة بهذا الشكل على المساهمين الذين سبق أن مارسوا حَقهم في الأولوية والأفضلية في الاكتتاب، مرة أخرى، من أجل الاكتتاب بالأسهم المتبقية التي لم يكتب بها بعد، بناءً على رغبتهم في ذلك، وكل واحد بحسب نسبة ما يملك من أسهم قديمة، ويسمى في هذه الحالة «بالحق في الاكتتاب القابل للتخفيض»²⁸.

فإذا لم تمتص الاكتتابات القائمة على أساس قابل للتخفيض مجموع زيادة رأس المال، فإن الرصيد الباقي يُوزع من مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، حسب الحالة، إلا إذا قررت الجمعية العامة غير العادية عكس ذلك.²⁹ كأن تُقرّر مثلاً عرض الأسهم المتبقية على الجمهور، وإلا بطلت عملية زيادة رأس المال.

وبما أن حق الأولوية في الاكتتاب بالأسهم مَقَرَّر لفائدة مصلحة المساهم، فإنه لهذا الأخير الحق في التنازل عنه، ويكون ذلك صراحة بهدف الإسراع في تحقيق عملية الزيادة، ولا يكون امتناعه عن ممارسة هذا الحق عائقاً يحول دون دخول مساهمين جدد إلى الشركة.

وقد يكون الامتناع عن ممارسة حق الأولوية والأفضلية في الاكتتاب بأسهم زيادة رأس المال ضمنيًا، بأن يمتنع عن الاكتتاب بالأسهم النقدية الجديدة طيلة المدة القانونية الممنوحة من قبل الهيئات الإدارية للشركة للمساهمين القدامى لممارسة حَقهم في الأولوية في الاكتتاب بالأسهم، غير أن هذه الطريقة الأخيرة فيها إضرار بالشركة، لأن رأس مال الشركة هو الوسيلة التي بموجبها تحقق الغرض الذي أنشئت من أجله، وتأخير تنفيذ عملية زيادة رأس المال، قد تؤخر الشركة عن تحقيق الأهداف التي دفعتها للقيام بهذه العملية، فقد ترمي الشركة من وراء ذلك إلى توسيع نشاطها، أو مواجهة آثار التضخم، أو مواجهة مطالبات الدائنين، وعدم تحقيق تنفيذ زيادة رأس المال ضمن الأجل المحددة، قد يحول دون تحقيق الغاية منه.

3-0 المبحث الثاني: علاوة الإصدار وعلاوة الإدماج

زيادة على الآلية الأولى المقررة لفائدة المساهمين القدامى والمتمثلة في حق الأولوية أو الأفضلية في الاكتتاب بالأسهم التي تصدرها شركة المساهمة، ضماناً لحماية حَقهم في الأموال الاحتياطية التي كونتها الشركة، في مواجهة المساهمين الجدد الذين يريدون الانضمام للشركة، فإنه توجد آلية أخرى تتمثل في مبلغ مالي أو علاوة تمثل الفارق بين القيمة الاسمية والحقيقية للسهم، فإذا كانت بمناسبة زيادة رأس المال تسمى بعلاوة الإصدار، وإذا كانت بمناسبة عملية الإدماج تسمى بعلاوة الإدماج.

3-1 المطلب الأول: علاوة الإصدار

يعتبر حق الأولوية حقاً مَقَرَّرًا لفائدة المساهمين القدامى، لا يتمتعون به إلا إذا كانت زيادة رأس المال بأسهم نقدية، أما إذا تمت العملية بطريقة

26 - إلياس ناصيف، المرجع سابق الذكر، ص. 371.

27 - Ph. MERLE, op. cit., p. 612, n°558: « Lors de l'augmentation de capital toutes les actions ne sont pas souscrites à titre irréductible : certains actionnaires estiment l'opération peu intéressante, d'autres n'ont pas la liquidités suffisantes, d'autres enfin font preuve de négligence... ».

28 - المادة 695 من القانون التجاري الجزائري.

29 - المادة 696 من القانون التجاري الجزائري.

30 - المادة 690 من القانون التجاري الجزائري، تقابلها في التشريع الفرنسي l'article L 225-128 al. 1 du C. com. fr. modifier par l'article 03 de l'ordonnance n° 2004-604 du 26 juin 2004.

31 - D. GIBRILA Droit des sociétés, Ellipses, 2008, 3^e éd, p. 80, n° 145: « La prime d'émission est la somme que doivent verser en plus du montant nominal du titre, les souscripteurs d'actions de numéraire émises pour réaliser l'augmentation du capital ».

32 - Y. GYON, op. cit., p. 466, n° 430: « Cette prime d'émission est un droit d'entrée, destinée à compenser la différence entre la valeur nominal et la valeur vénale des actions ».

33 - عزيز العكيلي، شرح القانون التجاري، ج. 4، الشركات التجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1998، ص. 28.

34 - Ph. MERLE, op. cit., p. 608, n°555.

الشركة الأولى.⁴⁵ الأمر الذي يجعله مشابهاً إلى حد كبير لعملية زيادة رأس الشركة بحصة عينية، بيد أن هذا لا يعني أن الإدماج يعتبر حالة من حالات زيادة رأس المال حتى تُطبَّق إجراءاته فيما يتعلق بالزيادة وإصدار الأسهم الجديدة والاكتتاب بها، وإنما يجب مراعاة خصوصيات عملية الإدماج.

وبما أن الإدماج عن طريق الضمّ في مقام الزيادة في رأسمال الشركة المُدمجة بحصة عينية تتمثل في أموال الشركة المُدمجة، فإنه إذا كان نشاط الشركة المُدمجة مزدهراً وكوّنت احتياطات، فإن انضمام مساهمين جدد -وهم مساهمو الشركة المُدمجة إلى الشركة المُدمجة- سيُضَرّ بمساهمي هذه الأخيرة، في حال ما إذا حصل الأولون على عدد من أسهم الشركة المُدمجة تساوي قيمتها الاسمية، قيمة الحصة العينية التي تتمثل في صافي أصول الشركة المُدمجة، في حين أن القيمة الحقيقية لتلك الأسهم تزيد على قيمة هذه الحصة العينية، لأن مساهمي الشركة المُدمجة سيكتسبون حقوقاً على الاحتياطات التي لم يساهموا في تكوينها.⁴⁶

وتجنباً لمثل هذه الوضعية، وحتى تكون المساواة بين مساهمي الشركة المُدمجة ومساهمي الشركة المُدمجة يُخصَّص جزء من قيمة أصول الشركة المُدمجة الصافية لا يدخل في زيادة رأسمال الشركة المُدمجة، وإنما يضاف إلى احتياطاتها، يمثل هذا الجزء القدر الذي يكفل مساهمي الشركة المُدمجة المركز نفسه مع المساهمين القدامى للشركة المُدمجة، لأنهم سيحصلون على أسهم تقل قيمتها الاسمية عن قيمة الحصة العينية التي تتمثل في أصول الشركة المُدمجة الصافية.⁴⁷ ومن لن يتضرر المساهمون القدامى -وهم مساهمو الشركة المُدمجة- من انضمام مساهمي الشركة المُدمجة، هذا الفرق بين قيمة أصول الشركة المُدمجة الصافية والقيمة الاسمية لمجموع الأسهم التي ستصدرها الشركة المُدمجة والتي بمقدارها سيزيد رأسمالها يُسمَّى بعلاوة الإدماج⁴⁸ أو بعبارة أخرى تمثل علاوة الإدماج الفرق بين القيمة الحقيقية والقيمة الاسمية بالنسبة لكل سهم تصدره الشركة المُدمجة بمناسبة عملية الإدماج.⁴⁹

إن علاوة الإدماج -بمفهومها السابق- تتشابه مع علاوة الإصدار،⁵⁰ لأن هذه الأخيرة تتمثل في المبلغ الإضافي الذي يدفع زيادة على قيمة السهم الاسمية⁵¹ حتى يكون هناك توازن بين المساهمين القدامى والمساهمين الجدد في حالة زيادة رأس مال الشركة، غير أنهما يختلفان في أن الأولى تكون بمناسبة الإدماج أما الثانية فتكون بمناسبة زيادة رأسمال الشركة. كما ينبغي التمييز بين علاوة الإدماج وفائض الإدماج، إذ يتمثل الثاني في الفرق بين قيمة الحصة العينية وهي أصول الشركة أو الشركات المُدمجة الصافية، والقيمة الحقيقية للأسهم التي تُصدرها الشركة المُدمجة مقابل هذه الحصة، لأنه في كثير من الأحيان تكون الشركة المُدمجة مالكة لمجموعة من أسهم الشركة المُدمجة، ومن ثم لا يمكنها أن تصدر أسهمها جديدة عوضاً عن تلك التي تملكها، كونه من غير الجائز تغيير الشركة المُدمجة أسهم الشركة المُدمجة التي تملكها والحصول على أسهم جديدة عوضاً عنها، وإلا كان مقدار الزيادة في رأس المال الذي

وتُحدّد قيمة علاوة الإصدار الهيئة التي تملك سلطة اتخاذ قرار عملية زيادة رأس المال، والتي تتحدّد بالجمعية العامة غير العادية،³⁵ تحت رقابة مندوب الحسابات الذي كلف بالتحقق من مدى احترام مبدأ المساواة بين المساهمين،³⁶ زيادة على الرقابة التي تفرضها على الشركات المسعّرة لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها.³⁷

وتظهر أهمية علاوة الإصدار في استعمالها لتغطية مصاريف زيادة رأس المال،³⁸ وكذلك تحقيق المساواة بين المساهمين القدامى والمساهمين الجدد مقابل الحقوق التي ستكتسبها هذه الفئة الأخيرة على الاحتياطات المكونة، أو على فائض قيمة رأس المال التي تظهر عند حل الشركة وتصفيتها.³⁹ بالإضافة على جواز توزيعها على المساهمين القدامى بقرار صادر عن الجمعية العامة العادية.⁴⁰

واختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لعلاوة الإصدار، فذهب رأي إلى اعتبارها ربحاً،⁴¹ واستدلوا في ذلك تزيد في إثراء الذمة المالية، إضافة إلى أنها تعتبر مقابل المزايا التي سيحصل عليها المساهمون الجدد، ومن أهمها الحق في الحصول على جزء من الاحتياطات عندما تقرر الشركة توزيعه، وبما أن الاحتياطات تعتبر أرباحاً متراكمة أو مدخّرة، فهي تعد من قبيل الربح.

غير أن هذا الرأي مردودٌ عليه، بأنه ليس من الضروري أن تكون الاحتياطات المكونة من قبيل الأرباح المتراكمة أو المدخّرة، والدليل على ذلك الاحتياطات الناشئة عن زيادة أصول الشركة بسبب التضخم وانخفاض قيمة النقود، فهذه الزيادة لا تمثل أرباحاً، مع أنها تمثل عناصر الذمة المالية للشركة.

بيد أن الرأي الراجح لدى الفقه أن علاوة الإصدار ما هي إلا مقدمات إضافية «apport supplémentaire» تفرض على المساهمين الجدد لتمكينهم من الانضمام إلى الشركة واكتساب صفة المساهم في شركة المساهمة، ومن ثم تمتعهم بجميع الحقوق المعترف بها للمساهم.⁴²

3-2-2-3 المطلب الثاني: علاوة الإدماج

يعتبر الإدماج عملية قانونية تتوّج بمقتضاها شركتان قائمتان أو أكثر، إما بانصهار إحداهما في الأخرى، وإما بمزجها معاً في شركة جديدة تحل محلها. في النوع الأول من الإدماج تبتلع إحدى الشركات، الشركات الأخرى، ويؤدي إلى فناء هذه الأخيرة في الأولى، ومن ثم سُمِّي بالإدماج عن طريق الابتلاع أو الإدماج عن طريق الضم، أما النوع الثاني فتكوّن فيه الشركات المستوعبة شركة جديدة تذوب وتمتزج بها، ومن ثم فإن جميع الشركات تفنى وتقوم مقامها شركة جديدة تنتقل إليها ذمها، الأمر الذي على أساسه يُطلق على هذا النوع من الإدماج: الإدماج عن طريق المزج أو عن طريق تكوين شركة جديدة.⁴³

ويترتب في حالة الإدماج عن طريق الضمّ، حلّ الشركة المُدمجة ونقل ذمتها المالية إلى الشركة المُدمجة بقوة القانون،⁴⁴ ومن ثم زيادة رأسمال هذه الأخيرة، وفي مقابل ذلك تُصدر أسهمًا جديدة لفائدة مساهمي

35 المادة 691 من القانون التجاري الجزائري، تقابلها في التشريع الفرنسي L'article L 225- 130 du C. com. fr. modifier par l'article 14 de l'ordonnance n° 2014- 863 du 31 juillet 2014.

36 المادة 715 مكرر 4 الفقرة 4 من القانون التجاري الجزائري.

37 لجنة ضبط عمليات البورصة ومراقبتها هي سلطة ضبط مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تأسست بموجب المرسوم التشريعي 10-93 المؤرخ في 23 من مايو 1993 المعدل والمتمم والمتعلق ببورصة القيم المنقولة.

38 عزيز العكيلي، المرجع سابق الذكر، ص. 329.

39 Ph. MERLE, op. cit., p. 608, n°555: « la finalité de la prime d'émission est double. D'une part, elle permet de couvrir les frais de l'opération... D'autre part, elle permet d'égaliser les droit des actionnaires anciens et nouveau... ».

40 Y. GYON, op. cit., p. 466, n° 430: « L'assemblée peut en disposer librement, et notamment la distribuer aux actionnaires ».

41 R. RODIÈRE, Droit commercial, groupements commerciaux, Dalloz, 9ème éd., 1977

42 D. GIBIRILA, op. cit., p. 80, n° 145 : « Elle s'analyse...comme un supplément d'apport versé en totalité au moment de la souscription ».

43 سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، 2008، ص. 163 و164، ف. 73.

44 M. JEANTIN, La transmission universelle du patrimoine d'une société, in Mélanges, J. DERRUPPE, 1991, p. 287.

45 D. GIBIRILA, op. cit., p. 104, n° 182 : « La fusion absorption dénommée quelquefois fusion annexion...L'opération se traduit pour la société absorbante par une augmentation du capital issue de l'apport du patrimoine de la ou des sociétés absorbées. Ces dernières sont dissoutes sans liquidation et à la suite d'un échange de droits sociaux ».

46 بن قادة محمود أمين، النظام القانون لإدماج شركات المساهمة «دراسة مقارنة»، رسالة دكتوراه، جامعة وهران 2- محمد بن أحمد، الجزائر، 2014-2015، ص. 24.

47 بن قادة محمود أمين، المرجع السابق الذكر، ص. 25.

48 J. HÉMAR, F. TERRÉ, P. MABILAT, Sociétés commerciales, T. 3, Dalloz, 1978, p. 629, n° 839.

49 M. CHADEFaux, Les fusions de sociétés- régime juridique et fiscal, éd. Groupe Revue Fiduciaire, 2008, p. 46, n°62 : « La prime de fusion représente, pour chaque action (ou part) émise à l'occasion de la fusion, la différence entre la valeur réelle de l'action (ou part) et sa valeur nominale ».

50 تعتبر علاوة الإصدار في مقام حصة إضافية أو رسم الدخول إلى الشركة والاشتراك في الأموال الاحتياطية، فتصدر الشركة في حالة زيادة رأس المال الأسهم الجديدة بأكثر من قيمتها الاسمية بإضافة علاوة الإصدار إلى قيمة السهم الاسمية، مصطفى كمال طه، أصول القانون التجاري، الأعمال التجارية، التجار، الشركات التجارية، المحل التجاري، الملكية الصناعية، دار الفكر الجامعي، 2006، ص. 520، ف. 361.

51 محمد فريد العريني، المرجع سابق الذكر، ص. 360، ف. 349.

قبل توزيع الأرباح على المساهمين. وهي تختلف باختلاف السند القانوني الذي ارتكز إليه في تكوينها، فإذا كان مصدره القانون سُميت بالاحتياطي القانوني، وإذا كان مصدره العقد التأسيسي للشركة، سُميت بالاحتياطي التأسيسي أو النظامي، وإذا كان مصدره قرارًا صادرًا عن الجمعية العامة، سُميت بالاحتياطي الحر.

وبما أن هذه الاحتياطات أرباح لم توزع، وإنما رُصدت لهذا الغرض، فإنها تُعتبر حقًا للمساهمين الموجودين في الشركة وقت تحقيقها، الأمر الذي قد ينجم عنه حال زيادة رأس مال الشركة أو حال قيامها بعملية الإدماج عن طريق ابتلاع شركة أخرى، مساس بحقوق المساهمين القدامى، نتيجة انضمام مساهمين جدد يزاحمونهم في اقتسام تلك الاحتياطات التي هي في حقيقة الأمر أرباح غير موزعة.

ولتفادي مثل هذه النتيجة وحماية حقوق المساهمين القدامى، أوجد المشرع آليتين؛ الأولى حق الأولوية والأفضلية في الاكتتاب بأسهم زيادة رأس المال التي تصدرها الشركة بمناسبة زيادة رأسمالها، بالتناسب مع مقدار الأسهم التي يحوزها كل واحد منهم، بهدف الحيلولة دون انضمام مساهمين جدد يشاركون المساهمين القدامى في اقتسام الأرباح المدخرة في شكل أموال احتياطية.

والآلية الثانية علاوة الإصدار أو الإدماج، ويقصد بهما المبلغ الإضافي الذي يُفرض على المساهمين الجدد زيادة على قيمة السهم الاسمية عند القيام بعملية زيادة رأس المال أو الإدماج، أي يمثلان الفرق بين القيمة الاسمية والقيمة الفعلية للسهم، وهو ما يسمى بعلاوة الإصدار أو علاوة الإدماج حسب الحالة والعملية التي أصدر السهم بخصوصها.

تمثله صوريًا، قياسًا على منع الشركة من الاكتتاب في الأسهم التي تصدرها، سواء عند بدء تأسيسها أو زيادة رأس مالها.⁵²

تتجلى أهمية علاوة الإدماج، إضافة إلى حالة تحقيق المساواة بين مساهمي الشركة المُدمجة ومساهمي الشركة المُدمجة، في حالتين اثنتين أخريين تتمثلان في:

أولاً: سداد الديون المجهولة للشركة أو الشركات المُدمجة التي قد تظهر بعد عملية الإدماج، لأن الشركة المُدمجة تعتبر مسؤولة عن ديون الأولى، حتى تلك المجهولة أو غير المحققة، لذا قد يتفق أصحاب فكرة الإدماج في بروتوكول الإدماج على تخصيص جزء من أصول الشركة أو الشركات المُدمجة في شكل علاوة إدماج لسداد هذه الديون، ويسمى هذا الاتفاق بشرط ضمان الديون.⁵³ وحال لم تظهر أي ديون توزع على مساهمي الشركة المُدمجة أو يقسم الجزء الباقي إذا ظهرت ديون جديدة ولكن أقل من علاوة الإدماج.

ثانيًا: قد يخضع جزء من أصول الشركة أو الشركات المُدمجة في شكل علاوة إدماج مع جزء من احتياطات الشركة المُدمجة لسداد المصاريف التي قد تتطلبها عملية الإدماج، مثل مصاريف الاستشارات القانونية والدراسات الاقتصادية والمحاسبية والجبائية.⁵⁴

4-4 الخاتمة

يُستخلص من هذه الدراسة أن الاحتياطات أرباح غير موزعة اقتطعت

52 المادة 714 ف. 1 ق. ت. ج.: «يحظر على الشركة الاكتتاب لأسهمها الخاصة وشراؤها إما مباشرة وإما بواسطة شخص يتصرف باسمه الخاص لحساب الشركة».

53 G. BAUDEU, Protocoles et traités de fusion, th., Paris, 1968, p. 80.

54 حسام الدين عبد الغني الصغير، نظام القانوني للإدماج الشركات، منشأة المعارف، 2004، ص. 200 و201.

مدى تنفيذ الدول المغاربية لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد دراسة في ضوء التقارير القطرية لهذه الدول

د.ماينو جيلالي*

مخبر القانون والتنمية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة طاهري محمد، بنشازر الجزائر

Dr. Mainou Djillali
Tahri Mohamed Béchar University, Algeria
* email:mainouo881@yahoo.fr

Submitted : 02 September 2019
Accepted : 04 November 2019
Published: 31 December 2019
<https://doi.org/10.5339/rolacc.2019.11>

© 2019 The Author(s), licensee HBKU Press.
This is an open access article distributed
under the terms of the Creative Commons
Attribution license CC BY 4.0, which
permits unrestricted use, distribution and
reproduction in any medium, provided the
original work is properly cited.

Cite this article as: : Djillali M. مدى تنفيذ الدول المغاربية لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد دراسة في ضوء التقارير القطرية لهذه الدول، Rule of Law and Anti-Corruption Center Journal 2019:2.11.
<https://doi.org/10.5339/rolacc.2019.11>

كيوساينس
QSCIENCE

دار جامعة حمد بن خليفة للنشر
HAMAD BIN KHALIFA UNIVERSITY PRESS

مُلخَص

انضمت الدول المغاربية -الجزائر، تونس، المغرب، موريتانيا، ليبيا- إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، فضلاً عن انخراطها ضمن آلية تنفيذ هذه الاتفاقية، التي تلزم الدول الأعضاء بتقديم تقارير دورية بشأن مدى تنفيذها والتزامها بما أوردته من أحكام للوقاية من الفساد ومكافحته. لقد شكّلت هذه التقارير فرصة لاستعراض وبيان أوجه النجاح والإخفاق من جهة، وكذا التحديات والصعوبات التي واجهت هذه الدول في سبيل تكييف منظومتها القانونية مع أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد من جهة أخرى. أوضحت هذه الدراسة جوانب متعددة من عملية الاستعراض القطري الذي قدّمته الدول المغاربية بخصوص تنفيذها جوانب متعلقة بالدورة الأولى من الاستعراض التي استهدفت الفصلين الثالث والخامس من الاتفاقية، مع التركيز على مجالات مواضيعية مرتبطة بالإطار القانوني والمؤسساتي لمكافحة الفساد، وكذا تجريمه من طرف هذه الدول، فضلاً عن بيان التدابير المتخذة في مجال حماية الشهود والخبراء والمبلغين في قضايا الفساد، بالإضافة إلى توضيح أهم المستجدات المستحدثة بعد عرض التقارير القطرية لهذه الدول.

الكلمات المفتاحية: الفساد، الاستعراض القطري، التقارير القطرية، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، الدول المغاربية

Title: The extent to which the Maghreb countries have implemented the provisions of the UNCAC, analysis of periodic reports

ABSTRACT:

Maghreb countries - Algeria, Tunisia, Morocco, Mauritania and Libya - have joined the United Nations Convention against Corruption (UNCAC), this convention obliges it member states to submit periodic reports on the extent of their implementation and their commitment to the provisions contained in the prevention and control of corruption. On one hand ;the reports provides an opportunity to review and demonstrate areas of success and failures, as well as the challenges and difficulties faced by these States in adapting their legal system to the provisions of the United Nations Convention against Corruption on the other hand. This study demonstrate several aspects of the country review process particularly the review of first cycle implementation, which targets chapters III and V .The paper further focuses on legal an institutional anti-corruption framework and explains protection measures for witnesses , experts and whistleblowers in cases of reporting corruption. It also clarifies the most recent developments after the presentation of the national reports of Maghreb countries.

Keywords: Corruption, Periodic reports, Periodic presentation, United Nation Convention against Corruption, Maghrib countries

0-1 المقدمة

قيامها بإجراءات لتنفيذ البنود والتوصيات التي تضمنتها هذه الاتفاقية، والتي أوضحتها في تقاريرها القطرية التي نفذتها ضمن آلية الأمم المتحدة لاستعراض تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وهو الأمر الذي يطرح تساؤلات كثيرة بشأن الأسباب الكامنة وراء هذه المؤشرات السلبية.

1-1 إشكالية الدراسة

أضحت عملية مكافحة الفساد من أهم المسائل الحاضرة ضمن استراتيجيات التنمية لدى الدول المغاربية. بالنظر إلى حجم الأضرار والمخاطر التي ألحقتها هذه الآفة باقتصاداتها، لذلك كان لزاماً عليها الانخراط ضمن المساعي الدولية لتقويض هذه الظاهرة، وفي مقدمتها الانضمام إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، التي فرضت منهجاً يلزم الدول الأطراف بتكييف منظومتها القانونية مع المتطلبات والأدوات المنصوص عليها ضمن الاتفاقية، مع ضرورة تقديم تقارير قطرية دورية بشأن هذه المسألة، وهو ما بادرت الدول المغاربية إلى تجسيده عبر دورات الاستعراض التي ما زالت مستمرة، وكشفت عن جوانب إيجابية تقتضي التنويه بها، وجوانب سلبية تقتضي المعالجة والاستدراك، خاصة أن الدول المغاربية ما زالت -حسب مؤشر مدركات الفساد السنوي لمنظمة الشفافية الدولية- تتصدر قائمة الدول الأقل شفافية والأكثر فساداً في العالم، ما يطرح تساؤلات كثيرة بشأن مدى تنفيذ هذه الدول للتدابير والأحكام التي أقرتها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، ودرجة الاستجابة من طرف الدول المغاربية لتجسيد أحكامها.

تعالج هذه الدراسة إشكالية أساسية تتعلق ببيان وتوضيح مختلف التدابير التي اتخذتها هذه الدول لتنفيذ الأحكام الواردة ضمن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، على ضوء ما أوردته ضمن تقاريرها القطرية الدورية، التي تعلقت أساساً في دورتها الأولى بمراجعة تنفيذ الفصلين الثالث والرابع من الاتفاقية، الفصل الثالث المتعلق بـ«التجريم وإجراءات القانون»، والفصل الرابع المتعلق بـ«التعاون الدولي»، ولن نتطرق إلى جميع ما ورد ضمن التقارير القطرية لأن ذلك يقتضي مساحة أكبر ودراسة أوسع، وإنما سنركز على **محاور رئيسية ثلاثة**، من خلال بيان **الإطار القانوني والمؤسساتي للوقاية من الفساد ومكافحته** في هذه الدول، فضلاً عن **مسألة تجريم الفساد بمختلف صورته الواردة ضمن الاتفاقية الدولية**، وكذا **تدابير حماية الشهود والخبراء والمبلغين عن جرائم الفساد** تطبيقاً لأحكام المادتين 32 و33 من الاتفاقية، كما ستبين الدراسة **الأحكام المستجدة لدى هذه الدول بعد عرضها تقاريرها القطرية**.

2-1 خطة الدراسة

من أجل معالجة موضوع الدراسة ارتأينا تقسيمها إلى أربعة مباحث: المبحث الأول: الإطار القانوني والمؤسساتي لمكافحة الفساد في الدول المغاربية.

يعدّ الفساد -بجميع أنواعه- ظاهرة عالمية تعاني منها الحكومات وأجهزتها الإدارية ومؤسساتها، وأصبح يُهدد مستقبل واستقرار وأمن المجتمعات، بعد تغلغله في جميع جوانب الحياة.¹ وقد اهتم العالم أجمع بهذه الظاهرة، وظهر عديد من التشريعات الوطنية المتعلقة بمكافحته، فضلاً عن انضمام الدول إلى الاتفاقيات الإقليمية والدولية المتعلقة بالتصدي له،² وتشكل اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد أهم صك دولي في مجال الوقاية من هذه الظاهرة، بالنظر إلى الشمولية والإلزامية التي تتميز بها من جهة، والآليات التي أسستها لمتابعة تنفيذ أحكامها من جهة أخرى.³ فقد أنشأت الاتفاقية بموجب أحكام المادة 63 منها، مؤتمراً للدول الأطراف فيها، أحد أهم أهدافه تحسين قدرة الدول على تنفيذ الاتفاقية، عبر آلية تضمن مرافقة هذه الدول لتحقيق هدفها، أطلق عليها تسمية «آلية استعراض تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد»⁴.

ترتكز عملية الاستعراض على ضوابط وقواعد حددها القرار 1/3 لمؤتمر الدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المتعلق بآلية الاستعراض، والذي وضع إطاراً لهذه العملية، التي تطبق على جميع الدول الأطراف⁵ حيث تتوج عملية الاستعراض الخاص بكل دولة بتقرير يركز على التدابير المتخذة لتنفيذ الاتفاقية، وعلى جوانب النجاح والتحديات التي صودقت في تنفيذها، فضلاً عن تحديد الاحتياجات من المساعدة التقنية اللازمة لتحسين تنفيذ الاتفاقية.⁶

على ضوء الأحكام سالفة الذكر، بدأت الدورة الأولى لآلية المراجعة في عام 2010، وغطت فصول «التجريم وإنفاذ القانون والتعاون الدولي من الاتفاقية»، في حين غطت الدورة الثانية، التي أطلقت في نوفمبر 2015، فصول «التدابير الوقائية واسترداد الأصول». لقد أفرزت الدورة الأولى من الاستعراض 169 تقرير استعراض قطري للدول،⁷ في حين لا تزال الدورة الثانية في بداياتها، إذ بلغت نحو 27 تقرير استعراض.

وكغيرها من الدول التي انضمت وصادقت على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، شاركت الدول المغاربية -الجزائر والمغرب وتونس وموريتانيا وليبيا- في الدورة الأولى لآلية مراجعة تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وقدمت تقاريرها القطرية التي تضمنت عرضاً لما نُفذ من أحكام هذه الاتفاقية، فضلاً عن الصعوبات والنقائص المطروحة أمامها في هذا المجال.

إن ما يجب الوقوف عنده بالنسبة لدول المغرب العربي، أنها تعاني كغيرها من غالبية الدول العربية من تفاقم ظاهرة الفساد، عدا دولتي قطر والإمارات العربية المتحدة اللتين احتلتا مراكز متقدمة ضمن الدول الأكثر شفافية.⁸ وتظهر مؤشرات مدركات الفساد التي تنشرها منظمة الشفافية الدولية سنوياً، الحجم الكبير لانتشار الظاهرة في هذه الدول،⁹ رغم أن جلّها انضمت إلى الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد، فضلاً عن

1 نورا بنت محمد الشهري، تطبيق إقرار الذمة المالية ودوره في مكافحة الفساد وحماية النزاهة في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2014، ص 2.

2 عبد القوي بن لطف الله جميل، أنماط الفساد وآليات مكافحته في القطاعات الحكومية في الجمهورية اليمنية، رسالة دكتوراه، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2013، ص 3. وانظر أيضاً: لعلي بوكميش، بوهان موسى، دور القضاء وبعض الأجهزة ذات الصلة في مكافحة الفساد في التشريع الجزائري، مجلة الحوار الفكري، مخبر الدراسات الإفريقية للعلوم الانسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة أحمد دراية، أدرار، المجلد 13، العدد 15، ص 559، 596.

3 اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذه الاتفاقية في قرارها 58-4 المؤرخ في 31 من أكتوبر 2003، ودخلت حيز النفاذ في 14 من ديسمبر 2005.

4 راجع لمزيد عن هذه الآلية الرابط التالي: <https://www.sai.gov.om/PDF/anticorruption20182.pdf>، تم الاطلاع بتاريخ 16-08-2019، الساعة 10:15.

5 لمزيد من التفصيل حول آلية استعراض تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة، والإطار المرجعي لآلية الاستعراض راجع الرابط التالي:

Basic_-_BasicDocuments/Mechanism_for_the_Review_of_Implementation-<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/ReviewMechanism>

A.pdf_-_Documents، تم الاطلاع بتاريخ 01-12-2019، الساعة 10:30.

6 تنص الفقرة 23 من الإطار المرجعي لآلية استعراض تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على أن تجري الدولتان الطرفان المستعرضتان، وفقاً للمبادئ التوجيهية، استعراضاً مكتئباً للرد الوارد من الدولة الطرف المستعرضة على قائمة التقييم الذاتي المرجعية الشاملة، ويتضمن هذا الاستعراض المكتئب تحليلاً للرد، يركز على التدابير المتخذة لتنفيذ الاتفاقية وعلى جوانب النجاح والتحديات التي صودقت في تنفيذها.

7 لمزيد من التفصيل بشأن حالة الاستعراض والتقارير القطرية لكل دولة راجع الرابط التالي:

profile/index.html-<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/country>، تم الاطلاع بتاريخ 16-08-2019، الساعة 10:30.

8 حسب مؤشر مدركات الفساد لسنة 2018، الصادر عن منظمة الشفافية الدولية، احتلت قطر المرتبة 33 بـ62 درجة، أما الإمارات العربية المتحدة فاحتلت المرتبة 23 بـ70 درجة. لمزيد من التفاصيل بخصوص مؤشر مدركات الفساد لسنة 2018، وموقع الدول العربية راجع الرابط التالي:

https://www.transparency.org/files/content/pages/CPI_2018_Executive_summary_web_AR.pdf

تم الاطلاع بتاريخ 12-09-2019.

9 أظهر مؤشر مدركات الفساد لسنة 2018 أن الجزائر احتلت المرتبة 105 بـ35 درجة، وموريتانيا المرتبة 144 بـ27 درجة، وليبيا المرتبة 170 بـ17 درجة، وتقاسمت تونس والمغرب المرتبة نفسها 73 بـ43 درجة.

الفساد ومكافحته، وتضمن طائفة من الأحكام المطبقة بالنسبة للوقاية من هذه الظاهرة في الجزائر ومكافحتها، وكذا الأجهزة القائمة على هذه العملية، فقد جاء ضمن ستة أبواب من 73 مادة، وعُدل وتُتم هذا القانون مرتين بالأمر رقم 10-05 والقانون رقم 11-15¹⁹.

إلى جانب القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، أصدر المشرع الجزائري القانون 05-01 الخاص بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحته²⁰ بالنظر إلى أن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد نصت في مادتها 14 على ضرورة اتخاذ تدابير لمنع غسيل الأموال.

2-1-2 الإطار المؤسسي للوقاية من الفساد ومكافحته في الجزائر
بادرت الجزائر إلى إنشاء مجموعة من الأجهزة والمؤسسات التي تتطابق جهودها في سبيل الوقاية من الفساد ومكافحته،²¹ صُنِّفها التقرير إلى أجهزة كشف وأجهزة للتحقيقات وهي حسب ما ورد في التقرير القطري كما يلي:

أجهزة الكشف

- **الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته:** أنشئت بمقتضى القانون رقم 06-01 عام 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته،²² وشرعت في ممارسة مهام عملها في يناير 2013، وهي سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، والهيئة مسؤولة أمام رئيس الجمهورية، وتعتبر الجهاز التنفيذي الرئيسي في الاستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد.²³ كما أنها مُكلفة بجمع وتحليل إحصاءات الفساد واتجاهاته، وقيادة الجهود المبذولة في مجال التوعية وتعزيز ممارسات الإدارة الرشيدة، فضلاً عن ذلك تُحيل الهيئة، عند الاقتضاء، بعض القضايا إلى وزارة العدل لإجراء الملاحقة القضائية.²⁴
- **الديوان المركزي لقمع الفساد:**²⁵ أنشئ عام 2011 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11-426²⁶ وبدأ عمله منذ مارس 2013، وهو جهاز مركزي متخصص في مجال التحقيقات، مُكلف بمكافحة الفساد، ويضم عناصر من مختلف مصالح المباحث الجنائية العامة وخبراء ماليين، ويتولى جمع الأدلة وإجراء تحقيقات بشأن أفعال الفساد وإحالة مرتكبيها إلى المحكمة المختصة.²⁷
- **خلية معالجة الاستغلال المالي** (وحدة الاستخبارات المالية): أنشئت عام 2002 وبدأت العمل منذ عام 2004 وهي سلطة إدارية تابعة

المبحث الثاني: تجريم الفساد في الدول المغاربية.
المبحث الثالث: مسألة حماية الشهود والخبراء والمبلغين عن الفساد.
المبحث الرابع: أحكام مستجدة بعد عرض التقارير القطرية للدول المغاربية.

2-0-2 المبحث الأول: الإطار القانوني والمؤسسي لمكافحة الفساد في الدول المغاربية

بالرجوع إلى الملخصات التنفيذية للتقارير القطرية للدول المغاربية نجد أن أول مسألة تم التطرق إليها هي بيان الإطار القانوني والمؤسسي للوقاية من الفساد، ومكافحته لدى هذه الدول، وهو ما سنوضحه من خلال هذا المبحث ضمن المطالب التالية:

2-1-2 المطلب الأول: الإطار القانوني والمؤسسي لمكافحة الفساد في الجزائر

كانت الجزائر من الدول التي انضمت وصادقت على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد،¹⁰ فأصبحت مرتبطة بالتزام دولي يحتم عليها إعادة النظر في تشريعاتها الوطنية وتكييفها مع بنود الالتزامات الدولية،¹¹ وقد عرضت التقرير القطري الخاص بها في الدورة الرابعة لفريق استعراض التنفيذ لمؤتمر الدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المنعقدة في مدينة بنما 26-27 من نوفمبر 2013،¹² وتضمن التقرير عرضاً لما وصلت إليه الجزائر ضمن سياساتها التشريعية للوقاية من ظاهرة الفساد¹³ ومكافحتها في إطار تنفيذها أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.¹⁴

وبالنظر إلى ما نصت عليه المادتان 5¹⁵ و6¹⁶ من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بعنوان «هيئة أو هيئات مكافحة الفساد» والتي أكدت على أن تكفل كل دولة طرف وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني وجود هيئة أو هيئات تتولى منع الفساد، وكذا وضع سياسات وممارسات لمكافحة الفساد، بادرت الجزائر إلى بذل مجموعة من الجهود لتحقيق هذا الأمر، وسوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى بيان الإطار القانوني للوقاية من الفساد ومكافحته في الجزائر ثم الإطار المؤسسي للوقاية من الفساد ومكافحته.

2-1-1 الإطار القانوني للوقاية من الفساد ومكافحته في الجزائر

أصدرت الجزائر القانون رقم 06-01،¹⁷ الذي يُعدّ الإطار القانوني للوقاية من

- 10 صادقت الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بموجب المرسوم الرئاسي 04-128، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 26 لسنة 2004.
- 11 نجار لوزية، التصدي الجزائري والمؤسسي لظاهرة الفساد في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2014، ص 48.
- 12 انظر رابط الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة الجزائر: <https://www.undoc.org/document/preaties/uncac/warkinggroups> تم الاطلاع بتاريخ: 12-09-2019.
- 13 تعتبر الجزائر من الدول النامية التي يشهد فيها الفساد منحى غير مسبوق بسبب عوامل متعددة، منها التحول في التوجه الاقتصادي العام للدولة نحو الاقتصاد الليبرالي الحر، وضعف التشريعات الجزائية، في هذا المجال. لمزيد من المعلومات انظر: بن عيسى أحمد، الآليات القانونية الدولية والوطنية لمكافحة الفساد، دراسة في ضوء اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، العدد الثاني، جوان 2015، ص 123.
- 14 انظر التقرير القطري المفضل للجزائر باللغة الفرنسية على الرابط التالي: https://www.onodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2015_08_03_Algeria_Final_Country_Report_French.pdf.
- 15 تنص المادة 5 على ما يلي: «1- تقوم كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، بوضع وتنفيذ أو تريبح سياسات فعالة منسقة لمكافحة الفساد، تعزز مشاركة المجتمع وتجسد مبادئ سيادة القانون وحسن إدارة الشؤون والممتلكات العمومية والنزاهة والشفافية والمساءلة. 2- تسعى كل دولة طرف إلى إرساء وترويج ممارسات فعالة تستهدف منع الفساد...».
- 16 تنص المادة 6 على ما يلي: «تكفل كل دولة طرف، وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني، وجود هيئة أو هيئات، حسب الاقتضاء، تتولى منع الفساد، بوسائل مثل: أ- تنفيذ السياسات المشار إليها في المادة 5 من هذه الاتفاقية، والإشراف على تنفيذ تلك السياسات وتنسيقها عند الاقتضاء. ب- زيادة المعارف المتعلقة بمنع الفساد...».
- 17 القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 14 بتاريخ 8 من مارس 2006.
- 18 الأمر رقم 10-05 المتمم للقانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 5 الصادر في 16 من رمضان 1431 الموافق لـ 26 أغسطس 2010.
- 19 القانون 11-15 المعدل والمتمم للقانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 44، الصادر في 2 من رمضان 1432 الموافق لـ 02 أغسطس 2011.
- 20 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 11، فبراير 2005.
- 21 حماس عمر، جرائم الفساد المالي والبيات مكافحتها في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2017، ص 15.
- 22 رمزي حوجو، لبني ديش، الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، مجلة الاجتهاد القضائي، مخر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، كلية الحقوق، جامعة محمد خير، بسكرة، المجلد الرابع، العدد 5، 2009، ص 71-79.
- 23 لمزيد من التفصيل بشأن الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد في الجزائر انظر: بلال سعيدان، آليات مكافحة الفساد المالي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2018، ص 216.
- 24 لمزيد من التفصيل بشأن هذه الهيئة، انظر رابط الموقع الإلكتروني الخاص بها: <http://www.onplc.org.dz/index.php/ar>، تم الاطلاع بتاريخ: 15-09-2019.
- 25 لمزيد من التفصيل حول الديوان المركزي لقمع الفساد، أنظر الموقع الإلكتروني الخاص به على الرابط التالي: www.Ocrc.gov.Dz.
- 26 المرسوم الرئاسي 11-426، الذي يحدد تشكيلة الديوان المركزي لقمع الفساد وتنظيمه وكيفية سيره، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 68، 2011.
- 27 شهيدة قادة، التجربة الجزائرية لمكافحة الفساد ومفاراتها، إطار قانوني ومؤسسي طموح يتفقد آليات إنفاذه، مجلة مركز حكم القانون ومكافحة الفساد، دار جامعة حمد بن خليفة للنشر، المجلد 3، العدد 1، 2019، ص 3، وانظر أيضاً: بلال سعيدان، المرجع السابق، ص 224.

واسع لظاهرة الفساد في جميع المجالات والقطاعات، بكل ما يترتب على ذلك من سوء توظيف واستخدام للموارد البشرية والمادية المتاحة.³⁵ وهي من الدول التي انضمت وصادقت على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد،³⁶ إذ عرضت تقريرها في الدورة السادسة لفريق استعراض تنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المنعقدة بمدينة سانت بطرسبورغ في الاتحاد الروسي يومي 3 و4 من نوفمبر 2015، وتضمن الملخص التنفيذي³⁷ للتقرير عرضاً لما وصلت إليه تونس ضمن سياستها التشريعية للوقاية من ظاهرة الفساد ومكافحتها في إطار تنفيذها لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

2-2-1 الإطار القانوني للوقاية من الفساد ومكافحته في تونس

حسب ما جاء ضمن الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة تونس، فإن الإطار القانوني الوطني المعني بمكافحة الفساد يشمل أحكاماً واردة في قوانين متعددة هي المجلة الجزائرية التونسية³⁸ ومجلة الإجراءات الجزائرية،³⁹ والقانون عدد 85 لسنة 2003 المؤرخ في 10 من ديسمبر 2003⁴⁰ والمتعلق بدعم المجهود الدولي لمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال.⁴¹

2-2-2 الإطار المؤسسي للوقاية من الفساد ومكافحته في تونس

بالنظر إلى ما نصت عليه المادتان 542 و643 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بعنوان هيئة أو هيئات مكافحة الفساد، والتي نصت على أن تكفل كل دولة طرف وفقاً للمبادئ الأساسية لنظامها القانوني وجود هيئة أو هيئات تتولى منع الفساد، وكذا وضع سياسات وممارسات لمكافحة الفساد، بادرت تونس إلى القيام بمجموعة من الجهود لتحقيق هذا الأمر.

وتشمل الجهات الرئيسية المختصة بمكافحة الفساد -حسب التقرير القطري لدولة تونس- إلى جانب القضاة وأعضاء الضبطية القضائية الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، والقطب القضائي المالي التابع للمحكمة الابتدائية بتونس العاصمة، واللجنة التونسية للتحليل المالي، التابعة للبنك المركزي التونسي.⁴⁴ وتجدر الإشارة إلى أن الفصل 130 من الدستور الجديد ينص على إنشاء هيئة جديدة تسمى «هيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد»⁴⁵.

2-3-2 المطلب الثالث: الإطار القانوني والمؤسسي لمكافحة الفساد في موريتانيا

رغم أن موريتانيا انضمت وصادقت على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بتاريخ 25 من أكتوبر 2006 فإن استعراض مدى تنفيذها لأحكام الاتفاقية كان متأخراً بعض الشيء، إذ عرضت تقريرها القطري في الدورة الثامنة المستأنفة لفريق استعراض التنفيذ لمؤتمر الدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المنعقدة بمدينة فيينا بتاريخ

لوزارة المالية متخصصة في مكافحة تمويل الإرهاب وغسل الأموال.²⁸ وتشمل مهامها: (أ) تلقي تقارير عن الأنشطة المشبوهة المتعلقة بتمويل الإرهاب أو عمليات غسل الأموال. (ب) إحالة الملفات ذات الصلة إلى النيابة العامة التي لديها الولاية القضائية في البلد. (ج) تنفيذ التدابير اللازمة لكشف كل أشكال تمويل الإرهاب وغسل الأموال. ويجوز لهذه الخلية (الوحدة) أيضاً أن تطلب من الهيئات المعنية والأشخاص المعنيين قانوناً موافاتها بأي وثيقة أو معلومة يقتضيها إنجاز مهمتها.²⁹

- **المفتشية العامة للمالية:** هي هيئة للمراقبة الدائمة، تعمل تحت السلطة المباشرة لوزارة المالية، ومسؤولة عن تدقيق بيانات الأموال العمومية في مرحلة لاحقة، بإجراء عمليات مراجعة للحسابات وتحقيقات قد تنتهي إلى إجراء ملاحقات قضائية.³⁰
- **مجلس المحاسبة:** مؤسسة عليا تتولى المراقبة المالية اللاحقة لمالية الدولة وللمالية السلطات المحلية والمؤسسات العمومية.³¹ فإذا رصد مجلس المحاسبة في أثناء قيامه بمهامه الرقابية وقائع قد تدل على ارتكاب جرم جنائي، أحال الملف إلى النائب العام المختص إقليمياً، لإجراء الملاحقة القضائية، وأخطر وزارة العدل بذلك.³²

أجهزة التحقيق

حسب ما جاء في التقرير القطري لدولة الجزائر، فإن لديها مجموعة من الأجهزة الأمنية المكلفة بالتحقيق في جرائم الفساد منها:

- **المديرية العامة للأمن الوطني:** مكافحة الجرائم الاقتصادية والمالية إحدى المهام المنوطة بالمديرية العامة للأمن الوطني، تضطلع بها مديرية الشؤون الاقتصادية والمالية، التابعة لها، وهذا الجهاز المركزي المتخصص مكلف بتتبع توجيه وتنسيق أنشطة شرطة المباحث الجنائية العامة لا سيما في قضايا فساد، وعلى مستوى جهاز أمن كل ولاية، تتكفل الوحدة الاقتصادية والمالية بإجراء التحقيقات المتعلقة بقضايا الفساد.³³
- **الدرك الوطني:** يوجد داخل المصلحة المركزية للتحقيقات الجنائية مكتب متخصص في مكافحة الجرائم الاقتصادية والمالية، وتتولى وحدات متخصصة تابعة لها، تنفيذ أنشطة هذه المصلحة على الصعيد الإقليمي.
- **المصلحة المركزية للشرطة القضائية للمصالح العسكرية للأمن التابعة لوزارة الدفاع الوطني:** تضطلع بمهام رصد انتهاكات القانون الجنائي وقانون القضاء العسكري، وجمع الأدلة عنها، وتعقب مرتكبيها إلى حين إجراء تحقيق رسمي بشأنهم.³⁴

2-2-2 المطلب الثاني: الإطار القانوني والمؤسسي لمكافحة الفساد في تونس

على غرار عديد من دول العالم، تعاني دولة تونس من تغلغل وانتشار

28 لمزيد بشأن هذه الهيئة انظر: وهبية هاشمي، خلية معالجة الاستعلام المالي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي تمارست، المجلد 2، العدد 2، يونيو 2013، ص 160-185.

29 لمزيد من التفصيل بشأن هذه الهيئة انظر رابط الموقع الإلكتروني الخاص بها: <http://www.mf-ctrf.gov.dz/arindex.html>. تم الاطلاع بتاريخ 15-09-2019.

30 أنشئت المفتشية العامة للمالية بمقتضى المرسوم رقم 80-53 المؤرخ في 14 من ربيع الثاني عام 1400 الموافق ل1 من مارس سنة 1980، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 10، سنة 1980.

31 أحمد سويقات، مجلس المحاسبة كآلية أساسية دستورية للرقابة المالية في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، المجلد 7، العدد 3، الصفحة 165-185.

32 لمزيد من التفصيل بشأن مجلس المحاسبة الجزائري، انظر رابط موقعه الإلكتروني: <https://www.ccomptes.dz>

33 لمزيد من التفصيل بخصوص هذا الجهاز انظر موقعه الإلكتروني على الرابط التالي: <https://www.algeriepolice.dz>

34 لمزيد من التفصيل بخصوص هذا الجهاز انظر موقعه الإلكتروني على الرابط التالي: https://www.mdn.dz/site_principal/index.php?L=ar#undefined

35 عبد القادر الطرابلسي، التنمية في تونس بين تأثيرات الفساد وتحديات مكافحته، منبر المعهد التونسي للقدرة التنافسية والدراسات الكمية، العدد 7، جوان 2015.

36 صادقت تونس على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون عدد 16-2008 المؤرخ في 25 من فبراير 2008.

37 انظر رابط الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة تونس على الرابط التالي: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/ExecutiveSummaries/V1503718a.pdf>. تم الاطلاع بتاريخ 11-08-2019.

38 أمر بتاريخ 9 من يوليو 1913 يتعلق بإصدار المجلة الجنائية صادر بالرائد الرسمي عدد 79 المؤرخ في أول أكتوبر 1913 المعدل والمتمم.

39 قانون عدد 23 لسنة 1968 مؤرخ في 24 من يوليو 1968 يتعلق بإعادة تنظيم قانون المرافعات الجنائي، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 31 المؤرخ في 26 و30 من يوليو 1968 المعدل والمتمم.

40 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 99، بتاريخ 12 من ديسمبر 2003.

41 ألغى هذا القانون بموجب القانون الأساسي عدد 26 لسنة 2015، المؤرخ في 7 أغسطس 2015، المتعلق بمكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 63، بتاريخ 7 من أغسطس 2015.

42 انظر المادة 5 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

43 انظر المادة 6 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

44 انظر لمزيد من التفصيل بشأن هذه الهيئة موقعها الإلكتروني: https://ctaf.bct.gov.tn/ctaf_f/faq. تم الاطلاع بتاريخ 02-06-2019.

45 سنقوم بالتفصيل في الهيئات الموجودة حالياً لمكافحة الفساد في تونس، ضمن المبحث المتعلق بالأحكام المستجدة بعد التقارير القطرية.

2-4-1 الإطار القانوني لمكافحة الفساد في دولة المغرب

بالنظر إلى التقرير القطري لدولة المغرب، تشتمل المنظومة القانونية للوقاية من الفساد ومكافحته على قانون العقوبات الذي اعتمد في عام 1962⁵⁸ وعُدل في عديد من المناسبات، وكذا مسطرة الإجراءات الجنائية التي اعتمدت في عام 2002⁵⁹، وقانون المحاكم المالية الذي اعتمد في عام 2002 والقانون رقم 05/43 الخاص بمكافحة غسيل الأموال الذي اعتمد في عام 2007⁶⁰ والقانون رقم 10/13 الذي يعدل تشريعات مكافحة غسيل الأموال الذي اعتمد في عام 2011، وفيما يتعلق بالجرائم المرتكبة في القطاع الخاص، وردت ضمن القانون التجاري وقانون الشركات واعتمد كلاهما في عام 1996.

2-4-2 الإطار المؤسساتي للوقاية من الفساد ومكافحته في المغرب

بمقتضى المرسوم رقم 1228-05-2 بتاريخ 13 من مارس 2007، أحدثت الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة⁶¹ كما نص الدستور الجديد لسنة 2011 للمملكة المغربية على إنشاء هيئة وطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها والتي نص عليها الدستور المغربي بمقتضى الفصل 36 منه⁶² الذي نص على إحداث هيئة وطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها⁶³ والتي حلت محل الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة، فضلاً عن وجود وحدة معالجة المعلومات المالية⁶⁴ كما يشمل الإطار المؤسساتي لمكافحة الفساد في المغرب جهاز النيابة العامة وجهاز الشرطة، والمفتشية العامة للمالية والمفتشية العامة للإدارة الترابية والمحاكم المالية، والمجلس الأعلى للحسابات⁶⁵ والمجالس الجهوية للحسابات.

2-5-1 الإطار القانوني والمؤسساتي لمكافحة الفساد

في ليبيا

يعد الفساد من أخطر المشاكل التي يعاني منها الاقتصاد الليبي منذ سنوات طويلة، مما كانت له آثار سلبية على جميع المجالات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وما يزيد الأمر سوءاً نمو فرص ممارسة الفساد في ليبيا خلال المراحل الانتقالية، والفترات التي تشهد تحولات سياسية، لوجود بيئة خصبة لأصحاب السلطة، في الكسب المالي غير المشروع، مستغلين رداءة الجهاز الرقابي والتشريعات والأنظمة التي تكافح الفساد⁶⁶. لقد وقعت دولة ليبيا على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد

7-8 من نوفمبر 2017،⁴⁶ بينت من خلاله الإطار القانوني والمؤسسي للوقاية من الفساد ومكافحته، وهو ما سنوضحه من خلال النقاط التالية.

2-3-1 الإطار القانوني لمكافحة الفساد في موريتانيا

تضمن الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة موريتانيا، بيان الإطار القانوني لمكافحة الفساد فيها، والذي يشمل جملة من الأحكام الواردة في القانون الجنائي⁴⁷ وفي قانون الإجراءات الجنائية⁴⁸ وكذا القانون رقم 14 - 2016 المؤرخ في 15 من أبريل 2016 المتعلق بمكافحة الفساد⁴⁹، كما أصدر المشرع الموريتاني قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب⁵⁰.

2-3-2 الإطار المؤسساتي لمكافحة الفساد في موريتانيا

بالنسبة للإطار المؤسساتي لمكافحة الفساد في موريتانيا⁵¹ يتضمن -حسب ما جاء ضمن الملخص التنفيذي لتقريرها القطري- عدة هيئات مسؤولة عن مكافحة الفساد، من بينها المفتشية العامة للدولة، والمفتشية العامة للمالية، والمحكمة الابتدائية المكلفة بجرائم الفساد⁵² وهيئة النيابة العامة المكلفة بمكافحة الفساد⁵³، والمديرية المركزية لشرطة مكافحة الجريمة الاقتصادية والمالية، ولجنة تحليل البيانات المالية.

2-4-2 المطلب الرابع: الإطار القانوني والمؤسساتي لمكافحة الفساد في المغرب

تماشياً مع الالتزامات الدولية في مجال محاربة الفساد، تفاعلت المملكة المغربية إيجابياً مع المفاهيم الإقليمية والدولية المتعارف عليها في هذا المجال⁵⁴ فقد كان المغرب من أوائل الدول التي انضمت وصادقت على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، فوقع عليها في 9 من ديسمبر 2003، وصدق عليها يوم 9 من مايو 2007⁵⁵ وعرض التقرير القطري الخاص به في الدورة الثالثة لفرق استعراض التنفيذ لمؤتمر الدول الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، المنعقدة بمدينة فيينا 18-22 من يونيو 2012^{57,56} وتضمن التقرير عرضاً لما وصل إليه المغرب ضمن سياساته التشريعية للوقاية من ظاهرة الفساد ومكافحته في إطار تنفيذ أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ضمن فصلها الثالث والخامس، وقد بينت في مقدمة هذا التقرير الإطار القانوني والمؤسسي للوقاية من الفساد ومكافحته، وبيّنه من خلال النقاط التالية:

46 انظر رابط الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة موريتانيا:

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/ExecutiveSummaries/V1708584a.pdf> تم الاطلاع بتاريخ 22-08-2019.

47 الأمر القانوني رقم 162 - 83 بتاريخ 9 من يوليو 1983 المتضمن القانون الجنائي الموريتاني.

48 الأمر القانوني رقم 83-163 الصادر بتاريخ 9 من يوليو 1983 المتضمن قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني.

49 انظر الجريدة الرسمية للجمهورية الموريتانية الإسلامية، عدد 1358، بتاريخ 22-04-2016.

50 القانون رقم 048-2005 المتعلق بمكافحة غسيل الأموال وتمويل الإرهاب.

51 لمزيد بخصوص الوسائل القانونية لمكافحة الفساد في موريتانيا، انظر: محمد الداه عبد القادر، الوسائل القانونية لمكافحة الفساد في موريتانيا، على الرابط الإلكتروني التالي

<https://www.rolacc.qa/wp-content/uploads/2019/06/10.pdf> تم الاطلاع بتاريخ 30-10-2019.

52 انظر المرسوم رقم 019-2017 الصادر بتاريخ 15-02-2017 يحدد مقر المحكمة المختصة في الجرائم المتعلقة بالفساد، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، بتاريخ 15-04-2017، العدد 1385، ص 248.

53 انظر المرسوم رقم 017-2017 الصادر بتاريخ 15-02-2017 يحدد إجراءات تنظيم وسير عمل فرق النيابة العامة والتحقيق لمكافحة الفساد، الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، بتاريخ 15-04-2017، العدد 1385، ص 246.

54 وزارة تحديث القطاعات العامة، الوقاية من الفساد ومكافحته بالمملكة المغربية، منشورات وزارة تحديث القطاعات العامة، مطبعة الرسالة، الرباط، 2011، ص 20.

55 ظهير شريف رقم 58-07-1 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 بنشر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الموقعة بنيويورك في 31 من أكتوبر 2003، الجريدة الرسمية، بتاريخ 17 من يناير 2008.

56 انظر رابط الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة المغرب:

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/ExecutiveSummaries/v1253074PDF> تم الاطلاع بتاريخ 12-05-2019.

57 انظر التقرير القطري لدولة المغرب على الرابط التالي، https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/Morocco_Final_Arabic_Report.pdf تم الاطلاع بتاريخ 12-05-2019.

58 ظهير شريف رقم 413-159 صادر في 26 من نوفمبر 1962 بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، المعدل والمتمم.

59 القانون 01-22 المتعلق بالمسطرة الجنائية المعدل والمتمم.

60 ظهير شريف رقم 79-07-1 صادر في 28 من ربيع الأول 1428 (17 أبريل 2007) بتنفيذ القانون رقم 05-43 المتعلق بمكافحة غسل الأموال، الجريدة الرسمية رقم 5522 الصادرة يوم الخميس 3 من مايو 2007.

61 الجريدة الرسمية رقم 5513 الصادرة يوم الإثنين 2 من أبريل 2007، مرسوم رقم 1228-05-2 صادر في 23 من صفر 1428 (13 من مارس 2007) بإحداث الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة.

62 نص الفصل 4/36 من الدستور المغربي على ما يلي: تحدث هيئة وطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها.

63 نص الفصل 167 من الدستور المغربي على أن « تتولى الهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها، المحدثة بموجب الفصل 36، على الخصوص، مهام المبادرة والتنسيق والإشراف وضمان تتبع تنفيذ سياسات محاربة الفساد، وتلقي ونشر المعلومات في هذا المجال، والمساهمة في تخليق الحياة العامة، وترسيخ مبادئ الحكامة الجيدة، وثقافة المرفق العام، وقيم المواطنة المسؤولة.

64 انظر رابط الموقع الرسمي لوحدة معالجة المعلومات المالية: <http://www.utrf.gov.ma/index.php?lang=ar> تم الاطلاع بتاريخ 11-09-2019.

65 انظر رابط الهيئة: <http://www.courdescomptes.ma/ar> تم الاطلاع بتاريخ 11-09-2019.

66 سعاد عبد السلام عريقيب، ربيعة عاشور أحمد الميسوط، البيئة الحاضنة للفساد المالي في ليبيا وآثاره، آفاق علمية، مجلة كلية الدراسات العليا بالجامعة الأسلمية الإسلامية، العدد الأول، أبريل 2018، ص 56.

3-1-1 تجريم الرشوة والمتاجرة بالنفوذ

تنطوي جريمة الرشوة على اتجار الموظف بوظيفته واستغلالها لفائدته الخاصة،⁷⁹ أما استغلال النفوذ فهو اتجار في سلطة حقيقية أو موهومة للجاني على المختص بالعمل الوظيفي⁸⁰ وقد نصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ضمن المواد 15، 16، 18، 21 منها على ضرورة تجريم الرشوة والمتاجرة بالنفوذ، وقد أشارت الجزائر من خلال تقريرها القطري إلى أنها جسدت أحكام هذه المواد، فتجريم ارتشاء الموظفين الحكوميين منصوص عليه في التشريع الجزائري، منذ أول قانون جنائي جزائري صدر في العام 1966، ثم أعاد القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته تعريف هذه الجريمة ضمن المادة 25 منه، والتي تميز بين الرشوة والارتشاء وتوسع نطاق هذه الجريمة لتشمل جميع الأشخاص الذين تندرج وظائفهم أو أنشطتهم ضمن مفهوم «الموظف العمومي» كما عرّفته المادة 2 من الاتفاقية. وتتناول المادة 28 من القانون المذكور رشوة الموظفين العموميين الأجانب، وتجسد أحكام الاتفاقية فيما يخص الرشوة والارتشاء، أما المادة 32 من قانون مكافحة الفساد فتجرّم فعل المتاجرة بالنفوذ سلبيًا أو إيجابيًا، وتتوافق مع المادة 18 من الاتفاقية، وتجرّم المادة 32 من القانون نفسه فعل الرشوة والارتشاء في القطاع الخاص.⁸¹

3-1-2 تجريم الاختلاس وإساءة استعمال الوظائف والإثراء غير المشروع

في معرض بيانها بشأن مدى التزامها بما ورد ضمن المواد 17، 19، 20، 22 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، أشارت الجزائر إلى أن المادة 29 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تجرّم اختلاس كل موظف عمومي بأي طريقة كانت، ممتلكات أو أموالاً أو أوراقاً مالية عهد بها إليه، وتنطبق هذه المادة بوجه عام على الموظفين العموميين الذين يتعاملون بالنقود أو على الموظفين العموميين من المستويات العليا الضالعين في عمليات معقدة لغرض الاختلاس.⁸² وتجرّم المادة 33 من هذا القانون إساءة استغلال الوظائف، فهي تعتبر جريمة قيام موظف عمومي أو عدم قيامه، بفعل رسمي ما بغرض الحصول على مزية غير مستحقة لصالحه أو لصالح شخص أو كيان آخر، وتجرّم المادة 37 من ذلك القانون عدم استطاعة موظف عمومي يقع عليه عبء الإثبات أن يجعل على نحو معقول ازدياد موجوداته ازدياداً كبيراً، قياساً إلى دخله، وتعتبر المادة نفسها هذا الفعل جريمة مستمرة، ويجرّم أيضاً الإخفاء المرتبط بالإثراء غير المشروع.⁸³ وتوضح المواد 4، 5، 6 من قانون مكافحة الفساد شروط التصريح بالممتلكات بالنسبة لبعض الموظفين العموميين، فضلاً عن ذلك اعتبر المشرع الجزائري عدم التصريح بالممتلكات، أو التصريح الكاذب جريمة يعاقب عليها بموجب المادة 36 من قانون مكافحة الفساد.⁸⁴ وتجرّم المادة 41 من القانون نفسه اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص، تطبيقاً لأحكام المادة 22 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.⁸⁵

بتاريخ 23 من ديسمبر 2003 وصادقت عليها بموجب القانون رقم 10 لسنة 2005 بشأن التصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وقدمت تقريرها القطري بشأن تنفيذ أحكام هذه الاتفاقية في الدورة التاسعة المستأنفة الثانية في فيينا بتاريخ 12-14 من نوفمبر 2018 وتضمّن معلومات بشأن ما وصلت إليه ضمن تجسيدها لأحكام الاتفاقية، خاصة ما تعلق منه بالإطار القانوني والمؤسساتي لمكافحة هذه الظاهرة، وهو ما سنوضحه من خلال النقاط التالية.

2-5-1 الإطار القانوني لمكافحة الفساد في ليبيا

أفصحت ليبيا ضمن تقريرها القطري⁶⁷ أن الإطار القانوني الوطني لمكافحة الفساد يتضمن أحكاماً مرتبطة بعدد من القوانين، لا سيّما قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية وقانون إنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد⁶⁸ وقانون الجرائم الاقتصادية⁶⁹ بالإضافة إلى قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.⁷⁰

2-5-2 الإطار المؤسساتي لمكافحة الفساد في ليبيا

بخصوص الإطار المؤسساتي لمكافحة الفساد في ليبيا، أشارت ضمن التقرير القطري إلى أن لديها عديداً من الجهات والأجهزة المعنية بمكافحة الفساد، لعل أبرزها الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد⁷¹ ومكتب النائب العام⁷² وهيئة الرقابة الإدارية⁷³ وديوان المحاسبة⁷⁴ ووحدة المعلومات المالية الليبية.⁷⁵

3-0 المبحث الثاني: تجريم الفساد في الدول المغاربية

بعد أن تطرقنا إلى بيان الإطار القانوني والمؤسساتي للوقاية من الفساد ومكافحته، حسب ما جاء ضمن التقارير القطرية للدول المغاربية، نشير خلال هذا المبحث إلى مسألة أخرى لها أهمية كبرى ضمن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وردت ضمن الفصل الثالث منها، تتعلق بتجريم الفساد، والذي أكدت من خلاله ضرورة أن تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية لتجريم كثير من الأفعال المعتبرة ضمن جرائم الفساد، إذ قدّمت الدول المغاربية عرضاً لما بذلته من جهود لتجريم هذه الأفعال، وهو ما سنوضحه وفقاً لما يلي.

3-1-1 المطلب الأول: تجريم الفساد في الجزائر

تطبيقاً لأحكام الفصل الثالث من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المتعلقة بالتجريم وإنقاذ القانون، والذي تضمن توصيات بضرورة أن تعتمد كل دولة طرف ما يلزم من تدابير تشريعية لتجريم طائفة الأفعال المعتبرة فساداً في نطاق الاتفاقية، أوضحت الجزائر⁷⁶ في تقريرها القطري أن لديها أحكاماً متعلقة بذلك، إذ كان منصوصاً عليها ضمن قانون العقوبات،⁷⁷ ثم أعيد نقلها إلى القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.⁷⁸

67 انظر لمزيد من التفصيل بخصوص التقرير القطري لدولة ليبيا الرابط التالي: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2018_11_09_Libya_Final_Country_Report_Arabic.pdf تم الاطلاع بتاريخ 10-08-2019.

68 قانون رقم (11) لسنة 2014 المتضمن إنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد الليبية.

69 قانون رقم (2) لسنة 1979م بشأن الجرائم الاقتصادية.

70 قانون رقم (2) لسنة 2005 بشأن مكافحة غسل الأموال.

71 الموقع الإلكتروني للهيئة: https://nacc.org.ly/acc/?page_id=218 تم الاطلاع بتاريخ 15-10-2019.

72 زيارة موقع مكتب النائب العام الليبي: <http://www.attorneygeneral.gov.ly> تم الاطلاع بتاريخ 15-10-2019.

73 لزيارة الموقع الإلكتروني للهيئة: <http://www.aca.gov.ly> تم الاطلاع بتاريخ: 15-10-2019.

74 لزيارة الموقع الإلكتروني للهيئة <http://audit.gov.ly/home/salary.php>.

75 لمزيد من التفصيل بشأن هذه الهيئات انظر: سعاد عبد السلام عريقيب، ربيعة عاشور أحمد المبسوط، المرجع السابق، ص 95 وما يليها.

76 بخصوص جرائم الفساد في الجزائر، انظر: بلطرش عائشة، جرائم الفساد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013.

77 الأمر رقم 66-156 المؤرخ في مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 من يونيو سنة يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

78 بموجب المادة 71 من قانون مكافحة الفساد الجزائري 06-01 تم إلغاء المواد 119، 119 مكرر، 121 و122 و123 و124 و125 و126 و126 مكرر و127 و128 و128 مكرر و129 و130 و131 و133 و134 من قانون العقوبات ونقلت إلى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته ضمن المواد 25، 26، 27، 29، 30، 31، 32، 32، 35.

79 أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، 2016، ص 293.

80 محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة الرابعة، 2012، ص 85.

81 راجع لمزيد من المعلومات الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة الجزائر، المرجع السابق، ص 5.

82 لمزيد من التفصيل بشأن جريمة الاختلاس انظر: محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 90.

83 يعّد كسباً غير مشروع كل مال حصل عليه أحد الخاضعين لنفسه أو لغيره بسبب استغلال الخدمة أو الصفة أو نتيجة سلوك مخالف لنص قانوني عقابي أو للأداب العامة، لمزيد بشأن هذه

الجريمة، انظر: أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 440.

84 تنص المادة 36 من قانون مكافحة الفساد على ما يلي: يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات، وبغرامة من 50.000 دينار جزائري إلى 500.000 دينار جزائري كل موظف عمومي

خاضع قانوناً لواجب التصريح بممتلكاته ولم يقدّم بذلك عمداً، بعد مضي شهرين من تذكيره بالطرق القانونية، أو قام بتصريح غير كامل أو غير صحيح أو خاطئ، أو أدلى عمداً بملاحظات

خاطئة، أو خرق عمداً الالتزامات التي يفرضها عليه القانون.

85 أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 19.

3-1-5 مسؤولية الشخصيات الاعتبارية

أصبحت المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية ضرورة ملحة حالياً في ظل التطور الاقتصادي والاجتماعي والتكتلات الاقتصادية، وتزايد أنشطة الأشخاص في مختلف المجالات⁹³ وهو ما أجدته اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ضمن المادة 26 منها، ضرورة أن تعتمد كل دولة طرف ما يلزم من تدابير لتقرير المسؤولية الجنائية للشخصيات الاعتبارية، وتأكيذاً لذلك أقرت الجزائر بمقتضى المادة 51 مكرر من قانون العقوبات المسؤولية الجزائية لها، إذ تعتبر مسؤولية عن الجرائم التي ترتكب لحسابها من طرف أجهزتها أو ممثليها الشرعيين، وتؤكد المادة 53 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته مبدأ المسؤولية هذا تحديداً بشأن جرائم الفساد، وتشمل العقوبة غرامات وعقوبات أخرى تكميلية، وقد تشمل حل الكيان المعني، واستبعاده من الاشتراء الحكومي أو مصادرة موجوداته.

3-1-6 تجريم المشاركة والشروع

تنفيذاً لحكم المادة 27 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، تجرم المواد 41 إلى 43 من قانون العقوبات الجزائري فعل المشاركة أو التحريض على ارتكاب جريمة، وتفرض العقوبة نفسها المقررة للجريمة الأصلية. وتجعل المادة 52 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته هذه الأحكام واجبة التطبيق تحديداً على جرائم الفساد، ويجرم قانون العقوبات والمادة 2/52 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته بالكيفية ذاتها فعل الشروع، ولا تجرم الأفعال التحضيرية إلا إذا شكّلت بداية لارتكاب الجرم⁹⁴.

3-2-2 المطلب الثاني: تجريم الفساد في تونس

تطبيقاً لأحكام الفصل الثالث من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المتعلق بالتجريم وإنفاذ القانون، والذي تضمن توصيات بضرورة أن تعتمد كل دولة طرف ما يلزم من تدابير تشريعية لتجريم طائفة الأفعال المعتمدة فساداً في نطاق الاتفاقية، أوضحت تونس في تقريرها القطري أن لديها أحكاماً متعلقة بذلك، نص عليها في القانون الجنائي بتونس، ومجلة الإجراءات الجزائية.

3-2-1 تجريم الرشوة والمتاجرة بالنفوذ

بالنسبة لتجريم الرشوة⁹⁵ والمتاجرة بالنفوذ، صرّحت تونس بأن الفصل 91 من المجلة الجزائية يجرم رشوة الموظفين العموميين الوطنيين، لكن أحكام هذا الفصل لا تشمل على نص صريح بشأن فعل العرض ولا بشأن ارتكاب الأفعال بصورة مباشرة أو غير مباشرة، غير أن هذا الفراغ تملؤه الفقرة 2 من الفصل نفسه، إذ تنص على معاقبة الوسطاء، ولا يجرم الفصل 91 صراحة الوعود أو العروض الممنوحة لصالح شخص أو كيان آخر. وتجزم المجلة الجزائية ارتشاء الموظفين العموميين الوطنيين ضمن الفصول 83 و84 و85 و87 و88. ولا ينص القانون التونسي على تجريم الرشوة أو الارتشاء فيما يخص الموظفين العموميين الأجانب أو موظفي المنظمات الدولية العمومية، ويجرم الفصل 87 من المجلة الجزائية المتاجرة بالنفوذ، بيد أن أحكام الفصل تقتصر على قبول مقابل، ولا تشمل الالتماس أو أفعال الوعد والعرض والمنح⁹⁶.

3-1-3 تجريم غسيل الأموال والإخفاء

تعدّ جريمة غسيل الأموال واحدة من أهم التحديات التي تواجه المجتمع الدولي خلال القرن الواحد والعشرين، وجوهرها قطع الصلة بين الأموال الغدرة الناتجة عن أنشطة إجرامية متنوعة، وأصلها ومصدرها غير المشروع، وإضفاء الصفة الشرعية والقانونية على هذه الأموال⁸⁶. أما جريمة الإخفاء فهو كل ما من شأنه منع كشف الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو ملكيتها أو الحقوق المتعلقة بها⁸⁷. ويفترض في جريمة الإخفاء وجود محل الإخفاء، وهو بالضرورة شيء مصدره جريمة، ومن ثم فإن الإخفاء يقتضي جريمة أصلية والشئ المخفي، كما لا تقوم جريمة الإخفاء إلا إذا كانت الأشياء متحصلة من جنابة أو جنحة⁸⁸.

وبخصوص هاتين الجريمتين المنصوص عليهما ضمن المواد 23 و24 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، أشارت الجزائر إلى أنها أصدرت القانون رقم 05-01 في فبراير 2005، المعدل والمتمم المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما⁸⁹، والذي تضمن أحكاماً مرتبطة بإنفاذ العقوبات وكذا الجانب الوقائي، ويتناول قانون العقوبات أيضاً الجانب الإنفاذي ضمن المواد من 389 مكرر إلى المادة 389 مكرر 7، إذ يحدّد أركان فعل غسل الأموال، بما يشمل إبدال الممتلكات أو العائدات الإجرامية وإحالتها وإخفاءها واختسابها وحيازتها واستخدامها، فضلاً عن ذلك، تعتبر هذه الأحكام المشاركة في ارتكاب الجرم أو التأمر على ارتكابه من خلال تقديم مساعدة لذلك الغرض اتفاقاً إجرامياً، وتوسّع المادة 42 من هذا القانون نطاق تطبيق الأحكام العامة المتعلقة بغسل الأموال لتشمل جرائم الفساد. وتخضع جريمة غسل الأموال لعقوبة تتراوح بين خمس سنوات وعشر سنوات حبساً، ويؤدّي ارتكاب هذه الجريمة من قِبَل جماعة إجرامية منظمة أو من قِبَل شخص يستغل التسهيلات التي يتيحها له نشاطه المهني، إلى تشديد العقوبات لتتراوح بين عشر سنين وعشرين سنة، وعلاوة على ذلك، يجوز حجز ومصادرة الأموال المتأتية من عملية الغسل، مع مراعاة حقوق الأطراف الثالثة حسنة النية⁹⁰.

3-1-4 تجريم إعاقه سير العدالة

تعتبر جرائم الاعتداء على سير العدالة من أشد الجرائم خطراً على الجهاز القضائي، ووقوعها عادة ما يحدث أذى كبيراً وضرراً بالغاً، فهي ليست جريمة من فرد ضد فرد، ولكنه في الواقع ضد العدالة على يد فرد أو مجموعة من الأفراد⁹¹، وبالرجوع إلى حكم المادة 25 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد نجد أنها تقضي بضرورة إقرار تدابير تشريعية لتجريم إعاقه سير العدالة، وتحقيقاً لذلك، أشارت الجزائر إلى أن المادة 236 من قانون العقوبات تجرم استعمال الوعود أو الضغط أو التهديد أو الاعتداء لحمل الغير على الإدلاء بإقرارات أو بأقوال كاذبة أو بشهادة زور خلال سير الإجراءات القضائية، وفضلاً عن ذلك، تسري المادة 44 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته تحديداً على جرائم الفساد، وتجزم استخدام القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب أو عرض منية غير مستحقة للتحريض على الإدلاء بشهادة زور أو منع الإدلاء بالشهادة أو تقديم أدلة كاذبة بشأن جرائم الفساد، كما تجرم المادة نفسها استخدام القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب للتدخل في سير التحقيق في جرائم الفساد، وتتجاوز هذه المادة نطاق مقتضيات اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، فلا تسري فقط على الموظفين القضائيين، بل تنطبق أيضاً على كل شخص يشترك في التحقيق⁹².

86 مسعداوي يوسف، دور البنوك في محاربة عمليات غسيل الأموال غير المشروعة، مجلة الإدارة والتنمية لبحوث والدراسات، العدد الخامس، المجلد 3، العدد 1، ص 30-59، محمد محيي الدين عوض، جرائم غسل الأموال، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2004.

87 بن ملوكة كوثر، جنحة إخفاء الأشياء في القانون الجنائي للأعمال، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة وهران، 2013، ص 22.

88 أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومو للطباعة والنشر، الطبعة 18، الجزء الأول، 2015، ص 425.

89 الأمر رقم 02-12 الصادر في فبراير 2012 بشأن غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وكذا القانون رقم 15-06 المؤرخ في 15 من فبراير 2015 والمتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما.

90 الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة الجزائر، المرجع السابق، ص 6.

91 مهدي فرحان محمود فيها، أركان الجرائم المخلة بسير العدالة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2017، ص 1.

92 الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة الجزائر، المرجع السابق، ص 21.

93 عبد القادر الحسيني إبراهيم محفوظ، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في المجال الطبي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2009، ص 7.

94 الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة الجزائر، المرجع السابق، ص 8.

95 بخصوص جريمة الرشوة، انظر: جمال رحال، جريمة الرشوة في القطاع الخاص، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة المدية، العدد الخامس، يونيو 2018، ص 60-79.

96 انظر رابط الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة تونس: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/ExecutiveSummaries/V1503718a.pdf> تم الاطلاع بتاريخ 18-18-2019.

في ارتكاب أي جريمة يُعاقب عليها القانون بالسجن لأكثر من خمسة أعوام، وهو ما يشمل الجرائم التالية: ارتشاء الموظفين العموميين الوطنيين، واختلاس الممتلكات أو تبديدها أو تسريبها بشكل آخر من قبل الموظفين العموميين، وبعض حالات خيانة الأمانة، وغسل الأموال، ولا توجد نصوص تجرم الإعداد لارتكاب جريمة¹⁰⁰.

3-3-3-3 المطلب الثالث: تجريم الفساد في موريتانيا

بالرجوع إلى تقريرها القطري، بينت دولة موريتانيا مدى التزامها بتجريم مختلف صور الفساد الواردة ضمن اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وفقاً لما يلي.

3-3-3-1 تجريم الرشوة والمتاجرة بالنفوذ

بالرجوع إلى حيثيات الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة موريتانيا بخصوص تجريم الرشوة والمتاجرة بالنفوذ، أشير إلى أن الفقرتين 1 و 2 من المادة 3 من قانون مكافحة الفساد تجرم الرشوة والارتشاء من قبل الموظف العمومي، وتجرّم الفقرتان 1 و 2 من المادة 4 من قانون مكافحة الفساد الرشوة والارتشاء من قبل الموظف العمومي الأجنبي، وموظف المؤسسة العمومية الدولية، ويُعرّف هؤلاء الأشخاص في المادة 2 من قانون مكافحة الفساد، ولكن دون أن يشمل ذلك الأشخاص الذين يعملون لصالح هيئة أو مؤسسة عامة أجنبية، وتجرّم المادة 13 من قانون مكافحة الفساد الاتجار بالنفوذ الإيجابي والسلبّي وفقاً للاتفاقية، وتجرّم المادة 7 من قانون مكافحة الفساد الرشوة والارتشاء في القطاع الخاص، إذ إنها تكرّر أحكام الاتفاقية حرفياً¹⁰¹.

3-3-3-2 تجريم الاختلاس وإساءة استغلال الوظائف والإثراء غير المشروع تطبيقاً لأحكام المواد 17 و 19 و 20 و 22 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد تجرّم المادتان 10 و 14 من قانون مكافحة الفساد الاختلاس وتبديد الممتلكات، وكذلك إساءة استغلال الوظائف، وتجرّم المادة 16 من قانون مكافحة الفساد الإثراء غير المشروع وتعاقبه بالحرمان من الحقوق المدنية إضافة إلى المصادرة، وتجرّم المادة 376 من القانون الجنائي اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص¹⁰².

3-3-3-3 تجريم غسل الأموال والإخفاء

أصدرت موريتانيا قانونها المتعلق بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب¹⁰³ تماشياً مع أحكام المواد 23 و 24 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وتجرّم المادة 2 من هذا القانون فعل غسل الأموال، ويشمل الجرم الأصلي لغسل الأموال أي جريمة أو جنحة، حتى إن ارتكبت خارج الأراضي الموريتانية حسب المادة 1 من هذا القانون، وتجرّم المادة 44 من القانون نفسه ارتكاب غسل الأموال والتواطؤ فيه، وتعاقب هذه الأفعال بالعقوبات نفسها التي يُعاقب بها مرتكب الجريمة الرئيسي، وتجرّم المادة 17 من قانون مكافحة الفساد، والمادتان 435 و 436 من قانون العقوبات، والمادة 2 من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب فعل الإخفاء¹⁰⁴.

3-3-3-4 تجريم إعاقة سير العدالة

تجرّم المادة 18 من قانون مكافحة الفساد الموريتاني إعاقة سير العدالة، إذ إنها تكرّر صياغة الاتفاقية حرفياً بهذا الصدد¹⁰⁵ فقد نصّت المادة 25 منها على أن تعتمد كل دولة طرف ما قد يلزم من تدابير تشريعية وتدابير أخرى لتجريم الأفعال التالية عندما ترتكب عمداً:

- استخدام القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب أو الوعد بمزّية غير مستحقّة أو عرضها أو منحها للتحريض على الإدلاء بشهادة زور، أو للتدخل في الإدلاء بالشهادة، أو تقديم الأدلة في إجراءات تتعلق بارتكاب أفعال مجرّمة وفقاً لهذه الاتفاقية.

3-2-2-2 تجريم الاختلاس وإساءة استغلال الوظائف والإثراء غير المشروع بخصوص تجريم الاختلاس وإساءة استغلال الوظائف والإثراء غير المشروع وفقاً لمقتضيات المواد 15 و 16 و 18 و 21 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، أوضح التقرير القطري لدولة تونس أن أحكام الفصول 96 و 99 و 100 من المجلة الجزائية، تجرّم اختلاس الموظفين العموميين للممتلكات، ويشمل ذلك جميع أنواع الممتلكات الخاصة والعامة على حد سواء، وقد جرّمت تونس أفعالاً عديدة يمكن اعتبار أنها تندرج تحت إساءة استغلال الوظائف ضمن الفصولين 95 و 97 مكرر من المجلة الجزائية. وبالإضافة إلى ذلك، يعتبر استعمال الموظف العمومي أو من يعامل معاملة الموظف العمومي خصائص وظيفته أو وسائل تابعة لها لارتكاب جريمة من الظروف المشدّدة للعقوبة، وفق الفصل 114 من المجلة الجزائية، وفي حين أنه لا يوجد في القانون التونسي نصّ يجرم الإثراء غير المشروع، حيث أشارت تونس إلى وجود مشروع قانون قيد نظر الحكومة لتجريم هذا الفعل حالياً، وتجرّم التشريعات التونسية أفعالاً متعدّدة تندرج تحت اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص، مثل إساءة استعمال ممتلكات الشركات، أو الاستيلاء بطريق الاحتيال أو خيانة الأمانة ضمن الفصول 258 و 263 و 297 و 300 من المجلة الجزائية، والفصل 223 من مجلة الشركات التجارية⁹⁷.

3-2-3-3 تجريم غسل الأموال والإخفاء

أشارت تونس بخصوص مسألة تجريم غسل الأموال إلى أن الفصل 62 من قانون منع غسل الأموال يُجرّم غسل عائدات الجريمة وفقاً لأحكام الاتفاقية، ولا يفترّق هذا الفصل بين غسل الأموال على يد مرتكب الجرم الأصلي وغسلها على يد الغير، وتسري الأحكام المتعلقة بغسل الأموال ولو كانت الجريمة الأصلية قد ارتكبت خارج البلاد، كما تسري الأحكام العامة الواردة بالمجلة الجزائية بشأن المشاركة والتآمر والشروع ضمن الفصول 131 و 132 و 59، 32 على جريمة غسل الأموال. وبالنسبة لجريمة الإخفاء فهي مشمولة بالفصل 23 من المجلة الجزائية باعتبارها من الأفعال التي تنطوي على المساعدة والتحريض على ارتكاب جريمة⁹⁸.

3-2-4-4 تجريم إعاقة سير العدالة

حسب ما جاء في التقرير القطري لدولة تونس، بشأن تجريم إعاقة سير العدالة الوارد ضمن المادة 25 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، فإن الفصل 244 من المجلة الجزائية يُجرّم بعبارة عامة استخدام أي وسيلة للتحريض على الإدلاء بشهادة زور، ومع ذلك فالقانون التونسي لا يُجرّم استخدام القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب أو الوعد بمزّية غير مستحقّة أو عرضها أو منحها للتدخل في الإدلاء بالشهادة أو الحصول على الأدلة أو التدخل في تقديمها، ويجرّم الفصل 112 من المجلة الجزائية استخدام العنف أو التهديد باستخدامه في حق موظف عمومي لجره على فعل أو ترك أمر من علائق وظيفته⁹⁹.

3-2-5-5 مسؤولية الشخصيات الاعتبارية

فيما يخصّ الأفعال المُجرّمة وفقاً للاتفاقية، ورد ضمن التقرير القطري لدولة تونس أن قانونها لا ينصّ على المسؤولية الجنائية للشخصيات الاعتبارية، إلا فيما يتعلّق بغسل الأموال ضمن الفصل 66 من قانون غسل الأموال، ولا يترتب على هذه المسؤولية الإخلال بالمسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعيين الذين ارتكبوا الجرائم.

3-2-6-6 تجريم المشاركة والشروع

بخصوص تجريم المشاركة والشروع في جرائم الفساد، يُجرّم الفصل 32 من المجلة الجزائية التونسية المساعدة والتحريض، وينطبق على الأفعال المجرّمة بموجب الاتفاقية، ويجرّم الفصل 59 من المجلة الجزائية الشروع

97 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة تونس، المرجع السابق، ص 3.

98 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة تونس، المرجع السابق، ص 4.

99 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة تونس، المرجع نفسه، ص 4.

100 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة تونس، المرجع السابق، ص 2.

101 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة موريتانيا، المرجع السابق، ص 2.

102 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة موريتانيا، المرجع نفسه، ص 3.

103 القانون رقم 2019-017 المتضمن مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، الذي ألغى القانون رقم 2005-048 الصادر بتاريخ 27 يوليو 2005، المتعلق بمكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب.

104 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة موريتانيا، المرجع السابق، ص 3.

105 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة موريتانيا، المرجع نفسه، ص 3.

3-4-3 تجريم الاختلاس وإساءة استعمال الوظائف والإثراء غير المشروع
استشهد المغرب بالفصول 547 و549 و550 و555 من القانون الجنائي المغربي، فضلاً عن المادتين 414 و423 من قانون الشركات، والمادة 724 من مدونة التجارة التي تتناول جريمة الاختلاس في القطاع الخاص، كما يجري تجريم اختلاس أو سرقة الممتلكات أو أي إهدار للممتلكات، ومع ذلك وصف خبراء التقييم العقوبات المفروضة على جريمة الاختلاس في القطاع الخاص بالنسائل، وربما يتسم تأثيرها الرادع بالحدودية، وذكرت دولة المغرب أنها لم تتخذ أي خطوات نحو إيجاد الإثراء غير المشروع ضمن الجرائم الجنائية.

وبخصوص إساءة استغلال الوظائف، قدّم المغرب نص الفصل 250 من القانون الجنائي المغربي، وكذا الفصل 243 منه، وذكر خبراء التقييم أن الفصل 250 من القانون الجنائي المغربي لا يجرم إساءة استغلال الوظائف المتوخى في المادة 19 من الاتفاقية، رغم أن جريمة خيانة الأمانة من المادة 243 من قانون العقوبات تحتوي على بعض العناصر من المادة 19 من الاتفاقية، لذلك جرى تشجيع المغرب على تعديل تشريعها حتى يقترب أكثر من أحكام المادة 19 من الاتفاقية.¹¹²

3-4-4 تجريم إعاقة سير العدالة

فيما يتعلق بتنفيذ المادة 25 من الاتفاقية، استشهد المغرب بالفصل 373 من مجموعة القانون الجنائي المغربي، ونصه كالتالي: من استعمل الوعود أو الهبات أو الهدايا أو الضغط أو التهديد أو العنف أو المناورة أو التحايل لحمل الغير على الإدلاء بشهادة أو تصريحات أو تقديم إقرارات كاذبة، في أي حالة كانت عليها الدعوى، أو بقصد إعداد طلبات أو دفع عقوبات، في أي مادة كانت، يُعاقب بالحبس من شهر واحد إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتين إلى ألفي درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، سواء أدّى تدخله إلى نتيجة أم لا، ما لم يكن فعله مشاركة في جريمة أشد، وفيما يتعلق بتنفيذ المادة 25 (ب) من الاتفاقية، استشهد المغرب بالفصل 238 من مجموعة القانون الجنائي المغربي، ونصه كالتالي: «يُعاقب بالتجريد من الحقوق الوطنية كل عامل أو باشا أو قائد ممتاز أو قائد أو حاكم إداري تدخل إما في عمل من أعمال السلطة التشريعية، وذلك بإصدار نظم تتضمن نصوصاً تشريعية، أو بتعطيل أو توقيف تنفيذ قانون أو أكثر، وإما في عمل من أعمال السلطة القضائية بإصدار أمر أو نهي إلى المحاكم»، وأشار خبراء التقييم إلى أن العقوبات الحالية المفروضة على عرقلة سير العدالة متساهلة إلى حد ما، مما أثار بعض المخاوف بشأن التأثير الرادع لهذه العقوبات.¹¹³

3-4-5 مسؤولية الشخصيات الاعتبارية

في معرض حديثها عن مسؤولية الشخصيات الاعتبارية تطبيقاً لحكم المادة 26 من اتفاقية الأمم المتحدة أشار المغرب إلى أنه رغم أن التشريع الجنائي المغربي لا يتضمن -على وجه التحديد- حكماً يحدد المسؤولية الجنائية للشخصيات الاعتبارية بوجه عام، فإن هناك عدداً من مواد القانون الجنائي تتضمن العقوبات الجزائية والتدابير الرادعة الموجهة نحو الشخصيات الاعتبارية التي تحمل المسؤولية القانونية عن جرائم يعينها، بناءً على ذلك تدفع السلطات المغربية بأن قوانينها لا تعترف بالمسؤولية الجنائية فيما يتعلق بالشخصيات الاعتبارية.¹¹⁴

• استخدام القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب للتدخل في ممارسة أي موظف قضائي أو معني بإنفاذ القانون مهامه الرسمية، فيما يتعلق بارتكاب أفعال مُجرّمة وفقاً لهذه الاتفاقية.

3-3-5 مسؤولية الشخصيات الاعتبارية

تجسيذاً لحكم المادة 26 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بشأن مسؤولية الشخصيات الاعتبارية، نصّت المادة 22 من قانون مكافحة الفساد والمادة 60 من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب على المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتباريين، دون الإخلال بمسؤولية المديرين، بوصفهم فاعلين رئيسيين أو شركاء، غير أنّ نطاقها يقتصر على الجرائم المنصوص عليها في هذين القانونين، وطبقاً للمادة 22 من قانون مكافحة الفساد تكون العقوبات المطبقة على الشخص الاعتباري هي الغرامة، التي تتراوح بين خمسة وعشرة أضعاف العقوبات المفروضة على الأشخاص الطبيعيين، وحظر ممارسة النشاط، وحل المؤسسة في حالة العود، وكذلك فإن إلغاء منح العقد منصوص عليه في قانون المشتريات العامة في حالات الفساد.¹⁰⁶

3-4-4 المطلب الرابع: تجريم الفساد في المغرب

تطبيقاً لأحكام الفصل الثالث من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المتعلقة بالتجريم وإنفاذ القانون، والذي تضمن توصيات بضرورة أن تعتمد كل دولة طرف ما يلزم من تدابير تشريعية لتجريم طائفة الأفعال المعتبرة فساداً في نطاق الاتفاقية، أوضح المغرب في تقريره القطري أن لديه أحكاماً متعلقة بذلك، إذ كان منصوصاً عليها ضمن قانون العقوبات وعُدل في عديد من المناسبات، وكذا قانون المسطرة الجنائية، ونُقلت إلى الهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة وممارستها.

3-4-1 تجريم الرشوة والمتاجرة بالنفوذ

أشار المغرب ضمن تقريره القطري إلى أن قضية رشوة الموظفين الحكوميين الوطنيين تحظى بالتغطية الكافية في التشريع المغربي، وقدّمت نص الفصل 251 الذي يتناول الرشوة والفصل 248¹⁰⁷ الذي يتناول الارتشاء ضمن القانون الجنائي المغربي، ومن ناحية أخرى لاحظ خبراء المراجعة عدم وجود حكم قانوني محدد يجرم رشوة الموظفين الحكوميين الأجانب في التشريع المغربي، فضلاً عن ذلك، أوضح هؤلاء الخبراء أن عدم وجود مثل هذا الحكم من تحديات تنفيذ الاتفاقية من جانب المغرب، وأقرّ المغرب أنه يجري تناول هذه القضية في مشروع تعديل قانون العقوبات الذي لا يزال قيد المناقشة.¹⁰⁸ وبخصوص تجريم المتاجرة بالنفوذ وفقاً لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، قدّم المغرب نصوص الفصلين 250 و251 من القانون الجنائي المغربي، غير أن -حسب خبراء المراجعة- هذه النصوص لا تعكس تماماً عناصر الجريمة المنصوص عليها في الاتفاقية.¹⁰⁹

3-4-2 تجريم غسيل الأموال

أوضحت المملكة المغربية أن القانون الجنائي المغربي يجرم غسيل الأموال بموجب القانون رقم 05/43 الخاص بغسيل الأموال¹¹⁰ وقد عدّلت الأحكام القانونية المتعلقة بذلك بموجب القانون رقم 03/10 الذي اعتمد في يناير 2011 ومدّه هذا القانون نطاق الجرائم المسندة إلى جرائم غسيل الأموال وتجريم الشروع في غسيل الأموال، فضلاً عن تعزيز إطار العمل وتدابير منع غسيل الأموال.¹¹¹

106 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة موريتانيا، المرجع السابق، ص.3.

107 ينص هذا الفصل على ما يلي: يُعد مرتكباً لجريمة الرشوة، من طلب أو قبل عرضاً أو وعداً أو طلباً أو تسلّم هبة أو هدية أو أي فائدة أخرى من أجل: القيام بعمل من أعمال وظيفته بصفته قاضياً أو موظفاً عمومياً أو متولياً مركزاً نيابياً أو الامتناع عن هذا العمل، سواء كان عملاً مشروعاً أو غير مشروع، طالما أنه غير مشروط بأجر، وكذلك القيام أو الامتناع عن أي عمل ولو أنه خارج عن اختصاصاته الشخصية إلا أن وظيفته سهلت له، أو كان من الممكن أن تسهله - إصدار قرار أو إبداء رأي لمصلحة شخص أو ضدّه، وذلك بصفته حكماً أو خبيراً عيّنه السلطة الإدارية أو القضائية أو اختاره الأطراف - الانحياز لصالح أحد الأطراف أو ضدّه، وذلك بصفته أحد رجال القضاء أو المحلفين أو أحد أعضاء هيئة المحكمة - إعطاء شهادة كاذبة بوجود أو عدم وجود مرض أو عاهة أو حالة حمل أو تقديم بيانات كاذبة عن أصل مرض أو عاهة أو عن سبب وفاة، وذلك بصفته طبيبياً أو جراحاً أو طبيب أسنان أو مولدة.

108 انظر التقرير القطري لدولة المغرب، مرجع سابق، ص.17.

109 انظر التقرير القطري لدولة المغرب، المرجع نفسه، ص.25.

110 ظهير شريف رقم 1.07.79 صادر في 28 من ربيع الأول 1428 (17 أبريل 2007) بتنفيذ القانون رقم 43.05 المتعلق بمكافحة غسل الأموال، الجريدة الرسمية عدد 5522 بتاريخ 14 من ربيع الآخر 1428 (3 مايو 2007)، ص.1359.

111 انظر التقرير القطري لدولة المغرب، المرجع السابق، ص.18.

112 انظر التقرير القطري لدولة المغرب، المرجع نفسه، ص.27.

113 انظر التقرير القطري لدولة المغرب، مرجع سابق، ص.40.

114 انظر التقرير القطري لدولة المغرب، مرجع نفسه، ص.41.

أيضاً هذه الأفعال، لا سيّما في المواد 14 و15 و37 منه، ولكن بشكل مطلق. وجُرّمت ليبيا استغلال موظف عمومي منصبه أو عمله لتحقيق منفعة له أو لغيره، وذلك في قانون العقوبات المواد 231 ومن 233 إلى 236، وفي قانون الجرائم الاقتصادية المواد 30 و33 و34، وفي المادة 1 من قانون إساءة استعمال الوظيفة أو المهنة. وجُرّمت ليبيا الإثراء غير المشروع في المادة 6 من قانون التطهير والمادة 1 من قانون «من أين لك هذا؟»، وجُرّمت المادة 465 من قانون العقوبات فعل اختلاس نقود وأموال منقولة في القطاع الخاص دون سائر الممتلكات لا سيّما الأموال غير المنقولة.¹¹⁸

3-5-4 تجريم إعاقه سير العدالة

بالنسبة لهذه الجريمة، أشارت ليبيا إلى أنها جُرّمت بموجب المادة 269 من قانون العقوبات فعل تقديم عطية نقدية أو أي منفعة أخرى أو وعد بها، إلى شاهد أو خبير أو مترجم، لحمله على شهادة زور أو الإدلاء برأي غير صحيح أو القيام بترجمة كاذبة في حالة عدم قبول العطية أو المنفعة أو الوعد، ويطبق الحكم نفسه إذا قبلت العطية أو الوعد دون حصول الكذب أو الزور، وجُرّمت المواد 75 و429 و430 من القانون عينه الإكراه أو استعمال العنف أو التهديد لإرغام الغير على ارتكاب جريمة، بما فيها جريمة المادة 226 المتعلقة بشهادة الزور، ولم تجرّم ليبيا الوعد بمزية غير مستحقة أو عرضها أو منحها للتحريض على الإدلاء بشهادة زور أو للتدخل في الإدلاء بالشهادة في حالة القبول وحصول الكذب أو الزور، كما لم تجرّم استخدام القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب أو الوعد بمزية غير مستحقة أو عرضها أو منحها للتدخل في تقديم أدلة خلال إجراءات تتعلق بارتكاب أفعال مجرّمة وفقاً للاتفاقية.

وجُرّمت ليبيا استخدام القوة البدنية أو التهديد أو الترهيب ضد موظف حكومي في قانون العقوبات، المواد من 245 إلى 248، والمادة 3 من قانون «من أين لك هذا؟» التي جُرّمت استغلال شخص وظيفته أو مهنته أو مكانته أو تأثيره في تخويف الغير أو التأثير فيهم أو إرغام القائمين بتنفيذ القوانين على القيام بعمل مخالف لها، أو إيهامهم بأنه لا يخضع لأحكامها.¹¹⁹

3-5-5 مسؤولية الشخصيات الاعتبارية

بالنسبة للشخصيات الاعتبارية في ليبيا، لم تنص التشريعات الليبية على مسؤولية شخصياتها الجنائية، فيما يتعلق بالجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية سوى بالنسبة لجريمة غسل الأموال ضمن المادة 48 منه، ويمكن البناء على المواد 53 و166 و177 من القانون المدني لتقرير مسؤولية الشخص الاعتباري المدنية إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها، كما أنّ المشتدع الليبي نص على المسؤولية الإدارية للشخص الاعتباري في عدة قوانين، إلا أنّ هذه المسؤولية تبدو محصورة في حالات مخالفة القوانين ذات الصلة، دون أن تمتدّ لجرائم الفساد، ولا تمس مسؤولية الشخص الاعتباري متى كانت مقرّرة بالمسؤولية الجنائية للشخصيات الطبيعية التي ارتكبت الجرائم الفقرة 4 من المادة 49 من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب، وباستثناء العقوبات الجنائية المنصوص عليها بالنسبة لجريمة غسل الأموال، لا تخضع التشريعات الليبية الشخصيات الاعتبارية لعقوبات فعّالة ومتناسبة وراذعة عند المشاركة في الأفعال المجرّمة وفقاً للاتفاقية.¹²⁰

3-5-6 تجريم المشاركة والشروع

عالج قانون العقوبات الليبي موضوع المشاركة الجرمية في المواد 100 إلى 103 مكررة (ب) منه، كما جرّم الشروع في ارتكاب أيّ جنائية أو جنحة في المواد 59 و60 و61 منه، مما يشمل الأفعال المجرّمة وفقاً للاتفاقية في ليبيا، ولا يعاقب القانون الليبي على الأعمال التحضيرية لارتكاب الجريمة.¹²¹

3-4-6 تجريم المشاركة والشروع

فيما يتعلق بتجريم المشاركة والشروع طبقاً للمادة 27 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، أشار المغرب إلى أن الأحكام التي تنظم القانون الجنائي العام والتي تطبق على جميع الجرائم، تغطي المشاركة والشروع في ارتكاب الجريمة، وقد عرض المغرب نصوص الفصول 114 و117 و128 و129 و130 من القانون الجنائي المغربي للتدليل على التزامه بنص المادة 27 من الاتفاقية.¹¹⁵

3-5 تجريم الفساد في ليبيا

أسوة ببقية الدول المغاربية، أوردت ليبيا ضمن تقريرها القطري الأحكام التي تتضمنها تشريعاتها الداخلية بخصوص تجريم صور الفساد المختلفة، وتعتبر متوافقة مع ما أوردته اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، مع بيان الأفعال التي لم تجرّم وتحتاج إلى تنظيمها للتوافق مع أحكام الاتفاقية، وهو ما سنبينه من خلال النقاط التالية.

3-5-1 تجريم الرشوة والمتاجرة بالنفوذ

أشارت ليبيا ضمن تقريرها القطري إلى أنها تجرّم الرشوة والمتاجرة بالنفوذ، إذ تجرّم المادة 226 من قانون العقوبات والمادة 31 من القانون بشأن الجرائم الاقتصادية طلب موظف أو قبوله أو أخذه رشوة لأداء عمل أو للامتناع عن عمل من أعمال وظيفته أو للإخلال بواجباته، كما جُرّمت المادة 226 قبول الموظف عطية عن عمل من أعمال وظيفته قام به، وتجرّم المادة 229 من قانون العقوبات والمادة 22 من القانون بشأن الجرائم الاقتصادية رشوة الموظف في حالة رفض الرشوة، أما في حالة قبولها، فيعاقب الراشي بناءً على المادة 226 من قانون العقوبات والمادة 21 من القانون بشأن الجرائم الاقتصادية اللتين تنصان على أنّ العقوبة تتناول أيضاً الراشي والوسيط، مما يغطي الرشوة غير المباشرة، ولم تجرّم التشريعات الليبية رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المؤسسات الدولية العمومية ولا ارتشاههم.

وتجرّم المادة 227 من قانون العقوبات طلب موظف عمومي أو قبول رشوة لاستعمال نفوذ حقيقي أو مزعوم للحصول أو محاولة الحصول من أي سلطة عامة أو أي جهة خاضعة لإشرافها على مزية من أي نوع كانت، كما جُرّمت المادة 31 من القانون بشأن الجرائم الاقتصادية ارتشاه أيّ شخص للمتاجرة بنفوذ، ولم تغطّ التشريعات الليبية رشوة الموظفين العموميين للمتاجرة بنفوذهم في حالة رفض الرشوة، كما لم تغطّ رشوة أشخاص من غير الموظفين العموميين للمتاجرة بنفوذهم، وجُرّمت ليبيا طلب الرشوة في القطاع الخاص أو قبولها وذلك في المادة 229 مكررة ب من قانون العقوبات دون أن تجرّم الوعد بالرشوة أو عرضها أو منحها.¹¹⁶

3-5-2 تجريم غسل الأموال والإخفاء

أشارت ليبيا إلى أنها جُرّمت غسل العائدات الإجرامية بموجب المادة 38 من قانون مكافحة غسل الأموال وتمويل الإرهاب لسنة 2017، كما جُرّمت مختلف أوجه المشاركة الجرمية بالإضافة إلى الشروع بارتكاب هذه الجريمة بموجب المادتين 38 و40 من القانون نفسه، وجُرّمت التشريعات الليبية إخفاء الأشياء الناجمة عن جنائية أو جنحة، كجريمة مستقلة، سواء في حالة وجود اتفاق سابق أو عدم وجود مثل هذا الاتفاق، في المادة 465 مكرر (أ) من قانون العقوبات، والمادة 20 من قانون التطهير والمادة 5 من قانون «من أين لك هذا؟»¹¹⁷

3-5-3 تجريم الاختلاس وإساءة استغلال الوظائف والإثراء غير المشروع

بخصوص تجريم الاختلاس وإساءة استغلال الوظائف والإثراء غير المشروع، أوردت ليبيا ضمن تقريرها القطري أنها جُرّمت ضمن المادة 230 من قانون العقوبات فعل اختلاس أو تبيد موظف عمومي لما أوكل إليه بحكم وظيفته من نقود وأموال منقولة، دون سائر الممتلكات لا سيّما الأموال غير المنقولة، غير أنّ قانون الجرائم الاقتصادية غطى هذا النقص فجّرّم

115 انظر التقرير القطري لدولة المغرب، مرجع نفسه، ص 44.

116 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة ليبيا، المرجع السابق، ص 3.

117 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة ليبيا، المرجع السابق، ص 4.

118 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة ليبيا، المرجع نفسه، ص 4.

119 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة ليبيا، المرجع السابق، ص 4.

120 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة ليبيا، المرجع نفسه، ص 5.

121 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة ليبيا، المرجع السابق، ص 5.

4-2-2-2-4 المطلب الثاني: حماية الشهود والخبراء المبلغين عن جرائم الفساد في موريتانيا والمغرب وليبيا

4-2-1-2-4 حماية الشهود والخبراء المبلغين عن جرائم الفساد في موريتانيا

تطبيقاً لأحكام المادتين 32 و33 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، بخصوص حماية الشهود والخبراء والمبلغين، تمنح المادة 19 من قانون مكافحة الفساد للمبلغين عن المخالفات والشهود والخبراء والضحايا وأقاربهم حماية خاصة تضمنها الدولة، وتُجرّم أعمال الانتقام والترهيب والتهديد ضدهم، وتنص المواد 11 و12 و13 من المرسوم 2017-18¹²⁶ على تدابير تكفل عدم ذكر هوية هؤلاء الأشخاص، غير أن موريتانيا لم تتخذ تدابير تمنحهم مكان إقامة جديداً، ولم تعتمد قواعد تسمح لهم بتقديم شهادتهم عن طريق تقنيات الاتصال مثل وصلات الفيديو أو غيرها من الوسائل المناسبة، ولم تُبرم أي اتفاقات لتوفير مكان إقامة جديداً لهم.

أما فيما يخص إجراءات الحماية التي أقرها هذا المرسوم، فقد وردت في المواد 8 إلى 13 منه، وهي كالآتي:

- الحماية المنزلية، تُفتش منازل الأشخاص المستفيدين من الحماية من طرف متخصصين تابعين لمصالح المخابرات والأمن، لتقدير انسجامها مع شروط الأمن، وتقديم النصائح الضرورية عند الحاجة.
- النقل للإقامة في أماكن آمنة على نفقة الدولة، حال وجود تهديد فعلي، ويستمر هذا الإجراء طالما قُدرت مصالح الأمن ضرورته.
- الترخيص بحمل السلاح، إذ تضع المديرية العامة للأمن الوطني تحت تصرف الأشخاص الخاضعين للحماية -على سبيل الإغارة- أسلحة فردية لأمنهم الشخصي، مع إعطائهم التدريبات الكافية لاستعمالها، فقط في حالات الدفاع الشرعي، مع عدم جواز إعارتها أو بيعها، تحت طائلة المسؤولية.
- استخدام سيارات خاصة، إذ يركّض للأشخاص الخاضعين للحماية استخدام سيارات مفضلة، ودون لوحات ترقيم، أو تحمل لوحات ترقيم مموهة.

4-2-2-4-2 حماية الشهود والخبراء المبلغين عن جرائم الفساد في المغرب

مما ورد في التقرير القطري لدولة المغرب بشأن تدابير حماية الشهود والمبلغين عن جرائم الفساد، أن التشريع المغربي يضع إطاراً ملائماً لحماية الشهود والخبراء والضحايا، لكنه لا يتضمّن برنامجاً محدداً وشاملاً لحماية الشهود، ومن المتوقع أن يعمل تعديل قانون الإجراءات الجزائية على تعزيز حماية الشهود والخبراء والأشخاص الذين يُبلغون، مما يعكس النظام الشامل المنصوص عليه في الاتفاقية، يتضمّن التشريع الخاص بمكافحة غسيل الأموال المعمول به بالفعل أحكاماً تتعلق بحماية الأشخاص الذين يُقدّمون بلاغات بحسن نية عن المعاملات المشبوهة.¹²⁷

4-2-3-2-4 حماية الشهود والخبراء المبلغين عن جرائم الفساد في ليبيا

أوردت ليبيا ضمن تقريرها القطري أنها لم تتخذ أي تدابير لتوفير حماية فعالة للشهود والخبراء الذين يُدلّون بشهادة تتعلق بأفعال مجرّمة وفقاً للاتفاقية، ولا تسمح بالإدلاء بالشهادة باستخدام تكنولوجيا الاتصالات، كما لا يتيح التشريع الليبي إمكانية عرض آراء وشواغل الضحايا وأخذها بعين الاعتبار في المراحل المناسبة من الإجراءات الجنائية المُتخذة ضد الجناة، ولا تنص التشريعات الليبية على حماية قانونية للمبلغين.¹²⁸

4-0-المبحث الثالث: حماية الشهود والخبراء المبلغين عن جرائم الفساد في التشريعات المغاربية

من المسائل الأكثر إلحاحاً وأهمية في سياق مكافحة جرائم الفساد، توفير الحماية القانونية للمتعاونين مع العدالة من شهود وخبراء ومبلغين، على اعتبار أنهم يؤدون مهاماً جسيمة محفوفة بالكثير من المخاطر، وهو ما أدركه المجتمع الدولي¹²² وترجمته اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد كأحد أهم البنود الواجب تحقيقها ضمن أي آلية لمكافحة الفساد، ضمن المادة 32 منها بعنوان حماية الشهود والخبراء والضحايا والتي نصّت على أن تتخذ كل دولة طرف تدابير مناسبة وفقاً لنظامها القانوني الداخلي، وضمن حدود إمكانياتها، لتوفير حماية فعالة للشهود والخبراء الذين يُدلّون بشهادة تتعلق بأفعال مجرّمة وفقاً لهذه الاتفاقية وكذلك لأقاربهم وسائر الأشخاص وثيقي الصلة بهم عند الاقتضاء، من أي انتقام أو ترهيب مُحتمل.¹²³ كما نصّت المادة 33 بعنوان حماية المبلغين على أن تنظر كل دولة طرف في أن تُدخل بصلب نظامها القانوني الداخلي تدابير مناسبة لتوفير الحماية من أي معاملة لا مسوّغ لها لأي شخص يُبلغ -بحسن نية والأسباب وجيهة- السلطات المختصة بأي وقائع تتعلق بأفعال مجرّمة وفقاً لهذه الاتفاقية.

وأوردت التشريعات المغاربية ردودها على هذه النقطة ضمن تقاريرها القطرية، وبخصوص ما إذا كانت لديها إجراءات وأدوات لحماية هؤلاء الأشخاص المتعاونين مع العدالة نوردها ضمن النقاط التالية.

4-1-4 المطلب الأول: حماية الشهود والخبراء المبلغين عن جرائم الفساد في الجزائر وتونس

4-1-1-4 حماية الشهود والخبراء المبلغين عن جرائم الفساد في الجزائر

جاء ضمن التقرير القطري الجزائري بشأن مسألة حماية الشهود والخبراء والمبلغين عن الفساد، أن المادة 45 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته تجرّم فعل الانتقام من الشهود والخبراء وأفراد عائلاتهم أو ترهيبهم أو تهديدهم، كما أوضحت الجزائر أن قوانينها لا تشمل على تدابير محدّدة لتوفير الحماية أو تدابير خاصة بتغيير أماكن الإقامة أو بالإدلاء بالشهادة من وراء حجاب، ومع ذلك، أشارت إلى أنه يجري النظر في تدابير خاصة بحماية الشهود يمكن اعتمادها مستقبلاً، وتسمح المواد 29 مكرر و72 و74 و353 من قانون الإجراءات الجزائية للضحايا ومحاميهم أن تُسمع أقوالهم في المحكمة في جميع مراحل الإجراءات، وتُجيز للضحية أن يدّعي مدنياً في أي إجراءات جنائية.¹²⁴

4-2-1-4 حماية الشهود والخبراء المبلغين عن جرائم الفساد في تونس

حسبما ورد في التقرير القطري لدولة تونس، فإن القانون التونسي لا يوفّر نظاماً متكاملًا لضمان حماية الضحايا أو الشهود أو الخبراء الذين يُدلّون بشهادة أو أقاربهم أو سائر الأشخاص وثيقي الصلة بهم، مما قد يركّب في حقهم من انتقام أو ترهيب، ومع ذلك فهناك أحكام في عدّة نصوص تنصّ على تدابير حماية محدّدة، واستخدام وسائل الاتصال المرئية أو المسموعة لسماع الشهود والخبراء ليس منصوصاً عليها إلا فيما يخص المحاكمات المتعلقة بالإرهاب، وليس لدى تونس تدابير ملائمة لضمان توفير الحماية من المعاملة التعسفية لأي شخص يُبلغ السلطات عن جرائم فساد.¹²⁵

122 لمزيد من التفصيل بشأن موضوع حماية المبلغين والشهود والخبراء، انظر: رامي متولي القاضي، الحماية الجنائية للأشخاص المتعاونين مع العدالة، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد 3، السنة 40، سبتمبر 2016، ص 106.

123 تنص الفقرات 2.3، 4.5 من هذه المادة على ما يلي: -يجوز أن تشمل التدابير المتوخّاة في الفقرة 1 من هذه المادة، ودون مساس بحقوق المدّعي عليه، بما في ذلك حقه في محاكمة حسب الأصول: (أ) إرساء إجراءات لتوفير الحماية الجسدية لأولئك الأشخاص، كالقيام مثلاً، بالقرع اللازم والممكن عملياً، بتغيير أماكن إقامتهم والسماح، عند الاقتضاء، بعدم إفشاء المعلومات المتعلقة بهويتهم وأماكن وجودهم أو بغرض قيود على إفشائها. (ب) توفير قواعد خاصة بالأدلة تتيح للشهود والخبراء أن يدلّوا بأقوالهم على نحو يكفل سلامة أولئك الأشخاص، كالسماح مثلاً بالإدلاء بالشهادة باستخدام تكنولوجيا الاتصالات، مثل وصلات الفيديو أو غيرها من الوسائل الملائمة. فقرة 3 تنظر الدول الأطراف في إبرام اتفاقات أو ترتيبات مع دول أخرى بشأن تغيير أماكن إقامة الأشخاص المشار إليهم في الفقرة 1 من هذه المادة. فقرة 4 -تسري أحكام هذه المادة أيضاً على الضحايا إذا كانوا شهوداً. فقرة 5 -تتيح كل دولة طرف، رهنا بقانونها الداخلي، إمكانية عرض آراء وشواغل الضحايا وأخذها بعين الاعتبار في المراحل المناسبة من الإجراءات الجنائية المُتخذة ضد الجناة، على نحو لا يمسّ حقوق الدفاع.

124 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة الجزائر، المرجع السابق، ص 9.

125 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة تونس، المرجع السابق، ص 6.

126 الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، بتاريخ 15-04-2017، العدد 1385، ص 248.

127 انظر التقرير القطري لدولة المغرب، مرجع السابق، ص 21.

128 انظر الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة ليبيا، المرجع السابق، ص 6.

ويمكن اتخاذ هذه التدابير قبل مباشرة المتابعة الجزائية وفي أي مرحلة من الإجراءات القضائية.

أما بالنسبة للتدابير الإجرائية لحماية الشهود والخبراء والضحايا فتتمثل في -حسب المادة 65 مكرر 23- عدم الإشارة لهويته، أو ذكر هوية مستعارة في أوراق الإجراءات، وكذا عدم الإشارة إلى عنوانه الصحيح في أوراق الإجراءات، والإشارة بدلاً من ذلك إلى مقر الشرطة القضائية -أين يُستمع إليه- أو إلى الجهة القضائية التي سيؤول إليها النظر في القضية، وتحفظ الهوية والعنوان الحقيقيان للشاهد، وكذا المعلومات السرية المتعلقة به في ملف خاص يمسكه وكيل الجمهورية.¹³⁵

كما نصّت المادة 65 مكرر 27 على أنه يمكن لجهة الحكم تلقائياً، أو يطلب من الأطراف سماع الشاهد مخفي الهوية بوضع وسائل تقنية تسمح بكتمان هويته، بما في ذلك السماع عن طريق المحادثة المرئية عن بُعد، واستعمال الأساليب التي لا تسمح بمعرفة صورة الشخص وصوته. زيادة على التدابير السابقة فإن المادة 65 مكرر 28 تعاقب على الكشف عن هوية أو عنوان الشاهد المحمي، بالحبس من 6 أشهر إلى 5 سنوات وبغرامة من 500000 إلى 500000 دينار جزائري.

إلا أن ما يلاحظ على هذا النصّ الذي استحدثه المشرع الجزائري أنه أغفل مسألة حماية المبلغين عن جرائم الفساد، بخلاف ما أورده المادة 33 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتي نصّت على أن تنظر كل دولة طرف في أن تدخل في صلب نظامها القانوني الداخلي تدابير مناسبة لتوفير الحماية من أي معاملة لا مسوغ لها لأي شخص، يُبلغ بحسن نية ولأسباب وجيهة والسلطات المختصة بأي وقائع تتعلق بأفعال مُجرّمة وفقاً لهذه الاتفاقية.¹³⁶

5-2-2 المطلب الثاني: أحكام مستجدة ومستحدثة بعد التقرير القطري لدولة تونس

من الأمور المستجدة بعد إصدار التقرير القطري لدولة تونس قيامها بعدد من الإجراءات المهمة في سياق تحسين وتطوير منظومتها القانونية في مجال مكافحة الفساد، نوردتها فيما يلي:

5-2-1 إصدار القانون المتعلق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد

أُغتت تونس سنة 2017 المرسوم الإطاري عدد 12 لسنة 2011 المتعلق بمكافحة الفساد¹³⁷، بموجب القانون الأساسي، عدد 59 لسنة 2017 المتعلق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد.¹³⁸ والذي أعاد صياغة منظومة مكافحة الفساد في تونس عبر تدابير وإجراءات جديدة في هذا المجال، وتتولى هذه الهيئة مهمة إرساء سياسات ونظم منع الفساد ومكافحته وكشف مواطنه، وفي متابعة تنفيذها ونشر ثقافتها. كما تتولى رصد حالات الفساد في القطاعين العام والخاص والتقاضي عنهما، والتحقق منها، وإحالتها إلى الجهات المعنية وفقاً للتشريع الجاري به العمل.¹³⁹

5-2-2 إصدار القانون المتعلق بالإبلاغ عن الفساد وحماية المبلغين من أهم التدابير التي استحدثها المشرع التونسي، إصداره للقانون الأساسي عدد 10 لسنة 2017 المؤرخ في 7 من مارس 2017 المتعلق بالإبلاغ عن الفساد وحماية المبلغين،¹⁴⁰ والذي يعتبر قفزة نوعية خاصة على المستوى العربي في مجال حماية المبلغين عن جرائم الفساد.¹⁴¹

5-0 المبحث الرابع: أحكام مستجدة ومستحدثة بعد إصدار التقارير القطرية

بعد تقديم الدول المغاربية ما لديها من معلومات بشأن مدى تنفيذها أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ضمن تقاريرها القطرية، اتخذ أغلبها إجراءات أخرى بعد عرض التقارير، جاءت ترجمة واستجابة لتدارك النقائص والاختلالات التي رصدتها خلال عملية تقييمها الذاتي، ونورد هنا هذه المستجدات حسب كل دولة.

5-1 المطلب الأول: أحكام مستجدة بعد التقرير القطري لدولة الجزائر من أهم الأحكام التي جاء بها المشرع الجزائري لمواصلة تنفيذ الجزائر التزاماتها المرتبطة بانضمامها، إقرارها طائفة من التدابير الخاصة بحماية الشهود والمبلغين والخبراء، بصدور الأمر 15-2019 الذي أضاف الفصل السادس إلى الباب الثاني من الكتاب الأول من قانون الإجراءات الجزائية وعنوانه "حماية الشهود والخبراء والضحايا"، وتضمن 10 مواد قانونية تؤطر هذا الموضوع، ونصّت المادة 65 مكرر 19 على أنه "يمكن إفادة الشهود والخبراء من تدبير أو أكثر من تدابير الحماية غير الإجرائية أو الإجرائية المنصوص عليها في هذا الفصل، إذا كانت حياتهم أو سلامتهم الجسدية أو حياة أو سلامة أفراد عائلاتهم أو أقاربهم أو مصالحهم الأساسية معرضة لتهديد خطير، بسبب المعلومات التي يمكنهم تقديمها للقضاء، والتي تكون ضرورية لإظهار الحقيقة في قضايا الجريمة المنظمة أو الإرهاب أو الفساد".¹³⁰

5-1-1 مجال تطبيق الحماية

بالنظر إلى النصّ سالف الذكر نجد أن اتخاذ تدابير الحماية يقتصر على الجرائم الخطيرة المتمثلة في الجريمة المنظمة والجرائم الإرهابية وجرائم الفساد، وهو ما يستلزم الرجوع إلى أحكام قانون الوقاية من الفساد ومكافحته¹³¹ بالنسبة لجرائم الفساد التي تشمل الرشوة واستغلال النفوذ والإثراء غير المشروع وتبييض العائدات الإجرامية، وغيرها من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون.

كما يقتضي الرجوع إلى أحكام المواد 87 مكرر إلى 87 مكرر 10 من قانون العقوبات الجزائري بشأن الجرائم الإرهابية، ومختلف النصوص المرتبطة بالجريمة المنظمة مثل قانون الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية¹³² وقانون مكافحة التهريب¹³³ وقانون الوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب.¹³⁴

5-1-2 طبيعة تدابير الحماية القانونية للشهود والخبراء

نصّ المشرع الجزائري على نوعين من تدابير الحماية الإجرائية والتدابير غير الإجرائية، التدابير غير الإجرائية لحماية الشهود والخبراء، حسب ما نصّت عليه المادة 65 مكرر 20، تتجلى فيما يأتي "إخفاء المعلومات المتعلقة بهوية الشاهد ووضع رقم هاتفي خاص تحت تصرفه، وتمكينه من نقطة اتصال لدي مصالح الأمن، وضمان حماية جسدية مَقْرَبَة له، مع إمكانية توسيعها لأفراد عائلته وأقاربه، فضلاً عن وضع أجهزة تقنية وقائية بمسكنه وكذا تسجيل المكالمات الهاتفية التي يتلقاها أو يجريها بشرط موافقته الصريحة".

ومن أهم الإجراءات أيضاً: تغيير مكان إقامته ومنحه مساعدة اجتماعية أو مالية، ووضع -إن تعلق الأمر بسجين- في جناح تتوافر به حماية خاصة،

129 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 40 الصادرة بتاريخ 23 من يوليو 2015.

130 ماينو جيلالي، الحماية القانونية لأمن الشهود، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق جامعة ورقلة، العدد 14، جانفي 2016، ص 268.

131 قانون رقم 06-01 المؤرخ في فبراير 2006، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 14 بتاريخ 03/08/2006.

132 قانون رقم 04-18 مؤرخ في 15/12/2004، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 87 بتاريخ 26/12/2004.

133 أمر رقم 05-06 مؤرخ في 23 أغسطس 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 59 بتاريخ 28/08/2005.

134 قانون رقم 05-01 مؤرخ في 6 من فبراير 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 11 بتاريخ 02/09/2005.

135 ماينو جيلالي، الحماية القانونية لأمن الشهود، المرجع السابق، ص 268.

136 مزيد من التفصيل بشأن موضوع حماية المبلغين عن جرائم الفساد، انظر: ماينو جيلالي، الحماية القانونية للمبلغين عن جرائم الفساد، مجلة الفكر الشرطي، مركز بحوث الشرطة، شرطة الشارقة، المجلد الثامن والعشرون، العدد الأول، العدد رقم (108) يناير 2019، ص 99 وما يليها.

137 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 88 بتاريخ 18 من نوفمبر 2011.

138 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 70-71 بتاريخ 1-5 من سبتمبر 2017.

139 الفصل 5 من القانون المتعلق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد.

140 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 20 بتاريخ 10 من مارس 2017.

141 ماينو جيلالي، الحماية القانونية للمبلغين عن جرائم الفساد، المرجع السابق، ص 129.

وكيفية تجنب حالات تضارب المصالح وتحديد آليات مكافحة الإثراء غير المشروع.¹⁴⁷

5-2-4 الموافقة على الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد

وأفقت تونس على الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد بموجب القانون الأساسي عدد 73 لسنة 2016 مؤرخ في 15 من نوفمبر 2016،¹⁴⁸ وصادقت عليها بموجب الأمر الرئاسي 134 لسنة 2016 الصادر بتاريخ 15 من نوفمبر 2016،¹⁴⁹ وجاءت هذه الاتفاقية ثمرة للجهود المشتركة بين الدول العربية في مجال مكافحة الفساد، إذ تضمّنت جميع الأحكام التي أوردتها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.¹⁵⁰

5-3-3-3 المطالب الثالث: أحكام مستجدة بعد التقرير القطري لدولة موريتانيا وليبيا

قدّمت ليبيا وموريتانيا تقريريهما القطري في مرحلة متأخرة، بعد أن سبقتهما في ذلك أغلب الدول العربية، بل إن دولاً كانت قد باشرت الدورة الثانية من دورات الاستعراض القطري، كما هو الحال بالنسبة للمغرب على سبيل المثال.¹⁵¹ وتضمّنت التقارير الخاصة بدولتي ليبيا وموريتانيا أحدث ما قامت به في مجال الوقاية من الفساد ومكافحته.

5-3-3-1 أحكام مستجدة بعد التقرير القطري لدولة موريتانيا

أعدت دولة موريتانيا تقريرها القطري بشأن مدى التزامها بتنفيذ أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد بتاريخ 7-8 من نوفمبر 2017¹⁵² تضمّنته مختلف الإجراءات المتخذة لتنفيذ أحكام الاتفاقية، وقد كانت متعددة ومهمة شملت إطاراً قانونياً جديداً لمكافحة الفساد، فضلاً عن إجراءات أخرى مرتبطة بأجهزة التحقيق والحكم في قضاياها، كذا تدابير حماية المتعاونين مع العدالة فيها، ما يُمكن القول معه بعدم وجود مستجدات أخرى بعد عرض التقرير القطري لدولة موريتانيا، لكن تبقى دائماً عملية مواصلة التقييم الذاتي لاستكمال تنفيذ أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد فرصة لاستكمال النقائص الموجودة وتعزيز تدابير مكافحة الفساد.

5-3-3-2 أحكام مستجدة بعد التقرير القطري لدولة ليبيا

قدّمت ليبيا تقريرها القطري بخصوص تنفيذ أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد منذ فترة وجيزة سنة 2018، وكشفت من خلاله جميع الإجراءات المتخذة في هذا المجال، خاصة ما تعلق بتنفيذ الفصلين الثالث والخامس، ولم يعثر الباحث على أي مستجدات أخرى غير تلك الواردة ضمن التقرير سالف الذكر، مع الإشارة إلى أن عملية تقييم مدى تنفيذ أحكام الاتفاقية ما زالت متواصلة ضمن باقي فصولها الأخرى، وهي فرصة لتدارك مختلف النقائص، وطلب المساعدة الفنية التي توفرها أجهزة الاتفاقية لتحسين تنفيذها.

جاء هذا القانون بأحكام مُهمّة جداً تُبرز رغبة المشرّع التونسي القوية في مكافحة الفساد بتبني أدوات عملية وبرنامج متكامل ضمن هذا القانون، تتعلّق بإجراءات وكيفيات الإبلاغ عن الفساد، فضلاً عن مجموعة مهمّة ومتعدّدة من أدوات الحماية المقررة للمبلغين عن الفساد، وتضمن هذا القانون 40 مادة جاءت ضمن 5 أبواب، الباب الأول بعنوان الأحكام العامة، وتطرق فيها المشرّع إلى أهداف هذا القانون، مع إعطاء مفهوم لبعض المصطلحات المرتبطة بالموضوع، كمفهوم المبلغ والفساد والحماية والهيئة.¹⁴²

أما الباب الثاني فجاء بعنوان شروط وإجراءات الإبلاغ عن الفساد المُوجب للحماية، في حين تطرّق الباب الثالث لشروط وآليات حماية المبلغ، وتضمّن الباب الرابع عقوبات مرتبطة بمخالفة أحكام هذا القانون، ويختتم هذا القانون بباب خامس يتضمّن مجموعة من الأحكام الختامية.¹⁴³

بالقراءة المتفحّصة والدقيقة لأحكام هذا القانون، نجده قد تضمّن مختلف أنواع إجراءات الحماية المقررة للمبلغين عن جرائم الفساد، ويعد تشريعاً نموذجياً ينبغي أن يستفاد منه، فقد تضمن حماية جنائية، وكذا حماية جسدية وأمنية ووظيفية، فضلاً عن منحه التعويض حال التعرّض لضرر جرّاء التبليغ، وهي إجراءات لم يتضمنها غيرها من تشريعات أخرى اقتصر بعضها على نوع واحد من الحماية أو نوعين.¹⁴⁴ لقد أعطى القانون الأساسي رقم 59 لسنة 2017 المتعلق بهيئة الحوكمة الرشيدة ومكافحة الفساد صلاحية اتخاذ التدبير والآليات الكفيلة بحماية المبلغين عن الفساد والشهود والخبراء، وأي شخص آخر تقدّر الهيئة أنه عرضة للضرر بمناسبة الإبلاغ، أو تبعاً له، ورد هذا الحكم في الفصل 18 من هذا القانون كما يلي "تتلقي الهيئة التبليغ عن الشبهات أو حالات الفساد طبقاً للصيغ والإجراءات المنصوص عليها بالتشريع الجاري العمل به، كما تتولّى الهيئة وفق نفس القانون اتخاذ التدابير والآليات الكفيلة بحماية المبلغين عن الفساد والشهود، وأي شخص آخر تقدّر الهيئة أنه عرضة للضرر بمناسبة الإبلاغ أو تبعاً له، والخبراء الذين قد تلجأ إليهم في ممارسة مهامها في مجال رصد شبهات الفساد والتقصي عنها. وتتّوَعّت إجراءات الحماية التي أقرّها المشرّع التونسي من خلال القانون المتعلق بالإبلاغ عن الفساد وحماية المبلغين بين حماية جنائية وحماية وظيفية وكذا حماية أمنية، فضلاً عن إقرار مبدأ التعويض."¹⁴⁵

5-2-3 إصدار القانون المتعلّق بالتصريح بالمكاسب والمصالح وبمكافحة الإثراء غير المشروع وتضارب المصالح

من أهمّ الأحكام التي أقرّها المشرّع التونسي أيضاً إصدار القانون عدد 46 لسنة 2018 مؤرخ في 1 من أغسطس 2018 المتعلّق بالتصريح بالمكاسب والمصالح وبمكافحة الإثراء غير المشروع وتضارب المصالح.¹⁴⁶ والذي جاء لتكملة الأحكام المرتبطة بمكافحة الفساد ودعم الشفافية وترسيخ مبادئ النزاهة والحياد والمساءلة ومكافحة الإثراء غير المشروع وحماية المال العام، بضبط شروط وإجراءات التصريح بالمكاسب والمصالح،

142 ما جاء في الفصل 2: أ- المبلغ كل شخص طبيعي أو معنوي يبلغ بحسن نية السلطات المختصة بمعلومات تمثل قرائن جدية أو تبعث على اعتقاد جدي بوجود أعمال فساد، قصد الكشف عن مرتكبيها، طبقاً للشروط والإجراءات المنصوص عليها بهذا القانون.

ب- فساد: كل تصرف مخالف للقانون وتراتب العمل الجاري بها، يضرّ أو من شأنه الإضرار بمصلحة العامة، وسوء استخدام السلطة أو النفوذ أو الوظيفة للحصول على منفعة شخصية، ويشمل جرائم الرشوة بجميع أشكالها في القطاعين العام والخاص، والاستيلاء على أموال العمومية، أو سوء تصرف فيها أو تبديدها، واستغلال النفوذ وتجاوز السلطة أو سوء استعمالها، وجميع حالات الإثراء غير المشروع وخيانة الأمانة، وسوء استخدام الأموال الذاتية المعنوية وغسل الأموال وتضارب المصالح واستغلال المعلومة الممتازة والتهرب الجنائي وتعطيل قرارات السلطة القضائية، وكل الأفعال التي تهدّد الصحة العامة أو السلامة أو البيئة.

ت- الحماية: جملة الإجراءات الهادفة إلى حماية المبلغ عن الفساد، ضد مختلف أشكال الانتقام أو التمييز التي قد تسلّط عليه بسبب تبليغه عن حالات الفساد، سواء اتّخذ الانتقام من المبلغ شكل مضايقات مستمرة أو عقوبات مقلّعة، وبصفة عامة كل إجراء تعسفي في حقه، بما في ذلك الإجراءات التأديبية كالعدل أو الإغفاء أو رفض الترقية أو رفض طلب النقلة أو النقلة التعسفية، أو الاعتداء الجسدي أو المعنوي أو التهديد بهما، يسلب ضد المبلغ أو ضد كل شخص وثيق الصلة به، على معنى الفصل 26 من هذا القانون.

143 ماينو جيلاي، الحماية القانونية للمبلغين عن جرائم الفساد، مرجع سابق، ص 130.

144 ماينو جيلاي، الحماية القانونية للمبلغين عن جرائم الفساد، مرجع نفسه، ص 130.

145 ماينو جيلاي، الحماية القانونية للمبلغين عن جرائم الفساد، المرجع نفسه، ص 131 وما يليها.

146 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 65، بتاريخ 14 من أغسطس 2018، ص 3575.

147 لمزيد من التفصيل بشأن هذا القانون انظر الرابط الآتي، <http://www.legislation.tn/sites/default/files/fraction-journal-officiel/2018/2018A/065/Ta2018461.pdf>، تم الاطلاع بتاريخ 10-09-2019.

148 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 94 بتاريخ 18 من نوفمبر 2016.

149 الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 94 بتاريخ 18 من نوفمبر 2016.

150 انظر نص الاتفاقية على الرابط التالي، <http://www.jiacc.gov.jo/documents/196824f0-41e9-40b0-99d8-9245a904d9e0.pdf>، تم الاطلاع بتاريخ 20-05-2019.

151 انظر الرابط التالي:

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/ExecutiveSummaries2/V1900574a.pdf> تم الاطلاع بتاريخ 30-10-2019.

152 انظر رابط الملخص التنفيذي للتقرير القطري لدولة موريتانيا: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/ImplementationReviewGroup/ExecutiveSummaries/V1708584a.pdf> تم الاطلاع بتاريخ 08-09-2019.

اللازمة، بشأن أي فعل يُهدد سلامته أو سلامة أسرته أو أقاربه، وإخضاع الهواتف التي يستخدمها الشاهد لرقابة السلطات المختصة بعد موافقة المعني بالأمر كتابة، ضماناً لحياته، مع توفير الحماية الجسدية للشاهد من طرف القوة العمومية بشكل يحول دون تعرّضه هو أو أحد أفراد أسرته أو أحد أقاربه للخطر. ونصّت المادة 374 من هذا القانون على إمكانية استخدام الوسائل التقنية التي تستخدم في تغيير الصوت، من أجل عدم التعرف على صوته، أو الاستماع إليه عن طريق تقنية الاتصال عن بعد.¹⁵⁷

وتستمر تدابير الحماية المأمور بها حتى بعد صدور الحكم، إذا اقتضت الضرورة ذلك، وهناك من يرى أن هذا القانون قد عالج مسألة مهمة، وهي توفير الحماية للشهود، لكن لا يزال به بعض القصور من عدة نواح، أهمها قُصر الحماية فقط على جرائم الفساد دون غيرها، بخلاف القانون الفرنسي الذي لم يُحدّد نوعها، وإنما حددها في أي جناية¹⁵⁸ يُعاقب عليها بأكثر من ثلاث سنوات حبساً، كما أن تطبيق هذا القانون يتطلب مصاريف ونفقات لم يُحدّد مصدرها ومن يلتزم بها، إضافة إلى هذا النص القانوني الذي جاء به المشرع المغربي نجد أيضاً مقتضيات الفصل 373 من مدونة الجنايات المغربية التي توقّر حماية جنائية للشاهد بتجريم التأثير في الشاهد باستعمال الوعود أو الهبات أو الهدايا أو الضغط أو التهديد أو العنف أو المناورة لحملة على الإدلاء بشهادة أو تصريحات أو تقديم إقرارات كاذبة.¹⁵⁹

5-4-4 تعديل التشريعات العقابية

من أهم المسائل التي أقرّها المشرع المغربي بعد عرض تقريره القطري الأول، القيام بعدد من التعديلات على المدونة الجنائية المغربية، وكذا المسطرة الجنائية، ومن بينها إصدار القانون رقم 94/13 القاضي بتغيير وتتميم القانون الجنائي المغربي، ضمن المواد المتعلقة بالرشوة والاختلاس والغدر واستغلال النفوذ¹⁶⁰ والقانون رقم 10،37 بشأن حماية الضحايا والشهود والخبراء والمبلغين، فيما يخص جرائم الرشوة والاختلاس واستغلال النفوذ، وغيرها.¹⁶¹

6-5 الخاتمة

إن الجهود التي بذلتها -وتبذلها- الدول المغربية لتنفيذ أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد متواصلة، وهو ما يظهر جلياً في ما قدّمته ضمن تقاريرها القطرية، والتي ارتكزت في دورتها الأولى على الفصلين الثالث والخامس من الاتفاقية، لكن الحقيقة الصادمة التي يجب وضعها تحت دائرة الدراسة والاهتمام أن الدول المغربية ما زالت -حسب التقارير السنوية لمنظمة الشفافية الدولية- ضمن دائرة الدول الأقل نزاهة وشفافية، والأكثر فساداً في العالم، وهو ما يطرح تساؤلات كثيرة عن جدوى وجذبة الإجراءات التي تتخذها سلطات هذه الدول، وهل لها أثر إيجابي فعلاً في تعزيز سيادة القانون والشفافية والنزاهة ومنع الفساد وممارسته، ما يدعونا إلى تقديم بعض التوصيات.

7-5 التوصيات

- ضرورة ترسيخ وتعزيز ثقافة الشفافية والنزاهة في الواقع وعلى جميع الأصعدة، إن في مجال التوظيف أو الأعمال أو الصفقات العمومية، باعتبارها عاملاً ومؤشراً أساسياً لنجاح عملية مكافحة الفساد، فالنصوص القانونية مهما بلغت جودتها لا تكفي وحدها في هذا المجال، ما لم تصاحبها إرادة جماعية قوية وواعية تبنّي أقصى معايير النزاهة والشفافية في مختلف مناحي الحياة اليومية، وهو الأمر الذي نجحت كثير من الدول في تحقيقه، خاصة تلك التي تنصّر

4-5-4 المطب الرابع: أحكام مستجدة بعد التقرير القطري لدولة المغرب
استحدثت دولة المغرب بعد عرضها تقريرها القطري عديداً من الأحكام المرتبطة بمكافحة الفساد، من أهمها ما يلي:

5-4-1 إنشاء الهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها
رغم نصّ الدستور عليها ضمن مادته 36، فإن هذه الهيئة لم تر النور إلا مع صدور القانون 113-12 لعام 2015 الذي بيّن مختلف الأحكام الخاصة بها، والتي تعدّ أهم مؤسسة لمكافحة الفساد في المغرب حالة محل الهيئة المركزية للوقاية من الرشوة.¹⁵³

5-4-2 إنشاء اللجنة الوطنية لمكافحة الفساد

جاء إنشاء هذه الهيئة أداة أساسية لتتبع تنفيذ الاستراتيجية الوطنية لمكافحة الفساد لسنة 2015،¹⁵⁴ إذ تُوكّل إليها مهمة تقديم كل مقترح بشأن مجالات مكافحة الفساد ذات الأولوية، فضلاً عن نشر قيم التخليق والشفافية في المرافق العمومية.¹⁵⁵

5-4-3 تدابير حماية الشهود والخبراء والمبلغين عن الفساد

من أهم الأحكام التي جاء بها المشرع المغربي لمواصلة تنفيذ المغرب التزاماته المرتبطة بانضمامه لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، إقراره مجموعة من التدابير لحماية الشهود والمبلغين، حيث سنّ القانون رقم 10-37 الصادر بتاريخ: 20/10/2011 المعدّل والمتمم للقانون رقم 01-22 المتعلق بالمسطرة الجنائية في شأن حماية الشهود والمبلغين، وتضمّن عدّة تدابير إجرائية وغير إجرائية منصوص عليها في هذا القانون لحمايتهم، إذا كانت حياتهم أو سلامتهم الجسدية أو حياة أو سلامة أفراد عائلاتهم أو أقاربهم أو مصالحهم عرضة لتهديد خطير.

وتمحور هذا القانون حول حماية الشهود في جرائم المال العام، كجرائم الرشوة والاختلاس واستغلال النفوذ عن طريق اتخاذ كل التدابير اللازمة لحمايتهم، إذ نصّت الفقرة الأخيرة من المادة 82-07 على أنه "يمكن بقرار مُعلّل اتخاذ أي تدبير آخر يُعتبر ضماناً فعلية لمستحقّ الحماية"، ومن ثمّ يستفاد من هذه الفقرة -خاصة لفظ أي تدبير- أن المشرع المغربي أعرب عن إرادته القوية والجازمة في تحقيق الحماية الفعلية للضحايا والشهود والخبراء والمبلغين، وبالرجوع إلى نص المادة 82-06 من هذا القانون نجد أنها أعطت للشاهد في أي قضية -إذا كانت هناك أسباب جدية من شأنها أن تعرّض حياته أو سلامته الجسدية أو مصالحه الأساسية أو حياة أفراد أسرته أو أقاربه أو سلامتهم الجسدية أو مصالحهم الأساسية للخطر أو الضرر مادياً أو معنوياً، إذا ما أدلى بشهادته- أن يطلب من وكيل الملك أو قاضي التحقيق تطبيق أحد الإجراءات المنصوص عليها في البنود 6-8-7 من المادة 82-7-7 عندما يتعلق الأمر بجريمة الرشوة أو استغلال النفوذ أو الاختلاس أو التهديد أو الغدر أو غسل الأموال، أو إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة 108 من هذا القانون.¹⁵⁶

وتتجلى تدابير الحماية في الاستماع شخصياً للشاهد أو الخبير، وإخفاء هويتهما في المحاضر والوثائق التي تتعلق بالقضية المطلوب فيها شهادة الشاهد أو إفادة الخبير، بشكل يُحوّل دون التعرف على هويته الحقيقية، وتضمن هوية مستعارة أو غير صحيحة للشاهد في المحاضر والوثائق التي ستقدّم للمحكمة بشكل يحول دون تعرف الغير على هويته الحقيقية، فضلاً عن عدم الإشارة إلى العنوان الحقيقي ضمن الوثائق والمحاضر، والإشارة -بحسب الفقرة 5 في عنوان إقامة الشاهد- إلى مقرّ الشرطة القضائية التي استمع فيها إلى الشهادة، أو المحكمة المختصة بالنظر للقضية.

كما يُوضَع رهن إشارة الشاهد -الذي يكون قد أدلى بشهادته- رقم هاتفه خاص بالشرطة القضائية حتى يتمكن من إشعارها بالسرعة

153 انظر الظهير الشريف رقم 65.15.1 الصادر في 9 من يوليو 2015، المتعلق بتنفيذ القانون 113-12 الخاص بالهيئة الوطنية للنزاهة والوقاية من الرشوة ومحاربتها.

154 لمزيد من التفصيل بشأن هذه الاستراتيجية انظر الرابط التالي: https://www.mmsp.gov.ma/uploads/documents/strategie_LCC.pdf تم الاطلاع بتاريخ 11-08-2019.

155 - لمزيد من التفصيل انظر المرسوم رقم 582-17-2 الصادر في 16 من أكتوبر بشأن اللجنة الوطنية لمكافحة الفساد، الجريدة الرسمية عدد 6619، بتاريخ 6 من نوفمبر 2017.

156 ماينو جيلالي، الحماية القانونية لأمن الشهود، المرجع السابق، ص 269.

157 لمزيد من التفصيل بشأن موضوع حماية المبلغين عن جرائم الفساد، انظر: ماينو جيلالي، الحماية القانونية للمبلغين عن جرائم الفساد، المرجع السابق، ص 99 وما يليها.

158

159 ماينو جيلالي، الحماية القانونية لأمن الشهود، المرجع السابق، ص 270.

160 صدر بموجب الظهير الشريف رقم 73.13.1 الصادر بتاريخ 27 من يوليو 2013، الجريدة الرسمية عدد 6177، ص 5736.

161 صدر بموجب الظهير الشريف رقم 11.164 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1432 (17 أكتوبر 2011)، ج ر عدد 5988 بتاريخ 22 من ذي القعدة 1432 (20 من أكتوبر 2011) ص 123.

بدلاً من أن يكون أداة ردع، فالحصانة الوظيفية والنيابية والقضائية على سبيل المثال أضحت ملجأً للتستر على كثير من قضايا الفساد، وعائقاً يحول دون الوصول إلى الفاسدين، ما ينبغي معه إعادة النظر في أحكامها بما يجعلها تحقق الأهداف المرجوة منها.

- يُشكّل المجال الاقتصادي الوسط الأكثر عرضة لممارسة جرائم الفساد، مما يقتضى عدم وضع عوائق لتحريك الدعاوى الجزائية ضد من يرتكبون هذه الجرائم، ولعل المثال الأبرز في هذا السياق ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في تعديله قانون الإجراءات الجزائية سنة 2015، إذ استحدث فيدًا جديدًا من قيود تحريك الدعوى العمومية بنصّه ضمن المادة 6 مكرر على عدم جواز تحريك الدعوى العمومية ضد مسيري المؤسسات العمومية الاقتصادية التي تملك الدولة كل رأسمالها، أو ذات الرأسمال المختلط، عن أعمال التسيير التي تؤدي إلى سرقة أو اختلاس أو تلف أو ضياع أموال عمومية أو خاصة، إلا بناء على شكوى مسبقة من الهيئات الاجتماعية للمؤسسة، وهو أمر غير مستحسن دفع الكثير من القانونيين إلى انتقاد هذا الأمر والمناداة بإلغاء هذا النص، ومن المرجح الاستغناء عنه ضمن مشروع تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.
- ضرورة الإسراع في تعديل التشريعات العقابية لمواجهة النقائص المتعلقة بتجريم مختلف صور الفساد وإجراءات متابعتها والوقاية منه، مع ضرورة الاستعانة بالتجارب الناجحة في التشريعات المقارنة، والاستفادة من المساعدة التقنية والفنية التي تقدّمها أجهزة الأمم المتحدة في هذا المجال.
- وضع حماية فعّالة للشهود والخبراء والمبلّغين عن جرائم الفساد في ضوء التجارب الدولية الناجحة (التخصص والدعم المالي).
- تضمّنت الملخصات التنفيذية للتقارير القطرية للدول المغاربية تفصيلاً لمجمل التحدّيات والعوائق التي ينبغي تجاوزها لتحقيق تنفيذ دقيق لأحكام اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وهو ما ينبغي أخذه بعين الاعتبار من طرف هذه الدول بشكل جدي.

مستويات متقدمة من النزاهة والشفافية ضمن مؤشر مدركات الفساد التي تنشره منظمة الشفافية الدولية.

- من الأهمية بمكان تعزيز ثقافة التبليغ عن الجرائم لدى أفراد المجتمع، وجعلها أولوية قصوى، إذ إن غياب هذا الأمر يُصعّب مهمة الأجهزة الأمنية والقضائية في تتبع الفاسدين، فعلى الرغم من نصّ أغلب الدول المغاربية على إجراءات لتشجيع وحماية المبلّغين عن الفساد، فإن ثقافة التبليغ ما زالت غائبة لدى أفراد المجتمع، ويرجع ذلك إلى أسباب متعددة ومتداخلة، منها الخوف من انتقام المجرمين، وعدم الثقة في كفاية إجراءات الحماية وجديتها.
- على الدول المغاربية أن تدرك أن السبب الرئيسي المُعيق للنمو والازدهار الاقتصادي مرتبط بانعدام الشفافية والنزاهة ضمن قطاعات الدولة المختلفة، فانتشار الرشوة والمحسوبية واستغلال النفوذ، كلها عوامل تُقوّض نمو الدول وازدهارها.
- ينبغي إعطاء صلاحيات أكبر لأجهزة مكافحة الفساد، وضمان استقلاليتها في أداء مهامها، فقد أثبت الواقع أنها مكبّلة ومقيّدة لا تؤدي مهامها كما يجب، والمثال الواضح في هذا المجال ما يحدث في الجزائر، إذ إن اتساع دائرة جرائم الفساد وعدم تحريك القضايا الخاصة بها من طرف الأجهزة المختصة، جعل من مسألة مكافحة الفساد ضمن أولويّات الحراك القائم منذ عدة أشهر.
- يلعب القضاء دوراً مفصلياً في مجال مكافحة الفساد، لذا ينبغي تعزيز استقلالية السلطة القضائية في معالجة قضايا الفساد، ومنحها كل الصلاحيات التي تسمح بتتبع القضايا بعيداً عن أي ضغوط أو اعتبارات مهما كان نوعها.
- إن تشديد العقوبات على مرتكبي جرائم الفساد يعدّ من أهم الأولويات التي ينبغي على الدول المغاربية تحقيقها ضمن سياستها العقابية، فضعف العقوبة ينجّع الفاسد على القيام بجرائمه حينما لا تكون العقوبة رادعة بصورة قوية، وعلى سبيل المثال نجد أن المشرّع الجزائري يعتبر جرائم الفساد مجرد جنح، لا جنایات.
- في كثير من الحالات يكون النص القانوني نفسه أداة لحماية الفاسدين

