



مجلة جامعة الملك سعود (الحقوق والعلوم السياسية)، مج (٣٤)، ع (١)، ص ص ١-٢٠٧ بالعربية، الرياض (٢٠٢٢م/١٤٤٣هـ)

مجلة جامعة الملك سعود (دورية علمية محكمة)

المجلد الرابع والثلاثون الحقوق والعلوم السياسية (١)

يناير
جمادى الأولى
(٢٠٢٢م)
(١٤٤٣هـ)

دار جامعة
الملك سعود للنشر
KING SAUD UNIVERSITY PRESS



ص.ب ٦٨٩٥٣ - الرياض ١١٥٣٧ المملكة العربية السعودية

هيئة التحرير

رئيس التحرير

- أ.د. خالد بن إبراهيم الحميري
أ.د. محمد بن ناصر الشهري
أ.د. عمر بن مرزوق الدوسري
أ.د. إبراهيم بن محمد الشهوان
أ.د. أنيس بن حمزة فقيها
أ.د. محمد بن عبدالله الجراح
أ.د. حمود بن إبراهيم السلامة
أ.د. يوسف بن عبدالرحمن الشميمري
أ.د. طارق بن محمد السليمان
أ.د. أزهرى مصطفى صادق
أ.د. عبدالله بن جمعان الغامدي
أ.د. منصور بن محمد السليمان
أ.د. خالد بن صالح المزيني
د. فيصل بن محمد القحطاني

أعضاء هيئة التحرير الفرعية

رئيساً

أ.د. عبدالله جمعان الغامدي

عضواً

أ.د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي

عضواً

أ.د. سعد ناصر الشثري

عضواً

أ.د. جمال عبدالرزاق العجرود

عضواً

د. علي حسين القحطاني

© ٢٠٢٢م (١٤٤٣هـ) جامعة الملك سعود

جميع حقوق النشر محفوظة. لا يسمح بإعادة نشر أي جزء من المجلة أو نسخه بأي شكل وبأي وسيلة سواء كانت إلكترونية أو آلية بما في ذلك التصوير والتسجيل أو الإدخال في أي نظام حفظ معلومات أو استعادتها بدون الحصول على موافقة كتابية من دار جامعة الملك سعود للنشر.



المحتويات

صفحة

الشروط الواجب توافرها بالشخص الطبيعي حتى يخضع لأحكام نظام الإفلاس السعودي: دراسة تحليلية تأصيلية	١
أحمد عبدالرحمن أحمد المجالي.....	
التكييف القانوني لإصدار العملات الافتراضية وتداولها	٣١
بن صغير مراد.....	
تحذير ميراندا: الحقوق المتضمنة فيه والأثر المترتب على عدم إعطائه (دراسة مقارنة مع النظام السعودي)	٥٧
جلال هاشم سحلول.....	
تقدير قيمة الحصص العينية في شركات المساهمة العامة: دراسة مقارنة	٧٩
أحمد أبوزينة.....	
مفهوم الدولية في عقد البيع الدولي للبضائع: دراسة تطبيقية في ضوء اتفاقية فيينا ١٩٨٠م	١١١
حسام سيد عبدالرحيم علي.....	
إشكاليات اللائحة التنفيذية: دراسة تطبيقية على النظام في المملكة العربية السعودية	١٣٣
حمدي محمد العجمي.....	
الحماية الجزائية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة في التشريع الإماراتي (دراسة مقارنة)	١٥٧
حمدان أحمد إبراهيم البلوشي، ومحمد أمين الخرشنة.....	
المزايدة العكسية الإلكترونية كأسلوب من أساليب التعاقد الإداري	١٧٩
بدر بن عبدالله المطرودي.....	

الشروط الواجب توافرها بالشخص الطبيعي حتى يخضع لأحكام نظام الإفلاس السعودي: دراسة تحليلية تأصيلية

أحمد عبدالرحمن أحمد المجالي

أستاذ القانون التجاري، معهد الإدارة العامة

الرياض، المملكة العربية السعودية

جوال: ٠٠٩٦٦٥٤٥٦٠٧٤٩٦

dr.majali@gmail.com

(قدم للنشر في ١٤/٢/١٤٤١هـ، وقبل للنشر في ٢٢/٤/١٤٤١هـ)

ملخص البحث. أخضعت الفقرة (أ) من المادة (٤) من نظام الإفلاس الأشخاص الطبيعيين لأحكامه بسبب ممارستهم لأعمال محددة فنصت على "أن تسري أحكام النظام على الشخص ذي الصفة الطبيعية الذي يمارس في المملكة أعمالاً تجارية، أو مهنية، أو أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح"، وتحليل الفقرة السابقة تظهر إشكالية البحث في تحديد الأشخاص الطبيعيين الذين تسري عليهم أحكام نظام الإفلاس، وحصر الأعمال التي إذا مارسوها تجعلهم خاضعين له، لذلك يطرح البحث العديد من التساؤلات أهمها: هل يخضع الأشخاص الطبيعيين لأحكام نظام الإفلاس بسبب صفاتهم أم بسبب ممارستهم لأعمال محددة؟ وهل كل من يكتسب صفة التاجر يخضع لأحكام نظام الإفلاس؟ وهل يمكن أن يخضع بعض المدنيين الذين يمارسون أعمالاً مدنية لأحكام نظام الإفلاس؟

لذلك تبرز أهمية هذا البحث في تسليط الضوء على الأشخاص الطبيعيين الذين أدخلوا تحت مظلة نظام الإفلاس وأصبحت أحكامه تسري عليهم، والأشخاص الطبيعيين الذين استبعدوا من تطبيق أحكامه عليهم، وتم معالجة ذلك من خلال دراسة الشروط الشخصية الواجب توافرها فيهم، والشروط الموضوعية الواجب توافرها في الأنشطة التي يمارسونها والديون التي يمتنعون عن سدادها.

الكلمات المفتاحية: الإفلاس، إعادة التنظيم المالي، التسوية الوقائية، المدين المتعثر، المدين المفلس.

THE CONDITIONS TO BE MET BY THE NATURAL PERSON IN ORDER TO BE SUBJECT TO THE PROVISIONS OF SAUDI BANKRUPTCY LAW: AN ANALYTICAL AND ORIGINAL STUDY

Ahmad Abdel Rahman Al-Majali

Professor of Commercial Law, Institute of Public Administration

Mobile: 00966545607496, dr.majali@gmail.com

(Received 14/02/1441 H., Accepted for Publication 22/04/1441 H.)

Abstract. The paragraph (a) of article (4) makes the bankruptcy provisions applied to natural persons not because of their status but because of their business, professional or profit-making practice. The analysis of the previous paragraph shows the problem of research in determining the natural persons who are subject to the provisions of the bankruptcy law, and restrict the actions that make them subject to it, so the research raises many questions, the most important of which are: Are natural persons subject to the provisions of the bankruptcy system because of their qualities or because of the practice of specific work? Is anyone who is a trader subject to the bankruptcy law? Can some civilians who are engaged in civil acts be subject to bankruptcy law?

Therefore, the importance of this research in highlighting the natural persons who have been placed under the law of bankruptcy and subject to its provisions, and the natural persons who were excluded from the application of bankruptcy law on them, and this was addressed by examining the personal conditions to be met by them, and the substantive conditions that must be met in the activities they practice.

Keywords: Bankruptcy, Financial reorganization, Preventive settlement, Insolvent debtor, Bankrupt debtor.

المقدمة

بمرسوم ملكي سامي صدر نظام الإفلاس بموجب القرار رقم (م/٥٠) وتاريخ ١٤٣٩/٥/٢٨ هـ الموافق ٢٠١٨/٢/١٤ م، وأصبح سارياً ودخل حيز التنفيذ اعتباراً من تاريخ ١٤٣٩/١٢/٣ هـ الموافق ٢٠١٨/٨/١٤ م^(١).

وجاء بالعديد من الأحكام القانونية المواكبة للتطورات الاقتصادية الحديثة التي تشهدها المملكة العربية السعودية، لاسيما بتوسيعه دائرة الأشخاص الطبيعيين الخاضعين لأحكام نظام الإفلاس، فأدخل أشخاصاً طبيعيين لم يكونوا قبل صدوره مشمولين بأحكام الإفلاس التي كان معمولاً بها في السابق^(٢)، فنصت الفقرة (أ) من المادة (٤) منه على "أن تسري أحكام النظام على الشخص ذي الصفة الطبيعية الذي يمارس في المملكة أعمالاً تجارية، أو مهنية، أو أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح"، فأصبح كل من يمارس تلك الأعمال خاضعاً لأحكامه.

لذلك تكمن أهمية البحث في إبراز الأشخاص الطبيعيين الذين تسري عليهم أحكام نظام الإفلاس، وتبين الشروط الواجب توافرها فيهم حتى يخضعوا لأحكامه، حيث لم يعد

(١) نصت المادة (٢٣١) من نظام الإفلاس على أن يعمل به اعتباراً من تاريخ صدور اللائحة التنفيذية لنظام الإفلاس على ألا يتجاوز (مائة وثمانين يوماً) من تاريخ صدوره، وقد صدرت اللائحة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (٦٢٢) وتاريخ ١٤٣٩/١٢/٢٤ هـ الموافق ٢٠١٨/٩/٤ م، فصدرت بعد مرور ١٨٠ يوماً من تاريخ صدوره، لذلك يصبح سارياً بعد مضي ١٨٠ يوماً وليس من تاريخ صدور اللائحة، فبالتالي أصبح سارياً وناظراً اعتباراً من تاريخ ١٤٣٩/١٢/٣ هـ الموافق ٢٠١٨/٨/١٤ م وليس من تاريخ ١٤٣٩/١٢/٢٤ هـ.

(٢) قبل صدور نظام الإفلاس الجديد كانت أحكام الإفلاس في المملكة العربية السعودية منظمة في المواد من (١٠٣) إلى (١٣٧) من نظام المحكمة التجارية الصادر بالأمر الملكي رقم (٣٢) وتاريخ ١٣٥٠/١/١٥ هـ، ونظام التسوية الواقية من الإفلاس الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٦) وتاريخ ١٤١٦/٩/٤ هـ، إلا أن نظام الإفلاس الجديد قد ألغاهما في المادة (٢٣٠) منه.

الإفلاس نظاماً مقتصرًا على التجار وحدهم دون غيرهم كما كان في السابق، بل أصبحت تسري أحكامه على بعض المدنيين، وذلك لأن الفقرة (أ) أخضعت الأشخاص الطبيعيين لأحكامه ليس بسبب صفاتهم كصفة التاجر، بل بسبب ممارستهم لأعمال تجارية أو مهنية أو تهدف إلى تحقيق الربح، فربطت سريانه على الأشخاص الطبيعيين بسبب ممارستهم لتلك الأعمال، لذلك فقد تخضع هذه الفقرة أشخاصاً مدنيين لأحكامه لأنهم يمارسون عمل من الأعمال السابق ذكرها، وتستبعد تجاراً من الخضوع لأحكامه لا لشيء إلا لأنهم لا يمارسون أي عمل من تلك الأعمال بالرغم من أنهم قد يكونوا مكتسبين لصفة التاجر من الناحية القانونية.

وبما أن نظام الإفلاس لا يطبق إلا على أشخاص محددين يمارسون أنشطة محددة، لذلك جاء بأحكام خاصة تتناسب مع طبيعة أنشطتهم، فأتى بسبع إجراءات تهدف إلى تمكين المدين المفلس، أو المتعثر، أو الذي يتوقع أن يعاني من اضطرابات مالية، من معاودة نشاطه ومساهمة في دعم الاقتصاد الوطني، فلم يعد خضوع الشخص لأحكام الإفلاس وصمة عار في جبينه كما كان في السابق (قرمان، ٢٠١٩ م)، بل هو علاج ووقاية للأشخاص المتعثرين من خطر تصفية أنشطتهم وخروجهم من المنظومة الاقتصادية، كما لم تعد أحكام الإفلاس تقتصر على المواطنين السعوديين، بل صارت تطبق على المستثمرين الأجانب الذي يمارسون أعمالاً تجارية أو مهنية أو تهدف إلى تحقيق الربح داخل المملكة.

تأسيساً على ما سبق، تبرز إشكالية البحث في تحديد الأشخاص الطبيعيين الذين تسري عليهم أحكام نظام الإفلاس، وبيان الشروط الواجب توافرها فيهم حتى يخضعوا لأحكامه، لذلك يطرح البحث الإشكاليات التالية: هل يخضع الأشخاص الطبيعيين لأحكام نظام الإفلاس بسبب صفاتهم أم بسبب ممارستهم لأعمال محددة؟ وما هي الأعمال والأنشطة التي إذا مارسها هؤلاء الأشخاص تؤدي إلى سريان نظام الإفلاس عليهم؟ وهل كل من يكتسب صفة التاجر يخضع لأحكام نظام

المبحث الأول: الشروط الشخصية

حتى يسري نظام الإفلاس على الأشخاص الطبيعيين المنصوص عليهم في الفقرة (أ) من المادة (٤) قسم المنظم الأشخاص الطبيعيين إلى ثلاثة أقسام:

- الأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً تجارية.
- الأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً مهنية.
- الأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح.

وقد وضع المنظم شروطاً شخصية عامة تتعلق بجميع الفئات السابقة فهي مشتركة بينها جميعاً، وشروطاً شخصية خاصة بكل فئة من الفئات السابقة، فلا تسري إلا على الفئة التي ينتمي إليها، لذلك سنبين في هذا المبحث الشروط الشخصية العامة في (المطلب الأول)، والشروط الشخصية الخاصة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشروط الشخصية العامة

هنالك شروط شخصية عامة مشتركة بين جميع الأشخاص الطبيعيين الذين تسري عليهم أحكام نظام الإفلاس مهما كان النشاط الذين يمارسونه سواء أكان نشاطاً تجارياً أو مهنيّاً أو يهدف إلى تحقيق الربح، ومهما كانت جنسياتهم سواء أكانوا مواطنين سعوديين أو مستثمرين أجانب، وفي هذا المطلب سنبين الشروط الشخصية العامة الواجب توافرها في هؤلاء الأشخاص حتى تسري عليهم أحكامهم، وذلك حتى لا يتم تكرارها عند دراسة الشروط الشخصية الخاصة بكل فئة من الفئات السابق ذكرهم.

والشروط الشخصية العامة الواجب توافرها بالشخص الطبيعي حتى يخضع لأحكام نظام الإفلاس هي:

- ١- تمتع الشخص الطبيعي بالأهلية اللازمة لممارسة نشاطه.
- ٢- مزاولة الشخص الطبيعي لعمل تجاري أو مهني أو يهدف إلى تحقيق ربح.

الإفلاس؟ وهل يمكن أن يخضع بعض المدنيين الذين يمارسون أعمالاً مدنية لأحكام نظام الإفلاس؟ وهل جميع الديون التي في ذمم الأشخاص الذين يمارسون أعمالاً تجارية أو مهنية أو تهدف إلى تحقيق الربح، تُخضعهم لأحكام نظام الإفلاس أم هل يجب أن تتعلق بممارستهم لتلك الأعمال؟

بناءً على ما تقدم، يهدف هذا البحث إلى إيجاد دراسة قانونية تأصيلية تبين بشكل مفصل الأشخاص الطبيعيين الخاضعين لأحكام نظام الإفلاس، والشروط الشخصية والموضوعية الواجب توافرها فيهم حتى يخضعوا لأحكامه، بحيث تكون كمرجع قانوني رئيس وأصيل يحدد الأشخاص الطبيعيين الذين تسري عليهم أحكام نظام الإفلاس السعودي الجديد.

ولقلة الأبحاث القانونية المتعلقة بنظام الإفلاس - وذلك لأنه نظام جديد لم يصدر ولم يدخل حيز التنفيذ إلا حديثاً - فقد تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي، فتم وصف الأشخاص الطبيعيين الخاضعين لأحكام نظام الإفلاس، ومن ثم، تم استقراء الإشكاليات القانونية المرتبطة بتطبيق نظام الإفلاس عليهم والشروط اللازمة لذلك، بعد ذلك، تم تحليل جميع ما سبق التحليل القانوني المفصل والمؤيد بالنصوص القانونية، الأمر الذي ساعد للوصول إلى تحديد الأشخاص الطبيعيين الخاضعين لأحكام نظام الإفلاس تحديداً دقيقاً، وتحديد الشروط الواجب توافرها فيهم حتى يخضعوا لأحكامه.

تأسيساً لما سبق سنبحث موضوع الشروط الواجب توافرها بالأشخاص الطبيعيين حتى تسري عليهم أحكام نظام الإفلاس من خلال المبحثين التاليين:

- المبحث الأول: الشروط الشخصية:
 - المطلب الأول: الشروط الشخصية العامة.
 - المطلب الثاني: الشروط الشخصية الخاصة.
- المبحث الثاني: الشروط الموضوعية:
 - المطلب الأول: الشروط الموضوعية العامة.
 - المطلب الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة.

له ممارستها بعد أن يأذن له وليه بذلك (طه وبنديق، ٢٠٠٧م؛ القليوبي، ٢٠١١م)، والإذن نوعان: إذن مطلق، وإذن مقيد:

١- الإذن المطلق: يخول الإذن المطلق القاصر ممارسة جميع الأنشطة دون قيود، وبالتالي إذ امتنع عن سداد الديون الناتجة عنها فيخضع لأحكام نظام الإفلاس (الغامدي، ١٤٣٨هـ).

٢- الإذن المقيد: يخول الإذن المقيد القاصر ممارسة أنشطة معينة ومحددة من قبل وليه، وبالتالي تكون أهليته في حدود هذه الأنشطة، فإذا امتنع عن سداد دين متعلق بها فيخضع لأحكام نظام الإفلاس، أما امتناعه عن سداد الديون المتعلقة بالأنشطة غير المصرح له ممارستها فلا تخضعه لأحكام نظام الإفلاس (طه وبنديق، ٢٠٠٧م).

الفرع الثاني: مزاولة الشخص لعمل تجاري أو مهني أو يهدف إلى تحقيق ربح

حتى يخضع الشخص الطبيعي لأحكام نظام الإفلاس لابد له أن يزاول عملاً تجارياً أو مهنيًا أو يهدف إلى تحقيق الربح، وذلك وفقاً لأحكام الفقرة (أ) من المادة (٤) من نظام الإفلاس، وهذا الأمر يثير عدة تساؤلات أهمها: هل يجب أن يزاول النشاط بنفسه؟ فأحياناً يوجد أشخاص يمارسون أعمالاً تجارية أو مهنية بأسماء أشخاص آخرين، فيظهر أشخاص مستترون وأشخاص ظاهرون، والسؤال الذي يطرح هنا هو: من الذي يخضع لأحكام نظام الإفلاس هل هو الشخص الظاهر أم الشخص المستتر؟ وما هو حكم الشريك المتضامن في شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة التي لا يزاول فيها الشريك المتضامن أي نشاط من الأنشطة المذكورة في الفقرة (أ) من المادة (٤)، فهل يخضع لأحكام نظام الإفلاس؟

٣- طلب افتتاح إجراء الإفلاس أثناء مزاولة الشخص الطبيعي لنشاطه.

الفرع الأول: تمتع الشخص الطبيعي بالأهلية اللازمة لخضوعه لنظام الإفلاس

حتى يخضع الشخص الطبيعي لأحكام نظام الإفلاس يجب أن يتمتع بالأهلية اللازمة لذلك (أهلية الأداء)، ولم ينص نظام الإفلاس على ذلك صراحة، إلا أن القواعد القانونية العامة تقضي بأنه حتى يُسأل الشخص الطبيعي عن الأعمال التي يمارسها لابد له أن يتمتع بالأهلية الكاملة (منصور، ٢٠١٥م)، فيجب أن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً (الغامدي، ١٤٣٨هـ)، وقد حدد مجلس الشورى سن الرشد بثمانية عشر عاماً، وذلك بموجب القرار رقم ١١٤ وبتاريخ ١١/٥/١٣٧٤هـ (الجبر، ١٤١٧هـ؛ الغامدي، ١٤٣٨هـ)، فإذا بلغ الشخص هذا السن ولم يشوبه أي عارض من عوارض الأهلية كالجنون أو السفه أو الغفلة فيكون كامل الأهلية، وبالتالي يخضع لأحكام نظام الإفلاس بشرط أن تتوفر فيه الشروط الأخرى التي أقرها النظام (الجبر، ١٤١٧هـ؛ الغامدي، ١٤٣٨هـ)، أما ناقص الأهلية فأحياناً يخضع لأحكامه وأحياناً لا يخضع لها وذلك حسب حالته:

- فناقص الأهلية بسبب السفه أو الغفلة لا يجوز له ممارسة أي نشاط من الأنشطة المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة (٤) سواء كان هذا النشاط نشاطاً تجارياً أو مهنيًا أو يهدف إلى تحقيق الربح أو غير ذلك، فإذا تم الحجر عليه فتصبح جميع تصرفاته باطلة، وبالتالي لا يخضع لأحكام نظام الإفلاس (القليوبي، ٢٠١١م؛ عوض، ٢٠١٠م).
- أما ناقص الأهلية بسبب عدم بلوغه سن الرشد، والذي يسمى بالقاصر، فالأصل أنه لا يجوز له ممارسة أي نشاط من الأنشطة المذكورة سابقاً، لكن استثناءً من ذلك يمكن

أولاً: الشخص الظاهر والمستتر

قد يلجأ بعض الأشخاص لمزاولة أعمال تجارية أو مهنية بأسماء أشخاص آخرين، وذلك لعدة أسباب: فقد يكونوا ممنوعين من ممارسة تلك الأعمال بسبب عدم حصولهم على التأهيل أو الترخيص اللازم لمزاولة ذلك العمل أو تلك المهنة، أو بسبب وظائفهم التي تمنعهم من ممارسة أي نشاط خارج وظيفتهم، وأكبر مثال على ذلك الموظفون الحكوميون، فهم ممنوعون من ممارسة أي عمل خارج نطاق وظيفتهم، فقد حظرت المادة (١٣) من نظام الخدمة المدنية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٩) وبتاريخ ١٠/٧/١٣٩٧هـ، الموظف العام الاشتغال بالتجارة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، كما حظرت ذلك المادة (٣) من لائحة الواجبات الوظيفية الصادرة بقرار معالي وزير الخدمة المدنية رقم (٧٠٣/١٠٨٠٠) وبتاريخ ٣/١١/١٤٣٧هـ على أنه: "يحظر على أي موظف أن يزاول نشاطاً يؤدي إلى اكتساب صفة التاجر كأن يباشر الشراء من أجل البيع على سبيل الاحتراف أو أن يكون مقاولاً متعهداً للتوريد أو دلالاً أو صرافاً أو وكيلًا بالعمالة".

كما حظرت المادة (١٤) من نظام الخدمة المدنية على الموظف العام ممارسة الأعمال المهنية فنصت على أنه "لا يجوز للموظف الجمع بين وظيفته وممارسة مهنة أخرى".

لذلك قد يلجأ هؤلاء الأشخاص لممارسة الأعمال التجارية أو الأعمال المهنية من خلال أشخاص آخرين مصرح لهم القيام بتلك الأعمال، فيتج عن ذلك فئتين من الأشخاص: أشخاص مستترون وأشخاص ظاهرون، فالمستترون يمارسون النشاط ويحترفونه ويبرمون الصفقات والعقود مع الغير بأسماء الظاهرين الذين لا يعملون شيئاً سوى أن النشاط يمارس بأسمائهم (طه وبنديق، ٢٠٠٧م)، والسؤال الذي يثار هنا هو: من الذي يخضع لأحكام نظام الإفلاس في حال امتناع الشخص المستتر عن سداد الديون المتعلقة بالنشاط الذي مارسه مع الغير باسم الشخص الظاهر، هل الشخص الظاهر أم الشخص المستتر؟

في الواقع، لم يعالج نظام الإفلاس ولا نظام الخدمة المدنية حالة المدين الظاهر والمستتر، فقد جاء نظام الخدمة المدنية وقرر الحظر لكنه لم يرتب على ذلك أي جزاء، وقد استقر رأي شراح القانون على أن الشخص الظاهر يكتسب صفة التاجر أو صفة المهني (حسب الحالة) لأن اسمه هو الذي يظهر في العقود والصفقات فاسمه الذي يستخدم في ممارسة التجارة أو المهنة، لذلك فهو الذي يتحمل الربح والخسارة، وبالتالي يخضع لأحكام نظام الإفلاس (القليوبي، ٢٠١١م؛ طه وبنديق، ٢٠٠٧م)، فإذا امتنع الشخص الظاهر عن سداد الديون الناتجة عن العمل الذي قام به الشخص المستتر باسم الشخص الظاهر فيمكن للدائنين مطالبة الشخص الظاهر بسدادها وإذا امتنع عن السداد فيخضع لإحكام نظام الإفلاس (عوض، ٢٠١٠م).

أما الشخص المستتر الذي يبرم العقود والصفقات مع الغير باسم الشخص الظاهر، فقد اختلف حوله شراح القانون، فمنهم من قال: أنه لا يعتبر تاجراً ولا مهنيًا من الناحية القانونية، لأن اسمه لا يظهر لا في الصفقات ولا في العقود التي تبرم، ومنهم من قال: أنه يجب أن يخضع لأحكام نظام الإفلاس وذلك من أجل حماية الغير الذي يتعامل معه بناءً على الوضع الظاهر، فيرون أن عدم اكتسابه لصفة التاجر أو لصفة المهني ما هي إلا منحة وميزة تعطى له بسبب مخالفته للقانون، لذلك لا بد من إكسابه لها وإخضاعه لمسؤولياته وواجباته ولأحكام نظام الإفلاس^(٣) (القليوبي، ٢٠١١م؛ محمد والفقي، ٢٠٠٣م).

وبالرجوع لأحكام الفقرة (أ) من المادة (٤) من نظام الإفلاس نجد أنها اشترطت لسريان نظام الإفلاس على

(٣) وهذا ما أخذ به قانون التجارة المصري في المادة (١٨) والتي تنص على ثبوت صفة التاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعار أو مستتراً وراء شخص آخر فضلاً عن ثبوتها للشخص التاجر ويمكن شهر إفلاس التاجران الظاهر والمستتر.

سواء كان تجارياً أو مهنياً أو يهدف لتحقيق الربح فإنه وفقاً لأحكام الفقرة (أ) من المادة (٤) لا يخضع لأحكام نظام الإفلاس لأنه لا يمارس أي نشاط من الأنشطة السابق ذكرها، فهل يخضع لأحكامه بالرغم من ذلك؟

في الواقع، بالرغم من أن الشريك المتضامن في شركتي التضامن والتوصية البسيطة قد لا يقوم بأي عمل في الشركة، إلا أنه بالرغم من ذلك يكتسب صفة التاجر ويعتبر من التجار، وذلك لأن التعاقد مع الغير يكون باسم الشركة الذي يتكون من أسماء الشركاء المتضامين كلهم أو بعضهم فيعتبر التعاقد وكأنه حصل مع الشركة ومع الشركاء المتضامين جميعاً وبمسؤوليتهم بصفة شخصية وبشكل متضامن عن جميع ديون الشركة (طه وبندق، ٢٠٠٧م).

لذلك نرى أن الشريك المتضامن في شركتي التضامن والتوصية البسيطة لا يخضع لأحكام نظام الإفلاس بموجب الفقرة (أ) من المادة (٤)، لكن ممكن أن يخضع له بسبب مسؤوليته التضامنية عن ديون الشركة والتي هي ديون تجارية، ولأن شركتي التضامن والتوصية البسيطة تنفيضان في حال إفلاسه إعمالاً بنص الفقرة (١) من المادة (٣٧) من نظام الشركات والتي تنص على أن: "تنقضي شركة التضامن بوفاء أحد الشركاء، أو بالحجر عليه، أو بشهر إفلاسه"، فلجميع هذه الأسباب نرى وجوب أن يخضع الشريك المتضامن لأحكام نظام الإفلاس حتى ولو لم يمارس أي عملاً من الأعمال المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة (٤) من نظام الإفلاس، ونرى أن تعدل الفقرة (١) من المادة (٣٧) وتنص صراحة على خضوع الشريك المتضامن لأحكام نظام الإفلاس.

وحتى يكون الأمر كذلك لابد بدايةً من مطالبة الشركة بالوفاء بديونها وامتناعها عن سدادها، بعد ذلك تتم مطالبتها بسدادها، وفي حال امتناعه عن ذلك فيخضع لأحكام الإفلاس، وهذا ما أكدته المادة (٢١) من نظام الشركات والتي تنص على أنه: "لا تجوز مطالبة الشريك بأن يؤدي من ماله ديناً على الشركة،

الأشخاص الطبيعيين ممارستهم لأعمال تجارية أو مهنية أو تهدف إلى تحقيق ربح وليس لاكتسابهم صفة التاجر أو صفة المهني أو أي صفة أخرى، فقد ركزت على ممارسة الشخص للعمل وليس على صفته، لذلك وفقاً لأحكام الفقرة السابق ذكرها فإن الشخص المستتر الذي يمارس عملاً تجارياً أو مهنياً هو الذي يخضع لأحكام نظام الإفلاس وليس الشخص الظاهر الذي لم يمارس أي عمل، فعزت خضوعهم لنظام الإفلاس لممارستهم لهذه الأعمال وليس لاكتسابهم أو عدم اكتسابهم لصفة التاجر أو لصفة المهني، لذلك فهناك قصور في نظام الإفلاس لعدم خضوع الأشخاص الطبيعيين لأحكامه بسبب صفاتهم بل بسبب ممارستهم للأعمال التجارية أو المهنية، فمن الأجدر إخضاعهم لأحكامه إما بسبب ممارستهم لأعمال تجارية أو مهنية أو بسبب اكتسابهم لصفات معينة كصفة التاجر أو صفة المهني، وذلك حتى لا يتهربوا من تطبيق أحكام النظام عليهم بذريعة أنهم تجار أو مهنيين لكنهم لا يمارسون أعمالاً تجارية أو مهنية.

مما تقدم وللأسباب السابقة، نرى وجوب إخضاع جميع الأشخاص سواء كانوا ظاهريين أو مستترين لأحكام نظام الإفلاس، وهذا لا يعني افتتاح إجراء إفلاس واحد ضد الجميع، بل لكل منهم إجراءه المستقل عن الآخر (القليوبي، ٢٠١١م؛ عوض، ٢٠١٠م).

ثانياً: الشريك المتضامن

نصت المادة (١٧) من نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣) بتاريخ ١٤٣٧/١/٢٨هـ، على أن الشريك المتضامن هو شخص من الأشخاص الطبيعيين يكون مسؤولاً مسؤولاً شخصية وتضامنية عن جميع أموال الشركة حتى في أمواله الخاصة، ويكتسب فيها صفة التاجر.

والإشكالية التي تثار بالنسبة للشريك المتضامن هي عندما يكون شريكاً متضامناً في الشركة ولا يمارس فيها أي عمل

إلا بعد ثبوت هذا الدين في ذمتها بإقرار المسؤولين عن إدارتها أو بموجب حكم قضائي نهائي أو سند تنفيذي، وبعد إعادتها بالوفاء، ومنحها مدة معقولة لذلك يقدرها الدائن".

فامتناع الشركة عن الوفاء بديونها ومطالبة الشريك المتضامن بسداد هذه الديون وامتناعه عن ذلك، يؤدي إلى خضوعها معاً إلى أحكام نظام الإفلاس، إلا أن لكل واحدٍ منهم إجراءاته الخاصة به، فإجراء الإفلاس ضد الشريك المتضامن منفصلاً عن إجراء الإفلاس ضد الشركة، لذلك فعند إفلاس الشركة أو الشريك المتضامن يكون هنالك تعدد في الإجراءات، فيفتح إجراء ضد الشركة وإجراء آخر ضد كل شريك متضامن فيها (الرحالة والخالدي، ١٤٣٦هـ؛ قاسم، ٢٠٠١م)، وهذا ما أكدته المادة (٢١) من نظام الشركات والتي تنص على أن: "لا تجوز مطالبة الشريك بأن يؤدي من ماله ديناً على الشركة، إلا بعد ثبوت هذا الدين في ذمتها بإقرار المسؤولين عن إدارتها أو بموجب حكم قضائي نهائي أو سند تنفيذي، وبعد إعادتها بالوفاء، ومنحها مدة معقولة لذلك يقدرها الدائن".

الفرع الثالث: طلب افتتاح إجراء الإفلاس أثناء مزاوله الشخص الطبيعي لنشاطه

الأصل أن طلب افتتاح إجراء الإفلاس يتم أثناء مزاوله الشخص الطبيعي لنشاطه، وهذا ما أكدته الفقرة (أ) من المادة (٤) من نظام الإفلاس والتي نصت وبشكل صريح على أن "أحكام نظام الإفلاس تسري على كل من يمارس في المملكة أعمالاً تجارية،"، فربطت سريان النظام على الأشخاص الطبيعيين بممارستهم للأعمال المنصوصة عليها في الفقرة السابقة، وهذا الأمر يثير عدة تساؤلات: هل الممارسة شرط أساسي لسريان النظام على الشخص الطبيعي؟ أم هل يمكن أن تسري عليه حتى بعد توقفه عن ممارسة نشاطه بسبب وفاته أو بسبب اعتزاله لنشاطه؟ للإجابة على هذين السؤالين سنبحث الأحكام المتعلقة: بالمدين المتوفى، والمدين المعتزل.

أولاً: المدين المتوفى

أفرد نظام الإفلاس الفصل السادس عشر للمدين المتوفى، وذلك في المواد من (٢١٩-٢٢٦). وقد نظم هذا الفصل أحكام المدين المتوفى حسب:

- ١- نوع الإجراء المطالب افتتاحه.
 - ٢- وقت طلب افتتاح الإجراء: هل هو قبل وفاة المدين أو بعد وفاته.
- لذلك سنحلل هذه الأحكام ونبحثها كما جاءت في المواد المذكورة في الأعلى على النحو التالي.

- ١- وفاة المدين في حال طلب إجراء التسوية الوقائية أو إجراء التسوية الوقائية لصغار المدينين أو إجراء إعادة التنظيم المالي أو إجراء إعادة التنظيم المالي لصغار المدينين
- في هذه الإجراءات فرق النظام بين وفاة المدين بعد افتتاح الإجراء وقبل حكم المحكمة بإنهائه، وبين وفاة المدين بعد تقديم طلب افتتاح الإجراء وقبل حكم المحكمة بافتتاح الإجراء أو رفض الطلب (قرمان، ٢٠١٩م).

- (أ) وفاة المدين بعد افتتاح الإجراء وقبل حكم المحكمة بإنهائه
- بينت المادة (٢١٩) من نظام الإفلاس أنه في حالة وفاة المدين بعد افتتاح الإجراء وقبل حكم المحكمة بإنهائه يعتبر الإجراء مستمراً وتعد الخطة نافذة وتدعو المحكمة ورثة المدين المتوفى ودائنيه لاجتماع من أجل اتخاذ أي من القرارات التالية:
- (١) قرار بأن يؤسس ورثة المدين المتوفى شركة ذات مسؤولية محدودة أو شركة مساهمة وتنتقل إليها حقوقهم وحقوق الدائنين في أصول التفليسة المتمثلة في تركة المدين لتكون أصول الشركة، وتكون الشركة بعد تأسيسها خاضعة للإجراء وتحل محل المدين.
 - (٢) قرار بطلب إنهاء الإجراء وافتتاح إجراء التصفية أو إجراء التصفية الإدارية.

(ب) وفاة المدين بعد افتتاح الإجراء وقبل حكم المحكمة بإنهائه في هذه الحالة يستمر الإجراء ويكمل أمين الإفلاس أو لجنة الإفلاس مهمات كل منهما.

٣- وفاة المدين قبل تقديم طلب افتتاح أي إجراء من إجراءات الإفلاس

أحالت المادة (٢٢٣) من نظام الإفلاس تنظيم هذه الحالة إلى اللائحة التنفيذية لنظام الإفلاس، وقد نظمت ذلك المادة (٨٣) من اللائحة والتي نصت على أنه: في حال وفاة مدين مفلس أو متعثر قبل تقديم طلب افتتاح إجراء الإفلاس، فيمكن لورثته - بعد الاتفاق مع الدائنين على تأسيس شركة ونقل أصول الشركة إليها - التقدم إلى المحكمة بطلب افتتاح إجراء الإفلاس المناسب لتلك الشركة.

ثانياً: المدين المعتزل لنشاطه

قد يمارس الشخص ذو الصفة الطبيعية أعمالاً تجارية، أو أعمالاً مهنية، أو أعمالاً تهدف إلى تحقيق ربح، وبعد فترة يتوقف عن ممارسته لها ويعتزلها، فما هو الحال لو امتنع عن سداد ديون متعلقة بتلك الأعمال، فهل تسري عليه أحكام نظام الإفلاس أم لا؟

في الواقع لم ينظم نظام الإفلاس الأحكام المتعلقة بإفلاس المدين المعتزل عن ممارسة نشاطه سواء كان نشاطاً تجارياً أو مهنيّاً أو يهدف إلى تحقيق الربح، كما فعل في حالة المدين المتوفى، ونقترح على المنظم أن ينظم الإجراءات المتعلقة بالمدين المعتزل كما نظم الإجراءات المتعلقة بالمدين المتوفى (ناصر، ٢٠٠٨م؛ مكرم، ٢٠٠٥م؛ القليوبي، ٢٠١١م^(٤)).

(٤) بعض القوانين نظمت أحكام الإفلاس المتعلقة بالتاجر المعتزل كالقانون المصري، فقد نصت المادة (٥٥١) من قانون التجارة المصري على أنه: "(١) يجوز شهر إفلاس التاجر بعد وفاته أو اعتزاله التجارة إذا توفي أو اعتزل التجارة وهو في حالة توقف عن الدفع".

(ب) وفاة المدين بعد تقديم طلب افتتاح الإجراء وقبل حكم المحكمة بافتتاح الإجراء أو رفض الطلب

إذا توفي المدين بعد تقديم طلب افتتاح الإجراء وقبل حكم المحكمة بافتتاح الإجراء أو رفض الطلب، فتنظر المحكمة في الطلب، فإذا ثبت لها تحقق شروط افتتاح الإجراء، تدعو ورثة المدين المتوفى ودائنيه للاجتماع لاتخاذ أي من القرارات التالية:

- (١) قرار بأن يؤسس ورثة المدين المتوفى شركة ذات مسؤولية محدودة أو مساهمة تنتقل إليها حقوقهم وحقوق الدائنين في أصول المدين المتمثلة في تركة المدين لتكون أصول الشركة، وتحل الشركة محل المدين المتوفى في استكمال إجراءات افتتاح الإجراء.
- (٢) قرار بطلب افتتاح إجراء التصفية أو إجراء التصفية الإدارية.

٢- وفاة المدين في حال طلب افتتاح إجراء التصفية أو إجراء التصفية لصغار المدينين أو إجراء التصفية الإدارية

في هذا الإجراء فرق النظام بين وفاة المدين بعد تقديم طلب افتتاح الإجراء وقبل حكم المحكمة بافتتاح الإجراء أو رفض الطلب، وبين وفاة المدين بعد افتتاح الإجراء وقبل حكم المحكمة بإنهائه.

(أ) وفاة المدين بعد تقديم طلب افتتاح الإجراء وقبل حكم المحكمة بافتتاح الإجراء أو رفض الطلب

إذا ثبت للمحكمة عدم تحقق شروط افتتاح الإجراء وتحقق شروط افتتاح إجراء إعادة التنظيم المالي، فتدعو ورثة المدين المتوفى ودائنيه للاجتماع لاتخاذ أي من الآتي:

- (١) قرار بأن يؤسس ورثة المدين شركة ذات مسؤولية محدودة أو شركة مساهمة تنتقل إليها حقوقهم وحقوق الدائنين في أصول المدين المتمثلة في تركة المدين لتكون أصول الشركة، وتحل الشركة محل المدين المتوفى في استكمال إجراءات افتتاح إجراء التنظيم المالي.
- (٢) قرار بطلب افتتاح إجراء التصفية.

المطلب الثاني: الشروط الشخصية الخاصة

لا يكفي توافر الشروط الشخصية العامة بالأشخاص الطبيعيين حتى تسري عليهم أحكام نظام الإفلاس، فلا بد كذلك من أن تتوفر فيهم شروطاً شخصية خاصة حتى تسري عليهم أحكامهم، فهناك شروط شخصية خاصة تتعلق بالأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً تجارية، وشروط شخصية خاصة تتعلق بالأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً مهنية، وشروط شخصية خاصة تتعلق بالأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح، وشروط شخصية خاصة بالمستثمر غير السعودي.

لذلك سنبحث في (الفرع الأول): الشروط الشخصية الخاصة بالأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً تجارية، وسنبين في (الفرع الثاني): الشروط الشخصية الخاصة بالأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً غير تجارية، وأخيراً في (الفرع الثالث) سنبين: الشروط الشخصية المتعلقة بالمستثمر الأجنبي.

الفرع الأول: الشروط الشخصية الخاصة بالأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً تجارية

لم ينص نظام الإفلاس على سريان أحكامه على التجار بسبب صفاتهم بل بسبب ممارستهم لأعمال تجارية، فربطت الفقرة (أ) من المادة (٤) سريان النظام على الأشخاص الطبيعيين بسبب ممارستهم وليس بسبب صفاتهم، فالنظام يسري على الشخص الطبيعي الذي يمارس عملاً تجارياً حتى ولو لم يكتسب صفة التاجر، وقد أكدت ذلك المذكرة التوضيحية لمشروع نظام الإفلاس التي وضعتها وزارة التجارة والاستثمار، والتي بينت فيها أن نطاق سريان النظام يمتد إلى النشاطات الاقتصادية التي تشمل جميع الأعمال التجارية (وزارة التجارة والاستثمار، ٢٠١٦م)، وبالتالي أي شخص يمارس هذه الأعمال تطبق عليه أحكام نظام الإفلاس،

وبالرجوع إلى تعريف التاجر المنصوص عليه في المادة (١) من نظام المحكمة التجارية الصادر بتاريخ ١٥/١/١٣٥٠هـ، والذي عرّفته على أنه: "كل من اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها مهنة له"، نجد أن التاجر يمارس أعمالاً تجارية وبالتالي يطبق عليه نظام الإفلاس لأنه يمارس عملاً تجارياً، ومفهوم التاجر مفهوم واسع يشمل التاجر العادي والتاجر الصغير والصانع، فهل أحكامه تطبق على جميع هؤلاء الأشخاص؟ للإجابة على هذا التساؤل لابد من دراسة الشروط الواجب توافرها في كل واحد منهم، فيوجد شروط تتعلق بالتاجر العادي وهي عامة مشتركة بين جميع فئات التجار، وشروط خاصة تتعلق بالتاجر (الصانع) الذي يمارس أعمالاً صناعية، وشروط خاصة تتعلق بالتاجر الصغير.

أولاً: الشروط المتعلقة بالتاجر العادي

بينت المادة (١) من نظام المحكمة التجارية الشروط الواجب توافرها بالشخص حتى يكتسب صفة التاجر وهي: ممارسة الأعمال التجارية، واحتراف الأعمال التجارية، والأهلية التجارية، وممارسة الشخص العمل التجاري باسمه وحسابه الخاص.

١- ممارسة الأعمال التجارية: لكي يكتسب الشخص صفة التاجر لابد له من ممارسة الأعمال التجارية، وهذه الأعمال قد نصت عليها المادة (٢) من نظام المحكمة التجارية. وسوف نبين ذلك لاحقاً بشيء من التفصيل.

٢- احتراف الأعمال التجارية: لا يكفي لاكتساب الشخص صفة التاجر ممارسة الأعمال التجارية بل يجب عليه احتراف هذا العمل (الشريف، ٢٠١٨م)، وحتى يعتبر الشخص محترفاً للعمل التجاري لابد أن تتوفر فيه الشروط التالية:

(أ) التكرار: حتى يحترف الشخص العمل التجاري يجب عليه تكرار العمل التجاري، فلا بد أن

ثانياً: الشروط المتعلقة بالتاجر (الصانع) الذي يمارس أعمالاً صناعية

تعتبر مقاوله الصناعة من الأعمال التجارية التي نصت عليها الفقرة (أ) من المادة (٢) من نظام المحكمة التجارية^(٦) والتي إذا مارسها الشخص يكتسب صفة التاجر، فالصانع أو الشخص الذي يقوم بأعمال صناعية يكتسب صفة التاجر ويخضع لأحكام نظام الإفلاس، إلا أنه في بعض الأحيان يختلط مفهوم الحرفي بمفهوم الصانع، بالرغم من وجود فارق كبير بينهما، فطبيعة عمل الصانع تختلف تماماً عن طبيعة عمل الحرفي، فالصانع يمارس نشاطه من خلال مشروع منظم له إدارة ثابتة تديره، وله رأس مال كبير، ويهدف من إنشائه إلى تحقيق الربح، ويضارب على الأيدي العاملة التي يشغلها، والمواد التي يشتريها ويعيد تصنيعها (صالح، ١٩٨٧م؛ الرجوب وعبيدات، ٢٠١٥م).

بينما الحرفي هو شخص يمارس عملاً يدوياً بنفسه أو بمعاونة بعض العمال الذين يعملون معه، أو من خلال استخدام بعض القوى المحركة، ويدر عليه موارد قليلة تكفي لمعيشته (العريني، ١٩٧٧م؛ الرجوب وعبيدات، ٢٠١٥م)، فالعناصر التي يعتمد عليها الصانع تختلف عن تلك التي يعتمد عليها الحرفي، فالحرفي يعتمد بشكل أساسي على مهارته في أداء العمل، فهو يضارب على جهده الشخصي، ولا يضارب على الآلات والعمال إلا بشيء بسيط (صالح، ١٩٨٧م؛ الرجوب وعبيدات، ٢٠١٥م).

بينما الصانع يضارب على آلات وعمال ورأس المال، ويمارس نشاطه من خلال مشروع منظم، إلا أن الحرفي قد يتحول إلى صانع، وذلك عندما يستخدم الآلات بعمله بشكل

يمارسه بشكل دائم ومستمر، أما إذا مارسه بشكل عرضي أو بشكل متقطع فلا يتحقق هذا الشرط وبالتالي لا يكتسب صفة التاجر (الراحلة والخالدي، ١٤٣٦هـ؛ الشريف، ٢٠١٨م).

(ب) الارتزاق: حتى يكتسب الشخص صفة التاجر لابد أن يكون العمل التجاري الذي يمارسه هو المصدر الرئيس لرزقه، فإذا كان ما يجنيه منه يعتبر دخلاً إضافياً أو ثانوياً فلا يتحقق شرط الاحتراف، وبالتالي لا يكتسب الشخص صفة التاجر (منصور، ٢٠١٧م؛ الراحلة والخالدي، ١٤٣٦هـ).

٣- الأهلية التجارية: حتى يكتسب الشخص صفة التاجر يجب أن يكون كامل الأهلية، بمعنى أن يكون بالغاً عاقلاً راشداً، وهذا ما أكدته المادة (٤) من نظام المحكمة التجارية، فنصت على أن: "كل من كان رشيداً أو بلغ سن الرشد فله الحق أن يتعاطى مهنة التجارة بأنواعها"^(٧).

٤- ممارسة الشخص العمل التجاري باسمه وحسابه الخاص: حتى يكتسب الشخص صفة التاجر يجب عليه ممارسة العمل التجاري باسمه وحسابه الخاص، فإذا مارسه باسم شخص آخر فلا يعتبر محترفاً له، كذلك إذا مارسه باسمه ولكن لحساب شخص آخر وليس لحسابه فلا يكتسب صفة التاجر، فالأشخاص الذين لا يمارسون العمل التجاري باسمهم وحسابهم الخاص لا يعتبرون تجاراً بل وكلاء أو موظفون حسب الحالة (منصور، ٢٠١٧م؛ الراحلة والخالدي، ١٤٣٦هـ).

(٥) نصت المادة (٧) من نظام الأوراق التجارية على أن: "تحدد أهلية الملتزم بالكمبيالة وفقاً لنظام موطنه، ومع ذلك لا يعتبر السعودي أهلاً للالتزام بالكمبيالة إلا إذا بلغ من العمر ثمان عشرة سنة. وإذا كان الشخص ناقص الأهلية وفقاً لنظامه الوطني فإن التزامه يظل مع ذلك صحيحاً إذا وضع توقيعه في إقليم دولة يعتبره نظامها كامل الأهلية"، كذلك قرار مجلس الشورى رقم (١١٤) الصادر بتاريخ ١١/٥/١٣٧٤هـ.

(٦) نصت الفقرة (أ) من المادة الثانية من نظام المحكمة التجارية الصفة التجارية على أنه: "يعتبر من الأعمال التجارية: كل شراء بضاعة أو أغلال من مأكولات وغيرها لأجل بيعها بحالها أو بعد صناعة وعمل فيها".

٢٠١٨م^(٧) التي يمتلكها المدين التاجر من خلال تحليل ودراسة نظامي السجل التجاري والدفاتر التجارية، فقد أوجبت المادة (٢) من نظام السجل التجاري الصادر بتاريخ ٢١/٢/١٤١٦هـ، على كل تاجر بلغ نصاب رأس ماله مائة ألف ريال، ويملك محلاً تجارياً، القيد في السجل التجاري، فوضعت شرطين للقيد في السجل التجاري هما: بلوغ التاجر نصاب رأس ماله مائة ألف ريال، وتملكه محلاً تجارياً.

(أ) بلوغ التاجر نصاب رأس ماله مائة ألف ريال

وفقاً لهذا الشرط، إذا كان رأس مال التاجر أقل من مائة ألف ريال فيعتبر تاجراً صغيراً، أما إذا بلغ نصاب رأس ماله مائة ألف ريال فأكثر فيعتبر تاجراً عادياً، وهذا ما أكدته نظام السجل التجاري، والذي أوجب على التاجر العادي الذي وصل نصاب رأس ماله مائة ألف ريال فأكثر القيد في السجل التجاري، وأعفى التاجر الصغير الذي لم يبلغ نصاب رأس ماله ذلك المبلغ من القيد فيه (الشريف، ٢٠١٨م).

كما أكد نظام الدفاتر التجارية هذا المعيار في التفرقة ما بين التاجر العادي والتاجر الصغير، فأوجب على التاجر الذي بلغ نصاب رأس ماله مائة ألف ريال مسك الدفاتر التجارية، وأعفى التاجر الصغير الذي لم يبلغ نصاب رأس ماله هذا المبلغ من مسكه لها وذلك مراعاة لظروفه وتيسيراً عليه^(٨).

يتبين مما سبق، أن الشرط الأول لاعتبار الشخص تاجراً صغيراً وفقاً لمعيار حجم الأصول هو عدم بلوغ نصاب رأس

ملموس، ويوظف عدداً من العمال ليس بالقليل، ويستخدم رأس مال كبير، ففي هذه الحالة يتحول إلى صانع ويعتبر أنه يمارس عملاً تجارياً وبالتالي يخضع لأحكام نظام الإفلاس (الرغوب وعبيدات، ٢٠١٥م؛ صالح، ١٩٨٧م).

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى بيان أن الحرفي قد تسري عليه أحكام نظام الإفلاس على اعتبار أنه يمارس "عملاً" يهدف إلى تحقيق الربح"، وذلك لأن مفهوم العمل الذي يهدف إلى تحقيق الربح المنصوص عليه في الفقرة (أ) من المادة (٤) مفهوم واسع لم يحدده المنظم في نظام الإفلاس، وهذا ما سنبينه لاحقاً.

ثالثاً: الشروط المتعلقة بالتاجر الصغير

من الأهمية بمكان دراسة الشروط الخاصة بالتاجر الصغير، وذلك لأن نظام الإفلاس وضع أحكاماً وإجراءات خاصة لصغار المدينين تختلف عن تلك المخصصة للمدينين العاديين، فأفرد ثلاثة فصول لهم: الفصل السادس والسابع والثامن. فأحكام الإفلاس التي تطبق على التاجر الصغير تختلف عن تلك التي تطبق على التاجر العادي. وبالرجوع إلى أنظمة المملكة العربية السعودية، نجد أن المنظم السعودي لم يعرف التاجر الصغير، بل عرف المدين الصغير وذلك في المادة (١) من نظام الإفلاس، والتي نصت على أنه: "مدين تنطبق عليه المعايير التي تضعها لجنة الإفلاس بالتنسيق مع الهيئة العامة للمنشآت الصغيرة والمتوسطة".

وقد بينت المذكرة التوضيحية لمشروع نظام الإفلاس هذه المعايير، وذلك على النحو التالي: معيار حجم الأصول، ومعيار مقدار العوائد السنوية، ومعيار عدد العاملين.

١ - معيار حجم الأصول

يمكن استخلاص المعايير التي تتعلق بحجم الأصول (قاموس المصطلحات المالية الأكثر استخداماً بالأسواق،

(٧) الأصول هي: "مواد ذات قيمة اقتصادية يملكها الفرد أو المؤسسة أو البلد ويتوقع أن تحقق عوائد في المستقبل، يتم تسجيل الأصول التي يتم شراؤها أو إنشاؤها لزيادة قيمة الشركة في الميزانية العمومية حيث يمكنها تولد تدفقات نقدية في المستقبل".

(٨) نصت المادة الأولى من نظام الدفاتر التجارية الصادر بتاريخ ١٧/١٢/١٤٠٩هـ على أنه: "يجب على كل تاجر أن يمسك الدفاتر التجارية التي تستلزمها طبيعة تجارته ... ويعفى من مسك هذه الدفاتر التاجر الذي لا يزيد رأس ماله على مائة ألف ريال".

إلا أن هذا الأمر قد يخلط بين التاجر الصغير والحرفي لوجود تشابه كبير بينهما، وهو اعتمادهما على جهدهما البدني في ممارستها لعملها، إلا أن التاجر الصغير يختلف عن الحرفي بأنه يضارب بتجارته برأس مال صغير، بينما الحرفي لا يضارب بأي رأس مال، بل يضارب بمهارته الشخصية لإتمام عمله، لذلك يخضع التاجر الصغير لأحكام نظام الإفلاس فيما يتعلق بالجزء المخصص لصغار المدنيين، بينما الحرفي لا تسري عليه أحكامه لأنه لا يمارس أي عملاً من الأعمال المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة (٤) من نظام الإفلاس، إلا إذا اعتبرناه أنه يمارس عملاً يهدف إلى تحقيق الربح كما ذكرنا سابقاً فإنه في هذه الحالة تسري عليه أحكامه.

نستنتج مما سبق أن الشروط السابقة تشكل "مقياس حجم الأصول" الذي وضعته المذكرة التوضيحية لمشروع نظام الإفلاس (وزارة التجارة والاستثمار، ٢٠١٦م)، لذلك نأمل من لجنة الإفلاس عند تحديدتها للتاجر الصغير وفقاً لمعيار "حجم الأصول" أن تأخذ بعين الاعتبار حجم رأس مال التاجر، وتملكه لمحل تجاري، ومقدار ما يبذله من جهد بدني لكسب عيشه.

٢- معيار مقدار العوائد السنوية

تقاس العوائد السنوية للاستثمار من خلال ما يسمى بعائد الاستثمار لسنة مالية محددة، وهو أشهر الأدوات المالية التي تستخدم في تقييم الجدوى الاقتصادية للمشروعات، فهو يمثل النسبة بين الأموال المكتسبة (الأرباح والخسائر) والأموال المستثمرة (رأس المال نقود أو أصول)، لذلك يعتبر هذا المعيار مقياساً يعبر عن قدرة الموجودات على تحقيق دخل معبر عنه بنسبة مئوية، وهذه النسبة تكشف ربحية الشركة التشغيلية وغير التشغيلية، وهو بذلك يعمل كمقياس لفاعلية ونشاط الشركة أو المؤسسة، ويستخرج العائد على الاستثمار بقسمة صافي الربح على متوسط قيمة إجمالي الموجودات، وهو غير

ماله مائة ألف ريال سعودية، فإذا حقق الشروط العامة لاكتساب الشخص صفة التاجر ولم يبلغ نصاب رأس ماله مائة ألف ريال فيعتبر تاجراً صغيراً وتطبق عليه أحكام نظام الإفلاس المتعلقة بصغار المدنيين.

(ب) تملكه محلاً تجارياً

الشرط الثاني لتمييز التاجر الصغير عن التاجر العادي هو تملكه محلاً تجارياً سواء أكان مركزاً رئيساً أم فرعاً أم وكالة، وهذا الشرط تم استخلاصه من شروط قيد التاجر في السجل التجاري والذي يعني التاجر الذي لا يملك محلاً تجارياً من القيد فيه (الشريف، ٢٠١٨م)، فقياساً على ذلك يعتبر من يمتلك محلاً تجارياً تاجراً عادياً، بينما الذي يمارس التجارة ولا يمتلك محلاً تجارياً فيعتبر تاجراً صغيراً.

نستنتج مما سبق، أن نظام السجل التجاري ميّز بين التاجر العادي والتاجر الصغير فوضع شرطين أساسيين لتمييزهما وهما: شرط رأس المال، وشرط المحل الثابت، فيعتبر الشخص تاجراً صغيراً إذا مارس عملاً تجارياً ولم يبلغ نصاب رأس ماله مائة ألف ريال، أو إذا مارسه ولم يكن لديه محلاً ثابتاً أو فرعاً.

(ج) اعتماده على جهده البدني في كسب عيشه

بالإضافة إلى الشرطين السابقين، وضع شراح القانون شرطاً جوهرياً لاعتبار الشخص تاجراً صغيراً وهو اعتماده في كسب عيشه على ما يبذله من جهد بدني وليس على رأس ماله (الرجوب وعبيدات، ٢٠١٥م)، فاعتبروا الجهد البدني الذي يبذله الشخص للحصول على أرباح من جراء العمل التجاري هو المعيار الذي يميز بين التاجر العادي والتاجر الصغير، فالذي يضارب على جهده البدني أكثر مما يضارب على أمواله يعتبر تاجراً صغيراً، بينما الذي يضارب على أمواله أكثر مما يضارب على جهده البدني فيعتبر تاجراً عادياً (جاجان وبرغل وفارس، ٢٠٠٨م).

مرتبط بمدة زمنية، لكن إذا ارتبط بها فيسمى في هذه الحالة بالعائد السنوي، وعادةً يحدد بسنة مالية (السبيعي، ٢٠١٢م). لذلك، العائد السنوي: هو عائد استثمار محدد بمدة زمنية، يبين المبلغ أو نسبة الأرباح المتحققة من الاستثمار خلال سنة مالية (السبيعي، ٢٠١٢م).

من وجهة نظرنا، نرى أن هذا المعيار يميز بين المدين الصغير والمدين العادي بشكل دقيق، لكن من الناحية العملية يصعب تنفيذه بمفرده لصعوبة تطبيقه على جميع الأنشطة بنفس النسبة، فبعض الأنشطة قد يكون العائد السنوي للشخص فيها كبير ويعتبر بالرغم من ذلك من صغار المدينين، كالأنشطة المالية والمصرفية والعقارية، وأنشطة أخرى قد يكون العائد السنوي للمدين فيها قليل، ويعتبر بالرغم من ذلك من المدينين العاديين، كالأنشطة المتعلقة ببيع الخضراوات والفواكه، لذلك ندعو أن يطبق هذا المعيار مع معيار "حجم الأصول".

٣- معيار عدد العاملين

يعتمد هذا المعيار على عدد العاملين الذين يوظفهم المدين للقيام بنشاطه، فإذا كان عددهم كبير بحيث يضارب على عملهم فلا يعتبر مديناً صغيراً بل مديناً عادياً، أما إذا كان عددهم قليل، أو معدوم، بحيث يعتمد على مجهوده البدني بشكل أساس في ممارسة لنشاطه، وليس على عمل العاملين فيعتبر مديناً صغيراً، إلا أن هذا المعيار قد يثير صعوبة في التمييز بين المدين العادي والمدين الصغير، وذلك لصعوبة تحديد عدد العمال الذين إذا وظفهم المدين يعتبر مديناً صغيراً، وذلك لأن طبيعة بعض الأنشطة تتطلب لتنفيذها عدد كبير من العمال، ومع ذلك يعتبر المدين فيها مديناً صغيراً لأن دخله المتأتي من النشاط قليل، كأعمال نقل الأثاث وأعمال البناء وغيرها، على العكس من ذلك، هنالك بعض الأعمال لا تتطلب توظيف عدد كبير من العمال بيد أن المدين يعتبر فيها من المدينين العاديين لأن مردوده المالي وحجم أصوله كبيران

بالنسبة للنشاط الذي يمارسه، كأعمال الصرافة وبيع المجوهرات وغيرها.

تأسيساً على ما سبق، تبين لنا أن الأخذ بالمعايير الثلاثة مجتمعة يعطي نتائج أكثر دقة في التمييز بين المدين الصغير والمدين العادي، لذلك نوصي لجنة الإفلاس عند تحديدها للمدين الصغير بأن تأخذ بها مجتمعة وإذا تعذر ذلك فتأخذ بمعايير منها، وإذا لم يكن ذلك متاحاً فتأخذ بأحدهم.

الفرع الثاني: الشروط الشخصية الخاصة بالأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً غير تجارية

في هذا الفرع سنبين الشروط الشخصية الخاصة المتعلقة بالشخص الطبيعي الذي يمارس أعمالاً مهنية، والذي يمارس أعمالاً من أجل تحقيق ربح، والشروط الشخصية الخاصة المتعلقة بالمستثمر غير السعودي.

أولاً: الشروط الشخصية الخاصة بالأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً مهنية

لم يعرف نظام الإفلاس "المهني" إلا أن المادة (١) منه عرفت الأعمال المهنية على أنها: "أعمال يمارسها الشخص لحسابه الخاص على سبيل الاحتراف استناداً إلى خبرة أو تأهيل أو ملكة أو مهارة، ودون ارتباط بعقد عمل مع المستفيد يخضعه لتبعيته ومسؤوليته وإشرافه"، وتحليل هذا النص نجد أن المنظم وضع عدة شروط ومعايير حتى يعتبر الشخص ممارساً لعمل مهني، فمن تنطبق عليه هذه الشروط والمعايير يعتبر ممارساً للعمل المهني وبالتالي تسري عليه أحكام نظام الإفلاس، وهذه الشروط كما يلي.

١- ممارسة الشخص الطبيعي للعمل المهني لحسابه الخاص

حتى يعتبر الشخص ممارساً للعمل المهني وتسري عليه أحكام نظام الإفلاس لابد له من أن يمارسه لحسابه الخاص، فإذا

٤- ممارسة الشخص للعمل المهني استناداً إلى خبرة أو تأهيل أو ملكة أو مهارة

حتى يعتبر الشخص ممارساً للعمل المهني لابد له من ممارسته استناداً إلى خبرة أو تأهيل أو ملكة، فإذا لم يكن لديه الخبرة أو التأهيل أو الملكة فلا يعتبر ممارساً لعمل مهني حتى ولو احترف القيام به وعمله باسمه وحسابه الخاص، فقد يقوم الشخص بالعمل المهني بشكل محترف، لكن لا يعتبر ممارساً له بسبب افتقاره للتأهيل اللازم لذلك كالشهادة الجامعية مثلاً، فقد يقوم شخص بأعمال محاسبية في شركة ما ويكون لديه الخبرة والمهارة والاحتراف للقيام بهذا العمل، لكن ليس لديه شهادة في المحاسبة تؤهله لمزاولة هذه المهنة، فبالرغم من ذلك لا يكتسب الشخص صفة المهني وبالتالي لا يعتبر ممارساً لعمل مهني.

٥- الحصول على رخصة مزاولة للمهنة

لم تنص المادة (١) من نظام الإفلاس على هذا الشرط عند تعريفها "للأعمال المهنية"، إلا أنه يمكن استخلاصه من الناحية العملية، فلا يمكن لأي شخص أن يمارس أي عمل مهني في المملكة إلا إذا كان مرخصاً له من الجهة المختصة بذلك، وهذه الجهة تختلف باختلاف المهنة، فالطبيب يلزمه رخصة مزاولة من الهيئة السعودية للتخصصات الصحية حتى يستطيع أن يزاول عمله كطبيب، والمحامي يحتاج لرخصة مزاولة من الهيئة السعودية للمحامين، والمهندس يستلزم حصوله على رخصة مزاولة من الهيئة السعودية للمهندسين، وهكذا، فأصحاب المهن لابد لهم من الحصول على ترخيص من الجهة المختصة لمزاولة مهنتهم، ويحظر على أي شخص أن يزاول أي مهنة دون الحصول على رخصة مزاولة، حتى ولو كانت لديه المؤهلات والخبرة اللازمة للقيام به.

ولأهمية هذا الشرط، نوصي المنظم بأن يدرجه من ضمن الشروط الواجب توافرها بالشخص حتى يعتبر ممارساً للعمل المهني، فلا بد له من الحصول على الترخيص اللازم لمزاولة

مارسه لحساب شخص آخر فلا يعتبر ممارساً للعمل المهني، كالمحامي والمحاسب والمهندس والطبيب الذين يعملون لحساب أشخاص آخرين، فهؤلاء بالرغم من أنهم يمارسون أعمالاً مهنية لكن لا تسري عليهم أحكام نظام الإفلاس، وذلك لأنهم لا يمارسونها لحسابهم الخاص بل لحساب أشخاص آخرين.

٢- استقلالية الشخص الممارس للعمل المهني عن المستفيد من ذلك العمل

هذا الشرط مرتبط بالشرط السابق، فحتى يعتبر الشخص ممارساً للعمل المهني لابد له أن يكون مستقلاً عن المستفيد من ذلك العمل، فيجب ألا يرتبط معه بعقد عمل بحيث يخضعه لتبعيته ومسؤوليته، فإذا كان هنالك علاقة تابعة بينه وبين المستفيد من العمل فلا يعتبر الشخص ممارساً لعمل مهني وفقاً لأحكام نظام الإفلاس، وبالتالي لا تسري عليه أحكامه بالرغم من أنه فعلياً يمارس عملاً مهنيّاً.

٣- ممارسة الشخص للعمل المهني باحتراف

حتى يعتبر الشخص ممارساً للعمل المهني وتسري عليه أحكام نظام الإفلاس لابد له من ممارسة العمل المهني باحتراف، ويمكن أن نطبق على المهني نفس معايير الاحتراف التي تم تطبيقها على التاجر. وهذه المعايير هي:

(أ) التكرار: يجب أن يمارس الشخص العمل المهني بشكل مستمر حتى يعتبر ممارساً للعمل المهني، فإذا مارسه بشكل عرضي فلا يعتبر محترفاً للعمل المهني، حتى ولو كان مؤهلاً لذلك العمل ويعمل لحسابه الخاص.

(ب) الارتزاق: يجب أن يكون العمل الذي يمارسه الشخص هو المصدر الرئيس لرزقه، فإذا لم يكن كذلك فلا يعتبر الشخص محترفاً للعمل المهني.

إذا اجتمع هذان العنصران في الشخص، فيعتبر أنه قد احترف العمل المهني.

حرفيين أو غير ذلك، وأن يمارسوا العمل الذي يهدف إلى تحقيق الربح باحتراف حتى تسري عليهم أحكام نظام الإفلاس، وأي شروط أخرى يراها المنظم مناسبة.

الفرع الثالث: الشروط الشخصية المتعلقة بالمستثمر الأجنبي

عرّفت الفقرة (هـ) من المادة (١) من نظام الاستثمار الأجنبي الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/١) وبتاريخ ١٤٢١/١/٥ هـ "المستثمر الأجنبي" على أنه: "الشخص الطبيعي الذي لا يتمتع بالجنسية العربية السعودية، أو الشخص الاعتباري الذي لا يتمتع جميع الشركاء فيه بالجنسية العربية السعودية".

وقد أخضعت الفقرة (ج) من المادة (٤) من نظام الإفلاس المستثمر الأجنبي ذو الصفة الطبيعية لأحكامه، ووضعت له شروطاً شخصية خاصة به لا تختلف عن الشروط الشخصية الخاصة بالمستثمر السعودي ذو الصلة الطبيعية، فهي نفسها وتطبق على جميع الأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً تجارية أو مهنية أو تهدف إلى تحقيق ربح مهما كانت جنسياتهم بشرط أن يمارسوها في المملكة العربية السعودية، فإذا كان المستثمر الأجنبي يزاول أي من الأعمال السابقة في المملكة فتطبق عليه الشروط الشخصية التي بينها في هذا المبحث.

المبحث الثاني: الشروط الموضوعية

الشروط الموضوعية الواجب توافرها بالأشخاص الطبيعيين حتى تسري عليهم أحكام نظام الإفلاس هي الشروط المتعلقة بالدين الذي يمتنع الشخص الطبيعي عن سداذه، والشروط المتعلقة بالنشاط الذي يمارسه هذا الشخص، ومدى تعلقها ببعض، فهناك شروط موضوعية عامة تنطبق على جميع الأشخاص الطبيعيين الخاضعين لأحكام نظام الإفلاس، وشروط موضوعية خاصة بكل فئة من فئات هؤلاء الأشخاص.

العمل المهني من الجهة المختصة، أما إذا مارسه دون الحصول على ذلك الترخيص فلا يعتبر مهنيّاً من الناحية القانونية.

بالنتيجة، حتى يعتبر الشخص ممارساً للعمل المهني وفقاً لنظام الإفلاس وتسري عليه أحكامه لا بد أن يحقق الشروط الأربعة الأولى لأن المنظم اشترطها عندما عرّف "الأعمال المهنية" في المادة (١)، فإذا لم يحقق الشخص شرطاً منها فلا يعتبر ممارساً للعمل المهني وبالتالي لا يخضع لأحكام نظام الإفلاس، أما الشرط الخامس فلم يشترطه المنظم لكن نوصي بأن يأخذ بعين الاعتبار عند تطبيق أحكام نظام الإفلاس على المهنيين.

ثانياً: الشروط الشخصية الخاصة بالأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح

وسع نظام الإفلاس نطاق الأشخاص الخاضعين لأحكامه، ولم يكتف بمن يمارس أعمالاً تجارية أو مهنية، بل شمل أيضاً أي شخص يمارس أي عمل يهدف إلى تحقيق الربح، والأعمال التي تهدف إلى تحقيق الربح كثيرة جداً، فمنها ما هو تجاري ومنها ما هو مهني، ومنها ما هو مدني وحرفي وصناعي وغيره، فهذه الأعمال واسعة جداً ولا حصر لها، فوفقاً للفقرة (أ) من المادة (٤) من نظام الإفلاس إذا مارس الشخص أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح فتسري عليه أحكام نظام الإفلاس، وهذا الأمر يفتح الباب على مصراعيه لخضوع أي شخص يقوم بعمل يهدف إلى تحقيق الربح لأحكام نظام الإفلاس حتى ولو لم يكن محترفاً لذلك العمل، وحتى لو لم يكن تاجراً أو مهنيّاً، لأن الفقرة السابقة لم تشترط أي شرط لخضوع من يمارس عملاً يهدف إلى تحقيق الربح لأحكام نظام الإفلاس.

ونقترح أن يعيد المنظم النظر في ذلك، ويحدد الشروط الواجب توافرها لسريان أحكام نظام الإفلاس على الأشخاص الذين يمارسون عملاً يهدف إلى تحقيق الربح، كأن يكونوا تجاراً أو مهنيين لم يحققوا بعض الشروط الواجب توافرها لاكتساب صفة التاجر أو صفة المهني، أو كأن يكونوا

المطلب الأول: الشروط الموضوعية العامة

الشروط الموضوعية العامة المتعلقة بالأشخاص الطبيعيين الخاضعين لأحكام نظام الإفلاس هي شروط تتعلق بالحالة المادية للشخص الطبيعي (الفرع الأول)، وشروط تتعلق بالدين الذي امتنع هذا الشخص عن سداده (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط الموضوعية العامة المتعلقة بالحالة المادية للشخص الطبيعي

حتى تسري على الشخص الطبيعي أحكام نظام الإفلاس لا بد أن يكون في حاله مالية سيئة تجعله يتوقف عن سداد ديونه، ويعتبر توقف المدين عن سداد ديونه من أهم الشروط التي تخضعه لأحكام نظام الإفلاس، ويُقصد بالتوقف: العجز عن سداد الديون أو الامتناع عن سدادها (مكرم، ٢٠٠٥م)، والعبرة ليس بالسبب الناتج عن التوقف، بل بالتوقف ذاته بغض النظر عن السبب، حتى ولو كان بسبب القانون أو بسبب قوة قاهرة، وقد يكون هذا التوقف دائماً بحيث تطغى ديون المدين على أصوله فيسمى بالمدين المفلس، وقد يكون مؤقتاً فيسمى بالمدين المتعثر أو بالمدين الذي يعاني من اضطرابات مالية، بناءً على ما سبق، سنبين ما المقصود بالمدين المفلس والمتعثر والمضطرب مالياً.

أولاً: المدين المفلس

عَرَفَت المادة (١) من نظام الإفلاس المدين المفلس بأنه: "مدين استغرقت ديونه جميع أصوله". فحتى يعتبر المدين مفلساً لا بد أن تستغرق ديونه أصوله، وهذا الشرط هو الشرط الأساس وحجر الزاوية في اعتبار المدين مفلساً أو غير مفلس، فإذا توقف المدين عن سداد ديونه واستغرقت ديونه أصوله فيعتبر مديناً مفلساً، أما إذا توقف عن سدادها لكن لم تستغرق ديونه أصوله فلا يعتبر مفلساً، فقد يكون متعثراً أو مضطرباً مالياً.

ثانياً: المدين المتعثر

عَرَفَت المادة (١) من نظام الإفلاس المتعثر بأنه: "مدين توقف عن سداد دين مطالب به في موعد استحقاقه". يتضح من هذه المادة أن الحالة المالية للمدين المتعثر أخف منها في حالة المدين المفلس، فهو لم يدخل مرحلة الإفلاس، فالمتعثر يتوقف عن سداد ديونه المستحقة الأداء ولا يشترط فيها أن تستغرق جميع أصوله، بينما المدين المفلس يجب أن تستغرق ديونه جميع أصوله، وهذا هو الفرق الجوهرى بينهما (المنصور، ١٤٣٨هـ).

ثالثاً: المدين الذي من المرجح أن يعاني من اضطرابات مالية لم يعرف نظام الإفلاس "المدين الذي من المرجح أن يعاني من اضطرابات مالية" ولم يبين الشروط الواجب توافرها فيه حتى يصل إلى هذه الحالة، إلا أنه يمكن استنتاج ذلك من خلال استبعاد حالتي المدين المفلس والمتعثر، فالمدين المرجح أن يعاني من اضطرابات مالية هو مدين ليس بالمفلس الذي استغرقت ديونه جميع أصوله، ولا بالمتعثر الذي حل دين مستحق الأداء وامتنع عن سداده، بل هو مدين حالته المالية لم تصل إلى حالة المفلس ولا إلى حالة المتعثر، لكنه يعاني من صعوبات مالية إذا بقيت قد توصله إلى مرحلة التعثر، فالاضطرابات المالية للمدين هي مرحلة تسبق مرحلة التعثر ويتوقع مع استمرارها وصوله إلى حالة التعثر^(٩)، والاضطراب المعتد به هو الذي ينبئ عن انهيار مالي

(٩) نصت الفقرة (أ-١) من المادة (١٣) من نظام الإفلاس على أنه: "للمدين التقدم إلى المحكمة بطلب افتتاح إجراء التسوية الوقائية في أي من الحالات الآتية: إذا كان من المرجح أن يعاني من اضطرابات مالية يخشى معها تعثره"، كما نصت الفقرة (أ-٢) من المادة (١٥) من نظام الإفلاس على أن: "تحدد المحكمة موعداً للنظر وتقضي المحكمة بافتتاح الإجراء إذا كان المدين مفلساً أو متعثراً أو من المرجح أن يعاني من اضطرابات مالية يخشى معها تعثره". وكذلك نصت الفقرة (أ-١) من المادة (٤٢) من نظام الإفلاس على أنه: "للمدين أو الدائن أو الجهة المختصة التقدم إلى المحكمة بطلب =

أولاً: يجب أن يكون الدين التزاماً مالياً

حتى تسري على المدين أحكام نظام الإفلاس لابد أن يكون الدين "التزاماً مالياً" والالتزام المالي لا يمكن أن يكون إلا مبلغاً نقدياً (عبدالرزاق، ٢٠١٠م)، فإذا لم يكن كذلك كأن يكون التزاماً بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو بتسليم شيء معين أو نحو ذلك، فيجب تحويله إلى التزام مالي، أي إلى مبلغ نقدي (عوض، ٢٠١٠م)، على سبيل المثال، لا يحق للشريك المنسحب من شركة من شركات الأشخاص طلب استرداد حصته من الشركاء إلا بعد انحلال الشركة وتصفيتهما لأنه قبل ذلك لا يكون له حق نقدي محدد المقدار، فإذا امتنع الشركاء قبل انحلال الشركة وتصفيتهما عن ردهم لحصته، فلا يعتبروا ممتنعين عن سداد دين نقدي محدد المقدار، وبالتالي لا يحق له طلب افتتاح أي إجراء من إجراءات الإفلاس ضدهم (عوض، ٢٠١٠م).

ثانياً: يجب أن يكون الدين ثابتاً في ذمة المدين

حتى تسري على الشخص الطبيعي أحكام نظام الإفلاس يجب أن تكون ذمته المالية مشغولة بدين ثابت^(١٠)، والدين الثابت في الذمة هو دين غير متنازع فيه والذي يعرف على أنه: "دين محدد المقدار، والسبب، والضمانات، وغير متنازع في وجوده، أو في مقداره، أو في ميعاد استحقاقه، وهذا ما بينته المادة (٩٣) من نظام الإفلاس والتي نصت على أنه يشترط لتقيد طلب افتتاح إجراء التصفية لدى المحكمة: أن يكون الدين حال الأجل، ومحدد المقدار، ومحدد السبب، والضمانات المقررة، ومستحق الأداء بموجب سند تنفيذي، أو بموجب ورقة عادية وأقر المدين بها ولم ينزع في صحتها، وطالب الدائن المدين بسداد الدين ولم ينزع في وجوده أو في مقداره أو في ميعاد استحقاقه".

(١٠) الدين هو: "الالتزام المالي الثابت في ذمة المدين"، المادة (١) من نظام الإفلاس.

للتاجر والذي يؤدي إلى زعزعة ائتمانه، فيصبح في حالة ائتمان مشكوك فيها، فالأشخاص الذين يتعاملون معه فقدوا الثقة به، كالبنوك والموردون الذي يوردون له البضاعة، فلم تعد البنوك تقرضه كالسابق، ولم يعد الموردون يوردون له البضاعة بالآجل كما عهدوا بالسابق، فلا يوردون له إلا بعد دفع الثمن بالخال، فوضعه المالي أصبح حرجاً ومضطرباً، فإذا وصل المدين إلى هذه الحالة فيعتبر مديناً من المرجح أن يعاني من اضطرابات مالية يخشى معها تعثره، وتجدد الإشارة إلى أن معيار "الاضطراب المالي" هو معيار موضوعي يقدره قاضي الموضوع.

مما سبق يمكننا تعريف المدين المرجح أن يعاني من اضطرابات مالية على أنه: مدين ليس بالفلس ولا بالمتعثر، يعاني من صعوبات مالية أدت إلى زعزعة ثقته الائتمانية، وفي حال استمرارها قد يصبح المدين متعثر.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية المتعلقة بالدين الذي في ذمة الشخص الطبيعي

عرّفت المادة (١) من نظام الإفلاس "الدين" على أنه: "الالتزام المالي الثابت في ذمة المدين"، يمكننا من خلال هذا التعريف استنباط الشروط الموضوعية المتعلقة بالدين والتي تنطبق على جميع الأشخاص الطبيعيين الذين تسري عليهم أحكام نظام الإفلاس، وهذه الشروط كما يلي.

= افتتاح إجراء إعادة التنظيم المالي للمدين إذا كان من المرجح أن يعاني من اضطرابات مالية يخشى معها تعثره". ونصت الفقرة (٢) - أ) من المادة (٤٧) من نظام الإفلاس على أن: "تحدد المحكمة موعداً للنظر في طلب افتتاح إجراء إعادة التنظيم المالي، وتقضي بافتتاح الإجراء إذا كان المدين مفلساً أو متعثراً أو من المرجح أن يعاني من اضطرابات مالية يخشى معها تعثره"، ونصت كذلك الفقرة (١) من المادة (١٢٩) من نظام الإفلاس على أنه: "للمدين الصغير إذا كان يتوقع مواجهة اضطرابات مالية يخشى معها تعثره.....".

مطالبات للدائنين متنازع فيها، فعلى المدين تعيين خبير من بين المدرجين بقائمة الخبراء توافق عليه المحكمة؛ لتقدير قيمة تلك المطالبات، وتدرج في المقترح لأغراض التصويت عليه. (٢) تدرج في المقترح - بعد موافقة المحكمة - مطالبات الدائنين التي لم تضمن في المقترح لسبب عائد للمدين".

بالمحصلة، إذا كان الدين ثابتاً في ذمة المدين فيمكن للمحكمة فتح إجراء الإفلاس المطالب فيه إذا تحققت شروطه، على العكس من ذلك إذا كان الدين غير ثابت في ذمته وتمت المنازعة فيه، فيعتبر مانعاً من موانع قبول افتتاح إجراءات الإفلاس، وبالتالي لا تقبل المحكمة الطلب وتوقف إجراء الإفلاس لحين الفصل في المنازعة على اعتبار أن الدين غير ثابت في الذمة. أما إذا كان هنالك مطالبة في الدين، فلا يمنع ذلك من وقف إجراء الإفلاس، بل يتم التعامل مع المطالبة من خلال تعيين خبير يقدر قيمتها، ومن ثم يدرجها في المقترح حتى يتم التصويت عليها من قبل الدائنين.

ثالثاً: يجب أن يكون الدين متعلقاً بالنشاط الذي يمارسه المدين بينت الفقرة (أ) من المادة (٤) من نظام الإفلاس الأنشطة التي إذا مارسها الشخص تسري عليه أحكام نظام الإفلاس وهذه الأنشطة إما أن تكون أنشطة تجارية أو مهنية أو تهدف إلى تحقيق الربح، فيجب أن يكون الدين متعلقاً بها أما إذا لم يكن كذلك فلا يكون من الديون المخضعة لأحكام نظام الإفلاس، وبالتالي لا يمكن للدائنين المطالبة بافتتاح أي إجراء من إجراءات الإفلاس ضد المدين، وهذا ما سنفصله لاحقاً عند دراسة الأنشطة المتعلقة بالدين المخضع لأحكام نظام الإفلاس.

رابعاً: يجب أن يمارس المدين نشاطه في المملكة العربية السعودية

بينت المادة (٤) من نظام الإفلاس أن أحكام النظام تسري على الأشخاص الطبيعيين الذي يمارسون في المملكة أعمالاً

والمنازعة في الدين تمنع من قبول افتتاح إجراءات الإفلاس، فإذا تمت المنازعة فيه فلا تقبل المحكمة من الدائن طلب افتتاح أي إجراء من إجراءات الإفلاس ضد المدين، وهذا ما أكدته الفقرة (ب) من المادة (٤٤) من نظام الإفلاس والتي نصت على أنه: "إذا تقدم غير المدين بطلب افتتاح إجراء إعادة التنظيم المالي فللمدين الاعتراض على الطلب أمام المحكمة في الجلسة المحددة للنظر فيه إذا كان الدين محل نزاع".

وكذلك فعلت المادة (٩٤) من نظام الإفلاس والتي نصت على أنه: "لا يقيد طلب الدائن بافتتاح إجراء التصفية إذا كان المدين قد نازع في الدين قبل تقدم الدائن بالطلب". فلا يحق للدائن أن يطلب افتتاح إجراء الإفلاس مع وجود منازعة قائمة بينه وبين المدين، ويعتبر ذلك إساءة استغلال إجراء الإفلاس، وهذا ما أكدته المادة (٩٤) من نظام الإفلاس.

وتجدر الإشارة إلى أنه يوجد فرق بين المنازعة في الدين والمطالبة فيه^(١١) (العسكري، ١٤٣٩هـ)، فالمطالبة بالدين وفق نظام الإفلاس لا تمنع من قبول افتتاح إجراء الإفلاس كما هو الحال في المنازعة في الدين ذاته، فلا يشترط في المطالبة أن تكون ثابتة في ذمة المدين، فيمكن أن تكون حالة الأداء، أو مستقبلية، أو محتملة، أو موقوفة على شرط، وهذا ما أكدته الفقرة (١) من المادة (٦٣) من نظام الإفلاس والتي نصت على أن: "كل دائن نشأ دينه قبل صدور حكم المحكمة بافتتاح إجراء إعادة التنظيم المالي أن يتقدم إلى الأمين بأي مطالبة له حالة أو آجلة، أو موقوفة على شرط أو محتملة أو غير ذلك مما قد يكون له قيمة مالية حالية أو مستقبلية".

ويتم التعامل مع المطالبة بالدين وفقاً لنص المادة (٣٠) من نظام الإفلاس والتي تنصت على أنه: "(١) إذا كان هناك

(١١) "المطالبة تكون بما يعرف به المطلوب، كمطالبة بالدين، ولا تقع إلا مع الإقرار به، والمنازعة لا تكون إلا فيما ينكر المطلوب، ولا تقع فيما يقره الخصمان"

الثالث) الشروط الموضوعية الخاصة بالأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً تهدف إلى تحقيق ربح.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية الخاصة بالأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً تجارية

نصت الفقرة (أ) من المادة (٤) من نظام الإفلاس على أن تسري أحكام هذا النظام على الشخص ذي الصفة الطبيعية الذي يمارس في المملكة أعمالاً تجارية، وبينت المادة (١) منه أن الأعمال التجارية هي: الأعمال التجارية المنصوص عليها في الأنظمة ذات العلاقة، وقد حدد نظام المحكمة التجارية في المادة (٢) منه هذه الأعمال، والسؤال الذي يطرح هنا هو: هل ممارسة الشخص الطبيعي لجميع أنواع الأعمال التجارية، سواء أكانت أعمالاً تجارية أصلية أم أعمالاً تجارية غير أصلية (تبعية، أو مختلطة)، تؤدي إلى سريان أحكام نظام الإفلاس عليهم؟ فهل إذا مارس الشخص الطبيعي عملاً تجارياً وامتنع عن سداد دين متعلق بهذا العمل يؤدي ذلك إلى سريان النظام عليهم؟ وهل إذا مارس الشخص الطبيعي عملاً تجارياً وامتنع عن سداد دين متعلق بعمل مدني فهل يؤدي ذلك إلى سريان النظام عليه؟

للإجابة على هذه الأسئلة سنبين: أولاً: مدى سريان نظام الإفلاس على الأعمال التجارية الأصلية التي يمارسها الشخص الطبيعي. ثانياً: مدى سريان نظام الإفلاس على الأعمال التجارية غير الأصلية التي يمارسها الشخص الطبيعي. ثالثاً: مدى سريان نظام الإفلاس على الأعمال المدنية التي يمارسها الشخص الطبيعي الذي يمارس أعمالاً تجارية.

أولاً: مدى سريان نظام الإفلاس على الأعمال التجارية الأصلية التي يمارسها الشخص الطبيعي

الأعمال التجارية الأصلية هي: "الأعمال التي نص نظام المحكمة التجارية على تجاريتها صراحة، أو اعتبرت كذلك

تجارية أو مهنية أو تهدف إلى تحقيق الربح، فحتى تسري على الشخص الطبيعي أحكام نظام الإفلاس لابد له من ممارسة نشاطه داخل المملكة العربية السعودية، وأن يكون الدين الذي امتنع المدين عن سداده دين متعلق بنشاط مارسه داخلها، أما إذا امتنع عن سداد دين متعلق بنشاط مارسه خارج المملكة، فلا تسري عليه أحكام نظام الإفلاس، وإذا كانت الديون التي امتنع عن سدادها متعلقة بأنشطة مارسها داخل المملكة وأنشطة أخرى مارسها خارجها، ففي هذه الحالة تسري عليه أحكام نظام الإفلاس لوجود دين متعلق بنشاط مارسه داخل المملكة، فالعبرة بالديون المتعلقة بالأنشطة التي تمارس في داخل المملكة، وهذا ما اشترطته صراحة الفقرة (أ) من المادة (٤) من نظام الإفلاس.

كما سبق يمكننا تعريف الدين الخاضع لأحكام نظام الإفلاس على أنه: التزام مؤكد الوجود بمبلغ مالي مستحق الأداء وغير متنازع فيه، ثابت بذمة مدين يمارس في المملكة العربية السعودية أعمالاً تجارية أو مهنية، أو تهدف إلى تحقيق الربح.

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة

تتعلق الشروط الموضوعية الخاصة بالأشخاص الطبيعيين الخاضعين لأحكام نظام الإفلاس بممارستهم للأعمال التي نصت عليها الفقرة (أ) من المادة (٤) وهذه الأعمال هي: الأعمال التجارية، والأعمال المهنية، والأعمال التي تهدف إلى تحقيق الربح. فبينت الفقرة السابقة أن سريان نظام الإفلاس على الأشخاص الطبيعيين لا يكون إلا بسبب ممارستهم لتلك الأعمال وليس بسبب صفاتهم كصفة التاجر أو المهني.

لذلك سنبين في هذا المطلب: (الفرع الأول) الشروط الموضوعية الخاصة بالأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً تجارية، (الفرع الثاني) الشروط الموضوعية الخاصة بالأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً مهنية، (الفرع

والبنوك والسمسرة، وأعمال التجارة البحرية، وقد أضفت المادة (٢) من نظام المحكمة التجارية الصفة التجارية على تلك الأعمال في الفقرات (أ) و (ج) و (هـ) " (١٣).

ولا خلاف على أن ديون الشخص الطبيعي المتعلقة بالأعمال التجارية المنفردة تعتبر ديوناً وفقاً لنظام الإفلاس، وبالتالي إذا امتنع عن سدادها فتسري عليه أحكامه، ويمكن لصاحب المصلحة أن يطلب افتتاح الإجراء الذي قرره النظام له.

٢- مدى سريان نظام الإفلاس على الأعمال التجارية بطريق المقاولات التي يمارسها الشخص الطبيعي

الأعمال التجارية بطريق المقاولات (١٤) هي الأعمال التي تعتمد تجاريتها على احتراف العمل التجاري، وعلى صفة الشخص القائم بها، فلا يعتبر العمل من الأعمال التجارية إلا إذا تمت ممارسته من قبل تاجر وعلى سبيل الاحتراف

بطريق القياس " (١٥)، وتنقسم إلى: أعمال تجارية منفردة وأعمال تجارية بطريق المقاولات.

١- مدى سريان نظام الإفلاس على الأعمال التجارية المنفردة التي يمارسها الشخص الطبيعي

الأعمال التجارية المنفردة هي الأعمال التي يعتبرها المنظم تجارية ولو وقعت لمرة واحدة، وبصرف النظر عن صفة القائم بها سواء كان تاجراً يحترف الأعمال التجارية أو غير تاجر لا يحترف أي عمل تجاري (توفيق، ١٤٣٩هـ؛ البديرات، ٢٠١٨م)، وقد عرفت هيئة الخبراء بمجلس الوزراء الأعمال التجارية المنفردة على أنها: "الأعمال التي تعتبر تجارية ولو وقعت منفردة ومن شخص لا يحترف القيام بها بغض النظر عن صفته سواء كان تاجراً أو غير تاجر، وهذه المجموعة من الأعمال تشمل الشراء لأجل البيع، والأوراق التجارية، وأعمال الصيرفة

(١٣) القرار رقم (١١٦) الصادر من هيئة الخبراء بمجلس الوزراء بتاريخ ١٤٢٥/٤/٤هـ وذلك بمحضر اجتماع اللجنة المكونة من مندوبين من وزارة العدل، ووزارة التجارة والصناعة، وديوان المظالم، وخبراء من هيئة الخبراء بشأن بيان القضايا التجارية الأصلية من القضايا التجارية التبعية.

(١٤) وقد تم تعريف الأعمال التجارية بطريق المقاولات بالقرار رقم (١١٦) الصادر من هيئة الخبراء بمجلس الوزراء بتاريخ ١٤٢٥/٤/٤هـ وذلك بمحضر اجتماع اللجنة المكونة من مندوبين من وزارة العدل، ووزارة التجارة والصناعة، وديوان المظالم، وخبراء من هيئة الخبراء بشأن بيان القضايا التجارية الأصلية من القضايا التجارية التبعية. وقد جاء تعريفها كالتالي: "الأعمال التجارية بطريق المقاولات: هي الأعمال التي لا تعد تجارية إلا إذا تمت مباشرتها على سبيل الاحتراف أو المقاولات وقد استقر الرأي على أن لفظ (المقاولات) يتطلب تكرار القيام بهذه الأعمال على نحو متصل ومعتاد، وقد عدد نظام المحكمة التجارية المقاولات التي تعتبر تجارية في الفقرتين (ب) و (د) من نظام المحكمة التجارية فذكرت الفقرة (ب) مقاولات التوريد، ومقاولات الوكالة بالعمولة، ومقاولات النقل، ومقاولات محلات ومكاتب الأعمال، ومقاولات البيع بالمراد العلني، أما الفقرة (د) فقد نصت على مقاولات إنشاء المباني".

(١٢) جاء هذا التعريف من قبل هيئة الخبراء بالقرار رقم (١١٦) الصادر من هيئة الخبراء بمجلس الوزراء بتاريخ ١٤٢٥/٤/٤هـ وذلك بمحضر اجتماع اللجنة المكونة من مندوبين من وزارة العدل، ووزارة التجارة والصناعة، وديوان المظالم، وخبراء من هيئة الخبراء بشأن بيان القضايا التجارية الأصلية من القضايا التجارية التبعية. وهذه الأعمال حسب نص المادة (٢) من نظام المحكمة التجارية هي: (أ) كل شراء بضاعة أو أغلال من مأكولات وغيرها لأجل بيعها بحالها أو بعد صناعة وعمل فيها. (ب) كل مقولة أو تعهد بتوريد أشياء أو عمل يتعلق بالتجارة بالعمولة أو النقل برّاً أو بحراً أو يتعلق بالمحلات والمكاتب التجارية ومحلات البيع بالمزايدة يعني الحراج. (ج) كل ما يتعلق بسندات الحوالة بأنواعها أو بالصرافة والدلالة (السمسرة). (د) جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسبين والسماسرة والصيارف والوكلاء بأنواعهم، وجميع المقاولات المتعلقة بإنشاء مبان ونحوها. (هـ) كل عمل يتعلق بإنشاء سفن تجارية أو شراعية وإصلاحها أو بيعها أو شرائها في الداخل والخارج، وكل ما يتعلق باستئجارها أو تأجيرها أو بيع أو ابتاع آلاتها ولوازمها وأجرة عملها ورواتب ملاحها وخدمها، وكل إقراض أو استقراض يجري على السفينة أو شحنها، وكل عقود الضمانات المتعلقة بها وجميع المقاولات بسائر أمور التجارة البحرية.

تجارته^(١٥)، فهي مجموعة من الأعمال المدنية، يمارسها التاجر لخدمة تجارته فقط وليس للتجار بها، فهي في الأصل أعمال مدنية تحولت إلى أعمال تجارية لصدورها من تاجر من أجل خدمة تجارته، لذلك سميت بالأعمال التجارية التبعية (دويدار، ١٩٩٥م؛ طه، ١٩٨٨م).

وقد نصت الفقرة (أ) من المادة (٣٥) من نظام المرافعات الشرعية على أن تختص المحاكم التجارية بالنظر في الأعمال التجارية الأصلية والتبعية، فنظام المرافعات الشرعية أخضع الأعمال التجارية بالتبعية لاختصاص المحاكم التجارية وسواها بالأعمال التجارية الأصلية، وهذه دلالة واضحة على أن المنظم أراد إخضاع الأعمال التجارية بالتبعية لما تخضع له الأعمال التجارية الأصلية، لذلك في رأينا أن الديون المتعلقة بالأعمال التجارية بالتبعية تأخذ حكم الأعمال التجارية الأصلية، فإذا امتنع التاجر عن سدادها تسري عليه أحكام نظام الإفلاس.

٢- مدى سريان نظام الإفلاس على الأعمال التجارية المختلطة التي يمارسها الشخص الطبيعي

الأعمال التجارية المختلطة هي: الأعمال التي تعتبر تجارية بالنسبة لأحد أطرافها ومدنية بالنسبة للطرف الآخر، فهي ليست نوعاً جديداً من أنواع الأعمال التجارية فإما أن تكون عملاً تجارياً لأحد الأطراف، ومدنية بالنسبة للطرف الآخر (القليوبي، الوسيط، ٢٠٠٧م؛ البارودي، ١٩٩٠م؛ طه، ١٩٨٨م). وبما أن العمل مختلط ما بين العمل المدني والتجاري، فالإشكالية تثار عند امتناع الشخص الذي يمارس عملاً تجارياً عن سداد دين متعلق بعمل مختلط، فهل تسري أحكام نظام الإفلاس عليه أم لا؟.

(Piedelièvre, 2013; Ballot-Lena et Decocq, 2011)، أي تكرار العمل التجاري من قبل التاجر بشكل مستمر ومتصل وبشكل اعتيادي، فإذا قام بالعمل شخص غير تاجر فلا يعتبر من الأعمال التجارية، أو إذا قام به تاجر لكن بدون احتراف، أي بدون تكرار للعمل التجاري كأن يقوم به مرة واحدة، أو بشكل عرضي فلا يعتبر هذا العمل من الأعمال التجارية بطرق المقولة (البديرات، ٢٠١٨م).

إذاً لا خلاف على أن ممارسة أي عمل من الأعمال التجارية بطريق المقولة يعتبر ممارسة عمل تجاري وبالتالي الديون المتعلقة بهذه الأعمال تعتبر من الديون التجارية الخاضعة لأحكام نظام الإفلاس.

ثانياً: مدى سريان نظام الإفلاس على الأعمال التجارية غير الأصلية التي يمارسها الشخص الطبيعي

بدايةً لابد لنا من بيان ما هي الأعمال التجارية غير الأصلية، في الحقيقية يمكننا تعريف الأعمال التجارية غير الأصلية على أنها أعمال: إما أنها - في الأصل - مدنية واكتسبت الصفة التجارية بسبب تحقيقها لشروط معينة وهي ما تعرف بالأعمال التجارية بالتبعية، أو أنها تجارية من طرف ومدنية من طرف آخر وهي ما تعرف بالأعمال التجارية المختلطة، لذلك فهي تنقسم إلى قسمين: أعمال تجارية بالتبعية وأعمال تجارية مختلطة، والسؤال الذي يطرح هنا هو: هل الديون المتعلقة بهذه الأعمال تخضع الشخص الطبيعي الممارس لها لأحكام نظام الإفلاس؟ للإجابة على هذا التساؤل لابد من دراسة الديون المتعلقة بالأعمال التبعية والديون المتعلقة بالأعمال المختلطة.

١- مدى سريان نظام الإفلاس على الأعمال التجارية بالتبعية التي يمارسها الشخص الطبيعي

الأعمال التجارية بالتبعية هي أعمال في الأصل مدنية واكتسبت الصفة التجارية لصدورها من تاجر لخدمة

(١٥) وهذا ما أكدته قرار المجلس الأعلى للقضاء رقم (٩٧٩/ت) الصادر بتاريخ ١٤٣٩/٢/١٢هـ فيما يتعلق باختصاص المحاكم التجارية، والذي عرفها على أنها: "كل عمل غير تجاري بطبيعته لكنه يكتسب الصفة التجارية لصدوره من تاجر لغرض تجارته".

الإفلاس ضده، أم هل تطبق عليه أحكام نظام الإعسار المنصوص عليها في نظام التنفيذ^(١٦)؟
عند التمعن بأحكام الفقرة (أ) من المادة (٤) من نظام الإفلاس نرى أن المنظم ربط سريان أحكام نظام الإفلاس بممارسة الشخص لأعمال تجارية وليس بسبب صفته، فامتناع التاجر عن ديون مدنية لا علاقة لها بأعماله التجارية لا يؤدي ذلك إلى سريان نظام الإفلاس عليه كامتناعه عن سداد أجرة منزله أو نفقة عائلته لأنها ديون مدينة (القليوبي، ٢٠١١م)^(١٧).

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية الخاصة بالأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً مهنية

سوف نبحت الشروط الموضوعية الخاصة بالأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً مهنية آخذين بعين الاعتبار ما تم دراسته بالشروط الموضوعية الخاصة بالأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً تجارية، لذلك سنبحت هذه الشروط من خلال بيان مدى سريان نظام الإفلاس على الأعمال المهنية التي يمارسها الشخص الطبيعي، ومن ثم سنبحت مدى سريان نظام الإفلاس على الأعمال المهنية بالتبعية التي يمارسها الشخص الطبيعي، بعد ذلك، سنبحت مدى نظام الإفلاس على الأعمال المهنية المختلطة التي يمارسها الشخص الطبيعي، وأخيراً سنبين مدى سريان نظام الإفلاس على الأعمال المدنية التي يمارسها الشخص الطبيعي الذي يمارس أعمالاً مهنية.

في الواقع، يمكن لمن ثبت له دين في ذمة شخص يمارس عملاً تجارياً بسبب دين ناتج عن عمل تجاري المطالبة بافتتاح أي إجراء من الإجراءات المنصوص عليها في نظام الإفلاس حتى ولو كان الدين بالنسبة للدائن ديناً متعلقاً بعمل مدني، وذلك لأن تعريف الدائن المنصوص عليه في المادة (١) من نظام الإفلاس جاء مطلقاً فنصت على أن الدائن هو شخص ثبت له دين في ذمة المدين، ولم يشترط أن يكون هذا الشخص تاجراً أو غير تاجر، كما أن الفقرة (أ) من المادة (٤) من نظام الإفلاس نصت على أن تسري أحكام هذا النظام على من يمارس عملاً تجارياً، فربطت سريان أحكام النظام بممارسة العمل التجاري، فإذا كان الدين متعلقاً بعمل تجاري قام به شخص يمارس عملاً تجارياً، فتسري عليه أحكام نظام الإفلاس بغض النظر عما إذا كان العمل بالنسبة للشخص الآخر عملاً تجارياً أو مدنياً، فالعبرة بتجارية عمل المدين دون النظر إلى طبيعة عمل الطرف الآخر.

لذلك نرى أن الدين المختلط يعتبر ديناً تجارياً بشرط أن يكون تجارياً بالنسبة للمدين، ولا يشترط أن يكون تجارياً بالنسبة للدائن، فلا عبرة لطبيعته بالنسبة للدائن.

بالجملة، إن الديون التجارية مهما كانت طبيعتها تسري عليها أحكام نظام الإفلاس وبالتالي إذ امتنع الشخص الطبيعي الذي يمارس عملاً تجارياً عن سداد دين يتعلق به فتسري عليه أحكام نظام الإفلاس.

ثالثاً: مدى سريان نظام الإفلاس على الأعمال المدنية التي يمارسها الشخص الطبيعي الذي يمارس أعمالاً تجارية

يقصد بالديون المدنية في هذا الصدد الديون التي لا تتعلق بالأعمال التجارية التي يمارسها الشخص الذي يمارس تلك الأعمال، والسؤال الذي يثار هنا هو إذ امتنع الشخص الذي يمارس أعمالاً تجارية عن سداد ديونه المدنية فهل يمكن للدائن أن يطلب افتتاح إجراء من إجراءات

(١٦) نظمت أحكام الإعسار في الباب الخامس في المواد من (٧٧) إلى

(٨٢) من نظام التنفيذ الصادر بتاريخ ١٣/٨/١٤٣٣ هـ.

(١٧) نصت المادة (٥٥٥) من القانون التجاري المصري على أنه: "لا يجوز شهر إفلاس التاجر بسبب توقفه عن دفع ما يستحق عليه من غرامات جنائية أو ضرائب أو رسوم تأمينات اجتماعية".

أولاً: مدى سريان نظام الإفلاس على الأعمال المهنية التي يمارسها الشخص الطبيعي

عرّفت المادة (١) من نظام الإفلاس الأعمال المهنية على أنها: "أعمال يمارسها الشخص لحسابه الخاص على سبيل الاحتراف استناداً إلى خبرة أو تأهيل أو ملكة أو مهارة، ودون ارتباط بعقد عمل مع المستفيد يخضعه لتبعيته ومسؤوليته وإشرافه". فحتى يعتبر العمل من الأعمال المهنية يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية:

- ١ - يجب أن يمارس الشخص العمل المهني لحسابه الخاص.
- ٢ - وأن يمارس العمل المهني على سبيل الاحتراف.
- ٣ - وأن يمارسه استناداً إلى خبرة أو تأهيل أو ملكة أو مهارة.
- ٤ - وأن يمارسه باستقلالية وبدون ارتباطه بعقد عمل مع المستفيد بحيث يخضعه لتبعيته ومسؤوليته وإشرافه.

فإذا توافرت هذه الشروط في العمل فيعتبر العمل من الأعمال المهنية، فالمادة (١) وضعت الشروط العامة لاعتبار العمل من الأعمال المهنية، وتركت التفاصيل للمختصين في كل مهنة من المهن يضعون ما يشاؤون من شروط إضافية حتى ينتمي الشخص للمهنة المطلوبة، وهذا أمر طبيعي لأن كل مهنة من المهن لها خصوصيتها وشروطها الخاصة بها، فطبيعة كل واحدة منها تختلف عن الأخرى، فمهنة الطب مثلاً، تختلف عن مهنة المحاماة، ومهنة الصيدلة تختلف عن مهنة الهندسة، وهكذا، فلكل مهنة تنظيمها الخاص بها، فالشخص الطبيعي الذي يمارس مهنة من هذه المهن في المملكة العربية السعودية يحقق الشروط المنصوص عليها في المادة (١) من نظام الإفلاس يخضع لأحكامه، أما من يمارس مهنة غير معتمدة في المملكة العربية السعودية، أو لا يستوفي شروطها أو الشروط المنصوص عليها في المادة (١) فلا يعتبر مارساً لها، وبالتالي لا يخضع لأحكام نظام الإفلاس.

وتقدير مهنة العمل، أو ممارسة الشخص لعمل مهني هي مسألة موضوع يرجع تقديرها لقاضي الموضوع، وعلى من

يدعي ممارسة عمل مهني فعليه عبء إثبات ذلك، وذلك قياساً على من يدعي تجارية العمل الذي يمارسه.

وبالنسبة للديون المتعلقة بالأعمال المهنية فقد نصت الفقرة (أ) من المادة (٤) من نظام الإفلاس على أن تسري أحكام هذا النظام على الشخص ذي الصفة الطبيعية الذي يمارس في المملكة أعمالاً مهنية.

فإذا مارس الشخص عملاً مهنيّاً في المملكة العربية السعودية وترتب على هذا العمل ديون وامتنع عن سدادها، فتسري عليه أحكام نظام الإفلاس، فاشتترطت الفقرة السابقة ممارسة الشخص العمل المهني في المملكة العربية السعودية، فإذا مارسه خارجها وترتب عليه ديون وامتنع عن تسديدها فلا تسري عليه أحكام نظام الإفلاس.

ثانياً: مدى سريان نظام الإفلاس على الأعمال المهنية بالتبعية التي يمارسها الشخص الطبيعي

الأعمال المهنية بالتبعية هي الأعمال التي لا ترتبط ارتباطاً مباشراً بممارسة الشخص الطبيعي بمهنته، فهي وجدت من أجل خدمة مهنته، والسؤال الذي يطرح هنا هو هل تسري أحكام نظام الإفلاس على هذه الأعمال؟ مع غياب النص، وبالقياس على الأعمال التجارية بالتبعية، نرى أنه إذ امتنع المهني عن سداد دين متعلق بالأعمال المهنية بالتبعية فتسري عليه أحكام نظام الإفلاس وكأنه امتنع عن سداد دين متعلق بأعمال مهنية.

ثالثاً: مدى سريان نظام الإفلاس على الأعمال المهنية المختلطة التي يمارسها الشخص الطبيعي

سوف نبث إشكالية الديون المتعلقة بالأعمال المهنية المختلطة على غرار ما بحثناه في الديون المتعلقة بالأعمال التجارية المختلطة، لذلك يمكننا تعريف الأعمال المهنية المختلطة على أنها: الأعمال التي تعتبر مهنية بالنسبة لأحد الأطراف، وغير مهنية بالنسبة للطرف الآخر.

تحديد الشروط الواجب توافرها بهذه الأعمال حتى تسري أحكام نظام الإفلاس على الأشخاص الذين يارسونها، وإلا فسيخضع أشخاص كثر لأحكامه دون معرفة هل فعلاً هؤلاء الأشخاص هم الذين قصدتهم المنظم للخضوع لأحكامه أم لا. وفي جميع الأحوال إذا ثبت أن المدين امتنع عن وفاء دين متعلق بعمل يهدف إلى تحقيق الربح فيمكن للدائن أن يطلب افتتاح أي إجراء من إجراءات الإفلاس.

الفرع الرابع: الشروط الموضوعية الخاصة بالمستثمر الأجنبي

عرّفت الفقرة (هـ) من المادة (١) من نظام الاستثمار الأجنبي الصادر بالمرسوم الملكي الكريم رقم (م/١) وبتاريخ ١٤٢١/١/٥ هـ "المستثمر الأجنبي" على أنه: "الشخص الطبيعي الذي لا يتمتع بالجنسية العربية السعودية، أو الشخص الاعتباري الذي لا يتمتع جميع الشركاء فيه بالجنسية العربية السعودية".

ونصت الفقرة (ج) من المادة (٤) من نظام الإفلاس على أن المستثمر الأجنبي يخضع لأحكام نظام الإفلاس بشرط أن تتوافر فيه عدة شروط كما يلي.

أولاً: تملك أصول في المملكة العربية السعودية

نصت الفقرة (ج) من المادة (٤) من نظام الإفلاس على أن نظام الإفلاس يسري على المستثمر غير السعودي الذي يمتلك أصولاً في المملكة، فالمستثمر الأجنبي الذي يمتلك أصولاً في المملكة^(١٨) يخضع لإجراءات نظام الإفلاس.

فإذا تم افتتاح أي إجراء من إجراءات الإفلاس ضده فتخضع جميع أصوله الموجودة في المملكة لذلك الإجراء، سواء

(١٨) بينت المادة (٨) من نظام الاستثمار الأجنبي أنه يمكن للمنشأة الأجنبية أن تملك في المملكة العقارات اللازمة في حدود الحاجة لمزاولة النشاط المرخص أو من أجل سكن كل العاملين بها أو بعضهم وذلك وفقاً لأحكام تملك غير السعوديين للعقار.

وبما أن العمل مختلط ما بين العمل المهني والعمل غير المهني، فالإشكالية تثار عند امتناع الشخص الطبيعي عن سداد دين متعلق بممارسته لعمله المهني، أي أن العمل بالنسبة له من الأعمال المهنية، وبالنسبة للشخص الآخر ليس من الأعمال المهنية، فهل تسري على هذا العمل أحكام نظام الإفلاس؟

نرى أن المدين الذي يمتنع عن سداد دين ناتج عن ممارسة عمل مهني تسري عليه أحكام نظام الإفلاس، حتى ولو كان العمل بالنسبة للطرف الآخر ليس عملاً مهنيّاً، فالعبرة بمهنية العمل بالنسبة للشخص الطبيعي الذي يمارس العمل المهني بغض النظر عن طبيعة العمل بالنسبة للدائن، وذلك تطبيقاً لأحكام الفقرة (أ) من المادة (٤) من نظام الإفلاس، والتي نصت على أن تسري أحكام هذا النظام على الأشخاص الذين يمارسون أعمالاً مهنية في المملكة، فربطت سريان أحكام النظام بممارسة الشخص الطبيعي للعمل المهني، فإذا ثبت أن هذا الشخص مدين بدين مرتبط بعمل مهني فتسري عليه أحكام النظام دون النظر إلى طبيعة العمل بالنسبة للطرف الآخر سواء كان مهنيّاً أو غير مهني.

لذلك حتى تسري أحكام الإفلاس على العمل المهني المختلط لا بد أن يكون المدين هو الذي يمارس العمل المهني، وأن يكون الدين متعلقاً بذلك العمل.

الفرع الثالث: الشروط الموضوعية الخاصة بالأشخاص الطبيعيين الذين يمارسون أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح

بيننا سابقاً أن أحكام نظام الإفلاس تسري على الأشخاص الذين يمارسون أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح، وذلك تطبيقاً لأحكام الفقرة (أ) من المادة (٤) من نظام الإفلاس، وبيننا أن المنظم لم يحدد هذه الأعمال ولم يبين ماهيتها، فأى نشاط يهدف إلى تحقيق ربح يعتبر من الأعمال التي إذا مارسها الشخص تسري عليه أحكام نظام الإفلاس، ونرى أنه من المستحسن أن يتم

- منشآت السلع: "المشروعات المنتجة للسلع الصناعية والزراعية (النباتية والحيوانية)".
 - منشآت الخدمات: "مشروعات الخدمات والمقاولات".
- وبينت المادة (٥) من نظام الاستثمار الأجنبي بعض الأحكام المتعلقة بالمنشآت الأجنبية ونصت على أنه: "يجوز أن تكون الاستثمارات الأجنبية التي يرخص لها للعمل طبقاً لأحكام هذا النظام بإحدى الصورتين الآتيتين:

- ١- منشآت مملوكة لمستثمر وطني ومستثمر أجنبي.
 - ٢- منشآت مملوكة بالكامل لمستثمر أجنبي.
- ويتم تحديد الشكل القانوني للمنشأة طبقاً للأنظمة والتعليقات.

فالمنشأة المرخصة التي يمارس المستثمر الأجنبي من خلالها نشاطه في المملكة تختلف باختلاف طبيعة النشاط الذي يمارسه، فإذا كان يمارس مشروعاً منتجاً للسلع الصناعية فتكون منشأة صناعية، أما إذا كان يمارس مشروعاً من مشاريع الخدمات أو العقارات فتكون منشأة خدمات، وفي جميع الأحوال يجب أن تتخذ الشكل القانوني الذي أقره النظام لها حسب طبيعة نشاطها، وذلك تطبيقاً للفقرة (٣) من المادة (٥) من نظام الاستثمار الأجنبي.

الخاتمة

أظهرت الدراسة العديد من النتائج أهمها: أن نظام الإفلاس يطبق على الأشخاص الطبيعيين بسبب ممارستهم لأعمال ذكرت على سبيل الحصر في الفقرة (أ) من المادة (٤) من نظام الإفلاس وليس بسبب صفاتهم، وهذا الأمر وسع من نطاق سريانه فأصبح يسري على شريحة واسعة من الأشخاص الطبيعيين، فمن يمارس عملاً تجارياً أو مهنيّاً أو يهدف إلى تحقيق الربح تسري عليه أحكامه بغض النظر عن صفته حتى ولو كان شخصاً مدنياً، ومن لا يمارس هذه الأعمال لا تسري عليه أحكامه حتى ولو كان شخصاً مكتسباً لصفة التاجر من

كانت هذه الأصول متعلقة بنشاطه أو غير متعلقة بنشاطه، وذلك لأن نص الفقرة (ج) الذي يخضع أصول المستثمر الأجنبي الموجودة داخل المملكة لإجراءات الإفلاس جاء عاماً ولم يستبعد الأصول غير المتعلقة بنشاطه، وإنما استبعد تلك الموجودة خارج المملكة فقط.

ثانياً: يجب على المستثمر الأجنبي أن يزاول عملاً من الأعمال التجارية، أو المهنية، أو التي تهدف إلى تحقيق الربح

نص المنظم في الفقرة (ج) من المادة (٤) على أن المستثمر الأجنبي يخضع لأحكام نظام الإفلاس إذا مارس عملاً من الأعمال التجارية، أو المهنية، أو التي تهدف إلى تحقيق الربح، وهذا الشرط هو شرط اختياري مع الشرط السابق، فيجب أن يتحقق أحدهما حتى تسري أحكام نظام الإفلاس على المستثمر الأجنبي، وذلك لأن نص الفقرة (ج) جاء اختياريّاً فنصت على "..... الذي يمتلك أصولاً في المملكة، أو يزاول أعمالاً تجارية"، فإما أن يمتلك أصولاً أو يزاول عملاً من الأعمال التجارية، ويمكن الجميع بينهما.

ولقد بينا سابقاً وبشكل مفصل الشروط الموضوعية المتعلقة بممارسة الشخص الطبيعي للأعمال التجارية والمهنية والتي تهدف إلى تحقيق ربح، وهي لا تختلف في حال ممارستها من قبل مستثمر أجنبي، لذلك تطبق عليه كما هي.

ثالثاً: يجب أن يزاول المستثمر الأجنبي هذه الأعمال من خلال منشأة مرخص لها في المملكة

حتى يخضع المستثمر الأجنبي لأحكام نظام الإفلاس، اشترط الفقرة (ج) من المادة (٤) أن يمارس نشاطه من خلال منشأة مرخص لها في المملكة، لكنها لم تعرّف المنشأة المرخصة، وقد عرّف نظام الاستثمار الأجنبي بعضاً منها في المادة (١)، فعرف منشآت السلع والخدمات على النحو الآتي:

- ٦- نأمل من المنظم أن يوضح ما المقصود بالمدين المرجح أن يعاني من اضطرابات مالية.
- ٧- نأمل من المنظم أن يوضح بشكل جلي ما المقصود بالمدين المخضع لأحكام نظام الإفلاس ويحدد شروطه.
- ٨- نأمل من المنظم أن يعرف "المنازعة في الدين" و"المطالبة بالدين".
- ٩- نأمل من المنظم أن يبين ما المقصود بالمنشآت الخاصة التي يجب أن يمارس المستثمر الأجنبي نشاطه من خلالها، والأشكال القانونية التي يجب أن تتخذها تلك المنشآت، حتى تسري عليه أحكام نظام الإفلاس.

المراجع

أولاً: المراجع العربية

١- الكتب

- اتحاد هيئة الأوراق المالية العربية (٢٠١٨م). قاموس المصطلحات المالية الأكثر استخداماً بالأسواق المالية. دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة.
- البارودي، علي (١٩٩٠م). القانون التجاري: الأعمال التجارية والتجار - الشركات التجارية - القطاع العام - المنشأة التجارية. القاهرة: منشأة المعارف.
- البديرات، محمد أحمد (١٤٣٩هـ/٢٠١٨م). قانون الأعمال. ط ١، الرياض: مكتبة المتنبّي.
- توفيق، حسام الدين سليمان (١٤٣٩هـ/٢٠١٨م). القانون التجاري السعودي، الأعمال التجارية - الشركات التجارية. الرياض: دار الكتاب الجامعي.
- جاجان، عبدالرزاق؛ وبرغل، عبدالقادر؛ وفارس، عمر (٢٠٠٨م). المدخل إلى القانون التجاري، الأعمال التجارية والتاجر والمتجر. حلب: منشورات جامعة حلب، كلية الحقوق، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية.

الناحية القانونية كالشريك المتضامن، فسرطان نظام الإفلاس على الأشخاص الطبيعيين لا يكون إلا بسبب ممارستهم للأعمال السابق ذكرها وليس بسبب صفاتهم. وخلصنا إلى التوصيات التالية:

- ١- نأمل من المنظم أن يعدّل أحكام الفقرة (أ) من المادة (٤) من نظام الإفلاس ويخضع بعض الأشخاص الطبيعيين لأحكامه وفقاً لصفاتهم كالتجار والمهنيين، بحيث تضاف عبارة "أو يكتسب فيها صفة التاجر أو المهني" فتصبح الفقرة (أ) من المادة (٤) كالتالي: تسري أحكام النظام على: الشخص ذي الصفة الطبيعية الذي يمارس في المملكة أعمالاً تجارية، أو مهنية، أو أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح، أو يكتسب فيها^(١٩) صفة التاجر أو المهني".
- ٢- نأمل من المنظم أن يخضع الأشخاص المستترين والظاهرين الذين يمارسون أعمالاً تجارية أو مهنية أو تهدف إلى تحقيق الربح إلى أحكام نظام الإفلاس.
- ٣- نأمل من المنظم أن ينص صراحة على شروط خضوع المدين المعتزل عن ممارسة أي نشاط من الأنشطة المذكورة في الفقرة (أ) من المادة (٤) كما فعل في حالة المدين المتوفى.
- ٤- نوصي بأن يضيف المنظم إلى تعريف "الأعمال المهنية" المنصوص عليها في المادة (١) من نظام الإفلاس شرط حصول الشخص الطبيعي على رخصة مزاولة مهنة حتى يخضع لأحكام نظام الإفلاس، فيضيف عبارة: "واستناداً إلى رخصة مزاولة يحصل عليها من الجهة المختصة".
- ٥- نوصي المنظم بأن يحدد ما المقصود بـ"الأعمال التي تهدف إلى تحقيق الربح"، حتى يتم حصرها وإخضاع الأشخاص الذين يمارسونها لأحكام نظام الإفلاس.

(١٩) يكتسب فيها: أي يكتسب في المملكة العربية السعودية صفة التاجر أو صفة المهني.

- الجبر، محمد حسن (١٤١٧هـ). القانون التجاري السعودي. ط ٤، الرياض: بدون دار نشر.
- الختلان، سعد التركي (٢٠٠٤م). أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي. ط ١، الرياض: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع.
- دويدار، هاني محمد (١٩٩٥م). القانون التجاري اللبناني، الجزء الأول: نظرية الأعمال التجارية - نظرية التاجر - التزامات التاجر القانونية - المؤسسات التجارية - الشركات التجارية. بيروت، لبنان: دار النهضة العربية.
- الراحلة، محمد سعد؛ والخالدي، إيناس خلف (١٤٣٦هـ). شرح القانون التجاري السعودي. عمان، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- سامي، فوزي محمد (٢٠٠٩م). شرح القانون التجاري. ط ٢، عمان: دار الثقافة.
- الشريف، نايف سلطان (١٤٣٩هـ/٢٠١٨م). القانون التجاري السعودي. ط ١، الرياض: مكتبة الشقري.
- صالح، باسم محمد (١٩٨٧م). القانون التجاري، النظرية العامة، التاجر، العقود التجارية، العمليات المصرفية، القطاع التجاري الاشتراكي. بغداد: دار الحكمة.
- طه، مصطفى كمال (١٩٨٨م). القانون التجاري. بيروت: الدار الجامعية.
- طه، مصطفى كمال؛ وبندي، وائل أنور (٢٠٠٧م). أصول الإفلاس. الإسكندرية، جمهورية مصر العربية: دار الفكر الجامعي.
- عبدالرزاق، هاني سمير (٢٠١٠م). مسؤولية مجلس إدارة شركة المساهمة في حالة إفلاس الشركة. ط ٣، القاهرة، جمهورية مصر العربية: دار النهضة العربية.
- العريني، محمد فريد (١٩٧٧م). القانون التجاري. ط ١، القاهرة: دار المطبوعات الجامعية.
- العريني، محمد فريد؛ والفقي، محمد السيد (٢٠٠٣م). القانون التجاري. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- العسكري، أبي هلال الحسن عبدالله (١٤٣٩هـ). الفروق اللغوية. دار الكتب العلمية.
- عوض، علي جمال الدين (٢٠١٠م). الإفلاس في قانون التجارة الجديد. ط ٢، القاهرة: دار النهضة العربية.
- الغامدي، عبدالهادي محمد (١٤٣٨هـ). القانون التجاري السعودي. ط ٢، الرياض: مكتبة الشقري.
- الفقي، محمد السيد (٢٠٠٣م). القانون التجاري، الأوراق التجارية - الإفلاس - العقود التجارية - عمليات البنوك. بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
- قاسم، علي سيد (٢٠٠١م). قانون الأعمال، الشركات التجارية. ج ٢، القاهرة: دار النهضة العربية.
- قرمان، عبدالرحمن السيد (١٤٤٠هـ). الأوراق التجارية وإجراءات الإفلاس طبقاً للأنظمة القانونية المنفذة لرؤية المملكة ٢٠٣٠. ط ١، الرياض: دار الإجازة للنشر والتوزيع.
- القليوبي، سميحة (٢٠٠٧م). الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، الجزء الأول: نظرية الأعمال التجارية والتاجر. القاهرة، جمهورية مصر العربية: دار النهضة العربية.
- القليوبي، سميحة (٢٠١١م). أحكام الإفلاس. القاهرة، جمهورية مصر العربية: دار النهضة العربية.
- مكرم، شريف (٢٠٠٥م). التوقف عن الدفع وأثره على حقوق دائني المفلس في ضوء قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ م. ط ١، القاهرة: دار النهضة العربية.
- منصور، أمجد محمد (٢٠١٥م). النظرية العامة لالتزامات مصادر الالتزام. عمان، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- منصور، أنور مطاوع (١٤٣٨هـ/٢٠١٧م). القانون التجاري السعودي، الأعمال التجارية والتاجر والشركات التجارية، الأوراق التجارية - عمليات البنوك. ط ٥، الرياض: مكتبة المتنبى.

الكويتية. رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط،
عمان، الأردن.

٣- الدوريات

الرجوب، عبدالسلام؛ وعبيدات، مؤيد (٢٠١٥م). النظام
القانوني للتاجر وأصحاب الحرف البسيطة، دراسة
مقارنة. مجلة دراسات: علوم الشريعة والقانون،
مج(٤٢)، ع(٢).

ثانياً: المراجع الأجنبية

Ballot-Lena, Aurélie, Decocq, Georges (2011). *Droit commercial Actes de commerce - Commerçants - Fonds de commerce - Baux commerciaux - Concurrence - Consommation*. Broché, 5e éd.
Piedelièvre, Stephane (2013). *Droit commercial: Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*. Dalloz.

المنصور، عبدالمجيد صالح (١٤٣٩هـ). *التكييف الفقهي لإجراءات مشروع نظام الإفلاس الجديد*. الرياض: مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

ناصيف، إلياس (٢٠٠٨م). *موسوعة الوسيط في قانون التجارة، الصلح الواقعي من الإفلاس*. ج٦، بيروت، لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب.
وزارة التجارة والاستثمار (١٤٣٧هـ/٢٠١٦م). *المذكرة التوضيحية لمشروع نظام الإفلاس*.

٢- الرسائل

السبيعي، بداح محسن (٢٠١٢م). *العلاقة بين الرفع المالي والعائد على الاستثمار في الشركة المساهمة العامة*

التكييف القانوني لإصدار العملات الافتراضية وتداولها

بن صغير مراد

أستاذ القانون المدني المشارك

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر

(قدم للنشر في ٢٠/١/١٤٤١هـ، وقبل للنشر في ٢٢/٤/١٤٤١هـ)

ملخص البحث. تشكل العملات الافتراضية تحدياً صعباً للمؤسسات المالية والحكومات والأنظمة الدولية على حد سواء. إذ تهدف الدراسة إلى إبراز الطبيعة الشرعية والقانونية للعملات الافتراضية، وكذا الجوانب القانونية المرتبطة بأساس وضوابط وحدود تداولها، في ظل الانتشار الواسع لها. فضلاً عن خصوصيتها الافتراضية غير المادية وسرعة تداولها وقلة تكاليف التعامل بها. حيث تشكل في مجملها تحديات ومخاطر ودوافع ذات أهمية استثنائية لبحث الموضوع. كما يهدف البحث إلى بيان الآثار القانونية الناجمة عن تداول تلك العملات على استقرار النظم النقدية المنظمة قانوناً، مع التركيز على تتبع أهم الثغرات القانونية ومعالجتها. إضافة إلى كشف الدور الكبير الذي يمكن أن يؤديه القانون انطلاقاً من مبدأ سيادة الدولة في إمكانية تقنين هذه العملات الافتراضية وتنظيم تداولها.

وقد خلصت الدراسة إلى جملة من النتائج مفادها أن العملات الافتراضية مهما تعددت مسمياتها أو أشكالها، وإن كانت تعبر في الحقيقة عن قيمة مالية من حيث الأصل، إلا أنه ليس لها وجود مادي. وإن كان الوجود المادي في حد ذاته لا يرتبط بالتنظيم القانوني، والذي تفتقده هذه العملات لدى غالب تشريعات الدول، لما يشوبها من شبهات شرعية وقانونية ومخاطر وثغرات بشأن قيمتها وتقلبات أسعارها وكذا نظام تداولها والرقابة عليها، دفع غالب دول العالم لعدم الاعتراف بها والتحفظ بشأن التعامل بها. كما انتهت الدراسة إلى أن إقرار حرية تداول العملات الافتراضية مقيد بفكرة النظام العام ومرهون بمبدأ سيادة الدول. من جهة أخرى أبرز البحث أن الحاجة ملحة لتدخل التشريع قصد تقنين أحكام العملات الافتراضية وضبط سوق تداولها ورقابتها، بما يحقق الأمن التشريعي في المجالين النقدي والمالي. وهو ما أوصت به الدراسة. كما أوصت بضرورة بحث الآليات والضمانات الكفيلة بتداول تلك العملات الافتراضية ومراقبتها، متى تم اعتمادها بما يضمن مشروعيتها ويكرس فاعلية وحركية التعامل بها.

الكلمات المفتاحية: العملات الافتراضية، البيتكوين، المشروعية، التداول، الرقابة، المنظومة النقدية، المخاطر.

THE LEGAL NATURE OF ISSUING AND TRADING VIRTUAL CURRENCIES

Benseghir Mourad

*Associate Professor of Civil Law, College of Law and Political Sciences,
University of Abu Bekr Belkaid, Tlemcen, Algeria*

(Received 20/01/1441 H., Accepted for Publication 22/04/1441 H.)

Abstract. Virtual currencies pose a difficult challenge for financial institutions, governments and international systems alike. This paper aims to highlight the legal and Sharia-related nature of virtual currencies, as well as the legal aspects related to the basis, controls and limits of circulation, in the light of their wide spread use, as well as their intangible virtuosity and speed of circulation and the low costs of dealing with them. Virtual currencies pose challenges, risks and motives of exceptional importance to the topic of this research. The study also aims to explain the legal effects of trading with these currencies, with a focus on tracking the most important legal gaps and shortcomings, in addition to revealing the great role that can be played by the law from the principle of the sovereignty of the state in the possibility of codifying these currencies and their circulation.

The study concluded that virtual currencies, regardless of their various denominations or forms, although in fact express a financial value in terms of origin, have no material existence. This is also because of the lack of legal regulations in most countries' legislations, caused by their legal and sharia-related suspicions, risks and gaps regarding their value and fluctuation in prices. These reasons made most of the world's countries not to recognize the system of their circulation and control, and have reservations about dealing with these currencies. The study also recommended that the free circulation of virtual currencies is restricted to the idea of public order and is subject to the principle of state sovereignty. On the other hand, the research highlighted the urgent need to intervene in legislation to codify the provisions of the virtual currency and to regulate the market of circulation and control, in order to achieve legislative security in the financial and economic fields, which is recommended by the study. It also recommended searching for mechanisms and safeguards that ensure the circulation and control of these virtual currencies, once they have been adopted to ensure their legitimacy and guarantee the effectiveness and dynamics of dealing with them.

Keywords: Virtual currencies, Bitcoin, Legitimacy, Trading, Control, Monetary system, Risks.

مقدمة

لا شك أن تطور التقنية الرقمية لم يعد قاصراً على وسائل التواصل بين الأفراد فحسب، كما أن العالم الافتراضي قد تجاوز كثيراً من المجالات المعينة والمحدودة، ليشمل ذلك كله الحياة الواقعية لهم في شتى المجالات العلمية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية وغيرها. ولعل مجال التعاملات والمبادلات المالية كان أكثر تأثراً من غيره بفعل عديد الوسائل والآليات والتطبيقات والمنصات الرقمية المتوافرة تيسيراً لتلك المعاملات. ويُعد موضوع العملات الافتراضية أحد أهم وأبرز المواضيع الحديثة التي لا تزال في حاجة إلى كثير من البحث والدراسة المستفيضة الوافية، رغم استئثارها بكثير من الاهتمام والنقاش وحب الاطلاع.

أهمية الدراسة

لقد ساهمت تكنولوجيا الإعلام والاتصال وثورة المعلومات التي عرفها العقدين الأخيرين، في إحداث تغيير جذري في نمط الحياة الاقتصادية وما عقبه من تيسير للمعاملات والتداولات المالية، في ظل النمو اللافت للتجارة الإلكترونية. لاسيما بعد إطلاق منصة التجارة الإلكترونية بشكل متاح على شبكة الانترنت منذ شهر أبريل ٢٠١٧م. ويأتي هذا البحث ليعالج موضوعاً حديثاً في غاية الدقة والأهمية، ينصب أساساً حول الجانب القانوني للعملات الافتراضية وتداولها، في محاولة للموازنة بين مبدأ حرية التداول المكفول للأفراد، وحق الضبط والرقابة المخول للسلطة. ذلك أن هذه العملات كما سيكشف عنه البحث ذات طبيعة تبادلية خاصة، تفتقد لأي وعاء قانوني أو شرعي. كما تختلف عن العملات القانونية المرخص بإصدارها وتداولها من السلطات المختصة من جهة. فضلاً عن خصوصيتها الافتراضية غير المادية وسرعة تداولها وقلة تكاليف التعامل بها من جهة أخرى، رغم ما تنطوي عليه في الحقيقة باعتقادنا من تكلفة بشأن تحمل مخاطر

تداولها وتقلبات قيمتها. كل ذلك يقتضي بيان طبيعتها وأساس اعتمادها والتعامل بها، فضلاً عن قيمتها ومشروعيتها. حتى يتجلى لنا الوقوف على آثار تداولها ووضع الإطار القانوني الأنسب لها. إذ تشكل هذه النقاط في مجملها تحديات ومخاطر ودوافع ذات أهمية استثنائية لبحث الموضوع.

إشكالية الدراسة

نظراً لحداثة موضوع العملات الافتراضية وارتباطه بتكنولوجيا الإعلام والتقنية الرقمية من جهة، وارتباطه بالجانب المالي والاقتصادي الذي هو عصب الحياة من جهة أخرى. فقد أثار العديد من الإشكاليات القانونية المرتبطة بهذين الجانبين، يمكن حصرها في هذه الدراسة على النحو التالي:

- ما هي الطبيعة القانونية أو التكييف القانوني الصحيح لهذه العملات؟ وما الأساس القانوني الذي تستمد منه مشروعيتها واعتمادها للتداول؟
- هل تخضع تلك العملات لنظام نقدي مركزي معين كفيل بضبط قيمتها والحفاظ عليها من تقلبات أسعار الصرف والعملات؟
- ما هي الصعوبات والعقبات التي تحدّ أو تمنع من الاعتراف بها وإقرارها كعملة متداولة لدى غالب التشريعات والدول؟
- ما هي آليات وحدود الرقابة القانونية على تداول هذه العملات؟
- ما الآثار القانونية الناجمة والمخاطر المحتملة عن تداول تلك العملات؟

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة بشكل أساسي إلى إبراز الطبيعة القانونية أو التكييف القانوني للعملات الرقمية، انطلاقاً من بيان مدى مشروعيتها، وكذا الجوانب القانونية المرتبطة

- المبحث الثاني: تحديات تداول العملات الافتراضية.
 - المطلب الأول: عوائق تداول العملات الافتراضية.
 - المطلب الثاني: آثار تداول العملات الافتراضية.
- خاتمة: تضمنت أهم نتائج البحث وتوصياته.

المبحث الأول:

ماهية العملات الافتراضية

غير خافٍ على أحد ما تتطلبه عملية إصدار العملات النقدية من إمكانيات وبنية تحتية وإستراتيجية مالية مدروسة ومدعومة من قبل الدولة، وهذا ربما ما لا تتطلبه العملات الافتراضية في إصدارها، أو قد تتطلبه ولكن بشكل محدود وبإمكانيات وإجراءات أقل تكليفاً وتعقيداً بكثير عن سابقتها. ما جعل تلك العملات الافتراضية أسرع انتشاراً وأسهل تداولاً، في ظل ما يشهده العالم من تطور متسارع واتساع دائرة الأعباء والالتزامات على الحكومات والدول، لاسيما منها ذات الاقتصاد الهش، حيث البنية التحتية المالية غير كافية، وإنفاذ القانون فيها ضعيف.

لا شك أن هذه العملات الافتراضية (Virtual Currencies) التي اقتحمت مجال المعاملات المالية، حتى أضحت وسيلة مفضلة لدى كثير من الأفراد والمجموعات نظراً لطبيعتها وخصائصها، وما تقتضيه من حرية التداول بعيداً عن كل أشكال الرقابة القانونية. قد أضحت تثير عديد المسائل والإشكالات القانونية من حيث تحديد مفهومها وطبيعتها القانونية، وهذا ما نود بيانه من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول: مفهوم العملات الافتراضية

إن التقدم الرقمي الحاصل وتطور الصناعة المالية والمصرفية، وما صاحبها من الانتشار الواسع للتجارة الإلكترونية، أدى إلى بروز أشكال ومسميات عديدة للدفع حلّت محل النقود التقليدية، على غرار النقود الإلكترونية،

بشروط وضوابط وحدود تداولها. كما يهدف البحث إلى إيضاح أهم المخاطر والعوائق التي تحول دون إقرار تداول هذه العملات، مع بيان الوسائل والآليات التي يمكن من خلالها ممارسة رقابة قانونية على تلك العملات وتداولها. فضلاً عن كشف أهم الآثار القانونية الناجمة عن استعمالها وتداولها، مع التركيز على تتبع أهم الثغرات القانونية ومعالم القصور في ذلك. مع الإشارة إلى الدور الكبير الذي يمكن أن يلعبه القانون انطلاقاً من مبدأ سيادة الدولة في إمكانية تقنين هذه العملات الرقمية ووضع شروط وضوابط لتداولها.

منهج الدراسة

نظراً لطبيعة موضوع الدراسة المتشعب وتداخل جوانبه الشرعية والقانونية والاقتصادية، بل وحتى الاجتماعية والأمنية، فقد اعتمدنا في بحثنا هذا على منهجين رئيسيين وهما: المنهج الاستقرائي قصد تتبع بروز فكرة العملات الافتراضية. وكذا المنهج التحليلي الذي يهدف إلى إيجاد الإطار القانوني المناسب لهذه العملات من خلال تحليل الآثار القانونية والاقتصادية المترتبة عن تداولها. فضلاً عن اعتماد المنهج المقارن في حدود ضيقة متى اقتضت الحاجة إلى ذلك، لبيان موقف تشريعات الدول من تداول العملات الافتراضية.

خطة الدراسة

مراعاةً لطبيعة الدراسة القانونية للموضوع ودواعي الانسجام بين محاوره والتناغم بين أفكاره، فقد تم اعتماد الخطة التالية:

- مقدمة: وتتضمن أهمية الموضوع، وإشكالياته وأهدافه، فضلاً عن منهجه وتقسيمه.
- المبحث الأول: ماهية العملات الافتراضية.
 - المطلب الأول: مفهوم العملات الافتراضية.
 - المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية.

بنكي عند إجراء المعاملة، تستخدم كأداة محمولة مدفوعة مقدماً^(١).

يتضح لنا من خلال التعريفات السابقة أن النقود الإلكترونية تتميز عن النقود التقليدية بما يلي:

- أنها عبارة عن وسيلة إلكترونية في شكل شريحة أو بطاقة بلاستيكية أو قرص صلب للحاسب الشخصي للمتعامل، يتم شحن القيمة النقدية عليها بطريقة إلكترونية (المشهداني، ٢٠١٨م).

- أن هذه الوسيلة الإلكترونية (النقود الإلكترونية) لها قيمة مالية، نظراً لما تعكسه وتشمله من وحدات نقدية تُعبر حقيقة عن قيمة النقود التقليدية. وهذا ما يميزها عن بطاقات الدفع المسبق لبعض الخدمات، كبطاقات الاتصالات والمواصلات والخدمات الصحية وغيرها. ذلك أن المبلغ المخزن بداخلها عبارة عن وحدات خدمات، وليس قيمة نقدية يمكن استخدامها في شراء السلع والخدمات.

- أن النقود الإلكترونية ليس لها ارتباط بحساب بنكي معين، بمعنى أنه لا يتم الاحتفاظ بأرصدة في حسابات مالية لدى البنوك. وذلك لأجل تمييز النقود الإلكترونية

والعملات الافتراضية أو الرقمية، والعملات المشفرة. وما تبع ذلك من تنوع في ابتكار متلاحق لأشكال من العملات الافتراضية كعملة البيتكوين (Bitcoin)، ولايتكوين (Litecoin)، وريبيل (Ripple)، وإثيريوم (Ethereum)، وداش (Dash)، ومونيرو (Monero)، وغيرها. ما يقتضي تحديد مفهومها وإبراز سماتها وأشكالها. حتى نستطيع الحكم على أساس اعتمادها وبيان طبيعتها وتكيفها القانوني.

الفرع الأول: تمييز العملات الافتراضية عن النقود الإلكترونية
انطلاقاً من قاعدة الحكم على الشيء فرع عن تصوره، يجدر بنا بداية أن نحدد مفهوم النقود الإلكترونية (Electronic money)، حتى يسهل تمييزها عن العملات الافتراضية بأشكالها. ثم نفصل ما يتعلق بخصائص تلك العملات وأنواعها.

(أ) تعريف النقود الإلكترونية

أعطيت عدة تعريفات من مؤسسات مالية عالمية للنقود الإلكترونية، نقتصر على أكثرها دقة وإحاطة بالمفهوم. فقد عرّفت المفوضية الأوروبية النقود الإلكترونية بأنها "قيمة نقدية مخزنة بطريقة إلكترونية على وسيلة إلكترونية كبطاقة أو ذاكرة كمبيوتر، مقبولة كوسيلة للدفع بواسطة متعهدين غير المؤسسة التي أصدرتها. يتم وضعها في متناول المستخدمين لاستعمالها كبديل عن العملات النقدية والورقية، بهدف إحداث تحويلات إلكترونية لمدفوعات ذات قيمة محددة"^(٢).

وتبعاً لذلك عرّفها البنك المركزي الأوروبي في تقريره بشأن النقود الإلكترونية بأنها "مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة تقنية، يُستخدم بصورة شائعة للقيام بمدفوعات لمتعهدين غير من أصدرها. دون الحاجة إلى وجود حساب

(2) European Central Bank, "Report on Electronic Money", Frankfurt, Germany, August 1998, p 07.

ويبدو لنا واضحاً تأثر مراكز القرار المالي الأوروبية بالتعريف الذي وضعه سابقاً البنك الدولي للتسويات (BIS) سنة ١٩٩٦م، الذي عرّف النقود الإلكترونية بأنها "قيمة نقدية على شكل وحدات اثباتية يتم تخزينها على أداة إلكترونية يحوزها المستهلك، حيث يقوم بدفع ثمن هذه القيمة التي تتناقص أو تتزايد كلما تم استعمالها للقيام بعمليات الشراء، أو في حالة إعادة تخزين قيمة جديدة عليها". وإن كان في تقديرنا أن التعريفات المذكورة عجزت عن إيجاد تعريف دقيق ومناسب للنقود الإلكترونية، ولعل ذلك يظهر جلياً من خلال تركيزها على المظاهر الخارجية والخصائص الشكلية لتلك النقود.

Se: Bank for International Settlements (BIS), Implication for central banks of the development of electronic money, Basle, October 1996, p 13.

(1) European Commission, "Proposal for European Parliament and Council Directives on the taking up, the pursuit and the prudential supervision of the business of electronic money institution", Brussels, COM - 98, 1998, p 727.

كوسيلة للدفع. ويمكن نقلها وتخزينها أو تداولها إلكترونياً" (Baron, O'Mahony, Manheim, and Schwarz, 2015).

في حين عرّفها بعض الفقه بأنها عملة رقمية افتراضية (ليس لها كيان مادي ملموس أو وجود فيزيائي) منتجة بواسطة برامج حاسوبية ولا تخضع للسيطرة أو التحكم فيها من جانب بنك مركزي أو أي إدارة رسمية يتم استخدامها عن طريق الإنترنت في عمليات الشراء والبيع أو تحويلها إلى عملات أخرى، وتلقى قبولاً اختيارياً لدى المتعاملين فيها (الباحوث، ٢٠١٧م).

الفرع الثاني: تحليل المفهوم القيمي للعملات الافتراضية
يعتبر العامل الافتراضي غير المرتبط بحيز جغرافي ولا مركز قانوني مستقر وثابت، مصدراً لمجموعة من المخاطر. ذلك أن عدم ارتباط العملات الافتراضية بأي نظام مالي وغياب رقابة قانونية مالية عليها، وتداولها الإلكتروني المحدود وغير القانوني بين مجموعة من الأشخاص، بعيداً عن أي مظلة قانونية لمصارف مركزية أو أي سلطات مالية عامة أخرى. هو ما سبب ضعفها وعدم استفادتها من امتياز السعر القانوني الذي لا يعترف به سوى للعملات الرسمية (Carreau and Kleiner, 2017; Fallon and Meeusen, 2002).

حيث أكد في هذا الصدد التوجيه الأوروبي رقم (٢٠١٨/٨٤٣) أن "مصطلح عملة افتراضية يتعلق بالتمثيل الرقمي لقيمة غير موزعة أو مضمونة من طرف مصرف مركزي أو سلطة عامة، والتي لا ترتبط بعملة قانونية ولا تحظى بالنظام القانوني لعملة وطنية أو أجنبية، رغم أنها مقبولة من طرف أشخاص يتمتعون بالشخصية القانونية، على أساس أنها وسيلة للمبادلة، يمكن تحويلها وتخزينها ومبادلتها إلكترونياً"^(٤).

عن وسائل الدفع الإلكترونية الأخرى المرتبطة بالحسابات المصرفية للعملاء حاملي هذه البطاقات. والتي تمكنهم من القيام بدفع ثمن السلع والخدمات التي يشترونها مقابل العمولة التي يتم دفعها للبنك مقدم الخدمة.

- عدم خضوع هذه النقود الإلكترونية لحدود جغرافية أو إقليمية للدول، إذ يمكن تحويل النقود الإلكترونية إلى أي مكان في العالم، وتداولها في أي وقت أو أي مكان.

(ب) تعريف العملات الافتراضية

انعكس التعامل الواسع بالنقود الإلكترونية على مجال النظام المالي والمصرفي بشكل ملحوظ، وهو ما دفع إلى اعتماد منصة التجارة الإلكترونية بشكل متاح على شبكة الإنترنت منذ أكثر من سنة. ذلك أن نسبة النقود الورقية المستخدمة في شتى أشكال المعاملات المالية أصبحت لا تتجاوز ٣٠٪ من مجموع الكتلة النقدية، بما يعني أن ٩٧٪ منها عبارة عن نقود إلكترونية. وهو ما كان دافعا قويا وراء ابتكار ما يسمى بالعملات الافتراضية أو المشفرة أو الرقمية أو الإلكترونية وغيرها من المسميات، باعتبارها نوع من العملات المتاحة بشكل رقمي فقط على شبكة الانترنت، وليس لها وجود مادي.

وقد تم تعريف العملات الافتراضية بأنها "تمثيل رقمي للقيمة يتم إصداره بواسطة مطورين خاصين باعتباره وحدة حساب، يمكن الحصول عليه وتخزينه والوصول إليه والتعامل به إلكترونياً، ويُستخدم لمجموعة متنوعة من الأغراض عند اتفاق طرفين على استعماله"^(٣).

كما تم تعريفها بأنها "تمثيل رقمي لقيمة نقدية ليست صادرة عن بنك مركزي أو عن سلطة عامة، وليست مرتبطة بالضرورة بالعملة الورقية، غير أنها مقبولة لدى أشخاص طبيعيين أو اعتباريين

(4) Directive no 2018/843 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive (UE) 2015/849, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE, 30 mai 2018, JOCE, N° L 156/43, 19.6.2018.

(3) Virtual Currencies and Beyond - Initial Considerations, International Monetary Fund, USA, January 2016, p 07. Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks, Financial Action Task Force (FATF) REPORT, FATF/OECD, FRANCE, 2014, P 04.

والجوهري للتعاقد، وهو الرضا الصحيح والسليم الصادر عن أطراف العقد المتمتعين بأهليتهم القانونية والشرعية المطلوبة.

(ب) انتهاك لحق الدولة في إصدار العملات والنقود ورقابتها

يتم إصدار العملات الافتراضية عن طريق برامج حاسوبية متطورة جداً، يتم من خلالها تعدين تلك العملات وجعلها متداولة إلكترونياً بين الأشخاص، بعيداً عن أي غطاء قانوني وفي معزل عن أي رقابة مالية. ولا شك أن ذلك يشكل مساساً بأحد أهم مقومات الدولة، من خلال منازعتها أنظمتها القانونية والمالية، وطرح نظم مالية وآليات للتعامل غير رسمية بديلة أو موازية لتلك التي اعتمدتها الدولة وأقرتها.

ولا شك أن هذا الأمر مما أكد عليه فقهاء الشريعة، مبينين محاذيره ومفاسده، إذ يكاد يتعقد إجماعهم على عدم جواز ومنع الأفراد من ضرب (إصدار) النقود ولو كانت على الوفاء، لما فيه من الفساد والإضرار بالأمة من جهة (الباجي، بدون تاريخ؛ المرداوي، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م؛ النووي، بدون تاريخ؛ ابن تيمية، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م؛ التركماني، ١٩٨٨). وكذا لما فيه من الافتيات على الحاكم ومنازعته حقوقه وصلاحياته من جهة أخرى، كما سنبينه لاحقاً.

(ج) انعدام الوجود المادي للعملات الافتراضية

تعد الافتراضية أهم ميزة لهذه العملات، إذ ليس لها وجود مادي ملموس. إذ بالرغم من ازدياد عدد العملات المشفرة بشكل كبير جداً إلى حوالي ١٥٠٠ عملة شهر أبريل

بناء على ما تقدم يتضح أن العملات الافتراضية تنطوي على جوانب عديدة يتجلى فيها عدم معلوميتها (جهالتها)، مما يفقدها قيمتها ويؤثر في مستوى قبولها، ولعلنا نبرز ذلك من خلال عدة معالم أهمها ما يلي.

(أ) المصدر المجهول للعملات الافتراضية

تعتبر العملات الافتراضية عملات مجهولة المصدر، لا يُعلم تحديداً الشخص أو الجهة التي أنشأتها، ولا نظام إصدارها وتعدينها ولا آليات تداولها، ولا النظام القانوني أو المالي الذي تتبعه أو تنتمي إليه. فهي بهذا الوصف تتميز بجهالة مطلقة. وقد أكد التشريع القانوني على ما قرره الفقه الإسلامي، من أن جهالة أحد أطراف العقد أو المعاملة تجعل هذا الأخير عديم الأثر^(٥). نظراً لافتقار الركن الأساسي

(٥) تنص المادة (٥٩) من القانون المدني الجزائري، المقابلة للمادة (١٢٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". انظر: عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد. دار الفكر، القاهرة، بدون تاريخ، ص ٨٥. إبراهيم بن أحمد بن محمد مجبى، النقد الافتراضي - بيتكوين أنموذجاً، بحث مقدم إلى مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤٤٠هـ، ص ١٨.

وقد ورد في الفتوى رقم (٨٩٠٤٣) الصادرة بتاريخ ٢٠١٨/١/٣٠م، بشأن حكم استخدام عملة البيتكوين في البيع والشراء، عن الهيئة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف بدولة الإمارات العربية المتحدة. حيث جاء فيها: "توجد شرائط لصحة المعاملات في الشرع - سواء تداول النقد أو المقايضة بالسلع، ومن أهم هذه الشرائط ما يأتي: (أ) معلومية طرفي المعاملة، ومعلومية العوضين: فهل هذا الشرط محقق هنا؟ الواقع أن الجهالة تحيط بالبيتكوين من كل الجهات، فهي تعتمد على مبادئ التشفير في جميع جوانبها، ولا يتضمن قانون التعامل بها أية معلومات عن الشخص أو بياناته. فالجهالة ترافقها بدءاً من اكتسابها واستعمالها. وأيضاً فإن الأنشطة التي ستخدم فيها غالباً ما تكون غير شفافة. وكل ذلك يؤدي إلى الغرر والغش المنهي عنها إجماعاً في الشريعة الإسلامية،

والأدلة على ذلك كثيرة منها؛ قوله سبحانه وتعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ لِأَن تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ۝﴾ (النساء، الآية ٢٩). وحديث أبي هريرة رضي الله عنه الذي رواه مسلم في نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر.

للاطلاع على نص الفتوى كاملة راجع: <https://www.awqaf.gov.ac> تاريخ الاطلاع ٨/١٢/٢٠١٨م.

معرفة الاختصاص القضائي بنوعيه المحلي والنوعي (الشكلي والموضوعي).

- أن المطالبة بوفائها يصطدم بتحديد قيمتها، إذ ليس لها قيمة قانونية ثابتة تستند إليها ويكفلها لها القانوني. فضلاً عن مجهولية الأشخاص المتعاملين بها، وتداخل الحدود الجغرافية والسياسية وتجاوز حدود السيادة للدول.

(هـ) انعدام استقرار قيمتها

لعل من أبرز الملاحظات التي نسجلها من خلال بيان المفهوم القيمي للعملات الافتراضية في هذا الفرع، هو تذبذب قيمتها وعدم استقرارها بسبب عدم ارتباطها بنظام مالي معين، فضلاً عن عدم وجود سعر صرف معتمد أو رسمي كمرجع لضبط قيمتها. ذلك أن الدولة عند إصدارها لعملة وطنية تحدّد لها سعراً رسمياً لا يمكن الاتفاق على تعديله، على خلاف العملات الافتراضية (Roussille, 2015).

وقد سبق الفقه الإسلامي في التنبيه إلى مفاصد ومخاطر عدم استقرار قيمة النقود. يقول ابن تيمية رحمه الله: "ولكن الدراهم والدنانير هي أثمان المبيعات، والتمن هو المعيار الذي به يُعرف تقويم الأموال، فوجب أن يكون محدوداً مضبوطاً لا ترتفع قيمته ولا تنخفض. إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسلع، لم يكن لنا ثمن نعتبر به المبيعات، بل الجميع سلع" (ابن تيمية، ١٩٩٦م).

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية

تعتمد التعاملات المالية الخاصة بالعملات الافتراضية على عدّة أسس، تهدف وتلتقي عند نقطة واحدة وهي عدم خضوع هذه العملات للرقابة القانونية حال تداولها. ذلك أن تداولها الخارج عن إطار القانون بعيداً عن كل رقابة، والتعامل غير الرسمي بها دون التقيد بنظام مالي معين أو تشريعات قانونية محددة أو حتى رسوم أو تكاليف إضافية، هو ما عزّز ذلك التداول

٢٠١٨م^(٦)، وتداولها العابر للحدود، إلا أنها لا تعبّر عن أي قيمة ذاتية لها، لذلك غالباً ما يتم تقويمها بعملة الدولار أو اليورو. ونشير إلى أن توليد هذه العملات إلكترونياً يتم عن طريق ما يسمى بالتعدين، من خلال حل لخوارزميات ومعادلات رياضية، باستخدام عدد من أجهزة الحاسب الآلي المتطورة عالية التقنية، فضلاً عن استهلاك قدر كبير جداً من الطاقة. حيث تخضع لنظام تداول إلكتروني يسمى سلسلة الكتل (Blockchain). وهو دفتر حسابات إلكتروني غير قابل للتلاعب به للمعاملات الاقتصادية التي يمكن برمجتها، ليس قاصراً على تسجيل المعاملات المالية فحسب، بل لكل شيء له قيمة (عدنان، ٢٠١٨م) (Drescher, 2017).

(د) إشكالية وفاءها (ضمانها) وصعوبة إثباتها في حالة نزاع قانوني بشأنها

تعتبر هذه المسألة أبرز الإشكاليات التي تثيرها العملات الافتراضية، وأهم الجوانب التي لدينا بشأنها ملاحظات قانونية مهمة. ذلك أن هذه العملات تفتقد لموجبات الضمان وصحة الوفاء. ولعل الأمر يرجع في تقديرنا لعدة نقاط أهمها:

- أن المطالبة بالوفاء حال نزاع قانوني يقتضي الاعتراف القانوني بهذه العملات وبيان طبيعتها وقيمتها، حتى يستطيع القاضي تقدير صحة المعاملة وصحة الادعاءات وحسم النزاع. وما دامت العملات الافتراضية لا تتبع لأي نظام قانوني أو مالي معين ولا تخضع لأي رقابة، فإنها تفتقد حينئذ لأي سند قانوني يضمن قيمتها ويكفل وفاءها.

- أن المطالبة بضمانها يتطلب معرفة القانون الواجب التطبيق على المعاملة التي تمت بالعملات الافتراضية، فضلاً عن

(٦) بل هناك من يذكر أنها تجاوزت ٢٠٠٠ نوع. انظر: أنطوان بوفيري وفيكرام هاكسار، ما هي العملات المشفرة؟ مجلة التمويل والتنمية، عدد يونيو ٢٠١٨م، صندوق النقد الدولي، واشنطن، ص ٢٧.

هذه العمليات المالية والتعامل بهذه العملات لا يخضع لأي تنظيم قانوني. من جهة أخرى يتم برجة العملات الافتراضية أو البيتكوين بطريقة تجعلها غير قابلة للنسخ أو التكرار، وهو ما يعني استبعاد أي إنفاق مضاعف.

إن أساس اعتماد العملات الافتراضية للتداول بين الأفراد بعيداً عن رقابة القانون، في ظل غياب أي تنظيم قانوني لها، يرجع لعدة عوامل وآليات. وهو ما يترجمه الإقبال الكبير على تداول العملات الإلكترونية وخصوصاً منها عملة البيتكوين. الأمر الذي يدفعنا لبيان أهم أسس اعتماد تلك العملات ومنافستها للنقود والعملات التقليدية كالتالي.

١- السرية والخصوصية

إن الطبيعة الخاصة للعملات الافتراضية البعيدة عن كل انتساب أو رقابة من أي مؤسسة مالية أو جهة حكومية، تجعل من عمليات تسجيلها وتداولها ذات خصوصية وسرية تامة. إذ تعد هذه الميزة أحد أهم الأسس والدوافع التي ساهمت في الإقبال المتزايد على تداول هذه العملات، لاسيما ما تعلق منها بالصفقات والعمليات المشبوهة، على غرار عمليات تبييض الأموال، أو تمويل الأعمال الإجرامية كترويج المخدرات أو الأعمال الإرهابية وغيرها. وهو ما يثير عديد المخاوف والتساؤلات حول مدى قدرة المؤسسات المالية والهيئات الحكومية في التصدي لهذه الأفعال المحظورة. من جهة أخرى يُتيح تداول هذه العملات إمكانية امتلاك العديد من حسابات ومحافظ خاصة بكل عملة كالبيتكوين أو لايتكوين أو غيرها، دون إسنادها لأي اسم أو عنوان أو أي معلومات أخرى عن ممتلكها.

٢- الشفافية والأمان

من العوامل المهمة التي جعلت من عملة البيتكوين بالأساس وغيرها من العملات الافتراضية محل اهتمام وإقبال متزايد لدى فئة كبيرة من الجمهور، رغم افتقادها لأي مقومات اعتمادها أو

وجعل تلك العملات محل ثقة وإقبال متزايد ممن يرغبون في المعاملات المالية بعيداً عن مراقبة القانون. غير أن حرية التداول غير المشروع للعملات الافتراضية يحتاج إلى وعاء قانوني وقبل ذلك إلى إطار شرعي يحتويه، وهو ما ترتب عنه تردد وعدم استقرار واضح بشأن طبيعة التعامل بتلك العملات. ما أسفر عن جملة من الآثار والتحديات التي تواجه تداولها.

وبناء عليه ستنال ضمن هذا المطلب الأساس الذي يستند إليه من يرى جواز تداول العملات الافتراضية والتكيف القانوني الذي اعتمده في هذا الشأن. على أن نخصص القسم الثاني من هذه الدراسة لصعوبات وآثار تداولها.

الفرع الأول: أساس التداول غير القانوني للعملات الافتراضية

تعتمد التعاملات المالية الخاصة بالعملات الافتراضية - لاسيما عملة البيتكوين فيما يتعلق بنظامها النقدي على شبكة الند للند (peer to peer) (Vejacka, 2014)، والتوقيع الإلكتروني والتشفير باستخدام خوارزميات رياضية معقدة بين شخصين مباشرة دون أي وسيط. إذ يتم إرسال هذه النقود (العملات) من حساب لآخر بشكل فوري ومباشر، ودون أي رسوم تحويل أو رقابة وتدقيق مالي. خلافاً للعملات الورقية التي تعتمد على طرف ثالث كالبنوك أو أنظمة معالجات الدفع الإلكتروني مثل فيزا (VISA) وغيرها للتحقق من المعاملة.

وهكذا يتم تحويل وتداول العملات الافتراضية من خلال تسجيل هذه العمليات جميعها ضمن حساب عام يطلق عليه البلوك تشاين (Blockchain) كما أشرنا إلى ذلك سابقاً. حيث تكون كافة المعلومات محفوظة بشكل دائم، غير قابلة للعرض لأي شخص كان، كما لا يمكن تعديلها أو حذفها. وهذا ما يجعل من سجل العمليات هذه دليل إفصاح بين المتعاملين بها عن قيمة ومقدار العملية المالية بينهم. وإن كان ذلك لا يمكن أن يكسبها حسب اعتقادنا أي حجة قانونية، كما لا يمكن أن يرقى ذلك بأي حال من الأحوال ليكون دليل إثبات ما دامت

تنظيمها أسوة بالعملات أو وسائل الدفع الأخرى. لا شك هو مستوى الشفافية والأمان في كافة العمليات المرتبطة بها. فالشخص الذي لديه محفظة بيتكوين مثلاً، تُتيح لأي شخص آخر في العالم إمكانية الاطلاع على المعلومات الخاصة بمحتوى المحفظة، وعدد وحدات البيتكوين المملوكة باسم هذه المحفظة، وعدد المعاملات التي تمت من خلالها، في تتبع حركة تنقل وتداول هذه العملة بين المحافظ بمتهى الشفافية.

من وجه آخر تُعد العملات الافتراضية من العملات التي يصعب تزويرها أو إعادة استنساخها كما ذكرنا، فضلاً عن برامج الأمان المرتبطة بها والتي يمكن للمستخدمين تشغيلها لحماية أموالهم. وهو ما يجعل من المنصات الرقمية أو مواقع تداول هذه العملات قادرة على ضمان حماية برمجية كافية فائقة الدقة من الفيروسات أو الهجمات أو مختلف أشكال التلاعب والاحتيال. غير أن ذلك يبدو بعيد المنال، بدليل أن بعض التقديرات تُشير إلى أن ما يصل إلى ٣٠ من عملات البيتكوين الموجودة مثلاً، هي عملات غير نشطة ليس لها حركية أو تداول، ما يرجّح فرضية تعرّضها لخسارة فادحة أو وفاة مالكيها.

محفظة المشتري إلى محفظة البائع (الباحوث، ٢٠١٧م)، ضمن عملية الند للند (peer to peer) التي سبق وأن أشرنا إليها. وتتمه لما تقدم فإنه لا وجود لرسوم التحويل أو رسوم تحمل فارق معدلات صرف العملات المختلفة أو غيرها من التكاليف التي نجدها لدى الوسائل التقليدية لتداول الأموال.

الفرع الثاني: التكيف الشرعي والقانوني للعملات الافتراضية
بناءً على ما تقدم ومن خلال بيان مفهوم وخصائص العملات الافتراضية وأساس اعتمادها، وما يمكن أن تقدمه من خدمات مالية ومنافع اقتصادية نتيجة تداولها وانتشارها المتزايد. غير أن ذلك لا يخلو من المساس بكثير من النظم الشرعية والقانونية القائمة، كما يصطدم بعديد الحواجز المرتبطة بآليات الاعتراف بالعملات وسنّها، ومن ذلك قيمتها النقدية، وسلطة إصدارها، والاستقرار النسبي لقيمتها وغيرها.
إن مما لا شك فيه أن التعامل بالعملات الافتراضية وحرية تداولها مرهون بمدى مشروعيتها في حد ذاتها، فضلاً عن شرعية التعامل بها شرعاً وقانوناً. وهو ما نرغب في تأصيله على النحو التالي.

١- التأصيل الشرعي للعملات الافتراضية

لا شك أن التعامل بالعملات الافتراضية يُعد من النوازل الفقهية المعاصرة، وإن كانت تُعبر بشكل أو بآخر عن مضمون نقدي له قيمة مالية. وهو ما يُثير لُبساً أو إشكالاً بشأن مدى اعتبارها نقوداً من عدمه.

تُعرف النقود بأنها "كل ما يتعامل به الناس من دنانير ذهبية أو دراهم فضية أو فلوس نحاسية أو عملات ورقية" (الزحيلي، ٢٠٠٢م). أو بتعبير آخر أوسع "هي أي شيء يلقي قبولاً عاماً كوسيط للتبادل ومقياساً للقيم وحفظ الثروة، تكون له القدرة على إبراء الذمة" (الرهوان، ١٩٨٨م). وهو ما يفسّر برأينا أن النقود لا تكتسب هذه الصفة إلا من خلال وجود نظام قانوني يرخص باستعمالها والتعامل بها، ويلزم

٣- السرعة والعالمية

تقوم العملات الافتراضية على دعامتين أساسيتين وهما سرعة المعاملات وعالميتها، ما جعلها محل طلب وإقبال. فهي ليست مرتبطة بعملة وطنية أو حدود جغرافية معينة، كما أنها سريعة التعامل والتداول نظراً لارتباطها بنظم تقنية تكنولوجية جد متطورة.

٤- الرسوم المنخفضة

لا تتطلب عملية تحويل أو تداول العملات الافتراضية أي رسوم أو مصاريف، ذلك أن علاقة البيع بين البائع والمشتري لا تحتاج إلى وسيط. والسبب في ذلك أن المقصود من وراء عملية البيع أو التداول ليس هو انتقال العملة، وإنما رمز العملة من

ورغم أن الأوراق النقدية قد تم فك ارتباطها بالمال الحقيقي وهو الذهب والفضة باعتبارهما نقدين قد قَبِلَ الناسُ التعاملَ بهما، نظراً لقبول الناسِ بهما كوسيط نقديٍّ، فضلاً عن قيمتهما في ذاتهما. لذا فقد أفردت لهما الشريعة أحكاماً خاصةً، ذكرها الفقهاء في أبوابِ الصَّرفِ والرِّبَا. إذ ظلت النقود إلى وقت قريب سندات ملكية تحكمها قيمة الذهب والفضة، قبل أن ينفك ارتباطها بهما سنة ١٩٧١م من قبل الولايات المتحدة الأمريكية. رغم ذلك ظلت الأوراق النقدية محل قبول بين جميع الناس يتعاملون بها في كل معاملاتهم المالية المختلفة. وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بجواز التعامل بالورق النقدي المتداول اليوم^(٩).

"ولو أبيحت التجارة في الأثمان مثل أن يبيع دراهم بدرهم إلى أجل لصارت الدراهم سلعة من السلع وخرجت عن أن تكون أثماناً... وهذا معنى معقول في الأثمان مختص بها". انظر: تفسير آيات أشكلت، الجزء ٢، الطبعة الأولى، دار الرشد، الرياض، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م، ص ص ٦١٤-٦١٦. وكذلك: مجموع الفتاوى، الجزء ١٩، الطبعة التاسعة، دار ابن حزم، بيروت، ٢٠١٧م، ص ٢٥١.

ويقول ابن القيم الجوزية بشأن مفسد ارتفاع قيمة الثمن وانخفاضه: "إذ يصير سلعة يرتفع وينخفض، فتفسد معاملات الناس ويقع الخلاف ويشد الضرر. كما رأيت من فساد معاملاتهم والضرر اللاحق بهم حين اتخذت الفلوس سلعة تعد للربح، فعم الضرر وحصل الظلم. ولو جعلت ثمناً واحداً لا يزداد ولا ينقص، بل تُقَوَّم به الأشياء ولا تُقَوَّم هي بغيرها لصلح أمر الناس... فالأثمان لا تُقصد لأعيانها، بل يُقصد التوصل بها إلى السلع. فإذا صارت في أنفسها سلعة تُقصد لأعيانها فسد أمر الناس". يراجع كتابه: إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء ٢، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، الرياض، ١٤٢٣هـ، ص ١٣٢.

(٩) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٢١ (٣/٩) بشأن أحكام النقود الورقية وتغيّر قيمة العملة، في دورة مؤتمره الثالث بعان عاصمة الأردن من ٨-١٣ صفر ١٤٠٨هـ الموافق ١١-١٦ أكتوبر ١٩٨٦م. حيث جاء فيه: "بخصوص أحكام العملات الورقية؛ أنها نقود اعتبارية فيها صفة الثمنية كاملة ولها الأحكام الشرعية المقررة للذهب والفضة من حيث أحكام الربا والزكاة والسلم وسائر أحكامهما".

بقبولها من خلال جعل قوة إبراء لها^(١٠). حيث نرى أن النقود إنما تهدف وتؤدي ثلاث وظائف رئيسية وهي: أنها وسيلة للتعامل والتبادل والوفاء، كما تشكل مقياساً لقيمة السلع والخدمات، وأخيراً فهي مخزن للقيمة أو أداة حفظ للثروة. ولما كانت الأوراق النقدية الحالية تؤدي تلك الوظائف نظراً لتوافر شروط اعتمادها ونجاحها وهي: القبول العام لدى الناس، وضبط إصدارها واستقرار قيمتها. فقد تم الاعتراف بها كنقود يصح التعامل بها. يقول ابن تيمية: "وأما الدرهم والدينار فما يُعرف له حد طبيعي ولا شرعي، بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح. وذلك لأنه في الأصل لا يتعلق المقصود به، بل الغرض أن يكون معياراً لما يتعاملون به. والدراهم والدينانير لا تُقصد لنفسها، بل هي وسيلة إلى التعامل بها ولهذا كانت أثماناً. بخلاف سائر الأموال فإن المقصود الانتفاع بها نفسها، فلهذا كانت مقدرة بالأموال الطبيعية أو الشرعية والوسيلة المحضة التي لا يتعلق بها غرض، لا بمادتها ولا بصورتها يحصل بها المقصود كيفما كانت"^(١١).

(٧) تنص المادة (٣/٤) من المرسوم بالقانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠١٨م في شأن المصرف المركزي وتنظيم المنشآت والأنشطة المالية على أنه: "يتولى المصرف المركزي في الدولة ممارسة امتياز إصدار النقد". وتؤكد هذا المعنى المادة (٥٥) من ذات القانون: "إصدار النقد امتياز ينحصر بالدولة ويأمره المصرف المركزي وحده دون سواه، ويحظر على أي شخص أن يصدر أو يضع في التداول عملة ورقية أو معدنية أو أي سند أو صك يستحق الدفع لحامله عند الطلب ويكون له مظهر النقد أو يلتبس به ويمكن تداوله كعملة نقدية في الدولة أو في أي دولة أخرى".

(٨) وقد أشار ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى أن أهم مقومات العملة هو الاستقرار. يقول ابن تيمية رحمه الله في موضع آخر: "ولكن الدراهم والدينانير أثمان المبيعات، والثلث هو المعيار الذي به يُعرف تقويم الأموال. فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً، لا ترتفع قيمته ولا تنخفض. إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسِّلَع لم يكن لنا ثمن نعتبر به المبيعات، بل الجميع سِلَع. والحاجة إلى أن يكون للناس ثمن يعتبرون به المبيعات حاجة عامة إلى أن قال:

وقد اتفق جمهور الفقهاء على جواز إصدار النقود من الحاكم الشرعي ليتعامل بها الناس، مثلاً في البنوك المركزية للدول أو الهيئات والمؤسسات المالية بها. كما اتفقوا على منع إصدار النقود من غير الحاكم الشرعي أو من يُنبه متى ترتب عن ذلك ضرراً محققاً. في حين اختلف الفقهاء بشأن إصدار النقود من غير الحاكم الشرعي أو من يُنبه متى لم يترتب عن ذلك ضرراً محققاً بأن كان محتملاً، على قولين:

- الأول: يجوز ضرب وإصدار النقود من غير الحاكم، وهو رأي أبي حنيفة والثوري^(١٠). حيث ذهب إلى أن من ضرب على سكة المسلمين، وكان ضربه على الوفاء من غير إيقاع ضرر بالإسلام وأهله، فلا مانع من ذلك إذا كانت النقود الذهبية والفضية على الصفات والأوزان التي تضرب عليها الدولة. وفي هذا تأكيد إلى ما أشرنا إليه من ضرورة ارتباط قيمة العملات بمعدني الذهب والفضة.
- الثاني: رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف من الحنفية (الباجي، بدون تاريخ؛ الخطاب، ١٤٣١هـ/٢٠١٠م؛ المرداوي، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م؛ الفراء، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م؛ السامي، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م)، وهو الراجح، حيث يرى بعدم جواز إصدار النقود من غير الحاكم، سواء كان ما أصدره مخالفاً لما ضربه الحاكم أو موافقاً له. لأن فيها تعدياً على حقه في الإمامة والخلافة^(١١). وهو ما يخول هذا الأخير حق تعزير كل من افتات على حقوقه.

بعد هذا البيان الموجز بشأن مشروعية وطبيعة وحدود التعامل بالأوراق النقدية، يجدر بنا المقام قبل البحث في مدى إمكانية إيجاد تخريج علمي مناسب وتأسيس شرعي صحيح لهذه العملات الافتراضية، أن نؤكد على مسألة في غاية الأهمية مفادها أن استقرار الناس على التعامل بشيء ما واعتباره ثمناً يتداولونه ويتعاملون به، يقتضي حسب اعتقادنا توافر أربعة شروط جوهرية وأساسية لا سبيل لإغفالها:

- أن يعتاد الناس ويستقر في أذهانهم التعامل بهذه الأوراق أو الأشياء التي يتداولونها، واعتبارها نقداً أو وسيلة لتخزين قيمة معينة.
- أن تكون هذه الأوراق أو الشيء المتداول كوسيلة تبادل أو مخزن للقيمة حلالاً مشروعاً، ومعنى ذلك أنه لا يجوز اتخاذ شيء محرم وغير مشروع كوسيلة للتبادل.
- أن يأذن أو يرخص الحاكم أو الدولة بتداول هذه الأوراق أو الأشياء التي اعتبرها دون غيرها كوسيلة للتبادل وتخزين قيمتها، وهو ما يشكل أساسها القانوني.
- أن يكون لهذه الأوراق المعتبرة كنقود أو الأشياء المتخذة كوسيلة للتبادل استقرار وثبات، بعيداً عن تقلبات قيمتها المستمر.
- إن العملات الافتراضية وفي مقدمتها عملة البيتكوين، ومن خلال ما سبق بيانه من خصائص مميزة لها وأسس اعتمادها فإننا نخلص بشأنها إلى ما يلي.

(أ) انعدام سلطة لإصدار وضبط العملات الافتراضية

سبق وأن أوضحنا أن العملات الافتراضية عبارة عن برامج تقنية إلكترونية تعتمد على خوارزميات رياضية معقدة، يتم إنتاجها وتعدينها من قبل مجموعة من الأشخاص، من خلال استهلاك حجم كبير جداً من الطاقة الكهربائية بفعل تشغيل عدد معتبر من أجهزة الحاسب الآلي أثناء عمليات التعدين، ما يجعلها متاحة بعد ذلك بين الناس لمن يرغب في شرائها عبر شبكة الإنترنت. بعيداً عن كل رقابة أو متابعة من الهيئات والمؤسسات المالية أو البنوك المركزية وحكومات الدول.

(١٠) حيث جاء ما نصه: "وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه: لا بأس بقطعها إذا لم يضر ذلك بالإسلام وأهله". انظر: أبو العباس أحمد بن يحيى بن جابر البلاذري، فتوح البلدان، مؤسسة المعارف، بيروت، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م، ص ٦٥٨.

(١١) قال الإمام النووي رحمه الله: "قال أصحابنا: ويكره أيضاً لغير الإمام ضرب الدراهم والدنانير إذا كانت خالصة، لأنه من شأن الإمام، ولأنه لا يؤمن فيه الغش والإفساد". المجموع شرح المهذب، الجزء ٦، مكتبة الإرشاد، جدة، بدون تاريخ، ص ١١.

اختلاطه بما أذن في المعاملة به" (ابن القيم، ١٤٢٨هـ؛ ابن تيمية، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م).

بناء على ما تقدم يتبين لنا أن العملات الافتراضية لا ترقى لوصف العملة الحقيقية المتداولة، وهو ما يترتب عنه عدم إعطائها على الأقل في الوقت الراهن أحكام الأثمان. وعليه فتلك العملات بشكلها وآلية التعامل بها والمتاجرة فيها والاستثمار فيها بالمضاربة وإجراءات تداولها الحالية يترجح والله أعلم عدم مشروعيتها. وهو ما أفتت به دار الإفتاء المصرية^(١٢)، وكذا الهيئة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف بدولة الإمارات العربية المتحدة^(١٣).

٢- التكييف القانوني للعملات الافتراضية

إن ما سبق تفصيله بشأن العملات الافتراضية يجعل منها ظاهرة اقتصادية لها وجود فعلي وعملي لدى كثير من الأفراد

(١٢) الفتوى رقم (٤٢٠٥) الصادرة بتاريخ ٢٨/١٢/٢٠١٧م، حيث جاء في الفتوى "بعد البحث والدراسة المستفيضة، وبعد الرجوع لخبراء الاقتصاد والأطراف ذات الصلة بمسألة العملات الإلكترونية خاصة البيتكوين "Bitcoin"، ترى أمانة الفتوى بدار الإفتاء المصرية أن تداول هذه العملات والتعامل من خلالها بالبيع والشراء والإجارة وغيرها حرام شرعاً؛ لأنّها السلبية على الاقتصاد، وإخلالها باتزان السوق ومفهوم العمل، وفقدان التعامل فيها للحماية القانونية والرقابة المالية المطلوبة، ولما فيها من الانقياس على ولاة الأمور، وسلب بعض اختصاصاتهم في هذا المجال، ولما تشتمل عليه من الضرر الناشئ عن الغرر والجهالة والغش في مَصْرِفها ومُعْيَارها وقيمتها، وذلك يدخل في عموم قول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا». فضلاً عما تؤدي إليه ممارستها من مخاطرة عالية على الأفراد والدول، والقاعدة الشرعية تقرر أنه "لا ضرر ولا ضرار".

(١٣) الفتوى رقم (٨٩٠٤٣) الصادرة بتاريخ ٣٠/١/٢٠١٨م، بشأن حكم استخدام عملة البيتكوين في البيع والشراء، الهيئة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف، الإمارات العربية المتحدة. <https://www.awqaf.gov.ae> تاريخ الاطلاع ٨/١٢/٢٠١٨م.

(ب) افتقاد العملات الافتراضية إلى القبول لدى عموم الناس

غني عن البيان أن الذي جعل الناس يقبلون التعامل بهذه الأوراق النقدية المكتوب عليها مبلغ محدد، هو القبول العام لها. بمعنى أنه يمكن التعامل بها بالشراء بين الأشخاص، فيشترون بها ما يريدون من السلع والخدمات، باعتبارها وسيطاً للتبادل. إذ لو كان الناس لا يتبادلون إلا بالأشياء العينية كما لو كانت ملابس معينة متداولة بشكل واسع بين الناس، بحيث أصبحوا يحتفظون بها لوقت الحاجة، ويدفعونها مقابل ما يرغبونه من سلع وخدمات، لصار حكمها حكم النقود.

ولا شك أن هذا الحكم ينطبق تماماً على العملات الافتراضية، إذ نظراً لمحدودية التعامل بها رغم انتشارها الواسع وقيمتها، إلا أنها ليست رائجة رواج النقود. فضلاً عن اشتغالها على الجهالة والتغريب من جهة، وعدم اعتمادها لدى غالب المؤسسات المالية والبنوك المركزية لجُلّ الدول من جهة أخرى، ما يجعلها عملات فاقدة للثقة والشرعية.

(ج) انعدام الاستقرار السعري للعملات الافتراضية

تعرف العملات الافتراضية تقلبات كبيرة وتعثرات مستمرة في قيمتها، وكذا عدم سيطرتها على المحافظة على قدرتها الشرائية، فضلاً عن تأثرها السريع بأي حدث تقني أو فني أو اختراق، أو مواقف رسمية، أو حتى مجرد تصريحات أو تقارير أو غيرها. وهو ما يقتضي استبعادها كعملة مستقرة يجوز التعامل بها. وقد أشار ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى أن أهم مقومات العملة هو الاستقرار. قال ابن القيم: "ويُمنع من جعل النقود متجراً، فإنه بذلك يُدخل على الناس من الفساد ما لا يعلمه إلا الله، بل الواجب أن تكون النقود رؤوس أموال يُتَّجر بها ولا يُتَّجر فيها، وإذا حَرَمَ السلطان سكة أو نقداً منع من

والمؤسسات وحتى الدول^(١٤)، رغم افتقارها لأي أساس شرعي أو مظلة قانونية تُقننها أو تنظم ضوابط وشروط إصدارها وتداولها لدى غالب الدول. الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن الأساس الذي يستند إليه من يرى مشروعيتها، ولو في حدود ضيقة بين الأفراد على الأقل. لاسيما وأن تداولها، كما قد يُتصور، مرتبط بالحریات العامة ومنها الحریات الاقتصادية التي تُتيح مباشرة الأعمال المالية والاقتصادية بشكل لا يمنعه القانون (ديب، ٢٠١٨م). ولعل من يحاول تبرير هذا المسلك المميز لتداول العملات الافتراضية ومحاوله إضفاء الطابع الشرعي عليها، قد يستند إلى أن قبولها للتداول لدى مجموعة من الأفراد هو مراعاة حريتهم الرضائية التعاقدية وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة. غير أن هذا الترخيص أو التأسيس حسب اعتقادنا يبدو غير مقنع، كونه قد يصطدم بعدد المبادئ

القانونية المستقرة. ذلك أنه وإن كان مبدأ سلطان الإرادة هو أساس التصرفات القانونية الرضائية، إلا أن ذلك يبقى ضمن حدود فكري النظام العام والآداب العامة في إطار القانون. مما يترتب عنه أن هذا الرضا التعاقدية في حد ذاته ليس له أي وزن في حالة نشوء نزاع قانوني نتيجة إخلال أحد طرفي العقد أو المعاملة المالية بالتزاماته التعاقدية، في ظل عدم وجود تنظيم قانوني لهذه العملات الافتراضية أصلاً وما يترتب عن تداولها من آثار، يمكن أن يركز عليها القضاء أثناء نظره في النزاع.

غير أن أصول البحث العلمي والرغبة في معالجة الموضوع من زاوية قانونية شاملة ورؤية اقتصادية عملية، تدفعنا لبيان أبرز الآراء ووجهات النظر التي أبدت بشأن التكييف القانوني الذي يمكن إضفائه على تلك العملات الافتراضية، في محاولة منهم لإيجاد صيغة أو وعاء قانوني يحتويها، رغم عدم اتفاقنا من الأساس مع تلك التوجهات والجهود في ظل افتقار العملات الافتراضية لأي أساس شرعي أو تنظيم قانوني لها. ولعل أبرز تلك الآراء كانت على النحو التالي.

أولاً: العملات الافتراضية سلعة تباع وتشترى

يرى البعض أنه ما دامت العملات الافتراضية ليست صادرة عن أي بنك مركزي أو مؤسسة مالية، فهي أقرب ما تكون عبارة عن سلعة محل بيع وشراء (ديب، ٢٠١٨م). غير أننا نقول إن القصد من إنشاء تلك العملات الافتراضية والتعامل بها بين الأفراد، كان على أساس اعتبارها ثمناً وليس مجرد كونها سلعة. ذلك أنه في الحقيقة ليس لها قيمة في مجرد ذاتها، فضلاً على أن تعريف السلع هي كل ما عدى الأثمان. وما نعتقه أن ما يجري من تداولها وقبولها كأثمان للمبيعات، فذلك ليس لقصد ذاتها، وإنما لما تعبر عنه من قيمة نقدية مقابل العملات الحقيقية المعروفة المتداولة قانوناً كالدولار أو اليورو أو غيرها لدى هؤلاء. ولا شك أن هذا هو ضابط التمييز بين النقد وسائر الأموال. فضلاً على أن المقام يقتضي التنبيه إلى ضرورة التفرقة بين المعاملة أو

(١٤) تعد ألمانيا من أول الدول التي اعترفت رسمياً بعملة (البيتكوين) كنوع من النقود، تفادياً لتهرب الشركات من دفع الضرائب. من جهتها منعت روسيا بداية تداول البيتكوين، قبل أن تعترف بها كعملة متداولة وتسمح. ثم تبعتها عدة دول مثل: اليابان، وفنلندا، وفنزويلا. في حين كان موقف باقي غالب الدول متأرجح بين محذر ومتخوف ومتحفظ، دون أن يكون هناك موقف أو إجراء تشريعي يمنع أو يحرم تداولها. ما عدى ما كان من موقف الجزائر والتي منعت، بل وجّرت شراء العملة الافتراضية وبيعها واستعمالها وحيازتها. بموجب المادة (١١٧) من القانون رقم (١١/١٧) المؤرخ في ٢٧/١٢/٢٠١٧م، المتضمن قانون المالية لسنة ٢٠١٨م، ج. ر. رقم ٧٦. تنص المادة (١١٧): "يُمنع شراء العملة الافتراضية وبيعها واستعمالها وحيازتها. العملة الافتراضية هي تلك التي يستعملها مستخدمو الإنترنت عبر شبكة الإنترنت، وهي تتميز بغياب الدعامة المادية كالقطع والأوراق النقدية وعمليات الدفع بالصك أو بالبطاقة البنكية. يُعاقب على كل مخالفة لهذا الحكم طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها". لتفصيل أوسع، راجع: ياسر بن عبدالرحمن آل عبدالسلام، العملات الافتراضية، بحث مقدم للحلقة البحثية "النقد الافتراضي"، مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، المملكة العربية السعودية، بتاريخ: ٢٣/١/١٤٤٠هـ، ص ٧.

للجمهورية الجزائرية هي الدينار الجزائري الذي يدعى باختصار (دج). ويُقسم الدينار الجزائري إلى مائة جزء متساوٍ تسمى سنتيات تدعى باختصار (س.ج.)^(٦٦). من جهته أكد القانون الاتحادي رقم (٢) لسنة ١٩٧٣م بشأن إنشاء مجلس النقد في دولة الإمارات العربية المتحدة في مادته (١٣) على أنه: "تكون وحدة النقد لدولة الإمارات العربية المتحدة هي الدرهم ويُقسم إلى مائة وحدة متساوية تسمى كل منها فلساً"^(٦٧). في حين نص نظام النقد العربي السعودي الصادر عام ١٣٧٩هـ في مادته الأولى على أن: "وحدة النقد السعودي هي الريال السعودي، ويُقسم الريال إلى عشرين قرشاً سعودياً، ويُقسم القرش السعودي إلى خمس هلل سعودية"^(٦٨).

(١٦) الأمر رقم (١١-٠٣) المؤرخ في ١٤٢٤/٦/٢٧هـ (٢٦/٨/٢٠٠٣م)، والمتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم. ج.ر. رقم (٥٢). وتُضيف المادة (٢) من ذات القانون: "يعود للدولة امتياز إصدار العملة النقدية عبر التراب الوطني"، في إشارة واضحة لاختصاص الدولة بعمل من أعمال السيادة ممثلاً في حق إصدار العملة النقدية. حيث أوكل التشريع صلاحية الإصدار للبنك المركزي الجزائري دون سواه. وتأكيداً لاختصاص الدولة هذا أوردت المادة (٤) من هذا القانون: "أن الأوراق النقدية والقطع النقدية التي يُصدرها بنك الجزائر يكون لها دون سواها، سعر قانوني ولها قوة إبرائية غير محدودة".

(١٧) وقد أكدت ذات المعنى المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠م بشأن المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية بقولها: "النقد: يشمل أوراق النقد والمسكوكات النقدية. وهي التي يصدرها المصرف وفقاً لأحكام هذا القانون أو التي سبق إصدارها بموجب القانون الاتحادي رقم (٢) لسنة ١٩٧٣م بإنشاء مجلس النقد في دولة الإمارات العربية المتحدة".

(١٨) نظام النقد العربي السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (٦) بتاريخ ١٣٧٩/٧/١هـ. وقد أكد التشريع السعودي هو الآخر بموجب المادة (٣) من هذا النظام على امتياز الدولة ممثلة في مؤسسة النقد العربي السعودي حصرياً في سك وطبع وإصدار النقد السعودي، ولا يجوز لأي كان أن يمارس هذا الحق. وهو ما يفسر دون شك الحرص على أن تكون جميع أعمال وإجراءات إصدار العملات النقدية من اختصاص الدولة دون غيرها، لاعتباره عملاً من أعمال السيادة.

الصفقة التجارية وبين وسيلة التبادل، ذلك أن المعاملة تخضع لأحكام القانون سواء التجاري أو غيره من التشريعات ذات العلاقة. في حين أن وسيلة التبادل المثلثة في العملات الافتراضية وتقدير قيمتها ونظراً لعدم وجود تنظيم قانوني لها، فإن التعامل بها قد يشكل بوابة للتهرب من الخضوع للأحكام القانونية التي تخضع لها المعاملات التجارية، مما قد يفتح المجال لفوضى تجارية لا حد لها. وبناء على ما تقدم في تقديرنا أن العملات الافتراضية لا يمكن تكييفها بأنها سلع قابلة للبيع والشراء.

ثانياً: العملات الافتراضية عملة كسائر العملات النقدية

جانب من الفقه ممن تعرّض بالدراسة للعملات الافتراضية يعتبرها كغيرها من العملات المتداولة، يجوز شراء السلع بها وتداولها (الغامدي، ١٤٤٠هـ). وحسب اعتقادنا لا يخفى على أحد القول بأن العملات الافتراضية تعتبر نقوداً كسائر العملات النقدية الأخرى، يُجانبه الصواب لعديد الاعتبارات أهمها:

- النقود تشكل مظهراً من مظاهر السيادة لدى الدولة. ذلك أن حق إصدار النقود محصور بالدولة، بل هو أبرز وأهم واجباتها الاقتصادية ووظائفها السلطانية المالية^(٦٩). قال الإمام أحمد بن حنبل: "لا يصلح ضرب الدراهم إلا في دار الضرب بإذن السلطان، لأن الناس إن رُخص لهم ركبوا العظام" (الفراء، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م).

وقد حرصت جُل التشريعات الحديثة على التأكيد على أهمية العملة النقدية واعتبارها مظهراً من مظاهر سيادتها. فقد فصل التشريع الجزائري على سبيل المثال بموجب قانون النقد والقرض تفصيلاً واضحاً بشأن العملة النقدية وحق إصدارها وتداولها، حيث نصت مادته الأولى على أن: "الوحدة النقدية

(١٥) قال الإمام النووي: "ويكره لغير الإمام ضرب الدراهم والدنانير إن كانت خالصة، لأنه من شأن الإمام، ولأنه لا يؤمن فيه الغش والإفساد". انظر كتابه: المجموع شرح المذهب، المرجع السابق، ص ١١.

• إصدار العملات الافتراضية هو من أفراد مجهولين بأسماء مستعارة وغير حقيقية، دون أي ضوابط أو قواعد تنظيمية لإصدارها، لأن الهدف من إصدارها هو تحقيق الربح سواء من عملية الإصدار في حد ذاتها، أو من عمولات التحويل. مما قد يشجع على النصب والاحتيال المالي، فضلاً عن استعمالها لأعمال غير مشروعة كتهريب الأموال والمتاجرة بالمخدرات وتمويل الأعمال الإرهابية، دون إمكانية تعقب المتورطين.

ثالثاً: العملات الافتراضية وسيلة للتبادل والتداول وليست وسيلة إبراء للذمة

معلوم لدى خبراء الاقتصاد أن هناك فرقاً بين ما يُسمى أدوات التبادل وأدوات الدفع النهائي (طارق، ٢٠١١م). ذلك أن هذه وسائل التبادل (أدوات الدفع الأولي) مثل الشيك وبطاقة الائتمان وغيرهما مثلاً، وإن كانت تؤدي إلى تمام العملية المالية، إلا أنها تتطلب عملية إضافية من قبل مصدريها تتمثل في الدفع النهائي، الذي لا يتم بعده أي مطالبة قانونية. ولا شك أن العملات الافتراضية بمفهومها ووصفها الحالي لا تعتبر أداة تبادل ولا أداة دفع نهائي، لأنه لا سبيل لتحصيل الأموال (النقود الحقيقية) في آخر المطاف، بمعنى لا يتم تدمير (إلغاء) هذه النقود لصالح الجهة المستفيدة، حتى لا تُنسخ من أداة إلى أداة (خالد وداد، ٢٠١٥م؛ طارق، ٢٠١١م).

وهكذا يتضح أن العملات الافتراضية ليس لها أي ارتباط بسيادة الدولة، مما ينزع عنها تمثيل الدولة وبالتالي صفة الثمنية أو النقود.

• النقود الافتراضية لا تعبر عن قيمة عملة سيادية، لأنها لا تصدر أن أي بنك، كما لا تخضع لأي تنظيم أو رقابة من أي بنك أو مؤسسة مالية. وقد أكدت محكمة استئناف باريس في القضية الشهيرة لشركة التجارة الإلكترونية (Macaraja) على أن تعاملها مع بعض العملاء بالبيتكوين إنما هو عمل وسيط لتسديد الأموال، لا يدخل ضمن التعامل بالعملات المتداولة والمعتمدة قانوناً، وإن كان تعاملها إلكترونياً^(١٩).

(19) CA Paris, pôle 5, ch. 6, 26 sept. 2013, n° 12/00161, SAS Macaraja c/SA Crédit industriel et commercial. JCP éd. E 2014, n° 8, obs. Th. Bonneau.

ونود التنبيه إلى أن محكمة استئناف باريس رغم إلزامها لشركة (Macaraja) بدفع مبلغ ١٠٠٠٠ يورو لبنك الائتمان الصناعي والتجاري، وفقاً لأحكام المادة (٧٠٠) من قانون الإجراءات المدنية التي تقضي بالحكم بمبلغ لتعويض التكاليف غير التكاليف المدرجة، فضلاً عن أنها غير قابلة للاسترداد. إلا أن المحكمة لم تبين الطبيعة القانونية للبيتكوين. في وقت كانت شركة (Macaraja) تنتظر وتلتزم من المحكمة أن تبين طبيعة البيتكوين، وضرورة اعتبارها سلعة غير ملموسة لا تخضع لتشريع الأموال الإلكترونية. ولا شك أن ذلك عدم اعتراف غير مباشر من القضاء الفرنسي بالعملات الافتراضية كعملة قانونية قابلة للتداول، وإن كان قد رتب آثاراً قانونية عنها بإلزامه الشركة بدفع المبلغ المذكور. ولعل في تقديرنا أن هذا التوجه من القضاء الفرنسي قد عزّزه القضاء الأوروبي من خلال قراره الصادر بتاريخ ٢٢/١٠/٢٠١٥م، الصادر عن محكمة العدل الأوروبية. والذي قضى بفرض الضرائب على المعاملات التي تتم بالعملات الافتراضية (البيتكوين). وما تجدر الإشارة إليه أن فرض الضريبة على التعاملات التي تتم بتلك العملات الافتراضية، لا يمكن أبداً حسب اعتقادنا اعتباره مطية نحو مشروعية تلك العملات، أو حتى غطاءً على إضفاء الشرعية القانونية على المعاملات التي تتم بها. وإننا ذلك وكما يؤكد الكثير كان بدافع الحد من تداول تلك العملات، والتضييق على المتعاملين

بها. فضلاً عن البحث عن مصادر للدخل الوطني من خلال فرض الضريبة أسوة بغيرها من المعاملات المالية.

Arrêt du 22 octobre 2015, Cour de Justice de l'Union Européenne, 5^e Ch, Arrêt dans l'affaire C-264/14, (L'échange de devises traditionnelles contre des unités de la devise virtuelle «bitcoin» est exonéré de la TVA), Skatteverket / David Hedqvist, Communiqué de Presse n° 128/15, Luxembourg. <https://curia.europa.eu>. 01/11/2019.

لمزيد من التفصيل يراجع:

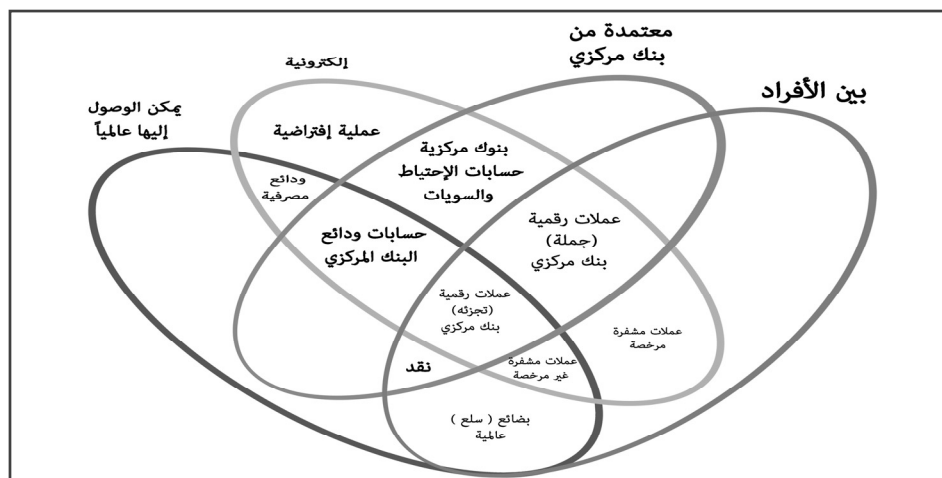
Myriam Roussille, Le Bitcoin: objet juridique non identifié, Revue Banque & Droit, n° 159, janvier-février 2015, France, p 31.

رابعاً: العملات الافتراضية وسيلة دفع في شكل نقود خاصة يبدو أن التكييف الأقوى والذي رجّحه الكثير (يحيى، ١٤٤٠هـ)، هو اعتبار العملات الافتراضية وسيلة دفع ونقود جديدة من نوع خاص. وذلك نظراً لإمكانية قيامها بشكلها الحالي بجزء من وظائف النقود، فضلاً عن تعامل كثير من الأفراد والمتاجر والمواقع الإلكترونية بها. بيد أننا نشير أنه إلى حين وضع الأطر القانونية والتنظيمية لتلك العملات وضبط تداولها، تبقى عملات خارج إطار القانون وتداولها لا يخضع لأي اعتراف أو رقابة للمؤسسات المالية وحكومات الدول.

بناء على ما تقدم وبعد عرضنا لتلك الآراء وتبريراتها، يبدو لنا توجهها الواضح نحو تطويع نصوص القانون لتشمل وتستوعب تلك العملات الافتراضية تحت أي مسمى. متناسين أو متجاهلين أن تلك العملات تعتبر خارج نطاق القانون، وبذلك فهي تفتقد لأي أساس أو سند شرعي أو قانوني كما يوضحه الشكل (١) أدناه. مما يجعل كل تداول أو تعامل بها

تحييات تداول العملات الافتراضية

يُشكل الغموض المرتبط بالمجهولية والسريّة الذي يشوب تداول العملات الافتراضية، فضلاً عن عدم استقرار قيمتها هاجساً ومصدر قلق بالغ لاستخدامها. وهو ما جعلها محل ترقب وعدم قبول لها لدى كثير من الدول. الأمر الذي يمكن تفسيره برأينا أن هناك صعوبات جمة وتحديات كبيرة تواجهها العملات الافتراضية، كما أن وجودها وتداولها بمفهومها وشكلها الحاليين يترتب عنه عديد الآثار المالية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية والقانونية وغيرها. وهو ما يدفعنا إلى توضيح ذلك من خلال المطلبن الموالين.



الشكل (١). شكل تقريبي يبين موقع العملات الافتراضية ضمن المعاملات المالية.

المطلب الأول: عوائق تداول العملات الافتراضية

رغم الانتشار الواسع للعملات الافتراضية في كافة أنحاء العالم، والإقبال المتزايد ممن يرغبون في كسب الثروة وجني الأرباح الطائلة في وقت قصير، وبدون تكاليف أو جهد أو عناء يذكر. إلا أن التحذيرات لا زالت تتوالى بشأن تداول تلك العملات الرقمية، مبرزة المخاطر والصعوبات والآثار السلبية الناجمة عن ذلك. حيث أفاد التقرير السنوي لبنك التسويات الدولي (BIS) في سويسرا، أن العملات الرقمية الافتراضية مثل البيتكوين والإيثريوم ولايتكوين وغيرها، تعتبر خطرة وضارة وعديمة القيمة ووسيلة لانهباء قيمة الأصول^(٢٠).

ومن خلال الدراسة والبحث لمسار تلك العملات الرقمية، يتبين لنا عديد المخاطر والتحديات الناجمة عن تداولها، نكتفي بالإشارة إلى أبرزها على النحو التالي.

الفرع الأول: فقدان العملات الافتراضية لأي أساس ضمن السياسة النقدية المتعارف عليها دولياً

لا يخلو تداول العملات الافتراضية والمضاربة فيها من مخاطر متنوعة، لعل أهمها عدم استنادها لأي أساس قانوني أو مالي معتمد. وذلك لا شك راجع لعدم وجود قوانين تنظمها أو منظومة مالية تستوعبها. فضلاً عن عدم استقرارها وتذبذبها السعري غير المنطقي، الذي لا يستند إلى أي أسس استثمارية أو قواعد متعارف عليها. على غرار تلك التي يتعامل بها الأفراد في الأسهم أو العقارات، وغيرها من الأدوات الاستثمارية الأخرى.

وجدير بالإشارة أنه رغم الطفرات السعرية لعملة البيتكوين مثلاً، والتي أغرت الكثير لأجل اقتناءها بسبب المكاسب الكبيرة التي حققها البعض، وهو ما دفع بالتسابق والتهافت على شرائها. إلا أن الخسائر قد تكون فادحة هي الأخرى. فقد انخفضت قيمة عملة البيتكوين على سبيل المثال بتاريخ ١٣/٩/٢٠١٧م بأكثر من ١٠٪، لمجرد تصريحات وتحذيرات صدرت عن جامي ديمون (Jamie Dimon) الرئيس التنفيذي لبنك ج. ب. مورجان (J. P. Morgan)، الذي وصف عملة البيتكوين بالخدعة. معتبراً أنها شيء غير حقيقي وستنتهي قريباً^(٢١).

من جهته حذر بنك التسويات الدولي (BIS) في تقريره السنوي السالف الإشارة إليه أيضاً من وهم سرعة التعامل بالعملات الرقمية الافتراضية بعيداً عن الأنظمة المالية الرسمية. حيث أفاد أن التدقيق في أي معاملة يأخذ في التباطؤ مع كل عملية، إذ كلما ارتفع عدد العملات المتداولة زاد الوقت المطلوب للتداول وصولاً إلى عدة ساعات. وتوضيحاً لذلك يقارن التقرير ذلك مع شركتي بطاقات الائتمان فيزا وماستركارد اللتين تنتهيان من ٥٦٠٠ عملية في الثانية، وبكلفة لا تكاد تذكر. في حين أن معاملات البيتكوين وأمثالها ترتفع كلفة المعاملة الواحدة فيها لتصل إلى ٤٨ دولاراً^(٢٢).

الفرع الثاني: انعدام الثقة في تداول العملات الافتراضية

تُعد الثقة أوكد دعائم المعاملات المالية كافة على اختلافها، لذلك ليس غريباً أن تكون هي نفسها أهم قيمة للعملات. الأمر الذي يجعل من المساس بها أو انهيارها سبيلاً لوجود عملات بلا قيمة تُذكر.

ولما كانت العملات الافتراضية يُفترض فيها كغيرها من العملات أن تقوم على الثقة، إلا أنها ونتيجة هشاشة عملية

(20) Bank for International Settlements, Annual Economic Report, June 2018, Suisse, p 114,115.

وقد خصص التقرير السنوي للبنك المعروف بأنه البنك المركزي العالمي للبنوك المركزية الوطنية، فصلاً كاملاً عن العملات الافتراضية وما تشكله من خطورة على النظام المالي العالمي وعلى ثروات الأفراد. من الصفحة ١٠٩ إلى ١٣٦ آخر التقرير.

(21) <https://www.cnb.com>, 20/01/2019.

(22) Bank for International Settlements, Annual Economic Report, op.cit, p 126.

هذا إضافة إلى إجراءات الفحص والتدقيق التي أثارت رعب المتعاملين، لاسيما بعد أن أجبرت سلطات الرقابة الأمريكية شركتين على إعادة أموال المستثمرين لإخفاقهما في تسجيل طرحهما الأولي للعملة المشفرة كسندات آمنة وأوراق مالية مضمونة (إسماعيل، ٢٠١٨م).

الفرع الثالث: صعوبة إثبات وتتبع تداول العملات الافتراضية

لما كانت العملات الافتراضية لا تخضع لأي رقابة من قبل البنوك المركزية في الدول أو المؤسسات المالية الدولية والعالمية، كان طبيعياً جداً أن تكون مصدراً مجهولاً للأموال ومنفذاً للأعمال المالية المشبوهة، الأمر الذي يجعل من العسير جداً تتبع مسار هذه العملات ومراقبة حركتها وتداولاتها. إن صعوبة تعقب العملات الافتراضية تشكل أحد أهم عوامل جذب العناصر المتطرفة والإرهابية، إضافة إلى جماعات الجريمة المنظمة وتبييض الأموال وتجارة المخدرات والأسلحة. ذلك أن نظامها الشبكي اللامركزي يجعل من الصعوبة بمكان تتبع عمليات البيع والشراء التي تتم بواسطتها (محمد، ٢٠١٧م).

المطلب الثاني: آثار تداول العملات الافتراضية

غني عن البيان أن انتشار العملات الافتراضية والإقبال المتزايد على تداولها، قد كانت له عديد الآثار المختلفة والمتداخلة ذات البعد الاقتصادي بالدرجة الأولى والقانوني والأمني والاجتماعي، فضلاً عن البعد السياسي. ولما كان موضوع البحث محل الدراسة ليس قاصراً أو مخصصاً لآثار تداول العملات الافتراضية، فإنه يكفي هنا من باب الإشارة والاختصار بيان أبرزها. عملاً بالقاعدة الفقهيّة ما لا يُدرك كله لا يُترك جُلّه.

التدقيق التي تضمن إتمام المعاملات المرتبطة بها، وما يُصاحب هذه الحالات من الارتباك. فإنه يمكن لهذه العملات الرقمية أن تنهار أو تتوقف تماماً، وهو ما يعني خسارة القيمة بالكامل^(٢٣).

يبدو واضحاً مما سبق بحسب تقديرنا أن فقدان الثقة في التعامل بالعملات الافتراضية، أو بأقل تقدير الثقة المحدودة في قبولها وتداولها، إنما مرجعه لفقدانها الإطار القانوني الذي يضمن الحماية القانونية لكافة المتعاملين. ذلك أنها لا تمثل وحدة حسابية موحدة من حيث كيفية الإصدار أو التسمية، كما لا تحمل فئات موحدة أو شكل ثابت. فضلاً على أنها لا تتمتع بقوة إبراء مطلقة، حيث يحق للدائن رفضها والمطالبة بالوفاء عن طريق النقود الحقيقية المتداولة (Lanskoy, 1999). وهذا ما نعتقد بل ونكاد نجزم أنه أحد أهم أسباب فقدان العملات الافتراضية للثقة المطلوبة أو المفترضة في تداولها والتعامل بها.

لقد فقدت عملة البيتكوين لوحدها مثلاً أكثر من ٧٥٪ من قيمتها منذ يناير ٢٠١٨م، بعدما كان قد قارب اختراق حاجز ٢٠ ألف دولار شهر ديسمبر ٢٠١٧م^(٢٤). وهو ما يفسر برأينا أن ما يحدث هو استسلام للأمر الواقع، نتيجة هروب المستثمرين وفقدانهم للثقة، وإقبالهم على بيع ما لديهم من عملات افتراضية قبل أن تفقد المزيد من قيمتها. وهو ما يعني في ذات الوقت انصراف العديد من المستثمرين والزبائن المحتملين وعزوفهم عن دخول سوق العملات الافتراضية.

(٢٣) ورد في التقرير السنوي الأخير لبنك التسويات الدولي (BIS): "يمكن للثقة أن تتبخر في أي لحظة نتيجة هشاشة عملية التدقيق التي تضمن إتمام المعاملات، كما أن العملة الرقمية يمكن أن تتوقف تماماً ما يعني خسارة القيمة بالكامل".

Bank for International Settlements, Annual Economic Report, op. cit., p 128.

(24) Le bitcoin perd 75% de sa valeur en moins d'un an!, Le Revenu, <https://www.lerevenu.com>, Mise a jour Le: 15/10/2019.

الفرع الأول: تأثير المنظومة الضريبية والموازنة المالية للدول

يبرز الأثر الواضح للعمليات الافتراضية على السياسة المالية للدول، من خلال تأثيرها على حجم الإيرادات الضريبية المتوقعة، وذلك لصعوبة متابعة ومراقبة التداولات المالية والمبادلات التجارية التي تتم عبر شبكة الإنترنت من جهة. وبين الطرفين المتعاملين مباشرة (النند للنند) دون أي وساطة مالية من بنك أو شركة تأمين أو غيرها (الباحوث، ٢٠١٧م). وهو ما نرى فيه تشجيعاً لمنافذ التهرب الضريبي والجمركي، مما يزيد من حجم السوق المالي الموازي، ويكرّس ظاهرة الاقتصاد الخفي. وهو ما يشكل في الأخير مساساً بالسياسة الاقتصادية بوجه عام.

جدير بالذكر أن عديد الدول وفي سعيها لتدارك الوضع، قد سارعت لاتخاذ إجراءات قصد حصار العملات الافتراضية والتقليل من مخاطر التهرب الضريبي. وقد تزامنت هذه الخطوات مع سعي السلطات الضريبية حول العالم للحصول على وسائل تكفل لها تحقيق العائدات من هذه العملة وتقليل مخاطر عمليات التهرب والإعفاء الضريبي.

وفي سياق مغاير قضت محكمة العدل الأوروبية بضرورة استبعاد وإعفاء العملات الافتراضية بما فيها عملة البيتكوين من ضريبة القيمة المضافة. مؤكدة على أنه يجب تفسير المادة (١/١٣٥) فقرة (د) و (و) من التوجيه (٢٠٠٦/١١٢) بما يفيد أن التعاملات والخدمات المرتبطة بالعملات الافتراضية لا تدخل ضمن هذه الأحكام^(٢٥).

الفرع الثاني: ارتفاع نسبة التضخم وعدم استقرار نظم المدفوعات

تشكل العملات الافتراضية وسائل إضافية للتبادل المالي، تُضاف إلى ما هو موجود من عملات نقدية وإلكترونية

معتمدة ومقبولة لدى كافة الدول. وهو ما قد يترتب عنه حسب اعتقادنا ارتفاع معدلات التضخم العالمي. من جهة أخرى يجدر بنا التنبيه إلى أن تداول العملات الافتراضية يزيد من حجم النقود المتداولة خارج النظام المصرفي، ما يعني أن هذه النقود لن تدخل في الحقيقة ضمن مقاييس البنك المركزي لحجم النقود. ولا شك أن ذلك يُعطي تفسيراً أو قناعة بوجود زيادة في العرض الكلي للنقود داخل النظام الاقتصادي الواحد، في حين أنها غير معدودة عند إعداد السياسات النقدية. بمعنى أن النقود من حيث إصدارها وحجمها لم يتغير، وإنما التعامل فيها عن طريق العملات الافتراضية هو ما سيترتب عنه انصراف الأشخاص وعزوفهم عن التعامل بالعملة النقدية. ما يترتب عنه اختلالات واضحة في رسم السياسات النقدية والمالية على وجه العموم.

في سياق متصل فإن اتساع دائرة تداول العملات الافتراضية، يزيد من أهميتها الاقتصادية ما يجعلها الوسيلة الرئيسية لتسوية المدفوعات، لاسيما ما يتعلق بالتبادلات الدولية. ذلك أن نمو وتطور التجارة الإلكترونية قد يترتب عنه تعذر تحديد الحجم الحقيقي للنقود المتداولة، نتيجة عدم خضوع هذه النقود لإشراف مباشر من قبل السلطة النقدية المركزية (نور الدين، ٢٠١٨م). الأمر الذي سيؤثر سلباً في الأجل الطويل على آلية سير نظم المدفوعات، وهو ما يؤثر بالتبعية على استقرار الأسواق المالية. فضلاً عن إسهامه أيضاً في عدم دقة قياس معدلات سرعة دوران النقود.

الفرع الثالث: استنزاف الطاقة والإضرار بالبيئة

تشكل عملية التعدين التي من خلالها يتم إنتاج أو تصنيع العملات الافتراضية لاسيما عملة البيتكوين، أحد أبرز آثارها السلبية. ذلك أن عملية التعدين تتم باستخدام خوارزمية رياضية تُدعى (Hashing Algorithm) من خلال عديد التطبيقات. وهو ما يستدعي توافر عدة أجهزة كمبيوتر ذات

(25) Arrêt du 22 octobre 2015, Cour de Justice de l'Union Européenne, 5e Ch, Arrêt dans l'affaire C-264/14 Skatteverket / David Hedqvist, Communiqué de Presse n° 128/15, Luxembourg. <https://curia.europa.eu. 01/11/2019>.

النتائج

- أن العملات الافتراضية تشكل نوعاً جديداً غير مألوف من العملات النقدية والإلكترونية التي جرى التعامل بها شرعاً وقانوناً وعرفاً. ورغم ما أحدثته من طفرة نوعية وتسابق محموم وما صاحب ذلك من زخم إعلامي، إلا أن التقديرات تفيد بأن عدد المستخدمين للعملات الافتراضية على مستوى العالم لا يزال محدوداً جداً، بنحو ٦ ملايين مستخدم حول العالم وذلك بحسب إحصائية نهاية ٢٠١٧م^(٢٨). وهي دون شك نسبة لا تكاد تذكر مقارنة بعدد سكان العالم المقدر بنحو ٦,٧ مليار نسمة. وهو ما يجعل نسبتهم لا تتجاوز نحو ٢٪ من إجمالي سكان العالم.
- أن الدافع الحقيقي وراء انتشار العملات الافتراضية وشهرة البيتكوين أساساً هو استخدامها أصلاً لتخزين القيمة وتجميعها قصد تحقيق الربح والمضاربة والاستثمار فيها، وليس اتخاذها وسيطاً للتبادل. الأمر الذي يجعلها أقرب للسلع من العملات.
- لا تستند العملات الافتراضية لأي أساس أو نظام قانوني يؤطرها، كما لا تتمتع بأي قوة إبراء قانونية، غير قبول الأطراف التي تقبل التعامل بها. خلافاً للعملات النقدية التي تعد وحدة إبراء للقيمة، مضمونة قانوناً في كل دول العالم.
- لا تغطي العملات الافتراضية بالثقة التي تغطي بها بقية العملات النقدية أو الإلكترونية وذلك لانطوائها على عدة مخاطر، تتعلق بمستوى مجهوليتها والسرية والغموض اللذين يكتنفان تداولها. فضلاً عن تقلبات أسعارها وهشاشة بنيتها وعدم استقرار قيمتها.

قدرات حوسبية هائلة، تحتاج بدورها للتبريد المستمر باستخدام أجهزة تبريد فائقة الأداء^(٢٩). ما يجعل الأمر في نهاية المطاف أشبه بمشروع استثماري ضخم يتطلب عاملين أساسيين وهما: طاقة كهربائية هائلة، وأجهزة تقنية ذات كفاءة عالية الأداء.

يبدو واضحاً فعلاً أن البحث المكثف عن العملات الافتراضية عبر الإنترنت بغرض التداول، أصبح يشكل فعلاً كارثة بيئية عالمية لما يحتاجه من طاقة. إذ تستنزف عملة البيتكوين وحدها مثلاً طاقة تساوي ما تستهلكه دولة بحالها، وفي هذا هدر كبير للطاقة مما ينتج عنه أضرار كبيرة للبيئة^(٣٠).

الخاتمة

لا يزال موضوع العملات الافتراضية وتداولها محل المزيد من البحث والتمحيص من مختلف جوانبه، باعتباره من المستجدات والنوازل الفقهية المعاصرة. وقد توصلنا من خلال بحثنا إلى جملة من النتائج والتوصيات، نأمل أن تسهم في بلورة التصور السليم والصحيح لموضوع العملات الافتراضية، وأن تكون مادة علمية يُبنى عليها وتُضيف إليها البحوث والدراسات اللاحقة.

(٢٦) تقرير بعنوان "منصات المعاملات البديلة والعملات الرقمية بين حرية التداول وإشكاليات الرقابة"، مركز هورودو لدعم التعبير الرقمي، القاهرة، ٢٠١٨م، ص ١٠.

(٢٧) لا شك أن عمليات تعدين العملات الافتراضية باعتبارها تتم خارج نظام ورقابة القانون، فإن أضرارها أكبر على الاقتصاد والبيئة. انظر: عبدالقادر ورسمه غالب، العملات المشفرة، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، السنة ٢٦، المجلد ٢٦، العدد الأول، ٢٠١٨م، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، الأردن، ص ٣٠. وانظر بحثه: المخاطر المتجددة للعملات الرقمية الافتراضية، جريدة عمان اليومية، عدد ٢٥ يوليو ٢٠١٨م. سلطنة عمان. <http://omandaily.com>، تاريخ الاطلاع: ٢٥/١٢/٢٠١٨م.

(28) Bank for International Settlements, Annual Economic Report, 25 June 2017, Suisse, p 131.

وانظر: أيمن عمر، بيتكوين؛ ما لها وما عليها؟ جريدة النهار اليومية، عدد ١٥ ديسمبر ٢٠١٧م، لبنان، <https://annahar.com>، تاريخ الاطلاع: ١٥/١٠/٢٠١٩م.

- تداول العملات الافتراضية بشكلها الحالي يشكل مساساً بسيادة الدول وانتقاصاً لها وتهديداً لأنظمتها المالية والاقتصادية. ذلك أن اختصاص إصدار العملات والإذن بتداولها إنما هو اختصاص شرعي وقانوني أصيل للدولة (الحاكم).
- أن العملات الافتراضية بوصفها الحالي لا تكتسب صفة النقدية المعتبرة شرعاً وقانوناً، كونها لا تكتسب خصائص النقود المعروفة في علم الاقتصاد، ولا تؤدي دورها.
- أن العملات الافتراضية تشكل سوقاً للمضاربات عالية المخاطر، ووسيلة للاحتيال والإجرام والابتزاز في ظل غياب أي مظلة قانونية أو إطار قانوني.
- إصدار العملات الافتراضية وتداولها ينطوي على تهديد كبير للجانب الاقتصادي والأمني والبيئي، بسبب بعدها عن أي شكل من أشكال الضبط أو الرقابة، فضلاً عن فقدانها لعنصري الجذب والثقة. وهو ما سيؤدي إلى محدوديتها وتراجعها أو ربما زوالها.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

(أ) مراجع في الفقه الإسلامي

- الباجي، أبي الوليد الباجي (د.ت.). المتقى شرح الموطأ. ج ٤، ط ٢، القاهرة: دار الكتاب الإسلامي.
- البلاذري، أبو العباس أحمد بن يحيى بن جابر (١٤٠٧هـ/١٩٨٧م). فتوح البلدان. بيروت: مؤسسة المعارف.
- ابن تيمية، أحمد بن عبدالحليم (١٤١٧هـ/١٩٩٦م). تفسير آيات أشكلت. ج ٢، ط ١، الرياض: دار الرشد.
- ابن تيمية، أحمد بن عبدالحليم (٢٠١٧م). مجموع الفتاوى. ج ١٩، ط ٩، بيروت: دار ابن حزم.
- الجوزية، ابن القيم (١٤٢٨هـ). الطرق الحكمية في السياسة الشرعية. ط ١، مكة المكرمة: دار عالم الفوائد.
- الجوزية، ابن القيم (١٤٣٢هـ). إعلام الموقعين عن رب العالمين. ج ٢، ط ١، الرياض: دار ابن الجوزي.

التوصيات

- تشجيع ودعم مزيد من الأبحاث والدراسات الرصينة المنصبة حول العملات الافتراضية وتداولها، الأمر الذي من شأنه أن يُعطي التصور الصحيح والصورة الواضحة لتلك العملات، بما يمكن من وضع الإطار القانوني الأنسب لها.
- النظر في القيمة العملية والحقيقية لما ستسهم به العملات الافتراضية في تطوير المنظومة الاقتصادية وترقيتها، وإجراء موازنة على كافة الأصعدة والمجالات بين منافع تلك العملات وإيجابياتها من جهة. وما تنطوي عليه من مخاطر وسلبيات، تجعل اعتماد تلك العملات لا جدوى منها ولا حاجة إليها.

بوفيرييه، أنطوان؛ وهاكسار، فيكرام (يونيو ٢٠١٨م). ما هي العملات المشفرة؟ مجلة التمويل والتنمية، صندوق النقد الدولي، واشنطن، ص ص ٢٦-٢٧.

جوشوا بارون Joshua Baron، وأنجيلا أوماهوني Angela O'Mahony، ودافيد مانهايم David Manheim، وسيتشيا ديون-شفارتس Cynthia Dion-Schwarz (٢٠١٥م). تداعيات العملة الافتراضية على الأمن القومي. سانتا مونيكا، كاليفورنيا: مؤسسة (RAND)، ٨٣ ص.

خالد، نواف حازم؛ وداؤد، أيسر عصام (٢٠١٥م). الطبيعة القانونية للنقود الإلكترونية. مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، مج(٤)، ع(١٣)، جامعة كركوك، العراق، ص ص ٣٤-٧٢.

ديب، محمد (يناير ٢٠١٨م). تعاملات العملة الإلكترونية (دراسة مقارنة). المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، ع(١٠)، مصر، ص ص ٤٤٤-٤٨٨.

الرهوان، محمد حافظ عبده (١٩٨٨م). النقود والبنوك. القاهرة: دار الغرير، ٣٩٢ ص.

الزحيلي، وهبة (٢٠٠٢م). المعاملات المالية المعاصرة. ط١، دمشق: دار الفكر، ٦٣٢ ص.

التركماني، عدنان (١٩٨٨م). السياسة النقدية والمصرفية في الإسلام. بيروت: مؤسسة الرسالة، ٢٩٦ ص.

السنامي، عمر بن محمد (١٤٠٦هـ/١٩٨٦م). نصاب الاحتساب. ط١، مكة المكرمة: مكتبة الطالب الجامعي، ٤١٦ ص.

طارق، حمزة (٢٠١١م). النقود الإلكترونية كإحدى وسائل الدفع. بيروت: دار زين الحقوقية، ٥٢٠ ص.

عدنان، يوسف أحمد (٢٠١٨م). العملات الافتراضية والمسار المجهول. مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مج(٢٦)، ع(١)، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، الأردن، ص ٧.

الرعي، الخطاب المالكي (١٤٣١هـ/٢٠١٠م). مؤاهب الجليل في شرح مختصر خليل. ج٤، ط١، مورتانيا: دار الرضوان.

الفراء، القاضي أبي يعلى الحنبلي (١٤٢١هـ/٢٠٠٠م). الأحكام السلطانية. ج١، ط٢، بيروت: دار الكتب العلمية.

المرداوي، أبو بكر البعلي ابن مفلح الحنبلي (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م). كتاب الفروع. ج٤، ط١، بيروت: مؤسسة الرسالة.

النووي، أبي زكريا يحيى بن شرف (د.ت.). المجموع شرح المهذب. ج٦، جدة: مكتبة الإرشاد.

(ب) مراجع في القانون والاقتصاد المعاصر

آل عبدالسلام، ياسر بن عبدالرحمن (١٤٤٠هـ). العملات الافتراضية. مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ص ص ١-٢٥.

إسماعيل، نهاد (٢٠١٨م). هل انهارت الثقة في العملات الافتراضية كالبيتكوين؟ جريدة إيلاف الإلكترونية، الخميس ٢٩ نوفمبر ٢٠١٨م، <https://elaph.com>، تاريخ الاطلاع: ٢٣/١٢/٢٠١٨م.

الباحوث، عبدالله بن سليمان بن عبدالعزيز (يناير ٢٠١٧م). النقود الافتراضية - مفهومها وأنواعها وآثارها الاقتصادية. المجلة العلمية للاقتصاد والتجارة، ع(١)، جامعة عين شمس، القاهرة، ص ص ١-٦٠.

الغامدي، منصور بن عبدالرحمن بن محمد (١٤٤٠هـ). حكم التعامل بالبيتكوين، هل هو مقامرة أم متاجرة؟ مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ص ص ١-٢٥.

القضايا المعاصرة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ص ص ١-٢٢.

(ج) القرارات والنصوص التشريعية

- قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٢١ (٣/٩) بشأن أحكام النقود الورقية وتغير قيمة العملة، في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة الأردن من ٨-١٣/٢/١٤٠٨هـ، الموافق ١١-١٦/١٠/١٩٨٦م.
- الأمر رقم (١١-٠٣) المؤرخ في ٢٧/٦/١٤٢٤هـ الموافق ٢٦/٨/٢٠٠٣م، والمتعلق بالنقد والقروض المعدل والمتمم. ج. ر. رقم ٥٢.
- القانون الاتحادي الإماراتي رقم (١٠) لسنة ١٩٨٠م بشأن المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية القانون الاتحادي رقم (٢) لسنة ١٩٧٣م بإنشاء مجلس النقد في دولة الإمارات العربية المتحدة.
- نظام النقد العربي السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (٦) بتاريخ ١/٧/١٣٧٩هـ.

ثانياً: المراجع الأجنبية

- Bank for International Settlements (BIS) (October 1996). *Implication for central banks of the development of electronic money*, Basle.
- Bank for International Settlements (June 2018). *Annual Economic Report*, Suisse.
- Carreau. D, Kleiner. C, (2017). *Monnaie, Répertoire de droit international*, Dalloz, Paris.
- Code de procédure civil français, Dernière modification le 01 septembre 2019 - Document généré le 15 novembre 2019. Copyright (C) 2007-2019. Legifrance.
- Drescher, Daniel Blockchain Basics, (2017). *(A Non-Technical Introduction in 25 Steps)*, Apress, Berkeley, CA, Frankfurt am Main, Germany.
- European Commission, (1998). "Proposal for European Parliament and Council Directives on the taking up, the pursuit and the prudential supervision of the business of electronic money institution", Brussels, COM - 98.
- European Central Bank, (August 1998). "Report on Electronic Money", Frankfurt, Germany.

عمر، أيمن (ديسمبر ٢٠١٧م). بيتكوين؛ ما لها وما عليها؟ جريدة النهار اليومية، ع (١٥)، لبنان، <https://annahar.com>، تاريخ الاطلاع: ١٥/١/٢٠١٩م.

غالب، عبدالقادر ورسمه (٢٠١٨م). العملات المشفرة. مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مج (٢٦)، ع (١)، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، الأردن، ص ص ٣٠-٣١.

غالب، عبدالقادر ورسمه (يوليو ٢٠١٨م). المخاطر المتجددة للعملات الرقمية الافتراضية. جريدة عمان اليومية، ع (٢٥)، سلطنة عمان، <http://omandaily.om>، تاريخ الاطلاع: ٢٥/١٢/٢٠١٨م.

محمد، حسن (أغسطس ٢٠١٧م). البيتكوين ودورها في تمويل الحركات الإرهابية. سلسلة تعليقات، مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، المملكة العربية السعودية.

مركز هورودو لدعم التعبير الرقمي (٢٠١٨م). منصات المعاملات البديلة والعملات الرقمية بين حرية التداول وإشكاليات الرقابة. القاهرة.

المشهداني، أكرم عبدالرزاق (٢٠١٨م). العملات الافتراضية. مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مج (٢٦)، ع (١)، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، الأردن، ص ص ١٨-٢١.

نور الدين، صويلحي (٢٠١٨م). أثر تعدين البيتكوين والعملات الافتراضية على استقرار النظام النقدي العالمي. مجلة آفاق علمية، مج (١٠)، ع (٢)، المركز الجامعي الحاج موسى اق اخموك، تمنراست، الجزائر، ص ص ٢١٩-٢٣٨.

يحيى، إبراهيم بن أحمد بن محمد (١٤٤٠هـ). النقد الافتراضي - بيتكوين أنموذجاً. مركز التميز البحثي في فقه

- Roussille, Myriam (2015). *Le Bitcoin, objet juridique non identifié*, *Révue Banque & Droit*, N° 159, janvier-février, France.
- Vejacka, Martin (2014). *Basic Aspects of Cryptocurrencies*, *Journal of Economy, Business and Financing*, Technical University of Kosice, Volume 2, issue 2, Slovakia.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية

- <https://coinsutra.com>. 15/01/2019.
- <https://coinmarketcap.com>. 15/01/2019.
- <https://cnbc.com>. 20/01/2019.
- <https://curia.europa.eu>. 01/01/2019.
- <https://annahar.com>. 15/01/2019.
- <https://elaph.com>. 23/12/2018.

- Fallon, M, Meeusen, J, (2002). *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé*, *Revue critique de droit international privé*, Paris.
- Financial Action Task Force (FATF) REPORT (2014). *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, FATF/OECD, FRANCE.
- International Monetary Fund, (January 2016). *Virtual Currencies and Beyond - Initial Considerations*, USA.
- Joshua Baron, Angela O'Mahony, David Manheim, Cynthia Dion-Schwarz, (2015). *The implications of the virtual currency on the national security - Research the possibility of publishing by a non-governmental actor*, RAND Corporation, Santa Monica, California, USA.
- Lanskoy, Serge (Octobre 1999). *La nature juridique de la monnaie électronique*, *Bulletin de La Banque de France*, N° 70, France.

تحذير ميراندا: الحقوق المتضمنة فيه والأثر المترتب على عدم إعطائه (دراسة مقارنة مع النظام السعودي)

جلال هاشم سحلول
أستاذ القانون الجنائي المشارك
كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز

(قدم للنشر في ١٤/٣/١٤٤١هـ، وقبل للنشر في ٢٢/٤/١٤٤١هـ)

ملخص البحث. تقدم هذه الدراسة نبذة شاملة عن تحذير ميراندا المعروف في الولايات المتحدة الأمريكية. حيث تتناول بالشرح والمقارنة مع النظام السعودي مفهوم هذا التحذير، والحقوق المتضمنة فيه، والأثر المترتب على عدم إعطائه. وتخلص الدراسة إلى أن الأثر المترتب على عدم إعلام المتهم بحقوق ميراندا في القانون الأمريكي يشكل ضمانة وحافزاً قوياً لأن يتم إعلام المشتبه به المحتجز بهذه الحقوق وأن يتم تمكينه من استعمالها. وبناء على ذلك، ولغرض تعزيز حماية الحقوق الأساسية للمتهم المقبوض عليه أو الموقوف في القضايا الجنائية في المملكة، توصي الدراسة بأن يقوم المنظم السعودي بتبني ذات الأثر المترتب على عدم تعريف المتهم بحقوقه في القانون الأمريكي. الكلمات المفتاحية: تحذير ميراندا، حقوق ميراندا، حقوق المتهم، النظام السعودي.

THE MIRANDA WARNING: THE RIGHTS INCLUDED IN IT AND THE CONSEQUENCE OF NOT GIVING IT (A COMPARATIVE STUDY WITH THE SAUDI LEGAL SYSTEM)

Jalal Hashim Sahlool
Associate Professor of Criminal Law,
Faculty of Law, King Abdulaziz University

(Received 14/03/1441 H., Accepted for Publication 22/04/1441 H.)

Abstract. This study provides a comprehensive overview of the Miranda Warning. It addresses with the explanation and comparison with the Saudi legal system the concept of this warning, the rights involved in it, and the consequence of not giving it.

The study concludes that the consequence of failing to inform the accused of Miranda's Rights in US law gives him a strong guarantee to be informed of these rights and to be able to use them. Accordingly, and in order to enhance the protection of the fundamental rights of the accused in the Kingdom of Saudi Arabia, the study recommends that the Saudi legislator adopt the same consequence resulting from not informing the accused of his rights in US law.

Keywords: Miranda warning, Miranda rights, Rights of the accused, the Saudi legal system.

المقدمة

يسهم وجود تحذير ميراندا في الولايات المتحدة الأمريكية بشكل كبير في أن يتم إعلام المشتبه به بحقوقه الأساسية المكفولة له قانوناً عند القبض عليه أو احتجازه، وفي أن يتم تمكينه من استعمال هذه الحقوق إن اختار ذلك. حيث يقدم الأثر المترتب على عدم إعطاء هذا التحذير ضمانة كبيرة لتفعيل الاستفادة المتهم من هذه الحقوق بشكل كامل.

مشكلة الدراسة

يخلق وجود تحذير مثل تحذير ميراندا في حد ذاته بعض التساؤلات التي تشكل مجتمعة مشكلة الدراسة أو سبب القيام بها والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

- أولاً: ما هو تحذير ميراندا؟ وما سبب نشوئه؟ وهل يوجد في النظام السعودي تحذير شبيه بتحذير ميراندا؟
- ثانياً: ما هي الحقوق التي تضمنها هذا التحذير؟ وهل هنالك حقوق مقابلة لها في النظام السعودي؟
- ثالثاً: ما هو الأثر المترتب على عدم إعطاء هذا التحذير للمشتبه به أو المتهم بارتكاب قضايا جنائية في القانون الأمريكي؟ وهل يوجد في النظام السعودي - وفي حالة كان هناك تحذير مشابه لتحذير ميراندا - أثر مماثل للأثر المترتب على عدم إعطاء هذا التحذير في النظام الأمريكي؟

أهداف الدراسة

- ١ - شرح المقصود بتحذير ميراندا، وبيان ما إذا كان يوجد تحذير مشابه له في النظام السعودي.
- ٢ - تحديد الحقوق التي تضمنها تحذير ميراندا، وبيان ما إذا كان هنالك حقوق مقابلة لها في النظام السعودي.
- ٣ - تحديد الأثر المترتب على عدم إعطاء تحذير ميراندا للمشتبه به أو المتهم بارتكاب قضايا جنائية في القانون الأمريكي، وبيان ما إذا كان يوجد أثر مقابل له في النظام السعودي.

- ٤ - النظر في إمكانية تبني المنظم السعودي لذات الأثر المترتب على عدم إعطاء تحذير ميراندا للمشتبه به أو المتهم في القانون الأمريكي.

أهمية الدراسة

١ - الأهمية العلمية: تتجلى الأهمية العلمية لهذه الدراسة في تقديمها لنبذة شاملة ومختصرة عن تحذير ميراندا المعروف في الولايات المتحدة الأمريكية، وما إذا كان هناك تحذير مقابل له في النظام السعودي. حيث تتناول بالشرح والمقارنة مع النظام السعودي مفهوم هذا التحذير، الحقوق المتضمنة فيه، والأثر المترتب على عدم إعطائه.

٢ - الأهمية العملية: تكمن الأهمية العملية لهذه الدراسة في التوصيات التي تقدمها، والتي تسهم في حماية وتعزيز الحقوق الأساسية للمتهم المقبوض عليه أو الموقوف في جميع القضايا الجنائية في المملكة.

الدراسات السابقة

الدراسة الأولى: الإجراءات الجنائية الإسلامية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، لعبدان خالد التركماني، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ١٤٢٠هـ.

وقد تناولت هذه الدراسة التعريف بنظام الإجراءات الجزائية الإسلامي وبالأحكام الخاصة به فيما يخص أنواع الدعوى الجنائية وإجراءاتها ومراحلها.

وتتشابه الدراسة الأولى مع هذه الدراسة في تعرض كل منهما لحقوق المتهم الأساسية في النظام السعودي، وتختلفان في أن الدراسة الحالية تعرضت - فيما يخص الجزئية الخاصة بحقوق المتهم - لحقوق المتهم الأساسية الواردة في نظام الإجراءات الجزائية السعودي الجديد مع بيان ما يقابل هذه الحقوق في النظام الأمريكي.

وقد تناولت هذه الدراسة بيان مدى مشروعية التزام المتهم للصمت في مراحل الدعوى الجزائية والأثر المترتب على ذلك في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة.

وتتشابه الدراسة الرابعة مع هذه الدراسة في تعرض كل منهما لبحث مشروعية حق المتهم في الشريعة الإسلامية وتحديد الأثر المترتب على هذا الصمت، وتختلفان فيما عدا ذلك.

الدراسة الخامسة: حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات في النظام الإجرائي السعودي وتطبيقاتها القضائية في المحاكم الإدارية (دراسة تحليلية)، لعبدالله سعيد الدوه، المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية، العدد (٣)، يناير ٢٠١٧م.

وقد تناولت هذه الدراسة استعراض الضمانات التي كفلها النظام السعودي للمتهم في مرحلة جمع الاستدلالات. وتشابه الدراسة الخامسة مع هذه الدراسة في تعرض كل منهما لضمانات المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات، وتختلفان في أن الدراسة الحالية شملت جميع الضمانات المكفولة للمتهم وفقاً لنظام الإجراءات السعودية الحالي، وذلك في جميع مراحل الدعوى الجزائية.

وبشكل عام، تتميز هذه الدراسة عن غيرها من الدراسات السابقة بتقديمها لشرح وافٍ ومختصر للأحكام المتعلقة بتحذير ميراندا في القانون الأمريكي، مع بيان ما يقابل هذه الأحكام في النظام السعودي. حيث تناول بالشرح والمقارنة مع النظام السعودي مفهوم هذا التحذير، الحقوق المتضمنة فيه، والأثر المترتب على عدم إعطائه، وذلك لغرض تعزيز حماية الحقوق الأساسية للمتهم بارتكاب قضايا جنائية في المملكة.

منهجية الدراسة

تتبع هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن. وذلك بعرضها وتحليلها ومقارنتها للنصوص والأحكام القانونية ذات العلاقة بموضوعها في كلي النظامين الأمريكي والسعودي.

الدراسة الثانية: ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق طبقاً لنظام الإجراءات الجزائية السعودي الجديد (دراسة تأصيلية تطبيقية)، رسالة من إعداد علي محمد آل هادي، مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص تشريع جنائي إسلامي، إشراف الأستاذ الدكتور/ محمد محيي الدين عوض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٤م.

وقد تناولت هذه الدراسة جميع الضمانات التي كفلها نظام الإجراءات الجزائية السعودي في ذلك الوقت للمتهم في مرحلة التحقيق.

وتتشابه الدراسة الثانية مع هذه الدراسة في تعرض كل منهما لضمانات المتهم في مرحلة التحقيق، وتختلفان في أن الدراسة الحالية شملت جميع الضمانات المكفولة للمتهم وفقاً لنظام الإجراءات السعودية الحالي، وذلك في جميع مراحل الدعوى الجزائية وليس مرحلة التحقيق فقط.

الدراسة الثالثة: الاستخدام الشرعي والقانوني للوسائل الحديثة في التحقيق الجنائية، للأستاذ الدكتور/ محمود علي السراطوي، بحث في كتاب بعنوان موقف الشريعة الإسلامية من استخدام الوسائل العلمية في تعذيب المتهم، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٨م.

وقد تناولت هذه الدراسة في مجملها استعراض الأحكام الشرعية والقانونية الخاصة بمشروعية استخدام الوسائل الحديثة في التحقيق الجنائية.

وتتشابه الدراسة الثالثة مع هذه الدراسة في جزئية يسيرة فقط تتعلق ببحث مدى مشروعية إكراه المتهم على الاعتراف بالنظام السعودي. وتختلفان فيما عدا ذلك.

الدراسة الرابعة: حق المتهم في الصمت بين الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، لعودة يوسف سلمان، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٧م.

تقسيم الدراسة

• المقدمة

• المبحث الأول: تحذير ميراندا والتبصير المقابل له في النظام السعودي.

○ المطلب الأول: تحذير ميراندا.

○ المطلب الثاني: التبصير المقابل لتحذير ميراندا في النظام السعودي.

• المبحث الثاني: الحق في التزام الصمت.

○ المطلب الأول: الحق في التزام الصمت في القانون الأمريكي.

○ المطلب الثاني: الحق في التزام الصمت في النظام السعودي.

• المبحث الثالث: الحق في الاستعانة بمحام.

○ المطلب الأول: الحق في الاستعانة بمحام في القانون الأمريكي.

○ المطلب الثاني: الحق في الاستعانة بمحام في النظام السعودي.

• المبحث الرابع: الأثر المترتب على عدم تعريف المتهم أو الموقوف بحقوقه.

○ المطلب الأول: الأثر المترتب على عدم إعطاء تحذير ميراندا.

○ المطلب الثاني: الأثر المترتب على عدم تعريف المتهم أو الموقوف بحقوقه في النظام السعودي.

• الخاتمة.

المبحث الأول:

تحذير ميراندا والتبصير المقابل له في النظام السعودي

المطلب الأول: تحذير ميراندا

يتناول هذا المطلب التعريف بتحذير ميراندا وبيان كيفية نشأته، وذلك وفقاً لما يلي.

أولاً: تعريف تحذير ميراندا

يمكن تعريف "تحذير ميراندا" بأنه الإنذار الذي يعطى من قبل جهات تطبيق القانون في الولايات المتحدة الأمريكية - كالشرطة - للمشتبه به المحتجز^(١) قبل استجوابه للتأكد من معرفة هذا الأخير لبعض أهم حقوقه الدستورية^(٢) أو لتذكيره بها وبحقه في استحضارها قبل أو أثناء الاستجواب، وذلك حفاظاً على قابلية استخدام أي معلومات أو إفادات يقدمها هذا الشخص ضد نفسه كدليل مشروع في المحاكمة. حيث تعرف هذه القاعدة الإجرائية المتضمنة في التعريف باسم "قاعدة ميراندا".

ولم تحدد المحكمة العليا الأمريكية في قضية *Miranda v. Arizona*^(٣) نصاً محدداً يجب استخدامه عند تعريف المشتبه به المحتجز للاستجواب أو المقبوض عليه بحقوقه ولكنها ذكرت مجموعة من القواعد الإرشادية التي ينبغي مراعاتها^(٤).

وبناء على ذلك، فإنه لا يوجد نص محدد يجب استخدامه لإعلام المشتبه به المحتجز أو المتهم المقبوض عليه بالحقوق الواردة في التعريف أعلاه والتي يمكن تسميتها "بحقوق

(١) بتقييد حريته سواء أكان مقبوضاً عليه أم لا. انظر: *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

(٢) والمتمثلة في حقه في التزام الصمت والمستمد من حقه في عدم إجباره على تقديم الدليل ضد نفسه الذي يقره نص التعديل الخامس للدستور الأمريكي، وحقه في الاستعانة بمحام المتضمن في التعديل الخامس للدستور الأمريكي والمذكور صراحة في التعديل السادس للدستور الأمريكي. وتعرف هذه الحقوق باسم "حقوق ميراندا".

(3) *Mirana v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

(٤) وذلك من خلال حكمها في ذات القضية والذي ذكرت فيه بأنه:

يجب إعلام الشخص المحتجز أو المقبوض عليه قبل الاستجواب بشكل واضح والتأكد من فهمه لحقه في التزام الصمت، وبأن كل ما سيقوله سيستخدم ضده في المحكمة؛ كما يجب إبلاغ الشخص بحقه في استشارة محام وحضور هذا المحامي أثناء الاستجواب، وحقه إن كان محتاجاً في أن يتم تعيين محام له لتمثله من دون أي تكلفة مادية عليه. أنظر *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

ليشمل حالة أي شخص يتم فيها تقييد حريته لغرض استجوابه حتى وإن لم يكن مقبوضاً عليه^(١١).

ولحماية هذا الحق، قضت المحكمة بأنه يجب بعد احتجاز المشتبه به أو القبض عليه وقبل الاستجواب أن يتم إعلامه بشكل واضح بحقه في التزام الصمت، وبأن كل ما سيقوله سيستخدم ضده في المحكمة. كما يجب إعلام الشخص بحقه في استشارة محام وحضور هذا المحامي معه أثناء الاستجواب، وحقه إن كان محتاجاً في أن يتم تعيين محام له لتمثيله في المحاكمة دون أي تكلفة مادية عليه^(١٢).

حيث إن قبول المحكمة لأية إفادة يجرم فيها المتهم نفسه دون إعلامه بحقوقه أعلاه والتأكد من فهمه لها، دون تمكنه من استعمال هذه الحقوق عند مطالبة بها قبل أو أثناء الاستجواب^(١٣)، أو دون أن يتنازل طوعاً وبمحض إرادته الحرة والواعية عن هذه الحقوق^(١٤) وبشكل واضح لا لبس فيه^(١٥) هو أمر يشكل انتهاكاً لها^(١٦).

نفسه، ولا أن يحرم من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون اتباع الإجراءات القانونية الأصولية، كما لا يجوز نزع أي ملكية خاصة لاستخدامها في سبيل المنفعة العامة بدون تعويض عادل".

(11) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). See also: Gray, Anthony, "The Right to Silence: Using American and European Law to Protect a Fundamental Right" (PDF). *New Criminal Law Review*. (2013) 16 (4): 549-550.

(12) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

(١٣) *Maryland v. Shatzer*, 559 U.S. 98 (2010) وتجدد الإشارة هنا إلى

حكم المحكمة العليا الأمريكية الذي أعلنت فيه وبموافقة أغلبية أعضائها

(٥-٤) بأن المشتبه به الذي تلقى وفهم حقوق ميراندا ولم يطالب صراحة

بها، يعتبر متنازلاً عنها في حالة تقديمه وبمحض إرادته الحرة إفادة

للشرطة. انظر *Berghuis v. Thompkins* 560 U.S. 370 (2010).

(١٤) *Colorado v. Connelly*, 479 U.S. 157 (1987) وقد قضت

المحكمة العليا الأمريكية في ذات القضية بافتراض أن يكون التنازل

قد تم طوعية وبمحض الإرادة الحرة للمشتبه به المحتجز أو المتهم،

إلا إذا أثبت أياً منها أن قراره للتنازل عن هذه الحقوق كان بسبب

سوء سلوك الشرطة وإكراهها له على القيام بذلك.

(15) *Davis v. United States*, 512 U.S. 452 (1994).

(16) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

ميراندا^(١٧). المهم هو أن يتم إيصال مضمون هذه الحقوق إلى هذا الشخص بأي نص كان^(١٨) كتابة أو مشافهة^(١٩).

ونتيجة لذلك، قد يختلف نص التحذير باختلاف النطاق المكاني للاختصاص القضائي. ولكن يجب في جميع الأحوال أن يشتمل نص التحذير - وبعد إعلام المشتبه به المقبوض عليه أو المحتجز بسبب أو أسباب القبض عليه أو احتجازه - على الآتي^(٢٠): "لك الحق في التزام الصمت كل ما ستقوله من الممكن أن يستخدم ضدك في المحكمة. لك الحق في الاستعانة بمحام. إذا لم تكن لديك المقدرة المادية على الاستعانة بمحام، سيتم توفير محام لك. هل تفهم حقوقك التي قرأتها عليك للتو؟ مع هذه الحقوق في الاعتبار هل ترغب التحدث إلي؟"^(٢١).

ثانياً: نشأة تحذير ميراندا

ترتبط نشأة تحذير ميراندا ارتباطاً مباشراً بقضية *Miranda v. Arizona* والتي قضت فيها المحكمة العليا الأمريكية وبأغلبية أعضائها (٥-٤) بأن حق الشخص في عدم إجباره على تقديم الدليل ضد نفسه الوارد في التعديل الخامس للدستور الأمريكي^(٢٢) يمتد خارج نطاق المحكمة

(5) *California v. Prysock*, 453 U.S. 355, 101 S. Ct. 2806, 69 L. Ed. 2d 696 (1981); *Brown v. Crosby*, 249 F. Supp. 2d 1285 (S.D. Fla. 2003).

(6) *Duckworth v. Eagan*, 492 U.S. 195, 109 S. Ct. 2875, 106 L. Ed. 2d 166 (1989).

(7) *U.S. v. Labrada-Bustamante*, 428 F.3d 1252 (9th Cir. 2005).

(٨) وفقاً للقواعد الإرشادية للمحكمة العليا المذكورة أعلاه.

(9) *What Are Your Miranda Rights?* Available at: <http://www.mirandawarning.org/whatareyourmirandairights.html>

(١٠) ينص التعديل الخامس للقانون الدستوري الأمريكي على أنه "لا

يجوز اعتقال أي شخص لاستجوابه بشأن جنائية أو جريمة شائنة

أخرى، إلا تبعاً لصدور قرار اتهامي أو مضبطة اتهام عن هيئة

مخلفين كبرى، باستثناء القضايا الحاصلة في القوات البرية أو

البحرية، أو في الميليشيا، عندما تكون هذه القوات في الخدمة الفعلية

في وقت الحرب أو الخطر العام، ولا يجوز اتهام أي شخص بنفس

الجرم مرتين فتعرض حياته أو أعضاء جسده للخطر، كما لا يجوز

إكراه أي شخص في أية دعوى جنائية على أن يكون شاهداً ضد

ولضمان صحة هذا التنازل، تستخدم أجهزة الشرطة المعنية نماذج خطية تتضمن وبعد النص على تحذير ميراندا مثل هذه العبارات: "لقد قرأت وفهمت تماماً كل حق من حقوقك الواردة في نص التحذير وأنا على استعداد للإجابة على الأسئلة والإدلاء ببيان في هذا الوقت. لا أحتاج إلى الاستعانة بمحام في الوقت. أنا أفهم تماماً وأعي ما أفعل. لم يتم تقديم أي وعود أو تهديدات لي"^(٧٧).

المطلب الثاني: التبصير المقابل لتحذير ميراندا في النظام السعودي

يوجب نظام الإجراءات الجزائية السعودي^(٧٨) - وبالمقارنة مع القانون الأمريكي - أن يتم تعريف المتهم أو الموقوف صراحة ببعض الحقوق عند القبض عليه أو توقيفه. حيث تنص المادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية^(٧٩) على الآتي:

"يجب أن يعرف المتهم عند القبض عليه أو توقيفه بما يأتي:

(أ) أسباب القبض عليه أو توقيفه.

(ب) حقه في الاستعانة بوكيل أو محام في مرحلتي التحقيق والمحاكمة.

(ج) حقه في الاتصال بمن يرى إبلاغه بالقبض عليه أو توقيفه.

ويؤخذ توقيع المتهم بما يفيد علمه بحقوقه المذكورة أعلاه، فإن رفض التوقيع فيحضر محضر بذلك".

ويتضح أن هذا التبصير الوارد في نص المادة (٢٢) لم يتضمن وبالمقارنة مع تحذير ميراندا^(٨٠) إلا الإعلام بحق واحد من حقوق

ميراندا، إضافة إلى حقين آخرين مكفولين للمتهم في النظام الأمريكي، وهما تعريف المتهم بأسباب القبض عليه أو توقيفه وحقه في الاتصال بمن يرى إبلاغه بالقبض عليه. حيث لم يتعرض التبصير الوارد في نص المادة (٢٢) أعلاه مطلقاً لحق المتهم في التزام الصمت، وإنما أقر فقط بضرورة إعلامه بحقه في الاستعانة بوكيل أو محام في مرحلتي التحقيق والمحاكمة، ودون أن يبين - وعلى خلاف تحذير ميراندا - إمكانية توفير محام له في حال عدم قدرته المادية على الاستعانة به.

ويوجب نص المادة (٢٢) بالمقارنة مع القانون الأمريكي ولغرض التأكد من أن يتم تعريف المتهم أو الموقوف بحقوقه الواردة فيها، أن يتم أخذ توقيعه بما يفيد علمه بهذه الحقوق، أو أن يتم - وفي حالة رفض المتهم للتوقيع - إثبات رفضه بموجب محضر.

المبحث الثاني:

الحق في التزام الصمت

يرى الباحث أنه وحتى يعتبر التزام الصمت حقاً مضموناً بشكل تام للمتهم أو الموقوف في أي نظام جزائي، لابد من توفر شرطين وهما:

- ١ - ألا يتم إكراه المتهم أو الموقوف على التحدث إن اختار التزام الصمت في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجنائية.
- ٢ - ألا يتخذ من صمت المتهم دليلاً أو قرينة على ارتكابه للجريمة المنسوبة إليه.

وبناء على هذين الشرطين سيتم النظر فيما إذا كان التزام الصمت سيشكل حقاً للمتهم في كل من القانون الأمريكي والنظام السعودي وذلك على النحو التالي.

المطلب الأول: الحق في التزام الصمت في القانون الأمريكي

يقر التعديل الخامس للدستور الأمريكي بمبدأ عدم جواز إكراه أي شخص على تقديم الدليل ضد نفسه. حيث ينص هذا

(١٧) انظر على سبيل المثال النموذج التالي:

<https://www.una.edu/police/docs/forms/miranda.pdf>

(١٨) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) وتاريخ ١/٢٢/١٤٣٥هـ.

(١٩) الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٤٢) وتاريخ ٣/٢١/١٤٣٦هـ.

(٢٠) والتي ينص على الآتي: "لك الحق في التزام الصمت. كل ما ستقول من الممكن أن وسوف يستخدم ضدك في المحكمة. لك الحق في الاستعانة بمحام. إذا لم تكن لديك المقدرة المادية على الاستعانة بمحام، سيتم توفير محام لك. هل تفهم حقوقك التي قرأتها عليك للتو؟ مع هذه الحقوق في الاعتبار هل ترغب في التحدث إلي؟".

وبناء على ذلك، يمكن القول باعتراف القانون الأمريكي لحق المتهم أو المشتبه به المحتجز في التزام الصمت بشكل تام، الأمر الذي يفسر تضمن تحذير ميراندا للنص الصريح على هذا الحق.

المطلب الثاني: الحق في التزام الصمت في النظام السعودي
يستند الحق في التزام الصمت في الأساس إلى مبدأ جوهرى يفرض نفسه على جميع مراحل وإجراءات الدعوى الجزائية في أي نظام جزائي وهو أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات (آل هادي، ٢٠٠٤م).

وبناء على ذلك، لا يكون المتهم مطالباً بإثبات براءته، أو مكلفاً بنفي التهمة الموجهة إليه، بل يقع عبء الإثبات على سلطة الاتهام عملاً بقاعدة (البينة على من ادعى)، فإن لم تتمكن من ذلك وجب إطلاق سراح المتهم (سلمان، ٢٠١٧م).

ومع ذلك، لم يتضمن نص المادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية السعودي - مقارنة بتحذير ميراندا - النص على حق المتهم أو الموقوف في التزام الصمت خلال مراحل الدعوى الجزائية، الأمر الذي يثير تساؤلاً حول ما إذا كان التزام الصمت يعتبر في الأساس حقاً مضموناً للمتهم أو الموقوف في النظام السعودي.

وللإجابة على هذا التساؤل ينبغي استعراض موقف النظام السعودي - مثلاً في الشريعة الإسلامية والأنظمة ذات العلاقة - فيما يتعلق بالشرطين اللذين يعتبرهما الباحث متطلباً للاعتراف الكامل بحق المتهم في التزام الصمت، وذلك وفق التفصيل التالي.

أولاً: عدم إكراه المتهم أو الموقوف على التحدث إن اختار التزام الصمت

يرى جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية بعدم جواز إكراه المتهم بأي وسيلة كانت لحمله على الإقرار أو الاعتراف بالتهمة المنسوبة إليه، ويستدلون على ذلك بقوله تعالى: ﴿إِلَّا

التعديل على أنه: "لا يجوز اعتقال أي شخص لاستجوابه بشأن جنائية أو جريمة شائنة أخرى، إلا تبعاً لصدور قرار اتهامي أو مضبطة اتهام عن هيئة محلفين كبرى، باستثناء القضايا الحاصلة في القوات البرية أو البحرية، أو في الميليشيا، عندما تكون هذه القوات في الخدمة الفعلية في وقت الحرب أو الخطر العام، ولا يجوز اتهام أي شخص بنفس الجرم مرتين فتعرض حياته أو أعضائه جسده للخطر، كما لا يجوز إكراه أي شخص في أية دعوى جنائية على أن يكون شاهداً ضد نفسه، ولا أن يجرم من الحياة أو الحرية أو الممتلكات دون اتباع الإجراءات القانونية الأصولية، كما لا يجوز نزع أي ملكية خاصة لاستخدامها في سبيل المنفعة العامة بدون تعويض عادل".

وتطبيقاً لحكم المحكمة العليا الأمريكية في قضية *Miranda v. Arizona* فإن الحق في التزام الصمت لا يقتصر على مرحلة المحاكمة فقط، بل يمتد ليشمل أيضاً حالة أي شخص مشتب به يتم فيها تقييد حريته من قبل الشرطة أو الجهات الأخرى ذات العلاقة التابعة للدولة لغرض استجوابه حتى وإن لم يكن متهماً أو مقبوضاً عليه^(٢١). فلا يجوز لأي شخص كان (شرطياً، محققاً، مدع عام، أو حتى قاض) أن يكره المشتبه به الموقوف أو المتهم على الحديث أو الإدلاء بإفادته إن اختار هذا الأخير أن يلتزم الصمت^(٢٢).

إضافة إلى ذلك، يمنع القانون الأمريكي أن يفسر صمت المتهم تفسيراً يضر بمصلحته أو أن يتخذ منه قرينة على ارتكابه للجريمة المنسوبة إليه^(٢٣). إلا أنه يمكن في المقابل أن يقوم الادعاء العام بسؤال المتهم الذي تمسك بحقه في التزام الصمت في مرحلة التحقيق، وأدلى بأقوال تبرؤه أمام المحكمة عن سبب عدم إدلائه بهذه الأقوال ابتداء إذا كان ما يدعيه صحيحاً (Wetly, 2011).

(21) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

(22) *Harris v. N.Y.*, 401 U.S. 222, 225 (1971).

(٢٣) انظر *Doyle v. Ohio*, 426 U.S. 610 (1976).

مَنْ أَكْثَرَهُ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ^(٢٤). فإذا كان الإكراه مسقطاً للإثم الكفر وعقوبته، فالأولى أن يكون مسقطاً لما دون ذلك (السرطاوي، ٢٠٠٨م).

ويتشابه النظام السعودي مع القانون الأمريكي في اعترافه بحق المتهم في عدم جواز إكراهه على تقديم الدليل ضد نفسه عند القبض عليه أو أثناء استجوابه. حيث تنص المادة (٢) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي على أنه: "... يُحْظَرُ إيذاء المقبوض عليه جسدياً أو معنوياً، ويُحْظَرُ كذلك تعريضه للتعذيب أو المعاملة المهينة للكرامة". كما تنص المادة (١٠٢) من ذات النظام على أنه: "يجب أن يكون الاستجواب في حال لا تأثير فيها على إرادة المتهم في إبداء أقواله، ولا يجوز تخليفه ولا استعمال وسائل الإكراه ضده. ولا يجوز استجواب المتهم خارج مقر جهة التحقيق إلا لضرورة يقدرها المحقق".

وتجدر الإشارة إلى أن مرحلة التحقيق في النظام الأمريكي تختلف عنها في النظام السعودي من حيث السلطة المخول لها القيام بالاستجواب. حيث يتم الاستجواب في النظام الأمريكي من قبل الضابطة الجنائية (الشرطة) باعتبارها الجهة المخولة بالتحقيق في الجرائم قبل إحالتها إلى المحاكم.

أما في النظام السعودي، فيعتبر الاستجواب وسيلة مهمة من وسائل التحقيق الجنائي التي لا يجوز لغير المحكمة التي تنظر الدعوى^(٢٥) وسلطة التحقيق القيام بها. فلا يجوز لرجال الضبط الجنائي^(٢٦) من غير أعضاء النيابة العامة القيام

بالاستجواب^(٢٧) إلا في حالة التلبس الاستثنائية والتي نصت عليها المادة (٦٧) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي^(٢٨)، وإنما يكون لهم فقط سماع أقوال المتهمين المقبوض عليهم^(٢٩).

الجرائم وجمع المعلومات والأدلة اللازمة للتحقيق وتوجيه الاتهام". وحصرت المادة (٢٦) من ذات النظام الأشخاص الذين يمكن لهم القيام بأعمال الضبط الجنائي بحسب المهام الموكولة إليهم في:

"١- أعضاء النيابة العامة (أعضاء هيئة التحقيق والادعاء العام سابقاً)، في مجال اختصاصهم.

- ٢- مديري الشرط ومعاونيهم في المدن والمحافظات والمراكز.
- ٣- الضباط في جميع القطاعات العسكرية - كل بحسب المهام الموكولة إليه - في الجرائم التي تقع ضمن اختصاص كل منهم.
- ٤- محافظي المحافظات ورؤساء المراكز.
- ٥- رؤساء المراكب السعودية البحرية والجوية، في الجرائم التي ترتكب على متنها.
- ٦- رؤساء مراكز هيئة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، في حدود اختصاصهم.
- ٧- الموظفين والأشخاص الذين خولوا صلاحيات الضبط الجنائي، بموجب أنظمة خاصة.
- ٨- الجهات واللجان والأشخاص الذين يكلفون بالتحقيق، بحسب ما تقضي به الأنظمة".

(٢٧) بل إن المادة (٦٦) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي قد منعت حتى أن يقوم المحقق بنذب أحد رجال الضبط الجنائي للقيام بالاستجواب حيث نصت على أن: "للمحقق أن يندب كتابة أحد رجال الضبط الجنائي للقيام بإجراء معين أو أكثر من إجراءات التحقيق، عدا استجواب المتهم...".

(٢٨) والتي تحيز لرجل الضبط الجنائي استجواب المتهم في الأحوال التي يخشى فيها فوات الوقت. حيث نصت هذه المادة على أنه: "يجب على المحقق في جميع الأحوال التي يندب فيها غيره لإجراء بعض التحقيقات أن يبين - كتابةً - المسائل المطلوب تحقيقها والإجراءات المطلوب اتخاذها. وللمندوب أن يجري أي عمل آخر من أعمال التحقيق، وأن يستجوب المتهم في الأحوال التي يخشى فيها فوات الوقت، متى كان ذلك متصلاً بالعمل المندوب له ولازماً في كشف الحقيقة".

(٢٩) حيث تنص المادة (٣٤) من نظام الإجراءات الجزائية على أنه: "يجب على رجل الضبط الجنائي أن يسمع فوراً أقوال المتهم المقبوض عليه، وإذا ترجح وجود دلائل كافية على اتهامه فيرسله =

(٢٤) النحل، الآية (١٠٦).

(٢٥) حيث تنص المادة (١٦٢) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي بأنه "إذا أنكر المتهم التهمة المنسوبة إليه، أو امتنع عن الإجابة، فعلى المحكمة أن تشرع في النظر في الأدلة المقدمة وتجري ما تراه لازماً في شأنها، وأن تستجوب المتهم تفصيلاً في شأن تلك الأدلة وما تضمنته الدعوى. ولكل من طرفي الدعوى مناقشة شهود الطرف الآخر وأدلتهم بإذن من المحكمة".

(٢٦) وقد عرفت المادة (٢٤) من نظام الإجراءات الجزائية رجال الضبط الجنائي بأنهم "الأشخاص الذين يقومون بالبحث عن مرتكبي

ففيما يخص مرحلة التحقيق، نصت المادة (٤/٧٢) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية السعودي^(٣٠) على أنه: "إذا امتنع المتهم عن الإجابة أو امتنع عن التوقيع أثبت المحقق امتناعه في المحضر مع ذكر أسباب الامتناع، ولا يمنع ذلك من إصدار أمر بإيقافه إن رأى المحقق موجباً لذلك، والمضي في إجراءات التحقيق".

أما فيما يخص مرحلة المحاكمة، فنصت المادة (١٦٢) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي على أنه: "إذا أنكر المتهم التهمة المنسوبة إليه، أو امتنع عن الإجابة، فعلى المحكمة أن تشرع في النظر في الأدلة المقدمة وتجري ما تراه لازماً في شأنها، وأن تستجوب المتهم تفصيلاً في شأن تلك الأدلة وما تضمنته الدعوى. ولكل من طرفي الدعوى مناقشة شهود الطرف الآخر وأدلته بإذن من المحكمة".

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن الفقهاء يفضلون في هذه المسألة حسب نوع الجريمة، فيميزون بين جرائم الحدود من جهة وجرائم القصاص والديات من جهة أخرى وجرائم التعزير. ويرون أن صمت المتهم في الجرائم الحدية عند توجيه الاتهام له بارتكابها لا يعد اعترافاً أو إقراراً، حيث إن الحدود لا تثبت إلا بالإقرار أو الشهادة، ولا يمكن أن يعتبر الصمت إقراراً لكونه شبهة تدرأ الحد (التركاني، ١٤٢٠هـ).

أما بالنسبة لجرائم القصاص والديات وجرائم التعزير، فيرى بعض الفقهاء أن صمت المتهم في جرائم القصاص والديات فيما يجب التكلم به يعد إقراراً منه على ارتكابه للجريمة وذلك عملاً بقاعدة "السكوت في معرض الحاجة بيان" (التركاني، ١٤٢٠هـ).

ويفرق بعض الفقهاء في جرائم التعزير بين ما إذا كانت الجريمة تمس مصلحة الجماعة (المصلحة العامة) وما إذا كانت تمس مصلحة الأفراد. فإن وجه الاتهام للمتهم في

ولكن، وعلى الرغم من تقييد النظام السعودي لسلطة أعضاء الضبط الجنائي من غير أعضاء النيابة العامة - كالشرطة - بسماع الأقوال دون الاستجواب، وعلى الرغم من أن سماع الأقوال يختلف عن الاستجواب في النظام السعودي في اقتصار الأول على معرفة رأي المتهم حول الجريمة المرتكبة دون مناقشته أو مواجهته بأية أدلة، إلا أن إجراء سماع الأقوال في حد ذاته يمكن أن يعتبر استجواباً من وجهة نظر القانون الأمريكي.

حيث تعرف المحكمة العليا الأمريكية الاستجواب بأنه: أي ممارسة للمساءلة من خلال كلمات أو أفعال تصدر من قبل الشرطة - من غير الحاضرين وقت القاء القبض على المتهم أو وقت تقييد حريته - والتي من المرجح وفي حدود المعقول أن تحدث استجابة يجرم فيه المشتبه به نفسه^(٣١). ولا شك من إمكانية انطباق هذا الوصف على سماع أقوال المتهم أو الموقوف في النظام السعودي. لذلك، يرى الباحث ضرورة التأكيد على أن يتم سماع أقوال المتهم في حال لا تأثير فيها على إرادته في إبداء أقواله.

ثانياً: ألا يتخذ من التزام المتهم للصمت دليلاً أو قرينة على ارتكابه للجريمة المنسوبة إليه

لم يحدد نظام الإجراءات الجزائية السعودي - ومع تعرضه لحالة امتناع المتهم عن الإجابة في كل من مرحلة التحقيق ومرحلة المحاكمة - الأثر المترتب على هذا الامتناع وما إذا كان بالإمكان أن يتخذ من هذا الصمت دليلاً أو قرينة على ارتكاب المتهم للجريمة المنسوبة إليه.

= خلال أربع وعشرين ساعة مع المحضر إلى المحقق الذي يجب عليه أن يستجوب المتهم المقبوض عليه خلال أربع وعشرين ساعة، ثم يأمر بتوقيفه أو الإفراج عنه". ويقصد بسماع الأقوال هنا: معرفة رأي المتهم حول الجريمة المرتكبة دون مناقشته أو مواجهته بالأدلة. (30) *Rhode Island v. Innis*, 446 U.S. 291 (1980).

(٣١) الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٤٢) وتاريخ ١٤٣٦/٣/٢١هـ.

جريمة تمس مصلحة الجماعة والتزم هذا المتهم الصمت، فيمكن للحاكم - أو من ينوبه كالقاضي - أن يفسر هذا الصمت كقرينة على ارتكاب المتهم لهذه الجريمة. أما أن التزم المتهم الصمت بعد توجيه تهمة له في جريمة تمس مصلحة الأفراد، فيجب أن يفسر هذا الصمت على أنه إقرار من المتهم بارتكاب هذه الجريمة خصوصاً بعد حلف المدعي لليمين، ذلك أن حقوق الأفراد مبنية على المشاحة (التركائي، ١٤٢٠هـ).

ويرى البعض الآخر من الفقهاء بأن يترك تقدير حكم التزام المتهم للصمت في جرائم القصاص والديات وجرائم التعزير للقاضي ناظر القضية وحسب ظروف وملابسات الدعوى المعروضة أمامه، فقد يعتبر المتهم ناكلاً عند سكوتة أو قد يرى إلزام المدعي بالإثبات (سلمان، ٢٠١٧م).

وبناء على ما سبق، وفي ظل غياب نص قانوني صريح يعطي للمتهم أو الموقوف الحق في التزام الصمت، يمكن القول بأن النظام السعودي وعلى الرغم من إقراره لمبدأ عدم جواز إكراه المتهم على تقديم الدليل ضد نفسه، إلا أنه وعلى خلاف ما هو معمول به في النظام الأمريكي لا يقر بشكل تام بحق المتهم في الصمت.

حيث إنه يمكن وبناء على آراء بعض فقهاء الشريعة الإسلامية - السابق بيانها أعلاه - أن يتخذ من صمت المتهم إقراراً أو قرينة على ارتكابه للجريمة المنسوبة إليه. الأمر الذي قد يفسر عدم تضمن نص المادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية السعودي للنص على حق المتهم أو الموقوف في التزام الصمت.

ويتفق الباحث جملة وتفصيلاً مع الرأي الفقهي القائل بأنه يجب ألا تنسب أية أقوال إلى المتهم الذي يلتزم الصمت حيال الأسئلة التي توجه إليه، أو أن يفسر صمته تفسيراً يضر بمصلحته، وذلك عملاً بالقاعدة الفقهية الشرعية التي تقول بأنه "لا ينسب لساكت قول" (سلمان، ٢٠١٧م).

وأما بالنسبة لقاعدة "السكوت في معرض الحاجة بيان"، فقد عمل الفقهاء بهذه القاعدة في بعض وليس جميع الحالات في مسائل الأحوال الشخصية والمسائل المدنية عندما اعتبروا السكوت إقراراً، كسكوت البكر عند قبض أبيها لمهرها إذناً منها له في قبضه (سلمان، ٢٠١٧م). ولكنهم لم يعتبروا السكوت إقراراً في حالات أخرى، كسكوت الزوجة عن زوجها العنين بعد معرفتها بمرضه، حيث يجوز لها في هذه الحالة طلب الطلاق مهما طال مدة الزواج (سلمان، ٢٠١٧م).

وبناء على ما سبق، يرى الباحث ضرورة أن يعترف المنظم السعودي صراحة بحق المتهم في الصمت، وأن يتم إعلام المتهم بهذا الحق وتمكينه منه في حال مطالبته به دون أن يفسر صمته تفسيراً يضر بمصلحته أو أن يتخذ منه إقراراً أو قرينة على ارتكابه للجريمة المنسوبة إليه.

إضافة إلى ذلك، يقترح الباحث أن يقوم المنظم السعودي بإقرار ما يسمى بصفقات الاتهام الجنائي^(٣). حيث ستسهم إمكانية عقد هذا النوع من الصفقات في الجرائم التعزيرية المتعلقة بالحق العام في تشجيع المتهمين المذنبين على الاعتراف بغية الاستفادة من الميزة أو الميزات التي يمكن أن تمنح لهم مقابل اعترافاتهم.

(٣٢) يمكن تعريف صفقة الاتهام الجنائي بأنها: "أي اتفاقية جنائية يتم عقدها بين المدعي العام والمتهم، يوافق الجاني بموجبها على الإقرار بمسؤوليته الجنائية عن تهمة معينة نظير حصوله في المقابل على ميزة أو بعض الامتيازات من قبل المدعي العام". فهي إما أن تشمل: (١) إقرار المتهم بمسؤوليته الجنائية عن تهمة أقل خطورة من التهمة المنسوبة إليه، أو إقراره بمسؤوليته عن تهمة واحدة من بين عدة تهم لقاء صرف النظر عن هذه التهم، أو (٢) إقرار المتهم بمسؤوليته الجنائية عن التهمة الأصلية مقابل الحصول على عقوبة مخفضة. انظر جلال بن هاشم سحلول، صفقات الاتهام الجنائي في القانون الأمريكي وإمكانية تطبيقها في النظام السعودي، مجلة جامعة الملك سعود (الحقوق والعلوم السياسية)، المجلد (٢٩) العدد (١)، يناير ٢٠١٧، ص ص ٥-٦.

المبحث الثالث:

الحق في الاستعانة بمحام

المطلب الأول: الحق في الاستعانة بمحام في القانون الأمريكي

تجدر الإشارة إلى أن حق الاستعانة بمحام الذي اعترفت به المحكمة العليا الأمريكية في قضية *Miranda v. Arizona* استناداً إلى مبدأ عدم مشروعية إكراه أي شخص على تقديم الدليل ضد نفسه والوارد في نص التعديل الخامس للدستور الأمريكي^(٣٣) يختلف عن حق الاستعانة بمحام المذكور صراحة في نص التعديل السادس للدستور الأمريكي.

حيث ينص التعديل السادس للدستور الأمريكي على أنه: "في جميع المحاكمات الجنائية، للمتهم الحق بأن يحاكم محاكمة سريعة وعلنية بواسطة هيئة محلفين غير متحيزة تابعة للولاية أو المقاطعة المحددة قانوناً والتي ارتكبت الجريمة فيها. وله الحق في أن يبلغ بسبب الاتهام وطبيعته، وفي أن يواجه الشهود الذين يشهدون ضده، وفي أن تتوفر له التسهيلات القانونية الجبرية لاستدعاء شهود لمصلحته، وفي أن يستعين بمحام للدفاع عنه".

فعلى الرغم من تداخل هذين الحقين أحياناً وعلى الرغم من اشتغال تحذير ميراندا على كل منهما، إلا أن هناك فارقاً أساسياً بينهما. حيث يقتصر حق الاستعانة بمحام المستمد من التعديل الخامس - وفق حكم المحكمة العليا الأمريكية في القضية أعلاه - على حالة الاستجواب التي تتم بعد احتجاز المشتبه به أو تقييد حريته وقبل توجيه الاتهام إليه بشكل رسمي سواء طلب هذا المشتبه به التحدث إلى محام قبل الاستجواب أو طلب حضور محام معه أثناءه^(٣٤).

أما حق الاستعانة بمحام الوارد في التعديل السادس فيضمن الحق في الاستعانة بمحام خلال "المراحل الحرجة أو

(٣٣) ينص التعديل الخامس للقانون الدستوري الأمريكي على أنه: "..... لا يجوز إكراه أي شخص في أية دعوى جنائية على أن يكون شاهداً ضد نفسه.....".

(34) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

المهمة" في الدعوى الجزائية، والتي تتضمن مرحلة المحاكمة وبعض الإجراءات السابقة لها والتي تتم بعد صدور قرار الاتهام كالاستدعاء إلى المحكمة، والاستجواب اللاحق للاتهام، ومفاوضات الاتهام الجنائي، والدخول في صفقات الاتهام الجنائي المبنية على هذه المفاوضات^(٣٥).

وتجدر الإشارة أيضاً إلى أن الحق في الحصول على محام على نفقة الدولة في النظام الأمريكي - في حال عدم توفر القدرة المالية للاستعانة بمحام - يشمل كلاً من الحق في الاستعانة بمحام المستمد من التعديل الخامس للدستور الأمريكي والحق في الاستعانة بمحام المستمد من التعديل السادس للدستور الأمريكي. فكلما الحقين دستوريان، والدولة ملزمة بموجب الدستور بتمكين مستحقيهما منها متى ما طالب بهما في حال كانت الجريمة المرتكبة جنائية Felony^(٣٦)، وبغض النظر عن حالته المادية.

المطلب الثاني: الحق في الاستعانة بمحام في النظام السعودي

يتفق النظام السعودي مع القانون الأمريكي تماماً في إقراره الصريح لحق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلتي التحقيق والمحاكمة. فكما ضمن التعديل السادس للدستور الأمريكي حق المتهم في الاستعانة بمحام في المراحل الحرجة من الدعوى الجزائية والتي غالباً ما تكون في مرحلتي التحقيق والمحاكمة، جاء نص المادة (١/٤) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي ليؤكد على أنه "يحق لكل متهم أن يستعين بوكيل أو محام للدفاع عنه في مرحلتي التحقيق والمحاكمة".

(٣٥) انظر *United States v. Wade*, 388 U.S. 218, 224 (1967).

United States v. Ash, 413 U.S. 300, 310 (1973).

(٣٦) الجنائية في النظام الأمريكي هي الجريمة التي يواجه المتهم بارتكابها

عقوبة حبس تزيد مدتها عن سنة. انظر *Powell v. Alabama*, 287

U.S. 45 (1932); *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938); *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 (1942); *Hamilton v. Alabama*, 368 U.S. 52 (1961); *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963); *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972);

Alabama v. Shelton, 535 U.S. 654 (2002).

ويتضح من نص المادة (١٣٩) أعلاه أنه وعلى الرغم من ربط النظام السعودي لحق الحصول على محام على نفقة الدولة - في حال عدم توفر المقدرة المالية للمتهم على الاستعانة بمحام - بالجرائم الكبيرة^(٣٨)، إلا أن النظام السعودي يختلف عن القانون الأمريكي في قصره لهذا الحق على مرحلة المحاكمة فقط.

ففيما يخص مرحلة التحقيق، بينت المادة (٦٥) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي أن: "للمتهم حق الاستعانة بوكيل أو محام لحضور التحقيق". وأضافت المادة (٧٠) من ذات النظام أنه: "ليس للمحقق - أثناء التحقيق - أن يعزل المتهم عن وكيله أو محاميه الحاضر معه. وليس للوكيل أو المحامي التدخل في التحقيق إلا بإذن من المحقق، وله في جميع الأحوال أن يقدم للمحقق مذكرة خطية بملحوظاته، وعلى المحقق ضم هذه المذكرة إلى ملف القضية".

وأما بالنسبة لمرحلة المحاكمة، فنصت المادة (١٣٩) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي على أنه: "يجب على المتهم في الجرائم الكبيرة أن يحضر بنفسه أمام المحكمة مع عدم الإخلال بحقه في الاستعانة بمن يدافع عنه، وإذا لم يكن لديه المقدرة المالية في الاستعانة بمحامٍ، فله أن يطلب من المحكمة أن تنوب له محامياً للدفاع عنه على نفقة الدولة وفقاً لما تبينه اللائحة. أما في الجرائم الأخرى فيجوز له أن ينيب عنه وكيلاً أو محامياً لتقديم دفاعه، وللمحكمة في كل الأحوال أن تأمر بحضوره شخصياً أمامها"^(٣٩).

(٣٧) تنص المادة (٩٦) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية على الآتي: "(١) إذا رغب المتهم في الجرائم الكبيرة نوب محامٍ للدفاع عنه على نفقة الدولة - استناداً إلى المادة (التاسعة والثلاثين بعد المائة) من النظام - فيقدم لإدارة المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى طلباً كتابياً بذلك، يشتمل على اسمه كاملاً ورقم هويته ورقم قيد الدعوى المقامة ضده، وتاريخه، ونوع التهمة المسندة إليه، ويفصح في الطلب عن مصادر دخله ومقداره، ويُصرّح فيه بعدم قدرته المالية على الاستعانة بمحامٍ، وأنه إن ثبتت قدرته المالية فللدولة الرجوع عليه بما تدفعه من أتعاب للمحامي، ويقيد الطلب ويحال فوراً إلى الدائرة القضائية المختصة بنظر الدعوى. (٢) تقوم الدائرة بدراسة طلب المتهم نوب محامٍ للدفاع عنه، والتحقق من عدم قدرته على الاستعانة بمحامٍ، ولها أن تجري ما تشاء من التحريات اللازمة عن ملائته، وعلى جميع الجهات ذات العلاقة التعاون معها في ذلك. (٣) تُصدر الدائرة قرارها بقبول طلب المتهم نوب محامٍ، أو برفضه، ويكون قرارها في الحالتين مسيئاً ونهائياً، ويكتفى بضبطه في ضبط الدعوى. (٤) إذا رفضت الدائرة طلب النوب فيبلغ المتهم بذلك مشافهة، وتسير الدائرة في الدعوى بمواجهته مباشرة، مع عدم الإخلال بحقه في الاستعانة بمن يدافع عنه على نفقته. (٥) يكون قرار الدائرة بالنوب دون تسمية المحامي، وتبعث كتاباً

- للووزارة تحدد فيه موعد الجلسة لتسمية محامٍ، فإن اعتذر المحامي بعد تسميته كلفت الوزارة غيره. (٦) إذا حضر المحامي مع المتهم في الجلسة فيدون توكيله في ضبط الدعوى، فإن امتنع المتهم عن التوكيل دون سبب تقبله الدائرة، سقط حقه في طلب نوب محامٍ".
- (٣٨) يحصر قرار وزير الداخلية رقم (٢٠٠٠) الصادر بتاريخ ١٠/٦/١٤٣٥هـ الجرائم الكبيرة في الآتي:
- ١- جرائم الحدود المعاقب عليها بالقتل أو القطع.
 - ٢- جرائم قتل العمد، أو شبه العمد.
 - ٣- جرائم الإرهاب وتمويله والجرائم المخلة بالأمن الوطني.
 - ٤- الجرائم المعاقب عليها بسجن يزيد حده الأعلى عن سنتين الواردة في الأنظمة الآتية: (أ) نظام مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية. (ب) نظام الأسلحة والذخائر. (ت) النظام الجزائي الخاص بتزيف وتقليد النقود. (ث) النظام الجزائي لجرائم التزوير. (ج) نظام مكافحة الرشوة. (ح) نظام عقوبات انتحال صفة رجل السلطة العامة. (خ) نظام مكافحة غسل الأموال. (د) نظام مكافحة جرائم المعلوماتية. (ذ) نظام التعاملات الإلكترونية. (ر) نظام المتفجرات والمفرقات. (ز) نظام مكافحة جرائم الاتجار بالأشخاص. (س) النظام العام للبيئة. (ش) نظام تنفيذ اتفاقية حظر استحداث وإنتاج وتخزين واستعمال الأسلحة الكيميائية وتدمير تلك الأسلحة. (ص) نظام استيراد المواد الكيميائية وإدارتها. (ض) الأفعال المنصوص عليها في الفقرات (٢)، (٣)، (٤)، (٥)، (٧) من المادة الثانية والثلاثين من نظام وحدات الإخصاب والأجنة وعلاج العقم، إذا رأت لجنة النظر في أحكام هذا النظام أن الفعل يستوجب عقوبة السجن. (ط) نظام السجن والتوقيف.
 - ٥- كل جريمة ورد بشأنها نص خاص في النظام بأنها من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف.
 - ٦- الأفعال المنصوص عليها في المادة (١١٨) المعدلة من نظام الأوراق التجارية، ما لم يقيم صاحب الشيك بسداد قيمته، أو في حالة الصلح، أو التنازل بين الأطراف.

فعلى الرغم من اختلاف الدور الذي يؤديه المحامي في كل من مرحلتى التحقيق والمحاكمة^(٣٩)، إلا أن مرحلة التحقيق لا تقل أهمية عن مرحلة المحاكمة كونها تشكل المرحلة التي "تحدد فيها معالم الواقعة الجنائية وترسم صورتها على نحو يصبح من العسير التخلص من تأثيرها فيما بعد" (الدوه، ٢٠١٧م).

وبناء على ذلك، وفي حال تم إقرار حق المتهم في الاستعانة بمحام على نفقة الدولة في كل من مرحلة التحقيق ومرحلة المحاكمة في الجرائم الكبيرة - في حال لم تكن لديه المقدرة المادية على توفير محام - يرى الباحث ضرورة أن يتم إعلام المتهم بهذا الحق أيضاً.

المبحث الرابع:

الأثر المترتب على عدم تعريف المتهم أو الموقوف بحقوقه

المطلب الأول: الأثر المترتب على عدم إعطاء تحذير ميراندا

ينشأ واجب إعطاء تحذير ميراندا وفقاً لحكم المحكمة العليا الأمريكية في *Miranda v. Arizona* عند احتجاز المشتبه به من قبل الشرطة - سواء كان مقبوضاً عليه أم لا - وقبل استجوابه. ولم يتطلب حكم المحكمة في القضية أعلاه والذي سبق الإشارة إليه ولا التعديل الخامس للدستور الأمريكي أن يكون التحذير شرطاً من شروط صحة عملية القبض أو الاحتجاز أو التحقيق.

ويرى الباحث أنه وكما ضمن النظام السعودي للمتهم الحق في الاستعانة بمحام في مرحلتى التحقيق والمحاكمة ابتداءً، فكان من الأجدر أن يتم تمكين هذا المتهم وبغض النظر عن قدرته المادية من هذا الحق في كلتي هاتين المرحلتين وليس فقط مرحلة المحاكمة.

- ٧- اختلاس الأموال العامة، أو أموال الأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة، أو الشركات أو المؤسسات التي تقوم بإدارة وتشغيل المرافق العامة أو تقوم بمباشرة خدمة عامة، أو أموال الشركات المساهمة أو الشركات التي تساهم الدولة في رأس مالها، أو البنوك أو الشركات أو المؤسسات الفردية التي تزاوّل أعمالاً مصرفية، ما لم يُرد المبلغ المختلس.
- ٨- قضايا الاحتيال المالي، ما لم يتم إنهاء الحقوق الخاصة.
- ٩- الاعتداء عمداً على ما دون النفس إذا نتج عنه زوال عضو، أو تعطيل منفعة أو جزء منها، أو إصابة مدة الشفاء منها تزيد عن خمسة عشر يوماً ما لم يتنازل صاحب الحق الخاص.
- ١٠- الاعتداء عمداً على الأموال أو الممتلكات العامة أو الخاصة بأي وسيلة من وسائل الإتلاف بما يزيد قيمة التالف عن خمسة آلاف ريال، ما لم يتم سداد قيمة التالف أو يتنازل صاحب الحق الخاص.
- ١١- الاعتداء على أحد الوالدين بالضرب ما لم يحصل تنازل.
- ١٢- انتهاك حرمة المنازل بالدخول فيها بقصد الاعتداء على النفس، أو العرض، أو المال.
- ١٣- السرقة غير الحدية التي ترتكب من أكثر من شخص.
- ١٤- سرقة السيارات.
- ١٥- القوادة، أو إعداد أماكن للدعارة.
- ١٦- صنع أو ترويع المسكرات، أو تهريبها، أو حيازتها بقصد الترويع.
- ١٧- حوادث السير أثناء قيادة المركبة تحت تأثير المسكر أو المخدر أو المؤثر العقلي، أو التفحيط، أو قيادة المركبة في اتجاه معاكس لحركة السير، أو تجاوز إشارة المرور الضوئية أثناء الضوء الأحمر، إذا نتج عنها وفاة أو زوال عضو، أو تعطيل منفعة أو جزء منها، أو إصابة مدة الشفاء منها تزيد عن خمسة عشر يوماً.
- ١٨- الاعتداء على رجل السلطة العامة أثناء مباشرته مهام وظيفته، أو الإضرار بمركبته الرسمية، أو بما يستخدمه من تجهيزات.
- ١٩- استعمال، أو إشهار السلاح الناري بقصد الاعتداء أو التهديد به.
- ٢٠- جرائم الابتزاز، وانتهاك الأعراض بالتصوير، أو النشر، أو التهديد بالنشر.

(٣٩) فإن كانت المرافعة والمدافعة عن المتهم تشكل الدور الأساسي للمحامي في مرحلة المحاكمة وفقاً لنص المادة (١٣٩) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي، فإن دوره في مرحلة التحقيق يتمثل في الإرشادات والنصائح التي يقدمها للمتهم قبل هذه المرحلة، وفي إمكانية تدخله في التحقيق إن كان هنالك موجباً لذلك بعد الحصول على إذن من المحقق، وفي تقديم مذكرات خطية تتضمن ملاحظاته لتضم إلى ملف القضية بعد التحقيق، وذلك حسب ما جاءت به المادة (٧٠) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي.

الاستثناءات التي تمنع من الاحتجاج بهذه القاعدة، وذلك وفقاً للتفصيل التالي.

أولاً: الشروط الواجب توافرها والإجراءات الواجب اتباعها للاحتجاج بقاعدة ميراندا (أ) الشروط

يجب وحتى يتمكن المشتبه به المحتجز أو المتهم في قضية جنائية^(٤٢) من الطعن بعدم مشروعية الإفادة الصادرة منه^(٤٣) وفقاً لقاعدة ميراندا:

- ١- أن يكون قد تم التحصل على الإفادة أثناء كون هذا المشتبه به أو المتهم رهن الاحتجاز^(٤٤).
- ٢- أن تكون هذه الإفادة نتيجة استجواب^(٤٥).
- ٣- أن يكون الاستجواب قد تم من قبل ممثل الولاية صاحبة الاختصاص^(٤٦).

(٤٢) حيث إن الحماية التي توفرها قاعدة عدم إجبار الشخص على تقديم الدليل ضد نفسه - والواردة التعديل الخامس للدستور الأمريكي - لا تسري إلا على القضايا الجنائية.

(٤٣) يمكن تعريف هذه الإفادات بأنها أي وسيلة اتصال أو تعبير يتم من خلالها نقل أو تأكيد أو الكشف عن معلومة أو واقعة معينة صراحة أو ضمناً. انظر (Doe v. United States, 487 U.S. 201 (1988)).

(United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967)).

(٤٤) (Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966))، ويقصد بالاحتجاز هنا إلقاء القبض على المشتبه به أو تقييد حريته لدرجة تقترب من حالة إلقاء القبض عليه. انظر (Stansbury v. California, 114 S. Ct. 1526 (1994)).

(New York v. Quarles, 467 U.S. 649, 655 (1984)).

(٤٥) (Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1980))، وقد عرفت المحكمة العليا الأمريكية الاستجواب بأنه: أي ممارسة للمساءلة من خلال كلمات أو أفعال تصدر من قبل الشرطة - من غير الحاضرين وقت إلقاء القبض على المتهم أو وقت احتجازه - والتي من المرجح وفي حدود المعقول أن تحدث استجابة يحرم فيه المشتبه به نفسه. انظر (Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1980)).

(Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964); Illinois v. Perkins, 110 S. Ct. 2394 (1990)).

وبناء على ذلك، فإن الأثر المترتب على عدم إعطاء تحذير ميراندا ينحصر فقط في عدم إمكانية استخدام الإفادات التي يقدمها المشتبه به المحتجز أو المتهم كدليل ضده في المحاكمة، حيث تعرف هذا القاعدة - وكما أسلفنا - بقاعدة ميراندا.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه وعلى الرغم من عدم مشروعية استخدام الادعاء العام للإفادات المتحصل عليها - خلافاً لأحكام قاعدة ميراندا - كدليل ضد مقدميها في المحاكمة، إلا أن ذلك لا يمنع من استخدامها لأغراض التشكيك أو الطعن في صحة أقوالهم التي يقدمونها أمام المحكمة متى ما تناقضت مع تلك الإفادات^(٤٧).

إضافة إلى ذلك، فإنه يمكن استخدام الأدلة المستمدة من أو المبنية على الإفادة التي يقدمها المتهم خلافاً لأحكام قاعدة ميراندا^(٤٨). حيث إن قاعدة ميراندا وبناء على ما سبق من أحكام لا تسري عليها. فلو تم مثلاً استجواب متهم في جريمة سرقة دون إعطائه تحذير ميراندا، وقام هذا الأخير بتحديد المكان الذي تم إخفاء المسروقات فيه، ثم قامت الشرطة وبناء على ذلك بإيجاد هذه المسروقات. وتم بعد ذلك رفع البصمات عنها ووجد بأنها مطابقة تماماً لبصمات المشتبه به، فلا يمكن في هذه الحالة - ووفقاً لقاعدة ميراندا - استخدام الإفادة التي قدمها المشتبه به عن مكان المسروقات كدليل ضده في المحاكمة، إلا أنه لا يوجد في المقابل ما يمنع من الاحتجاج أمام المحكمة بالمسروقات التي تحمل بصماته كدليل منفصل عن الإفادة المخالفة.

وتجدر الإشارة إلى أن هنالك مجموعة من الشروط التي ينبغي توافرها، والإجراءات التي يجب اتباعها لتحقيق الأثر المترتب على مخالفة قاعدة ميراندا. كما أن هناك بعض

(٤٠) انظر (Harris v. New York, 401 U.S. 222 (1971)).

(٤١) (United States v. Patane, 542 U.S. 630 (2004)). انظر أيضاً أحمد

عوض بلال، قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة،

٢٠٠٣م، ص ٣١١.

(ب) الإجراءات

يتوجب على المتهم ووفقاً للمادة (c)(3)(b) 12 من قانون الإجراءات الجزائية الفيدرالي أن يقدم طلباً باستبعاد هذا الدليل (الإفادة) قبل المحاكمة، وإلا كان طلبه عرضة لصرف النظر أمام المحكمة. حيث يتم إخبار المتهم بعد صدور قرار الاتهام بنية الادعاء العام في استخدام هذا الدليل ضده في المحاكمة، وذلك لإعطائه الفرصة للاعتراض عليه أمامه^(٤٧). كما يمكن للمتهم ولذات السبب أن يطلب من الادعاء العام إشعاراً عن أي دليل قد يستخدم ضده في المحاكمة^(٤٨).

بعد ذلك، تقوم المحكمة بتحديد مهلة زمنية ليتمكن جميع أطراف القضية من تقديم طلباتهم التي تسبق المحاكمة، فإن لم تحدد المحكمة وقتاً لانتهاه هذه المهلة فإنها تنتهي بالبدا في المحاكمة^(٤٩). وتجدر الإشارة إلى ضرورة تقديم سبب مقنع للمحكمة في حال تفويت ميعاد تقديم الطلب حتى يتم أخذه في الاعتبار^(٥٠). أخيراً، يتوجب على المحكمة بدورها - وبعد استيفاء هذه الإجراءات - النظر في هذا الطلب والفصل فيه بالقبول أو الرفض قبل المحاكمة، ما لم تر موجباً لخلاف ذلك^(٥١).

ثانياً: الاستثناءات الواردة على قاعدة ميراندا

تطبق قاعدة ميراندا في حال توفر الشروط والالتزام بالإجراءات أعلاه، إلا إذا أثبت الادعاء العام أن الإفادة التي قدمها المشتبه به - خلافاً لما تقضيها قاعدة ميراندا - صحيحة ومقبولة كدليل في المحاكمة لكونها تشكل أحد حالات الاستثناء الثلاثة الواردة على هذه القاعدة والمتمثلة فيما يلي^(٥٢).

(أ) الأسئلة الروتينية المتعلقة بعملية إلقاء القبض أو الاحتجاز

فلا تعتبر هذه الأسئلة استجواباً - وفقاً لأغراض قاعدة ميراندا - لأنه من غير الممكن أن ينتج عنها ردود تجريبية يجرم بها المشتبه بهم أنفسهم^(٥٣). ومن الأمثلة الواردة على هذه الأسئلة: ما اسمك؟ أين تسكن؟ ماذا تعمل؟ ما هو تاريخ ميلادك؟^(٥٤)

(ب) أسئلة المخبرين السريين في السجن

فلا يجب مثلاً على المخبر السري الذي يتظاهر بأنه زميل لأحد المشتبه بهم في السجن أن يعطيه تحذير ميراندا قبل أن يطرح عليه أية أسئلة يمكن أن ينتج عنها ردود تجريبية، وذلك لأنه لا يوجد سبب لافتراض إمكانية حدوث أي إكراه واقع على هذا المشتبه به من قبل الشرطة^(٥٥).

(ج) اعتبارات السلامة العامة

يعتبر هذا الاستثناء مبرراً يميز الخروج عن العمل بمضمون قاعدة ميراندا في الظروف التي تشكل خطراً وشيكاً على السلامة العامة أو تهديداً لها، وعندما يكون هنالك سبب معقول للاعتقاد بوجود معلومة لدى المشتبه به يمكن لها أن تنهي حالة خطر قائمة^(٥٦).

حيث أقرت المحكمة العليا الأمريكية في قضية *New York v. Quarles*^(٥٧) العمل بهذا الاستثناء عندما قبلت إفادة استخرجها رجل شرطة من مشتبه به في جريمة اغتصاب دون أن يعطيه تحذير ميراندا. فعند قيام رجل الشرطة باعتقال

(٥٣) انظر *Pennsylvania v. Muniz*, 496 U.S. 582 (1990).(٥٤) المرجع السابق *MirandaWarning.org*.(٥٥) انظر *Illinois v. Perkins*, 496 U.S. 292 (1990).(٥٦) *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649, 655 (1984). انظر أيضاًBenoit, Carl A. "The 'Public Safety' Exception to *Miranda*", FBI law enforcement bulletin, February 2011

(57) 467 U.S. 649 (1984).

(47) Fed. R. Crim. P. (12)(b)(4)(a).

(48) Fed. R. Crim. P. (12)(b)(4)(b).

(49) Fed. R. Crim. P. (12)(c)(1).

(50) Fed. R. Crim. P. (12)(c)(3).

(51) Fed. R. Crim. P. (12)(d).

(52) *What are the exceptions to Miranda?* *MirandaWarning.org*, available at: <http://www.mirandawarning.org/exceptionstomiranda.html>.

هذا المشتبه به في متجر كبير وأثناء تقييده له وجد حافظة مسدس فارغة ومن ثم سأله "أين المسدس؟"، فأشار المشتبه إليه برأسه إلى مكان المسدس وقال: "المسدس هناك"^(٥٨).

وقد قبلت المحكمة العليا الأمريكية هذه الإفادة الصادرة من المشتبه به - خلافاً لما تقضيه قاعدة ميراندا - كدليل ضد المشتبه به في المحاكمة معللة ذلك بضرورة تقديم اعتبارات السلامة العامة على التقييد باللغة الحرفية للقواعد الوقائية المنصوص عليها في ميراندا^(٥٩).

ووفقاً لهذا الاستثناء، وحتى تكون الإفادة المتحصل عليها من المشتبه به - خلافاً لأحكام قاعدة ميراندا - مقبولة في المحاكمة يجب أن تتوفر ثلاثة شروط وهي^(٦٠):

- ١ - ألا يتم فرض أي أسئلة بالقوة على المشتبه به من قبل الشرطة.
- ٢ - أن تكون الأسئلة دقيقة ومحدودة وتهدف إلى إنهاء حالة الخطر الذي يهدد السلامة العامة.
- ٣ - أن يكون الدافع الفعلي من ورائها هو القلق المعقول على السلامة العامة.

المطلب الثاني: الأثر المترتب على عدم تعريف المتهم أو الموقوف بحقوقه في النظام السعودي

سبق الإشارة إلى أن عدم إعطاء تحذير ميراندا في النظام الأمريكي يعني عدم إمكانية استخدام الإفادات التي يقدمها المتهم المقبوض عليه أو المحتجز - والمتحصل عليها خلافاً لأحكام قاعدة ميراندا - كدليل ضده في المحاكمة، دون أن يكون لذلك أي تأثير على صحة عملية القبض أو الاحتجاز أو التحقيق أو على استخدام الأدلة المستمدة منها أو المبنية على هذه الإفادات.

فهل لعدم القيام بإعلام المتهم المقبوض عليه أو الموقوف بحقوقه الواردة في نص المادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية السعودي^(٦١) أي تأثير على صحة إجراءات القبض أو سماع الأقوال أو الاستجواب أو على مشروعية الاستناد إلى إفاداته كدليل ضده في المحاكمة؟

بمعنى آخر، هل يستطيع المتهم المقبوض عليه أو الموقوف في النظام السعودي الطعن في مشروعية الاستناد إلى إفاداته كدليل ضده في المحاكمة في حال لم يتم إعلامه بحقوقه الواردة في نص المادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية السعودي؟

لم يحدد نص المادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية السعودي أي أثر قانوني يترتب على مخالفة حكم الوجوب الوارد فيه، حيث ذكرت المادة أنه: "يجب أن يعرف المتهم عند القبض عليه أو توقيفه بما يأتي". ولم يتضمن نظام الإجراءات الجزائية السعودي أو لائحته التنفيذية أي أثر صريح يمكن أن يترتب على هذه المخالفة، وذلك مع عدم الإخلال بإمكانية مساءلة المتسبب في هذه المخالفة تأديبياً.

إلا أنه وبالرجوع إلى الأحكام العامة للبطلان^(٦٢) المقررة في نظام الإجراءات الجزائية السعودي نجد أن البطلان في هذا النظام ينقسم إلى قسمين.

(٦١) والتي تنص على أنه "يجب أن يعرف المتهم عند القبض عليه أو توقيفه بما يأتي:

(أ) أسباب القبض عليه أو توقيفه.

(ب) حقه في الاستعانة بوكيل أو محام في مرحلتي التحقيق والمحاكمة.

(ج) حقه في الاتصال بمن يرى إبلاغه بالقبض عليه أو توقيفه.

ويؤخذ توقيع المتهم بما يفيد علمه بحقوقه المذكورة أعلاه، فإن

رفض التوقيع فيحرر محضر بذلك".

(٦٢) يمكن تعريف البطلان بأنه: "جزاء لتخلف كل أو بعض شروط

صحة الإجراء الجنائي، ويترتب عليه عدم إنتاج الإجراء آثاره =

(58) New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984).

(٥٩) المرجع السابق.

(٦٠) Benoit، المرجع السابق.

(أ) بطلان مطلق

حيث تنص المادة (١٨٨) من نظام الإجراءات الجزائية السعودي: "إذا كان البطلان راجعاً إلى عدم مراعاة الأنظمة المتعلقة بولاية المحكمة من حيث تشكيلها أو اختصاصها بنظر الدعوى، فيتمسك به في أي حال كانت عليها الدعوى، وتقضي به المحكمة ولو بغير طلب".

وهذا النوع من البطلان متعلق بالنظام العام ولا يقبل التصحيح، ويجوز الدفع به في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية، بل ويجب على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وإن لم يطلب أحد الخصوم ذلك (حسني، ٢٠١٣م).

(ب) بطلان نسبي

وهو البطلان الذي تملك المحكمة سلطة تقديرية في تقريره، وهذا النوع من البطلان وعلى العكس من البطلان المطلق غير متعلق بالنظام العام (شناق، ٢٠١٥م).

وقد أقر المنظم السعودي هذا النوع من البطلان في المادتين (١٨٩) و (١٩١) من نظام الإجراءات الجزائية. حيث تنص المادة (١٨٩) من النظام على أنه: "في غير ما نص عليه في المادة الثامنة والثمانين بعد المائة من هذا النظام، إذا كان البطلان راجعاً إلى عيب في الإجراء يمكن تصحيحه، فعلى المحكمة أن تصحيحه. وإن كان راجعاً إلى عيب لا يمكن تصحيحه، فتحكم ببطلانه".

= المعتادة في القانون" محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م، ص ٣٩٤. ويمكن تعريفه أيضاً بأنه: "جزاء إجرائي يستهدف كل عمل إجرائي لا يتوافر فيه عنصر أو أكثر من العناصر الجوهرية التي يستلزمها فيه ويترتب عليه عدم إنتاجه لأناره القانونية التي ترتبها القاعدة الإجرائية". فهد نايف الطريسي، البطلان في نظام الإجراءات الجزائية السعودي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد (٦٣)، أغسطس ٢٠١٧م، ص ٤٨٥، نقلاً عن عبدالفتاح مصطفى الصنفي، النظرية العامة للقاعدة الإجرائية الجنائية، دار البحري إخوان، بيروت، ١٩٧٤م، ص ٩٧.

وتنص المادة (١٩١) من ذات النظام على أنه: "إذا وجدت المحكمة أن في الدعوى عيباً جوهرياً لا يمكن تصحيحه، فعليها أن تصدر حكماً بعدم سماع هذه الدعوى. ولا يمنع هذا الحكم من إعادة رفعها إذا توافرت الشروط النظامية". وهناك ثلاثة معايير يتعين على المحكمة أخذها في الاعتبار عند تقرير ما إذا كان العيب جوهرياً أم لا، وهي (شناق، ٢٠١٥م):

١- معيار الغاية من الإجراء: كأن يوجد غاية معينة يحرص المنظم على تحقيقها كعلانية جلسات المحاكمة مثلاً.
٢- معيار تعلق الإجراء بالمصلحة العامة: في حال كان الإجراء يحمي المصلحة العامة كقاعدة عدم جواز إنابة رجل الضبط الجنائي في الاستجواب مثلاً.

٣- معيار تعلق الإجراء بحقوق الدفاع: كالاقراراف بحقه في الدفاع عن نفسه أو في الاستعانة بمحام. إذن، فالسؤال التي يجب أن يسأل هنا هو: هل يعتبر العيب الذي يشوب إجراء القبض وما يليه من إجراءات سماع أقوال واستجواب والمتمثل في عدم إعلام المتهم أو الموقوف بحقوقه الواردة في نص المادة (٢٢) من اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية السعودي - وبالتحديد ولأغراض هذه الدراسة حقه في الاستعانة بمحام في مرحلتي التحقيق والمحاكمة - جوهرياً؟ وإذا لم يكن جوهرياً فهل هو قابل للتصحيح أم لا؟

لا يرى الباحث أن مجرد عدم إعلام المتهم بحقه في الاستعانة بمحام يشكل في حد ذاته عيباً جوهرياً لأغراض المادة (١٩١) أعلاه، وإن كان يمس حقوق الدفاع، لأن المحكمة تستطيع تصحيح هذا العيب - إن رأت ذلك - بإعلام المتهم بهذا الحق، وتمكينه منه إن طالب به.

إذن، فيمكن القول بأن هذا العيب يدخل من ضمن العيوب المنصوص عليها في المادة (١٨٩) من نظام الإجراءات الجزائية.

وبناء على ذلك، فإن افترضنا بأن هذا العيب غير قابل للتصحيح، فيتوجب على المحكمة عندئذ - ووفقاً للمادة (١٨٩) أعلاه - الحكم ببطالان إجراء القبض وما يليه من إجراءات سماع أقوال واستجواب، الأمر الذي سيؤدي بالضرورة إلى بطلان أية إفادات ناتجة عن هذه الإجراءات وبالتالي عدم إمكانية استخدامها كدليل للإدانة في المحاكمة.

أما إذا كان هذا العيب قابلاً للتصحيح - وهو الاحتمال الأرجح والأنسب من وجهة نظر الباحث لتحقيق إمكانية أن يتم تعريف المتهم بحقه في الاستعانة بمحام واستجوابه مرة أخرى من قبل المحكمة - فعلى المحكمة أن تحكم بسلامة إجراءات القبض وسماع الأقوال والاستجواب، مع تصحيح هذا العيب بإعلام المتهم بحقه في الاستعانة بمحام في مرحلة المحاكمة وتمكينه من هذا الحق في حال مطالبته به، والبدء في استجوابه من جديد من قبلها.

ووفقاً لذلك، وفي ظل غياب نص قانوني يعترف صراحة للمتهم بحقه في التزام الصمت وفي الاستعانة بمحام في مرحلتي التحقيق والمحاكمة على نفقة الدولة في حالة عدم توفر المقدرة المالية له على الاستعانة به، ويمنع من أن يتم استخدام أقوال المتهم الذي لم يتم تعريفه بهذه الحقوق أو تمكينه من استعمالها كدليل ضده في المحاكمة، لا يمكن للمتهم في النظام السعودي أن يدعي عدم مشروعية الاستناد إلى هذه الأقوال ما لم يثبت أنها كانت نتيجة إكراه.

وبناء على ما سبق، ولضمان أن يتم إعلام المتهم في النظام السعودي بحقه في التزام الصمت (المقترح في هذه الدراسة) وحقه في الاستعانة بمحام في مرحلتي التحقيق والمحاكمة على نفقة الدولة (المقترح في هذه الدراسة) وأن يتم تمكينه من هذين الحقين، وحتى يستطيع المتهم التمسك بعدم مشروعية الاستناد إلى أقواله التي يلبي بها دون إعلامه بهذين الحقين أو دون تمكينه منهما كما هو الحال في النظام الأمريكي، يرى الباحث ضرورة أن

يقوم المنظم السعودي - وبعد أن يعترف صراحة بهذين الحقين للمتهم - بإقرار نفس الأثر المترتب على عدم إعلام المتهم بهما في القانون الأمريكي والمتمثل في: عدم إمكانية استخدام الإفادات التي يقدمها المتهم - الذي لم يتم إعلامه بحقه في التزام الصمت وفي الاستعانة بمحام في مرحلتي التحقيق والمحاكمة، أو الذي لم يتم تمكينه من استعمال هذين الحقين عند مطالبته بهما، أو الذي لم يتنازل وبمحض إرادته الحرة والواعية عن هذين الحقين - كدليل ضده في المحاكمة، مع الاحتفاظ بحق التشكيك أو الطعن في صحة أقواله التي يقدمها أمام المحكمة متى ما تناقضت مع تلك الإفادات، وحق استخدام الأدلة المستمدة من أو المبنية على هذه الإفادات.

ذلك أن استمرار القول بمشروعية استخدام هذه الإفادات كدليل ضد المتهم في المحاكمة هو أمر يتناقض مع الغرض الرئيس من إجراء التصحيح، والمتمثل في تصحيح حالة الانتهاك التي تمت لحقوق الدفاع، والمتمثلة في استجواب المتهم دون أن يكون قد تم تعريفه بحقه في التزام الصمت وفي الاستعانة بمحام، أو تمكينه من استعمال هذين الحقين، أو دون الحصول على تنازل صريح منه عن استعمال هذين الحقين. فلا يكون التصحيح منتجاً أو ذا قيمة قانونية معتبرة - من وجهة نظر الباحث - إلا بمنع إمكانية استخدام هذه الإفادات كدليل ضد المتهم في المحاكمة.

الخاتمة

تخلص هذه الدراسة إلى النتائج والتوصيات التالية.

النتائج

- ١ - يسهم كل من تحذير ميراندا والتبصير المقابل له في النظام السعودي في أن يتم تعريف المشتبه بهم أو المتهمين بحقوقهم المكفولة لهم نظاماً وفي أن يتم تمكينهم من استعمال هذه الحقوق.

• ثالثاً: لضمان أن يتم إعلام المتهم في النظام السعودي بحقه في التزام الصمت (المقترح في هذه الدراسة) وحقه في الاستعانة بمحام في مرحلتي التحقيق والمحاكمة على نفقة الدولة (المقترح في هذه الدراسة) وأن يتم تمكينه من هذين الحقين، وحتى يستطيع المتهم التمسك بعدم مشروعية الاستناد إلى أقواله التي يدلي بها دون إعلامه بهذين الحقين أو دون تمكينه منها كما هو الحال في النظام الأمريكي، يرى الباحث ضرورة أن يقوم المنظم السعودي بإقرار نفس الأثر المترتب على عدم إعلام المتهم بهما في القانون الأمريكي والمتمثل في: عدم إمكانية استخدام الإفادات التي يقدمها المتهم - الذي لم يتم إعلامه بحقه في التزام الصمت وفي الاستعانة بمحام في مرحلتي التحقيق والمحاكمة، أو الذي لم يتم تمكينه من استعمال هذين الحقين عند مطالبته بهما، أو الذي لم يتنازل وبمحض إرادته الحرة والواعية عن هذين الحقين - كدليل ضده في المحاكمة، مع الاحتفاظ بحق التشكيك أو الطعن في صحة أقواله التي يقدمها أمام المحكمة متى ما تناقضت مع تلك الإفادات، وحق استخدام الأدلة المستمدة من أو المبنية على هذه الإفادات.

• رابعاً: يخضع تطبيق الأثر المترتب على عدم إعلام المتهم بحقه في التزام الصمت وفي الاستعانة بمحام المحدد في التوصية الثالثة أعلاه لجميع الشروط والإجراءات والاستثناءات الوارد ذكرها في المطلب الأول من المبحث الرابع من هذه الدراسة وبما يتناسب مع أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية في المملكة.

• خامساً: يوصي الباحث بأن يقوم المنظم السعودي بإقرار ما يسمى بصفقات الاتهام الجنائي السابق الإشارة إليها في الدراسة. حيث ستسهم إمكانية عقد هذا النوع من الصفقات في الجرائم التخيرية المتعلقة بالحق العام في تشجيع المتهمين المذنبين على الاعتراف بغية الاستفادة من الميزة أو الميزات التي يمكن أن تمنح لهم مقابل اعترافهم.

٢- لا يقر النظام السعودي وعلى خلاف ما هو معمول به في النظام الأمريكي بحق المتهم في التزام الصمت بشكل تام، ويتفق كل من النظامين على الاعتراف للمتهم بحقه في عدم جواز إكراهه على تقديم الدليل ضد نفسه بأية وسيلة كانت.

٣- يقر كل من النظامين الأمريكي والسعودي بحق المتهم في الاستعانة بمحام في مرحلتي التحقيق والمحاكمة، ويختلف النظام الأمريكي مع النظام السعودي في ضمانه للمتهم لحق الحصول على محام على نفقة الدولة في مرحلتي التحقيق والمحاكمة. في حين كفل النظام السعودي هذا الحق للمتهم أو الموقوف في مرحلة المحاكمة فقط متى كانت الجريمة المرتكبة من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف.

٤- يشكل الأثر المترتب على عدم إعلام المتهم بحقوق ميراندا في القانون الأمريكي ضماناً وحافزاً قوياً لأن يتم إعلام المشتبه به المحتجز بهذه الحقوق وأن يتم تمكينه من استعمالها.

التوصيات

بناء على ما تقدم في هذه الدراسة، ولغرض تعزيز حماية الحقوق الأساسية المكفولة للمتهم في النظام السعودي، يوصي الباحث بالآتي:

- أولاً: ضرورة أن يعترف المنظم السعودي صراحة بحق المتهم في الصمت في جميع مراحل الدعوى الجزائية وأن يتم إعلام المتهم بهذا الحق.
- ثانياً: ضرورة إقرار حق المتهم في الاستعانة بمحام على نفقة الدولة في مرحلتي التحقيق والمحاكمة إن لم تكن لديه المقدرة المادية على الاستعانة بمحام، متى كانت الجريمة المرتكبة من الجرائم الكبيرة الموجبة للتوقيف.

المراجع

أولاً: المراجع العربية

١- الكتب

بلال، أحمد عوض (٢٠٠٣م). قاعدة استبعاد الأدلة المتحصلة بطرق غير مشروعة في الإجراءات الجنائية المقارنة.

ط٢، القاهرة: دار النهضة العربية، ص ٣١١.

التركماني، عدنان خالد (١٤٢٠هـ). الإجراءات الجنائية الإسلامية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية.

الرياض: جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص ص ٢١٧-٢٢٠.

حسني، محمود نجيب (٢٠١٣م). شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية. ج ١، القاهرة: دار النهضة العربية، ص ٣٩٤، ٤٠١.

السرطاوي، محمود علي (٢٠٠٨م). الاستخدام الشرعي والقانوني للوسائل الحديثة في التحقيق الجنائية. بحث في كتاب بعنوان موقف الشريعة الإسلامية من استخدام الوسائل العلمية في تعذيب المتهم، الرياض: مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص ٢٧٨.

سلمان، عودة يوسف (٢٠١٧م). حق المتهم في الصمت بين الشريعة الإسلامية والقانون المقارن. بيروت: مكتبة السنهوري، ص ص ٩٣-٩٥.

شناق، زكي محمد (٢٠١٥م). الوجيز في نظام الإجراءات الجزائية السعودي. ط ٢، دار حافظ، ص ص ١٧-٢١.

الصيفي، عبدالفتاح مصطفى (١٩٧٤م). النظرية العامة للقاعدة الإجرائية الجنائية. بيروت: دار البحري إخوان، ص ٩٧.

٢- الدوريات والمقالات

الدوه، عبدالله سعيد (يناير ٢٠١٧م). حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلالات في النظام الإجرائي السعودي وتطبيقاتها القضائية في المحاكم الإدارية (دراسة تحليلية). المجلة العربية للدراسات الشرعية والقانونية، ع (٣)، ص ٧٥.

سحلول، جلال هاشم (يناير ٢٠١٧م). صفقات الاتهام الجنائي في القانون الأمريكي وإمكانية تطبيقها في النظام السعودي. مجلة جامعة الملك سعود (الحقوق والعلوم السياسية)، مج (٢٩)، ع (١).

الطريسي، فهد نايف (أغسطس ٢٠١٧م). البطالان في نظام الإجراءات الجزائية السعودي. مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، ع (٦٣).

٣- الرسائل العلمية

آل هادي، علي محمد (٢٠٠٤م). ضمانات المتهم في مرحلة التحقيق طبقاً لنظام الإجراءات الجزائية السعودي الجديد (دراسة تأصيلية تطبيقية). بحث مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص تشريع جنائي إسلامي، إشراف الأستاذ الدكتور/ محمد محيي الدين عوض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ص ٢٦١.

ثانياً: المراجع الأجنبية

- Benoit, Carl A. (2011). The 'Public Safety' Exception to Miranda. *FBI law enforcement bulletin*, February 2011. Retrieved 15 January, 2018.
- Gray, Anthony (Fall 2013). The Right to Silence: Using American and European Law to Protect a Fundamental Right (PDF). *New Criminal Law Review*, 16(4), 549-550.
- Welty, Jeff B. (2011). References to the Defendant's Assertion of Miranda Rights, North Carolina Criminal Law. *A UNC School of Government Blog* (Posted on 4 August, 2011).

رابعاً: السوابق القضائية الأمريكية (حسب ورودها في الدراسة)

- Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).
- California v. Prysock, 453 U.S. 355, 101 S. Ct. 2806, 69 L. Ed. 2d 696 (1981).
- Brown v. Crosby, 249 F. Supp. 2d 1285 (S.D. Fla. 2003).
- Duckworth v. Eagan, 492 U.S. 195, 109 S. Ct. 2875, 106 L. Ed. 2d 166 (1989).
- U.S. v. Labrada-Bustamante, 428 F.3d 1252 (9th Cir. 2005).
- Maryland v. Shatzer, 559 U.S. 98 (2010).
- Berghuis v. Thompkins 560 U.S. 370 (2010).
- Colorado v. Connelly, 479 U.S. 157 (1987).
- Davis v. United States, 512 U.S. 452 (1994).
- Doyle v. Ohio, 426 U.S. 610 (1976).
- Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1980).
- United States v. Wade, 388 U.S. 218, 224 (1967).
- United States v. Ash, 413 U.S. 300, 310 (1973).
- Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).
- Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).
- Betts v. Brady, 316 U.S. 455 (1942).
- Hamilton v. Alabama, 368 U.S. 52 (1961).
- Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335 (1963).
- Argersinger v. Hamlin, 407 U.S. 25 (1972).
- Alabama v. Shelton, 535 U.S. 654 (2002).
- Harris v. New York, 401 U.S. 222 (1971).
- United States v. Patane, 542 U.S. 630 (2004).
- Doe v. United States, 487 U.S. 201 (1988).
- United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967).
- Stansbury v. California, 114 S. Ct. 1526 (1994).
- Rhode Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1980).
- Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964).
- Illinois v. Perkins, 110 S. Ct. 2394 (1990).
- Pennsylvania v. Muniz, 496 U.S. 582 (1990).
- Illinois v. Perkins, 496 U.S. 292 (1990).
- New York v. Quarles, 467 U.S. 649 (1984).

What Are Your Miranda Rights? Available at: <http://www.mirandawarning.org/whatareyourmirandarights.html>

What are the exceptions to Miranda? Miranda Warning.org, available at: <http://www.mirandawarning.org/exceptionstomiranda.html>

ثالثاً: القوانين والقرارات

- نظام الإجراءات الجزائية السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢) وتاريخ ١٤٣٥/١/٢٢هـ.
- اللائحة التنفيذية لنظام الإجراءات الجزائية السعودي الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٤٢) وتاريخ ١٤٣٦/٣/٢١هـ.
- قرار وزير الداخلية رقم (٢٠٠٠) الصادر بتاريخ ١٤٣٥/٦/١٠هـ.
- قانون الإجراءات الجزائية الفيدرالي. Fed. R. Crim. P.
- التعديل الخامس للدستور الفيدرالي.
- التعديل السادس للدستور الفيدرالي.

تقدير قيمة الحصص العينية في شركات المساهمة العامة: دراسة مقارنة

أحمد أبوزينة

أستاذ مساعد، كلية الحقوق، الجامعة العربية الأمريكية، جنين، فلسطين
ahmed.abuzeineh@aaup.edu

(قدم للنشر في ١٤/٢/١٤٤١هـ، وقبل للنشر في ٢٢/٤/١٤٤١هـ)

ملخص البحث. تناولنا في هذا البحث موضوع تقدير قيمة الحصص العينية في شركات المساهمة العامة. إن الحصص المقدمة من الشركاء المساهمين في هذا النوع من الشركات، والتي هي أحد الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة، إما أن تكون حصصاً نقدية أو أن تكون حصصاً عينية.

والحصص العينية لها خصوصية معينة، تتمثل في ضرورة تقدير قيمتها، كي يحصل مقدمها على أسهم في رأس مال الشركة توازي هذه القيمة. غير أن القوانين المقارنة لا تترك مسألة تقدير قيمة الحصص العينية للشركة ذاتها، بل عمدت هذه القوانين إلى التحقق من تلك القيمة من خلال إجراءات معينة، بما في ذلك تعيين خبير أو أكثر أو لجنة خبراء، وذلك تجنباً لأية مبالغة في قيمة الحصص العينية من قبل القائمين على الشركة، وهي المبالغة التي تلحق الضرر بالمساهمين الآخرين في الشركة، وبدائيتها أيضاً، وتؤثر سلباً على الائتمان المالي لها.

والحصص العينية إما أن تُقدّم من المؤسسين عند تأسيس الشركة، أو أن تُقدّم من آخرين خلال فترة حياتها، وتحديدًا عند زيادة رأس مالها. وتختلف إجراءات التحقق من قيمة هذه الحصص، بحسب المرحلة التي قُدمت فيها.

وقد ناقشنا في البحث أيضاً بعض الفرضيات، مثل إمكانية تقديم جميع المؤسسين لحصص عينية، وإمكانية تقديم مثل هذه الحصص من المكتتبين خلال فترة الاكتتاب العام بأسهم الشركة، وإمكانية تشكيل الحصص العينية لكامل رأس مال الشركة، إضافة إلى مسألة تخلف مقدم الحصة العينية عن التزامه بتقديمها وتسليمها إلى الشركة.

الكلمات المفتاحية: الشركة المساهمة، تأسيس الشركة، الحصة العينية، قيمة الحصة، لجنة التقدير، إجراءات التحقق.

ASSESSMENT OF THE VALUE OF IN-KIND SHARES IN PUBLIC SHAREHOLDING COMPANIES: A COMPARATIVE STUDY

Ahmad Abu Zeineh

Assistant Professor, Faculty of Law, Arab American University, Jenin, Palestine
ahmad.abuzeineh@aaup.edu

(Received 14/02/1441 H., Accepted for Publication 22/04/1441 H.)

Abstract. This paper tackled an important topic associated with the value of in-kind shares in public shareholding companies. This type of shares, provided by the shareholders, is one of the substantive pillars of the company's contract, are either cash quotas or in-kind shares.

The in-kind shares have an important feature, namely the need to estimate their value, so that the provider obtains shares in the company's capital that are equal to this value. Comparative laws, however, do not leave the value of the company's in-kind shares in check, but rather verify that value through certain procedures, including the appointment of one or more experts or a panel of experts, to avoid overstating the shares in kind. Any overstating may lead to harming other shareholders in the company, and its creditors as well, and eventually affect the company's financial credit.

In-kind shares are either provided by the founders at the inception of the company or provided by others during their lifetime, specifically when their capital is increased. The procedures for verifying the value of these shares vary, depending on the stage at which they were submitted.

The papers also discussed some hypotheses, such as the possibility of all founders offering in-kind shares, the possibility of offering such shares during the subscription period, the possibility of forming in-kind shares of the entire capital of the company.

Keywords: Shareholding company, Establishment of company, Share in kind, Share value, Assessment committee, Verification procedures.

المقدمة

تعتبر شركات المساهمة النوع الأكبر من الشركات، وهي المثال الخالص على شركات الأموال، التي تقوم على الاعتبار المالي، وتجميع رؤوس الأموال، وليس على الاعتبار الشخصي، كما هو الحال في شركات الأشخاص. لذا فإن اقتصاد البلدان المختلفة أصبح يعتمد بشكل أساسي على هذا النوع من الشركات، ولذا أيضاً فإن الشركات القابضة هي غالباً شركات مساهمة عامة^(١)، واكتلاف الشركات يتكون أيضاً من هذا النوع من الشركات. كل ذلك يدعو المشرعين في الدول المختلفة إلى الاهتمام الكبير والدقيق بتنظيم أحكام هذه الشركات. وهذه الشركات، وبالرغم من رأس مالها الكبير، إلا أن المسؤولية المحدودة للشركاء فيها عن ديونها والتزاماتها، بمقدار مساهمتهم في رأس مالها، يؤدي إلى إيجاد قدر من الخشية، من استغلال هذا النوع من الشركات للتلاعب والتهرب من الديون والمسؤوليات.

من المعروف أن تقديم الحصص من قبل الشركاء هو أحد الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة، فإن انتفى هذا الركن، فإن الحديث لا يدور حول وجود شركة من الأساس، بل إننا نكون بصدد عقد أو نظام آخر، فلا غنى عن تقديم الحصص أو الحصص في رأس مال الشركة، حتى في حالة شركة الشخص الواحد، أو في حالة الشركة الفعلية، أو حتى شركة المحاصة. فركن تقديم الحصص مرتبط بفكرة الشركة ذاتها (طقاطقة، ٢٠٠٥م)، لأن هذه الفكرة تعني الاشتراك في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو عمل لاستثمار ذلك المشروع^(٢).

(١) نشير إلى أن بعض التشريعات تميز أن تكون الشركة القابضة أيضاً شركة ذات مسؤولية محدودة، ومثال ذلك نظام الشركات السعودي (لسنة ١٤٣٧هـ / ٢٠١٥م)، الذي أجاز في المادة (١٨٢/١)، أن تكون الشركة القابضة شركة مساهمة عامة أو شركة ذات مسؤولية محدودة.

(٢) عرفت المادة (٥٨٢) من القانون المدني الأردني الشركة بأنها: "عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر، بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصته من مال أو عمل، لاستثمار ذلك المشروع، واقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة".

وبالعودة إلى شركات المساهمة العامة، فإن رأس مال هذه الشركات يشكل الضمان الأساسي أو الضمان العام، وإن لم يكن الوحيد، لدائيتها. ورأس مالها هذا يتكون في الأصل من المبالغ النقدية التي يقدمها المؤسسون لها، والمكتسبون بأسهمها عند إجراء الاكتتاب العام، وهذه المساهمات النقدية لا تثير صعوبات خاصة (بريري، ٢٠٠٢م).

غير أنه قد يقدم أحد المؤسسين مقدّمات (حصص) عينية في رأس مالها، وبحيث تقدر هذه الحصة بمبلغ من النقود، يُكتب في عقد تأسيسها. ولما كان من الوارد أن يتواطأ المؤسسون فيما بينهم، أو على الأقل أن يُحابون بعضهم البعض، فيما يتعلق بقيمة الحصص العينية التي قدمها واحد منهم أو أكثر، فإن هناك احتمالاً قائماً بأن يكون ذلك التقدير مبالغاً فيه، بهدف حصول مقدميها على أرباح أكثر مما تخولهم إياها القيمة الحقيقية لتلك الحصص، إضافة إلى ما قد تؤدي إليه تلك المبالغة من مزايا، فيما يتعلق بإدارة الشركة (تادرس، دون تاريخ نشر).

بل إن كون الحصة العينية ذات قيمة تافهة أو ضئيلة، وبحيث لا تتناسب مع غايات الشركة، يجعلها أقرب لثمن تكون حصة وهمية أو صورية، وبالتالي فإن ما يقابلها من أرباح يكون أرباحاً صورية، وهو ما يؤثر - بطبيعة الحال - سلباً على ائتمان الشركة وعلى سمعتها المالية (طقاطقة، ٢٠٠٥م؛ المدرع، ٢٠١٧م).

وهذا يتطلب أن يتدخل المشرع في هذا التقدير، ويضع الضوابط والمعايير للتحقق من صحته، تجنباً لكتابة أرقام وهمية أو على الأقل مبالغ فيها، لرؤوس أموال الشركات، وهو ما يؤدي إلى زعزعة الثقة في هذا النوع من الشركات، ويلحق الضرر بالشركاء والدائنين على حد سواء، ويشكل فعلاً ضاراً باقتصاد الدولة، ويؤثر سلباً على أسعار أسهم الشركات في الأسواق المالية.

للتنفيذ الجبري من قبل دائني الشركة (العكيلي، ٢٠١٠م؛ سامي، ١٩٩٩م)^(٥). وهذا يعني أن التشريعات المختلفة تميز تقديم حصص عينية، لكنها تقيدها ببعض القيود، وتنظر إليها بطريقة أكثر تحفظاً مما تفعل تجاه الحصص النقدية، بما يحقق جدية الأمر ويوفر فيه مصداقية، تمنع الغش، وتحافظ على مصالح جميع الأطراف ذوي العلاقة (باملكي، ٢٠٠٦م). والحصص العينية تقدم إما من قبل المؤسسين عند تأسيس الشركة، أو في مرحلة لاحقة للتأسيس، أي خلال فترة حياة الشركة، وفي الحالتين تدخل المشرع في مسألة تحديد قيمة هذه الحصص العينية، من خلال الإجراءات التي نص عليها بهذا الشأن^(٦).

(٥) وهذا بخلاف حصة العمل التي لا تعتبر من الأعيان، ولا تدخل في تكوين رأس مال الشركة، لأنها غير قابلة للتقويم بالنقود، ولا لأن تكون محلاً للتنفيذ الجبري، لأنها غير صالحة لأن تعد ضماناً لدائني الشركة. لذا لا يمكن إصدار أسهم لمن يقدم عمله في الشركة.

(٦) هذا ونشير هنا إلى أن تقديم الحصة العينية في رأس المال قد يكون أمراً إجبارياً، كما هو الحال في عملية الاندماج، إذ إن أصول وموجودات الشركة أو الشركات المندمجة المقدمة إلى الشركة الداجمة أو الجديدة الناتجة عن الاندماج، تعتبر حصصاً عينية، بحيث يشكل مجموع هذه الحصص رأس مال الشركة الجديدة الناتجة عن الاندماج، في حالة الاندماج بطريق المزج، أو يشكل مقدار الزيادة في رأس مال الشركة الداجمة، في حالة الاندماج بطريق الضم. لذا فإن موجودات الشركات المندمجة تخضع لإجراءات تقدير وتحقق من قيمتها. وللزميد من التفصيل في هذا الموضوع، انظر: (المصري، ١٩٨٦م؛ إسماعيل، ٢٠٠٢م). ونشير أيضاً إلى أنه في الغالب تختلف إجراءات تقدير أصول وموجودات الشركة أو الشركات المندمجة في هذه الحالة، عن إجراءات تقدير الحصص العينية المقدمة عند تأسيس الشركة أو زيادة رأس مالها، كما هو الحال في قانون الشركات الأردني لسنة ١٩٩٧م، الذي أورد أحكاماً خاصة بهذا التقدير في المواد (٢٢٨-٢٣٠) منه. لذا نختلف مع من يقول إنها تخضع لذات إجراءات تقدير الحصص العينية بشكل عام. قال ذلك على سبيل المثال: (المصري، ١٩٨٦م؛ التلاحمة، ٢٠١٣م). كما أن الأسهم التي ستصدر لمساهمي الشركة أو الشركات المندمجة ستعتبر أسهماً عينية، لذا حرصت التشريعات المختلفة على استثناء هذه الأسهم العينية، الصادرة بسبب الاندماج، من قيود تداول الأسهم العينية.

ومن جهة أخرى فإن عملية التقدير النقدي لقيمة الحصص العينية ضرورية لمعرفة نسبة مساهمة مقدميها في رأس المال، وعدد الأسهم التي سيكتسبون بها (العبيدي، ١٩٦١م)^(٧). غير أن من المهم الإشارة إلى أن العبرة هي بالقيمة الحقيقية للحصة العينية وقت التقدير، فلا أثر لنقصان قيمتها فيما بعد على عدد الأسهم التي يمتلكها مقدمها، ولا يمكن التوقف عند الخطر الذي يمكن أن يلحقه ذلك النقص بالدائنين، فمثل هذا الخطر من الأمور المتوقعة، وقد يتعرض له الدائنون في أية شركة (المدرع، ٢٠١٧م).

ما تقدم يعني أن رأس مال الشركة المساهمة يتكون من الحصص المالية بشقيها النقدي منها والعينية، فالأولى هي المبلغ من النقود الذي يدفعه كل مؤسس في رأس مال الشركة، ويكون بطبيعة الحال مبلغاً محدداً وفقاً لما يتم الاتفاق عليه بين المؤسسين، ويحصل مقابله على أسهم نقدية. أما الحصص العينية فهي كل شيء يعتبر مالاً، أي كل حق يمكن تقديره بمبلغ من النقود، حتى لو لم يرد على شيء مادي (الفار، ٢٠٠٨م)^(٨)، فقد تكون الحصة عقاراً، كالأراضي والمباني، وقد تكون منقولة مادياً، كالآلات والمركبات والبضائع والمواد الخام، وقد تكون منقولة معنوية، كبراءات الاختراع والعلامات التجارية والأسماء التجارية، وما شابه ذلك، ويحصل مقدمها على أسهم عينية. فالأسهم العينية بهذا المعنى هي تلك الأسهم التي تقابل أو تمثل حصصاً عينية في رأس مال الشركة (تادرس، دون تاريخ نشر).

إذن فالحصص العينية تدخل، مع الحصص النقدية، في حساب رأس مال الشركة، لأن تلك الحصص يمكن تقويمها بالنقود، وتكون ضماناً لدائني الشركة، لقابليتها لأن تكون محلاً

(٣) مشار إليه لدى (المولى، ٢٠١٠م).

(٤) وجاء في المادة (٥٣) من القانون المدني الأردني أنه: "المال هو كل عين أو حق له قيمة في التعامل".

بنصوص أمرة^(٨)، لمنع الغش والمغالاة في التقويم، وتحديدًا من قبل المؤسسين، وذلك حماية لمصلحة الغير (الدائنين)، وتجنباً لخداعهم بشأن قيمة ضمانهم العام، الذي يعولون عليه في تعاملهم مع الشركة (بريري، ٢٠٠٢م). فوجود فرق بين قيمة الحصص الحقيقية وقيمتها المذكورة في عقد التأسيس، والتي يريدها المؤسسون، يعني أن رأس مال الشركة لم يُدفع بكامله، بل هو صوري في جزء منه (إسماعيل، ٢٠٠٢م). كما أن في تقدير قيمة الحصص العينية حمايةً أيضاً لمصلحة المساهمين الآخرين، الذين دفعوا قيمة أسهمهم نقداً، وحرصاً على أن تكون قيمة الأسهم التي حصل عليها مقدم الحصص العينية مساوية لقيمة هذه الحصص، ذلك أن المبالغة في تقدير قيمة الحصص العينية، تعني حصول مقدمي هذه الحصص العينية على أسهم في الشركة، تزيد عن القيمة الحقيقية لما قدموه من أموال عينية (العكيلي، ٢٠١٠م؛ سامي، ١٩٩٩م)، وبالتالي حصولهم لاحقاً على أرباح أكثر مما يستحقون فعلاً، وعلى حساب أصحاب الأسهم الأخرى.

(٨) وبشكل عام في كل أنواع الشركات التي تكون فيها مسؤولية الشركاء أو المساهمين محدودة، مع وجود تفاوت بين القوانين محل الدراسة في هذا الشأن. ففي قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية لسنة ١٩٦٤م تخضع الحصص العينية المقدمة في شركات المساهمة الخصوصية لذات إجراءات تقدير القيمة التي تخضع لها الحصص المقدمة في شركات المساهمة العامة. وكذلك الحال تقريباً في قانون الشركات الأردني لسنة ١٩٩٧م، بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة (المادة ٥٨)، والشركات المساهمة الخاصة (المادة ٧٠). أما قانون الشركات المصري فتضمن حكماً مختلفاً بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة، إذ نصت المادة (٢/٢٩) من هذا القانون أنه: "إذا كان ما قدمه الشريك حصصاً عينية، وجب أن يبين في عقد تأسيس الشركة نوعها وقيمتها، والثمن الذي ارتضاه باقي الشركاء لها، واسم الشريك ومقدار حصته في رأس المال مقابل ما قدمه. ويكون مقدم الحصص العينية مسؤولاً قبل الغير عن قيمتها المقدرة لها في عقد الشركة، ويُسأل باقي الشركاء بالتضامن عن أداء هذا الفرق، إلا إذا أثبتوا عدم علمهم بذلك".

وتقبل الشركة الحصص العينية من مقدمها كلما كانت تحتاج إليها في نشاطها، وكانت تساعد في تحقيق غرضها، لذا فإن تقديم هذه الحصص يكتسب أهمية خاصة كلما توقف قيام الشركة على هذه الحصص، كما لو نشأت الشركة خصيصاً من أجل استغلال براءة اختراع مقدمة من أحد الشركاء (التكروري والسنائي، ٢٠١٤م).

على أن الوضع يختلف في شركات الأشخاص (الشركات العادية) عنه في شركات الأموال (المساهمة)، بشأن الحصص العينية وتقدير قيمتها. ففي الشركات العادية يُترك الأمر لاتفاق الشركاء، دون تدخل من المشرع^(٩)، ذلك أن هذا النوع من الشركات يقوم على الاعتبار الشخصي وعلى الثقة بين الشركاء، بأكثر مما تقوم على الاعتبار المالي. وبالنسبة للدائنين، فلا يُتصور تضررهم من القيمة المحددة للحصص أو الحصص العينية في عقد الشركة، حتى لو كان مبالغاً فيها، لأن الشركاء في هذا النوع من الشركات، أو بعضهم على الأقل، مسؤولون عن ديون الشركة مسؤولية شخصية، أي كما لو كانت ديونهم الخاصة، كما أنها مسؤولية غير محدودة بمقدار حصصهم في رأس مال الشركة، ثم إنها مسؤولية تضامنية فيما بين الشركاء، فيمكن لدائني الشركة أن يطالب أي من الشركاء بكامل دينه على هذه الشركة، وفي ذلك حماية كافية لهؤلاء الدائنين.

أما في شركات المساهمة، فإن المشرع يشترط أن تُقدّر قيمة الحصص العينية عند تقديمها، وأن تذكر القيمة المقدرة في عقد الشركة، كما أنه يتدخل، لاحقاً، في تقدير قيمة الحصص العينية

(٧) يمكن الاستناد في إلزام الشركاء في شركات الأشخاص بذكر قيمة الحصص العينية إلى القواعد العامة، كما هو الحال في المادة (١/٥٨٥) من القانون المدني الأردني، إذ اشترط المشرع أن يتم تقدير قيمة الحصص إن كانت من غير النقود، فمسألة التقدير وذكر القيمة مسألة إلزامية وفقاً لهذه القاعدة العامة، وهي تطبق حتى في شركات الأشخاص، غير أن هذه القاعدة لم تتضمن بعد ذلك إجراءات محددة للتحقق من هذا التقدير.

تخرج نهائياً من ذمة الشريك، وتصبح جزءاً من الضمان العام لدائني الشركة، فيجوز لهم الحجز عليها، كما يجوز للشركة ذاتها التصرف فيها. أما إذا قدمت الحصة العينية على سبيل الانتفاع، فإنها تبقى مملوكة لمقدمها، ويستردّها عند انقضاء الشركة، ولا يجوز للشركة التصرف فيها، ولا يجوز لدائنيها الحجز عليها، أو استيفاء دينهم من قيمتها^(١١).

وستقتصر دراستنا هذه على حالة تقديم الحصة العينية على سبيل التملك وليس على سبيل الانتفاع، لأن الأصل تقديمها على سبيل التملك، ولصعوبة تصور أن يتم تقديم حصة عينية في شركات المساهمة على سبيل الانتفاع، نظراً لما قد ينشأ عن هذا الأمر من صعوبات تتعلق بتقدير القيمة، وبثقة المكتتبين بهذا التقدير، وتخوفهم من عدم نقل ملكية الحصة العينية إلى الشركة.

أهمية البحث

تنبع أهمية البحث من أهمية رأس مال شركة المساهمة العامة وما يمثله من ضمان عام وأساسي للدائنين، لذا يتدخل المشرع في تحديد حد أدنى له، وفي التحقق من تقديمه فعلاً. فإذا قُدمت حصة عينية في رأس مال الشركة، فإن هناك أهمية كبيرة لتقدير قيمة هذه الحصة بشكل دقيق وأمين، لما في المبالغة في تقدير تلك القيمة من أضرار تلحق بالمساهمين الآخرين، وبالعير، الذين يعتمدون في تعاملهم مع الشركة المساهمة، بالدرجة الأولى، على رأس مالها، ولذلك حرصت التشريعات المختلفة على وضع آليات للتحقق من صحة ودقة تقدير قيمة الحصص العينية، على النحو الذي سنتناوله في هذا البحث.

لكل هذه الاعتبارات فإن بعض التشريعات تقرّر المسؤولية الجزائية الشخصية للمؤسسين أو أي شخص آخر ذي علاقة - كأعضاء مجلس الإدارة، بالنسبة للحصص المقدمة خلال فترة حياة الشركة، عند زيادة رأس مالها - وذلك فيما يتعلق بالمبالغة في تقدير قيمة الحصص العينية^(١٢).

وتقديم الحصة العينية إما أن يكون على سبيل التملك أو على سبيل الانتفاع^(١٣)، فإذا قدمت على سبيل التملك، فإنها

(٩) فقد جاء في المادة (١٦٢) من قانون الشركات المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١م أنه: "مع عدم الإخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في القوانين الأخرى، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستين، وبغرامة لا تقل عن ألفي جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه - يتحملها المخالف شخصياً - أو بإحدى هاتين العقوبتين: (٣) كل من يُقوّم من الشركاء بطريق التدليس حصصاً عينية بأكثر من قيمتها الحقيقية". ويلاحظ أن كلاً من قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية لسنة ١٩٦٤م، وقانون الشركات الأردني لسنة ١٩٩٧م، لم يتضمن أي منها عقوبات جزائية مشابهة لما ورد في القانون المصري، فيما يتعلق بالحصص العينية، وذلك بالرغم من تضمينها عقوبات جزائية على العديد من المخالفات الخاصة بتأسيس ونشاط الشركات. وعلى سبيل المثال أيضاً، فقد نص نظام الشركات السعودي (لسنة ١٤٣٧هـ/٢٠١٥م)، على عقوبات أكثر تفصيلاً فيما يتعلق بالحصص العينية، إذ جاء في المادة (٢١٢) منه أنه: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على ستة، وبغرامة لا تزيد على (١,٠٠٠,٠٠٠) مليون ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين: (ز) كل من بالغ أو قدم إقرارات كاذبة من الشركاء، أو من غيرهم، فيما يخص تقويم الحصص العينية، أو توزيع الحصص بين الشركاء، أو الوفاء بكامل قيمتها، مع علمه بذلك، سواء كان ذلك عند تأسيس الشركة، أو عند زيادة رأس المال، أو عند تعديل توزيع الحصص بين الشركاء".

(١٠) جاء في المادة (٥٨٦) من القانون المدني الأردني: "(١) يجوز أن تكون حصة الشريك في الشركة حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر، وتسري عليها أحكام البيع فيما يتعلق بضمانها إذا هلك أو استحققت أو ظهر فيها عيب أو نقص. (٢) أما إذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال فإن أحكام الإيجار هي التي تسري في كل ذلك". ويلاحظ هنا أن أحكام عقد البيع تسري على الحصة العينية المقدمة على سبيل التملك، وإن لم يكن في حقيقته بيعاً، كما تسري أحكام عقد الإيجار على تقديمها على سبيل الانتفاع بها، حيث يعتبر مقدم الحصة في حكم المؤجر والشركة في حكم المستأجر. لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع، انظر: (القليوبي، ٢٠١٦م).

(١١) وإذا قدمت الحصة العينية على سبيل الانتفاع، فقد يكون المقصود تقرير حق انتفاع عيني عليها، أو مجرد تقرير حق شخصي. لمزيد من التفصيل، انظر: (القليوبي، ٢٠١٦م؛ العكيلي، ٢٠١٠م).

إشكالية البحث وأسئلته

تتمثل الإشكالية الرئيسية للبحث، في تحديد مدى صحة وكفاية الآليات التي حددتها القوانين محل الدراسة، للتعامل مع مسألة تقديم الحصص العينية، في رأس مال شركة المساهمة، سواء ما يُقدم منها عند تأسيس الشركة، أو لاحقاً عند زيادة رأس مالها. فتقديم الحصص العينية يثير من المسائل والإشكالات ما لا يثيره تقديم الحصة النقدية، فالحصة العينية بحاجة لتقدير قيمتها، أياً كانت مرحلة تقديمها، هذا أولاً. ثم إن هذا التقدير يجب أن يكون صحيحاً وأقرب ما يكون للدقة، لأن الأمر يتعلق بحقوق ومصالح كل الشركاء الآخرين في الشركة، ودائني هذه الشركة. وعدم صحة التقدير والمبالغة فيه يمس بمصالح وحقوق هذه الجهات^(١٢). ويترتب على ذلك أسئلة عديدة، مثل: كيف يمكن أن يتم هذا التقدير؟ ومن سيقوم به؟ وهل يخضع لمطلق إرادة الشركاء؟ أم أن للجهات الرقابية، وتحديدًا مراقب الشركات، دوراً فيه؟ وما هو موقف المؤسسين من تقدير اللجان المشكلة لهذا الغرض؟ وهل هناك إمكانية للاعتراض على تقديرها؟ وما هي مسؤولية المؤسسين أو مقدمي الحصص العينية فيما يتعلق بتقدير قيمتها؟ وهل يمكن تقديم حصص عينية خلال فترة الاكتتاب العام؟ وكيف يجري تقدير قيمة الحصة العينية المقدمة عند زيادة رأس مال الشركة؟

نطاق البحث

يشمل نطاق البحث دراسة كل من قانون الشركات رقم (١٢) لسنة ١٩٦٤م النافذ في الضفة الغربية^(١٣)، وقانون

(١٢) لمزيد من التفصيل حول مخاطر عدم التقدير الدقيق لقيمة الحصة العينية، انظر: (بطاظة، ٢٠٠٥م).

(١٣) منشور في الجريدة الرسمية الأردنية، العدد (١٧٥٧)، الصادر بتاريخ ١٩٦٤/٥/٣م، ص ٤٩٣.

الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م^(١٤)، والقانون المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١م بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة^(١٥)، المعدل بالقانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٨م^(١٦)، ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار رقم (٩٦) لسنة ١٩٨٢م^(١٧)، المعدلة بالقرار رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨م^(١٨)، إضافة إلى الأدبيات ذات العلاقة من كتب وأبحاث ورسائل، مع الإشارة إلى أن المتخصص منها في موضوع دراستنا قليل جداً.

منهج البحث

اتبعنا في هذا البحث كل من المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن، من خلال تبيان الأحكام ذات العلاقة بموضوع الدراسة، كما نصت عليها القوانين الثلاثة محل الدراسة، وتحليلها، ومقارنتها ببعض. وقد كان الدافع إلى المقارنة بين هذه القوانين تحديداً هو الاختلاف بينها فيما يتعلق بموضوع الدراسة. وأحد هذه القوانين التي استهدفت بالبحث - كما ذكرنا - هو القانون المصري، وذلك للاستفادة من التجربة المصرية القانونية الثرية في مجال الشركات عموماً.

(١٤) منشور في الجريدة الرسمية الأردنية، العدد (٤٢٠٤)، الصادر بتاريخ ١٩٩٧/٥/١٥م، ص ٢٠٣٨.

(١٥) منشور في الجريدة الرسمية المصرية، العدد (٤٠)، الصادر بتاريخ ١٩٨١/١٠/١م.

(١٦) منشور في الجريدة الرسمية المصرية، العدد (٢) مكرر (ط)، الصادر بتاريخ ٢٠١٨/١/١٦م، ص ١١.

(١٧) صدرت هذه اللائحة بقرار وزير الاستثمار والتعاون الدولي رقم (٩٦) لسنة ١٩٨٢م، ونُشرت في الوقائع المصرية (ملحق للجريدة الرسمية)، العدد (١٤٥) تابع، الصادر في ١٩٨٢/٦/٢٣م، ص ٣.

(١٨) قرار وزيرة الاستثمار والتعاون الدولي رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨م، بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون الشركات، المنشور في الوقائع المصرية (ملحق للجريدة الرسمية)، العدد (٣٤) تابع، الصادر بتاريخ ٢٠١٨/٢/١١م، ص ٢.

الدراسات السابقة

عثر الباحث خلال بحثه في موضوع هذه الدراسة على مرجعين متخصصين فقط، هما:

١ - رسالة ماجستير، من إعداد محمد شريف طقاطقة، في جامعة آل البيت، سنة ٢٠٠٥م، بعنوان "تقديم الحصص العينية في الشركات التجارية: دراسة مقارنة". يختلف بحثنا عن هذه الرسالة في نطاق البحث، ففي حين اكتفى معد الرسالة بتناول قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م، فإننا تناولنا، إضافة إلى هذا القانون، كل من قانون الشركات رقم (١٢) لسنة ١٩٦٤م النافذ في الضفة الغربية، وكذلك قانون الشركات المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١م.

٢ - كتاب بعنوان "تقييم الحصص العينية في شركات المساهمة على ضوء أحكام نظام الشركات السعودي"، من إعداد زياد بن ناصر المدرع، صادر سنة ٢٠١٧م. وقد اقتصر الباحث في كتابه على تناول الموضوع وفقاً لأحكامه الواردة في نظام الشركات السعودي لسنة (١٤٣٧هـ/٢٠١٥م)، في حين يتناول بحثنا الموضوع من خلال القوانين المشار إليها في البند (١) أعلاه، وفي (نطاق البحث).

ونشير هنا إلى أن معظم المراجع التي تشرح قانون الشركات بشكل عام، تضمنت بعض الإشارات إلى الموضوع، من خلال الحديث عن أنواع الحصص المقدمة من الشركاء، وعن أنواع الأسهم ومنها الأسهم العينية، وعن القيود على تداول هذه الأسهم العينية.

خطة البحث

تتضمن هذه الدراسة أربعة مباحث. أولها بعنوان "تقديم الحصص العينية في مرحلة تأسيس الشركة والتحقق من قيمتها"، ويتضمن مطلبين: الأول بعنوان "النصوص التي

تجيز تقديم الحصص العينية"، والثاني بعنوان "كيفية التحقق من قيمة الحصص العينية المقدمة في مرحلة التأسيس". وجاء المبحث الثاني بعنوان "توقيت تشكيل اللجنة ونتيجة التقدير"، ويتضمن مطلبين: أولهما بعنوان "توقيت تشكيل لجنة تقدير قيمة الحصص العينية"، وثانيهما بعنوان "نتيجة التقدير وخيارات المؤسسين". أما المبحث الثالث فهو بعنوان "تشكيل الحصص العينية لكامل رأس مال الشركة المساهمة"، ويتضمن مطلبين: الأول بعنوان "تقديم جميع المؤسسين لحصص عينية"، والثاني بعنوان "تقديم حصص عينية خلال فترة الاكتتاب العام". وأخيراً المبحث الرابع وهو بعنوان "الحصص العينية المقدمة عند زيادة رأس المال والتخلف عن تقديمها"، ويتضمن مطلبين: الأول بعنوان "الحصص العينية المقدمة عند زيادة رأس المال"، والثاني بعنوان "تخلف مقدم الحصة العينية عن التزامه بنقل ملكيتها وتسليمها إلى الشركة".

المبحث الأول:

تقديم الحصص العينية في مرحلة

تأسيس الشركة والتحقق من قيمتها

نتناول في هذا المبحث النصوص القانونية التي تجيز تقديم الحصص العينية في رأس مال الشركة عند تأسيس الشركة، وكيفية التحقق من قيمة الحصص المقدمة في هذه المرحلة.

المطلب الأول: النصوص التي تجيز تقديم الحصص العينية

جاء في المادة (١/٥٨٥) من القانون المدني الأردني، أنه: "يشترط أن يكون رأس مال الشركة من النقود أو ما في حكمها، مما يجري به التعامل، وإذا لم تكن من النقود، فيجب أن يتم تقدير قيمته". كما جاء في المادة (١/٥٨٦) من ذات القانون، أنه: "يجوز أن تكون حصة الشريك في الشركة حق ملكية أو منفعة، أو أي حق عيني آخر".

وبالنسبة لقانون الشركات المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١م، فقد جاء في المادة (١/٢٥)، المعدلة بموجب القانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٨م، أنه: "..... إذا دخل في تكوين رأس مال شركة المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم، أو عند زيادة رأس مال أي منهما، حصص عينية مادية أو معنوية، وجب على المؤسسين أو مجلس الإدارة، بحسب الأحوال، أن يطلبوا من الهيئة، التحقق مما إذا كانت هذه الحصص قد قدرت تقديرًا صحيحًا.....".

كما جاء في المادة (١/٢٦) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون، المعدلة بموجب القرار رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨م، أنه: "إذا دخلت في تكوين رأس مال الشركة المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم، أو عند زيادة رأس المال، حصص عينية، مادية كانت أو معنوية، فيقوم المؤسسون أو مجلس الإدارة، بحسب الأحوال، بإجراء تقدير مبدئي لهذه الحصص العينية". فهذه النصوص تدل على جواز تقديم الحصص العينية في رأس مال الشركة المساهمة.

ولأهمية مسألة قيمة الحصص العينية، فقد أوجب قانون الشركات رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م في المادة (٩٢/ب) تضمين عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي بياناً بالمقدمات العينية في الشركة، إن وجدت، وقيمتها.

وهذا النص يخص الحصص العينية المقدمة في مرحلة تأسيس الشركة، والمقدمة من المؤسسين تحديداً. ويقصد بتأسيس شركة المساهمة المرحلة الممتدة بين تقديم طلب تسجيل الشركة مرفقاً بعقد تأسيسها ونظامها الداخلي وبين عقد الاجتماع الأول للهيئة العامة^(١٩)، والذي يشهد انتخاب مجلس الإدارة الأول للشركة، ويعقبه شروع الشركة في أعمالها^(٢٠)، وهي المرحلة التي تتضمن الاكتتاب العام بأسهم شركة المساهمة العامة.

(١٩) أو (اجتماع الهيئة التأسيسية)، كما أسماها قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية لسنة ١٩٦٤م.

(٢٠) انظر المواد (٣٩-٦١) من قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية لسنة ١٩٦٤م.

إن هذين النصين يضعان قاعدة عامة بضرورة ووجوب تقدير قيمة الحصة العينية، وهي القاعدة التي نجد تفصيلاً لها في قوانين الشركات، بالنسبة لشركات المساهمة. فقد نصّت المادة (٥/٤٧) من قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية رقم (١٢) لسنة ١٩٦٤م على أن: "أسهم الشركة إما نقدية وتدفع قيمتها نقداً دفعة واحدة أو أقساط، وإما عينية وتعطى مقابل أموال أو حقوق مقومة". وجاء في المادة (٢/٧٥) من ذات القانون أنه: "تعتبر من المقدمات العينية حقوق الامتياز والاختراع وجميع الحقوق المعنوية".

وهذا يعني أن الأسهم العينية تمثل جزءاً من رأس مال الشركة، وهي تُعطى لمقدم الحصة العينية، بعدد يعادل قيمة هذه الحصة التي قدمها في رأس مال الشركة (جرادات، ٢٠١٢م). لذا فقد عُرِّفَت الأسهم العينية (التأسيسية) بأنها الأسهم التي يحصل عليها مؤسس الشركة لقاء تقديمه مالاً من غير النقود (سامي، ١٩٩٩م). وعُرِّفَت أيضاً بأنها الأسهم التي تمثل حصصاً عينية في رأس مال الشركة المساهمة، والتي التزم المساهم بتقديمها مقابل الأسهم التي حصل عليها (طه، ١٩٨٨م).

أما قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م، فقد جاء في المادة (٩٧/أ) منه أنه: "تكون أسهم الشركة المساهمة العامة نقدية، وتسدد قيمة الأسهم المكتتب بها دفعة واحدة. ويجوز أن تكون أسهم الشركة عينية، تعطى مقابل مقدمات عينية مقومة بالنقد وفقاً لأحكام هذا القانون، وتعتبر حقوق الامتياز وحقوق الاختراع والمعرفة الفنية وغيرها من الحقوق المعنوية، التي يوافق المؤسسون على اعتبارها مقدمات عينية".

وجاء في المادة (١٠٩/أ) من ذات القانون أنه: "يجوز لمؤسسي الشركة المساهمة العامة أن يقدموا مقابل أسهمهم في الشركة مقدمات عينية تقوم بالنقد".

"وعلى المؤسسين بعد التوقيع على العقد الابتدائي تقديم طلب إلى الهيئة لكي تتولى التحقق مما إذا كانت الحصص العينية قد قدرت تقديرًا صحيحًا".

المطلب الثاني: كيفية التحقق من قيمة الحصص العينية المقدمة في مرحلة التأسيس

ذكرنا أن الحصص العينية تقدم - في الغالب - في شركات المساهمة العامة من قبل مؤسس أو أكثر خلال مرحلة تأسيس الشركة، كما ذكرنا أن قيمتها يجب أن تُحدد في عقد تأسيس الشركة. وقد تناولت القوانين محل الدراسة كيفية التعامل مع هذه القيمة الواردة في عقد تأسيس الشركة، فمنها من أوجب على مراقب الشركات، أو على الجهة الإدارية المختصة، التحقق من هذه القيمة، من خلال خبير أو أكثر أو لجنة خبراء، وهذا أمر ضروري قبل قيام المراقب بالتنسيق للوزير بشأن قبول تسجيل الشركة أو عدم قبوله. ومنها من ترك أمر التحقق من تلك القيمة للسلطة التقديرية للمراقب ولقناعته^(٢٢).

فقد جاء في الفصل الرابع من الباب الثاني المتضمن أحكام (الشركات المساهمة) من قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية، وتحت عنوان (الأسهم العينية)، وتحديدًا في المادة (٧٥/١) أنه: "إذا كان طلب تأسيس الشركة يتعلق بتأسيس شركة يتألف رأس مالها كله أو جزء منه من أسهم عينية معطاة مقابل مقدمات عينية، فعلى المراقب قبل التنسيق بقبول تسجيل الشركة تعيين خبير أو أكثر على نفقة الشركة لتخمين قيمة الأموال العينية المقدمة".

(٢٢) وبشكل عام، أخذت القوانين في هذا المجال بوسائل متعددة لتقدير قيمة الحصص العينية، فمنها من أناط هذه المهمة بالأجهزة الإدارية الحكومية، أو اللجان الرسمية، كما هو الحال في العراق والإمارات العربية المتحدة. أو أن يكون التقدير عن طريق لجان خاصة، كما هو الحال في ألمانيا وفرنسا وتركيا، أو عند طلب أحد المساهمين، كما هو الحال في إسبانيا، أو بواسطة خبراء مختصين تحت إشراف المحكمة، كما هو الحال في سوريا ولبنان. لمزيد من التفصيل، انظر: (ياملكي، ٢٠٠٦م).

والفرض هنا أن يتم الاتفاق أولاً بين المؤسسين ومقدم الحصة العينية، والذي سيُعتبر أحد المؤسسين، على تقدير قيمة هذه الحصة (جراتات، ٢٠١٢م)، وهي القيمة التي ستُذكر في عقد التأسيس، كما أوضحنا أعلاه.

وبعد هذا الإجراء تقدم لجنة المؤسسين طلباً إلى مراقب الشركات لتسجيل الشركة، يرفق معه عقد التأسيس، الذي يتضمن تقدير قيمة المقدمات العينية (العكيلي، ٢٠١٠م)^(٢٣).

في حين أغفل قانون الشركات رقم (١٢) لسنة ١٩٦٤م ذكر هذه المسألة في البيانات الوارد ذكرها في عقد تأسيس شركة المساهمة المنصوص عليها في المادة (٤٠) منه، وكان جديراً بالمشرع إلزام المؤسسين بذكر قيمة الحصة أو الحصص العينية في عقد التأسيس، فهذه القيمة هي التي سيتم التحقق منها من خلال الإجراءات التي حددها هذا القانون، والتي تتمثل في قيام المراقب بتعيين خبير أو أكثر للتحقق من تلك القيمة، على النحو الذي سنوضحه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

وكذلك الأمر، بالنسبة لقانون الشركات المصري ولائحته التنفيذية، فإن أي منها لم ينص صراحة على ذكر قيمة الحصص العينية في عقد التأسيس، إلا أنه يمكن فهم ذلك من سياق نص المادة (٢/٢) من اللائحة التنفيذية، والتي جاء فيها: "ولا يجوز للمؤسسين أو الشركاء إغفال إدراج البيانات المتعلقة باسم الشركة وغرضها وقيمة رأس مالها وعدد الأسهم التي ينقسم إليها ومراتبها والقيمة الاسمية للسهم".

كما يُفهم ذلك من المادة (٢/٢٦) من هذه اللائحة، المعدلة بموجب القرار رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨م، والتي جاء فيها أنه:

(٢١) ووفقاً للفقرة (أ) من المادة (٩٧) من قانون الشركات الأردني، فإنه إذا كانت هذه الحصة العينية من الحقوق المعنوية، كحقوق الامتياز وحقوق الاختراع والمعرفة الفنية، فإنه يشترط أن يتم تقديم تقارير في تحديد قيمتها من ذوي الخبرة والاختصاص. وهذا يعني أن هذه التقارير يجب أن ترفق مع عقد تأسيس الشركة، عند تقديم طلب تسجيلها.

أوجبت المادة (٥١) من قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية، أن يتضمن الإعلان عن الاكتتاب العام في الصحف اليومية، بيانات معينة، منها قيمة المقدمات العينية - إن وجدت - وأسماء أصحابها، وذلك حتى يطلع الراغبون في الاكتتاب بأسهم الشركة على هذه القيمة، ويقرروا موقفهم من ذلك الاكتتاب.

وبعد انتهاء عملية الاكتتاب تنعقد الهيئة التأسيسية للشركة (أي الاجتماع الأول للهيئة العامة)^(٢٣)، والتي تطلع، وفقاً للمادة (٥٩/١) من ذات القانون على تقرير المؤسسين، الذي يجب أن يتضمن المعلومات الوافية عن جميع عمليات تأسيس الشركة، مع الوثائق المؤيدة لها، ويحق لهذه الهيئة أن تثبت من صحة تلك المعلومات وموافقتها للقانون ونظام الشركة.

ووفقاً للفقرة الثالثة من ذات المادة (٥٩) من قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية، فإن من مهام الهيئة التأسيسية للشركة أن تبحث في "الأسهم العينية التي أعطيت للمؤسسين"، وقبلها جاء في الفقرة الثالثة من المادة (٥٨) أنه: "لا يجوز للمكتبتين بأسهم عينية التصويت في القرارات المتعلقة بأسهمهم العينية".

إن هذه النصوص تعني أن الأسهم العينية، وقيمتها المقدرة، على النحو المشار إليه، تخضعان لتصويت الهيئة التأسيسية، التي يجب أن توافق عليها^(٢٤)، وهذا يعني، نظرياً

إن هذا النص يجعل من أمر تقدير قيمة تلك الأموال العينية وجوبياً على مراقب الشركات وليس جوازياً، وهذه مسألة إيجابية وتُحسب للنص، غير أنه بعد إلزامه المراقب بالقيام بهذا التقدير، فقد ترك كيفية القيام بهذا التقدير للمراقب، فيمكنه أن يعين خبيراً واحداً، أو يشكل لجنة من أكثر من خبير. فإذا قرر المراقب تشكيل لجنة، فإن القانون لم يتضمن أي تفاصيل بخصوص طبيعة هذه اللجنة. كما أن النص، لم يشترط، في حالة تعيين أكثر من خبير، أن يعملوا مجتمعين، الأمر الذي يعني أنه بالإمكان تكليفهم بالعمل منفردين، رغم ما يثيره ذلك من صعوبات، في حالة اختلاف تقييم الخبراء عن بعضهما، وتحديدًا إذا كان هناك تفاوت كبير بين هذين التقديرين^(٢٥). وقد جعل النص تكاليف وأتعاب الخبير أو لجنة الخبراء على نفقة الشركة، وهذا أمر مقبول ولا غضاضة فيه.

وعلى العموم، ونظراً لأهمية هذا التقدير، فقد جعله النص شرطاً لصدور التنسيب من المراقب للوزير بشأن الموافقة على تسجيل الشركة، فلا يمكن للمراقب التنسيب بالموافقة على تسجيلها قبل تعيين خبير أو لجنة خبراء للنظر في قيمتها، كما لا يمكن له التنسيب قبل إنهاء اللجنة لعملها.

أي أن عملية تقدير قيمة الحصص العينية تجري قبل اتخاذ القرار بشأن قبولها أو عدم قبولها كحصة في رأس المال، ولا يُثبت في قيمة هذه الحصص وما يوازيها من أسهم في رأس مال الشركة، إلا بعد التخمين السليم لها، وبالطريقة التي يحددها القانون (المولى، ٢٠١٠م).

وبعد إجراء هذا التقدير وصدور قرار الموافقة على تسجيل الشركة، فإن الشركة تنتقل إلى مرحلة الاكتتاب العام. وقد

(٢٤) ووفقاً للمادة (٢/٥٨) فإن النصاب القانوني لاجتماع هذه الهيئة يتألف من مكتبتين يحملون نص الأسهم المكتتب بها، وتصدر قراراتها بموافقة ثلثي الأسهم الممثلة في الاجتماع.

(٢٥) وما يؤكد على هذه الصلاحية للهيئة التأسيسية، ما ورد في المادة (٨٢) من القانون، التي نظمت مسألة زيادة أسهم الشركة من خلال إحداث أسهم عينية، فقد أوجبت هذه المادة اتباع الأصول المنصوص عليها بشأن الأسهم العينية المقدمة عند التأسيس، وبحيث تقوم الهيئة العامة بوظائف الهيئة التأسيسية. والمقصود بهذه الوظائف هنا، هو بحث الهيئة التأسيسية في الأسهم العينية، والتصويت عليها، مع منع مقدميها من التصويت على القرارات المتعلقة بأسهمهم العينية.

(٢٣) تطبيقاً لذلك، ووفقاً للآليات المعمول بها في وزارة الاقتصاد الوطني الفلسطينية، والنماذج التي اطلعنا عليها، فإنه يمكن للمراقب تكليف خبيرين ليعمل كل منهما على حدة، وبشكل منفرد، ثم يقوم المراقب باحتساب متوسط التقييمين الصادرين عنهما. مقابلة مع المستشار القانوني طارق ربابعة، مدير الرقابة القانونية على الشركات في إدارة الشركات بوزارة الاقتصاد الوطني الفلسطينية، بتاريخ ٧/٧/٢٠١٩م.

على الأقل، أن بإمكان هذه الهيئة رفض القيمة المقدرة للحصص العينية^(٢٦).

ونرى أن هذا الأمر منتقد، لأنه في حالة رفض الهيئة التأسيسية لقيمة الحصص العينية، فهذا يعني عدم اكتمال إجراءات تأسيس الشركة^(٢٧)، وإعادة إجراءات التقدير من قبل المراقب، ثم إعادة التصويت من جديد في اجتماع جديد للهيئة التأسيسية، مع ما يشكله ذلك من معوقات أمام تأسيس الشركة. ونرى أن يتم الاكتفاء بالتقدير الذي يجري بإشراف المراقب، واعتباره نهائياً، خاصة أن القيمة الناتجة عن هذا التقدير ستكون ضمن البيانات التي يتضمنها إعلان الاكتتاب بأسهم هذه الشركة، وبالتالي يكون كل المكتتبين على علم بهذه القيمة، فلا مبرر لمنحهم حق الاعتراض عليها في اجتماع الهيئة التأسيسية. هذا وقد قضى ديوان تفسير القوانين الأردني بأنه: ".....

ومن هذه النصوص يتضح أنه إذا كان رأسمال الشركة المطلوب تأسيسها يتألف كله أو جزء منه من أسهم عينية معطاة مقابل مقدمات عينية، فلا يجوز تسجيل الشركة، ما لم تتبع الإجراءات المنصوص عليها في المادتين (٧٥) و(٧٦)....."^(٢٨)، فإذا سُجلت الشركة دون اتباع هذه الإجراءات، يكون تسجيلها باطلاً، ولا

(٢٦) كما جاء في المادة (٦١) من هذا القانون أنه يحق لكل متضرر أن يتقدم بالظعن القانوني إلى المحاكم المختصة، حول صحة تأسيس الشركة، وإجراءات تسجيلها، والمسؤولية عن الأضرار أو المخالفات التي نتجت من جراء أعمال تأسيسها وتسجيلها.

(٢٧) نشير هنا إلى أن المادة (١/٧٩) نصت على أن الأسهم العينية لا يجوز تداولها إلا بعد انقضاء سنتين على إصدارها، ووفقاً للفقرة الثانية من ذات المادة، تبدأ هذه المدة بالنسبة للأسهم العينية الصادرة عند التأسيس، من التاريخ الذي قررت فيه الهيئة التأسيسية الموافقة على تأسيس الشركة نهائياً.

(٢٨) من قانون الشركات الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٤م، والذي صدر هذا التفسير بشأن نصوصه ذات العلاقة بالمقدمات العينية. يُذكر أن هذا القانون بقي سارياً في الأردن حتى صدور قانون الشركات المؤقت رقم (١) لسنة ١٩٨٩م، والذي بقي سارياً - بدوره - حتى صدور قانون الشركات الحالي رقم (١٢) لسنة ١٩٩٧م. وفي الضفة الغربية ما زال قانون الشركات الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٤م سارياً حتى الآن.

يفيد حكماً أصلاً. وبالتالي لا يصبح التسجيل صحيحاً بإجراءات لاحقة، بل لابد من طلب جديد للتسجيل، تُتبع فيه الإجراءات القانونية"^(٢٩).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "إذا كانت حصة الشريك في الشركة أسهم عينية بالكامل، ولم يتم تقدير قيمتها كما تقضي بذلك أحكام المادتين (٧٥) و(٧٦) من قانون الشركات رقم (١٢) لسنة ١٩٦٤م، فيكون تسجيل هذه الشركة باطلاً.....، ولا يصبح تسجيلها صحيحاً بإجراءات لاحقة، بل لابد من طلب جديد، تتبع فيه الإجراءات القانونية، الأمر الذي يتعين معه إعادة الشريكين إلى الوضع الذي كانا عليه قبل تسجيل الشركة"^(٣٠).

بالمقابل جعل قانون الشركات الأردني ١٩٩٧م مسألة التحقق من صحة تقدير المؤسسين للحصة العينية مسألة جوازية، ومتوقفة على قناعة المراقب وسلطته التقديرية. فقد جاء في البند الأول من الفقرة (أ) من المادة (٩٧) أنه "..... للمراقب طلب ما يثبت صحة تقدير قيمة المقدمات العينية". وأضاف البند الثاني من هذه الفقرة أنه: "إذا لم يقتنع المراقب بصحة تقدير الأسهم العينية المقدمة من قبل المؤسسين، فعلى الوزير تشكيل لجنة على نفقة الشركة من ذوي الخبرة والاختصاص لتقدير الحق المراد تقويمه بالنقد، على أن يكون أحد المؤسسين من أعضاء اللجنة....."، فتشكيل لجنة تقدير قيمة الحصة العينية، من قبل الوزير لا يتم، إلا إذا لم يقتنع المراقب بصحة التقدير من قبل المؤسسين^(٣١). بل إن النص جعل مجرد طلب ما يثبت صحة تقدير تلك القيمة مسألة

(٢٩) صدر هذا التفسير في ٢٢/٦/١٩٦٧م. مشار إليه لدى: (التلاحة، ٢٠١٣م).

(٣٠) تمييز حقوق رقم (١٦١/٩٠)، مجلة نقابة المحامين، ١٩٩١م، ص ١٦٦٠، مشار إليه لدى: (الكروري والسناوي، ٢٠١٤م).

(٣١) ونختلف هنا مع من يرى في هذه الصياغة للنص ما يجعل من مسألة تشكيل اللجنة أمراً وجوبياً على المراقب. انظر: (الشوبكي، ٢٠٠٦م).

يُشترط ألا يكون المؤسس عضو هذه اللجنة، هو ذاته مقدم الحصص العينية، المراد تقدير قيمتها.

أما بالنسبة للقانون المصري ولائحته التنفيذية فإن التحقق من صحة تقدير الحصص العينية هو أمر وجوبي، وذلك بالنسبة لكل من شركات الاكتتاب العام وشركات الاكتتاب الفوري أو المغلق، غير أنه أكثر تعقيداً مما جاء في قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية لسنة ١٩٦٤م، وقانون الشركات الأردني لسنة ١٩٩٧م، فهناك عدة مراحل لهذا التحقق، وفقاً لما جاء في المواد (٢٥-٢٦، ٣٨-٣٩، ٤٢) من لائحته التنفيذية^(٣٢)، وذلك على النحو التالي:

- أولاً: أن يقوم المؤسسون بإجراء تقدير مبدئي لهذه الحصص، ولهم أن يستعينوا في ذلك بأهل الخبرة من المحاسبين أو الفنيين أو غيرهم، بعد اطلاعهم على كافة الوثائق المتعلقة بتلك الحصص^(٣٣).
- ثانياً: على المؤسسين بعد التوقيع على العقد الابتدائي، وقبل انتهاء الموعد المحدد لقفل باب الاكتتاب بالأسهم النقدية بوقت كاف، تقديم طلب إلى الهيئة العامة للرقابة المالية^(٣٤)، لكي تتولى التحقق مما إذا كانت

جوازية، إلا إذا كانت الحصص العينية من الحقوق المعنوية، كحقوق الامتياز وحقوق الاختراع والمعرفة الفنية، فيشترط في هذه الحالة تقديم تقارير من ذوي الخبرة والاختصاص، في تحديد قيمة هذه الحصص.

ونرى، في هذا المجال، أن حكم قانون الشركات الأردني، في اشتراط تقديم تقارير مبدئية بقيمة الحصص، يجب أن يتم تطبيقه على الحصص العينية مهما كان نوعها، وليس فقط إذا كانت من الحقوق المعنوية، وعلى أن يتم هذا التقدير المبدئي من خلال الاستعانة بخبراء، وذلك على النحو الذي أشار إليه واشترطه القانون المصري، على النحو الذي سنبينه أدناه، مع العلم أن قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية خلا تماماً من إلزام المؤسسين بتقديم تقدير مبدئي مستعينين في ذلك بخبراء.

وبالمقارنة بين قانون الشركات الأردني لسنة ١٩٩٧م، وقانون الشركات لسنة ١٩٦٤م النافذ في الضفة الغربية، نرى أن مسلك هذا الأخير في جعل أمر التحقق من قيمة الحصص العينية مسألة وجوبية على المراقب، وعدم تركه للسلطة التقديرية للمراقب، يفضّل مسلك القانون الأردني في هذا الأمر.

وبالمقابل فإن مسلك القانون الأردني بخصوص تشكيل لجنة خبراء أفضل من مسلك قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية بترك الأمر لتقدير المراقب، ما إذا كان سيعين خبيراً واحداً أو أكثر. فتشكيل لجنة أفضل من تعيين خبير واحد، خوفاً من خطأ أو حتى تواطؤ هذا الأخير مثلاً، لو عمل منفرداً. ومن جهة أخرى فإن النص في القانون الأردني على أن يكون أحد أعضاء اللجنة هو أحد المؤسسين (كممثل عن بقية المؤسسين) أمر جيد، فقد يكون لديه من الأوراق والوسائل ما يقنع بقية أعضاء اللجنة بصحة التقدير المحدد من قبل المؤسسين في عقد التأسيس. غير أننا نرى هنا ضرورة أن

(٣٢) جرى تعديل بعض هذه المواد حديثاً، من خلال القانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٨م، بتعديل بعض أحكام قانون الشركات رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١م.

(٣٣) وهذه الأحكام الخاصة بالحصص العينية، شملها التعديل الذي أجري مؤخراً على هذه اللائحة التنفيذية، من خلال القرار رقم

(١٦) لسنة ٢٠١٨م، بتعديل بعض أحكام هذه اللائحة (٣٤) ووفقاً للقرار رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨م بتعديل اللائحة التنفيذية

المشار إليه، يُراعى في التقييم الالتزام بالمعايير المصرية للتقييم المالي للمنشآت، ومعايير التقييم العقاري، بحسب الأحوال.

(٣٥) تشترط المادة (٦٥) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري لإصدار أسهم مقابل الحصص العينية، أن تكون قيمتها مطابقة لقيمة الحصص، كما حددتها لجنة التقييم المختصة.

• ثالثاً: تختص بإجراء هذا التقدير لجنة تشكل بقرار من وزير الاستثمار، بناء على عرض الرئيس التنفيذي لهيئة الرقابة المالية، بحيث يرأسها مستشار في إحدى الهيئات أو الجهات القضائية (قاضي)، ويراعى في التشكيل طبيعة الحصة العينية المطلوب التحقق من صحة تقديرها، وبحيث تضم أربعة على الأكثر من الخبراء في التخصصات الاقتصادية والمحاسبية والقانونية والفنية تختارهم الهيئة، فإذا كانت الحصة العينية مملوكة للدولة أو لإحدى الهيئات العامة أو شركة من شركات القطاع العام، فيجب أن يشارك في التقدير ممثل عن المال العام، يختاره وزير الاستثمار، وفقاً للضوابط التي يصدر بها قرار من رئيس مجلس الوزراء^(٣٨). وربما كان الهدف من أن يرأسها قاض هو بث مزيد من الاطمئنان والثقة في عمل اللجنة، وهو مسلك محبذ في الدول التي تسمح إمكانياتها المادية والبشرية بذلك.

• رابعاً: تنظر اللجنة المختصة بتقدير قيمة الحصة العينية في طلب التحقق من قيمتها، ويجب أن يشتمل تقريرها الذي سيصدر بشأن ذلك التقدير على بيان دقيق للحصص العينية، واسم مقدمها، والتقدير الأولي الذي أعد عن قيمتها، والأسس التي بُني عليها، ورأي اللجنة في هذا التقدير، والأسس التي استندت إليها في تقديرها، وغير ذلك من البيانات، التي ترى لزوم إدراجها في التقرير^(٣٩).

(٣٧) إضافة إلى جميع البيانات والحقائق المتعلقة بالحصص العينية المطلوب التحقق من صحة تقدير قيمتها، مع بيان اسم الشريك أو الشركاء الذين قدموها، وبيان كامل عن الشركة، وصورة من العقد الابتدائي للشركة ومشروع نظامها، والتقارير المبدئي الذي أجري لتقدير قيمة هذه الحصة بمعرفة المؤسسين.

(٣٨) المادة (٢٥/٢) من قانون الشركات المصري، المعدلة بالقانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٨م، والمادة (٢٧/٢) من لائحته التنفيذية، المعدلة بالقرار رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨م.

(٣٩) وتلتزم هذه اللجنة باتباع القواعد والإجراءات والمعايير المحاسبية والاقتصادية، كما تلتزم بالمعايير المصرية للتقييم العقاري، ومعايير التقييم المالي للمنشآت، بحسب الأحوال. وعلى أصحاب الشأن سداد المبلغ الذي تحدده الهيئة، مقابل أعمال التقدير وأتعاب اللجنة المختصة.

الحصص العينية قومت تقويماً صحيحاً^(٣٧)، ويرفق مع الطلب التقرير المبدئي الذي أُجري لتقدير قيمة هذه الحصص بمعرفة المؤسسين^(٣٧).

(٣٦) قبل التعديل الأخير لقانون الشركات المصري بالقانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٨م، كانت الفقرة السابعة من المادة (٢٥) منه، تنص على استثناء مفاده أنه إذا كانت الحصة العينية مقدمة من جميع المكتتبين كان تقديرهم لها نهائياً، وأنه إذا تبين أن القيمة المقدرة من قبلهم لهذه الحصة تزيد على القيمة الحقيقية للحصة العينية، كان هؤلاء مسؤولون بالتضامن في مواجهة الغير عن الفرق بين القيمتين. وقد ألغي هذا الاستثناء في التعديل الأخير، وحسناً فعل المشرع المصري بإلغائه. ويبدو أن المشرع كان يقصد من هذا الاستثناء تحقيق السرعة في تأسيس شركات المساهمة، ولو كانت تلجأ للاكتتاب العام، نظراً لأن تقديم الحصة من جميع المكتتبين، إنما يدل على أن تقديرها جاء مناسباً لقيمتها الحقيقية، ولانتفاء الخشية من استغلال جانب من المساهمين للآخر. كما أن تقرير مسؤولية المكتتبين بالتضامن بشأن الفرق بين القيمتين، في مواجهة الغير، إذا ما بالغ المكتتبون في تقدير قيمة الحصة العينية، في هذه الحالة، يتفق مع مبدأ حماية مصالح الغير، كالدائنين. وقبل إلغاء هذا الاستثناء فإن هناك من انتقده - ويحق -، على اعتبار أنه لا مبرر له، وأن الخشية من إلحاق الضرر بالغير تبقى قائمة، وأن الأفضل عدم استثناء هذه الحالة من وجوب تقدير قيمة الحصة من خلال اللجنة المختصة. انظر في ذلك: (القليوبي، ٢٠١٦م). وعلى العموم فإن هذا الاستثناء، كان قبل إلغائه غير قابل للتطبيق، نظراً لما جاء في (٦٤) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢، التي قررت ضرورة طلب تقدير قيمة الحصص العينية، المقدمة من جميع المؤسسين أو المكتتبين أو بعضهم، وسواء أكانت مادية أم معنوية، وسواء أقدّمت عند تأسيس الشركة أو زيادة رأس مالها، عن طريق اللجنة المختصة، طبقاً للقانون واجب التطبيق، أي من خلال إجراءات التقدير المنصوص عليها في قانون الشركات. وبذلك يكون المشرع قد حرص، طبقاً لهذا النص في قانون سوق رأس المال، وقبل إلغاء الاستثناء المشار إليه، على توفير الحماية لجميع المؤسسين والمساهمين من غير مقدمي الحصص العينية، وكذلك للغير، من خلال تأكيده على وجوب التحقق من قيمة الحصص العينية، في جميع الحالات التي تقدم فيها هذه الحصص. انظر: (القليوبي، ٢٠١٦).

تقويم الحصص العينية أيها أقرب. وهذا يعني أن انعقاد هذه الجمعية سينتظر جهوزية تقرير تقويم تلك الحصص، لأن من مهامها، إقرار ذلك التقويم للحصص. أما في شركات الاكتتاب الفوري أو المغلق، فلا يوجد تصويت على القيمة المقدرة للحصص العينية من قبل لجنة التقدير، بل يوقع المساهمون على نظام الشركة الأساسي المتضمن قيمة الحصص، وذلك على النحو المشار إليه في النقطة السابقة^(٤٢).

من خلال هذه الخطوات يتضح أن المشرع المصري تشدد في التعامل مع الحصص العينية، فلم يقتصر الأمر على وجوب تشكيل لجنة في الجهة الإدارية المختصة للتحقق من قيمتها، بل أوجب أيضاً أن يتم التصويت على تقرير هذه اللجنة في الجمعية التأسيسية، والتي يجب أن توافق على التقدير المقدم من اللجنة للحصص العينية بأغلبية خاصة، هي أغلبية ثلثي الأسهم الحاضرة لاجتماع الهيئة التأسيسية، بعد أن يُستبعد من التصويت الأسهم المملوكة لمقدمي تلك الحصص.

صحيح أن المشرع يهدف بذلك إلى إغلاق الباب في وجه أية إمكانية للتحايل من قبل المؤسسين من خلال تقديم حصص عينية، إلا أننا نجد أنه بالغ في الإجراءات التي تطلبها في هذا الشأن. إذ إن التحقق من قيمة الحصة العينية من قبل لجنة خبراء، تشكل بمعرفة الجهة المختصة كافٍ لتبديد أية شكوك حول قيمتها الحقيقية، وبالتالي فإن إجراء تصويت في الجمعية التأسيسية على هذه القيمة، من شأنه أن يعيد خلط الأوراق، إذا جاء التصويت رافضاً لتلك القيمة، مع ما يترتب على ذلك من احتمال انسحاب مقدم الحصة العينية.

(٤٤) وهذا يعني إذا رفض أحد المساهمين القيمة المقدرة للحصة العينية، وامتنع بالتالي عن التوقيع على النظام الأساسي، فلا يكون أمامه في هذه الحالة سوى الانسحاب من الشركة، واسترداد قيمة ما دفعه مقابل الأسهم النقدية التي حصل عليها. وكذلك الأمر إذا كان هذا المساهم الراض لذللك التقدير والامتنع عن التوقيع هو مقدم الحصة العينية، فليس أمامه سوى الانسحاب واسترداد الحصة العينية التي قدمها.

- خامساً: يقوم المؤسسون في شركات الاكتتاب العام، بتوزيع تقرير لجنة التقدير على أعضاء الجمعية التأسيسية^(٤٥)، بحسب الأحوال، وذلك قبل اجتماع الجمعية التأسيسية للشركة، بأسبوعين على الأقل. أما بالنسبة لشركات الاكتتاب الفوري أو المغلق، فبدلاً من توزيع تقرير لجنة تقدير قيمة الحصص العينية على المكتتبين، فإن هذا التقرير يودع بالمقر المؤقت للشركة^(٤٦). تمهيداً للتوقيع على النظام الأساسي من قبل جميع المساهمين^(٤٧). ويجب أن يتضمن هذا النظام الأساسي القيمة المقدرة للحصة العينية، طبقاً للخطوات المتقدم ذكرها، وإقراراً بأن المساهم قد اطلع على تقرير لجنة التقدير، ولكل من هؤلاء المساهمين الحصول على صورة من تقرير اللجنة.
- سادساً: تتولى الجمعية التأسيسية للشركة في شركات الاكتتاب العام إقرار تقدير الحصص العينية، وذلك بموجب قرار من الأغلبية الحائزة لثلثي الأسهم، بعد استبعاد ما يكون مملوكاً منها لمقدمي الحصص العينية، إذ لا يكون هؤلاء حق التصويت في هذا الشأن ولو كانوا - بذات الوقت - من أصحاب الأسهم النقدية (المولى، ٢٠١٠م)^(٤٨). أي أن تقرير اللجنة للحصص العينية لا يكون نهائياً إلا بعد إقراره من الجمعية التأسيسية (القليوبي، ٢٠١٦م). وتنعقد هذه الجمعية التأسيسية خلال شهر من قفل باب الاكتتاب، أو تقديم تقرير

(٤٠) وكذلك على الجهاز المركزي للمحاسبات، إذا كانت الحصص العينية مملوكة للدولة، أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة، أو شركات القطاع العام، أو قطاع الأعمال العام.

(٤١) وعلى المؤسسين إرسال هذا التقرير إلى الجهاز المركزي للمحاسبات، إذا كانت الحصة العينية مملوكة كلها أو بعضها للدولة، أو لإحدى الهيئات العامة، أو شركات القطاع العام.

(٤٢) تشمل عبارة (جميع المساهمين)، المساهمين بالأسهم النقدية، وأصحاب الحصص العينية المقدرة قيمتها.

(٤٣) ونشير هنا إلى أن هذا المنع يشمل منع المؤسس مقدم الحصة العينية من التصويت على قيمة الحصص العينية المقدمة من مؤسسين آخرين.

المبحث الثاني:

توقيت تشكيل اللجنة ونتيجة التقدير

نتناول في المطلب الأول من هذا المبحث توقيت تشكيل لجنة تقدير قيمة الحصص العينية، ونتحدث في المطلب الثاني منه عن نتيجة تقدير اللجنة وموقف المؤسسين منها.

المطلب الأول: توقيت تشكيل لجنة تقدير قيمة الحصص العينية
يلاحظ، بالمقارنة بين القوانين محل البحث، أن توقيت تشكيل لجنة تقدير قيمة الحصص العينية وفقاً لقانوني الشركات النافذ في الضفة الغربية لسنة ١٩٦٤م والأردني لسنة ١٩٩٧م، يأتي بعد تقديم طلب تسجيل الشركة، المرفق بعقد تأسيسها ونظامها الداخلي، وقبل تنصيب المراقب للوزير بقبول أو رفض تسجيل هذه الشركة، أي قبل إجراء الاكتتاب العام، الذي يشترط لإجرائه صدور قرار الموافقة على تسجيل الشركة.

أما في قانون الشركات المصري فإن الأمر يختلف عن ذلك، إذ يجري تشكيل لجنة التقدير، وفقاً للمادة (٢/٢٦) من لائحته التنفيذية، المعدلة بالقرار رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨م، بعد التوقيع على العقد الابتدائي، وقبل انتهاء الموعد المحدد لإغلاق باب الاكتتاب بالأسهم بوقت كافٍ، ذلك أن الاكتتاب العام بالأسهم الشركة في هذا القانون يتم قبل صدور قرار الموافقة على تسجيلها. غير أن ما يثير الاستغراب بالنسبة لهذا القانون في هذا المجال، أن لائحته التنفيذية تحدثت في المادة (٢١) عن أن شهادات الاكتتاب التي يتم الاكتتاب بموجبها، يجب أن تتضمن بيانات منها (الحصص العينية في حالة وجودها)، مع العلم أن تقدير هذه الحصص العينية من قبل لجنة التقدير، قد لا يتم إلا بعد فتح باب الاكتتاب. وإذا كان المقصود بهذا النص هو فقط الإشارة في شهادات الاكتتاب إلى وجود حصص عينية مقدمة في رأس مال الشركة، دون قيمتها، فإن الملحق رقم (٢) من ملاحق هذه اللائحة، والخاص بالبيانات التي يجب أن تشتمل عليها نشرة الاكتتاب في أسهم الشركة

المساهمة، أوردت أحكاماً خاصة ببيانات الأسهم العينية، منها تاريخ صدور قرار لجنة التحقق من أن تقدير الحصص العينية صحيح، وملخص وافٍ عن تعليقات اللجنة على الموجودات والقيمة التي قدرت لكل منها^(٤٥).

هذا يعني أن المشرع المصري، فيما يبدو، لم يأخذ بعين الاعتبار أن تشكيل لجنة التحقق قد يتأخر إلى ما بعد فتح باب الاكتتاب، لذا فإن الأفضل في ظل هذا التناقض هو تعديل نص المادة (٢/٢٦) من اللائحة، بحيث يكون تقديم الطلب إلى الهيئة لتشكيل لجنة التحقق من صحة تقدير قيمة الحصص العينية قبل فتح باب الاكتتاب، بحيث تضع اللجنة هذه القيمة، لكي يتم تضمينها نشرة الاكتتاب بالأسهم الشركة، وشهادات الاكتتاب التي ستتم عملية الاكتتاب عليها.

أما فيما يتعلق بمدة إنجاز لجان التقدير لعملها، فقد جاء في المادة (١/٧٦) من قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية أنه: "على الخبراء إنجاز أعمالهم وتقديم تقريرهم بتخمين القيمة الحالية للمقدمات العينية في خلال ثلاثة أشهر".

يحدد هذا النص المدة بثلاثة أشهر، ونرى أنه هذه المدة طويلة نسبياً، ولا تتلاءم مع السرعة المطلوبة لإنجاز عملية التأسيس ومراحلها المختلفة. ومن جهة أخرى كان من الأفضل أن تكون صيغة النص بجعل هذه المدة حداً أقصى،

(٤٥) إضافة إلى ملخص عن الموجودات المالية والمعنوية المقدمة في مقابل الأسهم العينية، وأسماء مقدميها وشروط تقديمها، مع ذكر إن كانوا من المؤسسين أو أعضاء مجلس الإدارة، وملخص مدى إفادة الشركة من هذه الموجودات، والقيمة المطلوبة لكل نوع منها أصلاً. وجميع عقود المعاوضة التي وردت على العقارات المقدمة للشركة خلال السنوات الخمسة السابقة على تقديمها، وملخص أهم الشروط التي تمت على أساسها هذه العقود، وما كانت تغلته تلك العقارات من ربح في هذه المدة. وجميع حقوق الرهن والامتياز المترتبة على الحصص غير النقدية. والشروط التي يعلق عليها استيفاء الحصص العينية نقداً عند التخيير في ذلك. وعدد الأسهم المسددة القيمة المصدرة في مقابل هذه الأسهم العينية حسب تقدير الخبراء.

ونرى أن هذه النصوص متوازنة، فهي من جهة تحث على إنجاز عمل اللجنة بالسرعة الممكنة، وتسمح بتحديد موعد لانتهاء هذا العمل، ثم توجب ألا تتجاوز مدته ٦٠ يوماً من تاريخ إحالة الأوراق مستوفاة إلى اللجنة.

المطلب الثاني: نتيجة التقدير وخيارات المؤسسين

قد يأتي تقدير اللجنة متفقاً أو مختلفاً في قليل أو كثير عن التقدير المبدئي الذي وضعه أو توقعه المؤسسون، فما هي خيارات المؤسسين حيال ذلك التقدير؟ وما هي إمكانية الاعتراض عليه؟ جاء في المادة (٧٦) من قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية أنه: "..... (٢) إذا كان تقدير الخبراء متفقاً مع تقدير المؤسسين لقيمة هذه المقدمات، فتستكمل المعاملات اللازمة لتسجيل الشركة. (٣) أما إذا تبين من تقدير الخبراء أن قيمة تلك المقدمات لا تبلغ القيمة المقدرة من قبل المؤسسين، يجوز للمراقب أن ينسب للوزير رفض تسجيل الشركة. (٤) يحق للمؤسسين تقديم طلب جديد، يتضمن إما تنزيلاً لعدد الأسهم، بما يتفق وتقدير الخبراء، وإما تقديم مقدمات إضافية تجري معاملة تقديرها وفق الأصول السابقة بمعرفة ذات الخبراء، وإذا تعذر ذلك يعين المراقب خبراء غيرهم. (٥) إذا كان التقدير الثاني الصادر عن الخبراء متفقاً مع التقدير الأصلي، استُكملت معاملات تسجيل الشركة".

يتضح من هذه النصوص أن تطابق تقدير الخبراء لقيمة الحصص العينية المقدمة من قبل المؤسسين، مع تقدير هؤلاء الآخرين لتلك القيمة، والتي تكون محددة - كما ذكرنا - في عقد تأسيس الشركة، يعني الاستمرار في إجراءات تسجيل الشركة، نظراً لصحة التقدير الوارد في عقد تأسيس الشركة، وبالتالي لا يتطلب الأمر أي إجراء آخر من قبل المؤسسين.

أما بعكس ذلك، أي أن يكون تقدير الخبراء لقيمة الحصص أقل من تقدير المؤسسين، فقد أجاز القانون للمراقب أن ينسب للوزير برفض تسجيل الشركة، إلا إذا قدم المؤسسون طلباً

أي أن يُشترط ألا تزيد المدة عن ثلاثة أشهر. وعلى العموم فإنه من الممكن تفسير النص على هذا النحو وتحديد مدة تقل عن ثلاثة أشهر لإنجاز عمل الخبراء. لكن ماذا لو انتهت مدة الثلاثة أشهر، أو أي مدة تقل عنها حددها المراقب للجنة، دون انتهاء عملها؟

نرى أنه ليس هناك ما يمنع من تمديد هذه المدة، بُغية إنجاز العمل المطلوب، مع مراعاة عدم الإضرار بمصالح الشركاء نتيجة التأخير في التقدير، لما يترتب عليه من تأخير في التسجيل. ونرى أن يُضاف إلى النص ما يحرم الخبر أو الخبراء من أتعابهم إذا أهملوا في القيام بواجباتهم، واضطر المراقب إلى تعيين بديل عنهم، وذلك حتى لا يدفع مؤسسو الشركة أتعاب ونفقات عملية التقدير مرتين.

أما القانون الأردني فقد أصاب عندما نص في المادة (٩٧/أ/٢) على وجوب تقديم اللجنة لتقريرها إلى المراقب خلال مدة لا تزيد عن ٣٠ يوماً من تاريخ تشكيلها. فهذه المدة تتسم بأنها قصيرة، وبأنها حد أقصى لعمل اللجنة، لا يجوز لها أن تتجاوزها، مع عدم استبعاد احتمال التمديد لعمل اللجنة إن تطلّب الأمر ذلك، أو طرأت ظروف منعتها من إتمام عملها خلال هذه المدة.

وبالنسبة للقانون المصري، فقد نصت المادة (١/٢٥) منه، المعدلة بموجب القانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٨م، والمادة (٢٧/١) من لائحته التنفيذية، المعدلة بموجب القرار رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨م، على أن اللجنة تودع تقريرها في مدة أقصاها ٦٠ يوماً من تاريخ إحالة الأوراق إليها^(١٤).

(٤٦) كانت المادة (٣/٢٧) من اللائحة التنفيذية قبل تعديلها بالقرار رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨م تنص على أنه: "تنظر اللجنة طلبات التحقق من صحة تقدير قيمة الحصص العينية التي تُحال إليها على وجه السرعة، ويجوز - في أحوال الاستعجال - أن يُجَدَّد موعد لانتهاء اللجنة من أعمالها بقرار من رئيس الهيئة، وفي جميع الأحوال تقدم اللجنة تقريرها في مدة أقصاها ستون يوماً من تاريخ إحالة الأوراق مستوفاة إليها".

فهذا النص يوحى للقارئ بأن الحديث يدور عن تقدير ثان للحصة العينية السابقة أو الأولى، في حين إن المقصود به هو تقدير قيمة الحصة الجديدة المكتملة، والذي لا علاقة له بالتقدير السابق للحصة الأولى، بل ما يريد هذا النص أن يصل إليه هو أن يكون مجموع قيمة التقديرين متوائماً مع الرقم المذكور في عقد التأسيس من قبل المؤسسين، وهذا طبعاً في حالة اختيارهم عدم تخفيض عدد الأسهم، وبالتالي قيمة رأس المال، بما يتوافق مع تقدير الخبراء لقيمة الحصة السابقة.

أما قانون الشركات الأردني لسنة ١٩٩٧م، فقد تميّز عن قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية لسنة ١٩٦٤م، في أنه خير المؤسسين بين قبول تقدير اللجنة أو الاعتراض على قرار الوزير، حيث أجاز في المادة (٩٧/أ/٢) للمؤسسين الاعتراض على تقرير لجنة الخبراء لدى الوزير خلال ١٠ أيام من تاريخ اعتماده من قبل المراقب. فقد يكون تقدير اللجنة أقل بكثير من تقدير المؤسسين، وبشكل يلحق ضرراً بمقدم الحصة وبالشركة (الشوبكي، ٢٠٠٥م)، الأمر الذي حدا بالمشروع إلى إتاحة المجال أمام المؤسسين للاعتراض على ذلك التقدير.

وإذا قُدم مثل هذا الاعتراض، فإن الفقرة (ب) من ذات المادة أوجبت على الوزير البت فيه خلال أسبوعين من تاريخ تقديمه، فإذا رفض الوزير اعتراض المؤسسين^(٤٨)، فإنه يرفض تسجيل الشركة، إلا إذا عاد المؤسسون ووافقوا على التقدير، فعندها تستكمل إجراءات التسجيل. أي أنه ليس أمام المؤسسين، إذا رفض الوزير اعتراضهم على تقدير اللجنة، إلا أن يوافقوا على تقدير لجنة الخبراء للحصة أو الحصص العينية المقدمة من قبلهم، وإلا سيرفض الوزير الاستمرار في إجراءات التسجيل.

(٤٨) رد في هذا النص خطأ، حيث ذُكرت عبارة (إذا قبل الوزير الاعتراض، يرفض تسجيل الشركة)، والصحيح هو (إذا رفض الوزير الاعتراض).

للمراقب يتضمن تخفيض عدد الأسهم ورأس المال بما يتفق مع تقدير الخبراء، أو أن يقوم المؤسس أو المؤسسون الذين قدموا تلك الحصة أو الحصص العينية، باستكمال القيمة السابقة بحصة عينية جديدة أو حتى بحصة نقدية.

غير أن هذا القانون لم ينص على إمكانية اعتراض المؤسسين على ما ورد في تقرير لجنة الخبراء بخصوص تقدير قيمة الحصة العينية بأي طريقة، وهي مسألة سلبية. ومع ذلك فإنه إذا نسب المراقب للوزير برفض تسجيل الشركة في حالة عدم قبول المؤسسين لتقدير الخبراء، وبالتالي صدر قرار الوزير برفض تسجيل الشركة، فإن هذا القرار هو قرار إداري، يقبل الطعن فيه أمام المحكمة الإدارية (محكمة العدل العليا)^(٤٩). وقد يستند المؤسسون الطاعنون على خطأ التقدير من قبل الخبراء، وعدم تسليمهم بهذا التقدير، وللمحكمة سلطة تقديرية في التحقق من ذلك التقدير، بما في ذلك الاستعانة بخبراء آخرين، وبالتالي تأييد قرار الوزير برفض تسجيل الشركة أو إلغائه.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن الفقرة الرابعة من المادة (٧٦) من قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية، والمشار إليها، تنص على أنه إذا اختار المؤسسون تقديم حصص عينية جديدة لاستكمال القيمة السابقة للحصص العينية، فإن هذه الحصص الجديدة، يجري تقدير قيمتها من خلال ذات الخبراء الذي قاموا بعملية التقدير السابق، إن أمكن ذلك، وإلا من خلال خبراء آخرين يتولى المراقب تعيينهم.

غير أن الملاحظ على الفقرة الخامسة من ذات المادة قولها، أنه: "إذا كان التقدير الثاني الصادر عن الخبراء متفقاً مع التقدير الأصلي، استُكملت معاملات تسجيل الشركة".

(٤٩) جاء في المادة (٣٨) من قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطينية رقم (٥) لسنة ٢٠٠١م، بشأن اختصاصات محكمة العدل العليا، أن من هذه الاختصاصات: (رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين والأنظمة المعمول بها)، وكذلك (سائر المنازعات الإدارية).

الشركات المصري، والمادة (٢٩٩ مكرراً-٦) من لائحته التنفيذية المعدلة بالقرار رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨م، على إنشاء لجنة أو أكثر لنظر التظلمات من القرارات الإدارية الصادرة من الوزير أو الهيئة تطبيقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية، وتشكل اللجنة برئاسة أحد نواب مجلس الدولة (القضاء الإداري).

وتقدم التظلمات للجنة خلال ١٥ يوماً من تاريخ إخطار المتظلم أو علمه بالقرار المتظلم منه^(٥١)، وللجنة الحق في الاتصال بذوي الشأن والجهات الإدارية المعنية، وطلب تقديم الإيضاحات والمستندات التي تراها لازمة للبت في التظلم، ولها أن تستعين بمن ترى الاستعانة به من ذوي الخبرة من الجهات الإدارية المختلفة.

وتصدر اللجنة قرارها خلال ٦٠ يوماً من تاريخ تقديم التظلم، ويكون قرارها في هذا الشأن نهائياً وملزماً للهيئة. وتبين اللائحة التنفيذية إجراءات الإخطار والتظلم من القرارات، والبت فيها، وتنظيم عمل اللجنة، ومكان انعقادها^(٥٢).

وهذا يعني أن تظلم المؤسسين أو مجلس الإدارة، بحسب الأحوال، من أي قرار يتعلق بالحصص العينية، سواء أكان هذا التظلم بشأن اللجنة المشكلة من الهيئة لتقدير قيمة تلك الحصص، أو قرار الهيئة باعتماد تقرير تلك اللجنة، يكون قابلاً للتظلم أمام لجنة التظلمات المشار إليها.

غير أنه أياً كانت نتيجة التظلم، في هذه الحالة، فإنه تبقى للجمعية التأسيسية في الشركة كلمتها. فوفقاً للفقرتين الخامسة والسادسة من المادة (٢٥) من قانون الشركات المصري، والفقرة الثانية من المادة (٢٩) من لائحته

كما جاء في ذات الفقرة، أنه لا يحق لأي من المؤسسين أو المساهمين اللاحقين الاعتراض على قيمة المقدمات العينية المقدمة من قبل المؤسسين في مرحلة التأسيس. فالقانون الأردني لم يمنح، كما فعل القانون المصري، الهيئة العامة للشركة في اجتماعها الأول حق البحث في قيمة الحصص العينية المقدمة، فقبل اجتماع هذه الهيئة يكون التقدير نهائياً، وفقاً للخطوات المشار إليها.

وهذا يعني أن القانون الأردني اعتبر قرار اللجنة المشكلة لتقييم قيمة الحصص العينية بعد موافقة الوزير عليه نهائياً، فكأن هذه الموافقة من الوزير في هذه الحالة تقوم مقام مصادقة الهيئة العامة للشركة في اجتماعها الأول على تقدير الحصة العينية المقدمة من المؤسسين (المولى، ٢٠١٠م).

والسؤال هنا، هل يملك المؤسسون الطعن في قرار الوزير برفض تسجيل الشركة، لدى المحكمة المختصة، بناءً على رفض هؤلاء المؤسسين لتقدير اللجنة؟

إن قرار الوزير هو قرار إداري، وبالتالي فإنه قابل للطعن فيه أمام المحكمة الإدارية، وقد جاء في المادة (٥) من قانون القضاء الإداري الأردني رقم (٢٧) لسنة ٢٠١٤م، أن هذه المحكمة تختص بالنظر في جميع الطعون المتعلقة بالقرارات الإدارية النهائية، بما في ذلك "الطعن في أي قرارات نهائية صادرة عن جهة إدارية ذات اختصاص قضائي".....^(٥٣).

أما بالنسبة للقانون المصري^(٥٤)، فقد نصت المادة (١٦٠ مكرراً) من القانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٨م المعدل لقانون

(٤٩) ونشير إلى أن القرارات النهائية الصادرة عن هذه المحكمة قابلة للطعن فيها أمام المحكمة الإدارية العليا، التي تنظر في الطعون من الناحيتين الموضوعية والقانونية، وذلك وفقاً لما ورد (٢٥) من قانون القضاء الإداري الأردني.

(٥٠) هذا ونشير إلى أن قانون سوق رأس المال المصري كان قد نص في المادة الثالثة منه على إمكانية التظلم من التقدير الذي حددته لجنة التقييم للحصة العينية، أمام (لجنة التظلمات) المنصوص عليها في الباب الخامس من هذا القانون، والتي يرأسها أحد نواب رئيس مجلس الدولة (القضاء الإداري)، إلا أن هذه المادة ألغيت بالقانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٤م بتعديل قانون سوق رأس المال. لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع، انظر: (القليوبي، ٢٠١٦م).

(٥١) جاء في المادة (٢٩٩ مكرراً-٦) من اللائحة التنفيذية بشأن هذه المدة أنه: "..... فيما لم يرد نص خاص في القانون، يكون التظلم أمام اللجنة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطار صاحب الشأن بالقرار أو علمه به".

(٥٢) وهو ما بيته اللائحة المعدلة بالقرار رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨م، في المواد من (٢٩٩ مكرراً-٧) إلى (٢٩٩ مكرراً-١٢).

ضد مقدم الحصة العينية من قبل أعضاء الجمعية التأسيسية (أو غير العادية)، بهدف حرمانه من جزء من قيمتها.

المبحث الثالث:

تشكيل الحصص العينية لكامل رأس مال الشركة المساهمة
نناقش في هذا المبحث إمكانية أن يتشكل كامل رأس مال الشركة المساهمة من حصص عينية، وذلك من خلال تناول فرضين: الأول يتعلق بإمكانية تقديم جميع المؤسسين لحصص عينية، والثاني يتعلق بإمكانية تقديم المكتتبين في مرحلة الاكتتاب العام لمثل هذه الحصص.

المطلب الأول: تقديم جميع المؤسسين لحصص عينية
يثور تساؤل هنا مفاده: هل يجوز أن تكون حصص جميع المؤسسين حصصاً عينية؟

في الحقيقة تختلف الإجابة على هذا السؤال في القوانين محل الدراسة. فقد جاء في المادة (١/٧٥) من قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية أن طلب تأسيس الشركة المساهمة قد يتضمن أن يكون كل رأس مالها أو جزء منه مكوناً من أسهم عينية معطاة مقابل مقدمات عينية^(٥٣). فهذا النص يعني أن هذا القانون أخذ بفرض أن يكون كل رأس مال الشركة مكوناً من حصص عينية، لكن قبل المضي في توضيح المقصود بهذا النص لابد من الإشارة إلى أن هذا القانون أجاز في المادة (٢/٥٠) إمكانية قيام مؤسسي شركة المساهمة العامة بتغطية كامل قيمة أسهمها وحدهم أو بالاشتراك مع غيرهم، وذلك دون طرح أي جزء من هذه

التنفيذية، إذا اتضح أن تقدير قيمة الحصة العينية، بعد إقراره من الجمعية التأسيسية^(٥٤)، يقل بأكثر من الخمس عن القيمة التي قدمت من أجلها، يجب على الشركة تخفيض رأس المال المصدر وعدد الأسهم العينية بما يعادل هذا النقص، وذلك مع مراعاة أحكام الحد الأدنى لرأس المال المصدر^(٥٥). ومع ذلك يجوز لمقدم الحصة أن يؤدي الفرق بين القيمتين نقداً مقابل أسهم نقدية، كما يجوز له أن ينسحب من الشركة^(٥٥).

ونحن نرى أن الأفضل أن يتم تخفيض رأس المال في جميع الأحوال التي يقل فيها تقدير الحصة العينية من قبل الجمعية التأسيسية، عن القيمة المحددة لها في تقدير اللجنة، وليس فقط إذا كانت أقل بأكثر من خمس تلك القيمة المحددة. وبحيث يكون رأس المال متوافقاً دائماً مع تقدير اللجنة والجمعية التأسيسية للحصص العينية، فعدم تخفيض رأس المال في هذه الحالة يعني أن مالاً عينياً قُدرت قيمته في رأس المال بأعلى من قيمته الحقيقية، وأن مؤسساً سيحصل على أسهم مقابل ما قدم من حصة عينية، بأكثر مما يستحق ويوازي قيمتها، ويبدو أن المشرع المصري أراد اعتماد قيمة الحصة الواردة في تقرير اللجنة إن كان الفرق بين هذه القيمة وبين القيمة التي صوتت عليها وأقرتها الجمعية التأسيسية (أو غير العادية) ضئيلاً، لا يتجاوز خمس القيمة الواردة في تقرير اللجنة، وذلك اختصاراً للوقت والجهد والإجراءات، وربما خشية من أن يكون هناك تواطؤ

(٥٣) أو الجمعية العامة غير العادية بالنسبة للحصة العينية المقدمة في حالة زيادة رأس مال الشركة.

(٥٤) وهي الأحكام الواردة في المادتين (٦) و(٦ مكرر) من اللائحة التنفيذية.

(٥٥) وفي هذا السياق، قضت محكمة القضاء الإداري المصرية، في حكمها الصادر في الدعوى رقم (٢٩٢٧)، بتاريخ ٢٥/٣/٢٠٠٦، بتأييد قرار الهيئة العامة لسوق رأس المال (هيئة الرقابة المالية)، بعدم إصدار قرار بزيادة أسهم، مقابل الحصة العينية التي انسحبت صاحبها. مشار إلى هذا القرار لدى: (القليوبي، ٢٠١٦).

(٥٦) وهذا النص يسري أيضاً على شركات المساهمة الخصوصية، وهي الشركات التي يُمنع دعوة الجمهور للاكتتاب في أسهمها (المادة ٤٤)، ويقتصر الاكتتاب بأسهمها على مؤسسيها أو من قد يشركونهم معهم في هذا الاكتتاب، وبالتالي يمكن أن يقدم كل هؤلاء حصصاً عينية في رأس مالها.

الشركة المساهمة العامة، أو فيما يتعلق بالحد الأدنى أو الأقصى للاكتتاب المؤسسين، بحيث يؤخذ ذلك في عين الاعتبار عند تقديم المؤسسين لحصصهم العينية، بحيث تكون قيمتها متلائمة مع الضوابط التي وضعها المشرع بهذا الصدد^(٥٧).

فالحلاصة وفقاً لهذا القانون أنه سواء أكانت الشركة المساهمة العامة ذات اكتتاب عام أم مغلق أو فوري، فإنه يجوز أن تكون كامل حصص المؤسسين هي حصص عينية. فإذا كانت هذه الشركة هي ذات اكتتاب مغلق أو فوري، فإن هذا يعني أن كامل رأس مالها يتكون من حصص عينية، ذلك أن رأس المال هذا مدفوع بالكامل من قبل هؤلاء المؤسسين، ومن قد يشكونهم معهم.

يبقى هنا أن نتساءل في ظل القانون النافذ في الضفة الغربية، بخصوص العبارة الواردة في المادة (٢/٥٠) والتي تميز للمؤسسين أن يغطوا كامل قيمة الأسهم وحدهم أو بالاشتراك مع غيرهم، دون أن يطرحوها للاكتتاب العام. ففي الحالتين الواردتين في هذه العبارة لا يوجد اكتتاب عام، غير أن هذه العبارة تتضمن فرضين: أن يغطي المؤسسون كامل قيمة الأسهم وحدهم، وهنا من المتصور أن يكون كامل رأس المال المغطى منهم مكوناً من حصص عينية، وهو ما يجب ذكره في عقد التأسيس مع القيمة التي حددها واتفق عليها المؤسسون، والتي سيجري التحقق منها من قبل المراقب، على النحو الذي أوضحناه سابقاً.

أما الفرض الثاني فهو أن يغطي المؤسسون جزءاً من رأس المال من خلال حصص عينية، ويتم بتسجيل الشركة بهذا

الأسهم للاكتتاب العام^(٥٧)، وهو ما يسمى بالاكتتاب الفوري أو المغلق^(٥٨).

وبالجمع بين هذين الحكمين يمكن القول إن شركة المساهمة التي يمكن أن يتكون كل رأس مالها من حصص عينية، هي التي تكون ذات اكتتاب مغلق أو فوري. فرأس مال هذه الشركة يتكون أصلاً مما يقدمه المؤسسون وحدهم، أو بالاشتراك مع غيرهم، وفقاً لما جاء في المادة (٢/٥٠) المشار إليها، دون طرح أي جزء منه للاكتتاب العام.

أما إذا كانت الشركة المساهمة العامة ذات اكتتاب عام، فإنه يجوز أيضاً وفقاً لهذا القانون أن يكون كامل حصص المؤسسين مكونة من حصص عينية، وهو الأمر غير الممكن بالنسبة للمكتتبين في مرحلة الاكتتاب العام، وهو ما ستناقشه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

غير أن ما يجب الانتباه له هنا، هو مراعاة القواعد التي نص عليها القانون، سواء فيما يتعلق بالحد الأدنى لرأس مال

(٥٧) يُستثنى من ذلك، وفقاً لذات النص، الشركات التي تكون غايتها القيام بمشروع استثمار ذي امتياز، أو بمشاريع صناعية يزيد رأس مالها على خمسين ألف دينار، إذ لا يجوز للمؤسسين فيها تغطية ما يزيد على ٥٠٪ من رأس المال، ويطرح الباقي للاكتتاب العام. أما إذا اشترك في تأسيس أي من هذه الشركات أجنبي، فيجوز للمؤسسين تغطية ما لا يزيد عن ٧٥٪ من رأس مالها، ويطرح الباقي للاكتتاب العام. وهذا وهناك من ينتقد هذه الصياغة للنص، لأنها توحي أن الاكتتاب الخاص هو الأصل، والعام هو الاستثناء، مع أن المقصود هو العكس. انظر: (عبد الهادي، ٢٠٠٠م).

(٥٨) وقد يسمى أيضاً (اكتتاب خاص)، دون أن تعني هذه التسمية إلغاء التمييز بين شركة المساهمة العامة وشركة المساهمة الخصوصية، فالأكتتاب المغلق أو الخاص لا يحول الشركة المساهمة العامة إلى مساهمة خصوصية، فالأكتتاب الخاص أو المغلق هو مجرد خيار أمام المؤسسين، ويعني عدم طرح الشركة المساهمة العامة أسهمها على الجمهور للاكتتاب العام بها، مع بقاء الشركة محتفظة بمقوماتها كشركة مساهمة عامة، مثل حق المساهمين في التصرف بالأسهم التي يمتلكونها. للمزيد في هذا الموضوع: انظر: (عبد الهادي، ٢٠٠٠م؛ التلاحمة، ٢٠١٣م).

(٥٩) بالنسبة لشركات الاكتتاب العام، جاء في المادة (٥١) من هذا القانون أنه: "على المؤسسين في الشركة المساهمة أن يكتبوا بما لا يقل عن ١٠٪ من رأس مال الشركة". وفي المادة (٢/٥٠)، جاء أنه: "..... لا يجوز للمؤسسين تغطية ما يزيد عن ٥٠٪ من رأس المال"، وفي الفقرة (٣) من ذات المادة: "..... فيجوز للمؤسسين تغطية ما لا يزيد عن ٧٥٪ من رأس مالها".

الجزء، ثم يعرض هؤلاء المؤسسين لاحقاً على آخرين الاشتراك معهم في تغطية الجزء الباقي من رأس المال، فإذا قدم هؤلاء حصصاً عينية، فكيف سيتم التحقق من قيمتها؟ هل سيكون ذلك من خلال آلية تشكيل لجنة خبراء من قبل المراقب، كما هو الحال عليه عند تقديم المؤسسين طلب التسجيل المتضمن لقيمة الحصص العينية المقدمة منهم؟ أم إن التحقق من قيمتها سيكون من قبل الهيئة العامة، كما هو الحال في الحصص المقدمة خلال فترة حياة الشركة؟

نرى في هذه الحالة أن تتم معاملة الحصص العينية التي ستقدم لاستكمال رأس المال الشركة التي لم تشهد اكتتاباً عاماً، معاملة الحصص العينية التي تقدم عند زيادة رأس مال الشركة، وأن يتم التحقق من قيمتها من قبل الهيئة العامة للشركة.

وبالانتقال إلى قانون الشركات الأردني لسنة ١٩٩٧م، نجد أنه لم ينص صراحة على جواز أن تكون جميع الحصص المقدمة من المؤسسين حصصاً عينية، إلا أنه بذات الوقت، لم يحظر ذلك، الأمر الذي يمكن معه القول إنه يجوز للمؤسسين أن يقدموا جميعاً حصصاً عينية في رأس مال الشركة، مع مراعاة الأحكام التي وضعها القانون بخصوص اكتتاب المؤسسين. وقد جاء في المادة (٩٩) من هذا القانون: "أنه يترتب على مؤسسي الشركة المساهمة العامة عند التوقيع على عقد تأسيسها ونظامها الأساسي، تغطية كامل قيمة الأسهم التي اكتتبوا بها، وتزويد المراقب بما يثبت ذلك"^(٦٠).

فإذا كانت حصص جميع المؤسسين حصصاً عينية فيجب عليهم، وفقاً لما جاء في المادة (٩٧/أ/١) من هذا القانون نقل ملكيتها على الشركة خلال شهر من تاريخ تسجيلها، وإلا يكونون ملزمين حكماً بدفع قيمتها نقداً، وبالعسر الذي اعتمده المؤسسون في طلب تأسيس الشركة.

أما القانون المصري فلا يوجد فيه ما يمنع من تقديم جميع المؤسسين لحصص عينية، وبحيث يتم تقدير قيمتها طبقاً للإجراءات المحددة في هذا القانون ولائحته التنفيذية. جدير بالذكر أن هذا القانون كان ينص بشكل صريح على جواز تقديم جميع المؤسسين لحصص عينية، وذلك في الفقرة الأخيرة من المادة (٢٥)، التي كانت تنص على أنه: "..... إذا كانت الحصة العينية مقدمة من جميع المكتتبين أو الشركاء كان تقديرهم لها نهائياً"^(٦١). غير أن حكم هذه الفقرة ألغي بالقانون المعدل رقم (٤) لسنة ٢٠١٨م، فهل إلغاء هذا النص يعني حظر تقديم جميع المؤسسين لحصص عينية؟

قبل الإجابة على هذا السؤال ننوه إلى النص استعمل كلمة (المكتتبين) وليس (المؤسسين)، ونحن في تفسيرنا لهذا النص نرى أنه بالنسبة للشركات ذات الاكتتاب العام، يستحيل تصور تقديم المكتتبين في مرحلة الاكتتاب العام لحصص عينية، على النحو الذي سنوضحه في المطلب القادم. وبالتالي فإننا نفسر كلمة (المكتتبين) في الشركات ذات الاكتتاب العام على أن المقصود بها هم (المؤسسون)، وبناء عليه يمكن أن يقدم جميع هؤلاء المؤسسين المكتتبين في أسهم الشركة (في مرحلة ما قبل الاكتتاب العام) حصصاً عينية، وبحيث تُطرح الأسهم الباقية للاكتتاب العام، وتسمى (الأسهم النقدية).

وبالعودة إلى سؤالنا حول تأثير إلغاء هذا النص على إمكانية تقديم جميع المؤسسين لحصص عينية، فإننا لا نرى أن إلغاءه يعني منع جميع المؤسسين من تقديم حصص عينية، فهذا الإلغاء مقصود به، إلغاء حكم اعتبار تقدير المؤسسين لقيمة الحصص العينية نهائياً، واستثنائها من الخضوع لإجراءات تقدير قيمتها، إذا كانت هذه الحصة مقدمة منهم جميعاً، ولا يعني حظر أن تكون حصصهم جميعاً في رأس مال الشركة حصصاً عينية.

(٦٠) وعلى ألا تزيد نسبة الأسهم المكتتب بها من قبل المؤسسين في البنوك والشركات المالية على (٥٠٪) من رأس المال المصرح به، وفي غير ذلك من الأعمال ألا تزيد على (٧٥٪) من رأس المال المصرح به.

(٦١) انظر في نقد هذا الحكم، وعدم إمكانية تطبيقه أصلاً حتى قبل إلغائه، ما أوردناه في الهامش رقم (٣٦)، صفحة (٩٢) من هذا البحث.

المطلب الثاني: تقديم حصص عينية خلال فترة الاكتتاب العام
 ناقش في هذا المطلب إمكانية تقديم حصص عينية من المكتبتين في مرحلة الاكتتاب العام بأسهم شركة المساهمة العامة ذات الاكتتاب العام، فهل هذه المسألة واردة؟

نرى أن هذا الأمر غير ممكن في مرحلة الاكتتاب العام في شركات المساهمة العامة. صحيح أن قوانين الشركات محل الدراسة لم تنص بشكل مباشر على منع المكتبتين بأسهم الشركة خلال مرحلة الاكتتاب العام من تقديم حصص عينية، لكن يُفهم من النصوص التي تنظم إجراءات تأسيس الشركة، بما في ذلك الاكتتاب العام بأسهمها، وجوب دفع المكتبتين لقيمة الأسهم التي اكتتبوا بها في مرحلة الاكتتاب العام نقداً^(٦٢).

وهذا يعني، بالنتيجة، أنه من المستحيل أن تكون كل أسهم الشركة المساهمة العامة ذات الاكتتاب العام عينية، فحتى لو سلمنا جدلاً بإمكانية تقديم جميع مؤسسي هذه الشركة لحصص عينية^(٦٣)، وحصولهم على أسهم عينية مقابلها، وهو ما ناقشنا في المطلب السابق، فإن المكتبتين في مرحلة الاكتتاب العام، سيوفون نقداً قيمة ما اكتتبوا به من أسهم.

فعلى سبيل المثال يفهم من صياغة نص المادة (١٠٩) من قانون الشركات الأردني لسنة ١٩٩٧م أن الحصص العينية تُقدم إما من قبل المؤسسين ويُعطون مقابلها أسهماً عينية، طبقاً لما جاء في الفقرة (أ) منها: "يجوز لمؤسسي الشركة المساهمة العامة أن يقدموا مقابل أسهمهم في الشركة مقدمات عينية تقوم بالنقد". وإما أن تقدم هذه الحصص العينية في أية مرحلة لاحقة للتأسيس، أي خلال فترة حياة الشركة، طبقاً لما جاء في الفقرة (ب) من ذات المادة: "أما بالنسبة للأسهم العينية المقدمة في أي مرحلة لاحقة للتأسيس". وهذا يعني

ما تقدم شرحه يتعلق بشركات الاكتتاب العام، لكن ماذا عن الشركات المساهمة ذات الاكتتاب المغلق أو الفوري، وهي الشركات التي أجازها المشرع المصري، ونظمها في المادة (٣٧) من لائحته التنفيذية، والتي جاء فيها أنه: "يجوز أن يقتصر الاكتتاب في رأس مال شركات المساهمة أو شركات التوصية بالأسهم على المؤسسين فقط، أو عليهم وعلى غيرهم من الأشخاص الذين لا يتوافر بهم وصف الاكتتاب العام"^(٦٤).....

للهولة الأولى قد يقال إنه يمكن لمؤسسي هذه الشركات المكتبتين بأسهمها اكتساباً مغلقاً أو فورياً، أن يقدموا جميعاً حصصاً عينية، وبحيث يتشكل رأس مال هذه الشركات بالكامل من هذه الحصص. غير أن هذا الأمر لن يكون ممكناً في ظل ما جاء في المادة (٦) من اللائحة التنفيذية، (والتي تنظم الحد الأدنى لرأس المال المصدر والمدفوع منه عند التأسيس)، من أنه بالنسبة لشركات المساهمة العامة التي لا تطرح أسهمها للاكتتاب العام، يجب ألا يقل رأس مال الشركة المصدر عن مائتين وخمسين ألف جنيه، وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يقل المبلغ المدفوع نقداً من رأس المال عند التأسيس عن الربع، فهذا يعني أن ربع رأس مال الشركة ذات الاكتتاب المغلق أو الفوري يجب أن تُدفع نقداً، وأنه من غير الممكن أن تكون حصص جميع مؤسسي هذه الشركة حصصاً عينية^(٦٥)، بل يجب أن يقدم واحد منهم أو أكثر حصة نقدية لا تقل عن ربع رأس مال الشركة.

(٦٢) ووفقاً للمادة (١٠) من هذه اللائحة تعتبر الأسهم مطروحة للاكتتاب العام في حالة دعوة أشخاص غير محددين سلفاً للاكتتاب في تلك الأسهم، أو إذا زاد عدد المكتبتين في الشركة عن ١٠٠. ويجب ألا يقل الجانب من أسهم الشركة المطروح للاكتتاب العام عن ٢٥٪ من مجموع قيمة الأسهم النقدية.

(٦٣) وهذا يعني أيضاً أن حكم المادة (٦) من اللائحة التنفيذية الخاص بشركات الاكتتاب الفوري أو المغلق، والمشار إليه أعلاه، كان يجعل من غير الممكن تطبيق الاستثناء الذي كان وارداً في الفقرة (٧) من المادة (٢٥)، قبل إلغائها بتعديل سنة ٢٠١٨، على هذه الشركات، فهذه الفقرة كانت تنص على أنه "واستثناءً من حكم هذه المادة، إذا كانت الحصة العينية مقدمة من جميع المكتبتين أو الشركاء، كان تقديرهم لها نهائياً".

(٦٤) سواء كان ذلك دفعة واحدة، كما نص على ذلك قانون الشركات الأردني في المادة (٩٧/أ)، أو على دفعات وأقساط كما أجاز ذلك قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية في المادة (٤٧/٨).

(٦٥) وهو، بدوره، فرض يصعب تصور حدوثه.

عدم جواز تقديم مثل هذه الحصص في غير هذه الأحوال، وتحديدًا من قبل المكتتبين خلال مرحلة الاكتتاب العام. وفي الحقيقة فإن هذا الأمر منطقي، إذ من الصعوبة بمكان السماح بتقديم المكتتبين لحصص عينية، مع ما يحتاجه ذلك من إجراءات للتحقق من قيمة هذه الحصص، وما يترتب عليه من تأخير لعملية الاكتتاب وإعاقة لإجراءاتها^(٦٦).

أما بالنسبة لشركات الاكتتاب العام في ظل قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية لسنة ١٩٦٤م، فإنه ينطبق عليها ما ذكرناه في الفقرة السابقة عن قانون الشركات الأردني لسنة ١٩٩٧م، إذ يجب وفاء المكتتبين نقداً بقيمة الأسهم التي يكتتبون بها. فالمادة (٨/٤٧) تتحدث عن أن (القسط الواجب تسديده عند الاكتتاب يجب ألا يقل عن ربع قيمة السهم الاسمية)، والمادة (٥١/د) تتحدث عن (قيمة الأسهم وكيفية تسديدها)، والمادة (٣/٥٢) تتحدث عن (القسط أو الأقساط التي سيدفعها المكتتب)، والمادة (٢/٥٣) تتحدث عن (حفظ المصرف للأموال المقبوضة من المكتتبين^(٦٧))، وعدم جواز تسليمها إلا لمجلس الإدارة الأول)، والمادة (٤/٥٤) تقول إنه في حالة الرجوع عن التأسيس، تعيد المصارف المودعة لديها المبالغ المدفوعة من قبل المكتتبين تلك المبالغ كاملة إلى أصحابها فوراً.

فكل هذه النصوص وغيرها من قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية، تدل دلالة واضحة على أن المكتتبين بأسهم الشركة خلال مرحلة الاكتتاب العام، يجب عليهم دفع قيمة أسهمهم نقداً.

(٦٦) فضلاً عن صعوبات أخرى، مثل: هل هذه الحصص العينية ستكون مفيدة للشركة أم لا؟ ومن سيقدر بشأن ذلك؟ كما أن الاكتتاب العام يجري من خلال البنوك، وعلى نموذج معد ذلك، وبحيث يدفع المكتتب قيمة الأسهم نقداً، ولا يُصور غير ذلك عند القيام بالاكتتاب وتعبئة نموذج.

(٦٧) وكلمة (الأموال) في هذا النص خاطئة، لأن المقصود بها (المبالغ النقدية) التي دفعها المكتتبون.

ولذلك ذكرنا في المطلب السابق، أن تفسيرنا لنص المادة (١/٧٥) من هذا القانون، الذي يجيز أن يتكون كل رأس مال الشركة المساهمة من مقدمات عينية، يُتصور فقط في الشركة ذات الاكتتاب المغلق أو الفوري^(٦٨)، أما إن كانت ذات اكتتاب عام، فإن جزءاً من رأس مالها فقط يمكن أن يتكون من حصص عينية، هي تلك التي قد يقدمها المؤسسون فقط.

ومع ذلك فإن بعض النصوص في قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية شابهها الغموض بهذا الشأن، فالمادة (٥٨) منه، التي تتحدث عن اجتماع الهيئة التأسيسية للشركة (أي الاجتماع الأول للهيئة العامة)، قد نصت في فقرتها الثالثة على أنه: "لا يجوز للمكتتبين بأسهم عينية التصويت في القرارات المتعلقة بأسهمهم العينية"، وهذا النص بهذه الصياغة يثير التساؤل حول ما إذا كان ممكناً تقديم المكتتبين لحصص عينية يحصلون مقابلها على أسهم عينية، فاستعمال لفظ (المكتتبين هنا) يثير اللبس، خاصة أن الفقرة الأولى من ذات المادة استعملت لفظ (المؤسسين)، فقالت: "يرأس اجتماع الهيئة التأسيسية أحد المؤسسين". فهل استعمال لفظي (المؤسسين) و(المكتتبين) مقصود بحد ذاته، ويعني السماح للمكتتبين في فترة الاكتتاب العام بتقديم حصص عينية؟ وبالتالي أن الحصص العينية نوعان: نوع قدمه المؤسسون، وقد تم التحقق من قيمته بواسطة المراقب، ونوع يمكن أن يقدمه المكتتبون في فترة الاكتتاب العام، ويحتاج للتحقق من قيمته، والتصويت على هذه القيمة؟

لا نرى أي من ذلك، ونرى أن الأمر لا يتعدى أن يكون خطأً في الصياغة، بدليل أن الفقرة الثانية في ذات المادة عادت واستعملت لفظ (مكتتبين) بشكل يشمل جميع من اكتتب بأسهم الشركة، سواء أكانوا من المؤسسين أم من المكتتبين في مرحلة الاكتتاب العام، إذ جاء فيها: "يتألف النصاب القانوني لاجتماع الهيئة التأسيسية من مكتتبين يحملون نصف الأسهم المكتتب بها".

(٦٨) إضافة إلى الشركات المساهمة الخصوصية، كما ذكرنا في الهامش رقم (٥٦)، صفحة (٩٨) من هذا البحث.

والخلاصة بالنسبة لشركات المساهمة العامة ذات الاكتتاب العام، في القوانين محل الدراسة، أنه يستحيل أن يكون كامل رأس مالها مكوناً من حصص عينية، لأنه وإن جاز لجميع المؤسسين تقديم حصص عينية، رغم صعوبة تصور حدوث ذلك من الناحية العملية، فإن الأمر غير ممكن بالنسبة للمكتتبين، الذين سيدفعون نقداً ثمن ما اكتتبوا به من أسهم. وهذا بخلاف الشركات ذات الاكتتاب المغلق، التي تختلف حكم القوانين محل الدراسة بالنسبة لها في هذا الشأن، فالقانون النافذ في الضفة الغربية أجاز أن يكون كامل رأس مالها مكوناً من حصص عينية، أما القانون الأردني فلم يجز ذلك صراحةً، غير أنه لم يمنعه صراحةً أيضاً، في حين أن القانون المصري اشترط بالنسبة لهذا النوع من الشركات أن يكون ربع رأس مالها نقداً، وفقاً لما جاء في المادة (٦) من لائحته التنفيذية.

المبحث الرابع:

الحصص العينية المقدمة عند زيادة

رأس المال والتخلف عن تقديم الحصص

نتحدث في هذا المبحث عن مسألتين: الأولى تقديم الحصص العينية خلال فترة حياة الشركة، أي عند زيادة رأس مالها، والثانية تخلف مقدم الحصة العينية عن التزامه بتقل ملكيتها وتسليمها إلى الشركة.

المطلب الأول: الحصص العينية المقدمة عند زيادة رأس مال الشركة (في مرحلة لاحقة للتأسيس)

يُقصد بالمرحلة اللاحقة للتأسيس أية مرحلة خلال فترة حياة الشركة يتم فيها طرح جزء من رأس مال الشركة، لم يكن قد جرى الاكتتاب به، للاكتتاب، أو يتم زيادة رأس مال الشركة وطرح أسهم الزيادة هذه للاكتتاب (سامي، ١٩٩٩م).

فالشركة قد تقوم بزيادة رأس مالها خلال فترة حياتها، وقد نصت قوانين الشركات على عدة وسائل يمكن استخدامها في زيادة

ثم إن نص المادة (٣/٥٩) من هذا القانون نصت على أن من مهام الهيئة التأسيسية أن تبحث في (الأسهم العينية التي أعطيت للمؤسسين)^(٦٩)، فهذا تأكيد إضافي على أن الأسهم العينية في مرحلة التأسيس تعطى للمؤسسين فقط، مقابل ما قدموه من حصص عينية، دون المكتتبين في الاكتتاب العام.

وطبقاً لأحكام القانون المصري، فإنه بعد اكتتاب المؤسسين، سيكون هناك اكتتاب عام، وأحكام الاكتتاب العام الواردة في القانون المصري ولائحته التنفيذية توجب على المكتتبين من الجمهور أن يدفعوا نقداً مقابل الأسهم التي سيكتتبون بها. فقد جاء في المادة (٦/٦) ثانياً من اللائحة التنفيذية أنه: "..... يشترط ألا يقل الجانب من الأسهم الذي يطرح للاكتتاب العام عن ٢٥٪ من مجموع قيمة الأسهم النقدية"^(٧٠)، وفي المادة (٢٤) من هذه اللائحة، والتي تنظم مسألة (إعداد بيان أسماء المكتتبين بعد إغلاق باب الاكتتاب) جاء أنه يُكتب في هذا البيان: "قيمة ما دفعه كل منهم وعدد الأسهم التي اكتتب فيها، ومقدار الأسهم التي خصصت له". كما أن المادة (٢/٢٦) من ذات اللائحة، المعدلة بموجب القرار رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨م، والمنظمة للتقرير المبدئي لقيمة الحصة العينية، وردت فيها عبارة: "..... وقبل انتهاء الموعد المحدد لقفل باب الاكتتاب في الأسهم النقدية.....". فهذه النصوص تدل دلالة واضحة، وبشكل قاطع، على أن الأسهم المكتتب بها في مرحلة الاكتتاب العام، ستُدفع قيمتها نقداً فقط، إلى درجة تسميتها بالأسهم النقدية، الأمر الذي يعني استحالة أن يكون كامل رأس مال الشركة المساهمة ذات الاكتتاب العام مكوناً من حصص عينية.

(٦٩) انظر نقداً لهذا النص في المطلب الثاني من المبحث الأول، ومفاده أن الحصص العينية التي قدمها المؤسسون يكون قد جرى التحقق من قيمتها من قبل المراقب، ولا داعي للبحث فيها من قبل الهيئة التأسيسية.

(٧٠) وهذه النسبة في شركات الاكتتاب العام توازي ما اشترطه القانون في شركات الاكتتاب المغلق أو الفوري، من وجوب ألا يقل المبلغ المدفوع نقداً من رأس مال هذه الأخيرة عن الربع.

مرحلة التأسيس تحتاج لرقابة من الجهة الإدارية الرسمية المختصة، ولأنه ليست هناك هيئة عامة تمثل المساهمين، وتمارس دورها الرقابي على مجلس الإدارة، وتبت في توصياته، كما هو الحال خلال فترة حياة الشركة.

أما قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية فقد اتخذ منحى آخر بهذا الشأن، صحيح أنه أناط في المادة (٨٢) أمر الموافقة على تقدير قيمة الحصص العينية المقدمة عند زيادة رأس المال بالهيئة العامة للشركة، لكن بعد اتباع ذات الإجراءات المنصوص عليها بشأن تقدير قيمة الحصص العينية عند تأسيس الشركة. فقد جاء في هذه المادة أنه: "إذا رأى مجلس الإدارة ضرورة زيادة الأسهم عن طريق إحداث أسهم عينية جديدة، وجب عليه اتباع الأصول المنصوص عليها بشأن الأسهم العينية المقدمة عند التأسيس، وتقوم عندئذ الهيئة العامة بوظائف الهيئة التأسيسية".

وهذا يعني أنه يجب على مجلس الإدارة الطلب من مراقب الشركات تعيين خبير أو أكثر لتقدير قيمة الحصص أو الحصص العينية المنوي زيادة رأس مال الشركة بما يعادل قيمتها، وبعد وضع الخبير أو الخبراء لتقاريرهم بهذا الشأن، يقوم المراقب بإبلاغ مجلس الإدارة بها، ليقوم هذا الأخير بدعوة الهيئة العامة غير العادية للشركة لاجتماع من أجل الموافقة على زيادة رأس المال بقيمة الحصص أو الحصص العينية المقدمة، فهذه الموافقة تكون مزدوجة، إذ تنصب على قرار زيادة رأس المال، وعلى قيمة الحصص العينية التي يزداد بها رأس المال^(٧١).

مع الإشارة إلى أن مقدمي الحصص العينية لا يجوز لهم التصويت في القرارات المتعلقة بأسهمهم العينية، وذلك وفقاً لما ورد في المادة (٥٨/٣) من هذا القانون.

(٧١) جاء في المادة (٣/٧٩) من قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية، أن الأسهم العينية التي تصدر بعد التأسيس، يكون تاريخ موافقة الهيئة العامة على إحداثها هو تاريخ إصدارها. وأهمية تحديد تاريخ إصدارها تكمن في أن هذه الأسهم العينية لا يجوز تداولها قبل مرور ستين على إصدارها، وذلك وفقاً لما ورد في المادة (٧٩/١).

رأس المال، وقد تكون زيادة رأس المال هذه مقابل تقديم شخص، سواء أكان من المساهمين أم من غيرهم، حصة عينية، فيحصل هذا الشخص على أسهم عينية، تعادل الزيادة في رأس المال.

كما قد يكون هناك جزء من رأس مال الشركة لم يُكتب به بعد، وأرادت الشركة استكمال الاكتتاب به، فيمكن أن يجري ذلك من خلال الاتفاق مع شخص على تقديم حصة عينية، يحصل مقابلها على أسهم عينية توازي قيمة تلك الحصة. وبطبيعة الحال فإن إجراءات تقدير قيمة الحصة العينية المقدمة في هذه المرحلة تختلف عن تلك المقدمة من المؤسسين عند تأسيس الشركة.

فقد أناط قانون الشركات الأردني أمر التحقق من قيمة الحصص العينية، المقدمة في أية مرحلة لاحقة للتأسيس، بالهيئة العامة غير العادية للشركة، إذ أوجب في المادة (١٠٩/ب) منه وجوب الحصول على موافقة هذه الهيئة على قيمة تلك المقدمات العينية. والسبب في ذلك أن تقديم الحصة العينية خلال فترة حياة الشركة يعني زيادة في رأس مالها، ووفقاً للمادة (١٧٥/أ/٦)، فإن الموافقة على زيادة رأس مال الشركة (أو تخفيضه) هو من صلاحيات الهيئة العامة غير العادية.

والفرض هنا أنه جرى الاتفاق مبدئياً بين مجلس إدارة الشركة ومقدم الحصة العينية على تقدير قيمتها (العكيلي، ٢٠١٠م)، على أن يُعرض هذا الاتفاق على الهيئة العامة غير العادية للشركة للحصول على موافقتها على ذلك التقدير.

وحتى في هذه الحالة، لا يمكن اعتبار هذا التقدير نهائياً، إذ أجازت الفقرة (ج) من ذات المادة، أنه يحق لأي مساهم حضر اجتماع هذه الهيئة، وسجل اعتراضه في محضر ذلك الاجتماع، أن يطعن لدى المحكمة المختصة بقيمة المقدمات العينية، خلال ١٥ يوماً من تاريخ الاجتماع.

ويبدو أن السبب في اختلاف آلية التقدير، وفقاً لقانون الشركات الأردني، بين الحصص المقدمة في مرحلة التأسيس، وتلك المقدمة خلال فترة حياة الشركة، راجع إلى أن الشركة في

العامة غير العادية للشركة بإقرار تقدير الحصص العينية في حالة تقديمها عند زيادة رأس مال الشركة.

وهذا يعني أن المشرع المصري تشدد أيضاً في إجراءات التحقق من قيمة الحصص المقدمة عند زيادة رأس المال، كما فعل بالنسبة للحصص المقدمة في فترة التأسيس، فجعلها تمر بذات المراحل. إذ يجب أولاً القيام بإجراء تقدير مبدئي لقيمة هذه الحصص، ويكون هذا التقدير من قبل مجلس إدارة الشركة، ثم يجري ثانياً تقديم طلب إلى الهيئة، في موعد مناسب بالنسبة لمجلس الإدارة، لتشكيل لجنة للتحقق من هذه القيمة^(٧٣).

أما ثالثاً وأخيراً، فيقوم مجلس إدارة الشركة بتوزيع تقرير لجنة التقدير على أعضاء الجمعية العامة غير العادية^(٧٤)، قبل أسبوعين على الأقل من موعد اجتماع هذه الجمعية، وذلك كي تتولى هذه الأخيرة إقرار تقدير الحصص العينية، الوارد في تقرير اللجنة، وذلك من خلال قرار يصدر من الأغلبية الحائزة لثلثي الأسهم النقدية^(٧٥)، بعد استبعاد ما يكون مملوكاً منها لمقدمي هذه الحصص العينية، المقدمة من أجل زيادة رأس المال، فهؤلاء لا يكون لهم حق التصويت، ولو كانوا من أصحاب الأسهم النقدية. وهذا يعني أن تقرير اللجنة لا يكون نهائياً إلا بعد إقراره من الجمعية العامة غير العادية (القليوبي، ٢٠١٦م).

(٧٣) انظر ما يتعلق بتشكيل هذه اللجنة، ما أوردها في المطلب الثاني من المبحث الأول.

(٧٤) ونرى أن هذا الإجراء واجب الاتباع حتى في شركات المساهمة التي تأسست باكتتاب فوري أو مغلق، بالرغم من أن الحصص العينية المقدمة في هذه الشركة عند تأسيسها لا تخضع لتصويت، إلا أن هذه الشركة بعد مباشرة عملها، يكون فيها جمعية عامة غير عادية، تمارس كامل صلاحياتها، كما هو الحال بالنسبة لشركات الاكتتاب العام.

(٧٥) ونعتقد أنه بالرغم من النص تحدث عن تصويت حائزي الأسهم النقدية على قيمة الحصص العينية، أن هذا التصويت يشمل حملة الأسهم العينية، الذين قدموا حصصاً عينية عند تأسيس الشركة، فهؤلاء خلال فترة حياة الشركة واجتماعاتها، لهم كامل الحقوق المقررة لحملة الأسهم النقدية، ما عدا بعض الاستثناءات التي أشرنا إليها في موضعها.

وقد جاء مسلك قانون الشركات المصري مشابهاً إلى حد كبير لمسلك قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية في هذا الشأن، إذ إنه يتطلب التحقق من قيمة الحصص العينية المقدمة عند زيادة رأس مال الشركة، من خلال ذات الخطوات المقررة للتحقق من قيمة الحصص المقدمة عند تأسيس الشركة. وبطبيعة الحال فإنه إذا كانت الجمعية التأسيسية هي التي ستصوت على التقرير المقدم من لجنة التقدير في مرحلة التأسيس، فإن الجمعية العامة غير العادية هي التي ستقوم بهذا الدور بالنسبة للحصص المقدمة عند زيادة رأس مال الشركة.

فوفقاً للمادة (١/٢٥) من قانون الشركات المصري، المعدلة بالقانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٨م، إذا دخلت في زيادة رأس مال شركة المساهمة حصص عينية مادية أو معنوية، وجب على مجلس الإدارة أن يطلب من الهيئة، التحقق مما إذا كانت هذه الحصص قد قدرت تقديراً صحيحاً. وجاء في المادة (١/٢٦) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون، المعدلة بالقرار رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨م، أنه إذا دخلت في زيادة رأس مال الشركة المساهمة حصص عينية، مادية كانت أو معنوية، فيقوم مجلس الإدارة، بإجراء تقدير مبدئي لهذه الحصص العينية.

وجاء أيضاً في المادة (٩٣) من ذات اللائحة التنفيذية، وتحت عنوان (حالة زيادة رأس المال بحصص عينية)، أنه: "إذا كانت الزيادة في رأس مال الشركة تشمل حصة أو حصصاً عينية، وجب أن يتم تقييمها طبقاً للإجراءات المبينة في هذه اللائحة^(٧٦)، مع مراعاة أن يكون لمجلس الإدارة ما للمؤسسين من اختصاصات، وأن يتم إقرار تقييم الحصص العينية من الجمعية العامة للشركة، بالإجراءات والأوضاع المنصوص عليها في هذه اللائحة، وأن يتم توزيع تقرير اللجنة التي تولت التقدير على المساهمين". كما أن المادة (١/٢٩) من اللائحة كانت قد تحدثت عن اختصاص الجمعية

(٧٦) وهي الإجراءات المنصوص عليها في المواد (٢٦-٢٩) من اللائحة التنفيذية للقانون المصري، والتي تناولناها في المطلب الثاني من المبحث الأول في هذا البحث.

المطلب الثاني: تخلف مقدم الحصة العينية عن التزامه بنقل ملكيتها وتسليمها إلى الشركة

قد يحصل أن يتخلف المؤسس مقدم الحصة العينية عن نقل ملكيتها وتسليمها إلى الشركة، وهذا الاحتمال لم يغيب عن ذهن المشرع. فقد جاء في المادة (٩٧/أ) من قانون الشركات الأردني أن الملتزم بتقديم الحصة العينية يجب أن يقوم بتسليمها أو نقل ملكيتها إلى الشركة خلال شهر من تاريخ تسجيلها^(٧٦)، فإن تخلف عن ذلك، فيكون ملزماً بدفع قيمتها نقداً وبالسعر الذي اعتمده المؤسسون في طلب تأسيس الشركة، وهو السعر الخاضع - بطبيعة الحال - لرقابة المراقب.

وكيفية التسليم أو نقل الملكية تتحدد طبقاً لطبيعة المال المقدم كحصة عينية، فإذا كان عقاراً يجب نقل ملكيته بتسجيله باسم الشركة في الدائرة الرسمية المختصة، وكذلك إذا كان حقاً معنوياً كبراءة الاختراع أو علامة تجارية، أو حتى منقول مما يُمَلِّك بالتسجيل كالمركبات. وإذا كان منقولاً مادياً، فبتسليمه إلى الممثل القانوني للشركة في هذه المرحلة التأسيسية، وهو رئيس لجنة المؤسسين.

وهذا يعني أن تخلف مقدم الحصة عن الالتزام بتسليمها أو نقل ملكيتها، يؤدي إلى أن يصبح مديناً بقيمتها المحددة في عقد التأسيس (أو القيمة التي تتحدد بعد تحقق المراقب منها) للشركة، بحيث تستطيع الشركة التنفيذ على أموال صاحب الحصة، استيفاءً لقيمة هذه الحصة.

أما بالنسبة للحصة العينية المقدمة في المراحل اللاحقة للتأسيس، فإن القانون الأردني، لم يحدد الإجراءات واجب الاتباع،

إذا لم يلتزم مقدم الحصة بتسليمها ونقل ملكيتها إلى الشركة، بعد موافقة الهيئة العامة غير العادية على قيمتها، وهو نقص تشريعي تنبغي معالجته. ونؤيد الرأي القائل بأن يطبق على هذه الحالة ذات الإجراء المحدد في مرحلة التأسيس (العكيلي، ٢٠١٠م).

وقد جاء في المادة (١١٠) من هذا القانون أن الأسهم العينية في الشركة المساهمة العامة، لا تصدر للمالكها إلا بعد إتمام الإجراءات القانونية الخاصة بتسليم المقدمات العينية إلى الشركة، ونقل ملكيتها إليها. فهذا الحكم يهدف إلى اتقاء مخاطر تقديم الحصة العينية، والحيلولة دون عدم الجدية في تقديمها.

وهذا النص، برأينا، ينطبق على المقدمات العينية، سواء قُدمت من قبل المؤسسين أو قدمت خلال فترة حياة الشركة في أية مرحلة لاحقة. وهو يؤكد على ما جاء في المادة (٩٧/أ) من ذات القانون، من ضرورة التزام مقدمي الحصص العينية بتسليمها ونقل ملكيتها إلى الشركة، بحيث إن الأسهم التي تقابل هذه المقدمات، أي الأسهم العينية، لا تصدر للمالكها إلا بعد إتمام إجراءات التسليم ونقل الملكية.

أما بالنسبة لقانون الشركات النافذ في الضفة الغربية في هذا الشأن، فقد جاء في المادة (٧٨) منه أنه: "لا تُعطى الأسهم العينية إلا عند إتمام تسليم المقدمات التي تقابلها، وتعتبر قيمتها مدفوعة بكاملها". لكن هذا القانون لم يبين الإجراءات واجب الاتباع في حالة عدم تسليم الحصة العينية من قبل صاحبها، كما فعل قانون الشركات الأردني، في نص المادة (٩٧/أ) منه المشار إليها، والذي ألزمه بدفع قيمتها نقداً، وهو أمر حبذا لو نص عليه قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية.

وفي ذات السياق، فقد اشترطت المادة (٢٩/٣) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري أن تكون ملكية الحصة العينية ثابتة لمقدمها، وغير متنازع عليها، وأن يقوم بالتنازل عنها بالكامل للشركة، بحيث يُعطى أسهماً تعادل التقدير النهائي لها، الذي أقرته الجمعية التأسيسية^(٧٧). ويتحقق

(٧٧) أو الجمعية العامة غير العادية في حالات زيادة رأس المال.

(٧٦) فالشركة المساهمة العامة، تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تأسيسها وتسجيلها، لا بإتمام إجراءات التأسيس والاكتمال. فقد جاء في المادة (٤) من قانون الشركات الأردني أنه: "..... تعتبر كل شركة بعد تأسيسها وتسجيلها شخصاً اعتبارياً". وهذا يعني أن الشركة يجري تسجيلها أولاً وتكتسب الشخصية المعنوية، ثم يجري نقل ملكية الحصة العينية وتسليمها إليها.

- يتم تقدير قيمة الحصص العينية من خلال خبر أو أكثر أو لجنة خبراء، يقوم المراقب بتعيينهم للقيام بمهمة التقدير.
- بعض القوانين أتاحت المجال للمؤسسين للاعتراض لدى الوزير على تقدير الخبراء لقيمة الحصص العينية، وبعضها الآخر لم ينص على ذلك صراحةً.
- يمكن الطعن بقرار رفض تسجيل الشركة، بسبب اعتراض المؤسسين على تقدير الخبراء، لدى المحكمة المختصة.

- نظرياً وبشكل عام، يمكن أن تكون حصص جميع المؤسسين حصصاً عينية، بينما لا يجوز للمكتتبين بأسهم الشركة في مرحلة الاكتتاب العام تقديم حصص عينية.
- بالنسبة لبعض القوانين تختص الهيئة العامة غير العادية للشركة وحدها بالموافقة على قيمة المقدمات العينية التي تقدم خلال فترة حياة الشركة، والتي يزداد بها رأس مال الشركة، وبالنسبة للبعض الآخر فإن هذه الموافقة يجب أن تأتي بعد تشكيل لجنة تقدير لوضع القيمة المناسبة للحصة العينية.
- بعض القوانين نص على إمكانية الطعن من قبل المساهم المعارض على موافقة الهيئة العامة على قيمة الحصص العينية المقدمة بعد التأسيس، وبعضها لم ينص على ذلك صراحة.
- مدة عمل لجنة الخبراء، التي ستقوم بتقدير قيمة الحصص العينية المقدمة من المؤسسين عند التأسيس، تتراوح بين ٣٠ يوماً إلى ثلاثة أشهر.
- بناءً على ما توصلنا إليه من نتائج، فإننا نخلص إلى التوصيات التالية:

- ١- وجوب ذكر قيمة المقدمات العينية المقدمة من قبل المؤسسين في عقد تأسيس الشركة.
- ٢- أن يكون تحقق مراقب الشركات من هذه القيمة وجوباً، فلا يُترك للسلطة التقديرية للمراقب.

هذه الشروط تعتبر هذه الأسهم أنها قد تم الوفاء بقيمتها بالكامل، وهو ما تشترطه أيضاً المادة (٦/٢٥) من القانون المصري، والتي جاء فيها: "..... ولا يجوز أن تمثل الحصص العينية غير أسهم أو حصص قد تم الوفاء بقيمتها كاملة" (القليوبي، ٢٠١٦م). ويترب على ذلك أنه لا يجوز تسليم الأسهم التي تمثل الحصص العينية، إلا بعد نقل ملكية هذه الحصص إلى الشركة (تادرس، دون تاريخ نشر).

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة موضوع تقدير قيمة الحصص العينية المقدمة في رأس مال الشركة المساهمة العامة، سواء قُدمت من قبل المؤسسين عند تأسيس الشركة، أو قُدمت خلال فترة حياتها، عند زيادة رأس مالها، وذلك في ظل كل من قانون الشركات رقم (١٢) لسنة ١٩٦٤م النافذ في الضفة الغربية، وقانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م، وقانون الشركات المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١م، المعدل بموجب القانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٨م، ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار رقم (٩٦) لسنة ١٩٨٢م، المعدلة بموجب القرار رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨م. وبناءً على ما عرضناه في الدراسة، فإننا توصلنا إلى النتائج التالية:

- من حيث المبدأ يمكن أن يتكون رأس مال الشركة من حصص نقدية أو حصص عينية، أو كليهما معاً.
- بعض القوانين يوجب ذكر قيمة المقدمات العينية المقدمة من المؤسسين في عقد تأسيس الشركة المقدم إلى مراقب الشركات، وبعضها الآخر لا ينص على ذلك صراحة.
- بعض القوانين جعلت من أمر التحقق من قيمة المقدمات العينية المقدمة من المؤسسين عند تأسيس الشركة وجوباً، وبعضها الآخر ترك الأمر للسلطة التقديرية لمراقب الشركات.

- ٣- أن يكون هذا التحقق من خلال لجنة خبراء، يعملون مجتمعين، لا من خلال خبير واحد، أو أكثر لكن يعملون بشكل منفرد.
- ٤- أن تكون مدة عمل اللجنة قصيرة ولا تزيد عن ٣٠ يوماً، قابلة للتتمديد لنصف هذه المدة.
- ٥- النص على أن يكون للمؤسسين حق الاعتراض على نتيجة تقدير الخبراء لدى الوزير، ثم لدى المحكمة المختصة.
- ٦- النص على أن يكون للمساهمين حق الاعتراض، لدى المحكمة المختصة، على قرار الهيئة العامة بالموافقة على قيمة الحصة العينية، المقدمة خلال فترة حياة الشركة.
- ٧- وضع عقوبات جزائية خاصة على كل من يمارس التدليس والخداع بشأن قيمة الحصص العينية، عن طريق المبالغة بقيمتها الحقيقية.
- ٨- حذف المادة نص المادتين (٣/٥٨) و(٣/٥٩) من قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية لسنة ١٩٦٤م، بشأن (التصويت على القرارات المتعلقة بالأسهم العينية)، وبشأن بحث الهيئة التأسيسية للشركة في (الأسهم العينية التي أعطيت للمؤسسين)، والاكتفاء بتقدير الخبراء المعيّنين من قبل المراقب لقيمة الحصص العينية وفقاً لهذا القانون.
- ٩- اشتراط تقديم المؤسسين أو ذوي العلاقة، لتقارير مبدئية بقيمة الحصة العينية المنوي تقديمها، مع طلب تأسيس وتسجيل الشركة، أو مع طلب زيادة رأس مالها، وهي القيمة سيتم التحقق منها من خلال لجان التقدير.
- ١٠- تعديل نص المادة (٢/٢٦) من اللائحة التنفيذية لقانون الشركات المصري، بحيث يكون تقديم الطلب إلى الهيئة، لتشكيل لجنة التحقق من صحة تقدير قيمة الحصص العينية، قبل فتح باب الاكتتاب، بحيث تضع اللجنة هذه القيمة، لكي يتم تضمين القيمة التي تقدرها اللجنة في نشرة الاكتتاب بأسهم الشركة، وشهادات الاكتتاب التي ستتم عملية الاكتتاب عليها.
- ١١- تعديل نص المادة (١/٧٥) من قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية لسنة ١٩٦٤م، بحيث يكون التحقق من قيمة الحصص العينية دائماً من خلال لجنة يشكلها المراقب لا من خلال (خبير أو أكثر)، كما هو الأمر في النص حالياً. ويمكن أن يشترط أن يكون أحد أعضاء اللجنة من مؤسسي الشركة على غرار ما نص عليه قانون الشركات الأردني لسنة ١٩٩٧م، لكن مع تقييد ذلك بآلا يكون هذا المؤسس العضو في اللجنة هو مقدم الحصة العينية المطلوب تقدير قيمتها.
- ١٢- تعديل نص المادة (٥/٧٦) من قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية لسنة ١٩٦٤م، بحيث يصبح أكثر وضوحاً، بأن المقصود به تقدير قيمة الحصة المكتملة لحصة العينية الأصلية المقدمة من المؤسسين.
- ١٣- تعديل نص المادة (١/٧٦) من قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية لسنة ١٩٦٤م، لتصبح المدة المحددة لعمل لجنة التقدير لا تتجاوز ٦٠ يوماً، على غرار ما ورد في القانون المصري.
- ١٤- إضافة نص إلى قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية لسنة ١٩٦٤م يتيح المجال أمام المؤسسين للاعتراض، لدى الوزير المختص، على تقدير لجنة الخبراء لقيمة الحصص العينية، وذلك كما فعل المشرع الأردني في قانون الشركات لسنة ١٩٩٧م.
- ١٥- إضافة نص إلى قانون الشركات النافذ في الضفة الغربية لسنة ١٩٦٤م بشأن حرمان الخبير أو أعضاء لجنة الخبراء من أتعابهم، إذا أهملوا في القيام بواجباتهم، ولم ينجزوا العمل المطلوب منهم خلال المدة المحددة لهم.
- ١٦- النص على أن تخلف مقدم الحصة العينية عن التزامه بنقل ملكيتها وتسليمها إلى الشركة، يؤدي إلى إلزامه بدفع قيمتها نقداً، وبالقيمة المقدرة لهذه الحصة، وسواء أكانت مقدمة من المؤسسين عند تأسيس الشركة، أو من غيرهم عند زيادة رأس مالها.

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

- الجريدة الرسمية الأردنية، العدد (١٧٥٧)، الصادر بتاريخ ٣/٥/١٩٦٤م، قانون الشركات رقم (١٢) لسنة ١٩٦٤م، ص ٤٩٣.
- الجريدة الرسمية الأردنية، العدد (٤٢٠٤)، الصادر بتاريخ ١٥/٥/١٩٩٧م، قانون الشركات رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧م، ص ٢٠٣٨.
- الجريدة الرسمية المصرية، العدد (٤٠)، الصادر بتاريخ ١/١٠/١٩٨١م، القانون رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١م بإصدار قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة.
- الجريدة الرسمية المصرية، العدد (٢) مكرر (ط)، الصادر بتاريخ ١٦/١/٢٠١٨م، قانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٨م بتعديل بعض أحكام قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، ص ١١.
- الوقائع المصرية (ملحق للجريدة الرسمية)، العدد (١٤٥) تابع، الصادر في ٢٣/٦/١٩٨٢م، قرار رقم (٩٦) لسنة ١٩٨٢م بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة، ص ٣.
- الوقائع المصرية (ملحق للجريدة الرسمية)، العدد (٣٤) تابع، الصادر بتاريخ ١١/٢/٢٠١٨م، قرار رقم (١٦) لسنة ٢٠١٨م بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون الشركات، ص ٢.

ثانياً: المراجع

إسماعيل، محمد حسين (٢٠٠٢م). *الحماية القانونية لثبات رأس المال في شركات الأموال السعودية: دراسة مقارنة*. الرياض: معهد الإدارة العامة.

بريري، محمود مختار أحمد (٢٠٠٢م). *الشخصية المعنوية للشركة التجارية، شروط اكتسابها وحدود الاحتجاج بها: دراسة مقارنة، القانون المصري، الفرنسي، الإنجليزي*. ط ٢، دون بلد ودار نشر.

تادرس، خليل فيكتور (د.ت.). *الشركات التجارية*. القاهرة: دار النهضة العربية.

التكروري، عثمان؛ والسناوي، عبدالرؤوف (٢٠١٤م). *الوجيز في شرح القانون التجاري، الجزء الثاني، الشركات التجارية، شرح القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٦٤م*. ط ٥، الخليل: المكتبة الأكاديمية.

التلاحمة، خالد إبراهيم (٢٠١٣م). *القانون التجاري، الجزء الثاني، الشركات التجارية*. المعهد القضائي الفلسطيني.

جرادات، مرام (سبتمبر ٢٠١٢م). *الحقوق التي تمنحها الأسهم للمساهمين في الشركة المساهمة العامة: دراسة مقارنة*. رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة العربية الأمريكية، جنين، فلسطين.

سامي، فوزي محمد (١٩٩٩م). *الشركات التجارية: الأحكام العامة والخاصة*. ط ١، الإصدار الأول، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

الشوبكي، حاتم خليل سلمان (٢٠٠٥-٢٠٠٦م). *الأوراق المالية التي تصدرها الشركة المساهمة العامة: دراسة مقارنة*. رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت.

طقاطقة، محمد شريف (٢٠٠٥م). *تقديم الحصص العينية في الشركات التجارية: دراسة مقارنة*. رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت.

طه، مصطفى كمال (١٩٨٨م). *القانون التجاري (مقدمة، الأعمال التجارية والتجار، الشركات التجارية، الملكية التجارية والصناعية)*. ط ١، الإسكندرية: الدار الجامعية.

- عبدالهادي، فوز (٢٠٠٠م). *الشخصية المعنوية لشركات المساهمة العامة المحدودة في فلسطين*. معهد الحقوق، جامعة بيرزيت.
- العكيلي، عزيز (٢٠١٠م). *الوسيط في الشركات التجارية: دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة*. ط ٢، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- الفار، عبدالقادر (٢٠٠٨م). *المدخل لدراسة العلوم القانونية (مبادئ القانون - النظرية العامة للحق)*. ط ١، الإصدار العاشر، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- القليوبي، سميحة (٢٠١٦م). *الشركات التجارية*. ط ٧، القاهرة: دار النهضة العربية.
- المدرع، زياد بن ناصر (٢٠١٧م). *تقييم الحصص العينية في شركات المساهمة على ضوء أحكام نظام الشركات السعودي*. ط ١، الرياض: دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع.
- المصري، حسني (١٩٨٦م). *اندماج الشركات وانقسامها*. ط ١، القاهرة: مطبعة حسان.
- المولى، بشرى خالد تركي (٢٠١٠م). *التزامات المساهم في الشركات المساهمة: دراسة مقارنة*. ط ١، عمان: دار الحامد للنشر والتوزيع.
- ياملكي، أكرم عبدالقادر (مارس ٢٠٠٦م). *اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم (بحث مقارنة)*. مجلة الحقوق (مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت)، مج (٣٠)، ع (١)، ص ص ٢٢١-٢٧٣.

مفهوم الدولية في عقد البيع الدولي للبضائع: دراسة تطبيقية في ضوء اتفاقية فيينا ١٩٨٠م

حسام سيد عبدالرحيم علي

أستاذ القانون التجاري المساعد، كلية الدراسات الإنسانية والإدارية، كليات عنيزة

جوال: ٠٠٩٦٦٥٨٠١٠٣٩٣٥

ho.sal4574@gmail.com

(قدم للنشر في ١٤/٣/١٤٤١هـ، وقبل للنشر في ١٢/٦/١٤٤١هـ)

ملخص البحث. يقتصر نطاق تطبيق اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع على البيوع الدولية، وقد وضعت الاتفاقية ضوابط تميز بين البيوع الدولية - وهي أدوات التجارة الدولية - وبين البيوع الوطنية، ولم يقلقها اختلاف هذه القوانين ما دامت قد آمنت التجارة الدولية من مساوئ التنازع بينها. فإذا لم تعتبر العلاقة التجارية دولية تعين اعتبار القانون الوطني واجب التطبيق، ولا يمكن ترك هذه المسألة والإحالة بشأنها إلى قانون القاضي، وإلا فشلت جهود التوحيد.

ونظرًا لوجود تباين في الأنظمة القانونية في تعيين دولية البيع، فقد استندت اتفاقية لاهاي في تحديد الدولية إلى معيار شخصي يكمله معيار مادي، فيكفي لتوافر الدولية وفقًا لاتفاقية لاهاي وقوع البيع بين شخصين يوجد مركز أعمالهما في دولتين مختلفتين سواء أكانتا من الدول المتعاقدة أم غير المتعاقدة، وهو ما يؤدي إلى اتساع دائرة تطبيق القانون الموحد.

أما اتفاقية فيينا فتطبق على عقود بيع البضائع المعقودة بين طرفين توجد أماكن عملهما في دولتين مختلفتين، وعندما تكون هاتان الدولتان كلتاهما دولتين متعاقدين أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة.

ولا تعني الاتفاقية بالقانون الذي ينظم عقود البيع أو تكوينها إذا كانت أماكن عمل الأطراف توجد في دولة واحدة، فهذه المسائل ينظمها القانون الداخلي لتلك الدولة عادة، وهي بذلك (الاتفاقية) تعني بأهدافها الرئيسية من حيث تقليل البحث عن الهيئة القضائية التي تطبق القانون الأكثر ملائمة، وكذا تقليل ضرورة اللجوء إلى قواعد القانون الدولي الخاص وتوفير قانون حديث للبيع يناسب المعاملات ذات الطابع الدولي.

ولا يعتد بجنسية أطراف عقد البيع في تحديد نطاق تطبيق اتفاقية فيينا، وهو ذات الحكم الذي أخذ به القانون الموحد الملحق باتفاقية لاهاي، ولا يعتد في تطبيق أحكام الاتفاقية بصفة أطراف عقد البيع، أي ما إذا كانوا تجارًا أو غير تجار، كما لا يعتد أيضًا بالطبيعة المدنية أو التجارية لعقد البيع ذاته في اتفاقية فيينا ومن قبلها اتفاقية لاهاي. لعل هذا يعد من أهم المزايا التي أتت بها هاتين الاتفاقيتين؛ ذلك للتعقيدات الكبيرة التي أثارها نظرية الأعمال التجارية.

الكلمات المفتاحية: قانون التجارة الدولية، اتفاقية فيينا ١٩٨٠م، معيار الدولية، اتفاقية البيع.

INTERNATIONALISM CONCEPT IN CONTRACT OF INTERNATIONAL SALE OF GOODS: AN APPLIED STUDY ACCORDING TO CISG

Hossam Sayed Abd AlRaheem Ali

*Assistant Professor of Commercial Law,
Faculty of Humanities and Administrative Studies, Onaizah Colleges
Mobile: 00966580103935
ho.sa14574@gmail.com*

(Received 14/03/1441 H., Accepted for Publication 12/06/1441 H.)

Abstract. The sphere of application of the Vienna convention for the international sale of goods is limited to international sale. The convention sets out rules for the distinction between international and national sales.

It is not concerned with the differences among these laws as long as the international commerce is secured from the disadvantages of the conflict between them.

If the commercial transaction is not considered as international, the application of national law is required. Due to the variation of the legal systems in determining the internationalism, the Hague convention determined it through a personal standard complemented by a material norm. It applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different states when the states are contracting or not.

On the other hand, Vienna convention applies to contracts of sale between parties whose places of business are in different states when these states are contracting or when the rules of private international law lead to the application of the law of a contracting state.

It disregarded the law which regulates the contracts of sale between parties whose places of business are in the same state. It is concerned with its main objectives in terms of reducing the search for a judicial body that applies the most appropriate law, reducing the recourse to the rules of private international law, and providing a new law for sale suitable for transactions of an international character.

Neither nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this convention and that is the same in the Hague convention. This is considered the most important advantages of these two conventions.

Keywords: International Trade Law, Vienna Convention 1980, International criterion, CISG.

المقدمة

تقوم الاتفاقيات الدولية في جوهرها على تحديد مفهوم الدولية؛ اعتباراً بأنها مناهات تطبيق أحكامها من ناحية، كما أنه لازم لتحقيق توحيد القواعد من ناحية، فالمعاملات الدولية تتجاوز حدود دولة لتتركز آثارها في دولة أخرى، وبديهي أن التعامل الذي يتركز في ذات الدولة ينتج آثاره فيها من كل وجه. (حبيب، بدون تاريخ؛ بن عثمان، ٢٠١٦م).

وتأكيداً لذلك، فإن إحدى الغايات، التي كانت موضع اهتمام واضعي اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠م^(١)، تتمثل في تقديم آلية لتحديث قانون البيع بعيداً عن تعقيدات القوانين الوطنية المختلفة (Nwafor, Ajibo and Lloyd, 2018).

والحق أن الاتفاقية ضربت صفحاً عن التقاليد الوطنية. من حيث إنها قدمت العديد من جوانب التحسين بالنظر إلى نص القوانين الموحدة لعام ١٩٦٤م^(٢) الذي انطوى على الطابع التجريدي (Van Houtte et Wautelet, 2001). حيث قدمت اتفاقية فيينا مجموعة من القواعد الموحدة الواجبة التطبيق

بذات الطريقة، والأسلوب في كافة الدول المتعاقدة، وحتى خارج إطار هذه الدول. فهي بمثابة حلول دولية صيغت في صورة أصول علمية قانونية، قام بإعدادها فقهاء دول متعددة لها نظم قانونية مختلفة، بغرض خدمة التجارة الدولية. هذه الأصول أمكن فهمها أو تلقيها من المبادئ الكلية لعلم القانون والمنتشرة لدى النظم القانونية المختلفة، وأمکن أيضاً استنتاجها من بحوث عميقة للقانون المقارن، واستخلاصها كذلك من مجرى العمل الدولي للعقود النموذجية أو الشروط العامة للتعامل أو العادات التجارية (مقننة أو غير مقننة)، أو من أحكام المحكمين الدوليين، بل ومن القضاء الوطني أحياناً (حبيب، ١٩٩٩م). ووجود مثل هذه القواعد الموحدة يسمح بتقليل أهمية مكان التقاضي في حل المنازعات الدولية، ويحد من اللجوء إلى قواعد التنازع.

وتؤكد اتفاقية فيينا على طبيعتها الدولية والحاجة إلى تحقيق التوحيد^(٣)؛ تجنباً للجوء للقوانين الوطنية بصدد تفسير أحكامها؛ لأن الرجوع إلى القوانين الوطنية؛ من شأنه أن يعطي تفسيراً مختلفاً لأحكام الاتفاقية. ومن ثم يفضي إلى اختلاف أسلوب تطبيقها من دولة إلى أخرى؛ خاصة أن قواعد البيع الوطنية محل اختلاف شديد (موسى، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م) (Flechtner, 1998).

لذا اقتصر نطاق الاتفاقية على البيوع الدولية (Efrat, 2016)، ووضعت ضوابط تميز بين البيوع الدولية - وهي أدوات التجارة الدولية - وبين البيوع الوطنية (موسى، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م)، ولم تتأثر باختلاف هذه القوانين طالما آمنت التجارة الدولية من خطر التنازع بينها (شفيق، ١٩٨٨م).

وتأتي أهمية البحث من كون العقود الدولية هي الأداة الرئيسة التي تتم عن طريقها معاملات التجارة الدولية والتي تتزايد بشكل مطرد، وتتوزع صورها وأشكالها في عالمنا المعاصر.

(٣) يرتبط مبدأ الطبيعة الدولية بمبدأ التوحيد ولا ينفصل عنه؛ لأن ضرورة تحقيق التوحيد في التطبيق هو نتيجة منطقية للصفة الدولية للاتفاقية.

(١) تحمل الاتفاقية اسماً رسمياً هو "اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع"، وتعرف باسم "اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠م"، تاريخ اعتبارها ١١/٤/١٩٨٠م وتاريخ بدء سريانها ١/١/١٩٨٨م، والغرض منها هو توفير نظام حديث وموحد ومنصف بشأن إبرام عقود البيع الدولي للبضائع. وهكذا، تسهم الاتفاقية إسهاماً كبيراً في إضفاء طابع اليقين على عمليات التبادل التجاري وخفض تكاليف المعاملات. ويطلق على الاتفاقية باللغة الإنجليزية: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods وتختصر إلى "CISG". راجع موقع الأونسترال، الرابط: https://uncitral.un.org/ar/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg

(٢) اتفاقية لاهاي عام ١٩٦٤م الخاصة بالقانون الموحد للبيع الدولي للبضائع (للمتقولات المادية) الموقعة بهولندا بتاريخ ٢٥/٤/١٩٦٤م، ووقعت عليها حتى عام ١٩٧٣م ١٢ دولة، وصارت نافذة المفعول في الدول الموقعة اعتباراً من أغسطس ١٩٧٢م. الدكتور/ رضا عبید، دراسة في قانون التجارة الدولية القواعد الموحدة في البيع الدولي، مصر، بدون ناشر، ٢٠٠٧م، فقرة ٩، ص ٢٠.

فضلاً عن خصوصية عقد البيع الدولي مقارنة بعقود البيع الداخلية؛ لأهمية دوره في بناء الاقتصاد من جهة؛ ومن ناحية أخرى ما تثيره العقود الدولية باعتبارها تضم عنصراً أجنبياً، بما يؤدي لاختلاف المراكز القانونية لأطراف عقد البيع.

كما تبدو دولية العقد مسألة أولية ولازمة لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص، سواء ما كان من هذه القواعد ذي صفة موضوعية أو ما كان منها معتبراً من قواعد تنازع القوانين (صادق، ٢٠٠١م). وخاصة أن اتفاقية فيينا هي القانون الواجب التطبيق في دول عديدة منها مصر والبحرين والعراق وفلسطين وسوريا^(٤)، فقد يجد القاضي نفسه محكوماً بالفصل في النزاع المعروض أمامه وفقاً لأحكام البيع الدولي، وهي مسألة يتعين على القاضي بحثها قبل ولوجه في الموضوع.

وتظهر مشكلة البحث فيما يثيره مفهوم الدولية^(٥) وتحديد ضابط له من صعوبات حمة ومشاكل عديدة، وخاصة إذا كان الهدف إيجاد ضابط موحد لهذه الفكرة.

ويظل التساؤل قائماً عن معيار الدولية Internationalism الذي يعتد به في تطبيق القانون الموحد. وهي مسألة أولية يتعين حسمها لتطبيق قواعد الاتفاقية، بما يترتب عليه استبعاد التشريع الوطني.

فإذا لم تعتبر العلاقة التجارية دولية تعين اعتبار القانون الوطني واجب التطبيق، ولا يمكن ترك هذه المسألة والإحالة بشأنها إلى قانون القاضي، وإلا فشلت جهود التوحيد.

ويبدو اختلاف الرأي بصدد دولية عقد البيع، والذي ظهر أثره بشكل واضح في الاختلاف الظاهر بين اتفاقية لاهاي واتفاقية فيينا بشأن تحديد دولية البيع، وقد انعكس اختلاف الرأي في معنى دولية البيع بآثاره الكثيفة والكثيرة على اتفاقية لاهاي، وعلى اتفاقية فيينا. وسوف نتولى الإجابة عن عدة أسئلة منها: متى يُعد عقد البيع دولياً وفقاً لاتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع؟ وما هي ضوابط دولية عقد البيع؟ ومتى يرفع عن العقد صفته الدولية ويتم إقصائه عن نطاق تطبيق الاتفاقية؟ وما هي المسائل التي لا يعتد بها في تحديد دولية عقد البيع؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه في ثنايا هذا البحث، ببيان مفهوم دولية عقد البيع في كل من اتفاقيتي لاهاي وفيينا، مع الإشارة إلى مفهوم الدولية وفقاً للنظام السعودي، بحسبانه معيار قانوني مرن. وذلك من خلال المنهج الوصفي التحليلي، بتحليل نصوص الاتفاقية واستنباط أحكامها، مع الإشارة إلى تطبيقات قضاء التجارة الدولية بشأنها.

خطة البحث

نتناول هذا البحث في مبحثين وذلك على النحو الآتي:

- المبحث الأول: مفهوم الدولية في عقد بيع البضائع.
- المبحث الثاني: الضوابط المستبعدة في تحديد دولية عقد البيع.

المبحث الأول:

مفهوم الدولية في عقد بيع البضائع

اختلف الفقه القانوني بصدد دولية عقد البيع، فذهب القضاء الفرنسي إلى أن العقد يكون دولياً إذا كان يتصل بمصالح التجارة الدولية، إلا أن هذا التعريف لا يتسم بالوضوح؛ إذ لم يحدد كيف يكون اتصال العقد بالتجارة الدولية، مما دفع البعض إلى تحديد العنصر الحاسم في تحديد دولية البيع، بإقامة طرفي العقد في دولتين مختلفتين، بينما ذهب بعض آخر إلى الاعتداد باختلاف جنسية المتعاقدين (محمد، ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م).

(٤) بلغ عدد الدول الأطراف في اتفاقية فيينا عام ١٩٨٠م حتى عام ٢٠١٧م، والتي دخلت الاتفاقية فيها حيز التنفيذ، ٩٣ دولة،

استرجعت بتاريخ ١٦/١/٢٠٢٠م. راجع موقع الأونسترال:

https://uncitral.un.org/ar/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status

(٥) خصصت اتفاقية فيينا الفصل الأول من القسم الأول منها لتحديد نطاق تطبيق هذه الاتفاقية، ويحتوي هذا الفصل على ست مواد، تحدد أولاً المقصود بدولية البيع، ثم تعرض للببوع المستبعدة من الاتفاقية، وأخيراً تعدد المسائل المستبعدة من نطاق تطبيقها، وتبين المواد المتعلقة بنطاق التطبيق ما تشمله الاتفاقية وما لا تشمله.

فقد رأى واضعو اتفاقية لاهاي الأخذ بالضابطين الشخصي والمادي معاً ليضبط كل منها الآخر، بينما استند واضعو اتفاقية فيينا لضابط أساسي يدعمه ضابط تكميلي، لذا نقسم هذا المبحث لمطبلين نتناول في الأول ضوابط دولية عقد البيع في اتفاقية لاهاي، والآخر ضوابط دولية عقد البيع في اتفاقية فيينا، على النحو التالي.

المطلب الأول: ضوابط دولية عقد البيع في اتفاقية لاهاي

بادئ ذي بدء نستعرض مفهوم الدولية في اتفاقية لاهاي على سند أنها كانت الموطن الأول في تحديد مفهوم الدولية. فقد رأى واضعو اتفاقية لاهاي الأخذ بالضابطين الشخصي والمادي معاً ليضبط كل منها الآخر، وذلك على النحو الآتي.

أولاً: الضابط الشخصي

نجد أن اتفاقية لاهاي لسنة ١٩٦٤م لم تعتد في تحديد البيع الدولي الذي يخضع لأحكامها باختلاف جنسية المتعاقدين، إذ قد يُعد البيع دولياً ولو كان كل من البائع والمشتري من جنسية واحدة، إنما جعلت العبرة باختلاف مراكز أعمال المتعاقدين أو محال إقامتهم العادية - بحسبانه ضابط الأساس - دون اشتراط كون هذه الدول متعاقدة أي من الدول المصدقة أو المنضمة إلى الاتفاقية، حيث قررت الفقرة الأولى من المادة الأولى على أن: "يسري هذا القانون على عقد بيع البضائع الذي يعقد بين أطراف وجد منشأهم في دول مختلفة".

ويعني ذلك أنه يشترط لكي يُعد البيع دولياً وفقاً لاتفاقية لاهاي أن يكون هناك عبور للحدود سواء من ناحية تكوين العقد أو من ناحية تنفيذه، بمعنى أن يتم تكوين العقد أو تنفيذه في دول مختلفة، كما يعني أن البيع يمكن أن يكون دولياً حتى لو كان المتعاقدان يميلان جنسية دولة واحدة، ولكن يوجد مركز أعمال كل منهما في دولة مختلفة، فالعبرة دائماً بمركز أعمال الأطراف المتعاقدة، ومن ثم لا يكون البيع دولياً إذا اختلفت جنسية

لذا تحدد الاتفاقيات الدولية التي تنظم البيع الدولي في الغالب المقصود بالدولية؛ لأن أحكامها تتعلق بالبيع الدولي وحده؛ فكان من اللازم بيان ضوابط الدولية التي يمكن على أساسها تحديد هذا البيع الدولي الخاضع لأحكامها.

ويمكن الرجوع في تعيين دولية البيع في الاتفاقيات الدولية إلى أحد ضابطين. الأول: الضابط الشخصي: ويتعلق بأشخاص المتعاقدين مثل جنسيتهم أو محال إقامتهم أو مكان أعمالهم. والثاني: الضابط المادي: يستند إلى المبيع كمكان وجوده وتسليمه أو إلى ظروف إبرام العقد كصدور الإيجاب والقبول في مكانين مختلفين، ويجب ملاحظة أن اعتماد أي اتفاقية دولية على أحد هذين الضابطين دون الآخر يؤدي إلى حلين كلاهما معيب، هو إمّا اتساع تطبيق الاتفاقية على أكثر ما ينبغي، أو تضيق نطاق تطبيقها إلى أقل ما ينبغي.

فمثلاً الأخذ بمعيار اختلاف جنسية طرفي البيع - وهو ضابط شخصي - لتطبيق الاتفاقية سيؤدي إلى تطبيقها على بيع لا تمت إلى التجارة الدولية بصله، مثال البيع الذي يقع بمصر بين مصري وأجنبي يقيم بمصر، ويكون موضوعه سلعة موجودة بمصر وليس في النية تصديرها إلى الخارج. فهل يعتبر ذلك بيعاً دولياً استناداً إلى المعيار السابق، وهو اختلاف جنسية طرفي البيع رغم أن كل عناصره مصرية؟

وفي المقابل يؤدي الأخذ بالضابط المادي وحده إلى خروج بيع ذات طابع دولي ظاهر من نطاق تطبيق الاتفاقية، فإذا أخذ ضابط الدولية من واقعة تسليم المبيع في بلد أجنبي مثلاً، فهل يكفي تخلف هذا العنصر لتنفي الصفة الدولية عن بيع يقع بالمراسلة بين تاجر مصري يقيم بمصر (بائع) وفرنسي يقيم بفرنسا (مشتري) مع شرط تسليم المبيع في الإسكندرية تمهيداً لشحنه إلى فرنسا. ألا يكفي صدور الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين واختلاف محل إقامة المتعاقدين واتجاه القصد إلى تصدير المبيع إلى بلد أجنبي لاعتبار البيع دولياً رغم وقوع التسليم في الدولة التي أبرم فيها العقد (شفيق، ١٩٨٨م).

ثانيًا: الضابط المادي

اشتطت اتفاقية لاهاي بالإضافة إلى المعيار الشخصي السابق، أن يتوافر أحد معايير موضوعية ثلاثة (عبدالحمد، ٢٠٠٠م)، تجمعها فكرة مشتركة وهي اشتغال البيع على عنصر خارجي يقتضي حدوث أمر خارج حدود دولة، وهي:

- الأول: وقوع البيع على سلع تكون عند إبرام البيع محلاً لنقل من دولة إلى أخرى أو ستكون بعد إبرام البيع محلاً لمثل هذا النقل. فأول هذه المعايير الموضوعية المكملة للمعيار الشخصي السابق، يتمثل في التغيير المكاني للمبيع موضوع عقد البيع، فيشترط أن يتم البيع على سلع محلاً للنقل عند إبرام العقد، بصرف النظر عن وسيلة النقل التي قد تكون برية أو بحرية أو جوية.
- الثاني: صدور الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين، ولا يشترط أن تكونا الدولتين اللتين يقع فيهما مركز أعمال المتعاقدين أو محل إقامتهما العادية، إذ المعتبر هو اختلافهما وحسب، فالمعيار مادي بحت، وهو صدور الإيجاب والقبول من متعاقدين في دول مختلفة.
- الثالث: تسليم المبيع في دولة غير التي صدر فيها الإيجاب والقبول، ويكون البيع في هذا الفرض دولياً، ولو لم يقتض انتقال المبيع من دولة إلى أخرى (شفيق، ١٩٧٤م؛ الشرقاوي، ٢٠٠٢م).

وبالتالي فإن المعيار في هذه الحالة يتعلق بأثر العقد، ويفرق بين إبرامه وآثاره، ويخص من هذه الآثار تسليم المبيع. فيعتبر العقد دولياً متى كان تسليم المبيع يتم في دولة غير التي صدر فيها الإيجاب والقبول (عبيد، ٢٠٠٧م).

وما سبق بيانه يتضح أن اتفاقية لاهاي قد أخذت في تحديد دولية البيع بمعيار شخصي، وهو وجود مراكز أعمال أطراف البيع في دول مختلفة لا يشترط أن تكون متعاقدة، ودعمته بمعيار موضوعي من معايير ثلاثة، وهي تبادل الإيجاب والقبول عبر دولتين، أو انتقال الشيء المبيع من دولة إلى

المتعاقدين، وكانت مراكز أعمالها في نفس الدولة. فقد ورد استبعاد معيار الجنسية بنص صريح في القانون الموحد (م/٣).

وبالتالي فإن اتفاقية لاهاي قد استندت في تحديد الدولية إلى معيار شخصي يكمله معيار مادي (الزقرد، ٢٠١٦م)، وفقاً للمادة الأولى منها؛ وذلك نظراً لوجود تباين في الأنظمة القانونية - سواء الوطنية أو الدولية - في تعيين دولية البيع (سامي، ٢٠٠٦م؛ علي، ٢٠٠٨م)، فيكفي لتوافر الدولية وفقاً لاتفاقية لاهاي وقوع البيع بين شخصين يوجد مركز أعمالهما في دولتين مختلفتين سواء أكانتا من الدول المتعاقدة أم غير المتعاقدة، وهذا الحل يؤدي إلى اتساع دائرة تطبيق القانون الموحد، الأمر الذي دعا بعض مندوبي الدول في مؤتمر لاهاي إلى ضرورة اجتنابه باستلزام وجود مركز أعمال أطراف البيع في دول متعاقدة "مختلفة"، غير أن هذا الرأي لم ينل قبولاً لدى أغلبية أعضاء المؤتمر؛ مدّعين أنه لا ضرر من تطبيق القانون الموحد على أطراف البيع، ولو لم تكن من الدول المتعاقدة؛ لأن هذا القانون بحسبانه أنه معد خصيصاً للبيوع الدولية يكون أفضل لهم من أي قانون آخر. فضلاً أن القانون يترك للمتعاقدتين في كل الفروض حق استبعاد أحكامه، إذا ساء لهم تطبيقها^(٦).

غير أن المؤتمر - وإن رجع عدم اشتراط وجود مراكز أعمال أطراف البيع في دول "متعاقدة" - رأى - نزولاً على رغبة الدول التي أصرت على هذا الشرط - إضافة تحفظ يجيز لكل دولة عند إيداع مستندات التصديق على الاتفاقية أو الانضمام إليها، أنها سوف لا تطبق القانون الموحد إلا إذا كانت مراكز أطراف البيع أو محل إقامتهم موجودة في إقليم دول متعاقدة مختلفة (شفيق، ١٩٧٤م).

(٦) أكدت المادة (٣) من اتفاقية لاهاي على حرية المتعاقدين في إقصاء الاتفاقية حيث تكون واجبة التطبيق بقولها: "لأطراف عقد البيع الحرية في استبعاد تطبيق هذا القانون كلياً أو جزئياً، ويجوز أن يكون هذا الاستبعاد صريحاً أو ضمناً". وأيدته المادة (٦) من اتفاقية فيينا بالنص على أنه: "يجوز لطرفي البيع استبعاد تطبيق هذه الاتفاقية، كما يجوز لهما - فيما عدا المادة (١٢) - مخالفة نص من نصوصها أو تعديل آثاره".

تناولتها الاتفاقية ولم تفصل فيها نصوصها (خير، ١٩٩٤م؛ المصري، ٢٠١٠م).

والطابع الدولي للاتفاقية هو أهم ما يميزها، لدرء قيام المحاكم الوطنية بوضع تفسيرات مختلفة لأحكام هذه الاتفاقية، ولذا تؤكد المادة (٧) من الاتفاقية، على أهمية إيلاء الاعتبار الواجب للطابع الدولي للاتفاقية، عند تفسير وتطبيق أحكامها، بما يحقق هدفها المنشود ألا وهو التوحيد (شويكي، ٢٠١٦م) (Flechtner, 2005)^(٧) الذي من شأنه حماية التجارة الدولية بإزالة أي عقبات قانونية تعوق سيولة إبرام أهم العقود، الذي يتم بمقتضاه تداول السلع بين الدول، وهو عقد البيع.

وقد حددت اتفاقية فيينا دولية عقد البيع في المادة الأولى منها بالاستناد إلى ضابط أساسي لتطبيق أحكامها وهو اختلاف أماكن منشآت أطراف البيع، أعقبته بضابط التكميلي وهو أن تكون لدولة متعاقدة شأن في البيع، وهو ما نتناوله في الفرعين الآتيين.

الفرع الأول: الضابط الأساسي لتطبيق أحكام اتفاقية فيينا (اختلاف أماكن منشآت أطراف البيع)

أوضحت المادة الأولى من الاتفاقية متى يكون عقد البيع دولياً بقولها: "(١) تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة: [أ] عندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة، أو [ب] عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة". وتشير المادة سالف الذكر للقواعد العامة لتحديد نطاق تطبيق الاتفاقية، وتحدد الضابط الأساسي بتواجد أماكن عمل الأطراف في

أخرى، أو تسليم المبيع في دولة غير التي أبرم فيه البيع - بخلاف اتفاقية فيينا التي لم تحتفظ بهذه المعايير - برغم أن الأخذ بها يؤكد الطبيعة الدولية للبيع، واكتفت الاتفاقية بأن تكون مراكز أعمال أطراف عقد البيع في دول مختلفة، ولو تم تكوين العقد وتنفيذه في دولة واحدة، بل ولو كانت هذه الدولة التي تم فيها تكوين العقد وتنفيذه دولة غير متعاقدة (الشرقاوي، ٢٠٠٢م). وهو ما نفصله بالطلب التالي.

المطلب الثاني: ضوابط دولية عقد البيع في اتفاقية فيينا

لا تتعلق اتفاقية فيينا إلا بالبيع الدولي، وتستخلص هذه الصفة على وجه الخصوص من التسمية التي أطلقت عليها "اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع"، ولهذا كان من المنطق أن تبدأ أحكامها ببيان الضوابط الدولية التي تضع الحدود بين البيع الدولي الخاضع لها والبيع الوطني الخارج عن نطاقها (شفيق، ١٩٨٨م).

وقد أكدت الاتفاقية على ضرورة مراعاة طابعها الدولي في أي نزاع ينشأ حول معناها وتطبيقها من قبل جميع الأطراف، بما فيها المحاكم المحلية وهيئات التحكيم^(٨). وأوضحت الهدف الذي ترمي إليه وهو إقامة نظام اقتصادي دولي جديد، وتنمية التجارة الدولية، وتنظيم عقود البيع الدولي للبضائع، ونصت صراحة في الفقرة الأولى والثانية من المادة السابعة منها على "مراعاة الصفة الدولية للاتفاقية عند تفسيرها" وعلى "سريان أحكام القانون الواجب التطبيق وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص" بشأن تنظيم المسائل التي تتعلق بالموضوعات التي

(٧) المذكرة التفسيرية للاتفاقية، فقرة ١٣، ص ٣٨، موقع الأونسترال،

استرجعت بتاريخ ٢٦/١٠/٢٠١٩م، الرابط:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1056999-cisg-a.pdf>

See also: Qiao Liu & Xiang Ren, CISG in Chinese Courts: The Issue of Applicability, The American Journal of Comparative Law, Vol. 65, Issue 4, Dec. 2017, p. 874, Amin Dawwas, Uniform Interpretation under Article 7/1 of CISG, Dirasat, Shar'ia and Law Sciences, Volume 25, No. 1, 1998, p. 206.

(٨) التعليق على مشروع اتفاقية عقود البيع الدولي للبضائع من اعداد الأمانة العامة الوثيقة 97/5/A/CONF، منشور ضمن الوثائق الرسمية لمؤتمر الأمم المتحدة المعني بعقود البيع الدولي، (التعليق على المادة ٦)، ص ٤٣، موقع الأونسترال الرابط:

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/CISG_Conf_a.pdf

المخالفة إذا وجدت منشآت أطراف عقد البيع في دولة واحدة، فإن أحكام الاتفاقية لن تكون واجبة التطبيق، حتى ولو توافر في البيع صفة الدولية على أساس من عناصر أخرى، والوقت الذي يعتد به في بيان ما إذا كانت منشآت أطراف البيع توجد في دول مختلفة أم لا هي، هو وقت انعقاد العقد. وتبدو المشكلة بخصوص هذا المعيار عندما يكون لأحد المتعاقدين منشآت في دول متعددة، فأى من هذه المنشآت يعتبر مركز أعمال يتحدد على أساسه الصفة الدولية للمبيع (عبيد، ٢٠٠٧م)، لذا يلزم تحديد المقصود بمركز الأعمال، والوضع في حالة تعدد مراكز الأعمال، أو عدم وجودها، في النقاط الآتية.

أولاً: المقصود بمركز الأعمال

لم تعرف الاتفاقية المقصود بمركز الأعمال (عبدالحמיד، ٢٠٠٠م؛ علي، ٢٠٠٨م)، فقد يكون المتعاقدان من الأشخاص الاعتبارية أو الأشخاص الطبيعيين، ويكفي في الحالتين أنه يوجد له مكان في دولة معينة، يارس فيه عملاً (Enderline and Maskow, 1992). وقد نصت المادة الأولى من اتفاقية فيينا في فقرتها الثانية على أنه: "..... لا يلتفت إلى كون أماكن عمل الأطراف توجد في دول مختلفة إذا لم يتبين ذلك من العقد أو من أي معاملات سابقة بين الأطراف، أو من المعلومات التي أدلى بها الأطراف قبل انعقاد العقد أو في وقت انعقاده".

ومن ثم يشترط لتطبيق الاتفاقية أن يكون اختلاف أماكن منشآت أطراف البيع واضحاً لديهم وقت إبرام العقد دون لبس أو غموض، سواء من نصوص العقد نفسه، أو من معاملاتهم السابقة، أو من أية معلومات يدلون بها قبل أو أثناء انعقاد العقد وليس بعده، أي يكون كل طرف في عقد البيع على علم بالصفة الدولية للعقد (هينساوي، ١٩٩٦م؛ العربي، ٢٠١٠م؛ العرياني، ٢٠٠٦م؛ العالم، ١٩٩٩م) (Liu and Ren, 2017)، فلا يعتد بتحقيق واقعة وجود مراكز أعمال أطراف البيع في دول مختلفة

دول مختلفة (عبيد، ٢٠٠٧م؛ سلطاني، ٢٠١٧/٢٠١٨م)، ولا تطبق الاتفاقية متى كانت أماكن عمل الأطراف توجد في دولة واحدة، ففي الحالة الأخيرة ينظمها القانون الداخلي لتلك الدولة عادة (Kabani, 2010)، فالاتفاقية حريصة على الحد من البحث عن الهيئة القضائية التي تطبق القانون الأكثر ملائمة، وتقليل اللجوء إلى قواعد القانون الدولي الخاص^(٩).

وقد اعتمدت اتفاقية فيينا معياراً شخصياً لتحديد دولية العقد، يتمثل في وجود أماكن عمل طرفي البيع في دول مختلفة (Ene and Voica, 2015; Kahn, 1981)، ولا يؤخذ بمحل إبرام العقد أو تنفيذه أو جنسية المتعاقدين أو مكان وجود البضاعة موضوع عقد البيع (عبدالحמיד، ٢٠٠٠م؛ محمد، ٢٠٠٨م) (Saunders and Rymysza, 2015).

وهي بذلك تختلف عن اتفاقية لاهاي في تحديدها لمفهوم الدولية (Bonell and Liguori, 1997)، باتخاذها شرطاً أساسياً وهو اختلاف أماكن منشآت أطراف البيع^(١٠)، وبمفهوم

(٩) الوثائق الرسمية لمؤتمر الأمم المتحدة المعني بعقود البيع الدولي للبضائع، ص ٣٤. الرابط:

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/CISG_C_onf_a.pdf

(١٠) ويتشابه هذا الحكم مع نص المادة ٣/١ من نظام التحكيم السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) وتاريخ ٢٤/٥/١٤٣٣هـ والتي تجعل التحكيم دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية، عندما يكون المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في أكثر من دولة وقت إبرام اتفاق التحكيم، وهو نفس الحكم في القانون النموذجي للتحكيم التجاري، وكذلك قانون التحكيم المصري رقم (٢٧/١٩٩٤م) المادة الثالثة. ويجدر الذكر بأن المملكة العربية السعودية وقعت في ٧/٨/٢٠١٩م على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة التي تعرف اختصاراً بـ"اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة"، والتي حددت نطاق تطبيقها - أيضاً - بأي اتفاق منبثق من الوساطة تبرمه الأطراف كتابة لتسوية منازعة تجارية (اتفاق التسوية) ويكون، وقت إبرامه، دولياً، متى كان مكاني عمل اثنين على الأقل يقعان في دولتين مختلفتين.

ومفاد النص السابق أنه عندما يكون لطرف من أطراف البيع أكثر من مركز أعمال، كما لو كان هذا الطرف من الشركات المتعددة القوميات، ولها أكثر من مركز أعمال في أكثر من دولة، فإنه يعتد بمركز الأعمال الأوثق صلة بالعقد^(١١) (Saunders and Rymysa, 2015)، أو مكان تنفيذه مع أخذ ظروف التعاقد في الاعتبار (العالم، ١٩٩٩م؛ الشرقاوي، ٢٠٠٢م؛ سرور، ١٤١٥ هـ/ ١٩٩٤م؛ عبد الحميد، ٢٠٠٠م؛ العربي، ٢٠١٠م).

ويعالج النص الحالة التي يكون لتاجر واحد جملة منشآت منتشرة في دول مختلفة، وهذه الحالة ذائعة في التجارة الدولية؛ لأن نشاط الشركات العملاقة يمتد عادة إلى دول مختلفة، ويتخذ أشكالاً متعددة، قد تكون مجرد مكاتب تتلقى طلبات العملاء، أو فروعاً، أو وكالات تتولى بيع المنتجات، أو شركات وليدة تتمتع من الناحية القانونية بشخصية مستقلة عن الشركة الأم، ولكنها تظل مع ذلك خاضعة لإشرافها الاقتصادي. ومثال ذلك عندما يوجد مركز شركة بالقاهرة ولها منشآت (كفروع أو مصانع أو مكاتب أو وكالات) في السودان وأوغندا ونيجيريا وتنزانيا وغيرها من البلاد الأفريقية، فإن العبرة في تطبيق الاتفاقية بالمنشأة الأوثق صلة بالعقد وتنفيذه مع مراعاة الظروف التي يعلمها طرفا البيع أو

متى كانت هذه الواقعة غير واضحة ومبهمة، سواء من خلال بيانات العقد، أو من المعاملات السابقة بين طرفي عقد البيع، أو من المعلومات التي يدلون بها قبل انعقاد العقد (من خلال المفاوضات مثلاً)، أو أثناء انعقاده.

فإذا أحاط الغموض هذا العنصر الأساسي لتوافر الصفة الدولية للبيع وجب استبعاد العقد عن نطاق تطبيق الاتفاقية، ومثال ذلك، إبرام عقد في مصر بين مصنع بمصر ووكيل عن منشأة موجودة باليونان، ويبرم الوكيل العقد باسمه دون التصريح باسم المنشأة اليونانية التي يعمل لحسابها (أي أنه وكيل بالعمولة)، حيث يظهر العقد كما لو كان مبرماً بين المنشأة الموجودة بمصر والوكيل الذي يعمل بمصر ويوجد مكتبة بها، وهذا الخفاء الذي يكتنف منشأة أحد طرفي العقد يرفع عنه صفته الدولية ويبعده عن نطاق تطبيق الاتفاقية (شفيق، ١٩٨٨م).

فالحالة التي يظهر فيها أن مكاني عمل الطرفين يوجدان في دولة واحدة، ولكن أحد الطرفين يعمل وكيلاً لرب عمل أجنبي لم يكشف عنه. في مثل هذه الحالة يتم إقصائه عن نطاق تطبيق الاتفاقية^(١٢).

وقد تعرضت الاتفاقية لحالة تعدد مراكز الأعمال لأحد المتعاقدين، وحالة عدم وجود مراكز أعمال لأحدهما، على الوجه الآتي.

ثانياً: تعدد مراكز الأعمال لأحد المتعاقدين

نصت الفقرة (أ) من المادة (١٠) من اتفاقية فيينا على أنه: "إذا كان لأحد أطراف عقد البيع الدولي أكثر من مركز أعمال، فإنه يعتد بمركز الأعمال الذي يكون أقرب صلة بالعقد وتنفيذه، على أن يؤخذ في الاعتبار الظروف المعروفة أو التي يواجهها أطراف البيع في وقت قبل أو عند إبرام العقد".

(١٢) ويقترب هذا الحكم أيضاً مع نص المادة (١/٣) من نظام التحكيم السعودي، والتي تجعل التحكيم دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية، عندما يكون المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في أكثر من دولة وقت إبرام اتفاق التحكيم. فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع. كما يقترب من نص المادة (٢) من اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة - والتي وقعت عليها المملكة مؤخراً - وحددت نطاق تطبيقها - أيضاً - بأي اتفاق تسوية ويكون، وقت إبرامه، دولياً، متى كان مكاني عمل اثنين على الأقل يقعان في دولتين مختلفتين، فإذا كان لطرف ما أكثر من مكان عمل واحد، فيؤخذ بمكان العمل الأوثق صلة بالمنازعة.

(١١) التعليق على مشروع اتفاقية فيينا، مرجع وموقع سابق الإشارة، ص ٣٥.

لأغراض تجارية وليس لمجرد "الاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي"، عندئذ يجب الأخذ بمكان إقامة المعتاد (سرور، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م؛ محمد، ٢٠٠٨م).

ومكان المنشأة الذي يعتد به هو المكان الذي توجد فيه للمتعاقد منشأة دائمة. قد تكون مصنعاً أو محلاً تجارياً أو مكتباً أو وكالة.

أما المنشآت العارضة فلا تؤخذ في الاعتبار عند النظر في تعيين نطاق تطبيق الاتفاقية، مثال ذلك المؤسسة الفرنسية المتعاقدة مع الحكومة المصرية على إنشاء مترو الأنفاق، فقد اقتضى منها تنفيذ هذا العقد أن تنشئ مواقع عمل ومخازن وورش ومكاتب ومراكز تدريب وغيرها، وكلها تعد منشآت عارضة تزول بعد انتهاء العمل وتسليم الموقع، ولذا لا تعد "منشأة" في حكم المادة الأولى من الاتفاقية.

أما "محل الإقامة المعتاد" فهو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة، وإذا تركه مؤقتاً فإنه يعود إليه (شفيق، ١٩٨٨م).

ويلاحظ أن هذا الحكم هو نفسه^(٣) الذي أخذ به القانون الموحد لاتفاقية لاهاي في الفقرة الثانية من المادة الأولى منها. والأمر الذي يلفت النظر في هذا النص أنه تحاشى استخدام اصطلاح الموطن - شأنها في ذلك شأن اتفاقية لاهاي (عبيد، ١٩٧٩م).

(١٣) ويقرب هذا الحكم أيضاً مع نص المادة (١/٣) من نظام التحكيم السعودي، والتي تجعل التحكيم دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية، عندما يكون المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في أكثر من دولة. فإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم أو كليهما مركز أعمال محدد فالعبرة بمحل إقامة المعتاد. وهو ذات ما قرره المادة (٢) من اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة، سائلة الذكر، والتي حددت نطاق تطبيقها بأي اتفاق تسوية ويكون، وقت إبرامه، دولياً، متى كان مكاني عمل اثنين على الأقل يقعان في دولتين مختلفتين، فإذا لم يكن لطرف من الأطراف مكان عمل، فيؤخذ بمحل إقامة المعتاد.

التي كانت محل نظر بينهما في أي وقت قبل إبرام العقد أو أثناء إبرامه، ففي المثال السابق إذا وصل طلب (إيجاب) إلى مركز الشركة بالقاهرة من منشأة في أوغندا، يطلب كمية من السلعة التي تصنعها الشركة، فأجابت بالقبول، واتفق الطرفان أثناء المفاوضات أو أثناء إبرام العقد على أن يتولى مصنع الشركة الملحق بفرعها بأوغندا تنفيذ العقد بصنع السلعة وفقاً للمواصفات وتسليمها إلى المنشأة الأوغندية، فالعبرة تكون عندئذ بمكان الفرع الموجود بأوغندا وليست بمكان المركز الموجود بالقاهرة؛ لأن دور هذا المركز كان مجرد إبرام العقد، أما تنفيذه فقد تولاه الفرع الموجود بأوغندا، فهو أوثق منشآت الشركة صلة (شفيق، ١٩٨٨م).

ويجب الإشارة إلى أن المقصود في النص "بالعقد وتنفيذه" يتضمن النظر إلى المعاملة التجارية ككل، بما فيها العوامل المتعلقة بالإيجاب والقبول، وكذلك بتنفيذ العقد، وليست هناك أهمية بموقع المركز الرئيسي أو مكان العمل الرئيسي، ما لم يصبح ذلك المركز مرتبطاً بالمعاملة التجارية بحيث يكون هو مكان العمل الذي تربطه أوثق صلة بالعقد وتنفيذه (عبيد، ٢٠٠٧م).

ثالثاً: عدم وجود مراكز أعمال لأحد الأطراف

لما كانت المادة (٣/١) من اتفاقية فيينا قد نصت على أنه لا يشترط لأعمال أحكامها أن يكون أطراف البيع من المشروعات التجارية وأنه لا يشترط أن يكون البيع ذاته تجارياً، فإنه قد يواجه فرضاً، وهو ألا يكون لأحد أطراف عقد البيع الدولي مركز أعمال لذلك نصت الفقرة (ب) من المادة (١٠) على أنه إذا لم يكن لأحد أطراف عقد البيع الدولي مركز أعمال فإنه يعتد بمحل الإقامة المعتاد (الشرقاوي، ٢٠٠٢م؛ عبد الحميد، ٢٠٠٠م).

وتعالج الفقرة الفرعية (ب) الحالة التي لا يكون فيها لأحد الطرفين مكان عمل، ومعظم العقود الدولية يبرمها رجال أعمال لهم أماكن عمل معروفة. غير أنه قد يحدث أحياناً أن يبرم شخص ليس له "مكان عمل" ثابت عقداً لبيع بضائع

البيع التجارية الدولية، حيث أخضعها لأحكام اتفاقية فيينا (طه، ٢٠٠٢م؛ علم الدين ٢٠٠٠م؛ القليوبي، ٢٠٠٠م؛ الشرييني، ١٩٩٩-٢٠٠٠م)^(١٤).

غير أن الأخذ بضابط اختلاف أماكن منشآت أطراف البيع - لتعيين دولية عقد البيع في اتفاقية فيينا - على إطلاقه يؤدي إلى توسيع نطاق تطبيقها، ويثير العديد من الصعوبات، لذا حرص واضعو الاتفاقية على تحقيق التوازن بين أمرين، أولهما: هو رغبتهم في حث أكبر عدد من الدول من الانضمام إليها، بحيث تكون الاتفاقية هي القانون الواجب التطبيق على البيع الدولي على مستوى العالم، وثانيهما: الخشية من إحجام الدول عن الانضمام إليها إذا لم يكن نطاقها محدداً، وفي سبيل الموائمة بين هذين الأمرين، رأى واضعي الاتفاقية ضرورة إضافة شرط تكميلي إلى شرط الأساس السابق يضبط به هذا الأخير، ويحتوي على حالتين تجمعهما غاية واحدة، هي أن يكون لأحد الدول المتعاقدة شأن في البيع، والباعث إلى إدراج هذا الشرط التكميلي هو الرغبة في تفادي الصعوبات التي واجهت تحديد نطاق تطبيق الاتفاقية (عرب، ١٩٩٩م). وهذا هو موضوع الفرع التالي.

الفرع الثاني: الضابط التكميلي لتطبيق أحكام اتفاقية فيينا (أن تكون لدولة متعاقدة شأن في البيع)

لم تعتمد اتفاقية فيينا ضابط اختلاف جنسية أطراف البيع (Kabani, 2010) - كما هو الشأن في اتفاقية لاهاي (Kahn, 1981). وإنما وقع اختيار واضعي اتفاقية فيينا على ضابط اختلاف أماكن منشآت أطراف البيع. والضابط الأخير ليس كافياً لتحديد نطاق تطبيقها؛ لأنه سيوسع من نطاق تطبيقها إلى أكثر مما ينبغي؛

فلم يشترط النص أن يكون "موطن" طرفي البيع في دولتين مختلفتين، وإنما أشار إلى "محل الإقامة المعتاد"؛ ذلك لاختلاف المقصود بهذا الاصطلاح في مختلف النظم القانونية، ولم يكن من المستطاع إزاء تباين التشريعات في هذا الخصوص الاعتماد على هذه الفكرة وإلا تشتت التفسير وضاعت معه فكرة التوحيد (شفيق، ١٩٨٨م).

فالموطن في إنجلترا مثلاً يقصد به الإقليم Country الذي يقيم فيه الشخص على وجه الدوام ولو تركه مؤقتاً. فالموطن في هذه الفكرة لا ينسب إلى عنوان معين يقع بحي معين بمدينة معينة، وإنما إلى إقليم بأسره، فالإنجليزي الذي يتخذ مكاناً بإنجلترا ليكون مقره الدائم، يصير موطنه "إنجلترا"، ولا أهمية بعد ذلك في أية مدينة من مدن هذا الإقليم يقيم.

أمّا في فرنسا فيقصد به المركز الرئيسي لأعمال الشخص (المادة ١٠٢ مدني) أي يقصد به عنوان محدد في مدينة معينة، فالفرنسي الذي يوحد المركز الرئيسي لأعماله بمدينة ليون مثلاً لا تكون فرنسا بأسرها موطنه وإنما مدينة ليون، بل عنوان معين بهذه المدينة.

وسار القانون المدني المصري على نهج القانون الألماني، فعرف الموطن في الفقرة الأولى من المادة (٤٠) بأنه: "المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة"، وأجازت الفقرة الثانية من المادة (٤٠) تعدد الموطن، فيجوز أن تكون للشخص بجانب موطنه العام مواطن خاصة، كالموطن التجاري وهو المكان الذي يمارس فيه التجارة، والموطن المختار وهو المكان الذي يختاره لتنفيذ عمل قانوني معين (المادة ٤٣ من القانون المدني المصري) (شفيق، ١٩٧٤م؛ العربي، ٢٠١٠م).

ومن ثم فإن فكرة محل الإقامة المعتاد التي عبرت عنها المادة (١٠) (ب) من اتفاقية فيينا تطابق فكرة الموطن العام في القانون المصري (الشرقاوي، ٢٠٠٢م).

وينبغي الإشارة إلى أن قانون التجارة المصري الجديد، قد استبعد من نطاق تطبيق الأحكام العامة لعقد بيع البضائع،

(١٤) المادة (٢/٨٨) من قانون التجارة الجديد، حيث نصت على أن "البيع التجارية الدولية تسري عليها أحكام الاتفاقيات الدولية بشأن هذه البيع النافذة في مصر وكذلك الأعراف السائدة في التجارة الدولية والتفسيرات التي أعدتها المنظمات الدولية للمصطلحات المستعملة في تلك التجارة إذا أحال إليه العقد".

وخاصة أن واضعي الاتفاقية لم يضيفوا ضوابط مادية كما هو الحال في اتفاقية لاهاي (عبيد، ٢٠٠٧م)^(١٥)، وإنما قصرُوا تطبيق الاتفاقية على حالتين تجمعهما فكرة واحدة، وهي أن تكون لدولة متعاقدة شأن في البيع (شفيق، ١٩٨٨م؛ سرور، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م)، وتطلبت توافر أحد أمرين.

الأمر الأول: التطبيق المباشر للاتفاقية عندما تكون مراكز أعمال أطراف البيع في دول مختلفة متعاقدة *different contracting states* نصت المادة (١/١/أ) على أن تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة، فعندما تكون هذه الدول دولاً متعاقدة، فلا يكفي أن تكون إحدى أو بعض هذه الدول متعاقدة بل يشترط أن تكون جميعها متعاقدة (الشرقاوي، ٢٠٠٢م؛ العربي، ٢٠٠٦م)، ويضرب الفقه مثلاً لذلك، عندما يقع البيع بين مشتر يوجد منشأته بالقاهرة (مصر دولة متعاقدة) وبائع منشأته بروما (إيطاليا دولة متعاقدة) وتطبق الاتفاقية في هذا الفرض دون اعتبار لما تقضي به قاعدة التنازع في قانون القاضي، غير أن الأمر يكون خلاف ذلك إذا أبرم البيع في اليونان (دولة غير متعاقدة) ووقع النزاع ورفعت الدعوى أمام محكمة مصرية، فإن الاتفاقية تكون واجبة التطبيق رغم أن قاعدة التنازع في القانون المصري تقضي بتطبيق القانون اليوناني بوصفه قانون الدولة التي تم فيها العقد (شفيق، ١٩٨٨م).

وتأييداً لذلك قضت المحكمة التجارية في "كانتون فو" بسويسرا، في نزاع وقع بين بائع أثاث إيطالي الجنسية ومشتري

سويسري الجنسية، بأن اتفاقية فيينا واجبة التطبيق، حيث إن مكاني عمل الطرفين، يقعان في دولتين مختلفتين متعاقدتين، استناداً إلى المادة (١/١/أ)، وكان الأمر يتعلق بعقد لتوريد بضائع تصنع أو تنتج، وهو ما يعد بمثابة عقد البيع وفقاً للمادة (١/٣) من الاتفاقية^(١٦).

كما رأت محكمة في قضية أخرى بأن عقد البيع الذي أبرم بين بائع فرنسي ومشتري ألماني - بعد دخول الاتفاقية حيز التنفيذ في فرنسا - خاضع للاتفاقية؛ لأن الطرفين لم يختارا قانوناً آخر، ولا يمكن القول بوجود موافقة ضمنية، بأن البائع اكتفى في مرحلة البداية في رده على قول المشتري بأن القانون الألماني ينطبق على العقد، بأن طرح سؤالاً عما إذا كان القانون الألماني أو الفرنسي هو الذي ينطبق. كما أنه لا يمكن النظر إلى عدم وجود رد قطعي بمثابة قبول، لأن القانون المنطبق ليس حقيقة واقعة^(١٧).

فقد رأت المحكمة في قضية أخرى أن عقداً للبيع الدولي للبضائع مبرماً بين بائع في ولاية أوهايو، الولايات المتحدة الأمريكية، ومشتري أرجنتيني، خاضع لاتفاقية البيع؛ لأن الدولتين كليهما قد انضمتا إلى اتفاقية البيع؛ ولأن عقد البيع أبرم بعد بدء نفاذ اتفاقية البيع (المادة ١/١/أ من اتفاقية البيع)^(١٨).

كما رأت محكمة النقض الكرواتية في قضية كان بموجبه تسلم مشتري كرواتي كمية من الأحذية من بائع إيطالي ولم يسدد ثمنها، فرجع البائع دعوى قضائية أمام المحاكم

(١٦) حكم في القضية رقم ٩٧ صدر في سبتمبر سنة ١٩٩٣م. موقع مركز الشرق الأوسط للتحكيم التجاري الدولي على شبكة الإنترنت <http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleeast/abstract7.html>

(١٧) حكم في القضية رقم ١ صدر في ١٣/٦/١٩٩١م. ألمانيا oberlandesgericht Frankfurt a. M.; 5U 261/90. السوابق

القضائية المستندة إلى نصوص الأونسيتال (كلاوت)، الوثيقة A/ CN. 9/SER. C/ABSTRACTS/1، موقع الأونسيتال، الرابط: https://uncitral.un.org/ar/case_law

(١٨) حكم في القضية رقم ٢١ صادر بتاريخ ٢٠/٥/١٩٩١م، موقع مركز الشرق الأوسط للتحكيم التجاري الدولي على شبكة الإنترنت: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisgArabic/middleeast/abstract2.html>

(١٥) وذلك بسبب أن المعايير التي أخذت بها اتفاقية لاهاي أدت إلى حدوث صعوبات كثيرة، خاصة في تحديد العلاقة بين الالتزامات الناشئة من العقد ونقل الشيء المبيع من دولة إلى أخرى في دولتين مختلفتين، وأنها لم تشر إلى مدى اشتراط أن تكون الدولة متعاقدة من عدمه، وهو ما أدى إلى تطبيق أحكام القانون في دولة قد لا تكون موقعة على تلك الاتفاقية.

كما يجب ملاحظة لزوم تطبيق الاتفاقية، متى كانت الدولتان اللتان يوجد بهما مكانا عمل الطرفين دولتين متعاقدين، حتى وإن كانت قواعد القانون الدولي الخاص للهيئة القضائية تؤدي عادة إلى تطبيق قانون بلد ثالث، مثل قانون الدولة التي أبرم فيها العقد. ولا يمكن الحيلولة دون ذلك إلا إذا أقيمت الدعوى في دولة ثالثة غير متعاقدة وكانت قواعد القانون الدولي الخاص لتلك الدولة تؤدي إلى تطبيق قانون الهيئة القضائية على العقد أي قانونها، أو قانون دولة رابعة غير متعاقدة^(١٩).

الأمر الثاني: التطبيق عن طريق منهج التنازع: عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة نصت المادة (١/١/ب) على أن تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة، عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة. وطبقاً لذلك فإنه لا يشترط - في هذا الفرض - وجود منشأت أطراف البيع في دولتين متعاقدين، كما هو الحال في الأمر الأول، وإنما يكفي لتطبيق الاتفاقية أن تكون المنشأتان موجودتين في دولتين مختلفتين، قد تكونا غير متعاقدين، وقد تكون إحداهما متعاقدة والأخرى غير متعاقدة، متى أدت قاعدة التنازع في قانون القاضي إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة. ومفاد ذلك، أن الاتفاقية هي القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي - دون أحكام القانون الوطني - كلما أشارت قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون وطني لدولة متعاقدة (شفيق، ١٩٨٨م) (Ene and Voica, 2015; Kahn, 1981).

أي أنه وفقاً للحكم الوارد في المادة (١/١/ب) فإن أحكام اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠م تكون واجبة التطبيق عندما تكون

الكرواتية للمطالبة بثمانها. وتجاهلت المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف العنصر الدولي، وفصلت في القضية بموجب قانون العقود الكرواتي المحلي، وقد رأت محكمة النقض أن المحكمتين قد أخطأتا في تطبيق القانون الموضوعي، بعدم تطبيق القواعد المناسبة المتعلقة بالنزاع المائل، وذهبت المحكمة إلى أن الاتفاقية تحكم عقد البيع، طالما لم يثبت اختيار طرفي عقد البيع الدولي لقانون آخر؛ لأن مقرري عمل الطرفين يقعان في دولتين متعاقدين مختلفتين بالمعنى المقصود في المادة (١/١/أ)^(١٩).

وتؤكد الأحكام السابقة، على أن تطبق أحكام اتفاقية فيينا تطبيقاً مباشراً على عقود بيع البضائع المعقودة بين - أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة، عندما تكون هذه الدول متعاقدة طبقاً لنص الفقرة (١/أ) من المادة الأولى من اتفاقية فيينا (العالم، ١٩٩٩م؛ رؤوف، ٢٠٠٦م). وبذلك تختلف اتفاقية فيينا في هذا الصدد عن اتفاقية لاهاي التي لم تتطلب الأخيرة أن تكون الدول التي توجد بها أماكن عمل في عقد البيع الدولي متعاقدة.

فيلزم إذن لتطبيق أحكام اتفاقية فيينا أن تكون دولتا البائع والمشتري منضمين للاتفاقية، ولا يكفي - في هذا الخصوص - أن تكون دولة المشتري مثلاً متعاقدة ودولة البائع غير متعاقدة.

وتجدر الإشارة إلى أن مفهوم الدولة المتعاقدة (عرب، ١٩٩٩م) لا ينطبق هنا على الدولة التي تستخدم التحفظ المنصوص عليه في المادة (٣٢)، وتعلن عدم التزامها بالجزء الثاني أو الثالث من الاتفاقية، وذلك فيما يتعلق بالمواضيع التي ينظمها هذا الجزء المستبعد (العالم، ١٩٩٩م).

(١٩) حكم في القضية رقم ٩٢٠ بتاريخ ١٢/٣/٢٠٠٣م، F. C. M. ضد L. izS. السوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونسيتال (كلاوت)، الوثيقة A/ CN. 9/SER. C/ABSTRACTS/91، موقع الأونسيتال، موقع سابق الإشارة.

(٢٠) التعليق على مشروع اتفاقية عقود البيع الدولي للبضائع، ص ٣٤ موقع الأونسيتال سابق الإشارة.

المصرية، فإن القانون المصري هو القانون الواجب التطبيق وفقاً لقاعدة التنازع في القانون المصري بوصفه قانون الدولة التي تم فيها العقد، وتطبق أحكام اتفاقية فيينا باعتبارها أحكام البيع الواجب تطبيقها في القانون المصري.

مثال آخر: إذا أبرم البيع في مصر، واتفق فيه الطرفان على اختصاص المحاكم القبرصية وعلى تطبيق القانون القبرصي (قبرص دولة غير متعاقدة)، وكانت قاعدة التنازع في هذا القانون الأخير تقضي بتطبيق قانون الدولة التي تم فيها العقد، أي القانون المصري، ومن ثم فإن الأحكام التي يجب أن تطبقها المحكمة القبرصية هي أحكام الاتفاقية وليست أحكام القانون المدني المصري؛ لأن مصر دولة متعاقدة.

والأمر الذي يدعو إلى الدهشة أنه قد تكون الدولة المعنية في النزاع وهي دولتا البائع والمشتري وقد تضاف إليهما الدولة التي تقام فيها الدعوى، كلها دول غير متعاقدة، ورغم ذلك تسري أحكام الاتفاقية لأن قواعد القانون الدولي الخاص تؤدي إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة (شفيق، ١٩٨٨م).

ففي هذه الحالة السابقة يتم تطبيق الاتفاقية عن طريق منهج التنازع حيث تطبق استناداً لقواعد القانون الدولي الخاص، طالما أن مكان عمل البائع يوجد في دولة غير تلك التي يوجد فيه مكان عمل المشتري، ولا يشترط أن تكون الدولتان من بين الدول المتعاقدة، فقد تكون كلاهما غير متعاقدين، أو أن إحداهما فقط دولة متعاقدة، كذلك لا يشترط بدهاء أن يكون النزاع معروضاً على محكمة إحدى الدول المتعاقدة، فالعبرة هنا بقاعدة التنازع في قانون القاضي، فمتى أشارت هذه القاعدة إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة فإن أحكام الاتفاقية تكون واجبة التطبيق بدلاً من أحكام القانون الداخلي للدولة المتعاقدة (العالم، ١٩٩٩م).

وثمة تطبيق آخر لهذا المبدأ هو أنه إذا كان الطرفان الآتيان من دولتين مختلفتين قد سميا قانون دولة متعاقدة قانون العقد تنطبق هذه الاتفاقية حتى ولو لم يذكر الطرفان الاتفاقية بالتحديد^(٣).

منشآت أطراف البيع كائنة في دول مختلفة، بشرط أن تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص في قانون دولة القاضي المعروض عليه النزاع إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة في الاتفاقية، ومن ثم يشترط أمران لتطبيق اتفاقية فيينا وفقاً لهذه الحالة:

- أولهما: اشترط وجود منشآت أطراف البيع في دول مختلفة (الفرض فيها أنها دولاً غير متعاقدة أو على الأقل إحداهما متعاقدة والأخرى غير متعاقدة).
- والآخر: أن إشارة قاعدة الإسناد في قانون دولة القاضي إلى قانون دولة متعاقدة شرط ضروري لانطباق أحكام الاتفاقية وفقاً لهذه الحالة (عرب، ١٩٩٩م).

بمعنى أن تؤدي قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص للدولة التي رفع فيها النزاع إلى تعيين قانون دولة متعاقدة للتطبيق على هذا النزاع، فيطبق القاضي الذي ينظر النزاع أحكام الاتفاقية مكان القانون الذي عينته قاعدة الإسناد، حتى ولو كان مكان عمل أحد المتبايعين، أو حتى مكانا عمل كل منهما في دولة أو في دول غير متعاقدة (سرور، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م).

وقد أجازت المادة (٩٥) من الاتفاقية لكل دولة متعاقدة "أن تعلن وقت إيداع وثائق تصديقها على الاتفاقية أو الانضمام إليها أنها لن تلتزم بأحكام الفقرة الأولى (ب) من المادة الأولى".

وبالتالي فإن الدول التي تصدر هذا الإعلان لا تلتزم بتطبيق الاتفاقية إلا إذا كانت منشآت أطراف البيع موجودة في دول مختلفة ومتعاقدة، ولولا هذا التحفظ لأحجمت هذه الدول عن الإقبال على الاتفاقية (حبيب، د.ت.؛ شفيق، ١٩٨٨م؛ بهنساوي، ١٩٩٦م؛ حبيب، ١٩٩٩م؛ خير، ١٩٩٤م) (Kimball and Harter, 1992).

ومثال للحالة الثانية، أن يبرم عقد بيع في مصر بائع توجد منشآته بمصر (مصر دولة متعاقدة) ومشتري توجد منشآته باليونان (اليونان دولة غير متعاقدة)، فإذا ثار نزاع حول أمر يتعلق بتنفيذ هذا العقد، وأقيمت الدعوى أمام المحاكم

(٢١) التعليق على مشروع الاتفاقية، مرجع وموقع سابق، ص ٣٥.

عليها في عقد البيع، ورأت هيئة التحكيم أنه في حين أن الطرفين لم ينصا على أي قانون يطبق، فإن تطبيق القواعد النمساوية والبلغارية للقانون الدولي الخاص يؤدي إلى تطبيق اتفاقية فيينا وفقاً للمادة (١/١/ب)، ولاحظت المحكمة أيضاً أنه نظراً لأن قواعد القانون الدولي الخاص المنطقية تؤدي إلى تطبيق قانون النمسا، وهي مكان عمل البائع، فلا أهمية لكون بلغاريا - وهي مكان عمل المشتري - لم تكن طرفاً في اتفاقية فيينا وقت إبرام العقد^(٢٢).

المبحث الثاني:

الضوابط المستبعدة في تحديد الدولية عقد البيع

واضح أن الاتفاقية تبنت المعيار القانوني لتحديد دولية العقد، وذلك من خلال تبنيها شرط جوهرية، وهو اختلاف مركز أعمال طرفي عقد البيع أو اختلاف محل إقامتهم، إلا أنها لم تأخذ بجميع عناصر المعيار القانوني، بل اكتفت بالعناصر السابقة في المبحث الأول (سلطاني، ٢٠١٧/٢٠١٨م). مع عدم الاعتراف بجنسية أطراف عقد البيع الدولي، وكذلك عدم الاعتراف بوصف المعاملة أو صفة الأطراف.

حيث نصت المادة الأولى من اتفاقية فيينا في فقرتها الثالثة على المسائل التي لا يعتد بها في تحديد دولية عقد البيع بقولها "..... لا تؤخذ في الاعتبار جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو العقد في تحديد تطبيق هذه الاتفاقية".

وعليه يتم تقسيم الضوابط المستبعدة في تحديد مفهوم الدولية في عقد البيع الدولي، إلى نقطتين، الأولى: ضابط اختلاف جنسية أطراف عقد البيع، والأخرى: عدم الاعتراف بوصف المعاملة أو صفة الأطراف، وذلك على النحو الآتي.

(٢٤) حكم في القضية رقم ١٠٤، موقع مركز الشرق الأوسط للتحكيم التجاري الدولي، سابق الإشارة إليه.

ويجب على محاكم الدول المتعاقدة أن تقرر ما إذا كانت الاتفاقية تنطبق قبل الرجوع إلى قواعد القانون الدولي الخاص. وبعبارة أخرى يتغلب الرجوع إلى الاتفاقية عنه إلى القانون الدولي الخاص للمحكمة؛ والسبب في ذلك إلى أن قواعد اتفاقية البيع الدولي للبضائع باعتبارها اتفاقية قانونية أساسية أكثر تحديداً وتؤدي مباشرة إلى حل أساسي في حين أن اللجوء إلى القانون الدولي الخاص يتطلب نهجاً من خطوتين (تحديد القانون الواجب التطبيق وتطبيقه بعد ذلك)^(٢٣).

ومن تطبيقات ذلك ما قضت به محكمة ألمانية بتطبيق أحكام الاتفاقية في نزاع وقع عام ١٩٨٨م بين تاجر أزياء ألماني، يبيع بالتجزئة، وصانع ملابس إيطالي يبيع أزياء مختلفة، حيث رفض المشتري تسديد الثمن، مدعياً بأنه أخطر البائع، في غضون ثمانية أيام بعد التسليم و١٢ يوماً بعد تسليم الدفعة الثانية، بـ "رداء صنع وعدم ملائمة" البضاعة. وقد استندت المحكمة إلى القانون الدولي الخاص النافذ في ألمانيا، وطبقت المحكمة الاتفاقية معتبرة أنها تشكل القانون الإيطالي الذي كان نافذاً عند إبرام العقد، وقررت المحكمة أن المشتري فقد الحق في الاستناد إلى عدم مطابقة البضاعة للمواصفات؛ لأن الإخطارات حتى لو كانت قد أرسلت كما ادعى، لم تحدد بدقة عيب البضاعة^(٢٤).

كما قضت محكمة التحكيم الدولية للغرفة التجارية الدولية في نزاع متعلق بتخلف مشترٍ بلغاري الجنسية عن الوفاء بالثمن لبائع نمساوي الجنسية في حدود المهلة المتفق

(٢٢) نبذة عن السوابق القضائية المستندة إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود

البيع الدولي للبضائع، ٢٠١٢م، المادة (١)، ص ٤، ٢٠١٢م، الرابط:

<http://www.uncitral.org/pdf/arabic/clout/CISG-digest-2012-a.pdf>

(٢٣) حكم في القضية رقم ٣ صدر ١٩٨٩/٧/٣م.

Landgericht Munchen 1, 17 HKO 3726/ 89.

السوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونسيتال (كلاوت)،

الوثيقة A/ CN. 9/SER. C/ABSTRACTS/1، موقع الأونسيتال،

موقع سابق الإشارة.

أولاً: استبعاد ضابط اختلاف جنسية أطراف البيع

غالبًا ما يقصد بالاتفاقيات الدولية التي تتناول حقوق الأفراد حماية حقوق مواطني الدول المتعاقدة في معاملاتهم التي تتم في دولة أو دول أخرى متعاقدة أو مع مثل هذه الدول؛ ولهذا السبب فإن من الخصائص المميزة لهذه الاتفاقيات أنها لا تطبق إلا على العلاقات بين "مواطني" الدول المتعاقدة، ومع ذلك فإن مسألة ما إذا كانت هذه الاتفاقية تطبق على عقد بيع بضائع، يحددها في المقام الأول ما إذا كانت أماكن العمل "المعنية" للأطراف توجد في دول مختلفة متعاقدة، و"مكان العمل" المعني لطرف ما، يحدد بتطبيق المادة (١٠/أ) دون الإشارة إلى جنسيته، أو مكان التأسيس، أو مكان المقر، وتعزز هذه الفقرة تلك القاعدة بتوضيح أن جنسية الأطراف لا تؤخذ في الحسبان (شاوي وبن قراط، ٢٠١٥/٢٠١٦م).

وهو ما قرره الفقرة الثالثة من المادة الأولى من اتفاقية فيينا، بأنه لا يعتد بجنسية أطراف عقد البيع في تحديد نطاق تطبيق الاتفاقية (محمد، ١٤٣٤هـ/٢٠١٣م)؛ وتنحو اتفاقية فيينا - في هذا الشأن - لذات الحكم الوارد في القانون الموحد الملحق باتفاقية لاهاي (٣/١م)، إذ ليس هناك ما يحول دون اعتبار البيع الذي يقع بين شخصين من دولة واحدة أن يكون دوليًا، طالما أن معيار الدولية الذي حددته اتفاقية فيينا يتوافر في عقد البيع (الشرقاوي، ١٩٧٦م؛ العربي، ٢٠١٠م).

ويرجع السبب في استبعاد ضابط اختلاف جنسية المتعاقدين كمعيار لتحديد دولية البيع؛ إلى تباين القوانين الوطنية في مجال الجنسية (الزقرد، ٢٠١٦م)، تباينًا يخشى معه اضطراب الحدود التي تفصل بين القانون الموحد والقوانين الوطنية (شفيق، ١٩٨٨م).

ثانيًا: عدم الاعتماد بوصف المعاملة أو صفة الأطراف

أما بالنسبة لعدم اعتماد الاتفاقية بتجارية البيع أو أطرافه حيث تقضي الفقرة الثالثة من المادة الأولى من اتفاقية فيينا،

أيضًا بعدم الاعتماد بصفة أطراف عقد البيع أي بما إذا كانوا تجارًا أو غير تجار، وكذلك بعدم الاعتماد بالطبيعة المدنية أو الطبيعية التجارية لعقد البيع ذاته في تحديد نطاق تطبيق أحكام الاتفاقية (عبيد، ٢٠٠٧م).

بمعنى أنه لا يعتد في تطبيق أحكام الاتفاقية بصفة أطراف عقد البيع، أي ما إذا كانوا تجارًا أو غير تجار، كما لا يعتد أيضًا بالطبيعة المدنية أو التجارية لعقد البيع ذاته (بهساوي، ١٩٩٦م؛ سرور، ١٤١٥هـ/١٩٩٤م؛ العالم، ١٩٩٩م)، ولم تورد اتفاقية فيينا أي تحفظ بشأن هذه المسألة مما لا يحول دون أي دولة متعاقدة واشترط تجارية البيع. وهو ما يتضح جليًا من تسمية الاتفاقية التي جاءت مطابقة لهذا الوضع، فقد جاءت خالية من أي إشارة إلى تجارية البيع (خليل، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م).

والسبب في إعراض اتفاقية فيينا - شأنها في ذلك اتفاقية لاهاي (الشرقاوي، ١٩٧٦م) - عن التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري؛ هو تباين الأنظمة القانونية (Kabani, 2010)، وتهدف الاتفاقية من وراء ذلك الابتعاد عن الاختلاف في تفسير طبيعة العمل، من كونه مدنيًا أو تجاريًا (سامي، ٢٠٠٦م؛ العربي، ٢٠١٠م)، ولم يكن من المستطاع أن تشرط الاتفاقية، وهي بصدد تعيين نطاقها أن يكون البيع الذي تنظمه تجاريًا؛ لأن وجود مثل هذا الشرط سوف يؤدي إلى نفور الدول التي لا تأخذ بهذه التفرقة؛ كما أنه يلزم وضع ضوابط للتفرقة بين البيع المدني والبيع التجاري، وهو أمر صعب في ذاته، ومع ذلك لا شك أنه كان في خاطر واضعي الاتفاقية أن الغالب في البيع الدولي، أنه يجري بين تجار ولأغراض تجارية؛ بدليل أنهم استبعدوا من نطاق تطبيقها بيوعًا ينطبق عليها شرط الدولية ولكنها لا تجري لأغراض تجارية، كالبيع للاستعمال الشخصي أو العائلي (شفيق، ١٩٨٨م).

ولعل استبعاد اتفاقية فيينا ومن قبلها اتفاقية لاهاي، الاعتماد بالطبيعة المدنية أو التجارية لعقد البيع ذاته في تحديد نطاق تطبيق أحكام الاتفاقية، يعد من أهم المزايا التي أتت بها

كما أن مبادئ العقود التجارية الدولية المعروفة بـ"اليونيدروا" لم تتبنى التفرقة المأخوذ بها في بعض الأنظمة القانونية بين المدني والتجاري كوصف للأطراف، وتستبعد المبادئ من نطاق تطبيقها "معاملات المستهلك"، والتي تخضع - في أنظمة قانونية مختلفة - لقواعد أمره تستهدف حماية المستهلك، أي الطرف الذي يرم عقدًا خارج نطاق تجارته أو مهنته^(٢٥).

ويجدر الإشارة إلى أن المادة (٢) من اتفاقية البيع - أيضًا - تستبعد من مجال تطبيقها بعض عقود بيع البضائع التي يشمل أن توصف بأنها عقود "مدنية" بموجب نظام قانوني يعترف بالتمييز بين العقود المدنية والتجارية. ويلاحظ على وجه الخصوص أن المادة (٢/أ) تستبعد من مجال تطبيق هذه الاتفاقية مبيعات "البضائع المشتراة للاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي" (Efrat, 2016)^(٢٦).

النتائج والتوصيات

- تختص اتفاقية فيينا بالبيع الدولي، ويؤكد هذه الصفة، تسميتها بـ"اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع". لذا كان لزامًا أن تبدأ أحكامها بتحديد مفهوم الدولية، والتي تضع الحدود بين البيع الدولي الخاضع لها والبيع الوطني الخارج عن نطاقها، وأشارت المادة السابعة من الاتفاقية صراحة في فقرتيها الأولى والثانية على "مراعاة الصفة الدولية للاتفاقية عند تفسيرها".
- يتعين على قضاة الدول المتعاقدة والمحكمين وهم بصدد تفسير أحكام الاتفاقية الحفاظ على التوحيد التشريعي الذي حققته، وذلك بالتخلي عن طرق التفسير في قوانينهم المحلية، والحد من حساسية الانتماء الوطني، فيضعون

هاتان الاتفاقيتان؛ ذلك للتعقيدات الكبيرة التي أثارها نظرية الأعمال التجارية؛ فضلًا عن أنها من النظريات التي لا تأخذ بها كل النظم القانونية، فهناك نظم لا تعرف التفرقة بين القانون المدني والقانون التجاري وتخضع جميع المعاملات لنظام قانوني واحد مثل إنجلترا وسويسرا وإيطاليا.

ومن جهة أخرى فإن القوانين التي تأخذ بهذه التفرقة، لا تتفق من حيث الأساس القانوني الذي يقوم عليه القانون التجاري، فالبعض منها يأخذ بمعيار شخصي، ويقضي بتطبيق القانون التجاري على النشاط الذي يقوم به مشروع تجاري، والبعض الآخر يأخذ بمعيار موضوعي، فالقانون التجاري يحكم الأعمال التجارية بغض النظر عن وقوعها من مشروع تجاري أو من غير تاجر (الشرقاوي، ٢٠٠٢م).

كما أن معيار التفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية من الأمور التي محل خلاف في الفقه التجاري لكون التشريعات التجارية لا تحدد هذا المعيار عادة (محمد، ٢٠٠٨م).

ومن ثم تشابه اتفاقية فيينا مع نظيرتها اتفاقية لاهاي في عدم الاعتداد بجنسية أطراف عقد البيع، أو وصف المعاملة أو صفة الأطراف، في تحديد مفهوم دوليتهما؛ ذلك في محاولة تجنب من تثيره نظرية الأعمال التجارية من تعقيدات كبيرة؛ وخاصة أن بعض النظم القانونية لا تأخذ بها، ولا تعرف التفرقة بين القانون المدني والقانون التجاري، وتخضع جميع المعاملات لنظام قانوني واحد مثل إنجلترا وسويسرا وإيطاليا. ومن جهة أخرى فإن القوانين التي تأخذ بهذه التفرقة، لا تتفق من حيث الأساس القانوني الذي يقوم عليه القانون التجاري، فالبعض منها يأخذ بمعيار شخصي، ويقضي بتطبيق القانون التجاري على النشاط الذي يقوم به مشروع تجاري، والبعض الآخر يأخذ بمعيار موضوعي، بتطبيق القانون التجاري على الأعمال التجارية، بغض النظر عن وقوعها من مشروع تجاري أو من غير تاجر. ولعل هذا من أهم المزايا التي أتت بها هاتان الاتفاقيتان.

(٢٥) المبادئ المتعلقة بالعقود التجارية الدولية اليونيدروا ٢٠٠٤م، الطبعة الثانية، الترجمة العربية، والصادرة من معهد روما الدولي لتوحيد القانون الخاص.

(٢٦) التعليق على مشروع الاتفاقية، مرجع سابق، ص ٣٦.

بدلاً من القانون الذي عينته قاعدة الإسناد، لذا أجازت المادة (٩٥) من الاتفاقية للدول المتعاقدة بعدم التزامها بأحكام الفقرة الأولى (ب) من المادة الأولى منها، شريطة أن تعلن ذلك وقت إيداع وثائق تصديقها على الاتفاقية أو الانضمام إليها، ولولا هذا التحفظ لامتنت بعض الدول عن الإقبال على الاتفاقية.

- يتشابه مفهوم الدولية في نظام التحكيم السعودي، وكذلك مفهومها في اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة - التي وقعت عليها المملكة العربية السعودية مؤخراً - مع مفهوم الدولية في اتفاقية البيع الدولي.
- دعوة المملكة العربية السعودية للتصديق على اتفاقية البيع، حيث وقعت المملكة في عام ١٩٩٤م على اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (١٩٥٨م)، ومؤخراً (في ٢٠١٩/٨/٧م) وقعت على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن اتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة التي تعرف اختصاراً بـ "اتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة"، وذلك بما يتوافق مع رؤية المملكة ٢٠٣٠ التي تهدف لتعزيز القوة الاستثمارية لها بتطبيق المعايير العالمية المتبعة قانونياً وتجاريًا، وتهيئة بيئة تشريعية مشجعة للاستثمار طويل المدى. لاسيما أن اتفاقية البيع اتفاقية موضوعية موحدة وقعت عليها أغلب الدول الاقتصادية الكبرى، وهي لا تقل أهمية عن الاتفاقيتين المشار إليهما.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

١- المراجع القانونية

بهنساوي، صفوت ناجي (١٩٩٦م). *الالتزام بتسليم البضائع في عقد البيع الدولي دراسة لاتفاقية فيينا سنة ١٩٨٠م*. بدون دار نشر.

مصلحة التجارة الدولية فوق كل اعتبار؛ وذلك حتى يتحقق التوحيد المنشود لقانون التجارة الدولية بشأن البيع الدولي للبضائع.

- هناك تباين في الأنظمة القانونية - سواء الوطنية أو الدولية - في تحديد مفهوم الدولية؛ فبينما تحدده اتفاقية لاهاي استناداً لمعيار شخصي يدعمه معيار مادي، يتمثل في وقوع البيع بين شخصين يوجد مركز أعمالهما في دولتين مختلفتين، سواء أكانتا من الدول المتعاقدة أم غير المتعاقدة، بما يفضي إلى زيادة نطاق تطبيقها، وهو ما دعا بعض مندوبي الدول في مؤتمر لاهاي إلى القلق، والقول بضرورة اشتراط وجود مركز أعمال أطراف البيع في دول متعاقدة "مختلفة"، وهو ما لم يلق قبولاً لدى أغلبية أعضاء المؤتمر.
- غير أن اتفاقية فيينا رأت تصحيح الوضع السابق، باشتراطها معياراً أساسياً لانطباقها، هو أن توجد أماكن عمل الأطراف في دول مختلفة، عندما تكون تلك الدول متعاقدة. أو عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون دولة متعاقدة، ومن ثم لا يدخل في نطاقها عقود البيع المعقودة بين أطراف يوجد مكان عملهم في دولة واحدة، فهذه المسائل ينظمها القانون الوطني لتلك الدولة عادة.
- يتعين على محاكم الدول المتعاقدة تغليب الاستناد إلى اتفاقية البيع على قواعد القانون الدولي الخاص لها؛ لأن قواعد الأولى تفضي مباشرة إلى حل أساسي؛ لكونها اتفاقية قانونية موضوعية أكثر تحديداً، أمّا اللجوء إلى القانون الدولي الخاص فيتطلب تحديد القانون الواجب التطبيق، ثم تطبيقه بعد ذلك، بما يثيره ذلك من صعوبات.
- وحتى لا تفاجأ الدول بأن الاتفاقية هي القانون الواجب التطبيق، متى أشارت قاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص للمحكمة المختصة إلى تحديد قانون دولة متعاقدة للتطبيق على هذا النزاع، فتطبق المحكمة أحكام الاتفاقية

الشرقاوي، محمود سمير (٢٠٠٢م). العقود التجارية الدولية دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع. ط ٢، القاهرة: دار النهضة العربية، ٣١٢ ص.

شفيق، محسن (١٩٨٨م). اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (دراسة في قانون التجارة الدولي). القاهرة: دار النهضة العربية.

شويكي، شوق حسين أحمد (٢٠١٦م). مدلول البضائع وفقاً لاتفاقية البيع الدولي للبضائع (فيينا ١٩٨٠م): دراسة تحليلية مقارنة. رسالة ماجستير، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين.

صادق، هشام علي (٢٠٠١م). عقود التجارة الدولية. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

الصغير، حسام الدين عبدالغني (٢٠٠١م). تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع. القاهرة: دار النهضة العربية.

طه، مصطفى كمال (٢٠٠٢م). العقود التجارية وعمليات البنوك وفقاً لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

العالم، مصطفى عبدالله (١٩٩٩م). انتقال المخاطر في عقد البيع الدولي دراسة في قانون التجارة الدولية. ط ١، بدون دار نشر.

عبدالحميد، خالد أحمد محمد (٢٠٠٠م). فسخ عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠م. رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة.

عبيد، رضا (١٩٧٩م). الالتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع. رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة.

عبيد، رضا (٢٠٠٧م). دراسة في قانون التجارة الدولية القواعد الموحدة في البيع الدولي. بدون ناشر، ٣١٠ ص.

حبيب، ثروت (د.ت.). دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيع الدولية. الإسكندرية: منشأة المعارف. خليل، أحمد صلاح الدين محمد (١٤٢٩هـ/ ٢٠٠٨م). تنفيذ الالتزامات المدنية والتجارية: دراسة مقارنة في مبادئ العقود التجارية الدولية (اليونيدروا). رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة.

خير، عادل محمد (١٩٩٤م). عقود البيع الدولي للبضائع من خلال اتفاقية فيينا وجهود لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي UNCITRAL والغرفة التجارية الدولية ICC. ط ١، القاهرة: دار النهضة العربية.

الزقرد، أحمد السعيد (٢٠١٦م). أصول قانون التجارة الدولية البيع الدولي للبضائع. الرياض: مكتبة الرشد، ٣٥٩ ص.

سامي، أسماء مدحت (٢٠٠٦م). الإعفاء من المسؤولية في اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا ١٩٨٠م. رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، القاهرة.

سلطاني، ابتسام (٢٠١٧/ ٢٠١٨م). النظام القانوني لعقد البيع الدولي للبضائع. رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي.

سليم، عصام أنور (٢٠٠٤م). خصائص البيع الدولي (وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا سنة ١٩٨٠م). الإسكندرية: منشأة المعارف.

شاوي، عمار؛ وبن قراط، أميرة (٢٠١٥/ ٢٠١٦م). عقد البيع الدولي للبضائع. رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ٨ ماي ١٩٥٤، الجزائر.

الشربيني، عماد (١٩٩٩- ٢٠٠٠م). القانون التجاري الجديد لسنة ١٩٩٩، الكتاب الأول، الالتزامات والعقود التجارية.

دواس، أمين (٢٠٠٨م). نطاق تطبيق مبادئ الينيدروا لعام ٢٠٠٤م على عقود التجارة الدولية. *مجلة الحقوق*، ع (٢)، السنة (٣٢)، جامعة الكويت، الكويت، ص ص ٣٩١-٤٥٧.

رؤوف، نغم حنا (٢٠٠٦م). تمييز عقد البيع الدولي للبضائع عن عقد المقاوله. *مجلة الرافدين للحقوق*، السنة (١١)، مج (٨)، ع (٢٩)، ص ص ٢٩-٥١.

سرور، محمد شكري (١٤١٥هـ/١٩٩٤م). موجز أحكام عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا ١٩٨٠م. *مجلة الحقوق*، ع (٣)، السنة (١٨)، جامعة الكويت، الكويت، ص ص ١١٧-١٦٧.

الشرقاوي، محمود سمير (١٩٧٦م). الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع: دراسة مقارنة. *مجلة القانون والاقتصاد*، ع (٣)، السنة (٤٦)، ص ص ٣٠٩-٣٩٥.

شفيق، محسن (ديسمبر ١٩٧٤م). اتفاقيات لاهاي لعام ١٩٦٤م بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية. *مجلة القانون والاقتصاد*، ع (٤)، السنة (٤٤)، جامعة القاهرة، القاهرة، ص ص ٢٧٩-٤٠٩.

عثمان، فريده (٢٠١٦م). تفسير عقود التجارة الدولية وفقاً للقواعد الدولية. *دفاثر السياسة والقانون*، ع (١٥)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، ص ص ٦٥٩-٦٦٦.

محمد، السيد خليل إبراهيم (٢٠٠٨م). القانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي وفقاً لاتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠م. *مجلة الرافدين للحقوق*، ع (٣٥)، السنة (١٠)، ص ص ٨٥-١٢٥.

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية

Bonell, M. J., & Liguori, F. (1997). The U. N. convention on the international sale of goods: A critical analysis of current international case law. *Uniform Law Review*, 2(2), 385-396.

عرب، سلامة فارس (١٩٩٩م). وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية. ط ١، بدون دار نشر.

العربي، هيثم عبدالمجيد محمود عبدالمجيد (٢٠١٠م). عقد التوريد (في قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م): دراسة مقارنة. رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة.

العرياني، محمد سالمين محمد (٢٠٠٦م). أثر تعبير الظروف على تنفيذ عقود التجارة الدولية في القانون الإماراتي. رسالة دكتوراه (دراسة مقارنة)، جامعة عين شمس، القاهرة.

علي، وائل حمدي أحمد (٢٠٠٨م). حسن النية في البيوع الدولية. رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة. القليوبي، سميحة (٢٠٠٠م). شرح قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م: العقود التجارية وعمليات البنوك. ط ٣، القاهرة: دار النهضة العربية.

محمد، محمد نصر (١٤٣٤هـ/٢٠١٣م). الوسيط في عقود البيع الدولية. ط ١، الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد. المصري، حازم بيومي (٢٠١٠م). الآليات الحديثة في التجارة الدولية: عقود اليونسترال: دراسة تحليلية. القاهرة: دار النهضة العربية.

موسى، طالب حسن (١٤٣٣هـ/٢٠١٢م). قانون التجارة الدولية. ط ٧، عمان، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٣٩٩ ص.

٢- المقالات والدوريات

حبيب، ثروت (١٩٩٩م). قانون التجارة الدولية: تطوره المتسع منذ الخمسينات وحتى الآن. كتاب مؤتمري الفضي لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، ص ص ٢٦٧-٣٠٢.

Van Houtte, H., et Wautelet, P. (2001). Obligations des parties et sanctions des obligations dans la CVIM. *RDAL*, N° 3/4, 293-339.

ثالثاً: مواقع على شبكة الإنترنت

- التعليق على مشروع اتفاقية عقود البيع الدولي للبضائع من إعداد الأمانة العامة الوثيقة 97/5، منشور ضمن الوثائق الرسمية لمؤتمر الأمم المتحدة المعني بعقود البيع الدولي، موقع الأونسيترال، الرابط: http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/sales/cisg/CISG_Conf_a.pdf
- نبذة الأونسيترال عن السوابق القضائية المستندة إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، ٢٠١٢م، الرابط: <http://www.uncitral.org/pdf/arabic/clout/CISG-digest-2012-a.pdf>
- موقع مركز الشرق الأوسط للقانون التجاري الدولي، الرابط: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleast/abstract.html>
- المذكرة التفسيرية للاتفاقية، فقرة ١٣، ص ٣٨، موقع الأونسيترال، استرجعت بتاريخ ٢٦/١٠/٢٠١٩م، الرابط: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/v1056999-cisg-a.pdf>
- السوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونسيترال (كلاوت)، موقع الأونسيترال، الرابط: https://uncitral.un.org/ar/case_law

- Dawwas, A. (1998). Uniform interpretation under Article 7/1 of CISG. *Dirasat, Shar'ia and Law Sciences*, 25(1), 206-225.
- Efrat, A. (2016). Promoting trade through private law: Explaining international legal harmonization. *The Review of International Organizations*, 11, 311-336.
- Enderline, F., & Maskow, D. (1992). *International sales law, U. N. convention on contracts for the international sale of goods*. Oceana Publications.
- Ene, C., & Voica, I. (November 2015). Legal environment for B2B cross-border sales between CISG and CESL. *Perspectives of Business Law Journal*, 4(1), 159-162.
- Flechtner, H. M. (1998). The several texts of the CISG in a decentralized system: Observations on translations reservations and other challenges to the uniformity principle in Article 7(1). *The Journal of Law and Commerce*, 17(2), 187-217.
- Kabani, D. (2010). *Champ d'application de la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*. Mém., Univ. Montréal.
- Kahn, P. (1981). La convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises. *Revue internationale de droit comparé*, 33(4), 951-986.
- Katz, A. W. (2005). Remedies for breach of contract under CISG. *International Review of Law and Economics*, 25, 378-396.
- Kimball, J. D., & Harter, S. (November 1992). Choice of law issues in contracts for the international sale of goods: Getting what you bargained for the courts of the United States. *International Trade Law Quarterly*, Part 1.
- Liu, Q., & Ren, X. (December 2017). CISG in Chinese courts: The issue of applicability. *The American Journal of Comparative Law*, 65(4), 873-918.
- Nwafor, N., Ajibo, C., & Lloyd, C. (2018). Reimagining transnational validity under the CISG: A gateway to "homeward trend" interpretations. *Journal of International Trade Law & Policy*, 17(3), 156-168.
- Saunders, K. M., & Rymysza, L. (2015). Contract formation and performance under the UCC and CISG: A comparative case study. *Journal of Legal Studies Education*, 32(1), 1-46.

إشكاليات اللائحة التنفيذية: دراسة تطبيقية على النظام في المملكة العربية السعودية

حمدي محمد العجمي

أستاذ القانون العام/المشارك، معهد الإدارة العامة

(قدم للنشر في ٢٢/٤/١٤٤١هـ، وقبل للنشر في ١٢/٦/١٤٤١هـ)

ملخص البحث. يتناول هذا البحث إشكاليات اللائحة التنفيذية دراسة تطبيقية على النظام في المملكة العربية السعودية، من خلال مبحثين، الأول عن الحدود الشكلية والإجرائية لإصدار اللائحة التنفيذية، والمبحث الثاني عن الحدود الموضوعية لللائحة التنفيذية، وقد خلص البحث إلى أن النظام الأساسي لم يحدد الجهة المختصة بإصدار اللائحة التنفيذية، ومن ثم فالنظام هو الذي يحدد في كل مرة الجهة المختصة بإصدار اللائحة التنفيذية، وكذلك لم يبين النظام ما هي الحدود الموضوعية التي تقف عندها اللائحة التنفيذية وهي تقوم بوظيفتها التنفيذية في وضع النظام موضع التنفيذ مما ألقى العبء على القضاء لوضع تلك الحدود، وقد خلصت الدراسة إلى التوصية بتحديد السلطة المختصة بوضع اللائحة التنفيذية بشكل صريح مع إمكانية التفويض في ذلك أو إسناد تحديد ذلك إلى النظام نفسه، وأيضاً وضع الحدود الموضوعية لللائحة التنفيذية في متن النظام بشكل واضح، وبشكل عام إيجاد مساحة تفصيلية لتنظيم اللائحة التنفيذية في النظام الأساسي نظراً لأهميتها في البناء القانوني للدولة. الكلمات المفتاحية: القرار الإداري، اللائحة التنفيذية، العلاقة بين اللائحة والقانون، الحدود الشكلية لللائحة التنفيذية، أثر إلغاء النظام على اللائحة التنفيذية.

PROBLEMS OF THE EXECUTIVE REGULATION: AN APPLIED STUDY ON LAW IN SAUDI ARABIA

Hamdy Mohamed Elagmy

Associate Professor of Public Law, Institute of Public Administration

(Received 22/04/1441 H., Accepted for Publication 12/06/1441 H.)

Abstract. This research deals with the problems of the executive regulation, an applied study on the law in the Kingdom of Saudi Arabia, through two topics, the first on the formal and procedural limits for the issuance of the executive regulation, and the second on the substantive limits of the executive regulation. The Regulation does not specify what are the substantive limits on which the Executive Regulation in the law. The study concluded with the recommendation to specify the competent authority to establish the executive regulation explicitly with the possibility of authorizing it or to assign it to the law itself, and also to put the substantive limits of the executive regulation in the system clearly, and General Creating a detailed space for organizing the executive regulations in the Constitution to their importance in the legal construction of the state.

Keywords: Administrative decision, Executive regulations, the relationship between the regulations and the law, the formal limits of the executive regulations, the effect of abolishing the system on the executive regulations.

مقدمة

يقوم الحكم في المملكة العربية السعودية على الفصل بين السلطات مع الأخذ في الاعتبار وجود نوع من التعاون فيما بينها سواء من الناحية الوظيفية أو حتى الناحية الهيكلية، وقد نصت على تقسيم السلطات في المملكة المادة (٤٤) من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم ٩٠/أ وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ والتي نصت على أن: "تتكون السلطات في الدولة من: السلطة القضائية، والسلطة التنفيذية، والسلطة التنظيمية. وتتعاون هذه السلطات في أداء وظائفها وفقاً لهذا النظام وغيره من الأنظمة، والملك هو مرجع هذه السلطات". وفي ضوء هذا النص، والنصوص الواردة في الأنظمة الأساسية الأخرى في نظام مجلس الشورى الصادر بالأمر الملكي رقم (٩١/أ) وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ، ونظام مجلس الوزراء الصادر بالأمر الملكي رقم (١٣/أ) وتاريخ ١٤١٤/٣/٣هـ، يبين أن العملية التنظيمية تتم من خلال مجلس الشورى ومجلس الوزراء، ويتوج العمل التنظيمي بمرسوم ملكي، ويختص مجلس الوزراء وحده بالسلطة التنفيذية، ولما كانت اللوائح التنفيذية هي نوع من التنظيم، طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات فإن الوظيفة التشريعية (التنظيمية) بكافة أبعادها يجب أن تسند إلى السلطة التشريعية (التنظيمية)، غير أنه ولا اعتبارات وجهية لا يمكن تجاوزها فإن الدساتير تحرص عادة على مشاركة السلطة التنفيذية في العملية التشريعية، ومن ذلك إسناد إصدار اللوائح التنفيذية لها، وتتبدى هذه الاعتبارات لاختصاص السلطة التنفيذية بهذه الأخيرة في أن السلطة التشريعية ورغم تعدد طرق الاختيار فإنها لن تكون قادرة على وضع التفاصيل اللازمة لتنفيذ القانون، والتي تحتاج في معظم الأحيان إلى توافر قدرات فنية خاصة قد تفتقدها العناصر المنتخبة وكذلك المعنية في المجالس التشريعية، كما أن السلطة التنفيذية بحكم موقعها من العمل التنفيذي فلا شك أنها أكثر قدرة على وضع القواعد التفصيلية

لتنفيذ القوانين وأخيراً فإن إعداد هذه القواعد يحتاج إلى الكثير من الوقت والذي لا يتسع له وقت السلطة التشريعية، وأخيراً فإن هذه التفاصيل وما تتضمنه من قواعد شكلية وإجرائية عرضة للتغيير نظراً للتطور الإداري المستمر، مما يجعل السلطة التنفيذية هي الأقدر على وضع اللوائح التنفيذية (الطاوي)، ٢٠٠٧م؛ الحلو، ١٩٩٠م).

وهذا ما يجري عليه العمل في المملكة حيث يسند إصدار اللوائح إلى السلطة التنفيذية أو إلى الجهة الأكثر التصاقاً بالنظام والتي تكون قادرة على وضع تفصيلاته، غير أنه بالنظر إلى النظام الأساسي للحكم والأنظمة الأساسية قد بدا الغموض عليها في تحديد الجهة المختصة بوضع اللائحة التنفيذية، كما أنها لا تتضمن النص على الحدود الموضوعية لللائحة التنفيذية؛ الأمر الذي دفع إلى البحث في هذا الموضوع لتبيان الأحكام التي تنظم إصدار اللوائح في المملكة والحدود التي يجب أن تقف عندها.

مشكلة البحث

تتمثل مشكلة البحث فيما تمت الإشارة إليه وذلك من جهة وجود غموض في تحديد النصوص الأساسية لتحديد الجهة المختصة بإصدار اللوائح مما قد يوجد تبايناً بين ما يجري عليه العمل في إصدار اللوائح التنفيذية، وبين النصوص الحاكمة لذلك، ومن جهة أخرى فقد حلت النصوص الحاكمة، من الحدود التي يجب أن تقف عندها اللوائح التنفيذية من الناحية الموضوعية التي تلتزمها هذه اللوائح.

أهمية الدراسة

تتأتى أهمية الدراسة من أهمية الموضوع الذي تناوله من الناحية النظرية والتطبيقية، حيث تقوم هذه الدراسة بتأصيل الأحكام المتعلقة باللوائح التنفيذية في المملكة، مما يساهم في وضع القواعد النظامية لهذا الموضوع بالشكل النظامي الذي يتفق مع التطبيق العملي في هذا الإطار، وبما يجدد للقائمين على

منهجية البحث

تتمثل منهجية البحث في المنهج الوصفي التحليلي نظاماً وفقهاً وقضاء دراسة تطبيقية على النظام في المملكة العربية السعودية، مع إشارات محدودة للنظام المصري والفرنسي، في الحالات التي تستدعي ذلك سواء كان اتفاقاً أو اختلافاً، في أحكام اللائحة التنفيذية.

خطة البحث

يتكون البحث من مطلب تمهيدي عن ماهية اللائحة التنفيذية، وما يشابه معها من آليات قانونية، ومبحثين: الأول عن الحدود الشكلية والإجرائية للوائح التنفيذية، والمبحث الثاني: عن الحدود الموضوعية لللائحة التنفيذية.

مطلب تمهيدي:

ماهية اللائحة التنفيذية والتمييز

بينها وبين الآليات المشابهة معها

سنتناول في هذا المطلب التعريف باللائحة التنفيذية وما يشابه معها من آليات وذلك من خلال التمييز بين اللائحة التنفيذية واللوائح الأخرى سواء الصادرة من السلطة التنفيذية أم السلطة التنظيمية وبإيجاز كما يلي.

أولاً: التمييز بين اللائحة التنفيذية وبين اللوائح الأخرى الصادرة من السلطة التنفيذية

(أ) تعريف اللوائح التنفيذية والفرق بينها وبين القرارات الفردية يسند النظام إلى السلطة التنفيذية إصدار التشريعات الفرعية وهي اللوائح نظراً للضرورات التي تملها طبيعة السلطة التنفيذية كونها أفدر في بعض الأحيان وأكثر ملائمة على التدخل في بعض الميادين القانونية، وبفضلها تكون القواعد القانونية المدرجة في القانون تتسم بالثبات، لأنها هي التي تتولى وضع التفاصيل (Chapus, 2001).

وضع اللوائح التنفيذية من الالتزام بالإطار النظامي للحدود اللائحية شكلاً وموضوعاً بما يثري حقل الدراسة وذلك لندرة البحوث المتعلقة بها.

أهداف الدراسة وتساؤلاتها

تستهدف الدراسة وضع الحدود النظامية شكلاً وموضوعاً لأحكام اللوائح التنفيذية في المملكة ولتحقيق ذلك نطرح التساؤلات التالية:

- ما هي الجهة المختصة بوضع اللوائح التنفيذية؟
- ما هي الأحكام الشكلية لوضع اللوائح التنفيذية والآثار المترتبة على ذلك؟
- ما هي الأحكام الموضوعية التي يجب أن تقف عندها اللوائح التنفيذية والآثار المترتبة على ذلك؟

الدراسات السابقة

لا توجد دراسات سابقة عن أحكام اللائحة التنفيذية في المملكة، سوى دراسة واحدة بعنوان "منهج اللوائح التنفيذية في النظم وتطبيقه في لوائح نظام المرافعات الشرعية" لفضيلة القاضي عبدالله بن محمد بن سعد آل خنين في مجلة العدل، العدد (٢٢) ربيع الآخر ١٤٢٥هـ، وهي دراسة محدودة بنظام المرافعات الشرعية، ولم يتطرق إلى تحديد الجهة المختصة بإصدار اللوائح، أو الإجراءات الشكلية التي يجب التزامها والآثار المترتبة على ذلك، ولم يتطرق فقط إلا إلى منهج الأنظمة المقارنة وكان ذلك في ثلاث صفحات كانت هي المبحث الأول، وكان المبحث الثاني والثالث عن نظام المرافعات الشرعية.

مما يجعل البحث المائل ذا أهمية كبيرة في تغطية أحكام اللوائح التنفيذية في المملكة بشكل عام ومفصل، بدراسة تحليلية نظامية وفقهية وقضائية، الأمر الذي يجعل هذه الدراسة أهميتها في هذا المجال، أو حتى على الأقل تشكل لبنة لدراسات أخرى تتفق معها أو تختلف بما يثري حقل هذه الدراسة.

نظاماً..... كما لا يؤثر على ذلك قول المدعى عليها في دفاعها تعذر الإبلاغ بالطرق الإدارية في ظل وجود أكثر من ألف شخص تم نزع عقاراتهم والقضاء لا يوافق المدعى عليها على ذلك فليس الأمر يصعب ولا يستحيل، وهي وزارة تملك من الأدوات المادية والبشرية ما تحقق به تلك الغاية^(١).

(ب) التمييز بين اللوائح التنفيذية واللوائح المستقلة

إذا كانت اللوائح التنفيذية تصدر بالضرورة تنفيذاً للقانون، ومن ثم ضرورة تأتي في مرحلة لاحقة لصدور القانون وتطبيقاً له، فإن اللوائح المستقلة هي تلك اللوائح التي لا ترتبط بتنفيذ قانون معين، وإنما تضع أحكاماً تنظيمية مبتدئة في غير المجالات المحددة للقانون ومن هنا جاءت تسميتها باللوائح المستقلة (بو زيد، ٢٠١٨م)، وهي تحمل قواعد عامة مجردة وتصدرها السلطة التنفيذية وهذا ما يفرق بينها وبين القوانين العادية التي تصدرها السلطة التشريعية (حسبو، ١٩٩٥م) في الظروف العادية والظروف الاستثنائية، وفي الظروف العادية توجد اللوائح التنظيمية التي توضع بقصد تنظيم المرافق العامة وسير العمل في المصالح والإدارات الحكومية وهو ما يعرف في المملكة بإحداث وترتيب المصالح العامة، ويختص بإصدارها مجلس الوزراء طبقاً للمادة (٢٤) من نظام مجلس الوزراء الصادر بالأمر الملكي رقم (أ/١٣) وتاريخ ٣/٣/١٤١٤هـ، ومن أمثلة ذلك تنظيم الرئاسة العامة للأمر المعروف والنهي عن المنكر الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٧٣) وتاريخ ١٦/٣/١٤٣٤هـ وتنظيم هيئة مكافحة الفساد الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (١٦٥) وتاريخ ٢٨/٥/١٤٣٢هـ. (بو زيد، ٢٠١٨م).

وتكون تلك اللوائح في غير المجالات التي حددها الدستور للقانون أو في حالات معينة حددها الدستور (عبدالوهاب، ٢٠٠٦م)، وهذه اللوائح تنقسم إلى اللوائح التنفيذية واللوائح المستقلة، واللوائح التنفيذية هي تلك اللوائح التي تصدر تنفيذاً للقانون، ذلك أن هذا الأخير لا يمكن أن يتضمن كافة التفاصيل التطبيقية للنظام خاصة وأن السلطة التنفيذية تكون أقدر على وضع القواعد التنفيذية للقانون بحكم تعاملها مع الواقع (بو زيد، ٢٠١٨م)، ومن ثم فإن السلطة التنفيذية تختص بوضع اللوائح التنفيذية، غير أنها كما سيأتي تفصيلاً تلتزم حدوداً معينة شكلاً وموضوعاً وإلا أضحت تلك القواعد غير مشروعة وحرية بالإلغاء.

هذا واللوائح التنفيذية وإن كانت قرارات إدارية، فإنها قرارات إدارية لائحية، ومن ثم فإنها تختلف عن القرارات الإدارية الفردية التي تصدر من السلطة التنفيذية بصدد حالة أو حالات معينة بالذات، ومن ثم فإن القرارات الفردية تحدث آثاراً في المراكز الفردية تتميز عن المركز القانوني العام المجرد المتولد عن القانون أو اللائحة، أما القرارات اللائحية فهي قواعد عامة مجردة تخاطب الكافة بصفاتهم، وتطبق على كل من يتوافر فيه شروط تطبيقها، وعليه فالقرارات اللائحية تتميز بالطابع التنظيمي، أما القرارات الفردية فهي تتميز بالطابع الإداري بغض النظر عن عدد المخاطبين بها ما داموا معينين بذواتهم (حسبو، ١٩٩٥م؛ العجمي، ٢٠٢٠م)، ولذلك لم يعتد القضاء الإداري بالنشر في القرارات الفردية إلا عند تعذر الإبلاغ مهما كثر عدد المخاطبين بأحكام القرار، ما داموا محددين حيث قضى الديوان بأن: "الإبلاغ الذي تترتب عليه الأحكام النظامية هو ما استقر عليه القضاء من وجوب أن يكون متضمناً العلم اليقيني بكافة العناصر الجوهرية للقرار والتي على ضوءها يتغير المركز النظامي للأفراد ويحددون موقفهم منه بعد اتصال علمهم به فالمتيقن لدى الدائرة وبعد اطلاعها على محتوى النشر أن النشر لا يتحقق به المطلوب

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية رقم (١٣٣/١/٧) لعام ١٤٣٤هـ، في القضية رقم (٧/٧١٥/ق) لعام ١٤٣١هـ، المؤيد من محكمة الاستئناف الإدارية بالحكم رقم (٦/١٩٧) لعام ١٤٣٥هـ، في القضية رقم (٤٠٦٩/ق) لعام ١٤٣٣هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٥هـ، ج٤، ص ١٧٩٣.

أما لوائح الضبط الإداري فهي تلك اللوائح التي تتدخل بها السلطة الإدارية للحفاظ على النظام العام المتمثل بشكل عام في الحفاظ على الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة، والآداب العامة في إطار مبدأ المشروعية (العجمي، ٢٠١٦م)، ومن الأمثلة الحديثة لذلك لائحة المحافظة على الدوق العام الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم (٤٤٤) وتاريخ ١٤٤٠/٨/٤هـ.

وفي الظروف الاستثنائية تصدر لوائح الضرورة، فقد تواجه الإدارة ظروفاً استثنائية لا يمكن مواجهتها بالقوانين العادية، ومن ثم تستدعي اللجوء إلى إصدار لوائح تعالج تلك الظروف، وقد وردت إشارة إلى ذلك في النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم (٩٠/أ) بتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ في المادة (٦٢) والتي نصت على أن: "للملك إذا نشأ خطر يهدد سلامة المملكة، أو وحدة أراضيها، أو أمن شعبها ومصالحه، أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء مهامها، أن يتخذ من الإجراءات السريعة ما يكفل مواجهة هذا الخطر. وإذا رأى الملك أن يكون لهذه الإجراءات صفة الاستمرار فيتخذ بشأنها ما يلزم نظاماً" (بوزيد، ٢٠١٨م).

وأخيراً اللوائح التفويضية وهي مراسيم أو قرارات لها قوة القانون تصدر من السلطة التنفيذية بتفويض من السلطة التشريعية في أحوال معينة ولمدة معينة، وهذه اللوائح لا وجود لها في المملكة، فالملك يستطيع إصدار أوامر ملكية دون الحاجة إلى تفويض من السلطة التنظيمية (بوزيد، ٢٠١٨م).

ثانياً: التمييز بين اللائحة التنفيذية والآليات الصادرة من السلطة التنظيمية

قد يختلط الفهم في بعض الأحيان بين الوظيفة التي تقوم به اللائحة التنفيذية، وبين ما تقوم بها المذكرة التفسيرية أو المذكرة التوضيحية للقانون، فقد تصدر بعض الأنظمة ومعها ما يسمى بالمذكرة التفسيرية أو المذكرة التوضيحية، من ذلك نظام

تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٧/٥) وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ فقد صدرت له مذكرة تفسيرية، وكذلك نظام ديوان المظالم لعام ١٤٠٢هـ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥١/م) وتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ، صدرت له مذكرة إيضاحية، والمذكرة التفسيرية، والمذكرة الإيضاحية بمعنى واحدة تصاحب النظام، وبالنظر إلى اللائحة التنفيذية وبين هذه المذكرات يتضح الفرق بينها من حيث الشكل والموضوع، فمن حيث الشكل فإن هذه المذكرات تصدر من السلطة التنظيمية، وليست السلطة التنفيذية، كما أن الأهداف المتوخاة من هذه المذكرات يختلف عن الهدف المرجو من اللائحة التنفيذية، فهذه المذكرات تصدر ليس من أجل وضع القواعد التنفيذية للقانون، وإنما تصدر لتبيان أهدافه، والفلسفة التي يقوم عليها، وكذلك تبيان ما قد يكون غامضاً من أحكامه، وحتى التكيف القانوني لبعض الإجراءات، فدورها يقوم على التفسير والتوضيح، وليس على وضع الأحكام موضع التنفيذ، وإن كانا يشتركان في أن كليهما يقوم بتفسير تطبيق أحكام النظام، وتطبيقاً لذلك فقد بينت المذكرة التفسيرية لنظام تأديب الموظفين كثيراً من فلسفة وأهداف النظام وذلك في تحديد الاختصاصات الوظيفية من ذلك ما نصت عليه بأنه: "..... وقد راعى النظام أن تأتي أحكامه مبسطة بقدر الإمكان حتى يبعد عن التعقيد الذي لا يتفق مع كونه التجربة المتكاملة الأولى للمملكة في هذا المضمار وأن يأخذ من النظريات الإدارية الحديثة أعدلها حتى يوفر للموظف الضمانات الكافية دون أن يهدر المصلحة العامة ولكن النظام لم يجعل مسائل الرقابة والتحقيق والتأديب حكراً على هيئة الرقابة والتحقيق وهيئة التأديب بل جاء واقعياً إذ ترك شطراً واضحاً من هذه المسائل في يد الوزير المختص أو من هو في مستواه - حيث إن الوزير هو الرئيس الإداري الأعلى لوزارته وأن من واجباته الأساسية أن يراقب مرؤوسيه وأن يحقق مع المخطئ منهم كما أن حسن ممارسته لسلطاته الرئاسية يقتضي أن تترك في

بموجب نص نظامي أو قرار من مجلس الوزراء أو أمر سامي وينص قرار تنظيمها على أن قراراتها نهائية تبقى نهائية إلا إذا عدلت بما يجعل النظر في التظلم منها من اختصاص ديوان المظالم، كما ينبه إلى أن المراد بالعقد هو العقد مطلقاً سواء كان عقداً إدارياً بالمعنى القانوني أم عقداً خاصاً^(٢).

وعليه كما هو مذكور آنفاً فإن المذكرة التفسيرية أو التوضيحية تقوم بالإضافة إلى ذكر التوجهات والمبررات والأهداف التي يبتغيها النظام إلى تفسير أو تحديد بعض النصوص الواردة فيه، ومن ثم فما هي القيمة القانونية لتلك المذكرات؟

تكون القيمة القانونية لهذه المذكرات هي ذات القيمة القانونية للنصوص النظامية، وذلك لأنها صادرة من الجهة المختصة بإصدار النظام، وبفسح الأداة النظامية له وعلى كافة المخاطبين بالنظام والقائمين على تطبيقه، تطبيق ما ورد في هذه المذكرات لأنها تحمل ذات المرتبة القانونية للنظام نفسه وليس أصدق من ذلك من أن المرسوم الملكي الصادر بنظام تأديب الموظفين المشار إليه تضمن في الموافقة على النظام، الموافقة على مذكرته التنفيذية^(٣).

وعلى ذلك فإن المذكرة التفسيرية أو المذكرة الإيضاحية تحمل ذات القيمة النظامية للنظام الذي صدرت له وبالتالي يجب على اللائحة التنفيذية أو القواعد التنفيذية ألا تخالف النظام أو مذكرته التفسيرية أو الإيضاحية لأن هذه اللوائح التنفيذية تكون في مرتبة أدنى منها.

ومن هنا يبدو الفرق واضحاً بين اللائحة التنفيذية، والمذكرة التفسيرية أو المذكرة الإيضاحية، وأن الأولى تتمتع بالصفة التنفيذية، وأن الثانية تتمتع بذات القيمة القانونية

يده بعض الاختصاصات الجزائية. وقد وازن النظام بين اختصاصات الوزير هذه وبين اختصاصات هيئة الرقابة والتحقيق وهيئة التأديب ولعل من المناسب في هذا المقام أن يفرق بين الجزاء الإداري - بوصفه قراراً إدارياً - وبين القرارات الإدارية الأخرى التي تتعلق بسير الوظيفة العامة إذ إن الأولى تقصد إلى توقيع العقاب على الموظف بينما تسعى القرارات الإدارية بمفهومها العام إلى تحسين ظروف قيام المرفق بالخدمة العامة الموكولة إليه ومن ثم فإن تنسيق الموظف مثلاً هو قرار إداري يتعلق بحسن سير الوظيفة العامة وليس جزاءً إدارياً في مفهوم النظام، كما أن كف اليد لا يعتبر جزاءً إدارياً لأنه ليس إلا إجراءً تحفظياً تتخذه الإدارة لإبعاد الموظف - في ظروف معينة - عن الوظيفة لضمان الوصول إلى الحقيقة مجردة بعيدة عن التأثير أو التزييف^(٤).

وجاء في المذكرة الإيضاحية لنظام الديوان المذكور منه ما نصه: "يتطلب نظام الحكم في الإسلام وجود قاض للفصل في المنازعات التي تثور بين الأفراد بعضهم بعضاً، أو بين الأفراد والدولة ممثلة فيمن يتولى مرافقتها، ولم يضع القرآن الكريم تنظيمًا تفصيليًا للسلطة القضائية وترك الأمر للأمة أن تختار لكل عصر ما يتلاءم مع أوضاعه وظروفه وقد عرف نظام الحكم في الإسلام تنظيمًا مميزاً أطلق عليه ولاية المظالم وقد جاء نظام الديوان الجديد بأحكام تحقق الغرض من الدعوة إلى تطويره ليساير نظام الحكم واتساع مجالات النشاط الإداري بالمملكة وما ترتب على ذلك من كثرة وقوع المنازعات المتعلقة بالقرارات والعقود كما تضمن هذا الباب اختصاصات الديوان ويلاحظ أن الاختصاصات التي نص عليها النظام جاءت من الشمول بحيث أصبح لديوان المظالم الاختصاص العام للفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها سواء كان ماثراً قراراً أم عقداً أم واقعة (الفقرات أ، ب، ج، د) من المادة الثامنة. ويجب التنبيه هنا إلى أن القرارات الإدارية التي تصدر في قضايا يتم نظرها من قبل لجان مشكلة

(٢) فقد وردت صيغة الموافقة كما يلي: "..... وبناءً على قرار مجلس الوزراء رقم (١٠٢٣) وتاريخ ١٠/٢٨/١٣٩٠ هـ نرسم بما هو أت: الموافقة على نظام تأديب الموظفين ومذكرته التفسيرية بالصيغة المرافقة لهذا".

للأنظمة التي صاحبته، لذا يرجى النظر إلى هذه اللوائح الأخيرة بعين الاعتبار النظامي عند دراسة الأنظمة وعند تطبيقاتها القضائية.

المبحث الأول:

الحدود الشكلية لللائحة التنفيذية

نتناول في هذا المبحث الحدود الشكلية لإصدار اللوائح التنفيذية، والذي نقسمه إلى مطلبين، المطلب الأول عن تحديد الجهة المختصة بإصدار اللوائح ومدى التزامها بإصدار اللوائح، والمطلب الثاني عن مدة وإجراءات إصدار اللائحة والآثار المترتبة على ذلك، وبيان ذلك كما يلي.

المطلب الأول: الجهة المختصة بإصدار اللوائح التنفيذية

طبقاً لما تمت الإشارة إليه من مبدأ الفصل بين السلطات فإن الوظيفة التشريعية (التنظيمية) بكافة أبعادها يجب أن تسند إلى السلطة التشريعية (التنظيمية)، غير أنه ولا اعتبارات وجيهة لا يمكن تجاوزها فإن الدساتير تحرص عادة على مشاركة السلطة التنفيذية في العملية التشريعية، ومن ذلك إسناد إصدار اللوائح التنفيذية لها، وهذا ما يجري عليه العمل فعلاً في المملكة، فما هو موقف النصوص الأساسية في تحديد الجهة المختصة بإصدار اللوائح؟

بالرجوع للنظام الأساسي للحكم في المملكة، وكذلك الأنظمة الأساسية الأخرى ذات العلاقة، نجد أنها أسندت سلطة إصدار اللوائح إلى السلطة التنظيمية، حيث نصت المادة (٦٧) من النظام الأساسي للحكم على أن: "تختص السلطة التنظيمية بوضع الأنظمة واللوائح فيما يحقق المصلحة أو يرفع المفسدة في شؤون الدولة، وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وتمارس اختصاصاتها وفقاً لهذا النظام ونظامي مجلس الوزراء ومجلس الشورى".

وبمطالعة نظام مجلس الوزراء جاءت المادة (٢١) منه ونصت على أن: "يدرس مجلس الوزراء مشروعات الأنظمة واللوائح المعروضة عليه ويصوت عليها مادة مادة، ثم يصوت عليها بالجملة، وذلك حسب النظام الداخلي للمجلس".

أما نظام مجلس الشورى فجاءت المادة (١٥) منه لتنص على أن: "يبدى مجلس الشورى الرأي في السياسات العامة للدولة التي تحال إليه من رئيس مجلس الوزراء وله على وجه الخصوص ما يلي: [ب] دراسة الأنظمة واللوائح والمعاهدات والاتفاقيات الدولية والامتيازات واقتراح ما يراه بشأنها".

وتتج هذه العملية في الأنظمة بمرسوم ملكي حيث نصت المادة (٧٠) من النظام الأساسي للحكم على أن: "تصدر الأنظمة والمعاهدات والاتفاقيات الدولية والامتيازات ويتم تعديلها بموجب مراسيم ملكية".

ومن ثم يتضح من خلال هذه النصوص أن اختصاص إصدار اللوائح ومنها اللوائح التنفيذية تكون للسلطة التنظيمية^(٣) ويتم بالتالي بذات الآلية التي يتم بها إصدار

(٣) راجع عكس ذلك النظام المصري الذي أسند بشكل صريح إصدار اللوائح التنفيذية للسلطة التنفيذية، سواء كان رئيس الدولة أم مجلس الوزراء، فقد نصت المادة من الدستور المصري لسنة ١٩٧١م على أن: "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه". ونصت المادة (١٦٢) من الدستور المصري لعام ٢٠١٢م على أن: "يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعطيل أو تعديل، أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها، إلا إذا حدد القانون من يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذه". وبنفس السياق نصت المادة (١٧٠) من الدستور المصري الحالي لعام ٢٠١٤م. وأيضاً قد نص الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨م على ذلك حيث نصت المادة (٢١) على:

Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la Défense nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13.

حيث نصت المادة (٢٢٠) منه على أن: "يصدر مجلس الوزراء اللائحة التنفيذية لهذا النظام، وذلك بعد إعدادها من وزارة العدل، ووزارة الداخلية، والمجلس الأعلى للقضاء، وهيئة التحقيق والادعاء العام"^(٥) في مدة لا تتجاوز ٩٠ يوماً من تاريخ العمل بهذا النظام".

ونصت المادة (٢٤٠) من نظام المرافعات الشرعية على أن: "تعد اللوائح التنفيذية لهذا النظام من وزارة العدل والمجلس الأعلى للقضاء وتشارك وزارة الداخلية في الأحكام ذات الصلة بها، وتصدر بقرار من وزير العدل بعد التنسيق مع المجلس في مدة لا تتجاوز ٩٠ يوماً من تاريخ العمل بهذا النظام، ولا يجري تعديلها إلا بنفس الطريقة التي تم بها إصدارها".

ونصت المادة (٦١) من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم على أن: "يصدر مجلس القضاء الإداري اللائحة اللازمة لتنفيذ هذا النظام".

وإذا كان الأمر كذلك، وكانت القوانين الصادرة اعترافاً منها بقدرة السلطة التنفيذية على إصدار اللوائح التنفيذية، ومن ثم تسند إليها ذلك، فإنه ينبغي الإشارة إلى ذلك في النظام الأساسي للحكم، وإسناد إصدار اللوائح التنفيذية إلى مجلس الوزراء أصالة مع إمكانية التفويض في ذلك، والإشارة إلى إمكانية أن يحدد النظام الجهة المختصة بإصدار اللائحة التنفيذية حتى لا تحوم عدم المشروعية على تلك اللوائح، لانعدام مشروعية التفويض لعدم النص عليه في النظام الأساسي، فالاختصاص الدستوري لا يجوز الإذن بالتفويض فيه لمن نيط به بنص تشريعي أدنى مرتبة من الدستور (فتح الباب، ٢٠١٦م)، ومن ثم ينبغي إعادة النظر في وضع نص في النظام الأساسي يحدد بدقة السلطة المختصة بإصدار اللوائح التنفيذية وإمكانية التفويض في ذلك من عدمه، والإشارة إلى

الأنظمة، ولا يمكن من وجهة نظري تفسير لفظ اللوائح الوارد في المادة (٦٧) المشار إليها على أن المقصود بها هي اللوائح التنظيمية حيث يرى البعض من الفقه أن: "اللوائح وإن وردت مطلقة من غير توصيف كما وردت في الأنظمة الثلاثة المشار إليها إلا أنه من أجل التفريق بين ما يصدر منها عن السلطة التنظيمية، وما يصدر عن السلطة التنفيذية، فقد استقر العمل وبحسب ما هو جار وصفه في الأنظمة العادية الأخرى على تقسيمها إلى نوعين اللوائح التنظيمية واللوائح التنفيذية" (المرزوقي، ٢٠٠٤م)^(٦).

وعليه فإن الأنظمة وكافة اللوائح بمختلف أنواعها تقديراً لعموم اللفظ الوارد في النظام الأساسي للحكم، ولم يرد عليه ما يخصه، تصدر من السلطة التنظيمية والتي تشكل من مجلس الشورى، ومجلس الوزراء، والذي يتوج بمرسوم ملكي في حالة النظام، ويكتفى بقرار مجلس الوزراء في حال اللائحة، نظراً لأن وجوب المراسيم الملكية يختص به النظام حسب نص المادة (٧٠) من النظام الأساسي المشار إليها سابقاً.

وإذا كان يمكن جداً قبول أن اللوائح المقصودة في هذا النص هي اللوائح التنظيمية، فإنه يكون حينئذ النظام الأساسي للحكم خالياً من الإشارة إلى تحديد الجهة المختصة بوضع اللوائح التنفيذية؛ وهذه الإشكالية فإن الأنظمة تفوض الجهة المعنية بوضع اللوائح التنفيذية، والتي تكون مجلس الوزراء نفسه، أو الوزراء منفردين أو مجتمعين أو أي جهة لها علاقة بالنظام المعني ولو لم تكن من السلطة التنفيذية، ومن أمثلة ذلك في الأنظمة الحديثة ما نص عليه نظام الإجراءات الجزائية

(٤) يرى أيضاً الأستاذ المستشار خالد بن عبدالرزاق الصفي أن: "اللوائح المذكورة في الفقرة (ب) من المادة (١٥) من نظام المجلس والتي يختص المجلس بدراستها فيقصد بها اللوائح التنظيمية ويراد بها القواعد العامة الملزمة التي تصدر بعد دراسة المجلسين لها (مجلس الشورى ومجلس الوزراء) وهي المقصودة باللوائح الواردة في المادة (٢١) من نظام مجلس الوزراء".

(٥) تم تغيير مسمى هيئة التحقيق والادعاء العام إلى مسمى "النيابة العامة" بالأمر الملكي رقم (أ/٢٤٠)، وتاريخ ١٤٣٨/٩/٢٢ هـ.

للتدخل من عدمه ومن ثم فليس هناك إلزام بوقت معين لإصدار اللائحة التنفيذية للقانون، في حين يرى البعض أن الإدارة ملزمة بالتدخل بوضع اللائحة التنفيذية حتى ولو لم يكن هناك وقت لهذا التدخل (Tifine, 2019)^(٧)، بل لقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أبعد من ذلك حيث أجاز الطعن ضد رفض الإدارة وضع اللوائح التنفيذية للقانون حتى لو كان القانون غير سارٍ وذلك إذا كان السبب في عدم سريانه هو عدم صدور اللائحة التنفيذية^(٨).

وأعتقد أن السلطة المختصة بإصدار اللائحة التنفيذية تكون سلطاتها تقديرية حينها لا تكون مدعوة نصاً من النظام بممارسة اختصاصاتها، وذلك بالنظر إلى مدى حاجة القانون إلى اللائحة التنفيذية لتنفيذ أحكامه من عدمه، فاللائحة غايتها وضع القواعد اللازمة لتنفيذ القانون وحيث لا حاجة لوجود تلك القواعد، فليس هناك بالضرورة حاجة إلى هذا التدخل إلا حينما تدعو الحاجة إلى ذلك، وترتيباً على هذا يجوز الطعن في رفض الجهة المعنية بإصدار اللائحة التنفيذية إذا شكل ذلك قراراً سلبياً، وهو ما تبناه مجلس الدولة الفرنسي حيث اتجه إلى إلزام السلطة اللائحية على تأدية وظيفتها بإصدار اللائحة التنفيذية للقوانين التي يتعذر أعمالها بدونها وهو تطور ملحوظ تجاوزت به فكرة المسؤولية عن ممارسة الوظيفة اللائحية حدودها التقليدية فلم تقم عند حدود المسؤولية السياسية، وإنما انتقلت إلى مسؤولية قانونية تتردد بين إلغاء وتعويض وإجبار على تأدية الوظيفة اللائحية^(٩). وتقدير ذلك يعود للقضاء في ضوء النظام نفسه، فهناك بعض الأنظمة قد لا يحتاج إلى صدور لائحة تنفيذية في وقت ما، وقد تبدى هذه الحاجة في وقت آخر من ذلك نظام نزع ملكية العقارات للمنفعة

اختصاص النص النظامي بتحديد الجهة المختصة بإصدار اللائحة التنفيذية. وهذا يعني تعديل المادة الأولى من نظام مجلس الوزراء إذا أسندت إليه هذه السلطة والتي تنص على أن: "مجلس الوزراء هيئة نظامية" نظراً لما تثيره من تفسيرات لا تتفق مع الاختصاصات العديدة للمجلس ومنها بالضرورة سلطته التنفيذية^(١٠).

هذا وتلتزم السلطة المعنية بإصدار اللائحة التنفيذية حال عدم النص على جهة أخرى في النظام، ولكن ما هو مدى إلزام السلطة المختصة بإصدار اللائحة التنفيذية؟ بما يعني هل سلطة مقيدة أم سلطة تقديرية لتلك الجهة؟

يلزم التمييز بين حالتين، الحالة الأولى: وهي تلك التي لا يحدد فيها مدة زمنية معينة لإصدار اللائحة التنفيذية، والحالة الثانية: عندما يحدد فيها مدة زمنية معينة لإصدار اللائحة.

في الحالة الأولى تتباين الاتجاهات في هذا الشأن بين من يرى أنه في هذه الحالة يكون للسلطة المختصة سلطة تقديرية

(٦) يرى الدكتور المرزوقي أنه: "جاءت المادة الأولى بالنص على أن "مجلس الوزراء هيئة نظامية يرأسها الملك" ولذا فإن التأويلات التي ترد بشأن هذا النص يمكن إجمالها فيما يأتي: [١] أنه وصف طردي جاء استطراداً فيوصف الهيئة ولا معنى له أبعد من أن المجلس هيئة مؤسسة وفق نظام [٢]. أنه وصف يقصد به أن المجلس هيئة تنظيمية لها اختصاص تنظيمي في سن الأنظمة واللوائح ولكن يرد على هذا أن مجلس الوزراء ليس هيئة تنظيمية فحسب، وإنما هو بالإضافة إلى ذلك هيئة تنفيذية. [٣] أن المقصود بهيئة نظامية أن المجلس هيئة دستورية ولكن النظام تجنب وصف الدستورية مراعيًا في ذلك نص المادة الأولى من النظام الأساسي للحكم التي نصت على كون كتاب الله تعالى وسنة رسوله دستوراً لهذه البلاد ومع هذا القبول فقد يرد عليه أيضاً أن هذا الوصف قد ورد مقارناً للمجلس في نظامه السابق الصادر عام ١٣٧٧هـ". وأعتقد أن القصد في هذا المعنى ينصرف إلى أنه مختص بإصدار الأنظمة لأن ذلك على خلاف الأصل الذي يجب أن يكون عليه وهو أن مجلس الوزراء سلطة تنفيذية. وأما وأن مجلس الوزراء يجمع بين السلطة التنظيمية والسلطة التنفيذية فينبغي حذف هذه المادة من نظام مجلس الوزراء.

(7) Si l'édition de règlements peut relever du pouvoir discrétionnaire d'une autorité administrative elle a compétence liée, dans certains cas, pour agir. A l'occasion de l'arrêt Doublet du 23 octobre 1959 (Rec. p. 680 ; AJDA 1963, p. 85, chron. Gentot et Fourré ; D. 1963, p. 117 ; S. 1963, p. 92, concl. Combarous).

(8) V.C.E 23 Mai 1958, Ministre de l'éducation Nationale ci/Webierm L293, C.E10 Mai union départementale des associations D.1962 p.203.

(9) V.C.E 13 juillet 1962. Kevers-pascalis. D.1963, p.606. Note. Auby.

وفي هذه الحالة يشكل الامتناع عن إصدار اللائحة قراراً سلبياً، يتعين إلغاؤه، لأنها قد امتنعت عن إصدار قرار كان من الواجب عليها إصداره طبقاً للأنظمة واللوائح.

هذا ولا يجوز التفويض في إصدار اللائحة ما لم يكن هناك نص يسمح بتفويض السلطة في ذلك ويجب أن يكون النص المفوض في مرتبة النص الأمر أو أعلى منه، فلا يجوز لنص أدنى أن يفوض ما حدده نص أعلى، فإذا كان النص الأمر هو النظام الأساسي، فلا يجوز أن يكون التفويض إلا منه (العجمي، ٢٠١٦م).

المطلب الثاني: توقيت وإجراءات إصدار اللائحة

قد ينص النظام على توقيت معين لإصدار اللائحة، وكذلك على إجراءات لإصدار اللائحة كاستشارة جهة معينة أو الاشتراك بين أكثر من وزارة أو غير ذلك كما سلفت الإشارة، فإذا التزمت الجهة المختصة بهذه المدة وهذه الإجراءات فتكون اللائحة صحيحة من هذه الناحية، ولكن نعود إلى الفرض الذي تصدر فيه اللائحة بعد الوقت المحدد نظاماً أو دون مراعاة هذه الشروط.

ومن البديهي أنه على السلطة المختصة بوضع اللوائح أن تتقيد بالمدة التي حددها النظام لأنه في الأصل يجب أن تكون هناك مراعاة لمناسبة المدة المقررة نظاماً مع حجم وطبيعة اللائحة التنفيذية والجهة المعنية بها، حتى تصدر في موعدها المحدد، غير أنه ولظروف مختلفة فنية أو سياسية أو غيرها، قد تتأخر السلطة المختصة بإصدار اللائحة عن الوقت المحدد، كأن يتطلب مثلاً إصدار اللائحة اتفاق عدة جهات قبل إصدارها، أو إصدارها من عدة وزراء، أو الحاجة إلى التريث في إصدار اللائحة بعد دراسة القانون دراسة وافية أو التعجل في إصدار القانون أو غير ذلك من الأسباب (جمال الدين، ٢٠٠٣م).

لا شك أن تحديد المدة الزمنية يستوجب على الجهة إصدار اللائحة في الوقت المحدد لها، مما يرتب في هذه الحالة

العامة ووضع اليد الموقت على العقار الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٥) وتاريخ ١١/٣/١٤٢٤هـ، وتم العمل به بتاريخ ١٠/٦/١٤٢٤هـ^(١٠)، ولم تصدر اللائحة التنفيذية له إلا بعد ١٣ سنة من تاريخ العمل به، وذلك بتاريخ ١١/٢/١٤٣٧هـ^(١١).

وأيضاً نظام مزاوله المهن الصحية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥٩) وتاريخ ٤/١١/١٤٢٦هـ^(١٢)، لم تصدر لائحته التنفيذية إلا بتاريخ ٢/١/١٤٣٩هـ^(١٣).

وقد تكون هناك أنظمة ليست في حاجة إلى لائحة تنفيذية؛ لأنها قد أتت على كافة التفاصيل المتعلقة بتطبيق النظام كنظام تأديب الموظفين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٧) وتاريخ ١/٢/١٣٩١هـ^(١٤).

أما الحالة الثانية: وهي عندما يحدد فيها النظام مدة زمنية معينة لإصدار اللائحة، ففي هذه الحالة تكون سلطة الجهة التي حددها النظام مقيدة، ومتعين عليها إصدار اللائحة في الوقت الذي حدده النظام، ومثال ذلك ما نصت عليها المواد سالفة الذكر من ذلك المادة (٢٢٠) من نظام الإجراءات الجزائية والتي نصت على أن: "يصدر مجلس الوزراء اللائحة التنفيذية لهذا النظام، وذلك بعد إعدادها من وزارة العدل، ووزارة الداخلية، والمجلس الأعلى للقضاء، وهيئة التحقيق والادعاء العام في مدة لا تتجاوز ٩٠ يوماً من تاريخ العمل بهذا النظام".

(١٠) راجع جريدة أم القرى، العدد (٣٩٥٣)، بتاريخ ١٠/٦/١٤٢٤هـ، الموافق ٨/٨/٢٠٠٣م.

(١١) راجع جريدة أم القرى، العدد (٤٥٩٦)، بتاريخ ٢٩/٢/١٤٣٧هـ، الموافق ١١/١٢/٢٠١٥م.

(١٢) راجع جريدة أم القرى، العدد (٤٠٧٩)، بتاريخ ١٣/١٢/١٤٢٦هـ، الموافق ١/١٣/٢٠٠٦م.

(١٣) راجع جريدة أم القرى، العدد (٤٧١٥)، بتاريخ ٢٨/٦/١٤٣٩هـ، الموافق ١٦/٣/٢٠١٨م.

(١٤) راجع جريدة أم القرى، العدد (٢٣٦٥)، بتاريخ ١٠/٢/١٣٩١هـ، الموافق ١٨/٣/١٩٧١م.

أما عن عدم اتخاذ الإجراءات التي نص عليها النظام، فإنه في هذه الحالة وبتطبيق القواعد العامة فإن اللوائح الصادرة من السلطة التنفيذية طبقاً لوظيفتها التنفيذية فهي قرارات إدارية، ومن ثم وجب أن تكتمل أركان القرار الإداري فيها، والشكل هو أحد هذه الأركان، وعليه فإن صدور اللائحة دون اتخاذ الإجراءات التي نص عليها الدستور أو النظام يجعلها معيبة بعيب عدم الدستورية أو بعيب مخالفة القانون، غير أنه ينبغي الإشارة إلى أن الأشكال التي ينص عليها القانون ليست كلها من طبيعة واحدة فهناك من الأشكال ما يعد جوهرياً ومنها ما لا يعد كذلك، وعلى القضاء في هذه الحالة أن يبحث كل حالة على حده وفقاً للمعايير الفقهية والقضائية التي يتبناها، والجدير بالذكر أن ديوان المظالم يتبنى نظرية التفرقة بين الأشكال الجوهرية والأشكال الثانوية للحكم على مشروعية القرار من حيث الشكل حيث قضى بأن: "هناك إجراءات شكلية من الممكن ألا يترتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري وهما نوعان: أولهما: الإجراءات المقررة لمصلحة جهة الإدارة وحدها، وثانيهما: تلك الإجراءات التي لا تؤثر مخالفتها في مضمون القرار الإداري المطعون فيه، وحيث إنه بالنظر إلى قواعد الفقه والقضاء الإداري تظهر نتيجة ذلك أن الإجراءات الشكلية الجوهرية تشمل كل إجراء من شأنه أن يؤثر في صحة القرار الإداري والمقصود بالشكل الجوهري والإجراء الجوهري هو ذلك الإجراء الذي إذا أهمل كان من شأنه أن يقلل من الضمانات التي تحمي حقوق الأفراد، أو هو ذلك الإجراء الذي إذا راعته كان سيؤدي إلى تعديل القرار الإداري فلا يصدر على النحو الذي صدر به، كما أن الأحكام المستقرة في القضاء الإداري أن كل ما تقرره الأنظمة واللوائح من أشكال وإجراءات تستهدف حماية الموظفين العموميين أو الأفراد في مواجهة مظان خطأ الإدارة أو تسرعها تعتبر أشكالاً جوهرياً يؤدي إغفالها أو مخالفتها جزئياً أو كلياً إلى وسم القرار بعدم المشروعية ويجعله بالتالي حقيقياً بالإلغاء، وعلى هذا

كما يرى البعض تقرير مسؤولية الإدارة عن الأضرار التي تترتب على هذا التأخير باعتباره خطأً يستتبع مسؤوليتها (جمال الدين، ٢٠٠٣م).

هذا بالإضافة إلى إمكانية مطالبة الجهة المختصة بإلغاء قرارها السليبي بالامتناع عن إصدار اللائحة التنفيذية باعتبار أن ذلك واجب عليها إصداره في ذلك التاريخ.

ولكن يبقى التساؤل عن الأثر القانوني المترتب على إصدار اللائحة بعد الوقت المحدد نظاماً. يرى البعض أن المستقر عليه في فرنسا ومصر، هو أن صدور اللائحة بعد الوقت المحدد لها لا يستتبع بالضرورة عدم مشروعية اللائحة، وذلك لأن هذا الموعد لا يستهدف أكثر من حث السلطة اللائحية على سرعة التدخل لأهمية موضوع التشريع^(١٥)، هذا واللائحة التي تصدر يجب ألا تتضمن أثراً رجعياً (الطماوي، ٢٠٠٧م؛ فتح الباب، ٢٠١٦م) إلا إذا لم تتصادم مع مبدأ الرجعية وفقاً للقواعد العامة في ذلك.

وأعتقد صحة هذا الاتجاه لأن هذا الميعاد هو من المواعيد التنظيمية أو التوجيهية ومن ثم فهو خارج عن أركان اللائحة التنفيذية شكلاً وموضوعاً فهو مرحلة سابقة، كما أن النشر يكون في مرحلة لاحقة.

غير أن ذلك لا يمنع المسؤولية القانونية للإدارة عن الأضرار التي يسببها التأخير عن المدة التي يحددها النظام أو التأخير عن ممارسة سلطتها إذا كان القانون متوقف تنفيذه على صدور اللائحة ومرد ذلك إلى القاضي الإداري، غير أنه يجب في النهاية أن يكون التجاوز سواء كانت المدة الزمنية محددة أو غير محددة في إطار المدة المعقولة (أبو يونس، ٢٠٠٨م)، وتكون هذه المدة من ثلاثة أشهر إلى سنة وذلك حسب الصعوبات التي تقابلها الإدارة، وفي حالة عدم التطبيق تكون الإدارة مسؤولة في هذه الحالة (Bribant, 1984).

(15) V.C.E 13 juillet 1962. Kevers-pascalis.D.1963.p.606. Note. Abuy.

الإجراءات وتعيد إصدار اللائحة التنفيذية وفق الإجراءات التي حددها النظام وتتحمل المسؤولية السياسية والقانونية في نفس الوقت (Tifine, 2019).

المطلب الثالث: أثر إلغاء النظام على اللائحة التنفيذية له
يبحث المنطق القانوني الصحيح اعتماداً على أن اللائحة التنفيذية هي تابعة للقانون وصادرة تنفيذاً له، فإنه بالضرورة حال إلغاء القانون تعد اللائحة التنفيذية الصادرة تنفيذاً له ملغاة هي كذلك، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن: "اللوائح التنفيذية إنما تستمد وجودها وقوتها من القانون الذي تصدر تنفيذاً لأحكامه، فإذا ما ألغي هذا القانون، ولم ينص القانون اللاحق على بقاء اللوائح التنفيذية الصادرة تنفيذاً للقانون السابق قائمة ومعمولاً بها إلى أن تعدل أو تلغى طبقاً للنظام الجديد، فإن ذلك يستتبع حتماً وبالضرورة اعتبار اللوائح السابقة ملغاة دون أن يحل محلها شيء لأنها تنبثق عن القانون ويتوقف مصيرها عليه وجوداً وعدمًا"^(١٨).

وإذا كان ذلك كذلك فإن النظام اللاحق إذا لم ينص على بقاء تلك اللوائح فإنها بالضرورة تكون ملغاة مع النظام القديم فهو كما قالت المحكمة في حكمها السابق وبحق إن مصيرها مرتبط بمصير القانون الصادرة له وجوداً وعدمًا، ولذلك فإن الأنظمة في المملكة في بعض الأحيان تقوم بتحديد سريان النظام الجديد بعد مدة معينة، هي ذات المدة التي يجب أن تصدر فيها اللائحة، ومن ثم يصبح النظام الجديد واللائحة متطابقين في وقت سريانها، وهو اتجاه محمود جداً، من ذلك على سبيل المثال نظام المنافسات والمشتريات الجديد حيث نصت المادة (٩٧) منه على أن: "يصدر الوزير اللائحة خلال

النحو يكون الإجراء الشكلي جوهرياً في حالين، أولهما: أن يكون هذا الإجراء جوهرياً بنص النظام عليه كإجراء تحقيق أو تفضيل أو تسبب أو ترشيح أو ترتيب قبل اتخاذ القرار الإداري، وفي الحالات كلها لابد من العمل بنص النظام أو اللائحة بأي حال، وثانياً أن يكون هذا الإجراء جوهرياً بطبيعته إذا كان أثره حاسماً في مسلك جهة الإدارة وهي تخرج القرار الإداري إلى الواقع"^(١٩).

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في تحديد الشكل الجوهري إلى أن: "قواعد الشكل في إصدار القرار الإداري ليست كأصل عام هدفاً في ذاتها أو طقوساً لا مندوحة من إدراجها تحت جزاء البطلان الحتمي وإنما هي إجراءات تقتضيها المصلحة العامة ومصلحة الأفراد على السواء، ويجب أن يفرق فيها بين الشكليات الجوهرية التي تنال من تلك المصلحة ويقدر إغفالها في سلامة القرار وصحته وغيرها من الشكليات الثانوية، وعليه لا يبطل القرار الإداري لعب شكلي إلا إذا نص القانون على البطلان لدى إغفال هذا الإجراء، أو كان الإجراء في ذاته يترتب على إغفاله تفويت المصلحة التي عنى القانون بتأمينها ومن ثم بطلان القرار. أما إذا كان الإغفال متداركاً من سبيل آخر دون مساس بمضمون القرار الإداري وسلامته موضوعياً وضمانات ذوي الشأن واعتبارات المصلحة العامة الكامنة فيه فإن الإجراء الذي جرى إغفاله لا يستوي إجراء جوهرياً يستتبع البطلان"^(٢٠).

وعليه فإن صدور اللائحة دون اتباع الإجراءات التي تم النص عليها يجعل هذه اللائحة معيبة بعيب في الشكل دستورياً أو قانونياً، وعلى الجهة المعنية في هذه الحالة أن تصحح هذه

(١٦) راجع حكم ديوان المظالم رقم (٤٣٣/ت/٦) لعام ١٤٢٧هـ في القضية رقم (١/٣٣٧٥) لعام ١٤٢٥هـ مجموعة الأحكام والمبادئ

الإدارية لعام ١٤٢٧هـ مطبوعات ديوان المظالم، ج ٢، ص ٧٠٤.

(١٧) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٣٨٠) لسنة ٣٠، بجلسته ٢٨/٥/١٩٨٨م، مجموعة المكتب الفني، ٣٣/١٥٦٦.

(١٨) راجع حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم (١٥٧١) لسنة

٧٧، بجلسته ١٧/٢/١٩٦٦م، مجموعة الخمسة عشر عاماً، ج ٣،

ص ٢٠١٥.

المبحث الثاني:

الحدود الموضوعية لللائحة التنفيذية

وستتناول هذا المبحث من خلال مطلبين الأول منها عن الضوابط القانونية للعلاقة بين القانون واللائحة، والمطلب الثاني الاتجاهات الفقهية في ضوء الضوابط القانونية للعلاقة بين اللائحة والقانون وتبيان ذلك كما يلي.

المطلب الأول: الضوابط القانونية للعلاقة بين اللائحة والقانون

تتبدى هذه العلاقة من تبعية اللائحة للقانون، فالوظيفة اللائحية لا تمارس استقلالاً من السلطة اللائحية وإنما لابد أن تحيى تبعاً لقانون تفصل أحكامه، وهذه التبعية تتبدى في مظاهر ثلاثة، أولها أن قيامها مقترن بالقانون الذي تمارس وظيفتها تنفيذاً لأحكامه، ولذلك لا يتصور ممارستها دون صدوره، وإلا فقدت أساس دستوريته، والآخر مفاده تقييدها بصياغة تفاصيل ذات الموضوع الذي نظمه القانون دون أن تتجاوزته وإلا تعدت النطاق الموضوعي لاختصاصها مما يصم اللائحة بعدم الدستورية وعدم المشروعية لمخالفتها القانون التي صدرت تنفيذاً له، والأخير الامتناع عن ممارستها حال إلغاء القانون الذي صدرت تنفيذاً له بل نزولاً على منطق التبعية فإن اللائحة تلغى بإلغاء القانون ما لم ينص على العمل بها لحين صدور لائحة جديدة (أبو يونس، ٢٠٠٨م؛ البناء، ١٩٧٨م؛ الصالح، ١٩٩٠م).

وفي ضوء ذلك نصت المادة (١٧٠) من الدستور الحالي لعام ٢٠١٤م على أن: "يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعطيل أو تعديل، أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها، إلا إذا حدد القانون من يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذها".

وبالتالي فقد انحصرت حدود اللائحة التنفيذية في القانون المصري في تنفيذ القوانين بما ليس فيه تعطيل لها، أو تعديل، أو إعفاء من تنفيذها.

١٢٠ يوماً من تاريخ نشر النظام في الجريدة الرسمية ويعمل بها من تاريخ العمل بالنظام". ونصت المادة (٩٩) من ذات النظام على أن: "يعمل بالنظام بعد مضي ١٢٠ يوماً من تاريخ نشرة في الجريدة الرسمية"، بما يعني تزامن سريان النظام الجديد واللائحة في نفس الوقت.

غير أنه وعلى سبيل المثال قد صدر نظام ديوان المظالم الجديد لعام ١٤٢٨هـ والذي ألغى النظام السابق لعام ١٤٠٢هـ، ونص في المادة (٢٦) منه على أنه: "يحل هذا النظام محل نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٥١) وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ"، ولم يتضمن النص الإبقاء على قواعد المرافعات الصادرة بقرار مجلس الوزراء تنفيذ للنظام السابق، ومع ذلك جرى القضاء بتطبيق قواعد المرافعات في ظل النظام الملغى على النظام الجديد إلى تاريخ صدور نظام المرافعات أمام ديوان المظالم لعام ١٤٣٦هـ، فما مدى مشروعية ذلك؟

يبدو أن المنظم السعودي كان متحسباً لهذه المسألة لذلك فإن لديه صياغة ثالثة في فن الصياغات التي يستخدمها للإلغاء، فهو يستخدم الإلغاء الصريح سواء كان بشكل عام أم كان بشكل مفصل، ويستخدم الإلغاء الضمني بعبارة "ويلغى ما يتعارض معه من أحكام" والصياغة الثالثة هي صياغة الإحلال بقوله: "يحل هذا النظام محل"، وهي صياغة وإن كانت لا تفرق عن الإلغاء في النتيجة وهي وضع حد نهائي للنظام القديم إلا أنها تفرق عنه في أن النظام الجديد يحل محل النظام القديم وبالتالي يبقى ما يتبع النظام القديم تابعاً له، وذلك لأنه قد حل محله، وعليه تبقى اللائحة التنفيذية للنظام القديم تعمل في ظل النظام الجديد وتلحق به إلى وقت صدور النظام الجديد أو اللائحة الجديدة، غير أنه أرى في ذات الوقت أن المنظم عليه أن يشير إلى بقاء اللائحة القديمة تنظيمية أو تنفيذية بشكل صريح حتى صدور القواعد الجديدة.

وفي ذات الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن: "ومن حيث إن الحق المقرر لأعضاء هيئة الشرطة وأسرهم في الاستفادة من الرعاية الصحية المقررة بالقانون رقم (٣٥) لسنة ١٩٨١م المشار إليه لم يحجبه المشرع عن فئة معينة، وإنه وإن كان قد ناط بمجلس إدارة صندوق تحسين خدمات الرعاية الاجتماعية والصحية لأعضاء هيئة الشرطة وأسرهم وضع النظم واللوائح التي يسير عليها الصندوق في النواحي المالية والحسابية والإدارية والفنية، إلا أنه يتعين مراعاة ألا تتعدى هذه اللوائح والنظم حدود تنظيم الحق إلى المساس بأصل الحق؛ ذلك أنه تتعين التفرقة بين تقدير حق معين وبين تنظيم هذا الحق، فلا يجوز بأية حال أن يترتب على هذا التنظيم الحرمان من الحق ذاته، ولذا فإنه ما دام أن عضو هيئة الشرطة - سواء الحالي أو السابق - يقوم بتسديد اشتراكاته المقررة للاستفادة من النظام العلاجي المقرر قانوناً لأعضاء هيئة الشرطة وأسرهم، فلا يجوز حرمانه من هذا النظام بقرار من إدارة مستشفيات الشرطة بدعوى كثرة الأعداد أو خلافه؛ إذ يخرج ذلك عن حدود تنظيم الحق ويعد حرماناً من أصل الحق المقرر قانوناً"^(١٩).

وبهذا يتضح من أحكام الديوان أن يلتقي في تحديد وظيفة اللائحة التنفيذية مع نصوص الدستور المصري، وقصر دور اللائحة على تنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل أو إعفاء وأن يقتصر دور اللائحة على وضع الوسائل العملية لتطبيق أحكام القانون في ضوء وظيفتها التنفيذية ولا يجوز لها أن تضع أحكاماً جديدة وبيان ذلك معنئاً وتطبيقاً كما يلي.

وفي غياب ذلك التحديد في النظام الأساسي للحكم والأنظمة الأساسية فقد ساهم القضاء السعودي في تحديد دور اللائحة التنفيذية، انطلاقاً من الترتيب القانوني لها في مدارج المنظومة القانونية في المملكة، وطبيعة الدور المنوط بها، فقضى ديوان المظالم بأنه: "ولا ينال من ذلك ما دفع به ممثل المدعى عليها من أنه قد ورد في اللائحة أن انعقاد جلسات اللجنة يصح بحضور ثلاثة من أعضائها؛ لكون اللائحة لا تقوى على مخالفة ما جاء في النظام ولا تعديله"^(٢٠).

وقضى الديوان أيضاً بأنه: "وحيث إن اللائحة تأتي في المرحلة الثانية في الترتيب النظامي من حيث قوة حجتها بعد النظام، ومن المقرر أنه لا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغي أو تعدل قاعدة وضعتها سلطة أعلى، أو أن تضيف إليها أحكاماً جديدة"^(٢١). وفي ذات السياق قضى الديوان أيضاً بأن: "المقرر فقهاً وقضاءً أن للسلطة التنفيذية أن تتولى أعمالاً تنظيمية عن طريق إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ الأنظمة بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها مما يلزم معه وجوب وحدة الهدف بين النظام واللائحة ولا يكون ذلك إلا باستخلاص دلالة نصوص النظام أولاً؛ لتقتصر وظيفة اللائحة التنفيذية على وضع الوسائل العملية دون تضيق على المخاطبين بنصوصه"^(٢٢).

(١٩) راجع حكم ديوان المظالم رقم (٦٧/د/١٤٣٣) لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم (٢٠٨٠/ق) لعام ١٤٣٠هـ المؤيد بحكم محكمة الاستئناف الإدارية رقم (٦/٤٥٠) لعام ١٤٣٤هـ، المقيدة بمحكمة الاستئناف برقم (٤٠٣٧/ق) لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

(٢٠) راجع حكم ديوان المظالم رقم (١٦١/د/١٤٣٣) لعام ١٤٣٣هـ في القضية رقم (٢٧٨٩/١٠/ق) لعام ١٤٣٣هـ، المؤيد بحكم محكمة الاستئناف الإدارية رقم (٢/١٨٣) لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم (٣٣١٣/٢/س) لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).

(٢١) راجع حكم ديوان المظالم رقم (١/٧/٢٠١) لعام ١٤٣٤هـ في القضية رقم (١/٢٦٨٩/ق) لعام ١٤٢٩هـ، المؤيد بحكم محكمة الاستئناف الإدارية رقم (٥/٤٩) لعام ١٤٣٥هـ في القضية رقم (٤٣٠١/ق) لعام ١٤٣٤هـ (حكم غير منشور).

(٢٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٧٦٠٨) لسنة ٥٣ق، بجلسته ٤/٧/٢٠١٠م، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة ٥٥ق (أول أكتوبر ٢٠٠٩م وحتى سبتمبر ٢٠١١م)، ص ٥٢٤.

مفهوم التعديل

والتعديل قد يكون بالإلغاء أو بالإضافة، والتعديل بالإلغاء مفاده أن تلغي اللائحة نصاً من نصوص النظام، وذلك بلا شك غير جائز استناداً على التبعية بين القانون واللائحة^(٢٣). عليه فلا يجوز لمرتبة أدنى في مدارج النظام أن تخالف مرتبة أعلى فيه.

والإلغاء اللائحي للنص القانوني من حيث أشكال ما يرد عليه، قد يكون صريحاً على عدم تطلب شروط استلزمها القانون كإلغاء شرط الترخيص اللازم قانوناً لممارسة حق أو حرية معينة، وقد يجيء ضمناً بأن تفصل اللائحة ذات ما نظمها القانون ولكن على نحو يخالفه، كأن تتطلب لشغل وظيفة ما خبرة لمدة أقل مما استوجبها النص القانوني (أبو يونس، ٢٠٠٨م).

والإلغاء قد يكون كلياً للنص القانوني، وقد يكون جزئياً بشكل ضمني يتبين عند تحليل النصوص وجود ذلك الإلغاء.

تطبيقات من النظام السعودي للإلغاء الجزئي

ومن باب الإلغاء الضمني الجزئي ما نصت عليه اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات أمام ديوان المظالم، حيث نصت المادة الثانية من النظام على أن: "يكون الاختصاص المكاني للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر المدعى عليه أو مقرر فرع الجهة المدعى عليها إن كانت الدعوى متعلقة بذلك الفرع أو مقرر عمل الموظف في الدعوى التأديبية"، وهذا النص

(٢٣) إن هذه التبعية تفرض نفسها حتى في تسمية اللائحة فيجب أن يكون هناك توافق بين تسمية اللائحة والنظام، فاللائحة تابعة إليه شكلاً وموضوعاً وبالتالي فلا يجوز تسمية اللائحة بغير مسمى النظام، أو بما يشعر بذلك، ووقوعه نادر جداً ومثاله تسمية اللائحة التنفيذية لنظام الخدمة المدنية، باللائحة التنفيذية للموارد البشرية في نظام الخدمة المدنية، فمسمى اللائحة يشعر بأن نظام الخدمة المدنية مسماه نظام الموارد البشرية، وهو ليس كذلك، لذا كان من الأوفق تسمية اللائحة بدون إضافات أو تغيير مسمى النظام.

صريح في أن الاختصاص المكاني يكون للمحكمة التي بها المركز الرئيسي للجهة أو للمحكمة التي بها فرع الجهة إذا كانت الدعوى متعلقة بهذه الأخيرة فجاءت المادة اللائحية ونصت على أنه: "لا تكون المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر المدعى عليه مختصة مكانياً إذا تعلقت الدعوى بفرع الجهة المدعى عليها"؛ وعليه تكون اللائحة قد ألغت حكماً للنص القانوني الذي أجاز رفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع بها المركز الرئيسي أو الفرع إذا تعلقت بذلك الفرع.

وبذلك تكون اللائحة في هذا التنظيم قد خرجت عن حدود المشروعية القانونية وتعدت مدارجها في داخل المنظومة القانونية بما يجعلها حرية بعدم المشروعية.

وأيضاً نصت المادة (٢/٥) من نظام المرافعات أمام الديوان المشار إليه على أنه: "[٢] يجب في الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين (أ) و (ب) من المادة (١٣) من نظام ديوان المظالم أن تتضمن صحيفة الدعوى تاريخ الإبلاغ بالقرار، أو العلم به، أو نشره في الجريدة الرسمية - بحسب الأحوال - وتاريخ التظلم ونتيجته".

فجاءت المادة اللائحية في الفقرة (٦) ونصت على أنه: "في تطبيق الفقرة (٢) من هذه المادة يكتفى بالآتي: [أ] تاريخ التظلم ونتيجته في الدعاوى المنصوص عليها في المادة (١٣/أ) من نظام ديوان المظالم".

وبهذا تكون اللائحة ألغت حكماً صريحاً في النظام أوجب أن تكون البيانات المشار إليها في الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (أ) و (ب) وليس كما نصت اللائحة على قصره على الدعاوى المنصوص عليها في الفقرة (أ) وحدها، مما يجعل هذا الإلغاء الضمني داخلاً في نطاق عدم المشروعية.

وتعتبر هذه الصورة من التعديل اعتداءً واضحاً على النص القانوني، وخروجاً على أحكامه، بما يجعل هذه النصوص مهما كانت غايتها ستكون في حيز عدم المشروعية.

بالرجوع للنظام الأساسي للحكم يتبين أن النظام قد حدد موضوعات بعينها لا يجوز تنظيمها إلا عن طريق النظام، وفي ذات الوقت لم يجز التفويض فيها؛ ومن ثم فلا يجوز للنص الأدنى أن يفوض ما خصه به النص الأعلى دون أن يكون هذا الأخير قد أذن له بذلك، ومن تلك الموضوعات المخصصة للنظام، ما نصت عليه المادة (٣٧) من النظام الأساسي للحكم بقولها: "للمساكن حرمتها، ولا يجوز دخولها إلا بإذن صاحبها، ولا تفتيشها إلا في الحالات التي يبينها النظام"، وأيضاً ما نصت عليه المادة (٤٠) بقولها: "المراسلات البرقية والبريدية والمخابرات الهاتفية، وغيرها من وسائل الاتصال، مصنونة ولا يجوز مصادرتها، أو تأخيرها أو الاطلاع عليها، أو الاستماع إليها، إلا في الحالات التي يبينها النظام"، وأيضاً ما نصت عليه المادة (٥٩) بقولها: "يبين النظام أحكام الخدمة المدنية، بما في ذلك المرتبات، والمكافآت والتعويضات والمزايا والمعاشات التقاعدية"، وغير ذلك الكثير مما هو محجوز للنظام في النظام الأساسي للحكم^(٢٥). ومن ثم فإنه لا يجوز للنظام أن يتنازل عن الاختصاصات المحجوزة له وفقاً للنظام الأساسي إلى اللائحة، وتكون الإحالة في هذه الحالة غير مشروعة، ومن ثم فلا يجوز على سبيل المثال لنظام الخدمة المدنية أن يحيل في تنظيم مسائل الخدمة المدنية ووضع شروط التوظيف إلى اللائحة كما فعلت المادة (٤) من نظام الخدمة المدنية^(٢٦)، حيث أشارت في آخرها إلى أنه: "ويجوز

أما التعديل عن طريق الإضافة وذلك في الحالات التي يكون فيها النص قاصراً عن تحقيق الغاية منه ومن ثم تأتي اللائحة التنفيذية بإضافة الأحكام المكملة لذلك وهو مثار الخلاف كما سيأتي لاحقاً، غير أنه توجد ملاحظة هامة وهي أن النص النظامي نفسه قد يحيل إلى اللائحة تنظيم حالات معينة بإضافة شروط أو أحكام موضوعية للنظام في اللائحة التنفيذية وهنا يتأتى السؤال عن حكم تلك الحالة؟

هنا يلزم التفرقة بين الدور التنفيذي لللائحة، والدور التفويضي الذي يمكن أن تقوم به، وهو لا يتأتى إلا من خلال النص على ذلك في النظام نفسه ومثاله كثير في الأنظمة السعودية، ومنه على سبيل المثال ما ورد في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية^(٢٧)، في المادة (١١) تخضع لأحكام النظام الأعمال والمشتريات التي تنفذ خارج المملكة، ويجوز استثنائها من بعض تلك الأحكام وفق ما توضحه اللائحة، وأيضاً ما نصت عليه المادة (١٨) من أيضاً بقولها: "يجب أن تتوافر في الأشخاص الذين تتعامل معهم الجهات الحكومية الشروط اللازمة لتنفيذ الأعمال وتأمين المشتريات وفقاً لما توضحه اللائحة".

هذا ويجب الاحتراس أن هذه الإحالة ليست مشروعة دائماً، وإنما تتأتى مشروعيتها من النظام الدستوري فإذا كانت الإحالة للائحة في تنظيم ما هو محدد للنظام دستورياً، ولم يكن جائزاً التفويض فيه وفقاً للنص الدستوري كانت اللائحة في هذا التنظيم غير مشروعة لعدم مشروعية الإحالة (فتح الباب، ٢٠١٦م)، وهذا يتوقف على تبيان حدود الموضوعات التي يجب تنظيمها بقانون وتلك التي لم ينص عليها بذلك حيث لا يمكن التفويض في المجال المخصص للقانون. ومعنى ذلك أن الدستور حين يحدد نطاقاً مخصصاً للقانون، فإنه لا يمكن لغيره أن يطرقه... فإن المسائل التي يتعين تنظيمها بقانون لا يمكن التفويض فيها (خليل، ١٩٨٦م).

(٢٤) صدر نظام المنافسات والمشتريات الحكومية بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ راجع الجريدة الرسمية أم القرى، العدد (٤٧٩٠)، وتاريخ ١/١٢/١٤٤٠هـ الموافق ٢/٨/٢٠١٩م.

(٢٥) راجع على سبيل المثال المواد (٣٤، ٣٥، ٤٥، ٥١، ٥٢، ٥٣، ٦١،

٦٤، ٧٤، ٩٧، ...) من النظام الأساسي للحكم.

(٢٦) صدر نظام الخدمة المدنية السعودي بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٩)

وتاريخ ١٠/٧/١٣٩٧هـ الموافق ٢٧/٦/١٩٧٧م، جريدة أم

القرى، العدد (٢٦٦٨)، وتاريخ ١٥/٧/١٣٩٧هـ الموافق

١/٧/١٩٧٧م. وآخر تعديلاته بالمرسوم الملكي رقم (م/٩٥)

وتاريخ ١٥/٩/١٤٣٩هـ، جريدة أم القرى، العدد (٤٧٣١)،

بتاريخ ١/١٠/١٤٣٩هـ الموافق ١٥/٦/٢٠١٨م.

إضافة شروط أخرى إلى اللائحة للتعين على بعض الوظائف^(٢٧).

وفي المقابل يجوز للنظام الإحالة في تنظيم الأحكام إلى اللائحة التنفيذية في الحالات غير المحجوزة له، كمعظم أحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية^(٢٨)، ومن ثم يجوز لهذا الأخير الإحالة إلى اللائحة التنفيذية لتنظيم بعض الأحكام، وصحة ذلك كما هو واضح بشرطين، أولاً: أن يكون ذلك في غير المجالات المحجوزة للقانون، وثانياً: أن تكون الإحالة خاصة من النظام وليس تحت ستار حق الجهة المختصة في إصدار اللوائح التنفيذية، أي أن تكون الإشارة إلى ذلك بشكل خاص مثال ذلك ما نصت عليه المادة (١١) من نظام المنافسات المشار إليه أن: "تخضع لأحكام هذا النظام الأعمال والمشتريات التي تنفذ خارج المملكة، ويجوز استثناءها من بعض تلك الأحكام وفق ما توضحه اللائحة"، وأيضاً ما نصت عليه المادة (٢٤) منه أن: "تحدد الجهة الحكومية في وثائق المنافسة معايير تقييم ومقارنة وقبول العروض وفقاً لما توضحه

اللائحة"، وغير ذلك مما يحيل إليه النظام بشكل خاص، أما عدا ذلك فيكون تدخل اللائحة التنفيذية وفقاً لوظيفتها التنفيذية وليس لها أن تضيف أو تعدل أو تعطل أو تعفي من أحكام النظام.

والتساؤل ما هي القوة النظامية لتلك النصوص اللائحية بتنظيم أحكام موضوعية، بمعنى هل تتمتع بذات القوة النظامية للنظام أم تبقى في الدرجة الأدنى منه باعتبارها لوائح تنفيذية؟

بداية لا يمكن تسمية هذه النصوص باعتبارها تنفيذية لأنها خرجت عن الوظيفة التنفيذية للنظام، ووضعت قواعد قانونية جديدة ومن ثم فهي نصوص تنظيمية وضعت من السلطة التنفيذية بناء على تفويض من السلطة التنظيمية.

أما عن قيمتها القانونية فيرى البعض من الفقه في هذا الشأن أنه: "حيث تسن اللائحة أحكاماً جديدة مكملتها لنصوص القانون وداخله في نسيجه، ومن ثم تكون لها ذات مرتبته، وبناء عليه يجوز بموجبها التعديل في قوانين قائمة" (فتح الباب، ٢٠٠٤م).

وفقاً لهذا الرأي فإنه بمقدور النصوص التفويضية التي تحملها اللائحة التنفيذية أن تعدل القوانين القائمة وبالتالي من ثم أن تعدل في النظام نفسه، والحقيقة أن هذا الرأي يجافي حقيقة التفويض وأنه يهدف إلى الإذن بتكملة النظام وليس إلى مخالفته؛ وعليه فإن التفويض يجب أن يكون في حدوده وغاياته المتعلقة بذات النظام فلا يجوز لهذه النصوص أن تتعدى على النظام نفسه، ولا على الأنظمة الأخرى، بالإضافة إلى أنه ستبقى النصوص تتمتع بوصف اللائحية وتصنف بالضرورة في مرتبة أدنى في المنظومة القانونية، وليس أدل من ذلك ورودها في اللائحة التنفيذية نفسها، هذا بخلاف اللوائح التفويضية التي تصدر بناء على النصوص الدستورية لأن التفويض في هذه الحالة يحمل الصفة التشريعية من الناحية الدستورية وليست تنفيذياً لنصوص قانونية سابقة عليه،

(٢٧) وفي هذا الإطار خلص قسم التشريع بمجلس الدولة المصري إلى أن: "نص الدستور في المادة (١٢٢) هو أن يتولى القانون مباشرة تحديد قواعد منح المرتبات وما في حكمها، ومن ثم فلا يجوز للسلطة التشريعية أن تتخلى عن اختصاصها بضرورة وضع هذه القواعد ونخول السلطة التنفيذية مباشرة هذا الاختصاص عن طريق ما تترخص في وضعه في اللائحة التنفيذية للقانون". راجع الملف رقم (٥٠) لسنة ١٩٧٥م، بجلسة ١٥/٣/١٩٧٥م، مجموعة مبادئ قسم التشريع، المبدأ رقم (٢٤٢)، ص ١٤٥، مشار إليه لدى الدكتور عليوة مصطفى فتح الباب، ٢٠٠٤م، ص ٣٩٠.

(٢٨) صدر نظام المنافسات والمشتريات الحكومية بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ جريدة أم القرى، العدد (٤٧٩٠)، بتاريخ ١/١٢/١٤٤٠هـ، الموافق ٢/٨/٢٠١٩م، والقول معظم لأن هناك من الأحكام ما يستلزم تنظيمه بقانون كالذي نصت عليه المادة (٧٤) من النظام الأساسي للحكم بأنه: "لا يجوز بيع أموال الدولة، أو إيجارها، أو التصرف فيها، إلا بموجب النظام".

الذين يأخذون بهذه الفكرة يميزون بين حالة صدور اللائحة بناءً على دعوة صريحة من القانون، وتلك التي تكون تدخلاً تلقائياً من الجهة المعنية بوضع اللائحة التنفيذية ويرتبون على ذلك فكرة أنه في الحالة الأولى من حق اللائحة أن تضيف أحكاماً جديدة، في حين أنه في الحالة الثانية يقتصر دور اللائحة على وضع الأحكام اللازمة لتنفيذ القانون (جمال الدين، ٢٠٠٣م؛ خليفة، ٢٠٠٨م).

ويتفق البعض مع هذا الاتجاه فيقرر أنه بعد الوقوف على مناهج النظم في نطاق اللوائح التنفيذية مما سبق ذكره، يظهر رجحان المنهج الأول المبني على أن لللائحة التنفيذية أن تضيف أحكاماً جديدة نواتها في صلب النظام، ولو كانت علاقة تلك الأحكام الجديدة المضافة ضعيفة مع نصوص النظام، ما دامت محققة لمصلحة معتد بها، عهد في الشرع اعتبارها، وليس فيها ما يتعارض مع الشرع وأصل النظام ووجه الترجيح ما يلي:

١- أن الأصل العمل بالقواعد الشرعية، ومراعاة أحكامها، وعدم إهدارها أو حجبها، ومن ذلك العمل بالمصالح المرسلة التي عهد من الشرع مراعاة أصلها، فإذا كانت اللائحة التنفيذية التي قررت حكماً جديداً مما شهد له الشرع في نصوصه الخاصة أو العامة، أخذنا بها، وهذا ما أصله النظام الأساسي للحكم السعودي، فقد جاء في المادة السابعة منه ما نصه: "يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة".

٢- أن هذا المنهج يفتح للجهة التي تصدر اللوائح التنفيذية الباب لمعالجة المشكلات العملية التي تواجهها، ويجعل النظام متجديداً؛ لما تحتوي عليه اللوائح التنفيذية من المرونة في مواجهة المشكلات، وهذا غرض أساس في النظم، يتحقق بالتوسع في مفهوم منهج اللوائح، والعمل على إصدارها لتغطية الاحتياجات المتجددة (آل خنين، ١٤٢٥هـ).

فاللوائح التفويضية تصدر من السلطة التنفيذية لها قوة القانون لتنظيم مسائل لم يتناولها التشريع بناءً على تفويض من البرلمان (خليفة، ٢٠٠٨م)، وهذه اللوائح التفويضية لا مثيل لها في المملكة (العجمي، ٢٠١٦م).

المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية للضوابط الموضوعية لللائحة التنفيذية

ليس هناك خلاف انطلاقاً من تبعية اللائحة للقانون عدم جواز الحذف أو التعطيل لأحكام القانون، وإنما مثار الاختلاف هو في مدى مشروعية الإضافة، وقد تحدت الآراء الفقهية في عدة اتجاهات، ابتداء بالتفسير الموسع لمدلول تنفيذ القوانين، مروراً بالاتجاه الضيق لتفسير مدلول تنفيذ القوانين، (جمال الدين، ٢٠٠٣م) وبيانها كما يلي.

أولاً: الاتجاه الموسع لمدلول تنفيذ القوانين

يرى ذلك الاتجاه أن مهمة اللائحة لا تقتصر على مجرد وضع الأحكام التفصيلية للمبادئ الإجمالية أو القواعد المقررة في القانون بل يجوز للسلطة اللائحية أن تضمن لائحته التنفيذية كل مبدأ تجد نواته في القانون، وعلى ذلك فقد تضيف اللائحة التنفيذية إلى القانون أحكاماً جديدة ذات علاقة غير مباشرة مع نصوصه إذ يكفي أن تكون متفقة صراحةً أو ضمناً مع الغرض الذي رعى القانون إلى تحقيقه، وأساس ذلك الرأي أن وظيفة الإدارة لا تقتصر على التنفيذ الحرفي للقانون، وإنما يتعين عليها أيضاً أن تلائم بين أحكامه، وبين الاعتبارات العملية وقد تقتضي هذه الملائمة إضافة قواعد جديدة إلى القانون، ولذلك فالحكمة من تقرير هذه اللوائح، وتحقيق هدف القانون ببيع لللائحة الإسهام مع القانون في وضع القواعد ولو اقتضى الأمر إضافة أحكام جديدة للقانون بشرط ألا تتعارض معه نصاً وروحاً، وأن تكون ضرورية لضمان حسن سير الأمور في الدولة، هذا ويلاحظ أن أغلب الفقهاء

ورغم تقديري لهذا الرأي، فإنه من وجهة نظري لا يتفق مع الأصول القانونية، ولا الأصول الشرعية، فالتدرج القانوني قاعدة معتبرة في الشريعة والقانون، وهذا لا يتعارض مع أن الحكم يستمد من كتاب الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، في المملكة، فهذه مسألة وهذه أخرى تماماً ولا تعارض بينهما، أما أن هذا الاتجاه يتيح تعديل اللوائح لمجاراة المشكلات العملية، كما ذكر غالبية الفقه والقضاء الفرنسي (جمال الدين، ٢٠٠٣م) فهذه حجة تتعارض مع التدرج القانوني من ناحية، والاختصاصات النظامية، واللائحية من جهة أخرى، بتعدي السلطة التنفيذية على السلطة التنظيمية تحت هذا الادعاء وهو غير مشروع.

إن هذا الاتجاه يخرج وظيفة السلطة اللائحية من التنفيذ إلى التشريع تحت ستار الضرورات العملية، وهو أمر لا يتفق مع الأصول القانونية في تحديد مدارج التنظيم القانوني للدولة، والضرورات العملية يجب أن تكون في إطار النظام، ومن ثم يمكن اللجوء كما سيأتي إلى التفويض الخاص من النظام إلى اللائحة بتنظيم قواعد موضوعية معينة.

فهو كما قال البعض من الفقه أن هذا التفسير يذهب إلى إطلاق حق الإضافة في اللوائح التنفيذية إلى حد إمكانية وضع المبادئ والأحكام ولو كانت ذات علاقة غير مباشرة بالقانون اكتفاء بشرط سلمي هو عدم التعارض مع أحكام القانون. ومن شأن هذا الإطلاق دون شك أن تصبح السلطة اللائحية في هذا المجال سلطة تشريعية حقيقية (جمال الدين، ٢٠٠٣م).

ثانياً: الاتجاه المضيق لمداول تنفيذ القوانين

في الاتجاه الضيق حيث يرى الأغلب من الفقه والقضاء عدم مشروعية الإضافة مهما كان وجه القصور القانوني اعتماداً على أن وظيفة اللائحة هي تنفيذ القانون والذي يقتصر دورها على إيراد التفصيلات والجزئيات التي يستلزمها وضع القانون موضع التنفيذ دون أن تنشئ أحكاماً جديدة، ويمكن - ومن

جانب آخر - أن السماح لللائحة بالإضافة يعني اغتصاب سلطة التشريع، وأخيراً فإن الإضافة اللائحية للقانون تتعارض مع مبدأ التدرج في القواعد القانونية الذي يستوجب خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة التي تعلوها، فهذه الرؤية تنظر إلى الإضافة باعتبارها تعديلاً للقانون وليست تنفيذاً لأحكامه مما يجعلها تدخل تحت الحظر الوارد على اللائحة التنفيذية في عدم تعديل القانون، كما أن منح السلطة التنفيذية هذه الوظيفة استثناء، والاستثناء يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً (حافظ، د.ت.؛ أبو يونس، ٢٠٠٨م).

هذا وي طرح البعض من الفقه فكرة أنه يمكن أن تكون هناك إضافة دون تعديل القانون ويبدأ ذلك بالقول: "متى يمكن لللائحة أن تكمل القانون دون أن تعدل فيه تكون إجابتنا: يكون ذلك متى احترمت اللائحة طبيعتها التنفيذية والإدارية ولم تخرج عليها أو تنتكرها، ولو أردنا الإجابة على السؤال القائل: ما هو الحد الفاصل الذي يجب أن تقف عنده اللائحة التنفيذية؟ تكون إجابتنا هو ذلك الحد الذي تتعاون في رسم معالمه طبيعتها التنفيذية مع طبيعتها الإدارية. ولو حاولنا الإجابة عن السؤال: ما معنى التنفيذ؟ تكون إجابتنا أن تتضمن اللائحة أحكاماً تهدف إلى تيسير تطبيق القانون دون أن تنتكس طبيعتها التنفيذية والإدارية. وأخيراً فلو سألنا: ما هي الأمور التي تدخل في مدلول التنفيذ؟ تكون إجابتنا هي: كل الأمور التي توجد داخل حدود الإطار الذي ترسمه الطبيعة التنفيذية والإدارية لللائحة ولا تتعداه" (الصالح، ١٩٧٧م).

تجب الإشارة إلى أن هذا الرأي يفرق بين الطبيعة التنفيذية والطبيعة الإدارية وهما من طبيعة واحدة، كما أن الإضافة المختلف عليها ليست هي تلك الإضافة فهذه مسلم بها طالما كانت في ضوء الوظيفة التنفيذية للإدارة، فالمشكلة هي في الأحكام الموضوعية، وليست الأحكام التنفيذية.

وأعتقد - وفي ضوء ما تقدم جميعه - فإن اللائحة التنفيذية تتأني مشروعيتها من ضابطين، الأول هو الخضوع

للجهة الإدارية، وإنما خولها النص الدستوري إلى جهة أخرى فقد نص نظام مجلس الشورى في المادة (١٥) منه على أن: "يبدى مجلس الشورى الرأي في السياسات العامة للدولة التي تحال إليه من مجلس الوزراء وله على وجه الخصوص ما يلي: [ج] تفسير الأنظمة". وبالتالي فلا يجوز لللائحة تحت ستار تنفيذ القانون أن تقوم بتفسير النصوص النظامية (المرزوقي، ٢٠٠٤م).

فعلى اللائحة التنفيذية أن تلتزم تلك الحدود وتكون أحكامها لازمة لتنفيذ القانون في حدود مبدأ التدرج القانوني، والطبيعة التنفيذية لللائحة فإن هي خرجت عن حدود ذلك كانت النصوص المعنية غير نظامية.

خاتمة

تناولت في هذا البحث "إشكاليات اللائحة التنفيذية: دراسة تطبيقية على النظام في المملكة العربية السعودية" وذلك من خلال مبحثين، فبينت في الأول منها الحدود الشكلية والإجرائية للوائح التنفيذية وذلك من خلال النظام الأساسي للحكم والأنظمة الأساسية الأخرى، والذي انقسم إلى مطلبين، الأول اختص بدراسة تحديد الجهة المختصة بإصدار اللوائح التنفيذية في المملكة، ومدى التزامها بذلك، والثاني عن تحديد المدة الزمنية لإصدار اللوائح، والإجراءات اللازمة لإصدارها، أما المبحث الثاني، فكان عن الحدود الموضوعية لللائحة التنفيذية، واللوائح المتشابهة معها، وقد تمت دراسة هذا المبحث من خلال مطلبين، فكان المطلب الأول عن الحدود الموضوعية التي يجب أن تلتزمها اللائحة التنفيذية، والمطلب الثاني عن التمييز بين اللائحة التنفيذية واللوائح الأخرى التي قد تشابه معها، وقد نتجت عن هذه الدراسة مجموعة من النتائج، وبما ترتب عليها مجموعة من التوصيات نجملها تباعاً كما يلي.

لمبدأ التدرج القانوني، والثاني حدود وظيفتها الدستورية وهي تنفيذ القوانين، فيجب أن تدور في فلك مرتبتها القانونية وأنها تقع في المرتبة التالية للتشريع ومن ثم وجب عليها أن تسير في هذا الإطار، وإلا كانت قواعد القانون غير مشروعة، وعليه فلا يجوز لللائحة أن تعدل حكماً للنظام، والتعديل كما قد يكون بالحذف يكون بالإضافة فالتعديل هو التغيير، والإضافة بالضرورة هي تغيير ينعكس على النصوص النظامية والذي يكون على نص بعينه أو تغييراً في أحكام القانون بشكل عام، والذي قد يتضمن تعديلاً بالانتقاص مع الأحكام القانونية أو إضافة إلى تلك الأحكام، وقد يكون صراحةً أو ضمناً، فتخصيص العام، وتقييد المطلق، يقعان من باب التعديل على النص القانوني لأنه يصرفه عن المعنى الذي حدده المنظم، غير أنه يجب النظر إلى أن الحظر على الإضافة يكون خاصاً بالأحكام الموضوعية، وليست تلك الأحكام التنفيذية.

ومن باب عدم المشروعية كذلك تعطيل النص القانوني، أو الإعفاء من تطبيقه إيجاباً كان أو سلباً فذلك تعدي واضح على أحكام القانون والتدخل في الوظيفة التشريعية، فهو إخلال واضح بالتبعية، وتجاوز الوظيفة التنفيذية، وغصباً للسلطة بما يوصم هذه النصوص بعدم المشروعية.

فعلى اللائحة أن تخضع لمبدأ الشرعية بما يعني تصرفها بشكل مطابق للقانون، فلا يكفي أن تكون العلاقة بين القانون واللائحة، علاقة عدم مخالفة أو علاقة موافقة، وإنما تكون علاقة مطابقة (الصالح، ١٩٧٧م).

وفي حدود وظيفتها التنفيذية فوظيفتها أن تضع القواعد اللازمة لتنفيذ القانون وليست وظيفتها هي وضع التشريعات، وفي حدود هذه الوظيفة التنفيذية يقتصر دورها على وضع الأحكام التي يتوقف تنفيذ القانون إجرائياً عليها وفي حدود السلطات الدستورية المخولة لها، فلا يجوز لها تفسير النصوص تحت ستار التنفيذ، فهذه السلطة غير مخولة

أولاً: النتائج

اللائحة فالمواعيد المتعلقة بذلك هي مواعيد تنظيمية غير أنه يمكن تحميل السلطة المختصة المسؤولية القانونية جراء هذا التأخير.

• على السلطة المختصة الالتزام بالإجراءات التي حددها النظام، وإلا كانت اللائحة حرية بالإلغاء وما يترتب على ذلك من آثار، غير أنه في نفس الوقت فإن الإلغاء بالنسبة إلى الشكل يكون بالنظر إلى الإجراءات الجوهرية دون الثانوية كما هو مستقر عليه لدى ديوان المظالم.

• إلغاء النظام يستتبعه بالضرورة إلغاء اللائحة التنفيذية له ما لم ينص النظام على غير ذلك، غير أن النظام السعودي يستخدم صيغة الإحلال مكان صيغة الإلغاء صراحةً أو ضمناً ليبقي اللائحة التنفيذية حين صدور اللائحة الجديدة.

• لم يبين النظام السعودي الحدود الموضوعية لللائحة التنفيذية بخلاف النظام المصري، الأمر الذي دعا ديوان المظالم ليقوم بتحديد وظيفة اللائحة التنفيذية في أحكامه في هذا الشأن بأنها تقتصر على وضع القواعد اللازمة لتنفيذ الأنظمة بما ليس فيه تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها مما يلزم معه وجوب وحدة الهدف بين النظام واللائحة ولا يكون ذلك إلا باستخلاص دلالة نصوص النظام أولاً؛ لتقتصر وظيفة اللائحة التنفيذية على وضع الوسائل العملية لتنفيذ الأنظمة.

• هناك فرق بين النصوص التنفيذية والنصوص التفويضية الواردة في اللائحة التنفيذية، فإذا كانت النصوص التنفيذية تقتصر على الوظيفة التنفيذية اللازمة لتنفيذ النظام، فإن النصوص التفويضية لها وضع قواعد تنظيمية عامة، ولكن بشرط أن تكون تلك القواعد، ليست من القواعد المحجوزة للنظام، وهذه المسألة يحكمها النظام الأساسي للحكم، فإذا كانت من القواعد المحجوزة للنظام ولا نص يميز التفويض وقعت تلك القواعد في عدم المشروعية القانونية.

• توجد تفرقة بين اللوائح التنفيذية واللوائح المستقلة، وإن كان كلاهما صادر من السلطة التنفيذية فاللائحة التنفيذية لها علاقة تبعية من الناحية الدستورية والقانونية بالقانون الصادرة تنفيذاً له، في حين أن اللوائح المستقلة تصدر استقلالاً عن القانون ومن ثم تلتزم حدود الضوابط الدستورية وحدها، كما أن اللائحة التنفيذية تفرق عن القرارات الفردية في تحديد المخاطبين بأحكامها.

• تتميز اللائحة التنفيذية عن المذكرة التفسيرية أو المذكرة الإيضاحية، من حيث الشكل والموضوع، فالأولى وظيفتها تنفيذية بحتة، في حين أن الثانية وظيفتها فلسفية وتفسيرية، والأولى تتمتع بحدودها التنفيذية شكلاً في مدارج التنظيم القانوني، أما المذكرة التفسيرية أو الإيضاحية فتتمتع بقوة النص القانوني الذي تتبعه، بما يلزم العناية بدراسة هذه المذكرات لأنها تأتي بقواعد موضوعية هامة.

• النظام الأساسي للحكم والأنظمة الأساسية لم تحدد بشكل يقطع النزاع الجهة المعنية بإصدار اللوائح التنفيذية في المملكة، فقد ورد الحكم المتعلق باللوائح عاماً بما أدى إلى إسناد هذا الاختصاص إلى السلطة التنظيمية، وهو ما يخالف المعمول به، وفي فرض آخر خلا النظام الأساسي للحكم والأنظمة الأساسية من تحديد الجهة المعنية بإصدار اللوائح التنفيذية ويكون إصدار اللوائح التنفيذية متوقف دائماً على تحديد النظام.

• السلطة التقديرية للجهة المختصة بإصدار اللوائح حينما يكون نص الإسناد مطلقاً من تحديد المدة الزمنية لإصدار اللوائح التنفيذية، وتكون السلطة مقيدة بمدة زمنية محددة حال تحديد النص النظامي لذلك، غير أنه في الحالة الأولى يجب أن تكون السلطة التقديرية في حدود المدة المعقولة لذلك وتحت رقابة القضاء، وحينما تكون السلطة مقيدة فإنه لا يترتب على عدم إصدار اللوائح في موعدها بطلان

المراجع

أولاً: المراجع العربية

- أبو يونس، محمد باهي (٢٠٠٨م). الضوابط الدستورية للوظيفة اللائحية التنفيذية: دراسة مقارنة. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ص ٥-٦٥.
- آل خنين، عبدالله بن محمد بن سعد القاضي (ربيع الآخر ١٤٢٥هـ). منهج اللوائح التنفيذية في النظم وتطبيقه في لوائح نظام المرافعات الشرعية السعودي. مجلة العدل، تصدرها وزارة العدل في المملكة العربية السعودية، مج(٦)، ع(٢٢)، ص ١٥٨.
- بو زيد، الدين الجليلي (٢٠١٨م). القضاء الإداري: أحكام المنازعات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية. الإسكندرية: دار الكتاب الجامعي، ص ٢٦-٣٠.
- جمال الدين، سامي (٢٠٠٣م). اللوائح الإدارية وضمانه الرقابة القضائية. الإسكندرية: منشأة المعارف، ص ٢٥٣-٢٩٧.
- حافظ، محمود محمد حافظ (د.ت.). القرار الإداري: دراسة مقارنة. القاهرة: دار النهضة العربية، ص ٢١٥.
- حسبو، عمرو أحمد (١٩٩٥م). السلطة اللائحية في دولة الإمارات. دار النهضة العربية، ص ٥٢-٥٣.
- الحلو، ماجد راغب (١٩٩٠م). مبادئ القانون الإداري في الإمارات. دبي: دار القلم للنشر والتوزيع، ص ١٨١.
- خليفة، عبد المنعم عبدالعزيز (٢٠٠٨م). القرار الإداري في مجلس الدولة. ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، ص ١٩٤-٢٠٣.
- خليل، محسن (١٩٨٦م). القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة. الإسكندرية: منشأة المعارف، ص ٦٤٩.
- الصالح، بدرية جاسر (١٩٩٠م). مجال اللائحة في فرنسا. مطبوعات جامعة الكويت، ص ١٧٤.

- تتأني وظيفة اللائحة التنفيذية من خلال تبعيتها للنظام وكونها في درجة أدنى منه في سلم التدرج القانوني، ومن خلال وظيفتها التنفيذية التي تقتصر على وضع النصوص النظامية موضع التنفيذ ولا يجوز لها أن تقتحم الوظيفة التشريعية تعديلاً أو الغاءً أو إعفاءً للنصوص التي تتبعها.

ثانياً: التوصيات

- على النظام في المملكة أن يحدد في النظام الأساسي للحكم بشكل صريح السلطة المختصة بإصدار اللائحة التنفيذية، مع إمكانية السلطة المختصة بالتفويض في ذلك، ومع إمكانية أن يحدد النظام نفسه الجهات المعنية بإصدار اللائحة في كل حالة على حده بقوله ويجوز للنظام أن يبين الجهة المختصة بإصدار اللائحة التنفيذية.
- قيام النظام الأساسي للحكم بالنص على إمكانية تفويض السلطة التنظيمية للسلطة المختصة بوضع اللائحة التنفيذية بوضع قواعد تنظيمية عامة، على ذات القانون بإضافة شروط أخرى أو أحكام جديدة لم يتضمنها النص القانوني بما لا يعطله أو يعني من تطبيقه أو يتقص منه، بما يحل الإشكال تماماً في هذا الموضوع فيحقق في هذه الحالة بين ما هو مستقر عليها في وظيفة اللائحة التنفيذية، وفيما هو مستقر عليه في إمكانية تفويض السلطة اللائحة بوضع قواعد تنظيمية عامة في داخل اللائحة التنفيذية.
- أن يحدد النظام الحدود الموضوعية لللائحة التنفيذية وفقاً لتبعيتها النظامية، ووظيفتها التنفيذية في وضع القواعد اللازمة لتنفيذ النظام كما فعل القانون المصري.
- وأخيراً إعطاء النصوص النظامية المتعلقة باللائحة التنفيذية مساحة من التنظيم في داخل النظام الأساسي بما يوجد صورة تفصيلية عن الأحكام النظامية لللائحة التنفيذية نظراً لدور هذه الأخيرة وأهميتها في البنيان النظامي.

ثانياً: المراجع الفرنسية

- Guy Braibant, *le droit Administratif français*, presse De la fondation nationale des sciences politiques and Dalloz, 1984, pp 205-206
- Pierre Tifine, *Droit administratif français*, 4ème édition, 2019, <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2019/02/12/droit-administratif-francais-deuxieme-partie-chapitre-1-section-vi/>
- Rene chapus, *droit administratif général tome 1*, 15 édition, Montchrestien, 2001, p 658.

ثالثاً: المجموعات القضائية

- مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لديوان المظالم.
- مجموعة المكتب الفني لأحكام المحكمة الإدارية العليا.
- أحكام غير منشورة لديوان المظالم.
- حكم ديوان المظالم رقم (٦٧/د/١/٦) لعام ١٤٣٣هـ، في القضية رقم (٢٠٨٠/ق) لعام ١٤٣٠هـ، المؤيد بحكم محكمة الاستئناف الإدارية رقم (٦/٤٥٠) لعام ١٤٣٤هـ، المقيدة بمحكمة الاستئناف برقم (٤٠٣٧/ق) لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).
- حكم ديوان المظالم رقم (١٦١/د/١/١) لعام ١٤٣٣هـ، في القضية رقم (٢٧٨٩/١٠/ق) لعام ١٤٣٣هـ، المؤيد بحكم محكمة الاستئناف الإدارية رقم (٢/١٨٣) لعام ١٤٣٤هـ، في القضية رقم (٣٣١٣/٢/س) لعام ١٤٣٣هـ (حكم غير منشور).
- حكم ديوان المظالم رقم (٢٠١/٧/١) لعام ١٤٣٤هـ، في القضية رقم (٦٦٨٩/١/ق) لعام ١٤٢٩هـ، المؤيد بحكم محكمة الاستئناف الإدارية رقم (٥/٤٩) لعام ١٤٣٥هـ، في القضية رقم (٤٣٠١/ق) لعام ١٤٣٤هـ (حكم غير منشور).

الصالح، عثمان عبد الملك (١٩٧٧م). *السلطة اللائحية للإدارة في الكويت والفقه المقارن وأحكام القضاء*. ص ص ٤٤-٤١.

الصفى، خالد بن عبدالرزاق (١٤٣٦هـ/٢٠١٥م). *دليل صياغة الأنظمة واللوائح في المملكة العربية السعودية*. ط١، ص ١٨٤.

الطماوي، سليمان محمد (١٤٢٧هـ/٢٠٠٧م). *النظرية العامة للقرارات الإدارية: دراسة مقارنة*. راجعه ونقحه الدكتور محمود عاطف البنا، القاهرة: دار الفكر العربي، ص ص ٤٨٦-٤٨٩.

عبد الوهاب، محمد رفعت (٢٠٠٦م). *القضاء الإداري*. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ص ٢٦.

العجمي، حمدي محمد (١٤٣٧هـ/٢٠١٦م). *القانون الإداري في المملكة العربية السعودية (التنظيم الإداري - النشاط الإداري)*. الرياض: مركز البحوث، معهد الإدارة العامة، ص ص ٦٥-٩٥.

العجمي، حمدي محمد (١٤٤١هـ/٢٠٢٠م). *الوجيز في القانون الإداري السعودي: أساليب الإدارة ووسائلها النظامية*. دار الإجابة، ص ٨٧.

فتح الباب، عليوة مصطفى (٢٠١٦م). *الوسيط في سنن وصياغة وتفسير التشريعات، الكتاب الأول: إجراءات سنن التشريعات*. مكتبة الخليج، ص ص ٣١٦-٣٩٥.

المرزوقي، محمد بن عبدالله (١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م). *السلطة التنظيمية في المملكة العربية السعودية*. مكتبة العبيكان، ص ٨٩، ٢٥٤، ٣١١.

الحماية الجزائية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة في التشريع الإماراتي (دراسة مقارنة)

محمد أمين الخرشة

أستاذ القانون الجنائي المشارك

كلية القانون، جامعة العين

الإمارات العربية المتحدة

حمدان أحمد إبراهيم البلوشي

ماجستير القانون العام، جامعة العين

باحث قانوني، القيادة العامة لشرطة أبوظبي

الإمارات العربية المتحدة

mohammad.alkrisheh@aau.ac.ae

(قدم للنشر في ١٤/٢/١٤٤١هـ، وقبل للنشر في ١٢/٦/١٤٤١هـ)

ملخص البحث. تعد الحماية الجزائية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة أمراً ضرورياً، تتمثل بعمل أجهزة العدالة الجزائية على حماية ذوي الاحتياجات الخاصة من خلال اتخاذ ضمانات إجرائية لهم، والتأكيد على الضمانات الإجرائية التي يجب أن يتمتع بها ذوي الاحتياجات الخاصة في سبيل ممارسة حقوقهم سواء قبل تحريك الدعوى الجزائية أو بعد تحريكها من خلال تقرير الحقوق الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة أثناء إجراءات الدعوى الجزائية. وقد أكدت على ذلك معظم التشريعات العربية، إلا أنها لم تضع نظاماً قانونياً لحمايتهم إجرائياً في قوانينهم الخاصة المعنية بذوي الاحتياجات الخاصة بصورة كاملة. وفي سبيل التعرّف على أحكام الحماية الجزائية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة في التشريع الإماراتي، تناولنا بيان الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة قبل تحريك الدعوى الجزائية، وأثناء إجراءات الدعوى، وقد أنهينا البحث بخاتمة اشتملت على النتائج والتوصيات، ومن أهمها إنشاء محاكم متخصصة لذوي الاحتياجات الخاصة في دولة الإمارات العربية المتحدة وفي التشريعات المقارنة، من خلال تحديد قانون خاص يبين تشكيل تلك المحكمة واختصاصها في قضايا ذوي الاحتياجات الخاصة.

الكلمات المفتاحية: ذوي الاحتياجات الخاصة، الحماية الإجرائية، الدعوى الجزائية، المساعدة القانونية.

PROCEDURAL CRIMINAL PROTECTION OF PEOPLE WITH SPECIAL NEEDS IN THE UAE LEGISLATION: A COMPARATIVE STUDY

Hamdan Ahmd Alblooshi

*Master's in Public Law, Al Ain University
Legal Researcher, General Command of Abu Dhabi Police
United Arab Emirates*

Mohammad Amin Alkrisheh

*Associate Professor, College of Law, Al Ain University
United Arab Emirates
mohammad.alkrisheh@aau.ac.ae*

(Received 14/02/1441 H., Accepted for Publication 12/06/1441 H.)

Abstract. The procedural criminal protection of people with special needs is essential. Therefore, criminal justice system should provide the necessary protection for such people through taking procedural safeguards, and affirming the procedural guarantees that people with special needs should enjoy in order to exercise their rights either before or after initiating criminal case. This should be through determination the procedural rights of those people during criminal proceedings. It is worth mentioning that most of Arab legislations have confirmed this; however, they have not established a specialized legal framework to protect them procedurally in their own laws for people with special needs.

In order to identify the provisions of procedural criminal protection of people with special needs in the UAE legislation, this research examines procedural protection of people with special needs prior to initiating the criminal case, and during the proceedings. Finally, the conclusion provides the most important findings and recommendations. It includes establishing specialized courts for people with special needs within comparative legislation in the United Arab Emirates, through formulating a special law showing the formation of such a court and its jurisdiction in people with special needs cases.

Keywords: People with special needs, Procedural protection, Criminal lawsuit, Legal aid.

المقدمة

طرحنا مشكلة ذوي الاحتياجات الخاصة نفسها كقضية اجتماعية جديدة بالاهتمام، والتي أصبح اندماج ذوي الاحتياجات الخاصة في الحياة الاجتماعية واجباً تفرضه القيم الدينية والأخلاقية والاجتماعية، بل وضرورة اقتصادية تقتضيها زيادة فاعلية العنصر البشري في زيادة الإنتاج القومي، فالعنصر البشري هو قوة الدفع الحقيقية لعملية التنمية، ويعتبر تأهيل ذوي الاحتياجات الخاصة أحد عناصر الاستثمار البشري باعتبارهم فئة من فئات المجتمع تعطلت طاقاتها نتيجة الإصابة بخلل في أحد أجهزة الجسم، لذلك أصبح الاهتمام بذوي الاحتياجات الخاصة ضرورة ملحة، تعويضاً لهم عما يعانونه من عجز جزئي أو كلي، وتمكينهم من الحياة الطبيعية المنتجة، وتدعياً لمساعدتهم في الحصول على حقوقهم وحمايتهم (زيدان، ٢٠٠٩م).

وتعد الحماية الجزائية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة أمراً ضرورياً، وتجسدت هذه الحماية على المستوى الدولي والعربي، كما تجسدت هذه الحماية في صون كرامتهم الإنسانية وحمايتهم من ألوان المعاملة التمييزية في مجال الحماية الجزائية أو التمييز الإجرائي، فالكثير من التشريعات الوطنية أو الدولية تعرضت للحماية الجزائية لذوي الاحتياجات الخاصة، وبعضها أيضاً تعرض لبعض تطبيقات حماية ذوي الاحتياجات الخاصة في القوانين الإجرائية التي تخدم تلك القوانين الموضوعية، من خلال تأكيدها على بعض الحقوق الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة، كحقهم في اللجوء إلى القضاء، وفي المساعدة القانونية والقضائية، وفي الحصول على محام، ومترجم لغة إشارة في الإعاقة السمعية أو الكلامية، وحقهم في سماعهم من قبل القاضي، إلا أنها لم تضع نظاماً قانونياً كاملاً لحمايتهم الإجرائية (محمود، ٢٠١٦م).

وقد اهتمت دولة الإمارات العربية المتحدة بذوي الاحتياجات الخاصة، وأصدرت لهم القانون الاتحادي رقم

(٢٩) لسنة ٢٠٠٦م، "والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٩م"، والذي يهتم بحقوق ذوي الاحتياجات الخاصة المتمثلة في الخدمات الصحية وخدمات إعادة التأهيل، والتعليم والعمل، والحياة العامة الثقافية والرياضية، والبيئة المؤهلة.

أهمية البحث

تكمن أهمية موضوع ذوي الاحتياجات الخاصة في اهتمام دولة الإمارات العربية المتحدة بهم، من خلال كفالة حقوق صاحب الاحتياجات الخاصة وتوفير جميع الخدمات في حدود ما تسمح به قدراته وإمكاناته، على أساس توفير الخدمات الصحية وخدمات إعادة التأهيل، وضمان الدولة فرصاً متكافئة للتعليم ضمن جميع المؤسسات التربوية أو التعليمية والتأهيل المهني، وتوفير الوظائف العامة في الدولة لهم، كما تتخذ الدولة التدابير اللازمة لتحقيق مشاركة صاحب الاحتياجات الخاصة في الحياة الثقافية والرياضية والترفيهية، فضلاً عن توفير الدولة لهم بيئة مؤهلة، تمكنهم من الوصول إلى أي مكان في الدولة، والذي يستطيع غيره الوصول إليه.

علاوة على ذلك، فإن مجلس الوزراء الإماراتي برئاسة صاحب السمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم حفظه الله، قد أطلق مبادرة تتعلق بتغيير مسمى ذوي الاحتياجات الخاصة إلى أصحاب الهمم، وذلك لإعطائهم دفعة معنوية كبيرة للإسهام في تقدم المجتمع وأن يكون لهم دور فعال، وهذا إن دل على شيء فإننا يدل على حرص القيادة الرشيدة بهذه الفئة واعتبارهم جزءاً لا يتجزأ من المجتمع، الأمر الذي يستلزم بيان حقوق هذه الفئة وتوفير الحماية الموضوعية والإجرائية في القانون الإماراتي والمقارن.

مشكلة البحث

أكدت القوانين على الحقوق الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة، والتي تتمثل في الضمانات القضائية

خطة البحث

- المبحث الأول: الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة قبل تحريك الدعوى الجزائية.
 - المطلب الأول: حق ذوي الاحتياجات الخاصة في الحصول على المساعدة القانونية والقضائية.
 - المطلب الثاني: حق ذوي الاحتياجات الخاصة في الوصول إلى القضاء.
- المبحث الثاني: الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة بعد تحريك الدعوى الجزائية.
 - المطلب الأول: الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة في قواعد الاختصاص النوعي للمحاكم.
 - المطلب الثاني: حقوق الدفاع الأساسية والمساعدة لذوي الاحتياجات الخاصة.
- الخاتمة.

المبحث الأول:

الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة

قبل تحريك الدعوى الجزائية

تتمثل الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة قبل تحريك الدعوى الجزائية في حقهم في الحصول على المساعدة القانونية والقضائية، وحقهم في الوصول إلى القضاء، وتعد الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة فارغة من مضمونها إذا كان باب اللجوء إلى القضاء مغلقاً، فما جدوى تلك الحماية الإجرائية وهم كخصوم إذا كانوا محرمون من الوصول إلى المحاكم، أو حرمان ذوي الاحتياجات الخاصة كمعاوني للقضاء في العمل القضائي، حيث لا توجد نصوص قانونية تمنع ذوي الاحتياجات الخاصة من ممارسة وظائفهم كمحامين أو موثقيين (محمود، ٢٠١٦م)، لذا سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث في مطلبين، على النحو التالي:

لذوي الاحتياجات الخاصة، قبل البدء في القضية وعند البدء في القضية وأثناءها من خلال المساعدة القانونية والقضائية لهم والوصول إلى القضاء، والحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة في قواعد الاختصاص النوعي للمحاكم، وحقوق الدفاع الأساسية والمساعدة لذوي الاحتياجات الخاصة، إلا أنها لم تضع نظاماً قانونياً لحمايتهم إجرائياً في قوانينهم الخاصة المعنية بذوي الاحتياجات الخاصة بشكل كامل.

وتتركز مشكلة الدراسة في أن القانون الاتحادي رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٦م في شأن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، اهتم بحماية حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، ولم يهتم بالضمانات القضائية لذوي الاحتياجات الخاصة، كما فعل القانون المصري والأردني.

أهداف البحث

- ١- بيان الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة قبل تحريك الدعوى الجزائية.
- ٢- الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة بعد تحريك الدعوى الجزائية.
- ٣- الكشف عن الضمانات القضائية لذوي الاحتياجات الخاصة في القانون الإماراتي والمقارن وبيان جوانب القصور.

منهج البحث

نعتمد في هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي، لرصد الحماية الجزائية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة في القانون الإماراتي، كما نستخدم المنهج المقارن للوصول إلى نقاط الاختلاف والاتفاق بين القانون الإماراتي والمصري والأردني والعراقي والكويتي.

المساعدة لا غنى عنها لحماية شخصه أو ماله، وإذا أقيمت ضد المعوق دعوى قضائية وجب أن تراعى الإجراءات القانونية المطبقة لحالته البدنية أو العقلية مراعاة تامة" (أحمد، ٢٠١٥م). وقد أجاز المشرع الإماراتي المساعدة القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة، حيث نصت المادة (٦) من القانون الاتحادي رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٦م في شأن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٩م على أنه: "تكفل الدولة المساعدة القانونية لصاحب الاحتياجات الخاصة في جميع الأحوال التي تقيد فيها حريته لأي سبب قانوني ويتعين عند صدور ما يقيد حرية صاحب الاحتياجات الخاصة اتخاذ ما يأتي:

- ١- معاملة بطريقة إنسانية تُراعى وضعه واحتياجاته بوصفه صاحب احتياجات خاصة.
- ٢- تقديم المعلومات والبيانات اللازمة له، والتي تتصل بأسباب تقييد حريته".

وتقابلها المادة (٣١/هـ) من قانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٧م بشأن قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني، والتي نصت على أنه يتم: "توفير المعلومات ومحاضر التحقيق والجلسات بالأشكال المسيرة للأشخاص ذوي الإعاقة كلما كان ذلك ضرورياً"، وأكد المشرع المصري، على حق الحصول على جميع المعلومات التي تخصهم من كافة الجهات، مع التزام وزارة العدل والجهات والهيئات القضائية والجهات التابعة لها بتوفير كافة الخدمات لهم بشكل ميسر وفقاً لقانوني الإجراءات الجزائية والمرافعات المدنية وغيرها من القوانين، ويصدر بتلك المساعدات قرارات من وزير العدل والجهات والهيئات القضائية المعنية، وعلى الجهات المختصة والمجلس القومي للأشخاص ذوي الإعاقة المصري، توفير كافة وسائل المساعدة القانونية لهم^(١).

- المطلب الأول: حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في الحصول على المساعدة القانونية أو القضائية.
- المطلب الثاني: حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في الوصول إلى القضاء.

المطلب الأول: حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في الحصول على المساعدة القانونية والقضائية

سوف نتناول في هذا المطلب الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة قبل تحريك الدعوى الجزائية، من خلال التطرق إلى حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في الحصول على المساعدة القانونية والقضائية في التشريع الإماراتي والمقارن، على النحو التالي.

الفرع الأول: حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في الحصول على المساعدة القانونية

تعرف المساعدة القانونية بأنها: مساعدة ذوي الاحتياجات الخاصة في الوصول إلى القانون من خلال إخبارهم بصفة عامة بحقوقهم والتزاماتهم القانونية وتوجيههم إلى المؤسسات التي يمارسون فيها حقوقهم، والمساعدة في تنفيذ الإجراءات للممارسة الحق أو تنفيذ الالتزام ذات الطبيعة القانونية، وتقديم الاستشارات في المسائل القانونية، وبالتالي يستطيع ذوي الاحتياجات الخاصة اللجوء إلى الجهات المختصة لتفعيل حقوقهم في الوصول إلى القانون، فتقدم لهم الاستشارات والمشورة القانونية والمساعدة القانونية التي تتمثل في توعية ذوي الاحتياجات الخاصة بحقوقهم القانونية (محمود، ٢٠١٦م).

ويعتبر حق ذوي الاحتياجات الخاصة في المساعدة القانونية حق مقرر وأكدته عليه التشريعات الدولية منها الإعلان الخاص بحقوق ذوي الاحتياجات الخاصة الذي نص في البند (١١) على أنه: "يجب أن يمكن المعوق من الاستعانة بمساعدة قانونية من ذوي الاختصاص حين يتبين أن مثل هذه

(١) المواد (٤) و(٣٢) و(٣٧) من قانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٨م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري.

الفرع الثاني: حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في الحصول على المساعدة القضائية

يتعرض ذوي الاحتياجات الخاصة إلى الإصابة بالعاهات البدنية كالصمم أو البكم أو العمى، والتي تجعله غير قادر على التعبير عن إرادته، بصورة من الممكن أن تؤثر على مصالحه وأمواله، وقد عالج المشرع الإماراتي حالة العاهة المزدوجة في المادة (١٧٣) من قانون المعاملات المدنية الاتحادي، حيث نصت على أنه: "إذا كان الشخص أصم وأبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للقاضي أن يعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك على الوجه الذي يبينه القانون"، فالشخص المصاب بهذه العاهات يكون دائماً كامل الأهلية، كل ما في الأمر أنه بحالة يستعصى عليه الانفراد بمباشرة تصرفات قانونية، لذلك أجاز له القانون أن يعين له المحكم مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك (بدوي، ٢٠١٣م).

وأشار المشرع المصري إلى حالة العاهة المزدوجة في المادة (١١٧) من القانون المدني حيث نصت على أنه: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أعمى أصم، أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك، ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررر المساعدة القضائية فيها، متى صدر من الشخص الذي تقررر مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعد"، ويتضح من هذا النص أن ذوي الاحتياجات الخاصة يتمتعون بالمساعدة القضائية، ولكن بدرجة معينة من الإعاقة، لذا أجاز القانون للمحكمة أن تعين لهم مساعداً قضائياً (أحمد، ٢٠١٥م)، كما عالج المشرع الأردني حالة العاهة المزدوجة في المادة (١٣٢) من القانون المدني حيث نصت على أنه: "إذا كان الشخص أصم أبكم أو

وفي ضوء ما تقدم، نجد أن المشرع الإماراتي أجاز تقديم المساعدة القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة من خلال تقديم المعلومات والبيانات اللازمة له، والتي تتصل بأسباب تقييد حريته، وكذلك المادة (٣١/هـ) من قانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٧م بشأن قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني، وكذلك القانون المصري في المادتين (٣٢) و(٣٧) من قانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٨م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري، ولا يوجد مقابل لهذه المواد في التشريع الكويتي والعراقي، فكان الأجدر عليهما أن ينصوا على تنظيم حق المساعدة القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة.

وعليه فإن وزارة تنمية المجتمع والجهات المختصة الإماراتية والمنصوص عليهم في قانون ذوي الاحتياجات الخاصة هي التي يجب عليها تقديم المساعدة القانونية إلى ذوي الاحتياجات الخاصة قبل البدء في القضية من خلال إنشاء قسم قانوني يختص بتوعية ذوي الاحتياجات الخاصة بحقوقهم والتزاماتهم القانونية وتقديم الاستشارات في المسائل القانونية، وهذا ما جاء في مضمون المادة (٤) من ذات القانون، وكذلك الجهات المختصة وهيئات رعاية ذوي الاحتياجات الخاصة والمنصوص عليها في القانون المقارن، مثل هيئة رعاية ذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة العراقي، والهيئة العامة لشؤون ذوي الإعاقة الكويتي، والمجلس الأعلى لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني (الأحمد، ٢٠٠٩م)، والمجلس القومي للأشخاص ذوي الإعاقة المصري، حيث ترجع تقدم المساعدة القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة خاصة، لتوفير الحماية الإجرائية لهم قبل البدء في القضية، من خلال تقديم لهم المعلومات عن حقوقهم والتزاماتهم القانونية، وتوعية ذوي الاحتياجات الخاصة بحقوقهم القانونية بهدف تفعيل حقهم في الوصول إلى القانون.

ذوي الاحتياجات الخاصة، على أنه: "توفير المساعدة الملائمة في حالة عدم قدرته على دفع الرسوم القضائية أو المصروفات أو الغرامات، وذلك على النحو الذي يصدر به قرار من مجلس الوزراء"، كما نصت المادة (٣١) من ذات القانون على أنه: "تُعفى من الرسوم القضائية الدعاوى التي يرفعها صاحب الاحتياجات الخاصة في إطار تنفيذ أحكام هذا القانون".

وتقابلهم المادة (٥/٣١) من قانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٨م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري حيث نصت على أنه: "يُعفى الشخص ذو الإعاقة سواء كان مدعياً أو مدعى عليه من الرسوم القضائية على الدعاوى المقامة أمام المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها"، بسبب تطبيق أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر يتعلق بحماية حقوق هؤلاء الأشخاص بسبب إعاقاتهم، وعلى الرغم من أن المشرع الكويتي لم ينص على مصطلح المساعدة القضائية، ولكن المادة (٣٧) من القانون رقم (٨) لسنة ٢٠١٠م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الكويتي، قد أعطت ذوي الاحتياجات الخاصة إعفاء من كافة الرسوم الحكومية^(٣).

وفي ضوء ما تقدم، نرى أن المشرع الإماراتي أجاز في المواد (٣/٦) و(٣١) لذوي الاحتياجات الخاصة في الحصول على المساعدة القضائية، وكذلك القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٨م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري في المادة (٥/٣١)، والقانون الكويتي في القانون رقم (٨) لسنة ٢٠١٠م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الكويتي في المادة (٣٧)، ولا يوجد مقابل لهذه المواد في القانون الأردني أو العراقي، فكان الأجدر عليهما أن ينصوا على تنظيم حقهم في الحصول على المساعدة القضائية لذوي الاحتياجات الخاصة.

(٣) المادة (٣٧) من القانون رقم (٨) لسنة ٢٠١٠م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الكويتي.

أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين وصياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك"، ويتضح من المادة السابقة أن يشترط وجود عاهة مزدوجة حتى تتمكن المحكمة من تعيين لذوي الاحتياجات الخاصة مساعداً قضائياً، لكي يتمكن التعبير عن إرادته (دغش، ٢٠٠٨م؛ الأحمد، ٢٠٠٩م)^(٤).

وعليه نجد أن المشرع الإماراتي والمقارن أجاز تعيين مساعداً قضائياً في حالة العاهة المزدوجة، حيث يتعذر عليه بسبب هذه العاهة المزدوجة التعبير عن إرادته، إلا أن المشرع الإماراتي والمقارن لم ينص على ذلك في قانون ذوي الاحتياجات الخاصة، فكان الأجدر عليهم أن يتضمنوا نصاً مثل ذلك، لتحقيق المساعدة القضائية لذوي الاحتياجات الخاصة خاصة في حالة العاهة المزدوجة.

ومن هذا المنطلق، فقد أجاز المشرع الإماراتي في قانون حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في الحصول على المساعدة القضائية ولكن من جانب آخر، حيث نصت المادة (٣/٦) من القانون الاتحادي رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٦م في شأن حقوق

(٢) وقد عالج المشرع الكويتي حالة العاهة المزدوجة في المادة (١٠٧) من القانون المدني حيث نصت على أنه: "إذا كان بالشخص عجز جسماني شديد، من شأنه أن يصعب عليه الإلمام بظروف التعاقد، أو يعسر عليه التعبير عن إرادته، وعلى الأخص إذا كان أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً، يعاونه في التصرفات التي ترى أن مصلحته تقتضي المساعدة فيها، ويشهر قرار تعيين المساعد القضائي على نحو ما يقضي به قرار يصدر من وزير العدل"، وعالج المشرع العراقي حالة العاهة المزدوجة في المادة (١٠٤) من القانون المدني، ولكن لم يستخدم مصطلح "المساعد القضائي"، واستخدام مصطلح الوصي، وأجاز للمحكمة أن تعين لذوي الاحتياجات الخاصة وصياً وتحدد تصرفات هذا الوصي. حيث نصت المادة (١٠٤) من القانون المدني العراقي على أنه: "إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تنصب عليه وصياً وتحدد تصرفات هذا الوصي".

المطلب الثاني: حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في الوصول إلى القضاء

إن مفهوم الوصول إلى القضاء هو الوصول للنظم القضائية وإعطائهم حقوقهم في المحاكمة العادلة والتمثيل القانوني (الموسى، د.ت.)، لذا سوف نتناول في هذا المطلب الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة قبل تحريك الدعوى الجزائية، من خلال التطرق إلى حق ذوي الاحتياجات الخاصة في الوصول إلى القضاء، وحق ذوي الاحتياجات الخاصة في الحصول على معاون قضاء أو محام في الوصول إلى القضاء في التشريع الإماراتي والمقارن، على النحو التالي.

الفرع الأول: حق ذوي الاحتياجات الخاصة في الوصول إلى القضاء

ينتج عن حالة ذوي الاحتياجات الخاصة مشكلات تتعلق بعدم قدرتهم على الاندماج في المجتمع ومشاركتهم في الخدمات العامة في المجتمع ومنها خدمة العدالة، من خلال عدم قدرتهم في الوصول إلى القضاء (محمود، ٢٠١٦م).

ومن هذا المنطلق، يتعلق الجانب الموضوعي بالمدلول الموضوعي للوصول إلى العدالة في أنه لا يقتصر على القرارات التي يتخذها القضاء فقط، ولكن يشمل كذلك عملية تعديل التشريعات والدستور، والمطالبة بسن قوانين تفعل المساواة الموضوعية بين ذوي الاحتياجات الخاصة والآخرين، وعملية التنفيع يجب أن تستلهم في الدرجة الأولى قواعد حقوق الإنسان الواردة في اتفاقية الأمم المتحدة لذوي الاحتياجات الخاصة، فهذه القواعد تشكل الحد الأدنى التي لا يجب أن تقل عنها، أما الجانب الإجرائي يتعلق بالمدلول الإجرائي للوصول إلى العدالة، بالعملية التي يتم من خلالها البت في الدعوى من قبل نظم قضائية، وفي إطار ذوي الاحتياجات الخاصة وحقوقهم، يجب الوصول الإجرائي إلى العدالة وإزالة الحواجز والعوائق التي تحول دون تقديم الدعم لهم لتمكين

ذوي الاحتياجات الخاصة من المشاركة الفعالة في إجراءات إدارة العدالة، مما يؤدي إلى تحول الحقوق الأساسية لذوي الاحتياجات الخاصة إلى واقع ملموس وليس مجرد أفكار نظرية (الموسى، د.ت.).

وانطلاقاً من ذلك، فقد أجازت اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق المعوقين لعام ٢٠٠٨م^(٤)، حق وصول ذوي الاحتياجات الخاصة وتمكينهم من العيش في استقلالية والمشاركة بشكل كامل في جميع جوانب الحياة، على قدم المساواة مع غيرهم من الأشخاص الآخرين، كما تكفل الدول الأطراف سبل فعالة للأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة للجوء إلى القضاء على قدم المساواة مع الآخرين، مثل توفير التيسيرات الإجرائية التي تتناسب مع أعمارهم، بهدف تيسير دورهم الفعال في المشاركة المباشرة أو غير المباشرة^(٥)، سواء

(٤) وقد وقعت دولة الإمارات العربية المتحدة على اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لعام ٢٠٠٨م، في ٩/٢/٢٠٠٨م، انظر: الإمارات توقع اتفاقية ذوي الاحتياجات الخاصة، جريدة البيان، تاريخ الاطلاع: ١٠/٨/٢٠١٩م.

(٥) <https://www.albayan.ae/across-the-uae/2008-02-10-1.615911> إن الحياة الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة تشمل تلك الحماية المباشرة التي تعني تلك الحماية التي تنصب مباشرة على كل شخص في مركز "المعوق"، فضلاً إلى الحماية الإجرائية غير المباشرة التي تعني تلك الحماية التي يتمتع بها كل من له صلة بالشخص ذوي الاحتياجات الخاصة سواء أكان شخصاً طبيعياً مثل أقرانه أو شخصاً معنوياً، مثل الجمعيات ذات الصلة بحماية حقوق الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة، كالحماية الإجرائية المقررة في القواعد التي تحكم المساعدة القضائية والصفة والمصلحة في رفع الدعاوى دفاعاً عن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة أو حماية أقرانه في المساعدة القضائية، وبالتالي فأشخاص الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة لا تقتصر على أصحابها وهم ذوي الاحتياجات الخاصة بل تمتد إلى المستفيدين من تلك الحماية وهم من تربطهم بذوي الاحتياجات الخاصة صلة قوية. انظر: أحمد سيد أحمد محمود، تدابير الحماية القضائية للمعوقين: نحو حماية إجرائية للمعوقين وعدالة اجتماعية إجرائية، مرجع سابق، ص ١٦.

الخاصة في الوصول إلى المعلومات والخدمات في الدولة، لكي يتمكنوا من العيش باستقلالية والمشاركة الكاملة في المجتمع، وهذا ما جاء في المادة (٣) و(٤) و(٩) و(٢١) من الاتفاقية^(٧).

وعليه، فإن حق ذوي الاحتياجات الخاصة في الوصول القضاء يتمثل في الحق في المحاكمة العادلة حيث أجازت المادة (١٠) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بالحق في المحاكمة العادلة وتحقيق المساواة في الوصول إلى القضاء، فضلاً عن حق ذوي الاحتياجات الخاصة في الوصول إلى المعلومات القانونية المتعلقة بحقوقهم، وبطرق اللجوء إلى القضاء والقواعد القانونية القابلة للتطبيق على قضاياهم، وفي كثير من الدول يقتصر حق الحصول على مساعدة قانونية على القضايا المدنية أو الجزائية، ولكن المبادئ التي تبنتها الأمم المتحدة تجعل من المساعدة القانونية أو القضائية واجبة في المسائل الجزائية والمدنية، وذلك إذا كان الشخص غير قادر مالياً على الحصول عليها، فضلاً عن ذلك تستثني معظم النظم القانونية ذوي الاحتياجات الخاصة من أهلية التقاضي على أساس عدم قدرة الفرد العقلية أو عدم قدرته على اتخاذ القرار، مما يؤدي ذلك بهم إلى التراجع عن أنفسهم أمام المحاكم أو ليس لهم أهلية توجيه محاميهم أو الاثنين معاً، وقد أجازت المادة (١٢) من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لعام ٢٠٠٨م بالحق في الأهلية القانونية، وهذه المادة لها صلة بالمادة (١٣) التي تجيز الحق في الوصول إلى العدالة، فضلاً عن عوائق تواجه ذوي الاحتياجات الخاصة بمناسبة قيامهم بتقديم شكاوى جزائية، حيث إنه من الحواجز التي تعترضهم الخوف من عدم تصديق الشرطة لهم وعدم أخذ شكاوهم على محمل الجد، فهناك نقص دعم وتيسير في تقديم الشكاوى في الاستجواب والتحقيق.

كانوا شهوداً في قضية ما، أو في جميع الإجراءات القانونية والتي تتمثل في مراحل التحقيق والمراحل التمهيديّة الأخرى، كما يجب أن تعمل الدول الأطراف على التدريب المناسب للعاملين في مجال العدالة، ومن ضمنهم الشرطة وموظفو السجون، بهدف إمكانية لجوء الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة إلى القضاء^(٨).

ولا ينحصر الوصول إلى العدالة وتحقيق المساواة بين ذوي الاحتياجات الخاصة والآخرين في المادة (٩) و(١٣)، من اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق المعوقين لعام ٢٠٠٨م، فهناك أحكام أخرى نظمت بعض الجوانب ذات الصلة بالوصول إلى العدالة وتحقيق المساواة بينهم وبين الآخرين، فقد حظرت المادة (٥) من الاتفاقية التمييز بكافة أنواعه ضد ذوي الاحتياجات الخاصة، كما أجازت المادة (١٢) من الاتفاقية بالحق في المساواة أمام القانون، والمادتان (٩) و(٢١) من الاتفاقية اللتان تؤكدان على الوصول إلى المباني والأماكن المتاحة للعامة والحق في حرية التعبير والحصول على المعلومات، وهي من الحقوق التي تتداخل من الناحية العملية مع الحق في الوصول إلى العدالة، والمادتان (٨) و(١٦/٢) من الاتفاقية واللذان تؤكدان على الوعي بحقوق ذوي الاحتياجات الخاصة ورفع الوعي بحماية الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة ضد العنف (الموسى، د.ت.).

وفي هذا السياق، فإن إمكانية الوصول وفقاً لأحكام اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لعام ٢٠٠٨م، تعتبر عنصراً مساعداً للأشخاص ذوي الإعاقة في الوصول إلى المعلومات، وهو من القدر اليسير الذي يتيح لأكثر عدد ممكن من ذوي الاحتياجات

(٧) تعزيز إمكانية الوصول إلى المعلومات والتكنولوجيا والتنمية الشاملة للجميع، مؤتمر الدول الأطراف في اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، الدورة التاسعة، الأمم المتحدة، نيويورك ١٤-١٦/٦/٢٠١٦م، ص ٢-٣. تاريخ الاطلاع: ١٢/٥/٢٠١٩م.

http://www.un.org/disabilities/documents/COP/9/RT3/CRPD_CSP_2016_4-1603540A.pdf

(٦) المادتان (٩) و(١٣) من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لعام ٢٠٠٨م، الموقع الرسمي لمكتب المفوض السامي، الأمم المتحدة، اللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة. تاريخ الاطلاع: ٢٢/٧/٢٠١٩م.

<http://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CRPD/Pages/ConventionRightsPersonsWithDisabilities.aspx#9>

لقد ساهم القانون الدولي لحقوق الإنسان باستخدام بعض الوسائل التي تدعم تقديم شكاوى جزائية، تحقق التواصل الفعال بين أجهزة العدالة وأهملها: توفير أدوات قابلة للاستعمال من جانب ذوي الاحتياجات الخاصة تسهل إنفاذ القانون من قبيل نماذج للشكاوى تكون سهلة الاستعمال لهم، ونماذج للشهادات تتناسب معهم، واتباع إجراءات قابلة للاستخدام من جانبهم كوجود شخص يفهم شكاوهم أو الاستماع لأقوالهم (الموسى، د.ت.).

الفرع الثاني: حق ذوي الاحتياجات الخاصة في الحصول على معاون قضاء أو محام في الوصول إلى القضاء

لا توجد نصوص قانونية تمنع ذوي الاحتياجات الخاصة من ممارسة وظائفهم كمحامين أو موثقين، كمعاونين للقضاء، إلا أن ممارسة الحق في العمل العام عموماً أو ممارسة المحاماة أو معاونة القضاء خصوصاً تعترضها بعض العوائق والتي تتمثل في عدم الثقة فيهم من قبل البعض في قدرتهم على القيام بذلك كونهم من ذوي الاحتياجات الخاصة (محمود، ٢٠١٦م).

وقد أجازت اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق المعوقين لعام ٢٠٠٨م، اعتراف الدول الأطراف بحق ذوي الاحتياجات الخاصة في العمل على قدم المساواة مع الآخرين، في العمل الذين يختارونه هم بأنفسهم، وتحمي الدولة هذا الحق وتفعله، وأن تتخذ الخطوات المناسبة للعمل من خلال سن التشريعات التي تهدف إلى إعطائهم حقهم في العمل في ظروف عمل عادلة وملائمة، وممارسة حقوقهم العمالية على قدم المساواة مع الآخرين، وتفعيل فرص العمل والتقدم الوظيفي لذوي الاحتياجات الخاصة في سوق العمل، وتشغيلهم في القطاع العام في الدولة^(٨).

وفي ضوء ما تقدم، نرى أن المشرع الإماراتي في القانون الاتحادي رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٦م في شأن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، أجاز حق ذوي الاحتياجات الخاصة في تقديم المعلومات والبيانات اللازمة له والتي تتصل بأسباب تقييد حريته، طبقاً للمادة (٦) من ذات القانون، وممارستهم أعمالهم على قدم المساواة مع الآخرين في جميع المجالات خاصة المهنية، في جميع التشريعات في الدولة، طبقاً للمادة (١) و(٢) و(٣) من ذات القانون، كما أجاز القانون أن تبين التشريعات الصادرة في الدولة الإجراءات الواجب اتخاذها لضمان عمل ذوي الاحتياجات الخاصة في القطاع العام أو الخاص، طبقاً للمادة (١٨) من ذات القانون.

وفي ذات الاتجاه، أجاز المشرع المصري الحق لذوي الاحتياجات في العمل حيث ألزم الدولة بضمان حق الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة في الحصول على فرص متكافئة للعمل تتناسب مع مؤهلهم الدراسي وإعدادهم المهني، وتوفير الحماية لهم في ظروف عمل عادلة بالمساواة مع الآخرين، كما تلتزم الدولة بتوفير سبل الأمان والسلامة الملائمة والترتيبات التيسيرية للأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة في أماكن العمل، ويحظر أي تمييز أو حرمان من أية مزايا أو حقوق على أساس الإعاقة في التعيين أو نوع العمل أو الترقيات أو الأجر، وتلتزم الوزارة المختصة بشؤون العمل والجهات الإدارية التابعة لها بإنشاء سجل لقيود الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة من راغبي العمل ومعاونتهم في الوصول إلى فرص العمل المناسبة لمؤهلاتهم وخبراتهم العلمية، وطبقاً للأولوية المقررة قانوناً^(٩).

وكذلك أكد المشرع الأردني، على أنه لا يجوز استبعاد الأشخاص ذوي الاحتياجات الخاصة من العمل بسبب الإعاقة، ولا تعتبر الإعاقة بذاتها مانعاً من الاستمرار فيها،

(٨) المادة (٢٧) من اتفاقية حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لعام

٢٠٠٨م، مرجع سابق، تاريخ الاطلاع: ١١/٧/٢٠١٩م.

<http://www.ohchr.org/AR/HRBodies/CRPD/Pages/ConventionRightsPersonsWithDisabilities.aspx#9>

(٩) المادة (٢٠) و(٢١) من قانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٨م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري.

القضائية والجهات التابعة لها بتهيئة مبانيها وإتاحتها للأشخاص ذوي الإعاقة بشكل يتناسب مع إعاقاتهم، وتوفير كافة الخدمات لهم بشكل ميسر وفقاً لقانوني الإجراءات الجنائية والمرافعات المدنية وغيرهما من القوانين، ويصدر بتلك التيسيرات قرارات من وزير العدل والجهات والهيئات القضائية المعنية خلال ثلاث شهور من تاريخ صدور هذا القانون^(١١).

ولا يوجد مقابل لهذه النصوص في القانون الإماراتي، لذا نأمل من المشرع الإماراتي أن ينص على مصطلح تطبيق إمكانية الوصول إلى القضاء من خلال وزارة العدل.

المبحث الثاني:

الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة

بعد تحريك الدعوى الجزائية

تتطلب الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة بعد تحريك الدعوى الجزائية التعرض إلى مدى إمكانية إنشاء محكمة متخصصة نوعياً في مجال قضايا ذوي الاحتياجات الخاصة، وأن الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة بعد تحريك الدعوى الجزائية تتمثل في حقه في الحصول على مترجم إشارة أو حقه في العلم بالإجراءات، وسماعه من قبل المحكمة، وتمكين ذوي الاحتياجات الخاصة من الحق في الإثبات أثناء الإجراءات (محمود، ٢٠١٦م).

وسوف نتناول في هذا المطلب الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة بعد تحريك الدعوى الجزائية، من خلال

وعلى وزارة العمل بالتنسيق مع مؤسسات التدريب المهني والمجلس الأعلى لشؤون الأشخاص المعوقين بالأردن، تضمين سياسات وإستراتيجيات وخطط وبرامج العمل والتدريب والتعليم المهني والتقني، لذوي الاحتياجات الخاصة، وتحقيق استفادتهم منها على أساس المساواة مع الآخرين، وعلى الجهات الحكومية والخاصة توفير الترتيبات التيسيرية التي تتيح لذوي الاحتياجات الخاصة القيام بمهام الوظيفة والعمل والاستمرار والترفيه فيها^(١٢).

وفي ضوء ما تقدم، فإن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في الوصول إلى القضاء، قد أقره المشرع الأردني في المادة (٣١/ج) من قانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٧م بشأن قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني على أنه: "على وزارة العدل ووزارة الداخلية كل حسب اختصاصه بالتنسيق مع المجلس الأعلى لشؤون الأشخاص المعوقين تطبيق إمكانية الوصول على المحاكم والمراكز الأمنية ومراكز الإصلاح والتأهيل وأماكن التوقيف، خلال مدة لا تتجاوز خمس سنوات من تاريخ نفاذ هذا القانون واتخاذ البدائل المناسبة لضمان استيعابها للأشخاص ذوي الإعاقة وتوفير وسائل مهيأة لنقل الموقوفين منهم والمحكومين".

وعلى الرغم من عدم ذكر مصطلح إمكانية الوصول إلى المحاكم في قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني، إلا أن نص المادة (٣٢) من قانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٨م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري يحمل هذا المعنى حيث نصت المادة على أنه: "تلتزم وزارة العدل والجهات والهيئات

(١١) المادة (٣٢) من قانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٨م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري. وفي القانون العراقي تحمل المادة (١٥) سادساً من قانون رقم (٣٨) لسنة ٢٠١٣م بشأن رعاية ذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة العراقي هذا المعنى حيث نصت على أنه: "يقوم مجلس القضاء الأعلى ووزارة العدل بمراعاة الظروف الصحية لذوي الإعاقة والاحتياج الخاص في أماكن التوقيف والحجز والسجون إذا اقتضت طبيعة القضية وظروفها اتخاذ هذه الإجراءات.....".

(١٢) المادة (٢٥) من قانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٧م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني. وفي نفس الاتجاه انظر المادة (١٤) و(١٦) من القانون رقم (٨) لسنة ٢٠١٠م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الكويتي. والمادة (١٥/١) من قانون رقم (٣٨) لسنة ٢٠١٣م بشأن رعاية ذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة العراقي.

الجنايات، كما تختص المحكمة الابتدائية مشكلة من قاضي فرد بنظر جميع قضايا الجناح والمخالفات ويشار إليها في هذا القانون بمحكمة الجناح".

وتختص المحكمة الاستئنافية بنظر جميع الأحكام المستأنفة في الأحكام الجزائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية بنوعيتها والفاصلة في الموضوع.

وتختص المحكمة الاتحادية العليا بنظر الجرائم الجسيمة التي لها مساس مباشر بمصالح الاتحاد كالجرائم المتعلقة بأمنه في الخارج أو الداخل، وجرائم تزوير المحررات والأختام الرسمية لإحدى سلطات الاتحاد وجرائم تزيف العملة، ومساءلة الوزراء وكبار موظفي الاتحاد المعينين بمرسوم عما يقع منهم من أفعال في أداء مسؤولياتهم الرسمية^(١٢).

أما جرائم الحدود والقصاص والدية فتختص بها المحاكم الشرعية، وذلك وفقاً لنص المادتين (١) و(٢) من القانون الاتحادي رقم (٣) لسنة ١٩٩٦م بشأن اختصاص المحاكم الشرعية حيث تختص المحاكم الشرعية دون غيرها - فيما عدا ما تختص به المحكمة الاتحادية العليا في الجرائم - بنظر جرائم الحدود والقصاص والدية والمخدرات وما في حكمها وكذا التي يرتكبها الأحداث وكل ما يتصل بتلك الجرائم أو يتفرع عنها أو يكون مقدمة لها.

فضلاً عن ذلك فقد خصص المشرع الإماراتي أنواعاً معينة من الجناح وتنظر أمام محاكم معينة، مثل جناح المرور التي تختص محكمة المرور بمحاكمة المتهمين بها (قوراري وغنام، ٢٠٠٥م).

وفي التشريع المصري، تختص المحاكم الجزئية بالنظر في قضايا المخالفات والجناح، ما عدا قضايا الجناح التي تتعلق بالنشر والصحافة، طبقاً للمادة (٢١٥) من قانون الإجراءات الجزائية المصري، أما المحاكم الجزئية فتختص في القضايا الجزائية طبقاً للمادة (٢١٦) من قانون الإجراءات الجزائية، وفي قضايا الجناح التي تتعلق بالنشر والصحافة، وتختص المحاكم

التطرق إلى الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة في قواعد الاختصاص النوعي للمحاكم، بالإضافة إلى التطرق إلى حقوق الدفاع الأساسية لذوي الاحتياجات الخاصة، وحقوق الدفاع المساعدة لذوي الاحتياجات الخاصة، لذا سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث في مطلبين، على النحو التالي:

- المطلب الأول: الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة في قواعد الاختصاص النوعي للمحاكم.
- المطلب الثاني: حقوق الدفاع الأساسية والمساعدة لذوي الاحتياجات الخاصة.

المطلب الأول: الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة في قواعد الاختصاص النوعي للمحاكم

يتطلب التعرض إلى الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة عند البدء في القضية إلى مدى إمكانية إنشاء محكمة متخصصة نوعياً في مجال قضايا ذوي الاحتياجات الخاصة، لذا سوف نتناول قواعد الاختصاص النوعي للمحاكم في التشريع الإماراتي والمقارن.

قواعد الاختصاص النوعي للمحاكم لذوي الاحتياجات الخاصة في التشريع الإماراتي

يعرف الاختصاص بأنه عبارة عن الحدود التي رسمها المشرع لياشر فيها القاضي ولاية الحكم في الدعوى (حسني، ٢٠١٣م). ويتحدد الاختصاص النوعي بحسب نوع الجريمة وجسامتها (جهاد، ٢٠٠٨م).

في التشريع الإماراتي تخصص محاكم للجنايات وأخرى للجناح والمخالفات، حيث تنص المادة (١٣٩) من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: "فيما عدا ما تختص به المحكمة الاتحادية العليا من الجرائم تختص المحكمة الابتدائية مشكلة من ثلاثة قضاة بنظر الجنايات التي تحيلها إليها النيابة العامة ويشار إليها في هذا القانون بمحكمة

(١٢) المادة (٣٣) من قانون المحكمة الاتحادية العليا.

الابتدائية بالنظر في الاستئناف في قضايا المخالفات والجنح، طبقاً للمادة (٤١٠) من قانون الإجراءات الجزائية، وتختص محكمة النقض بالنظر في القضايا الجزائية (حسني، ٢٠١٣م). وفي التشريع الأردني، تختص محكمة الصلح بالنظر في جميع المخالفات، وجرائم شهادات الزور واليمين الكاذبة الناتجة في القضايا الصلحية، طبقاً للمادة (٥) من قانون محاكم الصلح رقم (١٥) لسنة ١٩٥٢م وتعديلاته، وتختص محاكم الصلح بالنظر في جميع قضايا الجنح التي لا تتجاوز أقصى الجزاء فيها الحبس، مدة سنتين سواء كان الجزاء بغرامة أو لا، ما عدا الجنح المبينة في الباب الأول من الكتاب الثاني من قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠م، والجنح التي ورد نص خاص بأن تنظر فيها محكمة أخرى غير محاكم الصلح، وتستأنف أحكامها في المخالفات إلى محكمة البداية، وتختص محكمة البداية بصفتها الجنحية بالنظر في جميع الجرائم التي يعاقب عليها بالحبس مدة تتراوح من سنتين وثلاث سنوات، طبقاً للمادة (٥/ب) من قانون تشكيل المحاكم النظامية، والمادة (٢/٥١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وتستأنف أحكامها أمام محكمة الاستئناف، طبقاً للمادة (١/٢٥٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وتختص محكمة البداية صفتها الجزائية بالنظر في جميع القضايا ذات الصفة الجزائية وبالجنح الملازمة لها وبالجنح التي تحال إليها عن طريق الخطأ بوصفها قضايا جزائية، وتستأنف أحكامها في محكمة الاستئناف، طبقاً للمادة (١/٢٥٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وتختص محكمة الاستئناف بالطعون في الأحكام الصادرة من أية محكمة بدائية بصفتها قضايا جزائية أو بدائية، والأحكام الصلحية التي ينص قانون محاكم الصلح على أنها تستأنف إلى محكمة الاستئناف والأحكام والقرارات التي يرد نص خاص بموجب أي قانون آخر، طبقاً للمادة (٢٥٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وتختص محكمة التمييز بالطعون في جميع الأحكام

والقرارات الجزائية الصادرة عن محكمة الاستئناف وقرارات منع المحاكمة الصادرة عن النائب العام في القضايا الجزائية، طبقاً للمادة (٢٧٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وتنظر أيضاً في جميع الأحكام الجزائية التي تنص عليها القوانين الخاصة، حتى ولو لم تكن قابلة للاستئناف كما هو الحال في الأحكام الصادرة عن المحكمة الجزائية الكبرى وأمن الدولة والشرطة (السعيد، ٢٠١٠م).

وعليه، فإن الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة عند البدء في القضية تتطلب إمكانية إنشاء محكمة متخصصة نوعياً في مجال دعاوى ذوي الاحتياجات الخاصة، لتنفيذ الحماية الإجرائية لحقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، حيث إن الدعاوى التي تمس حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، تعد من الدعاوى التي يجب أن تنظر فيها على وجه الاستعجال، وأن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة تستلزم الحماية القضائية على وجه الاستعجال، كما يجب تبني مبدأ تخصص القضاة في دعاوى حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة (محمود، ٢٠١٦م).

وفي ضوء ما تقدم، نجد أن محاكم الجنايات في التشريع الإماراتي والمقارن تختص بالنظر في جرائم الجنايات كجرائم الاعتداء المفضي إلى عاهة مستديمة، وجريمة خطف ذوي الاحتياجات الخاصة، وجريمة الإتجار بالبشر إذا كان المجني عليه من ذوي الاحتياجات الخاصة، أما محكمة الجنح تختص بالنظر في قضايا الجنح والمخالفات، مثل جريمة استخدام بطاقة صاحب الاحتياجات الخاصة دون موجب قانوني.

وعليه، نرى أن هناك أنواع من القضايا تحتاج إلى وضع محاكم خاصة، وفقاً لنوع الجريمة وجسامتها، كما فعل التشريع الإماراتي والمقارن من خلال الاختصاص النوعي لبعض المحاكم، لذا من الضروري إنشاء محاكم متخصصة لذوي الاحتياجات الخاصة في دولة الإمارات العربية المتحدة، من خلال تحديد قانون خاص يبين تشكيل تلك المحكمة واختصاصها في قضايا ذوي الاحتياجات الخاصة، حيث إنها

من طرق التواصل، وحقه في طلب المعلومات وتلقيها ونقلها على قدم المساواة مع الآخرين^(١٣).

ونظم المشرع المصري في قانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٨م بشأن قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري سماع أقوال ذوي الاحتياجات الخاصة سواء كانوا متهمين أو مجني عليهم أو من الشاهدين في قضية ما في جميع مراحل الدعوى الجزائية، حيث نصت المادة (٣٥) من ذات القانون على أنه: "يكون للشخص ذي الإعاقة سواء كان متهماً أو مجنياً عليه أو شاهداً في جميع مراحل الضبط أو التحقيق أو المحاكمة أو التنفيذ الحق في أن يكفل له القانون كافة وسائل الإتاحة التي تمكنه من إبداء دفاعه".

وفي هذا السياق نظم قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي سماع أقوال الجاني والمجني عليه حيث نصت المادة (٤٧) على أنه: "يجب على مأمور الضبط القضائي أن يسمع أقوال المتهم فور القبض عليه أو ضبطه وإحضاره وإذا لم يأت بما يبرئه يرسله خلال ٤٨ ساعة إلى النيابة العامة المختصة، ويجب على النيابة العامة أن تستجوبه خلال ٢٤ ساعة ثم تأمر بالقبض عليه أو إطلاق سراحه"، ويجوز للنيابة العامة تكليف أحد مأموري الضبط القضائي القيام بعمل أو أكثر من أعمال التحقيق ما عدا الاستجواب،

من القضايا التي يجب أن تنتظر فيها على وجه الاستعجال، ويكون لها نظام إجراءات خاص يتلاءم مع طبيعة الفصل في قضاياها على وجه السرعة، وبذلك نكون قد وفرنا الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات عند البدء في القضية، من خلال تقرير حماية قضائية على وجه الاستعجال في النظر في دعاوى ذوي الاحتياجات الخاصة، مع تبني محققين وقضاة متخصصين بالنظر في قضايا ذوي الاحتياجات الخاصة.

المطلب الثاني: حقوق الدفاع الأساسية والمساعدة لذوي الاحتياجات الخاصة

تتمثل الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة أثناء إجراءات الخصومة في القضية في حقه في سماع أقواله والحصول على مترجم إشارة، وتمكين ذوي الاحتياجات الخاصة من الحق في الإثبات أثناء الإجراءات، لذا سوف نتناول في هذا المطلب الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة أثناء إجراءات الخصومة، من خلال التطرق في حقوق الدفاع الأساسية لذوي الاحتياجات الخاصة، وحقوق الدفاع المساعدة لذوي الاحتياجات الخاصة في التشريع الإماراتي والمقارن، على النحو التالي.

الفرع الأول: حقوق الدفاع الأساسية لذوي الاحتياجات الخاصة

أولاً: حق ذوي الاحتياجات الخاصة في سماع أقواله

نظم القانون الاتحادي رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٦م في شأن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٩م، نظم حقوق الدفاع الأساسية لذوي الاحتياجات الخاصة من خلال الحق لذوي الاحتياجات الخاصة سماع أقواله، حيث نصت المادة (٧) على أنه: "تكفل الدولة لصاحب الاحتياجات الخاصة ممارسة حقه في التعبير وإبداء الرأي باستخدام طريقة "برايل" ولغة الإشارة وغيرها

(١٣) تقابلها في القانون العراقي المادة (١٥/سادساً/ب) من قانون رقم (٣٨) لسنة ٢٠١٣م بشأن رعاية ذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة العراقي والتي نصت على: "توفير التقنيات المساعدة لذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة بما في ذلك ترجمة لغة الإشارة وأية تقنيات أخرى تساعدهم في الدفاع عن حقوقهم أو التمتع بمركز مساو للطرف الآخر في الدعوى". وفي القانون الأردني المادة (٣١) من قانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٧م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني والتي نصت على أنه: "على وزارة العدل ووزارة الداخلية كل حسب اختصاصه بالتنسيق مع المجلس الأعلى لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني، تأهيل خبراء معتمدين في تيسير التواصل مع الأشخاص ذوي الإعاقة في مراحل التحقيق والتفاضي".

وفي ضوء ما تقدم، نرى أن المشرع الإماراتي في القانون الاتحادي رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٦م في شأن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٩م، نظم حقوق الدفاع الأساسية لذوي الاحتياجات الخاصة من خلال حقه في سماع أقواله في المادة (٧) من ذات القانون، وكذلك التشريع العراقي في المادة (١٥/سادساً/ب) من قانون ذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة العراقي، والتشريع الأردني في المادة (٣١) من قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني، والتشريع المصري في المادة (٣٥) من قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري.

ويؤخذ على المشرع الإماراتي أنه لم ينص على إلزام أجهزة العدالة الجزائية في مراحل التحقيق والتقصي بتأهيل خبراء معتمدين في تيسير التواصل مع الأشخاص ذوي الإعاقة كما فعل المشرع الأردني في المادة (٣١) من قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، أو مصطلح سواء كانوا متهمين أو مجني عليهم أو من الشاهدين في مراحل الضبط أو التحقيق أو المحاكمة يكفل له القانون كافة وسائل الإناحة التي تمكنه من إبداء دفاعه، كما فعل المشرع المصري في المادة (٣٥) من قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، أو مصطلح توفير التقنيات التي تساعدهم في الدفاع عن حقوقهم أو التمتع بمركز مساو للطرف الآخر في الدعوى، كما فعل المشرع العراقي في المادة (١٥/سادساً/ب) من قانون ذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة العراقي.

وعليه، نأمل من المشرع الإماراتي تضمين هذه المصطلحات في قانون ذوي الاحتياجات الخاصة، وذلك بهدف تعزيز دوره في سماع أقواله وإبداء دفاعه، والتمتع بمركز مساو للطرف الآخر في الدعوى الجزائية سواء في مرحلة التحقيق أو التقاضي سواء كان متهمين أو مجني عليهم أو من الشاهدين في قضية ما.

ويجري التحقيق وسماع الأقوال باللغة العربية سواء للجاني أو للشهود أو الخصوم من قبل النيابة العامة، وإذا رأت النيابة العامة أنهم يجهلون اللغة العربية لهم أن تستعين بمرجم بعد أن يحلف اليمين في تأدية مهمته بالأمانة والصدق، ومن ثم إذا تأكدت النيابة العامة من إدانة الجاني ترسل ملف القضية إلى المحكمة المختصة، لتقوم بممارسة دورها في سماع أقول الجاني والمجني عليه والشهود ومطالب النيابة العامة^(١٤).

ويتضح من المواد السابقة أنه يجب سماع أقول الجاني أو الشهود أو الخصوم في جريمة ما، فهي من حقوق الدفاع الأساسية في مراحل الدعوى الجزائية، سواء في مرحلة الاستدلال أو مرحلة التحقيق من قبل النيابة العامة أو مرحلة المحاكمة، سواء للأشخاص العاديين أو ذوي الاحتياجات الخاصة.

وفي التشريع الإماراتي يستثنى الجاني إذا كان من ذوي الاحتياجات الخاصة ومصاب بعاهة عقلية وقف رفع الدعوى الجزائية أو محاكمته سواء كان في مرحلة التحقيق أو المحاكمة، حتى يزول ذلك السبب عنه، ويودع الجاني في هذه الحالة في مأوى علاجي بأمر من النيابة العامة أو المحكمة المنظور أمامها القضية^(١٥).

(١٤) المواد (٤٧) و(٦٨) و(٧٠) و(١٢٨) و(١٦٢) و(١٦٥) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي. وتقابلها المواد (١٠٠) و(١١٢) و(٦٣) و(٦٨) و(١٦٧) و(٢٣٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، حيث تميز هذه المواد سماع أقوال الجاني فور القبض عليه من قبل مأموري الضبط القضائي وإرساله إلى المدعي العام خلال ٢٤ ساعة من القبض عليه مع المحضر ومباشرة التحقيق معه واستجوابه من قبل المدعي العام، وعندما يمثل الجاني أمام المدعي العام يتثبت من هويته ويتلو عليه التهمة الموجهة إليه ويستمع إليه، ومن حقه ألا يجيب إلا بحضور محامي، وله الحق في طلب سماع شهود، وله الحق وهو أمام المحكمة في إبداء مطالبه وسماع أقواله.

(١٥) المادتان (١٨٤) و(١٨٥) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي.

ثانياً: حق ذوي الاحتياجات الخاصة في الإثبات والاستعانة بمحامي

١- حق ذوي الاحتياجات الخاصة بالاستعانة بالخبرة الطبية القانونية في الإثبات

تعد الخبرة الطبية القانونية من أدلة الإثبات لذوي الاحتياجات الخاصة، حيث تلعب دور مهم في الدعوى الجزائية، وهي خبرة متخصصة في مجال يجمع بين القانون والطب، وتسمى بالخبرة الطبية القانونية، ومن يعمل بها يكون لديهم خبرة في المجال الطبي والقانوني، ويعملون كمعاوني للقضاء، وهذه الخبرة يكون له دور في تحديد نوع الإعاقة وأسبابها ودرجتها، لذا يستعين القاضي بالخبرة الطبية القانونية في دعاوى ذوي الاحتياجات الخاصة (محمود، ٢٠١٦م).

ولم ينظم المشرع الإماراتي والمقارن استخدام الخبرة الطبية القانونية في تحديد نوع الإعاقة وأسبابها ودرجاتها، ويبدو أنهم تركوا ذلك لقانون الإجراءات الجزائية.

وفي ذلك نصت المادة (٩٦) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي على أنه: "إذا اقتضى التحقيق الاستعانة بطبيب أو غيره من الخبراء لإثبات حالة من الحالات كان لعضو النيابة العامة أن يصدر أمراً بندبه ليقدم تقريراً عن المهمة التي يكلف بها"^(١٧).

أما في التشريع الأردني قد نصت المادة (١/٤١) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه: "على الأطباء والخبراء المشار إليهم في المادتين (٣٩) و(٤٠) أن يقسموا قبل مباشرتهم العمل يميناً بأن يقوموا بالمهمة الموكلة إليهم بصدق وأمانة"، وقد قررت محكمة التمييز الأردنية على أنه أن يعتمد الخبير

(١٦) وتقابلها المادة (١٠٠) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي، والمادة (٦٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، والمادة (٨٥) من قانون الإجراءات الجزائية المصري.

على: "خبرته الشخصية وما يتوصل إليه من مهنته الفنية دون الاعتماد على المتهم واعترافه وأقواله وحدهما"^(١٨).

٢- حق ذوي الاحتياجات الخاصة في الاستعانة بمحامي

نظم المشرع المصري في قانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٨م بشأن قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري حق ذوي الاحتياجات الخاصة سواء كانوا متهمين أو مجني عليهم في قضية ما في جميع مراحل الدعوى الجزائية الاستعانة بمحامي، حيث نصت المادة (٣٥) من ذات القانون على أنه: "يكون للشخص ذي الإعاقة سواء كان متهماً أو مجنياً عليه في جميع مراحل الضبط أو التحقيق أو المحاكمة محامي يدافع عنه في مرحلتي التحقيق والمحاكمة"^(١٩).

بينما لم ينظم المشرع القانون الاتحادي رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٦م في شأن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، حق ذوي الاحتياجات الخاصة في الاستعانة بمحامي يدافع عنه في مرحلتي التحقيق والمحاكمة كما فعل المشرع المصري في المادة (٣٥) من قانون ذوي الإعاقة المصري، ويبدو أنهم تركوا ذلك لقانون الإجراءات الجزائية. حيث نصت المادة (٤) من قانون الإجراءات الجزائية الإماراتي على أنه: "يجب أن يكون لكل متهم في جناية معاقب عليها بالإعدام أو بالسجن المؤبد محام للدفاع عنه في مرحلة المحاكمة، فإذا لم يوكل المتهم محامياً عنه نذبت له المحكمة محامياً تتحمل الدولة مقابلاً لجهده وذلك على النحو المبين في القانون"^(٢٠).

(١٧) حكم محكمة التمييز الأردنية، (٢١٢/٨٥) والمنشور على الصفحة ١٠٠٣ لسنة ١٩٨٧م من مجلة النقابة، انظر: كامل السعيد، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص ٤٣٩.

(١٨) المادة (٣٥) و(٣٧) من قانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٨م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري.

(١٩) تقابلها المادة (٢٠٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، والمادة (١٤٤) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي، والمادة (٧٥) من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي.

وقد أجاز المشرع المصري للشخص من ذوي الإعاقة سواء كان متهماً أو مجنياً عليه أو شاهداً في جميع مراحل الضبط أو التحقيق أو المحاكمة أو التنفيذ الحق في الحماية والمساعدة الفنية المتخصصة عند الاقتضاء، وعلى الجهات المختصة والمجلس توفير كافة وسائل المساعدة الفنية^(١٠).

(٢٠) المادتان (٣٥) و(٣٧) من قانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٨م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري. وفي القانون الأردني نصت المادة (٣١) من قانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٧م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني على أنه: "على وزارة العدل ووزارة الداخلية كل حسب اختصاصه بالتنسيق مع المجلس الأعلى لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني، تأهيل خبراء معتمدين في تيسير التواصل مع الأشخاص ذوي الإعاقة في مراحل التحقيق والتفاضي، وتعميم أسماؤهم على الجهات القضائية والمراكز الأمنية، بعد منحهم رخصة مزاولة وفق تعليمات يصدرها المجلس الأعلى لحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة لهذه الغاية، على أن يكون من بينهم:

- ١- مترجمو لغة إشارة متخصصون في ترجمة الإشارة القانونية.
- ٢- خبراء تربويون في التواصل مع الأشخاص ذوي الإعاقة الذهنية.
- ٣- خبراء لتيسير التواصل مع الأشخاص الصم المكفوفين.
- ٤- تدريب الكوادر العاملة بمن فيهم القضاة وموظفو الضابطة العدلية على حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، وطرق التواصل الفعال معهم.....".

وفي القانون الكويتي نصت المادة (٥) من القانون رقم (٨) لسنة ٢٠١٠م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الكويتي على أنه: "..... تلزم الحكومة بتوفير مكاتب لتقديم خدمات خاصة لذوي الإعاقة في كافة مؤسساتها وجهاتها الحكومية بما في ذلك مترجم لغة الإشارة ومعين لخدمة المكفوفين لضمان تمتعهم بحقوقهم على قدم المساواة مع الآخرين".

وفي القانون العراقي نصت المادة (١٥/سادساً/ب) من قانون رقم (٣٨) لسنة ٢٠١٣م بشأن رعاية ذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة العراقي على: "توفير التقنيات المساعدة لذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة بما في ذلك ترجمة لغة الإشارة وأية تقنيات أخرى تساعدهم في الدفاع عن حقوقهم أو التمتع بمركز مساو للطرف الآخر في الدعوى".

وعليه فإن المواد السابقة في القانون الإماراتي والمقارن تتحدث عن الاستعانة بمحامي للجاني وهو في الأغلب شخص طبيعي غير معاق، مثال ذلك، جريمة خطف شخص أو قبض عليه أو حجزه أو حرمة من حريته بأية وسيلة غير وجه قانوني، وتكون العقوبة السجن المؤبد في حالة إذا كان المجني عليه من ذوي الاحتياجات الخاصة والمنصوص عليها في المادة (٣٤٤) من قانون العقوبات الإماراتي، وجريمة استغلال ذوي الاحتياجات الخاصة والاتجار بهم، إذا كان الضحية طفلاً أو من ذوي الاحتياجات الخاصة أو إذا أصيب الضحية بسبب الجريمة بمرض لا يرجى الشفاء منه أو إعاقة دائمة، يعاقب بالسجن المؤبد، طبقاً للمادة (٢) من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠١٥م الخاص بتعديل بعض أحكام القانون الاتحادي رقم (٥١) لسنة ٢٠٠٦م في شأن مكافحة جرائم الاتجار بالبشر.

وربما يكون الجاني من ذوي الاحتياجات الخاصة، وفي هذه الحالة من حقه الاستعانة بمحامي وقد أجاز له قانون الإجراءات الجزائية في التشريع الإماراتي والمقارن ذلك، ولكن يفضل أن ينصوا على توكيل محامي لذوي الاحتياجات الخاصة يدافع عنه.

الفرع الثاني: حقوق الدفاع المساعدة لذوي الاحتياجات الخاصة

نظم المشرع الإماراتي في القانون الاتحادي رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٦م في شأن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، حقوق الدفاع المساعدة لذوي الاحتياجات الخاصة من خلال الحق لذوي الاحتياجات الخاصة سميعاً في الحصول على مترجم، حيث نصت المادة (٧) على أنه: "تكفل الدولة لصاحب الاحتياجات الخاصة ممارسة الحق في التعبير وإبداء الرأي باستخدام طريقة "برايل" ولغة الإشارة وغيرها من طرق التواصل، وحقه في طلب المعلومات وتلقيها ونقلها على قدم المساواة مع الآخرين".

وفي ضوء ما تقدم، نجد أن المشرع الإماراتي أجاز في المادة (٧) من القانون الاتحادي لسنة ٢٠٠٦م في شأن حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٩م، حقوق الدفاع المساعدة لذوي الاحتياجات الخاصة من خلال حق ذوي الاحتياجات الخاصة سمعياً في الحصول على مترجم، وكذلك التشريع المصري في المادة (٣٥) و(٣٧) من قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، والتشريع الأردني في المادة (٣١) من قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، والتشريع الكويتي في المادة (٥) من قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، والتشريع العراقي في المادة (١٥/سادساً/ب) من قانون رعاية ذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة.

الخاتمة

جاءت هذه الدراسة بعنوان "الحماية الجزائية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة في التشريع الإماراتي"، دراسة مقارنة، وقد خصصنا المبحث الأول لبيان الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة قبل تحريك الدعوى الجزائية، من خلال التطرق إلى حقهم في الحصول على المساعدة القانونية والقضائية، وحقهم في الوصول إلى القضاء، واستعرضنا من خلال المبحث الثاني الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة بعد تحريك الدعوى الجزائية، من خلال التطرق إلى الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات الخاصة في قواعد الاختصاص النوعي للمحاكم، وحقوق الدفاع الأساسية والمساعدة لذوي الاحتياجات الخاصة، ومن خلال معطيات البحث، برزت لنا من بعض النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها على النحو التالي.

أولاً: النتائج

١- أن القانون الإماراتي في المادة (٦) من قانون حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، أجاز تقديم المساعدة القانونية لذوي الاحتياجات الخاصة من خلال تقديم المعلومات

والبيانات اللازمة له، والتي تتصل بأسباب تقييد حريته، وكذلك المادة (٣١/هـ) من قانون رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٧م بشأن قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني، وكذلك القانون المصري في المادتين (٣٢) و(٣٧) من قانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٨م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري، ولا يوجد مقابل لهذه المواد في التشريع الكويتي والعراقي.

٢- أجاز المشرع الإماراتي في المادة (١٧٣) من القانون المدني، والقانون المدني للتشريع المقارن (الكويتي ١٠٧، المصري ١١٧، العراقي ١٠٤، الأردني ١٣٢) تعيين مساعد قضائي في حالة العاهة المزدوجة، حيث يتعذر عليه بسبب هذه العاهة المزدوجة التعبير عن إرادته، وقد أسقط المشرع الإماراتي والمقارن نصاً مثل ذلك في قانون ذوي الاحتياجات الخاصة.

٣- أجاز المشرع الإماراتي في المادتين (٦/٣) و(٣١) لذوي الاحتياجات الخاصة الحق في الحصول على المساعدة القضائية، وكذلك القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٨م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري في المادة (٣١/٥)، وكذلك القانون الكويتي في القانون رقم (٨) لسنة ٢٠١٠م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الكويتي في المادة (٣٧)، ولم يوجد مقابل لهذه المواد في القانون الأردني أو العراقي.

٤- أن حق ذوي الاحتياجات الخاصة في الوصول إلى القضاء قد أجازته المشرع الأردني في المادة (٣١/ج)، من قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، والمادة (٣٢) من قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري، والمادة (١٥) سادساً من قانون رعاية ذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة العراقي، ولا يوجد مقابل لهذه النصوص في قانون حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة الإماراتي والكويتي.

ثانياً: التوصيات

- ١- تعديل اسم قانون حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة إلى قانون حقوق أصحاب الهمم، وفقاً لمبادرة صاحب السمو الشيخ محمد بن راشد آل مكتوم، حفظه الله.
- ٢- نأمل من المشرع الإماراتي إضافة نص في قانون ذوي الاحتياجات الخاصة يتضمن معاقبة من يمتنع عن تشغيل ذوي الاحتياجات الخاصة، كما نص على ذلك قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري في المادة (٥٥)، وقانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني في المادة (٤٨/ب).
- ٣- نرجو من المشرع الإماراتي أن ينص في قانون ذوي الاحتياجات الخاصة، على توفير الحماية للمبلغين والشهود في جرائم العنف التي تحدث ضد ذوي الاحتياجات الخاصة، كما نص على ذلك قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني في المادة (٣٠).
- ٤- أن ينص المشرع الإماراتي في القانون الخاص بحقوق ذوي الاحتياجات الخاصة بتعيين مساعد قضائي في حالة العاهة المزوجة.
- ٥- أهمية وضع نص في التشريع الإماراتي يقرر حق ذوي الاحتياجات الخاصة في الحصول على معاون قضائي أو محامي للوصول إلى القضاء، وكذلك في التشريع المقارن.
- ٦- إنشاء محاكم متخصصة لذوي الاحتياجات الخاصة في دولة الإمارات العربية المتحدة أو في التشريعات محل الدراسة، من خلال تحديد قانون خاص يبين تشكيل تلك المحكمة واختصاصها في قضايا ذوي الاحتياجات الخاصة، حيث إنها من القضايا التي يجب أن تنظر فيها على وجه الاستعجال، ويكون لها نظام إجراءات خاص بما يتلاءم مع طبيعة الفصل في قضاياها على وجه السرعة، وبذلك نكون قد وفرنا الحماية الإجرائية لذوي الاحتياجات عند البدء في

- ٥- امتاز التشريع المصري في قانون ذوي الإعاقة المصري في المادة (٥٥)، وكذلك التشريع الأردني في قانون حقوق ذوي الإعاقة في المادة (٤٨/ب) عن التشريع الإماراتي والمقارن، وذلك فيما يخص معاقبة الأشخاص الذين يمتنعون عن تشغيل ذوي الاحتياجات الخاصة والمنصوص عليها.
- ٦- تميز التشريع الأردني عن التشريع الإماراتي والمقارن، من خلال توفير الحماية للمبلغين والشهود في جرائم عنف تحدث ضد ذوي الاحتياجات الخاصة في المادة (٣٠) من قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني.
- ٧- أن المشرع الإماراتي في قانون حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، نظم حقوق الدفاع الأساسية لذوي الاحتياجات الخاصة من خلال حقه في سماع أقواله في، وكذلك التشريع العراقي في المادة (١٥/سادساً/ب) من قانون ذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة العراقي، والتشريع الأردني في المادة (٣١) من قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الأردني، والتشريع المصري في المادة (٣٥) من قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة المصري، ولم ينظم ذلك المشرع الكويتي في القانون رقم (٨) لسنة ٢٠١٠م بشأن حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة الكويتي.
- ٨- أن المشرع الإماراتي لم ينظم استخدام الخبرة الطبية القانونية في تحديد نوع الإعاقة وأسبابها ودرجاتها، ويبدو أنهم تركوا ذلك لقانون الإجراءات الجزائية وكذلك التشريعات محل الدراسة.
- ٩- أن قانون حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة الإماراتي، والقانون المقارن لم ينظموا حق ذوي الاحتياجات الخاصة في الاستعانة بمحامي يدافع عنه في مرحلتي التحقيق والمحاكمة كما فعل المشرع المصري في المادة (٣٥) من قانون ذوي الإعاقة المصري، ويبدو أنهم تركوا ذلك لقانون الإجراءات الجزائية.

١٠- أهمية أن ينص قانون حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة الإماراتي على حق ذوي الاحتياجات الخاصة في الاستعانة بمحامى للدفاع عنه في مرحلتي التحقيق والمحاكمة، كما فعل المشرع المصري في المادة (٣٥) من قانون ذوي الإعاقة المصري.

المراجع

الأحمد، أجد محمد فالح (٢٠٠٩م). *الحماية الجزائية لذوي الاحتياجات الخاصة*. رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت.

أحمد، فؤاد عبد اللطيف (أغسطس ٢٠١٥م). *الزواج المبكر بين أحكام الشريعة وأحكام القوانين الوضعية*. مجلة *الحجاز العالمية المحكمة للدراسات الإسلامية والعربية*، ع (١٢)، جامعة الملك عبد العزيز، جدة.

أحمد، كارم محمود محمد (٢٠١٥م). *الحماية الجنائية لذوي الاحتياجات الخاصة: دراسة مقارنة*. ط ١، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.

أحمد، وسيم حسام الدين (٢٠١١م). *الحماية القانونية لحقوق المعاقين ذوي الاحتياجات الخاصة*. ط ١، بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.

بدوي، عمرو طه (٢٠١٦م). *الحماية القانونية لحقوق ذوي الإعاقة: دراسة مقارنة*. ط ١، أبوظبي: دائرة القضاء.

جهاد، جوده حسين (٢٠٠٨م). *الإجراءات الجزائية المحاكمة وطرق الطعن في الأحكام*. ط ٢، دي: أكاديمية شرطة دبي.

حسني، محمود نجيب (٢٠١٣م). *شرح قانون الإجراءات الجنائية وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية*. القاهرة: دار النهضة العربية.

دغش، مؤيد عيسى محمد (٢٠٠٨م). *المساعدة القضائية في التعبير عن الإرادة: دراسة مقارنة*. رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

القضية، من خلال تقرير حماية قضائية على وجه الاستعجال في النظر في دعاوى ذوي الاحتياجات الخاصة، مع تبني محققين وقضاة متخصصين بالنظر في قضايا ذوي الاحتياجات الخاصة.

٧- العمل على إلزام أجهزة العدالة الجزائية في مراحل التحقيق والتقاضي بتأهيل خبراء معتمدين في تيسير التواصل مع الأشخاص ذوي الإعاقة، كما فعل المشرع الأردني في المادة (٣١) من قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة.

٨- أن يضيف المشرع الإماراتي في قانون حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة في المادة (٧) منه، مصطلح سواء كانوا متهمين أو مجني عليهم أو من الشاهدين في مراحل الضبط أو التحقيق أو المحاكمة، ويكفل لهم القانون كافة وسائل الإتاحة التي تمكنه من إبداء دفاعه، كما فعل المشرع المصري في المادة (٣٥) من قانون حقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، أو مصطلح توفير التقنيات التي تساعدهم في الدفاع عن حقوقهم أو التمتع بمركز مساو للطرف الآخر في الدعوى، كما فعل المشرع العراقي في المادة (١٥/سادساً ب)، من قانون ذوي الإعاقة والاحتياجات الخاصة العراقي، حيث نأمل أن يتبنى المشرع الإماراتي هذه المصطلحات في قانون ذوي الاحتياجات الخاصة الإماراتي، بهدف تعزيز دوره في سماع أقواله وإبداء دفاعه، والتمتع بمركز مساو للطرف الآخر في الدعوى الجزائية سواء في مرحلة التحقيق أو التقاضي سواء كان متهمين أو مجني عليهم أو من الشاهدين في قضية ما.

٩- ضرورة أن ينظم المشرع الإماراتي والمقارن استخدام الخبرة الطبية القانونية في قانون حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة، لتعزيز الإثبات لذوي الاحتياجات الخاصة.

الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي، وفقاً لآخر
التعديلات بالقانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠٠٥ م. ط ٣،
الشارقة: الآفاق المشرقة ناشرون.

محمد، فتحي (٢٠١٣ م). تربية المعوقين ورعايتهم، في
التشريعات الدولية وبعض دول تعاون مجلس الخليج.
دسوق: دار العلم والإيمان للنشر والتوزيع.

محمود، أحمد سيد أحمد (٢٠١٦ م). تدابير الحماية القضائية
للمعوقين: نحو حماية إجرائية للمعوقين وعدالة
اجتماعية إجرائية. القاهرة: دار النهضة العربية.

محمود، أحمد سيد أحمد (٢٠١٦ م). الحماية الإجرائية للمعوقين
في القضية: نحو عدالة اجتماعية إجرائية في التقاضي
والتنفيذ. القاهرة: دار النهضة العربية.

مصطفى، جمال محمد (٢٠٠٤ م). شرح قانون أصول
المحاكمات الجزائية. بغداد: مطبعة الزمان.

مصطفى، خالد حامد (٢٠١٧ م). شرح قانون الإجراءات
الجزائية لدولة الإمارات العربية المتحدة في ضوء
أحكام الاتحادية العليا وقضاء تمييز دبي. ط ١،
المنصورة: دار الفكر والقانون.

الموسى، محمد خليل (د.ت.). حق الأشخاص ذوي الإعاقة
بالوصول إلى العدالة وفقاً للنهج القائم على حقوق
الإنسان. كلية القانون، جامعة الإمارات العربية
المتحدة.

زيدان، زكي حسين (٢٠٠٩ م). الحماية الشرعية والقانونية لذوي
الاحتياجات الخاصة: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامية
والقانون الوضعي. القاهرة: دار الكتاب القانوني.

السعيد، كامل (٢٠١٠ م). شرح قانون أصول المحاكمات
الجزائية. ط ٣، عمان، الأردن: دار الثقافة للنشر
والتوزيع.

السيف، رهام وآخرون (٢٠١١ م). التقرير النهائي لدراسة
تمكين ذوي الإعاقة من العمل بالقطاع الخاص: دراسة
تطبيقية. برنامج إعادة هيكلة القوى العاملة والجهاز
التنفيذي للدولة، إدارة تخطيط القوى العاملة في
الجهات غير الحكومية، الكويت.

العصيمي، علي بن جزاء (٢٠١٥ م). الحماية الجنائية لذوي
الاحتياجات الخاصة من جرائم الاتجار بالأشخاص:
دراسة مقارنة. ط ١، الرياض: مكتبة القانون
والاقتصاد.

العوفي، ماهر سلامة (٢٠١٥ م). أصحاب الاحتياجات
الخاصة بين الشريعة الإسلامية والقانون: متلازمة
داون ومسؤولية متولي الرقابة عليهم. ط ١، دبي: معهد
دبي القضائي.

قوراري، فتيحة محمد؛ وغنام، غنام محمد (٢٠١٣ م). المبادئ
العامة في قانون الإجراءات الجزائية الاتحادية لدولة
الإمارات العربية المتحدة، معلقاً عليه بأحكام المحكمة

المزايدة العكسية الإلكترونية كأسلوب من أساليب التعاقد الإداري

بدر بن عبدالله المطرودي

الأستاذ المشارك بالمعهد العالي للقضاء

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

(قدم للنشر في ١٢/٩/١٤٤٢هـ، وقبل للنشر في ١١/٢/١٤٤٣هـ)

ملخص البحث. في ظل التقدم التقني والتكنولوجي في الوقت الحاضر، وفي إطار سياسة التحول الرقمي الذي تشهده المملكة لتحقيق رؤيتها الوطنية؛ حرص المنظم في المملكة العربية السعودية على السير نحو مواكبة هذا التطور التكنولوجي في جميع مرافق الدولة، ومنها: التعاقدات الإدارية، وخير شاهد على ذلك صدور نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد بموجب المرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ، ولائحته التنفيذية المعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٢٤٧٩) وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ، والذي استحدث أسلوب "المزايدة العكسية الإلكترونية" كأحد أساليب التعاقد مع جهة الإدارة، بما يتوافق مع متطلبات التحول الرقمي الذي تشهده المملكة؛ ولخداثة هذا الأسلوب الذي أتى وفق معطيات الواقع المعاش فإنه ما زال يفتقد إلى التطبيق العملي بوجود بعض الإشكاليات لدى المتعاقدين به وجهة الإدارة على حد سواء، ولأهمية هذا الأسلوب القصوى فقد حرصت على طرح هذه المسألة المستجدة لحدائتها؛ لبيان الغموض الذي يعتري ماهية أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية، وتحديد طبيعة هذا الأسلوب هل هو أسلوب شراء أو أسلوب بيع؟ وكيفية الإجراءات المتبعة في التعاقد به، وما القيود الواردة على سلطة الإدارة بإجراء المزايدة العكسية الإلكترونية؟ وقد خلصنا من هذه الدراسة إلى جملة من التوصيات، توصلنا فيها إلى مقترحات بتعديل بعض مواد النظام، وحلول يمكن من خلالها أن تسهم هذه الدراسة في خدمة الباحثين والمستشارين بشكل عام، وخدمة المتعاقدين مع جهة الإدارة بشكل خاص بما يتوافق مع المعطيات المعاصرة في ظل التقدم التقني المعاش.

الكلمات المفتاحية: المزايدة، العكسية الإلكترونية، المزايدة العكسية الإلكترونية، أساليب التعاقد الإداري، أسلوب المزايدة الإلكترونية، التعاقد الإداري، إجراءات التعاقد الإداري.

ELECTRONIC REVERSE BIDDING AS A METHOD OF ADMINISTRATIVE CONTRACTING

Bader Abdullah Almatroudi

*Associate Professor of Laws, Higher Judicial Institute,
Imam Muhammad bin Saud Islamic University*

(Received 12/09/1442 H., Accepted for Publication 11/02/1441 H.)

Abstract. In light of the technical and technological advancement at the present time, and within the framework of the digital transformation policy that the Kingdom is witnessing to achieve its national vision; The regulator in the Kingdom of Saudi Arabia was keen to move towards keeping pace with this technological development in all judicial facilities, including administrative contracts. The best evidence for this is the issuance of the new government tenders and procurement law under the Royal Decree No. (M/128) dated 13/11/1440H (16/07/2019), and its implementing regulations amended by the Ministerial Resolution No. 2479 dated 11/08/1441H (05/04/2020) which introduced the method of "electronic reverse bidding" as one of the methods of contracting with the administrative authority, in line with the requirements of digital transformation in the Kingdom. In view of the novelty of this method, which came according to the data of the reality, it still lacks practical application due to the existence of some problems for the contracting parties as well as the administrative authority. For the utmost importance of this method, I have been keen to raise this new issue because of its novelty to clarify the ambiguity about the entity of the method of electronic reverse bidding, and to determine the nature of this method. Is it a purchasing or a method of selling? What are the procedures to be followed in contracting through it? What are the restrictions on the authority of the administration to conduct the electronic reverse bidding? In this study, we have concluded a number of recommendations, in which we reached proposals to amend some of the articles of the law. We also found solutions through which this study can contribute to the service of researchers and consultants in general. It can serve the parties contracting with the administration in particular according to the contemporary data in the light of the modern technological advancement.

Keywords: Bidding, Reverse auction, Electronic reverse bidding, Administrative contracting methods, Electronic bidding method, Administrative contracting, Administrative contracting procedures.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد.

تتميز العقود الإدارية بصفة عامة باستخدام وسائل وامتنيازات السلطة العامة، وأساس ذلك قيام العقد الإداري على فكرة تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ومما تتميز به العقود الإدارية: إخضاعها للنصوص النظام ولوائحها التنفيذية، ومع وجود هذه السلطات للإدارة إلا أن النظام وضع قيوداً عليها، ومن ذلك تقييد حرية الإدارة في اختيار المتعاقد، فلا تتمتع الإدارة دائماً بحرية اختيار المتعاقد، أو حرية اختيار المواد، أو حرية تحديد وقت سريان العروض وشروط التعاقد، بل هي دائماً تكون موكلة إلى نظام يحكمها.

وينظم العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية ويحكمها نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، الذي حرصت المملكة من خلاله على مواكبة التطور في جميع أنظمتها انطلاقاً بتحقيق رؤية المملكة ٢٠٣٠م في التحول الرقمي الوطني؛ وعليه أصدر المنظم السعودي نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ، وقد وضع المنظم نصب عينه عند سن النظام ركائز التحول الرقمي الذي تشهده المملكة، وقد استحدث النظام أساليب جديدة للتعاقد الإداري لم تكن موجودة في نظام المنافسات السابق، ومن أهم الأساليب المستحدثة: أسلوب "المزايدة العكسية الإلكترونية" التي تعدُّ نتيجة للتطور التكنولوجي والاقتصادي الواسع حول العالم، والتي على إثرها أضافها المنظم في نظامه الجديد "نظام المنافسات والمشتريات الحكومية"؛ ليوافق رؤية المملكة، ولتقليص المعاملات الورقية؛ تحقيقاً لأهداف الرؤية الوطنية في الاستغناء عن المعاملات الورقية بشكل كامل، والتحول نحو المعاملات الإلكترونية استكمالاً لنظام الحكومة الإلكترونية الشامل.

ونظراً لكون أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية من الأساليب الجديدة المستحدثة في النظام الجديد "نظام المنافسات المشتريات الحكومية" الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ ولائحته التنفيذية الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم (١٢٤٢) وتاريخ ٢١/٣/١٤٤١هـ، والمعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٢٤٧٩) وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ، والذي استحدث أسلوب "المزايدة العكسية الإلكترونية" كأحد أساليب التعاقد مع جهة الإدارة، ولحدثة هذا الموضوع وأهميته القصوى، ونظراً لكوني لم أظفر بدراسة بحثت مسألة "المزايدة العكسية الإلكترونية" كأحد أساليب التعاقد مع جهة الإدارة على ضوء النظام الجديد، ولكون نظام المنافسات المشتريات الحكومية ولائحته لم يُعطِ الموضوع القدر الكافي، ولحاجة المسألة إلى بيان لهذا الأسلوب، فقد استعنت بالله على كتابة ما تيسر في هذه المسألة، التي اشتملت على ما يأتي.

أهمية الموضوع

يعدُّ أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية من الأساليب المستحدثة في النظام الجديد - نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ؛ ولحدثة هذا الأسلوب كأسلوب جديد في التعاقد الإداري؛ لأنه لم يكن معروفاً في المملكة من قبل، فإنه تكمن وتظهر أهمية الموضوع من خلال إبراز ما يتضمنه هذا الأسلوب الحديث من مميزات إيجابية تعود في محصلتها بتحقيق أقصى درجات التنافس بين المتنافسين، ويعود بأكبر مردود مالي على الخزنة العامة للدولة، ويسد باب الوساطة والمجاملات. وبالتالي فإن المزايدة العكسية الإلكترونية تعدُّ من الأساليب الحديثة في التعاقدات الإدارية المهمة في الوقت الحاضر؛ لما يتصف به هذا الأسلوب من حداثة بحلّة تتناسب مع الرؤية الوطنية للمملكة، وأضحى يحقق العدالة، ويعزز

الشفافية والنزاهة وحرية التنافس العادلة والمتكافئة لجميع المتنافسين المتقدمين، دون تفرقة بينهم، بإتاحة الفرصة لجميع من تتوافر فيه شروط المنافسة لكي يتقدم بعطاءه ممن تتوافر فيهم شروط المزايدة العكسية الإلكترونية.

وعليه تظهر أهمية أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية باعتباره من أبرز وأهم الموضوعات المستجدة في الوقت الراهن في التعاقد الإداري على ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، لذا كان علينا التزاماً بالتطرق للمسائل المستجدة التي تواكب التطورات الحديثة التي تطرأ على عمل الإدارة بالتعاقدات الإدارية في الجهات الحكومية مع التعاقد معها، والتي تمكن جهة الإدارة من استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة في طرح التعاقدات الإدارية للمتعاقدين معها، وهذا يتطلب بالضرورة أفراد دراسة مستقلة لتوضيح المزايدة العكسية الإلكترونية كأسلوب من أساليب التعاقد الإداري للحاجة الماسة لبيان هذا الأسلوب الإلكتروني.

أهداف الدراسة

من خلال هذه الدراسة المتعلقة بالمزايدة العكسية الإلكترونية كأسلوب من أساليب التعاقد الإداري، والتي سعينا من خلالها إلى تحقيق جملة من الأهداف، وعليه فإنه يمكن إرجاع وإجمال أهداف هذه الدراسة إلى ما يلي:

١ - بيان ماهية المزايدة العكسية الإلكترونية التي تقوم عليها أساليب التعاقد الإداري، بالتعرف عليها، وتقييم هذا الأسلوب بمعرفة مزاياه التي يتميز بها، وبيان عيوبه التي تعتريه، وتحديد المزايدة الإلكترونية في ضوء قانون الأنيسترال للاشتراء العمومي.

٢ - التعرف على طبيعة المزايدة العكسية الإلكترونية في كون هذا الأسلوب أسلوب شراء أو بيع أو استئجار أو استبدال، وما الأساس النظامي وفق ما تشتمله من شروط وضوابط معينة بتحديد طبيعة هذا الأسلوب.

٣ - الكشف عن كيفية إبرام التعاقد وفق هذا الأسلوب، وما الإجراءات الواردة على سلطة الإدارة بإجراء المزايدة العكسية الإلكترونية؟ وتحديد ما تشمله الإجراءات من عدة مراحل لا تخرج عن مرحلة سابقة، ومرحلة معاصرة، ومرحلة لاحقة.

مشكلة الدراسة

تكمُن إشكالية المزايدة العكسية الإلكترونية في أن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ أوجدها كأسلوب جديد من أساليب التعاقد الإداري؛ ولكنه في نفس الوقت لم يعطِ النظام ولا لائحته التنفيذية الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم (١٢٤٢) وتاريخ ٢١/٣/١٤٤١هـ، والمعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٢٤٧٩) وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ القدر الكافي في بيان هذا الأسلوب، ولوجود بعض الإشكالات في النصوص النظامية المتعلقة بتنظيم التعاقد وفق أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية.

ولحاقاً بما سبق فإن كثيراً من المتعاقدين مع الجهات الحكومية غير مدركين تماماً لهذا الأسلوب المستحدث فيما وقفت عليه، فكان لزاماً عليّ التصدي لبيان هذا الأسلوب بمميزاته وإشكالاته، والذي يعد نتاجاً للتطور التكنولوجي والاقتصادي الكبير والواسع حول العالم، والذي لاقى اهتماماً غير مسبوق من المنظم في المملكة، الذي أوجدها في نظامه الحديث "نظام المنافسات والمشتريات الحكومية"، ويُشار بالبنان إلى المنظم في إيجاد مثل هذا الأسلوب، وأنه وُفِّق في مواكبة ركب التقدم على مختلف الأصعدة الوطنية والعالمية، مع الأخذ بعين الاعتبار أن هذا الأسلوب لم يكن معمولاً به سابقاً، ولكنه لما استُحدث مجدداً ظهرت إشكالية فيه بأنه غير واضح بشكل كامل للجميع، سواء أكان متعاقداً أم جهة إدارية أم غيرهما، ويؤكد ذلك أنني حاولت البحث

المنهج المقارن بالاستشهاد بالأنظمة والقوانين المقارنة كُلمًا تطلَّب الحال، باستحضارها وذكرها في سير هذه الدراسة فيما يتعلق بالمزايدة العكسية الإلكترونية.

تقسيمات الدراسة

- المقدمة: وتشتمل على (أهمية الموضوع، ومشكلة الدراسة، ومنهجها، وتقسيماتها).
- البحث الأول: ماهية المزايدة العكسية الإلكترونية:
 - المطلب الأول: مفهوم المزايدة العكسية الإلكترونية.
 - المطلب الثاني: تقييم أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية.
 - المطلب الثالث: الطبيعة النظامية للمزايدة العكسية الإلكترونية.
- البحث الثاني: إجراءات المزايدة العكسية الإلكترونية:
 - المطلب الأول: إجراءات سابقة على المزايدة العكسية الإلكترونية.
 - المطلب الثاني: إجراءات أثناء المزايدة العكسية الإلكترونية.
 - المطلب الثالث: إجراءات لاحقة على المزايدة العكسية الإلكترونية.
- الخاتمة: وتشتمل على ملخص البحث والنتائج والتوصيات.

البحث الأول:

ماهية المزايدة العكسية الإلكترونية

بادئ ذي بدء يجدر بنا التطرق لماهية المزايدة العكسية الإلكترونية التي استحدثت في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ؛ كأسلوب من أساليب التعاقد الإداري؛ إذ ليس من شك في أن هذا الأسلوب نتيجة لما يظهر في العصر الحالي من التطور في التقنيات التكنولوجية الحديثة وفق ما تلميه الضرورات والواقع المعاش الذي يحتم مواكبة التطور؛ وهو ما

عن نماذج تطبيقية لهذا الأسلوب، فلم أجد شيئاً؛ لحدائته وعدم تطبيقه حتى كتابة هذه الدراسة، إضافة لذلك فإنني وجدت بعض القصور في بعض المواد التي تتعلق بالمزايدة العكسية الإلكترونية، والتي سعينا في نهايتها إلى علاج هذه المعضلة، وقد حرصت على أن تضع هذه الدراسة معالجة لإشكالية الموضوع، ببيان ماهية المزايدة العكسية الإلكترونية كأسلوب من أساليب التعاقد الإداري، ومدى ما يتميز به هذا الأسلوب عن غيره من الأساليب الأخرى بمعايره وضوابطه وشروطه، والقواعد الأساسية لطرح المزايدة العكسية الإلكترونية في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، والقيود الواردة على سلطة الإدارة بإجراء المزايدة الإلكترونية، وما المعوقات والإشكاليات الناجمة عن الحرمان وإلغاء التعاقد بأسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية؟ وحصص الأسباب التي تعيق إبرام العقد بأسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية، وذلك لبعض المآخذ التي رأيناها في النصوص النظامية المتعلقة بالمزايدة العكسية الإلكترونية، والتي أدلينا فيها بالمقترحات لعلاج تلك المعضلة بالتوصيات التي رأينا على المنظم مراعاتها، وتعديل المواد وفق ما خرجت على ضوءها توصيات هذه الدراسة.

منهج الدراسة

اعتمدت في هذه الدراسة المنهج التحليلي وفق الأنظمة الإجرائية المنظمة للعقود الإدارية على وجه العموم ونظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ على وجه الخصوص، ولوائحه التنفيذية الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم (١٢٤٢) وتاريخ ٢١/٣/١٤٤١هـ، والمعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٢٤٧٩) وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ، والتي تناولت أسلوب "المزايدة العكسية الإلكترونية" كأحد أساليب التعاقد مع جهة الإدارة، كما اعتمدت في الوقت نفسه

دفع المنظم في المملكة العربية السعودية إلى السير نحو مواكبة هذا التطور التكنولوجي في استخدام الأساليب الإلكترونية والتقنيات الحديثة كالمزايدة العكسية الإلكترونية التي استحدثت في نظامه "نظام المنافسات والمشتريات الحكومية"، وعليه سوف نتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم المزايدة العكسية الإلكترونية في (المطلب الأول)، وإلى تقييم أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية في (المطلب الثاني)، وإلى الطبيعة النظامية للمزايدة العكسية الإلكترونية في (المطلب الثالث)، وذلك على النحو الآتي.

المطلب الأول: مفهوم المزايدة العكسية الإلكترونية

لا جدال في أن أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية يعد أحد أساليب التعاقد الإداري المستجدة، والذي أوجده المنظم في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد، وقد روعي عند إصدار النظام إضافة هذا الأسلوب لتعزيز التنمية الاقتصادية، كجزء مهم لتحقيق مستهدفات الرؤية الوطنية، من خلال الربط بين الحاجة للمشروعات، وتحقيق كفاءة الإنفاق، ومراعاة التوازن المالي؛ لذا حرص المنظم على إلزام الجهات الحكومية بالتقيد بالأساليب التي أتت بها، ومن ضمنها "أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية"؛ ولكون هذا الأسلوب مستجداً ومستحدثاً، فإنه يحسن بنا بيان مفهومه، وذلك بالتطرق إلى تعريف المزايدة العكسية الإلكترونية في (الفرع الأول)، وتحديد المزايدة الإلكترونية في ضوء قانون (الأونسترال) للاشتراء العمومي في (الفرع الثاني)، وذلك على النحو الآتي.

الفرع الأول: تعريف المزايدة العكسية الإلكترونية

أوردت المادة الأولى من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية^(١) بياناً بمصطلحات النظام ومقصود المنظم من بعض

العبارات الواردة فيه، وقد عرف المنظم المزايدة العكسية الإلكترونية بأنها: "أسلوب إلكتروني لتقديم عروض مخفضة تعاقبياً خلال مدة محددة بغرض اختيار أقل العروض سعراً"^(٢). ومن خلال هذا التعريف الذي أورده المنظم يمكننا القول: إن المزايدة العكسية الإلكترونية أسلوب إلكتروني حديث، وُضع من أجل مواكبة التطور في العصر الحاضر، حيث إنه لا جدال في أن الأساليب التقليدية في التعاقدات الإدارية كـ "المزايدة العادية" أضحت وحدها قاصرة عن تلبية احتياجات العمل في ظل التطور التكنولوجي المتسارع، مما استدعى ضرورة الانتقال إلى استخدام أساليب جديدة في التعاقدات الإدارية تتوافق مع مواكبة الزمن الحاضر، الذي انتشرت فيه الوسائل الإلكترونية والتقنيات الحديثة وفق ما تملبه الضرورات والواقع المعاش الذي يحتم مواكبة التطور التكنولوجي، مما دفع المنظم في المملكة العربية السعودية إلى إيجاد هذا الأسلوب الذي جاء وفق سياسة التحول الوطني لرؤية المملكة؛ ومن الركائز التي يقوم عليها التحول الرقمي الوطني: وضع أساليب إلكترونية لإتمام إجراءات التعاقد بها، وتقليص المعاملات الورقية والاستغناء عنها بشكل كامل، والتحول نحو التعاملات الإلكترونية؛ استكمالاً لنظام الحكومة الإلكترونية في الجهات الحكومية.

وبالرجوع والاطلاع على القوانين المقارنة نجد أنها استخدمت هذا الأسلوب، وقد عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري المزايدة العكسية^(٣) بأنها: "عملية مناقصة لاشتراء المنتجات أو الأشغال أو الخدمات تُتاح فيها للمورد معلومات عن العروض الأخرى المقدمة، ويتسنى له فيها تعديل عرضه بشكل مستمر على سبيل منافسة العروض الأخرى، دون معرفة هويات الموردّين الآخرين عادة، ويقدم الموردّون في هذا

(٢) المادة الأولى من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ.

(٣) قرار لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري، في دورتها السابعة والثلاثين، نيويورك، يوليو ٢٠٠٤م، ص ١٠، راجع الرابط:

<https://undocs.org/ar/A/CN.9/553>

(١) المادة (١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ:

<https://eservice.mof.gov.sa/content/download/tender2019.pdf>

وعليه يمكننا القول: إن الجهة الإدارية في المزاد التقليدي تعرض سلعة على المشتريين من أجل بيعها، أما في المزاد العكسي فتطلب شراء سلعة أو خدمة من المشتريين تليها احتياجاتها، كما أنها تقوم بالترسية على من يقدم أعلى سعر في حال كون المزاد تقليدياً، أما في المزاد العكسي فتقوم بالترسية على من يقدم أقل سعر.

ويثار هنا تساؤل آخر مؤداه: هل المزايدة العكسية الإلكترونية هي المناقصة الإلكترونية كما يطلق البعض عليها؟ وما السبب في تسمية المزايدة العكسية الإلكترونية بهذا الاسم؟

للإجابة على هذا نقول: إنه من وجهة نظرنا فإن اعتقاد البعض أن المزايدة العكسية الإلكترونية هي ذاتها المناقصة الإلكترونية غير صحيح، ولا نسلم بذلك؛ بدليل أن المنظم عندما عرّفها ذكر أنها أسلوب إلكتروني لتقديم عروض مخفضة تعاقبياً خلال مدة محددة بغرض اختيار أقل العروض سعراً، وهذا فيه تأكيد على أنها أسلوب إلكتروني خاص و متميز، ومن يقدم أقل سعر يظفر بها، وإلحاقاً لما سبق فإنه في رأينا لا يستقيم الكلام بالقول بأنها - أي: المزايدة العكسية الإلكترونية - مناقصة إلكترونية؛ إذ أصبح بالإمكان طرح جميع المناقصات إلكترونياً؛ لذا لا بد من تمييز المزايدة العكسية الإلكترونية عن المناقصة الإلكترونية حتى لا يحصل بينها اللبس، فالمزايدة العكسية تختلف عن المناقصة الإلكترونية، وقد أجاز المنظم تأمين المشتريات عن طريق المزايدة الإلكترونية، فقد نصت المادة (٣٤) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: "للهجهة الحكومية استخدام أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية وفقاً لما توضحه اللائحة^(٧)".

النوع من المزاد عروضهم إلكترونياً عن طريق موقع المزاد الإلكتروني، ويتم الترسية على صاحب العرض الأقل سعراً". كما عرف المشرع الفرنسي المزاد العكسي بأنه: "إجراء لاختيار العروض، يتم بالطريق الإلكتروني، يسمح للمرشحين مقدمي العروض بإعادة النظر في الأسعار المقدمة منهم على نحو الانخفاض، وتعديل قيمة بعض العناصر لعروضهم القابلة للتقدير"^(٨).

وفي ضوء ما سبق فإن التساؤل المطروح والمثار هنا مؤداه: هل المزايدة العكسية الإلكترونية هي ذاتها المزايدة العادية؟ للإجابة على هذا نقول: إن المزايدة العادية تقتضي أن يعرض البائع صنفاً أو سلعة على مشتريين، ويقدم المشترون عطاءات حتى وقت إغلاق المزاد، بحيث تكون الترسية في النهاية على من يقدم أعلى سعر، أما المزايدة العكسية أو ما يسمى "بالمزاد العكسي" فهو عكس ذلك^(٩) (نمديلي، ٢٠٠٧م)، ففيها تقدم الجهة المشتري طلباً إلكترونياً للحصول على سلعة أو خدمة، ثم يقدم البائعون عطاءاتهم عن طريق تقديم ثمن يقابل السلعة أو الخدمة التي أعلنت الجهة المشتري عن حاجتها لشرائها، وفي نهاية المزاد العكسي تكون الترسية على من يقدم أقل سعر^(١٠) (حمودة، ٢٠١٩م).

(٤) المادة (L2125-1) من قانون التعاقد العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩م.

(٥) ظهر هذا النوع من المزايدة لأول مرة في هولندا، حيث يتقدم الراغبون في التعاقد بعطاءاتهم في مظاريف مغلقة، وبطريقة سرية إلى السلطة المتعاقدة، ويقوم محافظ البيع بالمزاد العلني بالإعلان عن بدء المزاد عن طريق الإنترنت، ويتم التنافس بينهم حتى تتم الترسية على صاحب العرض الذي قدم أقل العروض سعراً.

(٦) نصت المادة (١٢) من التوجيه الأوروبي رقم (١٨) لسنة ٢٠٠٤م على هذا الأسلوب، حيث أجازت المادة (١٤، ١٥) من هذا التوجيه التعاقد به في عقود التوريد والخدمات والأشغال وصور أخرى من العقود، مثل: عقود المياه والنقل والطاقة، كما أخذ قانون التعاقد العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩م بهذا الأسلوب، لكنه قصره على عقود التوريد فقط، وجعله المشرع أسلوباً أصيلاً في حال تجاوز الحدود المالية لبعض الأساليب التعاقدية الأخرى المطبقة على تلك النوعية من العقود.

(٧) المادة (٣٤) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ.

والتساؤل الذي يثار هنا: هل المزايدة العكسية الإلكترونية وسيلة اشتراء قائمة بذاتها أو وسيلة بيع؟ وللإجابة على ذلك نقول: إنه بالنظر في قانون الأونيسترال النموذجي نجد المادة (٥٣) من قانون الأونيسترال النموذجي للاشتراء العمومي تناولت الأحكام والشروط الخاصة بالمزايدة الإلكترونية باعتبارها وسيلة اشتراء قائمة بذاتها، حيث وضحت المادة المعايير والإجراءات الخاصة بنشر الدعوة للمشاركة في المزايدة الإلكترونية، وكذلك المعايير والإجراءات الخاصة بفحص العطاءات، والعدد الأدنى للموردين أو المقاولين الذين يلزم أن يسجلوا أنفسهم لكي تُجرى المزايدة الإلكترونية^(٩)، ويتضح من ذلك أن المزايدة العكسية الإلكترونية تعدّ وسيلة اشتراء قائمة بذاتها، لها شروطها وأحكامها الخاصة، وليست مرتبطة بوسائل اشتراء أخرى.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا التساؤل المطروح في طريقة التسجيل في المزايدة الإلكترونية، وهل حدد لها توقيت لإجرائها؟ للإجابة على ذلك يمكننا القول: إن المادة (٥٣) من قانون الأونيسترال النموذجي للاشتراء العمومي تناولت التسجيل في المزايدة الإلكترونية وتوقيت إجرائها، وبينت المادة أنه إذا كان عدد الموردين أو المقاولين لا يكفي لإقامة المزايدة الإلكترونية فإنه يجوز للجهة الإدارية إلغاء المزايدة الإلكترونية، وإبلاغ جميع المتقدمين بالإلغاء، كما وضحت المادة أن تكون الفترة الزمنية من الدعوة إلى المزايدة الإلكترونية إلى إجرائها طويلة بما يكفي لتمكين الموردين أو المقاولين من الاستعداد لها، مع مراعاة ما للجهة المشترية من احتياجات معقولة^(١٠).

(٩) المادة (٥٣) من قانون الأونيسترال النموذجي للاشتراء العمومي

الصادر من الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠١٤م:

<https://cutt.us/1HTYE>

(١٠) المادة (٥٥) من قانون الأونيسترال النموذجي للاشتراء العمومي:

<https://cutt.us/1HTYE>

وأما السبب في تسميتها بهذا المصطلح فهو أن المزايدة العكسية الإلكترونية تكون في سوق تنافسي ومزاد علني إلكتروني، إلا أنها تكون عكس المزايدة العكسية المعروفة، وهي التزايد في تقديم الأسعار، في حين أن المزايدة العكسية هي مزاد عكسي، أي: تناقصي، وليس تزايدياً (المطوع، ٢٠٢٠م).

وخلاصة القول على ضوء ما سبق - من وجهة نظرنا- أن المزايدة العامة ليست إلا زيادة في ثمن السلعة المعروضة للبيع، وأما المزايدة العكسية الإلكترونية فهي عبارة عن منافسة لتقديم عروض مخفضة باستخدام وسائل إلكترونية بمواصفات مطابقة ومحددة من جهة الإدارة، ومن ثم تقوم جهة الإدارة باختيار أقل العروض سعراً ومطابقة لمواصفاتها المحددة، وبالتالي فإن المزايدة العكسية الإلكترونية هي مزاد عكسي تناقصي، وليس مزاداً تزايدياً.

الفرع الثاني: تحديد المزايدة الإلكترونية في ضوء قانون الأونيسترال للاشتراء العمومي

بالإطلاع على قانون الأونيسترال النموذجي للاشتراء العمومي نجد أنه تضمن إجراءات تُسهم في إرساء إطار قانوني حديث ومتناسق، وتهدف إلى تعزيز مبدأ النزاهة والشفافية، كما أتاح القانون النموذجي للجهات المشترية الحكومية الاستفادة من الأساليب التجارية الحديثة كالاشتراء الإلكتروني والاتفاقيات الإطارية، لكي يتسنى لها تحقيق أفضل مردود للنقود في الاشتراء، وكذلك اختيار أفضل الموردين أو المتعهدين للتعاقد معه، ويتضمن القانون إجراءات تتيح الشراء العادي والشراء العاجل أو الطارئ والمزايدة الإلكترونية، كما أُعِدَّ القانون النموذجي بهدف دعم مواءمة المعايير الدولية في مجال الاشتراء العمومي، ومراعاة أحكام اتفاق منظمة التجارة العالمية المتعلق بالاشتراء الحكومي^(٨).

(٨) الموقع الإلكتروني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،

نبذة عن الأونيسترال:

https://uncitral.un.org/ar/texts/procurement/modellaw/public_procurement

الفرع الأول: مزايا المزايدة العكسية الإلكترونية

بالنظر إلى أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية، والذي يُعد أحد الأساليب في التعاقد الإداري، وما يشتمل عليه من خصوصية في طرحه، وإجراء المنافسة به، فإنه يتميز بعدة مميزات، يمكن إجمالها وحصرها فيما يلي:

١ - إتاحة الفرصة لمقدمي العروض لتعديل العروض المقدمة منهم بشكل مستمر في سبيل منافسة العروض الأخرى، دون معرفة هويات الموردين الآخرين عادة^(١)، ويقدم الموردون في هذا النوع من المزاد عروضهم إلكترونياً عن طريق موقع المزاد الإلكتروني الذي يوجد عادة على الإنترنت؛ إذ يستطيع الموردون أن يطلعوا إلكترونياً على سير العروض خلال المزاد، وأن يدخلوا تعديلات على عروضهم تبعاً لذلك.

٢ - يتم المزاد العكسي على مرحلتين في الحالات التي تُقِيم فيها المعايير غير السعرية - مثل: النوعية - بصورة مستقلة قبل المزاد، فيجب أن يتم عقب ذلك ضمّ المعايير السعرية وغير السعرية إلى المعلومات المقدّمة في المزاد، باستخدام برمجيات متخصصة للمزادات، من أجل تحديد الترتيب العام لكل مورد في أي وقت من الأوقات، وبذلك تكون العملية الكلية عملية "من مرحلتين"؛ إذ يقوم المشتري في المرحلة الأولى بتقييم الجوانب غير السعرية المهمة، وتشكل المرحلة الثانية مرحلة المزاد التي يتم فيها ضمّ الجوانب السعرية وغير السعرية للخروج بترتيب عام.

٣ - يستطيع المتعهد أو المورد أو مقدم الخدمة عند المشاركة في المزايدة العكسية الإلكترونية أن يطلع على جميع العروض المقدمة من الموردين أو المتعهدين أو المقاولين، بحيث يطلع المنافس على ترتيب سعره، وعلى أسعار بقية المنافسين دون الكشف عن هوياتهم.

وعلى أي حال، وبناءً على ما سبق فإن المنظم السعودي في نظامه - نظام المنافسات والمشتريات الحكومية - قد وافق قانون الأونيسترال النموذجي للاشتراء العمومي في أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية بتحديد طبيعة هذا الأسلوب، وخالفه في بعض شروط المزايدة العكسية الإلكترونية التي وضعها المنظم السعودي، والتي سوف ترد في المطلب الثالث من هذا البحث، ولكن مما يميز المنظم السعودي عن قانون الأونيسترال النموذجي للاشتراء العمومي: أنه حدد المدة الزمنية بشكل دقيق، وهي ١٥ يوماً، كما سوف يأتي بيانه في هذه الدراسة.

المطلب الثاني: تقييم أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية

ندرك جيداً أن المزايدة العكسية الإلكترونية أسلوب جديد استحدثه نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، وبالتالي فلا جدال في أن أي أسلوب من الأساليب لابد من تقييمه لمعرفة الإيجابيات والمزايا التي أتى بها هذا الأسلوب، وفي المقابل نجد أنه لا يخلو أي أسلوب كان من عيوب تعتريه مهما بلغ هذا الأسلوب من التنقيح؛ وهذا راجع إلى أن هذه الأساليب الموضوعة هي اجتهاد بشري قررتها الأنظمة المرعية، والعمل البشري دوماً لا يصل إلى درجة الكمال، فلا يخلو من عيوب تعتريه، وإشكالات تواجهه، مما يستلزم إيجاد دراسات تعالج الأمر، وتخرج على ضوءها جملة من التوصيات تكون علاجاً لهذه المشكلة، وعليه فإننا في هذا المطلب سوف نلقي نظرة ثاقبة على أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية؛ لتتعرف على أبرز المزايا التي أتى بها، وفي نفس الوقت نبين العيوب التي تتخلل هذا الأسلوب، ولذلك سنتطرق إلى مزايا المزايدة العكسية الإلكترونية في (الفرع الأول)، وإلى عيوب المزايدة العكسية الإلكترونية في (الفرع الثاني)، وذلك على النحو التالي.

(١١) الفقرة (٢) من المادة (٥٦) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية المعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٢٤٧٩) وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ، رابط: <https://cutt.us/J3GtN>.

- ٤- السماح بتعديل الأسعار مشروط بأن يكون التعديل مائلاً نحو الانخفاض، فإذا ما كان العرض المقدم من أحد مقدمي العطاءات عن السلعة (س) التي تطلب الجهة الإدارية شراءها هو ١٠٠٠ ريال، وكان هناك شخص ثالث يقدم عرضاً بـ ٩٠٠ ريال، فيسمح لصاحب العرض الأول الاطلاع على سعر العرض الثاني، دون أن يطلع أي منهم عن هوية صاحب العرض، ثم يسمح له بتعدي عرضه، فيقدم ٨٥٠ ريالاً مثلاً، ثم يسمح بمثله للثاني والثالث وهكذا، وتقوم الجهة الإدارية بالترسية على أقل العروض سعراً؛ لذا جاءت تسمية المزاد العكسي بهذا الاسم؛ لكون اتجاه المزاد إلى الأسفل، حيث يتجه السعر إلى أسفل بمرور الوقت، على عكس المزاد التقليدي الذي يتجه المزاد فيه إلى أعلى مع مرور الوقت، وصولاً لمن يقدم أعلى سعر (حمادة، ٢٠٢٠م).
- ٥- قد يقتصر تعديل العروض في غالبية الأحيان على عنصر السعر^(١)؛ لذا تستخدم المزادات العكسية على الأكثر في المنتجات والخدمات القياسية التي يشكّل السعر فيها المعيار الوحيد أو الأساسي على الأقل لمنح العقد؛ لأن السعر هو الوحيد عادة الذي يظهر في عملية "المزايدة"، بيد أنه بالإمكان استخدام معايير أخرى، وإدراجها في مرحلة المزاد، أو تقييمها في مرحلة منفصلة عن العملية بأكملها، مثل: معيار الجودة والنوعية والكمية.

الفرع الثاني: عيوب المزايدة العكسية الإلكترونية

بعد ما أوردنا المميزات التي يتميز بها هذا الأسلوب يحسن بنا أن نسلط الضوء على ما يقابل تلك المميزات من عيوب تعترى هذا الأسلوب، ويمكن تلخيص العيوب التي تعترى المزايدة العكسية الإلكترونية فيما يلي:

- ١- أنه يخالف قواعد قانون الأونسترال النموذجي للاشتراء التي تحظر إدخال تغييرات على أسعار العروض بعد تقديمها.
- ٢- أنه يختلف - أيضاً - مع قانون الأونسترال النموذجي للاشتراء العمومي الذي ينص على عدم إفشاء أي معلومات عن العروض المقدمة، ويقتضي السرية بين مقدمي الخدمة^(٢).
- ٣- أن هذا الأسلوب يقتضي أن تكون الدولة جاهزة تقنياً لاستخدامه؛ إذ إنه يتم من البداية إلى النهاية عن طريق شبكة الإنترنت، وقد لا يكون هذا الأسلوب ملائماً للعديد من الدول؛ لأسباب تقنية وغير تقنية، مما يكون عائقاً في سبيل استخدامه (حمادة، ٢٠٢٠م).
- ومن خلال ما عرضناه من المميزات والعيوب فإنه يمكن القول: إن المزايا والإيجابيات التي يتميز بهذا الأسلوب - المزايدة العكسية الإلكترونية - تفوق بكل المقاييس العيوب التي تعترى؛ ويمكن إرجاع السبب في هذا إلى أنه لا يخلو أي أسلوب كان من عيوب تعترى، مهما بلغ هذا الأسلوب من التنقيح؛ وهذا راجع إلى أن هذه الأساليب الموضوعة هي اجتهاد بشري، ولا تصل إلى درجة الكمال.
- وعليه فإنه من الواجب تفادي هذه المعوقات، والعمل على سرعة معالجتها، بإيجاد الحلول التي خرجت على ضوءها هذه الدراسة في توصياتها؛ للاستفادة من مزايا المزايدة العكسية الإلكترونية التي تعد الأسلوب الأهم بين أساليب التعاقد الإداري في الوقت الحاضر.

المطلب الثالث: الطبيعة النظامية للمزايدة العكسية الإلكترونية

بالنظر إلى نظام المنافسات والمشتريات الحكومية نجد أنه قد أطلق يد الأفراد في التعاقد؛ إذ أعطاهم مطلق الحرية في اختيار

(١٢) الفقرة (١) من المادة (٥٦) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات

والمشتريات الحكومية المعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٢٤٧٩)

وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ رابط: <https://cutt.us/J3GtN>

(١٣) المادة (٢٤) من قانون الأونسترال النموذجي للاشتراء العمومي،

ص ٢٤، <https://cutt.us/1HTYE>

التنفيذية نجد أن المنظم وضع شروطاً وضوابط وإجراءات خاصة تُطبّق على جميع المتنافسين، بحيث تكون الدعوة إلى المزايدة العكسية الإلكترونية عن طريق الإعلان في البوابة، وهي منصة (اعتماد) التابعة لوزارة المالية^(١٥)، مع تحديد بداية المزايدة ونهايتها، وذلك لضمان الشفافية في التعامل مع جميع الموردين أو المتعهدين أو المقاولين، ويحسن بنا هنا التطرق إلى شروط التعاقد بالمزايدة العكسية الإلكترونية في (الفرع الأول)، وضوابط التعاقد بالمزايدة العكسية الإلكترونية في (الفرع الثاني)، وذلك على النحو التالي.

الفرع الأول: شروط التعاقد بالمزايدة العكسية الإلكترونية

لقد حددت المادتان (٥٤) و (٥٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المشتريات الحكومية الشروط الخاصة بالتعاقد بأسلوب المزايدة العكسية^(١٦)، وهي:

- ١- أن يتم استخدام هذا الأسلوب لشراء السلع الجاهزة المتوفرة في السوق، بأن تكون السلع لها سوق تنافسية فعالة، ومتوفرة لدى أكثر من مورد، أو متعهد، أو مقدم خدمة.
- ٢- ألا تتجاوز تكلفة المزايدة العكسية خمسة ملايين ريال.
- ٣- أن تتم المزايدة عن طريق البوابة الإلكترونية، بما يضمن سلامة الإجراءات، والشفافية، ويحقق حرية التنافس، وبمعنى آخر أن تكون كل إجراءات المزايدة إلكترونية.
- ٤- أن تتضمن إجراءات المزايدة العكسية الإلكترونية المساواة والعدالة، وتكافؤ الفرص بين المتنافسين.

(١٥) موقع منصة (اعتماد):

<https://www.mof.gov.sa/eservices/Pages/Etimad.aspx>

(١٦) المادة (٥٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات

الحكومية الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم (١٢٤٢) وتاريخ

٢١/٣/١٤٤١هـ، والمعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٢٤٧٩)

وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ، رابط: <https://cutt.us/J3GtN>.

الطرف الآخر الذي يريدون التعاقد معه، كما لم يلزمهم بأسلوب محدد في التعاقد، وفي المقابل نجده قيد حرية الإدارة في اختيار التعاقد معه، فالإدارة تتمتع بحرية أضيق من الحرية التي يتمتع بها الأفراد في اختيار التعاقد معه من جهة، وفي اختيار الأسلوب الذي يتم التعاقد به من جهة أخرى، حيث ألزم المنظم الإدارة في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية بأساليب تعاقد إدارية محدودة، لا تملك الإدارة أن تحيد عنها عند اختيار التعاقد معها فيما يعرف بأسلوب المزايدات والمناقصات.

لذا فإن الأساليب التي تتعاقد بها الإدارة تختلف، فقد تتعاقد الإدارة لشراء الأعمال والمشتريات، وقد تتعاقد لبيع منقولاتها، وقد تتعاقد لتأمين بعض احتياجاتها بطريقة استئجار، أو استبدال ما لديها من منقولات بأخرى، وتبعاً لذلك تختلف أساليب التعاقد الإداري من أساليب شراء، أو أساليب بيع، أو أساليب استئجار واستبدال (العجمي، ١٤٤٢هـ).

وعلى أي حال فإنه بالنظر إلى الأساليب المشار إليها مسبقاً نجد أن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية عندما نص على المزايدة العكسية الإلكترونية كأسلوب جديد من أساليب التعاقد الإداري، فإنه أضفى عليها مركزاً نظامياً جعله أحد الأساليب المعتبرة كأسلوب شراء، وليس أسلوب بيع أو استئجار، فالطبيعة النظامية للمزايدة العكسية الإلكترونية هي أسلوب شراء لمنتج في مزاد عكسي، بغرض اختيار التعاقد الذي يقدم أقل الأسعار، أما المزايدة العادية فهي أسلوب بيع يستخدم في بيع المنقولات لاختيار أعلى الأسعار (الجنابي، ٢٠١٧م).

والأساس النظامي لاستخدام المزايدة العكسية الإلكترونية كأسلوب شراء ما نصت عليه المادة (٣٤)، وهو أنه: "للجهة الحكومية استخدام أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية وفقاً لما توضحه اللائحة"^(١٧)، وبالرجوع لللائحة

(١٤) المادة (٣٤) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر

بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ:

<https://eservice.mof.gov.sa/content/download/tender2019.pdf>

بالعرض المقدم منه، ذلك أن كون المزاد إلكترونياً يضمن مشاركة عدد غير محدود من المشاركين من مختلف دول العالم، ومن الممكن لأي منهم التلاعب في أسعار العروض المقدمة، حتى إذا ما تمت الترسية عليهم انسحبوا من المزاد، فلا تحمي الجهة الإدارية إلا ضياع الجهد والوقت؛ لذا فالضمان المالي يضمن التزامهم بهذا العرض، وإجبارهم على تقديم أسعار معقولة، حتى إذا ما رُسي عليهم المزاد كان ذلك رائجاً لهم.

وعلى أي حال فإن الضمان الابتدائي يدل على جدية المنافس في التزامه بعرضه الذي قدمه إلى جهة الإدارة؛ لأنه يمكن أن يكون هناك تلاعب في الأسعار من المنافسين أثناء تقديمها، ثم إذا تمت الترسية انسحبوا من المزايدة، وتكون الخسارة على الجهة الإدارية من ناحية الوقت والجهد كما أشرنا له مسبقاً.

الفرع الثاني: ضوابط التعاقد بالمزايدة العكسية الإلكترونية

تناول نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ضوابط التعاقد بالمزايدة العكسية الإلكترونية، حيث نصت المادة (٣٤) من النظام على أنه: "للجهة الحكومية استخدام أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية وفقاً لما توضحه اللائحة^(١٧)، مع مراعاة الآتي:

- ١- أن تعد الجهة الحكومية مواصفات فنية مفصلة، حيث إنه يجب على الجهة الحكومية أن تقوم بإعداد جميع المواصفات الفنية والقيمية بشكل مفصل للسلع المطلوبة في المزايدة العكسية الإلكترونية.
- ٢- أن يكون هناك سوق تنافسية تكفل التنافس الفعال، ومؤدى ذلك بإيجاز: أن يكون المنافسون المتقدمون للمزايدة العكسية الإلكترونية على قدر عالٍ من التأهيل؛ لكي تكون المنافسة فعالة.

٥- أن يتم اطلاع المنافس على ترتيب سعره، وعلى أسعار بقية المنافسين، دون الكشف عن هوياتهم، بحيث إذا تقدم المنافس عبر البوابة بعطاءه، فإنه يستطيع النظر إلى سعره الذي تقدم به، وعلى أسعار بقية المنافسين معه، بشرط عدم الكشف عن هويته، ولا عن هويات بقية المنافسين، ويتم الاطلاع على الأسعار فقط.

٦- أن يُحدّد وقت بداية ونهاية المزايدة العكسية، وإمكانية تمديد الجولات في حال تساوي أكثر من عرض، وكذلك إذا ما رأت الجهة عدم مناسبة الأسعار، وعليه فإن بدء الإعلان عن المزايدة العكسية الإلكترونية يكون في البوابة والموقع الإلكتروني للجهة الحكومية، مع اشتراط تحديد وقت البداية والنهاية، وفي حال تساوت الأسعار المقدمة من الموردين أو المتعهدين أو المقاولين، أو كانت غير مناسبة؛ فإنه يحق للجهة الإدارة تمديد عدد الجولات.

٧- ألا يقل عدد المنافسين في المزايدة العكسية الإلكترونية عن ثلاثة متنافسين كحد أدنى، وإذا انسحب عدد من المنافسين، ولم يتبقَّ إلا اثنان فأقل؛ تلغى المنافسة، ولم يشترط المنظم حداً أقصى للمشاركين؛ لذا يمكن مشاركة عدد غير محدود منهم، ويتضح أن الحد الأدنى لعدد المنافسين في المزايدة العكسية الإلكترونية هو ثلاثة متنافسين، وتلغى المزايدة العكسية إذا انسحب عدد من المنافسين، ولم يتبقَّ إلا اثنان فأقل، ولم ينص المنظم على العدد الأقصى للمشاركة في المزايدة العكسية الإلكترونية، وبالتالي يكون العدد الأقصى غير محدود من المنافسين (حمادة، ٢٠٢٠م).

٨- أن يقدم الراغبون في دخول المزايدة العكسية ضماناً ابتدائياً وفقاً لما تنص عليه شروط المزايدة عند تقديم عروضهم الأولية، وحسناً فعل المنظم السعودي عندما طلب من المنافس الذي يرغب في المشاركة تقديم ضمان ابتدائي؛ إذ يضمن ذلك جدية المنافس في الالتزام

(١٧) المادة (٣٤) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر

بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ:

<https://eservice.mof.gov.sa/content/download/tender2019.pdf>

وفق طبيعته، ونظراً لأهمية المزايدة العكسية الإلكترونية، وما يتمتع به هذا الأسلوب بإجراء التعاقد به من إجراءات معينة ترد على سلطة الإدارة، كان لزاماً علينا إفرادها بمبحث مستقل، وبيان هذه الإجراءات في المبحث التالي.

المبحث الثاني:

إجراءات المزايدة العكسية الإلكترونية

لما أورد المنظم السعودي في نظامه الجديد "نظام المنافسات والمشتريات الحكومية"، وأضاف أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية كأسلوب جديد من أساليب التعاقد الإداري، فليس من شك أن هذا الأسلوب يحظى بإجراءات تحكمه لإجراء التعاقد به، وعليه سوف نبين هنا كيفية إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية بأسلوبها الحديث، والقيود التي ترد على التعاقد به، من إجراءات سابقة ومعاصرة ولاحقة، وسوف نتطرق في هذا المبحث إلى الإجراءات السابقة على سلطة الإدارة في إجراء المزايدة الإلكترونية في (المطلب الأول)، والإجراءات المعاصرة لسلطة الإدارة في إجراء المزايدة الإلكترونية في (المطلب الثاني)، والإجراءات اللاحقة على سلطة الإدارة في إجراء المزايدة الإلكترونية في (المطلب الثالث)، وذلك على النحو التالي.

المطلب الأول: إجراءات سابقة على المزايدة العكسية الإلكترونية

يُحْكَم إجراء التعاقد بأسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية إجراءات تسبق هذا الأسلوب؛ لإضفاء صحة الإجراءات المُتَّبَع على التعاقد به، وعند اختلال أي إجراء من تلك الإجراءات السابقة يبطل هنا الأسلوب، ولا يصح إلا بتلك الإجراءات، والإجراءات التي تسبق هذا الأسلوب لا تخرج عن كونه خاضعاً للإعلان والتأهل المتنافس، وعرض مقدم من المتنافس، ولذا كان لزاماً علينا أن نتطرق فيما يلي إلى الإعلان

٣- أن تستقبل العروض عن طريق البوابة، وتُرْتَبَ بشكل آلي، ووفق ذلك فإنه يمكن القول: إن العروض الواردة لجهة الإدارة من الموردين أو المتعهدين أو المقاولين لابد أن تستقبل عن طريق البوابة الإلكترونية للمزايدة العكسية الإلكترونية، وتكون جميع الإجراءات إلكترونية.

٤- أن يحدد تاريخ بداية المزايدة ونهايتها، وبالتالي فإن البدء بالمزايدة العكسية الإلكترونية يكون من الإعلان عنها في البوابة والموقع الإلكتروني للجهة الحكومية، مع اشتراط تحديد وقت البداية والنهاية، وفي حال تساوت الأسعار المقدمة من الموردين أو المتعهدين أو المقاولين، أو كانت غير مناسبة، فإنه يحق لجهة الإدارة تمديد عدد الجولات.

٥- أن يزود المتنافسون بالمعلومات اللازمة وإرشادات استخدام البوابة، وهذا الضابط له وجاهه في أن بعض المتنافسين ليس له دراية كاملة بالإرشادات، وعليه يمكن القول: إنه يجب أن يزود جميع المتنافسين بالمعلومات اللازمة الواردة في دليل استخدام بوابة المشتريات الحكومية (منافسات) دون تمييز بين مورد أو متعهد أو مقدم خدمة وآخر، وكذلك لابد أن يكونوا على معرفة تامة بإرشادات استخدام البوابة الإلكترونية، وذلك تحقيقاً لمبدأ الشفافية والمساواة بين جميع المتنافسين في جميع إجراءات المزايدة العكسية الإلكترونية^(١٨).

وبعد ما استعرضنا في هذا المبحث ماهية المزايدة العكسية الإلكترونية، وبيّنا مفهومها بأنها أسلوب تنافسي إلكتروني تناقضي خاص بها، والذي يقدم أقل سعر يظفر بها، وأظهرنا المميزات التي تتميز بها، وحددنا طبيعة هذا الأسلوب بأنه أسلوب شراء، وليس أسلوب بيع، ووضحنا الشروط والضوابط التي يتمتع بها أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية

(١٨) دليل استخدام بوابة المشتريات الحكومية (منافسات) للموردين،

راجع الرابط: <https://cutt.us/nAA4v>

وتشمل هذه المنصة إدارة العقود والميزانية والمدفوعات، وكذلك تشمل إدارة المنافسات والمشتريات الحكومية. وقد عملت وزارة المالية في الفترة الماضية بجهد لتحويل المنصة إلى بوابة محكمة، تساهم في رفع مستوى العمل والإنجاز، والحد من الهدر في المال العام؛ إذ لا يخفى أن الالتزام بالبوابة الإلكترونية كمنصة للتعاملات المالية والمناقصات الحكومية؛ سيعزز النزاهة والتنافسية وكفاءة الإنفاق الحكومي، ويعمل على تنظيم وحوكمة الإجراءات ذات الصلة بالمشتريات الحكومية؛ وفق أفضل الممارسات المعمول بها عالمياً؛ للارتقاء بكفاءة الإنفاق في المشروعات التنموية إلى أفضل المستويات.

ويمكن القول - من وجهة نظرنا - : إن الإعلان في المزايدة العكسية الإلكترونية يجب ألا يقتصر على البوابة الإلكترونية فقط، ونرى أن تعلن في الصحف الرسمية المرئية والمسموعة، وأيضاً في وسائل التواصل الاجتماعي مثل تويتر والواتساب وغيرها؛ من أجل أن يكون للإعلان عن المزايدة العكسية انتشار واسع، يعود بالأثر الإيجابي على جهة الإدارة في العروض المقدمة لها من المتنافسين.

وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة نجد أن المشرع المصري نص على أنه: "يجب أن يكون الإعلان مرة واحدة بإحدى الصحف اليومية واسعة الانتشار، وإحدى الصحف الدولية وإعلام عنها من خلال السفارات والقنصليات، وفي حالة التعاقد عن طريق المزايدة فيجب توجيه الدعوة لأكبر عدد ممكن من المسجلين المتخصصين أو المؤهلين المشتغلين بالنشاط موضوع الطرح"^(٢٢).

(٢٢) المادة (٢٠) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨م والمعدل بقانون رقم (١٨٨) لسنة ٢٠٢٠م والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد (٣٦) في تاريخ ٢٠٢٠/١٢/٥م، وقانون المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٦) في تاريخ ٢٠٠٥/٢/١٥م.

عن المزايدة العكسية الإلكترونية في (الفرع الأول)، وتأهيل المتنافسين في المزايدة العكسية الإلكترونية في (الفرع الثاني)، وتقديم العروض في المزايدة العكسية الإلكترونية في (الفرع الثالث)، ومنع المحظورين من دخول المزايدة العكسية الإلكترونية في (الفرع الرابع)، وذلك على نحو ما يلي.

الفرع الأول: الإعلان عن المزايدة العكسية الإلكترونية

يُبين نظام المنافسات والمشتريات الحكومية وجوب خضوع المزايدة العكسية الإلكترونية للإعلان من خلال البوابة الإلكترونية، حيث تطرح إجراءات المنافسات والمشتريات الحكومية من خلال بوابة إلكترونية موحدة للمشتريات الحكومية تنشئها وزارة المالية، وتخضع لإشرافها، وتقوم بجمع المعلومات المتعلقة بأنشطة المنافسات، ومتابعة تطبيق أحكام النظام، دون إخلال بأدوار الجهات الرقابية الأخرى^(٢٣)، وعليه سوف نبين كيفية الإعلان عن المزايدة العكسية الإلكترونية ومضمونها فيما يلي.

أولاً: كيفية الإعلان عن المزايدة

تناول نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الكيفية التي يتم بها الإعلان عن المزايدة العكسية الإلكترونية، حيث نصت المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية على أنه: "يُعلن عن المزايدة العكسية الإلكترونية في البوابة والموقع الإلكتروني للجهة الحكومية"^(٢٤)، ووفق النص - السالف الذكر - يكون الإعلان عن جميع المنافسات عبر البوابة الإلكترونية الموحدة، والتي تسمى "منصة اعتماد"^(٢٥) التابعة لوزارة المالية، وتمثل التحول الإلكتروني فيها،

(١٩) المادة (١٣) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ.

(٢٠) المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، والمعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٢٤٧٩) وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ.

(٢١) موقع منصة اعتماد:

<https://www.mof.gov.sa/eservices/Pages/Etimad.aspx>

لتسجيل الراغبين في الاشتراك في المزايدة العكسية الإلكترونية، على ألا تقل المدة من تاريخ الإعلان حتى موعد تسجيل طلبات الاشتراك عن ١٥ يوماً^(٢٥).

في المقابل نجد - وبالنظر في التشريعات المقارنة - أن المشرع المصري نص على أنه: "..... وفي حالة التعاقد بطرق التعاقد المنصوص عليها في هذا القانون، يجب أن يتضمن الإعلان الشروط والأسباب المبررة لطرحه، وأسلوب التقييم الفني والمالي، وغيرها من البنات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"^(٢٦).

وعليه يمكن القول: إن المنظم السعودي كان موفقاً عندما ميّز المزايدة العكسية الإلكترونية عن غيرها من أساليب التعاقد الإداري في بيان كيفية الإعلان عنها في الموقع الإلكتروني عبر البوابة الإلكترونية الموحدة "منصة اعتماد"؛ من أجل مواكبة التطور التكنولوجي في أساليب التعاقد.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى وُفِّقَ المنظم - أيضاً - في تضمين الإعلان في المزايدة العكسية الإلكترونية الشروط والمواصفات الفنية والموعد النهائي لتسجيل الراغبين في الاشتراك فيها، وتضمن الإعلان تاريخ ووقت بداية ونهاية المزايدة العكسية، وتحديد المدة الزمنية بآلا تقل المدة من تاريخ الإعلان أو الدعوة حتى موعد تسجيل طلبات الاشتراك عن ١٥ يوماً، ولم يترك للجهة الإدارية سلطة تقديرية بشأن تحديد ذلك، حتى لا ينشأ الخلاف بين الجهات الحكومية.

(٢٥) المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، رابط: <https://cutt.us/J3GtN>.

(٢٦) المادة (٢٠) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨م والمعدل بقانون رقم (١٨٨) لسنة ٢٠٢٠م والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد (٣٦) في تاريخ ٢٠٢٠/١٢/٥م.

في المقابل نجد المشرع الفلسطيني نص في قانون العطاءات الحكومية على أنه: "يتم الإعلان عن المناقصات من خلال موقع أحادي البوابة خاص بالشراء العام، وكذلك الإجراءات الخاصة بتقديم العطاءات إلكترونياً"^(٢٧)، ونص - أيضاً - المشرع الفلسطيني في موضع آخر على أنه: "يكون طرح العطاء بموجب إعلان في الصحف المحلية"^(٢٨).

وعليه فإن المشرع الفلسطيني - في رأينا - كان موفقاً عندما بيّن كيفية الإعلان عن المناقصة الإلكترونية أو المناقصة العامة بوسائل الإعلام واسعة الانتشار، وكذلك بالصحف الرسمية، حيث إن ذلك ينعكس إيجاباً على كمية العطاءات التي يقدمها المتنافسون إلى جهة الإدارة، وكان من الأولى أن يحذو المنظم السعودي حذو المشرع الفلسطيني في كيفية الإعلان.

ثانياً: مضمون الإعلان عن المزايدة العكسية الإلكترونية

يتمحور مضمون الإعلان عن المزايدة العكسية الإلكترونية في جمع المعلومات الأساسية التي يستطيع بها المتنافسون التعرف على موضوع المزايدة وأساسياتها، ومن ثم الاشتراك فيها، وذلك من خلال معرفة طريقة إجرائها، ومعرفة التاريخ واليوم والوقت الذي يستطيع فيه المتنافسون تقديم عرضه إلى جهة الإدارة (قطيش، ٢٠١٠م).

وقد أورد نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ما يتعلق بمضمون الإعلان في المزايدة العكسية الإلكترونية، حيث نصت الفقرة (٢) من المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: "يجب أن يتضمن الإعلان الشروط والمواصفات الفنية، والموعد النهائي

(٢٣) المادة (٢٥) من القانون الفلسطيني رقم (٨) لسنة ٢٠١٤م بشأن الشراء العام.

(٢٤) المادة (٥) من قانون العطاءات الحكومية الفلسطيني رقم (٦) لسنة ١٩٩٩م.

الفرع الثاني: تأهيل المتنافسين في المزايدة العكسية الإلكترونية

نصت الفقرة (٣) من المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أن: "يكون التأهيل في أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية من خلال التأهيل اللاحق لصاحب العرض الفائز"، ولكن تم التعديل على هذه الفقرة من المادة المذكورة من اللائحة^(٢٧)؛ بحذف هذه الفقرة، وعلى إثر ذلك اختلفت وجهات نظر الشراح في حذف هذه الفقرة من النظام فيما يتعلق بتأهيل المتنافسين في المزايدة العكسية الإلكترونية على رأيين.

فذهب بعضهم إلى القول بأن المزايدة العكسية الإلكترونية يمكن أن تخضع للتأهيل المسبق أو اللاحق على حد سواء، وذلك وفقاً للأحكام العامة في تأهيل المتنافسين؛ بدليل ما نصت عليه المادة (١٩) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية من أنه: "على الجهة الحكومية إجراء تأهيل مسبق أو لاحق في الأعمال والمشتريات وفقاً لما توضحه اللائحة" (حمادة، ٢٠٢٠م).

وذهب البعض الآخر إلى القول بأنه لا علاقة بين التأهيل والمزايدة العكسية الإلكترونية؛ فالمزايدة العكسية الإلكترونية خاصة بالسلع وتوريدها، والتأهيل يهدف إلى التحقق من القدرة الفنية والمالية والإدارية، وهو خاص بعقود الإنشاءات والخدمات ذات التنفيذ المستمر، وبعض عقود التوريد المصنعية والمعقدة، وفي المزايدة العكسية الإلكترونية لا يقبل دخول أي متزايد إلا بعد مطابقة العروض المتزايدة للشروط والمواصفات الفنية (المطوع، ٢٠٢٠م).

ووجهة نظرنا في هذه المسألة أن الأقرب إلى الصواب هو الرأي الثاني؛ بسبب أن المنظم حذف التأهيل عن المزايدة العكسية الإلكترونية، وذلك لعدم العلاقة بينهما، ولاختلافهما

في الشروط والمواصفات الفنية والقيمة التقديرية، ولو أمعناً النظر في الفقرة الأولى من المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية لوجدنا أن المنظم نصّ على أنه: "للجهة الحكومية إجراء التأهيل المسبق في المشاريع الكبرى أو المعقدة أو ذات التكلفة المرتفعة التي تزيد تكلفتها التقديرية عن خمسين مليون ريال"، كما جاء في الفقرة (٢) من المادة (٥٤) من اللائحة التنفيذية نص المنظم على: "ألا تتجاوز تكلفة المنافسة خمسة ملايين ريال"، وبالتالي فإن رأينا في حذف الفقرة المذكورة من النظام يدل على الاختلاف وعدم العلاقة.

الفرع الثالث: تقديم العروض في المزايدة العكسية الإلكترونية يقصد بتقديم العروض في المزايدة العكسية الإلكترونية الأسعار المخفضة تعاقباً التي يقدمها المتنافسون طبقاً للمواصفات والشروط الفنية المطلوبة من جهة الإدارة، وبعد تقديمهم للعروض الأولية يقدم الراغبون في دخول المزايدة العكسية الإلكترونية ضمناً ابتدائياً، وذلك وفق ما نصت عليه الفقرة (٨) من المادة (٥٤) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: "يقدم الراغبون في دخول المزايدة العكسية ضمناً ابتدائياً وفقاً لما تنص عليه شروط المزايدة، وذلك عند تقديم عروضهم الأولية"، ووفق النص المذكور يتضح أن تقديم المتنافسين للعروض يقترن به تقديم الضمان الابتدائي؛ لضمان جدية المتنافس في التزامه بالعرض المقدم منه، وتختلف قيمة الضمان باختلاف طبيعته المزايدة العكسية الإلكترونية، فإذا كانت المزايدة بعروض مختومة - أي: (المزايدة السرية) - فيكون قدره ٢٪، وإذا كانت المزايدة علنية فيكون قدر الضمان ٥٪ (العجمي، ١٤٤٢هـ).

ومما تجد الإشارة إليه: أنه لا يسمح بدخول المتنافسين في المزايدة العكسية الإلكترونية إلا بعد أن تفحص جهة الإدارة عروضهم، وتتأكد من مطابقتها للشروط والمواصفات الفنية، وفق ما نصت عليه الفقرة (٩) من المادة (٥٤) من اللائحة

(٢٧) الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم (١٢٤٢)، وتاريخ

١٤٤١/٣/٢١هـ والمعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٢٤٧٩)

وتاريخ ١٤٤١/٨/١١هـ.

تتوقف إجراءات المزايدة، وتستأنف الإجراءات بعد الإصلاح، وتقدم العروض خلال ساعات العمل الرسمي، وفي حال تعذر إصلاح عطل النظام، وتعذر الاستئناف خلال ساعات العمل الرسمي؛ تلغى المزايدة العكسية الإلكترونية، وهذا ما أكدته الفقرة (٣) من المادة (٥٦) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، حيث نصت على أنه: "في حال حدوث عطل في النظام الإلكتروني الذي تجري من خلاله المزايدة؛ توقف إجراءات المزايدة فوراً، على أن تستأنف خلال ساعات الدوام الرسمي في اليوم المحدد للمزايدة، وتلغى المزايدة في حال تعذر ذلك"^(٢٩).

ومجمل القول هنا: أن الإجراءات السابقة على سلطة الإدارة بإجراء المزايدة الإلكترونية تتمحور في الإعلان عبر البوابة الإلكترونية الموحدة بـ "منصة اعتماد" التابعة لوزارة المالية، ومن وجهة نظرنا يجب ألا يقتصر الإعلان على البوابة فقط، بل نرى أن تعلن في الصحف الرسمية والمرئية والمسموعة، ويجب أن يتضمن الإعلان الشروط والمواصفات، وتاريخ بداية ونهاية المزايدة العكسية، وتحديد المدة الزمنية بخمسة عشر يوماً من تاريخ الإعلان، وما يلحق ذلك من إجراءات سابقة كالتأهيل اللاحق وفق الفقرة (٣) من المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية، ولكن لحدثة هذا الأسلوب، وعدم معرفة تفاصيله؛ اضطر المنظم في المملكة إلى تعديلها بموجب القرار الوزاري رقم (٣٤٧٩) وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ بحذف هذه الفقرة، وفي رأينا لا توجد علاقة بين التأهيل والمزايدة العكسية الإلكترونية، كما يجب في هذه المرحلة تقديم الأسعار المخفضة طبقاً للمواصفات والشروط الفنية، مع تضمينه ضماناً ابتدائياً.

التنفيذية من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، وهو أنه: "تفحص الجهة عروض المتزايدين، وتؤكد من مطابقتها للشروط والمواصفات الفنية قبل دخولهم المزايدة"؛ وذلك لتحقيق مبدأ المساواة بين المتنافسين، من حيث إنهم بعد دخولهم المزايدة العكسية الإلكترونية تتاح لهم فرص متساوية ومتواصلة لتقديم أسعار عروضهم.

والتساؤل الذي يثار هنا: من المختص في المزايدة العكسية الإلكترونية بالإشراف على إجراءاتها وفق هذا الأسلوب؟

وللإجابة على هذا السؤال يمكننا القول: إن المادة (٥٧) من اللائحة التنفيذية من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أشارت إلى أنه: "يشكل رئيس الجهة الحكومية أو من يفوضه لجنة تتولى ما يلي: [١] الإشراف على إجراءات المزايدة العكسية الإلكترونية. [٢] إعداد محضر يتضمن ما تم من إجراءات، وتوصياتها بالترسية على صاحب العرض الفائز، وأن ترفعه إلى صاحب الصلاحية لاعتماد الترسية"^(٣٠).

ووفقاً لهذا النص لا بد من تضمن المحضر المُعدّ من اللجنة جميع إجراءات المزايدة العكسية الإلكترونية، منذ بدء الإعلان عنها، وتقديم المتنافسين للعروض، وحتى إتمام الترسية واعتمادها كما سوف يأتي معنا لاحقاً في هذه الدراسة. والتساؤل الذي يثار هنا - أيضاً -: لو حصل عطل في النظام الإلكتروني أثناء إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية فما العمل؟

للإجابة على هذا التساؤل، وما يجدر التنويه إليه هنا: أن الأنظمة الإلكترونية تكون معرضةً للأعطال، سواء كانت أعطالاً فنية أم تقنية؛ لذا فإنه قد يحصل أحياناً في أثناء تقديم المتنافسين لعروضهم عطل في النظام الإلكتروني، وبالتالي

(٢٩) الفقرة (٣) من المادة (٥٦) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية المعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٢٤٧٩) وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ.

(٢٨) المادة (٥٧) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم (١٢٤٢) وتاريخ ٢١/٣/١٤٤١هـ، والمعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٢٤٧٩) وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ رابط: <https://cutt.us/J3GtN>.

الفرع الرابع: منع المحظورين من دخول المزايدة العكسية الإلكترونية

يُشكل منع المتنافسين من الدخول المزايدة العكسية الإلكترونية قيداً من القيود التي ترد على مبدأ حرية المنافسة كمبدأ عام، وتتخذ الإدارة في حق شخص طبيعي أو معنوي؛ لإخلاله بالتزاماته التعاقدية وفق هذا الأسلوب، والمنع المُتخذ هنا من قبل جهة الإدارة هو منعٌ وقائي؛ لنتيجة ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية في منع بعض الفئات من الدخول في المزايدة العكسية الإلكترونية؛ لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة؛ إذ الهدف من ذلك عدم المساس بسير المرفق العام، وضمان النزاهة، وإبعاد الفساد المالي والإداري، وحماية بعض الفئات المعينة، والمنع لمقتضيات الأنظمة وأحكام القضاء (عائشة، ٢٠١٦م)، وبالتالي فالمنع من التعاقد مع الإدارة وفق هذا الأسلوب - أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية - يتمحور حول وقاية الشخص - أي: حرمان الوقائي - من الوقوع في بعض الشبهات؛ لحماية المصلحة العامة، وله صور وبياناتها على النحو الآتي.

أولاً: المنع لضمان النزاهة

جاء في لائحة تنظيم تعارض المصالح في تطبيق نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٥٣٧) وتاريخ ٢١/٨/١٤٤١هـ، في مادتيه (٣) و(٤) بيان الالتزام للموظف الحكومي بعدم المشاركة في المنافسات العامة، حيث يلتزم الموظف بتجنب تعارض مصلحته مع المصلحة العامة، وعدم استغلال وظيفته في تحقيق أي مصلحة خاصة، سواء له أم لغيره، وذلك من أجل ضمان النزاهة، وإبعاد شبهة الفساد المالي والإداري^(٣٠)، وقد جاء - أيضاً - في

اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية في مادتها (١٤) أنه يُستثنى من ذلك: الأعمال التجارية إذا رخص لهم بمزاولتها، وشراء مصنّفاتهم أو أي من حقوق الملكية الفكرية، سواء منهم مباشرة أو من خلال دور النشر أو غيرها، والدخول في المزايدات العلنية، إذا كانت الأشياء المرغوب في شرائها لاستعمالهم الخاص^(٣١).

ووفقاً لما سلف من النصوص التي أوردناها فإنه يمكننا استنتاج أن هذه المستثنيات التي جاءت بها المواد السالفة الذكر؛ ليست محل شبهة فساد مالي أو إداري، والتي على إثرها يوجب المنظم الحرمان؛ لضمان النزاهة، وعليه نص النظام على السماح بها، وإذا وجدت شبهة فساد مالي أو إداري فإن مفهوم المخالفة لتلك النصوص هو حرمان المتعاقد من التعاقد في المزايدة العكسية الإلكترونية.

ثانياً: المنع لمقتضيات سير المرفق العام بانتظام

أوجب نظام المنافسات والمشتريات الحكومية حرمان المفلس، أو من طلب إشهار إفلاسه، أو ثبت إعساره، أو صدر أمر بوضعه تحت الحراسة، ويندرج تحت ذلك الشركات التي تم حلها أو تصفيتها من الدخول في المنافسة، وإنهاء العقد^(٣٢)، فإذا تمت الترسية على هذه الفئات المذكورة فلن تستطيع إكمال تنفيذ العقد بسبب الظروف المادية، كإشهار الإفلاس، وإثبات الإعسار، وهو ما يتطلب توقف عمل المرفق العام، وعدم اكتماله، ومن ثم العجز عن تأدية الخدمات، والإضرار بالمصلحة العامة (الغريب، ٢٠٠٤م).

ثالثاً: المنع لحماية فئات معينة

نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: "لا يجوز للجهة الحكومية ولا للمتعاقد معها فيما يخص الأعمال

(٣٠) المادتان (٣) و(٤) من لائحة تنظيم تعارض المصالح في تطبيق نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٥٣٧) في تاريخ ٢١/٨/١٤٤١هـ.

(٣١) المادة (١٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣٢) الفقرة (١) من المادة (٧٦) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

ووفقاً لما سلف نستنتج أن تلك التشريعات لم تنص على موظفي الدولة بشكل عام، وإنما خُصِّصَتْ بالنص على أعضاء المجلس التشريعي كما في القانون الفلسطيني، وعلى أعضاء مجلس الشعب كما في القانون المصري، وبالتالي يعامل جميع موظفي الدولة في تلك الدول بهذا النص.

رابعاً: المنع لمقتضى الأنظمة وأحكام القضاء

نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: "لا يجوز للجهة الحكومية ولا للمتعاقد معها فيما يخص الأعمال المتعاقد عليها مع الجهة الحكومية وفي أي مرحلة من مراحل التعاقد التعامل وفقاً لأحكام النظام وهذه اللائحة مع الأشخاص المشار إليهم فيما يلي، ومنهم من تقضي الأنظمة بمنع التعامل معهم، بما في ذلك مَنْ صدر بمنع التعامل معهم حكم قضائي، أو قرار من جهة مخولة بذلك نظاماً، وذلك حتى تنتهي مدة المنع"^(٣٣)، فيحق للجهة الإدارية منع التعامل مع أشخاص معينين؛ لإخلالهم بالتزاماتهم بما يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة، وقد وضع المنظم الحد الأقصى لمنع التعامل، بحيث لا تزيد هذه المدة عن خمس سنوات، وبالتالي يكون المنع مؤقتاً، وليس دائماً، فإذا انتهت هذه المدة ارتفع الحظر (حمادة، ٢٠٢٠م).

وفي المقابل نرى أن المنظم في المملكة قد وُفِّق في تفصيل النصوص الواردة في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية، حيث حدد الأشخاص الذين يُمنعون من الدخول في المنافسات وإبرام العقود مع الدولة في جميع الأساليب، وبأسلوب المزايدة العكسية على وجه الخصوص، وبيّن أسباب ذلك المنع، سواءً كان المنع مؤقتاً أو دائماً.

المتعاقد عليها مع الجهة الحكومية، وفي أي مرحلة من مراحل التعاقد؛ التعامل وفقاً لأحكام النظام وهذه اللائحة مع الأشخاص المشار إليهم فيما يلي: [١] من لم يبلغ من العمر ١٨ عاماً. [٢] ناقصو الأهلية"^(٣٤).

ووفق هذا النص يتضح لنا أن عدم بلوغ السن المسموح به وفق النظام، وأن ناقصي الأهلية لا يجوز لهم الدخول في جميع المنافسات الحكومية، كما لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الحكومية التعامل مع القاصرين وناقصي الأهلية، وهذا يقودنا إلى القول بأن المقصود هنا بعدم التعامل مع من لم يبلغ من العمر ١٨ عاماً، أو مع ناقصي الأهلية ليس على إطلاقه، بل إنما هو مرتبط بزوال هذا الظرف، فإذا بلغ القاصر سن ١٨ عاماً، وزال عارض عدم الأهلية؛ فإنه يجوز للجهة الحكومية التعامل معهم (حمادة، ٢٠٢٠م).

وبالعودة إلى التشريعات المقارنة على وجه العموم في مسألة الحرمان الوقائي من التعاقدات الإدارية - ومنها: التعاقد بأسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية - نجد المشرع الفلسطيني على وجه الخصوص نص على أنه: "على عضو المجلس التشريعي ألا يشتري أو يستأجر شيئاً من أموال الدولة، أو يؤجرها، أو يبيعها شيئاً من أموال الدولة، أو يقاضيه، أو يبرم عقداً معها بوصفه ملتزماً أو مورداً أو مقاولاً؛ إلا إذا تم التعاقد طبقاً لقواعد عامة تسري على الكافة، وفي جميع الأحوال عليه ألا يستغل صفته في الحصول على مزايا خاصة بغير وجه حق"^(٣٥).

في المقابل نجد المشرع المصري نص على أنه: "لا يجوز لعضو مجلس الشعب أثناء مدة عضويته أن يشتري أو يستأجر شيئاً من أموال الدولة، أو أن يؤجرها أو يبيعها شيئاً من أموال الدولة، أو أن يقاضيه، أو أن يبرم مع الدولة عقداً بوصفه ملتزماً أو مورداً أو مقاولاً"^(٣٦).

(٣٣) المادة (١٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣٤) المادة (٩٩) من القانون الداخلي للقانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام ٢٠٠٣م وتعديلاته لعام ٢٠٠٥م.

(٣٥) المادة (١٠٩) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م.

(٣٦) انظر: المادة (١٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

المطلب الثاني: إجراءات أثناء المزايدة العكسية الإلكترونية

إن أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية لإجراء التعاقد تتخلله إجراءات تباشر وتعاصر هذا الأسلوب في أثناء إبرامه، ونذكر أن واقع وطبيعة هذا الأسلوب تستتبع إبرامه بطريقة معينة أتى بها نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية؛ لأجل أن يرم بطريقة صحيحة، ويكتسب المركز النظامي بالتعاقد وفق هذا الأسلوب، وهذه الإجراءات لا تخرج عن أحقية اطلاع المنافسين على ترتيبهم ومعايير إبرام هذا الأسلوب لتحقيق الترسية وفق هذا الأسلوب المستحدث، ولذا كان لزاماً علينا أن نتطرق فيما يلي إلى اطلاع المنافس على ترتيب عرضه، دون الكشف عن هويته في (الفرع الأول)، ومعايير الإبرام في المزايدة العكسية الإلكترونية في (الفرع الثاني)، والترسية في المزايدة العكسية الإلكترونية في (الفرع الثالث)، وذلك على نحو ما يلي.

الفرع الأول: اطلاع المنافس على ترتيب عرضه دون الكشف عن هويته

أعطى نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في التعاقد بالمزايدة العكسية الإلكترونية المنافسين الحق في الاطلاع على ترتيب عروضهم عبر البوابة الإلكترونية، ولكن المنظم اشترط ألا يكشف عن هوياتهم، وهذا ما أكدته الفقرة (٥) من المادة (٥٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، حيث نصت على أنه: "يطلع المنافس على ترتيب سعره، وعلى أسعار بقية المنافسين؛ دون الكشف عن هويتهم"^(٣٧)، ووفق هذا النص فإن المنظم اشترط الكشف عن ترتيب السعر، ولكن بشرط عدم الإفصاح عن الهوية، بحيث إن المتعهد أو المورد أو المفاوض إذا تقدم بعطاءه عبر البوابة الإلكترونية، وبعد تقديمه للضمان الابتدائي، فإنه يستطيع

معرفة ترتيب عرضه الذي تقدم به، وكذلك يستطيع معرفة ترتيب عروض بقية المنافسين معه؛ دون الكشف عن هويته ولا عن هوية المنافسين.

وفي المقابل نجد أن المزايدة التقليدية لا يستطيع فيها جميع المنافسين الاطلاع على أسعارهم وعروضهم علناً (السعيدي، ٢٠١٨م)، فالأمر يختلف عما هو عليه العمل في المزايدة العكسية الإلكترونية، حيث إن المنافس يستطيع أن يطلع على ترتيب عرضه في البوابة الإلكترونية، وكذلك يستطيع الاطلاع على عروض بقية المنافسين؛ دون الكشف عن هويته أو عن هوية بقية المنافسين.

وعليه فإن المزايدة العكسية الإلكترونية تتميز عن غيرها من أساليب التعاقد الحكومي بإتاحة الفرصة لمقدم العرض لمراجعة سعره الذي تقدم به لجهة الإدارة، والاطلاع على أسعار بقية المنافسين، وتعديل سعره إذا أراد ذلك بشكل مستمر، ويكون التعديل متجهاً للانخفاض، كأن تطلب الجهة الإدارية على سبيل المثال سلعة، وتحدد المواصفات الفنية لها، ثم يتقدم أحد الموردين أو مقدمي الخدمة بعرض سلعته لجهة الإدارة بمبلغ قدره ١٠٠٠ ريال، ثم بعد ذلك يتقدم منافس آخر، وعرض سلعته لجهة الإدارة بمبلغ قدره ٩٠٠ ريال، فيستطيع المنافس الأول أن يطلع على سعر المنافس الثاني عبر البوابة الإلكترونية، ويعدل عرضه الذي تقدم به إلى ٨٥٠ ريالاً وهكذا، وهذا مما تمتاز به المزايدة العكسية الإلكترونية عن غيرها من أساليب التعاقد (حمادة، ٢٠٢٠م).

ويمكننا القول: إن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية كان موفقاً عندما وضع هذه الميزة في المزايدة العكسية الإلكترونية، حيث أتاح الفرصة للمنافسين لتقديم عروضهم، وتعديلها؛ دون الكشف عن هويتهم، وهذا يعدّ - من وجهة نظرنا - ميزة تصب في مصلحة جهة الإدارة، ولا يعدّ ذلك إفشاءً للسرية بين مقدمي الخدمة، حيث إن الاطلاع على الأسعار، وترتيب العروض يحدث دون الكشف عن الهوية.

(٣٧) الفقرة (٥) من المادة (٥٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

الفرع الثاني: معايير إبرام المزايدة العكسية الإلكترونية

تتميز معايير إبرام المزايدة العكسية الإلكترونية عن معايير الترسية من حيث إن معايير الإبرام في المزايدة العكسية الإلكترونية تستند إلى مطابقة العطاء للشروط والمواصفات الفنية المطلوبة من جهة الإدارة، وخصوصاً السعر، وبالتالي فإن معايير الإبرام تتأثّر وفق هذا الأسلوب من التأكد من تلبية المورد أو المتعهد أو المقاول للشروط والمواصفات الفنية المطلوبة قبل دخوله للمزايدة، وهذا يختلف تماماً عن معايير الترسية، حيث نصت الفقرة (٩) من المادة (٥٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: "تفحص الجهة عروض المتزايدين، وتتأكد من مطابقتها للشروط والمواصفات الفنية قبل دخولهم المزايدة"^(٣٨).

وبالنظر في قانون الأونسترال النموذجي للاشتراء العمومي نجد أنه وضع عدة قواعد بشأن معايير التقييم وإجراءاته، حيث نصت المادة (١١) من قانون الأونسترال النموذجي للاشتراء العمومي على أنه: "يجوز أن تتضمن معايير التقييم المتعلقة بالشيء موضوع الاشتراء ما يلي: [١] السعر. [٢] تكاليف تشغيل السلع أو الإنشاءات، وصيانتها، وإصلاحها، ووقت تسليم السلع، أو إنجاز الإنشاءات، أو تقديم الخدمات، وخصائص الشيء موضوع الاشتراء، مثل: الخصائص الوظيفية للسلع أو الإنشاءات، والخصائص البيئية للشيء موضوع الاشتراء، والشروط الخاصة بسداد ثمن الشيء موضوع الاشتراء. [٣] خبرة المورد أو المقاول، ومدى موثوقيته وكفاءته المهنية والإدارية"^(٣٩).

وبالتالي يمكننا القول: إن معايير الإبرام تستند إلى مطابقة مقدم الخدمة للشروط والمواصفات الفنية المطلوبة من جهة الإدارة بشكل مفصل.

الفرع الثالث: الترسية في المزايدة العكسية الإلكترونية

تتكئ معايير الترسية في المزايدة العكسية الإلكترونية على السعر فقط، وبالنظر في تعريف المزايدة العكسية الإلكترونية نجد أنها هي: "أسلوب إلكتروني لتقديم عروض مخفضة تعاقبياً خلال مدة محدودة؛ بغرض اختيار أقل العروض سعراً"^(٤٠)، ووفق هذا التعريف فإن المقصود من عبارة "عروض مخفضة تعاقبياً" هو: الحصول على أسعار تناقصية بشكل مستمر، وبالتالي فإن معايير الترسية في المزايدة العكسية الإلكترونية تستند إلى أقل العروض سعراً، وتقدير الأسعار يكون تناقصياً، وبشكل مستمر (المطوع، ٢٠٢٠م).

وقد أوردت اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية في الفقرة (١) من المادة (٥٦) أنه: "تستند معايير الترسية في المزايدة العكسية الإلكترونية إلى السعر، ويكون العرض الفائز هو أقل العروض سعراً"^(٤١).

ووفق هذا النص يتضح لنا أن معيار الترسية في المزايدة العكسية الإلكترونية يستند إلى السعر فقط دون النوعية أو الشروط أو المواصفات، حيث يفوز صاحب أقل العروض سعراً.

وقد اتجه البعض إلى القول بأنه يجب أن تؤخذ النوعية والشروط والمواصفات بعين الاعتبار، مع الأخذ بأقل سعر في الوقت نفسه، وعليه يكون العرض الفائز هو أقل العروض سعراً بشرط مطابقته للشروط والمواصفات الفنية المطلوبة لجهة الإدارة (حمادة، ٢٠٢٠م).

وفي رأينا فإن ما أبداه أصحاب الاتجاه الأخير هو الأقرب إلى الصواب، ومن الواجب ألا تستند معايير الترسية إلى السعر فقط، بل لابد من مراعاة جميع الشروط والمواصفات الفنية مع أقل سعر في الوقت نفسه.

(٤٠) المادة الأولى من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر

بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ:

<https://eservice.mof.gov.sa/content/download/tender2019.pdf>

(٤١) الفقرة (١) من المادة (٥٦) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات

والمشتريات الحكومية.

(٣٨) الفقرة (٩) من المادة (٥٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٣٩) انظر: المادة (١١) من قانون الأونسترال النموذجي للاشتراء العمومي، ص ١٢ وما بعدها.

وعلى المزايدة العكسية الإلكترونية على وجه الخصوص، أنه يجب علينا ألا نأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه؛ لوجود استثناءات وقيود قد ينص عليها النظام صراحة، أو تضعها جهة الإدارة بما لها من سلطة تقديرية في هذا الأمر، وفي جملتها تؤدي إلى حرمان المتعاقد من إجراء التعاقد بأسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية (نصار، ٢٠٠٤م).

وعلى أي حال فحرمان الإدارة قد يكون مؤقتاً، أو غير مؤقت - أي: غير محدد المدة - وقد يشمل جميع المزايدات العكسية الإلكترونية الصادرة من جهة الإدارة وفق هذا الأسلوب، وقد يتعلق ببعضها فقط، وفي جميع الحالات يترتب على هذا الحرمان عدم قبول عطاء المتنافس مع جهة الإدارة فهو إجراء لاحق على أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية، يتيح لجهة الإدارة منع الشخص المحروم وإخراجه من المزايدة العكسية الإلكترونية وحرمانه من التعاقد معه وفق هذا الأسلوب، وعليه يُشكل الحرمان قيداً من القيود التي ترد على مبدأ حرية المنافسة كمبدأ عام (عياد، ٢٠٠٠م).

وبالنظر إلى الاستثناءات والقيود الواردة على مبدأ حرية المنافسة كمبدأ عام، يظهر لنا قيد الحرمان من التعاقد بالمزايدة العكسية الإلكترونية، والحرمان يتنوع بين حرمان وقائي، وحرمان جزائي (أمين، ٢٠٠٥م)، وقد مرر معنا الحرمان الوقائي وبيّناه فيما سبق بهذه الدراسة^(٤٣)، والتساؤل الذي يُثار هنا: ما المقصود بالحرمان الجزائي في المزايدة العكسية الإلكترونية؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول: إن الحرمان الجزائي عبارة عن إجراء تتخذه الإدارة بحق شخص معين؛ لإخلاله بالتزاماته السابقة، فقد يُجرم بعض الأشخاص الراغبين في التعاقد مع جهة الإدارة من التقدم للمزايدة العكسية الإلكترونية، جزاءً لارتكابه خطأً، ومخالفته أحكام النظام،

وعليه يمكن القول: إن الإجراءات المعاصرة لسلطة الإدارة بإجراء المزايدة العكسية الإلكترونية وفق هذا الأسلوب، على ضوء ما جاء به نظام المنافسات والمشتريات الحكومية ولائحته التنفيذية؛ لأجل أن يكون بطريقة صحيحة، ويكتسب المركز النظامي للتعاقد وفق هذا الأسلوب، فهي لا تخرج عن أحقية المتنافس في الاطلاع على ترتيب عرضه عبر البوابة الإلكترونية، ولكن المنظم اشترط ألا يُكشف عن هويته، وانطباق معايير العطاء بالإبرام وفق الشروط والمواصفات الفنية المطلوبة من جهة الإدارة، وخصوصاً السعر، فيظفر بالترسية الأقل سعراً، مع تحقق الشروط والمواصفات الفنية.

المطلب الثالث: إجراءات لاحقة على المزايدة العكسية الإلكترونية

لا جدال في أن المزايدة العكسية الإلكترونية إذا تم التعاقد بها وفق هذا الأسلوب، والتي أوجدها المنظم في نظامه "نظام المنافسات والمشتريات الحكومية"^(٤٤)، فإنه قد يعتري هذا الأسلوب بعض الأمور التي تلحق به، وتجعله كأن لم يكن، ويفتقد المركز النظامي للتعاقد به، وعليه تطرأ عليه إجراءات لاحقة تؤدي في النهاية إلى حرمان المتنافس من التعاقد، وربما تؤول إلى إلغاء تلك المنافسة وفق هذا الأسلوب، ولذا كان لزماً علينا أن نتطرق فيما يلي إلى الحرمان من التنافس والتعاقد مع الإدارة في (الفرع الأول)، وإلغاء المزايدة العكسية الإلكترونية في (الفرع الثاني)، وذلك على النحو التالي.

الفرع الأول: الحرمان من التعاقد بالمزايدة العكسية الإلكترونية
يظهر لنا عند تطبيق مبدأ المنافسة الحرة بين جميع المتنافسين كمبدأ عام في جميع المنافسات على وجه العموم،

(٤٣) سبق الحديث عن الحرمان الوقائي في الفرع الرابع من المطلب الأول من المبحث الثاني من هذه الدراسة ص ١٩٦.

(٤٤) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٨) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ:
<https://eservice.mof.gov.sa/content/download/tender2019.pdf>

ومن جملة النصوص السالفة الذكر يتضح من نص النظام أن الحرمان الجزائي لمرتكب هذه المخالفات يكون منذ بداية تنفيذ العقد، وأثناء تنفيذه؛ ذلك أن هذه الجرائم تؤثر سلباً على جهة الإدارة، وعلى المصلحة العامة، وكذلك تؤدي إلى عدم المحافظة على المال العام، وفي رأينا أن المنظم في المملكة قد وافق التشريعات المقارنة بالنص على الحالات التي يجوز فيها الحرمان الجزائي بنص النظام؛ وذلك للحفاظ على المال العام، ولمقتضيات المصلحة العامة بحرمان المنافس الذي تسول له الغش والتزوير والرشوة التي تؤدي إلى الفساد؛ لتحقيق النزاهة في التعاقدات الإدارية.

الفرع الثاني: إلغاء المزايدة العكسية الإلكترونية

توجد أمور لاحقة تعترى المزايدة العكسية الإلكترونية، وتجعل هذا الأسلوب كأن لم يكن، ويفتقد المركز النظامي، فقد تظراً عليه إجراءات تؤدي في النهاية إلى إلغاء تلك المنافسة وفق أسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية، ولذا كان لزاماً علينا أن نبين فيما يلي حالات إلغاء المزايدة، وبإمعان النظر في اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية نجد أن الفقرة (٧) السابعة من المادة (٥٤) أوردت الحالات التي تلغى فيها المزايدة العكسية الإلكترونية، وحصرتها في ثلاث حالات، وبيانا على النحو الآتي.

الأولى: إلغاء المزايدة إذا قل العدد عن ثلاثة

لقد نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على: "ألا يقل عدد المتنافسين في المزايدة العكسية الإلكترونية عن ثلاثة متنافسين"^(٧٦)، فإذا تم الإعلان عن المزايدة العكسية الإلكترونية بالشكل الصحيح، وحُدِّدَ يومٌ للتقديم، ولم يتقدم لها سوى متنافس واحد أو اثنين، فتلغى المزايدة العكسية الإلكترونية؛ والسبب يعود إلى أن هذا هو الحد الأدنى الذي وضعه المنظم السعودي لبدء التعاقد بالمزايدة العكسية الإلكترونية.

ومن هذه الأخطاء: ارتكاب جريمة الرشوة أو الغش أو التلاعب، كالتلاعب على سبيل المثال في العروض المقدمة في المزايدة العكسية عبر الموقع الإلكتروني، والتلاعب في عرض الأسعار وغيرها.

وقد نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أنه: "يجب على الجهة الحكومية إنهاء العقد في الحالات الآتية: إذا تبين أن المتعاقد معه قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظفي الجهات الخاضعة لأحكام النظام، أو حصل على العقد عن طريق الرشوة أو الغش أو التحايل أو التزوير أو التلاعب، أو مارس أياً من ذلك أثناء تنفيذه العقد"^(٧٧).

ونص في موضع آخر على أنه: "تلغى المنافسة إذا كان هناك مؤشرات واضحة على أن هناك احتيالياً أو ارتكاباً أي من ممارسات الفساد، أو تواطؤاً بين المتنافسين أو أطراف لهم صلة بالمنافسة على نحو لا يمكن معه ترسية المنافسة بما يتفق مع أحكام النظام واللائحة"^(٧٨).

وبالنظر في التشريعات المقارنة فيما يخص الحرمان الجزائي نجد أن المشرع الفلسطيني نص عليه، وهي: "[أ] عدم التواطؤ أو التآمر أو ممارسة أي شكل من أشكال الفساد والخداع والغش أو التحريض، بما في ذلك تقديم الإغراءات، أو عرضها، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر؛ للتأثير على عملية الشراء أو على تنفيذ العقد. [ب] عدم التواطؤ أو التآمر قبل أو بعد تقديم العطاء، بهدف توزيع عقود الشراء بين المناقصين، أو تحديد أسعار العطاءات بصورة غير تنافسية، أو خلاف ذلك؛ لحرمان الجهة المشتريّة من منافع المنافسة العامة، إضافة إلى أي عقوبة أخرى يتم وضع المناقص المخالف لأحكام هذه المادة في القائمة السوداء للمدة التي قررها المجلس"^(٧٩) (غانم، ٢٠١٧م).

(٤٤) المادة (٧٦) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٤٥) المادة (٥١) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٤٦) المادة (٦٤) من القانون الفلسطيني رقم (٨) لسنة ٢٠١٤م.

(٤٧) الفقرة (٧) من المادة (٥٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات

والمشتريات الحكومية.

الثانية: إلغاء المزايدة لانسحاب المتنافسين المتقدمين

نص نظام المنافسات والمشتريات الحكومية على أن: "تلغى المنافسة إذا انسحب عدد من المتنافسين، ولم يتبق إلا اثنان منهم فأقل"^(٤٨)، ووفق هذا النص يتضح لنا أن المزايدة العكسية الإلكترونية تلغى إذا انسحب عدد من المتنافسين، ولم يتبق منهم إلا اثنان فأقل، وذلك قبل البدء في المزايدة العكسية الإلكترونية، فيتم الإلغاء، حيث إن هذا هو الحد الأدنى للبدء بالمزاد العكسي.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة التي تطرقت من خلالها إلى المزايدة العكسية الإلكترونية كأسلوب من أساليب التعاقد الإداري، والتي تُعدُّ من الأساليب المهمة التي تتكئ عليها العقود الإدارية في تعاقداتها، ولكون هذا الأسلوب جديداً ومستحدثاً، فإن هذه الدراسة أتت للحاجة الماسة إلى بيان هذا الأسلوب؛ لعدم معرفة كثير من المتعاقد به، وقد خلصت من خلالها إلى بيان ماهية المزايدة العكسية الإلكترونية ومفهومها، وإبراز المزايا التي تتميز بها، وطبيعتها النظامية، وأوضحت كيفية التعاقد بهذا الأسلوب بالإجراءات الواردة على سلطة الإدارة في إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية، وقد خلصت إلى العديد من النتائج والتوصيات التي يمكن إجمالها فيما يلي.

أولاً: النتائج

١- تُعد المزايدة العكسية الإلكترونية نتاجاً للتطور التكنولوجي والاقتصادي الكبير، فكان لازماً على المنظم تضمينها في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الجديد؛ لمواكبة رؤية المملكة العربية السعودية ٢٠٣٠، كأسلوب مستحدث من أساليب التعاقد الإداري، وقد أوضحنا أن هذا الأسلوب: "أسلوب إلكتروني لتقديم عروض مخفضة تعاقباً خلال مدة محددة بغرض اختيار أقل العروض سعراً".

٢- يمكن إرجاع السبب في تسميتها بـ "المزايدة العكسية الإلكترونية" إلى ما تتميز به من كونها تجري في سوق

الثالثة: إلغاء المزايدة لحدوث عطل فني في البوابة الإلكترونية

تناول نظام المنافسات والمشتريات الحكومية إلغاء المزايدة لحدوث عطل فني في البوابة الإلكترونية، حيث نص على أنه: "في حال حدوث عطل في النظام الإلكتروني الذي تجري من خلاله المزايدة، توقف إجراءات المزايدة فوراً، على أن تُستأنف خلال ساعات الدوام الرسمي في اليوم المحدد للمزايدة، وتلغى المزايدة في حال تعذر ذلك"^(٤٩)، حيث إنه قد تتعذر عملية المزايدة العكسية الإلكترونية على البوابة الإلكترونية، وذلك لأسباب تقنية أو فنية، ويتعذر لوجود هذه الأسباب استخدام الجهة الإدارية والمتنافسين للبوابة الإلكترونية، وبالتالي توقف إجراءات المزايدة العكسية فور وقوع الخلل، على أن تُستكمل تلك الإجراءات في ساعات العمل الرسمي في اليوم الذي حُدِّدت فيه المزايدة العكسية الإلكترونية، وكذلك وضع المنظم أنه إذا تعذرت هذه الحلول في مواجهة أعطال البوابة الإلكترونية تلغى المزايدة العكسية الإلكترونية.

ومجمل القول في الإجراءات اللاحقة للمزايدة العكسية الإلكترونية: أنه يعترى هذا الأسلوب بعض الأمور التي تلحق به، وتجعله كأن لم يكن، ويفتقد المركز النظامي، ويكون في حكم

(٤٨) الفقرة (٧) من المادة (٥٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

(٤٩) الفقرة (٣) من المادة (٥٦) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية.

٦- تنحصر ضوابط التعاقد بالمزايدة العكسية الإلكترونية في أن تعد الجهة الحكومية مواصفات فنية مفصلة، وفي سوق تنافسية تكفل التنافس الفعال، وتستقبل العروض عن طريق البوابة، وترتبها بشكل آلي، مع وجوب تزويد المتنافسين بالمعلومات اللازمة، وإرشادات استخدام البوابة.

٧- تتمحور الإجراءات السابقة على إجراء المزايدة العكسية الإلكترونية في وجود إعلان عبر البوابة الإلكترونية الموحدة، يتضمن الشروط والمواصفات، وتاريخ بدايتها ونهايتها، وتحديد المدة الزمنية بخمسة عشر يوماً من تاريخ الإعلان، وعدم حاجة الأسلوب للتأهيل؛ لأن شروط وضوابط المزايدة العكسية الإلكترونية تغني عن التأهيل السابق، وتحل محلها في الغاية من ذلك، وتقديم العروض بأسعار مخفضة طبقاً للمواصفات والشروط الفنية للأسلوب، مع تضمينه بضمأن ابتدائي.

٨- تتكئ الإجراءات المعاصرة لإجراء المزايدة العكسية الإلكترونية على كونها في أثناء إبرامها من أجل التعاقد بها، والترسية على ضوئها؛ لأجل أن تكون بطريقة صحيحة، وتكتسب المركز النظامي بالتعاقد وفق هذا الأسلوب، وهذه الإجراءات لا تخرج عن أحقية التنافس في الاطلاع على ترتيب عرضه عبر البوابة الإلكترونية، ولكن اشترط المنظم ألا يكشف عن هويته، وانطبق معايير العطاء بالإبرام وفق الشروط والمواصفات الفنية المطلوبة من جهة الإدارة، وخصوصاً السعر، فيظفر بالترسية الأقل سعراً، مع تحقق الشروط والمواصفات الفنية.

٩- يلحق المزايدة العكسية الإلكترونية إجراءات لاحقة تطرأ عليها، وتؤدي في النهاية إلى حرمان التنافس من التعاقد، والحرمان يتنوع بين حرمان وقائي وحرمان جزائي، وربما يُفضي الأمر إلى إلغاء المزايدة العكسية الإلكترونية إذا قل العدد عن ثلاثة، أو انسحب المتنافسون المتقدمون، أو حدث عطل فني في البوابة الإلكترونية.

تنافسية، وفي مزاد علني إلكتروني؛ لتحقيق أقل سعر؛ بما يعود بالتوفير على خزانة الدولة، إلا أنها عكس المزايدة العكسية المعروفة بالتزايد في تقديم الأسعار في الحصول على أعلى سعر.

٣- مما تتميز به المزايدة العكسية الإلكترونية: تحقيق أقل سعر للمنافسة المطروحة وفق هذا الأسلوب، وإتاحة الفرصة للمتنافسين لتغيير سعرهم بشكل مستمر، ما دامت المنافسة مطروحة، منذ بدء الوقت المحدد لها، وحتى انتهاء المدة المسموح بها، كما تتميز بإتاحة الاطلاع على جميع العروض المقدمة من المتنافسين، دون الكشف عن هويتهم، ومعرفة ترتيب سعره بين الأسعار المقدمة.

٤- لا تخرج أساليب التعاقد الإداري التي تعاقد بها الإدارة مع المتعاقد عن أسلوب شراء، أو أسلوب بيع، أو أسلوب استئجار، أو استبدال، ويمكن تحديد طبيعة المزايدة العكسية الإلكترونية في أنها أسلوب شراء، حيث إن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أضفى عليها المركز النظامي، بجعلها أحد الأساليب المعتبرة كأسلوب شراء، وليست أسلوب بيع أو استئجار، فالتبيعة النظامية للمزايدة العكسية الإلكترونية هي أنها أسلوب شراء لمنتج في مزاد عكسي بغرض اختيار أقل الأسعار.

٥- تخضع إجراءات المزايدة العكسية الإلكترونية لشروط وضوابط تعدّ قيداً لإضفاء صحة الإجراءات المُتبع في إجراء التعاقد بها، ويفقدها ينعدم المركز النظامي لإجراء هذا الأسلوب، فيشترط في المزايدة العكسية الإلكترونية إجراؤها في شراء السلع المتوافرة في السوق، وألا تتجاوز تكلفتها خمسة ملايين ريال، وأن تتم عن طريق البوابة الإلكترونية، واطلاع المتنافس على ترتيب سعره وعلى أسعار بقية المتنافسين؛ دون الكشف عن هوياتهم، وتحديد وقت بداية ونهاية المزايدة العكسية، وألا يقل عدد المتنافسين فيها عن ثلاثة متنافسين كحد أدنى.

ثانياً: التوصيات

من خلال المعطيات والمحاوَر التي تناولتها في هذه الدراسة، واستناداً إلى جملة النتائج السالفة الذكر، واستناداً إلى أن المزايدة العكسية الإلكترونية أسلوب جديد أوجده المنظم في نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، ولحاجة المسألة لإعطائها القدر الكافي من الدراسة لتوضيح هذا الأسلوب، استدعى هذا كله الإسهام والمشاركة في دراسة هذا الأسلوب، وإبداء الرأي حياله، وإيراد التوصيات التي توصلنا إليها، والتي تعبر عن آرائنا الشخصية في الموضوع لبعض المآخذ التي رأيناها في نصوص النظام المتعلقة بالمزايدة العكسية الإلكترونية؛ لذا فقد أدلينا بمقترحاتنا لعلاج هذه المآخذ بالتوصيات التي نرى أن على المنظم مراعاتها بتعديل المواد وفق التوصيات التي توصلت إليها هذه الدراسة، والتي يمكن للجهات المعنية الاستئناس بها، وعلى ذلك نوصي بما يلي:

- أولاً: تعديل الفقرة (٢) من المادة (٥٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، والتي تنص على "ألا تتجاوز تكلفة المنافسة خمسة ملايين ريال". إذ نرى ضرورة رفع حد التعاقد بأسلوب المنافسة العكسية الإلكترونية؛ ليكون خمسين مليون ريال؛ نظراً لما يتميز به هذا الأسلوب من توفير مردود مالي كبير لصالح الخزنة العامة، وللمحافظة على المال العام.

- ثانياً: منح الإعلان عن المزايدة العكسية الإلكترونية طرقاتاً أوسع؛ ليكون بكافة الطرق، بما في ذلك الطرق التقليدية والإلكترونية، وعدم قصر الإعلان عنها على البوابة؛ وذلك لتحقيق أكبر قدر من التنافسية؛ لذا نقترح تعديل الفقرة (١) من المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، والتي أكدت على أن يكون الإعلان في المزايدة العكسية الإلكترونية في البوابة والموقع الإلكتروني للجهة الحكومية، وعلى أي حال فإن النص النظامي فيه تقييد بالحد في حصول الإعلان

بالوسيلة المذكورة، ونرى التوسع في هذا الأمر، وألا يقتصر على البوابة الإلكترونية فقط (منصة اعتماد)، وإنما يكون كذلك في الصحف الرسمية والمرئية والمسموعة والرقمية والبرامج الحديثة، حيث إن ذلك له أثر إيجابي على جهة الإدارة في العروض المقدمة لها من المتنافسين.

- ثالثاً: إعادة النظر في الفقرة (١) من المادة (٥٦) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، والتي استندت معايير الترسية فيها في المزايدة العكسية الإلكترونية إلى السعر، بأن يكون العرض الفائز هو أقل العروض سعراً، فقد سعينا من خلال هذه الدراسة إلى إحكام المعايير وضبطها، من خلال المقترح بتعديل معايير الترسية في المنافسة العكسية الإلكترونية؛ لتعتمد على المعايير السعرية وغير السعرية: (النوعية والشروط والمواصفات)، بحيث يتم المزايدة العكسية على مرحلتين: الأولى تشمل تقييم الجوانب غير السعرية، والثانية تضم فيها الجوانب السعرية وغير السعرية معاً؛ وفق برمجيات متخصصة؛ ليكون العرض الفائز هو الأقل سعراً، والأفضل من حيث الشروط والمواصفات.
- رابعاً: التوسع في مجال التعاقد بأسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية، وعدم قصره على شراء السلع الجاهزة في السوق؛ إذ إنه يجب تنبيه المنظم على ضرورة إعادة النظر في الفقرة (١) من المادة (٥٤) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، والتي قصرت المزايدة العكسية الإلكترونية على السلع الجاهزة المتوافرة في السوق، وبالتالي ينبغي الإضافة على تلك الفقرة؛ لتشمل السلع غير المتوافرة، وسعي المتعاقد لتوفيرها، من أجل أن تكون المزايدة العكسية الإلكترونية شاملة لكل السلع، وليست مقيدة بالمتوافرة في السوق فقط.
- خامساً: التأكيد على الجهات الإدارية المعنية المختصة بإبرام العقود وفق هذا الأسلوب بإنشاء بوابة إلكترونية خاصة

مما ينعكس على هذا الأسلوب بصورة إيجابية، والإسهام في توفير مردود مالي كبير لصالح الخزانة العامة، وللمحافظة على المال العام، هذا من جهة، ومن جهة أخرى حث الباحثين والمهتمين بمجال التعاقدات الإدارية على تكثيف الدراسات النظامية حول هذا الموضوع؛ لأهميته في الحفاظ على الخزينة من هدر الإنفاق، والسمو بإجراء هذا الأسلوب وفق إجراءات نظامية صحيحة، وتكثيف الدراسات حوله؛ نظراً لعدم وجود أبحاث حول هذا للأسلوب فيما وقفت عليه.

المراجع

أولاً: الكتب

- أمين، محمد سعيد (٢٠٠٥م). *العقود الإدارية*. ط ١، دار الثقافة الجامعية.
- الجبوري، محمد خلف (٢٠١٧م). *العقود الإدارية*. ط ٢، دار الثقافة.
- الجنابي، علي جبير (٢٠١٧م). *الطبيعة القانونية للعقد الإداري الإلكتروني*. ط ١، جامعة الشرق الأوسط.
- حمادة، حمادة عبدالرزاق (١٤٤٢هـ/٢٠٢٠م). *الوسيط في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية: دراسة تحليلية تطبيقية، وفقاً لأحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١٨٢) وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ وللائحته التنفيذية الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم ١٢٤٢ وتاريخ ٢١/٣/١٤٤١هـ والمعدلة بموجب القرار الوزاري رقم ٢٤٧٩ وتاريخ ١١/٨/١٤٤١هـ*. ط ١، الرياض: مكتبة المنبني.
- حمودة، محمد منيب جمال (٢٠١٩م). *المبادئ التي تحكم أساليب التعاقد الإداري: دراسة تحليلية مقارنة*. رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين.

بالمزايدات العكسية الإلكترونية فقط، تحافظ على التقنية العكسية للمزايدة، وما تتطلبه من إجراءات تختلف كلياً عن بقية أساليب البيع والشراء، وهي الكشف عن الأسعار دون الكشف عن هوية مقدميها.

- سادساً: العمل على وضع نظام إلكتروني بديل تجري من خلاله إجراءات المزايدة العكسية الإلكترونية، حيث إنه في حال تعطل النظام الذي تجري من خلاله المزايدة العكسية الإلكترونية (منصة اعتماد) فلا تلغى المزايدة العكسية الإلكترونية، وإنما نرى أنه لا بد من وضع نظام إلكتروني بديل تجري من خلاله، أو وضع بريد إلكتروني رسمي موثق ومعتمد، تُستقبل عليه العروض المقدمة في المزايدة العكسية الإلكترونية، وبالتالي تجب العودة إلى الفقرة (٣) من المادة (٥٦) من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية، وإعادة النظر فيها، والتي أكدت على أنه في حال حدوث عطل في النظام الإلكتروني الذي تجري من خلاله المزايدة، توقف إجراءات المزايدة فوراً، وتُلغى في حال تعذر الإصلاح، وعليه نقترح تعديلها بعدم الصيرورة إلى الإلغاء في أسوأ الأحوال، بل على المنظم وضع البدائل في الظروف الاستثنائية والتقنية، بإيجاد الحلول للمضي في إجراء المزايدة كما هو في المقترح الذي وضعناه، وعلى أي حال وعلى اختلاف الإجراء المتخذ، فإن العبرة في المساهمة في حل تلك المعضلة تكون بوضع إجراء بديل لإتمام المزايدة العكسية الإلكترونية عند حدوث خلل - لا سمح الله - في النظام، وإكمالها على الوجه المطلوب.

- سابعاً: تعزيز المستوى المهني للقائمين على عملية إبرام العقود الإدارية على وجه العموم، وبأسلوب المزايدة العكسية الإلكترونية على وجه الخصوص، بعقد الدورات التدريبية بصورة تمكنهم من التغلب على المشكلات التي يمكن أن تعترض عملهم، وإدراكهم لأهمية هذا الأسلوب،

نمديلي، رحيمة ساعد (٢٠٠٧م). *العقد الإداري الإلكتروني*. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

ثانياً: الأنظمة والقوانين واللوائح

- التوجيه الأوروبي رقم (١٨) لسنة ٢٠٠٤م.
- الدستور المصري لسنة ٢٠١٤م.
- دليل استخدام بوابة المشتريات الحكومية (منافسات) للموردين: <https://cutt.us/nAA4v>.
- قانون الأونسترال النموذجي للاشتراء العمومي الصادر من الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠١٤م.
- قانون التعاقد العام الفرنسي لسنة ٢٠١٩م.
- قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لسنة ٢٠١٨م والمعدل بقانون رقم (١٨٨) لسنة ٢٠٢٠م والمنشور بالجريدة الرسمية بالعدد (٣٦) في تاريخ ٥/١٢/٢٠٢٠م.
- القانون الداخلي للقانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام ٢٠٠٣م وتعديلاته لعام ٢٠٠٥م.
- قانون الشراء العام الفلسطيني رقم (٨) لسنة ٢٠١٤م.
- قانون العطاءات الحكومية الفلسطينية رقم (٦) لسنة ١٩٩٩م.
- قانون العطاءات للأشغال الحكومية الفلسطينية رقم (٦) لسنة ١٩٩٩م/٦/٩.
- القانون الفلسطيني رقم (٨) لسنة ٢٠١٤م بشأن الشراء العام.
- قانون اللوازم العامة الفلسطيني رقم (٩) لسنة ١٩٩٨م.
- قانون المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم (٣) لسنة ٢٠٠٥م المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (٦) في تاريخ ١٥/٢/٢٠٠٥م.
- قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨م.

السعيد، ثامر عبدالجبار (١٤٣٩هـ/٢٠١٨م). *التنظيم القانوني للمزاد الإلكتروني*. ط ١، القاهرة: المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية.

عائشة، خلدون (٢٠١٦م). *أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية*. أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر.

العجمي، أحمد بن محمد (١٤٤٢هـ/٢٠٢٠م). *الوجيز في العقود الإدارية في النظام السعودي، طبقاً لأحكام نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٨)، وتاريخ ١٣/١١/١٤٤٠هـ، ولوائحه التنفيذية وفقاً لأحدث التعديلات*. ط ٣، الرياض: دار الإجازة.

العجمي، حمدي محمد (١٤٣٩هـ). *المرجع في العقود الإدارية*. ط ١، الرياض: معهد الإدارة العامة.

عياد، أحمد عثمان (٢٠٠٠م). *مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية*. ط ١، دار النهضة العربية.

غانم، هاني عبدالرحمن (فبراير ٢٠١٧م). *أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني*. مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية، مج (١٩)، عدد خاص بمؤتمر كلية الحقوق الخامس المحكم، ص ٤٩٣-٥٤٤.

الغريب، محمد سلمان (٢٠٠٤م). *الاحتكار والمنافسة غير المشروعة*. ط ١، القاهرة: دار النهضة العربية.

قطيش، عبداللطيف (٢٠١٠م). *الصفقات العمومية*. ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية.

المطوع، سالم صالح قاسم (١٤٤١هـ/٢٠٢٠م). *العقود الإدارية في ضوء نظام المنافسات والمشتريات الحكومية*. ط ١، الرياض: مركز مدار المسلم.

نصار، جابر جاد (٢٠٠٤م). *العقود الإدارية*. ط ١، دار النهضة العربية.

- قرار لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري، في دورتها السابعة والثلاثين، نيويورك، يوليو ٢٠٠٤م.
- اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم (١٢٤٢)، وتاريخ ١٤٤١/٣/٢١هـ، والمعدلة بموجب القرار الوزاري رقم (٢٤٧٩) وتاريخ ١٤٤١/٨/١١هـ، رابط: <https://cutt.us/J3GtN>.
- لائحة تنظيم تعارض المصالح في تطبيق نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم (٥٣٧) في تاريخ ١٤٤١/٨/٢١هـ <https://cutt.us/IjgX1>.
- موقع منصة اعتماد: <https://www.mof.gov.sa/eservices/Pages/Etimad.aspx>
- نظام المنافسات والمشتريات الحكومية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٢٨) وتاريخ ١٤٤٠/١١/١٣هـ: <https://eservice.mof.gov.sa/content/download/tender2019.pdf>



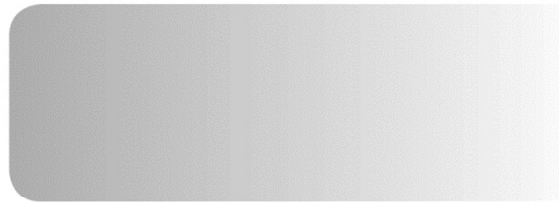
**IN THE NAME OF ALLAH,
MOST GRACIOUS, MOST MERCIFUL**

**Journal of
King Saud University**
(Refereed Scientific Periodical)

Volume 34

Law & Political Science (1)

January (2022)
Jumada I (1443H.)



• Editorial Board •

Khalid I. Alhumaizi
Mohammed N. Alshehri
Omar M. Al-Dossary
Ibrahim M. Al-Shahwan
Anis H. Fakeeha
Mohammed A. Al-Jarrah
Humood I. Alsalamah
Yousif A. Alshumaimeri
Tareq M. Al-Sulaiman
Azhari M. Sadig
Abdullah J. Alghamdi
Mansour M. Alsulaiman
Khalid S. Almuzaini
Faisal M. Alqahtani

(Editor-in-Chief)

Division Editorial Board

Abdullah Jumman Alghamdi
Elshehabi Ibrahim Elsharqawi
Saad Nasser Alshithri
Jamel Abdelrazzak Ajroud
Ali Husain Algahtany

Division Editor

© 2022 (1443 H.) King Saud University

All publishing rights are reserved. No part of the journal may be republished or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopying, recording, or via any storage or retrieval system, without written permission from King Saud University Press.

CONTENTS

Page

The Conditions to Be Met by the Natural Person in Order to Be Subject to the Provisions of Saudi Bankruptcy Law: An Analytical and Original Study (English Abstract) Ahmad Abdel Rahman Al-Majali	2
The Legal Nature of Issuing and Trading Virtual Currencies (English Abstract) Benseghir Mourad	32
The Miranda Warning: The Rights Included in It and the Consequence of Not Giving It (A Comparative Study with the Saudi Legal System) (English Abstract) Jalal Hashim Sahlool	57
Assessment of the Value of In-kind Shares in Public Shareholding Companies: A Comparative Study (English Abstract) Ahmad Abu Zeineh	80
Internationalism Concept in Contract of International Sale of Goods: An Applied Study According to CISG (English Abstract) Hossam Sayed Abd AlRaheem Ali	112
Problems of the Executive Regulation: An Applied Study on Law in Saudi Arabia (English Abstract) Hamdy Mohamed Elagmy	134
Procedural Criminal Protection of People with Special Needs in the UAE Legislation: A Comparative Study (English Abstract) Hamdan Ahmd Alblooshi and Mohammad Amin Alkrisheh	158
Electronic Reverse Bidding as a Method of Administrative Contracting (English Abstract) Bader Abdullah Almatroudi	180

